

Politische Funktionen des Rechts

RENÉ RHINOW*

Schlagworte: Recht, Politik, Rechtsetzung, Rechtsanwendung, Rechtsverwirklichung, Verwaltung, Justiz, politische Gestaltung, juristischen Methodik und Regelungstheorie

Die nachfolgenden Überlegungen berühren den Grenzbereich zweier Felder, die ich während viereinhalb Jahrzehnten kennen gelernt, beschritten, beackert und in ihren Wechselbezügen sowohl wissenschaftlich wie auch praktisch, «lebenswirklich», zu erfassen versucht habe: Recht und Politik¹. Dabei wird zuerst ein Blick auf allgemeine Aspekte des gegenseitigen Verhältnisses von Recht und Politik geworfen, bevor in einem 2. Teil einige Leistungen des Rechts für die Politik darzustellen sind. In einem 3. Teil sollen Funktionen von Recht und

* Prof. Dr., Seltisberg (BL).

Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um die ergänzte Fassung der Abschiedsvorlesung des Autors vom 1. November 2006 an der Universität Basel. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten. Der Autor dankt iur. Simone Burckhardt für die Mitarbeit bei der Bereinigung der Fussnoten.

¹ Auf ein ausführliches Verzeichnis von Publikationen, die sich mit dem Verhältnis von Recht und Politik befassen, wird hier verzichtet. Vgl. aus neuerer Zeit etwa: JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Observations sur les rapports entre le droit et la politique, in: Geisteswissenschaftliche Dimensionen der Politik, Festschrift für Alois Riklin zum 65. Geburtstag, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 299 ff.; ERIC DIETH, Politisiertes Recht oder verrechtlichte Politik? Gedanken zur sozialen Konstruktion der Differenz von Recht und Politik, Zürich 2000; AXEL GÖRLITZ, Politische Funktionen des Rechts, Wiesbaden 1976; DIETER GRIMM, Recht und Politik, in: Die Verfassung und die Politik, Einsprüche in Störfällen, München 2001, S. 13 ff.; MARTIN LENDI, Recht und Politik – ein stets aktuelles Spannungsverhältnis, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 33 ff.; OTWIN MASSING (Hrsg.), Politik als Recht – Recht als Politik, Studien zu einer Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 2005; REGINA OGOREK, Die Zähmung des Leviathan – zum Verhältnis von Recht und Politik aus historischer Sicht, SJZ 24, S. 409 ff.; TOMAS POLEDNA, Staatsrecht, Ideen und Politik – Gedanken eines Grenzgängers, in: Häner Isabelle (Hrsg.), Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte – Beiträge für Alfred Kölz, Zürich 2003, S. 3 ff.; HANS RYFFEL, Recht und Politik, ZSR 91, I. Halbband, Basel 1972, S. 459 ff.; RÜDIGER VOIGT, Recht – Spielball der Politik? Rechtspolitologie im Zeichen der Globalisierung, 4. Auflage, Baden-Baden 2000 sowie die Beiträge von AUGUST MÄCHLER, TOBIAS JAAG und DAVID R. WENGER in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Nr. 8/2007, S. 413, S. 414 ff. und S. 424 ff.

Politik im Prozess der Rechtsverwirklichung beleuchtet werden. Ich schliesse mit einer Folgerung für die juristische Methodik und einem Appell an die Rechtspraxis.

Ich gestatte mir, dem Anlass entsprechend, Gedanken und Thesen (wieder) aufzunehmen und weiterzuentwickeln, die ich in früheren wissenschaftlichen Publikationen vertreten habe, namentlich in meiner Habilitationsschrift 1979.²

A. Zum gegenseitigen Verhältnis von Recht und Politik

I. Facetten des Politikbegriffs

1. – Ich widerstehe der Versuchung, mit einer Definition des Rechts zu beginnen, obwohl wir Juristen und Juristinnen immer wieder zu Recht fordern, eine wissenschaftliche Untersuchung müsse auf einer klaren Begrifflichkeit beruhen. Immerhin: Es mag die Nicht-Juristen erstaunen, dass sich die Wissenschaften vom Recht und von der Politik schwer damit tun, ihren eigenen Forschungsgegenstand zu bestimmen. Stellvertretend für viele zitiere ich Jean-François Aubert, der sich wie folgt über die Verfassung geäußert hat: «J'ai fait métier d'enseigner la Constitution pendant quarante ans, mais j'ai de la peine à définir le droit. J'ai siégé dans des assemblées pendant trente ans, mais j'ai du mal à montrer clairement ce que c'est que la politique»³.

In einer juristischen Betrachtung über Recht und Politik mag es aber doch nützlich sein, einige Überlegungen zu verschiedenen Facetten des schillernden Politikbegriffes anzustellen. Grundsätzlich geht es bei der Politik um das Handeln und Entscheiden über Probleme, welche die Öffentlichkeit berühren und beschäftigen, die weder durch individuelles Handeln, noch durch Markttransaktionen oder freiwillige Kooperationen bewältigt werden können, bei welchen also kein Konsens vorausgesetzt werden kann.⁴ Nach JÖRG PAUL MÜLLER ist Politik der menschliche Versuch, «durch gemeinsames Handeln ... die unausweichlich gestellten Aufgaben des Zusammenlebens und der Kooperation auf dem begrenzten Raum dieser Erde und in der zeitlichen Endlichkeit menschlichen Daseins immer wieder zu bewältigen»⁵. In einer soziologischen Sichtweise bedeutet Politik Beeinflussung und Ordnung sozialer Systeme, hat also

2 RENÉ RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik, Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Basel/Stuttgart 1979.

3 JEAN-FRANÇOIS AUBERT (Fn. 1), S. 299.

4 In Anlehnung an Fritz W. Scharf; vgl. Nachweise in MANFRED G. SCHMIDT, *Wörterbuch zur Politik*, 2. Aufl., Stuttgart 2004, S. 539. Dissens stellt sich oft bereits bei der Wahrnehmung der **Wirklichkeiten** ein, wie etwa die gegenwärtigen Auseinandersetzungen um die Aussenpolitik, **Sicherheitspolitik** oder Asylpolitik anschaulich belegen.

5 JÖRG PAUL MÜLLER, *Der Politische Mensch. Menschliche Politik*, Basel/Genf/München 1999, VII.

mit Macht und Herrschaft im Staat und durch den Staat zu tun. Von daher ist auch die Nähe zum Staatsrecht evident.^{6, 7}

2. – In Anlehnung an angloamerikanische Vorbilder befasst sich die Politikwissenschaft in dreifacher Hinsicht mit dem Politischen: einmal mit der *polity*, den politischen *Strukturen*, also mit Institutionen wie den Volksrechten, dem Parlament und der Regierung sowie mit den intermediären Gebilden wie Parteien oder Verbänden. Weitere Bereiche des Politischen stellen die *politics*, die Entscheidungsprozesse, und die *policies* dar, welche die Inhalte der Entscheidungsprozesse, den Gegenstandsbereich des Politischen (wie etwa die Sicherheits- oder die Bildungspolitik) betreffen.⁸ Für unsere Thematik stehen die beiden ersten Aspekte im Vordergrund, die demokratisch legitimierten Organe und die Verfahren, welche zu kollektiv bindenden Entscheidungen führen.

3. – Der Begriff des Politischen kann im demokratischen Alltag auch einen abwertenden, *disqualifizierenden* Beigeschmack aufweisen. So wird Politik zuweilen mit *Parteipolitik* gleichgesetzt. Ein Gemeindepräsident beklagte sich einmal, seit an der Gemeindeversammlung Parteien auftreten würden, werde alles politisiert, vorher sei es noch «vernünftig» zu- und hergegangen. Martin Luther sagte bekanntlich, es handle sich bei der Politik um ein «garstig Lied». Das Politische steht dann für negativ bewertete, oft parteipolitische Auseinandersetzungen. Zuweilen hören wir von Mitgliedern von Kollegialorganen, es werde an ihren Sitzungen sachbezogen argumentiert und nicht politisiert. (Gerüchteweise sollen dies keine Mitglieder unserer Landesregierung gewesen sein!) Man sagt auch, eine Angelegenheit werde «verpolitisiert» und unterstellt so, eine öffentliche Angelegenheit werde unnötigerweise zur Profilierung politischer Gruppierungen ge- oder missbraucht, zum Schaden eines rationalen Diskurses.

4. – Der so verstandene Politikbegriff kann auch eine ideologische Dimension aufweisen. Denn wer in bislang unpolitischen Gefilden zu politisieren beginnt, zerstört den Glauben an einen präexistenten Konsens, will Infragestellung und Auseinandersetzung aufgrund unterschiedlicher Wertvorstellungen oder Interessen. Wer sich gegen diese Politisierung zur Wehr setzt, ersehnt sich den früheren, oft unausgesprochenen Konsens herbei oder unterstellt seiner Haltung

6 Politik schliesst aber auch die Kunst ein, auf die Bewusstseinsbildung der Gesellschaft einzuwirken und Zustimmungsbereitschaften zu erzeugen, um politischen Anliegen zum Durchbruch zu verhelfen.

7 Nicht näher beleuchtet werden andere Zugänge zum Politikbegriff, wie sie aus gegensätzlicher Optik etwa von CARL SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, 7. Aufl., 5. Nachdruck der Auflage von 1963, Berlin 2002, oder von HANNAH ARENDT, *Vita activa oder vom tätigen Leben*, 5. Aufl., München 2007, ausgebreitet worden sind.

8 SCHMIDT (Fn. 4), S. 543.

alleinige Richtigkeit oder zumindest Allgemeingültigkeit. Politisierung bedeutet so Herstellung von Öffentlichkeit und Konkretisierung.

II. Von der fragwürdigen Vorstellung getrennter Bereiche

1. – Im Alltagsverständnis herrscht die Vorstellung vor, es handle sich bei Recht und Politik um zwei getrennte Bereiche. Wir Juristen und Juristinnen pflegen oft zu sagen, eine bestimmte Frage sei nicht rechtlicher, sondern politischer Natur. Damit verbunden ist die von der Situation der Rechtsanwendung geprägte Vorstellung, die Verwaltung und der Richter dürften gewisse diskutierbare, ja vielleicht wünschbare Anliegen oder Interessen nicht berücksichtigen, weil sie sich an das Recht zu halten, dieses zu vollziehen haben. Die Unterscheidung erhält damit die Tragweite einer funktionellrechtlichen Grenzziehung. Als «politisch» werden Erwägungen qualifiziert, die bei der Anwendung und Auslegung keinen Platz beanspruchen dürfen, weil sie im zu vollziehenden Erlass resp. in der in casu zu beachtenden Rechtslage keinen Niederschlag gefunden haben. Letztlich bestimmt so der Rechtsanwender im Vorgang der Interpretation, wo die Grenze zwischen Recht und Politik verläuft. Das nur scheinbar verblüffende Ergebnis lautet somit, dass auch die juristische Methodik mit Politik zu tun hat, ja in einer engen Beziehung zur Politik steht. Darauf ist zurückzukommen.

