



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2015

**Der Richter zwischen ›Polis‹ und ›Kosmo(poli)s‹ – Zugleich ein Gedankenspiel zu
Nutzen und Gefahren juristischer Metaphorik**

Biaggini, Giovanni

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-113785>
Book Section

Originally published at:

Biaggini, Giovanni (2015). Der Richter zwischen ›Polis‹ und ›Kosmo(poli)s‹ – Zugleich ein Gedankenspiel zu Nutzen und Gefahren juristischer Metaphorik. In: Biaggini, Giovanni; et al. Polis und Kosmopolis, Festschrift für Daniel Thürer. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag, 33-41.

BIAGGINI / DIGGELMANN / KAUFMANN (HRSG.)

Polis und Kosmopolis

Festschrift für Daniel Thürer



Giovanni Biaggini
Oliver Diggelmann
Christine Kaufmann
(Herausgeber)

Polis und Kosmopolis

Festschrift für Daniel Thürer



ISBN 978-3-03751-727-7 (Dike Verlag Zürich/St. Gallen)

ISBN 978-3-8487-2530-4 (Nomos Verlag, Baden-Baden)

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek.

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2015

Inhalt

Zum Geleit.....	IX
<i>Michael Ambühl</i> Die kosmopolitische Konfliktlösung und die nukleare Abrüstung	1
<i>Romedi Arquint</i> Daniel Thürer – der Citoyen	13
<i>Wolfgang Benedek</i> Die Relevanz der lokalen Ebene für die Umsetzung der universellen Menschenrechte	17
<i>Giovanni Biaggini</i> Der Richter zwischen ›Polis‹ und ›Kosmo(poli)s‹ – Zugleich ein Gedankenspiel zu Nutzen und Gefahren juristischer Metaphorik	33
<i>Michael Bothe</i> Neue Formen bewaffneter Konflikte – neue Strukturen der internationalen Ordnung?	43
<i>François Bugnion</i> De la précarité à la pérennité: les premiers pas hésitants du Comité international de la Croix-Rouge	55
<i>Thomas Burri</i> Völkerrecht, Unendlicher Spass	65
<i>Lucius Caflisch/Daniel Rietiker</i> Hoheitliche Tätigkeit und internationaler Schutz der Menschenrechte: Der Fall Catan gegen die Republik Moldau und die Russische Föderation	71
<i>Andrew Clapham</i> Internment and Arbitrary Detention	87

<i>Thomas Cottier</i>	
Gedanken zur Fragmentierung und Kohärenz des Völkerrechts	93
<i>Jost Delbrück</i>	
Überlegungen zur Legitimation der Ausübung von hoheitlicher Gewalt jenseits des Staates	103
<i>Oliver Diggelmann</i>	
Völkerrecht und globale Erinnerungskultur	115
<i>Jens Drolshammer</i>	
»International Law is What International Lawyers Do«	127
<i>Bernhard Ehrenzeller</i>	
»Nur eine Fremdsprache in der Primarschule«	137
<i>Bardo Fassbender</i>	
Die Schweiz und Deutschland als »offene Bundesstaaten«: Zur schwindenden Bedeutung der Völkerrechtssubjektivität der Kantone und Länder	149
<i>Thomas Fleiner</i>	
Multikulturalismus und Staatsverständnis	165
<i>Jochen Abr. Frowein</i>	
Can the Margin Lead to Discriminating Results?	177
<i>Anna Gamper</i>	
Weltkulturerbe Verfassung	183
<i>Hans-Peter Gasser</i>	
Kann Völkerrecht eine befriedigende Antwort auf eine unvorhergesehene Entwicklung geben? – Der Israel/Palästina Konflikt als Beispiel	193
<i>Peter Häberle</i>	
Das neue Grundgesetz Ungarns (2012) – Keine »kosmopolitische« Verfassung	203

