

FESTREDE

des Rektors

PROF. DR. ZACCARIA GIACOMETTI

gehalten an der 121. Stiftungsfeier
der Universität Zürich

am 29. April 1954

DIE DEMOKRATIE ALS HÜTERIN DER MENSCHENRECHTE

I

Die Menschenrechte, das sind die Freiheitsrechte, sollen die Freiheit und Würde der Menschen gegenüber der Staatsgewalt schützen, die Entfaltung der Persönlichkeit ermöglichen und damit *einen rechtlichen Damm gegen die Aktualisierung der Staatsallmacht* bilden. Sie sind eine Errungenschaft des abendländischen Humanismus, da sie, ideengeschichtlich betrachtet, auf Antike und Christentum zurückgehen. Durch Calvinismus und Naturrecht der Aufklärungszeit haben dann die Menschenrechte um die Wende des achtzehnten Jahrhunderts ihre *erste rechtliche Anerkennung* in den nordamerikanischen und französischen Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte erfahren wie zugleich ihren ersten dichterischen Ausdruck in Schillers Dramatik erhalten, und in der Folge Eingang gefunden in viele Verfassungen, so auch in die Kantonsverfassungen und in die Bundesverfassung.

Aus staatlich anerkannten wurden die Menschenrechte auf diese Weise zu staatlich verliehenen Freiheitsrechten, sei es, dass der Verfassungsgesetzgeber sie *als absolute Rechte, d.h. auch gegenüber dem Gesetzgeber, gewährleistet, wie in der Schweiz*, oder aber unter den Vorbehalt des Gesetzes stellt. Infolge der Entwürdigung des Menschen durch den modernen staatlichen Totalitarismus sind die Freiheitsrechte in unseren Tagen wieder stärker ins Bewusstsein der Menschheit gerückt. Sie haben einen neuen Siegeszug angetreten und ringen heute in der Gestalt der durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen 1948 verkündeten Deklaration der Menschenrechte um völkerrechtliche Gewährleistung.

Dieses freiheitliche Wertesystem in der Gestalt der positivierten Freiheitsrechte findet naturgemäss seine weitere Konkretisierung in der übrigen materiellen staatlichen Rechtsordnung, die analog der freiheitlichen Verfassung ebenfalls eine *Ordnung der Freiheit* sein muss, so z. B. in den Persönlichkeitsrechten und in der Vertragsfreiheit des Privatrechts, in den strafrechtlichen und strafprozessualen Garantien der persönlichen Freiheit.

Nur durch *Bindung der Staatsorgane an das Recht* kann jedoch die staatsgewaltsfreie Sphäre der Einzelnen, die das Gemeinwesen in der Gestalt von Freiheitsrechten gewährleistet, sichergestellt werden. Darum muss notwendigerweise der materielle Rechtsstaat, das ist der Staat, der Freiheitsrechte garantiert, zugleich ein formeller Rechtsstaat sein, das heisst eine freiheitliche Organisation aufweisen im Sinne der Herrschaft einer gewaltentrennenden Verfassung und der Herrschaft des Gesetzes sowie der richterlichen Rechtskontrolle der staatlichen Funktionen.

Neben ihrem primären freiheitlichen Zweck im Sinne der Gewährleistung der individuellen Freiheit erfüllen aber die Freiheitsrechte noch eine andere wichtige Aufgabe im staatlichen Leben. Sie bilden die ideelle und infolgedessen auch die *funktionelle Voraussetzung der Demokratie*; sie allein ermöglichen die politische Freiheit, das heisst die demokratische Staatsform.

Ohne individuelle Freiheit gibt es keine politische Freiheit und damit keine echte Demokratie. Dieser überaus wichtigen Tatsache ist man sich in der Literatur auffallenderweise erst in den letzten Jahrzehnten auf Grund vor allem des Anschauungsunterrichts durch den Totalitarismus allmählich bewusster geworden.

Die ideelle Grundlage der Demokratie bilden die Freiheitsrechte in der Weise, dass die *demokratische Staatsform die letzte Folgerung der Idee der individuellen Freiheit* ist; die Demokratie stellt nämlich die Lösung des Problems Individuum und Kollektivität im individualistischen Sinne, im Sinne einer möglichst umfassenden Selbstbestimmung des Einzelnen im Staate dar. Die Freiheit vom Staate führt, konsequenterweise zu Ende gedacht und verwirklicht, zur *Freiheit im Staat*. Denn das Individuum kann sich ausserhalb seiner staatsfreien Sphäre in der staatlichen Zwangsgemeinschaft, der es nicht zu entrinnen vermag, allein in der Weise ein Stück Freiheit und ein Stück Selbstbestimmung wahren, dass es selber *an der Bildung des Staatswillens beteiligt* wird. Damit ist allerdings der Einzelne in der Demokratie nicht nur sich selber unterworfen und infolgedessen frei im Sinne der Rousseau'schen Fiktion, sondern er bleibt auch unter dieser Staatsform der heteronomen Zwangsordnung des Rechts unterstellt; aber das Individuum ist dabei *nicht nur Normunterwerfener, sondern auch Miterzeuger der staatlichen Normen*. Die menschliche Freiheit und Würde erscheint eben erst dann restlos sichergestellt, wenn der Einzelne über Freiheitsrechte und freiheitliche Rechtsordnung hinaus *auch Subjekt und nicht nur Objekt der staatlichen Rechtsordnung* ist.

Auch Rousseau, trotz allem zweifellos der grösste Theoretiker der Demokratie, fordert, obwohl er keine Freiheitsrechte kannte, die demokratische Staatsform um der individuellen Freiheit willen. Bereits die französische Erklärung der Menschenrechte von 1789 proklamiert ja *neben der individuellen auch die politische Freiheit*; sie bildet zugleich eine Erklärung der Bürgerrechte, das heisst aber, der politischen Rechte. Die Freiheitsrechte gehen denn auch heute in der Wirklichkeit durchwegs mit der Demokratie einher, wie schon das Beispiel der Schweiz zeigt. Die Deklaration der Menschenrechte durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen proklamiert ebenfalls zugleich politische Rechte. Auch wenn die Demokratie, so wenig wie eine andere Staatsform, die Gewähr der objektiv richtigen Entscheidung in sich trägt, wie Rousseau meinte, ist sie von vorneherein ihres freiheitlichen Ursprunges und Wesens wegen ohne weiteres gerechtfertigt; Fehlentscheide der freiheitlichen Demokratie wiegen um der Freiheit willen nicht schwer.

