Verfassungsinterpretation*

Materialien: Ber. über den Entwurf einer BV vom 8. April 1848, erstattet von der am 16. August 1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission, Bern 1848 (zit. Ber. BV 1848); Ber. Wahlen, 14, 19, 25 ff., 34 f., 40 f.; Ber. Furgler, 6 u. 15; Botsch. VE 96, 11 ff., 115 ff.; AB S Verfassungsreform 29; Ber. BR über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in Erfüllung des Po. RK-S (07.3764) und des Po. SPK-N (08.3765) vom 5. März 2010, BBl 2010 2263 ff. (zit. Ber. Verhältnis Völkerrecht–Landesrecht); Ber. BR in Erfüllung des Po. Malama (10.3045) «Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen» vom 2. März 2012, BBl 2012 4459 ff. (zit. Ber. Malama); BB vom 20. März 2013 über die VI «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)», BBl 2015 2701 ff. (zit. BB Durchsetzung); Botsch. zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) vom 26. Juni 2013, BBl 2013 5975 ff. (zit. Botsch. Ausschaffungsinitiative); Botsch. zur VI «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)» vom 20. November 2013, BBl 2013 9459 ff. (zit. Botsch. Durchsetzungsinitiative); Botsch. zur Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Bern, Uri, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, Tessin, Waadt und Jura vom 12. November 2014, BBl 2014 9091 ff. (zit. Botsch. Gewährleistung); Botsch. zum «Bundesgesetz über Zweitwohnungen» vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2287 ff. (zit. Botsch. ZWG); Botsch. zur Genehmigung des Protokolls Nr. 15 über die Änderung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 6. März 2015, BBl 2015 2347 ff. (zit. Botsch. Protokoll Nr. 15); BB vom 11. März 2015 über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Bern, Uri, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, Tessin, Waadt und Jura, BBl 2014 3035 ff. (zit. BB Gewährleistung); BJ, Ehe für alle – Fragen zur Verfassungsmässigkeit, Gutachten an die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 7. Juli 2016, <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/13-468-verfassungsmaessigkeit-bj-2016-07-07-d.pdf> (30.6.2022) (zit. Gutachten Ehe für alle); Botsch. zur VI «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» vom 5. Juli 2017, BBl 2017 5355 ff. (zit. Botsch. Selbstbestimmungsinitiative); Ber. SGK-S zur pa.Iv. (18.441) «Indirekter Gegenentwurf zur Vaterschaftsurlaubs-Initiative» vom 15. April 2019, BBl 2019 3405 ff. (zit. Ber. SGK-S Vaterschaftsurlaub); Botsch. zum obligatorischen Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter vom 15. Januar 2020, BBl 2020 1243 ff. (zit. Botsch. Völkerrechtliche Verträge).

Literatur: Altwicker Tilmann, Evidenzbasiertes Recht und Verfassungsrecht, ZSR 2019 I, 181 ff. (zit. Evidenzbasiertes Recht); Amstutz Marc, Der Text des Gesetzes, Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB, ZSR 2007 II, 233 ff. (zit. Text); Amstutz Marc/Niggli Alexander, Recht und Wittgenstein III, Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in: Forstmoser et al., Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis: Festschrift für Hans Peter Walther, Bern 2005, 9 ff. (zit. Gesetzeswortlaut); Bäumlin Richard, Die Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung, ZSR 1966 II, 165 ff. (zit. Parlamentarische Kontrolle); Ders., Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961 (zit. Geschichte); Biaggini Giovanni, § 7: Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit, in: Ders. et al., Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, 81 ff. (zit. Staatsrecht, § 7); Ders., § 9: Die Verfassung im Normgefüge, in: Ders. et al., Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, 116 ff. (zit. Staatsrecht, § 9); Ders., Das Verfassungsgefüge im Stresstest der Pandemie, Über Defizite im rechtsstaatlich-demokratischen Schutzdispositiv (ausgehend von den Beispielen «Notrecht» und Covid-Zertifikat), ZBl 2022, 59 ff. (zit. Pandemie); Ders., Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweiz, in: von Bogdandy et al., Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, Heidelberg 2007, 565 ff. (zit. Schweiz); Ders., Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl 2013, 316 ff. (zit. Auslegung); Ders., Verfahren und Methoden der Verfassungsfortbildung, in: Ders. et al., Demokratie – Regierungsform – Verfassungsfortbildung, Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, Basel 2009, 125 ff. (zit. Verfassungsfortbildung); Ders., Verfassung und Richterrecht, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss., Basel/Frankfurt a.M. 1991 (zit. Richterrecht); Böckenförde Ernst-Wolfgang, Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandesaufnahme und Kritik, NJW 1976, 2089 ff. (zit. Verfassungsinterpretation); Bryde Brun-Otto, Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Habil. Hamburg, Baden-Baden 1982 (zit. Ver-

* Der Autor dankt (in alphabetischer Reihenfolge) Damian Cueni, Gabriel Gertsch, Matthias Kradolfer, Benjamin Schindler, Damian Wyss und Karl-Marc Wyss herzlich für ihre wertvollen Anregungen zu diesem Beitrag.

fassungsentwicklung); Büeler Franz Michael, Compendium des gemeinen eidgenössischen Rechts (1697), ZSR 1869 I, 45 ff. (zit. Compendium); Burckhardt Walther, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Zürich 1944 (zit. Organisation); Ders., Methode und System des Rechts, Mit Beispielen, Zürich 1936 (zit. Methode); Chiariello Elisabeth, Der Richter als Verfassungsgeber? Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaates und der Demokratie durch höchste Gerichte, Habil. St. Gallen, St. Gallen 2009 (zit. Verfassungsgeber); Chilton Adam/Versteeg Mila, How Constitutional Rights Matter, Oxford 2020 (zit. Constitutional Rights); Cueni Damian, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 3. September 2021, 2C_290/2021, Online, zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 3. September 2021, 2C_308/2021, online, zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, ZBl 2022, 101 ff. (zit. Urteilsbesprechung BGer); de Vattel Emer, Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, Appliqué à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains, Vol. I, London 1758 (zit. Droit des Gens); Ehmke Horst, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53 ff. (zit. Verfassungsinterpretation); Ehrenzeller Kaspar/Müller Christina/Schindler Benjamin, Ausgestaltung des Verhüllungsverbots durch den Bundesgesetzgeber, Bemerkungen zum Gesetzesentwurf des Bundesrats, Jusletter 28. März 2022 (zit. Verhüllungsverbot); Eichenberger Kurt, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, ZSR 1969 II, 467 ff. (zit. Legiferierung); Ders., Sinn und Bedeutung einer Verfassung, ZSR 1991 II, 143 ff. (zit. Sinn); Engisch Karl, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl., Heidelberg 1968 (zit. Konkretisierung); Epiney Astrid, Zur Rolle des Bundesgerichts bei der Verfassungsauslegung, Gedanken zu BGE 139 I 16, Jusletter 6. Oktober 2014 (zit. Verfassungsauslegung); Gächter Thomas, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, Habil. Zürich, Zürich 2005 (zit. Rechtsmissbrauch); Gamper Anna, Regeln der Verfassungsinterpretation, Habil. Wien, Wien/New York, 2012 (zit. Verfassungsinterpretation); Gärditz Klaus Ferdinand, Verfassungsentwicklung und Verfassungswissenschaft, in: Herdegen et al., Handbuch des Verfassungsrechts, Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, 221 ff. (zit. Verfassungsentwicklung); Giacometti Zaccaria, Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Antrittsrede gehalten am 11. Juli 1925, Tübingen 1925 (zit. Auslegung); Ders., Die Freiheitskataloge als Kodifikation der Freiheit, in: Kölz Alfred, Zaccaria Giacometti, Ausgewählte Schriften, Zürich 1994, 23 ff. (zit. Freiheitskataloge); Glaser Andreas, Direktdemokratisch legitimierte Grundrechtseinschränkungen, AJP 2014, 60 ff. (zit. Grundrechtseinschränkungen); Gonin Luc, L'interprétation de la Constitution, AJP 2016, 462 ff. (zit. Interprétation); Ders., La révolution du «droit convenstitutionnel»: du droit constitutionnel à son dépassement, ZSR 2015 I, 49 ff. (zit. Droit convenstitutionnel); Habermas Jürgen, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2017 [1998] (zit. Faktizität); Häberle Peter, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, 297 ff. (zit. Offene Gesellschaft); Ders., Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als «fünfte» Auslegungsmethode (1989), in: Ders., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 629, Berlin 1992, 27 ff. (zit. Rechtsvergleichung); Ders., Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, ZSR 1978 I, 1 ff. (zit. Verfassungsinterpretation); Häfelin Ulrich, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Eichenberger Kurt, Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, 241 ff. (zit. Verfassungskonforme Auslegung); Ders., Verfassungsgebung, ZSR 1974 II, 75 ff. (zit. Verfassungsgebung); Hamilton Alexander, Federalist No. 81, The Judiciary Continued, and the Distribution of the Judicial Authority, in: Hamilton et al., The Federalist Papers, New York 2009, 249 ff. (zit. Federalist No. 81); Hangartner Yvo, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I, 137 ff. (zit. Anwendbarkeit); Hänni Julia, Zur Tragweite des Case Law in der schweizerischen Verfassungsrechtsprechung, ZSR 2022 I, 51 ff. (zit. Case Law); Herdegen Matthias, Aussen- und Wehrverfassung, in: Ders. et al., Handbuch des Verfassungsrechts, Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, 1667 ff. (zit. Aussen- und Wehrverfassung); Ders., Das Grundgesetz im Gefüge des westlichen Konstitutionalismus, in: Ders. et al., Handbuch des Verfassungsrechts, Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, 13 ff. (zit. Konstitutionalismus); Ders., Verfassungsinterpretation als Methodische Disziplin, JZ 2004, 873 ff. (zit. Verfassungsinterpretation); Heuschling Luc, Verfassungsinterpretation in Frankreich, in: Lienbacher Georg, Verfassungsinterpretation in Europa, Heinz Schäffer Gedächtnissymposion, Wien 2011, 37 ff. (zit. Verfassungsinterpretation); Hillgruber Christian, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), 7 ff. (zit. Normativer Anspruch); Hinderling Hans Georg, Rechtsnorm und Verstehen, Die methodischen Folgen einer allgemeinen Hermeneutik für die Prinzipien der Verfassungsauslegung, Diss., Bern 1971 (zit. Rechtsnorm); Hobbes Thomas, Leviathan, or The Matter, Forme, and Power of a Commonwealth ecclesiastical and Civil, London 1651 (zit. Leviathan); Höhn Ernst, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993 (zit. Methodik); Höpfner Clemens, Die systemkonforme Auslegung, zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht, Tübingen 2008 (zit. Systemkonforme Auslegung); Huber Eugen, Recht und Rechtsverwirklichung, Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, Basel 1921 (zit.

Rechtsverwirklichung); Huber Hans, Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, ZBJV 1971, 172 ff. (zit. Formenreichtum); Ders., Recht und Rechtsverwirklichung: Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, Basel 1921 (zit. Rechtsverwirklichung); Ders., Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Saladin/Wildhaber, Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, 191 ff. (zit. Konkretisierung); Imboden Max, Normkontrolle und Norminterpretation, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit – Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, 24. Mai 1961, Bern 1961, 133 ff. (zit. Norminterpretation); Jellinek Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914 (zit. Staatslehre); Kägi Werner, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Untersuchung über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht, Habil. Zürich, Zürich 1945 (zit. Grundordnung); Kelsen Hans, Allgemeine Staatslehre, Studienausgabe der Originalausgabe 1925, Tübingen/Wien 2019 (zit. Staatslehre); Ders., Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, Tübingen/Wien 2017 (zit. Reine Rechtslehre); Kersten Jens, Die Notwendigkeit der Zuspitzung, Anmerkungen zur Verfassungstheorie, Berlin 2020 (zit. Zuspitzung); Kley Andreas, Geschichte als nationale Selbstbehauptung, 1. August-Reden der schweizerischen Bundespräsidenten, ZSR 2005 I, 455 ff. (zit. Nationale Selbstbehauptung); Kradolfer Matthias, Einheit und Konkordanz in der Verfassung, ZBl 2022, 4 ff. (zit. Konkordanz); Ders., Intertemporales öffentliches Recht, Ein Beitrag zum zeitlichen Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrechts, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2020 (zit. Intertemporales Recht); Kramer Ernst A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern etc. 2019 (zit. Methodenlehre); Lepsius Oliver, Die massstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt et al., Das entgrenzte Gericht: eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, 159 ff. (zit. Massstabsetzende Gewalt); Ders., Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen? In: Schulze-Fielitz Helmuth, Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin 2007, 319 ff. (zit. Amerikanische Rechtswissenschaft); Lerche Peter, Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis, in: Badura/Dreier, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozess, Tübingen 2001, 333 ff. (zit. Stil und Methode); Loewenstein Karl, Verfassungslehre, 4. Aufl., Tübingen 2000 (zit. Verfassungslehre); Lorz Ralph Alexander, Interorganrespekt im Verfassungsrecht, Funktionenzuordnung, Rücksichtnahmegebote und Kooperationsverpflichtungen, Eine rechtsvergleichende Analyse anhand der Verfassungssysteme der Bundesrepublik Deutschland, der Europäischen Union und der Vereinigten Staaten, Habil. Mannheim, Tübingen 2001 (zit. Interorganrespekt); Lüchinger Hans-Georg, Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Diss., Zürich 1954 (zit. Auslegung); Luhmann Niklas, Das Recht der Gesellschaft, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2013 (zit. Recht); Mahlmann Matthias, Wirkungsweisen von Verfassungsrecht – Verfassungsauslegung und die Gestaltungsmacht des Gesetzgebers, ZBl 2017, 3 ff. (zit. Verfassungsauslegung); Marshall Geoffrey, Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability, Oxford 1987 (zit. Convention); Marti Hans, Urbild und Verfassung, Bern 1953 (zit. Urbild); Masing Johannes, Verfassung im internationalen Mehrebenensystem, in: Herdegen et al., Handbuch des Verfassungsrechts, Darstellung in transnationaler Perspektive, München 2021, 61 ff. (zit. Verfassung); Mittelstrass Jürgen, Enzyklopädie, Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 2, Stuttgart 2004 (zit. Enzyklopädie); Möckli Silvano, Internationale Gerichte: Garanten der Stabilität oder undemokratische politische Akteure? ZBl 2018, 74 ff. (zit. Internationale Gerichte); Möllers Christoph, Die Möglichkeit der Normen: über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2015 (zit. Möglichkeit); Moor Pierre, Für eine mikropolitische Theorie des Rechts, Bern 2011 (zit. Mikropolitik); Möstl Markus, Regelungsfelder der Verfassung, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, Tübingen 2010, 569 ff. (zit. Regelungsfelder); Müller Friedrich/Christensen Ralph, Juristische Methodik, Bd. I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., Berlin 2013 (zit. Methodik); Müller Jörg Paul, Juristische Methodenlehre in der rechtsstaatlichen Demokratie, in: Schefer/Peters, Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, Symposium für René Rhinow zum 60. Geburtstag, Bern 2004, 53 ff. (zit. Methodenlehre); Petersen Niels, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende? Der Staat 2010, 435 ff. (zit. Wende); Petersen Thomas, Prinzipien und Grenzen der ökonomischen Theorie der Verfassung, die «konstitutionelle Ökonomie» James M. Buchanans, Der Staat 1996, 411 ff. (zit. Ökonomische Theorie); Popper Karl, Erkenntnistheorie: Logik der Forschung, in: Ders., Ausgangspunkte, meine intellektuelle Entwicklung, Tübingen 2012, 111 ff. (zit. Erkenntnistheorie); Posner Richard A., The Constitution as an Economic Document, The George Washington Law Review 1987, 4 ff. (zit. Economic Document); Reich Johannes, § 12: Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini et al., Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, 153 ff. (zit. Staatsrecht, § 12); Ders., Auslegung mehrsprachigen Rechts unter den Bedingungen der Polyglossie in der Schweiz, in: Schorkopf/Starck, Rechtsvergleichung – Sprache – Rechtsdogmatik, Siebtes Deutsch-Taiwanesisches Kolloquium vom 8. Bis 9. Oktober 2018 in Göttingen, Baden-Baden 2019, 145 ff. (zit. Polyglossie); Ders., Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Diss., Zürich/St. Gallen 2011 (zit. Wirtschaftsfreiheit); Ders., Konzeptualisierung der «Verfassungsverwirklichung» als gestufter Prozess der Rechtskonkretisierung, in: Biaggini et al., Demokratie – Regierungsreform – Verfassungsfortbildung, Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, Basel 2009, 113 ff. (zit. Verfassungsverwirklichung); Ders., «Originalismus» als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution, Rechtsvergle-

chende Kritik der Auslegung der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika aufgrund ihres Wortlauts in seiner ursprünglichen Bedeutung, JöR 2017, 714 ff. (zit. Originalismus); Ders., Wirtschaftsverfassung zwischen Sogwirkung des Faktischen und ordnungspolitischer Verklärung, ZSR 2021 I, 131 ff. (zit. Sogwirkung); Reimer Franz, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020 (zit. Methodenlehre); Rhinow René, Rechtsetzung und Methodik, Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Habil. Basel, Basel/Stuttgart 1979 (zit. Methodik); Riklin Alois/Möckli Silvano, Werden und Wandel der schweizerischen Staatsidee, in: Riklin Alois, Handbuch Politisches System der Schweiz, Bd. 1, Bern 1983, 9 ff. (zit. Staatsidee); Röhl Hans Christian, Öffnung der Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität, VVDStRL 74 (2014), 7 ff. (zit. Öffnung); Saladin Peter, Verfassungsreform und Verfassungsverständnis, AöR 1979, 345 ff. (zit. Verfassungsverständnis); Schindler Dietrich, Verfassungsrecht und soziale Struktur, Zürich 1932 (zit. Soziale Struktur); Schindler Benjamin, Zur Rollenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung, ZBl 2013, 359 ff. (zit. Rollenverteilung); Schluep Walter R., Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006 (zit. Rechtstheorie); Schmid Stefan G., «Constitutio semper reformanda»: permanente Verfassungsrevision als wahre Zauberformel der Schweiz? ZBl 2020, 639 ff. (zit. Verfassungsrevision); Schmidt-Assmann Eberhard, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin 2006 (zit. Ordnungsidee); Schröder Jan, Recht als Wissenschaft, Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933), 2. Aufl., München 2012 (zit. Geschichte); Seaders Lloyd Ian, Das Erfordernis der Gesetzesform als Begründungsproblem, Diss., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. Gesetzesform); Seiler Hansjörg, Praktische Rechtsanwendung, Was leistet die juristische Methodenlehre? Bern 2009 (zit. Rechtsanwendung); Ders., Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik, ZSR 2010 II, 381 ff. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit); Sunstein Cass R., Legal Reasoning and Political Conflict, 2. Aufl., Oxford 2018 (zit. Legal Reasoning); Sutter Kaspar, Vertrauen im Recht, Eine Theorie für den demokratischen Verfassungsstaat, Habil. Bern, St. Gallen/Zürich 2020 (zit. Vertrauen); Vallender Klaus A., Der ordnungspolitische Grundentscheid der schweizerischen Bundesverfassung, in: Geis Max-Emanuel, Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, 1032 ff. (zit. Ordnungspolitischer Grundentscheid); Voigt Stefan, Constitutional Economics, A Primer, Cambridge 2020 (zit. Constitutional Economics); Volkmann Uwe, Die Dogmatisierung des Verfassungsrechts, Überlegungen zur veränderten Kultur juristischer Argumentation, JZ 2020, 965 ff. (zit. Dogmatisierung); Ders., Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2013 (zit. Grundzüge); von Arnauld Andreas, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, VVDStRL 74 (2014), 39 ff. (zit. Öffnung); von Savigny Friedrich Carl, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1. Aufl., Berlin 1840 (zit. Römisches Recht); Vosskuhle Andreas, Gibt es und wozu nützt eine Lehre vom Verfassungswandel? Der Staat 2004, 450 ff. (zit. Verfassungswandel); Ders., Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in: Bauer et al., Umwelt, Wirtschaft und Recht, Tübingen 2002, 171 ff. (zit. Methode); Ders., Verfassungsstil und Verfassungsfunktion: Ein Beitrag zum Verfassungshandwerk, AöR 1994, 35 ff. (zit. Verfassungsstil); Ders., Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Ders. et al., Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I: Methoden, Massstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., München 2012, 1 ff. (zit. Verwaltungsrechtswissenschaft); Waldmann Bernhard, Die Verfassung zwischen Stabilität und ständiger Fortentwicklung, ZöR 2021, 1195 ff. (zit. Verfassung); Wyss Karl-Marc, Die vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg, Phänomen – Grundsätze – Gefahren, Diss., Bern 2020 (zit. Umsetzung).

Inhaltsübersicht

		Rz.
I.	Einleitung	1
II.	Wozu: Ziele der Verfassungsinterpretation	12
III.	Was: Gegenstand der Verfassungsinterpretation	16
	1. Verfassungsverständnisse	17
	2. Erscheinungsformen schweizerischen Verfassungsrechts	23
	3. Schichten der Bundesverfassung	30
	4. Aufbau der Bundesverfassung	34
	5. Normen der Bundesverfassung	36
	5.1 Norminhalte	36
	5.2 Normierungsformen	37
	5.3 Normwirkungen	43

		Rz.
	6. Kontexte der Bundesverfassung	46
	6.1 Realer Kontext	47
	6.2 Räumlicher Kontext	49
	6.3 Zeitlicher Kontext	50
	6.4 Normativer Kontext	57
IV.	Wer: Akteure und Verfahren der Verfassungsinterpretation	62
	1. Akteure: Kreis der Interpretinnen und Interpreten	63
	2. Rahmenordnung: Kompetenzen und Verfahren amtlicher Verfassungsinterpretation	66
	3. Grenzen: Interorganrespekt im Rahmen der amtlichen Verfassungsinterpretation	69
	3.1 Vertikale Verhältnisse: Interorganrespekt zwischen verfassungsgebenden und -interpretierenden Organen	73
	3.2 Horizontale Verhältnisse: Interorganrespekt zwischen verfassungs-interpretierenden Organen	76
V.	Wie: Methoden der Verfassungsinterpretation	81
	1. Identifizieren: Bestimmen relevanter Fakten, Interessen und Normen	87
	2. Auslegen: Stabilisierende Rekonstruktion von Verfassungsnormen	90
	3. Konkretisieren: Dynamisierende Entwicklung von Verfassungsnormen	97
	4. Koordinieren: Öffnen, Abdichten und Verdrängen von Verfassungsnormen	105
	5. Rechtfertigen: Verantwortung von Verfassungsdeutungen	119
VI.	Verfassungsinterpretation: Bestätigung und Ausdifferenzierung des Grundkonsenses	121

I. Einleitung

1 *Was ist Verfassungsinterpretation und zu welchem Zweck wird sie betrieben*? Das bewusste Deuten und Verstehen eines zu interpretierenden Gegenstands im Hinblick auf ein bestimmtes Ziel wird allgemein als *Interpretation* bezeichnet. Etymologisch stammt der Begriff vom lat. «interpres», zu Deutsch Erklärer, Vermittler, Deuter. *Verfassung* verweist auf den zu interpretierenden Gegenstand (näher Rz. 16 ff.). In Lehre und Praxis dominiert für die Deutung von Verfassungsnormen heute der Begriff der «Auslegung» (exemplarisch BGE 143 I 272 E. 2.2.3, 277; BGE 139 I 16 E. 4.2.1, 24; BGE 131 I 74 E. 4.1, 80; Biaggini, VdS, I.10, Rz. 1 ff.; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 134 ff.; Lüchinger, Auslegung, 5 ff.). In seiner frühen Rechtsprechung sprach das BGer noch von der «Interpretation der Bundesverfassung» (BGE 2 I 228 E. 2, 230) und auch im deutschen Schrifttum ist der Begriff «Verfassungsinterpretation» verbreitet (z.B. Gamper, Verfassungsinterpretation, passim; Ehmke, Verfassungsinterpretation, passim; Häberle, Verfassungsinterpretation, passim; Böckenförde, Verfassungsinterpretation, passim). Im Umgang mit der BV bietet sich das Kompositum «Verfassungsinterpretation» vor allem aus zwei Gründen an: Erstens wird dadurch eine landessprachliche Anschlussfähigkeit hergestellt (in den romanischen Landessprachen wird von «interprétation» [frz.], «interpretazione» [ital.] oder «interpretaziun» [rätoromanisch] des Rechts gesprochen). Zweitens sorgt der Ausdruck für begriffliche Klarheit: Während sich der enge Auslegungsbegriff vorliegend auf bestimmte Methoden der Verfassungsinterpretation beziehen soll (näher Rz. 90 ff.), beschreibt *Verfassungsinterpretation* als Oberbegriff einen *Vorgang zur möglichst verlässlichen Erarbeitung und Rechtfertigung verfassungsmässiger Entscheide anhand von alten Verfassungsnormen in neuen Kontexten*. Nach dieser Grundthese soll der Begriff der Verfassungsinterpretation vorliegend weit verstanden, in einen grösseren Zusammenhang gestellt (näher Rz. 5 ff. u. 11) und von der Entwicklung von Verfassungsgehalten im Rahmen

der Verfassungsrevision abgegrenzt werden (näher dazu Vorbem. zur Verfassungsrevision, Rz. 7 ff.).

Interpretationsbedarf. Seit den Ursprüngen des Konstitutionalismus ist bekannt: «All Laws, written and unwritten, have the need of interpretation» (Hobbes, Leviathan, 2. Teil, Kap. XXVII). Textbausteine des BGer, wonach nur dann «nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden» müsse, wenn «der Wortlaut der Bestimmung unklar bzw. nicht restlos klar ist und verschiedene Interpretationen möglich bleiben», vermitteln zwar bisweilen einen anderen Eindruck (statt vieler BGE 143 I 272 E. 2.2.3, 277). Sprachwissenschaftliche Erkenntnisse bestätigen jedoch (vgl. Rz. 9 m.H.), dass Rechtstexte nur kontextabhängig verstanden werden können. Jede Inanspruchnahme von Verfassungsrecht in einem Anlassfall verlangt demnach eine Interpretation, nicht nur unklare Verfassungsbestimmungen (gl.M. Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 483; Häfelin et al., Bundesstaatsrecht, Rz. 76). 2

Interpretationsfragen sind Verfassungsfragen. Methodische Gesichtspunkte sind aus mehreren Gründen aus einer Verfassungsperspektive zu würdigen und umgekehrt. Die Verfassungsinterpretation ist ein normgebundener Vorgang, bei dem sich Fragen der konkreten Deutungsmacht und ihrer Begrenzung im gewaltengliedrigen Staat stellen (Biaggini, VdS, I.10, Rz. 1; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 488 f.; Seiler, Rechtsanwendung, 112 ff.; schon früh Giacometti, Auslegung, 19 f.). Im Weiteren ergeben sich aus dem Gebot der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung und -anwendung (Art. 8 Abs. 1) zentrale Anforderungen an die methodisch korrekte Verfassungsinterpretation. Nicht zuletzt sind Interpretationsfragen Verfassungsfragen, weil die verfassungsrechtlichen Grundlagen und Schranken staatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 1) jeweils interpretativ zu bestimmen sind. Interpretationsfragen sind daher auch und vor allem verfassungsrechtliche Legitimationsfragen (Seiler, Rechtsanwendung, 131; s.a. Rz. 12, 83, 119). Allen diesen verfassungsrechtlichen Geboten mit methodischen Konsequenzen ist im Vorgang der Verfassungsinterpretation verstärkt Rechnung zu tragen. 3

Eigenart der Verfassungsinterpretation? Nach vorherrschender Auffassung – hier als «klassisch-hermeneutische Verfassungsinterpretation» bezeichnet – sind «Verfassungsbestimmungen grundsätzlich nach denselben Regeln auszulegen wie Normen des einfachen Gesetzesrechts» (statt vieler BGE 139 I 243 E. 8, 249; schon früh BGE 7 503 E. 5, 513; Häfelin et al., Bundesstaatsrecht, Rz. 75; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 138 ff.; Wyss K.-M., Umsetzung, Rz. 114 ff.; Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 337 ff.; relativierend Giacometti, Auslegung, 24; Reich J., Wirtschaftsfreiheit, Rz. 36; s.a. hier Rz. 91). Grundannahme und tragende Voraussetzung dieser Sichtweise ist, wie zu zeigen sein wird (Rz. 5, 16 ff.), eine Gleichsetzung von Verfassung und Gesetz *(Gegenstand)*. Von dort aus wird ein monistisches, justizzentriertes Verständnis des Interpretationsvorgangs entwickelt *(Akteure und Verfahren)*, das anhand einer auf Gesetze ausgerichteten Methodik zur Abdichtung von Recht gegenüber politischen Einflüssen Antworten auf konkrete Rechtsfragen aus Verfassungsnormen ableitet *(Methode)*. Die Eigenart der Verfassung – sie wird nicht geleugnet – wird als eine Nebenerscheinung betrachtet, die sich durch einen Katalog verfassungsspezifischer Interpretationselemente bewältigen lasse (für eine Übersicht vgl. Tschannen, Staatsrecht, Rz. 174 ff.; Wyss K.-M., Umsetzung, Rz. 164 ff.). Diese Position ist zutreffend und verkürzt zugleich: *Zutreffend*, weil sich die grammatikalische, die systematische, die historische und die teleologische Auslegung für die Interpretation von Verfassungsnormen vielfach bewährt haben (zu den klassischen Auslegungselementen Tschannen, Staatsrecht, 4

Rz. 161 ff.; Wyss K.-M., Umsetzung, Rz. 128 ff., insb. Rz. 235 [Übersichtstabelle]; Chiariello, Verfassungsgeber, 409 ff.). *Verkürzt*, weil die Verfassungsinterpretation ein gegenstandsbestimmter und -abhängiger, von der BV selbst herkommender Vorgang ist, an dem verschiedene Akteure in unterschiedlichen Verfahren wegen anderer Ziele auf diverse Methoden zurückgreifen. Die zu wenig ausdifferenzierten Vorstellungen über den Vorgang der Verfassungsinterpretation sind aus ihrem traditionellen Korsett herauszulösen und gegenüber vernachlässigten Perspektiven zu erweitern, ohne dabei bewährte Einsichten aufzugeben oder die Anschlussfähigkeit gegenüber der traditionellen Methodenlehre zu verlieren.

5 *Gegenstandsbedingte Perspektivenerweiterung*. Im Wissen um die Eigenart der Verfassung und ihre besonderen Normmerkmale betrachtet die klassisch-hermeneutische Verfassungsinterpretation die Gesetzesform, die Rechtssatzstruktur und die Rechtsbindung von Verfassungs- und Gesetzesnormen als gemeinsame Nenner, die eine methodische Gleichbehandlung verlangen (Böckenförde, Verfassungsinterpretation, 2090). Diese Grundannahme vermittelt höchst unpräzise Vorstellungen über das schweizerische Verfassungsrecht als Gegenstand der Verfassungsinterpretation (näher Rz. 16 ff.). Infolgedessen soll der Vorgang der Verfassungsinterpretation hier aus einer Verfassungsperspektive als gegenstandsbestimmter und -abhängiger Vorgang beschrieben werden, der von der BV selbst ausgeht (ähnlich Huber H., Formenreichtum, 182 f.; Dubey/Martenet, CR Cst., Introduction générale, Rz. 56 ff.).

6 *Akteurs- und verfahrensbedingte Perspektivenerweiterung*. Die klassisch-hermeneutische Verfassungsinterpretation beruht auf der Vorstellung, dass Verfassungsnormen durch ein Gericht interpretiert werden, das Sachverhalte unter Bindung an das Verbot der Rechtsverweigerung in einem Zweiparteienverfahren anhand von Verfassungsmassstäben auf ihre Verfassungsmässigkeit hin prüft. Gerichte sind jedoch bei Weitem nicht die einzigen Verfassungsinterpreten. Auch das Parlament, die Regierung und die Verwaltung deuten in unterschiedlich strukturierten Verfahren Verfassungsnormen. Im Bundesstaat interpretieren zudem unterschiedliche kommunale, kantonale und nationale Organe mit andersgearteten Entscheidungsrationalitäten eidgenössisches Verfassungsrecht in verschiedenen Verfahren. Vor dem Hintergrund der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung über die Deutungsmacht von Verfassungsnormen und ihren Grenzen erweist sich die Verfassungsinterpretation demnach als Vorgang, der unter dem Einfluss einer Vielfalt an Akteuren und Verfahren steht und ein verstärktes institutionelles und prozessuales Rechtsdenken verlangt (näher Rz. 62 ff.).