<i>Kay Hailbronner</i>	
Gerechtigkeit bei der Aufnahme von Flüchtlingen im Europäischen Asylsystem	211
<i>Lauri Hannikainen</i>	
To Be a Member of an International Human Rights Organ – What Is it Like?	225
<i>Andreas Heinemann</i>	
Korrekturen am Ordnungsrahmen für die globalisierte Wirtschaft	237
<i>Maya Hertig Randall</i>	
Les droits des Roms en situation précaire: un ›test case‹ de la citoyenneté européenne	247
<i>Hilmar Hoch</i>	
Der liechtensteinische Staatsgerichtshof und Daniel Thürers Beitrag zu dessen Rechtsprechung und Selbstverständnis	257
<i>Rainer Hofmann</i>	
The Corte Costituzionale, the International Court of Justice and the Law of State Immunity: A New Chapter of a Long Story	273
<i>Michel Hottelier</i>	
Une garantie dense et évolutive: l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants	289
<i>Peter M. Huber</i>	
Grundrechtsschutz in Europa – Vermehrung, Verunsicherung, Kohärenz	305
<i>Tobias Jaag</i>	
Die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union nach dem 9. Februar 2014	323
<i>Christine Kaddous</i>	
Reflections on the Changes in the European Union's Common Commercial Policy	335

<i>Walter Kälin</i>	
Zugang für humanitäre Hilfe und territoriale Souveränität: Ein Widerspruch?	351
<i>Wolfram Karl</i>	
Terrorismus, Krieg, Menschenrechte – zwei beiläufige Gedanken zum europäischen Notstandsrecht	359
<i>Christine Kaufmann</i>	
Whose Law Is It Anyway? – Taking Multistakeholderism Seriously	375
<i>Zdzisław Kedzia</i>	
Human Rights and Democracy – A Linkage within the United Nations	385
<i>Andreas Kellerhals</i>	
Schweiz - EU: Von den Bilateralen zum Binnenmarktvertrag?	399
<i>Eckart Klein</i>	
Globalisation and International Law	409
<i>Andreas Kley</i>	
Das russische Reich im 19. Jahrhundert – mehr als eine »Sister Republic« der Schweiz?	423
<i>Markus Kotzur</i>	
Weltbürgertum – eine (positive) Utopie?	435
<i>Georg Kreis</i>	
Nachdenken über die Volksinitiative und deren Reformierbarkeit	449
<i>Jürg Lindenmann/Matthias Lanz</i>	
Gewaltverbot 2.0: Das Verbrechen der Aggression und der Sicherheitsrat	463
<i>Giorgio Malinverni</i>	
Les principes internationaux relatifs à une bonne administration de la justice	473

<i>Daniel Moeckli</i>	
Das Klima als globales öffentliches Gut	485
<i>Jörg Paul Müller</i>	
Ein neuer Blick auf die Republik	497
<i>Rein Müllerson</i>	
Geopolitics versus International Law: the Case of Ukraine	513
<i>Hanspeter Neuhold</i>	
Self-Determination of Peoples after the Cold War: Macedonia and the Involvement of the International Community	529
<i>Peter Nobel</i>	
Polis und Kosmopolis	545
<i>Georg Nolte</i>	
Strukturwandel der internationalen Beziehungen und Völkerrechtspolitik	557
<i>Theo Öhlinger</i>	
Die Rolle des Richters im postmodernen Verfassungsgefüge	565
<i>Ingolf Pernice</i>	
»Völkerrecht des Netzes« – Konstitutionelle Elemente eines globalen Rechtsrahmens für das Internet	575
<i>Anne Peters</i>	
Drei Versionen der Verhältnismässigkeit im Völkerrecht	589
<i>Anne Petitpierre-Sauvain</i>	
Human Rights and Natural Resources: an Ambiguous Relationship	605
<i>Jacques Picard</i>	
Der Schutz der Minderheiten in historischer Perspektive: Paul Guggenheim und Zaccaria Giacometti	617

<i>Johannes Reich</i>	Verhaltensökonomische Revolution im europäischen und nationalen Verwaltungsrecht? – Potenziale und Grenzen des »Nudging«	627
<i>René Rhinow</i>	Vielfalt und Wandel von Minderheiten – eine Herausforderung auch für die Schweiz	639
<i>Nigel Rodley</i>	The Limits of Monism, the Promise of Universality: the Hissène Habré Case	647
<i>Yves Sandoz</i>	Politics and Humanitarian Law: the Worm in the Fruit?	663
<i>Marco Sassòli</i>	The Convergence of the International Humanitarian Law of Non-International and International Armed Conflicts – The Dark Side of a Good Idea	679
<i>Urs Saxer</i>	Staaten als Grundeinheiten des internationalen Systems	691
<i>Edzard Schmidt-Jortzig</i>	Politik und Ethik	701
<i>Paul Seger</i>	Let the Sunshine In: Five Small States on a Mission to a More Transparent United Nations Security Council	709
<i>Bruno Simma</i>	»Ja, aber«: Der International Gerichtshof und das zwingende Völkerrecht (<i>ius cogens</i>)	721
<i>Jakob Tanner</i>	Refeudalisierung, Neofeudalismus, Geldaristokratie. Die Wiederkehr des Vergangenen als Farce?	733