Funktionelle Voraussetzung der Demokratie sind die Freiheitsrechte in der Weise, dass nur sie ein richtiges Spielen der demokratischen Einrichtungen ermöglichen. Das gilt vorab von den gesellschaftlichen Freiheitsrechten im Sinne der *Press-, Vereins- und Versammlungsfreiheit*, die ja auch in erster Linie der politischen Betätigung dienen sollen.

Ohne diese Freiheitsrechte gibt es keine freie politische Diskussion, die zum Wesen der Demokratie als politischer Freiheit gehört, und damit keine Bildung eines echten Volkswillens als Staatswillens bei Wahlen und Volksabstimmungen; ohne freie politische Diskussion ist aber auch kein richtiges Funktionieren von Parlament und politischen Parteien möglich. Dasselbe gilt jedoch ebenfalls von der persönlichen Freiheit. Diese bildet die *Prämisse jener Freiheitsrechte*. Ohne Sicherheit der Person in der Gestalt vorab der Bewegungsfreiheit des Menschen wären die genannten Freiheitsrechte praktisch bedeutungslos und damit die politische Selbstbestimmung des Einzelnen in der Bedeutung der freien Stimmabgabe verunmöglicht, was z. B. dann in Frage käme, wenn der Aktivbürger zur Urne geschleppt oder zur Ausfüllung des Stimmzettels in einem bestimmten Sinne gezwungen werden könnte. Ebenso ist zweifellos auch ein wesentliches Stück *Wirtschaftsfreiheit notwendige Voraussetzung der Demokratie*; die demokratische Willensbildung erschiene im Falle einer umfassenden staatlichen Wirtschaftslenkung oder gar einer Gemeinwirtschaft nicht mehr möglich. Ohne Freiheitsrechte würde die Referendumsdemokratie zur plebiszitären Despotie.

II

Bleibt nun die echte, die freiheitliche Demokratie sich selber treu? Singt sie das Lob ihres Herkommens, ist sie also Hüterin der Menschenrechte, oder verleugnet sie ihre Väter?

Demokratie bedeutet aber rechtliche Herrschaft von Volksvertretung und Volk; infolgedessen geht unsere Frage dahin, ob Volksvertretung und Volk Hüter der Freiheitsrechte seien. Diese Frage drängt sich erstens aus dem Grunde auf, weil im demokratischen Staat die Volksvertretung oder Volksvertretung und Volk Verfassungsgesetzgeber sind; der Verfassungsgesetzgeber besitzt aber als oberste staatliche Instanz, als Inhaber der verfassungsgebenden Gewalt *juristische Allmacht; er verfügt somit letztinstanzlich auch über die in der Verfassung gewährleisteten Freiheitsrechte*.

Diese Frage, ob Volk und Volksvertretung Hüter der Menschenrechte seien, stellt sich weiter auch deswegen, weil in der Demokratie Volksvertretung und Volk auch einfache Gesetzgeber sind; als solche haben sie aber die Freiheitsrechte, insofern diese in der Verfassung lediglich nach Massgabe des Gesetzes garantiert werden, näher zu positivieren sowie die polizeilichen Schranken, innerhalb welcher die Ausübung der Freiheitsrechte allein erfolgen darf, endgültig zu bestimmen, falls *keine richterliche Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetzgebung* besteht.

Ja beim Fehlen eines solchen richterlichen Prüfungsrechtes besitzen Volksvertretung und Volk auch als einfacher Gesetzgeber praktisch juristische Allmacht, wie auch in der Eidgenossenschaft. So sagt z. B. ein berühmter Ausspruch über das englische Unterhaus, dass dieses alles machen könne, nur nicht einen Mann in eine Frau verwandeln. Der menschlichen Natur ist jedoch die *Begierde nach Macht* angeboren. Daher besteht, wie schon Montesquieu feststellte, die Gefahr, dass die *Staatsmacht missbraucht* werde, und

dass infolgedessen auch die rechtlich unbeschränkte Verfassungs- und Gesetzgebungsgewalt von Volk und Volksvertretung zum Nachteile, ja zum Verderben der Freiheitsrechte eingesetzt werde; dies umso mehr, da die Macht nach Jakob Burckhardt an sich böse ist. Die Volksvertretung kann aber ihre Macht zum Schaden der Menschenrechte in der Weise missbrauchen, dass sie Gesetze und Verfassungsrevisionen beschliesst, die die Freiheitsrechte über Gebühr beeinträchtigen oder gar beseitigen, oder dass sie die Exekutive hierzu ermächtigt, und das Volk seinerseits dadurch; dass es solche Vorlagen annimmt oder freiheitswidrigen Volksinitiativen zustimmt.

Die Frage nach der Demokratie als Hüterin der Menschenrechte geht also erstens dahin, inwiefern die Volksvertretung trotz ihrer juristischen Allmacht als Verfassungsgesetzgeber die Freiheitsrechte respektiere; sodann fragt es sich, inwieweit das Parlament als einfacher Gesetzgeber die Menschenrechte in freiheitlichem Sinne positiviere, und nur solche gesetzliche Schranken der Freiheitsrechtsausübung errichte, die durch die öffentlichen polizeilichen Interessen gerechtfertigt sind und *das absolut erforderliche Mass* nicht überschreiten.

Die Frage nach der *Demokratie als Hüterin der Menschenrechte* stellt sich zweitens in der Weise, inwiefern das Volk trotz seiner rechtlich unbeschränkten verfassunggebenden Gewalt Verfassungsvorlagen der Volksvertretung oder Volksinitiativen, die Freiheitsrechte gefährden oder vernichten, die Zustimmung versage, und inwieweit es als einfacher Gesetzgeber freiheitswidrige Gesetze und Gesetzesinitiativen im vorhin erwähnten Sinne verwerfe. Diese Frage nach der Wahrung der Freiheitsrechte durch den Staat erhebt sich allerdings unter jedem politischen Regime, das Menschenrechte kennt. Wenn dieses Problem mit Bezug auf die Demokratie aufgeworfen wird, so aus dem Grunde, weil es eben im demokratischen Gemeinwesen besonders aktuell ist, nachdem die Demokratie die Staatsform unserer Zeit darstellt, die Freiheitsrechte gewährleistet.

