

**Zeitschrift:** Rote Revue : Zeitschrift für Politik, Wirtschaft und Kultur  
**Band:** 83 (2005)  
**Heft:** 2

**Artikel:** Sind die Grundrechte heute gefährdet?  
**Autor:** Hänni, Peter  
**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-341906>

### **Nutzungsbedingungen**

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

### **Conditions d'utilisation**

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

### **Terms of use**

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

**Download PDF:** 06.10.2024

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

# Sind die Grundrechte heute gefährdet?

Die aktuelle Grundrechtsdiskussion vermittelt widersprüchliche Eindrücke: Zum einen erscheinen in der heutigen Zeit die Grundrechte vor allem durch Einflüsse gefährdet, die auf die Globalisierung zurückgehen. Die wirtschaftliche Entwicklung hat

---

**Peter Hänni\***

---

bisher zu einer Schwächung lokaler und regionaler Strukturen geführt, die Frage des Zugangs zu Ressourcen und die Teilhabe an deren Nutzung ist weniger denn je gelöst. Die Sicherung existenzieller Bedürfnisse in den Bereichen der Nahrungsmittelversorgung, der Gesundheits-, der Wasser- und Energieversorgung ist hochgradig ungenügend, der Zugang zu Bildung, Arbeit und Kapital ist lediglich für eine Minderheit in einem akzeptablen Sinne geregelt. Die Verteilung von Chancen und Risiken ist auf globaler Ebene in einem dramatischen Sinne ungerecht; dies trifft für die Krankheitsrisiken ebenso zu wie für die Umweltbelastung. Die Staatengemeinschaft versucht durch immer neue, weltweit anwendbare Übereinkommen das Individuum vor den Folgen dieser Ungleichgewichte zu schützen: Verbote der Folter, der Sklaverei und des Menschenhandels, aber auch Schutzmechanismen zur Eindämmung von Diskriminierungen und Ausbeutungen gegenüber Frauen und Kindern sind Beispiele für solche Bemühungen. Die Wirkungen dieser globa-

len Abkommen sollen nicht wegdiskutiert werden, doch müssen sie bei objektiver Betrachtungsweise als bescheiden bezeichnet werden. Gleichzeitig ergeben sich durch die technologischen Fortschritte aber auch neue Möglichkeiten und neue Chancen, wie beispielsweise durch die weltweite Verfügbarkeit des Internets.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Gefährdungen und Chancen sich für ein Land wie die Schweiz im Bereich der Grundrechte ergeben. Im Folgenden soll dieser Problembereich unter drei Aspekten beleuchtet werden: Zunächst ist kurz auf die formale Seite der Thematik einzugehen, indem aufgezeigt werden soll, welche neuen Elemente auf Verfassungsebene mit Blick auf eine Erweiterung des Grundrechtsschutzes eingebracht worden sind. Sodann ist der Frage nachzugehen, wie die Praxis mit neuen Fragestellungen umgegangen ist, und schliesslich soll versucht werden, neuere Entwicklungen aufzugreifen, die vom Ansatz her zu Gefährdungen der Grundrechte führen.

## **I. Erweiterung der klassischen Grundrechte durch neue individuelle Sicherungen**

Nimmt man die letzten 25 Jahre der schweizerischen Grundrechtsentwicklung ins Blickfeld, lassen sich folgende Feststellungen treffen: Ausgehend vom Enthusiasmus, der von der Gründung des Kantons Jura und der damals geschaffenen neuen Kantonsverfassung ausging, haben sich eine Reihe neuer Individual- bzw. Kollektivrechte mittlerweile in verschiedenen

\* Meiner Assistentin, Frau lic. iur. Nadine Mayhall, danke ich für ihre wertvolle Mitwirkung bei der Erarbeitung dieses Beitrags.

anderen Kantonsverfassungen sowie in der Bundesverfassung durchgesetzt. Dazu gehören namentlich:

- die Rechtsgleichheit mit einem umfassenden Diskriminierungsverbot, insbesondere mit Blick auf die Herkunft, die Rasse, das Geschlecht, das Alter, die Sprache, die soziale Stellung, die Lebensform, die religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung, die körperliche, geistige oder psychische Behinderung;
- das Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit;
- der Schutz der Privatsphäre;
- der Schutz von Kindern / Jugendlichen;
- die Sprachenfreiheit;
- die Wissenschaftsfreiheit;
- die Kunstfreiheit;
- die Koalitionsfreiheit;
- das Recht auf Hilfe in Notlagen;
- die Verfahrensgarantien.