<i>Christian Tomuschat</i>	
»Rien ne va plus«? Syrien als Herausforderung für die internationale Gemeinschaft	749
<i>Wolfgang Graf Vitzthum</i>	
Befindlichkeiten im Völkerrecht – Das Beispiel des Russland-Ukraine-Konfliktes	765
<i>Rolf H. Weber</i>	
New ›Cosmopolitically‹ Founded Concepts for the Cyberworld	779
<i>Roger de Weck</i>	
Dem Vertrauen vertrauen	787
<i>Erika de Wet</i>	
Developing a Doctrine on the Status of International Judgements within the South African Legal Order	793
<i>Luizius Wildhaber</i>	
Québec, Schottland, Katalonien – Gedanken zu Sezessionen in Demokratien	803
<i>Rüdiger Wolfrum</i>	
Some Reflections on the Making of International Law	815
<i>Valentin Zellweger/Roland Portmann</i>	
Das Völkerrecht im Zeitalter der Globalisierung – Erfahrungen aus der schweizerischen Praxis	827
Publikationen von Daniel Thürer.....	839
Autorinnen und Autoren	889

Der Richter zwischen ›Polis‹ und ›Kosmo(poli)s‹ – Zugleich ein Gedankenspiel zu Nutzen und Gefahren juristischer Metaphorik

Giovanni Biaggini

Wir leben in einer komplexen Welt – auch juristisch gesehen. Das Phänomen der Europäisierung, Internationalisierung und Globalisierung des Rechts schafft neue Herausforderungen für Rechtspraxis und Rechtswissenschaft. Ein bewährtes und beliebtes Mittel im Umgang mit Komplexität in rechtlichen Angelegenheiten ist die Verwendung von Sprachbildern, die eine Problemstellung veranschaulichen und oft auch gleich einen Lösungsweg andeuten, vielleicht sogar nahelegen. Metaphorische Umschreibungen können sehr hilfreich sein, sie stossen aber regelmässig rasch an (Leistungs-)Grenzen und haben mitunter ihre Tücken. Ein vorsichtig-kritischer Gebrauch ist daher ratsam.

Leistungsgrenzen werden beispielsweise sichtbar, wenn man das von Fritz Fleiner in seinen »Institutionen« (1911) verwendete einprägsame Bild »Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schiessen.«¹ einer näheren Betrachtung unterzieht. Der sprichwörtlich gewordene Satz thematisiert auf sehr anschauliche Weise das Problem der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns. Für den Rechtsanwender in Verwaltung und Justiz ist das Problem allerdings nur scheinbar gelöst. Denn für ihn wird sich über kurz oder lang die Frage stellen: Womit sonst darf die Polizei auf Spatzen schiessen? Mit Pistolen? Oder soll man (wie David gegen Goliath) zur Steinschleuder greifen? Dürfen es (Gift-)Pfeile sein? Und wäre nicht am Ende eine Kanone Baujahr 1911 für die Spatzen weniger gefährlich als jede der genannten Alternativen? Dem Rechtsanwender in Verwaltung und Justiz ist mit dem eingängigen Bild von den »Kanonen« und den »Spatzen« nicht wirklich geholfen. Fritz Fleiner dürfte

¹ Fritz Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 1. Aufl., Tübingen 1911, S. 323 (8. Aufl., Tübingen 1928, S. 404). – Dazu Thomas Henne, »Mit Kanonen auf Spatzen schiessen.« Ein Beitrag Fritz Fleinners zur deutschen Juristensprache, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2002, S. 1094 ff.

sich dessen sehr wohl bewusst gewesen sein und das Ganze eher spielerisch gesehen haben.²

Heikler ist es, wenn bildhafte Umschreibungen rechtlicher Phänomene derart in das juristische Vokabular eindringen, dass sie nicht mehr ohne weiteres als solche wahrgenommen werden und eine Eigendynamik, ja suggestive Wirkungen zu entfalten beginnen. Diese Gefahr birgt etwa das Bild der »Ebene« beziehungsweise die Vorstellung mehrerer übereinander liegender (rechtlicher, institutioneller usw.) »Ebenen«.