Die Frage nach der Demokratie als Hüterin der Menschenrechte wird hier aber selbstverständlich nicht im Hinblick auf das demokratische Dogma der absoluten Gewalt des Volkes, sondern lediglich im Hinblick darauf erhoben, dass Volk und Volksvertretung in ihrer Eigenschaft als Verfassungsgesetzgeber und teilweise auch als einfacher Gesetzgeber juristische Allmacht besitzen. Parlament und Volk sind eben nicht als solche rechtlich allmächtig, sondern nur als verfassungsrechtliche Träger der verfassunggebenden und gesetzgebenden Gewalt.

Unsere Frage ist mit anderen Worten nicht dogmatischer, sondern empirischer Art. Sie geht lediglich dahin, ob Volk und Volksvertretung als Verfassungsgesetzgeber und einfacher Gesetzgeber die Menschenrechte in der Rechtswirklichkeit, also tatsächlich gefährden oder vernichten, und nicht, ob das demokratische Dogma in seinen letzten Folgerungen, in der Idee, zur *Vernichtung der Freiheitsrechte* führe. Letzteres wird zutreffen; damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob Volk und Parlament als empirische Gesetzgeber es dazu kommen lassen werden.

III

Die Frage, ob die Demokratie Garant der Freiheitsrechte sei, wird weitgehend eher verneint. So zeigt sich unter dem niederschmetternden Eindruck des *Jakobinismus* in der einschlägigen Literatur von Benjamin Constant an, nach welchem *unbeschränkte*

Macht zur Vernichtung der Freiheit führe, bis in unsere Tage wie ein roter Faden immer wieder die Tendenz zu einer skeptischen Einstellung mit Bezug auf dieses Wächteramt der Demokratie, ja zu einer Verneinung der Möglichkeit desselben. Dabei erscheint es allerdings nicht immer ganz klar, ob die Freiheitsfeindlichkeit der Demokratie in der Welt der demokratischen Idee oder aber in der demokratischen Wirklichkeit erblickt werde, ob diese Aussage mit anderen Worten auf Anschauung, auf historischen Gegebenheiten beruhe, oder lediglich das demokratische Prinzip betreffe. Da jedoch unsere Fragestellung bezüglich der Demokratie als Hüterin der Freiheitsrechte nur empirisch gemeint ist, so ist auch die Theorie hier lediglich insoweit zu berücksichtigen, als sie sich auf die Demokratie *in der Wirklichkeit und nicht in der Idee* bezieht.

Verneint oder bezweifelt man in Praxis und Theorie die Möglichkeit, dass Volksvertretung und Volk als Verfassungsgesetzgeber und einfacher Gesetzgeber genügende Garanten der Freiheitsrechte sein können, so liegt es nahe, Rechtsschranken gegen die Gefährdung der Menschenrechte durch die demokratische verfassungsgebende und gesetzgebende Gewalt zu errichten oder in Erwägung zu ziehen.

Die Schaffung solcher Rechtsschranken erfolgt durch die verfassungsrechtliche Verankerung von Naturrecht, und zwar durch die Positivierung der Aussage der Naturrechtslehre, dass die Freiheitsrechte über dem staatlichen Recht stehen. Dies geschieht durch die *Erhebung der Freiheitsrechte zu unabänderlichen Normen der Verfassung*, also in der Weise, dass die Verfassung die von ihr gewährleisteten Freiheitsrechte auch für den Verfassungsgesetzgeber als rechtlich verbindlich erklärt und damit dessen Revisionsgewalt rechtlich begrenzt. Eine solche rechtliche Begrenzung der verfassungsändernden Gewalt erfolgt ferner auch dadurch, dass man derartige Rechtsschranken interpretationsweise aus der Verfassung ableitet. Allerdings verdanken solche Rechtsschranken ihre Entstehung nicht unbedingt immer einem Misstrauen gegenüber der Demokratie, so wenig wie das bezüglich der richterlichen Kontrolle der Gesetze der Fall zu sein braucht, ja der Fall ist, indem die Verfassungsgerichtsbarkeit zu den Essentialia des Rechtsstaates gehört. Eine derartige *Verewigung der Freiheitsrechte* sehen aus leicht verständlichen Gründen besonders Verfassungen vor, die ein freiheitliches politisches Regime neu einführen. Das ist z. B. der Fall hinsichtlich der provisorischen Verfassung von Westdeutschland. Diese erklärt allerdings nicht die einzelnen von ihr garantierten Freiheitsrechte als für die verfassungsgebende Gewalt unverbrüchlich; sie bestimmt vielmehr, dass ihre Grundsätze über die Unantastbarkeit der Würde der Menschen und über das Bekenntnis des deutschen Volkes zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten *durch den Verfassungsgesetzgeber nicht berührt werden dürfen*.

Die Unterwerfung der verfassungsgebenden Gewalt unter die Verfassung erscheint aber offensichtlich *juristisch unmöglich, da sich der Verfassungsgesetzgeber logischerweise nicht selber rechtlich verpflichten kann*, nachdem das Recht ein heteronomes Sollen ist. Nur für die einzelnen Teilorgane einer sich aus mehreren Instanzen zusammensetzenden verfassungsgebenden Gewalt, wie das in der Eidgenossenschaft der Fall ist, könnten solche Normen Unverbrüchlichkeit besitzen. Derartige ewige Verfassungsvorschriften zum Schutze der Freiheitsrechte gegen die verfassungsgebende Gewalt stellen somit unter dem genannten Vorbehalt für die letztere zweifellos keine Rechtsschranken dar, wenn sie auch eine *gewisse Integrationswirkung* haben mögen. Aber auch wenn diese Normen solche rechtliche Grenzen wären, könnten sie naturgemäss

keine genügende Garantie der Menschenrechte bilden. Die historische Entwicklung würde sich allmählich darüber hinwegsetzen oder gar ein Sturmwind sie wegfegen.