2. – Eine damit verwandte Vorstellung geht davon aus, politisch seien alle Handlungen und Entscheidungen, die von «*politischen*» Organen ausgehen, denen die Verfassung das politische «Geschäft» übertragen hat: das Volk, soweit es an einer Versammlung oder an der Urne Beschlüsse fasst, das Parlament und die Regierung. Als nicht mehr politisch erweisen sich dann die Akte von Rechtsanwendungsorganen, also von Verwaltungs- und Gerichtsbehörden. Diese haben, so die geläufige Forderung, das Recht anzuwenden und nicht zu politisieren.

3. – Der Hinweis, eine Frage sei politischer Natur, kann schliesslich auch bedeuten, das Recht *eigne* sich nicht für eine adäquate Problemlösung, vermöge hierzu keine Anhaltspunkte zu liefern. So wurde beispielsweise oft die Aussenpolitik als «rechtsuntauglich» qualifiziert, weil sie situativ, zudem oft klandestin zu bewältigen sei und sich jeglicher demokratischer Regelbildung entziehe – eine heute überholte Auffassung.

4. – In einer grundsätzlicheren, abstrakteren Sichtweise wurde oft versucht, ein Wesen von Recht und Politik auszumachen und anhand von verschiedenen Kriterien zu bestimmen. Stillschweigend wird dabei allerdings vorausgesetzt, es handle sich um zwei unterscheidbare Bereiche des öffentlichen Aktionsfeldes. So sei Recht durch Ordnung, Stabilität, Rationalität und Normativität gekenn-

zeichnet; es handle sich um eine statische, ruhende Ordnung, die auf Willensakten beruhe. Politik demgegenüber wird als fließend, beliebig, dynamisch – irrational (Leibholz), ja oft auch als chaotisch bezeichnet.

III. Kein Recht ohne Politik, keine Politik ohne Recht

1. – Abgesehen von der Fragwürdigkeit, soziale Konstruktionen ontologisch zu bestimmen, führt die Annahme, es handle sich bei Recht und Politik um zwei getrennte Sphären, nicht weiter.⁹ Vielmehr sind beide Bereiche eng aufeinander bezogen und aufeinander angewiesen, ja in der rechtsstaatlichen Demokratie gar nicht als getrennte Sphären denkbar. Denn einerseits erfüllt das Recht im Verfassungsstaat unabdingbare Funktionen für die Politik. Sie ist deren Voraussetzung, Grundlage, oft Zielvorgabe und Handlungsanweisung, auch deren Schranke und Ergebnis. Politik realisiert sich nicht im rechtsleeren Raum. Im Rechtsstaat gilt daher: keine Politik ohne Recht.

Es ist das Recht, insbesondere das Verfassungsrecht, welches der Politik die Vorgaben liefert: institutionell und prozessual durch die Bestimmung von Zuständigkeiten, Organisation und Verfahren, in welchen sich politische Vorgänge ereignen; materiell und substantiell durch Grundrechte, Verfassungsaufträge, verfassungsgestaltende Grundentscheidungen und Handlungslimiten, welche die Politik anleiten, ihr Impulse vermitteln, sie begrenzen, aber auch Spielräume der freien Gestaltung garantieren.

2. – Andererseits ist es die Politik, die zum Recht führt. Recht als Menschenwerk wird vor allem politisch geschaffen, in stets neuen Versuchen um Annäherungen an das kompromisshaft anzustrebende Gemeinwohl. Die Politik verwendet das Recht, um ihre Ziele zu erreichen. Sie braucht es auch als Instrument. Politische Ideen verwirklichen sich in den Verfahren und Formen des Rechts, im Rahmen der Verfassungsrevisionen, der Gesetzgebung, aber auch der nicht-streitigen und der streitigen Rechtsanwendung. Recht übt also auch eine dienende Funktion für die Politik aus. In der Demokratie gilt als Regel: kein Recht ohne Politik. Ebenso wird staatliche Herrschaft im Verfassungsstaat durch Recht konstituiert und gleichzeitig begrenzt – Recht, vor allem Verfassungsrecht, welches in demokratischen Verfahren gesetzt wird und deshalb staatliche Macht solchermassen zu legitimieren vermag.

9 Nach PHILIPP MASTRONARDI, Systeme oder Diskurse? Eine wissenschaftstheoretische Reflexion, in: Geisteswissenschaftliche Dimensionen der Politik, Festschrift für Alois Riklin, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 363 f., soll in einer diskursethischen Sicht der normative Begriff des Politik die «Einigung über das gemeinsame Gute einer politischen Lebensgemeinschaft» sein, während der normative Begriff des Rechts die «Einigung über das Gerechte» meint.

IV. Ist Recht politisch?

1. – In einem plastischen Bild kann man sich das Recht als «geronnene Politik» (DIETER GRIMM) vorstellen.¹⁰ Es findet quasi ein Wechsel des Aggregatzustandes statt: Die flüssige Politik verfestigt sich im Recht, wird quasi eingefroren. Der in den sechziger Jahren in Speyer lehrende Berner Rechtsphilosoph HANS RYFFEL¹¹ verwendete das Bild vom «stehenden Recht». Mit diesem *Aggregatswechsel* wird die Politik, die durch Auseinandersetzungen zwischen verschiedenen Ideen, Haltungen und Optionen gekennzeichnet wird, befriedet, denn jetzt gilt das rechtlich Beschlossene, in Rechtssätze Gegossene, sprachlich Fixierte. Dieses schliesst die Diskussion über politische Möglichkeiten vorerst ab und steht nun, so die Vorstellung, ausser Streit. Politik findet ihre (vorläufige) Ruhe. GEORGES BURDEAU sprach vom Recht als «du politique apaisé». Kennzeichnend für die Politik ist somit die relative Beliebigkeit von Handlungsalternativen, ist deren inhaltliche Offenheit, die erst im Recht «geschlossen» oder eingeengt, «beruhigt» wird. Diese Ruhe ist freilich eine *trägerische*. Denn das Recht fixiert ja in der Regel, wenn man von letzten Rechtswerten absieht, eine bestimmte unter anderen möglichen Politiken. Es ist somit im modernen Staat in die Zeit gestellt, veränderbar, anpassbar an neue Einsichten, veränderte Wertvorstellungen, gesellschaftliche Verhältnisse oder auch nur an andere Mehrheitsverhältnisse nach politischen Wahlen.

2. – Recht ist also nicht etwas grundsätzlich Anderes als Politik, sondern etwas Besonderes¹², das durch seine Förmlichkeit und Beständigkeit ausgezeichnet wird. Von hier aus ist es ein kleiner Schritt zur These, das Recht streife seine politische Herkunft nicht ab, sondern sei selbst politisch. Denn die im Rechtsverwirklichungsprozess beteiligten Akteure, vom Gesetzgeber über die Verwaltung bis hin zum Richter, handeln wesensgemäss immer auch politisch, wenn und soweit sie innerhalb rechtlich festgelegter Schranken gestaltend und für die Öffentlichkeit bedeutsames Recht setzen – eine wohl fast ungeheuerlich anmutende Behauptung, die ich etwas tollkühn bereits in meiner Habilitationsschrift vor rund 30 Jahren aufgestellt habe.¹³

10 DIETER GRIMM, *Recht und Politik*, Juristische Schulung 1969, S. 501 ff., S. 502.; vgl. zum Folgenden die Ausführungen in *meiner* Habilitationsschrift (Fn. 2), S. 165 ff.

11 HANS RYFFEL, *Rechtssoziologie – eine systematische Orientierung*, Neuwied/Berlin 1974, S. 222 ff.

12 So auch DIETH (Fn. 1), S. 130, im Anschluss an FRIEDRICH MÜLLER und BERND RÜTHERS.

13 RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik* (Fn. 2), S. 165 ff.

Freilich bedeutet «politisch» in diesem Zusammenhang nicht, dass die Beratungs- und Entscheidungsprozesse immer denselben Bedingungen unterworfen wären. Parlamentarische Kommissionen, Bundesrat und Verwaltung – sowie erst Recht die Justiz – brauchen Oasen und Phasen der Ruhe und Abschirmung vom Alltagslärm der (hergestellten) Öffentlichkeit, um ihrem Auftrag der Rechtskonkretisierung gerecht zu werden. «Politisch» meint hier in erster Linie eigenverantwortliche, wenn auch begrenzte Gestaltungsfreiheit.

3. – Dass das Recht in diesem Sinn politisch ist, gilt nicht nur für das öffentliche Recht mit Einschluss des Strafrechts, sondern auch für das *Privatrecht*, das in früheren Zeiten gerne als *ratio scripta* angesehen und dem «unvertrauten», weil politisch durchtränkten öffentlichen Recht gegenübergestellt wurde. Als Beispiele könnten etwa die politischen Auseinandersetzungen um das Familienrecht, Arbeitsrecht, Mietrecht, Aktienrecht oder Kartellrecht dienen, bei welchen in fine bestimmte politische Grundhaltungen ihren normativen Niederschlag fanden.

4. – Recht und Politik verbinden sich auch im Begriff der Rechtspolitik.¹⁴ Juristinnen und Juristen pflegen angesichts von Mängeln im geltenden Recht zu unterscheiden, was *de lege lata* gilt und was *de lege ferenda* wünschbar oder zu fordern wäre. Rechtspolitik meint so generell die auf eine Ergänzung oder Änderung des geltenden Rechts abzielende Politik; sie «fragt und entscheidet, welche sozialen Ziele mit welchen rechtlichen Mitteln und auf welchen rechtlichen Wegen erreicht werden sollen»¹⁵, dies freilich aus der Sicht der mit der Handhabung des Rechts vertrauten Rechtssachverständigen, oft der Rechtswissenschaft. Denn Politiker sprechen nie von Rechtspolitik! «Rechtspolitik» kann aber auch etwas Anderes, Besonderes bedeuten: dass nämlich die Weiterentwicklung des Rechts auf letzte Rechtswerte bezogen bleibt und methodisch abgestützt, ins bestehende Recht eingepasst, auf seine Folgen hin bedacht wird. So verstandene Rechtspolitik ist mehr als «gewöhnliche» Politik und widerstrebt auch der blossen Instrumentalisierung des Rechts für beliebige politische (Tages-) Ziele.