Problematische »Mehrebenen«-Metapher

Der Begriff des »Mehrebenensystems« kommt heute im Zusammenhang mit dem europäischen Integrationsprozess fast routinemässig zum Einsatz, um das Nebeneinander der nationalen und der supranationalen (unionalen) Ebene, je nach Kontext auch der regionalen (lokalen) Ebene oder internationalen (globalen) Ebene, zu erfassen. Dabei wird leicht übersehen, dass das Bild von den »Ebenen« ambivalent und unter verschiedenen Aspekten problematisch ist. Dies hat nicht zuletzt damit zu tun, dass Juristen erfahrungsgemäss dazu neigen, sich Ebenen als parallel und horizontal angeordnet vorzustellen. Für eine »schiefe« Ebene hat es im »Mehrebenen«-Bild keinen Platz. Auch droht in diesem Bild das Verbindende zu kurz zu kommen, zumal parallele Ebenen einander nicht schneiden (bzw. erst im Unendlichen). Zudem legt die vorgestellte horizontal-parallele Anordnung es nahe, die Abfolge der Ebenen als Ausdruck einer hierarchischen Ordnung zu sehen. Aus Sicht der Geometrie ist dieses verbreitete juristische »Ebenen«-(Vor-)Verständnis weder zwingend noch der Normalfall.

Dies soll nicht heissen, dass die »Mehrebenen«-Metapher nicht auch nützliche Dienste leisten kann. So mag das Bild etwa passen, wenn es gilt, bestimmte Aspekte der Rechtsetzungsfunktion zu veranschaulichen, beispielsweise die abgestufte Gesetzgebung, wie sie in einem Bundesstaat oder in der Europäischen Union anzutreffen ist, oder wenn es darum

² Dass Fritz Fleiner eine spielerisch-verspielte Seite hatte, zeigt ein Eintrag im Sachregister seines »Schweizerischen Bundesstaatsrechts« (Tübingen 1923): Zwischen den Stichworten »Jagd« und »Jesuiten« findet sich der Eintrag »Jass, Nationalspiel s. Bundesrat, Bundesversammlung, General, Militär« (a.a.O., S. 799). In der Neubearbeitung von Zaccaria Giacometti (Zürich 1949) fehlt das Stichwort »Jass«. (Auf den erwähnten Eintrag hat mich Benjamin Schindler, St. Gallen, aufmerksam gemacht, was hier bestens verdankt sei.)

geht, das Zusammenwirken der Akteure aus einer mehr politikwissenschaftlichen Perspektive zu betrachten. Zu lösen bleibt allerdings das Rätsel, wie diejenigen politischen Akteure, die sowohl auf der nationalen Ebene als auch auf der supra- oder internationalen Ebene Aufgaben zu erfüllen haben, von der einen auf die andere Ebene gelangen können.

Dieses (Schein-)Problem lässt sich vermeiden, indem man anstelle der ›Ebenen‹-Metapher das Bild eines mehrstöckigen Gebäudes verwendet, dessen Etagen mittels Treppen oder Lift verbunden sind. Mit dem Bild eines Gebäudes operiert auch das namentlich von Thomas Cottier verfochtene *five storey house*-Konzept, das eine moderne Fundierung des Konstitutionalismus im Zeitalter der Internationalisierung und Globalisierung zum Ziel hat.³ Ein bedeutender Vorzug dieses Konzepts ist es, die Leitvorstellung des Gebäudes dahingehend zu präzisieren, dass es sich um ein *fünfstöckiges* Haus handelt. Damit wird deutlich gemacht, dass es oberhalb der wohlvertrauten drei ersten ›Etagen‹ – im Fall der Schweiz: die kommunale, die kantonale und die eidgenössische Verfassungsebene – nicht nur eine vierte ›Etage‹ gibt, nämlich den europäischen Rechtsrahmen, sondern auch eine davon abzugrenzende fünfte ›Etage‹ in Gestalt des werdenden globalen Rechtsrahmens, heute vor allem geprägt durch weltumspannende Internationale Organisationen wirtschaftlicher Ausrichtung (wie die WTO).

