

Konzeptionalisierung der «Verfassungsverwirklichung» als gestufter Prozess der Rechtskonkretisierung

Johannes Reich

I. Grundlagen

A. Einleitung

Verfassungsfortbildung wird nach traditioneller Ansicht – anders als die Überschrift dieses Themenblockes impliziert – nicht als schöpferische, sondern als vorwiegend deduktive Tätigkeit von Gerichten und Verwaltungsbehörden verstanden. Rechtschöpfung ist demgemäss Aufgabe der *rechtsetzenden* Organe, mithin, soweit die Verfassung in Frage steht, von Volk und Ständen. Der von René Rhinow in seiner Habilitationsschrift¹ vorgelegte und in verschiedenen späteren Schriften weiterentwickelte Theorieansatz setzt dieser überkommenen Sichtweise das Konzept der «*Verfassungsverwirklichung*» als *gestufter Prozess der Rechtskonkretisierung* entgegen, der sowohl die Rechtsetzung als auch den Rechtsschutz umfasst.² Ziel dieses Beitrags ist es, diese Konzeption fokussiert auf die Verfassungskonkretisierung kritisch nachzuzeichnen, Theorieanschlüsse offenzulegen, Querbezüge und Kontext herzustellen und auf weiteren Forschungsbedarf hinzuweisen. Dazu werden nachfolgend tragende Säulen der Konzeption (Verfassungsverwirklichung, integrale Auslegung, Recht und Politik) erläutert, zwei Kernthemen (Methodik, Verfassung und Zeit) vertieft behandelt und mit einem zusammenfassenden Ausblick abgerundet.

1 René Rhinow, *Rechtsetzung und Methodik. Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Habil. Basel, Basel/Stuttgart 1979.

2 Vgl. zuletzt etwa die Gliederung des Abschnitts «*Rechtsverwirklichung*» in René Rhinow, *Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts*, Basel/Genf/München 2003, der sowohl § 27 zur «*Rechtsetzung*» als auch §§ 28–30 zum «*Rechtsschutz*» umfasst.

B. «Verfassungsverwirklichung»

Nach überkommener Vorstellung besteht zwischen Rechtsetzung einerseits und Rechtsanwendung andererseits eine kategoriale Dichotomie, die sich im positiven Recht widerspiegelt:³ «*Rechtsetzende Bestimmungen*» werden von der Bundesversammlung (Art. 163 Abs. 1 BV) und, soweit er durch Bundesgesetz oder Verfassung dazu ermächtigt ist, vom Bundesrat erlassen (Art. 182 Abs. 1 BV) und anschliessend von den «*rechtsanwendenden Behörden*» (Art. 190 BV), mithin von Gerichten und der Verwaltung, in Einzelakten angewandt. Die «*Reine Rechtslehre*» *Hans Kelsens* setzte dieser Zweiteilung im Anschluss an den von *Adolf Julius Merkl* entwickelten Stufenbau der Rechtsordnung die Sichtweise der Schöpfung von Recht als gleichsam pyramidenförmig abgestufter Prozess entgegen. Danach steckt eine Norm denjenigen Rahmen ab, in dem sich entweder der darauf gestützte Einzelakt oder die tieferrangige, vom Gesetzgeber zu erzeugende Norm bewegt.⁴ Für die Geltungsvoraussetzungen einer Norm ist dieser Gedanke Gemeingut: Eine Norm tieferen Ranges (z. B. eine Bundesverordnung) muss sich auf eine höherrangige (Bundesgesetz, Bundesverfassung) abstützen können. Folgerichtig ist nach dem Prinzip der «*Parallelität der Formen*» als Bestandteil von Art. 5 Abs. 1 BV anerkannt, dass «*eine Rechtsnorm (ausser durch eine übergeordnete Norm) nur im gleichen Verfahren abgeändert werden kann, in welchem sie ursprünglich erlassen worden ist.*»⁵ *Kelsens* Konzept weist aber über den formellen Geltungsgrund von Normen hinaus und bezieht sich auch auf die *inhaltliche* Bestimmung von Recht. Jeder Rechtsakt entspricht demnach der Anwendung einer höherrangigen Norm, durch welche eine Norm tieferer Stufe erzeugt wird. «*Rechtsanwendung*» ist somit die «*Erzeugung einer niederen Norm aufgrund einer*

