

RENÉ RHINOW,  
Schlusswort, in Anne Peters, Markus Schefer  
(Hrsg.), Grundprobleme der Auslegung aus  
Sicht des öffentlichen Rechts. Symposium  
zum 60. Geburtstag von René Rhinow.

## Schlusswort

René Rhinow

Es fällt schwer, nach den hervorragenden Referaten und weiterführenden Diskussionsvoten noch etwas Substantielles zur Thematik beizufügen, ausser meinem grossen, tiefempfundenen Dank. Doch bin ich mir bewusst, dass ich so billig nicht davon komme. So will ich versuchen, einige Fussnoten beizusteuern, sieben ausgewählte Thesen nochmals aufzunehmen, die mich beschäftigen, seit ich begonnen habe, mich mit Methodik auseinanderzusetzen

### I.

Der provokative ursprüngliche Titel des Symposiums hiess: Hat das öffentliche Recht Methode? Die Frage verwirrt, verwirrte mich von Anfang an, nicht nur den Herrn Prodekan. Nach den Referaten und der Diskussion möchte man aber antworten: und ob! Eigentlich müsste die Frage in die These umgewandelt werden: «*Keine juristische Methode ohne öffentliches Recht!*». Insofern möchte ich meinen Freund *Ernst Kramer* beruhigen oder vielleicht erst recht beunruhigen: das öffentliche Recht kränkelt nicht, im Gegenteil! Es strotzt vor Gesundheit

und Dynamik, und es ist auf bestem Weg, die stark privatrechtlich geprägte Methodenlehre auf verfassungsstaatliche Bahnen zu lenken.

Methodenfragen sind im Rechtsstaat in aller erster Linie *Macht- und Verfassungsfragen*: Machtfragen, weil mit dem Entscheid über die anzuwendende Methode letztlich auch der Entscheid über den Rechtsinhalt gefällt wird. Machtfragen sind aber *Verfassungsfragen*, Fragen der Gewaltenteilung, des Gesetzmässigkeitsprinzips, der Organkompetenzen, der Zuständigkeiten von Verwaltung und Richter, der kantonalen oder der eidgenössischen Ebene, aber auch der Eignung eines Organs zur Regelbildung oder Einzelfallentscheidung, zur Lösung von Kollisionsfällen, zur Begründung von Leistungsansprüchen in komplexen staatlichen Einrichtungen (wie etwa im Bildungs- und Sozialbereich), u.a.m. Auch das von *Jörg Paul Müller* hervorgehobene Verfahren, das zur Entscheidung zu legitimieren vermag, ist von der Verfassung angeleitet.

Insofern ist es das *geltende* Verfassungsrecht, das auch über die Methode der Rechtsgewinnung im Verfassungsstaat schlechthin bestimmt, nicht eine allgemeine, vom positiven Recht losgelöste und unabhängige Lehre oder Theorie. *Giovanni Biaggini* hat in seinem Beitrag diese Zusammenhänge eindringlich und überzeugend vertieft, aber auch zurecht darauf hingewiesen, dass die Verfassungsbezüge der juristischen Methode noch deutlicher herausgearbeitet werden müssen. Dass das «Verfassungs-

denken» in der Methodik immer noch so spärlich anzutreffen ist, mag damit zusammenhängen, dass sich in den letzten hundert Jahren vor allem Koryphäen des Zivil- und Strafrechts, wie etwa wegleitend unser verehrter Herr Prodekan, eher selten aber Vertreter des öffentlichen Rechts der Methodenlehre zugewandt haben.

## II.

Der öffentlichrechtliche Zugang zu Methodenfragen legt den Finger aber nicht nur auf funktionellrechtliche Vorgaben, sondern auch auf die Verfassung als Gefäss *materieller Grundnormen*, als Wertungsbasis der gesamten Rechtsordnung.

Was gebietet etwa das Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 BV im Rahmen der Auslegung? Basiert nicht analoge Rechtsanwendung oft auf der Gleichheitsidee? Wie oft aber stützt sich der Zivilrichter auf das Rechtsgleichheitsgebot ab, wenn er Lücken per analogiam füllt?