7 *Wirkungsorientierte Perspektivenerweiterung*. Durch eine akteurs- und verfahrensbedingte Perspektivenerweiterung rückt auch die Frage nach den Adressaten von Verfassungsnormen und ihrer Wirkung gegenüber diesen in ein neues Licht. Verfassungsinterpretation findet nicht nur aus einer justizzentrierten *Kontrollperspektive* statt, sondern hat sich auch gegenüber einer *Handlungsperspektive* politischer und administrativer Organe zu öffnen. Auf der Handlungsebene entfalten Verfassungsnormen nicht dieselbe Bindungskraft wie auf der Kontrollebene, da sie als Handlungsvorschriften und nicht als Kontrollmassstab für Parlament, Regierung und Verwaltung wirken (Lepsius, Amerikanische Rechtswissenschaft, 324; in Bezug auf das Verwaltungsrecht Schindler B., Verwaltungsermessen, Rz. 283). Ferner hat sich die Verfassungsinterpretation auch verstärkt einer *Steuerungsperspektive* zuzuwenden. Verfassungen haben sich über Jahrhunderte hinweg als äusserst wirksames Mittel erwiesen, um staatliche Prozesse zu steuern und die notwendigen Prozesse und Institutionen für ein «government of laws and not of men»

einzurichten (vgl. Art. 30 Constitution of Massachusetts of the 25th October 1780; s.a. Moor, Mikropolitik, 62 ff.; näher zur Wirkung von Verfassungsrecht auch Rz. 43 ff. u. 71 f.). Empirisch betrachtet bleibt es daher aller sprachwissenschaftlicher Erkenntnisse zum Trotz durchaus möglich, im Vorgang der Verfassungsinterpretation auf die Intention normsetzender Akteure zu rekurrieren, nach möglichen Wirkungsabsichten sowie -bedingungen zu fragen und nach den Steuerungsansprüchen von Verfassungsnormen zu suchen (i.d.S. Möllers, Möglichkeit, 313 ff.; weiterführend zur Steuerung durch Recht Schmidt-Assmann, Ordnungsidee, 18 ff.).

Methodische Perspektivenerweiterung. Die klassisch-hermeneutische Methodenlehre gilt als Erfolgsgeschichte, deren Erkenntnisse aus dem Privatrecht in das öffentliche Recht und das Verfassungsrecht importiert wurden. Dies, obschon sich Friedrich Carl von Savigny 1840 explizit gegen die Ausdehnung seines Methodenkanons auf das öffentliche Recht aussprach (Römisches Recht, 2; weiterführend zur historischen Entwicklung des methodischen Grundkonsens in der Schweiz Biaggini, VdS, I.10, Rz. 10 ff.; Reich J., Wirtschaftsfreiheit, Rz. 45 ff.; Gächter, Rechtsmissbrauch, 218 ff.; Lüchinger, Auslegung, 24 ff.; Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 11 ff.; rechtsvergleichend Schröder, Geschichte, 329 ff.). Verfassungsinterpretation, so die Annahme, müsse Antworten auf konkrete Rechtsfragen gewinnen, indem Verfassungsvorgaben durch Auslegung zu Obersätzen verdichtet und in einem Subsumtionsvorgang auf den Anlassfall deduziert werden. Der mit einem solchen Methodenverständnis verbundene Reflex, Recht interpretativ vor demokratischen Einflüssen abzudichten, wird dabei ebenso stillschweigend wie unreflektiert in den Methodenkanon der Verfassungsinterpretation übernommen (Müller/Christensen, Methodik, Rz. 78; s.a. Lepsius, Amerikanische Rechtswissenschaft, 333 ff.). Eine derartige Entkoppelung von Recht und Politik durch Methode wird dem Vorgang der Verfassungsinterpretation nicht gerecht; schliesslich geht es dabei in weiten Teilen um politisches und mikropolitisches Entscheiden (vgl. Moor, Mikropolitik, 44, 63 f.). Gesucht sind gegenstandsbestimmte und -abhängige, von der Verfassung herkommende Methoden, die den politischen Bedeutungsschichten von Verfassungsnormen Rechnung tragen, anstatt sie hinter einer juristisch-methodischen Scheinlogik zu verbergen (zum politischen Grundcharakter des Verfassungsrechts schon früh BGE 25 I 459 E. 3, 470). Die Methoden der klassisch-hermeneutischen Verfassungsinterpretation sind in einen grösseren Zusammenhang des Verstehens und Entwickelns von Verfassungsrecht einzubetten und um weitere Argumente zu ergänzen (näher Rz. 81 ff., insb. 92 ff.). 8

Relativität. Der Vorgang der Verfassungsinterpretation bleibt in mehrfacher Hinsicht relativ: Relativität beherrscht einmal den *Normtext*. Sprachwissenschaftliche Erkenntnisse stellen die Eigenschaft von Rechtstexten, eine vorgegebene Bedeutung zu besitzen, grundlegend infrage (statt vieler Amstutz/Niggli, Gesetzeswortlaut, 9 ff.; Amstutz, Text, 237). Ein Rückgriff auf im Normtext gespeicherte Informationen scheine unmöglich, wenn die Bedeutung von Sprache stets sozial- und praxisbedingt sei (weiterführend Kramer, Methodenlehre, 359 ff.; Müller/Christensen, Methodik, Rz. 208 ff.). Verfassungsinterpretation ziele daher nicht auf die Rekonstruktion *(lex ante casu)*, sondern die Erzeugung von Normen *(lex in casu)*. Sodann bleibt die *Interpretation* selbst ein relativer Vorgang. «Alle bisher entwickelten Interpretationsmethoden führen stets nur zu einem möglichen, niemals zu einem einzig richtigen Resultat» (Kelsen, Reine Rechtslehre, 350; s.a. Schindler D., Soziale Struktur, 8). Schliesslich bleibt die BV selbst *unvollkommen*, da sie – wie in der Anrufung Gottes angedeutet (Botsch. VE 96, 122 f.; Komm. zur Präambel, Rz. 18; Papaux, CR Cst., Préambule, Rz. 107 ff.; s.a. 1. Korintherbrief, 13: 9–10, 9

Luther Bibel 1545: «Denn unser Wissen ist Stückwerk und unser prophetisches Reden ist Stückwerk») – weder eine göttliche Ordnung noch eine Naturkraft, sondern ein von Menschen geschaffenes Werk ist (Ber. Wahlen, 31). Die Relativität der Verfassungsinterpretation in mehrfacher Hinsicht ist als *Qualität* zu verstehen, nicht als Fehler. Schliesslich verlangt eine demokratische Verfassung letztlich eine relativistische Grundhaltung, da ewige Werte und für immer gültige Lösungen dem Wesen einer Demokratie widersprechen (Kelsen, Staatslehre, 370; s.a. Schluep, Rechtstheorie, Rz. 908). Insofern sind nicht absolute Wahrheiten, sondern akzeptable Entscheide das Ziel einer Verfassungsinterpretation (näher Rz. 12 ff.).

10 *Subjektivität*. Verfassungsinterpretation bleibt ein subjektiv geprägter Vorgang. «Juristisches Denken», so Eugen Huber, ist «nicht einfach ein Rechnen mit Begriffen, sondern eine Operation, die durch das Rechtsbewusstsein beherrscht wird» (Rechtsverwirklichung, 377). Erkenntnisse der modernen juristischen Hermeneutik präzisieren, warum Rechtsarbeit durch das Vorverständnis rechtsinterpretierender Akteure und ihre subjektiven Werturteile geprägt wird (näher Seiler, Rechtsanwendung, 122; Schluep, Rechtstheorie, Rz. 2674 ff.; Kramer, Methodenlehre, 365 ff.; grundlegend Hinderling, Rechtsnorm, 245 ff. u. passim). Gleichwohl ist eine Verfassungsinterpretation «nicht nach [...] eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des [...] Verfassungsgebers» vorzunehmen (BGE 139 II 243 E. 8, 249). Der Vorgang der Verfassungsinterpretation untersteht zwar dem Einfluss des Vorverständnisses, des Scharfsinns, des Einfallsreichtums und des Esprits der interpretierenden Person. Genauso wie eine Historikerin oder ein Historiker geschichtliche Ereignisse nicht erzeugt, sondern interpretiert, werden im Vorgang der Verfassungsinterpretation Normen aus der Vergangenheit für die Zukunft gedeutet, aber bleiben auf erstere bezogen (s.a. Möllers, Möglichkeit, 316 ff.). Der akteursbedingten Subjektivität der Verfassungsinterpretation ist nicht durch methodische Glaubensbekenntnisse, sondern in erster Linie durch eine transparente Begründung und Rechtfertigung der konkret massgeblichen Vor- und Verfassungsverständnisse entgegenzuwirken (Reich J., Originalismus, 727 sowie 738 zum methodischen Glaubensbekenntnis in den USA; zu massgeblichen Verfassungsverständnissen Rz. 22).

11 *Ein möglicher Argumentationsrahmen zur Verfassungsinterpretation*. Die Ausführungen zur Relativität der Verfassungsinterpretation verdeutlichen: Den einen richtigen Weg zur Deutung von Verfassungsnormen gibt es mangels einer allgemeingültigen Theorie der Verfassungsinterpretation nicht und kann es nicht geben. Die vorliegenden Ausführungen haben sich daher mit dem Aufwerfen von Fragen zu begnügen, die dabei helfen sollen, sich bei der Interpretation von Verfassungsnormen nicht zu verirren (vgl. Sunstein, Legal Reasoning, 188 ff.). Ausgehend von diesem *weiten Verständnis der Verfassungsinterpretation* und der zuvor eingeführten Perspektivenerweiterung in mehrfacher Hinsicht soll Orientierung über den bewährten methodischen Grundkonsens der Verfassungsinterpretation (s.a. Rz. 121) wie auch Neuorientierung durch seine zusätzliche Ausdifferenzierung vermittelt werden (s.a. Rz. 122). Zu diesem Zweck wird ein Argumentationsrahmen für verfassungsinterpretierende Personen skizziert, der Fragen und Stichworte über die Ziele (Rz. 12 ff.), den Gegenstand (Rz. 16 ff.), die Akteure und Verfahren (Rz. 62 ff.) sowie die Methoden (Rz. 81 ff.) der Verfassungsinterpretation ordnet und Wechselwirkungen zwischen ihnen aufzeigt (ähnlich bereits Burckhardt, Methode, 270 ff.; Biaggini, VdS, I.10, Rz. 19 ff.; s.a. Gonin, Droit constitutionnel suisse, Rz. 886 ff., für traditionelle Darstellungen der Verfassungsinterpretation statt vieler Tschannen, Staatsrecht, Rz. 134 ff.; Wyss K.-M., Umsetzung, Rz. 128 ff.; Aubert, Bundesstaatsrecht I, Rz. 288 ff.).

II. Wozu: Ziele der Verfassungsinterpretation

Grundanliegen. Als Ziel der Interpretation von Rechtsnormen gilt traditionell die Erkenntnis ihres Sinns in einem bestimmten Kontext (so für das Verfassungsrecht Tschannen, Staatsrecht, Rz. 134; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 490 ff.; Burckhardt, Methode, 13). Gesucht ist «die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis» (BGE 147 I 136 E. 2.3.2, 143). Sind nicht absolute Wahrheiten, sondern akzeptable Entscheide gesucht und sollen Verfassungsnormen staatliche Macht als «instrument of government» begründen und begrenzen (vgl. Rz. 3), ist das Ziel der Verfassungsinterpretation hingegen weiter zu fassen. Ihr Grundanliegen ist es, verfassungsmässige Entscheide auszuarbeiten und mithilfe alter Verfassungsvorgaben in neuen Kontexten zu legitimieren (ähnlich Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 490 ff.; Biaggini, VdS, I.10, Rz. 7; von Arnauld, Öffnung, 73 ff.; s.a. Rz. 1). Anhand eines Katalogs abzuarbeitender Teil- oder Zwischenziele lässt sich das Grundanliegen der Verfassungsinterpretation zusätzlich ausdifferenzieren (Biaggini, VdS, I.10, Rz. 38 ff.; Gächter, Rechtsmissbrauch, 230 ff.; Seiler, Rechtsanwendung, 47 ff.). Je nach Anlassfall stehen im Rahmen der Verfassungsinterpretation alle oder nur bestimmte dieser Teilziele im Vordergrund. 12

Welche Verfassungsnormen sind in welchem Kontext zu interpretieren? Ein erstes Ziel der Verfassungsinterpretation ist es, sich den konkreten Gegenstand der Verfassungsinterpretation zu vergegenwärtigen (zu diesbezüglichen Detailfragen Rz. 16 ff.). Während es im Privat- und im Strafrecht vielfach darum geht, den in einer Rechtsnorm gespeicherten Normgehalt im Hinblick auf einen konkreten Sachverhalt zu bestimmen, enthält die BV aufgrund ihres Steuerungsanspruchs als rechtliche Grundordnung des schweizerischen Gemeinwesens für einen Anlassfall oft keine oder bloss fragmentarische Vorgaben. Neben der Aufbereitung der fraglichen Fakten und Interessen (*realer Kontext*; näher Rz. 47 ff. u. 87 ff.) sowie der Ermittlung der Entstehungs- und der Interpretationsgeschichte einer Verfassungsnorm und ihrer zeitlichen Steuerungsabsichten (*zeitlicher Kontext*; näher Rz. 50 ff.) geht es im Rahmen der Verfassungsinterpretation verstärkt auch darum, einen verfassungsrechtlichen Normbefehl als Bestandteil eines heterogenen Normgeflechts zu erfassen und mit Normgehalten anderer Bestimmungen aus derselben oder anderen Normordnungen zu verweben (zu Detailfragen Rz. 57 ff., 105 ff.). 13

In welchem institutionellen und prozessualen Umfeld findet eine Verfassungsinterpretation statt? Ein weiteres Ziel verfassungsinterpretierender Akteure muss sein, ihre konkrete Stellung zum Verfassungsgeber und anderen Verfassungsinterpretierenden zu bestimmen und die sich daraus ergebenden Grenzen ihres Tuns zu erfassen (Biaggini, VdS, I.10, Rz. 2, 41; Schluep, Rechtstheorie, Rz. 904). Die Verfassungsinterpretation ist hierfür in verstärktem Ausmass auf ein institutionelles und prozessuales Rechtsdenken angewiesen, da unterschiedliche Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden in verschiedensten Verfahren Verfassungsnormen deuten (zu diesbezüglichen Detailfragen Rz. 62 ff.). Je nach Verfahren und den daran beteiligten Organen variiert nachweislich auch das Ziel einer Verfassungsinterpretation. So werden in Justiz- und Verwaltungsverfahren Verfassungsnormen mit Blick auf die Rechtmässigkeit und Einzelfallgerechtigkeit in einem individuell-konkreten Anlassfall gedeutet, derweil eine parlamentarische Verfassungsinterpretation nach Normdeutungen sucht, die für eine Zustimmung der Mehrheit gegenüber generell-abstrakten Leitentscheiden sorgen (Rz. 77). 14

15 *Welche Bedeutung könnten Verfassungsnormen konkret haben*? Ein drittes Ziel des Interpretationsvorgangs ist die Rechtfertigung verfassungsmässiger Entscheide anhand alter Verfassungsnormen in neuen Kontexten (zu diesbezüglichen Detailfragen Rz. 81 ff.). Es ist «mit den zur Verfügung stehenden, begrenzten und unvollkommenen Mitteln [...] so präzise und nachvollziehbar wie möglich zu klären, was durch den Verfassungsgeber demokratisch vorentschieden ist [...], welche Interpretationsspielräume dabei offengeblieben sind [...] und was aus welchen Gründen unklar ist» (Biaggini, VdS, I.10, Rz. 39). Neben der Deutung fremder Wertentscheide über die Bedeutung von Verfassungsnormen (zur Auslegung Rz. 90 ff.) umfasst eine Verfassungsinterpretation auch politische und mikropolitische Wertentscheide der interpretierenden Akteure zur interpretativen Anreicherung des Inhalts von Verfassungsnormen (zur Konkretisierung Rz. 97 ff.) und ist verstärkt auf Methoden angewiesen, um verfassungsrechtliche Normbefehle aus einem heterogenen Verfassungsensemble zusammenzutragen und auf Aussagen anderer Normen abzustimmen (zur Koordination Rz. 105 ff.). Schliesslich verlangt jede Verfassungsinterpretation eine Rechtfertigung, weshalb das vorgeschlagene Normverständnis die Grenzen der Verfassungsinterpretation wahrt, vertretbar ist und auf Akzeptanz stossen dürfte (zur Rechtfertigung Rz. 119 ff.).

III. Was: Gegenstand der Verfassungsinterpretation

16 *Gegenstand*. Verfassungsinterpretation im vorliegenden Sinn bezieht sich auf das schweizerische Verfassungsrecht. Damit anhand der klassischen Auslegungselemente (zu diesen s. Rz. 91) aus Verfassungsnormen Antworten auf konkrete Rechtsfragen abgeleitet werden können, beschreibt der klassisch-hermeneutische Ansatz der Verfassungsinterpretation (s.a. Rz. 4) seinen Gegenstand durch eine mehr oder minder starke Gleichsetzung von Verfassung und Gesetz unter Verweis auf die rechtliche Bindungskraft und die Rechtssatzstruktur von Verfassungsnormen, den grundgesetzlichen Charakter der BV (exemplarisch Fleiner F., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 392) und die Gesetzesform der Verfassungsurkunde. Diese Sichtweise vermittelt eine höchst unpräzise Vorstellung über den Gegenstand der Verfassungsinterpretation; nur schon wegen des im Vergleich zu einem Gesetz anderen Steuerungsanspruchs der BV als republikanische, auf Ausgleich und Kompromiss ausgerichtete Rahmenordnung, die für die allermeisten Praxisfälle keine positive Verfassungsnorm enthält. Im Rahmen der Verfassungsinterpretation sind die spezifische Ausgestaltung der Grundelemente und Wesenszüge des schweizerischen Verfassungsrechts, seine Bewegungen in der Zeit und die politische Kultur im Umgang mit ihr als Faktoren eines schweizerischen Verfassungsverständnisses mitzubedenken (Rz. 17 ff.). Bevor die Bedeutung von Verfassungsnormen bestimmt werden kann, sind einzelne Verfassungsgehalte interpretativ aus einer Vielfalt an Erscheinungsformen (Rz. 23 ff.), Verfassungsschichten (Rz. 30 ff.), Norminhalten und -beschaffenheiten (Rz. 34 ff.) sowie Normierungstechniken (Rz. 38 ff.) zusammenzutragen und aufeinander abzustimmen. Ausserdem werden Verfassungsnormen stets in einem bestimmten Umfeld gedeutet, was eine verstärkte Befassung mit Fragen des realen, räumlichen, zeitlichen und normativen Kontexts verlangt, in dem eine Verfassungsinterpretation stattfindet (Rz. 46 ff.).

1. Verfassungsverständnisse

Verfassungsbegriff. Seine Geschichte wie auch die seiner engen Verwandten – politeia, constitutio, constitution – reichen weit hinter die Anfänge des Verfassungsstaates zurück und haben sich immer wieder auf neue Phänomene ausgedehnt (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler, VdS, I.1, Rz. 9 ff.; Aubert, Constitution, 17 ff.; Waldmann, Verfassung, 1198). Die Sprachhülse der Verfassung lässt sich nicht abschliessend definieren, weil sie auf unterschiedlichen Verständnissen mit Ursprüngen aus verschiedenen Zeiten beruht (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler, VdS, I.1, Rz. 12 ff.; Volkmann, Grundzüge, 9 ff.). Während juristisch-normative Verfassungsverständnisse die Verfassung als Kategorie des positiven Rechts verstehen, beschreibt eine deskriptive Lesart des Begriffs die Verfassungswirklichkeit einer Gesellschaft aus soziologischer, historischer, politischer oder ökonomischer Perspektive (für eine empirische Sicht z.B. Chilton/Versteeg, Constitutional Rights, passim). Ein juristisch-normativer Verfassungsbegriff wird regelmässig deduktiv anhand bestimmter idealtypischer Merkmale einer Verfassung wie der Kodifikation (geschrieben/ungeschrieben), der Änderbarkeit (starr/flexibel), der Eigenart ihrer Normen betreffend Entstehung und Inhalt (formell/materiell) oder ihrer Reichweite (universell/relativ) gebildet (zu idealtypischen Verständnissen der BV vgl. Belser, BSK BV, Einleitung, Rz. 34 ff.; Dubey/Martenet, CR Cst., Introduction générale, Rz. 6 ff.; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 109 ff.; grundlegend Volkmann, Grundzüge, § 2). Für die Lösung konkreter Interpretationsprobleme sind deskriptive wie auch normative Verfassungsverständnisse regelmässig zu unspezifisch. Ohne ein wie auch immer geartetes universales Verständnis von Verfassung (zu entsprechenden Vorbehalten vgl. Masing, Verfassung, Rz. 11 ff.; Reich J., Sogwirkung, 143) kann man sich dem Verfassungsbegriff nur durch eine empirisch-induktive Analyse von Verfassungen und ihrer Typologisierung anhand einer subjektiven Auswahl bestimmter Eigenschaften annähern (i.d.S. auch Aubert, Constitution, 49; Rhinow, Methodik, 86 ff. Möstl, Regelungsfelder, Rz. 4, 10 ff.). Vorliegend soll dies anhand folgender vier Faktoren geschehen: der Grundelemente einer Verfassung (Rz. 18), des darin angelegten Wechselspiels zweier Verfassungsbewegungen in der Zeit (Rz. 19), ihrer Wesenszüge (Rz. 20) sowie der politischen Kultur hinter ihr (Rz. 21) (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler, VdS, I.1, Rz. 1, differenzieren zwischen Essentialia, Akzidentialia und politischer Kultur). 17

Grundelemente. Für die Minimalanforderungen an den Inhalt einer Verfassung werden im westlichen Konstitutionalismus in Anknüpfung an Art. 16 der Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 in der Regel die gewaltengliedrige Herrschaftsorganisation (staatliche Sphäre), ihre demokratische Rückkoppelung an das Volk (gesellschaftliche Sphäre) und der Schutz Einzelner vor Allmacht durch Grundrechte (private Sphäre) genannt. Diese Grundelemente werden in der BV alle verwirklicht (vgl. Diggelmann/Hertig Randall/Schindler, VdS, I.1, Rz. 1; Eichenberger, Sinn, 165 ff.). Als zweites Grundelement westlicher Idealverfassungen gilt ihre Bedeutung als rechtliche Grundordnung eines Staates (Kägi, Grundordnung des Staates, 100 sowie passim; Mastronardi, Verfassungslehre, Rz. 425), welche die Entstehung anderer Rechtsformen regelt und gegenüber diesen Vorrang beansprucht (so in Bezug auf die BV Botsch. VE 96, 11; Mahon, Droit constitutionnel I, Rz. 23 ff.; Aubert, Constitution, 37 ff.; Burckhardt, Organisation, 202 ff.). Ein drittes Grundelement westlicher Verfassungen ist ihre instrumentale Funktion (die Materialien sprechen diesbezüglich gar von der «wichtigste[n] Leistung [...] überhaupt» [Botsch. VE 96, 13]; schon früh auch de Vattel, Droit des Gens, § 27; s.a. Tschannen, Staats- 18

recht, Rz. 129 ff.): Verfassungen richten politische Herrschaft ein, versorgen sie mit rechtlicher Autorität, dienen ihr als rechtliches Gestaltungsinstrument, beschränken politische Herrschaft und grenzen sie von sozialer Machtausübung ab. Im Lichte dieser instrumentalen Funktion von Verfassungen durchdringen Recht und Politik eine Verfassung nicht als Antagonisten, sondern werden durch Verfassungsrecht miteinander verwoben (vgl. Reich J., VdS, II.3, Rz. 10 ff.; Eichenberger, Sinn, 229 ff.; s.a. Ber. Wahlen, 20; grundlegend Luhmann, Recht, 468 ff.). Die BV ist dementsprechend zugleich «Ausdruck des politischen Grundkonsenses» und rechtliche «Rahmenordnung für die Politik» (Botsch. VE 96, 11; s.a. Präambel BV 1848; Ber. BV 1848, 4 f., Ber. Wahlen, 14, Botsch. VE 96, 11; Biaggini, Schweiz, Rz. 53).

19 *Verfassungsbewegungen*. Verfassungen sind Abbild und Ergebnis historischer Entwicklungen (s.a. Rz. 50). Als geschichtliches Recht (Bäumlin, Geschichte, 15 ff. u. passim) versucht auch die BV ihre Beseitigung in der Zeit durch ein Wechselspiel aus dynamisierender Gestaltung und stabilisierender Bewahrung politischer Herrschaft zu verhindern (allg. Kelsen, Reine Rechtslehre, 114 u. 196; im Titel, Herdegen, Konstitutionalismus, Rz. 70 ff.; in Bezug auf die BV Botsch. VE 96, 11 f., 18; Ber. Wahlen, 34 f.; Ber. BV 1848, 6; Diggelmann/Hertig Randall/Schindler, VdS, I.1, Rz. 7 f.; s.a. den Titel bei Waldmann, Verfassung, 1195 ff.). Das schweizerische Verfassungsrecht war und ist zukunftsoffenes Recht, auch weil es in «der Verantwortung gegenüber den künftigen Generationen» steht (Komm. zur Präambel, Rz. 30 ff.). Zugleich illustrieren zahlreiche, seit 1848 praktisch unverändert geltende Verfassungsnormen wie etwa Art. 3 oder 148 das Schicksal von Verfassungsrecht, altes Recht zu werden (Ber. Wahlen, 40). Dieses in der BV angelegte Zusammenspiel von Verfassungsstabilität und Verfassungsdynamik sucht nach einer Balance zwischen Konstanz und Wandel (Eichenberger, Sinn, 178 f., 225; ähnlich Bryde, Verfassungsentwicklung, 221; s.a. Botsch. VE 96, 11, 126; Ber. Wahlen, 34 f., 40 f.). Während für Verfassungsdynamik in der BV eher Einzelnormen sorgen, wird Verfassungsstabilität vor allem durch bewährte Institutionen und Verfahren vermittelt (vgl. Botsch. VE 96, 21; Vorbem. zu den Bundesbehörden, Rz. 3). Zudem setzt die BV zeitliche Verfassungskontinuität nicht mit Statik gleich, da «nur eine anpassungsfähige Verfassung eine dauerhafte Verfassung sein» kann (Schmid S., Verfassungsrevision, 649). Exemplarisch zeigt sich dieses spezifische Verhältnis von Verfassungsstabilität und -dynamik bei den Bestimmungen über die *Verfassungsrevision* (Art. 192 ff.): Das notwendige Mass an Verfassungsstabilität vermittelt ein obligatorisches Referendum mit Doppelmehr. Im Übrigen setzt ein weitgehender Verzicht auf Schranken, qualifizierte Quoren und erschwerende Verfahrensabläufe den Akzent bei der Verfassungsdynamik (weiterführend Vorbem. zur Verfassungsrevision, Rz. 6 ff.). Die *Verfassungsinterpretation* spielt sich ebenfalls zwischen diesen beiden Verfassungsbewegungen ab (s.a. Rz. 85 f., 95, 99; Giacometti, Auslegung, 1 ff.; Gärditz, Verfassungsentwicklung, Rz. 38; zum Methodenstreit über Verfassungsbewegungen auch Reich J., Originalismus, 716 ff.).

20 *Wesenszüge*. Sie machen die Eigenart einer Verfassung aus, sind entscheidend für ihren Wiedererkennungs- und Identifikationswert und widerspiegeln sich auch in ihrer Interpretationspraxis (Botsch. VE 96, 14 f.; zum Ganzen Diggelmann/Hertig Randall/Schindler, VdS, I.1, Rz. 2; Biaggini, VdS, I.10, Rz. 1). Als Wesenszug der BV wird immer wieder die vergleichsweise hohe *Dauerhaftigkeit* des schweizerischen Verfassungsstaates seit 1848 genannt (Eichenberger, Sinn, 251 ff.; Gärditz, Verfassungsentwicklung, Rz. 153 ff. spricht von der «Resilienz der Verfassung»). Ebenso zählen die ausgebauten *Volksrechte* (Art. 138 ff.) und das besondere *Revisionskonzept* der BV (näher Vorbem. zur Verfassungsrevision, Rz. 6 ff.) wie auch die ausgeprägten *Konkordanz-*

muster (z.B. Art. 147; Art. 175; s.a. Vorbem. zu Volk und Ständen, Rz. 13) und die *Vielsprachigkeit* (so explizit Art. 2 Bst. a SpG; näher Komm. zu Art. 4, Rz. 6 ff.; schon früh Fleiner F., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 29) zu den Wesenszügen der BV. Bestimmend für die Eigenart der BV ist aber auch der darin angelegte *Bundesstaat*, der auf einer bündischen Tradition, einer ausgeprägten Dezentralisation sowie einem Bewusstsein für Kooperation beruht (Vorbem. zur bundesstaatlichen Aufgabenteilung, Rz. 7 ff.; weiterführend zu den einzelnen Wesenszügen Kley A., VdS, I.4, Rz. 4 ff.).

Politische Kultur. Sie determiniert den «Geist der Verfassung» (Botsch. VE 96, 122), da letztlich 21
nicht die Grundelemente und Wesenszüge einer Verfassung über das Bekenntnis zu einem Verfassungsstaat entscheiden, sondern das tägliche Rechtsleben (Bäumlin, Geschichte, 44). Die politische Kultur hinter der BV erscheint in der Präambel, existiert im menschlichen Bewusstsein und beeinflusst dadurch den Vorgang der Verfassungsinterpretation ebenso diffus wie entscheidend (vgl. Saladin, Verfassungsverständnis, 379; s.a. Schindler D., Soziale Struktur, 81 u. 103; Marti, Urbild, 143; Papaux, CR Cst., Préambule, Rz. 7 ff.). In der Schweiz beziehen sich sakralisierende Rituale zur Pflege einer bestimmten Verfassungskultur weniger auf die BV als Rechtsakt, sondern mehr auf eine identitätsstiftende Form der Demokratie (zur Funktion von Art. 110 Abs. 3 Kley A., Nationale Selbstbehauptung, 455 ff.; zur Verfassungskultur in den USA Reich J., Originalismus, 715). Prägend für die politische Kultur des schweizerischen Verfassungsstaates ist unter anderem eine Grundhaltung von Bürgerinnen und Bürgern, die als Willensnation nach einer durch Bundesverfassungsrecht vermittelten Identität suchen (i.d.S. Botsch. VE 96, 14; weiterführend Sutter, Vertrauen, 379 f., der unter Verweis auf Jürgen Habermas von einem besonderen «Verfassungspatriotismus» spricht; s.a. Dubey/Martenet, CR Cst., Introduction générale, Rz. 90). Sodann ist die BV von einem ausgeprägten Sinn für den Wert von Ausgleich, Kompromiss und gegenseitiger Rücksichtnahme umgeben, der seit 1848 kulturelle, geografische, sprachliche und konfessionelle Gegensätze auf kleinstem Raum vereint (zur Integrationsfunktion Rz. 35). Diese Staatsräson der «helvetia mediatrix» (der Begriff stammt von Bäumlin, Parlamentarische Kontrolle, 226) durchdringt den Umgang zwischen Bund und Kantonen wie auch das Verhalten innerhalb und zwischen Bundesorganen (so z.B. die parteipolitische Zusammensetzung von BR und BGer; s.a. Komm. zu Art. 148, Rz. 25). Seit 1891 leistet zudem eine ausgeprägte «Verfassungskultur der Teilrevisionen» mittels Volksinitiativen ihren Beitrag zum Gelingen des schweizerischen Verfassungsstaates (Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 453; Schmid S., Verfassungsrevision, 651 ff.; Papaux, CR Cst., Préambule, Rz. 25 ff.). Nicht zuletzt schlägt sich die spezifische politische Kultur im Umgang mit der BV auch in einer bestimmten Verfassungsinterpretationskultur der Schweiz nieder (zur deutschen Interpretationskultur Volkmann, Dogmatisierung, 965 f.; zur Interpretationskultur in den USA vgl. Reich J., Originalismus, 714 ff.).

Massgebliche Verfassungsverständnisse? Was unter einer Verfassung verstanden wird, hängt von 22
der konkreten Verfassung und den sich wandelnden Erwartungen in der Zeit ab, welche die Behörden und die Allgemeinheit an sie haben (Ber. Wahlen, 19; s.a. Gonin, Interprétation, 467 ff.; zu unterschiedlichen Verständnissen vgl. Ber. Wahlen, 25 ff.; Saladin, Verfassungsverständnis, 366 ff.). Daraus resultiert jedoch keineswegs ein Freipass, mit dem man sich von der BV interpretativ ein beliebiges Verständnis bilden kann. Die BV darf weder idealisiert noch banalisiert oder für persönliche Interessen instrumentalisiert werden (Giacometti, Auslegung, 20). Massgeblich bleiben die in der BV angelegten und von ihr ausgehenden Verfassungsverständnisse

(s.a. Böckenförde, Verfassungsinterpretation, 2098). Ein Bewusstsein für die Ausprägung der Grundelemente und zeitlichen Verfassungsbewegungen in der BV, ihren Wesenszügen und der politischen Kultur im Umgang mit ihr schärft somit nicht bloss die Vorstellung über den Gegenstand der Verfassungsinterpretation. Entsprechende Überlegungen helfen Interpretinnen und Interpreten auch, die eigenen und die konkret massgeblichen Verfassungsverständnisse zu reflektieren und diese auszuweisen, Fehlschlüsse über die BV zu vermeiden und den grösseren Zusammenhang nicht zu verlieren. Ausserdem mahnen die erörterten Faktoren zu Vorsicht bei der Übertragung von Interpretationsmethoden aus anderen Verfassungsordnungen (vgl. Biaggini, VdS, I.10, Rz. 45; Gonin, Droit constitutionnel suisse, Rz. 858 ff.).