3 Prominent wurde diese Trennungsthese von *Walther Burckhardt*, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, Basel 1927, S. 260–264, insbesondere 263 vertreten: «*Die Rechtsanwendung, in ihrem eigentlichen Sinn [...], bildet einen begrifflichen Gegensatz zur Rechtsetzung, einen absoluten und nicht nur einen relativen.*»

4 *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, Wien 1960, S. 228–230, 239, 347.

5 BGE 105 Ib 72 E 6a S. 81. Statt aller BGE 130 I 185 S. 203 E 5.3; 130 I 140 S. 149 E 4.3.2; 126 V 183 E 5a S. 191; 108 Ib 479 E 2 und E 2a S. 481 sowie E 2c S. 482; 98 Ia 105 E 2d S. 111; 94 I 39 E 3a S. 36 und E 4 S. 37; *René Rhinow/Beat Krähnenmann*, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung. Ergänzungsband*, Basel/Frankfurt am Main, 1990, S. 43, 185 f.

höheren Norm.»⁶ Sowohl Gesetzgeber wie auch Gerichte füllen den vorgegebenen Rahmen der höherrangigen Norm inhaltlich aus.⁷ Folgerichtig ist «Rechtsanwendung [...] zugleich Rechtserzeugung.»⁸ Die Differenz zwischen Rechtsetzung durch den Gesetzgeber und Rechtsanwendung durch Gerichts- und Verwaltungsbehörden bleibt zwar erhalten, ist aber eine bloss *quantitative* im Bezug auf den vorgegebenen Rahmen, keine *qualitative*. Dieses Eingeständnis der schöpferischen Konkretisierungsbedürftigkeit von Normen wird auch von rechtstheoretischen Denkschulen geteilt, die im Übrigen auf grundlegend anderen Prämissen aufbauen. Bildhaft wurde dies von einem Hauptvertreter des Legal Realism, *Leon Green*, im Jahr 1930 zum Ausdruck gebracht: «Rules will carry those who must pass judgment only so far, figuratively speaking, into the neighborhood of the problem to be passed upon, and then the judges must get off and walk.»⁹

Den von *Kelsen* entwickelten Gedankengang der gestuften Konkretisierung des Rechts adaptiert *René Rhinow* in seiner Habilitationsschrift «Rechtsetzung und Methodik»; er löst indessen die Verknüpfung mit dem Wortlaut, der gemäss der «Reinen Rechtslehre» die Erzeugung einer Norm tieferen Ranges inhaltlich begrenzt.¹⁰ Bezogen auf die Verfassung erscheint *Verfassungsverwirklichung* demnach als «der auf die Verfassungsumsetzung und -anwendung bezogene Teil der *Rechtsverwirklichung*.»¹¹ Folglich bilden sowohl die Verfassungsgebung durch Volk und Stände als auch die Aktualisierung und Fortbildung der Verfassung durch andere Staatsorgane Teil eines *einigen, gestuften Vorgangs*. Dabei sind die eigen- und selbständigen Elemente der Rechtsetzung auf den Normstufen unterhalb der Verfassung herauszustreichen, da die Verfassung regelmässig bloss einen Rahmen vorgibt, in dem sich Normen niedrigeren Ranges zu bewegen haben.¹² Auf institutioneller Ebene erschliesst sich aus dem Konzept der Verfassungsverwirklichung, dass nicht

6 *Kelsen* (Fn. 4), S. 240 a. E.

7 Vgl. *Kelsen* (Fn. 4), S. 348 f.

8 *Kelsen* (Fn. 4), S. 240.

9 *Leon Green*, *Judge and Jury*, Kansas City 1930, S. 214.