Solche Rechtsschranken für den Verfassungsgesetzgeber zum Schutze der Freiheitsrechte werden ferner im *Naturrecht* erblickt. Diese Tatsache ist auch kaum verwunderlich angesichts der naturrechtlichen Bewegung unserer Zeit, die immer höhere Wellen schlägt, ob welcher Wellen man gemäss dem Gesetz von Wirkung und Gegenwirkung fast zum Positivisten werden müsste, wenn es dem nicht schon so wäre. Rechtsverbindliche Grenzen der verfassungsgebenden Gewalt in der Gestalt von Naturrecht können aber m.E. nicht in Frage kommen.

Die Naturrechtslehre überschreitet offensichtlich mit einer solchen Annahme die Grenzen rechtswissenschaftlicher Erkenntnis. Das Naturrecht oder übergesetzliche Recht, wie es jetzt vielfach in irreführender Weise auch genannt wird, lässt sich nämlich rechtswissenschaftlich, das heisst empirisch nicht erfassen; denn es ist *nur gefühltes, geglaubtes oder gedachtes Recht und nicht gesetztes Recht* und damit aber kein eigentliches Recht, kein echtes Recht im Sinne rechtsverbindlicher erzwingbarer Normen. Denn *Recht als Inbegriff rechtsverbindlicher und daher in der Regel erzwingbarer Normen kann nur gesetztes Recht sein* im Sinne eines einheitlichen Systems von Normen, deren höchsten positiven Geltungsgrund die souveräne Staatsverfassung bildet. Diese schliesst nämlich logischerweise die Rechtsverbindlichkeit einer Naturrechtsordnung neben der staatlichen Ordnung für die gleiche Rechtsgemeinschaft aus. Denn insofern zwei verschiedene Normensysteme zugleich im gleichen Geltungsbereich rechtsverbindlich wären, würden naturgemäss unlösbare Widersprüche zwischen ihnen möglich sein. Das kann jedoch der souveräne staatliche Verfassungsgesetzgeber vernünftigerweise nicht gewollt haben.

Die Naturrechtsdoktrin ist somit, indem sie Naturrecht zu ihrem Gegenstande macht, *kein Erkennen, sondern ein Bekennen*; sie ist nicht auf ein Erkennen von rechtsverbindlichen, das ist aber von Normen, die einem heteronomen Sollen angehören, gerichtet; sie ist vielmehr gerichtet auf ein Bekennen von Normen eines autonomen Sollens, die den Einzelnen nur im Gewissen verpflichten, also von Normen der Ethik und der Religion; *sind ja die Freiheitsrechte durch das Christentum untermauert*. Die Aussagen der Naturrechtslehre stellen infolgedessen philosophische Wertungen, ethische Postulate an den Staat dar. Allerdings sind die staatlichen Rechtssätze wertbezogen und haben daher auch Naturrecht zum Inhalt. Dieses ist aber nicht an sich, sondern nur insofern Rechtsnorm, als es das positive Recht mitbestimmt, also verrechtlicht, das heisst positives Recht wird. Bilden ja auch die Freiheitsrechte verrechtlichte, ins positive Recht übergeführte Wertungen.

Die Naturrechtsdoktrin, die die verfassungsgebende Gewalt des Volkes übergesetzlichen Schranken unterwerfen will, führt auf nichts anderes hinaus, als dass sie dem demokratischen Dogma der absoluten Gewalt des Volkes ein liberales Dogma entgegenstellt. Angesichts der Möglichkeit von unlösbaren Widersprüchen zwischen Naturrecht und positivem Recht bei gleichzeitiger Geltung im gleichen Geltungsbereich könnte das Naturrecht im Falle, dass es rechtsverbindlich wäre wie das staatliche Recht, zu *Rechtsunsicherheit und Willkür* führen; damit würden jedoch formeller Rechtsstaat und Freiheitsrechte durch das Naturrecht, welches sie im Sinne der liberalen Naturrechtslehre, schützen sollte, gefährdet. Das wäre um so mehr der Fall, da das Naturrecht

keine objektive Ordnung ist, indem es in verschiedenen Schattierungen, als katholisches, protestantisches, rationalistisches, liberales Naturrecht usw. auftritt, also ein Pluralismus von Naturrechten existiert. Es bestünde, falls dem Naturrecht im gleichen Sinne Rechtsverbindlichkeit zukäme wie dem staatlichen Recht, keine Garantie dafür, dass die rechtsanwendenden Staatsorgane den Normen der staatlichen Rechtsordnung die Anwendung nicht aus dem Grunde versagten, weil diese den naturrechtlichen Wertvorstellungen der genannten Behörden, die nicht identisch sein müssen mit dem Naturrecht des Rechtsstaates, widersprechen. Das würde aber bedeuten, dass das rechtsstaatliche Gesetz seine Schutzfunktion für die Freiheit des Individuums, die in seiner Stabilität, Uniformität und Berechenbarkeit besteht, nicht mehr erfüllen könnte.

Das Naturrecht kann sich ausserdem auch nach der Richtung für den Rechtsstaat schädlich auswirken, dass es *als Instrument der Politik missbraucht* wird. Wohin die Konkurrenz von staatlichem Recht und Naturrecht zu führen vermag, zeigt schon das Beispiel einer kürzlich erfolgten Presseverlautbarung, in der unter Berufung auf das Naturrecht die Rechtsverbindlichkeit des Jesuitenverbotes der Bundesverfassung bestritten wurde. Wohin diese Konkurrenz führt, zeigen auch Theorie und Praxis zur provisorischen Verfassung von Westdeutschland; diese bejahen weitgehend die Existenz übergesetzlichen Rechts, und das Bundesverfassungsgericht nimmt die Befugnis zur Prüfung der Frage der *Übereinstimmung der Verfassung mit dem Naturrecht* nach der Richtung in Anspruch, dass es untersucht, ob das Verfassungsrecht in einem unerträglichen Widerspruch zur Gerechtigkeit stehe. Damit masst sich aber die Justiz das Recht zur Prüfung der Wertmässigkeit der Verfassung, also die oberste politische Entscheidung im Staate an, und setzt sich auf diese Weise über den Verfassungsgesetzgeber.