2. Erscheinungsformen schweizerischen Verfassungsrechts

23 *Geschriebenes Verfassungsrecht*. In der Verfassungsurkunde verankerter Verfassungstext macht einen wesentlichen, aber nicht den einzigen Bestandteil des schweizerischen Verfassungsrechts aus. Geschriebenes Verfassungsrecht ist nach dem vorherrschenden Methodenkonsens grundsätzlich nach denselben Regeln auszulegen wie Normen des einfachen Gesetzesrechts (näher dazu Rz. 4, 91). Zum geschriebenen Verfassungsrecht zählen fraglos die Bestimmungen der dritten BV 1999 in den amtlichen Fassungen aller Landessprachen (s.a. Rz. 33). Daneben gehören auch die Kantonsverfassungen zum geschriebenen Verfassungsrecht der Schweiz, die mit dem Erlass der BV 1848 nicht infrage gestellt wurden und bis heute originäre Staatsgewalt konstituieren (zum intertemporalen Verhältnis vgl. Art. 4 Übergangsbestimmungen BV 1848; Fassbender, VdS, I.8, Rz. 13; Jaag, VdS, I.5, Rz. 1 ff.). In seiner Gesamtheit lässt sich das geschriebene Verfassungsrecht der Schweiz daher nur als Zusammenspiel der BV und der 26 Kantonsverfassungen erfassen (Fassbender, VdS, I.8, Rz. 13 ff.; s.a. Dubey/Martenet, CR Cst., Introduction générale, Rz. 15).

24 *Unförmiges Verfassungsrecht*. Im modernen Verfassungsstaat wurde und wird eine Verfassung nicht mit einer einzelnen Verfassungsurkunde gleichgesetzt. Im 18. Jahrhundert verstand man unter «Constitution» noch ein Konglomerat von «leges fundamentales» (erstmals für die Schweiz wohl im Jahr 1697 Büeler, Compendium, 51 [fälschlich als 9 paginiert]; s.a. de Vattel, Droit des Gens, § 27 ff.). Das Geflecht von Bündnisverträgen und Gewohnheiten zwischen verbündeten und zugewandten Orten auf dem heutigen Territorium der Schweiz steht dafür beispielhaft (näher Schweizer, Wissenschaft vom Verfassungsrecht, Rz. 10; Aubert, Bundesstaatsrecht I, Rz. 254 f.). Die Erscheinungsform des unförmigen Verfassungsrechts, also positive Rechtssätze, die nicht in der formalen Verfassungsurkunde stehen, aber aufgrund ihrer fundamentalen Bedeutung zum materiellen Verfassungsrecht der Schweiz zählen, existiert heute vor allem in zwei Formen (vgl. Botsch. VE 96, 19; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 21 ff.; Belser, BSK BV, Einleitung, Rz. 32 ff.): als *gesetzesförmiges Verfassungsrecht* (z.B. Art. 11 ZGB: Rechtsfähigkeit von jedermann; Art. 1 StGB: Keine Sanktion ohne Gesetz; zu dringlichen BG ohne Verfassungsgrundlage s. Komm. zu Art. 165, Rz. 17 f.) sowie in der Form von *Völkerrechtsnormen* mit Verfassungsqualität wie etwa die Grundrechtsgarantien der EMRK (vgl. Botsch. Völkerrechtliche Verträge, 1254; Fassbender, VdS, I.8, Rz. 23 ff., insb. 27 ff.; Gonin, Droit convenstitutionnel, 49 ff., postuliert dafür den Begriff «droit convenstitutionnel»). Auf Gesetzesstufe herabgesetzte Verfassungsnormen verlieren ihre verfassungsrechtliche Erscheinungsform hingegen (Botsch. VE 96, 115; z.B. das Schächtverbot von Art. 25bis aBV in Art. 21 u. Art. 28 Abs. 1

Bst. f TschG). Die Existenz *separater Verfassungsgesetze* schliesst die BV mangels eines ausdrücklich verankerten Kodifikations- und Inkorporationsgebots ähnlich Art. 79 Abs. 1 nicht aus (s. z.B. BB vom 5.3.1920 über den Beitritt der Schweiz zum Völkerbundsvertrag [AS 36 651]). Derzeit existiert unförmiges Verfassungsrecht dieser Art indes nicht.

Ungeschriebenes Verfassungsrecht. Der Verfassung eines Gemeinwesens mittels Niederschrift einer Verfassungsurkunde sind gewisse Grenzen gesetzt. Die Erscheinungsform des ungeschriebenen Verfassungsrechts wirkt diesen Limiten entgegen (zu den Quellen nicht gesetzten Rechts s.a. Komm. zu Art. 5, Rz. 27), schafft dabei aber seinerseits drei Probleme: Erstens stellt sich die Frage, wie ungeschriebenes Verfassungsrecht ohne formelle Änderung des Verfassungstextes erzeugt und legitimiert wird, zumal wiederholendes Verhalten an sich noch keine Normativität schafft (Möllers, Möglichkeit, 168 ff.). Zweitens mangelt es ungeschriebenem Verfassungsrecht an einem formellen Verfassungstext – und damit der Verfassungsinterpretation an einem verbindlichen Anknüpfungspunkt mit entsprechender Autorität und demokratischer Legitimation. Drittens birgt ungeschriebenes Verfassungsrecht die Gefahr von Rechtsunsicherheiten und schwächt Wortlautargumente ab. Nicht zuletzt ist der Oberbegriff des ungeschriebenen Verfassungsrechts auch unpräzise, da er weder die unterschiedlichen Arten nicht gesetzten Verfassungsrechts noch ihre unterschiedliche Behandlung im Rahmen der Verfassungsinterpretation ausweist (Rz. 26–29). 25

Inhärentes Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Normbefehle können in einem formellen Verfassungsrevisionsverfahren implizit mitverabschiedet werden, ohne im Verfassungstext zum Ausdruck zu kommen. *Erzeugt* wird diese Erscheinungsform schweizerischen Verfassungsrechts demnach im Verfahren der Verfassungsrevision, *legitimatorisch* unterscheidet sich inhärentes Verfassungsrecht daher nicht von geschriebenem Verfassungsrecht. Probleme bereiten vielmehr die damit einhergehenden Rechtsunsicherheiten mangels eines Verfassungstextes. Die *Totalrevision 1999* hat inhärentes Verfassungsrecht kodifiziert, allen voran diverse ungeschriebene Grundrechtsansprüche (Botsch. VE 96, 15, 44; zum Regime unter der aBV statt vieler BGE 121 I 367 E. 2a, 370; grundlegend Giacometti, Freiheitskataloge, 25 ff.) und verschiedene stillschweigende Bundeskompetenzen (weiterführend Tschannen, Staatsrecht, Rz. 749 ff.). Bei der letzten Totalrevision wurde inhärentes Verfassungsrecht aber auch nachgeführt (z.B. die Schranke der faktischen Undurchführbarkeit [Botsch. VE 96, 445]) und sogar neu geschaffen (z.B. das Erfordernis des Gesamtinteresses nach Art. 31bis Abs. 3 aBV; dazu Botsch. VE 96, 308; s.a. das Verbot politischer Vorrechte nach Art. 4 Abs. 1 aBV). *Seit der Totalrevision 1999* wurde nur vereinzelt neues inhärentes Verfassungsrecht anerkannt, etwa die stillschweigenden Bundeskompetenzen zum Erlass des BGÖ. Eine Interpretation von inhärentem Verfassungsrecht verlangt neben einer historischen und teleologischen Auslegung auch institutionelle und prozessuale Argumente sowie eine instrumentale Deutung der BV (näher Rz. 93 f.; s.a. Rz. 96). 26

Verfassungsgewohnheitsrecht. Diese Erscheinungsform schweizerischen Verfassungsrechts tritt weder im Verfassungstext zutage noch ergeht sie in einem Revisionsverfahren nach Art. 192 ff. Folge davon sind Defizite in legitimatorischer Hinsicht sowie Rechtsunsicherheiten, die drei kumulative Voraussetzungen kompensieren sollen (vgl. Tschannen, Staatsrecht, Rz. 54 ff. m.H. auf Bsp.; grundlegend Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 418 ff.; Burckhardt, Organisation, 217 ff.; zu den verwandten Kriterien des BGer für die Anerkennung ungeschriebener Grundrechte BGE 121 I 367 E. 2a, 370): 27

1. der allgemeine, einheitliche und dauernde Gebrauch einer Regelung in der Praxis des gesamten Bundesstaates (Consuetudo Iuris) als Ersatz für die formell-rechtliche Grundlage (BGE 136 I 376 E. 5.2, 386 ff.; s.a. Art. 7 Abs. 2 EMRK);
2. die allgemeine und mehrfach bestätigte Rechtsüberzeugung der Behörden und der Betroffenen, dass die gefundene Regelung Verfassungsrechtsqualität besitzen soll (Opinio Iuris);
3. keine entgegenstehenden Vorentscheide rechtsetzender Organe, die durch Verfassungsgewohnheitsrecht verdrängt würden (BGE 138 I 196 E. 4.5.4, 203 f.).

Die Anerkennung gewohnheitsrechtlicher Bundeskompetenzen wird aufgrund von Art. 3 generell als unzulässig erachtet (Tschannen, Staatsrecht, Rz. 752 f.). Darüber hinaus schliesst die Kodifikation der BV die Existenz von Verfassungsgewohnheitsrecht nicht aus, doch ist seine Bedeutung weitaus kleiner als in Staaten ohne Verfassungsurkunde. Eines der wenigen Beispiele von Verfassungsgewohnheitsrecht ist das ausserordentliche Staatsvertragsreferendum von Volk und Ständen (näher Komm. zu Art. 140, Rz. 14; zu kantonalem Verfassungsgewohnheitsrecht BGE 136 I 376 E. 5.2, 386 ff.). Die Verfassungspraxis bevorzugt denn auch die extensive Auslegung von Aufhängern im Verfassungstext sowie die Anerkennung inhärenten Verfassungsrechts gestützt auf historische und teleologische Argumente gegenüber dem aufwendigen empirischen Nachweis von Verfassungsgewohnheitsrecht.

28 *Verfassungspraxis.* Trotz der geschriebenen BV gilt diese Erscheinungsform von Verfassungsrecht als unbestritten (statt vieler Botsch. VE 96, 44; Haller/Kölz/Gächter, Allgemeines Staatsrecht, Rz. 399 ff.; für die USA Sunstein, Legal Reasoning, 79 ff.). Die normative Tragweite der Verfassungspraxis wirft indes Fragen auf (s.a. Biaggini, Auslegung, 318). Das durch die Behörden geformte Verständnis von «Neutralität» nach Art. 185 Abs. 1 (näher Komm. zu Art. 185, Rz. 25 ff. sowie Vorbem. zur Aussenverfassung, Rz. 20) oder die in der Praxis entwickelten Teilgehalte der Verfahrensgrundrechte (näher Komm. zu Art. 29, Rz. 30 ff.) und der politischen Rechte (näher Komm. zu Art. 34, Rz. 14 ff.) erscheinen weder im Verfassungstext noch werden sie in einem förmlichen Verfahren der Verfassungsgebung erzeugt und legitimiert. Die Bindungskraft kasuistischer Erscheinungsformen von Verfassungsrecht beruht daher nicht auf Art. 5 Abs. 1, sondern einem sich aus den Grundsätzen des Vertrauensschutzes ergebenden Anspruch auf Kontinuitätsvertrauen (näher Komm. zu Art. 9, Rz. 111 ff.; zur beschränkten Befolgungspflicht gegenüber Präjudizien vgl. Hänni, Case Law, 70; Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 500). Die notwendige Legitimation verschafft sich die Verfassungspraxis durch einen argumentativen Aufhänger im positiven Verfassungsrecht; für die notwendige Rechtssicherheit soll ein besonders gearteter Verfassungsmassstab zwischen abstraktem Rechtssatz und konkretem Sachverhalt sorgen (Lepsius, Massstabsetzende Gewalt, 175; s.a. Reich J., Sogwirkung, 140 f.; a.M. Seiler, Verfassungsgerichtsbarkeit, 456, welcher der Verfassungspraxis Verfassungsrang attestiert; zu unterschiedlichen Bindungsmassstäben s.a. Rz. 43 u. 71 f.). Dies wird etwa deutlich, wenn Entscheide des BGer oder Botschaften des BR zu Volksinitiativen vorab konkrete Normdeutungen aus früheren Entscheiden losgelöst von ihrem Kontext rezipieren, um diese im Anschluss auf den Anlassfall anzuwenden (exemplarisch BGE 142 I 49 E. 3.2 ff., 52 ff.; Botsch. Durchsetzungsinitiative, 9466 ff.). Verschärft wird eine derartige Ablösung rechtlicher Argumente von ihren Sachverhalten in der Rechtsprechung des BGer durch Regesten, eine stark verkürzte Wiedergabe von Sachverhalten, die Verwendung von Textbausteinen sowie abstrakte und konkrete Erwägungsteile. Interpretativ ist diesen Tendenzen durch eine stärker am realen, institutionellen und prozessualen Kontext orientierte Kasuistik entgegenzuwirken (vgl. Rz. 94, 98, 100).

Verfassungskonventionen. Da Verfassungskonventionen keine Rechtsform besitzen, rechtlich nicht durchsetzbar sind und nur gelten, solange sich ihre Befolgung in der politischen Praxis bewährt, handelt es sich nicht um eine Erscheinungsform von Verfassungsrecht (Diggelmann/Hertig Randall/Schindler, VdS, I.1, Rz. 6; Haller/Kölz/Gächter, Allgemeines Staatsrecht, Rz. 397; weiterführend Marshall, Conventions, passim). Zuweilen werden Verfassungskonventionen jedoch in formelles Verfassungsrecht umgegossen, so etwa das Vernehmlassungsverfahren nach Art. 147 (Botsch. VE 96, 376 f.; vgl. Tschannen, Staatsrecht, Rz. 126 f. m.H. auf weitere Bsp.). 29

3. Schichten der Bundesverfassung

Strukturprinzipien. Diese Verfassungsschicht hat sich, einem Sediment ähnlich, am Grund der BV verfestigt und erscheint nicht in der Verfassungsurkunde (vgl. hingegen Art. 1 KV BE; Art. 20 Abs. 1 GG). Die «strukturbestimmenden Grundentscheidungen» des schweizerischen Gemeinwesens bringen einen Grundkonsens über die spezifische Ausgestaltung des Bundes als Demokratie, als Rechtsstaat, als Bundesstaat und als Sozialstaat zum Ausdruck (Botsch. VE 96, 14; s.a. Komm. zu Art. 5, Rz. 13; weiterführend Dubey/Martenet, CR Cst., Introduction générale, Rz. 31 ff.; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 185 ff.; Biaggini, Schweiz, 56; grundlegend Riklin/Moeckli, Staatsidee, 12 ff.). Als verfassungsstaatliche Formungsentscheide prägen die Strukturprinzipien die schweizerische Verfassungsordnung und weisen einen engen Bezug zu ihren Grundelementen und deren Ausgestaltung auf (Rz. 18). Das Verhältnis der strukturbestimmenden Grundentscheide untereinander regelt die BV über eine abstrakte Gleichwertigkeit hinaus nicht näher. «Die Lösung von Zielkonflikten» überantwortet die BV «vorab dem Verfassungs- und Gesetzgeber, ferner auch den übrigen Staatsorganen, die in der konkreten Entscheidungssituation abwägend zwischen den widerstrebenden Gesichtspunkten zu vermitteln haben» (Botsch. VE 96, 17; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 248 ff.; s.a. Komm. zu Art. 5, Rz. 13). Wie bei jedem interpretativen Rückgriff auf Verfassungsschichten unterhalb des Verfassungstextes laufen Wortlautargumente leer (zur Oberfläche Rz. 35). Ein Zugriff auf den Verfassungsuntergrund muss daher über einen positivrechtlichen Einstiegspunkt und seine systematische und teleologische Auslegung hergestellt werden (näher Rz. 103). 30

Verfassungsgrundsätze. Zwischen der Verfassungsoberfläche und dem Verfassungsgrund werden in verschiedenen Verfassungsnormen enthaltene Gehalte in Verfassungsgrundsätzen gebündelt (auch Verfassungsprinzipien). Teils handelt es sich dabei um Verfassungsgehalte ohne eigenen Rechtsquellencharakter, welche die Praxis aus verschiedenen Verfassungsnormen interpretativ zusammenführt. Beispiele sind etwa die Grundsätze der Weltoffenheit, des Umweltschutzes oder der wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung (Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 217 ff.; Vallender, Ordnungspolitischer Grundentscheid, 1032 ff.). Teils werden aber auch der BV inhärente Leitvorstellungen des schweizerischen Verfassungsstaates mit Rechtsquellencharakter als Verfassungsgrundsätze bezeichnet (Eichenberger, Komm. BV 1874, Einleitung, Rz. 112 ff.; zum inhärenten Verfassungsrecht s.a. Rz. 26). Sie können regelungstechnisch aus Gründen der Transparenz positivrechtlich verankert werden (z.B. das Legalitäts- und das Verhältnismässigkeitsprinzip [Art. 5 u. 36]) oder der BV stillschweigend zugrunde liegen (z.B. das Gewaltenteilungsprinzip Botsch. VE 96, 13; weiterführend Seiler, Gewaltenteilung, 605 sowie passim). Zur Rolle von Verfassungsgrundsätzen im Vorgang der Verfassungsinterpretation Rz. 103. 31

32 *Verfassungsfunktionen*. Ein Gemeinwesen stellt an seine Verfassung bestimmte Erwartungen (dazu Botsch. VE 96, 12 ff.; Ber. Furgler, 14 ff.; Ber. Wahlen, 14 ff.). Solche Verfassungsfunktionen beschreiben Zusammenhänge zwischen der konkreten Ausprägung der idealtypischen Grundelemente der BV durch einzelne Verfassungsnormen (Rz. 18) und der politischen Kultur dahinter (Rz. 21). Die Materialien der BV betonen – im Sinne einer zeitlichen Momentaufnahme – ihre Organisations- und Machtkontrollfunktion, ihre Orientierungsfunktion, ihre Integrationsfunktion (s.a. Rz. 21, 35), ihre Steuerungsfunktion und ihre Brückenfunktion (Botsch. VE 96, 12; näher zu weiteren und anders bezeichneten Verfassungsfunktionen Eichenberger, Sinn, 175 ff.; Häfelin, Verfassungsgebung, 78 ff.; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 46 ff.; Dubey/Martenet, CR Cst., Introduction générale, Rz. 26 ff.; Belser, BSK BV, Einleitung, Rz. 42 ff.). Soll ein interpretativer Rückgriff auf Verfassungsfunktionen die normativen Schichten der BV nicht vernachlässigen, sind weniger die Verfassungsfunktionen selbst zu analysieren als die Normierungstechniken von Verfassungsnormen (näher Rz. 38 ff.), durch die sie verwirklicht werden (i.d.S. Vosskuhle, Verfassungsstil, 46 ff.).

33 *Verfassungssprache*. An der Oberfläche erscheint die BV als Ausdruck von Sprache in Textform. Die Verfassungssprache ist ein wesentliches Steuerungselement von Verfassungsnormen – und damit weitaus mehr als ein Stilmittel (i.d.S. Botsch. VE 96, 20). Nach allgemeiner Auffassung lässt sie sich durch Wortlautargumente erschliessen. Eine sprachbedingte Besonderheit der BV sind Verfassungstexte in französischer, deutscher und italienischer Fassung (Art. 70 Abs. 1), die «in gleicher Weise verbindlich» sind (vgl. Art. 14 Abs. 1 PublG; weiterführend Reich J., Polyglossie, 145 ff.). Unterschiede zwischen verschiedenen Sprachfassungen einer bestimmten Verfassungsnorm sind daher möglich und werfen besondere Interpretationsfragen auf. Anlässlich der Totalrevision 1999 erfolgte eine Überarbeitung der Verfassungssprache aus namentlich drei Gründen: Erstens sollten Lesbarkeit und Verständlichkeit der BV gestärkt werden, indem «das geltende Verfassungsrecht [...] in einem neuen Verfassungstext vereinigt, vervollständigt, systematisch geordnet und in einer zeitgemässen und verständlichen Sprache wiedergegeben» wird (Botsch. VE 96, 25, 34, 45 f.). Zweitens galt es, die verschiedenen Sprachversionen besser aufeinander abzustimmen (Botsch. VE 96, 45 f.). Drittens wollte man sich sprachlich «nicht ganz vom Bekannten lösen, weil [die bewährte Verfassungssprache] Identifikations- und Traditionsanschlüsse» ermöglicht und für eine bestimmte politische Kultur steht (Botsch. VE 96, 45). Das Resultat ist eine überwiegend einfach gehaltene, nüchterne Verfassungssprache, die sich ihr Pathos für die Präambel aufspart (Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 127). Tonangebend sind der Nominalstil und kurze Sätze, die mit dem Subjekt beginnen, dem Prädikat fortfahren, bevor sie zu den Objekten übergehen (exemplarisch «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht» [Art. 5 Abs. 1]; «Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich» [Art. 8 Abs. 1]). Im Allgemeinen beabsichtigt die grundlegend redigierte Verfassungssprache der BV keine materiellen Änderungen, doch «neue Formulierungen eröffnen [...] immer auch neue Möglichkeiten der Akzentsetzung und Interpretation» (Botsch. VE 96, 117). Gerade höchst prägnante Formulierungen wie in Art. 5 Abs. 1 stellen die Verfassungsinterpretation paradoxerweise oft vor Herausforderungen. Zuweilen sorgen zudem angenommene Volksinitiativen, die von einem Initiativkomitee formuliert wurden, für interpretativ herausfordernde Stilbrüche im Verfassungstext (ausschweifend z.B. Art. 95 Abs. 3; Art. 119 Abs. 2; in terminologischer Hinsicht z.B. Art. 121*a*). Behörden machen sich die sprachliche Komplexität solcher Verfassungsnormen regelmässig zunutze (z.B. Komm. zu Art. 121*a*, Rz. 66 ff.).

4. Aufbau der Bundesverfassung

Gliederung. Die BV besitzt seit der letzten Totalrevision eine klare(re) *äussere Systematik*, die sich 34
nach dem vorherrschenden Methodenkonsens der Verfassungsinterpretation durch eine systematische Interpretation der BV erschliessen lässt (Tschannen, Staatsrecht, Rz. 156 ff.; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 520 ff.). Der Verfassungsstoff wird in 6 Titel gegliedert (Allgemeine Bestimmungen; Grundrechte, Bürgerrechte und Sozialziele; Bund, Kantone und Gemeinden; Volk und Stände; Bundesbehörden sowie Revision der Bundesverfassung und Übergangsbestimmungen). Zudem sorgen im Unterschied zur aBV nun Sachüberschriften für einzelne Artikel, Abschnitte und Kapitel für einen verständlicheren Aufbau (vgl. Botsch. VE 96, 34). Daneben lassen sich verschiedene Regelungsfelder der BV – wenn auch nicht immer trennscharf – begrifflich in Bereichsverfassungen wie der Sicherheitsverfassung (Art. 57–61), der Bildungsverfassung (Art. 61*a*–68) oder der Wirtschaftsverfassung (Art. 94–107) zusammenfassen. An einzelnen Stellen führt die äussere Systematik der BV zu hinnehmbaren Doppelspurigkeiten (z.B. Art. 5*a* u. Art. 43*a*; Art. 138 f. u. Art. 193 f.). Bei der Nachführung 1999 war man sich bewusst, dass die neue Systematisierung des geltenden Verfassungsrechts «nicht ohne Auswirkung auf die Auslegung bleiben wird» (Botsch. VE 96, 46). Seither erzeugten diverse angenommene Volksinitiativen wie etwa Art. 10*a* oder Art. 72 Abs. 3 eine punktuelle Unordnung in der Gliederung und stören durch verfassungsförmiges Gesetzesrecht das «Ebenmass» der BV (Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 27; s.a. Dubey/Martenet, CR Cst., Introduction générale, Rz. 91 f.).

Einheit oder Geflecht? Die klassisch-hermeneutische Verfassungsinterpretation (vgl. Rz. 4) beruht 35
auf einem ganzheitlichen Verfassungsverständnis, das – ohne die Möglichkeit von Konflikten zwischen Verfassungsnormen zu leugnen – von einer Einheit und Widerspruchslosigkeit der BV ausgeht, die eine interpretative Ableitung stimmiger Lösungsangebote aus der Rechtsordnung überhaupt erst ermöglicht (exemplarisch Botsch. Ausschaffungsinitiative, 5984; s.a. Rz. 105). Das Zerrbild einer inneren Systematik der Verfassung ähnlich einem logischen Organismus oder der göttlichen Ordnung wurzelt im aufklärerisch-revolutionären Staatsdenken des 19. Jahrhunderts, seinerseits inspiriert von der Naturrechtslehre und dem Kirchenrecht (exemplarisch Burckhardt, Organisation, 132 ff.). Um den Gegenstand der Verfassungsinterpretation in seiner Komplexität auch nur annäherungsweise zu erfassen, ist die Idealvorstellung einer systematisch und hierarchisch gegliederten Rechtsordnung ohne Widersprüche wenig hilfreich (Komm. zu Art. 5, Rz. 23; näher Rz. 57). Die BV beruht gerade nicht auf einem logisch geschlossenen Wertesystem (Ber. Wahlen. 25 f.; Ber. Furgler, 6, 15; unklar Botsch. VE 96, 11; zur Rechtslage in Deutschland Volkmann, Dogmatisierung, 966 ff.). Sie «bildet keine Einheit, sondern [...] eine historisch gewachsene Struktur punktueller, nicht immer bewusst verbundener und aufeinander abgestimmter Prinzipien, Garantien und Aufträge» (BGE 139 I 16 E. 4.2.1, 24; BGE 141 I 36 E. 5.6.4, 46; BGE 140 II 157 E. 7.3, 161; Belser, BSK BV, Einleitung, Rz. 63; Häfelin, Verfassungsgebung, 116). Jens Kersten erfasst diese heterogene Vielfalt und normative Mehrdimensionalität von Verfassungen mit dem Begriff der «Assemblage» (Zuspitzung, 38 ff.). Umgekehrt besitzt die BV seit ihren Anfängen eine einheitsstiftende Integrationsfunktion im zusammenwachsenden Bundesstaat (Botsch. VE 96, 12; Schindler B., Rechtsanwendungsgleichheit, 168 ff.; s.a. Rz. 21). Ihretwegen ist die BV als «zwar vielseitige[r] und keineswegs spannungslose[r], aber doch auf die Einheit des politischen Gemeinwesens gerichtete[r] Ordnungszusammenhang zu interpretieren»

(Ehmke, Verfassungsinterpretation, 77; ähnlich Tschannen, Staatsrecht, Rz. 6). Insgesamt positioniert sich die BV durchaus umsichtig gegenüber dem «falschen Dogma der Geschlossenheit des Rechtssystems» (Jellinek, Staatslehre, 23). Im Rahmen der Verfassungsinterpretation darf weder jede Unebenheit wegharmonisiert noch der in der BV angelegte Integrations- und Ordnungsgedanke aufgelöst werden (näher zur praktischen Konkordanz und der Einheit der Verfassung als Methoden Rz. 117 f.). Die BV ist von ihrer Vielfalt her als *Geflecht von Normen* zu verstehen (ähnlich Huber H., Formenreichtum, 183), da sie ihre Steuerungskraft weniger über die Gesamtverfassung als über miteinander nicht näher verbundene Einzelbestimmungen entfacht (Tschannen, Staatsrecht, Rz. 144). Als heterogenes Normgefüge ist die BV in besonderem Masse auf Instrumente angewiesen, mit denen verfassungsrechtliche Normbefehle aus einem Geflecht verschiedener Erscheinungsformen und Schichten schweizerischen Verfassungsrechts zusammengetragen und auf Aussagen anderer Normen und Normordnungen abgestimmt werden können (näher zum normativen Kontext und zur Koordination von Verfassungsnormen Rz. 57 ff. resp. 106 ff.).

5. Normen der Bundesverfassung

5.1 Norminhalte

36 *Punktualität und Heterogenität.* Als Rahmenordnung regelt die BV schlichtweg das Ganze, aber bei Weitem nicht alle Inhalte staatlichen Handelns (i.d.S. Ber. Furgler, 14). Sie erhebt einen umfassenden Regelungsanspruch von der Staatsorganisation (Art. 42–195) über die Stellung Einzelner zum Staat (Art. 7–36) bis hin zu Kompetenzen des Bundes, eine Biersteuer zu erheben (Art. 131 Abs. 1 Bst. c) oder Wanderwege zu erhalten (Art. 88). Folge davon ist eine grosse inhaltliche Heterogenität und Punktualität von Verfassungsnormen (exemplarisch Belser, BSK BV, Einleitung, Rz. 63). Eine idealtypische Unterscheidung zwischen Organisationsnormen, Grundrechten und -pflichten, Kompetenz- und Aufgabennormen sowie Zielbestimmungen und anderen Verfassungsnormarten mag als didaktische Erklärungshilfe für die Verfassungsfunktionen dienen (weiterführend zu Normarten Belser, BSK BV, Einleitung, Rz. 44 f.; Biaggini, Staatsrecht, § 7, Rz. 18; Häfelin, Verfassungsgebung, 89 ff.; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 65 ff.). Für die Verfassungsinterpretation ist eine Unterscheidung idealtypischer Normgehalte hingegen von beschränktem Nutzen, weil sie die konkrete Tragweite von Verfassungsnormen nicht beschreiben kann. Ertragsreicher ist die interpretative Suche nach Erkenntnissen über die Normierungsformen (Rz. 37 ff.) und die Wirkweisen (Rz. 43 ff.) der konkret zu deutenden Verfassungsnormen (näher zu normbezogenen Argumenten abseits des Wortlauts Rz. 92 ff.).

5.2 Normierungsformen

37 *Normierungsdichte.* Verfassungsnormen wird allgemein eine geringe Normbestimmtheit attestiert, ihrer grammatikalischen Interpretation deshalb ein beschränkter Nutzen nachgesagt (exemplarisch Tschannen, Staatsrecht, Rz. 142 f. u. 153 ff.; Moor, Mikropolitik, 61 ff.; Hinderling, Rechtsnorm, 177 ff.; Wyss K.-M., Umsetzung, Rz. 133 ff.; s.a. Komm. zu Art. 5, Rz. 37 ff.). Die Normierungsdichte der BV ist zwar ausgewogener und geringer als noch unter der aBV (Botsch. VE 96, 34). Aus rechtsvergleichender Sicht besitzt die BV indes teilweise einen sehr ausgeprägten

Hang zum Detail (z.B. Art. 104 [Landwirtschaft], Art. 95 [Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit]). Unbestimmte Verfassungsnormen sorgen für Verfassungsdynamik in der BV, indem sie eine nachträgliche Berücksichtigung von Interessen auf der Handlungs- und der Kontrollebene durch politische und mikropolitische Entscheide ermöglichen (Moor, Mikropolitik, 61 ff.; Tschannen, Stimmrecht, Rz. 782 ff.). Diskrepanzen zwischen dem Steuerungsangebot von Verfassungsnormen und der Steuerungsnachfrage sind demnach kein Fehler, sondern ein zentrales Steuerungselement der BV (i.d.S. Hinderling, Rechtsnorm, 177; s.a. Moor, Mikropolitik, 61 ff.; Komm. zu Art. 5, Rz. 32). Offene Formulierungen erlauben es, ohne formelle Änderung des Verfassungstextes schrittweise Konsens über den Gehalt einer Verfassungsnorm aufzubauen (s.a. Rz. 39, 53). Die BV enthält aber auch sehr bestimmte Texte, die Verfassungsgehalte stabilisieren und ihrer interpretativen Anreicherung Grenzsteine setzen (Rhinow, Methodik, 193 f.). Neben einer zu tiefen kann also auch eine zu hohe Normbestimmtheit von Verfassungsnormen Steuerungsprobleme erzeugen (z.B. Art. 121 Abs. 3; s.a. Tschannen, Stimmrecht, Rz. 784 ff.). Insgesamt erweist sich die Normierungsdichte damit als wesentliches, aber bei Weitem nicht als einziges Steuerungselement einer Verfassungsbestimmung. Mit dem verwaltungsrechtlichen Konzept des unbestimmten Rechtsbegriffs ist bei Verfassungstexten demnach Vorsicht geboten, zumal eine geringe Normbestimmtheit nicht gleichbedeutend sein muss mit verfassungsdynamisierenden Steuerungsabsichten des Verfassungsgebers (Bäumlin, Geschichte, 33 ff.; Huber H., Konkretisierung, 204; ähnlich für das Verwaltungsrecht, Schindler B., Verwaltungsermessen, Rz. 286 ff.; a.M. wohl Tschannen, Staatsrecht, Rz. 142 ff.; zur Normanwendbarkeit s.a. Rz. 44). Die Unterschiede zwischen Verfassung und Gesetz in Bezug auf die Normierungsdichte betreffen denn auch nicht die Qualität und nur bedingt die Quantität unbestimmter Rechtsnormen, sondern primär eine institutionelle Frage: Während die Anreicherung offener Gesetzesnormen in erster Linie Sache der Justiz oder der Verwaltung ist, sind unbestimmte Verfassungstexte primär durch den Gesetzgeber zu konkretisieren.

Normierungstechnik. Verfassungsnormen organisieren politische Kompromisse und bleiben letzt- 38
lich solche, da sich die mannigfachen Verfassungsinhalte (vgl. Rz. 36) und die gegenläufigen Verfassungsfunktionen (vgl. Rz. 32) am Ende nicht in einem einheitlichen Leitgedanken auflösen lassen (vgl. Vosskuhle, Verfassungsstil, 38 unter Verweis auf Saladin, Verfassungsverständnis, 373 f.; s.a. Ber. Wahlen, 32; Botsch. VE 96, 11; s.a. Rz. 22). Als rechtlich-politische Doppelphänomene (dazu Rz. 18) greifen Verfassungsnormen daher auf verschiedene Normierungstechniken zurück, die politische Kompromisse festschreiben, fortsetzen und erneuern können. Zusammenhänge zwischen dem Inhalt von Verfassungsnormen und der verwendeten Normierungstechnik fragen nach den politischen Beweggründen für die konkrete Ausgestaltung einer Verfassungsnorm, welche die traditionelle Methodenlehre eher unspezifisch durch teleologische Argumente zu erfassen versucht (s.a. Rz. 45, 93). Für zusätzliche Orientierung kann dabei die nachfolgende Typologie verschiedener Normierungstechniken von Verfassungsnormen sorgen (Rz. 39–42).