14 Nach EIKE VON HIPPEL, *Rechtspolitik. Ziele, Akteure, Schwerpunkte*, Berlin 1992, S. 1, bedeutet Rechtspolitik «das Bemühen um die Schaffung einer gerechten nationalen und internationalen Ordnung durch optimale rechtliche Regelungen». Vgl. etwa auch KURT EICHENBERGER, *Rechtspolitik*, in: *Geisteswissenschaftliche Dimensionen der Politik*, Festschrift für Alois Riklin, Bern/Stuttgart/Wien 2000; BERND RÜTHERS, *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterechts*, in: *IRP – Rechtspolitisches Forum*, Trier 2003; HANS RYFFEL, *Recht und Politik* (Fn. 1), S. 471.

15 MANFRED REHBINDER, *Rechtssoziologie*, 5. Aufl. München 2003, Rz. 25.

V. Vom Vorrang «politikresistenten» Rechts

1. – Die früher oft gestellte Frage, ob dem Recht oder der Politik der *Primat* zukomme, kann meines Erachtens heute ad acta gelegt werden: Beide bedingen und brauchen einander. Eine Frage bleibt allerdings offen, die früher ausschliesslich Gegenstand der Rechtsphilosophie bildete, heute aber auch zu einem Thema des Völker- und Verfassungsrechts geworden ist: Gibt es über dem gesetzten, in verfassungsgeleiteten Vorgängen geschaffenen Recht ein übergesetzliches, über der Verfassung stehendes, nicht verfügbares, man könnte auch sagen «politikresistentes» Recht? Die Frage ist in einer Demokratie besonders brisant, denn Politikresistenz heisst auch Demokratieresistenz.

Das Problem kann hier nicht vertieft werden. Doch sei darauf hingewiesen, dass elementare Gerechtigkeitsanliegen im aktuellen Verfassungsrecht der modernen Rechtsstaaten und im internationalen Recht als unabänderliche Kerngehalte verankert sind. Zu denken wäre insbesondere an die Konventionen der UNO, an das zwingende Völkerrecht als «Kernverfassung der Menschenrechte», an die Wiener Vertragsrechtskonvention und an die Europäische Menschenrechtskonvention.

2. – Angesichts der Positivierung ehemals als naturrechtlich qualifizierter Gehalte mündet die Frage nach unverfügbarem Recht heute in aller Regel in elementare Problemstellungen des positiven nationalen Rechts: Wie kann der *Vorrang der Verfassung und des Völkerrechts* mit ihren unverbrüchlichen Werten gewährleistet werden? Dies ist nicht nur eine Frage des Rechts, sondern auch der Politik. Etwa: Nimmt der Gesetzgeber die Achtung der Verfassung mit all ihren Verbürgungen, namentlich die Menschenrechte ernst? Gewährleistet das Rechtssystem, dass Verletzungen von Menschenrechten gegenüber allen politisch-hoheitlichen Akteuren gerichtlich gerügt werden können? Dies ist bekanntlich und bedauerlicherweise gemäss Art. 190 BV in der Schweiz gegenüber Bundesgesetzen nur bedingt der Fall.

B. Was leistet das Recht für die Politik?

I. Allgemeine Funktionen

Im Vordergrund unserer Thematik stehen die politisch bedeutsamen Funktionen des Rechts. Deshalb beschränke ich mich bei dessen allgemeinen Funktionen auf blosse Hinweise: wir erwarten vom Recht zunächst einmal die Herstellung einer *formalen Ordnung*, um chaotische und rechtlose Zustände zu vermeiden. Das Recht erscheint hier als Grundlage des Zusammenlebens überhaupt. Es soll darüber hinaus sozialen Frieden durch Instrumentarien der friedlichen Konfliktbearbeitung und Streitschlichtung gewährleisten, insbesondere durch Rechtsschutzeinrichtungen – wie etwa Gerichte. Das Recht wurde denn auch schon als *soziale Friedensmacht* bezeichnet. Frieden bedeutet nicht Konfliktlosigkeit

und schon gar nicht Interessensharmonie, sondern Vorherrschaft des Rechts und Verzicht auf die Anwendung von Gewalt in der Konfliktlösung.

Nicht übersehen werden darf aber, dass das Recht auf eine grundsätzlich *freiwillige Befolgung* durch die Rechtsadressaten angewiesen ist und nur im Ausnahmefall erzwungen werden kann.¹⁶ Dies gilt erst recht für den politischen Entscheidungsprozess, der (mit Ausnahme der Garantie der politischen Rechte) kaum rechtliche Sanktionen kennt.

Sechs Funktionen des Rechts, vor allem des Verfassungsrechts, betreffen ganz besonders (auch) die Politik: Konstituierung und Begrenzung der Staatsmacht, Wertverwirklichung, Stabilisierung, Lenkung und Integration. Teilweise sind sie schon angesprochen worden.¹⁷

II. Konstituierung

1. – Einmal kommt dem (Verfassungs-) Recht die Funktion zu, die *Grundlagen und Grundzüge der politischen Ordnung* zu konstituieren. Die Bundesverfassung legt fest, dass die Schweiz ein freiheitlicher, sozialer, rechtsstaatlicher, demokratischer, auf Nachhaltigkeit angelegter Bundesstaat ist.¹⁸ Das Recht richtet die Verfassungsorgane – wie das Parlament, die Regierung und die Justiz – ein, normiert in den Grundzügen das Verfahren der Meinungs- und Willensbildung. Es bestimmt so, *wie* Politik «gemacht» wird und von *wem* Entscheidungen vorbereitet und getroffen werden. Es gewährleistet mit seinen Regelungen über Zuständigkeiten und Verfahren der politischen Organe, dass Politik in geordneten Abläufen in Recht gegossen werden kann und dass die in einer Demokratie zentralen Verantwortlichkeiten klargestellt sind. In letzter Zeit haben allerdings *informale* und nebenrechtliche Formen der Steuerung und Politikgestaltung, die zwar in der schweizerischen Demokratie keine neue Erscheinung darstellen, nochmals zugenommen, etwa sog. runde Tische oder andere Absprachen im vorparlamentarischen Bereich. Dies wirft die Frage auf, wieweit es dem Recht noch gelingt, Einfluss auf die wesentlichen Etappen des politischen Entscheidungsprozesses zu nehmen.

2. – Grundsätzlich bestimmt das Recht den politischen Entscheidungsprozess nur in Eckwerten. Es ist die politische Praxis, welche die Demokratie mit Leben erfüllt, die politische Kultur. Man könnte auch von den «weichen» Faktoren der

16 Recht wird nicht allein deswegen befolgt, weil es gilt. Nach Lawrence Friedman hängt die Rechtsbefolgung massgeblich von drei Faktoren ab: von realistischerweise zu erwartenden Sanktionen, gesellschaftlichem Einfluss und inneren Wertvorstellungen.

17 Zu den Funktionen der Verfassung vgl. etwa RENÉ RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003, S. 10 ff.; zu den Funktionen der Rechtsetzung GEORG MÜLLER, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 11 ff.

18 Vgl. etwa die Übersicht in RHINOW, Grundzüge (Fn. 17), S. 29 ff.

politischen Entscheidungsprozesse sprechen. Diese Regeln des Umgangs der politisch Handelnden miteinander auf der Bühne der demokratischen Öffentlichkeit werden vom Recht zwar vorgespurt, nicht aber angeordnet oder gar determiniert. Sie können vom Recht auch nicht gewährleistet werden. Denken wir an die Konkordanz mit ihren Instrumentarien des Interessenausgleiches und Minderheitenschutzes, an die Funktionsweise von Kollegialorganen oder an den esprit fédéraliste als Voraussetzung und Lebenselixier jedes Bundesstaates. Das Recht bedarf solcher ergänzender, befruchtender, stützender Regeln, einer Ambiance im Sinne Dietrich Schindlers (d.Ä.), damit es Wirksamkeit erlangen kann.

Politische Kultur ist eine wirkliche *Kulturfrage*, nicht bloss eine Stilfrage. Die Wertschätzung eines menschenwürdigen, responsiven Dialoges etwa ist für die demokratische Praxis essentiell und konstitutiv, nicht bloss dekorativ. Generell leben die Verfassung und ihr Grundkonsens vom politischen und gesellschaftlichen Willen zur Achtung ihrer Grundwerte. Diese manifestieren sich in den Grundrechten, der politischen Partizipation, der Anerkennung von Mehrheitsentscheiden wie dem Respekt von Minderheiten sowie der in Solidarität innerhalb der Rechtsgemeinschaft. MONTESQUIEU hätte diese menschlichen Eigenschaften als *politische Tugenden* bezeichnet.¹⁹

3. – Wir müssen uns immer wieder fragen, ob in den politischen Auseinandersetzungen zu einer politischen Kultur Sorge getragen wird, die von einer Achtung der Würde *aller* Menschen geprägt ist, auch von Menschen, denen der politische Mainstream nicht sonderlich gewogen ist. Als bedenklich erachte ich die gegenwärtig zu beobachtende Erscheinung, die dargestellten «weichen» Faktoren der demokratischen Auseinandersetzungen als quantité négligeable zu erachten. Gerade die schweizerische Demokratie mit ihrem multiplen «Vetopotential», die ich deswegen oft mit einem (Citroen) «Deux Chevaux mit den Bremsen eines Ferrari» verglichen habe, bedarf einer konsensualen, auf Respekt und Ausgleich bedachten politischen Kultur.

III. Limitierung

1. – Mit der hier beschriebenen konstitutiven Funktion begründet das Recht Macht, Staatsmacht oder besser Rechtsmacht. Doch es begrenzt diese Macht auch, vor allem durch organisatorische, funktionelle und personelle Auffächerungen der Staatsgewalt, durch Föderalismus und Dezentralisierung, durch die Grundrechte, das Gesetzmässigkeitsprinzip und die Unabhängigkeit der Justiz. So sollen elementare Freiheitspositionen und Entfaltungschancen der Menschen auf der Basis der Menschenwürde wirksam geschützt werden. Das Recht limitiert alle Macht im Staat, auch die Macht, die vom konstituierten Staatsvolk

¹⁹ Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Die demokratische Verfassung, Zürich 2002, S. 90.

ausgeht. Durch Recht institutionalisierte Herrschaft bedeutet grundsätzlich und überall beschränkte Herrschaft.

2. – Diese Dimension der Begrenzungsfunktion des Rechts im Rechtsstaat wird in der Schweiz oft verkannt, etwa wenn die für jede moderne Demokratie grundlegende Volkssouveränität als letzter Legitimationsgrund von Herrschaftsausübung mit den von der Verfassung eingerichteten Volksrechten verwechselt wird. Das Volk, so wie es konstituiert wird, ist verfassungsrechtlich zur Kompetenzausübung im Rahmen von Wahlvorgängen, Initiativen und Referenden ermächtigt und legitimiert; insofern ist es auch, in den Grenzen der Verfassung, «oberste Gewalt». Aber es steht damit nicht über dem Recht, sondern ist auf die Bundesverfassung mit ihren Grundwerten verpflichtet. Die reale Demokratie besteht nicht in der unbeschränkten Herrschaft des Volkes, sondern in einer politischen Ordnung, welche die Chance einer rechtsgleichen Partizipation der Staatsbürger gewährleistet und so der Idee der Selbstbestimmung möglichst nahe kommt.