Wie die ›Ebenen‹-Metaphorik stösst allerdings auch die ›Etagen‹-Metaphorik an Grenzen. Denn für bestimmte Akteure gehört es zum Alltag, sich auf zwei (oder mehr) ›Ebenen‹ oder ›Etagen‹ *gleichzeitig* zu bewegen (z.B. Tätigwerden nationaler Ressortminister auf dem europäischen oder globalen ›Parkett‹). Im ›Mehrebenen‹-Bild findet sich für diesen Vorgang kein passender Platz, oder aber es müsste ein Fall von Bilkation angenommen werden (ein Phänomen, das laut ›Duden‹ sonst vor allem aus Heiligenlegenden bekannt ist). Besser passen dürfte hier, obgleich etwas altväterisch anmutend, das Bild vom Politiker, der zwei oder gar drei Hüte zugleich aufhat (allerdings: wer trägt heute noch Hut?). Das Tragen mehrerer Hüte mag zwar schwierig sein, ist jedoch nicht unmöglich, und wer sich geschickt anstellt, schafft es vielleicht sogar, die

³ Siehe z.B. Thomas Cottier, Einleitung und Synthese, in: ders. et al., Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern 2001, S. 1 ff., 30; vgl. auch ders./Maya Hertig Randall, The Prospects of 21st Century Constitutionalism, in: Armin von Bogdandy/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 7, 2003, S. 261 ff., 299 ff.

Hüte in der Weise über- respektive untereinander aufzusetzen, dass nur einer zu sehen ist.⁴

Ein grundlegendes Problem kommt hinzu. So einprägsam und für bestimmte Zwecke hilfreich das ›Mehrebenen‹-Bild ist: Es erzeugt unweigerlich eine bestimmte Vorstellung davon, was ›unten‹ ist beziehungsweise dorthin gehört (das Lokale, Nationale) und was ›oben‹ ist beziehungsweise dorthin gehört (das Internationale, Globale). Die geläufige Unterscheidung von ›unten‹ und ›oben‹ verbindet sich – im Alltagsleben wie in der Denkwelt der Juristen – typischerweise mit der Vorstellung einer Rangordnung und einer bevorzugten Position darin. Kurz und bündig gesagt: ›oben‹ zu sein, ist besser. Das ›Ebenen‹- respektive ›Etagen‹-Bild ist somit alles andere als neutral. Zudem vermag es Standort und Aufgabe des Richters im Prozess der Rechtsverwirklichung nur unzureichend zu erfassen.

Der Standort des Richters in einer komplexen Rechtswelt

Ausgehend vom ›Mehrebenen‹-Modell gehören internationale Gerichtshöfe wie der EGMR und supranationale Gerichtshöfe wie der EuGH zur europäischen Ebene (bzw. zur vierten ›Etagē‹). Ihre zentrale Aufgabe ist die Auslegung und Wahrung des jeweils einschlägigen europäischen Rechts (EMRK bzw. EU-Recht). Anders als es das ›Ebenen‹-Bild nahelegt, können diese europäischen Instanzen dabei allerdings nicht umhin, bei Bedarf auch landesrechtliche Normen (deren Geltungsgrund nicht auf der vierten ›Etagē‹ oder ›Ebene‹ liegt) heranzuziehen und auszulegen, d.h. sie müssen sich, bildhaft gesprochen, bei der Lösung eines Falls auf den entsprechenden unteren ›Ebenen‹ beziehungsweise ›Etagen‹ umsehen.

Noch ausgeprägter ist dieses Phänomen im Fall des schweizerischen Bundesgerichts, welches als oberste nationale Instanz der dritten Ebene oder ›Etagē‹ zugehört. Seine Hauptaufgabe ist die Auslegung und Wahrung des Bundesrechts und des für die Schweiz verbindlichen Völkerrechts (Art. 189 Abs. 1 Bst. a und b BV). Zugleich hat es auf Beschwerde hin auch gegen die Verletzung von interkantonaem Recht, von kantona-

⁴ Das Phänomen der Mehrfachrolle und die Gefahr des ›Doppelspiels‹ kennt man auch im kooperativen Föderalismus schweizerischer Prägung. Vgl. Giovanni Biaggini, Über Rollenfragen und Departementalisierungsgefahren in der interkantonalen Zusammenarbeit, in: Markus Rüssli et al. (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 159 ff.

len verfassungsmässigen Rechten, von kantonalen (und kommunalen) Bestimmungen über die politischen Rechte sowie der Gemeindeautonomie und vergleichbarer kantonalen Garantien einzuschreiten (Art. 189 Abs. 1 Bst. c–f BV). Das Bundesgericht blickt mit anderen Worten nicht nur herab von seiner bundesrechtlichen »(Bel-)Etag«e, vielmehr begibt es sich, je nach Fallkonstellation, auch auf andere Ebenen. Dabei kann es mitunter zu überraschenden Ergebnissen kommen, so etwa geschehen, als sich das Bundesgericht im Jahr 1990 auf den Boden des Appenzeller Rechts begab: Die Innerrhoder Männer mussten sich sagen lassen, dass sie die Tragweite des Begriffs »Landleute« in Art. 16 der eigenen Verfassung über Jahre hinweg verkannt hätten.⁵ Aus der Lausanner Perspektive hatte man hierbei wohl nicht nur Appenzell und die Landsgemeinde im Blickfeld, sondern auch »Bundesbern«, wo sich die politischen Behörden ungeachtet der stossenden Benachteiligung der Appenzeller Frauen jahrelang nicht zu einem Einschreiten des Bundes hatten auffaffen können.