Stichwortnormen. Diese Normierungstechnik ermöglicht eine nachträgliche Herstellung politi- 39
scher Kompromisse, indem sie eine Vielzahl von Erwartungen bündelt und eine Verfassungsnorm gegenüber Anreicherungen durch andere Organe aufgrund von gesellschaftlichen Entwicklungen sowie anderen Elementen im Recht öffnet (z.B. Art. 5 Abs. 4: «beachtet», näher auch Rz. 93; Art. 14: «Ehe»; Art. 130: «Mehrwertsteuer»; Art. 169: «Oberaufsicht»). Stichwortnormen verwirklichen die Integrationsfunktion der BV (dazu Rz. 21), indem auf der Steuerungsebene bloss eine rudimentäre Richtung über den Inhalt der Bestimmung vorgegeben wird, ohne diesen

zu fixieren (näher zur den Wirkebenen Rz. 7, 70 ff.). Auf der Handlungs- und Kontrollebene ermächtigen Stichwortnormen wie etwa Grundrechte (Art. 7–34), aber auch zahlreiche Bundeskompetenzen (z.B. Art. 69 [Kultur]), Organisationsvorschriften (z.B. Art. 169 [Oberaufsicht]) oder Aufgabennormen (Art. 185 Abs. 1 [Neutralität]) Organe dazu, Verfassungsnormen mit Inhalt anzureichern. Bei der Interpretation solcher Verfassungsnormen geht es folglich nicht um die Beseitigung von Mehrdeutigkeiten, sondern die schöpferische Anreicherung und Entwicklung von Stichworten (näher zur Konkretisierung Rz. 97 ff.). Dies verlangt neben einer Interpretation der Stichwortnorm selbst vor allem auch ein institutionelles und prozessuales Rechtsdenken (näher Rz. 94, 98).

40 *Verfassungsvorbehalte*. Diese Normierungstechnik fixiert politische Kompromisse für die Zukunft durch Verfassungstext. Der Verfassungsgeber nimmt Entscheide vorweg, die von Organen auf der Handlungs- und der Kontrollebene zu respektieren sind. Im Vordergrund stehen die Steuerungs- und die Machtkontrollfunktion der BV. Verfassungsvorbehalte können sich auf bestimmte *Inhalte* (z.B. Leihmutterschaftsverbot [Art. 119 Bst. d]; Militärdienstpflicht für Männer [Art. 59 Abs. 1]; Landesversorgung [Art. 102 Abs. 1]; Strukturpolitik [Art. 103]) wie auch die *Staatsorganisation* (z.B. Sammelfristen für Referenden [Art. 141 Abs. 1]; umfassende Informationsrechte [Art. 169 Abs. 2]) beziehen. Regelmässig sind auch *angenommene Volksinitiativen* in weiten Teilen als Verfassungsvorbehalte ausgestaltet (z.B. Art. 10*a*, 75*b* Abs. 1, Art. 121*a*). Regelungstechnisch greifen Verfassungsvorbehalte meist auf rigide Formulierungen zurück, die auf der Handlungs- und Kontrollebene keine oder geringe Gestaltungsräume belassen und entsprechende Normgehalte gegenüber dortigen Anreicherungen abdichten (z.B. Art. 141 Abs. 1: «innerhalb von 100 Tagen seit der amtlichen Veröffentlichung des Erlasses»).

41 *Handlungsvorgaben*. Diese Normierungstechnik hält, basierend auf Erfahrungen der Vergangenheit, Voraussetzungen für das Finden und Erhalten politischer Kompromisse in der Zukunft fest. Auf der Steuerungsebene erteilt der Verfassungsgeber dazu Anweisungen in verschiedenen Stärkegraden für das Treffen von politischen und mikropolitischen Entscheiden auf der Handlungsebene. *Staatszielbestimmungen und Programmartikel* wie Art. 2, 41 oder 54 Abs. 2 spuren bestimmte Anforderungen an den Inhalt von Staatsakten diffus vor. Spezifischer wirken *Rechnungstragungspflichten* (z.B. Art. 67 Abs. 1, Art. 118*b* Abs. 1, Art. 120 Abs. 2), *Rücksichtnahmepflichten* (z.B. Art. 50 Abs. 2, Art. 69 Abs. 3, Art. 78 Abs. 2, Art. 88 Abs. 3), *Berücksichtigungspflichten* (z.B. Art. 81*a* Abs. 1, Art. 100 Abs. 2, Art. 121*a* Abs. 3), *Beteiligungspflichten* (z.B. Art. 48*a* Abs. 3) oder *Koordinationspflichten* (z.B. Art. 57 Abs. 2, Art. 61*a* Abs. 2) (zum Ganzen Biaggini, Komm. BV, Art. 67, Rz. 2). Konkrete *Verfassungsaufträge* schreiben politische Kompromisse über die Erfüllung von Staatsaufgaben fest, etwa eine Eidgenössische Technische Hochschule zu «betreiben» (Art. 63*a* Abs. 1), den Sport zu «fördern» (Art. 68 Abs. 1) oder Tierschutzvorschriften zu «erlassen» (Art. 80 Abs. 1). Normierungstechnisch sorgen verfassungsrechtliche Handlungsvorgaben in erster Linie durch einen bedachten Einsatz unterschiedlicher Verben für eine abgestufte Inpflichtnahme staatlicher Organe auf der Handlungsebene und verwirklichen primär die Steuerungsfunktion der BV gegenüber den Inhalten staatlicher Praxis.

42 *Regelungsverzicht*. Diese Normierungstechnik will die Integrationsfunktion der BV zulasten ihrer Orientierungsfunktion stärken. Ein Regelungsverzicht erfolgt einmal bei *Verfassungsgehalten, die als selbstverständlich erachtet werden dürfen* (vgl. betr. die Schranke der faktischen Durchführbarkeit Botsch. VE 96, 445; betr. Strukturprinzipien Botsch. VE 96, 14, 16; betr. Gewaltenteilung

Botsch. VE 96, 13, 368, 370; betr. Art. 30 aBV Botsch. VE 96, 355; s.a. das Verbot politischer Vorrechte nach Art. 4 Abs. 1 aBV). Schwieriger zu erfassen ist die Technik des Regelungsverzichts als *Kunst des Ausklammerns*. Hier soll ein politischer Konflikt vermieden werden, der durch eine Regelung hochumstrittener Fragen droht (zur Hauptstadtfrage Biaggini, Schweiz, Rz. 7; zur Europafrage Botsch. VE 95, 543 f.; zum Streikrecht Komm. zu Art. 28, Rz. 25). Nicht offensichtlich, aber umso weitsichtiger ist schliesslich der *Verzicht auf apodiktische Regeln* für Situationen, für welche die bewährten Institutionen eines Verfassungsstaates einen legitimen Umgang zu finden haben, sollten sie jemals eintreffen (zum extrakonstitutionellen Notrecht Botsch. VE 96, Rz. 419; zu Unantastbarkeitsbestimmungen Ber. Wahlen, 673 ff.).

5.3 Normwirkungen

Normwirkungen. Verfassungsnormen zielen auf Wirksamkeit, die der vorherrschende Methoden- 43
konsens der Verfassungsinterpretation in erster Linie über eine teleologische Interpretation zu erfassen versucht (exemplarisch Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 508 ff.). Wie Verfassungsnormen ihre Steuerungsabsichten verwirklichen, versteht sich nicht von selbst, da sie sich üblicherweise weder zu Sanktionen noch zu Rechtsfolgen äussern (vgl. aus empirischer Perspektive Chilton/Versteeg, Constitutional Rights, passim; Voigt, Constitutional Economics, 43 ff.). Anders als Privat- und Strafrechtsnormen lassen sich viele Verfassungsbestimmungen nicht in einem gerichtlichen Kontrollverfahren durchsetzen (näher BGE 131 I 366 E. 2.2, 367 f.), nur gewisse sind direkt anwendbar (näher Rz. 44) und zahlreiche adressieren primär die politischen Behörden, nicht die Justiz, die Verwaltung oder gar Einzelne. Konturen gewinnt die Wirkweise von verfassungsrechtlichen Normbefehlen, wenn man sie zunächst als «Möglichkeiten auf Realisierung» versteht (Möllers, Möglichkeit, 155 f.). Möglichkeiten, die verwirklicht werden sollen, lassen sich in Verfassungsnormen speichern. Wieweit sich solche Möglichkeiten realisieren lassen, hängt davon ab, inwiefern sich die Adressaten von Verfassungsnormen verfassungsmässig oder verfassungswidrig verhalten (zum Ganzen Möllers, Möglichkeit, 125 ff.). Als Möglichkeiten auf Realisierung entfalten Verfassungsnormen ihre Bindungskräfte auf unterschiedliche Weise. Einerseits: Als Steuerungsmassstab zur Bewirkung von erwünschten und Vermeidung von unerwünschten Effekten (Steuerungsziel). Im schweizerischen Gemeinwesen (Steuerungsobjekt) wirken Verfassungsnormen anders wie als politischer und administrativer Handlungsmassstab oder als rechtlicher Kontrollmassstab zur Beurteilung von verfassungsmässigem und verfassungswidrigem Verhalten (s.a. Rz. 7, 71 f.). Andererseits: Verfassungsnormen entfachen *unterschiedliche Bindungswirkungen*, weil ihr Verhältnis zu anderen Normen graduell und nicht durch Vorrangverhältnisse strukturiert ist (näher Rz. 57). Diesen vielfältigen Bindungskräften von Verfassungsnormen wird eine binäre Unterscheidung zwischen konditionalen Regeln und finalen Prinzipien nicht gerecht (a.M. Belser, BSK BV, Einleitung, Rz. 68; s.a. die Verweise auf Ronald Dworkin und Robert Alexy bei Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 508 ff.). Die konkrete Normwirkung einer Verfassungsnorm muss vielmehr normspezifisch und kontextabhängig analysiert werden.

Normanwendbarkeit? Auf gewisse Verfassungsnormen können Bürgerinnen und Bürger direkt 44
rekurrieren, um eine Rechtsverletzung zu behaupten (s.a. Komm. zu Art. 189, Rz. 6). Sie gelten als «unmittelbar» oder «direkt» anwendbar, wenn Einzelne daraus «ohne Dazwischentreten des Gesetzgebers» Rechte und Pflichten ableiten können (bspw. Art. 121 Abs. 2; weiterführend

Tschannen, Staatsrecht, Rz. 150). Nach dem vorherrschenden Tenor hängt diese Normeigenschaft davon ab, ob ein hinreichend klar formulierter Normtext mit konditionalen Zügen vorliegt, die dem Einzelnen eine direkte Abstützung seiner Behauptungen ermöglicht (BGE 139 II 243 E. 10, 252; BGE 139 I 16 E. 4.3, 26 f.; erstmals wohl Hangartner, Anwendbarkeit, 137 ff.; s.a. Wyss K.-M., Umsetzung, Rz. 252 ff.; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 150 ff. m.w.H. auf Beispiele). Diese normtextorientierte Sicht erklärt die Anwendbarkeit von Verfassungsnormen in der Praxis nur bedingt. Verschiedene äusserst rigid formulierte Bestimmungen gelten als direkt anwendbar (zu Art. 75*b* Abs. 1 BGE 138 II 243 E. 10.5, 257; vgl. Komm. zu Art. 72 Abs. 3, Rz. 31 f.), andere hingegen nicht (so betr. Art. 121 Abs. 3–6 BGE 139 I 16 E. 4.3, 26), und nur wenige besitzen eine konditionale Normstruktur. Umgekehrt vermitteln die höchst unbestimmten Grundrechte (Einführung zu den Grund- und Menschenrechten, Rz. 35) oder das der BV bloss inhärent enthaltene Prinzip der Gewaltenteilung (BGE 147 I 478 E. 3.1.1, 484) den Einzelnen durchsetzbare, verfassungsmässige Rechte. Die Frage der Anwendbarkeit von Verfassungsnormen beschlägt letztlich vor allem die Gewaltenteilungs- und Machtfrage, weshalb die nähere Ausgestaltung von Verfassungsnormen anstatt dem Bundesgesetzgeber der Justiz oder der Verwaltung aufgetragen ist (dazu Rz. 77 ff.).

45 *Normfunktionen*. Zusätzliche Tiefenschärfe erhalten die verschiedenartigen Wirkweisen von Verfassungsnormen aus einer funktionalen Perspektive. Einzelne Verfassungsnormen umschreiben Ansprüche Privater *(individualrechtliche Funktion)*. Gewisse Verfassungsnormen konzipieren die föderalistische Organisation des Gemeinwesens *(bundesstaatliche Funktion)*. Sodann programmieren Verfassungsnormen die Sozialordnung und wirken steuernd auf den Inhalt staatlicher Praxis als «instrument of government», zu dem aus bestimmten politischen Beweggründen gegriffen wird (*instrumentale Funktion*; vgl. Tschannen, Staatsrecht, Rz. 129 ff.; Schindler B., Rechtsstaatlichkeit, Rz. 13 ff.; zur politischen Funktion von Art. 138–141 s.a. Vorbem. zu Volk und Ständen, Rz. 15). Zahlreiche Verfassungsnormen konstituieren die Institutionen sowie deren Aufgaben und adressieren jeweils bestimmte Organe *(institutionelle Funktion)*. Anders als im Privat- oder Strafrecht richten sich Verfassungsnormen meist primär an die gesetzgebenden Organe und nicht die Justiz; immer wieder werden auch mehrere Staatsgewalten gemeinsam angesprochen (so z.B. betreffend die Organisation der Bundesverwaltung [Art. 178 Abs. 2 u. Art. 164 Abs. 1 Bst g] und die auswärtigen Angelegenheiten [Art. 166 u. Art. 184]). Nicht zuletzt richten Verfassungsnormen auch Entscheidungsverfahren ein und spuren diese durch punktuelle Verfahrensvorschriften und -ansprüche vor *(prozessuale Perspektive)*. Welche dieser Normfunktionen eine Verfassungsnorm besitzt, hängt von ihrer konkreten Steuerungsabsicht und nicht von ihrer Position im Verfassungsgefüge ab. So haben zahlreiche Grundrechte neben einer individualrechtlichen und einer institutionellen Bedeutungsschicht eben auch eine bundesstaatliche Funktion (exemplarisch Komm. zu Art. 27, Rz. 5). Bei Normen im 5. Titel (Bundesbehörden) steht zwar die institutionelle Funktion im Vordergrund, doch sind bundesstaatliche und individualrechtliche Bezüge nicht ausgeschlossen (vgl. Komm. zu Art. 191*b* Rz. 7). Im Zusammenhang mit angenommenen Volksinitiativen werden aufgrund von Unbehagen gegenüber ihrem Inhalt zudem anstatt der instrumentalen Funktion solcher Normen regelmässig individualrechtliche oder institutionelle Bedeutungsschichten in den Fokus gerückt (für ein Bsp. s. Rz. 92).

6. Kontexte der Bundesverfassung

Kontexte von Verfassungsnormen. Verfassungsnormen können nur aus ihrem Kontext heraus verstanden werden (s.a. Rz. 2). Der klassisch-hermeneutische Ansatz der Verfassungsinterpretation (Rz. 4) versucht den konkreten Zusammenhang, in dem eine Verfassungsnorm interpretiert wird, durch eine geltungszeitliche, teleologische und systematische Auslegung zu erfassen. Der reale Sachverhalt, der Zeitpunkt und das Normumfeld einer konkreten Norminterpretation werden dabei unstrukturiert und oft nur punktuell untersucht, das institutionelle und das prozessuale Umfeld meist komplett vernachlässigt. Der Vorgang der Verfassungsinterpretation ist indes auf eine ausdifferenzierte Analyse des massgeblichen Kontexts angewiesen, zumal auch dieser zum Gegenstand einer Verfassungsinterpretation zählt. Eine Unterscheidung zwischen dem realen, räumlichen, zeitlichen und normativen Kontext von Verfassungsnormen (Rz. 47–61) soll zusammen mit Fragen und Stichworten, welche die Kontextanalyse im Rahmen der Verfassungsinterpretation strukturieren, für zusätzliche Orientierung sorgen. Vorerst ausgeklammert bleibt dabei der institutionelle und prozessuale Kontext der Verfassungsinterpretation, der in einem separaten Kapitel vertieft behandelt wird (näher Rz. 62 ff.). 46

6.1 Realer Kontext

Realer Kontext. Die Realität setzt dem Recht von aussen «Bedingungen [...], die weder von der Gesetzgebung noch vom Richter übersehen werden dürfen» (Huber E., Rechtsverwirklichung, 32, 281 ff.). Gleichzeitig bleibt der Inhalt einer Verfassung – darin liegt eine seiner zentralen Leistungen – selektiv wahrgenommene und normativ verarbeitete Wirklichkeit (Hillgruber, Normativer Anspruch, 8 f.). Diesem Wechselspiel zwischen Verfassungsrecht und Realität wird weder ein ungefilterter Einbezug der Wirklichkeit durch eine teleologische Interpretation noch ihre pauschale Vernachlässigung durch eine streng grammatikalische Verfassungsauslegung gerecht. Bildhaft werden Verfassungsrecht und Wirklichkeit nicht durch eine rechtliche Einbahnstrasse miteinander verbunden, sondern durch einen geregelten Gegenverkehr, dem die Verfassungsinterpretation Rechnung tragen muss (s.a. Rz. 87 ff.). 47

Spannungen. Diskrepanzen zwischen dem Verfassungsrecht (Sollen) und der Wirklichkeit (Sein) bilden ein Merkmal, keine Fehler von Verfassungsrecht (Rhinow, Methodik, 72 ff.; Hillgruber, Normativer Anspruch, 20 ff.; weiterführend Habermas, Faktizität, 22 ff.). Inwiefern es Verfassungsnormen gelingt, diese Spannungen zu überwinden, hängt von verschiedenen Faktoren ab: Einmal spielt das Ausmass der Diskrepanz zwischen dem verfassungsrechtlichen *abstrakten* Steuerungsanspruch und dem *realen* Steuerungsbedarf eine Rolle. Sodann wird davon ausgegangen, dass die Chancen auf eine Verwirklichung verfassungsrechtlicher Steuerungsansprüche umso höher sind, je mehr Verfassungsnormen an historischen Begebenheiten, ihrem realen Kontext und der vorherrschenden Verfassungskultur anknüpfen (zu diesem Anliegen Botsch. VE 96, 22 f.). Welches Mass an Spannung zur Wirklichkeit eine Verfassung erträgt, wird demnach von der vorherrschenden Verfassungsakzeptanz und der politischen Kultur determiniert (vgl. Botsch. VE 96, 20, 47 u. 119; zur politischen Kultur Rz. 21). Schliesslich hängen die Spannungen zwischen Verfassungsrecht und Wirklichkeit von den realen Möglichkeiten und Grenzen einer Verfassung ab (Botsch. VE 96, 14; s.a. Eichenberger, Sinn, 162). «Auch die bestgemeinte Verfassung kann nie mehr als ein Versprechen sein, das durch die lebendige Praxis des staatlichen Lebens eingelöst werden muss» (Ber. Furgler, 14). Eine Verfassung, die zu viel fordert und ihre 48

Adressaten überfordert, verliert an Steuerungskraft, weil das Bemühen erlahmt, ihr nachzukommen (Ber. Wahlen, 31).

6.2 Räumlicher Kontext

49 *Verfassungsnormen im Raum*. Verfassungsnormen ordnen geografische Räume durch Recht. Die BV begründet das *Territorium der Eidgenossenschaft* (Art. 1), richtet auf diesem eine politische Herrschaft ein und regelt in den Art. 73 ff. die Grundzüge einer Raumordnung (i.d.S. bereits Ber. Wahlen, 279). Bundesverfassungsrecht wirkt aber auch in den *kantonalen Raum*, etwa indem es dessen Bestand und Gebiet schützt (Art. 53 Abs. 1; zur bundesstaatlichen Funktion von Verfassungsnormen Rz. 45, 59, 112), regelt die Befugnisse von Bund und Kantonen in *transnationalen Räumen* (Art. 54 ff.) und erhebt auch im *digitalen Raum* Geltungsanspruch (für erste positivrechtliche Ansätze vgl. Art. 32 u. 42 des Verfassungsvorentwurfs des Verfassungsrates VS nach der ersten Lesung vom Dezember 2021; zur Digitalisierung der Volksrechte vgl. Vorbem. zu Volk und Ständen, Rz. 45 ff.). Die traditionelle Methodenlehre vermittelt keinen Zugriff auf den räumlichen Kontext der Verfassungsinterpretation. So bleibt etwa unbeachtet, dass verschiedene Kantone eine eidgenössische Verfassungsnorm unterschiedlich interpretieren können. Entsprechende Interpretationsdifferenzen beruhen weniger auf der Distanz zwischen eidgenössischer Normsetzerin und kantonalem Norminterpreten als auf unterschiedlichen Kontexten einer Verfassungsinterpretation in Sachen Sprache (zum sprachlichen Territorialitätsprinzip Botsch VE 96, 162 f.; Komm. zu Art. 70, Rz. 37 ff.), politischer Kultur (Rz. 21), Rechtstradition oder organisatorischen und prozessualen Rahmenbedingungen (i.d.S. Botsch. VE 96, 12; Schindler B., Rechtsanwendungsgleichheit, 182 ff.; Glaser, Grundrechtseinschränkungen, 66 ff.). Institutionell verlangen erwünschte Interpretationsspielräume in räumlicher Hinsicht nach föderalem und transnationalem Interorganrespekt (dazu Rz. 79 f.).

6.3 Zeitlicher Kontext

50 *Verfassungsnormen in der Zeit*. Verfassungsrecht ist geschichtliches Recht (Bäumlin, Geschichte, 15 ff.; zur zeitlichen Geltung des Rechts s.a. Komm. zu Art. 5, Rz. 29). Als Abbild und Ausdruck historischer Entwicklungen ist das eidgenössische Verfassungsrecht geprägt von der Grundlegung (1848), dem Ausbau (1874) und der Erneuerung (1999) in drei Urkunden (näher Geschichtliche Einleitung, Rz. 11 ff.; Biaggini, Schweiz, 1 ff.). Weitere historische Kreuzpunkte markieren «constitutional moments» wie die Einführung der ausformulierten Volksinitiative (1891), die Anerkennung ungeschriebener Grundrechtsansprüche durch das Bundesgericht ab 1961 (BGE 87 I 114) oder die Anerkennung eines prinzipiellen Vorrangs von Völkerrecht gegenüber Landesrecht (BGE 125 II 417). Dem zeitlichen Kontext einzelner Verfassungsnormen trägt die traditionelle Methodenlehre vor allem durch eine historische und geltungszeitliche Interpretation Rechnung (zur historischen Auslegung Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 513; weiterführend Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 166 ff.; Schluep, Rechtstheorie, Rz. 1113 ff.; zur geltungszeitlichen Auslegung BGE 143 I 361 E. 5.1 367 f.; BGE 83 I 173 E. 4, 177 f.; Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 173 ff.). Im Wesentlichen geht es dabei um zwei Grundfragen, denen eine historische oder geltungszeitliche Interpretation nur beschränkt gerecht wird, weil sie dem Zusammenspiel von Verfassungsdynamik und -stabilität nicht entsprechen (zu den Verfassungsbewegungen Rz. 19). Erstens: Wie ist eine

alte Verfassungsnorm im Lichte der «Vorstellungen des Verfassungsgebers im Zeitpunkt des Erlasses der Bestimmungen sowie die nachfolgende Praxis der rechtsanwendenden Organe» in einem neuen Kontext zu verstehen (BGE 112 Ia 208 E. 2a, 213; näher Rz. 51 ff.)? Zweitens: Wie ist eine neue Verfassungsnorm in das bestehende Verfassungsgeflecht einzupassen (Rz. 55 ff.)?

Zeitlicher Bedeutungswandel von Verfassungsnormen. Ein hergebrachtes Verständnis einer Verfassungsnorm, das einst unbestritten und gerechtfertigt war, kann aufgrund von Änderungen ihres ethischen, sozialen und politischen Umfelds unhaltbar erscheinen (BGE 116 Ia 359 E. 5c, 367 u. E. 10, 379 f.; s.a. BGE 104 Ia 284 E. 4c, 291; zum ungeeigneten Begriff des Verfassungswandels exemplarisch Vosskuhle, Verfassungswandel, 453 ff.; Rhinow, Methodik, 96 ff.). In solchen Konstellationen stellt sich die Frage nach der zeitlichen Steuerungsabsicht hinter der fraglichen Verfassungsnorm. Im Wesentlichen stehen dabei drei Konstellationen zur Diskussion: 51

Zeitliche Stabilisierung. Wo der Verfassungsgeber hochpolitische Entscheide auf der Steuerungsebene vorweggenommen hat, ist eine interpretative Umdeutung infolge zeitlichen Bedeutungswandels unzulässig (so in Bezug auf Art. 59 s. BGer 2C 1051/2016 [24. 8. 2017], E. 3.3 f.; zum Grenzfall von Art. 74 Abs. 4 aBV s. BGE 116 Ia 359 E. 8 ff., 373; Komm. zu Art. 136, Rz. 6; zu Verfassungsvorbehalten s.a. Rz. 40). In einer solchen Konstellation kann dem zeitlichen Bedeutungswandel einer Verfassungsnorm grundsätzlich nur über eine formelle Anpassung des Verfassungstexts entsprochen werden (s.a. Rz. 95). Das Instrument der ausformulierten Volksinitiative erleichtert solche Vorhaben erheblich. Umso zurückhaltender wird die Frage beantwortet, ob und unter welchen Voraussetzungen Organe auf der Handlungs- und der Kontrollebene in solchen Fällen mitunter Säumnisse des Verfassungsgebers auf der Steuerungsebene beheben dürfen, wenn dieser den Bedeutungswandel einer Verfassungsnorm aufgrund anderer politischer Prioritäten über längere Zeit nicht nachführt (zurückhaltend Biaggini, Richterrecht, 455 ff.; grosszügiger BGE 116 Ia 359 E. 10b, 380). 52

Zeitliche Dynamisierung. Allen voran die Normierungstechnik der Stichwortnorm (Rz. 39) gestaltet Verfassungsnormen aufnahmefähig gegenüber zeitlichem Bedeutungswandel aus (exemplarisch dazu die Ausdehnung des Ehebegriffs von Art. 14 auf gleichgeschlechtliche Ehen auf Gesetzesstufe, die 1999 noch dem Grundgedanken der Ehe widersprach [so Botsch. VE 96, 155 «heute»; s.a. BJ, Gutachten Ehe für alle, 3 ff.; a.M. Komm. zu Art. 14, Rz. 8 f. u. 31 ff.]). In solchen Konstellationen entspricht eine interpretative Anpassung von Verfassungsnormen an gesellschaftliche Entwicklungen und veränderte ethische und politische Haltungen den Steuerungsabsichten des Verfassungsgebers und ist geradezu geboten (s.a. Rz. 99). 53

Zeitliche Offenheit. Im Rahmen der Verfassungsinterpretation können sich Fragen stellen, die dem Verfassungsgeber im Zeitpunkt des Normerlasses schlichtweg noch nicht bekannt waren. In solchen Konstellationen sind interpretative Umdeutungen von Verfassungsnormen über ihren Wortlaut hinaus nicht verboten, solange dabei die Gestaltungsprimate des Verfassungsgebers gewahrt bleiben (s.a. Rz. 99; zum Erfordernis der Verfassungsform Rz. 75). So wurde etwa jüngst im Rahmen des Erlasses von Art. 16*i* ff. EOG betreffend Vaterschaftsentschädigung nach Geburt die Versicherung *der* Mutterschaft nach Art. 116 Abs. 3 über den Wortlaut hinaus als Versicherung *bei* Mutterschaft interpretiert (Ber. SGK-S Vaterschaftsurlaub, 3410 ff.; s.a. Tschannen, Staatsrecht, Rz. 166; zur zeitlichen Offenheit von Bundeskompetenzen auch Eichenberger, Legiferierung, 480 ff.; Giacometti, Auslegung, 10 ff. sowie 24 f.). Ähnliche Fragen werden im Hinblick auf Art. 59 Abs. 1 u. 2 durch das Po. Arslan (17.4121) «Drittes Geschlecht im Personenstandregister» vom 13. Dezember 2017 aufgeworfen. 54

55 *Nachträgliche Integration neuer Verfassungsnormen*. Bevorzugt werden in Kraft getretene Verfassungsbestimmungen durch intertemporale Vorschriften auf die bestehende Rechtsordnung abgestimmt, etwa durch befristete oder bedingte Übergangsregelungen (näher Vorbem. zu den Übergangsbestimmungen, Rz. 5 ff.) oder intertemporales Verweisungsrecht (z.B. Art. 4 Übergangsbestimmungen BV 1848; s.a. Kradolfer, Intertemporales Recht, § 6 u. 7). Fehlen solche Vorschriften, sind neue Verfassungsnormen auf der Handlungs- und der Kontrollebene interpretativ auf die bestehende Rechtsordnung abzustimmen (näher zur Koordination von Rechtsnormen Rz. 106 ff.; s.a. Botsch. Ausschaffungsinitiative, 5983; BGE 148 II 1 E. 5.3, 13). Bei angenommenen Volksinitiativen mit oppositionellen Anliegen kann es dabei zu besonders gelagerten Konflikten zwischen der Änderungsabsicht des Verfassungsgebers und der Sicherung der Verfassungskontinuität kommen (vgl. Vorbem. zu Volk und Ständen, Rz. 34).

56 *Kontinuitätsvertrauen*. Die BV bleibt nur zukunftsoffen, solange einmal getroffene Entscheide reversibel sind (exemplarisch BGE 145 II 140 E. 4, 145). Eine Änderung des Verfassungstextes mittels förmlicher Verfassungsrevision ist daher ebenso zulässig wie eine Änderung der Verfassungspraxis politischer, administrativer oder justizieller Behörden (zu Letzterem s.a. Rz. 28). Solchen zeitlichen Dynamisierungsabsichten können jedoch Stabilitätsinteressen von Normadressaten mit berechtigten Erwartungen gegenüber der bisherigen Rechtslage entgegenstehen. Für solche *Ansprüche auf Kontinuitätsvertrauen* (näher Komm. zu Art. 9, Rz. 111 ff.) bieten sich ebenenabhängige Differenzierungen an: Auf der *Handlungsebene* (dazu Rz. 7 u. 71) besteht bei Änderungen in der Praxis von BR u. BVers aufgrund von Art. 189 Abs. 4 grundsätzlich kein Anspruch auf Kontinuitätsvertrauen. Im Rahmen der Rechtsetzung ist immerhin ein Anspruch auf eine Übergangsregelung anerkannt (näher Komm. zu Art. 9, Rz. 112; zum Kontinuitätsvertrauen gegenüber administrativen Behörden Komm. zu Art. 9, Rz. 82 ff. u. 95 ff.; BGE 148 II 1 E. 5.3, 13). Auf der *Kontrollebene* (dazu Rz. 7, 72) geht der Anspruch auf Kontinuitätsvertrauen hingegen weiter. Eine Änderung der Rechtsprechung ist nur zulässig, wenn bessere Erkenntnis über den Normsinn, gewandelte Rechtsanschauungen oder ein Bedeutungswandel der Verfassungsnorm vorliegen und sie sich auf ernsthafte sachliche Gründe stützt, die – vor allem im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit – umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Praxis für zutreffend erachtet wurde (statt vieler BGE 148 V 84 E. 7.1.1, 96; Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 490 ff.).