10 Vgl. *Rhinow* (Fn. 1), S. 234–237.

11 *Rhinow* (Fn. 2), N 394.

12 Vgl. zu den eigen- und selbständigen Elementen der Gesetzgebung *Rainer Wahl*, *Der Vorrang der Verfassung und die Eigenständigkeit des Gesetzesrechts*, in: *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Frankfurt am Main 2003, S. 161–187, 181.

allein Gerichtsbehörden zur Auslegung der Verfassung berufen sind. Vielmehr öffnet sich der Kreis der Verfassungsinterpreten, sodass insbesondere auch der Bundesgesetzgeber zur autoritativen Verfassungsauslegung berechtigt und verpflichtet ist.¹³

C. *Intergrale Auslegung*

Die traditionelle Methodenlehre fokussiert primär auf einen bestimmten Rechtssatz oder einen Normbestandteil als Objekt der Auslegung. Demgegenüber nimmt der von René Rhinow verfochtene integrale Ansatz das gesamte für das entsprechende Rechtsproblem relevante Normprogramm ins Visier.¹⁴ Auf die Bundesverfassung angewendet rückt der *integrale Ansatz* den Leitgedanken der Einheit der Verfassung ins Zentrum, der darauf ausgerichtet ist, oft widersprüchliche Wertungen in die Entscheidung einzubeziehen. Das Prinzip der praktischen Konkordanz wird damit zu einem für die Auslegung der *gesamten* Verfassungs- und Rechtsordnung gültigen Prinzip.¹⁵ Angesichts der beobachteten «Kultur der Teilrevisionen»¹⁶ kann die Einheit der Verfassung, aus welcher das Prinzip der praktischen Konkordanz seine Legitimation schöpft, jedoch nur eine *angestrebte* sein. Zugespitzt liesse sich formulieren: das Prinzip der praktischen Konkordanz als Wahrmachen der *falschen*

13 Vgl. Rhinow (Fn. 2), N 448 sowie in Bezug auf die Auslegung der Grundrechte Georg Müller, Schutzwirkungen der Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VII/2. Grundrechte in der Schweiz und Liechtenstein, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007, § 204 N 9f., und René Rhinow, Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 427–446, S. 435, 443 f., 446.

14 Siehe etwa Rhinow (Fn. 2), N 454.

15 Vgl. Giovanni Biaggini, Methodik in der Rechtsanwendung, in: Anne Peters/Markus Schefer (Hrsg.), Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts. Symposium anlässlich des 60. Geburtstags von René Rhinow, Bern 2004, S. 27–51, 27f.; und zur praktischen Konkordanz als allgemeines verfassungsrechtliches Auslegungsprinzip BGE 126 III 129 E 8 c S. 149; Giovanni Biaggini, Verfassung und Richterrecht, Diss. Basel, Basel/Frankfurt am Main 1991, S. 416 f.; Rhinow (Fn. 1), S. 154 f.; Rhinow (Fn. 2), N 487; Pierre Tschannen, Verfassungsauslegung, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 9 N 21. Zur dogmatischen Herleitung vgl. Richard Bäuml, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961, S. 30; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995, N 72.

16 Rhinow (Fn. 2), N 417.

Prämisse, wonach die Verfassung ein in sich kohärentes Normprogramm bildet.