Standort und Perspektiven des erstinstanzlichen Richters sind wiederum andere. Die zuvor genannten Instanzen befassen sich vor allem mit Rechtsfragen. Der erstinstanzliche Richter steht dagegen mit beiden Füüssen auf dem Boden der Tatsachen und ausserdem auf dem Boden seiner »Polis«, der er durch Herkunft, Einsetzung usw. verbunden ist. Wenn er sich auf die Suche nach den massgeblichen Rechtsvorschriften macht, weiss er allerdings genau, dass die Welt des Rechts nicht an den Grenzen seiner »Polis« endet. Ganz selbstverständlich zieht er das übergeordnete Landesrecht heran und ebenso selbstverständlich nimmt er die europäische Rechtssphäre und die universell-menschenrechtliche Sphäre⁶, die sich darüber wölben, mit in den Blick. Ein ganzer »Kosmos« von Normen bestimmt somit seine richterliche Tätigkeit. Bei Ausübung seiner Rechtsprechungsaufgabe sieht er sich »Polis« und »Kosmos«, *urbi* und *orbi* verpflichtet. Da der Richter dabei nicht selten auf gegensätzliche,

⁵ BGE 116 Ia 359, 381: Der Begriff »Landleute« könne, so das Bundesgericht, »so verstanden werden, dass er auch die Bürgerinnen einschliesst, umfasst doch die Bezeichnung »Leute« im gewöhnlichen Sprachgebrauch Männer und Frauen.« – Aus methodischer Sicht kritisch Giovanni Biaggini, Die Einführung des Frauenstimmrechts im Kanton Appenzell I.Rh. kraft bundesgerichtlicher Verfassungsverinterpretation, recht 1992, S. 65 ff.

⁶ Vgl. Daniel Thürer, Menschenrechtsschutz auf der universellen und europäischen Ebene, in: Marcel Senn et al. (Hrsg.), Recht und Globalisierung, Stuttgart 2010, S. 27 ff.

mitunter gar auf widersprüchliche Vorgaben trifft, ist er um seine Aufgabe nicht zu beneiden.

Gegen starre Rangregeln

Angesichts vielfach komplexer Sach- und Rechtslagen verwundert es nicht, dass sich Gerichte mit streng hierarchischen Denkmustern und starren (Vor-)Rangregeln – wie sie von der »Mehrebenen«-Metaphorik nahegelegt werden – eher schwer tun. Exemplarisch dafür ist die mäandrierende Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zum Verhältnis Völkerrecht–Bundesgesetz. Über längere Zeit liess die höchstrichterliche Praxis die völkerrechtliche Norm vorgehen, später die jeweils jüngere Norm (BGE 59 II 331, Steenworden), um alsdann die Rangfrage offenzulassen und der Konfliktlösung mittels völkerrechtskonformer Auslegung das Wort zu reden (BGE 94 I 669, Frigerio). Im vielzitierten, aber genauer besehen singular gebliebenen Urteil Schubert aus dem Jahr 1973 (BGE 99 Ib 39) akzeptierte dann das Bundesgericht eine vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommene Verletzung eines (bilateralen) Staatsvertrags und erklärte die landesrechtliche Regelung für massgeblich. In der Folge nahm das Bundesgericht eine betont völkerrechtsfreundliche Haltung ein (BGE 125 II 417, PKK; BGE 139 I 16, Thurgauer Migrationsamt), ohne aber die Schubert-Praxis förmlich zu widerrufen.⁷

Es dürfte kein Zufall sein, dass sich auch der schweizerische Bundesverfassungsgeber bei der Regelung von (Vor-)Rangfragen auf Formulierungen festgelegt hat, die es der Rechtsanwendungspraxis erlauben, eine gewisse Flexibilität walten zu lassen. So hat sich der Bundesverfassungsgeber beim föderalistischen Thema »Vorrang des Bundesrechts« – entgegen früheren Plänen – nicht für die traditionsreiche, aber starre Formel »Bundesrecht bricht kantonales Recht«⁸ entschieden, sondern für die geschmeidigere Wendung »Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor.« (Art. 49 Abs. 1 BV) Noch geschmeidiger ausgefallen ist die Verfassungsbestimmung über die Stellung des Völkerrechts

⁷ Stefan Schürer, Hat die PKK-Rechtsprechung die Schubert-Praxis relativiert?, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 2015, S. 115 ff.