6.4 Normativer Kontext

57 *Hierarchische oder graduelle Struktur*? Verfassungsnormen können erst aus ihrem normativen Umfeld heraus in der notwendigen Tiefe erschlossen werden (so BGE 141 I 36 E. 5.6.4, 46; für eine zu isolierte Interpretation s. Biaggini, Komm. BV, Art. 84, Rz. 1 ff.; zum Verbot der isolierten Verfassungsinterpretation Rz. 118). Die traditionelle Methodenlehre verlangt daher eine systematische Auslegung von Verfassungsnormen. Die Vorstellungen über die Stellung einer Verfassungsbestimmung in der Rechtsordnung und ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen bleiben dabei geprägt vom Zerrbild einer einheitlichen Rechtsordnung. Ausgegangen wird von einer hierarchischen Zuordnung von Rechtsschichten in einem Stufenbau der Rechtsordnung, die sich zwischen einzelnen Normen fortsetzt, durch systematische Interpretation bestimmt werden kann und für Widerspruchslosigkeit zwischen Rechtsnormen sorgt (exemplarisch Kelsen, Reine Rechtslehre, 228, 239 ff.; zur hierarchischen Ordnung und ihren Grenzen auch Komm. zu Art. 5,

Rz. 22 f.). Nach diesem Verständnis sind auch die Verhältnisse zwischen Verfassungsnormen und anderen Bestimmungen einheitlich durch hierarchische Vorrangverhältnisse strukturiert. Der tatsächlichen Beschaffenheit des normativen Kontexts von Verfassungsnormen entsprechen diese Idealvorstellungen höchstens teilweise. Verfassungsnormen sind Bestandteil eines heterogenen Verfassungsensembles, das seinerseits von diversen, ineinander verwobenen Normensembles von Bundesrecht, kantonalem Recht und kommunalem Recht umgeben ist, die zu unterschiedlichen Zeiten von verschiedenen Akteuren erlassen wurden und sich an verschiedenste Adressaten richten (näher Rz. 35). Das innerstaatliche Normgeflecht steht seinerseits in einem komplexen Wechselspiel mit völkerrechtlichen Normen, die selbst nur begrenzt hierarchisch strukturiert sind und deren Verhältnis zum Landesrecht nicht abschliessend klärbar ist (s.a. Rz. 60; näher Komm. zu Art. 5, Rz. 23). Innerhalb dieses komplexen Normgeflechts sind Normüberlappungen in vielfältigen Schattierungen denkbar. Der normative Kontext von Verfassungsnormen besitzt daher weder eine einheitliche noch eine hierarchische, sondern eine graduelle Struktur, der eine systematische Auslegung im herkömmlichen Sinne nicht gerecht wird. Erstens verlangt die Analyse des normativen Kontexts von Verfassungsnormen aufgrund seiner Fragmentierung in verstärktem Ausmass ein Suchlesen zur Identifikation von potenziellen Einflüssen anderer Bestimmungen auf die zu interpretierende Verfassungsnorm (s.a. Rz. 89). So offenbart sich etwa der Gehalt verfassungsrechtlicher Organisationsvorschriften meist erst vollständig im Lichte der einschlägigen Spezialgesetze wie dem ParlG, dem BPR oder dem RVOG. Verfahrensgrundrechte sind stets als in ein komplexes Normgeflecht eingebundene Bestimmungen zu interpretieren. Ihr Gehalt erschliesst sich nur unter Berücksichtigung der komplexen Wechselwirkungen mit dem Verfahrensrecht auf Gesetzesstufe, die Verwobenheit von Verfahrensgrundrechten der BV mit völkerrechtlichen Minimalgarantien verlangt regelmässig deren Mitberücksichtigung anhand des Günstigkeitsprinzips für Verfahrensbeteiligte und bisweilen ist auch eine Zusammenschau mit anderen Verfassungsnormen wie Art. 31, Art. 9 oder kantonalem Verfassungsrecht notwendig (zum Ganzen Komm. zu Art. 29, Rz. 8–13). Zweitens ist im Rahmen einer Analyse des normativen Kontexts von Verfassungsnormen möglichst genau zu bestimmen, wo es warum und in welchem Ausmass zu Überlappungen zwischen der Verfassungsnorm und Bestimmungen aus ihrem Normumfeld kommt (Rz. 106 ff.; s.a. Kersten, Zuspitzung, 50; Reimer, Methodenlehre, Rz. 175 ff.). Ertragsreicher als die Frage nach dem Rangverhältnis der massgeblichen Normen ist eine *Unterscheidung verschiedener Dimensionen* des normativen Kontexts von Verfassungsnormen, in denen die Abstimmung von Verfassungsnormen auf ihr Normumfeld durch nähere Koordinationsvorgaben unterschiedlich stark geregelt wird und von den konkreten institutionellen und prozessualen Rahmenbedingungen abhängt.

Vertikale Dimension. Die Stellung einer Verfassungsnorm in der schweizerischen Rechtsordnung 58
und ihr Verhältnis zu infrakonstitutionellem Recht regelt die BV nicht ausdrücklich. Der allgemeine Vorrang von Verfassungsnormen gilt jedoch auch ohne explizite Koordinationsvorgabe als unbestritten (statt vieler Belser, BSK BV, Einleitung, Rz. 50 ff.; Dubey/Martenet, CR Cst., Introduction générale, Rz. 21 ff.). Verfassungsnormen stehen als Ordnungsrahmen mit besonderem Geltungsrang aufgrund ihres qualifizierten Erlassverfahrens «an der Spitze allen Rechts des Staates» und beanspruchen einen Geltungsvorrang (Eichenberger, Komm. BV 1874, Einleitung, Rz. 26; Biaggini, Staatsrecht, § 9, Rz. 1). Sie sind anderen Rechtsnormen insofern vorgelagert, als sie ihre Erzeugung ordnen und ihre Inhalte nicht von der BV abweichen dürfen (vgl. Ber. Wahlen, 27; Botsch. VE 96, 11, Tschannen, Staatsrecht, Rz. 37 u. 375; zur Verfassungsgebun-

denheit s.a. Rz. 74). Einer gerichtlichen Durchsetzung des Geltungsvorrangs der BV steht jedoch ein institutionelles Umfeld im Weg, das Bundesgesetze und das Völkerrecht gegenüber den rechtsanwendenden Organen für massgebend erklärt (Art. 190). Diese institutionellen Rahmenbedingungen relativieren die hierarchische Überordnung von Verfassungsnormen gegenüber unterkonstitutionellem Recht und ihre damit zusammenhängende Verdrängungskraft entscheidend. Die interpretative Abstimmung von Verfassungsnormen und Bestimmungen unterhalb der BV ist daher auf eine norm-, organ- und verfahrensabhängige Analyse im Hinblick auf den konkreten Fall angewiesen.

59 *Föderale Dimension*. Die Stellung einer Verfassungsnorm gegenüber kantonalem Recht und ihr Verhältnis zu diesem regelt die BV durch Art. 49 Abs. 1, wonach «Bundesrecht [...] entgegenstehendem kantonalem Recht» vorgeht. Was diese Koordinationsvorgabe für die verdrängende Kraft von Verfassungsnormen gegenüber kantonalen Vorschriften konkret bedeutet, wird jedoch «erst auf der Ebene der Rechtsanwendung durch ein differenziert zu handhabendes System von Vorrangregeln entschieden» (Botsch. VE 96, 129; weiterführend statt vieler Reich J., Staatsrecht, § 12, Rz. 46 ff.). Verfassungsnormen sind demnach gegenüber anderslautendem kantonalem Recht durchzusetzen. Das konkrete Ausmass der derogierenden Kraft einer Verfassungsnorm hängt jedoch entscheidend vom institutionellen Umfeld ab, zumal sie jeweils unter Rücksicht auf die kantonale Autonomie zu erfolgen hat (Art. 5*a*) und aus Gründen des föderalen Interorganrespekts auch ausbleiben kann (näher Rz. 79). Zudem bleiben die Kantone «in Sachgebieten, die das Bundesrecht nicht abschliessend ordnet», weiterhin befugt, «Vorschriften [zu] erlassen, die nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln» (BGE 146 I 20 E. 4.1, 23). Trotz einer Koordinationsvorgabe für die Abstimmung von Verfassungsnormen und kantonalem Recht sind entsprechende Normverhältnisse vielfältiger strukturiert, als es scheint (s.a. Komm. zu Art. 49, Rz. 19 ff.). Grund dafür ist die institutionelle und prozessuale Rahmenordnung. Eine interpretative Abstimmung von Verfassungsnormen und kantonalem Recht, die auf dem Gebiet der Schweiz gleichermassen Geltung beanspruchen, kommt daher um eine norm- und kontextabhängige Analyse nicht herum (zur Interpretation von Bundeskompetenzen Rz. 112).

60 *Transnationale Dimension*. Die BV enthält eine allgemeine Pflicht zur Beachtung des Völkerrechts (Art. 5 Abs. 4) und erklärt solches gegenüber den rechtsanwendenden Behörden für «massgebend» (Art. 190). Sodann dürfen Verfassungsrevisionsvorlagen, welche die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts verletzen, nicht zur Abstimmung gebracht werden (Art. 193 Abs. 4/Art. 194 Abs. 2) und als Bestandteil des Bundesrechts gehen völkerrechtliche Vorgaben entgegenstehendem kantonalen Recht grundsätzlich vor (Art. 49 Abs. 1; näher Komm. zu Art. 5, Rz. 87). Eine abschliessende Kollisionsregel, welche die Hierarchie zwischen verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Normen regelt, ergibt sich aus diesen Bestimmungen jedoch nicht (Botsch. VE 96, 134 f.; BGE 147 IV 182 E. 2.1, 184; s.a. Botsch. Selbstbestimmungsinitiative, 5370 f.; Komm. zu Art. 5, Rz. 95 ff.; zur Rechtslage in Deutschland Herdegen, Aussen- und Wehrverfassung, § 27, Rz. 38 ff.). Der Verfassungsrahmen aus Handlungsvorgaben für «Bund und Kantone» (Art. 5 Abs. 4) respektive «das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden» (Art. 190) bringt vielmehr eine pragmatische Haltung der Schweiz gegenüber völkerrechtlichen Verpflichtungen zum Ausdruck, die eine norm-, organ- und verfahrensabhängige Zuordnung gegenüber einer schematischen Koordinationsvorgabe bevorzugt (Botsch. VE 96, 134; AB S Verfassungsreform 29; s.a. Botsch. Selbstbestimmungsinitiative, 5374; Komm. zu

Art. 5, Rz. 85 u. 106 ff.; Diggelmann, VdS, I.11, Rz. 27; zu den gegenteiligen Auffassungen s. Komm. zu Art. 5, Rz. 96; s.a. BGE 139 I 16 E. 5.2, 25). Mit dem Verzicht auf eine starre Hierarchisierung von Verfassungs- und Völkerrechtsnormen überantwortet die BV deren nähere Abstimmung den politischen Behörden und dem BGer. Im Einzelfall sind dabei das *Harmonisierungsgebot* nach Art. 5 Abs. 4 (näher Komm. zu Art. 5, Rz. 99 ff.), das *Massgeblichkeitsgebot* nach Art. 190 (näher Komm. zu Art. 190, Rz. 29 ff.) und das sich aus diesen ergebende Gebot zur völkerrechtskonformen Auslegung (näher Rz. 116) zu beachten. Darüber hinaus werden schematische Kollisionsregeln zur hierarchischen Aussonderung gegensätzlicher Verfassungs- und Völkerrechtsnormen, wie sie die Praxis im Verhältnis Völkerrecht–Bundesgesetz entwickelt hat (dazu Komm. zu Art. 5, Rz. 88 ff.), dem Verhältnis von Verfassungs- und Völkerrecht in seiner Komplexität nur bedingt gerecht. Die verfassungsmässige Zuständigkeitsordnung verlangt eine differenzierende Koordination von Verfassungsnormen mit völkerrechtlichen Vorgaben (zum transnationalen Interorganrespekt vgl. Rz. 80). Im Einzelfall geht es dabei vor allem darum, in einem bestimmten institutionellen und prozessualen Umfeld drei staatliche Anliegen durch einen staatsleitenden Akt auszutarieren (s.a. Diggelmann, VdS, I.11, Rz. 27; s.a. Vorbem. zu Volk und Ständen, Rz. 43): die Verlässlichkeit nach aussen *(pacta sunt servanda)*, die Verlässlichkeit nach innen *(Respekt direktdemokratischer Entscheide bei einem sog. treaty override)* und der Erhalt der aussenpolitischen Handlungsfähigkeit der Schweiz *(Aktionsbewahrung)*.

Horizontale Dimension. Die BV ist eine heterogenes Normgeflecht (s.a. Rz. 35). Das Verhältnis 61
zwischen Verfassungsnormen regelt die BV nicht näher (Biaggini, Staatsrecht, § 9, Rz. 8). Trotz der Bemühungen anlässlich der Totalrevision 1999, für eine gewisse Kohärenz innerhalb der BV zu sorgen, liegt ihr – anders als zahlreichen Gesetzen – kein kohärenter Bauplan zugrunde, anhand dessen einzelne Normen einander zugeordnet werden könnten (Häfelin, Verfassungsgebung, 116). Widersprüche zwischen Verfassungsnormen sind möglich und existieren; auch und gerade aufgrund von angenommenen Volksinitiativen. Die BV bildet keine widerspruchslose Einheit, sondern ein plurales Normgefüge, «punktueller, nicht immer bewusst verbundener und aufeinander abgestimmter Prinzipien, Garantien und Aufträge», die zu unterschiedlichen Zeiten aus bestimmten Gründen erlassen wurden (BGE 139 I 16 E. 4.2.1., 24; s.a. Rz. 57). «Auslegungsmässig [ist] grundsätzlich von einer Gleichwertigkeit der Regelungen auszugehen», so das BGer, «solange der Verfassungsgeber einer einzelnen Norm nicht ausdrücklich Vorrang einräumt» (BGE 139 I 16 E. 4.2.1, 24; BGE 145 IV 364 E. 3.3, 367; erstmals BGE 22, 1012 E. 5, 1020; s.a. Tschannen, Staatsrecht, Rz. 146 ff.; zur Kritik vgl. die Hinweise bei Kradolfer, Konkordanz, 19). Als Konsequenz dieser abstrakten *Gleichwertigkeit von Verfassungsnormen* stehen einzelne Verfassungsnormen einander im Grundsatz nicht näher zugeordnet gegenüber. Vorbehalten bleiben explizite oder implizite Koordinationsvorgaben des Verfassungsgebers, wie sie etwa zwischen Art. 8 Abs. 3 u. Art. 59 Abs. 1–3 (BGer 2C_1051/2016 [24. 8. 2017], E. 3.3 f.) oder bei angenommenen Volksinitiativen wie etwa Art. 72 Abs. 3 bestehen (s.a. Rz. 108 u. 111). Damit überantwortet die BV es weitgehend den eingesetzten Organen, Verfassungsnormen norm- und kontextabhängig miteinander zu koordinieren (ähnlich BGE 124 I 176 E. 5c/ee, 180; näher Rz. 106 ff.).

IV. Wer: Akteure und Verfahren der Verfassungsinterpretation

62 *Vielfalt an Akteuren und Verfahren*. Am Ursprung jeder Verfassungsinterpretation steht die Machtfrage, welche Organe in welchen Verfahren wieweit verbindlich über den Gehalt von Verfassungsnormen entscheiden dürfen (exemplarisch Biaggini, VdS, I.10, Rz. 1; Rhinow, Methodik, 182 f.). Wer eine Verfassungsnorm deutet und konkretisiert, ist jedoch weitaus weniger klar als im Straf- oder Privatrecht. Bevor eine Verfassungsnorm aus der Kontrollperspektive eines Gerichts interpretiert wird, deuten sie vorab der BR und die BVers im Rahmen der Gesetzgebung sowie die Verwaltung bei der Rechtsanwendung (vgl. Botsch. VE 96, 44; Aubert, Bundesstaatsrecht, Rz. 290; Rhinow, Methodik, 22 f., 181 ff.). Auch die SNB kann letztverbindlich über die Bedeutung von Art. 99 entscheiden und selbst die Stimmberechtigten sind zur Verfassungsinterpretation befugt (s.a. Rz. 64). Ausserdem wird die BV von Organen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden interpretiert (s.a. Rz. 49, 79) und BVers, BR und BGer besitzen als oberste Gewalten und Hüterinnen und Hüter der Verfassung weitergehende Interpretationsbefugnisse als andere Staatsorgane. Das Idealbild von Richterinnen und Richtern, die in einem Zweiparteienprozess unter Bindung an das Verbot der Rechtsverweigerung Rechtsnormen interpretieren (exemplarisch von Savigny, Römisches Recht, 213), wird dem Vorgang der Verfassungsinterpretation demzufolge nicht gerecht. Um der Institutionen- und Verfahrensblindheit der Methodenlehre entgegenzuwirken, ist der Vorgang der Verfassungsinterpretation auf ein ausgeprägtes institutionelles und prozessuales Rechtsdenken angewiesen, das den akteurs- und verfahrensbedingten Unterschieden, Besonderheiten und Grenzen der Verfassungsinterpretation Rechnung trägt. Als verfassungsrechtliche Legitimationsfragen (dazu Rz. 3) sind Interpretationsfragen zudem auf ein verstärktes Bewusstsein für unterschiedliche Formen amtlicher und persönlicher Verfassungsinterpretation angewiesen (ähnlich Burckhardt, Methode, 273 f.; Kelsen, Reine Rechtslehre, 351 f. unterscheidet zwischen authentischer und nichtauthentischer Interpretation).

1. Akteure: Kreis der Interpretinnen und Interpreten

63 *Amtliche Verfassungsinterpretation*. Verschiedene Organe des Bundes, der Kantone und der Gemeinden interpretieren Bundesverfassungsrecht gestützt auf hoheitliche Befugnisse durch ihre Mitglieder in unterschiedlich strukturierten Verfahren. Solche Formen der Verfassungsinterpretation erfolgen in Ausübung eines Amtes (I) durch demokratisch legitimierte Akteure (II) in verschiedenen Verfahren und verbindlichen Formen (III). Die erhöhte Autorität und Verbindlichkeit einer amtlichen Verfassungsinterpretation beruht auf einer demokratischen Legitimation in dreifacher Hinsicht: Eine solche Normdeutung wird *inhaltlich* durch die zu deutende Verfassungsnorm, *institutionell* über die Ermächtigung des interpretierenden Akteurs sowie *prozessual* durch das Verfahren legitimiert, in dem sie stattfindet. Die amtliche Verfassungsinterpretation bleibt in eine rechtliche Rahmenordnung eingebettet, die ihre Möglichkeiten und Grenzen bestimmt und sie gegenüber rechtlich ungebundenem Entscheiden abgrenzt (s.a. Rz. 3).

64 *Persönliche Verfassungsinterpretation*. Von der amtlichen Verfassungsinterpretation abzugrenzen ist die Deutung von Verfassungsnormen durch politische Parteien, Interessenverbände, Verfahrensparteien, Mitglieder der Verfassungslehre sowie anderen Personen, die solche nicht in Ausübung eines Amtes (I), ohne entsprechende demokratische Legitimation (II) und in unverbindlichen Formen (III) interpretieren (s.a. Biaggini, VdS, I.10, Rz. 8). Die persönliche Verfas-

sungsinterpretation bezieht ihre Autorität einzig aus der Überzeugungskraft der vorgebrachten Argumente über die zu deutende Verfassungsnorm (BGE 116 Ia 359 E. 8d, 376 spricht entsprechend von «Meinungsäusserungen»). In eine rechtliche Rahmenordnung sind entsprechende Normdeutungen nicht oder nur lose eingebunden, etwa wenn Verfahrensvorschriften regeln, wie die Beteiligten eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens persönliche Verfassungsverständnisse vorbringen können. In der Schweiz besteht jedoch insofern eine besonders ausgeprägte politische Kultur (vgl. Rz. 21) der persönlichen Verfassungsinterpretation, da die BV im Sinne eines «Selbstbestimmungsnarratives» als etwas Eigenes betrachtet wird (Schmid S., Verfassungsrevision, 656 ff.). Mithilfe von Volksrechten lassen sich persönliche Verfassungsinterpretationen zudem in amtliche Verfassungsinterpretationen umformen, wodurch die Schweiz dem Idealtypus einer «offene[n] Gesellschaft der Verfassungsinterpreten» näher kommt als andere Staaten (Häberle, Offene Gesellschaft, 297 ff.; Häberle, Verfassungsinterpretation, 1, 10 ff., 18 ff. m.w.H. zur Schweiz).

Wert und Gefahren? Persönliche Verfassungsinterpretation ist wichtig und problematisch zugleich. *Wichtig* einmal, weil sie eine kaum zu überschätzende Quelle der Inspiration zwischen Gesellschaft und Staat bildet (vgl. Häberle, Offene Gesellschaft, 298). Wichtig ist die persönliche Verfassungsinterpretation sodann, weil sie Normbefehle einfordern kann, welche die BV zwar verbrieft, die in der Gesellschaft aber nicht verwirklicht sind (z.B. Art. 8 Abs. 3 Satz 2; Art. 73; s.a. Reich J., Originalismus, 719). Wichtig ist die persönliche Verfassungsinterpretation ferner, weil sie eine Inanspruchnahme verfassungsmässiger Rechte ermöglicht, die allen zusteht, aber ungleich erfolgt (z.B. Durchsetzung verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien in schutzpolizeilichen Verfahren). Wichtig ist die persönliche Verfassungsinterpretation nicht zuletzt für eine zugespitzte Umdeutung von verfassungsrechtlich Vorgegebenem in verfassungspolitisch Veränderbares (exemplarisch zum Frauenstimmrecht Komm. zu Art. 136, Rz. 2; s.a. Kersten, Zuspitzung, 14 u. passim). *Problematisch* ist eine persönliche Verfassungsinterpretation vor allem, wenn damit Verfassungsnormen vorgeschoben werden, um partikularen (politischen) Forderungen einen Anschein verfassungsrechtlicher Autorität zu verleihen, der einer sorgfältigen Prüfung nicht standhält (s.a. Reich J., Originalismus, 718). Umso mehr gilt dies, wenn solche Normdeutungen von der Verfassungsrechtslehre oder anderen Stimmen vorgetragen werden, die aufgrund ihrer Stellung einen Vertrauensvorschuss in Sachen Verfassungsinterpretation geniessen (Kley A., Geschichte, 450; Kelsen, Reine Rechtslehre, 353). 65

2. Rahmenordnung: Kompetenzen und Verfahren amtlicher Verfassungsinterpretation

Interpretationskompetenzen. Die Änderung des Verfassungstextes ist Sache der verfassungsgebenden Organe (vgl. Art. 192 ff.), derweil seine Interpretation der damit konfrontierten Behörde im Anlassfall aufgetragen ist. Verfassungsinterpretationsbefugnisse gelten als unbestritten, obschon sie die BV mit keinem Wort erwähnt (vgl. Botsch. VE 96, 44; zu möglichen Regelungsalternativen Gamper, Verfassungsinterpretation, 69 ff.; s.a. Art. 70 Ziff. 2 KV OW). Entsprechende Organkompetenzen lassen sich anhand verschiedener Ansätze herleiten: Methodische Figuren wie die Herstellung praktischer Konkordanz und die Einheit der Verfassung (dazu Rz. 117 f.) oder Forderungen nach erweiterten Gestaltungskompetenzen aufgrund einer geringen Normdichte (dazu Rz. 44, 77) leiten Verfassungsinterpretationsbefugnisse anhand der fraglichen Verfassungsnorm 66

negativ aus den Regelungskompetenzen des Verfassungsgebers ab. Verfassungsinterpretationskompetenzen beginnen danach jeweils dort, wo der Verfassungsgeber seine eigenen Gestaltungskompetenzen nicht ausgeschöpft hat. Sodann lassen sich Verfassungsinterpretationsbefugnisse aus einer Kontrollperspektive unter Verweis auf die Letztentscheidungsmacht über die Bedeutung von Verfassungsnormen rechtfertigen. Ein dritter Ansatz geht von einer unmittelbaren, sich aus der angestammten Staatsgewalt der einzelnen Gewaltenträger ergebenden Kompetenz zur Verfassungsinterpretation aus, die der Verfassungsgeber den eingesetzten Organen durch ihre Konstituierung übertragen hat (schon früh Hamilton, Federalist No. 81, 250: «There is not a syllable in the plan under consideration which directly empowers the national courts to construe the laws according to the spirit of the Constitution [...] but this doctrine is not deducible from any circumstance peculiar to the plan of the convention, but from the general theory of a limited Constitution»; s.a. Ehrenzeller K., Koordination, Rz. 499 ff.). Der dritte Ansatz kommt der Einbettung von Verfassungsinterpretationskompetenzen in der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung der BV am nächsten. Er erhellt, dass und warum neben BVers, BR und BGer auch die Bundesverwaltung, die SNB, ein Initiativkomitee oder die Stimmberechtigten in unterschiedlich strukturierten Verfahren eigene und komplementäre Beiträge zur Gesamtaufgabe der Verfassungsinterpretation leisten und dabei den Vorbehalten von Volk und Ständen als Verfassungsgeber unterstehen.

67 *Verhältnis zwischen Verfassungsinterpreten.* Aufgrund des in der BV angelegten Mit- und Gegeneinanders verschiedener, durch angestammte Verfassungsinterpretationskompetenzen zur Verfassungsinterpretation befugter Organe stellt sich die Frage nach ihrem Verhältnis untereinander. Luc Heuschling unterscheidet diesbezüglich zwischen drei idealtypischen Konzeptionen (Verfassungsinterpretation, 57 ff.):

- *Monopolmodell:* Ein Gericht entscheidet im Rahmen einer konzentrierten Verfassungsgerichtsbarkeit letztverbindlich über die Bedeutung von Verfassungsnormen (z.B. österreichische Verfassungsgerichtshof).
- *Pyramidenmodell:* Interpretationsdivergenzen werden durch eine hierarchische Zuordnung der verschiedenen Interpretationsorgane aufgelöst. An der Spitze steht ein Höchstgericht für alle Rechtsgebiete, das seine Verfassungsinterpretation in besonderen Verfahren gegenüber anderen Interpretationsorganen durchsetzen kann (z.B. US Supreme Court).
- *Polyzentrisches Modell:* Verschiedene verfassungsinterpretierende Organe stehen nebeneinander und wirken mit je spezifischer Eignung und in gemeinsamer Verantwortung in andersgearteten Verfahren als verfassungsinterpretierende Akteure (z.B. Frankreich).

Die BV regelt das Verhältnis zwischen den einzelnen Verfassungsinterpreten in einem Mischsystem aus polyzentrischen und pyramidalen Elementen. *Pyramidal*, weil das BGer nach dem Einheitsmodell der Bundesjustiz als einziges ordentliches und oberstes Höchstgericht waltet (Botsch. VE 96, 424; Komm. zu Art. 188, Rz. 21) und seine Verfassungsinterpretationen – wenn auch mit Vorbehalten (Rz. 79) – gegenüber den Kantonen durchsetzen kann, nicht aber gegenüber BVers und BR (Art. 189 Abs. 4) und diversen Behörden der Bundesverwaltung (s. Art. 83 BGG). *Polyzentrisch* ist das Verhältnis zwischen Verfassungsinterpreten, weil über den näheren Gehalt von Verfassungsnormen im gewaltengliedrigen Gefüge der BV verschiedene, nebeneinanderstehende Organe letztverbindlich entscheiden können und die Ausscheidung von Interpretationskompetenzen im Einzelfall auf der Steuerungsebene offengelassen wird. So verzichtet die BV auf Interpretationsverbote zulasten oder Interpretationsvorbehalte zugunsten einzelner Organe (vgl. z.B.

§ 31 BverfGG) wie auch auf ein formalisiertes Verfahren oder ein allgemein zuständiges Organ zur Bereinigung von Interpretationsdifferenzen (Biaggini, VdS, I.10, Rz. 27). Stattdessen sollen verschiedene Formen von Interorganrespekt der Verfassungsinterpretation Grenzen setzen und dafür sorgen, dass verfassungsinterpretierende Organe ihre Interpretationskompetenzen nicht ungehemmt ausdehnen (näher Rz. 69 ff.). Nicht zuletzt ist eine gewisse Inkaufnahme von Auslegungsdivergenzen zwischen verschiedenen Letztinterpreten der BV mit Giovanni Biaggini «historisch und rechtsvergleichend betrachtet [...] als Glücksfall einzustufen», weil die Idee eines abschliessenden letzten Worts der Vorstellung einer Demokratie als offenes, lernfähiges System widerspricht (VdS, I.10, Rz. 23; zur Relativität der Verfassungsinterpretation s.a. Rz. 9).

Verfahren. Verfassungsnormen werden bei Weitem nicht nur aus Anlass einer Beschwerde an das BGer gedeutet. Verfassungsinterpretation findet auch im parlamentarischen und, mehr noch, im vorparlamentarischen Verfahren der Gesetzgebung statt, in seltenen Fällen auch in einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren (näher Komm. zu Art. 121, Rz. 42 f.). Über die *Einleitung* einer amtlichen Verfassungsinterpretation entscheiden mit einer Verfassungsnorm konfrontierte Organe im Grundsatz selbst, also nicht auf Antrag und ohne förmlichen Beschluss. In Justizverfahren bleiben die Einleitung und der Verzicht auf eine Deutung von Verfassungsnormen allerdings erheblich durch das Rügeprinzip und die Begründungspflicht vorgespurt (Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Die aktivierende Funktion der Verfassungsbeschwerde, die in zahlreichen Verfassungsordnungen als Hebel gegen missliebige Verfassungsdeutungen der Behörden dient, besitzen im schweizerischen Verfassungsdesign die ausformulierte Volksinitiative und das fakultative Referendum (zur Kontrollfunktion Vorbem. zu Volk und Ständen, Rz. 21). Folge davon ist ein intensiver Kampf um die Deutungshoheit einer Volksinitiative vor und nach der Abstimmung (exemplarisch Komm. zu Art. 121, Rz. 47 ff.). *Durchgeführt* wird eine amtliche Verfassungsinterpretation in unterschiedlichen Verfahrensstrukturen, die Fakten und Interessen verschieden berücksichtigen, in denen verschiedenartige Entscheidungsrationalitäten vorherrschen und in denen Verfassungsnormen andersgeartete Bindungskräfte entfalten (s.a. Rz. 7 u. 43). So werden Verfassungsnormen in Justizverfahren retrospektiv-nachprüfend anhand der vorgetragenen Parteiinteressen zur Herstellung von individuell-konkreter Rechtsgleichheit und Gerechtigkeit gedeutet. Beteiligte des parlamentarischen Verfahrens haben möglichst alle gesellschaftlichen Interessen zu berücksichtigen, wenn sie Verfassungsnormen prospektiv zur Schmiedung zustimmungsfähiger Kompromisse deuten. In Regierungs- und Vollzugsverfahren werden Verfassungsnormen hingegen aus einer leitenden und technokratischen Perspektive interpretiert (zum Ganzen mit Bsp. auch Rz. 77). *Beschlossen* wird über eine Verfassungsinterpretation nicht zwingend; wenn doch, sind je nach Verfahren, in dem eine Verfassungsnorm interpretiert wird, Deutungen von Verfassungsnormen in Bundesratsbeschlüssen, parlamentarischen Erlassformen, Gerichtsurteilen, Verordnungen, Verfügungen oder anderen staatlichen Handlungsformen möglich. 68

3. Grenzen: Interorganrespekt im Rahmen der amtlichen Verfassungsinterpretation

Interorganrespekt. Das in der BV angelegte Nebeneinander verschiedener verfassungsinterpretierender Organe erzeugt berechtigte Sorge vor unzulässigen Machtverschiebungen im Gewaltengefüge auf zwei Seiten hin. Eine amtliche Verfassungsinterpretation hat sowohl die Vorentscheide 69

des Verfassungsgebers wie auch die Gestaltungsprimate anderer verfassungsinterpretierender Organe zu wahren. Die Figur des *Interorganrespekts* nähert sich dieser Doppelaufgabe durch eine negative Umschreibung der Reichweite amtlicher Interpretationsbefugnisse an (näher zum Begriff Lorz, Interorganrespekt, 89 ff.). Mit Interorganrespekt ist keine Selbstzucht aufgrund eines bestimmten Berufsethos im Sinne eines «judicial self-restraint» oder der «Political-Question-Doktrin» angesprochen, sondern ein *verfassungsrechtliches Gebot*, das seine Wirkung bereits bei der entscheidvorbereitenden Interpretation entfaltet und sich aus der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung ergibt (Biaggini, VdS, I.10, Rz. 21; Bryde, Verfassungsentwicklung, 306 ff.; Rhinow, Methodik, 185 ff.). Gewissermassen nähert sich die Figur des Interorganrespekts der ungeklärten methodischen Frage nach den Grenzen der Verfassungsinterpretation aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive an und setzt den Tätigkeiten von Interpretinnen und Interpreten durch institutionelle und prozessuale Überlegungen Schranken (s.a. Rz. 14, 119).

70 *Formenreichtum des Interorganrespekts*. Amtliche Verfassungsinterpretation (Rz. 63) erfolgt in unterschiedlich strukturierten Verfahren, in denen verschiedene Organe des Bundes, der Kantone und der Gemeinden mit rechtlichen, politischen und administrativen Entscheidungsrationalitäten zusammenwirken. Im Anlassfall ist das erforderliche Mass an Interorganrespekt durch interpretative Kleinarbeit anhand des massgeblichen institutionellen und prozessualen Umfelds zu bestimmen. Ein Patentrezept existiert dafür nicht. Bei der Erfassung von Beurteilungs-, Prognose- und Wertungsprimaten verschiedener Organe und den ebenenabhängigen Bindungsgraden von Verfassungsnormen können unterschiedliche Formen von Interorganrespekt auf der Handlungs- und Kontrollebene zusätzliche Orientierung bieten (s.a. Biaggini, VdS, I.10, Rz. 21; Bäumlin, Geschichte, 35 f.; weiterführend Lorz, Interorganrespekt, 526 ff.; zu Verfassungsnormen als Steuerungs-, Handlungs- und Kontrollmassstab s.a. Rz. 7 u. 43).

71 *Interorganrespekt auf der Handlungsebene*. Politische und administrative Behörden interpretieren Verfassungsnormen als originär handelnde Organe im Hinblick auf einen bevorstehenden verfassungsmässigen Entscheid für die Zukunft (zur Handlungsebene s.a. Rz. 7, 43). Verfassungsnormen sind dafür mit Rücksicht auf alle gegenwärtig und künftig möglicherweise betroffenen Interessen zu einem Handlungsmassstab zusammenzuführen (s.a. Rz. 87). In parlamentarischen, exekutiven und administrativen Verfahren werden verfassungsmässige Handlungsoptionen ausgelotet, um generell-abstrakte oder individuell-konkrete Wertungsentscheide zu treffen und diese unter Verweis auf die BV zu rechtfertigen (i.d.S. für die Gesetzgebung Mahlmann, VdS, I.10, 14 ff.; s.a. Burckhardt, Methode, 248 ff.). Auf der Handlungsebene vorgenommene Verfassungsdeutungen und Interessensabwägungen haben auf der Steuerungsebene vorweggenommene Entscheide des Verfassungsgebers zu respektieren und dessen Gestaltungsprimat zu wahren (Rz. 73 ff.). Zugleich ist dabei den Gestaltungsprimaten kommunaler, kantonaler und nationaler Organe Interorganrespekt zu zollen, die auf der Handlungsebene ebenfalls zur Deutung von Verfassungsnormen befugt sind (näher Rz. 76 ff.).