Volkssouveränität und Menschenwürde sind eng aufeinander bezogen: Das Volk ist keine naturhaft vorgegebene oder gar mythische Grösse, sondern wird durch die Konstitutionalisierung im Rahmen des nation building erst als Staatsvolk «definiert». Dieses setzt sich aus Grundrechtsträgern zusammen, von denen die Staatsgewalt «ausgeht». Insofern liegt in der Menschenwürde der oberste Wert des Staates, auf die sich alle anderen Verfassungsprinzipien, auch die Demokratie, beziehen.²⁰

IV. Wertverwirklichung

1. – Damit ist die dritte hier zu beleuchtende Funktion des Rechts angesprochen: die Verfassung setzt nicht nur Grenzen, sondern sie enthält auch für die Politik massgebliche grundlegende Werte, die auf einem breiten Konsens der Rechtsgemeinschaft beruhen und vor allem in den sog. Verfassungsprinzipien, aber auch in den national und völkerrechtlich verbürgten Grundrechten zum Ausdruck kommen. Dass hierzulande dieser Vorrang der Verfassungswerte und die erwähnte Begrenzung der Politik durch das rechtsstaatlich und demokratisch verankerte Recht nicht durchwegs als selbstverständlich erachtet werden, erleben wir in der politischen Praxis immer wieder. Es kann jedoch nicht genug wiederholt werden, dass im demokratischen Rechtsstaat den Organen öffentlicher Gewalt keine rechtsfreien Räume offen stehen.

Denken wir etwa an die Auseinandersetzungen über die Zuständigkeit und den Rechtsschutz bei *Einbürgerungen* auf Gemeindeebene. Unabhängig davon, ob das Volk an der Urne, in einer Versammlung oder ob eine Behörde entscheidet: es handelt sich immer um einen Entscheidungsakt, der das übergeordnete Recht – wie etwa das Willkürverbot oder das Recht auf persönliche Freiheit – zu beachten hat.

²⁰ So bereits RENÉ RHINOW, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, Basel 1984, S. 151 ff.; RHINOW, Grundzüge (Fn. 17), S. 32.

2. – Mir erscheint deshalb auch die geläufige These fragwürdig, zwischen Rechtsstaat und Demokratie bestehe – gerade in der Schweiz mit ihren Volksrechten – ein Spannungsverhältnis. Nimmt man das Erfordernis der Bindung allen Staatshandelns an das Recht gemäss Art. 5 BV ernst, so bleibt für eine «Spannung» kein Raum, jedenfalls nicht für eine rechtliche Spannung, auch wenn sich das staatliche Handeln in Volksentscheidungen ausdrückt. Das rechtlich verfasste Volk als Entscheidungsträger ist in die Rechtsordnung eingebunden. Das verlangt das Gebot der Rechtsstaatlichkeit.

V. Stabilisierung und Berechenbarkeit

1. – Eine weitere Funktion des Rechts besteht sodann darin, die gesellschaftliche Ordnung zu *stabilisieren*, «dem menschlichen Dasein feste Konturen»²¹ zu geben. Hier spiegelt sich die vorhin erwähnte Verfestigung der Politik wider. Insofern ist Recht immer konservativ, weil es durch seine Regelungen festhält, was gilt, bis es selbst wieder abgeändert wird. Daran knüpft die *Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit* des Rechts an; es schafft Erwartungssicherheit in den Beziehungen zwischen den Menschen und zum Staat. Wir erwarten vom Recht, dass es unverbrüchlich gilt, dass wir uns auf seine Normen verlassen, uns darauf einrichten können.

2. – Doch erweist sich diese Stabilisierungsfunktion heute als prekär. Das öffentliche Ringen um das Gemeinwohl findet im Recht oft nur ein partielles und vorläufiges Ende. Das Recht stabilisiert zwar Gewordenes und Erreichtes, verbindet aber damit zugleich die Chance und Methode des bewussten Wandels. Das Recht bildet als geschichtliches Recht nicht nur Ausgangspunkt für Rechtsänderungen, sondern auch für weitere politische Auseinandersetzungen in konkretisierenden Vorgängen, sowohl im Rahmen der Verordnungsgebung als auch der individualisierenden Rechtsanwendung. Recht ist so nur «auf Zeit» stabil, ja die Kadenz der politisch indizierten Rechtsänderungen steigt ständig an. Das immer wieder geänderte Asylrecht mag als illustratives Beispiel dienen. Der Rechtsverwirklichungsprozess im modernen Staat wird durch einen unruhigen Wechsel von Stabilisierung und Dynamik, von Geschlossenheit und Offenheit, von Festlegung und Gestaltungsfreiheit gekennzeichnet.

Zwei Zitate aus unterschiedlichen Epochen der Philosophie- und Wissenschaftsgeschichte könnten das Leitmotiv der «Haltlosigkeit» der gegenwärtigen Politik bilden: Das Diktum «Alles fliesst» des griechischen Philosophen und Politikers HERAKLIT aus dem 5. Jahrhundert vor Christus, und das Schlagwort des österreichischen Philosophen PAUL FEYERABEND «anything goes» aus dem letzten Jahrhundert ...

21 HANS RYFFEL. Rechts- und Staatsphilosophie, Philosophische Anthropologie des Politischen, Neuwied/Berlin 1969. S. 161.

VI. Steuerung

1. – Vom Recht wird sodann erwartet, dass es sich als Mittel zur *Gestaltung* und *Steuerung* einer «mobilen» Gesellschaft einsetzen lässt. Es versucht, (zunehmend) neben anderen Steuerungsinstrumenten und nicht immer mit durchschlagendem Erfolg, das menschliche Zusammenleben in vielen Lebensbereichen und gesellschaftliche Verhältnisse zu ordnen, Einfluss zu nehmen, zu lenken. Steuern heisst in aller Regel, dass mit Hilfe des Rechts politische Ziele und Programme verfolgt und umgesetzt werden sollen. Im Gesetz vor allem finden diese politischen Bestrebungen ihren Niederschlag. Mit dieser zentralen Funktion ist das Recht zum politischen Hoffnungsträger geworden; es mutierte zum Hauptinstrument und Etappenziel der Politik.

2. – Es ist freilich nicht nur diese Instrumentalisierung des Rechts im Interesse der Sozialgestaltung und Gesellschaftslenkung, die zu einer starken «*Verrechtlichung*», oft zulasten anderer Sozialbeziehungen, geführt hat. Auch der Ausbau rechtsstaatlicher Errungenschaften wie des Individualrechtsschutzes und vor allem des Legalitätsprinzips haben zu einer Zunahme der durch das Recht normierten Teile der Lebenswelt geführt. Überhaupt ist das Gesetz nicht nur «Eingriffsgesetz», wie es von Generationen von Studierenden im Rahmen der Grundrechtsübungen erfahren und in der Alltagspolitik wahrgenommen wird. Gesetze sind auch «Freiheits-, Leistungs- oder Schutzgesetze», etwa wenn das staatliche Handeln im Interesse der Individualfreiheit an demokratisch beschlossene Gesetze gebunden wird, wenn Individuen vor Gefahren (z.B. des Tabakrauchens, der Gentechnologie oder der Umweltzerstörung) geschützt werden, oder wenn Leistungen der öffentlichen Hand in verschiedenen Politikbereichen (etwa im Bildungs- und Sozialbereich) zur Gewährleistung menschenwürdiger Lebensbedingungen auf der Basis von Gesetzen erbracht werden. Zudem erleben wir auch zunehmend, dass rechtliche Lösungen von der gesellschaftlichen Wirklichkeit gleichsam «erzwingen» werden, weil Technologie und Wissenschaft Möglichkeiten des Handelns eröffnen, für die sich keine kulturelle Erfahrung ausbilden konnte, wie etwa in der Biomedizin. Es wäre der immer wieder aufflackernden Diskussion über die sog. *Gesetzesflut* zu wünschen, dass den unterschiedlichen Normfunktionen, vor allem auch der freiheitssichernden und schutzvermittelnden Tragweite von Gesetzen, ein grösseres Gewicht beigemessen würde.

3. – Eine die Wissenschaft bedrängende Frage lautet allerdings, ob das Recht *nicht* zuweilen *überfordert* wird, ob es die Erwartungen der realen Steuerung *überhaupt* erfüllen kann. Das Recht droht unvermittelt vom Hoffnungsträger zum Sündenbock zu degenerieren, wenn es die gesetzten Ziele nicht zu erreichen vermag und damit zwangsläufig Enttäuschungen auslösen muss. So wird es oft auch Gefäss für eine *symbolische* Politik, weil diese auch dann zum

Recht greift, wenn es primär darum geht, Handlungswillen zu demonstrieren, obwohl das Recht die politisch gesetzten Ziele gar nicht oder nur begrenzt erreichen kann. Erinnern wir uns daran: Die Politik ist geradezu zum Recht «verdammte», denn nur so wird sie in der Öffentlichkeit relevant, wahrgenommen: mit Volksinitiativen, im parlamentarischen Verfahren, vor Volksabstimmungen.

4. – Recht im Allgemeinen, besonders aber programmierendes Recht ist auf Mobilisierung im politischen Alltag angewiesen. Es muss mit Leben erfüllt werden, damit es ins prägende Bewusstsein einer angesprochenen Öffentlichkeit tritt. Das Recht verändert politische Verhältnisse nur, wenn die politischen Akteure und die angesprochenen Adressaten bereit sind, dem Recht zu folgen, es zu verinnerlichen, zur Richtschnur des eigenen Handelns zu nehmen. Dabei kommt der erwähnten politischen Kultur eine tragende Bedeutung zu.

VII. Integration und Legitimation

Schliesslich schreiben wir dem Recht eine *integrierende* und *legitimierende* Wirkung zu. Vor allem die Verfassung macht die Grundwerte und den Grundkonsens der Rechtsgemeinschaft sichtbar. Allgemein hält das Recht durch seine Aktualisierung, durch Kommunikations- und Verständigungsprozesse in einer pluralistischen Gesellschaft sowie durch Bemühungen um Rechtseinheit die Gesellschaft zusammen, schafft und erneuert es staatliche Handlungseinheit, vermittelt es Zugehörigkeit zum politischen Gemeinwesen. Das Recht lebt vom «Erlebnis» politischer Prozesse, von responsiven, diskursiven Prozessen in einer demokratischen Öffentlichkeit, wie sie JÖRG PAUL MÜLLER eindringlich beschrieben und gefordert hat. Es wird dank aktiver oder passiver Partizipation der Bürger und Bürgerinnen, aber auch durch die Verfahren der Rechtsverwirklichung, von der Verfassungsänderung bis hin zum Urteil des Bundesgerichts, wahrgenommen. So findet es auch seine generelle Anerkennung. Der Verfassung zugrunde liegende Grundkonsens wird durch diese politischen und rechtlichen Vorgänge immer wieder bestätigt. Und mit dem so erlebten und sichtbaren Recht erhält der Staat Legitimität, auch für seine gesellschaftsgestaltenden Aktivitäten.

