Direkte Demokratie und Menschenrechte

Gebhard Kirchgässner[*]

A. Einleitung

Gegner der direkten Demokratie verwenden das Argument, direkte Volksrechte gefährdeten die Menschenrechte, als Begründung ihrer Ablehnung, wenn sie (in Deutschland) z.B. behaupten, dass bei Zulassung direkter Volksrechte auf Bundesebene die Todesstrafe wieder eingeführt würde.[1] Dass dieses Argument zumindest überzogen ist, dürfte offensichtlich sein, wenn man die internationale Situation betrachtet. Schließlich kennt die Schweiz, d.h. jenes Land, welches auf nationaler Ebene über die mit Abstand am stärksten ausgebauten direkten Volksrechte verfügt, heute diese Strafe nicht mehr, und es gibt auch weder Bestrebungen, diese wieder einzuführen, noch dürften sie, sollten sie aufkommen, Aussicht auf Erfolg haben. Dagegen wird in den Vereinigten Staaten, die auf nationaler Ebene ein rein repräsentatives System haben, diese Strafe seit der Aufhebung des Moratoriums im Jahr 1976 wieder vollzogen. Und auch Japan kennt auf nationaler Ebene keine direkten Volksrechte, führt aber regelmäßig Hinrichtungen durch.

Andererseits wird das tatsächlich existierende Spannungsfeld zwischen Demokratie und Rechtsstaat, zwischen demokratischem und liberalem Prinzip, von Anhängern der direkten Demokratie nicht selten überhaupt nicht zur Kenntnis genommen, wenn dessen Existenz nicht gar bestritten wird: Die (direkte) Demokratie wird geradezu als Voraussetzung für die Realisierung der Menschen- und Bürgerrechte angesehen.[2] Dabei haben wir nicht nur die historische Erfahrung des Missbrauchs von Referenden in der napoleonischen Zeit, aber insbesondere durch den Nationalsozialismus,[3] sondern es gibt auch heute in der Schweiz Konflikte zwischen Menschenrechten und den Ergebnissen von Volksabstimmungen. So wurde z.B. am 8. Februar 2004 eine Initiative „Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter" angenommen, die im Gegensatz zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) steht, da sie die Überprüfungsmöglichkeiten für die Verwahrung solcher Täter weitgehend ausschließt. Und obwohl der damalige Justizminister *Christoph Blocher* hinter dem Anliegen dieser

* Für Anregungen und Hinweise danke ich Lars P. Feld (Universität Heidelberg).

1 Siehe hierzu z.B. die Darstellung der Diskussion über die Einführung direkter Volksrechte auf Bundesebene im Verfassungsausschuss im Jahr 1991 bei *P. Neumann*, Sachunmittelbare Demokratie im Bundes- und Landesverfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der neuen Länder, 2009, S. 486 f.

2 Siehe hierzu z.B. *G.A. Rutz*, Direkte Demokratie ist kein Auslaufmodell, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 145 vom 26. Juni 2007, S. 17.

3 Zu den Referenden in der napoleonischen Ära siehe *A. Lupia/R. Johnston*, Are Voters to Blame? Voter Competence and Elite Manoeuvers in Public Referendums, in: M. Mendelsohn/A. Parkin (Hrsg.), Referendum Democracy: Citizens, Elites and Deliberation in Referendum Campaigns, 2001, S. 191 (203 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Initiative stand, war es auch ihm nicht möglich, dem Parlament ein Gesetz vorzuschlagen, welches eine EMRK-konforme Umsetzung ermöglicht hätte.[4] Die schließlich am 1. August 2008 mit einer Änderung des Strafgesetzbuchs in Kraft getretene Regelung lässt im Gegensatz zum Verfassungstext (Art. 123 a BV) eine periodische Überprüfung zu, wenn auch nur in einem mehrstufigen Verfahren. *J. Reich* spricht in diesem Zusammenhang von einem „Anwendungsfall völkerrechtskonformer Auslegung von Bundesverfassungsrecht durch die Bundesversammlung im Schatten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte".[5] Tatsächlich gilt heute diese Regelung des Strafgesetzbuchs, auch wenn sie im Widerspruch zum Wortlaut der Verfassung steht; schließlich wurde gegen die entsprechende Ergänzung des Strafgesetzbuchs kein Referendum ergriffen. Dies bedeutet jedoch, dass das Parlament die Verfassung aushebeln kann, wenn das Volk dagegen im Referendum keinen Einspruch erhebt, und dass es sie in diesem konkreten Fall auch ausgehebelt hat.[6]

Gerade in jüngerer Zeit gibt es weitere derartige Fälle. So wurde am 1. Juni 2008 eine Volksinitiative „Für demokratische Einbürgerungen" abgelehnt, die nach dem Willen ihrer Verfechter Urnenabstimmungen über Einbürgerungen wieder möglich machen sollte, nachdem das Bundesgericht diese am 9. Juli 2003 in zwei Entscheidungen (BGE 129 I 217 sowie BGE 129 I 232) als verfassungswidrig erklärt hatte, da sie dem Anspruch auf rechtliches Gehör sowie auf Begründung der Ablehnung eines Gesuchs nicht genügten und damit im Widerspruch zum Willkürverbot des Artikels 9 der Bundesverfassung stünden. Und am 7. März 2008 kam eine Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)" zustande, nach welcher Ausländerinnen und Ausländer, die u.a. „missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben", „unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz" verlieren sollen. Auch diese Bestimmung widerspricht der Europäischen Menschenrechtskonvention, und sie dürfte, falls sie vom Volk angenommen werden sollte, wieder eine gesetzliche Auslegung erfahren, die menschenrechtskonform ist, sich aber in Widerspruch zum Wortlaut dieses Verfassungsartikels setzt.[7]

Hinter diesen Initiativen steht die rechtsbürgerliche Schweizerische Volkspartei (SVP), die in der Vergangenheit mehrfach Wahl- und Abstimmungskampagnen mit ausländerfeindlichen Parolen bestritten hat, was im Jahr 2007 sehr negative Reak-

4 Siehe hierzu: Verwahrungsinitiative weiter abgeschwächt: Doch Dilemma zwischen EMRK und Volkswillen bleibt, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 275 vom 24.11.2005, S. 13.

5 *J. Reich*, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 68 (2008), 979 (1004).

6 Dies ist nicht der einzige derartige Fall. So ist z.B. am 1. Januar 2009 eine Unternehmenssteuerreform in Kraft getreten, die nach Auffassung führender Juristen im Widerspruch zur Verfassung steht (Siehe hierzu z.B.: St. Galler Experten zerzausen Gutachten, in: St. Galler Tagblatt vom 18.2.2008, S. 3, sowie das dort abgedruckte Interview mit *Robert Waldburger*). In diesem Fall geschah es freilich mit expliziter Zustimmung des Volkes, da sie am 24.2.2008 von den Stimmbürgern in einem fakultativen Referendum, wenn auch nur sehr knapp, gebilligt wurde.

7 Informationen über die verschiedenen Abstimmungen finden sich unter http://www.bk.admin.ch/themen/pore/index.html?lang=de (31.8.2009).

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tionen im Ausland hervorgerufen hat.[8] Dabei vertreten diese Partei und insbesondere ihr langjähriger faktischer Führer, Altbundesrat *Christoph Blocher*, die Auffassung, dass die Ergebnisse von Volksabstimmungen höher zu gewichten seien als das Völkerrecht, denn: „Es darf nicht sein, dass ‚höheres Recht' oder ‚internationales Recht' oder ‚Völkerrecht' das demokratisch bestimmte Recht der eigenen Staatsbürger leichtfertig beschränkt oder gar außer Kraft setzt."[9]

Das Problemfeld zwischen (direkter) Demokratie und Rechtsstaat ist offensichtlich etwas komplizierter, als dies zumindest von einigen Teilnehmern der Diskussionen um die direkte Demokratie wahrgenommen wird. Dabei ist in Bezug auf die Wirkung der Volksrechte zwischen der Initiative und dem Referendum zu unterscheiden. Die gerade beschriebenen Probleme der Schweiz ergeben sich aus der Initiative; nur über dieses Instrument ist es möglich, dass völkerrechtswidrige Bestimmungen gegen den Willen des Parlaments und der Regierung in Kraft gesetzt werden. Da Deutschland bisher ausschließlich die Initiative in Form von Volksbegehren und Volksentscheid kennt, steht dieses Problem auch im Zentrum der deutschen Diskussion. Dabei wird kaum thematisiert, dass eine Initiative auch zur Gewährung zusätzlicher Rechte führen kann. Das Referendum mag andererseits dazu führen, dass infolge eines Volksentscheids Minderheiten Rechte vorenthalten werden, die eine Parlamentsmehrheit ihnen gewähren möchte. Dies geschah z.B. in den vergangenen Jahren, als zweimal Erleichterungen bei der Einbürgerung abgelehnt wurden, die insbesondere für Ausländer der zweiten und dritten Generation relevant gewesen wären.[10] Das Referendum kann aber auch dazu eingesetzt werden, Belastungen von Minderheiten, welche eine Parlamentsmehrheit beschließen möchte, abzuwenden. Beide Instrumente können somit positive wie negative Auswirkungen auf die Ausgestaltung der individuellen Rechte haben. Dass in der Diskussion vor allem auf die möglichen negativen Auswirkungen abgestellt wird, dürfte zum einen damit zusammenhängen, dass dies insbesondere in jüngster Zeit die relevanteren Fälle sind. Schließlich beziehen sich auch alle oben angegebenen Beispiele aus der Schweiz auf diese negative Seite; alle Versuche, Verschärfungen des Ausländer- bzw. des Asylrechts in der Schweiz mit Hilfe eines Referendums zu verhindern, die z.B. von den Hilfswerken oder den Kirchen unterstützt wurden, sind in den vergangenen Jahren gescheitert.[11] Zum anderen geht es, zumindest nach der auf *David Hume* zurückgehenden liberalen Überzeugung, bei einer Verfassung in erster Linie darum, zum Schutz der individuellen Rechte der Bürgerinnen und Bürger Missbrauch zu verhindern.[12]

8 Siehe hierzu z.B.: Schweiz als schwarzes Schaf: Wie nie zuvor berichten ausländische Medien über den Wahlkampf – fast nur negativ, in: NZZ am Sonntag vom 14.10.2007, S. 13, sowie: Endlich, die Schweiz holt auf, in: DIE ZEIT Nr. 43 vom 18.10.2007, S. 11.

9 Siehe *C. Blocher*, 1. August-Rede 2007 in Schwarzenburg, http://www.blocher.ch/de/index.php? item=reden &id=28 (12.1.2009).