72 *Interorganrespekt auf der Kontrollebene*. Kontrollorgane interpretieren Verfassungsnormen nachträglich im Rahmen einer Überprüfung von Akten anderer Organe aus einer zeitlichen und prozessualen Distanz (Cueni, Urteilsbesprechung BGer, 103). Unter Berücksichtigung der entscheiderheblichen Aspekte des zurückliegenden Einzelfalls werden Verfassungsnormen dabei interpretativ zu einem Kontrollmassstab verdichtet (Biaggini, VdS, I.10, Rz. 27; s.a. Rz. 87).

Kontrollorgane haben im Rahmen von Rechtspflege- und Aufsichtsverfahren die konkreten Gestaltungsräume von Organen auf der Handlungsebene zu beschreiben und zu prüfen, inwiefern deren Verfassungsdeutungen diese einhalten. Was eine Verfassungsnorm konkret besagt, bestimmen Kontrollorgane demnach nie allein, sondern immer in Arbeitsteilung mit den agierenden Akteuren, die kontrolliert werden sollen. Auf der Kontrollebene stellt sich daher jeweils die Frage, inwiefern die Deutungen und Interessenabwägungen von Organen auf der Handlungsebene nicht, teilweise oder umfassend ersetzt werden dürfen (vgl. Rhinow, Methodik, 185 f.; Mahlmann, Verfassungsauslegung, 12 f.; Häberle, Offene Gesellschaft, 303; Herdegen, Verfassungsinterpretation, 874 f.).

3.1 Vertikale Verhältnisse: Interorganrespekt zwischen verfassungsgebenden und -interpretierenden Organen

Interorganrespekt gegenüber dem Verfassungsgeber. Trotz allen Parallelen zwischen Formen der Verfassungsgebung und -interpretation kommt man um eine Unterscheidung zwischen normsetzender Verfassungsentwicklung auf der Steuerungsebene und interpretativer Verfassungsentwicklung auf der Handlungs- und der Kontrollebene nicht herum, wenn Verfassungsnormen Steuerungsanspruch entfalten sollen (zu den besonders geringen Unterschieden in der Schweiz Häberle, Verfassungsgebung, 1 ff.; s.a. Reich J., Verfassungsverwirklichung, 113 ff.; Rhinow, Methodik, 232 ff.). Nicht zuletzt aufgrund ihrer Legitimationsfunktion (Rz. 3) schuldet jede Verfassungsinterpretation den demokratischen Vorentscheiden des Verfassungsgebers und seinen Gestaltungsprimaten Interorganrespekt. Zusätzliche Konturen erhalten diese institutionellen Grenzen der Verfassungsinterpretation durch zwei institutionelle Fragen. Erstens: Welcher Verfassungsgebundenheit unterliegt der interpretierende Akteur (Rz. 74)? Zweitens: Inwiefern untersteht die konkrete Sachfrage aufgrund ihrer Bedeutung einem Erfordernis der Verfassungsform (Rz. 75)? 73

Verfassungsgebundenheit. Im Verhältnis zwischen verfassungsgebenden und verfassungsinterpretierenden Organen sorgt die Verfassungsgebundenheit Letzterer durch ein Verbot von verfassungswidrigem Verhalten auf der Handlungs- und Kontrollebene für Respekt gegenüber demokratischen Vorentscheiden des Verfassungsgebers (i.d.S. Rhinow, Methodik, 186). Aufgrund ihrer Verfassungsgebundenheit haben sich verfassungsinterpretierende Organe eine möglichst klare Vorstellung darüber zu verschaffen, was der Verfassungsgeber demokratisch vorentschieden hat, und müssen ihre eigenen Normdeutungen im Einklang mit diesen vornehmen (s.a. 14 f.). Aus den unterschiedlichen Stellungen der verschiedenen verfassungsinterpretierenden Organe gegenüber dem Verfassungsgeber resultieren andersgeartete Bindungsgrade. Die Interpretationskompetenzen eines kantonalen Gerichts oder der Bundesverwaltung gehen aufgrund ihrer anderen Stellung gegenüber dem Bundesverfassungsgeber weniger weit als jene des BGer als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes (Art. 188 Abs. 1). Die Verfassungsgebundenheit des BGer unterscheidet sich ihrerseits von jener des BR als oberste leitende und vollziehende Behörde (Art. 174 Abs. 1) und der BVers als oberstes Organ des Bundes (Art. 148 Abs. 1). Mit Art. 5 Abs. 1 besitzt die Verfassungsgebundenheit zudem einen positivrechtlichen Anknüpfungspunkt und weist den klassischen Auslegungselementen einen verfassungsdogmatischen Ort zu (s.a. Rz. 3; zu den Auslegungselementen Rz. 4, 91). 74

75 *Erfordernis der Verfassungsform*. Ein Regelungsverbot für bestimmte Gehalte unterhalb der Verfassungsstufe kennt die BV zwar nicht (s. Komm. zu Art. 5, Rz. 43). Besonders bedeutende Leitentscheide für das schweizerische Gemeinwesen sind jedoch anerkanntermassen im Verfahren der Verfassungsrevision mit Doppelmehr von Volk und Ständen zu treffen (vgl. Biaggini, Verfassungsfortbildung, 135 f.; Rhinow, Methodik, 186). Welche Fragen aufgrund ihrer Bedeutung der Verfassungsgeber treffen soll, lässt sich – wie auch bei der verwandten Figur des materiellen Gesetzesvorbehalts (weiterführend Komm. zu Art. 164, Rz. 4 ff.; Seaders, Gesetzesform, 23 ff.) – nicht allgemeingültig beantworten. Die Reflexion darüber, ob eine Entscheidung aufgrund ihrer demokratischen und bundesstaatlichen Bedeutung bevorzugt vom Verfassungsgeber zu treffen sei, erbringt im Vorgang der Verfassungsrevision aber dennoch eine wichtige Erklärungsleistung. Die Frage nach dem Erfordernis der Verfassungsform erinnert Interpretinnen und Interpreten daran, dem Verfassungsgeber auch dort das notwendige Mass an Interorganrespekt entgegenzubringen, wo dessen Steuerungsabsichten nicht oder nur teilweise bestimmbar sind. Die volle Bedeutung dieses institutionellen Grenzsteins im Rahmen der Verfassungsinterpretation zeigt sich erst im Lichte des Steuerungsanspruchs der BV als republikanische, auf Ausgleich und Kompromiss ausgerichtete Rahmenordnung, die für die meisten Praxisfälle keine positive Verfassungsnorm enthält.

3.2 Horizontale Verhältnisse: Interorganrespekt zwischen verfassungsinterpretierenden Organen

76 *Horizontaler Interorganrespekt durch Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften*. Im grundsätzlich offenen Verhältnis zwischen verschiedenen verfassungsinterpretierenden Organen des Bundes verpflichten Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften zu Rücksicht auf Gestaltungsprimate anderer Organe im Rahmen der Verfassungsinterpretation (zum Interorganrespekt als institutionelle Grenze Rz. 69). Für einen rigiden Interorganrespekt gegenüber parlamentarischen Erlassen und Volksentscheiden sorgt Art. 190 durch ein *Anwendungsgebot* von Bundesgesetzen für das BGer sowie andere rechtsanwendende Organe (statt vieler BGE 147 I 206 E. 2.3, 209). Die vorfrageweise Prüfung der Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes bleibt zwar erlaubt, doch darf dabei weder ein verfassungswidriges Bundesgesetz noch der bundesgesetzkonforme Entscheid kassiert werden (statt vieler BGE 144 I 126 E. 3, 129). Die BVers wird unter anderem zu Interorganrespekt gegenüber dem Initiativkomitee einer Volksinitiative verpflichtet, da sie eine ausgearbeitete Volksinitiative «so, wie sie lautet», zur Abstimmung unterbreiten muss (Art. 99 Abs. 1 ParlG). *Anfechtungsverbote* wie Art. 189 Abs. 4 erzeugen Interorganrespekt, indem sie Akte des BR und der BVers von einer richterlichen Überprüfung ausschliessen. Eine vorfrageweise Überprüfung im Rahmen eines Anwendungsfalles bleibt allerdings auch hier möglich (Botsch. VE 96, 531; Biaggini, Komm. BV, Art. 189, Rz. 19, 21). *Sanktionsverbote* wie das generelle Kassationsverbot im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht können ebenfalls für rigiden Interorganrespekt zwischen verfassungsinterpretierenden Organen sorgen (vgl. Komm. zu Art. 169, Rz. 55).

77 *Horizontaler Interorganrespekt durch Organ- und Verfahrenseignung*. Zur situativen Bestimmung und Abgrenzung von Verfassungsinterpretationszuständigkeiten verweisen Schrifttum und Praxis regelmässig auf die *unmittelbare oder direkte Anwendbarkeit* der zu interpretierenden Verfassungsnorm (zur Normanwendbarkeit Rz. 44). Welches Organ für die amtliche Verfassungsinter-

pretation einer Verfassungsbestimmung zuständig ist, hängt jedoch nicht allein von der Normierungsdichte der zu interpretierenden Norm ab (dazu Rz. 37). In erster Linie bestimmt sich das erforderliche Mass an Interorganrespekt zwischen verschiedenen verfassungsinterpretierenden Bundesorganen anhand der konkreten Organ- und Verfahrenseignung zur Verfassungsinterpretation (näher Ehrenzeller K., Koordination, Rz. 461, 543 ff. u. 558 ff.; s.a. Seiler, Verfassungsgerichtsbarkeit, 501 ff.; Schindler B., Rollenverteilung, 366 ff.). Entscheidend ist, welches Organ aufgrund seiner Beschaffenheit, seiner Funktion im Gewaltengefüge der BV sowie der ihm offenstehenden Verfahren und Handlungsformen in welchen Konstellationen die Deutungshoheit über eine Verfassungsnorm haben soll. So ist etwa die retrospektive/nachprüfende Konkretisierung von Grundrechten trotz ihrer Unbestimmtheit Sache des BGer, da die Herstellung von individuell-konkreter Rechtsgleichheit und Gerechtigkeit im Vordergrund steht (näher zur Rechtsprechungsfunktion Komm. zu Art. 188, Rz. 8 ff.; zur richterlichen Verfassungsfortbildung Chiariello, Verfassungsgeber, 11 ff.; Seiler, Verfassungsgerichtsbarkeit, 510 ff.; Epiney, Verfassungsauslegung, Rz. 1 ff.). Wo eine Verfassungsinterpretation hingegen Rücksicht auf örtliche Eigenarten wie etwa «einheimisches Brauchtum» (Art. 10*a* Abs. 3) verlangt, sind kommunale oder kantonale Behörden geeigneter als Bundesorgane (Komm. zu Art. 10*a*, Rz. 65 ff.; s.a. Komm. zu Art. 5, Rz. 52). Die Organ- und Verfahrenseignung erklärt auch, warum der BR als oberste leitende und vollziehende Behörde festlegt, was unter «Neutralität» i.S.v. Art. 185 Abs. 1 zu verstehen ist (vgl. dazu die weiterführenden Hinweise in Rz. 28), und weshalb die Bundesverwaltung bestimmt, unter welchen Voraussetzungen eine politische Ausweisung nach Art. 121 Abs. 2 zulässig ist, solange ihre Praxis nicht durch Gesetzesvorgaben eingehegt wird (näher Komm. zu Art. 121, Rz. 42 ff.). Vor allem aber verdeutlicht das Kriterium der Organeignung, dass die Wahrnehmung von Bundeskompetenzen, die Erfüllung verfassungsrechtlicher Handlungsaufträge und Zielvorgaben, aber auch Grundrechtseinschränkungen nach Art. 36 Abs. 1 primär Angelegenheiten der BVers sind, da im parlamentarischen Verfahren relativ am besten zustimmungsfähige Kompromisse geschmiedet, Interessenabwägungen vorgenommen und verbindliche Leitentscheide für die Zukunft getroffen werden können (vgl. Eichenberger, Legiferierung, 469 ff.; Mahlmann, Verfassungsauslegung, 5 f.). Zuweilen vergessen geht dabei, dass im Gesetzgebungsverfahren der BR der BVers vorgelagert ist (s. Art. 181 u. Art. 7 RVOG), sodass die verfassungsrechtlichen Weichen häufig bereits durch die bundesrätliche Erstinterpretation von Verfassungsnormen während der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfs gestellt werden.

Horizontaler Interorganrespekt durch reduzierte Kontrolldichte. Neben Verfahrensvorschriften (dazu. Rz. 68) sorgen auf der Kontrollebene vor allem unterschiedliche Formen einer reduzierten Kontrolldichte für Interorganrespekt im Vorgang der Verfassungsinterpretation. Kontrollorgane haben den politischen und administrativen Gestaltungsprimaten anderer verfassungsinterpretierender Organe auf der Handlungsebene Interorganrespekt zu zollen. So hält sich das BGer bei der Interpretation von wertungsmässig offenen Verfassungsnormen, «die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum» belassen und deren «Verhältnis zu den anderen Verfassungsbestimmungen und -prinzipien […] der Klärung [bedarf], […] aus Gründen der Gewaltenteilung» zurück (BGE 139 I 16 E. 4.3.4, 27 f.). Es reduziert seine Kontrolldichte sodann bei der Überprüfung hochkomplexer Regierungs- und Verwaltungsakte (statt vieler BGE 129 I 12 E. 6.4, 20; Schindler B., Rollenverteilung, 368 ff.; zu entsprechenden Tendenzen in der Pandemierechtsprechung BGE 147 I 450 E. 3.2.5, 456; Biaggini, Pandemie, 84; Cueni, Urteilsbesprechung BGer, 101 ff.; s.a. StGH 2021/082, E. 3.1 mit Bezügen zur Schweiz). Eine reduzierte Kontroll- 78

dichte zur Vermittlung von Interorganrespekt im Rahmen der Verfassungsinterpretation lässt sich aber auch in der parlamentarischen Praxis zur Gültigkeitsprüfung von Volksinitiativen beobachten (exemplarisch Botsch. Durchsetzungsinitiative, 9470 ff. u. BB Durchsetzung). Wo eine reduzierte Prüfungsdichte zur Vermittlung von Interorganrespekt auf der Kontrollebene in einem Spannungsverhältnis zum individuellen Anspruch auf ein gerechtes Verfahren steht, ist nach einem verfassungsgeleiteten Ausgleich der gegensätzlichen Interessen zu suchen (zu den Grenzen Komm. zu Art. 29, Rz. 41 ff.).

79 *Föderaler Interorganrespekt durch reduzierte Kontrolldichte.* Zur situativen Abgrenzung von Verfassungsinterpretationsbefugnissen in föderaler Hinsicht wird in der Praxis ebenfalls auf eine reduzierte Kontrolldichte zurückgegriffen (zum Subsidiaritätsermessen der Kantone Schindler B., Verwaltungsermessen, Rz. 360 ff.). Zur Vermittlung von föderalem Interorganrespekt prüft das BGer nach ständiger Praxis die «Verletzung kantonalen Verfassungsrechts» zwar «in freier Auslegung der betreffenden Verfassungsvorschrift», doch weicht es von der ihr im Kanton gegebenen Auslegung nur aus zwingenden Gründen ab (so BGE 54 I 143 E. 4b, 154; erstmals bereits BGE 1 314 E. 4, 316; Biaggini, VdS, I.10, Fn. 24 f. m.w.H. zur frühen Rechtsprechung). Aus Respekt gegenüber einem bevorstehenden direktdemokratischen Entscheid über eine kantonale Verfassungsänderung erklärt das BGer nach dem Grundsatz «in dubio pro populo» kantonale Volksinitiativen für gültig, solange sie sich bundesrechtskonform interpretieren lassen (BGE 139 I 292 E. 7.2.4, 299; BGE 147 I 183 E. 6.2, 186; s.a. Rz. 104). Föderaler Interorganrespekt gegenüber demokratischen Entscheiden des kantonalen Verfassungsgebers beherrscht aber auch die Praxis zur Gewährleistung von Kantonsverfassungen durch die BVers nach Art. 51 Abs. 2 und Art. 172 Abs. 2 (vgl. Botsch. Gewährleistung, 9112 u. BB Gewährleistung; s.a. Botsch. VE 96, 219; mit Vorbehalten Imboden, Norminterpretation, 241 f.). Mit Art. 44 Abs. 2 existiert seit 1999 ein positivrechtlicher Anknüpfungspunkt für föderalen Interorganrespekt. Sein Wortlaut «schulden einander Rücksicht» tönt jedoch an, dass neben unterschiedlichen Graden föderalen Interorganrespekts auf der Kontrollebene auch denkbar ist, dass das Interesse an einer Durchsetzung von Bundesrecht der Forderung nach Respekt vor föderaler Vielfalt situativ vorgehen kann (so z.B. BGE 116 Ia 359 E. 10, 379 ff.; Glaser, Grundrechtseinschränkungen, 63 ff.).

80 *Transnationaler Interorganrespekt durch reduzierte Kontrolldichte.* Durch den Bedeutungszuwachs internationaler Kontrollorgane stellt sich die Frage nach Interorganrespekt verstärkt auch im Verhältnis zwischen diesen und nationalen Organen. So umschreibt der EGMR seine differenzierte Praxis zur Rücksichtnahme auf politische Gestaltungsräume von Mitgliedsstaaten durch die Figur der «margin of appreciation» (EGMR *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlande*, 14234/88 [1992], Ziff. 28, 63; *A, B u. C v. Ireland* [GC], 25579/05 [2010], § 101 f., 224 f.; *Animal Defenders International v. United Kingdom* [GC], 48876/08 [2013], § 108, 114; *S.A.S. v. France* [GC], 43835/11 [2014], § 129; *Friend and others v. United Kingdom*, 16072/06 u. 27809/08 [2009], § 50). Zusammen mit dem Grundsatz der Subsidiarität ist die «margin of appreciation» seit dem Inkrafttreten des ZP Nr. 15 zur EMRK am 1. 8. 2021 explizit in der Konvention verankert. «Namentlich dort, wo die Anwendung der EMRK Wertungs- oder Abwägungsentscheidungen bedingt», so der BR in der Botschaft zur Genehmigung des ZP Nr. 15 zur EMRK, «sind nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR die nationalen Instanzen in aller Regel besser in der Lage, solche Entscheidungen zu treffen, und ist es nicht seine Aufgabe, sich bei seiner Überwachung an die Stelle der staatlichen Gerichte und Behörden zu setzen» (Botsch. Protokoll Nr. 15, 2352 ff.; s.a. EGMR *Grosam v. The Czech Republic*, 19750/13 [2022], Dissenting Opinion der Richter

Eicke, Koskelo and Wennerström). Wo das Volk selbst im Rahmen einer Abstimmung oder sein Repräsentationsorgan, das Parlament, solche Entscheide getroffen hat, sollte dies umso mehr gelten (Möckli, Internationale Gerichte, 81). Der umrissene Interorganrespekt des EGMR gegenüber dem Gestaltungsprimat seiner Mitgliedsstaaten wirkt erweiternd auf die Gestaltungsräume der verfassungsinterpretierenden Organe. Vor diesem Hintergrund scheint nicht nur eine stärkere Ausdifferenzierung der etablierten Praxis des BGer, einer Verurteilung der Schweiz durch den EGMR bei einer klaren Rechtslage höchstrichterlich zuvorzukommen (näher Komm. zu Art. 5, Rz. 92), angezeigt (wohl auch Biaggini, Auslegung, 333 ff.). Der Interorganrespekt des EGMR gegenüber nationalen Organen verlangt auch ein verstärktes Bewusstsein im Rahmen der Verfassungsinterpretation, dass BR und BVers nicht zu den Adressaten von Art. 190 zählen und durch Art. 5 Abs. 4 auf andersgeartete Weise an die EMRK gebunden sind als das BGer.

V. Wie: Methoden der Verfassungsinterpretation

Methodenbegriff und Methodenvielfalt. Unter Methode wird gemeinhin ein planmässiges Verfahren zum Gewinn von Erkenntnis verstanden. Etymologisch stammt der Begriff vom griechischen «methodos», zu Deutsch «der Weg zu etwas hin»; in der Wissenschaftstheorie gilt Methode als Kennzeichen und Garant von Qualität schlechthin (Mittelstrass, Enzyklopädie, 876; Schluep, Rechtstheorie, Rz. 906 ff.). Verfassungsinterpretation im hier verstandenen Sinne (vgl. Rz. 1) beruht auf einem pragmatischen Verständnis, das Methoden als argumentative Werkzeuge für Rechtsarbeit versteht, die praktische Erfahrung und theoretische Erkenntnisse miteinander verbinden (weiterführend zum Begriff der Methode in der Rechtswissenschaft von Arnauld, Öffnung, 71 ff.; Kramer, Methodenlehre, 39 ff.; Rhinow, Methodik, 3 ff.). Der methodische Grundkonsens der Verfassungsinterpretation leidet aufgrund ihrer verschiedenen Ziele (Rz. 12 ff.), ihres höchst diversen Gegenstandes (Rz. 16 ff.) und der Vielfalt an Akteuren und Verfahren (Rz. 62 ff.) an einer fehlenden Ausdifferenzierung. Die Methoden der Verfassungsinterpretation sind daher in einen grösseren Zusammenhang zu stellen und verstärkt als Vorgang des Verstehens und Entwickelns von Verfassungsrecht zu erfassen (s.a. Rz. 8). Verfassungsnormen sind zwar auch, aber im Grundsatz nicht nach denselben Regeln auszulegen wie Normen des einfachen Gesetzesrechts (so aber BGE 139 I 243 E. 8, 249; s.a. Rz. 4). Als gegenstandsbestimmter und -abhängiger Vorgang ist die Verfassungsinterpretation auf eine methodische Perspektivenerweiterung angewiesen (Rz. 8). Gesucht sind Methoden, die Leerstellen und Vieldeutigkeit im Verfassungstext nicht als Fehler, sondern als Normierungstechnik erfassen, der politischen Dimension von Verfassungsnormen Rechnung tragen und Vorentscheide anderer Organe nicht nur individualisieren, sondern durch politische und mikropolitische Entscheide auch generalisieren können (s.a. Rz. 38 ff. u. 45). Sodann verlangt die Verfassungsinterpretation in verstärktem Ausmass ein institutionelles und prozessuales Rechtsdenken, das organ- sowie verfahrensbedingten Unterschieden und Besonderheiten der Verfassungsinterpretation Rechnung trägt und Gestaltungsprimaten anderer Organe Interorganrespekt zollt (zum Ganzen Rz. 62 ff.). Schliesslich hat sich die Verfassungsinterpretation nicht davor zu fürchten, das schweizerische Verfassungsrecht verstärkt als heterogenes Normgefüge zu verstehen, das in hohem Masse auf Methoden zur situativen Verknüpfung einander nicht näher zugeordneter Verfassungsnormen und ihrer Abstimmung mit Aussagen anderer Bestimmungen angewiesen ist (s.a. Rz. 35, 57, 105 ff.). 81

82 *Methodenqualität*. Methoden der Verfassungsinterpretation sind keine normativen oder logischen Metaregeln (zu den Unterschieden Burckhardt, Methode, 43 ff.; a.M. Kramer, Methodenlehre, 45 ff.), sondern Reservoirs bewährter Argumente, Figuren und Gesichtspunkte für die Verfassungsinterpretation (Biaggini, VdS, I.10, 35; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 137; ähnlich bereits Burckhardt, Methode, 35 ff.). Hinzu treten Konzepte, die den Einsatz solcher methodischer Topoi leiten (von Arnauld, Öffnung, 72). Die «Aufrechterhaltung und Erneuerung» des methodischen Grundkonsenses der Verfassungsinterpretation erweist sich vor diesem Hintergrund als Daueraufgabe (Biaggini, VdS, I.10, Rz. 48) und der Verzicht auf eine kodifizierte Methodennorm in der BV im Stile von Art. 1 ZGB oder Art. 31 WVK als bedacht (gl.M. Biaggini, VdS, I.10, 44; a.M. Giacometti, Auslegung, 32; zu anderen Regelungsdesigns vgl. Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 60 ff.).

83 *Methodenfunktionen*. Methoden der Verfassungsinterpretation sind weder Selbstzweck noch Selbstermächtigung und liefern keine fertigen Lösungen, sondern besitzen in erster Linie eine dienende Funktion (weiterführend zum Ganzen Rhinow, Methodik, 1 ff.; Vosskuhle, Verwaltungsrechtswissenschaft, § 1, Rz. 7). Durch ihre Selektions- und Syntheseleistung sorgen Interpretationsmethoden für Orientierung, Rationalität und Stabilität bei der Handhabung von Verfassungsrecht (Strukturierungsfunktion). Methode hilft sodann, Tätigkeiten der Verfassungsinterpretation zu rechtfertigen (Entlastungsfunktion), ermöglicht eine Analyse und Überwachung solcher Aktivitäten (Kontrollfunktion) und kann Entwicklungsbedarf und Fehlüberlegungen offenlegen (Kritikfunktion). Vor allem aber rechtfertigen Methoden der Verfassungsinterpretation staatliches Handeln mit und durch Verfassungsnormen (Legitimationsfunktion; dazu auch Rz. 3).

84 *Inter-, Multi- und Transdisziplinarität*? Aufnahme- und Abgrenzungsforderungen des Verfassungsrechts gegenüber anderen Wissenschaften unterliegen konjunkturellen Schwankungen, denen weder eine pauschale Zurückweisung von Erkenntnissen anderer Fachrichtungen noch eine umfassende Ersetzung bewährter Verfassungsinterpretationsmethoden durch diese gerecht wird. Ein Wissensaustausch mit anderen Disziplinen im Rahmen der Verfassungsinterpretation hat mit Umsicht zu erfolgen. Gesucht sind Methodentransparenz und -ehrlichkeit sowie Mechanismen, die fehlendes Wissen der interpretierenden Akteure über andere Disziplinen abfedern. Unproduktiven Komplexitätssteigerungen durch den Einbezug fremder Disziplinen ist entgegenzuwirken und es muss möglich bleiben, Verfassungsnormen methodisch gegenüber Einflüssen aus Nachbarwissenschaften abzudichten (vgl. zum Ganzen Altwicker, Evidenzbasiertes Recht, 181 ff.; Kersten, Zuspitzung, 30 ff.; Röhl, Öffnung, 29 ff.). Hilfreich sein kann dabei eine Unterscheidung dreier verschiedener Einsatzfelder inter-, multi- und transdisziplinärer Methoden, in denen unterschiedliche methodische Verkehrsregeln für den Wissenstransport zwischen der normativen Verfassungsrechtswissenschaft und ihren Nachbarwissenschaften gelten: Die *Identifikation* und Analyse der relevanten Fakten, Umstände und Interessen eines Anlassfalles sind auf Erkenntnisse von Nachbarwissenschaften zwingend angewiesen (näher Rz. 87 ff.). Eine andere Bedeutung besitzen Erkenntnisse und Methoden anderer Disziplinen bei der *Konkretisierung unbestimmter Verfassungsnormen* (näher Rz. 102). Schliesslich kann die Wirkung von Verfassungsnormen selbst durch *empirische Methoden* untersucht werden (zur Wirkung vgl. Rz. 43; weiterführend statt vieler Chilton/Versteeg, Constitutional Rights, passim).

85 *Verfassungsbewegungen und Methoden*. Jede Interpretation von altem Verfassungsrecht in neuen Kontexten findet in einem Spannungsfeld zwischen Verfassungsdynamik und Verfassungsstabili-

tät statt (Rz. 19). Die klassisch-hermeneutische Methodenlehre bleibt indes geprägt von der Vorstellung eines stabilisierenden Subsumtionsvorgangs zur Wiederholung fremder Vorentscheide durch verfassungsinterpretierende Akteure mittels Auslegung *(secundum legem)*, Lückenfüllung *(praeter legem)* und Normberichtigung (*contra legem*; weiterführend Gächter, Rechtsmissbrauch, 273 ff.; Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 140 ff. u. 339). Umgekehrt wird der Vorgang der Verfassungsinterpretation auch zugespitzt als dynamisierender «Rechtsverwirklichungsprozess» zur Entwicklung von Verfassungsgehalten durch Wertentscheide interpretierender Akteure beschrieben (Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 428 ff., insb. 480 ff.; Hesse, Grundzüge, § 2, Rz. 60 ff.; s.a. Belser, BSK BV, Einleitung, Rz. 67 f.). Beide Ansätze vernachlässigen jeweils eine der beiden zeitlichen Verfassungsbewegungen strukturell, indem sie Verfassungsinterpretation entweder als Stabilisierung oder Dynamisierung von Verfassungsgehalten in der Zeit beschreiben. Vor dem Hintergrund des in der BV angelegten Zusammenspiels dieser beiden Verfassungsbewegungen wird jedoch deutlich, dass eine Verfassungsinterpretation stets auf unterschiedliche Methodenarten (Rz. 86) zur Stabilisierung und Dynamisierung von Verfassungsgehalten angewiesen ist und es nie nur um die Auslegung fremder Wertungen oder die Konkretisierung von Verfassungsnormen durch autonome Wertentscheide geht (zum Methodenpluralismus s.a. Rz. 91).

Methodenarten. Trotz allen Wechselwirkungen und Überlappungen im Vorgang der Verfassungs- 86
interpretation lassen sich fünf verschiedene *Methodenarten* zur Stabilisierung und Dynamisierung von altem Verfassungsrecht in neuen Kontexten unterscheiden. Erstens: Verfassungsinterpretation soll reale Sachverhalte stabilisieren. Das verlangt Analysemethoden zur *Identifikation* relevanter Fakten, Interessen und Normen (Rz. 87 ff.). Zweitens: Durch eine Wiederholung verbindlicher Vorentscheide in neuen Kontexten soll der Vorgang der Verfassungsinterpretation für Verfassungsstabilität sorgen. Hierfür bedarf es *Auslegungsmethoden* zur deduktiven Rekonstruktion von Vorentscheiden mithilfe von Verfassungsnormen (Rz. 90 ff.). Drittens: Verfassungsinterpretation soll geltendes Verfassungsrecht durch den Einbezug realer Einflüsse auf Verfassungsnormen und ihres zeitlichen Bedeutungswandels dynamisieren. Dafür sind Konkretisierungsmethoden zur induktiven Anreicherung des Inhalts von Verfassungsnormen durch schöpferische Wertentscheide auf der Handlungs- und der Kontrollebene notwendig (Rz. 97 ff.). Viertens: Im Rahmen der Verfassungsinterpretation sind Bestimmungen aus einem heterogenen Normgeflecht im Hinblick auf konkrete Entscheide aufeinander abzustimmen. Die Methode der systematischen Auslegung ist dafür zu unspezifisch. Erforderlich sind *Koordinationsmethoden*, um die Abstimmung von Verfassungsnormen auf andere Normaussagen zu stabilisieren und zu dynamisieren (Rz. 106 ff.). Fünftens: Verfassungsinterpretation sorgt durch eine Rechtfertigung der vorgenommenen Normdeutungen für Verfassungsstabilität. Das erfordert Synthesemethoden zur Legitimation und Verantwortung von Akten der Verfassungsinterpretation (Rz. 119 ff.).

1. Identifizieren: Bestimmen relevanter Fakten, Interessen und Normen

Ermittlung und kontextgerechte Aufarbeitung von Fakten und Interessen. Verfassungsnormen 87
erheben Steuerungsanspruch gegenüber realen Sachverhalten (vgl. Rz. 48). Die Analyse ihrer Fakten, Umstände und Interessen aus einer Fülle von Daten ist daher eine «genuin juristische Aufgabe» (Lepsius, Amerikanische Rechtswissenschaft, 336). *Prozessual* und *institutionell* erfolgt die selektive Ermittlung und Aufarbeitung realer Gegebenheiten je nach Verfahrensart unter-

schiedlich. In Kontrollverfahren steht die Aufarbeitung fraglicher Sachverhalte unter dem Einfluss von Beweisführungslasten, Regeln über zulässige Beschwerdegründe und Kognitionsvorschriften (s.a. Rz. 73; weiterführend statt vieler Kiener/Rütsche/Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, Rz. 669 ff., 1520 ff.), derweil politische Verfahren auf eine weitaus umfassendere Verarbeitung von Fakten, Umständen und Interessen ausgerichtet sind. *Methodisch* erfordert die Identifikation der relevanten Gesichtspunkte in der Realität eher eine juristische Kunstfertigkeit als eine exakte Vorgehensweise (Müller J.P., Methodenlehre, 64 f.). Tatsächliche Vorgänge, Fakten und Interessen sind im Lichte der möglicherweise einschlägigen Rechtsvorgaben, des verfolgten Erkenntnisinteresses und der Rolle des interpretierenden Akteurs zu identifizieren, zu beschreiben und zu bewerten. Quantitative Argumente spielen bei der Beschreibung und Interpretation der Realität, die eine Verfassung umgibt, eine zentrale Rolle. Inter- und transdisziplinäre Argumente (dazu auch Rz. 84) helfen zudem, kognitive Verzerrungen und Fehlschlüsse über reale Begebenheiten zu vermeiden (weiterführend zum Ganzen Höhn, Methodik, 60; Vosskuhle, Methode, 189 f.; Reimer F., Methodenlehre, Rz. 67 ff.; Möllers, Möglichkeit, 194 ff.).