C. Recht und Politik im Prozess der Rechtsverwirklichung

I. Rechtsetzung im Rahmen der Rechtsanwendung

1. – Die dargestellten Leistungen des Rechts für die Politik sollen nun aus dem Rückwinkel des Prozesses der Rechtsverwirklichung beleuchtet werden.

↳ ~~Die~~ ~~versehe~~ unter *Rechtsverwirklichung* die gestufte Kreation und Umsetzung rechtlicher Regelungen, von der Verfassungsgebung über die verschiedenen Stufen der infra-

konstitutionellen Rechtsetzung, der Verwaltungsentscheidungen und der Gerichtsbarkeit bis hin zur Rechtsbefolgung und Rechtsdurchsetzung. Zur Rechtsverwirklichung müssen heute zunehmend auch die Schaffung oder Beteiligung an sowie die Umsetzung von Verträgen auf internationaler und interkantonaler Ebene gezählt werden.

Die herkömmliche Doktrin unterteilt diesen Prozess kategorial in die *Rechtsetzung* als Erlass von generell-abstrakten Normen und die *Rechtsanwendung* als Umsetzung der Normen durch Einzelakte, vor allem durch Verfügungen und Urteile. Diese Gegenüberstellung ist zwar positivrechtlich relevant, wissenschaftlich aber fragwürdig und in ihrer Absolutheit nicht mehr haltbar.²² Wir wissen heute, dass bei jeder Rechtsanwendung der Sinngehalt von Normen ermittelt werden muss, um zum konkret geltenden Recht zu gelangen. Auslegung ist unbestrittenermassen ein komplexer Erkenntnis- und Entscheidungsvorgang, ist mehr als Rechtsfindung – das Recht kann nicht durch fleissiges Suchen gefunden werden wie ein verlorener Schlüssel.

Im Rahmen grösserer oder kleinerer Spielräume der Wertung hat der Rechtsanwender Entscheidungen zu treffen. Er «führt das Gesetz zu Ende», sagt damit, was im konkreten Fall Recht ist. Diese Spielräume der Entscheidung sind auf viele Ursachen zurückzuführen, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann. Sie erscheinen in verschiedenen Formen der Offenheit und Unbestimmtheit einzelner Normen, von Normbestandteilen oder des ganzen Normengefüges, nicht nur in den klassischen Ermessenstatbeständen. Diese Offenheit kann auch die Folge einer mangelnden Kohärenz der Rechtsordnung mit ihren zunehmenden Kollisionsfragen darstellen oder schlicht auf eine unsorgfältige Rechtsetzung zurückzuführen sein. Im Rahmen der Rechtsanwendung wird somit insofern auch Recht *gesetzt*, als zu bestehenden Rechtstexten Neues hinzugefügt wird. Erst in der Anwendung steht fest, was in concreto gilt. Unvergessen bleibt der berühmte und oft zitierte Satz von Charles Evan Hughes, auf die amerikanische Verfassung gemünzt: «We are under a constitution, but the constitution is, what the judge says it is». Rechtsanwendung bedeutet in dieser Sichtweise *Konkretisierung* von Recht aufgrund und im Rahmen höherstufiger Normen. Dieser Vorgang der Konkretisierung umfasst alle Stufen der Ausführung, näheren Bestimmung, Verdichtung und Entfaltung vorgegebener Rechtsnormen; er ist nicht ausschliesslich auf den Einzelfall bezogen. Auch der Verordnungsgeber, ja der Gesetzgeber selbst ist in diesen Prozess eingeschaltet, wenn er höherstufiges Recht zu beachten, näher auszugestalten und deshalb anzuwenden hat, z.B. Verfassungs- und Gesetzesrecht oder internationales Recht. Auch hier bedarf es der Auslegung, etwa von Grundrechten, Verfassungsaufträgen oder Kompetenzbestimmungen.

22. Vgl. dazu REINOW, Rechtsetzung und Methodik (Fn. 2), S. 195 ff.; GEORG MÜLLER, Elemente (Fn. 17), S. 20 ff.

2. – Rechtsetzung und Rechtsanwendung fliessen insofern ineinander über, als jede Schöpfung neuen Rechts bereits bestehendes, anzuwendendes Recht vorfindet. Dieses kann in unterschiedlichem Ausmass auf die Setzung von Recht auf einer unteren Stufe einwirken: bloss in Eckwerten, lose, wie in der Regel bei der Gesetzgebung, oder aber engmaschig, streng determinierend, wie oft in der Justiz. Umgekehrt liegen in jeder Anwendung von Recht Anteile der eigenen Entscheidung des Anwenders in grösserem oder kleinerem Umfang.

Damit soll nicht verkannt werden, dass zwischen den einzelnen Phasen dieses Prozesses zu beachtende und auch positivrechtlich relevante Unterschiede bestehen. Sie lassen sich aber nicht in der Dichotomie von Rechtssetzung und Rechtsanwendung festmachen. Es besteht gewiss eine Differenz zwischen dem ex ante programmierenden Erlass von eigentlichen Rechtssätzen und der Einzelfall – Anwendung ex post. Doch diese ist kleiner als gemeinhin angenommen, denn auch bei der Einzelfall – Anwendung müssen oft zuerst Regeln gebildet werden, um eine rechtsgleiche Handhabung eines Gesetzes zu gewährleisten (Art. 8 BV). Und auch das Urteil des obersten Gerichts kann als leading case eine erhebliche programmierende Wirkung entfalten, gerade etwa im Rahmen der Konkretisierung von Grundrechten.²³

II. Gestufte Rechtsanwendung im öffentlichen Recht

Rechtsanwendung im *öffentlichen* Recht erfolgt zudem oft in *zwei Phasen*: in einer administrativen durch Umsetzung der Erlasse im Einzelfall, zumeist durch Verfügungen, und sodann in einer justiziellen, Streit entscheidenden durch unabhängige Gerichte. Dies wird von der klassischen Methodenlehre in aller Regel ausgeblendet, weil diese vorwiegend von Vertretern des Zivil- oder Strafrechts betreut wird. Aufgabe der *Verwaltung* ist es, das vom Gesetzgeber geschaffene Recht umzusetzen, als verlängerter Arm des Gesetzgebers dem im

23 GEORG MÜLLER interpretiert die diesbezüglichen Erwägungen in meiner Habilitationsschrift *Rechtsetzung und Methodik* (Fn. 2, S. 260) als grundsätzlichen Verzicht auf die Unterscheidung zwischen *Rechtsetzung* und *Rechtsanwendung* (GEORG MÜLLER, *Methodik in der Rechtssetzung*, in: Anne Peters und Markus Schefer (Hrsg.), *Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts*, Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow, Bern 2004, S. 7 f.; DERSELBE, *Rechtspflege*, in: Breitenmoser/Ehrenzeller/Sassoli/Stoffel/Wagner Pfeiffer (Hrsg.), *Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat*, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich 2007, S. 1437 ff., S. 1440). Dies trifft indessen in dieser Allgemeinheit nicht zu, wie ich bereits im Schlusswort am Symposium zu meinem 60. Geburtstag klarzustellen versucht habe (in: Anne Peters und Markus Schefer (Hrsg.), *Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts*, Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow, Bern 2004, S. 99 f.). Möglicherweise erscheinen einige meiner damaligen Formulierungen nicht in der wünschbaren Klarheit. Es war und ist mir aber ein Anliegen, eine Theorie der Regelungstheorie zu fordern, welche die *kategoriale* Gegenüberstellung von *Rechtsetzung* und *Rechtsanwendung* überwindet und alle Formen und Verfahren der Schaffung und Setzung von Recht umfasst (so ausdrücklich S. 244 meiner Habilitationsschrift). Diese Regelungstheorie «will nicht Differenzierungen einebnen, die von der tradierten Dogmatik herausgearbeitet worden sind, sondern diese ... auf einer höheren, abstrakteren Ebene auf ihre Berechtigung hin überprüfen» (S. 246); vgl. auch unten Fn. 41. Mit der Anerkennung einer *Relativierung* der Unterscheidung durch G. MÜLLER haben sich unsere Standpunkte wohl drastisch angenähert ...

Gesetz präzisieren Gemeinwohl zu dienen, Funktion des *Richters* ist es demgegenüber, in den Formen der Rechtspflege die Handlungen der Verwaltung daraufhin zu kontrollieren, ob sie sich an diese Vorgaben der Gesetze und an das übergeordnete Recht allgemein (z.B. das Willkürverbot) gehalten haben. Ist der Richter auf diese Prüfung beschränkt, sprechen wir prozessrechtlich von einer (blosser) *Rechtmässigkeitskontrolle*. Muss das Gericht aber auch das *Verwaltungs Handeln* innerhalb der gesetzlichen Spielräume überprüfen, also eine sog. *Ermessenskontrolle* ausüben, setzt es sich im Grunde genommen an die Stelle der Verwaltung. Denn es bestätigt in letzter Instanz die vom Gesetzgeber delegierten oder bewusst resp. unbewusst offen gelassenen Entscheidungen oder ändert diese ab.

III. Rechtsverwirklichung als politischer Prozess

I. - Rechtsverwirklichung erweist sich so als *gestufter Prozess der Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, an dem Parlament, Regierung und Verwaltung wie auch die Justiz beteiligt sind. Dieser Vorgang ist auch ein eminent *politischer Prozess*, ein Politikverwirklichungsprozess mit dem Recht als konstituierendem Rahmen und *formstabilisierenden Zwischentritten*. Dies mag auf den ersten Blick frappieren: dass der *Gesetzgeber* politisch entscheidet, liegt auf der Hand. Gilt dies aber nicht ebenso für alle anderen, die Recht setzen, also eigenständige, nicht vorgegebene Entscheidungen im Anschluss an rechtsetzende Vorgaben fällen? Es liegt nahe, die erwähnten Wertungsspielräume im Rahmen von Rechtsetzung und Rechtsanwendung als *politisch* zu qualifizieren, wenn Politik als eigenverantwortliche, aber rechtsgebundene Entscheidung zwischen Alternativen bei nicht voraussetzendem Konsens verstanden wird. «Der politische Gehalt der Rechtsanwendung ist also unentrinnbar, und im selben Mass bildet auch die Justiz selber eine politische Gewalt» (DIETER GENSSER).²⁴ RYFFEL hat bereits anfangs der 70er Jahre festgestellt – übrigens anlässlich eines Vortrages vor dem Basler Juristenverein –, alle Anwendung von Rechtsnormen sei politische Gestaltung, «ob schlicht anwendend oder fortbildend oder gar mehr oder weniger vorsichtig gestaltend und umbildend», freilich im Rahmen grundlegender ursprünglicher politischer Festlegungen.²⁵ Oder mit den Worten PIERRE MOORS: «Le droit ... c'est aussi ce qu'en disent les juristes lorsqu'ils font parler les textes. L'autonomie dont ils jouissent dans cette fonction d'interprètes leur donne un pouvoir créateur: l'application des lois est aussi une invention des normes. Cette autonomie ... a dans cette mesure une dimension politique ...».²⁶ Vor allem die Verfassungsgerichtsbarkeit

²⁴ GENSSER (Fn. 1), S. 27.