Diese verfassungsmässig garantierten Grundrechte verstärken zum einen die klassischen Grundrechte und differenzieren sie weiter aus, indem hier die Abwehransprüche gegenüber dem Staat und den dahinter stehenden Gedanken einer dem Individuum zustehenden staatsfreien Sphäre definiert werden. Einzelnen von ihnen liegt aber auch die Überzeugung zugrunde, dass dem Staat zusätzlich ein Schutzauftrag zukommt, wenn sich das Individuum aufgrund gesellschaftlicher und ökonomischer Entwicklungen ausserstande sieht, seine Grundrechte überhaupt wahrzunehmen: Wer z.B. existenzielle Bedürfnisse nicht oder nicht mehr selber abzudecken vermag, dem soll der Staat ein menschenwürdiges Dasein ermöglichen. Darüber hinaus sollen grundsätzlich auch die Privaten für die Verwirklichung der Grundrechte in Pflicht genommen werden; bei der Lohngleichheit zwischen Mann und Frau wurde sogar ein unmittelbarer verfassungsmässiger, direkt einklagbarer Anspruch verankert, der sowohl für öffentlichrechtliche wie für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse Geltung hat.

## II. Die Praxis der Grundrechtsverwirklichung

Die meisten der hier erwähnten verfassungsrechtlichen Neuerungen wurden durch die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes schon in der Praxis vorweggenommen. Das trifft beispielsweise für die Sprachenfreiheit, die persönliche Freiheit, die Lohngleichheit, die Hilfe in Notlagen oder die Versammlungsfreiheit zu. Diese Leistungen der Praxis gilt es zu würdigen und zu respektieren. Daneben zeigt eine (notwendigerweise unvollständige) Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass das Gericht sich mit verschiedenen neuen Fragestellungen auseinander zu setzen hatte, die einen Eindruck von der Weiterentwicklung der Grundrechte vermitteln. Dazu gehören namentlich:

- die Problematik des Schutzes der persönlichen Freiheit und der Einhaltung von Verfahrensgarantien im Zusammenhang mit Strafverfahren: Regelt das Gesetz weder die Dauer noch die richterliche Kontrolle des Freiheitsentzuges, genügt es den Anforderungen von Art. 5 Ziff. 1 und 4 EMRK nicht. Die Zeitspanne zwischen Festnahme und Anhörung durch einen Richter sollte 48 Stunden nicht übersteigen. Eine an sich gerechtfertigte Untersuchungshaft gilt als unverhältnismässig, wenn sie die Länge der zu erwartenden Freiheitsstrafe übersteigt.<sup>1</sup> Beim vorzeitigen stationären Massnahmenvollzug kann jedoch nicht von der Dauer der ausgefallenen Freiheitsstrafe auf die Dauer der gleichzeitig angeordneten freiheitsentziehenden Massnahme geschlossen werden: Das Kriterium bildet in diesem Fall die Behandlungsbedürftigkeit.<sup>2</sup> Im stationären Massnahmenvollzug besteht ein Anspruch darauf, dass der Freiheitsentzug durch eine richterliche Instanz auf seine Rechtmässigkeit hin überprüft wird.<sup>3</sup>
- die Frage des Anspruchs auf richterliche Beurteilung zivilrechtlicher Ansprüche im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK: In

Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR subsumiert das BGer unter den Begriff der civil rights folgende Bereiche, die nach schweizerischem Verständnis dem öffentlichen Recht zuzuordnen wären: Eigentumsgarantie<sup>4</sup> und Enteignungen<sup>5</sup>, Landumlegungen<sup>6</sup>, gewerbe- oder gesundheitspolizeiliche Bewilligungen für eine privatwirtschaftliche Tätigkeit<sup>7</sup>, Schadenersatzforderungen gegen das Gemeinwesen<sup>8</sup> und das Sozialversicherungswesen<sup>9</sup>. Im Bereich des öffentlichen Dienstrechts ist die Ausübung einer nichthoheitlichen Funktion als ausschlaggebendes Kriterium anzusehen.<sup>10</sup>