88 *Formulierung von Rechtsfragen*. Sich aus kontextgerecht aufgearbeiteten Fakten, Umständen und Interessen ergebende Fragen sind für ihre juristische Weiterverarbeitung in die Rechts- und Verfassungssprache und ihre Eigenlogik zu übersetzen. Wiederum ist dafür weniger eine exakte Methode als eine juristische Kunstfertigkeit verlangt. Die Grundfrage der Verfassungsmässigkeit eines bestimmten Verhaltens ist im Hinblick auf die massgeblichen tatsächlichen Gesichtspunkte zu konkreteren Rechtsfragen zu verdichten (Höhn, Methodik, 79 f.). Hilfreich kann dabei eine Unterscheidung zwischen sich möglicherweise stellenden materiellen, institutionellen und prozessualen Teilfragen sein, wobei Letztere beide einer Behandlung materieller Rechtsfragen auch im Wege stehen können (exemplarisch BGE 146 I 145 E. 4.1, 149; zu den Zielen auch Rz. 12 ff.).

89 *Identifikation einschlägiger Verfassungsnormen*. Ein dritter, mit den ersten beiden verwobener Identifikationsschritt betrifft die Frage, welche Normen bei der Behandlung der sich stellenden Rechtsfragen helfen. Potenziell einschlägige Bestimmungen sind mittels der juristischen Fertigkeit des «Suchlesens» zu ermitteln (Reimer F., Methodenlehre, Rz. 159, 164 ff.). Die Nachführung der BV erleichtert diese Tätigkeit zwar. Zugleich stellen ein fortwachsendes Rechtsgeflecht aus nationalen und transnationalen Normen und mannigfache Überlappungen darin bei der Identifikation der massgeblichen Rechtsnormen immer höhere Anforderungen an die Orientierungsfähigkeiten von Interpretinnen und Interpreten (zur Entwicklung Ip. Knecht [16.3304] «Entwicklung der Regulierungstätigkeit» vom 27. April 2016). Ferner verlangt die Identifikation einschlägiger Verfassungsnormen stets auch eine Suche nach *Entscheiden mit vergleichbaren Fragestellungen*, die sich mit vergleichbaren Handlungen derselben oder ähnlicher Akteure in ähnlichen Kontexten befassen. Hierfür bedarf es induktiver Methoden zur Vergleichung und Abgrenzung ähnlich gelagerter Fälle anhand ihrer realen, institutionellen und prozessualen Kontexte sowie ihrer Folgen (näher Rz. 28 u. 100).

2. Auslegen: Stabilisierende Rekonstruktion von Verfassungsnormen

90 *Auslegen*. Traditionell wird Auslegung mit juristischer Methode schlechthin gleichgesetzt. Das grammatikalische, das systematische, das historische und das teleologische Element und ihr beschränkter Nutzen für die Verfassungsinterpretation sollen hier nicht ein weiteres Mal erörtert

werden (weiterführend Botsch. Ausschaffungsinitiative, 5983 ff.; Wyss K.-M., Umsetzung, Rz. 130 ff., insb. Rz. 235 [Übersichtstabelle]; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 153 ff.; Epiney, Verfassungsauslegung, Rz. 5; grundlegend zu den Auslegungselementen statt vieler Schluep, Rechtstheorie, Rz. 928 ff.; Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 206 ff.). Stattdessen soll das Verständnis der Verfassungsauslegung hier aus einer zu wenig beachteten *temporalen Perspektive* geschärft werden, die Bezüge zwischen zeitlicher Verfassungsstabilität und Auslegungsmethoden herstellt. Unter *Auslegung* wird ein Bündel von Methoden, Argumenten und Fragen zur Rekonstruktion und Wiederholung alter Verfassungsnormen in neuen Kontexten auf der Handlungs- und der Kontrollebene verstanden. Auslegungsarbeit untersteht zwar subjektiven Einflüssen (s.a. Rz. 10), ihr Erkenntnisinteresse richtet sich jedoch, und darin liegt ein zentraler Unterschied zur Konkretisierung (Rz. 97), auf fremde und nicht auf autonome Wertentscheide (BGE 139 II 243 E. 8, 249; BGE 134 II 308 E. 5.2, 311). Dieses enge Verständnis von Auslegung bezieht sich auf methodische Argumente, die anhand begrenzter und unvollständiger Informationen zeitliche Verfassungsstabilität vermitteln. Durch Auslegung ist möglichst präzise nachzuzeichnen, welche Vorentscheide in der Vergangenheit in der fraglichen Verfassungsnorm gespeichert wurden, welche Interpretationsspielräume bestehen und was im konkreten Fall aus welchen Gründen unklar ist (vgl. Biaggini, VdS, I.10, Rz. 39; s.a. Rz. 13).

Klassische Auslegungselemente und ihr Verhältnis. Die tradierten Auslegungselemente verwirklichen 91
in erster Linie die Verfassungsgebundenheit interpretierender Organe und sorgen dadurch für Verfassungsstabilität (s.a. Rz. 4; zur Verfassungsgebundenheit Rz. 74). Grundsätzlich ist vom Wortlaut einer Norm auszugehen (*grammatikalisches Auslegungselement*; s.a. Rz. 92). Ist der Text unklar oder lässt er verschiedene Deutungen zu, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Dabei sind weitere Auslegungselemente zu berücksichtigen, wie namentlich die Entstehungsgeschichte der Norm (*historisches Auslegungselement*; s.a. Rz. 94 f.) und ihr Zweck (*teleologisches Auslegungselement*; s.a. Rz. 93). Wichtig ist zudem die Bedeutung der Norm im Lichte anderer Bestimmungen (*systematisches Auslegungselement*; s.a. Rz. 105). Im Einzelfall muss abgewogen werden, welche Methode (oder Methodenkombination) geeignet ist, den Normsinn der auszulegenden Verfassungsbestimmung korrekt wiederzugeben (sog. Methodenpluralismus) (so Botsch. Ausschaffungsinitiative, 5983; statt vieler auch BGE 143 I 272 E. 2.2.3, 278; Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 182 ff.). Diese situative Zuordnung von Auslegungselementen wird im Schrifttum als «Grundsatzlosigkeit» (Lüchinger, Auslegung, 30) oder «Methodenopportunismus» (Kramer, Methodenlehre, 144) kritisiert (zum Ganzen Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 198). Im Lichte der Subjektivität und Relativität der Verfassungsinterpretation (vgl. Rz. 9 f.) erweist sich dieser *pragmatische Methodenpluralismus* weniger als eine sich durchwurstelnde Methodenbeliebigkeit denn als eine umsichtige Methodenhaltung: Erstens gewichtet ein pragmatischer Methodenpluralismus bewährte Auslegungselemente abhängig vom konkreten institutionellen und prozessualen Umfeld sowie dem fraglichen Interpretationsgegenstand. Zweitens erweist sich ein solches Vorgehen als Ausdruck einer Grundhaltung von Bürgerinnen und Bürgern der Willensnation Schweiz, die über Verfassungsnormen nach Ausgleich, Kompromiss und Einigung im Gemeinwesen suchen (s.a. Rz. 21). Drittens bleibt ein pragmatischer Methodenpluralismus nicht im Dogma präexistenter Lösungen für jegliche Rechtsfragen verhaftet, sondern öffnet sich auch gegenüber anderen Argumenten, die bei der methodischen Vermittlung von zeitlicher Verfassungsstabilität zusätzliche Orientierung stiften (Rz. 92–96).

92 *Normbezogene Argumente.* Der Nutzen des grammatikalischen Auslegungselements für die Verfassungsinterpretation gilt trotz überarbeiteter Verfassungssprache der BV (vgl. Rz. 33) wegen der geringen Normierungsdichte (vgl. Rz. 37) vieler Verfassungsnormen als eingeschränkt (weiterführend zur grammatikalischen Auslegung Wyss K.-M., Umsetzung, Rz. 133; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 153 ff.; Dubey/Martenet, CR Cst., Introduction générale, Rz. 45 ff.; Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 206 ff.; Schluep, Rechtstheorie, Rz. 930 ff.). In solchen Fällen können andere normbezogene Argumente zur Analyse von Normierungstechniken und Normfunktionen von Verfassungsnormen weiterhelfen (vgl. Rz. 38 ff., 45). Beispielhaft: Im Lichte ihrer *Normierungstechnik* sucht die angenommene Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» vom 15. September 2017 (Art. 10*a*) trotz ihrer Unbestimmtheit nach zeitlicher Verfassungsstabilität. Ein Verfassungsvorbehalt soll gewisse Entscheide auf der Steuerungsebene vorwegnehmen und ein relativ bestimmter Handlungsauftrag den Bundesgesetzgeber zum Tätigwerden verpflichten (Art. 10*a* Abs. 1–3). Eine Annäherung über die *Normfunktionen* offenbart zudem, dass Art. 10*a* *individualrechtlich* den Schutzbereich gewisser Grundrechtsansprüche reduziert (näher Komm. zu Art. 10*a*, Rz. 28 ff.), *bundesstaatlich* eine einheitliche Regelung von Gesichtsverhüllungsverboten in der Schweiz anstrebt (Komm. zu Art. 10*a*, Rz. 19), *institutionell* primär die gesetzgebenden Organe adressiert und *instrumentell* einen Konflikt über eine hochpolitische Frage durch einen Entscheid des Verfassungsgebers zu befrieden versucht (Ehrenzeller/Müller/Schindler, Verhüllungsverbot, Rz. 17 ff.).

93 *Instrumentale Argumente.* Das teleologische Argument erweist sich im Rahmen der Verfassungsinterpretation entweder als zu unspezifisch und kaum abgrenzbar von einer objektiv-historischen Auslegung oder es bezieht sich weniger auf eine Methode als das Ziel der Verfassungsinterpretation (Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 513; Wyss K.-M., Umsetzung, Rz. 157 f.; näher zur teleologischen Auslegung Dubey/Martenet, CR Cst., Introduction générale, Rz. 53 ff.; s.a. Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 290 ff.; Schluep, Rechtstheorie, Rz. 1328 ff.). Gewisse Konturen können Steuerungsabsichten hinter einer Verfassungsnorm indes durch die Frage gewinnen, weshalb politische Akteure zu einer bestimmten Verfassungsnorm als «instrument of government» griffen (vgl. BGE 25 I 459 E. 3, 470; ähnlich Schluep, Rechtstheorie, Rz. 1345 f.; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 152). Auf welchen politischen Kompromissen Verfassungsnormen beruhen und welche Überlegungen dabei handlungsleitend waren, lässt sich anhand begrenzter und unvollständiger Informationen weitaus besser bestimmen als ein wie auch immer gearteter Wille des Verfassungsgebers (vgl. zum Ganzen auch Rz. 38 ff.). Instrumentale Argumente sorgen für eine Orientierung an fremden Wertentscheiden im Rahmen der Verfassungsinterpretation und vermitteln auf diese Weise Verfassungsstabilität und demokratische Legitimation, wo eine grammatikalische oder historische Auslegung dies nicht leisten kann. Beispielhaft: Hinter dem umsichtig gewählten Verb «beachten» in Art. 5 Abs. 4 steht die Angst, das Gesamtprojekt der Totalrevision 1999 durch eine schematische Regelung für ein politisch heikles Thema – die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts – zu gefährden (Botsch. VE 96, 134 ff.; s.a. Komm. zu Art. 5, Rz. 85 u. 106 f.). Eine instrumentale Interpretation offenbart eine Steuerungsabsicht von Art. 5 Abs. 4, Konflikte zwischen völkerrechtlichen und landesrechtlichen Normen anzusprechen, ohne aus ihnen herauszuführen (vgl. Biaggini, Komm. BV, Art. 5, Rz. 26; näher Rz. 60). Instrumentale Argumente vermitteln aber auch einen Zugriff auf den rechtlich-politischen Doppelcharakter angenommener Volksinitiativen, die im Sinne eines «Rechts auf Widerspruch» eine bestimmte Behördenpolitik durch Verfassungsvor-

gaben in eine andere Richtung lenken wollen und infolgedessen auch zugespitzt als solche Widersprüche zu deuten sind (Ehrenzeller K., Koordination, Rz. 55, 127).

Institutionelle und prozessuale Argumente. Der Gewinn von Erkenntnis aus den Verfassungsmaterialien (subjektiv-historische Auslegung) und dem gesellschaftlichen Kontext im Zeitpunkt des Erlasses einer Verfassungsnorm (objektiv-historische Auslegung) gilt für die Verfassungsinterpretation als eingeschränkt, weil den Materialien nicht dieselbe Bedeutung zukomme wie bei der Gesetzesinterpretation und der historische Wille des Verfassungsgebers kaum zu bestimmen ist (Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 513; Wyss K.-M., Umsetzung, Rz. 136 ff.; grundlegend Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 166 ff.; Schluep, Rechtstheorie, Rz. 1113 ff.). Ertragreicher für eine Vermittlung von zeitlicher Verfassungsstabilität können institutionelle und prozessuale Überlegungen sein. *Institutionelle Argumente* zeigen auf, weshalb BVers, BR und BGer gegenüber Vorentscheiden des Verfassungsgebers unterschiedliche Stellungen besitzen und auf andersgeartete Weise an seine Vorentscheide gebunden sind (vgl. Rz. 74). Entsprechende Überlegungen erinnern Interpretinnen und Interpreten zudem daran, dass neben der legislativen Entstehungsgeschichte auch die amtliche Interpretationsgeschichte einer Verfassungsnorm in anderen Praxisfällen durch Auslegung zu rekonstruieren ist (Biaggini, VdS, I.10, Rz. 27). *Prozessuale Argumente* erklären, welche Organe im konkreten Verfahren bereits eine amtliche Verfassungsinterpretation im Hinblick auf den Anlassfall vornahmen und welche Instanzen sich damit noch befassen könnten. Ferner erhalten durch institutionelle und prozessuale Überlegungen auch die Grenzen der Verfassungsauslegung Konturen (vgl. Rz. 69). 94

Zeitliche Verfassungsstabilisierung. Die historische wie die geltungszeitliche Normauslegung erfassen das Wechselspiel zwischen Verfassungsstabilität und Verfassungsdynamik in der Zeit ungenau. Von grösserem methodischem Nutzen ist die Frage, wann und aus welchen Gründen von einer zeitlichen Stabilisierungsabsicht von Verfassungsnormen ausgegangen werden muss, aufgrund von welcher dem zeitlichen Bedeutungswandel nur über eine formelle Anpassung des Verfassungstexts Rechnung getragen werden kann (Rz. 52). Das Argument erhellt ausserdem, dass Materialien neuerer Bestimmungen eine erhöhte Bedeutung zukommt, weil für einen zeitlichen Bedeutungswandel seit dem Inkrafttreten zu wenig Zeit verstrichen sein dürfte (BGE 145 IV 364 E. 3.3, 368). 95

Auslegung besonderer Erscheinungsformen von Verfassungsrecht. Nicht gesetztes Verfassungsrecht verlangt nach einem besonderen Umgang im Rahmen der Verfassungsinterpretation. Bei der Inanspruchnahme von *Verfassungsgewohnheitsrecht* geht es nicht um eine Rekonstruktion von Vorentscheiden des Verfassungsgebers (dazu Rz. 27). Stattdessen ist fallbezogen nach empirischen Gründen für eine Consuetudo und eine Opinio Iuris zu suchen (zu fallbezogenen Argumenten s.a. Rz. 106). Anhand historischer, institutioneller und prozessualer Argumente ist ausserdem darzutun, weshalb keine gegenteiligen Vorentscheide des Verfassungsgebers existieren. Bei *inhärentem Verfassungsrecht* verunmöglicht das Fehlen eines Verfassungstextes eine grammatikalische Auslegung (dazu Rz. 26). Mithilfe instrumentaler, institutioneller und prozessualer Argumente sowie unter Rücksicht auf die Grundelemente und Wesenszüge der BV sind daher tieferliegende Verfassungsschichten auf die Existenz verfassungsrechtlicher Normbefehle hin zu analysieren, die im Rahmen einer Totalrevision verabschiedet wurden, aber nicht im Verfassungstext erscheinen (vgl. Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 77; s.a. Rz. 103). Zur Interpretation und zur Änderung von *Verfassungspraxis* vgl. Rz. 28, 57 ff., 100. 96

3. Konkretisieren: Dynamisierende Entwicklung von Verfassungsnormen

97 *Konkretisieren*. Die Notwendigkeit einer schöpferisch-wertenden Interpretation von Verfassungsnormen gilt als unbestritten (statt vieler Dubey/Martenet, CR Cst., Introduction générale, Rz. 66 ff.). Die Ursachen dafür sind vielfältig. Mit den intensiven Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsnormen und -wirklichkeit (Rz. 47 f.), den spezifischen Normierungstechniken der BV als rechtliche Grundordnung der Schweiz (Rz. 16 u. 38 ff.) sowie institutionellen und prozessualen Aspekten (Rz. 62 ff.) sind hier nur einige Gründe genannt. Durch den Sammelbegriff der Konkretisierung versucht der vorherrschende Methodenkonsens schöpferisch-wertenden Aspekte zu erfassen, die über eine klassisch-hermeneutische Verfassungsinterpretation hinausgehen (vgl. BGE 112 Ia 208 E. 2a, 213; Bäumlin, Geschichte, 15, 35 ff.; Hinderling, Rechtsnorm, 182 ff.; Rhinow, Methodik, 240 ff.; Huber H., Konkretisierung, 195 ff.; grundlegend Engisch, Konkretisierung, 75 ff.). Vorliegend soll das Verständnis von Konkretisierung aus einer intertemporalen Perspektive geschärft werden, die Bezüge zwischen zeitlicher Verfassungsdynamik und verschiedenen Konkretisierungsmethoden herstellt. Unter *Konkretisierung* wird hier ein Bündel von Methoden, Argumenten und Fragen zur Entwicklung von Verfassungsgehalten auf der Handlungs- und der Kontrollebene durch politische und mikropolitische Wertentscheide und Abwägungen verstanden, um im Rahmen der Verfassungsinterpretation realen, räumlichen und zeitlichen (näher Rz. 46 ff.) sowie institutionellen und prozessualen Einflüssen (näher Rz. 62 ff.) auf Verfassungsnormen Rechnung zu tragen. Von freiem Entscheiden unterscheidet sich Konkretisierungsarbeit dadurch, dass sie an die auslegungsmässig rekonstruierten Vorentscheide ihr vorgelagerter Organe gebunden und in ein institutionelles und prozessuales Umfeld eingebettet bleibt (Bäumlin, Geschichte, 36; Rhinow, Methodik, 176 ff.; s.a. Rz. 63). Das Erkenntnisinteresse der Konkretisierungsarbeit richtet sich also nicht auf fremde Wertentscheide des Verfassungsgebers wie bei der Auslegung (Rz. 90), sondern auf autonome Wertentscheide, die nicht bereits in Verfassungsnormen angelegt und vom verfassungsinterpretierenden Organ erst noch zu treffen sind. Konkretisierungsmethoden sollen verfassungsinterpretierenden Organen demzufolge helfen, innerhalb eines verfassungsrechtlichen Rahmens autonome Wertentscheide zu fällen (zu methodischen Argumenten der Konkretisierung Rz. 98–105).

98 *Institutionelle und prozessuale Argumente*. Der Vorgang der Verfassungskonkretisierung ist massgeblich von der verfassungsmässigen Zuständigkeits- und Verfahrensordnung des verfassungsinterpretierenden Organs bestimmt (näher Rz. 62 ff.). Institutionelle und prozessuale Argumente helfen bei der situativen Ausmessung der institutionellen Rahmenordnung, in der eine Verfassungsnorm konkretisiert wird. Insbesondere sind dabei die massgeblichen Verfahrensvorschriften und die konkreten Verhältnisse zwischen dem interpretierenden Organ, dem Verfassungsgeber sowie anderen potenziellen Verfassungsinterpreten abzuklären. Mitunter hat etwa ein Gericht die Konkretisierung einer offenen Verfassungsnorm – etwa einer Aufgabennorm – trotz bestehender Gestaltungsräume aus Interorganrespekt vor Gestaltungsprimaten der BVers zu überlassen (Rz. 77 ff.). Unter Umständen bleibt die Sachprägung einer Verfassungsnorm trotz Entwicklungsbedarf dem Verfassungsgeber vorbehalten, weil zu entscheidende Fragen aufgrund ihrer Bedeutung dem Erfordernis der Verfassungsform unterstehen (Rz. 75). Zudem erhalten vor allem auch die Grenzen der Verfassungskonkretisierung durch institutionelle und prozessuale Überlegungen Konturen (näher Rz. 69 ff.).

Zeitliche Verfassungsdynamisierung. Verfassungsinterpretation hat den «sich wandelnden geschichtlichen Bedingungen und gesellschaftlichen Vorstellungen Rechnung zu tragen» (BGE 112 Ia 208 E. 2a, 213; BGE 116 Ia 359 E. 5c, 367). Methodische Figuren zur zeitlichen Verfassungsdynamisierung fragen danach, inwiefern dem zeitlichen Bedeutungswandel einer Verfassungsnorm ohne formelle Anpassung des Verfassungstextes direkt im Vorgang der Verfassungsinterpretation durch Organe auf der Handlungs- und der Kontrollebene Rechnung getragen werden kann (Rz. 53). Zeitliche Dynamisierungsabsichten hängen nicht vom Alter der zu deutenden Verfassungsnorm ab, sondern von den zeitlichen Steuerungsabsichten des Verfassungsgebers (näher Rz. 51 ff.). 99

Fallbezogene Argumente. Verfassungsnormen erhalten vielfach erst durch die Verfassungspraxis inhaltliche Konturen (s.a. Rz. 28 m.w.H. auf Bsp.). Für die fallbezogene Konkretisierung von Verfassungsnormen werden typischerweise zunächst mithilfe von Analogie- und Umkehrschlüssen aus Einzelfällen allgemeine Regeln ohne Rücksicht auf ihre realen, institutionellen und prozessualen Kontexte zusammengetragen. Im Anschluss werden diese Massstäbe in einem Subsumtionsvorgang auf den konkreten Anlassfall angewandt (exemplarisch Hänni, Case Law, 61 ff.; krit. Cueni, Urteilsbesprechung BGer, 104 ff.; s.a. Rz. 28). Die spezifische Rolle der Verfassungspraxis ist jedoch nur in ihrer Sachverhaltsbezogenheit und dem konkreten institutionellen und prozessualen Umfeld erfassbar (statt vieler Sunstein, Legal Reasoning, 67; Lepsius, Amerikanische Rechtswissenschaft, 322 ff.). Methodisch haben fallbezogene Argumente daher verstärkt auf Abgrenzungen und Vergleichen von Anlassfällen mit vergangenen Praxisfällen in ihrem konkreten Kontext zu basieren. Die fallbezogene Verfassungskonkretisierung in der Schweiz und «reasoning from case to case» in der angloamerikanischen Rechtspraxis sind sich dementsprechend in vielem ähnlich (so schon früh Fleiner, F., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 284; weiterführend zur ausdifferenzierten Vorgehensweise im Common Law Sunstein, Legal Reasoning, 61 ff.; Lepsius, Amerikanische Rechtswissenschaft, 321). 100

Rechtsvergleichende Argumente. Der argumentative Beizug von Bestimmungen anderer Rechtsordnungen kann bei der Konkretisierung von Verfassungsnormen helfen (Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 535; Häberle, Rechtsvergleichung, passim; Gamper, Verfassungsinterpretation, 244 ff.; Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 461 ff.). Rechtsvergleichendes Argumentieren vermittelt Einsicht in neue oder alternative Normverständnisse, profitiert von Problemlösungsvorräten anderer Rechtsordnungen und erleichtert die Argumentation in vergleichbaren Rechtsfragen (exemplarisch Komm. zu Art. 9, Rz. 59; Komm. zu Art. 75*b*, Rz. 49 f.). Wie dabei Referenzgebiete sinnvoll ausgewählt werden, ohne nur auf die zum eigenen Argument passende Verfassungsordnung zu verweisen, bleibt meist unerörtert (Herdegen, Konstitutionalismus, Rz. 87; Gamper, Verfassungsinterpretation, 249 ff.). Problematisch werden rechtsvergleichende Argumente, nicht zuletzt aus demokratischen Gründen, wo sie nicht als Kontrast- oder Erkenntnisfolie, sondern als Transportmittel für einen unreflektierten Import ausländischer Rechtsnormen ohne Rücksicht auf ihr institutionelles, prozessuales Umfeld und die dort vorherrschende politische Kultur eingesetzt werden (weiterführend Schindler B., Verwaltungsermessen, Rz. 288 ff.; von Arnauld, Öffnung, 75 ff.). 101

Inter- und transdisziplinäre Argumente. Nachbarwissenschaftlich inspirierte Konzepte einer idealen Verfassungskonkretisierung können helfen, Fehlüberlegungen zu vermeiden. Sollen Verfassungsnormen indes nicht zu reinen Projektionsflächen für beliebige ordnungspolitische, sozial- 102

politische, umweltpolitische oder andere Ideale verkommen, darf die Verfassungskonkretisierung nicht einfach an andere Disziplinen ausgelagert werden (vgl. Reich J., Sogwirkung, 138). Inwiefern etwa eine Verhältnismässigkeitsprüfung «fertiggerechnet» werden darf und soll, wo rechtliche Argumente an ihre Grenzen stossen, ist umstritten (befürwortend Petersen N., Wende, 442 ff.). Im Rahmen der Verfassungskonkretisierung hat der Einsatz von trans- oder interdisziplinären Argumenten die verfassungsrechtlich geschützten Gestaltungsprimate des Verfassungsgebers sowie anderer verfassungsinterpretierender Organe zu wahren und ist daher stärker rechtfertigungsbedürftig als bei der Ermittlung und kontextgerechten Aufarbeitung tatsächlicher Gegebenheiten (Rz. 87, s.a. Rz. 84). Ausgehend von den massgeblichen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkten – z.B. Art. 94 oder Art. 73 – ist zu begründen, weshalb und wieweit beispielsweise eine *ökonomische Deutung* (statt vieler Posner, Economic Document, 4 ff.; Petersen T., Ökonomische Theorien, 411 ff.) oder eine *ökologisch-nachhaltige Interpretation* (s. Komm. zu Art. 73, Rz. 68 f.; weiterführend Kersten, Zuspitzung, 73 ff.) von Verfassungsnormen den Steuerungsabsichten des Verfassungsgebers entsprechen könnte und wo im Rahmen einer Verfassungskonkretisierung rechtliche und politische gegenüber technisch-wissenschaftlichen Gestaltungsprimaten vorbehalten bleiben.

103 *Methoden zum Rückgriff auf tieferliegende Verfassungsschichten*. Tieferliegende Verfassungsgehalte dienen im Rahmen der Verfassungsinterpretation gerne als Konkretisierungshilfen. Ein methodischer Rückgriff auf *Verfassungsgrundsätze* (Rz. 31) hat nicht deduktiv anhand nachbarwissenschaftlicher Ersatzmassstäbe zu erfolgen, sondern ist induktiv aus den einzelnen Bestimmungen zu erschliessen, in denen der Verfassungsgrundsatz angelegt ist (so in Bezug auf das Gewaltenteilungsprinzip Seiler, Gewaltenteilung, 615 f.; s.a. Rhinow, Methodik, 110 ff.). Sodann ist die BV dem vorherrschenden Methodentenor gemäss «mit Blick auf die *Strukturprinzipien* [...] zu interpretieren» (exemplarisch BGE 139 I 16 E. 4.2, 24 [Hervorhebung hinzugefügt]; Lüchinger, Auslegung, 90 ff. u. 162 ff.; zu den Strukturprinzipien s.a. Rz. 30). Die Zielrichtung einer Verfassungsnorm könne durch eine Zuordnung zu «ihrem» strukturbestimmenden Grundentscheiden schärfer gefasst werden (Tschannen, Staatsrecht, Rz. 174, 207; Belser, BSK BV, Einleitung, Rz. 49; s.a. BGE 139 I 16 E. 4.2, 24). Oft präziser als ein pauschaler Verweis auf die demokratische, rechtsstaatliche oder bundesstaatliche Bedeutung einer Verfassungsnorm ist eine Kombination aus möglichst genauen Vorstellungen über die Grundelemente und Wesenszüge der BV (Rz. 18 u. 20) und Überlegungen zum konkreten institutionellen und prozessualen Kontext (Rz. 62 ff.; s.a. Rz. 98). Zur Rolle der *Verfassungsfunktionen* bei der Verfassungsinterpretation Rz. 32.

104 *Formallogische Vermutungen für Zweifelsfälle*? Verbote einer extensiven Norminterpretation von Volksinitiativen vor der Abstimmung («in dubio pro populo»), von grundrechtlichen Schutzbereichen («in dubio pro libertate») und andere formallogische Forderungen beruhen auf Argumentationsmustern zur schöpferischen Anreicherung gewonnener Auslegungsergebnisse anhand von Vermutungen (vgl. Lüchinger, Auslegung, 87 ff.; krit. Eichenberger, Legiferierung, 483 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, Rz. 189 ff.). Trotz der damit verbundenen Gefahr einer juristischen Scheinargumentation besitzen solche Vermutungsregeln für Zweifelsfälle in der Praxis durchaus eine Strukturierungs- und Entlastungsfunktion als bewährte Konkretisierungsmuster für Verfassungsnormen auf der Handlungs- und der Kontrollebene (BGE 144 I 193 E. 7.3.1, 198; BGE 44 II 421 E. 7, 427). Hinter formallogischen Argumenten stehen jedoch Wertentscheide, die transparent zu machen sind. Es ist darzutun, weshalb ein Zweifelsfall

vorliegt, warum ein Verbot der extensiven Norminterpretation vermutungsweise den Steuerungsabsichten des Verfassungsgebers entspricht und was allenfalls dagegensprechen könnte. Allgemein passen formallogische Argumente, die sich vor allem im Strafprozessrecht bewährt haben, für die Konkretisierung von Verfassungsnormen daher nur bedingt. Schliesslich haben verfassungsinterpretierende Organe den durch die BV angeleiteten Ausgleich von privaten und öffentlichen Interessen in einer beiden Seiten gerecht werdenden Weise fortzudenken (ähnlich Beschluss des Ersten Senats des BverfGE vom 17. Dezember 2013, BvL 5/08, Ziff. 121 [Sondervotum Masing]), anstatt Unklarheiten schematisch zugunsten bestimmter verfassungsrechtlich geschützter Anliegen zu beseitigen.

4. Koordinieren: Öffnen, Abdichten und Verdrängen von Verfassungsnormen

Systematische Interpretation? Das schweizerische Verfassungsrecht besitzt vielfältige Erscheinungs- 105
formen, zahlreiche Interpretinnen und Interpreten (Rz. 62 ff.) und innerhalb wie ausserhalb der BV sind normative Zwischenräume in erster Linie nicht hierarchisch, sondern graduell strukturiert (Rz. 57). Die Vorstellung einer vom Verfassungsgeber intendierten Einheit und Ordnung innerhalb der BV (s.a. Rz. 35, 61), aus der interpretativ stimmige Lösungsangebote abgeleitet und im Subsumtionsvorgang auf Anlassfälle deduziert werden können, lässt sich vor diesem Hintergrund kaum aufrechterhalten. Der Erkenntniswert einer systematischen Interpretation von Verfassungsnormen wird daher zu Recht als beschränkt erachtet (statt vieler Tschannen, Staatsrecht, Rz. 156 ff.; Dubey/Martenet, CR Cst., Introduction générale, Rz. 50 ff.; Belser, BSK BV, Einleitung, Rz. 64; Wyss K.-M., Umsetzung, Rz. 148 ff.; weiterführend zur systematischen Interpretation Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 245 ff.; Schluep, Rechtstheorie, Rz. 1214 ff.). Auch für die Gesetzesinterpretation entwickelte Derogationsregeln, «wonach das spätere Recht dem früheren [...] und die speziellere der allgemeinen Norm vorgehe, dürfen nicht schematisch auf Verfassungsnormen angewendet werden» (Botsch. Ausschaffungsinitiative, 5983 f.; BGE 139 I 16 E. 4.2.1, 24; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 177; vgl. zu den Derogationssätzen auch Rz. 111). Dessen ungeachtet wird in Praxis und Schrifttum gerne so getan, als ob Verfassungsnormen anhand eines der BV zugrunde liegenden Plans auf ihren normativen Kontext abgestimmt werden können: «Widersprüche innerhalb der Verfassung [seien] nach Möglichkeit» zu vermeiden, jeweils «alle von der Sache berührten Verfassungsanliegen» zu berücksichtigen und Verfassungsnormen mit Blick auf eine «minimale Einheit der Verfassung» und ein ganzheitliches Verfassungsverständnis zu deuten (so Botsch. Ausschaffungsinitiative, 5983 f.; Botsch. ZWG, 2321; BGE 139 I 16 E. 4.2.1, 24; BGE 116 Ia 359 E. 5c, 368 f.; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 176; Belser, BSK BV, Einleitung, Rz. 64 f.; Malinverni et al., Droit constitutionnel I, Rz. 1520; Burckhardt, Organisation, 132 ff. s.a. Rz. 35). Gewissermassen wird davon ausgegangen, die systematische Einheit, die Widerspruchslosigkeit und die hierarchische Beschaffenheit der Rechtsordnung sei bestimmbar, wenn man nur genug lange danach suche.