10 Siehe die Abstimmungen vom 12. Juni 1994 und vom 26. September 2004.

11 Siehe z.B. die Abstimmungen vom 24. September 2006 über die Änderungen des Asyl- sowie des Ausländergesetzes.

12 Siehe *D. Hume*, That Politics May Be Reduced to a Science, 1741, abgedruckt in: *D. Hume*, Essays: Moral, Political, and Literary, 1758, S. 387 f.; deutsche Übersetzung: Dass Politik sich

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Im Folgenden soll zunächst auf die Grundproblematik zwischen demokratischem und (liberalem) Rechtsstaatsprinzip sowie auf die dahinter stehenden Traditionen eingegangen werden (B.). Danach wird unter C. über die empirischen Untersuchungen berichtet, die es insbesondere für die Vereinigten Staaten, aber auch für die Schweiz zum Zusammenhang zwischen direkten Volksrechten und den Rechten von Minderheiten gibt. Im Abschnitt D. wird auf die entsprechenden Untersuchungen zur Todesstrafe eingegangen. Gerade hier wird der Konflikt zwischen Demokratie und Menschenrechten besonders deutlich. Schließlich werden im Abschnitt E. mögliche Regelungen für Konfliktfälle diskutiert, wobei das Verfassungsgericht eine zentrale Rolle spielt. Dabei ist klar, dass es sich hier immer um Kompromisse zwischen dem liberalen und dem demokratischen Prinzip handeln wird. Für eine Lösung in der Schweiz, die tragfähiger als die heutige ist, wäre eine moderate Stärkung der Verfassungsgerichtsbarkeit erforderlich, die jedoch – wenn überhaupt – nur geringfügige Abstriche an den direkten Volksrechten erforderte (F.).

B. Demokratie und liberaler Rechtsstaat: Das Grundproblem

Der moderne, in der abendländischen Tradition stehende Staat ist durch zwei Prinzipien gekennzeichnet, die in einem Spannungsfeld zueinander stehen: Demokratie und Rechtsstaatlichkeit.[13] 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 oder sogar allgemein akzeptiert sind und wie sie sich z.B. in der Deklaration der Menschenrechte der Vereinten Nationen finden, eindeutig widersprechen. Als Beispiele mögen die Einbürgerungsentscheidungen vom 4. Dezember 1997 in Pratteln und vom 12. März 2000 in Emmen dienen, bei denen Menschen türkischer bzw. jugoslawischer Herkunft trotz einer eindeutigen Empfehlung der Einbürgerungskommissi-

auf eine Wissenschaft reduzieren lasse, in: *D. Hume*, Politische und ökonomische Essays, Bd. I, 1988. – Siehe hierzu auch *K.R. Popper*, The Open Society and Its Enemies, Bd. I, The Spell of Plato, 1945, S. 170, deutsche Übersetzung: Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. I, Der Zauber Platons, 1957 sowie *A. Lupia/J.G. Matsusaka,* Direct Democracy: New Approaches to Old Questions, in: American Review of Political Science 7 (2004), 463 (479) und *G. Kirchgässner*, Homo Oeconomicus, Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 2008, S. 254 f. In den Vereinigten Staaten greift man bei dieser Diskussion gerne auf die Argumente von *J. Madison*, Federalist Papers No. 10: The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection, 23. November 1787 (http://thomas.loc. gov/home/histdox/fed_10.html [31.8.2009]) zurück. Siehe z.B. *D.P. Haider-Markel/A. Querze/K. Lindman*, A Reexamination of Direct Democracy and Minority Rights, in: Political Research Quarterly 60 (2007), 304-314.

13 Siehe hierzu auch *A. D'Atena*, Das demokratische Prinzip im System der Verfassungsprinzipien, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart N.F. 47 (1999), 1-14. – Selbstverständlich bedarf die Demokratie eines bestimmten Regelwerks, damit überhaupt Entscheidungen zustande kommen und durchgesetzt werden können. Hierfür sind rechtliche Vorkehrungen notwendig. Dies ändert aber nichts am prinzipiellen Spannungsfeld zwischen beiden Prinzipien.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

on an der Urne die Einbürgerung verweigert wurde.[14] Dies kann aber auch in einer rein repräsentativen Demokratie geschehen, wie die Beibehaltung (bzw. Reaktivierung) der Todesstrafe in den Vereinigten Staaten zeigt. Andererseits kann, wie das deutsche Beispiel belegt, 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. Bezeichnend ist etwa, wie weitgehend das deutsche Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber selbst bei Fragen der Besteuerung bindet.

Hinter diesen Beispielen stehen zwei unterschiedliche Verfassungstraditionen, eine ‚liberale' und eine ‚demokratische', die sich nicht nur auf unterschiedliche „Stammväter" in der Zeit der Aufklärung berufen,[15] sondern auch an der gegensätzlichen Entwicklung in Deutschland (Preußen) und in der Schweiz im 19. Jahrhundert sehr gut illustriert werden können. Auch wenn viele mit der Französischen Revolution und ihrem Gleichheitsideal sympathisierten, hatte angesichts der Stärke der Fürstenhäuser das demokratische Prinzip in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts keine Chance auf auch nur annähernde Verwirklichung. Gemäß dem monarchischen Prinzip lag die entscheidende Gewalt bis zur Novemberrevolution am Ende des Ersten Weltkriegs im Jahr 1918 bei den Fürstenhäusern.[16] Dennoch hat sich in dieser Zeit, insbesondere im Gefolge der in Preußen durchgeführten ‚Stein-Hardenbergschen Reformen', ein Verwaltungs- und Rechtsstaat entwickelt, welcher die Befugnisse der Monarchie insofern einschränkte, als auch das Handeln der Fürsten, insbesondere aber ihrer Verwaltungen, durch die in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts erlassenen Verfassungen eingeschränkt wurde.[17] Dabei war es den

14 Siehe hierzu: Emmen sagt Nein zu 19 Einbürgerungsgesuchen, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 61 vom 13.3.2000, S. 10; Willkürliche Verweigerung der Einbürgerung: Baselbieter Verfassungsgericht hebt Pratteler Entscheide auf, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 76 vom 30.3.2000, S. 13; Unterschiedlich strenge Schweizermacher: Keine Beweise, aber Indizien der Diskriminierung, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 260 vom 7.11.2000, S. 13; *A. Auer*, Einbürgerung durch Volksentscheid? Verfassungsrechtliche Grenzen der direkten Demokratie, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 73 vom 27.3.2000, S. 13.

15 *F.A. v. Hayek*, Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung, in: ORDO 18 (1967), 11 (11) nennt als Vordenker der liberalen Tradition u.a. *David Hume*, *Adam Smith*, *Alexis de Toqueville*, *Immanuel Kant*, *Wilhelm v. Humboldt* und *James Madison*, als Vertreter der demokratischen Tradition *Voltaire*, *Jean Jacques Rousseau* sowie *Marquis de Condorcet*. Zur Charakterisierung der beiden Ansätze siehe z.B. *F. Schnabel*, Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert, Bd. III, 1964, S. 128 ff.

16 Zum ‚monarchischen' Prinzip und seiner Anwendung in den verschiedenen Verfassungen in Deutschland siehe ebenfalls *Schnabel,* Deutsche Geschichte (Fn. 15), S. 111 ff.

17 Eigentlich gehören zur Idee des Rechtsstaats, die Ende des 18. Jahrhunderts aufkam, drei Elemente, „die Hoffnung des Bürgertums auf eine von staatlicher Bevormundung freie Entfaltung des Marktes [...], das Bedürfnis nach Befreiung von absolutistischer Gängelung in Religions- und Bildungsfragen sowie der Anspruch auf politische Mitwirkung des dritten Standes, wenn auch dieses letztere Element in Deutschland ungleich schwächer ausgeprägt war als in Frankreich oder England." (*M. Stolleis*, Art. Rechtsstaat, in: A. Erler/E. Kaufmann [Hrsg.], Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Bd. IV, 1990, Sp. 367 [367]). – Zu den einzelnen

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bürgern möglich, gegen die Überschreitung dieser Grenzen durch die Verwaltung vor Gericht zu klagen. Zwar wurde die Gerichtsbarkeit nach wie vor im Namen des Fürsten ausgeübt, „aber die Rechtsprechung hatte sich dennoch ihre Unabhängigkeit von der Verwaltung erkämpft. Die Justiz wurde durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Beamte ausgeübt."[18]

In der Schweiz dominierte dagegen mit der Ablösung der liberalen durch die radikalen Regierungen in den dreißiger und vierziger Jahren des 19. Jahrhunderts das demokratische gegenüber dem liberalen Prinzip.[19] Die „freien" Schweizer waren gewillt, ihre politischen Angelegenheiten selbst zu regeln. Dies bedeutete nicht notwendigerweise die Einführung der direkten Demokratie: Um 1840 gab es zwar in sieben Kantonen eine Landsgemeinde und in sechs eine halbdirekte Demokratie, aber elf Kantone hatten eine rein repräsentative Demokratie, während Neuenburg eine konstitutionelle Monarchie war.[20] Auch die neue Bundesverfassung des Jahres 1848 kannte nur wenige Elemente der direkten Demokratie; die wichtigsten heute auf eidgenössischer Ebene bestehenden Volksrechte, das fakultative Gesetzesreferendum und die Volksinitiative auf Teilrevision der Verfassung, wurden erst 1874 (im Rahmen der ersten Totalrevision) sowie 1891 in die Verfassung aufgenommen. Neben diesen demokratischen Rechten hatte der Rechtsstaat eine geringere Bedeutung: Insbesondere dort, wo eine Landsgemeinde existierte, d.h. wo jeder (männliche) Bürger seine Anliegen direkt in den politischen Prozess einbringen konnte, ergab es wenig Sinn, gegen politische Entscheidungen bei Gericht klagen zu wollen.[21] Diese Überzeugung ist bis heute unter der schweizerischen Bevölkerung weit verbreitet, und sie zeigt sich z.B. im Widerstand gegen die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene.[22]

Reformen siehe *T. Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1800 – 1866: Bürgerwelt und starker Staat, 1983, S. 31 ff.

18 *H. Fehr,* Deutsche Rechtsgeschichte, 1962, S. 275.

19 Siehe hierzu *G. Andrey,* Auf der Suche nach dem neuen Staat (1798 – 1848), in: Comité pour une Nouvelle Histoire de la Suisse (Hrsg.), Geschichte der Schweiz – und der Schweizer, 1983, S. 177 (267) sowie *M. Schaffner*, ‚Direkte' oder ‚indirekte' Demokratie: Konflikte und Auseinandersetzungen, 1830 – 1848, in: A. Ernst/A. Tanner/M. Weishaupt (Hrsg.), Revolution und Innovation: Die konfliktreiche Entstehung des schweizerischen Bundesstaates von 1848, 1998, S. 271-277.

20 Eine Landsgemeinde hatten AI, AR, GL, NW, OW, UR und SZ, halbdirekte Demokratien waren BL, GR, LU, SG, VS und ZG, während AG, BE, BS, FR, GE, SH, SO, TG, TI, VD und ZH repräsentative Demokratien darstellten. Siehe hierzu *Andrey,* Suche (Fn. 19), S. 267.