²⁵ RYFFEL, *Recht und Politik* (Fn. 1), S. 472 f.

²⁶ PIERRE MOORS, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Dépôts légaux, 2005, Vorwort.

operiert so «an der Schnittstelle von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Recht und Politik».²⁷

2. – Die Verwaltung handelt insofern politisch, als sie die gesetzlichen Spielräume, insbesondere im Rahmen verschiedener Formen der Normenunbestimmtheit, im Sinne der Absichten des Gesetzgebers, aber in eigener Verantwortung zu konkretisieren hat. Das ist ihr core business! Bei Interessenabwägungen, wie etwa im Umweltbereich, ist diese politische Funktion besonders evident. Beim Richter zeigt sich ein ähnliches Bild. Dieser hat zwar im Unterschied zur Verwaltung keinen politischen Auftrag. Doch die Normenunbestimmtheit mit ihrem Wertungsbedarf und der Entscheidungszwang treffen auch ihn. Dies zeigt sich exemplarisch bei Mehrheitsabstimmungen im Kollegium oder bei Praxisänderungen. Auch das Gericht steht in einer Entscheidungsverantwortung.

Illustrativ erscheint etwa die zu prüfende Frage, ob für einen Grundrechtseingriff ein öffentliches Interesse gegeben oder die Verhältnismässigkeit gewahrt ist (Art. 36 BV), konkret etwa, ob Interessen des individuellen Eigentumsschutzes oder des kollektiven Landschaftsschutzes Priorität geniessen. Ähnliches gilt bei der Güterabwägung zwischen verschiedenen Grundrechten oder zwischen Grundrechten und anderen Verfassungswerten: Hat beispielsweise die Meinungsfreiheit oder der Persönlichkeitsschutz Vorrang? Das Rechts auf Leben des Kindes im Mutterleib oder die persönliche Freiheit der Mutter? Die Verwobenheit von Recht und Politik bei Interessenabwägungen kommt plastisch auch im Raumplanungsrecht zum Ausdruck, wenn etwa Interessen der Erhaltung eines Naturschutzgebietes einerseits und Interessen der Förderung erneuerbarer Energien andererseits gegeneinander abzuwägen sind (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV; Art. 26 Abs. 1 BV).²⁸

3. – Daraus ergibt sich eine doppelte Folgerung: Einerseits ist das in der politischen Praxis gängige Bild des politisch freien Gesetzgebers falsch. Wenn alle Rechtsetzung auch an Recht, vor allem höherstufiges, gebunden ist, dann ist Rechtsetzung immer auch Rechtsanwendung. Dann gibt es keine unbeschränkte politische Freiheit bei der Gesetzgebung.

Das mag in aufgeklärten Juristenkreisen selbstverständlich tönen, doch die politische Praxis zeigt uns ein anderes, durchzogenes Bild. Wie anders ist es etwa zu erklären, dass sich die Bundesversammlung bislang beharrlich gegen die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegen Bundesgesetze zur Wehr gesetzt hat?

Andererseits ist auch von der Idee der bloss vollziehenden, unpolitischen Verwaltung und vom rein rechtlich agierenden Gericht abzurücken. Politische Anteile gehören zum Alltag von Verwaltung und Justiz und bedeuten, bei Beachtung

27 GRIMM (Fn. 1), S. 30.

28 BGE 132 II 408 ff.; vgl. auch Art. 3 der Raumplanungsverordnung (SR 700.1), der eine Anleihe enthält, wie die Behörden bei der Erfüllung und Abstimmung raumwirksamer Aufgaben Interessen gegeneinander abzuwägen haben.

funktioneller Rechtsgrenzen, keine Machtusurpation, keine Zuständigkeitsüberschreitung.

Wir können auch auf den berühmten Art. 1 Abs. 2 ZGB verweisen: Wenn der Richter aufgerufen wird, im Falle einer vorgefundenen Lücke – ich würde eher formulieren: «angesichts einer vom Richter als Lücke interpretierten Normunbestimmtheit» – «nach der Regel (!)» zu entscheiden (!), «die er als Gesetzgeber (!) aufstellen würde» – liegt darin nicht bereits das Bekenntnis zum möglichen politischen Gehalt der Rechtsprechung? Der Richter hat aber weder die Legitimation noch die Normbildungsfähigkeit des Gesetzgebers.

4. – *Politisch* heisst – das ist nochmals zu unterstreichen – nicht ungebunden, grundsatzlos, schon gar nicht willkürlich. Politisch signalisiert hier den unausweichlichen legislativen, administrativen oder justiziellen, vom jeweiligen Organ zu verantwortenden, grösseren oder kleineren Entscheidungsanteil im Prozess der Politik- und Rechtsverwirklichung. Oder in den Worten von Archibald Cox (über die Rolle des US Supreme Court): «the hard question is one of degree: how large or small a political role should the court play?» Die Anerkennung dieser politischen Rolle soll den im Rechtsverwirklichungsprozess engagierten Organen ihre *doppelte Verantwortung* bewusst machen: sowohl die gesetzten Vorgaben als «Rechtsanwender» zu beachten als auch den Entscheidungsanteil bei der Auslegung und der Umsetzung von Normen offen zu legen und als solchen, und nicht als Ableitung vorbestimmten Rechts, zu begründen und zu rechtfertigen.

Um nochmals auf das Beispiel der *Einbürgerung* zurückzukommen: Jeder Entscheid über die Einbürgerung ist sowohl ein politischer Akt als auch ein Akt der Rechtsanwendung, ob dieser nun vom Volk oder von einer Behörde getroffen wird – politisch, weil dem zuständigen Organ ein grosser Gestaltungsspielraum offen steht, rechtsanwendend, weil Bundesrecht und kantonales Recht zu beachten sind. Der vom Bundesgericht unglücklicherweise verwendete Begriff des Einbürgerungsentscheides als *Verwaltungsakt* blendet die erste Dimension der Gestaltungsfreiheit eher aus und suggeriert, es handle sich vorab um einen rein administrativen Vollzugsakt. Umgekehrt entsteht bei der Zuständigkeit des Volkes als Entscheidungsorgan die systemimmanente Schwierigkeit, (Grund-) Rechtsverletzungen wirksam auf dem Rechtsmittelweg begegnen zu können.²⁹ Man kann jedenfalls Politik und Recht nicht so auseinanderdividieren, wie es gerade bei der Diskussion um die Einbürgerung zurzeit geschieht. Und es führt auch in die Irre, wenn das Anliegen des Rechtsschutzes gegen Einbürgerungsentscheide auf die – populistisch zugeschnittene – Frage reduziert wird, ob das Volk oder der Richter «das letzte Wort» haben soll. Abgesehen davon, dass die Metapher des «letzten Wortes» in diesem Zusammen-

²⁹ Vgl. etwa ISABELLE HÄNER, Gerichtliche Überprüfung von Volksentscheiden, in: Individuum und Verband, Festschrift zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, S. 491 ff.

hang gefährlich, ja falsch ist: Es geht nicht um ein *Machtspiel* zwischen Volk und Richter, sondern um die Frage, wie sowohl den Anforderungen des Rechts, der Rechtsstaatlichkeit, wie auch der Politik, der demokratischen Gestaltungsfreiheit, Rechnung getragen werden kann.

IV. Verteilung der Regelungslast³⁰

1. – Es ist das Recht, vor allem die Verfassung, welche diesen rechtlichen und politischen, in Phasen gestuften Prozess der Rechtsverwirklichung in seinen Grundzügen gestaltet und bestimmt. Klassischer Ausgangspunkt ist die Gewaltengliederung, wie sie der Verfassung zugrunde liegt, und ihre konkreten Ausformungen in den Funktionen und Zuständigkeitskatalogen der Verfassungsorgane sowie ihrem gegenseitigen Verhältnis. Erstaunen mag, dass in der politischen Praxis dieser Prozess der Rechtsverwirklichung noch nicht im gebotenen Ausmass ex ante nach Kriterien *gesteuert* wird, obwohl dies rechtsstaatlich und demokratisch geboten wäre. Es handelt sich um das Problem, wie die Regelungslast auf Volk, Parlament, Regierung, Verwaltung und Justiz zu verteilen ist, wer also in diesem gestuften Prozess welche Verantwortung und Legitimation für welche Regulierungen zu tragen hat, wie die in einem Netzwerk verbundenen Entscheidungszentren, vor allem bei der Steuerung der Gesellschaft, arbeitsteilig zusammenwirken.

2. – Für das Verhältnis von Parlament und Regierung finden wir diesbezügliche Antworten in der Bundesverfassung. Hier interessieren vor allem die Verpflichtungen der Bundesversammlung, alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in Gesetzesform zu kleiden (sog. materialer Gesetzesvorbehalt; Art. 164 BV), und des Bundesrates, Gesetze zu vollziehen, auch auf dem Verordnungsweg (Art. 182 BV). Man sprach früher und spricht leider auch heute noch in diesem Zusammenhang von einer Gesetzesdelegation, mit welcher Regulierungsbefugnisse auf andere Organe übertragen werden. Solche Übertragungen finden aber auch ohne förmlichen Akt statt, durch offene Normierungen wie etwa Ermessenstatbestände, die einen erheblichen Auslegungs- und Anwendungsspielraum eröffnen.

Auch hier handelt es sich um Delegationen, denn es wird rechtliche und politische Regelungslast verteilt, und dies nicht nur an den Verordnungsgeber wie bei der klassischen Lehre der Gesetzesdelegation, sondern an die Verwaltung und unter Umständen an die Justiz im Rahmen ihrer primär einzelfallbezogenen Konkretisierungsfunktion.³¹ Da sowohl die Verwaltung als auch die Justiz verpflichtet sind, das Recht anzuwen-

30 Dazu insbesondere GEORG MÜLLER, Elemente (Fn. 17) mit weiteren Verweisungen.

31 Ich habe diesen Delegationscharakter der Ermessenseinräumung in einem Aufsatz aus dem Jahr 1983 zu entwickeln versucht: RENÉ RHINOW, Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken, recht 1983, S. 41 ff., S. 83 ff.

den, müssen sie eröffnete Gestaltungsspielräume auf der Basis ihrer Befugnisse ausfüllen. Politik wird ihnen also quasi aufgezwungen.