Koordination. Das schweizerische Verfassungsrecht entspricht der Idealvorstellung einer einheit- 106
lichen Rechtsordnung noch weniger als Gesetze, von einer Widerspruchslosigkeit oder Einheit der Verfassung kann keine Rede sein (s.a. Rz. 35, 61). Bei der BV handelt es sich vielmehr um ein höchst heterogenes Verfassungsensemble, das von sich überlappenden nationalen und völkerrechtlichen Normen und Normordnungen umgeben ist (näher zum normativen Kontext

Rz. 57 ff.). Diese Fragmentierung des schweizerischen Verfassungsrechts und seines Normumfelds rückt eine methodische Grundfrage in den Vordergrund, die zwar nicht neu ist, sich aber zugespitzt stellt: Wie können Aussagen von Normen derselben oder unterschiedlichen Normenmassen kohärent aufeinander abgestimmt werden, ohne das gewünschte Mass an Vielfalt zu verlieren? Interpretationsarbeit dieser Art bezieht sich nicht auf die Norm selbst, sondern die Räume dazwischen und geht weit über eine systematische Auslegung hinaus (zur Analyse des normativen Kontexts s.a. Rz. 57 ff.). Auch der Wortlaut steht bei der Verknüpfung von für sich relativ klaren Bestimmungen nicht im Vordergrund. Ein Rückgriff auf teleologische Argumente oder Konkretisierungsmethoden erweist sich ebenfalls nicht als passend, wenn verfassungsrechtliche Normbefehle aus unterschiedlichen Quellen mit Forderungen aus anderen Rechtsnormen desselben oder anderer Normgefüge verknüpft werden sollen. Es geht vielmehr um eine eigene Methodenart, deren Erkenntnisinteresse sich weder auf Normen selbst (zur Auslegung Rz. 90 ff.) noch ihre Bedeutung aufgrund ihres realen und zeitlichen sowie institutionellen und prozessualen Kontexts (zur Konkretisierung Rz. 97 ff.), sondern auf die situative Abstimmung verschiedener Normaussagen bezieht. Diese Methodenart soll hier durch den Begriff der *Koordination* beschrieben werden.

107 *Koordinationsmethoden*. Können verschiedene Normbefehle immer weniger anhand von Vorrangrelationen aufeinander abgestimmt werden, verlangt eine Koordination von Verfassungsnormen im Vorgang der Verfassungsinterpretation ein ausdifferenzierteres Instrumentarium zum interpretativen Abgleichen, Arrangieren und Abstimmen von Verfassungsnormen auf ihren normativen Kontext im Einzelfall. Eine Hilfe kann dabei die Unterscheidung von drei Denkschritten mit unterschiedlichen methodischen Anforderungen sein: Erstens ist durch Suchlesen (Rz. 89) und eine systematische Interpretation möglichst genau zu bestimmen, in welchen Dimensionen des normativen Kontexts einer Verfassungsnorm es warum und in welchem Ausmass zu Überlappungen kommt (zu den einzelnen Dimensionen s. Rz. 58 ff.; exemplarisch Komm. zu Art. 10*a*, Rz. 27 ff.; Komm. zu Art. 121, Rz. 46). Zweitens ist anhand des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte einer Verfassungsnorm, vor allem aber auch durch normbezogene, instrumentale sowie institutionelle und prozessuale Argumente darzutun (näher zu diesen Argumenten Rz. 92 ff.), welche Koordinationsvorgaben im konkreten Fall zu beachten sind, welche Koordinationsmöglichkeiten bestehen und welche Grenzen bei der Abstimmung von Verfassungsnormen auf ihren normativen Kontext existieren. Drittens müssen Koordinationsmethoden schöpferische Wertentscheide über die situative Koordination verfassungsrechtlicher Normbefehle mit Aussagen von Normen derselben oder unterschiedlicher Normenmassen strukturieren. An die Stelle der Systemkonformität darf dabei kein freies Entscheiden des verfassungsinterpretierenden Organs treten, das hinter juristisch-methodischen Scheinargumenten versteckt wird. Gesucht sind Argumente, welche die fragliche Verfassungsnorm zum primären Bezugspunkt methodischer Überlegungen machen und unterschiedliche Einwirkungen auf sie durch andere Rechtsnormen oder -schichten erklären. Hierfür bietet es sich an, zwischen drei methodischen Argumenten zu unterscheiden, die abdichtende, öffnende und verdrängende Einwirkungen auf Verfassungsnormen ausweisen (Rz. 108–110). Sie ermöglichen eine Unterscheidung verschiedener Koordinationsformen, auch wenn sie in Kombination zum Einsatz kommen.

108 *Abdichtende Koordination*. Wie weit muss eine Verfassungsnorm aufgrund ihrer Legitimationsfunktion immun gegenüber Einflüssen anderer Rechtsnormen bleiben? Eine abdichtende Koordination sorgt vor allem bei der Abstimmung von Verfassungsvorbehalten auf ihren normativen

Kontext für Verfassungsstabilität (zu dieser Normierungstechnik Rz. 40). Eine abdichtende Koordination ist nicht zuletzt aus demokratischen Gründen vielfach unerlässlich bei der Rezeption von Normen, die von verschiedenen Akteuren erlassen wurden (vgl. von Arnauld, Öffnung, 77; weiterführend Ehrenzeller K., Koordination, Rz. 735 u. 756 ff.). *Institutionell* implizieren methodische Abdichtungsmuster, dass der Verfassungsgeber die Koordination einer Verfassungsnorm mit anderen Normbefehlen – zumindest in einem bestimmten Umfang – auf der Steuerungsebene vorweggenommen hat und diese von Organen auf der Handlungs- und der Kontrollebene zu verwirklichen ist. Dies unabhängig davon, ob eine Anlassnorm im Lichte anderer Bestimmungen anders gedeutet werden könnte oder nicht. *Prozessual* können Sanktions- sowie Anfechtungsverbote (Rz. 76) und reduzierte Kontrolldichten aus föderalem und transnationalem Interorganrespekt (Rz. 79 f.) zu einer abdichtenden Koordination verpflichten. *Methodisch* lassen sich Verfassungsnormen gegenüber Einflüssen anderer Normen durch Gebote zur autonomen Auslegung (so in Bezug auf die EMRK BGE 131 I 467 E. 2.4, 469), Auslegungsmissbrauchsverbote (z.B. Art. 17 EMRK) und formallogische Derogationsregeln (näher Rz. 111) isolieren. *Abdichtende Koordinationsvorgaben* können sich direkt aus dem Wortlaut ergeben (z.B. Art. 49 Abs. 1), zuweilen offenbaren sich solche aber auch erst durch die historische oder instrumentale Interpretation einer Verfassungsnorm (zu diesem Argument Rz. 93), etwa bei angenommenen Volksinitiativen (so für Art. 10*a* Ehrenzeller/Müller/Schindler, Verhüllungsverbot, Rz. 48) oder Art. 59 Abs. 1 u. 2 im Verhältnis zu Art. 8 Abs. 3 (BGer 2C 1051/2016 [24. 8. 2017], E. 3.3 f.).

Öffnende Koordination. Inwiefern kann eine Verfassungsnorm im Lichte anderer Rechtsnormen interpretiert werden und sich gegenüber deren Einflüssen öffnen? Öffnungsmuster sorgen insbesondere bei der Abstimmung von Stichwortnormen und Handlungsvorgaben (zu diesen Normierungstechniken Rz. 39 u. 41) auf ihr Normumfeld für Verfassungsdynamik, indem sie flexible Elemente im Recht nutzen und andere Normen als Interpretationshilfen beiziehen (weiterführend Ehrenzeller K., Koordination, Rz. 719 ff.). *Institutionell* suggeriert eine öffnende Koordination von Verfassungsrecht, dass der Verfassungsgeber eine Verfassungsnorm auf der Steuerungsebene mehr oder minder bewusst nicht näher auf ihren normativen Kontext abgestimmt hat, um sie gegenüber Einflüssen anderer Normen offenzuhalten. Organe auf der Handlungs- und der Kontrollebene sind in solchen Konstellationen geradezu verpflichtet, Verfassungsnormen im Lichte ihres Normumfelds zu interpretieren. *Methodisch* erfolgt eine interpretative Feinabstimmung verschiedener, gleichzeitig oder nacheinander erlassener Rechtsnormen, die einander auf der Steuerungsebene nicht näher zugeordnet wurden, vor allem durch unterschiedliche Formen harmonisierender und konformisierender Interpretation (Rz. 113 ff.) sowie durch Analogieschlüsse (näher Kramer, Methodenlehre, 227 ff.). Beispielhaft: Die Rechtsfolge eines Verstosses gegen das Verhüllungsverbot nach Art. 10*a* hat der Verfassungsgeber nicht geregelt, um in dieser Hinsicht eine Feinabstimmung des verfassungsrechtlichen Verbots auf strafrechtliche, völkerrechtliche sowie weitere Normbefehle zu ermöglichen (s.a. Ehrenzeller/Müller/Schindler, Verhüllungsverbot, Rz. 53). Auch der Umgang mit Grundrechtskollisionen wird aus ähnlichen Überlegungen nicht bereits auf Verfassungsstufe geregelt (zur Grundrechtskollision auch Einführung zu den Grund- und Menschenrechten, Rz. 12). Zur öffnenden Koordination von Verfahrensgarantien in der BV s.a. Rz. 57. 109

Verdrängende Koordination. Unter welchen Umständen rechtfertigt sich eine situative Zurückdrängung bestimmter Verfassungsgehalte durch andere Elemente im Recht wie etwa das Willkürverbot (Art. 9) oder die Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1)? Verdrängungsmuster beziehen sich nicht 110

auf die Feinjustierung von Rechtsnormen, sondern eine Zurückdrängung bestimmbarer Vorentscheide des Verfassungsgebers, um einen Leerlauf der Schutzfunktion einer Verfassung zu verhindern oder die staatliche Handlungsfähigkeit aufrechtzuerhalten (Ehrenzeller K., Koordination, Rz. 745 ff., 768 ff.; s.a. Komm. zu Art. 5, Rz. 98). Um eine Normberichtigung entgegen dem Normsinn geht es dabei jedoch nicht (statt vieler Gächter, Rechtsmissbrauch, 353 ff.). Angesprochen sind jene absoluten Ausnahmefälle, in denen Verfassungsgehalte zwecks nachholender Interessenberücksichtigung auf der Handlungs- und der Kontrollebene durch politische Grundentscheide im Sinne Karl Loewensteins suspendiert oder relativiert werden müssen (Verfassungslehre, 40 ff. m.w.H. zur politischen Grundentscheidung). *Institutionell* bleibt eine verdrängende Koordination von Verfassungsnormen aufgrund ihres staatsleitenden Charakters dem BR, der BVers und dem BGer als Hüterinnen und Hüter der Verfassung vorbehalten (i.d.S. wohl auch Tschannen, Staatsrecht, Rz. 152). *Prozessual* setzt eine verdrängende Koordination von Verfassungsnormen Verfahren voraus, die strukturell auf die Verschränkung von aufeinanderprallenden Grundanliegen der BV durch staatsleitende Akte ausgerichtet sind, wie etwa das verfassungsgerichtliche Normenkontrollverfahren des BGer gegenüber den Kantonen oder das parlamentarische Verfahren. *Methodisch* weist die verdrängende Koordination vor allem einen qualifizierten Rechtfertigungsbedarf aus. Es ist darzutun, weshalb eine systemrelevante Gefährdungslage droht (I), diese nur durch eine situative Verdrängung punktueller Verfassungsvorgaben abgewendet werden kann (II) und weshalb dafür, abgesehen von einer formellen Ausserkraftsetzung der Bestimmung, keine milderen Mittel existieren (III). Beispielhaft: Mit dem Erlass einer Härtefallklausel in Art. 66*a* Abs. 2 StGB zur Ausgestaltung von Art. 121 Abs. 3–6 verstiess der Bundesgesetzgeber gegen einen bestimmbaren Vorentscheid des Verfassungsgebers. Schliesslich hätte der abgelehnte direkte Gegenentwurf zur angenommenen Volksinitiative über die Ausschaffung krimineller Ausländer (Art. 121 Abs. 3–6) ausdrücklich eine Härtefallklausel vorgesehen. Ohne punktuelle Verdrängung von Art. 121 Abs. 3–6 liefe die Schutzfunktion der BV für Ausländerinnen und Ausländer bei obligatorischen Landesverweisen jedoch leer, obschon der EGMR entsprechende Mindeststandards nach beständiger Praxis schützt. Gesichert werden konnte die Schutzfunktion der BV daher nur durch eine Härtefallklausel auf Stufe Gesetz, die den Ausweisungsautomatismus in Art. 121 Abs. 3 u. 5 zur Verhinderung staatlicher Willkür auf der Handlungsebene punktuell zurückdrängt (weiterführend Komm. zu Art. 121, Rz. 53 ff.).

111 *Abdichtung durch formallogische Derogationssätze.* Für die abdichtende Koordination von Rechtsnormen wird bevorzugt auf verschiedene Derogationssätze verwiesen (weiterführend für die Verfassungslehre Gonin, Droit constitutionnel suisse, Rz. 815 ff.; kritischer Biaggini, VdS, I.10, Rz. 30; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 177; s.a. Rz. 108 f.). Formallogische Derogationssätze sind weder logische Prinzipien noch normative Ansprüche, sondern methodische Argumente, die selbst eine zu begründende Wertung erfordern (Schluep, Rechtstheorie, Rz. 3094). *Methodisch* wird dabei einer Anlassnorm anknüpfend an ihre Normstufe («lex superior derogat legi inferiori»), den Zeitpunkt ihres Erlasses («lex posterior derogat legi priori») oder ihren Anwendungsbereich («lex specialis derogat legi generali») eine derogative Kraft gegenüber gegenläufigen Bestimmungen zugesprochen (weiterführend zum Ganzen Ehrenzeller K., Koordination, Rz. 323 ff.). *Institutionell* suggerieren formallogische Derogationssätze eine Abdichtung von Anlassnormen auf der Steuerungsebene gegenüber Einflüssen älterer, allgemeinerer oder niederrangigerer Bestimmungen, die es auf der Handlungs- und der Kontrollebene zu verwirklichen gilt. Bei Verfassungsnormen fällt eine Bestätigung dieser Annahme mitunter schwer, da solche

von unterschiedlichen Organen ausgearbeitet wurden und es sich bei einer Verfassungsnorm jeweils nicht um das speziellere oder das neuere Wort desselben Verfassungsgebers handelt.

Öffnung und Abdichtung von Bundeskompetenzen. Die traditionelle Forderung, Bundeskompetenzen in erster Linie historisch sowie restriktiv auszulegen, gilt zwar als überholt (so noch Giacometti, Auslegung, 21, 25 f.; Lüchinger, Auslegung, 162 ff.; vgl. für die h.L. Komm. zu Art. 42, Rz. 10 ff.; Häfelin et al., Bundesstaatsrecht, Rz. 1075). Die Unterscheidung zwischen öffnender und abdichtender Koordination von Verfassungsrecht rückt die Interpretation von Art. 54–134 jedoch in ein neues Licht. Die *Zuweisung von Bundeskompetenzen* verlangt eine abdichtende Koordination entsprechender Verfassungsnormen. Analogieschlüsse von bestehenden Bundeskompetenzen auf Zuständigkeiten des Bundes in anderen Sachbereichen sind in einem System der verfassungsrechtlichen Einzelermächtigung des Bundes (Art. 3) ebenso unzulässig wie Norminterpretationen, die auf eine interpretative «Annektierung neuer Bundeskompetenzen hinauslaufen» (Tschannen, Staatsrecht, Rz. 166). Auch die Anerkennung stillschweigender Bundeskompetenzen muss die Ausnahme bleiben (Ber. Malama, 4487 ff.; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 749 ff.; mit Bsp. unter der aBV Giacometti, Auslegung, 7 ff. u. 23 ff.; zu inhärentem Verfassungsrecht s.a. Rz. 26). Die Ausübung von Bundeskompetenzen wird oft als Auslegungsarbeit bezeichnet (Komm. zu Art. 5*a*, Rz. 29; Biaggini, Komm. BV, Art. 5*a*, Rz. 13). Bei näherer Betrachtung geht es jedoch um eine Abstimmung von komplexen Wechselbeziehungen zwischen der verfassungsrechtlichen Kompetenznorm, kantonalen Normordnungen und der Ausführungsgesetzgebung in einem oder mehreren Bundesgesetzen durch eine öffnende Koordination der verfassungsrechtlichen Bundeskompetenz. Zur zeitlichen Offenheit von Bundeskompetenzen gegenüber Regelungsproblemen, die dem Verfassungsgeber zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfassungsnorm noch nicht bekannt waren, s. Rz. 54. 112

Öffnung oder Verdrängung durch Konformisierung? Methodische Konformisierungsargumente gelten als Koordinationsinstrument schlechthin, da sie Anlassnormen durch ihre Interpretation im Lichte eines normativen Bezugspunktes aus einer anderen Normschicht oder -ordnung anschlussfähig gegenüber Einflüssen anderer Bestimmungen machen (weiterführend Höpfner, Systemkonforme Auslegung, 151 ff.; Reimer F., Methodenlehre, Rz. 629 ff.). Nicht immer restlos klar ist dabei, ob Konformisierungsmethoden als Öffnungs- oder als Verdrängungsmuster wirken sollen: Teils suggerieren entsprechende Argumente eine flexibilisierende Öffnungsabsicht und verlangen, dass von einer Anlassnorm belassene Gestaltungsräume im Lichte anderer Bestimmungen zu nutzen sind (i.d.S. Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 276 ff.; Nobs, Volksinitiative, 348 f.). Teils dienen Konformisierungsargumente aber auch als verdrängendes Koordinationsmuster, um Gehalte einer Anlassnorm zum Schutz anderer Bestimmungen zu relativieren (i.d.S. BGE 139 I 16 E. 5.2, 29; Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 264 ff.; Nobs, Volksinitiative, 350 f.; Gächter, Rechtsmissbrauch, 356 f.). Nach der hier vertretenen Auffassung dienen Konformisierungsmethoden aus Gründen der Methodenehrlichkeit und -transparenz ausschliesslich der öffnenden Koordination von Verfassungsnormen (s.a. Rz. 109; i.d.S. wohl auch Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 556), besitzen keine Normerhaltungsfunktion und sind strikt von Formen der verdrängenden Koordination abzugrenzen (vgl. Rz. 110). 113

Öffnung durch verfassungskonforme Auslegung. Dieses methodische Argument verlangt, dass Gestaltungsräume einer unterkonstitutionellen Anlassnorm im Lichte einer verfassungsrecht- 114

lichen Bezugsnorm ausgeschöpft werden (Häfelin et al., Bundesstaatsrecht, Rz. 148 ff.; Imboden, Norminterpretation, 138; Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 260 ff.). Die eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen verleitet die Praxis zu einem eher grosszügigen Einsatz dieses Arguments (exemplarisch BGE 147 I 308 E. 7.5.3, 323; zur verfassungskonformen Auslegung von kantonalem Verfassungsrecht BGE 116 Ia 359 E. 5c, 368 f.). Exemplarisch zeigt sich dies etwa bei der verfassungskonformen Interpretation verschiedener Strafrechtsbestimmungen zur Verwirklichung der Versammlungsfreiheit (näher Komm. zu Art. 22, Rz. 47). Die Grenzen dieses methodischen Arguments erblickt das BGer «im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung» (BGE 147 V 79 E. 7.3.1, 82; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rz. 560 ff.). Institutionell und prozessual setzen vor allem die durch Art. 190 geschützten Gestaltungsprimate der gesetzgebenden Organe einer verfassungskonformen Auslegung Grenzsteine (näher Rz. 76).

115 *Öffnung durch gesetzeskonforme Auslegung*. Die Frage, inwiefern das ausführende Gesetzesrecht bei der Interpretation von Verfassungsnormen herangezogen werden soll oder muss, diskutiert das Schrifttum bislang kaum. Gerade bei Stichwortnormen (zu dieser Normierungstechnik Rz. 39) lassen sich entsprechende Argumentationen durchaus beobachten. So bestimmt sich etwa der Landwirtschaftsbegriff in Art. 104 massgebend durch das LwG (Komm. zu Art. 104, Rz. 3 u. 7). Auch wenn offene Verfassungsnormen auf Gesetzesstufe mit Inhalt angereichert werden und diese auf die Verfassungsinterpretation zurückwirken, werden Gesetzesvorgaben, die einer gesetzeskonformen Auslegung von Verfassungsrecht als Anlassnorm dienen, nicht zu verfassungsrechtlichen Normbefehlen. Politische Alternativen innerhalb des Verfassungsrahmens bleiben möglich, schliesslich kann der Gesetzgeber seine Verfassungsinterpretation in den dafür vorgesehenen Verfahren auch ändern (s.a. Rz. 56).

116 *Öffnung durch völkerrechtskonforme Auslegung. Methodisch* verlangt dieses Argument, dass Gestaltungsräume einer landesrechtlichen Anlassnorm im Einklang mit einer völkerrechtlichen Bezugsnorm ausgeschöpft werden (weiterführend statt vieler Ber. Verhältnis Völkerrecht–Landesrecht, 2306 ff.; Botsch. Selbstbestimmungsinitiative, 5370 ff.; Komm. zu Art. 5, Rz. 84, 100; Häfelin et al., Bundesstaatsrecht, Rz. 162 ff.; Nobs, Volksinitiative, 347 ff.). Durch die Zunahme verbindlicher Völkerrechtsvorgaben für die Schweiz wachsen Überlappungen zwischen nationalen und internationalen Vorschriften – und damit die Einsatzmöglichkeiten dieses methodischen Arguments (weiterführend zum transnationalen Kontext Rz. 60). So sind etwa verschiedene Grundrechtsnormen völkerrechtskonform im Lichte entsprechender Menschenrechtsgarantien zu interpretieren, wenn auch unter Rücksicht auf die Gründe für Unterschiede betreffend Schutzbereich und Schutzniveau. Die Grenzen der völkerrechtskonformen Auslegung erblickt das BGer in einem interpretativ nicht überwindbaren Normkonflikt zwischen völkerrechtlichen und landesrechtlichen Bestimmungen (BGE 147 I 308 E. 7.5.3, 323; BGE 142 II 35 E. 3.3, 40; s.a. Häfelin et al., Bundesstaatsrecht, Rz. 167). *Institutionell* setzen vor allem die Gestaltungsprimate der verfassungs- und gesetzgebenden Organe einer völkerrechtskonformen Auslegung Grenzen (vgl. Rz. 73 ff.), *prozessual* eine reduzierte Kontrolldichte zur Verwirklichung von transnationalem Interorganrespekt (vgl. Rz. 80).

117 *Öffnung durch Herstellung praktischer Konkordanz*. Eine Koordination verschiedener Aussagen innerhalb der BV (zur horizontalen Dimension Rz. 61) erfolgt bevorzugt durch eine Suche nach harmonisierenden Verständnissen verschiedener Verfassungsnormen, indem aus ihrer Mitte her-

aus auf beide Seiten hin nach miteinander vereinbaren Normverständnissen gesucht und diese in einen «möglichst schonenden Ausgleich» gebracht werden (Lerche, Stil und Methode, 349 f.; Bäumlin, Geschichte, 27; Kradolfer, Konkordanz, 19 ff.; weiterführend Ehrenzeller K., Koordination, Rz. 345 ff., 611 ff.). Aufgrund einer besonders stark auf Ausgleich und Kompromiss ausgerichteten Ausgestaltung von Organen und Verfahren, umgeben von einer politischen Kultur der Konkordanz, ist die Suche nach praktischer Konkordanz zwischen gegenläufigen Verfassungsinteressen strukturell im schweizerischen Verfassungsarrangement angelegt (Bäumlin, Geschichte, 28 ff.; Tschannen, Stimmrecht, Rz. 677; zur politischen Kultur s.a. Rz. 21). *Methodisch* dient die Herstellung praktischer Konkordanz als reines Öffnungsmuster, zumal die Grenzen der Herstellung praktischer Konkordanz im bestimmbaren Normsinn der zu harmonisierenden Verfassungsnormen liegen (Biaggini, Auslegung, 321; Gonin, Droit constitutionnel suisse, Rz. 812; Gächter, Rechtsmissbrauch, 370 f.). Anderslautende Vorentscheide des Verfassungsgebers bleiben also vorbehalten und zur Bewältigung echter Normkonflikte taugt das Argument nicht, wie ein Urteil des BGer bei näherer Betrachtung anschaulich zeigt (BGE 129 I 173 E. 5.1, 181). *Institutionell und prozessual* sind der Herstellung praktischer Konkordanz durch die Gestaltungsprimate des Verfassungsgebers auf der Steuerungsebene und jene der politischen Behörden auf der Handlungsebene Grenzen gesetzt (vgl. Rz. 73 ff.).

Einheit der Verfassung? Wie dargelegt ist die BV keine einheitliche, in sich widerspruchslose Ordnung (Rz. 35, 57, 61). Ungeachtet dessen dient die Einheit der Verfassung als methodisches Argument. Erstens bleibt danach eine isolierte Interpretation von Verfassungsnormen untersagt; zweitens sind danach einzelne Verfassungsnormen aufgrund ihrer abstrakten Gleichrangigkeit jeweils im Gesamtzusammenhang der BV zu interpretieren (BGE 139 I 16 E. 4.2.1, 24; BGE 116 Ia 359 E. 5c, 369; Kradolfer, Konkordanz, 17 ff.; Häfelin, Verfassungsgebung, 88 f.; Tschannen, Staatsrecht, Rz. 176; Hinderling, Rechtsnorm, 194 ff.). Inwiefern die Einheit der Verfassung dabei als öffnendes oder als verdrängendes Koordinationsmuster eingesetzt wird, bleibt regelmässig diffus: Als *Öffnungsmuster* ist das Argument jedoch von beschränktem zusätzlichen Nutzen, da eine Konformisierung im Lichte übergeordneter Wertentscheidungen der Verfassung auf höchst vage Bezugspunkte verweist (Gamper, Verfassungsinterpretation, 232 ff. spricht diesbezüglich treffender von einer bauprinzipienkonformen Interpretation; zu Vorbehalten für die Schweiz Häfelin, Verfassungsgebung, 116). Als *Verdrängungsmuster* dient die Einheit der Verfassung, wenn mit dem methodischen Argument unter Verweis auf falsche Annahmen über das Verhältnis zwischen Verfassungsnormen eine minimale Einheit der BV abgesichert werden soll. Der staatsleitende Charakter einer solchen Koordination von Verfassungsnormen ist durch eine qualifizierte Rechtfertigung zu begründen und darf nicht hinter einem methodischen Scheinargument verborgen werden (vgl. Rz. 110). 118

5. Rechtfertigen: Verantwortung von Verfassungsdeutungen

Legitimieren. Verfassungsinterpretation steht in einem Legitimationszusammenhang mit dem geltenden Verfassungsrecht (von Arnauld, Öffnung, 73; s.a. Rz. 3). Infolgedessen hat jeder staatliche Akt anhand begrenzter und unvollständiger Informationen möglichst verlässlich zu erklären, wie er sich durch Verfassungsnormen legitimiert. Dabei ist auszuweisen, warum von welchen Steuerungsabsichten hinter einer Verfassungsnorm ausgegangen wird. Es ist darzutun, inwiefern die vorgenommene Normdeutung verfassungsstabilisierende und verfassungsdynamisierende 119

Absichten verfolgt und auf welchem oder welchen der in der BV angelegten Verfassungsverständnis(sen) sie beruht (vgl. Rz. 22; Mahlmann, Verfassungsauslegung, 5 f.; s.a. Eichenberger, Legiferierung, 478 f.). Aus einer Legitimationsperspektive scheint ferner die Frage nach den Grenzen der Verfassungsinterpretation falsch gestellt (allgemein zu den Grenzen der Auslegung statt vieler Emmenegger/Tschentscher, BK ZGB I, Art. 1, Rz. 232 ff.). Alle Normdeutungen, denen es nicht gelingt, den fraglichen Staatsakt anhand der angerufenen Verfassungsnorm zu rechtfertigen, sind untauglich. In erster Linie sind es Institutionen und Verfahren, die dem Vorgang der Verfassungsinterpretation Grenzen setzen (näher Rz. 14, 69 ff.; s.a. Röhl, Methode, 14, 18).

120 *Verantworten und Begründen*. Verfassungsinterpretation bleibt ein Vorgang der Selbststeuerung, in dem anderen über eigene Normdeutungen Rechenschaft abzulegen ist. *Materiell* ist darzutun, warum die eigene Argumentation kohärent und konsistent ist, gegenüber dem geltenden Verfassungsrecht anschlussfähig bleibt und keinen Fehlschlüssen unterliegt (Vosskuhle, Methode, 193). *Institutionell* ist zu erörtern, warum die vorgenommene Verfassungsinterpretation anderen Organen ausreichenden Interorganrespekt zollt und ihre Gestaltungsprimate wahrt. *Prozessual* sind Argumentationen über Normverständnisse und ihre Erarbeitung für andere transparent und nachvollziehbar zu begründen. Zusammengefasst verlangt die demokratische Verantwortung einer vorgenommenen Verfassungsinterpretation eine Erklärung, warum es sich bei der vorgeschlagenen Deutung einer Verfassungsnorm im konkreten Anlassfall um eine vernünftige Verfassungsinterpretation handelt, die auf Akzeptanz stossen dürfte und der vertraut werden darf, nachdem sie mit dem verfügbaren Wissen sowie der Intelligenz anderer möglichst genau und aufrichtig konfrontiert wurde (ähnlich Moor, Mikropolitik, 58). Letztlich bleibt der Vorgang der Verfassungsinterpretation dadurch mit Karl Popper immer auch eine kritische Methode von Versuch und Irrtum; eine «Methode, kühne Hypothesen aufzustellen und sie der schärfsten Kritik auszusetzen, um herauszufinden, wo wir uns geirrt haben» (Logik, 122).

VI. Verfassungsinterpretation: Bestätigung und Ausdifferenzierung des Grundkonsenses

121 *Bewährte Orientierung anhand von Grundfragen*. Verfassungsinterpretation wird vorliegend als Vorgang verstanden, um verfassungsmässige Entscheide anhand von alten Verfassungsnormen in neuen Kontexten auf möglichst verlässliche Weise zu erarbeiten und zu rechtfertigen (Rz. 1). Im Zentrum stehen dabei vier Grundfragen. Erstens: Welche Ziele sind aufgrund des konkreten institutionellen und prozessualen Umfelds im Rahmen der Verfassungsinterpretation zu verfolgen (Rz. 12 ff.)? Zweitens: Um welche Erscheinungs- und Normierungsformen schweizerischen Verfassungsrechts geht es konkret (Rz. 23 ff.) und welche realen, räumlichen, zeitlichen und normativen Einflüsse (Rz. 46 ff.) sind dabei mitzuberücksichtigen? Drittens: Welche Stellung besitzt die verfassungsinterpretierende Person in der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung gegenüber dem Verfassungsgeber einerseits, anderen verfassungsinterpretierenden Organen andererseits und welche Grenzen ergeben sich daraus für ihr Tun (Rz. 62 ff.)? Viertens: Von welcher Bedeutung einer Verfassungsnorm kann und darf nach der Rekonstruktion der in einer Verfassungsnorm gespeicherten Vorentscheide durch Auslegung (Rz. 90 ff.), ihrer verfassungsgeleiteten Konkretisierung durch schöpferische Wertentscheide (Rz. 97 ff.) und ihrer Koordination mit anderen Normaussagen (Rz. 105 ff.) ausgegangen werden?

Neuorientierung durch zusätzliche Ausdifferenzierung. Der vorherrschende Methodenkonsens der Verfassungsinterpretation beruht auf zu wenig ausdifferenzierten Vorstellungen über die vier erörterten Grundfragen. Einmal ist grundsätzlich auf eine interpretative Gleichsetzung von Verfassung und Gesetz zu verzichten und Verfassungsinterpretation verstärkt als gegenstandsbestimmter und -abhängiger Vorgang zu verstehen (zum Ganzen Rz. 16 ff.). Sodann ist die Verfassungsinterpretation aus einer justizzentrierten Kontrollperspektive herauszulösen und gegenüber einer Handlungsperspektive politischer und administrativer Organe sowie einer Steuerungsperspektive verfassungsgebender Organe zu öffnen (Rz. 7, 71 f.). Es ist in verstärktem Ausmass ein institutionelles und prozessuales Rechtsdenken erforderlich, das organ- sowie verfahrensbedingten Unterschieden und Besonderheiten der Verfassungsinterpretation Rechnung trägt und Gestaltungsprimaten anderer Organe Interorganrespekt zollt (zum Ganzen Rz. 62 ff.). Schliesslich ist die Verfassungsinterpretation verstärkt auf gegenstandsbestimmte und -abhängige Methoden angewiesen, die politisches und mikropolitisches Entscheiden innerhalb eines verfassungsrechtlichen Rahmens strukturieren, anstatt Verfassungsnormen durch den Einsatz eines für das Gesetz entwickelten Instrumentariums methodisch gegenüber demokratischen Einflüssen abzudichten (zum Ganzen Rz. 81 ff.). Als höchst heterogenes Normgeflecht mit einem stark fragmentierten Normumfeld (Rz. 35, 57 ff.) ist das schweizerische Verfassungsrecht zudem in besonderem Masse auf abdichtende, öffnende und verdrängende Koordinationsmethoden angewiesen, anhand deren verfassungsrechtliche Normbefehle aus einem Geflecht verschiedener verfassungsrechtlicher Erscheinungsformen und Verfassungsschichten zusammengetragen und auf Aussagen anderer Normen abgestimmt werden können (zum Ganzen Rz. 106 ff.). Zu schärfen ist schliesslich das Bewusstsein, dass Verfassungsinterpretation gerade in einer direkten Demokratie staatliche Akte verantworten und legitimieren muss, anstatt sie methodisch zu verschleiern (Rz. 119 f.). 122

I

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft

St. Galler Kommentar