D. *Recht und Politik*

Die erwähnte «Kultur der Teilrevisionen» des schweizerischen Verfassungsrechts weist auf die Erzeugung von Recht durch Politik hin. Diese beiden gesellschaftlichen Teilbereiche sind mit der Positivierung des Rechts in ein reziprokes Verhältnis getreten. Die Systemtheorie sieht die beiden Systeme durch die Verfassung *strukturell gekoppelt*. Diese Koppelung ermöglicht es, dass die Politik das Recht «als Instrument des Erreichens politischer Ziele in Anspruch» nimmt, während das Recht seinerseits die Politik unter dem Code rechtmässig/rechtswidrig beobachtet.¹⁷ Diese beiden *gegenläufigen* Perspektiven – die «juristische Fesselung der politischen Gewalt» einerseits und «die politische Instrumentierung des Rechts» andererseits – werden im Konzept des *Rechtsstaates* gebündelt und als Einheit dargestellt.¹⁸ Ausgehend vom Begriff des Rechtsstaates tritt denn auch *René Rhinow* der Vorstellung von Recht und Politik als voneinander getrennten Sphären entschieden entgegen und zeichnet das Bild einer engen Verwobenheit der beiden Bereiche.¹⁹ Politik und Recht sind demnach lediglich unterschiedliche Aggregatzustände der gleichen Materie.²⁰ So bildeten etwa Interessenabwägungen, die von Verwaltung und Gerichten vorzunehmen sind, Einbruchstellen des Politischen in das Recht.²¹ Aufgrund der politischen Komponente des Rechts werden Strategien von Verwaltungs- und Gerichtsbehörden, sich politischer Erwägungen zu enthalten, kritisiert.²² Indessen dürften solche als «Selbstbeschränkung» deklarierten, «politisch» motivierten Rücksichtnahmen vor allem der institutionellen Autonomie und damit der richterlichen Unabhängigkeit dienen, was sie in einem positiveren Licht erscheinen lässt.²³

17 *Niklaus Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt am Main 2000, S. 392; *ders.*, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal 9 (1990) S. 176–220, 204.

18 *Niklaus Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1995, S. 422 (Kursivdruck weggelassen).

19 *René Rhinow*, Politische Funktionen des Rechts, ZSR 127 (2008) I, 181 ff.

20 *Rhinow* (Fn. 1), S. 166.

21 Ähnlich *Alain Griffel*, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zürich 2001, N 448–454, insbesondere 454.

22 *Rhinow* (Fn. 19), S. 20.

23 Vgl. zur ähnlichen Funktion der Lücke nachfolgend im Abschnitt III.

II. Verfassung und Zeit

Als auf lange Geltungsdauer angelegtes Normprogramm sieht sich die Verfassung in besonderer Weise mit dem Problem der sich ändernden faktischen oder rechtlichen Umweltbedingungen, mithin mit dem Faktor «Zeit» konfrontiert. Das stellt die Methodik der Verfassungsauslegung vor besondere Herausforderungen. Bereits in der Periode der Weimarer Republik sah sich die Verfassungslehre mit dem Paradox konfrontiert, dass einer Verfassungsbestimmung trotz unverändertem Text eine andere Bedeutung zugeschrieben wird. Das Phänomen der Sinnänderung ohne Textänderung wurde als «Verfassungswandel» bezeichnet.²⁴ Dieser Vorgang erscheint jedoch nur dann als paradox, wenn sich der Interpretationsvorgang primär auf den Wortlaut einer Norm abstützt.²⁵ Wird jedoch der Normzweck an den Anforderungen der Gegenwart ausgerichtet, erweist sich Verfassungswandel kaum mehr als Problem.²⁶ Zu klären ist dagegen, welche staatliche Instanzen zur Aktualisierung von Recht berufen sind. René Rhinow differenziert diesbezüglich nach funktionellrechtlichen Kriterien: Verwaltung und Justiz hätten im Besonderen die Grundrechte aufgrund neuer Schutzbedürfnisse in einer sich verändernden Umwelt zu aktualisieren, während die Aktualisierung von Aufgabennormen in den Zuständigkeitsbereich des Verfassungs- und Gesetzgebers fielen.²⁷

Der integrale Ansatz teilt damit das Element der *Dynamisierung des Wortlauts* mit der von Pierre Moor entwickelten Theorie.²⁸ Gemäss dieser erhellt sich der Gehalt von Recht erst mit der Verknüpfung der Norm mit der Entscheidung, mithin aus der Verbindung des Ausgangs- und des Endpunktes der juristischen Operation. Mit ihrer Anwendung tritt die Norm mit der zeitlich späteren Wirklichkeit in Kontakt. Jede juristische Operation löst auf diese

24 Vgl. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, S. 254.

25 Siehe die Skepsis gegenüber einer textuellen Auslegung bei René Rhinow, Schlusswort, in: Anne Peters / Markus Schefer (Hrsg.), *Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts. Symposium anlässlich des 60. Geburtstags von René Rhinow*, Bern 2004, S. 93–106, 101.