Oder: Art. 35 Abs. 1 BV verlangt, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen; Abs. 3 schreibt den Behörden vor, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, *auch unter Privaten wirksam* werden. Zu den Behörden sind zweifellos ebenfalls die Gerichte zu zählen, auch und gerade die Zivilgerichte. In diesem Lichte hätte die erste Zivilabteilung des Bundesgerichts kürzlich vom Versuch Abstand nehmen müssen, die Ablehnung eines Massenversandes durch die

Post ausschliesslich unter dem zivilrechtlichen Aspekt eines Kontrahierungszwangs «*praeter legem*» zu betrachten, der sich aus allgemeinen Prinzipien des Privatrechts, hier des Schutzes der guten Sitten, ergebe. Eine Grundrechtsbindung nach Art. 35 lehnte das Gericht mit unhaltbaren Gründen rundweg ab<sup>1</sup>.

Es gibt m.E. keine «nur-öffentlichrechtliche», «nur-privatrechtliche» oder «nur-strafrechtliche» Methode, sondern eine Methode der Rechtsgewinnung insgesamt, auch wenn selbstverständlich einzelne Auslegungsgesichtspunkte je nach Rechtsbereich, Normstruktur oder Anwendungssituation eine unterschiedliche Tragweite aufweisen können oder müssen. Also eine in sich differenzierte und differenzierende Methode, die sich auch ihrer inneren Gemeinsamkeiten und Zusammenhänge bewusst ist.

### III.

Dies führt mich zum Gebot, es sei jeweils *die Rechtsordnung als Ganze anzuwenden* und nicht nur eine Norm oder ein Gesetz, auch nicht nur Privatrecht, Verwaltungsrecht oder Strafrecht. Dies ist zwar heute in Lehrbüchern oft zu lesen. Ich stehe allerdings unter dem Eindruck, die herkömmliche Methodenlehre sei immer noch stark vom

<sup>1</sup> BGE 129 III 35 (Verein gegen Tierfabriken).

Bild des ein einzelnes Gesetz, ja eine einzelne Norm auslegenden Richters geprägt.

Ich habe in meiner Habilitationsarbeit vorgeschlagen, von *integraler Auslegung* zu sprechen, um diese Einbettung einschlägiger Normen ins Rechtsganze zu thematisieren. Der Begriff der systematischen Auslegung kann zwar in diesem Zusammenhang auch verwendet werden, doch ist er mehreren Missverständnissen ausgesetzt. Vor allem kann die moderne Rechtsordnung nicht als System begriffen werden.

Zu dieser integralen Auslegung gehören Figuren wie die völkerrechts-, verfassungs- und gesetzeskonforme Auslegung tieferstufigen Rechts oder die Herstellung praktischer Konkordanz (*Konrad Hesse*), die nicht nur für die Verfassungsinterpretation von grosser Bedeutung ist, sondern für die Auslegung schlechthin. Integrale Auslegung kann auch dazu führen, dass Gesetze im Lichte später erlassener Gesetze eine neue Bedeutung erhalten. Ich stimme deshalb *Giovanni Biaggini* voll und ganz zu, dass das *geltende* Recht auszulegen ist, dass die historische Ausgangslage nur ein Element, allerdings unter dem Gesichtspunkt des Legalitätsprinzips u.U. ein wichtiges Element darstellt.

### IV.

Die Fixierung auf das bipolare Verhältnis von Gesetz und Richter hat auch lange Zeit verdunkelt, dass es im Ver-

waltungsrecht in aller Regel um ein *Dreiecksverhältnis* geht: Zwischen Normen und Justiz steht die Verwaltung, welche in erster Linie zur Rechtsanwendung berufen und verpflichtet ist. Und zusätzlich ist diese Verwaltung nicht nur vollziehend, sondern rechtsgestaltend tätig, weil sie vom Gesetzgeber unter unterschiedlichen Titeln zur Gestaltung ermächtigt und verpflichtet wird: vom Erlass von Verordnungen bis hin zu den Ermessens- und anderen unbestimmten Tatbeständen.

Der Richter hat also eine spezifische Funktion, die Konkretisierungstätigkeit der Verwaltung auf die Vorgaben des Gesetzgebers hin zu überprüfen, nicht aber, seine Sicht der Gesetzeshandhabung an die Stelle derjenigen der Verwaltung zu setzen.