3. – Der Gesetzgeber kann oder könnte diese Befugnisse freilich steuern. Je stärker nämlich die von ihm ausgelöste Verrechtlichung von Lebensbereichen, je offener seine Regulierungen, desto grösser die Verantwortung der Anwendungsorgane, auch der Justiz. Für die Justiz gilt dies umso mehr, als ein ausgebautes Rechtsschutzsystem ihren Zuständigkeitsbereich ausweitet.

Das Klagegedicht über die Allmacht der Verwaltung und über einen wachsenden Richterstaat wirkt hohl, wenn es vom Gesetzgeber angestimmt wird. Dieser löst nämlich durch seine wachsende und weitmaschige, oft durch entscheidungsausweichende Kompromisse geprägte Normproduktion (früher sprach man von «dilatorischen Formelkompromissen» (CARL SCHMITT)) einen langen Marsch durch die Institutionen aus und bindet Verwaltung und Richter die entsprechende Verantwortung auf. Es ist nicht der Machtkampf von Verwaltung und Justiz, der dazu führt, sondern weitgehend der politische Wille, wie er sich in Verfassung und Gesetz manifestiert.

Ein umfangreicher individueller Rechtsschutz, die Rechtsweggarantie, die Generalklausel bei der Anfechtung von Verfügungen vor Verwaltungsgerichten und vor allem die Tendenz, Verfügungen einer vollen justiziellen Ermessenskontrolle (und nicht nur einer Rechtskontrolle) zu unterstellen, führen zu einer ausgeprägten politischen (Mit-) Verantwortung von Verwaltung und Justiz.

Die politische Dimension der richterlichen Ermessenskontrolle wird nicht durchwegs erkannt. Es ist zu erwarten, dass das Bundesverwaltungsgericht, das gemäss Art. 49 Bst. c VwVG auch die Unangemessenheit von Verfügungen des Bundes zu überprüfen hat, nach Lösungen suchen wird, den Entscheid der Vorinstanz nicht voll überprüfen zu müssen.

Seit jeher scheuen sich Gerichte, «politische» Fragen zu beurteilen. Einmal handelt es sich um rechtlich problematische «Zurückhaltungsstrategien» des Gerichts selbst, indem dieses seine Kognition nicht ausschöpft (wie etwa das Bundesgericht mit seiner früheren «Ohne-Not-Praxis» bei der Staatsrechtlichen Beschwerde³² oder mit der sog. «Schubert-Praxis» bei der Überprüfung von Bundesgesetzen auf ihre Übereinstimmung mit Staatsverträgen³³). In einem neueren Urteil zieht sich das Bundesgericht bei der Auslegung von Art. 184 Abs. 3 BV (bundesrätliche Massnahmen zur Wahrung der Interessen des Landes) trotz voller Rechtskontrolle «praktisch auf eine Willkürprüfung» zurück, weil angesichts der politischen Implikationen ein erheblicher Ermessensspielraum besteht.³⁴ Generell schränkte das Bundesgericht im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit seine Kognition unter dem Geltungsbereich des (inzwischen aufgehobenen) Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) trotz voller Rechtskontrolle gemäss Art. 104 Bst. a und b OG ein, sofern der Gesetzgeber der Verwaltung keine zu respektierende Entscheidungsbefugnis einräumen wollte.³⁵

³² Vgl. etwa RENE RHINOW, HEINRICH KOLLER und CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Verfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1818.

³³ RHINOW/KOLLER/KISS (Fn. 32), Rz. 1693.

³⁴ BGE 132 I 229 ff., E. 10.3.

³⁵ BGE 132 I 257 ff., S. 262 f.

4. – Bei der Verteilung der Regelungslast geht es auch um Fragen der Eignung von legislativen, administrativen und justiziellen Instanzen, bestimmte Entscheidungen zu treffen und zu verantworten: Wie müssen Organe und Verfahren beschaffen sein, um dieser Doppelnatur von Recht und Politik gerecht zu werden?

Beispiele: So limitiert das Gesetz den Zugang zum Gericht (und begründet damit einen Ausschluss von der Rechtsweggarantie des Art. 29a BV) in Streitfällen, die vorwiegend «politischen» Charakter aufweisen (z.B. Art. 83 Bst. a und 86 Abs. 3 BGG sowie Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG). Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates können, Ausnahmen vorbehalten, nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 189 Abs. 4 BV).

Nach YVO HANGARTNER soll es einem «staatspolitischen Leitbild entsprechen, dass immer dann eine ... Kollegialbehörde die grundlegenden Entscheide trifft, wenn das Gesetz in einem wichtigen Bereich offene Regelungen enthält und der Vollzug durch fachlich allgemein anerkannte Standards nicht genügend determiniert ist»³⁶. Ob dies wirklich eine allgemeine Regel darstellt, mag hier offen bleiben. Aber weitmaschige, gestaltungsbedürftige Normen werfen die wichtige Frage auf, wer zu deren Konkretisierung und zur rechtlichen Kontrolle befugt sein soll. Ein genereller Ausschluss von einer richterlichen Kontrolle mag effizient erscheinen, hat aber für betroffene Grundrechtsträger unter Umständen gravierende Folgen.

DANIEL THÜRER unterscheidet zwei Grundformen der öffentlichen Gestaltung: die politische *Dezision*, die geprägt ist von Emotionen, Opportunität, ja Opportunismus bis hin zur Willkür einerseits, und das *judicial reasoning*, welche der Logik des rule of law unterworfen und auf Rationalität, Dauerhaftigkeit und Konstanz angelegt sei.³⁷ Es erscheint aber fraglich, ob diese diametrale Gegenüberstellung den differenzierten Abstufungen im Rahmen der Rechtsverwirklichung gerecht zu werden vermag. Überzeugend ist aber, dass Rechtsverwirklichung auf das reasoning angewiesen ist, gerade auf das *legal reasoning*, was auch THÜRER betont.³⁸

D. Folgerungen für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

I. Erweiterung der juristischen Methodik

1. – Inhalt und Anwendungsbereich der juristischen Methodik sind nach zwei Seiten hin zu erweitern, sozusagen nach vorne und nach hinten.

Ist es nicht erstaunlich, dass ganze Bibliotheken gefüllt worden sind, um zu lehren, wie das einmal geschaffene (Gesetzes-) Recht auszulegen und anzuwenden ist? Die herkömmliche juristische Methodik ist Einzelfall – Methodik; sie befasst sich vor allem mit der Interpretation von Normen in der Anwendungssituation. Doch *wie* dieses Recht geschaffen werden soll, damit es überhaupt verfassungskonform von der richtigen, d.h. verfassungsrechtlich legitimierten

36 YVO HANGARTNER, Verfehlt Sonderwünsche für Kartellverfahren, NZZ Nr. 237, 12.10.2006.

37 DANIEL THÜRER, Kosmopolitisches Staatsrecht. Grundidee Gerechtigkeit, Band 1, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 413 f.

38 THÜRER (Fn. 37), S. 424.

und geeigneten Instanz angewendet werden *kann*, beschäftigt die Wissenschaft erst seit kurzer Zeit, und dies erst noch mit einem bescheidenem Widerhall in der (politischen) Praxis.

Dabei besteht doch ein dringender Bedarf an qualifizierter, methodisch angeleiteter Rechtsetzung. Vor allem GEORG MÜLLER gebührt der Dank dafür, dass er die frühen Ansätze von PETER NOLL und die wegleitenden Studien unseres gemeinsamen Lehrers und Freundes KURT EICHENBERGER zu einer eigentlichen Rechtsetzungslehre verdichtet hat.³⁹ Es ist zu fordern und zu hoffen, dass die sich entwickelnde Wissenschaft bei den gesetzgebenden Behörden vermehrt Gehör findet und beide Seiten in einen lehrreichen Dialog treten können. Die juristische Methodik sollte sich deshalb, angesichts der Verworfenheit von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, insofern nach *vorne* erweitern, als sie die Lehre der Rechtsetzung mit einschliesst und als wichtigen Teil der juristischen Methodik anerkennt. Heute stehen beide unverbunden nebeneinander.⁴⁰

2. – Umgekehrt ist die Lehre von der Rechtsetzung und von der Verteilung der Regelungslast auf verschiedene Organe der Rechtsetzung auch »nach hinten«, in Richtung konkreter Rechtsentscheidungen, zu erweitern. Rechtsetzungslehre und klassische, einzelfallbezogene Methodik sollten im Sinne der vorne ausgeführten Reflexionen zur Verteilung der Regelungslast Elemente einer verbindenden *Regelungstheorie* bilden. Diese müsste Funktionen und Leistungsgrenzen, Gemeinsamkeiten und Unterschiede aller Formen und Verfahren juristischer Entscheidungen thematisieren – also sowohl diejenigen des eigentlichen Gesetzgebers als auch der anderen Organe («Ersatz- oder Parallelgesetzgeber»), die im Rahmen der Rechtsanwendung Recht setzen und somit Regelungen erlassen.⁴¹ Diese «Verlängerung» drängt sich umso mehr auf, als ein Grossteil des geltenden Rechts nicht mehr aus Gesetzesrecht, sondern aus «Einkaufsrecht» und Richterrecht besteht. So wäre, wie oben angedeutet, unter verfassungsrechtlichen Vorgaben zu fragen, welche rechtlichen Regelungen von welchen Organen in welchen politischen Vorgängen und juristischen Verfahren zu treffen sind. Weiterführende Beiträge könnten diesbezüglich auch

³⁹ GEORG MÜLLER, *Elemente* (Fn. 17).

⁴⁰ Es mag als gutes Omen erscheinen, dass der Beitrag von GEORG MÜLLER über Methodik in der *Rechtsetzung* im Tagungsband zu meinem Symposium zum 60. Geburtstag (Fn. 23) unter dem Generaltitel «Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts» erschienen ist.

⁴¹ «Die zu entwickelnde Regelungstheorie ... weitet den Blick ... auf eine integrierende Betrachtung und Analyse, wer im Rechtsstaat was, gegenüber wem, in welchen Formen, in welchem Verfahren, mit welcher Wirkung «regelt», d.h. auch regeln kann und soll» (RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik*, Fn. 2, S. 244). Vgl. auch KURT EICHENBERGER, *Wechselbeziehungen zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, in: Georg Müller, René Rhinow und Gerhard Schmid (Hrsg.), *Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger*, Basel/Gent/München, 2002, S. 245 ff.

die Politikwissenschaft als Rechtspolitologie – eine in der Schweiz noch kaum präsen- te Disziplin⁴² – und die Rechtssoziologie leisten.