26 Die traditionell enge Bindung an den entstehungszeitlichen Normsinn gemäss traditioneller Auffassung wird etwa bei Arthur Meier-Hayoz, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bern 1966, Art. 1 ZGB, N 151–161, ersichtlich.

27 Rhinow (Fn. 2), N 472f.

28 Pierre Moor, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005, S. 177–190.

Weise die Produktion von Texten aus.²⁹ Damit wächst der Gehalt einer Norm durch Zeitablauf über den primären, den ursprünglichen Text hinaus. Durch die stete Zirkularität von Norm und Wirklichkeit sprengt die Norm gleichsam ihre eigenen Grenzen und bleibt auf diese Weise in der Gegenwart wirkungsmächtig.

III. Methodik als Gegenstand der Verfassung

Methodik steht notwendig unter dem Zwang zur *Selektion*. Nur durch selektive Reduktion von Komplexität lässt sich die Forderung an eine Methodenlehre des Rechts einlösen, durch Ausschluss unzulässiger Argumentationsbestände die rechtsstaatlich geforderte Gleichförmigkeit und Voraussehbarkeit in der Rechtsanwendung zu gewährleisten.³⁰ Die herrschende Methodenlehre stützt sich zu diesem Zweck auf den *Wortlaut* der Norm und verknüpft diesen mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung.³¹ An der Figur der *Lücke* wird diese Vorgehensweise besonders augenfällig. Eine echte Lücke soll gemäss traditioneller Auffassung vorliegen, «wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann.»³² Mit einer unechten Lücke hat man es demgegenüber zu tun, «wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende, zu entnehmen ist, namentlich wenn die vom klaren Wortlaut geforderte Subsumtion eines Sachverhaltes in der Rechtsanwendung teleologisch als unhaltbar erscheint.»³³ Diese Gabelung führt in einem weiteren Schritt zu Differenzierungen, welche mit dem Grundsatz der *Gewaltenteilung* begründet werden: Gerichts- oder Verwaltungsbehörden sollen zumindest im öffentlichen Recht nur befugt sein,

29 Ähnlich *Luhmann* (Fn. 18), S. 340: «Deshalb wird heute Interpretation eher verstanden als Produktion neuer Texte an Hand alter Texte, als Erweiterung der Textgrundlage, wobei der Ausgangstext dann nur noch als Referenz dient.»

30 *Eberhard Schmid-Assmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee*, 2. Auflage, Heidelberg 2004, S. 53 f.

31 Zur eminenten Bedeutung der Gewaltenteilung *Ernst A. Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, 2. Auflage, Bern/Wien/München 2005, S. 36 f. sowie *Meier-Hayoz* (Fn. 26), N 152.

32 Statt anderer BGE 133 III 213 E 5.2. S. 218 m. w. H.

33 So die Formulierung in BGE 132 III 707 E 2 S. 711.

echte Lücken zu schliessen, während unechte Lücken grundsätzlich als «rechtspolitischer Mangel» nicht ohne Bitterkeit hinzunehmen sind.³⁴