⁸ So der Titel der Zürcher Dissertation von Max Imboden (1940), wortwörtlich aufgegriffen im Vernehmlassungsentwurf von 1995 (Art. 35 Abs. 1 VE 95). Vgl. auch Art. 31 des deutschen Grundgesetzes: »Bundesrecht bricht Landesrecht.«

in der nationalen Rechtsordnung: »Bund und Kantone beachten das Völkerrecht.« (Art. 5 Abs. 4 BV) Diese Norm will, so die bundesrätliche Botschaft zur neuen Bundesverfassung, »alle staatlichen Organe zur Beachtung des Völkerrechts« verpflichten, »ohne selbst eine eigentliche Kollisionsnorm aufzustellen«. ⁹ Die kurz vor Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung etablierte »kosmopolitische« PKK-Praxis findet in dieser Formel Platz, aber auch ein Wiederaufgreifen der »polis-orientierten Schubert-Rechtsprechung wird durch Art. 5 Abs. 4 BV nicht ausgeschlossen. ¹⁰

Die bisherigen Erfahrungen mit dieser regulatorischen Zurückhaltung und Flexibilität in (Vor-)Rangfragen sind überwiegend positiv. Auch dies ist kein Zufall. Die juristische Methodenlehre hat herausgearbeitet, dass der Richter mit seiner Nähe zur konkret relevanten Lebenswirklichkeit eine Problemsicht besitzt, die es erlaubt, in schwierigen Normkollisionsfällen sachgerechtere Lösungen zu finden, als sie die eher abstrakte, problemferne *ex ante*-Sicht der verfassungs(gesetz)gebenden Organe hervorzubringen vermag. Eine starre Hierarchisierung im Verhältnis Völkerrecht–Landesrecht ist daher nicht zweckdienlich. ¹¹ Schon allein aus diesem Grund problematisch ist die im Sammelstadium befindliche Volksinitiative »Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)« ¹², die in Art. 5 BV apodiktisch festschreiben will, dass die Bundesverfassung »die oberste Rechtsquelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft« sei, dass sie »über dem Völkerrecht« stehe und diesem »vor[gehe], unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts«. ¹³ Es ist zu hoffen, dass die Schweizer Stimmberechtigten,

⁹ Botschaft vom 20. November 1996, Bundesblatt 1997 I 1 ff., 135.

¹⁰ Dies war jedenfalls die vorherrschende Auffassung in den eidgenössischen Räten. Vgl. Amtliches Bulletin 1998, Separatdruck »Reform der Bundesverfassung«, Ständerat, S. 29 (Inderkum, Berichterstatter der Verfassungskommission), Nationalrat, S. 145 (Schmid, Berichterstatter der Verfassungskommission).

¹¹ Vgl. auch Tobias Tschumi/Benjamin Schindler, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 5, N. 95 ff.

¹² Text in: Bundesblatt 2015 1965, 1968. – Zu Recht kritisch zu diesem Vorhaben Jörg Paul Müller/Daniel Thürer, Landesrecht vor Völkerrecht? Grenzen einer Systemänderung, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2015/I, S. 3 ff.

¹³ Da Widersprüche im Verhältnis Bundesverfassung–EMRK bereits heute bestehen (z.B. Art. 72 Abs. 3 BV, Minarettbauverbot) und eine »Anpassung« der EMRK-Verpflichtungen »an die Vorgaben der Bundesverfassung« (so der vorgeschlagene Art. 56a Abs. 2 BV) schwer vorstellbar ist, dürfte im Fall einer An-

so sie in dieser Sache dereinst an die Urne gerufen werden, dem verlockenden Sirenengesang der Befürworter von starren – aber nur scheinbar klaren und einfachen – Rangregeln zu widerstehen vermögen.¹⁴