Angesichts der grossen Bedeutung der administrativen Füllung von Gestaltungsspiel- räumen und Ermessenstatbeständen ist es erstaunlich, dass sich die juristische Metho- dik bislang kaum mit der Frage auseinandergesetzt hat, in welchen Verfahren hier Recht «gesetzt» wird, wie Entscheidungen zustande kommen sollen und Interessenab- wägungen vorzunehmen sind. Dies gilt primär für die Einzelfallentscheidung im Rah- men der Ermessenshandhabung, die mehr ist als blosser Vermeidung von Unangemes- senheit und Ermessensfehlern, trifft aber in einem bestimmten Ausmass auch für die Verordnungsgebung zu, die sich weitgehend im «Innenbereich» von Regierung und Verwaltung abspielt und deren Verfahren nur in Eckwerten geregelt ist.⁴³

Nochmals zu den *Einbürgerungen*: Belegt nicht die erhebliche Ratlosigkeit, wel- ches Organ ausreichend demokratisch legitimiert und unter Gesichtspunkten des Grundrechtsschutzes wie der Rechtspflege geeignet sei, über Einbürgerungen zu ent- scheiden, den Bedarf nach einer Regelungstheorie? Um diese Frage kümmert sich heute weder die Rechtsetzungslehre, weil es nicht um den Erlass von Rechtsätzen geht, noch die klassische Methodik, weil keine Auslegungsfragen voranstehen.

3. – Die juristische Methodik bildet – entgegen dem Anschein, den klassische Monographien der Methodenlehre und der Rechtstheorie vermitteln – nicht ein verfassungsfernes und politikfreies Lehrgebäude der Wissenschaft, sondern ist gleichsam an der Verfassung aufgehängt. Diese bestimmt über die Befugnisse von Gesetzgeber, Exekutive und Justiz, Recht zu setzen und Recht anzuwen- den, nicht eine herrschende Methodenlehre. Methodenfragen im gewaltenglied- rigen Rechtsstaat sind in erster Linie Macht- und Verfassungsfragen.⁴⁴ Diese Einsicht ist freilich noch spärlich verbreitet, obwohl sie bereits von F.C. von Sa- vigny vertreten wurde.⁴⁵ Giovanni Biaggini und Jörg Paul Müller sind aber be- deutende weiterführende Einsichten zu verdanken.⁴⁶ Dass die juristische Metho- dik eine politische Komponente, ja eine Machtdimension aufweist, ist angesichts der Entscheidungsanteile der rechtsanwendenden Organe offenkun-

42 In Deutschland hat sich eine Disziplin der Rechtspolitologie herausgebildet, die sich aus politik- wissenschaftlicher Optik mit dem Recht befasst; vgl. etwa AXEL GÖRLITZ und RÜDIGER VOIGT, *Rechtspolitologie*, Opladen 1985; RÜDIGER VOIGT (Fn. 1).

43 Vgl. etwa die Darstellung von HANS GEORG NUSSBAUM, *Rahmenbedingungen der Verord- nungsgebung: rechtliche Grundlagen und Funktionen von Verordnungen*, in: *LeGes 2003/1*, S. 9 ff.; *Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes*, 3., nachgeführte Auflage, Bern 2007.

44 RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik* (Fn. 2), S. 181 ff.; DERSELBE, *Schlusswort* (Fn. 23), S. 94 f.; BERND RÜTHERS, *Rechtstheorie*, 2. Aufl., München 2005, Rz. 649.

45 Vgl. den Nachweis bei RÜTHERS (Fn. 44), Rz. 701.

46 GIOVANNI BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht*, Basel/Frankfurt a.M. 1991; DERSELBE, *Metho- dik in der Rechtsanwendung*, in: Peters/Schefer (Hrsg.), *Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts*, Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow, Bern 2004, S. 39 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, *Juristische Methodenlehre in der rechtsstaatlichen Demokratie*, in: Peters/Schefer (Hrsg.), *Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts*, Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow, Bern 2004, S. 53 ff.

dig.⁴⁷ Die Verfassungsbezogenheit aller Methodik kann eine Brücke bilden zur Rechtsetzungslehre, ebenso die Erkenntnis, dass Rechtsetzung wie Rechtsanwendung Wissenschaft und Kunst⁴⁸ verbindet.

II. Appell an die Rechtspraxis

Wenn das Recht Funktionen für die Politik auszuüben hat, so sind ganz besonders auch wir Juristen und Juristinnen angesprochen:

Wir haben aktiv dazu beizutragen, dass sich Politik nicht im rechtsfreien Raum bewegt, im blanken Dezisionismus. Dass neue politische Gehalte lege artis in «stehendes» Recht eingebettet werden. Dass bei Rechtsetzung und Rechtsanwendung die obersten *Rechtswerte*, die Grundgehalte der Verfassung, ungeachtet tagespolitischer und populistischer Strömungen, beachtet werden.

Wir haben auch immer wieder auf die vorne erwähnte *Doppelrolle* der im Rechtsverwirklichungsprozess engagierten Instanzen als «gehorsame» Rechtsanwender und «kreative» Rechtschöpfer hinzuweisen. Rechtsetzung, auch wenn sie im Rahmen der Rechtsanwendung erfolgt, bedarf aber der Offenlegung und Legitimation. Damit verbunden ist die Forderung, die Funktion des Rechts für die *Gestaltung* des Rechtsverwirklichungsprozesses zu stärken.

Ist es nicht primär an uns Juristen und Juristinnen, auf der Einhaltung rechtsstaatlicher und demokratischer Regeln zu beharren, notfalls auch den Mahnfinger zu erheben, wenn diese Werte aus reinem Nützlichkeitsdenken heraus übergangen zu werden drohen? Muss es nicht *unsere* Pflicht sein, als Vorbilder das «Recht zu pflegen», wie es GEORG MÜLLER kürzlich treffend gefordert hat?⁴⁹ Ist es nicht mehr als bedenklich, wenn ausgerechnet der Justizminister unseres Landes⁵⁰ gerade diese Vorbildfunktion nicht wahrnehmen kann oder will?

JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, der Zürcher Staatsrechtler aus der Mitte des 19. Jahrhunderts, schrieb in seiner Lehre vom modernen Staat bereits 1878, keine Politik dürfe verfassungs- und gesetzwidrig sein. Und er hielt fest: «Wenn ... die Politik auf dem festen Boden des Rechts fortschreitet, so kommt ihr auch die heilige Autorität des Rechts zustatten.»⁵¹ Auch wenn diese Autorität heute keine heilige mehr sein kann, so bleibt die unverlierbare Erkenntnis, dass sie unabdingbare Voraussetzung für Rechtsstaatlichkeit und Demokratie bildet.

⁴⁷ So schon RYFFEL, *Recht und Politik* (Fn. 1), S. 473 f.; RÜTHERS (Fn. 44), S. 647, spricht von der «Illusion der unpolitischen Rechtsanwendung».

⁴⁸ Auf den «Kunstcharakter» der juristischen Interpretation hat eindringlich JÖRG PAUL MÜLLER hingewiesen, *Methodenlehre* (Fn. 46), S. 61 ff., mit weiteren Hinweisen.

⁴⁹ GEORG MÜLLER, *Elemente* (Fn. 22).

⁵⁰ Im Amt 2003–2007.

⁵¹ JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, *Lehre vom modernen Staat*, Bd. 3, Stuttgart 1878, zit. nach dem Nachdruck Aalen 1965, S. 23 f.

Zusammenfassung

Recht und Politik sind in der rechtsstaatlichen Demokratie nicht als getrennte Sphären denkbar: Keine Politik ohne Recht und kein Recht ohne Politik. Das Recht streift seine politische Herkunft nicht ab, sondern ist (auch) politisch. Das (Verfassungs-) Recht erfüllt essentielle Funktionen für die Politik: Konstituierung und Begrenzung von Staatsmacht, Massgeblichkeit grundlegender Werte, Stabilisierung der gesellschaftlichen Ordnung, Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit, Gestaltung und Steuerung, Integration und Legitimation.

Rechtsetzung und Rechtsanwendung fließen insofern ineinander über, als jede Schöpfung neuen Rechts bereits bestehendes, anzuwendendes Recht vorfindet. Rechtsetzung ist somit immer auch Rechtsanwendung. Rechtsverwirklichung erweist sich so als gestufter, auch politischer Prozess der Rechtsetzung und Rechtsanwendung. Verwaltung und Justiz handeln insofern politisch, als sie die gesetzlichen Spielräume, im Sinne der Absichten des Gesetzgebers, aber in eigener Verantwortung zu konkretisieren haben. Alle Anwendung von Rechtsnormen ist im Rahmen ursprünglicher politischer Festlegungen politische Gestaltung.

Inhalt und Anwendungsbereich der juristischen Methodik sind zu erweitern: Eine juristische Regelungstheorie muss Funktionen und Leistungsgrenzen, Gemeinsamkeiten und Unterschiede aller Formen und Verfahren juristischer Entscheidungen einschliessen und dem Zusammenspiel von Recht und Politik gerecht werden. Methodenfragen sind in erster Linie Macht- und Verfassungsfragen. Sie bilden die Brücke zwischen Recht und Politik, Rechtsetzung und Rechtsanwendung sowie Rechtsetzungsmethodik und Rechtsanwendungsmethodik.

Résumé

Dans la démocratie conforme aux fondateurs principes de l'État de droit, droit et politique ne sont pas pensables comme sphères séparées: pas de politique sans droit et pas de droit sans politique. Le droit ne s'écarte pas de son origine politique mais est (aussi) politique. Le droit (constitutionnel) remplit des fonctions essentielles pour la politique: constitution et limitation de la puissance étatique, déterminisme de valeurs fondamentales, stabilisation de l'ordre sociétal, prévisibilité et calculabilité de valeurs fondamentales, aménagement et conduite, intégration et légitimation. Légifération et application du droit débordent l'une dans l'autre dans la mesure où toute création de nouveau droit rencontre du droit déjà applicable. La légifération est dès lors toujours également de l'application du droit. La réalisation du droit s'avère ainsi comme étant un processus échelonné, également politique, de légifération et d'application du droit. Administration et justice agissent politiquement dans la mesure où elles doivent concrétiser les latitudes légales dans le sens des intentions du législateur, mais sous leur propre responsabilité. Toute application de normes juridiques constitue un aménagement politique dans le cadre de constata-tions politiques à l'origine.

Le contenu et le champ d'application de la méthodique juridique doivent être élargis: une théorie de la régulation juridique doit inclure les fonctions et les limites de prestations, les analogies et les différences de toutes les formes et procédures des décisions juridiques et tenir compte de l'interaction entre droit et politique. Les questions de méthodes sont en premier lieu des questions de pouvoir et de constitution. Elles constituent le pont entre droit et politique, entre légifération et application du droit, ainsi qu'entre méthodique de légifération et métho-dique d'application du droit.