#### V.

Und damit sind wir auch bei einem Anliegen angelangt, welches mir wichtig war und ist und das in den drei Referaten mehrfach aufgenommen wurde: den *Rechtsetzungsanteil der Rechtsanwendung* und den *Rechtsanwendungsanteil der Rechtsetzung* offen zu legen.

Recht-Setzung weist eine doppelte Bedeutung auf: Erlass von Rechtssätzen, d.h. von Normen im rechtstheoretischen Sinne, aber auch Setzung von Recht als Rechtserzeugung im Gegensatz zur blossen Anwendung im engeren Sinn. Die herkömmlichen Begriffe «Rechtsetzung und Rechtsanwendung» sowie «Rechtsfindung und

Rechtsschöpfung» sind belastet; sie spüren das Verständnis der unterschiedlichen Etappen im Rechtsverwirklichungsprozess vor und erschweren mit ihrer verschleiernenden Wirkung einen sowohl realitätsgebundenen wie verfassungskonformen Zugang zur Thematik.

Ich habe deshalb vorgeschlagen, den Rechtsverwirklichungsprozess als *Konkretisierungsvorgang im Spannungsfeld von Erkenntnis und Entscheidung*, von demokratisch Vor-Entschiedenem als Rahmen und Auftrag einerseits und von gestalterisch-rechtsschöpferischer Normerzeugung andererseits zu deuten. Statt von Normerzeugung könnte besser von *Regelung* gesprochen werden, um den Missverständnissen zu entgehen, die sich um den Begriff der Rechtsetzung ranken.

*Georg Müller* (vgl. vorne S. 11 f.) hat mein Anliegen insofern richtig gedeutet, als es mir nicht darum ging, auf eine Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung (im herkömmlichen Sprachgebrauch) in der Staatspraxis zu verzichten; dies wäre sogar verfassungswidrig! Mir ging und geht es darum, vom theoretischen Verständnis einer *kategorialen* Einteilung des Rechts in Regelbildung und Einzelfallentscheidung abzurücken. Recht-Setzung ist im «Regelfall» auch Anwendung, und Rechtsanwendung auch Rechtsetzung! Aus dieser Erkenntnis ergeben sich Folgerungen, die bis heute nicht ausgelotet sind. Ich denke an die Aufgabe der Regelbildung, die auch dem Anwender obliegt. Oder an die «anwendende» Rechtsetzung durch verfassungskonkretisie-

rende Gesetzgebung und gesetzesumsetzende Verordnungen. Deshalb hatte und habe ich auch Mühe mit der Unterscheidung von Gerechtigkeit und *Billigkeit*, denn das im Einzelfall Gerechte, Angemessene steht im Rechtsstaat nicht im Widerspruch zum verfassungskonformen Gesetz. Dass diese Erkenntnis aber auf *Aristoteles* zurückgeht, wie *Jörg Paul Müller* aufgezeigt hat, war mir nicht bewusst, lässt mich aber in der Gewissheit wiegen, dass die These so falsch nicht sein kann...

Auch einer *Methodenvereinheitlichung*, welche der erforderlichen Differenzierung entbehrte, rede ich nicht das Wort! *Georg Müller* hat aber anschaulich auf Zusammenhänge zwischen den Methoden der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung hingewiesen. Das war mein Anliegen: auf das Gemeinsame der Methoden im Prozess der Rechtsverwirklichung aufmerksam zu machen.

Wenn gewisse Formulierungen in meiner Habilitationarbeit, aus dem Zusammenhang genommen, überschüssigen Charakter aufzuweisen scheinen, so mag das an meinem jugendlichen Übermut gelegen haben... Als Privatrechtler Kramerscher Prägung würde ich demnach um teleologische Reduktion bitten. Einfacher scheint es, für die mir hier und jetzt offerierte Gelegenheit zu danken, quasi spätberufen eine authentische Interpretation meines vor 24 Jahren erschienen Jugendwerkes vorzunehmen.

## VI.

Zentral für die klassische Auslegungsmethodik sind zwei miteinander verbundene Kategorien: Der *mögliche Wortsinn* einerseits und die räumlich geprägte Vorstellung von *Lücken* andererseits. Die ganze Konstruktion der Unterscheidung von drei Bereichen oder Ebenen der Rechtsgewinnung hängt zentral von der Bedeutung des Wortsinnes und von der Konstruktion von Lücken ab. Mit beiden Konstrukten habe ich – nach wie vor – Mühe. Wie relativ – und oft auch zufällig – der Wortsinn in Erlassen sein kann, ist mir spätestens in meinen 12 Jahren parlamentarischer Tätigkeit bewusst geworden.