21 Dementsprechend entwickelten sich in der Schweiz auch das Verwaltungsrecht und die Verwaltungsgerichtsbarkeit erst später als in Deutschland. Zur dortigen Entwicklung *C. Keller*, Art. Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: A. Erler/E. Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Band V, 1998, Sp. 879-883.

22 Bisher wurden alle derartigen Versuche im Parlament abgeschmettert. Der letzte Anlauf, der im Rahmen der in den neunziger Jahren vom Bundesrat initiierten Justizreform erfolgte, scheiterte im Oktober 1999 (siehe hierzu: Zahnlose Justizreform, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 234 vom 8.10.1999, S. 13). Gegenwärtig läuft ein neuer Versuch, und es bleibt abzuwarten, ob er erfolgreich sein wird (hierzu *M. Häfliger*, Neuer Anlauf für ein Verfassungsgericht, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 40 vom 7.10.2007, S. 13).

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Argumentation zur Legitimation bestimmter Normen auch aussehen mag, es gibt letztlich nur positives Recht, d.h. es muss eine (menschliche) Instanz geben, die jegliches – und damit auch das grundlegende Verfassungsrecht – setzt.[23] Dies gilt insbesondere für den säkularen Staat. In modernen Gesellschaften geschieht dies mit Hilfe demokratischer Verfahren, wobei diverse Verfahren und Quoren auf unterschiedliche Bereiche angewandt werden. So kann z.B. wie in Deutschland vorgesehen werden, dass bestimmte Elemente der Verfassung – im Sinne sog. Ewigkeitsklauseln – nicht geändert werden dürfen, auch nicht mit jener Mehrheit, welche an sich befugt ist, die Verfassungsurkunde zu ändern. Damit können insbesondere die wesentlichen Menschen- und Bürgerrechte abgesichert werden. Das Verfassungsgericht hat dann die Aufgabe als Hüterin dieser Rechte und vertritt damit – auch gegenüber der demokratisch legitimierten gesetzgebenden Körperschaft – das Rechtsstaatsprinzip. Es kann aber nicht verhindern, dass – ebenfalls auf demokratischem Weg – eine neue Verfassung in Kraft gesetzt wird, welche die demokratischen Mitwirkungsrechte und/oder die bürgerlichen Freiheitsrechte beschneidet, wie dies z.B. vor einigen Jahren in Liechtenstein (sogar unter Anwendung eines direkt-demokratischen Verfahrens) geschehen ist,[24] es kann solche Änderungen bestenfalls erschweren. So sind nach der am 30. Juni 2009 ergangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon in Deutschland Verfassungsänderungen, welche Kompetenzen an die Europäische Union abtreten und dabei den Bereich der Ewigkeitsklauseln tangieren, kaum ohne ein obligatorisches Referendum möglich, denn „Ohne den ausdrücklich erklärten Willen der Völker sind die gewählten Organe nicht befugt, in ihren staatlichen Verfassungsräumen ein neues Legitimationssubjekt zu schaffen oder die vorhandenen zu delegitimieren."[25]

C. Direkte Volksrechte und Menschenrechte: Die Situation in den Vereinigten Staaten und der Schweiz

Gerade weil der Grundwiderspruch zwischen liberalem und demokratischem Prinzip nicht vollständig auflösbar ist, stellt sich die Frage, ob er empirisch relevant ist. Es

23 Daran ändert sich auch dann nichts, wenn man sich auf außermenschliche Autoritäten beruft. Selbst dann, wenn alle Betroffenen auf eine göttliche Autorität rekurrieren und/oder die Auffassung vertreten, dass bestimmte Rechte den Menschen ‚von Natur aus' zukommen, müssen die entsprechenden Rechtsnormen, damit sie gesellschaftlich wirksam werden, durch Menschen gesetzt oder zumindest, wenn sie durch die Tradition überliefert sind, von ihnen akzeptiert und durchgesetzt werden.

24 Siehe hierzu z.B.: Scharfe Kritik am Fürsten: Bericht von Europarats-Delegierten erschüttert Liechtenstein, in: NZZ am Sonntag vom 14.9.2003, S. 15; Drohende Überwachung des Fürstentums: Liechtensteins Verfassungsstreit vor dem Europarat, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 250 vom 28.10.2003, S. 17.

25 BVerfGE 123, 267 (404).

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

könnte ja sein, dass er zwar im Prinzip existiert, dass es aber kaum Konfliktfälle gibt, weil die Stimmbürger in ihrer Mehrheit die liberalen Rechte ihrer Mitbürgerinnen und Mitbürger (fast) immer respektieren. Nun zeigen die in der Einleitung aufgeführten Beispiele, dass es sehr wohl solche Konfliktfälle gibt, und dass sie sich in der jüngsten Vergangenheit möglicherweise sogar häufen.[26] Andererseits indizieren die obigen Beispiele zwar, dass ein Problem besteht, aber sie lassen keine allgemeinen Aussagen über dessen Bedeutung zu. Hierzu bedarf es systematischer empirischer Analysen, wie sie insbesondere für die Vereinigten Staaten, aber auch für die Schweiz durchgeführt wurden.

Die Frage, inwieweit sich die Bürgerinnen und Bürger bei ihrer Stimmabgabe tatsächlich verantwortungsbewusst oder verantwortungslos verhalten, inwieweit sie bei ihrer Entscheidung rein eigennützig handeln oder von anderen Motiven geleitet werden, wird in der Theorie des Wählerverhaltens seit langem diskutiert. Die Tatsache, dass ihre persönliche Handlung keine direkten Konsequenzen für sie hat (und nach unserer modernen Demokratieauffassung auch gar nicht haben darf), die es ihnen ermöglicht, verantwortungslos zu handeln, gibt ihnen freilich auch die Chance, sich altruistisch zu verhalten.[27] Tatsächlich hat sich gezeigt, dass Ansätze, die ein rein ich-bezogenes Verhalten (‚egotropic voting') unterstellen, bei der Erklärung des Wählerverhaltens gegenüber jenen Ansätzen unterlegen sind, bei denen auch die Interessen anderer in das Kalkül der Wähler eingehen (‚sociotropic voting').[28] Für *H. Margolis* ist das Wahlverhalten geradezu ein Beispiel für altruistisches Verhalten, welches nicht durch reines Selbstinteresse erklärt werden kann.[29] Und auch das empirische Ergebnis für die Bundesrepublik Deutschland, dass die Einschätzung der allgemeinen wirtschaftlichen Lage einen sehr viel stärkeren Einfluss auf das Wählerverhalten hat als die persönliche wirtschaftliche Situation,[30] spricht gegen rein egoistisches Verhalten an der Urne.

Gegen das Heranziehen dieser empirischen Evidenz mag man einwenden, dass dies zwar für Wahlen gelten möge, dass sich die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger bei Sachreferenden aber ganz anders verhalten können. So zeigt *A. Christmann*, dass rechtliche Argumente bei den Abstimmungen in der Schweiz im Allgemeinen nur eine untergeordnete Rolle spielen und in aller Regel auf bestimmte Untergruppen der Bevölkerung beschränkt sind.[31] Andererseits gibt es für die Schweiz empirische Evidenz dafür, dass sich die Bürgerinnen und Bürger auch bei Sachabstimmungen an der Urne eher „moralisch" verhalten als auf dem Marktplatz: Sie

26 Möglicherweise häufen sie sich auch nicht, aber wir sind stärker dafür sensibilisiert.

27 Hierzu auch *G. Kirchgässner*, Towards a Theory of Low-Cost Decisions, in: European Journal of Political Economy 8 (1992), 305-320.

28 Siehe hierzu die Übersicht in *M.P. Fiorina*, Voting Behavior, in: D.C. Mueller (Hrsg.), Perspectives on Public Choice: A Handbook, 1997, S. 391 (397 ff.).

29 *H. Margolis*, Selfishness, Altruism, and Rationality: A Theory of Social Choice, 1982.

30 Siehe hierzu *G. Kirchgässner,* Wirtschaftslage und Wählerverhalten: Eine empirische Studie für die Bundesrepublik Deutschland von 1971 bis 1976, in: PVS 18 (1977), 510-536.

31 *A. Christmann*, Do Voters Care About Rights? Protection of Rights and the Rule of Law in a (Semi-) Direct Democracy, Paper presented at the ECPR General Conference, Potsdam, September 10–12, 2009.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stimmen z.B. teilweise auch dann für Umverteilungsmaßnahmen, wenn sie selbst davon negativ betroffen sind.[32] Dies bedeutet freilich noch lange nicht, dass sie generell die Rechte der Minderheiten respektieren.

Wie weit solche Minderheitenrechte durch die direkte Demokratie geschützt oder beeinträchtigt werden, ist umstritten.[33] Diskriminierung von Minderheiten gibt es in direkt-demokratischen wie in rein parlamentarischen Systemen: In beiden Fällen ergibt sich für eine über die Zeit hinweg stabile Mehrheit die Möglichkeit, eine (ebenfalls stabile) Minderheit auszubeuten.[34] Auch Ausländerfeindlichkeit lässt sich in beiden Systemen beobachten. Möglicherweise wird sie in einer direkten Demokratie eher öffentlich thematisiert. Dass in der Schweiz bisher alle ausländerfeindlichen Initiativen vom Volk zurückgewiesen wurden, spricht jedoch zumindest nicht gegen die direkte Demokratie. Überhaupt scheint die Schweiz mit ihrer Mehrsprachigkeit und ihrer schon dadurch permanent gegebenen Minderheitenproblematik eher ein Gegenbeispiel dafür zu sein, dass die direkte Demokratie zu einer systematischen Benachteiligung von Minderheiten führt. Gerade weil Referendum und Initiative es ermöglichen, die zunächst vorherrschende Mehrheitsmeinung in Frage zu stellen, stellen sie, wie *R.A. Rhinow* zu Recht bemerkt, „wichtige Instrumente dar im Kampf disparater Minderheiten um politischen Einfluss oder gar um Machtbeteiligung."[35] Das, was von den Kritikern der direkten Demokratie als ihre wesentliche Schwäche angesehen wird, nämlich die einzelnen Gruppen offen stehende Möglichkeit, die parlamentarische Mehrheitsmeinung in Zweifel zu ziehen, hat sich als wichtiges Instrument zum Schutz von Minderheiten erwiesen.[36]

Ein ernst zu nehmendes Gegenargument ist freilich, dass die Schweiz das letzte europäische Land war, welches das Frauenstimmrecht einführte. Auf Bundesebene geschah dies 1971, auf Kantonsebene teilweise noch erheblich später. Den Abschluss bildeten die beiden Appenzell. Nachdem Ausserrhoden auf der Landsgemeinde des Jahres 1989 die Einführung des Frauenstimmrechts mit knappem Mehr beschlossen hatte, lehnten es die Männer Innerrhodens auf der Landsgemeinde im folgenden Jahr zum letzten Mal ab. Am 27. November des gleichen Jahres entschied jedoch das Bundesgericht auf eine Klage von Frauen aus Appenzell, dass dies der Bundesverfassung widerspricht. Daraufhin führte auch Appenzell Innerrhoden als letzter Kan-

32 Siehe hierzu *W.W. Pommerehne/F. Schneider*, Politisch-ökonomische Überprüfung des Kaufkraftinzidenzkonzepts: Eine Analyse der AHV-Abstimmungen von 1972 und 1978, in: E.A. Brugger/R.L. Frey (Hrsg.), Sektoralpolitik versus Regionalpolitik, 1985, S. 75-100.