Der Richter über der Verfassung! Das ist eine im Verfassungsstaat unvorstellbare Vorstellung, eine unpolitische Konzeption, die die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur überspannt, sondern sprengt, und damit den *Rechtsstaatsgedanken zu dessen grossem Schaden ad absurdum* führt. Ein solches richterliches Prüfungsrecht könnte ausserdem die Freiheitsrechte in Frage stellen; denn es besteht für das Richterkollegium kein objektiver naturrechtlicher Prüfungsmassstab; die Richter hätten vielmehr diesen Prüfungsmassstab selber zu bestimmen; sie könnten infolgedessen auf Grund eines selbstgewählten Gerechtigkeitsideals die freiheitliche Verfassung aus den Angeln heben, wenn dieses Ideal nicht der Gerechtigkeitsidee des Rechtsstaats entsprechen sollte. Im Arsenal des Naturrechts findet eben jedes politische Regime wie jede Weltanschauung die geistigen Waffen zu ihrer ideologischen Verteidigung.

IV

Lässt sich aber, auch abgesehen davon, dass das Recht, wie ausgeführt wurde, keine genügende Garantie der garantierten Menschenrechte bildet, die Frage, ob die Demokratie Hüterin der Freiheitsrechte sei, nur negativ beantworten? Ist wirklich das Volk als Träger der Freiheitsrechte zugleich stets deren Feind? Das wäre offensichtlich eine abwegige Ansicht. Es liegt vielmehr näher, anzunehmen, dass Volk und Volksvertretung *als Nutzniesser der Freiheitsrechte die Gewähr der Garantie der Menschenrechte gewissermassen in sich selber tragen*. Die Vermutung sollte jedenfalls dafür sprechen. Dem Volke als Träger der Freiheitsrechte sollte das Amt eines Wächters der Menschenrechte wesensgemäss sein. So wird denn auch die Meinung vertreten, die

Demokratie biete die grösste Chance der Freiheitsverwirklichung, sie sei die Staatsform, die die Freiheitsrechte am besten schütze. Sogar Tocqueville, der kein Freund der Demokratie war, für den diese «une revolution irresistible», also gewissermassen Schicksal bedeutete, schloss einen Schutz der Menschenrechte durch das Volk nicht aus.

Ein solches Wächteramt wird nun meines Erachtens das Volk *unter gewissen Voraussetzungen* zweifellos auch versehen, nämlich dann, wenn es für die freiheitliche Demokratie vorbereitet, *politisch reif* ist. Ein Volk erscheint aber in dem Falle für die echte Demokratie reif, wenn es bestimmte Voraussetzungen erfüllt.

Erstens muss die *Freiheitsidee im Individuum und im Volke lebendig* und das rechtsstaatliche Naturrecht zwar nicht als Recht, aber als ethische Kraft wirksam sein; es müssen mit anderen Worten *freiheitliche Wertvorstellungen* herrschen, aber nicht als vom Augenblick geborene euphoristische Stimmungen oder opportunistische Eingebungen, sondern *als tiefe politische Überzeugungen*, die das Bewusstsein des Volkes dauernd beherrschen und von den treibenden Kräften des politischen Lebens getragen werden.

Zweitens muss das Volk eine *freiheitliche Tradition* besitzen. Seine freiheitlichen Überzeugungen müssen in einer solchen Tradition verwurzelt sein. Tradition ist aber, wie Max Huber gesagt hat, geschichtliches Bewusstsein, und freiheitliche Tradition infolgedessen *freiheitliches historisches Bewusstsein*. Ein solches geschichtliches Bewusstsein besitzt aber die Demokratie in dem Falle, dass eine freiheitliche Vergangenheit auf sie nachwirkt, dass also die vorausgegangene Generation der lebenden Generation einen Schatz an freiheitlichen politischen Vorstellungen, Anschauungen und Erfahrungen überliefert hat.

Drittens muss sich die lebende Generation diesen *ererbten Schatz* an freiheitlichen politischen Einsichten und an freiheitlichen politischen Erfahrungen ihrerseits aneignen, ja *erkämpfen durch entsprechende politische Erziehung, Erprobung und Bewährung* als Verfassungsgesetzgeber und einfacher Gesetzgeber einer echten Demokratie.

Ein grosses politisches Erziehungsmittel ist dabei in der unmittelbaren Demokratie, wie Fritz Fleiner gezeigt hat, das *Referendum*. Es gilt auch hier das Dichterwort: «Was du ererbt von deinen Vätern hast, erwirb es, um es zu besitzen.» Alle diese Momente zusammen, freiheitliche politische Überzeugung, freiheitliche politische Überlieferung, freiheitliche politische Erziehung, Erfahrung und Bewährung schaffen eine *freiheitliche Atmosphäre* und damit die wesentlichsten Voraussetzungen dafür, dass die Demokratie Hüterin der Menschenrechte sein könne. Je mehr dabei der Sinn für wirtschaftliche Unabhängigkeit vom Staate lebendig ist, je weniger Hilfe das Volk vom Gemeinwesen verlangt, in desto wirksamerer Weise kann es wohl Garant der Freiheitsrechte sein; denn die *Staatshilfe führt bekanntlich zur Staatsintervention und damit zur Freiheitsbeschränkung*.

Bei Erfüllung der erwähnten Voraussetzungen ist für die Freiheitsrechte wohl kaum Wesentliches noch zu fürchten seitens der juristischen oder faktischen Allmacht des Volkes und der Volksvertretung als Verfassungsgesetzgeber und Gesetzgeber.

Als keine echte Demokratie und daher nicht lebensfähig noch lebenswert erscheint infolgedessen jener Staat, in dem dem Volke die Ausübung seiner Rechte als verfassungsgebende und gesetzgebende Gewalt aus der Befürchtung heraus vorenthalten wird,

dass es sich möglicherweise unter bestimmten Parteeinflüssen in totalitäre Abenteuer stürzen könnte. *Allerdings ist alles Menschenwerk Stückwerk, und das gilt somit auch für die echte Demokratie.* Allein unter diesem Vorbehalt des Allzumenschlichen kann selbstverständlich die Demokratie bei Erfüllung der erwähnten Bedingungen Hüterin der Menschenrechte sein.