Die Konstruktion der Lücke erlaubt es dem Recht also, (scheinbar oder tatsächlich) aus sich selbst heraus zu bestimmen, wo seine *eigenen Grenzen* liegen.³⁵ An der Lücke entscheidet sich mithin, ob eine Frage in den Zuständigkeitsbereich des Rechts fällt und wo eine «rechtspolitische Lücke» vorliegt, für welche sich der Rechtssuchende bei fehlender Zufriedenheit mit der angebotenen Lösung an den Gesetzgeber zu halten hat. Überspitzt formuliert verbirgt sich hinter der harmlos scheinenden «Lücke», was man bisher im schweizerischen Kontext nur in der Schubert-Rechtsprechung vermutet hat³⁶, nämlich die Adaption der vom U.S. Supreme Court entwickelten Doktrin der «*political question*». Diese auf die Rechtsfigur der Lücke abgestützte Kompetenz-Kompetenz kommt allerdings in einem Gewand daher, das strenge Rationalität sowie Politik- und Machtferne suggeriert. Da diese Eigenschaften dem öffentlichen Recht im Allgemeinen und dem Verfassungsrecht im Besonderen zuweilen abgesprochen werden, beruft sich die Konstruktion der Lücke positivrechtlich auf ein privatrechtliches Fundament, nämlich auf Art.1 Abs.2 ZGB (für echte Lücken) bzw. Art.2 Abs.2 ZGB (für unechte Lücken).³⁷ Die Qualifizierung dieser Rechtsfiguren als allgemeine Rechtsgrundsätze³⁸ ermöglicht es gleichwohl, das Kon-

34 Vgl. BGE 130 V 39 E 4.3. S.47; 129 V 1 E 4.1.1. S.7.

35 Marc Amstutz, Der Text des Gesetzes. Genealogie und Evolution von Art.1 ZGB, ZSR 126 (2007) II S.237–286, 271.

36 Eingeführt wurde der Konnex zwischen BGE 99 Ib 39 und der im Leading case Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 217 (1962) durch den U.S. Supreme Court näher dargelegten «Political question»-Doktrin von Walter Kälin, Der Geltungsgrund des Grundsatzes «Verfassungsrecht bricht Landesrecht», in: Guido Jenny/Walter Kälin (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen. Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988 [= ZBJV 124 bis], S.45–65, 63f., woran insbesondere Rhinow (Fn. 2), N 3226 anschliesst.

37 Dieser positivrechtliche Ansatzpunkt ist durch Literatur und Praxis allgemein anerkannt: vgl. statt aller Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2002, S.44–46.

38 Statt aller Arnold Marti, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I/1, Art.1–7 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1998, Vorbemerkungen zu Art.5 und 6 ZGB N 48; als Anwendungsbeispiel etwa BGE 129 V 345 E 4.1 S.346.

zept jenseits der Grenzen des Privatrechts fruchtbar zu machen, ohne jedoch die strategischen Vorteile der privatrechtlichen Wurzeln preisgeben zu müssen.

Vor diesem Hintergrund lässt sich René Rhinows integraler Ansatz gleichsam als *Dekonstruktion* der etablierten Methodenlehre, als Durchgriff durch den Schleier formaler Logik hindurch auf die dahinter liegenden Fragen von Politik und Recht lesen. Die dargestellte Funktion der Lücke macht einsichtig, weshalb René Rhinow beharrlich darauf hingewiesen hat, dass sich hinter solch vermeintlich rein formal-logischen Methodenfragen *Machtfragen* und Fragen der *Gewaltenteilung* verbergen, welche in einer rechtsstaatlichen Demokratie aufgrund der Verfassung zu entscheiden sind.³⁹ Daraus folgt, dass die Selektionsleistung, welche die traditionelle Methodik dem Wortlaut aufbürdet, nach den durch die Verfassung vorgegebenen Kriterien zu erfolgen hat. Mithin ist nach verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden, welche Organe in welchem Mass zu Normkonkretisierungen legitimiert sind. Als aktuelles Beispiel kann auf Art. 139 Abs. 2 BV verwiesen werden: Vor dem Hintergrund verschiedener Volksinitiativen wie jener für ein Bauverbot von Minaretten, die den überwunden geglaubten religiösen Ausnahmeregelungen eine Renaissance unter neuen Vorzeichen zu beschern droht⁴⁰, wurde vorgeschlagen, den Un-

39 Rhinow (Fn. 1), S. 182f.; ders. (Fn. 2), N 449f.; ders. (Fn. 19), S. 23; ders. (Fn. 25), S. 94f.; vgl. auch Jörg Paul Müller, Herausforderungen der demokratischen Verfassung an die juristische Methodenlehre, in: Peter Hänni (Hrsg.), Mensch und Staat. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Thomas Fleiner, Freiburg i. Üe. 2003, S. 381–394, 388–394.