Ich teile die Ansicht, dass der Wortsinn nur Hinweise vermitteln kann, ein Auslegungselement unter anderen darstellt, um den Normzweck, die *Ratio legis* – oder besser: die *Ratio iuris* – zu ermitteln. Deshalb hängen alle Vorstellungen eines Dreiebenen-Modells, welche an den Wortsinn anknüpfen, m.E. in luftiger, praxisferner Höhe. Dass es beispielsweise den Anhängern einer Differenzierung zwischen eigentlicher Auslegung im Rahmen des Wortlauts und richterlicher Rechtsfindung ausserhalb des Wortsinns, also *praeter verba legis*, nicht mehr wohl ist, zeigt deren stereotype, fast um Nachsicht bittende Erklärung, dass die Grenzen fließend seien, ja eine Unterscheidung in der Praxis oft doch nicht gemacht werden könne... Diese Relativierung des Wortlautes schliesst selbstverständlich nicht aus, dass dem Wortlaut u.U. eine grosse Bedeutung zukommen kann, etwa wenn er das Er-

gebnis von verhandlungsähnlichen Kompromissen in der Gesetzgebung bildet.

Überhaupt ist die Redeweise von der «*Rechtsfindung*» jenseits der klassischen Auslegung, also beim gebundenen oder gar «gesetzesübersteigenden» Richterrecht, ein Widerspruch in sich selbst: Gerade in diesen Fällen findet der Richter das Recht nicht, sondern *schafft er es!*

## VII.

Wie lange es wohl gehen wird, bis auch der «*Lückenmythos*» vom rechtsmethodischen Sockel gestossen wird? Die Frage darf gestellt werden, nachdem neuerdings auch im Privatrecht Zweifel an der Lückenkonstruktion geäussert werden<sup>2</sup>. Ich vermag immer noch nicht (oder besser: immer weniger) einzusehen, welcher Erkenntnisgewinn von der Lückenkonstruktion auszugehen vermöchte.

Als Lücke erweist sich doch regelmässig, was der Rechtsanwender ex post und im Kontext einer bestimmten Auslegungssituation als Lücke anerkennt, vor allem weil er infolge einer von *ihm interpretierten* und am Wortsinn orientierten sog. «planwidrigen Unvollständigkeit» des Erlasses selber Normen setzen muss (oder will), handle es sich nun um Lücken intra, praeter oder contra verba legis. Wesentlich ist aber nicht das Vorliegen einer als existent gedachten Lücke, sondern *die Offenlegung*,

<sup>2</sup> DAVID DÜRR, Zürcher Kommentar, Rz. 298 ff. zu Art. 1 ZGB.

*rationale Fundierung und kommunikative Begründung der Wertungsanteile des Rechtsanwenders*, der im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Funktion und Eignung sowie in Beachtung des Vor-Entschiedenen neues Recht schafft.

Ein Hauptproblem der Lückentheorie scheint mir die in der Praxis verbreitete Versuchung des Rechtsanwenders zu sein, sich vor der eigenen wertenden Verantwortung zu drücken, die bereits in der *Annahme einer Lücke* und nicht erst in deren Füllung zum Ausdruck kommt. Art. 1 Abs. 2 ZGB war sicher wegweisend als Antwort auf den Gesetzespositivismus. Die entscheidende Frage aber, wann denn das Gesetz keine Antwort erteilt, bleibt auch hier offen.

Ist zudem das Bild der Lücke nicht auch deshalb schief, weil es im Rechtsstaat keine «Reservate staatlicher Willkür» geben darf, wie es Kollege *Georg Müller* einmal formuliert hat? Lücken sind eben keine Lücken, weder echte noch unechte, keine weissen Flecken in der juristischen Landschaft, sondern – wie Ermessenstatbestände – von Verfassungs- und anderen Grundsätzen «durchtränkte» und durchzogene Entscheidungsfelder.