- der Anspruch auf rechtliches Gehör bei Einbürgerungsverfahren: Die Stimmbürger nehmen bei der Abstimmung über Einbürgerungsgesuche eine staatliche Aufgabe wahr und sind gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden.<sup>11</sup> Ablehnende Einbürgerungsent-scheide unterstehen aufgrund ihrer Qualifizierung als Verfügungen der aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessenden Begründungspflicht, welcher bei Volksabstimmungen an der Urne systembedingt nicht nachgekommen werden kann.<sup>12</sup> Verfassungsrechtlich zulässig sind offene Abstimmungen über Einbürgerungsgesuche in der Gemeindeversammlung.<sup>13</sup>
- die Problematik der Verwirklichung der Lohngleichheit zwischen Mann und Frau: Jede direkte oder indirekte Benachteiligung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aufgrund ihres Geschlechts ist verfassungswidrig; insbesondere haben sie Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.<sup>14</sup> Art. 8 Abs. 3 BV wirkt als einziges Grundrecht auch direkt unter Privaten.
- die Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit unter den Bedingungen, wie sie im Zusammenhang mit dem WEF in Davos vorliegen: Es besteht nur ein bedingter Anspruch auf Benützung des öffentlichen Grundes. Im Bewilligungsverfahren sind die Behörden nicht nur an das Willkürverbot und an

das Gleichbehandlungsgebot gebunden, sondern haben auch eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen: Im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips sind ebenso sehr die Randbedingungen, allfällige Auflagen und eventuelle Alternativen zu prüfen. Die Behörden sind verpflichtet, durch geeignete Massnahmen dafür zu sorgen, dass öffentliche Kundgebungen tatsächlich stattfinden können.<sup>15</sup> Sind die Aufgaben der Polizei in einer selbständigen, gesetzvertretenden Verordnung des Grossen Rates festgehalten, ist sie als genügende gesetzliche Grundlage für die Einschränkung allfällig betroffener Freiheitsrechte im Sinne von Art. 36 BV anzusehen.<sup>16</sup>

- das Verhältnis zwischen Meinungsäusserungsfreiheit und kommerziellen Interessen von MarktteilnehmerInnen: Funktionalität des Wettbewerbs, Wirtschafts-, Meinungs-, Wissenschafts- und Pressefreiheit sind bestmöglichst zu gewährleisten, gegenseitig aber im Sinne der praktischen Konkordanz der verschiedenen Verfassungsziele zu beschränken. Es kann somit nicht Zweck weder der Meinungs- noch der Pressefreiheit sein, widerrechtliche Kundgebungen im Sinne des UWG<sup>17</sup> zu legitimieren.<sup>18</sup>
- die Konkretisierung des Anspruchs auf Hilfe in Notlagen: Der Anspruch auf Nothilfe, d.h. auf staatliche Leistungen, die *«für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar sind und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermögen»*, kann, soweit die Anspruchsvoraussetzung der Notlage erfüllt ist, nicht eingeschränkt werden.<sup>19</sup> Ein Asylbewerber, der trotz Nichteintretentscheid auf sein Asylgesuch weiter in der Schweiz verweilt, verschuldet seine Notlage jedoch nicht selber; die Streichung der Nothilfe ist diesfalls verfassungswidrig.<sup>20</sup> Es ist jedoch verfassungsrechtlich haltbar, vorläufig aufgenommene Ausländer sozialhilferechtlich schlechter zu stellen als Ausländer mit Aufenthaltsbewil-

**Der Anspruch auf Nothilfe kann, soweit die Anspruchsvoraussetzung der Notlage erfüllt ist, nicht eingeschränkt werden.**

ligung.<sup>21</sup> Ebenso können die Kantone Kürzungen der Fürsorgeleistungen im Dienste der Missbrauchsbekämpfung gesetzlich vorsehen.<sup>22</sup>

**Die effektive  
Inanspruchnahme  
ideeller Grund-  
rechte ist häufig  
von ökonomischen  
Rahmenbeding-  
ungen abhängig.**

Insgesamt kann dem Bundesgericht attestiert werden, dass es sich redlich darum bemüht, einen vernünftigen, nachvollziehbaren Ausgleich zwischen den verschiedenen, teils diametral entgegengesetzten Grundrechtspositionen der direkt involvierten Privaten einerseits sowie den Sicherheits- und Schutzbedürfnissen der staatlich organisierten Gemeinschaft und den privaten Grundrechtsträgern andererseits herzustellen. Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass das Gericht auch an Grenzen stösst. Die Herstellung der Lohngleichheit beispielsweise kann zwar durch die Gerichtspraxis unterstützend begleitet werden, ihre volle Realisierung ist indessen von gesellschaftlichen Prozessen abhängig, die ausserhalb des Einflussbereiches der Justiz liegen. Die Meinungsäusserungsfreiheit lässt sich bei Äusserungen über den Wert oder die Sicherheit von Produkten durch die Schutzmechanismen über den unlauteren Wettbewerb unterlaufen, die effektive Inanspruchnahme ideeller Grundrechte ist häufig von ökonomischen Rahmenbedingungen abhängig, auf die das Gericht keinen Einfluss nehmen kann, man denke nur an den fortschreitenden Konzentrationsprozess im Bereich der Medien.