40 Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten», BBl 2008 S. 7603–7652; zum zeitgeschichtlichen Hintergrund vgl. den Sachverhalt von BGE 1P.26/2007 vom 4. Juli 2007. – Zu den zwischen 1973 und 2001 aufgehobenen sog. religiösen oder konfessionellen Ausnahmeregelungen sind zu zählen: Die Verbote des Ordens «der Jesuiten und ihm affilierten Gesellschaften» (Art. 51 aBV) und der «Errichtung neuer und die Wiederherstellung aufgehobener Klöster oder religiöser Orden» (Art. 52 aBV; BBl 1973 I 1661), die Beschränkung des passiven Wahlrechts für den Nationalrat auf «Bürger weltlichen Standes» (Art. 75 aBV; BBl 1997 I S. 371f.) und die Genehmigungspflicht für die Errichtung von Bistümern (Art. 50 Abs. 4 aBV bzw. Art. 72 Abs. 3 BV; BBl 2001 S. 2262). Weiterhin in Kraft ist das 1972 auf bundesgesetzliche Ebene herabgestufte, auf Säugetiere beschränkte Schächtverbot (Art. 20 Abs. 1 Tierschutzgesetz vom 9. März 1978, SR 455), bei dessen Inkraftsetzung 1893 (Art. 25^{bis} aBV) sich nach Otto K. Kaufmann (Frauen, Italiener, Jesuiten, Juden und Anstaltsversorgte. Vorfragen eines Beitritts

gültigkeitsgrund der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts vom völkerrechtlichen Begriff zu lösen und durch eine Praxisänderung der Bundesversammlung auszuweiten.⁴¹ Ob ein solches Vorgehen verfassungsrechtlich zulässig ist, kann jedoch nicht allein nach dem klassischen Auslegungskanon entschieden werden. Vielmehr ist wesentlich auf Kriterien abzustellen, die der integrale Ansatz mit Blick auf die Verfassung ins Feld führt, wozu die Normstruktur, das Mass der demokratischen Legitimation, die Sachnähe und Fachkompetenz der betreffenden Behörde gehören.⁴²

IV. Ausblick: Von der Methodenlehre zur Regelungstheorie

Auf den Titel des Themenblocks zurückkommend, lässt sich zusammenfassend festhalten, dass formelle Verfassungsschöpfung und Fortbildung der Verfassung nach dem Theorieansatz *René Rhinows* zwei nur *quantitativ* unterschiedliche Formen der Verfassungsverwirklichung im Verbund von Recht und Politik darstellen. Daran schliesst sich die Frage an, welche Organe in welchem Mass für diese Aufgabe zuständig sind. Der integrale Ansatz verweist zur Klärung dieser Problematik auf die Verfassung. Zugleich ruft er die Verwobenheit von Recht und Politik ins Bewusstsein, was der autarken Beschäftigung mit dem Normtext allein entgegensteht. Dadurch

der Schweiz zur Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht. Festgabe Juristentag 1965, Bern 1965, S. 245–262, 260) hinter «der Fahne des Tierschutzes [...] ziemlich unverhohlener Antisemitismus verbarg.»

41 Zu entsprechenden Überlegungen der Staatspolitischen Kommissionen der Bundesversammlung vgl. Neue Zürcher Zeitung, 21. November 2007, S. 15. – Für eine landesrechtliche Begriffsbestimmung des im Zusammenhang mit Art. 53 und Art. 64 Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111) stehenden Art. 139 Abs. 2 BV sprechen sich neben anderen *Giovanni Biaggini*, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft. Neuerungen im Rahmen der Verfassungsreform, in: AJP 6 (1999) S. 722–729, 728; *ders.*, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 139 BV N 13; *Oliver Diggelmann*, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Bern 2005, S. 55; *René Rhinow*, Die Bundesverfassung 2000, Basel/Frankfurt am Main 2000, S. 370; *ders.* (Fn. 2), N 3193 und *Daniel Thürer*, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, N 13–15, aus.