33 Siehe hierzu auch *J. Verhulst/A. Nijeboer*, Direkte Demokratie: Fakten, Argumente, Erfahrungen, in: Democracy International, 2007, 78 ff.

34 Siehe hierzu bereits *Madison* (Fn. 12). Theoretische Argumente, die für eine Ausbeutung der Minderheit durch die Mehrheit in der direkten Demokratie sprechen, finden sich u.a. bei *B.S. Gamble*, Putting Civil Rights to a Popular Vote, in: American Journal of Political Science 41 (1997), 245 (246 ff.).

35 *R.A. Rhinow,* Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht N.F. 103 (1984), 111 (203).

36 Eine wesentliche Rolle dürfte dabei auch der stark ausgeprägte Föderalismus der Schweiz spielen, der Minderheitenprobleme zumindest insoweit entschärft, als sie stark regional ausgeprägt sind.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ton der Schweiz das Frauenstimmrecht auf kantonaler Ebene ein, und ab dem Jahr 1991 konnten auch die Frauen an der Landsgemeinde teilnehmen. Offensichtlich macht es einen erheblichen Unterschied, ob eine Minderheit das Stimmrecht besitzt oder nicht. Allerdings haben es Minderheiten ohne Stimmrecht selbst in rein repräsentativen Systemen schwer, da sie keine Vertreter im Parlament haben.[37] Andererseits muss auch berücksichtigt werden, dass die Schweizer Frauen bezüglich ihrer politischen Positionen in den vergangenen Jahrzehnten deutlich aufgeholt haben; sie sind heute in Regierungsämtern, die auf Gemeinde- und Kantonsebene alle direkt gewählt werden, vielleicht sogar besser vertreten als in der Bundesrepublik Deutschland.

Für die Vereinigten Staaten wurde in den letzten Jahrzehnten eine ganz Reihe empirischer Untersuchungen durchgeführt, welche die Frage klären sollten, ob die direkte Demokratie Minderheitenrechte beeinträchtigt oder fördert. Dabei 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 action").

J.C. May gelangt zu dem Ergebnis, dass Abstimmungen über Zusätze zu den Verfassungen der einzelnen Staaten im Bereich des Rechtswesens eher zu einer Einschränkung der Bürgerrechte geführt haben,[38] während in anderen, ‚neuen' Bereichen wie z.B. der Privatsphäre, den Rechten von Behinderten oder dem Umweltschutz, Bürgerrechte durch Volksabstimmungen ausgedehnt bzw. neu eingeführt wurden, die davor nicht durch die Bundesverfassung abgedeckt waren. Daher ist keine eindeutige Aussage darüber möglich, ob die Bürgerrechte in einem System mit direkten Volksrechten besser oder schlechter geschützt sind als in einem rein repräsentativen System. Zu ähnlichen Resultaten kommt *T.E. Cronin.*[39] Auch er findet bei der Behandlung von Fragen der Rechte von Minderheiten keinen wesentlichen Unterschied zwischen direkt-demokratischen und rein repräsentativen Verfahren.

In einer weiteren Untersuchung für die Vereinigten Staaten kommt *B.S. Gamble* dagegen zu einem ganz anderen Befund: Rechte von Minderheiten werden durch Volksabstimmungen tendenziell eingeschränkt. In ca. drei Vierteln aller Fälle, in denen eine Einschränkung der Bürgerrechte bei einer Initiative zur Diskussion stand,

37 Zur kritischen Diskussion der Behandlung von Minderheiten im politischen Prozess der Schweiz *H. Kleinewefers*, Die direkten Volksrechte in der Schweiz aus ökonomischer Sicht, in: S. Borner/H. Rentsch (Hrsg.), Wieviel direkte Demokratie verträgt die Schweiz?, 1997, S. 61 (72 f.).

38 *J.C. May*, Constitutional Amendment and Revision Revisited, in: Publius 17 (1987), 153-170. Sie bezieht sich insbesondere darauf, dass in Kalifornien und in Massachusetts die Todesstrafe durch einen vom Volk gebilligten Verfassungszusatz wieder eingeführt wurde, nachdem sie zuvor von den obersten Gerichten dieser Staaten als verfassungswidrig erklärt worden war. Siehe hierzu unten D.

39 *T.E. Cronin*, Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, and Recall, 1989, S. 123.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wurde diese auch akzeptiert. Dabei wurden in der Mehrzahl bestehende Einschränkungen bestätigt, aber auch einzelne zusätzliche beschlossen. Dagegen liegt im Allgemeinen die Erfolgschance einer Initiative nur bei einem Drittel. *Gamble* begründet den Unterschied zwischen den Ergebnissen ihrer und früherer Untersuchungen damit, dass die anderen Autoren nur anekdotische Evidenz gesammelt hätten, sie jedoch eine systematische Untersuchung von Abstimmungen vornehme, in welchen es um die Rechte von Minderheiten gehe.[40]

Zu einer insgesamt eher positiven Einschätzung kommen dagegen *Z.L. Hajnal*, *E.R. Gerber* und *H. Louch*.[41] In einer Untersuchung über die Abstimmungen in Kalifornien seit 1978 zeigen sie zwar, dass rassische und ethnische Minderheiten, insbesondere Latinos, bei bestimmten Abstimmungen, die sich direkt auf die Rechte von Minoritäten beziehen, auf der Verliererseite stehen, dass dies aber (mit Ausnahme der Latinos) nicht für jene Abstimmungen gilt, die von diesen Gruppen als besonders wichtig angesehen werden, und dass dies überdies nur einen kleinen Bruchteil aller Abstimmungen betrifft. Im Allgemeinen befinde sich eine Mehrheit auch dieser Gruppen bei Abstimmungen regelmäßig auf der Seite der Gewinner. Insofern weisen sie die Kritik früherer Autoren an der direkten Demokratie als überzogen zurück.

Die meisten Arbeiten behandeln in diesem Bereich im Anschluss an *Gamble* die Rechte Homosexueller, insbesondere deren Möglichkeit, Ehen zu schließen.[42] Welche Rechte diesen zugestanden werden, hängt in jedem demokratischen System zunächst einmal von den Präferenzen der Bürgerinnen und Bürger ab. Unterstützt eine Mehrheit der Bürger in einem Staat eine restriktive Politik, so können die Rechte von Homosexuellen unabhängig davon eingeschränkt werden, ob die Verfassung dieses Bundesstaates das Initiativrecht vorsieht oder nicht. Strukturelle Minderheiten wie sie können auch in einer rein repräsentativen Demokratie systematisch benachteiligt werden. Dennoch spielt die institutionelle Ausgestaltung des Staatswesens eine wesentliche Rolle. So hat eine Reihe amerikanischer Bundesstaaten Verfassungszusätze erlassen, die solche Heiraten zwischen Homosexuellen ausschließen, wobei dies, soweit es ein Verbot in der Verfassung betraf, jeweils einer Volksabstimmung bedurfte.[43] *Gamble*[44] hat gezeigt, dass von den 43 Abstimmungen zwischen 1959 und 1993, die dieses Problem betrafen, 30 ein ‚tyrannisches' Ergebnis hatten, d.h. die Rechte der Homosexuellen im Vergleich zum Status quo einschränkten. *T. Donovan* und *S. Bowler*[45] bezweifeln jedoch, dass die von *Gamble* zugrunde

40 *Gamble,* Civil Rights (Fn. 34).

41 *Z.L. Hajnal/E.R. Gerber/H. Louch*, Minorities and Direct Legislation: Evidence from California Ballot Proposition Elections, in: Journal of Politics 64 (2002), 154-177.

42 *Gamble,* Civil Rights (Fn. 34).

43 Näher *A. Lupia/Y. Krupnikov/A.S. Levine u.a.*, Why State Constitutions Differ in their Treatment of Same-Sex Marriage, in: Munich Personal RePEc Archive (MRPA), Working Paper Nr. 15096, April 2009.

44 *Gamble,* Civil Rights (Fn. 34).

45 *T. Donovan/S. Bowler*, Direct Democracy and Minority Rights: Opinions on Anti-Gay and Lesbian Ballot Initiatives, in: S.L. Witt/S. McCorkle (Hrsg.), Anti-Gay Rights: Assessing Voter Initiatives, 1997, S. 107-125.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gelegte Stichprobe repräsentativ ist. Sie verwenden Daten aus einer früheren Untersuchung über alle Abstimmungen auf der Ebene der amerikanischen Bundesstaaten und der lokalen Gebietskörperschaften von 1972 bis 1996, welche die Bürgerrechte von Homosexuellen berührten. Dabei berücksichtigen sie auch die Abstimmungen über die AIDS-Politik. Sie kommen zum Ergebnis, dass dies in kleinen Bundesstaaten so sein mag, aber umso unwahrscheinlicher wird, je größer ein Einzelstaat ist. Zudem weisen sie darauf hin, dass insbesondere in großen Bundesstaaten auch politische Entscheidungen, die Homosexuelle begünstigen, in Initiativen durchgesetzt werden können.

Problematisch an diesen (und weiteren) Untersuchungen ist, dass die hier notwendige Unterscheidung der Referenden bzw. Initiativen in solche, die Bürgerrechte beeinträchtigen, und solche, die dies nicht tun, bei weitem nicht so offensichtlich ist, wie das zunächst scheinen mag; es gibt im Gegenteil einen großen Anteil von Zweifelsfällen. So wertet z.B. *Gamble*[46] die Abstimmung über einen Verfassungszusatz (Proposition 63), in welchem für den Staat Kalifornien Englisch zur offiziellen Staatssprache erklärt wurde, als gegen Minderheiten gerichtet. Eine leicht abweichende Einteilung aber kann zu anderen Ergebnissen führen.

Im Gegensatz zu *Gamble* kommen *E.R. Gerber* und *S. Hug*[47] zu dem Resultat, dass es keine systematische Unterdrückung von Homosexuellen in der direkten Demokratie mit Hilfe der Initiative gibt. Die jeweilige Politik der Bundesstaaten hänge freilich von den Präferenzen ihrer Wähler ab; ziehe man dies in Betracht, gebe es keinen signifikanten Unterschied zwischen amerikanischen Bundesstaaten mit und ohne Initiativrecht. Diesem Ergebnis widerspricht *S. Nicholson-Crotty*[48], der sehr wohl einen signifikanten Einfluss der direkten Demokratie auf die Diskriminierung Homosexueller konstatiert. Dieser sei dann am stärksten, wenn ein Bundesstaat sehr homogen ist.