Juristische ›Sphärenmusik‹ – nicht immer harmonisch

Wenn die problematische ›Mehrebenen‹-Metaphorik die Situation des richterlichen Rechtsanwenders nur unzureichend erfasst: Welche andere bildhafte Beschreibung könnte sich als Alternative anbieten? Vorhin war, eher beiläufig, die Rede von der ›universell-menschenrechtlichen‹ – man könnte auch sagen: ›kosmopolitischen‹ – Sphäre des Rechts. An diesem Punkt wäre es nur ein kleiner Schritt, auch von einer Sphäre des kantonalen Rechts, des eidgenössischen Rechts usw. zu sprechen und sich die Welt des Rechts vorzustellen als ein allgemeines Neben- und Ineinander von (mehr oder weniger) kugelförmigen Gebilden.

Diese rechtlichen Sphären müsste man sich als *nicht*-konzentrisch vorstellen. Denn im Fall einer konzentrischen Anordnung resultierte unweigerlich eine hierarchische Ordnung, wie man sie zum Beispiel aus der Schilderung der himmlischen Sphären in Dantes ›Paradis‹ kennt. Die uns hier interessierenden rechtlichen Sphären wären vielmehr in der Weise zu konzipieren, dass sie einander berühren und auch durchdringen können. Entsprechend praktischer Erfahrung müsste zudem damit gerechnet werden, dass beim Zusammenwirken der Rechtssphären nicht nur harmonische Sphärenklänge zu vernehmen sind, sondern dass es gelegentlich auch knirscht und knarrt. Denn nicht immer wird es gelingen, gegensätzliche Vorgaben der verschiedenen rechtlichen Sphären auf dem Weg der Interpretation ›wegzuharmonisieren‹. Daran vermöchte selbst ein Richter mit ›übermenschlicher Fertigkeit, Ausbildung, Geduld‹ und ebensolchem ›Scharfsinn‹, wie ihn sich Ronald Dworkin zu rechtstheoretischen Zwecken vorgestellt hat, nichts zu ändern.¹⁵ Die Aufhebung von Widersprüchen durch Auslegung stösst unter methodischen wie unter gewaltenteiligen Gesichtspunkten an Grenzen: Im demokrati-

nahme der Volksinitiative eine Kündigung der EMRK über kurz oder lang unabweichlich sein (vgl. den vorgeschlagenen Art. 56a Abs. 2 in fine BV).

¹⁴ Problematisch daher auch die Stossrichtung des vom Nationalrat am 21. März 2014 überwiesenen Postulats 13.3805 ›Klares Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht‹, welches eine ›klare Hierarchie (und damit Konfliktregel)‹ fordert (Ziffer 2).

¹⁵ Ronald Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt a.M. 1984, S. 182.

schen Verfassungsstaat ist der Richter kein souveräner Dirigent im Konzert der Rechtssphären, der mittels Taktstock oder Zauberstab dafür sorgen könnte, dass die juristische ›Sphärenmusik‹ stets harmonisch klingt.

Es wäre gewiss reizvoll, dieses Bild weiter auszuschmücken. Dies wird hier nicht nur aus Platzgründen unterbleiben. Denn auch beim Bild der ineinandergreifenden Rechtssphären gilt: Vorsicht Metapher!

Schlussbetrachtung

Das Anliegen der kurzen Schlussbetrachtung ist es, deutlich zu machen, dass die Absage an starre (Vor-)Rangregeln nicht als Plädoyer für ein anarchisches *anything goes* verstanden werden darf. Die dem Richter obliegende rechtsanwendende Vermittlung zwischen den berechtigten Anliegen von ›Polis‹ und ›Kosmo(polis)‹ muss selbstverständlich methodisch-regelgeleitet erfolgen. Welche Regeln dies im Einzelnen sind, konnte hier nicht näher erörtert werden. Wichtig ist, dass diese Kollisionsregeln nicht zu einem Schematismus verkommen. Ausnahmen und Gegenausnahmen dürfen nicht *a priori* ausser Betracht fallen. Starre (Vor-)Rangregeln und Hierarchien, wie sie von der ›Mehrebenen‹-Metaphorik nahegelegt werden, befriedigen zwar vielleicht vordergründig das Bedürfnis nach Orientierung und Halt. Die komplexe Rechtswelt, in der wir leben, erfordert indes eine differenzierende Herangehensweise. Rechtsanwendungspraxis und Politik sind aufgerufen, den Verlockungen ›einfacher Lösungen‹ zu widerstehen. Für die juristische (Methoden-)Lehre gilt dies erst recht.