V

Wenn es mir gestattet ist, das Fazit der bisherigen Ausführungen zu ziehen, so geht dieses dahin, dass alle negativen oder positiven Aussagen über die Demokratie als Hüterin der Menschenrechte *situationsbedingt sind und daher nur relativen Wert* besitzen können. Die historische und politische Lage, die mit Bezug auf unser Problem in einem bestimmten Lande besteht, darf nicht verallgemeinert werden, wie es z. B. zum grossen Schaden der echten Demokratie unter Bezugnahme auf das abschreckende Beispiel des Jakobinismus öfters geschieht; denn die Staaten sind im allgemeinen politische Individualitäten. *Für jedes Land, das sich Demokratie nennt, und das tun heute bekanntlich die meisten Staaten, ist unsere Frage besonders zu untersuchen.*

Wie verhalten sich nun die Dinge unter dem Aspekt unserer Problemstellung in der modernen Staatenwelt, die sich zur Demokratie bekennt? Ohne mir ein Urteil über fremde Länder anmassen zu wollen, wozu selbstverständlich nähere Prüfung erforderlich wäre, darf wohl gesagt werden, dass in einer ganzen Reihe solcher Staaten die Freiheitsrechte zweifellos praktiziert werden und daher die Demokratie ihr Wächteramt über die Menschenrechte tatsächlich ausübt. Es stünde ja noch viel schlimmer um die Menschheit und um die Kultur, wenn es sich nicht so verhielte. So erscheint beispielsweise die Demokratie zweifellos als Hüterin der Menschenrechte vorab in der angelsächsischen Welt, in allererster Linie in England, der Mater Parliaments, das ja als Ergebnis einer langen historischen Entwicklung den modernen Konstitutionalismus hervorgebracht und das der Welt den *Habeas Corpus* geschenkt hat. Ähnliches gilt offensichtlich z. B. wohl auch von den skandinavischen Staaten und von den Benelux-Ländern. Das gleiche trifft aber ohne Frage auch für das heute zu Unrecht vielgeschmähte Frankreich zu, dieses klassische Land der Staatsdenker, der politischen Ideen und des Individualismus; trotz einer gewissen Labilität des politischen Regimes war und ist das Parlament und damit indirekt das Volk der dritten und vierten Republik im allgemeinen, abgesehen von der Ausnahmeordnung der unmittelbaren Nachkriegszeit über den Kollaborationismus, ein Wächter der Menschenrechte. *Lieber eine Freiheit in politischer Unstabilität, ja in etwelcher politischer Unordnung, als keine Freiheit.*

Besonders grosses Interesse bietet selbstverständlich unsere Frage nach der Demokratie als Hüterin der Menschenrechte im Falle der Schweiz. Da unser Land eine Referendumsdemokratie ist, handelt es sich hier nicht darum, wie bei den anderen echten Demokratien, ob das Volk nur mittelbar, in der Gestalt der Volksvertretung die Freiheitsrechte schützt, sondern ob das Volk dieses Wächteramt unmittelbar versehe. Diese Frage kann nun m.E. durchwegs bejaht werden. *Das Referendum wirkt sich in der Eidgenossenschaft im Allgemeinen konservativ und damit zugunsten des Individuums aus,* wie schon vor Dezennien Theodor Curti andeutete und Fritz Flep.er nachwies, und wie es sich bis auf unsere Tage zeigte, ja heute vielleicht noch stärker hervortritt. Allerdings lassen sich ausserdem die Ergebnisse der Volksabstimmungen selbstverständlich noch unter anderen Gesichtspunkten bewerten. Verschiedene Faktoren, auch für die Referendums-

psychologie nicht immer ersichtliche Gründe bestimmen vielfach den Ausgang der einzelnen Volksabstimmung. Der hervorstechendste Zug bei den negativen Volksentscheiden ist jedoch m.E., wenn man die Dinge in grösseren Zusammenhängen betrachtet, weitere Zeitspannen überblickt, zweifellos ein freiheitlicher, der der Geschichte der eidgenössischen Referendumsabstimmungen sein Gepräge gibt. Diese Geschichte zeigt im Allgemeinen eine *starke Abneigung des Volkes gegen staatliche Eingriffe in die Freiheitssphäre der Einzelnen*. Es mögen hier als Beleg des Gesagten nur einige wenige typische Beispiele aus den allerletzten Jahrzehnten erwähnt werden, die sich noch durch weitere vermehren liessen. Ich erinnere an die Verwerfung der Freimaurerinitiative, der Kriseninitiative, der Initiative auf Recht auf Arbeit, der Initiative auf Wirtschaftsreform und Rechte der Arbeit, der Initiative auf den Schutz des Bodens und der Arbeit und Verhinderung der Spekulation, ich erinnere an die Verwerfung des Verfassungsartikels über die Verkehrskoordination, an die Verwerfung der zwei Gesetzesvorlagen über den Staatsschutz, des Tuberkulosegesetzes, der Autotransportordnung, des Hotelbauverbotes. In allen diesen Fällen wurden vorab Beschränkungen von Freiheitsrechten, die offensichtlich als zu weitgehend erachtet wurden, abgewehrt.

In diesen Zusammenhang gehört zweifellos auch die Verwerfung der Volksinitiative auf Totalrevision der Bundesverfassung vom Jahre 1934. Wohl kaum in Widerspruch zum Gesagten steht die Annahme der neuen Wirtschaftsartikel von 1947, da sie eine im Interesse der Handels- und Gewerbefreiheit selber gelegene Neuordnung der Wirtschaftsfreiheit brachte, welche Annahme übrigens nur mit schwachem Mehr erfolgte, wobei Zürich verwarf, und offensichtlich durch die zeitliche Verbindung der Volksabstimmung mit derjenigen über die Alters- und Hinterbliebenenversicherung erleichtert, ja vielleicht erst ermöglicht wurde. Allerdings mag es zweifelhaft erscheinen, ob die neuen Wirtschaftsartikel von Volk und Ständen angenommen worden wären, wenn diese ihre rechtliche Tragweite im Sinne einer weitgehenden Relativierung und damit einer teilweisen Preisgabe der Handels- und Gewerbefreiheit von vorneherein in voller Klarheit hätten zu erkennen vermögen, oder die extensive Praxis in Anwendung der Vorbehalte der neuen Wirtschaftsartikel zur Wirtschaftsfreiheit voraussehen können.