Der Umstand, dass die Verwirklichung von Grundrechten auf dem Wege von Gerichtsverfahren auf den Einzelfall zugeschnitten ist, ist Stärke und Begrenzung zugleich: Zwar kann das Gericht in einem konkreten Streitfall verfassungsrechtlichen Individualansprüchen zum Durchbruch verhelfen, doch ist es bei flächendeckenden Phänomenen aus Gründen der Gewaltenteilung, aber auch aufgrund seiner ihm inhärenten ökonomischen und fachlichen Limiten ausserstande, umfassende Reformen durchzusetzen.

### **III. Neue Gefährdungen für die Grundrechte?**

Wie die bisherigen Erörterungen gezeigt haben, ist allein schon die Weiterführung eines gewissen Standards der Grundrechtsverwirklichung eine überaus anspruchsvolle Aufgabe, die im Übrigen nicht durch die Gerichte allein bewerkstelligt werden kann. Ohne hier einem unangebrachten allgemeinen Kulturpessimismus das Wort reden zu wollen, ist aber davon auszugehen, dass die absehbaren gesellschaftlichen, technologischen und politischen Entwicklungen Herausforderungen mit sich bringen, deren Bewältigung keineswegs als gesichert erscheint. Im Folgenden soll diese Prognose anhand von vier konkreten Problemfeldern erläutert werden.

#### **1. Terrorismus**

Neben den offensichtlichen und unmittelbaren Gefahren, die vom Terrorismus ausgehen, bringt die totale und bedingungslose Ablehnung des Staates auch die Grundlagen westlicher Demokratien und deren grundsätzliche Offenheit in Gefahr. Ausgehend von der Überlegung, dass Grundrechte prinzipiell nicht durch deren Verkürzung gesichert werden können, sehen sich diese Staaten vor einem unauf löslichen Dilemma: Wenn sie ihre Verwundbarkeit eindämmen wollen, geht damit eine Beschneidung der Grundrechte einher, die wesentliche Errungenschaften der freiheitlich demokratischen Grundordnung in Mitleidenschaft ziehen.

#### **2. Multikulturalität und Grundrechte**

Multikulturalität und Grundrechte sind auf den ersten Blick keine Gegensätze, vielmehr sind Letztere geradezu Voraussetzung für das friedliche Miteinander oder mindestens ein geordnetes Nebeneinander. Die freiheitliche Grundrechtskonzeption stösst indessen dort an ihre Grenzen, wo gewisse Bevölkerungsgruppen, namentlich unter Berufung auf ihre Religionsfreiheit den Primat des staatlichen Gewaltmonopols, aber auch Familienrechts in Frage



stellen: Exemplarisch wird dieser Konflikt sichtbar, wenn die Religionsfreiheit zum Instrument der Beibehaltung patriarchalischer Gesellschaftsstrukturen und damit zur Unterdrückung und Unterminierung elementarer Gerechtigkeitsvorstellungen, namentlich von Frauen und Kindern, missbraucht wird.

### 3. Der gläserne Mensch

Die technologische Entwicklung birgt im Bereich der Telekommunikation und der permanenten Verfügbarkeit riesiger Datenmengen schier unbegrenzte Missbrauchspotenziale. So wird beispielsweise in der EU die Möglichkeit diskutiert, Banknoten mit einem Nennwert von mehr als 20 Euro mit einem Mikrochip zu versehen, mit dessen Hilfe der Standort der entsprechenden Banknote jederzeit feststellbar ist. Ähnliche Überlegungen werden angestellt, wenn es um die Kennzeichnung von Produkten des täglichen Konsums geht. Schon heute werden sämtliche privaten Telefongespräche, registriert, unabhängig davon, ob sie über das Festnetz oder über die Mobilfunktelefonie geführt werden. Es bedarf keiner besonderen Phantasie, um sich die Gefahren für die informationelle Selbstbestimmung vorzustellen.