42 Vgl. *Rhinow* (Fn. 1), S. 184–194, 249–251.

löst sich der integrale Ansatz der Verfassungsauslegung aus dem traditionellen Bereich der juristischen Methodenlehre. Entsprechend hat denn auch *René Rhinow* dafür plädiert, die juristische Methodik zu einer *Regelungstheorie* zu erweitern.⁴³ Eine solche Regelungstheorie könnte weitere Kriterien aufzeigen, um institutionelle Zuständigkeiten im Rahmen der als gestufter Prozess verstandenen Verfassungsverwirklichung zu bestimmen.

43 So bereits *Rhinow* (Fn. 1), S. 183 und wieder *ders.* (Fn. 19), S. 22.

Giovanni Biaggini
Georg Müller
Jörg Paul Müller
Felix Uhlmann
Herausgeber

Demokratie Regierungsreform Verfassungsbildung

**Schwerpunkte aus dem
wissenschaftlichen Werk von René Rhinow
dargestellt von Schülern,
kommentiert von Freunden und Kollegen**

Symposium für René Rhinow
zum 65. Geburtstag

Bxa

2517

Die vorliegende Publikation wurde ermöglicht durch den Helbing Lichtenhahn Verlag. Die Tagung wurde unterstützt durch den Kanton Basel-Landschaft sowie durch Niederer Kraft & Frey Rechtsanwälte. Die Herausgeber sprechen dafür ihren besten Dank aus.

Redaktion: Dr. phil. et cand. iur. Sandrine Schilling



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet ab-rufbar: <http://dnb.d-nb.de>.

Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (technisch, elektronisch und /oder digital) zu übertragen, zu nutzen oder ab Datenbank sowie via Netzwerk zu kopieren und zu übertragen oder zu speichern (downloading), liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

Gestaltung und Satz: Atelier Mühlberg, Basel

Portraitfotografie © by Sandra D. Sutter

ISBN 978-3-7190-2828-2

© 2009 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

www.helbing.ch

EK 2008 - 2504
DAN

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	7
Einleitung	
Begrüssung	
<i>Jörg Paul Müller</i>	11
Laudatio	
<i>Georg Müller</i>	13
I Demokratie	
Einleitung	
<i>Felix Uhlmann</i>	19
René Rhinow und die Demokratie	
<i>Peter Uebersax</i>	21
Direkte Demokratie und Rechtsstaat	
<i>Andreas Auer</i>	31
Zur Funktion der Volksrechte im schweizerischen Politiksystem – Anmerkungen aus politologischer Sicht	
<i>Wolf Linder</i>	43
Stellungnahme	
<i>René Rhinow</i>	53
II Regierungsreform	
Einleitung	
<i>Heinrich Koller</i>	59
Die Regierung und ihre Reform im Werk von René Rhinow	
<i>Denise Brühl-Moser</i>	63
Regierungsreform und stiller Verfassungswandel im Kontext der Internationalisierung des Rechts	
<i>Thomas Cottier</i>	81
Überlegungen zur staatlichen Handlungsfähigkeit und zur Regierungsreform	
<i>Gerhard Schmid</i>	95
Stellungnahme	
<i>René Rhinow</i>	101

III Verfahren und Methoden der Verfassungsfortbildung	
Einleitung	
<i>Rainer Wahl</i>	109
Konzeptionalisierung der «Verfassungsverwirklichung» als gestufter Prozess der Rechtskonkretisierung	
<i>Johannes Reich</i>	113
Verfahren und Methoden der Verfassungsfortbildung	
<i>Giovanni Biaggini</i>	125
Les développements informels du droit constitutionnel	
<i>Pierre Moor</i>	139
Schluss	
Schlusswort	
<i>René Rhinow</i>	149
Anhang	
Zu den Autoren	157
Verzeichnis der Publikationen von René Rhinow	159
Lebensweg von René Rhinow	181