Auch das langsame Tempo in der Sozialgesetzgebung ist wohl vorab aus einer *anti-etatistischen und damit aber freiheitlichen Einstellung des Volkes* zu erklären. Der konservative Zug des eidgenössischen Referendums wirkt sich ausserdem *auch zugunsten der Kantone* aus, indem das Referendum die Erweiterung der Bundeskompetenzen erschwert, wie die Verwerfung zahlreicher Vorlagen, die die Ausdehnung des Bundesbereiches zum Gegenstande hatten, zuletzt der Finanzordnung von 1953, deutlich zeigt. Aber auch diese föderalistische Einstellung des Volkes erscheint, wenn auch nur mittelbar, als eine *Freiheitsgarantie für den Einzelnen*. Denn die föderalistische Struktur des Landes dient eben auf Grund der von ihr bewirkten Verteilung der staatlichen Macht zwischen Bund und Kantonen und damit der Beschränkung dieser Macht auch dem *Schutze der individuellen Freiheit*.

Ohne Volksabstimmungen wäre man auf eidgenössischem Boden zweifellos wohl noch tiefer im Etatismus verstrickt. Gleich dem Bundesvolke sind aber selbstverständlich ebenfalls das kantonale und das Gemeindevolk Garanten der Freiheitsrechte im genannten Sinne, und das offensichtlich in noch höherem Masse. Denn je kleiner das demokratische Gemeinwesen ist, desto intensiver erscheint naturgemäss die Mitwirkung der freiheitlich gesinnten Aktivbürger an der Ausübung der öffentlichen Funktionen,

und umso grösser wird infolgedessen die Freiheitsverbürgung des Volkes sein. Allerdings hat diese demokratische Freiheitsgarantie für Kanton und Gemeinde nicht die gleiche praktische Bedeutung wie in der Eidgenossenschaft, da gegenüber der kantonalen Staatsgewalt neben dem Volk auch das Bundesgericht als Hüter der Freiheitsrechte amtiert.

Indem somit das Volk durch das Mittel von Referendum und Initiative Garant der Freiheitsrechte ist, wird gewissermassen zugleich die Forderung Montesquieus, wonach sich die Gewalten im Interesse der individuellen Freiheit hemmen sollen, in dem Sinne erfüllt, dass die Aktivbürgerschaft als Teilorgan der verfassungsgebenden und der Gesetzgebungsgewalt sowie der Exekutive diese *hemmende Funktion* gegenüber anderen Teilorganen derselben Gewalten, nämlich *gegenüber dem Parlament und der Verwaltung* wahrnimmt.

Dass die Aktivbürger in der Eidgenossenschaft wirklich Hüter der Freiheitsrechte sind, zeigt auch die *Notrechtspraxis* des Bundes, die längere Zeit dem Volke die Aussetzung Volksrechte unter Anrufung eines Notrechtes in der Gestalt der dringlichen Bundesbeschlüsse und der Kriegsvollmachten weitgehend vorenthielt. Denn ohne diese schwankenden Gestalten unnötigerweise aus dem Schattenreiche heraufbeschwören zu wollen, darf doch gesagt werden, dass der Erlass eines grossen Teiles der 148 dringlichen Bundesbeschlüsse, die während der beiden Jahrzehnte zwischen 1919 und 1939 ergingen, sowie der Erlass zahlreicher Vollmachtenbeschlüsse der Kriegszeit nicht aus Gründen von Zeitnot, sondern aus Furcht vor negativen Volksentscheiden, so z. B. vor Verwerfung wirtschaftlicher Lenkungsmassnahmen, erfolgte. Das ist gerichtsnotorisch. Indem aber diese ablehnenden Volksabstimmungen, wie bemerkt, weitgehend der *Abwehr von Freiheitsbeschränkungen* dienten, so beruhte die durch die Furcht vor negativen Volksentscheiden mitbedingte Ausschaltung des Referendums auf Grund des Notrechtes zweifellos auch auf der Furcht vor dem Volk als Hüter der Freiheitsrechte.

Daher hat das Volk dieses Wächteramt auch bei der Annahme der Volksinitiative für die Rückkehr zur direkten Demokratie, die der Dringlichkeitspraxis einen starken Riegel vorschob, versehen. Auch mit der Dringlichkeitspraxis und dem Vollmachtenregime erfolgte eine Hemmung eines Teilorgans der verfassungsgebenden und gesetzgebenden Gewalt, nämlich des Volkes, durch ein anderes solches Teilorgan, durch die Bundesbehörden, aber primär nicht zum Schutze der Freiheit im Sinne Montesquieus, sondern aus Gründen der Staatsraison, aus etatistischen Motiven oder aus dem Machtstreben der Bürokratie. Insofern diese Hemmung aber ihren Ursprung in der Furcht vor verwerfenden Volksentscheiden hatte und wirklich sachlich begründet, das heisst durch die Staatsraison bedingt war, wie es z. B. während des Krieges mitunter zugetragen haben mag, so sollte damit letzten Endes einer Gefährdung der freiheitlichen Demokratie durch das Volk als Verfassungsgesetzgeber und einfacher Gesetzgeber nicht wegen der Freiheitsfeindlichkeit, sondern wegen der *Freiheitsliebe der Aktivbürgerschaft* vorgebeugt werden. Wahrlich, ein einzigartiges positives Zeugnis, das die Bundesbehörden hier ungewollt dem Volk als Hüter der Menschenrechte ausstellten.

Dieses Wächteramt der Aktivbürgerschaft über die Freiheitsrechte erleidet keine Einbusse durch den Umstand, dass auch in der Schweiz gewisse Spannungen zwischen den wesensverwandten liberalen und demokratischen Prinzipien bestehen, so z. B. zwischen Mehrheitsprinzip und richterlicher Prüfung der Gesetze, so zwischen demokratischer

Gleichheit und Werthierarchie oder zwischen sozialer Verantwortung der Demokratie und Individualismus. Denn solche Antinomien erscheinen wohl naturbedingt; sie beruhen auf einem Zuendedenken und damit auf einer Überspannung dieser Grundsätze nach der einen oder anderen Seite.