Den Ergebnissen früherer Arbeiten widersprechen auch *D.P. Haider-Markel*, *A. Querze* und *K. Lindman.*[49] Insbesondere bezweifeln sie das Argument von *Donovan* und *Bowler*[50], dass die Rechte Homosexueller, insbesondere deren Recht auf Heirat, in großen Bundesstaaten besser geschützt seien als in kleinen. Sie erweitern den Datensatz um zusätzliche Beobachtungen für die Zeit nach 1996, fügen zusätzliche (signifikante) Kontrollvariablen ein und zeigen, dass die Variable für die Größe der Bevölkerung keinen signifikanten Einfluss mehr hat. Sie fühlen sich durch ihre Ergebnisse in ihrer Auffassung bestärkt, dass direkte Volksrechte der rechtlichen Gleichstellung Homosexueller abträglich sind.

46 *Gamble,* Civil Rights (Fn. 34).

47 *E.R. Gerber/S. Hug*, Minority Rights and Direct Legislation: Theory and Methods, in: mimeo, Department of Political Science, University of California at San Diego, La Jolla 1999.

48 *S. Nicholson-Crotty*, Reassessing Madison's Diversity Hypothesis: The Case of Same-Sex Marriage, in: Journal of Politics 68 (2006), 922-930.

49 *Haider-Markel et al.,* Reexamination (Fn. 12).

50 *T. Donovan/S. Bowler*, Direct Democracy and Minority Rights: An Extension, in: American Journal of Political Science 42 (1998), 1020-1024.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die jüngste Untersuchung in diesem Zusammenhang stammt von *A. Lupia et al.*[51] Die Autoren bestreiten nicht, dass es einen Zusammenhang zwischen den Präferenzen der Bevölkerung und der Politik gegenüber Homosexuellen gibt, aber sie sehen diesen Zusammenhang als weniger eng an. Ob es verfassungsmäßige Restriktionen gegen die gleichgeschlechtliche Heirat gibt, hängt nach ihrer Auffassung vor allem davon ab, wie leicht die Verfassung zu ändern ist. Eine restriktive Politik wird vor allem dann implementiert, wenn die Verfassung durch eine Initiative geändert werden kann, ohne dass das Parlament in diesen Prozess eingebunden ist. So können Staaten bei gleichen Präferenzen der Bevölkerung in Abhängigkeit von der Schwierigkeit einer Verfassungsänderung ganz unterschiedliche Regelungen haben.

Inwieweit aber folgt die Politik tatsächlich den Präferenzen der Bürgerinnen und Bürger? Theoretisch ist zu erwarten, dass die gesetzlichen Regelungen in Staaten mit Initiativrecht eher deren Präferenzen (bzw. derjenigen des Medianstimmbürgers) entsprechen als in jenen Staaten, die dieses Volksrecht nicht kennen. Dabei sind sowohl der direkte, als auch der indirekte Effekt bedeutsam: der direkte ergibt sich aus der Entscheidung der Stimmbürger, der indirekte daraus, dass Regierung und Parlament in Rechnung stellen müssen, dass eine bestimmte Regelung auch die explizite oder, im Falle eines nicht ergriffenen fakultativen Referendums, zumindest die implizite Zustimmung der Bevölkerung finden muss.[52]

Auch hier stellt sich wieder die Frage nach der empirischen Evidenz. *E.L. Lascher*, *M.G. Hagen* und *S.A. Rochlin*[53] haben entsprechende Untersuchungen für eine Reihe von Politikbereichen für die Vereinigten Staaten durchgeführt und keine diesbezügliche Evidenz gefunden. Dagegen fand *E. Gerber*[54] entsprechende Belege sowohl für die Rechte von Eltern beim Schwangerschaftsabbruch einer Minderjährigen (1996) als auch bei der Todesstrafe (1999).[55] Die Frage, warum man möglicherweise keine Evidenz findet, auch wenn ein Zusammenhang besteht, wurde in einigen Arbeiten diskutiert.[56] In einer Reihe neuerer Beiträge präsentieren jedoch *S. Hug*[57],

51 *Lupia u.a.,* Constitution (Fn. 43).

52 Zur Unterscheidung zwischen dem direkten und dem indirekten Effekt siehe auch *J.G. Matsusaka,* Institutions and Popular Control of Public Policy, in: mimeo, University of Southern California, Marshall School of Business, Los Angeles, Mai 2007. Er kommt für die Vereinigten Staaten zu dem Ergebnis, dass zwar beide wichtig sind, dass der direkte jedoch bei weitem der bedeutsamere Effekt ist.

53 *E.L. Lascher/M.G. Hagen/S.A. Rochlin*, Gun Behind the Door? Ballot Initiatives, State Policies and Public Opinion, in: Journal of Politics 58 (1996), 760-775.

54 *E.R. Gerber*, Legislative Response to the Threat of Initiatives, in: American Journal of Political Science 40 (1996), 99-128 sowie *dies*., The Populist Paradox: Interest Group Influence and the Promise of Direct Legislation, 1999.

55 Schon früher und wohl als erster hatte diesen Zusammenhang *W.W. Pommerehne,* Institutional Approaches to Public Expenditure: Empirical Evidence from Swiss Municipalities, in: Journal of Public Economics 9 (1978), 255-280*,* für die Wirkung des Finanzreferendums auf die öffentlichen Ausgaben in den Schweizer Städten aufgezeigt.

56 Siehe z.B. *J.G. Matsusaka*, Problems with a Methodology Used to Evaluate the Voter Initiative, in: Journal of Politics 63 (2001), 1250-1256 oder *S. Hug*, Policy Consequences of Direct Legislation in the States: Theory, Empirical Models and Evidence, in: Quantity and Quality 44 (2010), i.E.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

J.G. Matsusaka[58] sowie *D. Bochsler* und *S. Hug*[59] starke Evidenz für diesen Zusammenhang. Man kann daher davon ausgehen, dass die direkten Volksrechte tatsächlich dazu führen, dass sich die Politik stärker an den Präferenzen der Bevölkerung orientiert.

Eine parallele Untersuchung zu *Gamble*[60] wurde für die Schweiz von *B.S. Frey* und *L. Goette*[61] durchgeführt. Sie kommen zu einem anderen Ergebnis als *Gamble* für die Vereinigten Staaten, denn nur in 30 Prozent aller von ihnen untersuchten 64 Fälle aus der Zeit von 1970 bis 1996, in denen Rechte von Minderheiten zur Diskussion standen, ist die Minderheit in der Abstimmung unterlegen. Auf der Ebene der Gemeinden, die in ihrer Untersuchung durch die Stadt Zürich repräsentiert wird, geschah dies nur in 23 Prozent der jeweiligen Abstimmungen, auf der Bundesebene nur in 20 Prozent. In einem Vergleich zwischen dem Kanton und der Stadt Zürich stellen sie zudem fest, dass Interessen von Minderheiten, die auf der Kantonsebene keine Mehrheit finden, sich auf der Gemeindeebene häufig durchsetzen.[62]

Auch die Aussagen dieser Untersuchung sind mit Vorsicht zu interpretieren, da sie ebenfalls die nicht unproblematische Unterscheidung der Referenden bzw. Initiativen in solche, die Bürgerrechte beeinträchtigen, und solche, die dies nicht tun, voraussetzt. So wurde z.B. die Ablehnung der erleichterten Einbürgerung am 12. Juni 1994 nicht als gegen die Rechte von Minderheiten gerichtet angesehen. Eine andere, durchaus begründbare Einteilung hätte zum entgegengesetzten Ergebnis führen können. Zweitens sagen die hier angegebenen Anteile an den Abstimmungen wenig aus; es könnte ja sein, dass für das Leben der Minderheiten genau jene Vorlagen besonders bedeutsam waren, die abgelehnt wurden. Drittens kann man dann, wenn man nur die tatsächlich stattgefundenen Abstimmungen untersucht, die präventive Wirkung eines Volksentscheids nicht erfassen. Wie bei anderen politi-

57 *S. Hug*, Occurrence and Policy Consequences of Referendums, in: Journal of Theoretical Politics 16 (2004), 321-356 sowie *ders.*, Policy Consequences (Fn. 56).

58 *J.G. Matsusaka*, Institutions and Popular Control of Public Policy, in: mimeo, University of Southern California, Marshall School of Business, Los Angeles, November 2006.

59 *D. Bochsler/S. Hug,* How Minorities Fare Under Referendum: A Cross-National Study, Paper prepared for presentation at the ECPR General Conference, Potsdam, September 10-12, 2009. Siehe hierzu auch in einer international vergleichenden Arbeit *K.G. Lutz/S. Hug*, A Cross-National Comparative Study of the Policy Effects of Referendums, in: Universität Zürich/ETH Zürich, Center for Comparative and International Studies (CIS), Working Paper Nr. 22, August 2006.

60 *Gamble,* Civil Rights (Fn. 34).

61 *B.S. Frey/L. Goette*, Does the Popular Vote Destroy Civil Rights?, in: American Journal of Political Science 42 (1998), 1343-1348.

62 Ähnliches ist auch zwischen dem Bund und den Kantonen zu beobachten. So wurde z.B. bei der Abstimmung über eine entsprechende Ergänzung der Bundesverfassung am 12. Juni 1994 auch im Kanton Appenzell Ausserrhoden die erleichterte Einbürgerung Jugendlicher abgelehnt, obwohl im Kanton eine entsprechende Regelung existiert, die in einer Abstimmung (im Rahmen einer Landsgemeinde) beschlossen wurde (Insgesamt wurde bei dieser Abstimmung zwar das Volksmehr mit 52 Prozent erreicht, die erleichterte Einbürgerung scheiterte jedoch am Ständemehr: neun Kantone und zwei Halbkantone stimmten dafür, elf Kantone und vier Halbkantone dagegen).