### 4. Die Infragestellung von Symbolen der Rechtsstaatlichkeit

Gerichte – und speziell die obersten Gerichte eines Landes – bilden unverzichtbare Eckpfeiler der Rechtsstaatlichkeit. Neben ihrer Aufgabe, konkrete Rechtsstreitigkeiten verbindlich und endgültig zu beurteilen, verkörpern sie auch symbolhaft gewisse Werte wie Legitimität, Berechenbarkeit, Stabilität und Glaubwürdigkeit eines Rechtsstaates. Nun ist es zweifellos richtig, dass ihre Stellung und Aufgabe in einem gewaltenteiligen organisierten Staat immer wieder zu hinterfragen ist und gegebenenfalls angepasst werden muss. Dies hat aber mit dem nötigen Respekt vor diesen Institutionen zu geschehen. Wer deshalb bei (politisch) missliebigen Urteilen

umgehend nach Änderungen der verfassungsrechtlichen Grundlagen ruft oder verbindliche Bekenntnisse zu gewissen parteipolitischen Standpunkten fordert, schwächt die Integrations- und Symbolkraft, die von diesen Institutionen ausgeht, und untergräbt längerfristig die Stabilität des gesamten Systems. Nochmals: Die Justiz befindet sich nicht ausserhalb des politischen Diskurses und sie muss sich der Kritik wie das Parlament und die Regierung stellen, sie darf aber nicht zum Spielball durchsichtiger politischer Interessen verkommen.

Dr. iur. Peter Hänni, Jg. 1950, Master of Laws (Yale), ist ordentlicher Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Fribourg.

<sup>1</sup> BGE 105 Ia 26, 32 f. (Generalprokurator Bern). Zur Tragweite des Beschleunigungsgebots bei psychiatrischer Begutachtung des Angeschuldigten vgl. auch BGE 128 I 149 (Gutachter).

<sup>2</sup> BGE 126 I 172, 177 f. (Haftprüfungsverfahren).

<sup>3</sup> BGE 116 Ia 60, 64 (Psychiatrische Klinik Rheinau).

<sup>4</sup> BGE 125 II 417, 420 (PKK).

<sup>5</sup> BGE 112 Ib 176, 178 (Schiessübungen); 115 Ia 66, 69 (Coppet).

<sup>6</sup> BGE 124 I 255, 262 (Berner Bodenverbesserungskommission).

<sup>7</sup> BGE 123 I 87, 88 (Freies Notariat); 126 II 228, 230 (Anwalt); VPB 96 (1994) S. 709.

<sup>8</sup> BGE 121 III 204, 206 (Widerrechtlicher FFE); 126 I 144, 150 (Widerrechtliche Vergabe).

<sup>9</sup> BGE 121 V 109, 110 (Assura); 126 V 172, 180 (Schweizer Paraplegiker-Zentrum).

<sup>10</sup> Siehe die Praxisänderung in BGE 129 I 207, 212 (Mittelschullehrer).

<sup>11</sup> BGE 129 I 217, 225 (Emmen).

<sup>12</sup> BGE 129 I 232, 238 f. (SVP-Initiative). Eine Begründungspflicht lässt sich in diesem Zusammenhang auch aus dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV ableiten.

<sup>13</sup> BGE 130 I 140 (Schwyz).

<sup>14</sup> BGE 125 I 71, 78 f. (Krankenschwestern); 125 II 530, 532 (Zürcher Kindergartenlehrkräfte I); 125 II 541, 542 f. (Zürcher Kindergartenlehrkräfte II); 126 II 217, 219 (Psychiatrische Krankenpflege); 127 III 207, 215 f. (Office X.); 130 III 145 (Vaud).

<sup>15</sup> BGE 127 I 164 (WEF).

<sup>16</sup> BGE 128 I 327 (Kanton Graubünden).

<sup>17</sup> Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241.

<sup>18</sup> Zur Rechtsprechung vgl. BGE 120 II 76 (Mikrowellenofen); 117 IV 193 (Bernina); Entscheid 5C.31/2002 des BGer vom 15. Mai 2002, publ. in: SIC 2002, 752 ff.

<sup>19</sup> BGE 121 I 367 (Gebrüder V.); 122 II 193 (St. Gallen); 130 I 71 (Schaffhausen); Entscheid 2P.147/2002 des BGer vom 4. März 2003.

<sup>20</sup> Entscheid 2P.318/2004 des BGer vom 18. März 2005, (zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen).

<sup>21</sup> BGE 130 I 1 (Basel-Landschaft).

<sup>22</sup> BGE 130 I 82 (Zürich).