Das Volk kann aber, wie die genannte Notrechtspraxis zeigt, allein in dem Falle als Garant der Freiheitsrechte amten, dass die demokratischen Einrichtungen tatsächlich auch spielen. Die Voraussetzungen hiefür sind gegenwärtig wieder günstiger, nachdem das Vollmachtenregime beseitigt wurde und die dringlichen Bundesbeschlüsse infolge ihrer Unterstellung unter ein nachträgliches fakultatives und obligatorisches Referendum nach Massgabe des neuen Notrechtsartikels 89 bis der Bundesverfassung sich nicht mehr lohnen und infolgedessen ihre praktische Bedeutung tatsächlich auch weitgehend eingebüsst haben. Allerdings taucht dafür heute für das Volk als Hüter der Freiheitsrechte eine andere dunkle Wolke am Horizonte auf: Die *Tendenz zu umfassenden Gesetzesermächtigungen an die Exekutive* und damit zur Verschiebung des Schwergewichtes der Rechtsetzung vom Gesetzgeber auf die Verwaltung und infolgedessen der Zusammenballung der politischen Macht bei der letzteren wird immer stärker. Das zeigt z. B. sehr gut die gegenwärtige eidgenössische Landwirtschaftsgesetzgebung, die zur Hauptsache nicht im Landwirtschaftsgesetz selber enthalten ist, sondern in dazu gehörigen Verordnungen niedergelegt wird; diese bilden aber überwiegend nicht etwa Vollziehungsverordnungen, sondern gesetzesvertretende Verordnungen, die in weitgehendem Masse die Materie an Stelle des Gesetzes regeln; das bringt schon der Name Statut, den diese Verordnungen vielfach tragen, deutlich zum Ausdruck.

Eine derartige Delegationspraxis mag zwar aus der Spannung, die notwendigerweise zwischen der Wirtschaftsgesetzgebung eines Lenkungsstaates und der direkten Demokratie besteht, politisch verständlich erscheinen; eine solche umfassende Gesetzesdelegation, die der Logik der Referendumsdemokratie und der Gewaltentrennung widerspricht und im wirtschaftlichen Sektor auch gegen Art. 32 der Bundesverfassung verstösst, bewirkt jedoch eine *Schmälerung des Gesetzesreferendums und damit eine Beeinträchtigung' des Volkes in seiner Funktion als Hüter der Menschenrechte*. Denn es ist nicht dasselbe, ob Parlament und Volk nur über ein Rahmen- oder Blankettgesetz, das lediglich allgemeine Richtlinien enthält und dessen rechtliche Tragweite die Aktivbürgerschaft infolgedessen vielfach gar nicht zu überblicken und zu beurteilen vermag, oder über eine Ordnung zu befinden haben, die die Materie wenigstens in ihren Grundzügen erschöpfend regelt.

Das Wächteramt des Volkes als Hüter der Freiheitsrechte wäre offenbar noch viel augenfälliger, wenn nicht immer mehr zur *Rechtssatzform der Verordnung* gegriffen würde, wenn man umgekehrt zum Beispiel die verschiedenen, Statuten genannten Rechtsetzungsakte des wirtschaftlichen Dirigismus dem Referendum Unterstellte. Falls überhaupt heute in der Eidgenossenschaft gewisse Gefahren für die Freiheitsrechte lauern, so drohen sie unmittelbar von der Verordnungshypertrophie, das ist aber von der Verwaltung her, bei der sich auf Grund der Gesetzesdelegation die Macht immer mehr anhäuft, und indirekt von der *Bundesversammlung, die eine solche Delegationspraxis duldet und sich damit teilweise selber entmachtet*. Ja auch ohne rechtlich haltbare Gesetzesdelegationen setzt die Verwaltung gegenwärtig neues in die persönliche Freiheit tief eingreifendes Recht, das darum der Gesetzesform bedurft hätte, wie die Ver-

ordnung über zivile Schutz- und Betreuungsorganisationen, die umfassende Dienstpflichten für die Zivilbevölkerung begründet, zeigt. Auch hier wird offensichtlich *das Referendum aus Furcht vor negativen Volksentscheiden ausgeschaltet* und damit das Volk in seinem Amte als Wächter über die Freiheitsrechte suspendiert. *Die staatsmännische Kunst besteht jedoch zweifellos darin, die politischen Schwierigkeiten zu meistern, und nicht darin, sie zu umgehen.*

Auch die volle Anwendung der strafprozessualen und verwaltungsverfahrenrechtlichen Garantien der persönlichen Freiheit scheint nicht immer überall im Lande ganz gesichert und die Zulänglichkeit dieser Garantien vielleicht mitunter nicht durchwegs gegeben zu sein.

Diese Schatten vermögen aber das vorhin entworfene Bild nicht wesentlich zu trüben. In der Schweiz amtet das Volk in umfassender Art unmittelbar als Hüter der Menschenrechte, und unser Land wird infolgedessen trotz allem durch eine Harmonie weitgespannter individueller Freiheit und weitgespannter politischer Freiheit gekennzeichnet. Diese Harmonie ist bedingt durch eine freiheitliche Atmosphäre, die auf freiheitlichen politischen Wertvorstellungen, auf alter freiheitlicher Überlieferung, auf langjähriger freiheitlicher politischer Erfahrung und Bewährung beruht. *Ja, die Schweiz bildet einen einzig dastehenden Fall von Demokratie, wo das Volk als Gesetzgeber selbst Hüter der Menschenrechte ist, und sie erbringt damit in schönster Weise den lebendigen Beweis der Existenzmöglichkeit eines echten, eines freiheitlichen demokratischen Staates.*

*"Das Land ist eben recht,
Ist nicht zu gut und nicht zu schlecht,
Ist nicht zu gross und nicht zu klein,
Um drin ein freier Mann zu sein!"
(Aus Gottfried Kellers Eröffnungslied
am eidgenössischen Sängertag 1858)*