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schen Themen gilt auch hier, dass bestimmte Anliegen aus Angst vor einer Niederlage beim Referendum vom Parlament nicht vorgeschlagen werden, obwohl sie dort eine Mehrheit hätten. Dass dieser Effekt eine Rolle spielt, zeigt *A. Christmann* bezüglich der Rechte religiöser Minderheiten, speziell von Gläubigen des Islam: Die vom Parlament verabschiedeten Regelungen werden restriktiver, sofern die Möglichkeit einer Ablehnung im Referendum thematisiert wird.[63]

In der Schweiz wurde, wie eingangs angesprochen, insbesondere die Frage diskutiert, ob Einbürgerungen durch das Volk zulässig sein sollen. Das Bundesgericht hatte Entscheidungen an der Urne in seiner Entscheidung vom 9. Juli 2003 für verfassungswidrig erklärt und damit untersagt, da bei diesen keine Begründung eines ablehnenden Entscheids gegeben werden kann und damit willkürliche Entscheidungen nicht ausgeschlossen sind. Einbürgerungen in der Gemeindeversammlung, die weiterhin zulässig sind, müssen so ausgestaltet werden, dass bei Ablehnungen eine Begründung gegeben wird, die von den Betroffenen angefochten werden kann. Ob es für die Zahl der Einbürgerungen einen Unterschied macht, wer darüber entscheidet, die Bevölkerung oder das Gemeindeparlament, hat *C. Bolliger*[64] untersucht. Mit Daten für Gemeinden aus fünf Kantonen (Aargau, Appenzell Ausserrhoden, Bern, Jura und Luzern) sowie (getrennt davon) für die Gemeinden der Kantone Aargau und Bern findet er keine signifikanten Unterschiede: In allen drei Fällen wird zwar seltener eingebürgert, wenn ein Volksentscheid erforderlich ist, aber die geschätzten Regressionskoeffizienten sind jeweils weit von jeder üblichen statistischen Signifikanz entfernt. Diese Untersuchung hat freilich zwei Defizite: Zum einen wird nicht zwischen Abstimmungen an der Urne und solchen in einer Gemeindeversammlung unterschieden, was (nicht nur nach Auffassung des Bundesgerichts) einen Unterschied macht, sondern es wird, wie der Autor selbst einräumt, auch nicht nach der Nationalität der Bewerber differenziert. Was beobachtet wurde und in der (nationalen wie internationalen) Öffentlichkeit Beachtung gefunden hat, ist jedoch, dass Bewerber aus bestimmten Ländern, insbesondere dem früheren Jugoslawien, deutlich häufiger abgelehnt wurden. Darüber, ob hier ein systematischer Zusammenhang besteht, kann diese Studie keinen Aufschluss verschaffen.

Zumindest über die Rolle der Urnenabstimmung gibt eine Arbeit von *M. Helbling* und *H. Kriesi*[65] Auskunft. Sie untersuchen die in einer Umfrage erhobenen Ablehnungsquoten zwischen 1990 und 2002 in den 107 Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern und in 100 weiteren ausgelosten Gemeinden, wobei die Rücklaufquote

63 *A. Christmann*, Damokles Volksabstimmung? Die Wirkung auf die Genese von Anerkennungsregeln für religiöse Minderheiten in den Schweizer Kantonen, Vortrag auf der Jahrestagung der schweizerischen Vereinigung für Politische Wissenschaft, St. Gallen, 8.1.2009. Zur Diskussion indirekter Effekte siehe auch *E.R. Gerber/S. Hug*, Legislative Response to Direct Legislation, in: Mendelsohn/Parkin, Referendum Democracy (Fn. 3), S. 88-108.

64 *C. Bolliger*, Spielt es eine Rolle, wer entscheidet? Einbürgerungen in Gemeinden mit Parlaments- und Volksentscheid im Vergleich, in: P. Steiner/H.-R. Wicker (Hrsg.), Paradoxien im Bürgerrecht: Sozialwissenschaftliche Studien zur Einbürgerungspraxis in Schweizer Gemeinden, 2004, S. 43-61.

65 *M. Helbling/H. Kriesi*, Staatsbürgerverständnis und politische Mobilisierung: Einbürgerung in Schweizer Gemeinden, in: Swiss Political Science Review 10 (2004), 33-58.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

insgesamt 74 Prozent betrug. Zunächst fällt auf, dass die durchschnittliche Ablehnungsquote in den zehn Gemeinden mit Urnenabstimmung massiv höher war als bei allen anderen Verfahren; sie betrug 18,4 Prozent im Gegensatz zum allgemeinen Durchschnitt von 4,1 Prozent. Bei Abstimmungen in der Gemeindeversammlung lagen sie dagegen mit 4,9 Prozent nur geringfügig über dem Durchschnitt. Eine genauere Analyse ergab, dass signifikante Unterschiede nur bei größeren Gemeinden bzw. dann auftraten, wenn in diesen Gemeinden in diesem Zeitraum über mindestens zehn Gesuche entschieden wurde: Dann ist die Ablehnungsquote – *ceteris paribus* – bei einer Urnenabstimmung um 24 Prozent höher als im Durchschnitt der anderen Verfahren.

Fasst man alle diese Ergebnisse zusammen, dann zeigt sich eine deutliche Ambivalenz bezüglich des Verhältnisses zwischen direkter Demokratie und Menschenrechten. Es ist relativ gut gesichert, dass sich mit Hilfe der direkten Volksrechte Mehrheitsmeinungen leichter durchsetzen lassen als im rein repräsentativen System: die direkte Demokratie reagiert sensibler auf die Präferenzen der Bevölkerung. Auch deutet die vorliegende empirische Evidenz nicht darauf hin, dass sich die Bürgerinnen und Bürger an der Urne *generell* verantwortungslos verhalten. Die entsprechende Befürchtung ist daher weder theoretisch überzeugend begründet, noch gibt es für sie hinreichende empirische Evidenz. Andererseits bedeutet dies noch lang nicht, dass damit auch die Rechte von Minderheiten gewahrt sind: Mehrheitsabstimmungen können sich über Menschenrechte bzw. über grundlegende bürgerliche Rechte hinwegsetzen. Man kann dies nicht nur nicht *a priori* ausschließen, sondern sie tun dies auch gelegentlich, wie schon die Beispiele in der Einleitung gezeigt haben. Wieweit dies jedoch tatsächlich der Fall ist, hängt sehr davon ab, welche Rechte man den einzelnen zugestehen will. Ist es z.B. tatsächlich ein unbestrittenes Recht, dass man in Kalifornien Spanisch als zweite Amtssprache verwenden darf? Oder kann man nicht von den Zuwanderern erwarten, dass sie (in relativ kurzer Zeit) Englisch als die Sprache ihres neuen Heimatlandes lernen? 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 es in diesen Fragen Graubereiche gibt, in denen man mit guten Argumenten unterschiedliche Auffassungen vertreten kann. Entscheidet sich dann eine Mehrheit im demokratischen Prozess für eine restriktivere Lösung, dann ist dies zwar zum Nachteil einer betroffenen Minderheit, aber es ist schwierig, dann generell von der Verweigerung von „Rechten" bzw. insbesondere von „Menschenrechten" zu sprechen.

D. Das Problem der Todesstrafe[66]

Besonders gravierend stellt sich das Spannungsverhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaat in Zusammenhang mit der Todesstrafe, auch wenn dies heute für die

66 Dieser Abschnitt bezieht sich wesentlich auf *H.K. Heußner*, Volksgesetzgebung und Todesstrafe, in: Recht und Politik 35 (1999), 92-100, der eine ausführliche Darstellung der Situation

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schweiz nicht mehr relevant ist. Hier wurde diese Strafe mit der Einführung des neuen Strafgesetzbuchs im Jahr 1938, welches (wie alle Bundesgesetze) dem fakultativen Referendum unterstand, für Friedenszeiten abgeschafft. Alle Vorstöße, sie wieder einzuführen, sind seitdem gescheitert, wobei es freilich nie zu einer Abstimmung kam, d.h. die Todesstrafe hatte nicht nur im Parlament keine Unterstützung, sondern es wurde auch keine Initiative in dieser Richtung gestartet. Mit der neuen Verfassung (Art. 10 Abs. 1 Satz 2), die dem obligatorischen Referendum unterstand und am 1. Januar 2000 in Kraft trat, ist sie auch für Kriegszeiten abgeschafft. Im Abstimmungskampf um die neue Bundesverfassung spielte diese Frage keine Rolle. Offensichtlich ist es in der Schweiz nicht nur eine dominierende Auffassung der politischen bzw. gesellschaftlichen Eliten, sondern es gibt auch in der Bevölkerung seit langem keine Mehrheit mehr, welche die Todesstrafe befürworten würde. Insofern spricht das Beispiel der Schweiz auch dagegen, dass z.B. in Deutschland die Todesstrafe als Folge einer Ausweitung direkter Volksrechte wieder eingeführt würde.

Dies sieht in den Vereinigten Staaten völlig anders aus. Dort ist eine klare Mehrheit der Bevölkerung für die Todesstrafe, und auch ein erheblicher Teil der Eliten spricht sich dafür aus, auch wenn bei diesen die Zustimmung deutlich geringer als bei der allgemeinen Bevölkerung sein dürfte. Wenn daher *E. Gerber*[67] zeigt, dass die direkten Volksrechte dazu führen, dass sich der Wille der Bevölkerung in den politischen Entscheidungen spiegelt, ist es nicht verwunderlich, dass eines ihrer Beispiele die Todesstrafe ist. Sofern die Bevölkerung mit Mehrheit für diese Strafe ist und die direkten Volksrechte dazu führen, dass der Wille dieser Mehrheit stärker berücksichtigt wird, führen sie fast zwangsläufig auch dazu, dass diese Strafe verstärkt eingesetzt wird.

Dies lässt sich am Beispiel Kaliforniens aufzeigen.[68] Im Jahr 1972 hatte der amerikanische Supreme Court die Todesstrafe für verfassungswidrig erklärt, soweit den Gerichten dabei ein zu großer Ermessensspielraum eingeräumt wurde. Zudem hatte das oberste Gericht Kaliforniens, das damals in seiner Mehrheit gegen die Todesstrafe war, erklärt, dass diese als grausame und ungewöhnliche Strafe gegen das in der kalifornischen Verfassung verankerte Verbot solcher Strafen verstoße. Damit war die vom Parlament erlassene Gesetzgebung zur Todesstrafe außer Kraft gesetzt. Noch im gleichen Jahr war jedoch eine Verfassungsinitiative erfolgreich, wonach die Todesstrafe nicht als eine derartige Strafe zu betrachten und deshalb mit der kalifornischen Verfassung vereinbar sei. Außerdem modifizierte das Parlament im Jahr 1973 die Gesetzgebung, um dem Urteil des US Supreme Courts zu entsprechen, und es grenzte den Ermessensspielraum der Gerichte dadurch ein, dass sie diese Strafe für bestimmte Fälle zwingend vorschrieb. Auch die neue Regelung war jedoch nach Ansicht des kalifornischen Supreme Court immer noch verfassungswidrig, da

in der Schweiz sowie insbesondere in verschiedenen Bundesstaaten der Vereinigten Staaten gibt.

67 Siehe *Gerber*, Populist Paradox (Fn. 54).

68 Näher *Heußner,* Volksgesetzgebung (Fn. 66), S. 94 f. Dort sind auch die entsprechenden Urteile angegeben.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sie keine mildernden Umstände zu berücksichtigen erlaubte. Dies nahm das Parlament auf und modifizierte die Gesetzgebung erneut, womit ab dem Jahr 1977 die Todesstrafe wieder vollzogen werden konnte.