\* \* \*

Soweit einige Gedanken und Überlegungen eines Wanders, der vor über 25 Jahren als Rechtsberater von Parlament und Regierung des Nachbarkantons Basel-Land-

schaft auszog, rechtstheoretische Untiefen zu durchwaten, während er im beruflichen Alltag das Recht *aus Verwaltungssicht* kennen lernte. Später war es mir vergönnt, als Präsident des Basellandschaftlichen Verwaltungsggerichts den Rechtsanwendungsprozess als *Richter* gestalten zu dürfen. Im Baselbieter Verfassungsrat und dann vor allem im Ständerat legte ich als *Parlamentarier* Hand an das Recht, so dass ich in Etappen die Methode oder Methoden von Rechtsetzung und Rechtsanwendung am eigenen Leib erfahren, erleben und erleiden durfte. Gott sei Dank erwies sich die Aufgabe aber als einfacher, als sich nach der Lektüre verschiedener Wälzer der Rechtstheorie mit all ihren Differenzierungen, Begriffsbildungen und gescheiterten Konstruktionen vermuten liesse.

Nie aber hätte ich gedacht, dass mich mein Jugendwerk einmal so einholen würde, wie es heute geschehen ist. Immerhin hat diese Tagung mein vorübergehend publizistisch etwas eingeschlafenes Interesse an methodischen Fragen wieder geweckt, so stark, dass ich den Diskurs mit *Ernst Kramer* über sein Dreibereiche-Modell – selbstverständlich auch über seine mehr oder weniger geheime Liebe zu seinem Landsmann *Hans Kelsen*, den ich übrigens in meiner Habilitationsschrift fleissig zitiert hatte – wieder aufzunehmen wage, gestärkt natürlich durch die hervorragenden Referate, die uns dargeboten wurden.

Damit komme ich zum *Dank*.

Vorerst möchte ich meinen *Kollegen des öffentlichen Rechts* und hier vor allem den Organisatoren, *Frau Kollegin Anne Peters* und *Herrn Kollegen Markus Schefer*, sowie ihren Mitarbeitenden, *Frau Claudia Jeker* und *Herrn Peter Zobrist*, für ihre Liebenswürdigkeit danken, ein solches Symposium anlässlich meines runden Geburtstages zu veranstalten. In diesen Dank eingeschlossen ist natürlich auch ihr grosser Einsatz, der mit der Vorbereitung und Durchführung einer derartigen Veranstaltung verbunden ist.

Eigentlich läge mir auf der Zunge, beizufügen, dass dies ja alles gar nicht nötig gewesen wäre, ja *übertrieben erscheint*. Das ist sogar ehrlich gemeint; aber zu spät wäre dieser Anflug von Bescheidenheit *ex post* ohnehin. Den Zeitpunkt, eine Veranstaltung aus dem gegebenen Anlass autoritativ zu untersagen, habe ich fahrlässigerweise verpasst. Hinterher muss ich zugeben: Gott sei Dank! So freue ich mich einfach und uneingeschränkt! Ganz herzlichen Dank!

Ich danke vor allem auch den *Referenten*, welche die Mühe auf sich nahmen, eigens für diesen Anlass in die Hosen zu steigen. Ihr habt meine volle Bewunderung, und es wird mir wohl so ergehen wie manchen unter Ihnen: Ich freue mich, Eure Gedankengänge später in Ruhe und mit Gewinn nochmals nachvollziehen zu können. Und ich freue mich auch auf die Fortsetzung des Dialoges über diese Thematik.

Alle Referenten sind mit mir freundschaftlich verbunden, auch der Herr *Prodekan*, dem ich herzlich für seine Begrüssungsworte Dank ausspreche. Der Zufall wollte es, dass ausgerechnet Du als Privatrechtler und Koryphäe der Methodenlehre das Symposium einleiten musstest. Hoffentlich bist Du ob soviel öffentlichrechtlichem Zweifel und ungehemmter Kritiklust nicht zu sehr erschrocken!

Ich danke auch meinerseits allen, die zum Gelingen dieses Symposiums beigetragen haben, der *Baselbieter Regierung* für den anschliessenden Apéro, den anderen Sponsoren und natürlich Ihnen allen als Zuhörer und Zuhörerinnen, die Sie sich von der provokativen Frage dieses Symposiums offensichtlich angezogen fühlten.