Die neue Regelung war jedoch vielen zu liberal, weshalb im Jahr 1978 eine Initiative erfolgreich war, welche die Tatbestände für die Anwendung dieser Strafe erweiterte und die Möglichkeit zur Berücksichtigung mildernder Umstände einschränkte. Der oberste Gerichtshof Kaliforniens behielt jedoch seine todesstrafenfeindliche Haltung bei und annullierte die meisten der ihm vorgelegten Urteile. Im Jahr 1986 wurden jedoch drei liberale Richter abgewählt und durch Befürworter dieser Strafe ersetzt, wodurch letztere eine Mehrheit im Gericht erlangten. Seitdem bestätigt es die meisten der ihm vorgelegten Todesurteile.

Die Regelung wurde durch das Parlament im Jahr 1990 nochmals verschärft. Da damit ein vom Volk initiiertes Gesetz verändert wurde, war ein Referendum erforderlich. In diesem fand die neue Regelung wie auch in den beiden früheren Abstimmungen eine große Mehrheit. Es ist offensichtlich: Die Stimmbürger Kaliforniens befürworten in ihrer überwiegenden Mehrheit die Todesstrafe, und sie haben ihren Teil dazu beigetragen, dass diese nach dem Moratorium wieder eingeführt und in ihren Anwendungsbereich ausgeweitet wurde.

Dabei gilt auch für die Vereinigten Staaten nicht immer und überall, dass die Bevölkerung diese Strafe befürwortet. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde sie sowohl in Arizona als auch in Oregon mit Hilfe von Initiativen – mit freilich sehr knappen Ergebnissen – abgeschafft. In beiden Staaten wurde sie jedoch kurze Zeit später – ebenfalls mit Volksabstimmungen – wieder eingeführt.[69] Auch in jüngerer Zeit sind die Resultate unterschiedlich. Zwar wurde auch in den Staaten Massachusetts, Colorado und Washington die Todesstrafe nach dem Moratorium mit Hilfe von Volksabstimmungen wieder eingeführt, aber in Michigan und in Washington D.C. scheiterten in den achtziger bzw. neunziger Jahren entsprechende Vorlagen. Auch dies bestätigt einmal mehr, dass die Volksrechte dazu führen, dass die Gesetzgebung stärker als im rein parlamentarischen System dem Willen der Bürgerinnen und Bürger entspricht, was auch für die Todesstrafe gilt.[70]

Demokratische Verfahren haben jedoch nicht nur über direkte Volksrechte Auswirkungen auf die Anwendung bzw. Ausgestaltung der Todesstrafe, sondern auch, wie das Beispiel Kaliforniens zeigt, möglicherweise noch größere über die Wahlen von Richtern und sogar von Gouverneuren. *P. Brace* und *B.D. Boyea*[71] zeigen, dass in jenen Staaten, in denen die obersten Richter direkt gewählt werden, das Ausmaß der öffentlichen Unterstützung für die Todesstrafe nicht nur mitentscheidend dafür ist, wer als Richter gewählt wird, sondern auch für die Bereitschaft der Ge-

69 Siehe *Heußner*, Volksgesetzgebung (Fn. 66), S. 95 f.

70 Siehe hierzu auch *S. Hug*, Occurrence and Policy Consequences of Referendums, in: Journal of Theoretical Politics 16 (2004), 321-356.

71 *P. Brace/B.D. Boyea,* State Public Opinion, the Death Penalty, and the Practice of Electing Judges, in: American Journal of Political Science 52 (2008), 360-372.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

richte, Todesurteile zu bestätigen. Und *J.D. Kubik* und *J.R. Moran*[72] stellen fest, dass die Wahrscheinlichkeit für Hinrichtungen in jenen Jahren, in denen ein Gouverneur zur Wahl steht, 25 Prozent höher ist als in anderen Jahren, und dass dies vor allem Amerikaner afrikanischer Abstammung betrifft.

Auch hier gilt wieder, dass die direkten Volksrechte dazu führen, dass dem Willen der Bürgerinnen und Bürger zumindest in der Tendenz stärker gefolgt wird. Folgt man den Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention, dann ergibt sich hier ein klarer Konflikt zwischen dem, was dort als Menschenrecht proklamiert wird, und dem Willen großer Teile der amerikanischen Bevölkerung bzw., allgemeiner gesprochen, zwischen liberalem und demokratischem Prinzip. Insbesondere in diesem Bereich sind die Ergebnisse der empirischen Analyse alles andere als beruhigend. Da das generelle Problem nicht auf diesem Bereich beschränkt ist und, wie verschiedene Beispiele aus der Schweiz gezeigt haben, auch hier (und nicht nur in den Vereinigten Staaten) relevant ist, bedarf es entsprechender institutioneller Vorkehrungen, damit man die (immer möglichen) Konfliktfälle lösen kann, ohne dass die direkten Volksrechte übermäßig eingeschränkt werden. Dabei spielt, wie im Folgenden gezeigt wird, die Verfassungsgerichtsbarkeit eine wesentliche Rolle.

E. Sicherung der Menschenrechte durch die Verfassungsgerichtsbarkeit

Wie oben dargelegt, ist es vor allem die Initiative, die dazu führen kann, dass die direkten Volksrechte in Konflikt mit den Menschenrechten geraten. Würde dieses Recht, d.h. Volksbegehren und Volksentscheid, welches in Deutschland auf Länder- und Gemeindeebene existiert, dort auch auf Bundesebene eingeführt, sollten sich hieraus keine Probleme ergeben, da die Grundrechte im deutschen Grundgesetz sehr stark abgesichert sind und das Bundesverfassungsgericht darüber wacht. Dies ist nicht zuletzt eine Konsequenz aus den Erfahrungen der Weimarer Republik und der Zeit des Nationalsozialismus. Andererseits können auch in Deutschland die Grundrechte trotz starker Barrieren bei einer entsprechenden Mehrheit im Parlament vergleichsweise schnell eingeschränkt werden. Dann haben die Bürgerinnen und Bürger noch nicht einmal die Möglichkeit, sich gegen diese Beschneidung ihrer Rechte zu wehren. Dass dies nicht nur eine theoretische Möglichkeit ist, sondern große praktische Bedeutung erlangen kann, hat sich in den siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts erwiesen. Damals wurden in der Bundesrepublik Deutschland als Reaktion auf die Bedrohung aus der linksextremen Gewaltszene u.a. die Verteidigerrechte erheblich beschnitten. Ob dies sinnvoll und mit rechtsstaatlichen Prinzipien vereinbar war, wurde und wird bis heute bestritten. Daraus wird deutlich, dass Gefahr für den Bestand der Grundrechte überall bestehen kann: in direkten wie in rein repräsentativen Demokratien, und dass sie sowohl vom Volk als auch vom Parlament

72 *J.D. Kubik/J.R. Moran*, Lethal Elections: Gubernatorial Politics and the Timing of Executions, in: Journal of Law and Economics 46 (2003), 1-25.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ausgehen kann: Keiner dieser beiden politischen Handlungsträger ist dagegen völlig immun.[73]

Das Problem der Sicherung der Freiheitsrechte hat damit zwei Dimensionen. Zunächst ist zu fragen, welche Rechte wie in der Verfassung zu verankern sind. Danach stellt sich die zweite, hier relevante Frage, wer mit welchen Kompetenzen über die Einhaltung wachen soll. Letzteres ist die Frage nach der Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit, d.h., danach, welcher Spielraum diesem Gericht eingeräumt werden soll. Deutschland und die Schweiz haben dafür zwei sehr unterschiedliche institutionelle Lösungen gefunden: Während das Verfassungsgericht in Deutschland, wenn es einmal angerufen wurde, einen sehr weiten Entscheidungsspielraum hat, ist ein solcher in der Schweiz nur partiell existent.[74] Der weite Spielraum in Deutschland hat zwei (institutionelle) Ursachen: Zum einen dürfen bestimmte Gruppen, auch wenn sie selbst gar nicht betroffen sind, das Gericht anrufen. Insbesondere hat die (parlamentarische) Opposition das Recht dazu. Dies führt seit den Zeiten des Bundeskanzlers *Konrad Adenauer* dazu, dass die im Bundestag unterlegene Opposition häufig versucht, über das Bundesverfassungsgericht eine Entscheidung der Parlamentsmehrheit annullieren zu lassen und ihre eigene Auffassung zumindest partiell durchzusetzen. Zweitens hat das Gericht die Kompetenz der abstrakten Normenkontrolle, d.h. es kann darüber urteilen, ob ein Gesetz verfassungswidrig ist, selbst wenn bisher überhaupt niemand durch dessen Anwendung in seinen/ihren verfassungsmäßigen Rechten beschnitten wurde. Gleichzeitig kann es in der Urteilsbegründung weitgehende Vorgaben für die zu erlassende gesetzliche Regelung machen. Dadurch wird in bestimmten Fragen das Parlament als Gesetzgeber weitgehend ausgehebelt.

Die schweizerische Alternative dazu besteht darin, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene nur rudimentär existiert. Hinzu kommt, dass nur direkt Betroffene eine Klage einreichen können und dass das Bundesgericht, soweit es überhaupt zuständig ist, nur zur konkreten Normenkontrolle befugt ist: Es kann, wenn es angerufen wird, feststellen, dass bzw. ob der Kläger/die Klägerin in seinen/ihren verfassungsmäßigen Rechten beeinträchtigt wurde. Dies kann auch dazu führen, dass bestimmte gesetzliche Regelungen aufgehoben werden müssen. Letzteres geschah z.B., als das Bundesgericht entschied, dass Einbürgerungsentscheidungen an der Urne dem Willkürverbot in der Verfassung widersprechen und damit unzulässig sind, da für solche Entscheidungen keine Begründungen möglich sind, die

73 Sie kann sogar vom obersten Gericht gebilligt werden. Der wohl bekannteste Fall, in welchem staatliche Diskriminierung in den Vereinigten Staaten staatlicherseits gutgeheißen wurde, war die Entscheidung *Korematsu gegen die Vereinigten Staaten*, 323 U.S. 214 (1944). Darin erklärte der Supreme Court die Internierung von Tausenden amerikanischer Bürger japanischer Abstammung während des Zweiten Weltkrieges nachträglich für rechtmäßig.

74 Der Spielraum des Supreme Court der Vereinigten Staaten dürfte noch deutlich größer sein als jener des Bundesverfassungsgerichts, da dort Änderungen der Verfassung extrem schwierig sind, so dass Anpassungen an gesellschaftliche Veränderungen in vielen Fällen dadurch erfolgen, dass das Gericht den unveränderten Wortlaut der Verfassung neu auslegt.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

angefochten werden können.[75] In seiner Urteilsbegründung hat das Bundesgericht aber (seiner üblichen Tradition folgend) bewusst darauf verzichtet darzulegen, wie Einbürgerungsentscheidungen korrekt durchzuführen sind. Damit ist z.B. offen geblieben, ob Einbürgerungsentscheidungen in der Gemeindeversammlung zulässig sind. In der konkreten Situation wurde dies vielfach als Nachteil empfunden, weil die betroffenen Kantone und Gemeinden unsicher waren, wie sie sich in Zukunft verhalten sollen.[76] Es ermöglichte ihnen aber, unterschiedliche Institutionen zu entwickeln. So ist es z.B. möglich zu verfügen, dass ein Antrag auf Ablehnung einer Einbürgerung in einer Gemeindeversammlung begründet und dass in dieser Versammlung offen abgestimmt werden muss. Ein derartiges „Experimentieren" mit unterschiedlichen Modellen wäre stark eingeschränkt, wenn das Bundesgericht stärker eingegriffen und z.B. vorgegeben hätte, dass es auch unzulässig ist, über Einbürgerungen in einer Gemeindeversammlung abzustimmen.

Was die Vereinbarkeit von Verfassungsinitiativen in der Schweiz auf Bundesebene mit den Menschenrechten (bzw. mit dem Völkerrecht) angeht, hat das Bundesgericht bis heute keine Kompetenzen. Die einzige Kontrollinstanz ist das Parlament, welches Initiativen dann als ungültig erklären kann, wenn sie zwingendem Völkerrecht entgegenstehen. Dies ist deshalb unbefriedigend, weil das Parlament hier Richter in eigener Sache ist. Es wäre sinnvoller, wenn Initiativen nicht vom Parlament, sondern vom Verfassungsgericht als einer unabhängigen Instanz auf ihre Verfassungsmäßigkeit bzw. ihre Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht hin überprüft würden. Dabei wäre freilich streng darauf zu achten, dass sich das Bundesgericht nicht zu einem zweiten Gesetzgeber entwickelt, wie es in der Bundesrepublik Deutschland teilweise der Fall ist. Dieser „Quasi-Gesetzgeber" könnte auch vom Volk kaum mehr kontrolliert werden.

Nicht nur Verfassungsinitiativen, sondern auch vom Parlament erlassene Gesetze sollten auf ihre Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht überprüfbar sein, und zwar nicht nur insoweit, als Verletzungen vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg einklagbar sind. Dafür gibt es zwei Möglichkeiten. Zum einen kann man, nachdem ein Gesetz in Kraft getreten ist, dem Bundesgericht die Befugnis einräumen, auf Antrag Gesetze und insbesondere Verordnungen des Bundes auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen. Hierzu bedarf es wiederum nicht (wie bei der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit) einer abstrakten Normenkontrolle; es genügt, wenn Bürgerinnen und Bürger, die sich durch die Anwendung von Gesetzen oder Verordnungen des Bundes in ihren verfassungsmäßigen Rechten beschnitten sehen, dagegen beim Bundesgericht (Verfassungsgericht) Beschwerde einlegen können. Es erscheint zumindest merkwürdig, dass Schweizerinnen und Schweizer zwar die begrenzte Möglichkeit haben, sich gegen Verletzungen ihrer grundlegenden Rechte beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg zu wehren,

75 Siehe hierzu: Zwei Machtworte zur Einbürgerung: Diskriminierung verboten – Begründung erforderlich, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 157 vom 10.7.2003, S. 11; sowie: Ende der Urnen-Einbürgerung, in: St. Galler Tagblatt vom 10.7.2003, S. 5.

76 Siehe hierzu: Kein rechtsfreier Raum bei Einbürgerungen: Bundesgericht begründet Urteile gegen Urnenentscheide, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 170 vom 25.7.2003, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dessen Entscheidungen dann auch für die Schweiz bindend sind, dass sie aber keine Möglichkeit haben, solche Angelegenheiten im eigenen Land zu bereinigen.

Eine interessante Alternative dazu hat *H. Kleinewefers* vorgeschlagen.[77] Danach kann das Bundesgericht Gesetze vor Inkrafttreten auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen. Dies erforderte freilich eine abstrakte Normenkontrolle. Das Gericht hätte dann zwar keine Kompetenz, das Gesetz für ungültig zu erklären, aber es könnte anordnen, dass ein (obligatorisches) Referendum stattfindet, und bei positivem Ausgang des Referendums würde die Bundesverfassung bei dem betroffenen Artikel um den Zusatz ergänzt: „Die Vorschriften (von Art. …) des Gesetzes … bleiben vorbehalten." Dies würde die Möglichkeiten des Parlaments zum Erlassen von Gesetzen, welche die Verfassung verletzen, beschneiden und damit die Position der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger im politischen Prozess verbessern. Im Gegensatz zu der häufig geäußerten Befürchtung, dass ein Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit die Volksrechte unterminiert, würde dieser Vorschlag zwar die Rechte des Parlaments einschränken, jene der Stimmbürger aber stärken.

Dagegen sieht die heutige Praxis, wie sie in der Einleitung beschrieben wurde, so aus, dass vom Volk beschlossene Verfassungsbestimmungen, die dem international gültigen Völkerrecht widersprechen, im anschließenden Gesetzgebungsprozess so zurechtgebogen werden, dass sie im Zweifelsfall weder dem Wortlaut noch dem Sinn des betroffenen Verfassungsartikels entsprechen, aber zumindest nicht im Widerspruch zur Europäischen Menschenrechtskonvention stehen; man will einen Konflikt mit Straßburg in diesen Fragen nicht eingehen (und sollte dies sinnvollerweise auch nicht). Dies ist deshalb möglich, weil nach Art. 190 BV gilt: „Bundesgesetze und das Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend." Damit dürfen (zumindest nach Auffassung führender Schweizer Staatsrechtler) Bundesgesetze zwar die Verfassung, aber nicht das Völkerrecht verletzen.[78] Dies ist sicherlich keine befriedigende Situation. Aber diesbezüglich steht die Schweiz freilich auch nicht ganz allein da: Wie z.B. *E.R. Gerber*, *A. Lupia* und *M.D. McCubbins* berichten, hält man sich auch in den Vereinigten Staaten gelegentlich nicht an Abstimmungsergebnisse.[79]

F. Abschließende Bemerkungen

Auch wenn es gelegentlich bestritten wird, gibt es, wie gerade die jüngste Vergangenheit wieder gezeigt hat, ein Spannungsfeld zwischen direkten Volksrechten und

77 *H. Kleinewefers*, Volkssouveränität und Verfassungsgerichtsbarkeit: Gibt es Auswege aus der Sackgasse?, in: mimeo, Seminar für Wirtschafts- und Finanzpolitik der Universität Freiburg/Schweiz, 2003.

78 Siehe hierzu *G. Nay* und *J.P. Müller*, Der souveräne Verfassungs- und Rechtsstaat Schweiz und sein Zustand (2007), http://www.clubhelvetique.ch/pdf-dokumente/Grundlagenpapier_280807.pdf (31.8.2009) sowie *Häfliger,* Neuer Anlauf (Fn. 22).

79 *E.R. Gerber/A. Lupia/M.D. McCubbins*, When Does Government Limit the Impact of Voter Initiatives? The Politics of Implementation and Enforcement, in: Journal of Politics 66 (2004), 43-68.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-86 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

individuellen Freiheitsrechten, bzw. zwischen der Verwirklichung des demokratischen und des Rechtsstaatsprinzips in einer modernen Gesellschaft. Wegen der Gefahr einer Tyrannei der Mehrheit, die seinerzeit bereits von *James Madison* (1787) in den Federalist Papers thematisiert wurde, betrifft dies insbesondere die Rechte von Minderheiten.[80] 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 offen bleiben. Dazu sind die Ergebnisse zu unterschiedlich, und es gibt mehrere Schwachpunkte in diesen Arbeiten, so dass generelle Aussagen kaum möglich sind. Zwar liegt eine ganze Reihe von Beispielen dafür vor, dass Minderheitenrechte mit Hilfe direktdemokratischer Verfahren eingeschränkt wurden, und weniger dafür, dass sie mit Hilfe dieser Verfahren ausgeweitet wurden, aber es bleibt weitgehend offen, ob das Ergebnis grundlegend anders ausfiele, 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 in vielen Arbeiten wird auch gar nicht erkannt, dass hier ein Problem besteht.

Empirisch recht gut abgesichert ist dagegen, dass die direkten Volksrechte dazu führen, dass die Politik sich auch in dieser Dimension stärker an den individuellen Präferenzen orientiert. 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. Das Gleiche gilt auch für die Todesstrafe: Auch deren Anwendung bzw. Ausgestaltung hängt weitgehend von der Einstellung der Bevölkerung ab.

Dies bedeutet freilich nicht, dass die politischen Institutionen keine Rolle spielen. Dort, wo es um Verfassungsregeln zur Sicherung der Minderheitenrechte geht, hängt auch viel davon ab, wie einfach oder schwierig es ist, die Verfassung zu ändern. Idealerweise sollten die Menschenrechte in der Verfassung festgezurrt werden, und es sollte schwierig sein, die Verfassung (bzw. zumindest ihre zentralen Bestimmungen bezüglich der Menschenrechte) zu ändern. Aber, wie insbesondere das Beispiel der Vereinigten Staaten zeigt, kann man durch eine Veränderung ihrer Auslegung 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. Dies ergibt sich daraus, dass auch Parlamente individuelle Freiheitsrechte einschränken können (und dies gelegentlich auch tun). Und selbst die Verfassungsgerichtsbarkeit garantiert keinen absoluten Schutz der liberalen Freiheitsrechte: Wie das Beispiel der Todesstrafe in Kalifornien zeigt, kann die Frage, wer im obersten Gericht sitzt, für die Rechtswirklichkeit entscheidender sein als der Wortlaut der Verfassung.

80 Siehe *Madison*, Federalist (Fn. 12).

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wir müssen daher in diesem Bereich immer mit Kompromissen, d.h. mit nicht-idealen Lösungen leben. Das Verfahren, welches in der Schweiz heute praktiziert wird, um das Spannungsfeld zwischen liberalem und demokratischem Prinzip im konkreten Fall aufzulösen, kann kaum als befriedigend betrachtet werden, da es dazu führt, dass Gesetze in Kraft gesetzt werden, welche, um mit dem Völkerrecht vereinbar zu sein, gegen die Verfassung (bzw. zumindest gegen deren Wortlaut) verstoßen. Verfahren, 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 berücksichtigt. Eine erhebliche Einschränkung der direkten Volksrechte ist nicht erforderlich. Insofern ist auch das Hauptargument, welches bisher in den Räten gegen einen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit vorgebracht wurde und an dem letztlich alle entsprechenden Vorstöße scheiterten, dass 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 Stimmbürgerinnen und Stimmbürger sollte dies freilich kein Nachteil sein.

https://doi.org/10.5771/9783845223339-66 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -