

*Einführung in die Rechtswissenschaft*

**HS 2009**

**Skript**

**Prof. Dr. Matthias Mahlmann**

**Prof. Dr. Roger Zäch**



Universität Zürich

## **Gliederung der Vorlesung**

- I. Problematik des Rechts
- II. Funktionen des Rechts
- III. Begriff des Rechts
- IV. Disziplinen der Rechtswissenschaft
- V. Rechtliche Grundbegriffe
- VI. Das nationale Recht im internationalen Zusammenhang
- VII. Methoden des Rechts
- VIII. Jura als Beruf
- IX. Geschichte(n) des Rechts
- X. Recht als soziale Tatsache
- XI. Recht, Wirtschaft, Politik, Religion
- XII. Die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft
- XIII. Rechtsethik I – Menschenrechte
- XIV. Rechtsethik II – Gerechtigkeit
- XV. Recht in der Kunst

## **Organisatorisches:**

Adressen der Lehrstühle:

Prof. Dr. iur. Matthias Mahlmann  
Lehrstuhl für Rechtstheorie, Rechtssoziologie  
und Internationales Öffentliches Recht  
Universität Zürich  
Treichlerstrasse 10  
8032 Zürich

Prof. Dr. iur. Roger Zäch  
Europa Institut an der Universität Zürich (EIZ)  
Hirschengraben 56  
8001 Zürich  
roger.zaech@rwi.unizh.ch

Die organisatorische Betreuung der Veranstaltung liegt beim Lehrstuhl Mahlmann. Anfragen allgemeiner Natur bitte an [lst.mahlmann@rwi.uzh.ch](mailto:lst.mahlmann@rwi.uzh.ch)

Die Veranstaltung wird durch E-Learning unterstützt (E-Materialien und E-Skript). Die entsprechenden Links finden sich auf der Homepage Mahlmann.

### **Tutorat**

Herr Frederik von Harbou, Lst. Mahlmann, führt ein begleitendes Tutorat durch.

Zeit: freitags, 10.15-12.00 Uhr

Ort: KO2-F-180

Anmeldung: nicht erforderlich

Kontakt: [frederik.vonharbou@rwi.uzh.ch](mailto:frederik.vonharbou@rwi.uzh.ch)

**ACHTUNG:** Die Teilnahme am Tutorat ist **NICHT PRÜFUNGSRELEVANT**. Es bildet lediglich ein Angebot für Interessierte zur Wiederholung, Vertiefung und Ergänzung. Für eine begrenzte Teilnehmerzahl wird im Rahmen des Tutorats am Mittwoch, dem 4. und dem 11. November 2009 (jeweils 13:30 – 16:00 Uhr) ein Besuch des Flughafengefängnisses Zürich angeboten. Es ist Platz für je 24 Studenten. Die Modalitäten für die Auswahl der Teilnehmer werden im Laufe des Semesters bekannt gegeben.

**Einführende Literatur (nicht prüfungsrelevant):**

Peter Forstmoser/Hans-Ueli Vogt, Einführung in das Recht, 4. Auflage, Bern 2008

**Weitere Einführungen:**

Gunther Arzt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Basel 1996

Johann Braun, Einführung in die Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Tübingen 2007

Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 10. Auflage, Stuttgart 2005

Norbert Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 4. Auflage, Heidelberg 2007

Fritz Mommenhey, Einführung in die Rechtskunde, 9. Auflage, Zürich 2006

Manfred Rehbinder, Einführung in die Rechtswissenschaft, 8. Auflage, Berlin 1995

Hansjörg Seiler, Einführung ins Recht, 2. Auflage, Zürich 2004

Axel Tschentscher, Grundprinzipien des Rechts, Bern 2003

Uwe Wesel, Fast alles, was Recht ist, 8. Aufl., Frankfurt a.M. 2007

**Hinweis: Prüfungsrelevant sind allein die Vorlesung, die E-Materialien (herunterladbar von der Lehrstuhl-Website) und das vorliegende Skript. Die genannte Einführungsliteratur kann beim Lernen zur Stoffvertiefung herangezogen werden, ist aber nicht prüfungsrelevant.**



## **I. Problematik des Rechts**

Modernes Recht hat viele hochinteressante, ja aufregende Seiten. Modernes Recht bildet aber auch eine sperrige Materie. Die grosse Zahl von rechtlichen Regelungen ist unübersichtlich und selbst für Spezialisten nur schwer zu überschauen. Es dauert einige Jahre, bis man mit Recht praktisch verantwortlich umgehen kann. Viele Details des Rechts sind schwierig zu begreifen und nur in einem sehr spezifischen Kontext von Bedeutung. Die Rechtsanwendung kann langsam und unbefriedigend sein.

Im Hintergrund steht aber das elementare Anliegen, eine humane Zivilisation durch Recht zu befördern. Dieses Anliegen wird deutlich, wenn Recht einem Zustand der Rechtlosigkeit weicht, wie es historisch und auch in der Gegenwart immer wieder geschieht. Auch Rechtlosigkeit in Rechtsform ist dabei möglich. Klassische Beispiele sind die Prozesse gegen Sokrates oder Jesus, in denen ausserordentliche Menschen dieser Rechtlosigkeit in Rechtsform zum Opfer fielen. In der Moderne bilden die stalinistischen Schauprozesse mit ihrem Höhepunkt im Jahre 1937 oder die vielfältigen Formen von Unrecht im Nationalsozialismus in den Jahren 1933 – 1945 in Deutschland, von rassistischen Urteilen gegen Juden bis zur Liquidierung des Widerstandes vom 20. Juli 1944 durch den sog. Volksgerichtshof und seine Urteile, Beispiele für diesen möglichen Missbrauch von Recht.

Auf Recht kann in modernen Gesellschaften nicht verzichtet werden, ohne dass es eine Garantie im Recht selbst gäbe, dass es nicht zu inhumanen Zwecken gebraucht wird. Das ist die fundamentale Problematik des Rechts. Das Recht eröffnet deswegen ein schwieriges, interessantes und bewegendes Feld, das die Aufmerksamkeit und Verantwortungsbereitschaft derer, die sich mit Recht professionell befassen, aber auch der Bürgerinnen und Bürger einer Rechtsgemeinschaft immer wieder neu fordert.

## **II. Funktionen des Rechts**

Das moderne Recht erfüllt verschiedene Funktionen innerhalb der Gesellschaftsordnung, die es organisiert. Zu diesen Funktionen gehören mindestens die Folgenden:

### **1. Bewahrung des Friedens**

Die Bewahrung des Friedens und der Sicherheit innerhalb einer Gemeinschaft ist eine fundamentale Aufgabe des Rechts. Gewalt als Mittel zur Durchsetzung von Interessen, aber auch von berechtigten Ansprüchen soll durch rechtliche Regelungen ersetzt werden. Diese Funktion ist ein Grundelement der historischen Entwicklung, die zur modernen Rechtszivilisation geführt hat. Die Friedensfunktion des Rechts ist auch für das Verhältnis verschiedener (z.B. staatlicher) Gemeinschaften zueinander von grosser Bedeutung. Auch hier soll die Herrschaft der Gewalt und damit Kriege durch rechtliche Mechanismen abgelöst werden. Das ist die Idee des Völkerrechts und der internationalen Organisationen.

### **2. Schutz materialer Werte: Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit**

Modernes Recht ist auf den Schutz materialer Werte ausgerichtet. Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit spielen hier eine herausgehobene Rolle. Dem Schutz dieser Werte dienen Grundrechtskataloge, in denen diese Werte unmittelbar durch subjektive Rechte der Rechtsträger bewehrt werden. Aber auch die anderen Teile des Rechts dienen diesen normativen Leitprinzipien modernen Rechts.

### **3. Soziale Fürsorge**

Der moderne Staat hat vielfältige Aufgaben der Daseinsvorsorge übernommen, weil in modernen Gesellschaften bestimmte Aufgaben durch den Staat geregelt und gewährleistet werden müssen. Das Ausmass der gerechtfertigten Fürsorge ist strittig, kein moderner Staat, der sich an den genannten Werten der Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit orientiert, verzichtet aber auf Massnahmen der sozialen Fürsorge, die durch Recht gestaltet werden.

### **4. Umweltschutz**

Eine Funktion von Recht, die in den letzten Jahrzehnten aufgrund von verschiedenen Formen der Umweltbeeinträchtigungen immer grössere Bedeutung gewonnen hat, ist der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. Heute gehört deswegen zu den Standardfunktionen von Recht, einen Beitrag zur Lösung dieser Problemlagen zu leisten.

## **5. Gesellschaftliche Zusammenarbeit und effiziente Wirtschaft**

Recht hilft dabei, die Kooperation von Menschen in einer Gemeinschaft zu organisieren. Von zentraler Bedeutung ist die Ermöglichung effizienter Wirtschaftsstrukturen, die (im besten Fall) den Wohlstand einer Gemeinschaft schaffen. Dazu müssen geeignete rechtliche Formen bereit gestellt werden, um wirtschaftliche Aktivitäten entfalten zu können. Die Wirtschaftsabläufe müssen rechtlich wirkungsvoll organisiert werden.

## **6. Kollektive Identität?**

Eine Funktion, die dem Recht in der Gegenwart manchmal zugeschrieben wird, besteht darin, eine kollektive Identität einer Gemeinschaft zu schaffen. Der Vorschlag, einen „Verfassungspatriotismus“ (J. Habermas) zu entwickeln, ist ein berühmtes Beispiel für diese Idee. Die Verfassung soll danach den Bezugspunkt der kollektiven Identität einer Gemeinschaft bilden, nicht etwa nationale Traditionen, Brauchtümer oder gar eine spezifische ethnische Zugehörigkeit. Diese Diskussion wird auch in Bezug auf die Europäische Union und die Identität der in ihr zusammengeschlossenen Menschen geführt. Hier wenden Kritiker ein, dass das Recht diese Last nicht tragen könne oder andere Quellen der kollektiven Identität vorzugswürdig seien. Die Debatte deutet an, welche grosse politische und kulturelle Bedeutung Recht zugemessen wird, die weit über pragmatische Interessenregulierung im Einzelfall hinausreicht.

### III. Begriff des Rechts

#### 1. Positivistischer Rechtsbegriff

*Exzerpt aus: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., Leipzig+Wien 1934, 2. Neudruck, Ad-  
len 1994. S. 62-66.*

Das Recht als Ordnung oder die Rechtsordnung ist ein System von Rechtsnormen. Und die erste Frage, die es hier zu beantworten gilt, hat die Reine Rechtslehre in folgender Weise gestellt: Was begründet die Einheit einer Vielheit von Rechtsnormen, warum gehört eine bestimmte Rechtsnorm zu einer bestimmten Rechtsordnung?

Eine Vielheit von Normen bildet eine Einheit, ein System, eine Ordnung, wenn ihre Geltung auf eine einzige Norm als letzten Grund dieser Geltung zurückgeführt werden kann. Diese Grundnorm konstituiert als die gemeinsame Quelle die Einheit in der Vielheit aller eine Ordnung bildenden Normen. Und daß eine Norm zu einer bestimmten Ordnung gehört, geht nur daraus hervor, daß ihre Geltung auf die — diese Ordnung konstituierende — Grundnorm zurückgeführt werden kann. Nach der Art der Grundnorm, das heißt aber nach der Natur des obersten Geltungsprinzips lassen sich zwei verschiedene Arten von Ordnungen (Normsystemen) unterscheiden. Die Normen der einen Art „gelten“, das heißt das von ihnen angegebene Verhalten der Menschen ist als gesollt anzusehen, kraft ihres Gehaltes: weil ihr Inhalt eine unmittelbar evidente Qualität hat, die ihm Geltung verleiht. Und diese inhaltliche Qualifikation erhalten die Normen dadurch, daß sie auf eine Grundnorm zurückführbar sind, unter deren Inhalt sich der Inhalt der die Ordnung bildenden Normen als das Besondere unter das Allgemeine subsumieren läßt. Dieser Art sind die Normen der Moral. Die Normen etwa: du sollst nicht lügen, du sollst nicht betrügen, du sollst dein Versprechen halten usw., leiten sich ab aus einer Grundnorm der Wahrhaftigkeit. Auf die Grundnorm: du sollst die anderen Menschen lieben, kann man die Normen zurückführen: du sollst einen anderen nicht verletzen, du sollst ihm in der Not beistehen usw. Welches die Grundnorm eines bestimmten Moralsystems ist, kommt hier nicht weiter in Betracht. Worauf es ankommt, ist die Erkenntnis, daß die vielen Normen einer Moral schon in ihrer Grundnorm enthalten sind, so wie eben das Besondere im Allgemeinen enthalten ist, und daß daher alle besonderen Moralnormen aus der allgemeinen Grundnorm durch eine Gedankenoperation, nämlich durch einen Schluß vom Allgemeinen auf das Besondere zu gewinnen sind. Die Grundnorm hat hier einen materiell-statischen Charakter.

## 28. Die Rechtsordnung als Erzeugungszusammenhang.

Anders die Normen des Rechts. Diese gelten nicht kraft ihres Inhalts. Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein, es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, zum Inhalt einer Rechtsnorm zu werden. Deren Geltung kann dadurch nicht in Frage gestellt werden, daß ihr Inhalt einem irgendwie vorausgesetzten materiellen Wert, etwa der Moral, nicht entspricht. Als Rechtsnorm gilt eine

63

Norm stets nur darum, weil sie auf eine ganz bestimmte Weise zustande gekommen, nach einer ganz bestimmten Regel erzeugt, nach einer spezifischen Methode gesetzt wurde. Das Recht gilt nur als positives Recht, das heißt: als gesetztes Recht. In dieser Notwendigkeit des Gesetz-Seins und der darin gelegenen Unabhängigkeit seiner Geltung von der Moral und von ihr gleichartigen Normensystemen besteht die Positivität des Rechts; darin der wesentliche Unterschied zwischen dem positiven Recht und dem sogenannten Natur-Recht, dessen Normen so wie die der Moral aus einer Grundnorm deduziert werden, die kraft ihres Inhalts als Ausfluß des göttlichen Willens, der Natur oder der reinen Vernunft für unmittelbar evident gehalten wird. Die Grundnorm einer positiven Rechtsordnung ist dagegen nichts anderes als die Grundregel, nach der die Normen der Rechtsordnung erzeugt werden, die Ein-Setzung des Grundtatbestandes der Rechtserzeugung. Sie ist der Ausgangspunkt eines Verfahrens; sie hat einen durchaus formal-dynamischen Charakter. Aus dieser Grundnorm lassen sich die einzelnen Normen des Rechtssystems nicht logisch deduzieren. Sie müssen durch einen besonderen Setzungsakt — der kein Denk-, sondern ein Willensakt ist — erzeugt werden. Die Setzung der Rechtsnormen erfolgt in mannigfacher Gestalt: auf dem Wege der Gewohnheit oder im Verfahren der Gesetzgebung, sofern es sich um generelle Normen handelt; durch Akte der Rechtsprechung und durch Rechtsgeschäfte bei individuellen Normen. Der gewohnheitlichen Rechtserzeugung werden alle anderen Arten als Rechts-Satzung entgegengestellt; diese ist somit ein Spezialfall der Rechts-Setzung.

Führt man die verschiedenen Normen eines Rechtssystems auf eine Grundnorm zurück, so geschieht dies in der Weise, daß man zeigt, daß die Erzeugung der einzelnen Norm der Grundnorm entsprechend vor sich gegangen ist. Fragt man etwa, warum ein bestimmter Zwangsakt, die Tatsache z. B., daß ein Mensch dem anderen die Freiheit entzieht, indem er ihn in ein Gefängnis sperrt, ein Rechtsakt ist und somit zu einer bestimmten Rechtsordnung gehört, so ergibt sich als Antwort: weil dieser Akt durch eine bestimmte individuelle Norm, ein richterliches Urteil, vorgeschrieben wurde. Fragt man weiter: warum diese individuelle Norm gilt, und zwar als Bestandteil einer ganz bestimmten Rechtsordnung gilt, so erhält man zur Antwort: weil sie entsprechend dem Strafgesetzbuch gesetzt wurde. Und fragt man nach dem Geltungsgrund des Strafgesetzbuches, so stößt man auf die Staatsverfassung, nach deren Bestimmungen das Strafgesetzbuch von dem hierzu kompetenten Organ in einem von der Verfassung vorgeschriebenen Verfahren zustande gebracht wurde.

Fragt man aber nach dem Geltungsgrund der Verfassung, auf der alle Gesetze und die auf Grund der Gesetze ergangenen Rechtsakte beruhen, so gerät man vielleicht auf eine noch ältere Verfassung und so schließlich auf eine historisch erste, die von einem einzelnen Usurpator oder von einem irgendwie gebildeten Kollegium erlassen wurde. Daß dasjenige, was das historisch erste verfassunggebende Organ als seinen Willen geäußert hat, als Norm zu gelten habe, das ist die Grundvoraussetzung, von der alle Erkenntnis der auf dieser Verfassung beruhenden Rechtsordnung ausgeht. Zwang soll gesetzt werden unter den Bedingungen und auf

die Weise, die der erste Verfassungsgeber oder die von ihm delegierten Instanzen bestimmen: das ist die schematische Formulierung der Grundnorm einer Rechtsordnung (im Sinn einer einzelstaatlichen Rechtsordnung, von der hier zunächst allein die Rede ist).

## 2. Verbindungstheoretischer Rechtsbegriff

*Exzerpt aus: Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, zuerst veröffentlicht in: SJZ 1 (1946). S. 105-108.*

„III. Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung »Gesetz ist Gesetz« den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Dabei ist der Positivismus gar nicht in der Lage, aus eigener Kraft die Geltung von Gesetzen zu begründen. Er glaubt, die Geltung eines Gesetzes schon damit erwiesen zu haben, daß es die Macht besessen hat, sich durchzusetzen. Aber auf Macht läßt sich vielleicht ein Müssen, aber niemals ein Sollen und Gelten gründen. Dieses läßt sich vielmehr nur gründen auf einen Wert, der dem Gesetz innewohnt. Freilich: einen Wert führt schon jedes positive Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt mit sich: es ist immer noch besser als kein Gesetz, weil es zum mindesten Rechtssicherheit schafft.

Aber Rechtssicherheit ist nicht der einzige und nicht der entscheidende Wert, den das Recht zu verwirklichen hat. Neben die Rechtssicherheit treten vielmehr zwei andere Werte: Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit. In der Rangordnung dieser Werte haben wir die Zweckmäßigkeit des Rechts für das Gemeinwohl an die letzte Stelle zu setzen. Keineswegs ist Recht alles das, »was dem Volke nützt«, sondern dem Volke nützt letzten Endes nur, was Recht ist, was Rechtssicherheit schafft und Gerechtigkeit erstrebt. Die Rechtssicherheit, die jedem positiven Gesetz schon wegen seiner Positivität eignet, nimmt eine merkwürdige Mittelstellung zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit ein: sie ist einerseits vom Gemeinwohl gefordert, andererseits aber auch von der Gerechtigkeit.

Daß das Recht sicher sei, daß es nicht heute und hier so, morgen und dort anders ausgelegt und angewandt werde, ist zugleich eine Forderung der Gerechtigkeit. Wo ein Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, zwischen einem inhaltlich anfechtbaren, aber positiven Gesetz und zwischen einem gerechten, aber nicht in Gesetzesform gegossenen Recht entsteht, liegt in Wahrheit ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst, ein Konflikt zwischen scheinbarer und wirklicher Gerechtigkeit vor. Diesen Konflikt bringt großartig das Evangelium zum Ausdruck, indem es einerseits befiehlt: »Seid untertan der Obrigkeit, die Gewalt über euch hat«, und doch andererseits gebietet, »Gott mehr zu gehorchen als den Menschen«.

Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur »unrichtiges Recht«, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.

An diesem Maßstab gemessen sind ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt. Die hervorstechendste Eigenschaft in Hitlers Persönlichkeit, die von ihm aus auch zum Wesenszuge des ganzen nationalsozialistischen »Rechts« gewor-

den ist, war sein völliger Mangel an Wahrheitssinn und Rechtssinn: weil ihm jeder Wahrheitssinn fehlte, konnte er dem jeweils rednerisch Wirksamen ohne Scham und Skrupel den Akzent der Wahrheit geben; weil ihm jeder Rechtssinn fehlte, konnte er ohne Bedenken die krasseste Willkür zum Gesetz erheben. Am Anfang seiner Herrschaft stand jenes Sympathie-Telegramm an die Potempa-Mörder, am Ende die grauenhafte Entehrung der Märtyrer des 20. Juli 1944. Schon anlässlich des Potempa-Urteils hatte Alfred Rosenberg im »Völkischen Beobachter« die Theorie dazu geliefert: Mensch sei nicht gleich Mensch, und Mord sei nicht gleich Mord; die Ermordung des Pazifisten Jaurès sei in Frankreich mit Recht anders bewertet worden als der Mordversuch an dem Nationalisten Clemenceau; ein Täter, der aus vaterländischen Motiven gefehlt hat, könne unmöglich derselben Strafe unterworfen werden, wie ein anderer, dessen Beweggründe sich (nach nationalsozialistischer Auffassung) gegen das Volk richten.

Damit war von vornherein ausgesprochen, daß nationalsozialistisches »Recht« sich der wesensbestimmenden Anforderung der Gerechtigkeit, der gleichen Behandlung des Gleichen, zu entziehen gewillt war. Infolgedessen entbehrt es insoweit überhaupt der Rechtsnatur, ist nicht etwa unrichtiges Recht, sondern überhaupt kein Recht. Das gilt insbesondere von den Bestimmungen, durch welche die nationalsozialistische Partei entgegen dem Teilcharakter jeder Partei die Totalität des Staates für sich beanspruchte. Der Rechtscharakter fehlt weiter allen jenen Gesetzen, die Menschen als Untermenschen behandelten und ihnen die Menschenrechte versagten. Ohne Rechtscharakter sind auch alle jene Strafdrohungen, die ohne Rücksicht auf die unterschiedliche Schwere der Verbrechen, nur geleitet von momentanen Abschreckungsbedürfnissen, Straftaten verschiedenster Schwere mit der gleichen Strafe, häufig mit der Todesstrafe, bedrohten. Alles das sind nur Beispiele gesetzlichen Unrechts.

Es darf nicht verkannt werden - gerade nach den Erlebnissen jener zwölf Jahre -, welche furchtbaren Gefahren für die Rechtssicherheit der Begriff des »gesetzlichen Unrechts«, die Leugnung der Rechtsnatur positiver Gesetze mit sich bringen kann. Wir müssen hoffen, daß ein solches Unrecht eine einmalige Verirrung und Verwirrung des deutschen Volkes bleiben werde, aber für alle möglichen Fälle haben wir uns durch die grundsätzliche Überwindung des Positivismus, der jegliche Abwehrfähigkeit gegen den Mißbrauch nationalsozialistischer Gesetzgebung entkräftete, gegen die Wiederkehr eines solchen Unrechtsstaates zu wappnen.“

### **3. Juristischer, soziologischer, rechtsphilosophischer Rechtsbegriff**

*Juristischer Rechtsbegriff:* Normen, die nach Verfahren der Rechtssetzung einer Rechtsgemeinschaft als Recht angesehen werden.

*Soziologischer Rechtsbegriff:* Normen, die faktisch in einer Rechtsgemeinschaft Recht bilden.

*Philosophischer Rechtsbegriff:* Normen, die richtiges (gerechtes, legitimes) Recht bilden.

### **4. Abgrenzungsfragen**

*Exzerpt aus: Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Tübingen 1972. S. 14-19.*



§ 4. Es lassen sich innerhalb des sozialen Handelns tatsächliche Regelmäßigkeiten beobachten, d. h. in einem typisch gleichartig gemeinten Sinn beim gleichen Handelnden sich wiederholende oder (eventuell auch: zugleich) bei zahlreichen Handelnden verbreitete Abläufe von Handelns. Mit diesen Typen des Ablaufs von Handelns befaßt sich die Soziologie, im Gegensatz zur Geschichte als der kausalen Zurechnung wichtiger, d. h. schicksalhafter, Einzelzusammenhänge.

Eine tatsächlich bestehende Chance einer Regelmäßigkeit der Einstellung sozialen Handelns soll heißen Brauch, wenn und soweit die Chance ihres Bestehens innerhalb eines Kreises von Menschen lediglich durch tatsächliche Uebung gegeben ist. Brauch soll heißen Sitte, wenn die tatsächliche Uebung auf langer Eingelebtheit beruht. Sie soll dagegen bezeichnet werden als „bedingt durch Interessenlage“ („interessenbedingt“), wenn und soweit die Chance ihres empirischen Bestandes lediglich durch rein zweckrationale Orientierung des Handelns der Einzelnen an gleichartigen Erwartungen bedingt ist.

1. Zum Brauch gehört auch die „Mode“. „Mode“ im Gegensatz zu „Sitte“ soll Brauch dann heißen, wenn (gerade umgekehrt wie bei Sitte) die Tatsache der Neueheit des betreffenden Verhaltens Quelle der Orientierung des Handelns daran wird. Sie hat ihre Stätte in der Nachbarschaft der „Konvention“, da sie wie (meist) diese ständischen Prestigeinteressen entspringt. Hier wird sie nicht näher behandelt.

2. „Sitte“ soll uns eine im Gegensatz zu „Konvention“ und „Recht“ nicht äußerlich garantierte Regel heißen, an welche sich der Handelnde freiwillig, sei es einfach „gedankenlos“ oder aus „Bequemlichkeit“ oder aus welchen Gründen immer, tatsächlich hält und deren wahrscheinliche Innehaltung er von anderen diesem Menschenkreis Angehörigen aus diesen Gründen gewärtigen kann. Sitte in diesem Sinn wäre also nichts „Geltendes“: es wird von niemandem „verlangt“, daß er sie mitmache. Der Uebergang von da zur geltenden Konvention und zum Recht ist natürlich absolut flüssig. Ueberall ist das tatsächlich Hergebrachte der Vater des Geltenden gewesen. Es ist heute „Sitte“, daß wir am Morgen ein Frühstück ungefähr angebarer Art zu uns nehmen; aber irgendeine „Verbindlichkeit“ dazu besteht (außer für Hotelbesucher) nicht; und es war nicht immer Sitte. Dagegen ist die Art der Bekleidung, auch wo sie aus „Sitte“ entstanden ist, heut in weitem Umfang nicht mehr nur Sitte, sondern Konvention. Ueber Brauch und Sitte sind die betreffenden Abschnitte aus Jherings „Zweck im Recht“ (Band II) noch heute lesenswert. Vgl. auch P. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte (1914), und neuestens: E. Weigelin, Sitte, Recht und Moral, 1919 (übereinstimmend mit mir gegen Stammler).

3. Zahlreiche höchst auffallende Regelmäßigkeiten des Ablaufs sozialen Handelns, insbesondere (aber nicht nur) des wirtschaftlichen Handelns, beruhen keineswegs auf Orientierung an irgendeiner als „geltend“ vorgestellten Norm, aber auch nicht auf Sitte, sondern lediglich darauf: daß die Art des sozialen Handelns der Beteiligten, der Natur der Sache nach, ihren normalen, subjektiv eingeschätzten, Interessen so am durchschnittlich besten entspricht und daß sie an dieser subjektiven Ansicht und Kenntnis ihr Handeln orientieren: so etwa Regelmäßigkeiten der Preisbildung bei „freiem“ Markt. Die Marktinteressenten orientieren eben ihr Verhalten, als „Mittel“, an eigenen typischen subjektiven wirtschaftlichen Interessen als „Zweck“ und an den ebenfalls typischen Erwartungen, die sie vom voraussichtlichen Verhalten der anderen hegen, als „Bedingungen“, jenen Zweck zu erreichen. Indem sie derart, je strenger zweckrational sie handeln, desto ähnlicher auf gegebene Situationen reagieren, entstehen Gleichartigkeiten, Regelmäßigkeiten und Kontinuitäten der Einstellung und des Handelns, welche sehr oft weit stabiler sind, als wenn Handelns sich an Normen und Pflichten orientiert, die einem Kreise von Menschen tatsächlich für „verbindlich“ gelten. Diese Erscheinung: daß Orientierung an der nackten eigenen und fremden Interessenlage Wirkungen hervorbringt, welche jenen gleichstehen, die durch Normierung — und zwar sehr oft vergeblich — zu erzwingen gesucht werden, hat insbesondere auf wirtschaftlichem Gebiet große Aufmerksamkeit erregt: — sie war geradezu eine der Quellen des Entstehens der Nationalökonomie als Wissenschaft. Sie gilt aber von allen Gebieten des Handelns in ähnlicher Art. Sie bildet in ihrer Bewußtheit und inneren Ungebundenheit den polaren Gegensatz gegen jede Art von innerer Bindung durch Einfügung in bloße eingelebte „Sitte“, wie andererseits gegen Hingabe an wertrational geglaubte Normen. Eine wesentliche Komponente der „Rationalisierung“ des Handelns ist der Ersatz der inneren Einfügung in eingelebte Sitte durch die planmäßige Anpassung an Interessenlagen. Freilich erschöpft dieser Vorgang den Begriff der „Rationalisierung“ des Handelns nicht. Denn außerdem kann diese positiv in der Richtung der bewußten Wertrationalisierung, negativ aber außer auf Kosten der Sitte auch auf Kosten affektuellen Handelns, und endlich auch zugunsten eines wertungsgläubigen, rein zweckrationalen, auf Kosten wertrational gebundenen

Handelns verlaufen. Diese Vieldeutigkeit des Begriffs der „Rationalisierung“ des Handelns wird uns noch öfter beschäftigen. (Begriffliches dazu am Schluß!)

4. Die Stabilität der (bloßen) Sitte beruht wesentlich darauf, daß derjenige, welcher sein Handeln nicht an ihr orientiert, „unangepaßt“ handelt, d. h. kleine und große Unbequemlichkeiten und Unzuträglichkeiten mit in den Kauf nehmen muß, so lange das Handeln der Mehrzahl seiner Umwelt nun einmal mit dem Bestehen der Sitte rechnet und darauf eingestellt ist.

Die Stabilität der Interessenlage beruht, ähnlich, darauf, daß, wer sein Handeln nicht an dem Interesse der andern orientiert — mit diesen nicht „rechnet“ —, deren Widerstand herausfordert oder einen von ihm nicht gewollten und nicht vorausgesehenen Erfolg hat und also Gefahr läuft, an eigenem Interesse Schaden zu nehmen.

§ 6. Die Legitimität einer Ordnung kann garantiert sein:

I. rein innerlich und zwar

1. rein affektiv: durch gefühlsmäßige Hingabe;
2. wertrational: durch Glauben an ihre absolute Geltung als Ausdruck letzter verpflichtender Werte (sittlicher, ästhetischer oder irgendwelcher anderer);
3. religiös: durch den Glauben an die Abhängigkeit eines Heilsgüterbesitzes von ihrer Innehaltung;

II. auch (oder: nur) durch Erwartungen spezifischer äußerer Folgen, also: durch Interessenlage; aber: durch Erwartungen von besonderer Art.

Eine Ordnung soll heißen:

a) Konvention, wenn ihre Geltung äußerlich garantiert ist durch die Chance, bei Abweichung innerhalb eines angebbaren Menschenkreises auf eine (relativ) allgemeine und praktisch fühlbare Mißbilligung zu stoßen;

b) Recht, wenn sie äußerlich garantiert ist durch die Chance [des] (physischen oder psychischen) Zwanges durch ein auf Erzwingung der Innehaltung oder Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines eigens darauf eingestellten Stabes von Menschen.

Ueber Konvention s. neben Jhering a. a. O.: Weigel a. a. O. und F. Tönnies, Die Sitte (1909).

1. Konvention soll die innerhalb eines Menschenkreises als „geltend“ gebilligte und durch Mißbilligung gegen Abweichungen garantierte „Sitte“ heißen. Im Gegensatz zum Recht (im hier gebrauchten Sinn des Wortes) fehlt der speziell auf die Erzwingung eingestellte Menschenstab. Wenn Stammler die Konvention vom Recht durch die absolute „Freiwilligkeit“ der Unterwerfung scheiden will, so ist das nicht im Einklang mit dem üblichen Sprachgebrauch und auch für seine eigenen Beispiele nicht zutreffend. Die Befolgung der „Konvention“ (im üblichen Wortsinn) — etwa: des üblichen Grüßens, der als anständig geltenden Bekleidung, der Schranken des Verkehrs nach Form und Inhalt — wird dem Einzelnen als verbindlich oder vorbildlich durchaus ernstlich „zugemutet“ und durchaus nicht — wie etwa die bloße „Sitte“, seine Speisen in bestimmter Art zu bereiten, — freigestellt. Ein Verstoß gegen die Konvention („Standessitte“) wird oft durch die höchst wirksame und empfindliche Folge des sozialen Boykotts der Standesgenossen stärker gehandelt, als irgendein Rechtszwang dies vermöchte. Was fehlt, ist lediglich der besondere, auf ein spezifisches, die Innehaltung garantierendes Handeln eingestellter Stab von Menschen (bei uns: Richter, Staatsanwälte, Verwaltungsbeamte, Exekutoren usw.). Aber der Uebergang ist flüssig. Der Grenzfall der konventionellen Garantie einer Ordnung im Uebergang zur Rechtsgarantie ist die Anwendung des förmlichen, angedrohten und organisierten Boykotts. Dieser wäre für unsere Terminologie bereits ein Rechtszwangsmittel. Daß die Konvention außer durch die bloße Mißbilligung auch durch andre Mittel (etwa: Gebrauch des Hausrechts bei konventionswidrigem Verhalten) geschützt wird, interessiert hier nicht. Denn entscheidend ist: daß eben dann der Einzelne, und zwar infolge der konventionellen Mißbilligung, diese (oft drastischen) Zwangsmittel anwendet, nicht: ein Stab von Menschen eigens dafür bereit steht.

2. Uns soll für den Begriff „Recht“ (der für andre Zwecke ganz anders abgegrenzt werden mag) die Existenz eines Erzwingungsstabes entscheidend sein. Dieser braucht natürlich in keiner Art dem zu gleichen, was wir heute gewohnt sind. Insbesondere ist es nicht nötig, daß eine „richterliche“ Instanz vorhanden sei. Auch die Sippe (bei der Blutrache und Fehde) ist ein solcher Stab, wenn für die Art ihres Reagierens Ordnungen irgendwelcher Art tatsächlich gelten. Allerdings steht dieser Fall auf der äußersten Grenze dessen, was gerade noch als „Rechtszwang“ anzusprechen ist. Dem „Völkerrecht“ ist bekanntlich die Qualität als „Recht“ immer wieder bestritten worden, weil es an einer überstaatlichen Zwangsgewalt fehle. Für die hier (als zweckmäßig) gewählte Terminologie würde in der Tat eine Ordnung, die äußerlich lediglich durch Erwartungen der Mißbilligung und der Repressalien des Geschädigten, also konventionell und durch Interessenlage, garantiert ist, ohne daß ein Stab von Menschen existiert, dessen Handeln eigens auf ihre Innehaltung eingestellt ist, nicht als „Recht“ zu bezeichnen sein. Für die juristische Terminologie kann dennoch sehr wohl das Gegenteil gelten. Die Mittel des Zwangs sind irrelevant. Auch die „brüderliche Vermahnung“, welche in manchen Sekten als erstes Mittel sanften Zwangs gegen Sünder üblich war, gehört — wenn durch eine Regel geordnet und durch einen Menschenstab durchgeführt — dahin. Ebenso z. B. die zensorische Rüge als Mittel, „sittliche“ Normen des Verhaltens zu garantieren. Erst recht also der psychische Zwang durch die eigentlichen kirchlichen Zuchtmittel. Es gibt also natürlich ganz ebenso ein hierokratisch wie ein politisch oder ein durch Vereinsstatuten oder durch Hausautorität oder durch Genossenschaften und Einungen garantiertes „Recht“. Auch die Regeln eines „Komments“ gelten dieser Begriffsbestimmung als „Recht“. Der Fall des § 888 Abs. 2 RZPO. (unvollstreckbare Rechte) gehört selbstverständlich dahin. Die „leges imperfectae“ und die „Naturalobligationen“ sind Formen der Rechtsprache, in welchen indirekt Schranken oder Bedingungen der Zwangsangewendung ausgedrückt werden. Eine zwangsmäßig oktroyierte „Verkehrssitte“ ist insoweit Recht (§§ 157, 242 BGB.). Vgl. über den Begriff der „guten Sitte“ (= billigenwerte und daher vom Recht sanktionierte Sitte) Max Rümelin in der „Schwäb. Heimatgabe für Th. Häring“ (1918).

3. Nicht jede geltende Ordnung hat notwendig generellen und abstrakten Charakter. Geltender „Rechtssatz“ und „Rechtsentscheidung“ eines konkreten Falles z. B. waren keineswegs unter allen Umständen so voneinander geschieden, wie wir dies heute als normal ansehen. Eine „Ordnung“ kann also auch als Ordnung lediglich eines konkreten Sachverhalts auftreten. Alles Nähere gehört in die Rechtssoziologie. Wir werden vorerst, wo nichts anderes gesagt ist, zweckmäßigerweise mit der modernen Vorstellungsweise über die Beziehung von Rechtssatz und Rechtsentscheidung arbeiten.

4. „Außerlich“ garantierte Ordnungen können außerdem auch noch „innerlich“ garantiert sein. Die Beziehung zwischen Recht, Konvention und „Ethik“ ist für die Soziologie kein Problem. Ein „ethischer“ Maßstab ist für sie ein solcher, der eine

spezifische Art von wertrationalem G l a u b e n von Menschen als Norm an menschliches Handeln legt, welches das Prädikat des „sittlich Guten“ in Anspruch nimmt, ebenso wie Handeln, welches das Prädikat „schön“ in Anspruch nimmt, dadurch an ästhetischen Maßstäben sich mißt. Ethische Normvorstellungen in diesem Sinn können das Handeln sehr tiefgehend beeinflussen und doch jeder äußeren Garantie entbehren. Letzteres pflegt dann der Fall zu sein, wenn durch ihre Verletzung fremde Interessen wenig berührt werden. Sie sind andererseits sehr oft religiös garantiert. Sie können aber auch (im Sinn der hier gebrauchten Terminologie) konventionell: durch Mißbilligung der Verletzung und Boykott, oder auch noch rechtlich, durch strafrechtliche oder polizeiliche Reaktion oder zivilrechtliche Konsequenzen, garantiert sein. Jede tatsächlich — im Sinn der Soziologie — „geltende“ Ethik pflegt weitgehend durch die Chance der Mißbilligung ihrer Verletzung, also: konventionell, garantiert zu sein. Andererseits beanspruchen aber nicht (mindestens: nicht notwendig) alle konventionell oder rechtlich garantierten Ordnungen den Charakter ethischer Normen, die rechtlichen — oft rein zweckrational gesetzten — im Ganzen noch weit weniger als die konventionellen. Ob eine unter Menschen verbreitete Geltungsvorstellung als dem Bereich der „Ethik“ angehörig anzusehen ist oder nicht ([dann] also „bloße“ Konvention oder „bloße“ Rechtsnorm ist), kann für die empirische S o z i o l o g i e nicht anders als nach demjenigen Begriff des „Ethischen“ entschieden werden, der in dem in Frage stehenden Menschenkreis tatsäc h l i c h galt oder gilt. Allgemeines läßt sich darüber deshalb für sie nicht aussagen.

*Exzerpt aus: Matthias Mahlmann, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2008. S. 76 (Erläuterungen ebd. S. 76 – 84).*

„Moral ist eine subjektive, inhaltlich wesentlich am Guten und an Gerechtigkeit orientierte, durch Urteilsakte im Gewissen der einzelnen Menschen gebildete, durch den individuellen Willen unmittelbar affizierende Sollensgebote verbindliche, jedenfalls psychisch sanktionierte, spezifische Gefühle bedingende Ordnung.

Recht ist eine spezifisch gesetzte, veränderliche, sozial wirksame, äußerlich durch Sanktionen bewehrte Ordnung aus Normen, die sich auf äußeres Verhalten von Menschen richten, deren innere Verbindlichkeit für die Rechtsgenossen möglich, aber nicht zwingend ist, die durch einen speziellen Stab von Menschen ausgelegt und durchgesetzt wird und inhaltlich vielfältig, z.B. auch zweckrational, motiviert sein kann, aber auf die Verwirklichung des Guten und Gerechten gerichtet ist.“

## IV. Disziplinen der Rechtswissenschaft

### 1. Disziplinen der Rechtswissenschaft

<b>Juristische Grundlagendisziplinen:</b>	<b>Die sog. „dogmatischen“ juristischen Disziplinen:</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Rechtsgeschichte</li><li>• Rechtsphilosophie und -theorie</li><li>• Methodenlehre</li><li>• Rechtssoziologie</li><li>• weitere (z.B. Rechtspsychologie, Rechtsanthropologie)</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Privatrecht</li><li>• Öffentliches Recht i. e. S. (Staats- und Verwaltungsrecht)</li><li>• Strafrecht</li><li>• Europarecht</li><li>• Völkerrecht</li></ul>

### 2. Begriff und Inhalt der Dogmatik

Juristische Dogmatik (Doktrin) bedeutet die systematische Entfaltung des Gehalts des positiven Rechts durch rechtswissenschaftliche Rationalität beanspruchende Argumente. Dieser technische Begriff der „Dogmatik“ hat nichts mit einem Alltagsverständnis zu tun, das Dogmatik als Bezeichnung von autoritär gesetzten und gegen Kritik immunisierten Ideen und Gedankensystemen auffasst. In die juristische Dogmatik fließen eine Vielzahl von Argumenten ein, die die Bedeutung der konkreten Regelungen zu bestimmen versuchen. Diese Argumente sind grundsätzlich offen für Kritik. Es gibt kein von vornherein feststehendes oder nicht veränderbares Verständnis bestimmter Rechtsmaterien. Die juristische Dogmatik ist deshalb eine offene, auf der Kraft der überzeugenderen Argumente beruhende Disziplin.

Juristische Dogmatik bemüht sich, die Auslegung von Recht widerspruchslös zu gestalten. Sie ist aber nicht nur auf formale Konsistenz gerichtet, sondern auch darauf, bestimmte fundamentale Wertungsgesichtspunkte in einem Rechtssystem konsequent zur Geltung zu bringen. Sie dient dem Gebot der Gerechtigkeit, gleich gelagerte Fälle auch gleich zu behandeln. Die Dogmatik ist eng mit den Grundlagendisziplinen verbunden, die über die geschichtlichen Grundlagen des gegebenen Rechts aufklären, seine normativen Wertungen systematisch reflektieren und seine soziale Realität bedenken.

## V. Rechtliche Grundbegriffe

### 1. Vorbemerkung: Eigenarten der juristischen Fachsprache

- Manchmal technische Nüchternheit und Beschränkung, manchmal ausladende Ausführlichkeit
- Abstraktheit
- Wiederholungen
- Juristische Fachausdrücke werden häufig nicht eindeutig definiert (Ausnahme z.B. Legaldefinitionen, d.h. die Definition eines Begriffs durch das Gesetz). Bedeutung muss durch Auslegung erschlossen werden.
- Verwendung von Wörtern der Umgangssprache, deren Bedeutung oft nicht (vollständig) mit der im allgemeinen Sprachgebrauch übereinstimmt (Bsp.: Alltagsbegriffe wie Besitz, Betrug, Mord haben als juristische Begriffe eine engere, spezifische Bedeutung).
- Vor allem in Spezialgesetzen hohe Technizität der Ausdrucksweise.
- Lateinische Fachausdrücke (z.B. *dolus eventualis*) oder Wendungen (z.B. *lex specialis derogat legi generali*)
- Ein und derselbe Rechtsbegriff kann in verschiedenen Rechtsgebieten eine unterschiedliche Bedeutung haben (Bsp.: „Schuld“ in Art. 14ff StGB und in Art. 69ff OR).
- Spannungsverhältnis zwischen Anspruch einerseits präzise Fachsprache zu sein, andererseits auch dem Laien verständlich zu bleiben.
- Gefahr des präventösen Rechtsjargons.

### 2. Legalität und Legitimität

- *Legalität*: Übereinstimmung des Handelns der Bürger und der Staatsgewalt mit dem geltenden Recht.
- *Legitimität*: Übereinstimmung des Handelns der Bürger und der Staatsgewalt oder auch des Rechts selbst mit bestimmten materialen Prinzipien und Anforderungen. Legitim ist, was den Anforderungen des angelegten inhaltlichen Massstabs entspricht. Dieser Massstab kann in Prinzipien der Gerechtigkeit, des moralisch Guten, des Naturrechts, einer religiösen Ordnung etc. bestehen. Ob Recht legitim sein

muss, um tatsächlich Recht zu sein, ist eine Frage des Rechtsbegriffs. Ein positivistischer Rechtsbegriff verneint dies, während es ein Verbindungstheoretischer bejaht (s.o).

### 3. Objektives Recht / Subjektives Recht

- *Objektives Recht*: Das objektive Recht bildet die Gesamtheit aller Rechtsnormen einer Rechtsordnung.
- *Subjektives Recht*: Ein subjektives Recht bildet ein rechtlich geschütztes Dürfen. Das Rechtssubjekt erhält durch das subjektive Recht die Erlaubnis, bestimmte Handlungen zu vollziehen oder zu unterlassen und Ansprüche zu erheben. Es kann sein Wollen im vom subjektiven Recht erfassten Bereich mit Hilfe des Rechts gegenüber anderen durchsetzen. Subjektive Rechte werden durch die Rechtsordnung geschaffen. Es wird aber auch die Meinung vertreten, dass es darüber hinaus der Rechtsordnung vorgelagerte subjektive Rechte gebe, z.B. Menschenrechte. Auch andere Umschreibungen sind geläufig, etwa dass ein subjektives Rechte ein von der Rechtsordnung verliehener rechtlicher Herrschaftsbereich sei. Die Willens-  
theorie definiert ein subjektives Recht als „eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft“ (B. Windscheid), die Interessentheorie subjektive Rechte als „rechtlich geschützte Interessen“ (R. v. Jhering). Beide Elemente wurden auch definitorisch verbunden, z.B. „Das subjektive Recht ist daher die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht“ (G. Jellinek).
  - *absolutes*: richtet sich gegen jedermann (z.B. Eigentum, Art. 641 ff ZGB).
  - *relatives*: richtet sich nur gegen bestimmte Personen (z.B. Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises, Art. 184 OR).

### 4. Öffentliches Recht / Privatrecht

- *Öffentliches Recht*: Öffentliches Recht regelt die Aufgaben und Organisation des Staates und seiner Gliederungen sowie das Handeln der Staatsorgane. Es bestimmt durch Grundrechte die Rechtsstellung der Bürgerinnen und Bürger gegenüber der hoheitlichen Gewalt. Durch die Grundrechte wirkt es auch auf die Rechtsbeziehun-

gen der Bürgerinnen und Bürger zueinander ein (z.B. mittels staatlicher Schutzpflichten, (indirekter/mittelbarer) Drittwirkung).

- *Privatrecht (Zivilrecht)*: Privatrecht regelt die Rechtsbeziehungen der Bürgerinnen und Bürger untereinander.
- Die Unterscheidung ist wichtig für die Zuständigkeit für die Rechtssetzung, Bestimmung anwendbarer Rechtsnormen oder den Rechtsschutz (Zuständigkeit von Gerichten).
- Verschiedene Theorien werden zur Abgrenzung formuliert. Das Bundesgericht zieht die Kriterien heran, die den Gegebenheiten im Einzelfall am besten gerecht würden:  
„Es sind dafür verschiedene Theorien entwickelt worden, deren grundsätzliche Abgrenzungskriterien sich nicht ausschliessen und die im Einzelfall herangezogen werden, soweit sie sich am besten zur Lösung der konkreten Fragestellung eignen. In Betracht fallen vornehmlich die auch Subjektionstheorie genannte Subordinationstheorie, welche das Gewicht auf die Gleich- oder Unterordnung der Beteiligten bzw. die Ausübung von hoheitlichem Zwang legt; daneben werden aber auch die Interessen- und Funktionstheorie herangezogen, die danach unterscheiden, ob private oder öffentliche Interessen verfolgt bzw. öffentliche Aufgaben erfüllt werden. Bei der Anwendung dieser theoretischen Kriterien ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht ganz verschiedene Funktionen zukommen, je nach den Regelungsbedürfnissen und den Rechtsfolgen, die im Einzelfall in Frage stehen“ (BGE 128 III 250, 253).

## **5. Positives Recht / Überpositives Recht / Gewohnheitsrecht / Richterrecht**

- *Positives Recht* ist durch einen Rechtsetzungsakt geschaffenes, im Regelfall schriftlich fixiertes Recht. Der Rechtsetzungsakt erfolgt in modernen Verfassungsstaaten durch ein zuständiges Organ in einem formellen Verfahren.
- *Überpositives Recht* ist Recht, das unabhängig von einem menschlichen Rechtsetzungsakt existiert. Klassisches Beispiel für ein solches Recht bildet das Naturrecht. Naturrechtsvorstellungen gehen in die Antike zurück und werden bis heute formuliert. Naturrecht kann einen religiösen Ursprung haben (z.B. das christliche Naturrecht), aber auch einen säkularen (Vernunftrecht). Überpositives Recht ist dem positiven Recht hierarchisch übergeordnet. Es ist allerdings strittig, ob man von der Existenz von überpositivem Recht wirklich ausgehen kann. Gegen die Annahme

von überpositivem Recht wird eingewandt, dass die Existenzweise dieses Rechts unklar sei. Weiter sei überpositives Recht gar kein Recht, da zum Recht die institutionelle Absicherung seiner Durchsetzbarkeit gehöre.

In der Gegenwart wird die Frage nach überpositivem Recht vor allem als Problem der Existenz moralischer Prinzipien diskutiert, die sich im Konfliktfall unter bestimmten Umständen auch gegen positives Recht durchsetzen können (vgl. o. z.B. Radbruchs Rechtsbegriff, Problem des Rechts auf Widerstand gegen Recht (ziviler Ungehorsam)). Diese moralischen Prinzipien werden in ihrer Geltung als unabhängig vom positiven Recht verstanden. Besondere Relevanz haben diese Fragen in der konkreten Dogmatik bei der Auslegung und dem Verständnis von Grundrechten.

- *Gewohnheitsrecht* wird (im Gegensatz zum Gesetz) nicht durch einen staatlichen Akt geschaffen. Gewohnheitsrecht liegt vor, wenn eine länger andauernde, ununterbrochene Übung besteht (*longa consuetudo*), die aufgrund einer Rechtsüberzeugung der Rechtsanwender erfolgt (*opinio necessitatis*). Gewohnheitsrecht hat heute vor allem im Völkerrecht eine auch praktische grosse Bedeutung. Gewohnheitsrecht wird in Art. 1 Abs. 2 ZGB ausdrücklich als Rechtsquelle genannt.
- *Richterrecht* ist durch Richter geschaffenes Recht. Art. 1 Abs. 2 ZGB anerkennt neben dem Gesetzes- und Gewohnheitsrecht auch das Richterrecht als (subsidiäre) Rechtsquelle. Wo Gesetzestexte planwidrig lückenhaft sind und kein Gewohnheitsrecht besteht, muss der Rechtsanwender lückenfüllend tätig werden.

## 6. Rechtssubjekt / Rechtsobjekt

- *Rechtssubjekt* ist, wer Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Dies wird auch als Rechtsfähigkeit bezeichnet (vgl. Art. 11 ZGB); Personen (im juristischen Sinn) sind:
  - natürliche Personen (Menschen)
  - juristische Personen (des Privatrechts, öffentlichen Rechts und Völkerrechts)
- *Rechtsobjekt* ist jeder Gegenstand, der aufgrund der Rechtsordnung Gegenstand von Rechten und Pflichten sein kann. Dazu gehören Sachen, Immaterialgüter (z.B. Patente, Marken, Werke) und bestimmte Rechte (z.B. dingliche Rechte, Forderungen). Tiere, die früher als Sachen angesehen wurden, wird in modernen Rechtsordnungen eine Sonderstellung eingeräumt (vgl. Art. 641a ZGB).



## 7. Rechtsgut

Ein Rechtsgut ist das Gut, um dessen Schutz oder Verwirklichung willen rechtliche Regelungen bestehen. Die Tötungsdelikte des Strafrechts schützen z.B. das Rechtsgut „Leben“.

## 8. Tatbestand / Rechtsfolge

Die Gesamtheit der Voraussetzungen einer Norm, die vorliegen müssen, damit normative Konsequenzen eintreten, bildet ihren *Tatbestand*. Die normativen Konsequenzen bilden die *Rechtsfolge* der Norm. Es gibt deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale. Deskriptive beziehen sich auf Tatsachen, normative implizieren eine Wertung. Tatbestand und Rechtsfolge bilden eine Wenn-Dann-Beziehung. Wenn der Tatbestand gegeben ist, tritt die Rechtsfolge ein. Man nennt Normen mit dieser Struktur auch Konditionalnormen – der Tatbestand ist die Bedingung des Eintretens der Rechtsfolge. In modernen Rechtsordnungen gibt es auch Finalnormen. Diese geben ein Ziel vor, das z.B. durch staatliches Handeln erreicht werden soll, schreiben aber die Mittel nicht vor (z.B. Art. 41; Art. 77 Abs. 1 BV).

## 9. Zwingendes / Dispositives Recht

- *Dispositives (nachgiebiges) Recht* gilt nur, wenn von den Rechtssubjekten keine andere Regelung getroffen wurde. Es ist also privatautonom abänderbar.
- *Zwingendes Recht* gilt unabhängig vom Willen der Rechtssubjekte in jedem Fall. Es kann nicht vom Einzelnen abgeändert oder ausser Kraft gesetzt werden. Ein Verstoß gegen zwingendes Recht führt regelmässig zur Nichtigkeit des betreffenden Rechtsverhältnisses. Aber auch andere Rechtsfolgen sind möglich (z.B. Anpassung an zwingendes Recht, Anfechtbarkeit).

## 10. Rechtsverhältnis

Ein Rechtsverhältnis ist die rechtliche Beziehung von zwei oder mehreren Rechtssubjekten zueinander – ein rechtlich gestaltetes Lebensverhältnis. Rechtliche Beziehungen zu Rechtssubjekten – z.B. Eigentum an einem Fahrrad – implizieren rechtliche Beziehungen zu anderen

Rechtssubjekten – z.B. die Pflicht Dritter, den Eigentümer in seinem Eigentumsgebrauch nicht zu stören.

## **11. Rechtsgeschäft**

Ein Rechtsgeschäft ist mindestens eine Willenserklärung einer oder mehrerer Personen, die allein oder mit anderen Tatbestandsmerkmalen, eine Rechtsfolge (Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses) herbeiführt. Bei einseitigen Rechtsgeschäften bedarf es der Willenserklärung eines Rechtssubjekts (z.B. Kündigung), bei zwei- oder mehrseitigen Rechtsgeschäften der Willenserklärungen mehrerer Rechtssubjekte (z.B. Abschluss eines Vertrages).

## **12. Materielles / Formelles Recht**

- *Materielles Recht* legt fest, welche konkreten Rechte und Pflichten in einer Rechtsordnung bestehen (z.B. ZGB, OR, StGB).
- *Formelles Recht* legt fest, wer und in welchen Verfahren Recht setzen kann und wie (materielles) Recht durchgesetzt wird. Die Bundesverfassung regelt z.B. die Gesetzgebung in Art. 163 BV ff. Die Art der Rechtsdurchsetzung wird z.B. im Verfahrens-, Prozess-, oder Vollstreckungsrecht geregelt.

## **13. Gesetz**

Gesetze sind generell-abstrakte Normen, die Rechte und Pflichten begründen, ändern oder aufheben. Sie sind generell, weil sie nicht nur für bestimmte Personen, sondern für jedermann gelten. Sie sind abstrakt, weil sie nicht nur einen konkreten Sachverhalt, sondern eine Vielzahl von Fällen regeln.

*Formelle* Gesetze sind generell-abstrakte Rechtsnormen, die von der Legislative im (verfassungs-)rechtlich vorgeschriebenen Verfahren gesetzt worden sind (z.B. Art. 140, 141, 163ff BV: Erlass der Bundesversammlung unter Mitwirkung des Volkes (obligatorisches/fakultatives Referendum)).

*Materielle* Gesetze sind generell-abstrakte Rechtsnormen, unabhängig davon, von wem sie erlassen wurden. Materielle Gesetze sind deshalb z.B. auch Verordnungen.

Es gibt aber auch andere terminologische Weichenstellungen: Nach Art. 164 BV sind „alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes“, d.h. nach obiger

Terminologie als Gesetz im formellen Sinn (und nicht etwa nur als Verordnung) zu erlassen. Diese Regelung wird auch als materieller Gesetzesvorbehalt bezeichnet und in ihrem Zusammenhang entsprechend von einem materiellen Gesetzesbegriff gesprochen, dessen Inhalt sich aber nicht mit der obigen Begriffsbestimmung von materiellen Gesetzen deckt, sondern auf die Regelung des Art. 164 BV bezogen ist. Man muss aufgrund dieser Bedeutungsunterschiede also deutlich machen, in welchem Sinn man den Begriff des materiellen Gesetzes verwendet. Diese unterschiedlichen Terminologien sind ein gutes Beispiel für die bereits angedeuteten Schwierigkeiten der juristischen Sprache.

#### **14. Normenhierarchie**

Verschiedene Normen können Rechtsfolgen aussprechen, die nicht miteinander vereinbar sind. Eine Norm kann z.B. etwas erlauben, was eine andere verbietet. Man spricht dann von Normkollisionen. Normkollisionen werden durch Vorrangregeln gelöst, die die Normen in eine hierarchische Ordnung bringen (Normenhierarchie).

Die Normenhierarchie ergibt sich zum einen aus dem Geltungsrang der betreffenden Norm. Bundesrecht bricht z.B. kantonales Recht (Art. 49 Abs. 1 BV). Auch die Art des Erlasses ist relevant: Die Verfassung ist normhierarchisch über dem Gesetz (im formellen Sinn), das Gesetz über der Verordnung angesiedelt. (Zum Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht s.u.).

Es gibt aber auch zeitliche und sachliche Vorrangregeln: Neuere Normen gehen den älteren vor (*lex posterior derogat legi priori*), spezielle den allgemeineren (*lex specialis derogat legi generali*). Diese Regeln sind nur dann relevant, wenn nicht der Geltungsrang die Normenkollision klärt.

#### **15. Staat**

Ein Staat ist ein Hoheitsgewalt ausübender, auf Dauer angelegter, territorial beschränkter Verband eines Volkes. Die drei konstitutiven Elemente des Staates sind deshalb nach klassischer Auffassung Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt. Das Staatsvolk bildet die Pluralität der Staatsbürgerinnen und -bürger. Die Staatsgewalt wird dabei als souverän aufgefasst, d.h. sie ist keiner anderen Hoheitsgewalt unterworfen und kann die Reichweite ihrer eigenen Regelungsbefugnis bestimmen (Kompetenzhoheit oder auch Kompetenz-Kompetenz). Die Souveränität von Staaten wird allerdings in der Gegenwart durch die internationale Integri-

on von Staaten in supra- und internationale Verbände unter Abgabe von Herrschaftsrechten eingeschränkt.

## **16. Föderalismus**

Ein Bundesstaat besteht aus einzelnen Gliedstaaten. Ein Staatenbund ist dagegen der Zusammenschluss von einzelnen Staaten, der selbst keinen eigenen Staat bildet. Die Grenzen zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen sind nur schwer zu ziehen. Neue Wortprägungen wie Staatenverbund, die Erscheinungen wie die EU fassen sollen, liefern deshalb nur beschränkten Erkenntnisgewinn. Im Föderalismus soll die Eigenständigkeit der Gliedstaaten bewahrt und gleichzeitig ein Mindestmass an staatlicher Einheit des Bundes gepflegt werden.

## **17. Verfassung**

Die Verfassung ist die normative Grundordnung einer staatlichen Gemeinschaft. Das einfache Recht muss dieser Grundordnung entsprechen. Es muss gemäss den Regeln der Rechtssetzung erlassen worden sein und dem materiellen Verfassungsrecht entsprechen, vor allem den Grundrechten. In modernen Verfassungsstaaten wird diese Übereinstimmung gerichtlich sichergestellt, sei es durch ein spezialisiertes Verfassungsgericht oder durch verfassungsgerichtliche Kompetenzen des obersten Gerichts. Im Vergleich zu anderen Verfassungsordnungen sieht die Bundesverfassung die Besonderheit vor, dass auch verfassungswidrige Bundesgesetze verbindlich sind (Art. 190 BV). Diese Regelung ist Ausdruck der stärkeren Gewichtung des Demokratieprinzips gegenüber dem Rechtsstaatsprinzip. Die von der Volksvertretung erlassenen – und allenfalls in einem Referendum vom Stimmvolk angenommenen – Gesetze sollen nicht durch ein Gericht für verfassungswidrig und nichtig erklärt werden können.

## **18. Rechtsstaat**

Ein Rechtsstaat ist ein Staat, in dem die Ausübung der Staatsgewalt in jeder Form nach Massgabe des Rechts erfolgt. I. Kant (1724 – 1804) formulierte programmatisch: „Ein Staat (civitas) ist eine Vereinigung von Menschen unter Rechtsgesetzen“. Rechtsstaatlichkeit besitzt eine formelle Dimension, die Gesetzmässigkeit des Staatshandelns (Legalitätsprinzip), die Garantie von Rechtsschutz oder Gewaltenteilung umfasst. Sie besitzt aber auch eine materiel-

le Dimension, die sich auf Wertpositionen bezieht. In modernen Verfassungsstaaten werden diese Werte in den Grundrechten niedergelegt, die letztendlich der menschlichen Würde dienen. Der Begriff „rule of law“ der angelsächsischen Tradition wird dagegen häufig als nur formal ausgerichtet verstanden, was aber durchaus zweifelhaft ist.

## **19. Demokratie**

In der politischen Ordnung der Demokratie ist Träger der Herrschaftsgewalt das Volk. In einem demokratischen Verfassungsstaat ist das Volk aufgrund der Verfassung Träger der Staatsgewalt. In der *direkten Demokratie* entscheiden die Staatsbürgerinnen und -bürger direkt durch Abstimmung über anstehende Fragen. In der *repräsentativen Demokratie* wählen die Staatsbürgerinnen und -bürger Repräsentationsorgane (insbes. ein Parlament), die Staatsgewalt ausüben, vor allem Gesetze beschliessen und die Regierung bilden. In einer Präsidialdemokratie wird der Präsident direkt vom Volk gewählt (z.B. USA).

Grundelemente der Demokratie sind freie, allgemeine, gleiche, geheime, periodisch stattfindende Wahlen, ein Mehrparteiensystem, die Möglichkeit einer legalen Opposition, die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und das Bestehen demokratischer Grundrechte (insbes. Meinungs-, Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit).

Die schweizerische Demokratie ist eine Mischform von direkter und repräsentativer Demokratie. Instrumente für die direkte Mitgestaltung sind Volksinitiative und Referendum (Art. 138ff BV).

## **20. Grundrechte**

Grundrechte sind die grundlegenden subjektiven Rechte des Einzelnen. Grundrechte regeln nach traditioneller Auffassung das Verhältnis des Einzelnen zum Staat. Sie garantieren die Integrität eines Status (Menschenwürde, Leben, Gesundheit), schaffen Freiheitssphären (z.B. Meinungs-, Religionsfreiheit) und garantieren Gleichheit (z.B. Gleichheit vor dem Gesetz, Diskriminierungsverbote). Grundrechte werden in modernen Grundrechtsordnungen auch als Ausdruck grundlegender Wertprinzipien des objektiven Rechts verstanden. In der modernen Grundrechtsdogmatik wirken Grundrechte zudem auf das Verhältnis der Bürgerinnen und Bürger untereinander ein (direkte oder indirekte/unmittelbare oder mittelbare Drittwirkung, z.B. Art 35 Abs. 3 BV (indirekte Drittwirkung), Art. 8 Abs. 3 S. 3 BV: direkte Drittwirkung).

Auch positive Schutzpflichten des Staates werden heute aus Grundrechten gewonnen, die ebenfalls das Verhältnis der Bürgerinnen und Bürger untereinander gestalten können.

Grundrechte sind Menschenrechte in einem technischen Sinn, wenn sie allen Menschen zukommen. Grundrechtskataloge behalten bestimmte Rechte (politische Rechte) aber auch den Mitgliedern von bestimmten politischen Gemeinschaften vor, regelmässig z.B. das Wahlrecht den Staatsbürgerinnen und -bürgern (vgl. z.B. Art. 136 BV. In der EU wird durch Art. 19 EG das kommunale Wahlrecht aber für alle EU-Bürger auch in Mitgliedstaaten gewährleistet, deren Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen).

Grundrechte werden in den Grundrechtskatalogen von Verfassungen und internationalen Menschenrechtsverbürgungen (EMRK, UN-Menschenrechtspakte, u.a.) durch positives Recht gewährleistet. Sie entspringen auch Richterrecht, z.B. bisher die Grundrechte des europäischen Gemeinschaftsrechts.

Grundrechte sind darüber hinaus zentraler Teil der modernen Rechtsethik (s. dazu u.). Verfassungsgeschichtlich sind sie durch die Menschenrechtskataloge erst der Amerikanischen (z.B. Virginia Bill of Rights, 1776), dann der Französischen Revolution (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789) mit dem politischen Aufbruch in die demokratische Verfassungsstaatlichkeit verbunden, die seit dem Zusammenbruch des staatssozialistischen Systems nach 1989 zur Leitform der politischen Organisation der Gegenwart geworden ist.

## **21. Gewaltenteilung**

„Gewaltenteilung“ ist der staatswissenschaftliche und -philosophische Begriff für die funktionale Unterscheidung von Gesetzgebung (Legislative), Regierung (Exekutive) und Rechtsprechung (Judikative) und das normative Gebot, diese Funktionen der Staatstätigkeit mindestens in Kernbereichen staatsorganisatorisch unabhängig voneinander zu verwirklichen. Sie meint keine vollständige Gewaltentrennung, sondern ist auf ein System der Wechselwirkungen angelegt, dessen Eigenart ihren zentralen Funktionen insgesamt dienen soll: der Kontrolle, Mäßigung und Rationalisierung der Staatsgewalt, dem Schutz der Menschen- und Bürgerrechte und damit insgesamt der Bewahrung der Freiheit der Individuen in der Staatsordnung bei effizienter Bewältigung der Staatsaufgaben.

„Gewaltenteilung“ ist ein Kernbegriff der neuzeitlichen Staatstheorie. Die Wurzeln des Begriffs reichen allerdings bis in die Antike zurück. Klassischer Anknüpfungspunkt in der Ideengeschichte ist das neuzeitliche Vernunftrecht und die aufgeklärte Philosophie des Staates, wobei die Unterscheidung der Gewalten und ihre Funktion variieren – häufig in deutlichem

Bezug zu konkreten Organisationsproblemen der Zeit und den politischen Orientierungen des Autors, der sie reflektiert.

Als ‚Vater‘ der Gewaltenteilungslehre wird häufig Montesquieu angesehen. Er unterscheidet die gesetzgebende (*puissance législative*), vollziehende (*puissance exécutive*) und richterliche Gewalt (*puissance de juger*). Ihre Vereinigung in einer Person bedeute das Ende der Freiheit. Konkret strebt Montesquieu eine repräsentative Demokratie mit erblich besetzter, einflussreicher Adelskammer, eine Regierung, die nicht aus dem Parlament heraus gebildet wird und ein Vetorecht gegenüber der Gesetzgebung besitzt, sowie gewählte Richter an. Dieses System führe zu einer gegenseitigen Kontrolle der Gewalten (Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*).

1787 wird das Prinzip der Gewaltenteilung in der Verfassung der USA rechtlich konkret positioniert (Art. I, II, III). In der Französischen Menschenrechtserklärung von 1789 wird apodiktisch in Art. 16 formuliert, dass eine Gesellschaft ohne Gewaltenteilung keine Verfassung habe („*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*“; „Jede Gesellschaft, in der die Verbürgung der Rechte nicht gesichert und die Trennung der Gewalten nicht festgelegt ist, hat keine Verfassung.“).

In Bundesstaaten tritt neben die horizontale Gewaltenteilung im Staat die vertikale Gewaltenteilung zwischen Bund und Gliedstaaten. Ähnliches gilt für supranationale Organisationen wie die EU.

## **22. Rechtsquellen**

Rechtsquellen bilden den Ursprung des Rechts. Wichtigste Rechtsquelle der Gegenwart ist das positive Recht. Auch Gewohnheitsrecht und Richterrecht werden zu den Rechtsquellen gezählt (Art. 1 Abs. 2 ZGB). „Lehre und Überlieferung“, die ebenfalls genannt werden, bilden dagegen ein Hilfsmittel, den Gehalt des Rechts zu bestimmen. Verträge können abstrakt-generelle Regelungen schaffen, also rechtsetzende Wirkung entfalten z.B. im Völkerrecht (etwa die EMRK) oder im Arbeitsrecht Gesamtarbeitsverträge, d.h. Verträge zwischen Verbänden, die Rechte und Pflichten der Mitglieder der Verbände erzeugen. Das letzte Beispiel führt in den Bereich sog. privater Rechtsetzung, deren Existenz und Umfang strittig ist.

In Rechtsordnungen spielen regelmässig auch grundlegende Prinzipien der Rechtsethik eine Rolle, die etwa allgemeine Rechtsgrundsätze formen oder die Konkretisierung von abstrakten Normen wie z.B. Grundrechten anleiten ohne allerdings im Allgemeinen als formale Rechtsquelle angesehen zu werden.

## **VI. Das nationale Recht im internationalen Zusammenhang**

### **1. Aufbau des schweizerischen Rechtssystems**

In der Schweiz als Bundesstaat hat nicht nur der Bund Rechtssetzungskompetenzen, sondern auch die Kantone (Art. 3 BV). Darüber hinaus können auch die Gemeinden Recht schaffen (Art. 50 Abs. 1 BV). Das schweizerische Rechtssystem ist also dreistufig aufgebaut: Bund, Kantone und Gemeinden.

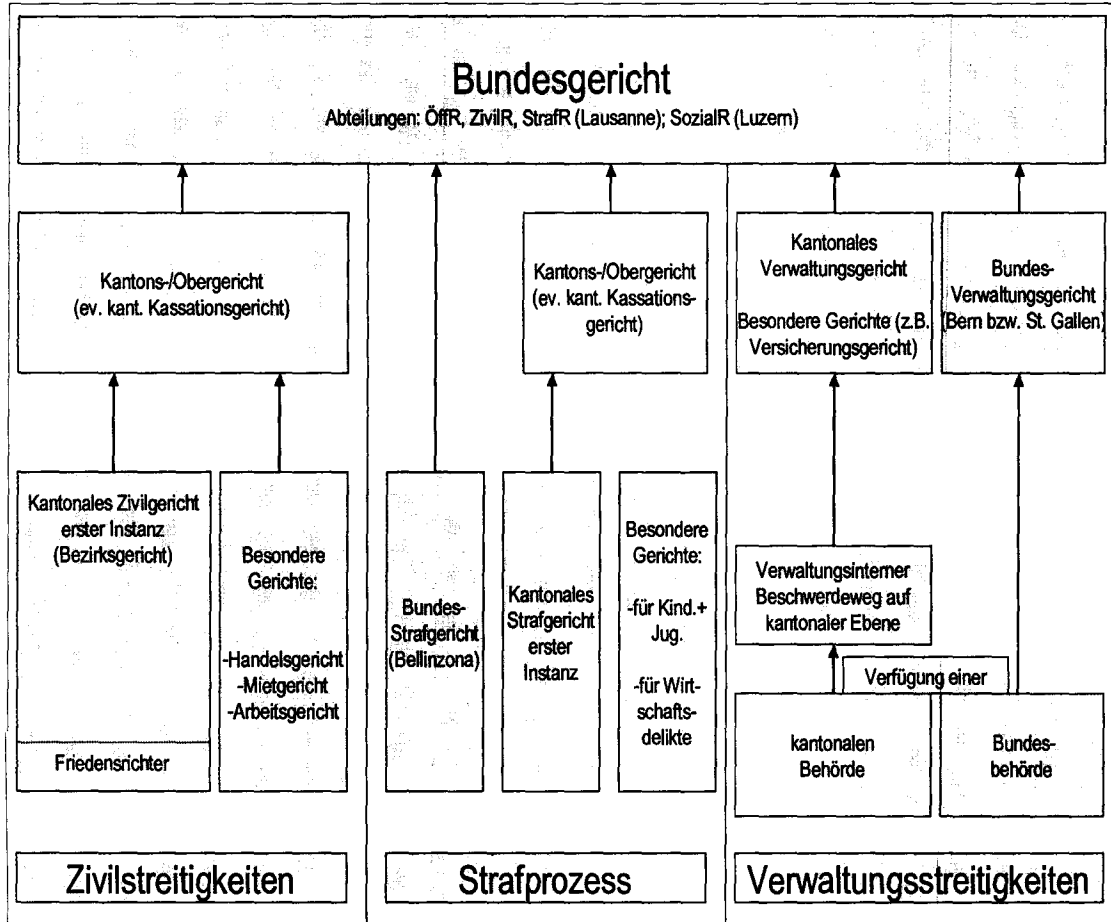
Art. 3 BV formuliert als Grundsatz, dass die Kantone alle Rechte ausüben, die nicht dem Bund übertragen sind (subsidiäre Kompetenz). Nach Art. 42 BV erfüllt der Bund die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist. Der Bund kann nur Recht erlassen, soweit er sich auf eine Einzelermächtigung in der Bundesverfassung stützen kann, die ihm die Rechtssetzungszuständigkeit verleiht. Im Übrigen sind die Kantone zuständig (originäre Zuständigkeit), wobei sie nach Art. 43 BV selbst bestimmen, welche Aufgaben sie erfüllen. Art. 5a BV verankert das Prinzip der Subsidiarität, das Art. 43a BV näher konkretisiert. Der Bund übernimmt danach nur die Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen. Damit wird eine Bedingung der Ausübung bestehender Bundeskompetenzen formuliert, es werden keine neuen Kompetenzen begründet. Das Subsidiaritätsprinzip findet sich übrigens auch in der Rechtsordnung der EU (Art. 5 EG).

Viele wichtige Zuständigkeiten sind beim Bund angesiedelt (z.B. Art. 122 Abs. 1 BV: Zivilrecht, Zivilprozessrecht; Art. 123 Abs. 1: Strafrecht, Strafprozessrecht).

Nach Art. 50 Abs. 1 BV wird die Autonomie der Gemeinden nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet. Gemeinden sind öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaften, die kommunale öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Zu den autonom wahrzunehmenden Aufgaben der Gemeinden zählen etwa die Organisation der Gemeinde und ihrer Behörden, Bau- und Strassenrecht oder kommunale Versorgungsbetriebe.



## Vereinfachter Überblick: Organisation der schweizerischen Rechtspflege



## 2. Das schweizerische Recht im europarechtlichen Kontext

### 2.1 „Europarecht“

Exzerpt aus: *Matthias Herdegen, Europarecht, 11. Aufl., München 2009. S.1 – 6.*

#### 1. Teil. Grundlagen

##### § 1. Europarecht als System vernetzter Ordnungen

Das „Europarecht“ bildet das begriffliche Dach für mehrere 1 rechtliche Ordnungen, die vielfältig miteinander verflochten sind. Dabei geht es um unterschiedliche Formen der regionalen Zusammenarbeit unter europäischen Staaten auf verschiedenen Gebieten und mit einem jeweils unterschiedlichen Kreis von europäischen Mitgliedstaaten. Unterschiedlich sind auch die Mechanismen des Zusammenwirkens. Sie reichen vom bloßen Forum für die wechselseitige Konsultation über die vertragliche Bindung an gemeinsame Standards und den Organisationsrahmen verbindlicher Beschlüsse der Mitgliedstaaten bis hin zur Schaffung von mit eigenen Regelungskompetenzen ausgestatteten „supranationalen“ Organisationen durch Übertragung staatlicher Hoheitsrechte. Die Vielfalt dieser zwischenstaatlichen Organisationsformen in Europa und ihre Vernetzung untereinander hat einen Grad an Komplexität erreicht, der den Zugang zu dieser Materie außerordentlich erschwert. Hinzu kommt, dass die rechtlichen Begriffe dem komplexen Entwicklungsstand mit dem Nebeneinander verschiedener Gebilde oft nicht Rechnung tragen. Zuweilen wird ein und derselbe Begriff auch mit unterschiedlichen Inhalten gefüllt. Dies beginnt schon beim Begriff des Europarechtes selbst. Eine wesentliche Aufgabe des Europarechtes als Rechtsdisziplin liegt hier in einer klaren Systematisierung.

##### I. Europarecht im engeren Sinne

Im Zentrum der institutionalisierten Zusammenarbeit und In- 2 tegration auf wirtschaftlichem und politischem Gebiet stehen die zwei (früher drei) europäischen Gemeinschaften:

- bis 2002 die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (Montanunion) – EGKS –,
- die Europäische Gemeinschaft (früher: Europäische Wirtschaftsgemeinschaft) – EG – und
- die Europäische Atomgemeinschaft (Euratom) – EAG –

3 Der Vertrag über die älteste der europäischen Gemeinschaften, die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (Montanunion) – EGKS – ist im Jahre 2002 ausgelaufen. Die nunmehr zwei Gemeinschaften sind durch gemeinsame Organe (Europäisches Parlament, Rat, Kommission, Gerichtshof und Rechnungshof) auf das engste miteinander verflochten. Der Maastrichter Unionsvertrag (EU) von 1992 hat den Verbund der Gemeinschaften durch die zwischenstaatliche Kooperation auf zwei neuen Politikfeldern ergänzt. Zugleich hat der Vertrag von Maastricht die „Europäische Union“ als das gemeinsame Dach geschaffen, welches diese genannte neue Ordnung überwölbt. Die Gemeinschaften und die neuen Formen der Zusammenarbeit werden häufig als die „Säulen“ der Europäischen Union bezeichnet. Die Gemeinschaften bilden danach die erste (und wichtigste) Säule der Europäi-

schen Union. Die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) bildet die zweite Säule, während die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (früher: Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres) als dritter Pfeiler der Europäischen Union firmiert. Das Recht der Europäischen Gemeinschaften (*Gemeinschaftsrecht*) und die Normen über die neuen Formen der Zusammenarbeit im Rahmen der Europäischen Union machen das *Europarecht im engeren Sinne* aus.

- 4 Dabei bestehen zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem sonstigen Recht der Europäischen Union fundamentale strukturelle Unterschiede. Die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der GASP und die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen entsprechen den herkömmlichen Formen zwischenstaatlicher Kooperation auf vertraglicher Grundlage: Verbindliche Beschlüsse verpflichten unmittelbar nur die Mitgliedstaaten selbst. Das für die zweite und dritte Säule geltende Recht der Europäischen Union erreicht den einzelnen Bürger oder das einzelne Unternehmen nicht unmittelbar. Rechtswirkungen im innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten, insbesondere für den Einzelnen, ergeben sich erst aus nationalen Rechtsakten, welche die getroffenen Beschlüsse in das nationale Recht umsetzen. Für die Willensbildung entscheidende Akteure sind nicht etwa unabhängige Organe, sondern die Regierungen als Vertreter der jeweiligen Mitgliedstaaten. Deshalb spricht man hier von „intergouvernementaler“ Zusammenarbeit.

- 5 Demgegenüber begründet das Gemeinschaftsrecht eine eigenständige Rechtsordnung, die nicht nur für die Mitgliedstaaten gilt, sondern auch für den Einzelnen unmittelbar Rechte und Pflichten begründet. Dies gilt sowohl für die Gründungsverträge der Gemeinschaften (EG-Vertrag, EAG-Vertrag) selbst („primäres“ Gemeinschaftsrecht) als auch für das Recht, welches die Gemeinschaftsorgane auf der Grundlage der Verträge setzen („sekundäres“ Gemeinschaftsrecht). Entscheidend ist dabei, dass die Mitgliedstaaten den Gemeinschaften Hoheitsrechte übertragen haben und dadurch den Gemeinschaftsorganen erlauben, an ihrer Stelle Regelungsgewalt auch gegenüber dem Einzelnen auszuüben (Beispiele: Erlass der EG-Verordnung zur Fusionskontrolle, Bußgeldentscheidungen gegen Unternehmen im Wettbewerbsrecht).

Der Vertrag von Lissabon soll das Drei-Säulen-Modell auflösen. Danach tritt die Europäische Union mit eigener Rechtspersönlichkeit in die Stellung der Europäischen Gemeinschaften ein. Allerdings bleibt es vor allem auf dem Gebiet der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik trotz des allumspannenden Rechtsrahmens der Europäischen Union bei intergouvernementalen Entscheidungsmechanismen.

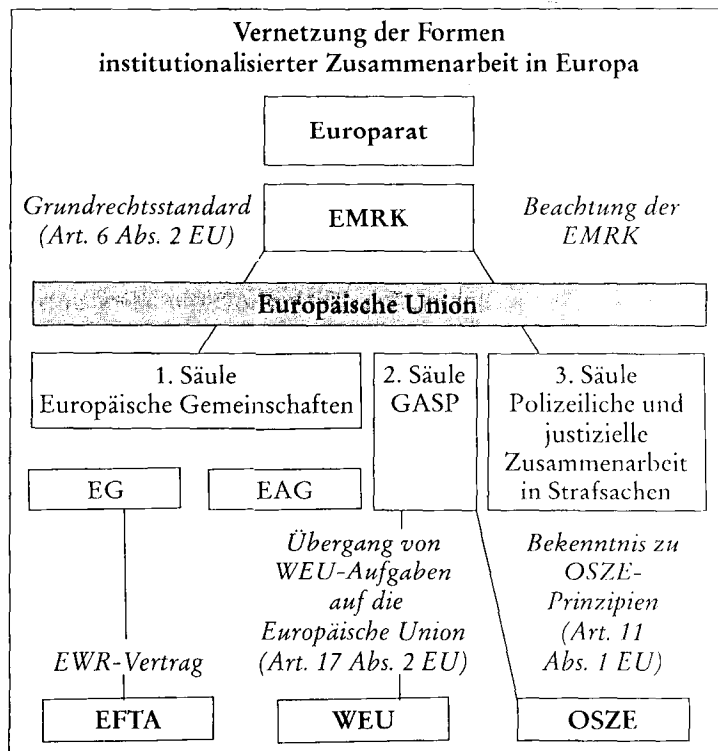
## II. Europarecht im weiteren Sinne

Die Konzentration des Interesses auf die Europäische Union mit den drei Gemeinschaften prägt die rechtswissenschaftliche Ausbildung. Dabei wird oft anderen Formen der institutionalisierten Zusammenarbeit in Europa nicht die gebührende Beachtung geschenkt. Sie gehören zum Europarecht im weiteren Sinne. Die Einbeziehung neben der Europäischen Union stehender Organisationen zwischenstaatlicher Zusammenarbeit in Europa (insbesondere: Europarat mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, Westeuropäische Union und OSZE sowie Europäische Freihandelsassoziation) ist schon deswegen geboten, weil das Vertragssystem der Europäischen Union selbst immer wieder darauf Bezug nimmt. Die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts und der Europäischen Union lässt sich ohne den Blick über das Europarecht im engeren Sinne hinaus überhaupt nicht verstehen.

Der 1949 gegründete Europarat bildete zunächst eine vom gemeinsamen geistesgeschichtlichen Erbe geprägte Wertegemeinschaft „westlich“ orientierter Staaten Europas (hierzu § 2). Durch die Aufnahme zahlreicher Staaten aus dem früheren „Ostblock“ ist der Europarat zu einem gesamteuropäischen Forum auf der Grundlage eines gemeinsamen Bestandes an rechtsstaatlichen und demokratischen Strukturprinzipien geworden. Die Europäische

Gemeinschaft „führt jede zweckdienliche Zusammenarbeit mit dem Europarat herbei“ (Art. 303 EG). Im Rahmen des Europarates wurde ein wichtiger Baustein für einen gemeinsamen europäischen Grundrechtsstandard geschaffen: die *Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten* (EMRK) mit einer Reihe von späteren Protokollen (hierzu § 3). Für die Entwicklung eines ungeschriebenen Grundrechtsstandards im Gemeinschaftsrecht spielt die EMRK eine prägende Rolle. Seit Jahrzehnten alimentiert die EMRK die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze zum Schutz des Einzelnen durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (EuGH). Der Maastrichter Unionsvertrag bekennt sich ausdrücklich zur Achtung des in der Konvention niedergelegten Grundrechtsstandards (Art. 6 Abs. 2 EU).

- 8 Die *Westeuropäische Union* (WEU), im Kern eine Verteidigungsallianz westeuropäischer Staaten, hat nach der Überwindung des Ost-West-Konflikts friedenssichernde Funktionen im Dienste der gesamteuropäischen Sicherheit übernommen und ist so in die Rolle einer Regionalorganisation im Sinne des VIII. Kapitels der UN-Charta hineingewachsen. Mittlerweile befindet sich die WEU im Stadium ihrer Abwicklung. Ihre wesentlichen Aufgaben sollen auf die Europäische Union übergehen (hierzu § 34).
- 9 Das Bemühen um eine europäische Sicherheitsarchitektur steht im Zentrum der *Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa* (OSZE, der früheren Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa – KSZE). Der mit der Schlussakte von Helsinki (1975) angestoßene KSZE-Prozess hat durch die politische und wirtschaftliche Transformation in Osteuropa neue Impulse erfahren. Das gemeinsame Bekenntnis der Teilnehmerstaaten zu den Prinzipien von Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, Pluralismus und Marktwirtschaft hat in der Charta von Paris für ein neues Europa von 1990 eindrucksvoll Niederschlag gefunden. Die Bestimmungen des Maastrichter Unionsvertrages verweisen bei den Zielen der GASP auf die Schlussakte von Helsinki und die Charta von Paris (Art. 11 Abs. 1 EU).
- 10 Auf wirtschaftlichem Gebiet ist die als Alternative zu den Europäischen Gemeinschaften im Jahre 1960 von Nicht-EG-Staaten gegründete *Europäische Freihandelsassoziation* (EFTA) völlig in den Sog des Gemeinschaftssystems und der Europäischen Union geraten. Die Mitgliedstaaten der Rest-EFTA gehören (mit Ausnahme der Schweiz) dem *Europäischen Wirtschaftsraum* (EWR) an, der weitgehend von den Grundprinzipien des EG-Vertrages regiert wird.  
Die Organisation für Europäische Wirtschaftliche Zusammen- 11  
arbeit (*Organisation for European Economic Cooperation* – OEEC) wurde im Jahre 1948 als Reaktion auf den Marshall-Plan der Vereinigten Staaten gegründet und mutierte im Jahre 1961 zur Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (*Organisation for Economic Cooperation and Development* – OECD). Die OECD ist weit über den europäischen Rahmen hinaus gewachsen und zu einem Forum der wirtschaftlichen Zusammenarbeit der 30 wichtigsten Industrieländer der westlichen Welt geworden. Mitglieder sind Australien, Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Island, Italien, Japan, Kanada, Luxemburg, Mexiko, Neuseeland, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Slowakische Republik, Spanien, Südkorea, Tschechien, Türkei, Ungarn und die Vereinigten Staaten.



## 2.2 Die supranationale Ordnung der EU

### 2.2.1 Geschichte

Trotz einiger Ansätze in der Zeit zwischen den Weltkriegen (etwa die Gründung der *Pan-europa-Union* 1922 durch Graf Coudenhove-Kalergi, der Freihandelsbewegung, von Pazifisten und Internationalisten, das Briand-Memorandum), kam es erst nach dem Zweiten Weltkrieg zur Institutionalisierung der europäischen Integration. In seiner Zürcher Rede von 1946 forderte Winston Churchill eine „Neubegründung der europäischen Familie“ durch eine Art „Vereinigter Staaten von Europa“ sowie die Überwindung des deutsch-französischen Antagonismus. Das Vereinigte Königreich sollte allerdings seine Eigenständigkeit bewahren – eine politische Weichenstellung, die die Haltung gegenüber der europäischen Integration lange bestimmte und zu einem gewissen Grade noch heute beeinflusst. Der damalige französische Außenminister Robert Schuman sowie sein Mitarbeiter Jean Monnet entwickelten ebenfalls aufgrund der Erfahrungen des Zweiten Weltkriegs einen Plan zur europäischen Kontrolle der wirtschaftlichen und militärischen Schlüsselindustrien Kohle und Stahl. Dieser Schuman-Plan mündete 1951 in die Unterzeichnung des **Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS, sog. „Montanunion“)**. Gründungsmitglieder waren

neben Deutschland und Frankreich, Italien, Belgien, die Niederlande sowie Luxemburg. Da der Vertrag auf 50 Jahre befristet war, ist er inzwischen ausser Kraft getreten; der Montansek- tor ist in den Anwendungsbereich des EG-Vertrags übergeleitet worden.

Das Scheitern einer verstärkten *politischen* Integration in der Folgezeit (insbesondere Ableh- nung des Vertrags über eine Europäische Verteidigungsgemeinschaft 1952 durch die französi- sche Nationalversammlung) führte zur Konzentration auf den schrittweisen Ausbau *wirt- schaftlicher* Kooperation: So wurde mit den sog. **Römischen Verträgen** 1957 die Gründung der **Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG)** sowie der **Europäischen Atomge- meinschaft (EAG)** beschlossen. Gründungsmitglieder waren – wie schon bei der Montanunion – Deutschland, Frankreich, Italien, Belgien, die Niederlande sowie Luxemburg. Während die EAG die friedliche Nutzung der Kernenergie als weiterer Schlüsselindustrie sicherstellen soll- te, handelte es sich bei der EWG (seit 1992 einfach „EG“) um eine Zollunion mit dem Ziel eines gemeinsamen Marktes durch die Verwirklichung des freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- sowie Kapitalverkehrs (vier Grundfreiheiten).

Es ist wichtig zu erinnern, dass die damit vollzogene Grundlegung der europäischen Integrati- on ein politisches Projekt geschaffen hat, dessen Motive über wirtschaftliche Ziele hinaus- reichten. Zentrale Intentionen der europäischen Integration waren die Konfliktprävention durch wirtschaftliche Integration, die Einbindung des politischen und wirtschaftlichen Poten- tials Deutschlands, die Schaffung eines eigenständigen politischen Gewichts Europas gegen- über anderen Grossmächten, die Bewahrung des Friedens in Europa und ein ethischer Univer- salismus, der versuchte, moralische Lehren aus dem ersten und zweiten Weltkrieg zu ziehen.

Mit dem **Abkommen über gemeinsame Organe für die Europäischen Gemeinschaften** von 1957 sowie dem **Fusionsvertrag** von 1965 wurden die „Europäischen Gemeinschaften“ – wie die drei Einzelgemeinschaften fortan bezeichnet wurden – institutionell verklammert: Ein Europäisches Parlament (seit 1979 direkt gewählt), ein Gerichtshof, ein Rat sowie eine Kom- mission (und ab 1977 ein Rechnungshof) waren somit für alle drei Regelungsbereiche zustän- dig.

In der **ersten Erweiterungsrunde** (sog. Norderweiterung) traten 1973 Dänemark, das Verei- nigte Königreich sowie Irland den Europäischen Gemeinschaften bei.

Mit dem Beitritt Griechenlands 1981 sowie Spaniens und Portugals 1986 (**zweite Erweite- rungsrunde**, sog. Süderweiterung) wuchs die Gemeinschaft auf 12 Mitglieder an.

Die **Einheitliche Europäische Akte** von 1986 beinhaltete im Wesentlichen institutionelle Reformen: Neben einer Stärkung des Europäischen Parlaments, der Errichtung des Gerichts erster Instanz und der Einführung des Europäischen Rates, durch den die Konferenzen oder

Gipfel der Staats- und Regierungschefs institutionalisiert werden, wurden aber auch neue Gemeinschaftskompetenzen (z.B. Förderung der wissenschaftlichen und technologischen Grundlagen, Wirtschaftsentwicklung, Umweltschutz) geregelt sowie das Ziel der Schaffung eines einheitlichen Binnenmarkts (d.h. eines Raums des freien Personen- und Warenverkehrs) in den EWG-Vertrag aufgenommen.

Seine weitgehend bis heute fortbestehende Gestalt erhält das europäische Integrationsprojekt 1992 mit dem **Maastrichter Vertrag**: Dieser begründet die *Europäische Union* als Dachorganisation der drei Europäischen Gemeinschaften („erste Säule“ der EU) sowie der gemeinsamen Aussen- und Sicherheitspolitik („zweite Säule“) und der sog. inter-gouvernementalen Zusammenarbeit in den Bereichen polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen („dritte Säule“). Im Bereich der inter-gouvernementalen Zusammenarbeit werden keine Hoheitsrechte auf die Gemeinschaften übertragen. Obgleich der Unionsvertrag als „Dach“ einheitliche Institutionen für die drei „Säulen“ vorsieht, unterscheiden sie sich doch hinsichtlich des Integrationsgrades erheblich: So sind die *Gemeinschaftsorgane* Parlament und Kommission innerhalb der ersten Säule in weitaus grösserem Mass in die Entscheidungsfindung eingebunden als in den beiden übrigen Säulen, die weitgehend der einstimmigen Beschlussfassung der Mitgliedstaaten im Rat unterliegen. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) ist vorwiegend für die Auslegung der Gemeinschaftsverträge (erste Säule) zuständig. Er hat erst in letzter Zeit beschränkte Zuständigkeiten im inter-gouvernementalen Bereich erlangt.

Im Maastrichter Unionsvertrag wird die Achtung der Grundrechte (gewonnen aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten sowie der EMRK) als „allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts“ verankert. Damit wird im Unionsvertrag die entsprechende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verankert, der gemeinschaftsrechtliche Grundrechte durch richterliche Rechtsfortbildung entwickelt hat. Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) wird in Europäische Gemeinschaft (EG) umbenannt. Entscheidend ist schliesslich die Schaffung einer Währungsunion, wie sie seitdem verwirklicht wurde. In der **dritten Erweiterungsrunde** treten der EU 1995 Österreich, Schweden und Finnland bei. Norwegen lehnte einen Beitritt aufgrund einer Volksabstimmung dagegen ab.

Die **Verträge von Amsterdam** (1997) sowie **Nizza** (2000) sahen vorwiegend institutionelle Reformen vor: So wurde die Stellung des Europäischen Parlaments im Kompetenzgefüge der Union ausgebaut; das Einstimmigkeitsprinzip im Rat in einigen Bereichen aufgehoben und die Zahl der Kommissionsmitglieder begrenzt – Massnahmen, die insbesondere auch der Wahrung der Handlungsfähigkeit der Union nach der damals anstehenden EU-Osterweiterung dienen sollten. Anlässlich des EU-Gipfels von Nizza wurde zudem die *Charta der Grund-*

*rechte der Europäischen Union* proklamiert – sie ist allerdings bis heute nicht Teil der Verträge geworden.

Die **vierte Erweiterungsrunde** im Jahr 2004 war mit dem EU-Beitritt von zehn Staaten aus Mittel- und Osteuropa (Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechische Republik, Ungarn und Zypern) die bislang grösste in der Unionsgeschichte. Mit dem Beitritt von Bulgarien und Rumänien im Jahr 2007 wurde die sog. Osterweiterung der EU (vorerst) abgeschlossen. Damit zählt die EU heute **27** Mitgliedsstaaten.

Um die in den verschiedenen Verträgen niedergelegten Bestimmungen in einem Text zusammenzufassen, die komplizierten Strukturen der EU zu vereinfachen sowie die Entscheidungsfähigkeit der erweiterten Union zu gewährleisten, wurde von einem Konvent unter Vorsitz des früheren französischen Staatspräsidenten Valéry Giscard d'Estaing der **Vertrag über eine Verfassung für Europa** entworfen und von den Staats- und Regierungschefs der EU-Mitgliedstaaten im Jahr 2004 unterzeichnet. Aufgrund eines ablehnenden Referendums in Frankreich und einer Volksbefragung in den Niederlanden trat der Verfassungsvertrag jedoch nie in Kraft.

In einem neuen Anlauf sollten die wesentlichen (institutionellen) Reformelemente des gescheiterten Verfassungsvertrags in einen Änderungsvertrag, in dem jegliche Verfassungssymbolik vermieden wurde, überführt werden. Nach äusserst zähen Verhandlungen wurde der sog. **Vertrag von Lissabon** schliesslich im Dezember 2007 von den europäischen Staats- und Regierungschefs unterzeichnet. Das weitere Schicksal dieses Reformvertrags – und damit auch der EU – ist aufgrund des negativen Ausgangs eines Referendums in Irland im Juni 2008 allerdings ungewiss.

**Winston Churchill: *Speech to the Academic Youth* (Universität Zürich, 19.9.1946)**



***“Mr. President, Ladies and Gentlemen,***

*I am honoured today by being received in your ancient university and by the address which has been given to me and which I greatly value. I wish to speak to you to-day about the tragedy of Europe, this noble Continent, comprising on the whole the fairest and the most cultivated regions of the earth enjoying a temperate and equable*



*climate, the home of all the great parent races of the western world, the foundation of Christian faith and Christian ethics.*

*It is the origin of most of the culture, arts, philosophy, and science both of ancient and modern times. If Europe were once united in the sharing of its common inheritance there would be no limit to the happiness, the prosperity, and the glory which its 300,000,000 or 400,000,000 people would enjoy.*

*Yet it is from Europe that have sprung that series of frightful nationalistic quarrels, originated by the Teutonic nations in their rise to power, which we have seen in this twentieth century and even in our own lifetime wreck the peace and mar the prospects of all mankind.*

*And what is this plight to which Europe has been reduced? Some of the smaller States have indeed made a good recovery, but over wide areas are a vast quivering mass of tormented, hungry, careworn, and bewildered human beings, who wait at the ruins of their cities and their homes and scan the dark horizons for the approach of some new form of tyranny or terror.*

*Among the victors there is a ballet of voices, among the vanquished the sullen silence of despair. That is all that Europeans, grouped in so many ancient states and nations, and that is all that the Germanic races have got by tearing each other to pieces and spreading havoc far and wide. Indeed, but for the fact that the great republic across the Atlantic Ocean at length realised that the ruin or enslavement of Europe would involve her own fate as well, and stretched out hands of succour and guidance; but for that, the Dark Ages would have returned in their cruelty and -squalor. They may still return.*

*Yet all the while there is a remedy which, if it were generally and spontaneously adopted by the great majority of people in many lands, would as if by a miracle transform the whole scene and would in a few years make all Europe, or the greater part of it, as free and as happy as Switzerland is to-day.*

*What is this sovereign remedy? It is to recreate the European fabric, or as much of it as we can, and to provide it with a structure under which it can dwell in peace, in safety, and in freedom. We must build a kind of United States of Europe. In this way only will hundreds of millions of toilers be able to regain the simple joys and hopes which make life worth living. The process is simple. All that is needed is the resolve of hundreds of millions of men and women to do right instead of wrong and to gain as their reward blessing instead of cursing.*

*Much work has been done upon this task by the exertions of the pan-European union which owes so much to and which commanded the services of the famous French patriot and statesman Aristide Briand. There is also that immense body which brought into being amidst high hopes after the first world war - the League of Nations. The league did not fail because of its principles or conceptions. It faded because those principles were deserted by those States which had brought it into being, because the Governments of those States feared to face the facts and act while time remained. This disaster must not be repeated. There is therefore much knowledge and material with which to build, and also bitter, dearly bought experience to spur.*

*I was very glad to read in the newspapers a few days ago that my friend President Truman had expressed his interest and sympathy with this great design.*

*There is no reason why a regional organisation of Europe should in any way conflict with the world organisation of the United Nations. On the contrary, I believe that the larger synthesis can only survive if it is founded upon broad natural groupings. There is already a natural grouping in the western hemisphere. We British have our own commonwealth of nations. These do not weaken, on the contrary they strengthen, the world organisation. They are in fact its main support.*

*And why should there not be a European group, which could give a sense of enlarged patriotism and common citizenship to the distracted peoples of this mighty continent? And why should it not take its rightful place with other great groupings and help to shape the honourable destiny of man?*

*In order that this may be accomplished there must be an act of faith in which the millions of families, speaking many languages, must consciously take part.*

*We all know that the two world wars through which we have passed arose out of the vain passion of the newly united Germany to play a dominating part in the world. In this last struggle crimes and massacres have been committed for which there is no parallel since the invasion of the Mongols during the thirteenth century, no equal at any in human history. The guilty must be punished. Germany must be deprived of the power to rearm and make another aggressive war.*

*But when all this has been done, as it will be done. As it is being done then there must be an end to retribution. There must be what Mr Gladstone many years ago, called the 'blessed act of oblivion.' We must all turn our backs upon the horrors of the past and we must look to the future. We cannot afford to must look forward across the years that are to come, hatreds and revenges which have sprung from the injuries of the past. If Europe is to be saved from infinite misery and indeed from final doom, there must be this act of faith in the European family this 'act of oblivion against all crimes and follies of the past. Can these peoples of Europe rise to the heights of the soul and of the instinct and spirit of man? If they could, the wrongs and injuries which have been indicted would have been washed away on all sides by the miseries which have been endured. Is there any need for further floods of agony? Is the only lesson of history to be that mankind is unteachable? Let there be justice, mercy, and freedom. The peoples have only to will it and all will achieve their hearts' desire.*

*I am now going to say something that will astonish you. The first step in the recreation of the European family must be a partnership between France and Germany. In this way only can France recover the moral and cultural leadership of Europe. There can be no revival of Europe without a spiritually great France and a spiritually great Germany.*

*The structure of the United States of Europe will be such as to make the material strength of a single State less important. Small nations will count as much as large ones and gain their honour by a contribution to the common cause. The ancient states and principalities of Germany, freely joined for mutual convenience in a federal system, might take their individual places among the United States of Europe.*

*I shall not try to make a detailed programme. There are hundreds of millions of people who want to be happy and free, prosperous and safe, who wish to enjoy the four freedoms of which the great President Roosevelt spoke, and live in accordance with the principles embodied in the Atlantic Charter.*

*If this is their wish, if it is the wish of Europeans from many lands, they have only to say so and means can certainly be found and the machinery erected to carry that wish to full fruition.*

*But I must give you warning. Time may be short. At present there is a breathing space. The cannons have ceased firing. The fighting has stopped, but the dangers have not stopped. If we are to form a United States of Europe, or whatever name it may take, we must begin now.*

*In these present days we dwell strangely and precariously under the shield, and I will even say protection, of the atomic bomb. The atomic bomb is still only in the hands of a State and nation which we know, will never use it except in the cause of right and freedom, but it may well be that in a few years this awful agency of destruction will be widespread and that the catastrophe following from its use by several warring nations will not only bring to an end all that we call civilisation but may possibly disintegrate the globe itself.*

*I must now sum-up the propositions which are before you.*

*Our constant aim must be to build and fortify the strength of the United Nations organisation. Under and within that world concept we must recreate the European family in a regional structure called - it may be - the United States of Europe and the first practical step will be to form a Council of Europe.*

*If at first all the States of Europe are not willing or able to join a union we must nevertheless proceed to assemble and combine those who will and those who can.*

*The salvation of the common people of every race and of every land from war and servitude must be established on solid foundations, and must be created by the readiness of all men and women to die rather than to submit to tyranny.*

*In all this urgent work France and Germany must take the lead together. Great Britain, the British Commonwealth of Nations, mighty America, and, I trust. Soviet Russia- - for then, indeed, all would be well - must be the friends and sponsors of the new Europe and must champion its right to live.*

*Therefore I say to you: Let Europe arise!"*

## 2.2.2 Struktur und Institutionen

Exzerpt aus: *Matthias Herdegen, Europarecht, 11. Aufl., München 2009, S. 60 – 62.*

### § 5. Struktur der Europäischen Union

#### I. Die drei „Säulen“ der Europäischen Union

1 Das Modell der drei „Säulen“ mit der Europäischen Union als „Dach“ oder „Mantel“ ist der Versuch, sich der Neuschöpfung „Europäische Union“ und deren nicht leicht durchschaubarer Struktur mit bildhafter Sprache zu nähern, ohne sich vorschnell auf eine rechtlich präzise Qualifikation festzulegen. Die Europäischen Gemeinschaften sind als internationale Organisationen Träger eigener Rechte und Pflichten im Verhältnis zu ihren Mitgliedern und Drittstaaten. Kraft übertragener Hoheitsrechte üben sie selbstständig Kompetenzen gegenüber den Mitgliedstaaten und den einzelnen Bürgern aus. Im Rahmen der mit dem Unionsvertrag eingeführten Zusammenarbeit innerhalb der GASP sowie der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen handeln nach außen die Mitgliedstaaten selbst. Die dabei gefassten Beschlüsse entfalten im innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten keine unmittelbare Wirkung, sondern müssen insoweit durch Rechtsakte der Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Dies ist der zentrale Unterschied zwischen der „Vergemeinschaftung“ von Kompetenzfeldern einerseits und bloßer „intergouvernementaler“ Zusammenarbeit andererseits.

Wie das Gebilde „Europäische Union“ in die Institutionstypik 2 des Völkerrechtes einzuordnen ist, lässt der Maastrichter Unionsvertrag in der Schwebe. Art. 1 EU beschränkt sich auf Umschreibungen mit recht geringer rechtlicher Präzision:

„Durch diesen Vertrag gründen die Hohen Vertragsparteien untereinander eine Europäische Union, im Folgenden als Union bezeichnet.

Dieser Vertrag stellt eine neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas dar, in der die Entscheidungen möglichst offen und möglichst bürgernah getroffen werden.

Grundlage der Union sind die Europäischen Gemeinschaften, ergänzt durch die mit diesem Vertrag eingeführten Politiken und Formen der Zusammenarbeit. Aufgabe der Union ist es, die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen ihren Völkern kohärent und solidarisch zu gestalten.“

Die Europäische Union verbindet unterschiedliche Politikbe- 3 reiche mit unterschiedlichem Integrationsstand. Am ehesten lässt sich die Europäische Union als ein Gebilde begreifen, das die Gesamtheit der Gemeinschaften sowie das institutionell verfestigte Zusammenwirken der Mitgliedstaaten in den neu hinzugekommenen Politikbereichen (GASP, polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen) umfasst.“

Der Vertrag von Lissabon löst das komplexe „drei-Säulen-Modell“ auf. Danach findet die Europäische Union als selbstständige internationale Organisation mit ihr übertragenen Zuständigkeiten und mit Rechtspersönlichkeit im Vertrag von Lissabon ihre Grundlage (EU-Vertrag und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union). Sie soll die beiden Europäischen Gemeinschaften absorbieren (Art 1 Abs. 3 EU n.F.). Dieses Aufgehen der drei Säulen in einem einheitlichen organisatorischen Rahmen wird aber die zentralen Unterschiede zwischen der Ausübung von durch die Mitgliedstaaten übertragenen Kompetenzen einerseits und intergouvernementaler Zusammenarbeit fortbestehen lassen.

## II. Europäischer Rat als Leitorgan der Europäischen Union

Als politisches Leitorgan der Europäischen Union fungiert der Europäische Rat. Dieses Gremium „gibt der Union die für ihre Entwicklung erforderlichen Impulse und legt die allgemeinen politischen Zielvorstellungen für diese Entwicklung fest“ (Art. 4 Abs. 1 EU). Der Europäische Rat setzt sich aus den Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten sowie dem Präsidenten der Kommission zusammen (Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EU). Unterstützt werden die Mitglieder des Europäischen Rates von den Außenministern und einem Mitglied der Kommission (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EU).

5 Zu unterscheiden ist der Europäische Rat vom Rat der Europäischen Union.

Obwohl der Rat der Europäischen Gemeinschaften gar kein Organ der Europäischen Union ist, bezeichnet sich dieses Gremium schon seit 1993 selbst als „Rat der Europäischen Union“. Dies ist ein Beispiel dafür, wie die im Unionsvertrag angelegten unterschiedlichen Strukturen durch unscharfe Begrifflichkeiten eingeebnet werden. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die Trennlinien zwischen den drei Säulen durchlässig ausgestaltet sind. Insbesondere wirken die Organe der Gemeinschaften an der Willensbildung in der zweiten und dritten Säule mit.

Die Bezeichnung des „Europäischen Rates“ als „Leitorgan“ der Europäischen Union verlangt eine Klarstellung. In der völkerrechtlichen Terminologie wird der Begriff „Organ“ grundsätzlich nur auf Organisationen mit eigener Rechtspersönlichkeit bezogen, die der Europäischen Union überwiegend abgesprochen wird. Der Europäische Rat bildet letztlich nur die Bündelung des politischen Willens der Mitgliedstaaten durch die Bereitstellung eines gemeinsamen Forums.

Der Vertrag von Lissabon ordnet den Europäischen Rat den Organen der Union zu (Art. 13 Abs. 1 EU n.F.). Seinen Präsidenten soll der Europäische Rat mit qualifizierter Mehrheit für zweieinhalb Jahre wählen (Art. 15 Abs. 5 EU n.F.).

**Literatur:** U. Everling, Die Rolle des Europäischen Rates gegenüber den Gemeinschaften, EuR 1995/Beiheft 2, S. 41 f.

*Exzerpt aus: Matthias Herdegen, Europarecht, 11. Aufl., München 2009. S. 97 bis 100.*

## § 8. Institutionen der Europäischen Gemeinschaften

### I. Überblick

#### 1. Verklammerung der Gemeinschaften durch gemeinsame Organe

Die Europäischen Gemeinschaften haben ein recht kompliziertes institutionelles System. Durch das Abkommen über gemeinsame Organe der Europäischen Gemeinschaften von 1957 und den sogenannten „Fusionsvertrag“ von 1965 sind die Organe der Gemeinschaften stufenweise verschmolzen worden (siehe Art. 9 Abs. 1 bis 3 des *Vertrages von Amsterdam*). Die Hauptorgane (Europäisches Parlament, Rat, Kommission, Gerichtshof und Rechnungshof) sind seither der Europäischen Gemeinschaft, der Europäischen Atomgemeinschaft und früher der (jetzt erloschenen) Montanunion gemeinsam. Es handelt sich also um einheitliche Organe der drei Gemeinschaften. Die Schaffung einheitlicher Organe hat eine enge institutionelle Verklammerung der drei Gemeinschaften bewirkt. Abhängig vom jeweiligen Tätigkeitsfeld üben diese Organe ihre Befugnisse nach den Bestimmungen des

jeweils einschlägigen Vertragssystem (EG-Vertrag, EAG-Vertrag, früher auch EGKS-Vertrag) aus. Ferner ist bei den einzelnen Organen die Verpflichtung auf das Gemeinschaftsinteresse und die Rückbindung an die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestaltet. Im Hinblick auf die Funktionen der gemeinsamen Organe lehnt sich die Ausgestaltung der Europäischen Atomgemeinschaft eng an die Struktur der Europäischen Gemeinschaft an. Die folgende Darstellung rückt das institutionelle System der Europäischen Gemeinschaft als der weitaus wichtigsten Organisation in den Vordergrund.

## 2. Die (Haupt-)Organe

Die drei Gründungsverträge (Art. 7 Abs. 1 EG, Art. 3 Abs. 1 EA, Art. 7 KS) nennen in (unterschiedlicher Reihenfolge) als Organe der Gemeinschaften:

- das Europäische Parlament,
- den Rat (Rat der Europäischen Gemeinschaften, „Rat der Europäischen Union“),
- die Kommission („Europäische Kommission“, im EGKS-Vertrag ursprünglich als „Hohe Behörde“ bezeichnet),
- den Gerichtshof (mit dem Gericht erster Instanz) und
- den Rechnungshof.

Durch die Verwirklichung der Währungsunion (Eintritt in deren dritte Stufe) wurde das institutionelle System der Europäischen Gemeinschaften erweitert: durch die Europäische Zentralbank und das Europäische System der Zentralbanken, welche die währungshoheitlichen Befugnisse der Gemeinschaft ausüben. Die Organstellung der Europäischen Zentralbank findet insbesondere in ihrer Parteistellung im Verfahren der Nichtigkeitsklage und der Untätigkeitsklage (Art. 230 Abs. 1 und Abs. 3, 232 Abs. 4 EG) Ausdruck.

Die einzelnen Organe der Gemeinschaften sind in unterschiedlicher Weise auf die Wahrung der Gemeinschaftsbelange verpflichtet. Volle Unabhängigkeit und alleinige Bindung an das Wohl der Gemeinschaft kennzeichnen die Kommission und ihre Mitglieder (Art. 213 Abs. 2 EG, Art. 126 Abs. 1 EA). Ähnliches gilt für den Rechnungshof (Art. 247 Abs. 4 EG, Art. 160b Abs. 4 EA). Für den Gerichtshof ergibt sich seine völlig unabhängige Stellung im Dienste der Rechtsordnung der Gemeinschaften schon aus seiner richterlichen Aufgabe, „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung“ der Verträge zu sichern (Art. 220 EG, Art. 136 EA).

Der Rat ist durch eine gewisse Doppelnatur gekennzeichnet. Einerseits fungiert er als Gemeinschaftsorgan, andererseits vermittelt der Rat über seine Mitglieder, die (Regierungs-)Vertreter der einzelnen Mitgliedstaaten, den Einfluss nationaler Interessen auf die politische Willensbildung innerhalb der Gemeinschaften. Die Ratsmitglieder selbst handeln als Vertreter von (Verfassungs-)Organen der Mitgliedstaaten, die nicht nur politische Interessen wahrzunehmen haben, sondern auch rechtlichen Bindungen in-

nerstaatlichen Rechtes unterliegen. Das Europäische Parlament bildet die Vertretung der „Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“ (Art. 189 Abs. 1 EG, Art. 107 EA). Seine Mitglieder handeln völlig frei von staatsrechtlichen Bindungen an ihre Mitgliedstaaten.

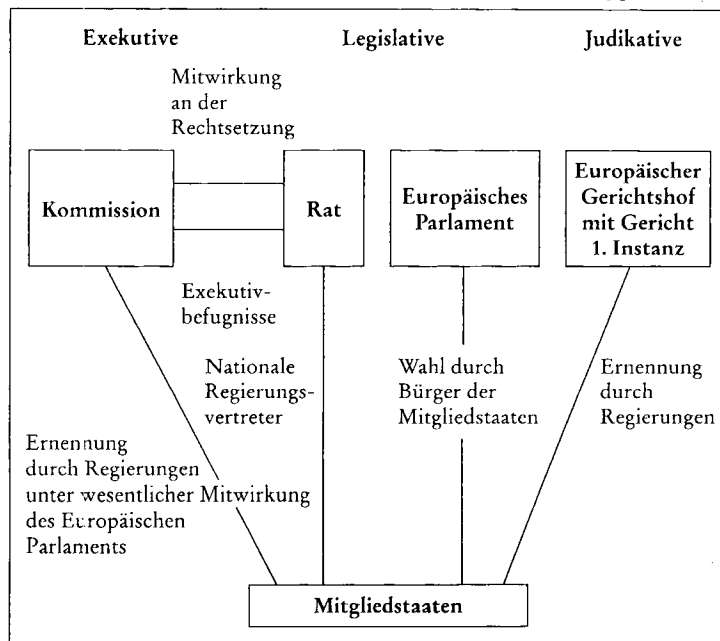
Zu den genannten Organen treten Hilfsorgane mit beratenden Funktionen hinzu (siehe Art. 7 Abs. 2 EG, Art. 3 Abs. 2 EA). Bei der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft besteht ein gemeinsamer Wirtschafts- und Sozialausschuss, während bei der Montanunion ein Beratender Ausschuss zur Unterstützung der Kommission eingerichtet wurde. Zur Aufwertung regionaler und lokaler Belange hat der Vertrag von Maastricht einen Ausschuss der Regionen bei der Europäischen Gemeinschaft eingeführt.

### 3. Funktionsteilung im Gemeinschaftssystem

Die Zuordnung von Kompetenzen an die einzelnen Gemeinschaftsorgane verwirklicht ein recht kompliziertes System der Gewaltenteilung und Gewaltenschränkung. Dabei lassen sich zwar gewisse Parallelen zur klassischen Gewaltenteilung im innerstaatlichen Recht ziehen. Aber die besondere korporative Struktur der Gemeinschaften setzt dabei unbefangenen Parallelen Grenzen. Die institutionelle Ordnung der Gemeinschaften ist davon geprägt, dass sie auch heute noch auf dem einzelnen Staat als ihrem Mitglied aufbaut. Nationale Belange werden entscheidend durch die Staatenvertreter artikuliert und im Rat der Gemeinschaften zur Geltung gebracht. Insoweit ist die Interessenvertretung der einzelnen Staatsvölker weiterhin mediatisiert. Erst allmählich ist der Einfluss der „Vertreter der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“ (vgl. Art. 189 Abs. 1 EG) durch eine Stärkung des Europäischen Parlamentes aufgewertet worden.

### 4. Sitz der Organe

Der Sitz der Organe ist gemäß Art. 289 EG, Art. 189 EA, Art. 77 KS, Art. 37 Fusionsvertrag im Einvernehmen zwischen den Regierungen der Mitgliedstaaten bestimmt worden (Beschluss über die Festlegung der Sitze der Organe und bestimmter Einrichtungen und Dienststellen der Europäischen Gemeinschaften von 1992, ABl. 1992 C 341, S. 1). Danach haben der Rat und die Kommission ihren Sitz in Brüssel. In den Monaten April, Juni und Oktober hält der Rat seine Tagungen in Luxemburg ab. Das Europäische Parlament hat seinen Sitz in Straßburg und hält dort die zwölf monatlich stattfindenden Plenartagungen ab. Sondersitzungen des Plenums sowie Sitzungen der Ausschüsse finden in Brüssel statt. Das Generalsekretariat des Parlaments wurde in Luxemburg eingerichtet. Dieser aufwändige „Wanderzirkus“ ist weniger dem Europäischen Parlament anzulasten als dem zähen Ringen der beteiligten Mitgliedstaaten, möglichst viel Präsenz der Gemeinschaftsorgane auf ihrem Staatsgebiet zu erhaschen. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und der Rechnungshof haben ihren Sitz in Luxemburg. Ein Protokoll zum *Amsterdamer Vertrag* bestätigt diese und andere bereits getroffene Sitzregelungen. Die Europäische Investitionsbank hat ihren Sitz in Luxemburg. In Brüssel sind der Wirtschafts- und Sozialausschuss sowie der Ausschuss der Regionen angesiedelt. Die Europäische Zentralbank hat ihren Sitz in Frankfurt am Main.



### Kompetenzen der wichtigsten Organe der EG (nach Herdegen, S. 106ff.)

Der **Rat der Europäischen Gemeinschaften** (Selbstbezeichnung: Rat der Europäischen Union) setzt sich – nach Ressorts untergliedert in verschiedene „Räte“ – aus Regierungsvertretern der Mitgliedsstaaten zusammen; z.B. tagen die Außenminister im Rat „Allgemeine Angelegenheiten und Außenbeziehungen“ und die Finanz- und Wirtschaftsminister im Rat „Wirtschaft und Finanzen“. Für Leitentscheidungen tagt der Rat auf der Ebene der Staats- und Regierungschefs. Im institutionellen Gefüge der Gemeinschaft kommen dem Rat eine zentrale Position sowie die meisten Kompetenzen zu. Ausserdem fungiert er als Bindeglied zwischen den Mitgliedsstaaten und den Gemeinschaften. Die wichtigsten **Befugnisse** des Rates:

- Rechtssetzung (Hauptgesetzgebungsorgan der Gemeinschaften)
- Mitgestaltung der Außenbeziehungen (z.B. bei Abschluss völkerrechtlicher Verträge)
- Haushaltskompetenzen (zusammen mit dem Parlament)
- Exekutivbefugnisse (z.B. Gewährung von Ausnahmen von Beihilfeverbot)
- Kreativebefugnisse (z.B. Ernennung der Mitglieder des Rechnungshofes)

Die **Kommission** ist dasjenige Organ der Gemeinschaften, das – neben dem Gerichtshof – am deutlichsten supranationale Eigenständigkeit besitzt. Sie ist am Wohl der Gemeinschaft orientiert und nicht primär den einzelnen Mitgliedsstaaten verpflichtet. Die Kommission bildet den

Kern der Exekutive der Gemeinschaften, ist aber auf Exekutivfunktionen nicht beschränkt. Die derzeitige Kommission (seit November 2004) setzt sich aus je einem Mitglied der Mitgliedstaaten zusammen; künftig soll ihre Zahl weiter begrenzt werden. Die Kommissionsmitglieder haben jeweils ein Fachressort, für das sie zuständig sind. Aufgrund ihrer Initiativrechte wird die Kommission häufig als „Motor der Integration“ und wegen ihrer Kontrollrechte auch als „Hüterin des Gemeinschaftsrechts“ bezeichnet. Ihre wichtigsten **Befugnisse** sind:

- Mitwirkung an der Rechtssetzung (insbesondere Einbringung von Vorschlägen, sog. Initiativrecht)
- Erlass von sog. Durchführungsbestimmungen (Konkretisierung von generelleren gemeinschaftsrechtlichen Normen) nach Ermächtigung des Rates
- Aussenvertretung der Gemeinschaften (z.B. bei Aushandlung völkerrechtlicher Verträge, Beziehungen zu internationalen Organisationen)
- Exekutivbefugnisse (z.B. Verwaltungsvollzug im Wettbewerbsrecht; Erteilung von Genehmigungen etc.)
- Kontrollaufgaben (z.B. Einleitung von Verfahren gegen Mitgliedstaat wegen Verletzung des Gemeinschaftsrechts)

Das **Europäische Parlament** ist das demokratische Repräsentativorgan der Gemeinschaft. 785 Parlamentarier vertreten derzeit rund 500 Millionen EU-Bürger. Sie werden unmittelbar von den Bürgern der EU-Mitgliedstaaten alle fünf Jahre bei den Europawahlen gewählt und schliessen sich zu – die Grenzen ihrer Herkunftsländer überschreitenden – Fraktionen zusammen (z.B. „Fraktion der Europäischen Volkspartei und Europäischen Demokraten“; „Fraktion der Sozialdemokratischen Parteien Europas“). Das Parlament war lange Zeit auf Anhörungs- und Kontrollbefugnisse beschränkt. Diese beschränkten Befugnisse des Parlaments bilden Gründe für die Kritik eines „Demokratiedefizits“ der EU. Im Zuge der verschiedenen Vertragsrevisionen wurden die Kompetenzen des Parlaments immerhin kontinuierlich in Richtung echter Mitentscheidungsbefugnisse bei der Rechtsetzung ausgebaut. Seine wesentlichen **Befugnisse** sind (neben der Repräsentation):

- Mitwirkung an der Rechtsetzung (je nach Materie unterschiedlich stark ausgeprägt)
- Haushaltskompetenzen (zusammen mit Rat)
- Zustimmung zur Aufnahme neuer Mitglieder
- Zustimmung bei bestimmten völkerrechtlichen Abkommen



- Kreativefunktion (Zustimmung zur Benennung der Kommissionsmitglieder)
- Kontrollfunktionen (Misstrauensvotum gegen die Kommission; Einsetzung von Untersuchungsausschüssen)

Der **Europäische Gerichtshof** (EuGH) kontrolliert als Rechtsprechungsorgan Rechtsakte der anderen Gemeinschaftsorgane sowie das Verhalten der Mitgliedstaaten auf ihre Konformität mit dem Gemeinschaftsrecht (z.B. im Rahmen der sog. Vertragsverletzungsverfahren). Er sichert „die Wahrung des Rechts bei Auslegung und Anwendung des Vertrages“ (Art. 220 EG). Der EuGH übernimmt Zuständigkeiten, die in nationalen Rechtsordnungen verschiedenen Zweigen der Gerichtsbarkeit zugeordnet sind (z.B. als „Verfassungsgericht“ sowie „Verwaltungsgericht“). Durch die Auslegung der Verträge und niederrangigen Gemeinschaftsrechts bildet der EuGH nicht selten das Recht fort und wird somit selbst rechtsschöpferisch tätig. Mit den gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten wurde ein wichtiges Beispiel bereits genannt. Ihm gehören je Mitgliedstaat ein Richter an sowie insgesamt acht Generalanwälte. Die Generalanwälte bereiten die Entscheidungen des Gerichtshofs vor und haben dadurch faktisch einen grossen Einfluss auf die Rechtsentwicklung. Zur Entlastung des EuGH ist ihm das Gericht erster Instanz (EuG) mit weiteren 27 Richtern beigeordnet.

Der **Europäische Rechnungshof**, das jüngste Organ der EG, hat zur Aufgabe, die Rechtmässigkeit und Ordnungsmässigkeit von Einnahmen und Ausgaben sowie die Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung zu prüfen. Jeder EU-Staat ist im Rechnungshof durch ein Mitglied vertreten.

### 2.2.3 Grundbegriffe des Gemeinschaftsrechts

Zwei zentrale Begriffe des Gemeinschaftsrechts sind diejenigen der „unmittelbaren Wirkung“ (oder „unmittelbare Anwendung“) sowie des „Anwendungsvorrangs“.

„**Unmittelbare Wirkung**“ entfaltet das Gemeinschaftsrecht gegenüber den einzelnen Bürgern der EU-Mitgliedstaaten; d.h. dass das Gemeinschaftsrecht nicht nur die Regierungen der Mitgliedstaaten zur Umsetzung von europarechtlichen Vorgaben in nationale Gesetze verpflichtet, sondern auch ohne einen solchen Umsetzungsakt verbindlich ist. Damit begründet das Gemeinschaftsrecht – sowohl vor nationalen Gerichten als auch dem EuGH – einklagbare Rechte der einzelnen Bürger der EU-Mitgliedstaaten. Unmittelbare Wirkung entfalten die

Regelungen, die inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt sind. Dieses Prinzip begründete der EuGH 1963 in seiner Entscheidung *Van Gend und Loos gegen Niederländische Finanzverwaltung*:

**URTEIL DES GERICHTSHOFES VOM 5. FEBRUAR 1963. („VAN GEND & LOSS“)**

RECHTSSACHE 26/62, Slg. 1963, 1 .

(...)

„DAS ZIEL DES EWG-VERTRAGES IST DIE SCHAFFUNG EINES GEMEINSAMEN MARKTES, DESSEN FUNKTIONIEREN DIE DER GEMEINSCHAFT ANGEHÖRIGEN EINZELNEN UNMITTELBAR BETRIFFT; DAMIT IST ZUGLEICH GESAGT, DASS DIESER VERTRAG MEHR IST ALS EIN ABKOMMEN, DAS NUR WECHSELSEITIGE VERPFLICHTUNGEN ZWISCHEN DEN VERTRAGSSCHLIESSENDEN STAATEN BEGRÜNDET .

(...)

AUS ALLEDDEM IST ZU SCHLIESSEN, DASS DIE GEMEINSCHAFT EINE NEUE RECHTSORDNUNG DES VÖLKERRECHTS DARSTELLT, ZU DEREN GUNSTEN DIE STAATEN, WENN AUCH IN BEGRENZTEM RAHMEN, IHRE SOUVERÄNITÄTSRECHTE EINGESCHRÄNKT HABEN, EINE RECHTSORDNUNG, DEREN RECHTSSUBJEKTE NICHT NUR DIE MITGLIEDSTAATEN, SONDERN AUCH DIE EINZELNEN SIND. DAS VON DER GESETZGEBUNG DER MITGLIEDSTAATEN UNABHÄNGIGE GEMEINSCHAFTSRECHT SOLL DAHER DEN EINZELNEN, EBENSO WIE ES IHNEN PFLICHTEN AUFERLEGT, AUCH RECHTE VERLEIHEN.

(...)

DER WORTLAUT<sup>1</sup> VON ARTIKEL 12 ENTHÄLT EIN KLARES UND UNEINGESCHRÄNKTES VERBOT, EINE VERPFLICHTUNG, NICHT ZU EINEM TUN, SONDERN ZU EINEM UNTERLASSEN. DIESE VERPFLICHTUNG IST IM ÜBRIGEN AUCH DURCH KEINEN VORBEHALT DER STAATEN EINGESCHRÄNKT, DER IHRE ERFÜLLUNG VON EINEM INTERNEN RECHTSSETZUNGSAKT ABHÄNGIG MACHEN WÜRD. DAS VERBOT DES ARTIKELS 12 EIGNET SICH SEINEM WESEN NACH VORZÜGLICH DAZU, UNMITTELBARE WIRKUNGEN IN DEN RECHTSBEZIEHUNGEN ZWISCHEN DEN MITGLIEDSTAATEN UND DEN IHREM RECHT UNTERWORFENEN EINZELNEN ZU ERZEUGEN.

(...)

AUS DEN VORSTEHENDEN ERWÄGUNGEN ERGIBT SICH, DASS NACH DEM GEIST, DER SYSTEMATIK UND DEM WORTLAUT DES VERTRAGES ARTIKEL 12 DAHIN AUSZULEGEN IST, DASS ER UNMITTELBARE WIRKUNGEN ERZEUGT UND INDIVIDUELLE RECHTE BEGRÜNDET, WELCHE DIE STAATLICHEN GERICHTE ZU BEACHTEN HABEN .“

(...)

Der „Anwendungsvorrang“ besagt, dass das Gemeinschaftsrecht im Kollisionsfall dem innerstaatlichen Recht immer vorzugehen habe. Das nationale Recht verliert seine Geltung nicht, ist aber im Kollisionsfall nicht anzuwenden. Dies gilt auch für Verfassungsrecht. Der EuGH begründete die Notwendigkeit dieses Prinzips in seiner Entscheidung *Flaminio Costa gegen E.N.E.L.* aus dem Jahr 1964:

**URTEIL DES GERICHTSHOFES VOM 15. JULI 1964. („COSTA/E.N.E.L.“)**

RECHTSSACHE 6/64, Slg. 1964, 1251

(...)

„ZUM UNTERSCHIED VON GEWÖHNLICHEN INTERNATIONALEN VERTRÄGEN HAT DER EWG-VERTRAG EINE EIGENE RECHTSORDNUNG GESCHAFFEN, DIE BEI SEINEM INKRAFTTRETEN IN DIE RECHTSORDNUNGEN DER MITGLIEDSTAATEN AUFGENOMMEN WORDEN UND VON IHREN GERICHTEN ANZUWENDEN IST.

<sup>1</sup> Art. 12 des EWG-Vertrags lautete in der damals gültigen Fassung: „Die Mitgliedstaaten werden untereinander weder neue Einfuhr- oder Ausfuhrzölle oder Abgaben gleicher Wirkung einführen, noch die in ihren gegenseitigen Handelsbeziehungen angewandten erhöhen.“

DURCH DIE GRÜNDUNG EINER GEMEINSCHAFT FÜR UNBEGRENZTE ZEIT, DIE MIT EIGENEN ORGANEN, MIT DER RECHTS - UND GESCHÄFTSFÄHIGKEIT, MIT INTERNATIONALER HANDLUNGSFÄHIGKEIT UND INSBESONDERE MIT ECHTEN, AUS DER BESCHRÄNKUNG DER ZUSTÄNDIGKEIT DER MITGLIEDSTAATEN ODER DER ÜBERTRAGUNG VON HOHEITSRECHTEN DER MITGLIEDSTAATEN AUF DIE GEMEINSCHAFT HERRÜHRENDEN HOHEITSRECHTEN AUSGESTATTET IST, HABEN DIE MITGLIEDSTAATEN IHRE SOUVERÄNITÄTSRECHTE BESCHRÄNKT UND SO EINEN RECHTSKÖRPER GESCHAFFEN, DER FÜR IHRE ANGEHÖRIGEN UND SIE SELBST VERBINDLICH IST.

DIESE AUFNAHME DER BESTIMMUNGEN DES GEMEINSCHAFTSRECHTS IN DAS RECHT DER EINZELNEN MITGLIEDSTAATEN UND, ALLGEMEINER, WORTLAUT UND GEIST DES VERTRAGES HABEN ZUR FOLGE, DASS ES DEN STAATEN UNMÖGLICH IST, GEGEN DIE VON IHNEN AUF DER GRUNDLAGE DER GEGENSEITIGKEIT ANGENOMMENE RECHTSORDNUNG NACHTRÄGLICHE EINSEITIGE MASSNAHMEN INS FELD ZU FÜHREN. SOLCHE MASSNAHMEN STEHEN DER ANWENDBARKEIT DER GEMEINSCHAFTSRECHTSORDNUNG DAHER NICHT ENTGEGEN.

(...)

DER VORRANG DES GEMEINSCHAFTSRECHTS WIRD AUCH DURCH ARTIKEL 189 BESTÄTIGT; IHM ZUFOLGE IST DIE VERORDNUNG " VERBINDLICH " UND " GILT UNMITTELBAR IN JEDEM MITGLIEDSTAAT ". DIESE BESTIMMUNG, DIE DURCH NICHTS EINGESCHRÄNKT WIRD, WÄRE OHNE BEDEUTUNG, WENN DIE MITGLIEDSTAATEN SIE DURCH GESETZGEBUNGSAKTE, DIE DEN GEMEINSCHAFTSRECHTLICHEN NORMEN VORGINGEN, EINSEITIG IHRER WIRKSAMKEIT BERAUBEN KÖNNTEN.

AUS ALLEDEM FOLGT, DASS DEM VOM VERTRAG GESCHAFFENEN, SOMIT AUS EINER AUTONOMEN RECHTSQUELLE FLIESSENDEN RECHT WEGEN DIESER SEINER EIGENSTÄNDIGKEIT KEINE WIE IMMER GEARTETEN INNERSTAATLICHEN RECHTSVORSCHRIFTEN VORGEHEN KÖNNEN, WENN IHM NICHT SEIN CHARAKTER ALS GEMEINSCHAFTSRECHT ABERKANNT UND WENN NICHT DIE RECHTSGRUNDLAGE DER GEMEINSCHAFT SELBST IN FRAGE GESTELLT WERDEN SOLL. "

(...)

## 2.2.4 Grundfreiheiten

Exzerpt aus: Matthias Herdegen, *Europarecht*, 11. Aufl., München 2009. S. 256 – 265.

### § 15. Die Marktfreiheiten

#### I. Die Marktfreiheiten als Pfeiler des Binnenmarktes

Der gemeinschaftliche Binnenmarkt ist durch den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gekennzeichnet (Art. 14 Abs. 2 EG). Wegen ihrer konstituierenden Bedeutung für die freien Verkehrsströme und insbesondere den freien Wirtschaftsverkehr werden die Gewährleistungen des freien Warenverkehrs, des freien Personenverkehrs, des freien Dienstleistungsverkehrs und des freien Kapitalverkehrs als die vier „Grundfreiheiten“ des EG-Vertrages bezeichnet. In enger Verbindung mit diesen Grundfreiheiten steht die Sicherung des freien Zahlungsverkehrs, die zuweilen auch als fünfte Grundfreiheit verstanden wird. Die Freiheit des Personenverkehrs lässt sich ihrerseits in die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die unternehmerische Niederlassungsfreiheit untergliedern.

Aus einer spezifisch ökonomischen Sicht dient die Gewährleistung der Marktfreiheiten der „optimalen Allokation“ von wirtschaftlichen Ressourcen. Von Anfang an haben die Gründungsverträge aber über eine rein ökonomische Betrachtungsweise hinausgeführt. Dies gilt etwa für die sozialpolitischen Bestimmungen, die mit dem Abkommen über die Sozialpolitik (das durch den *Vertrag von Amsterdam* in den EG-Vertrag integriert worden ist) eine deutliche Ausweitung erfahren haben. Insbesondere das Institut der Unionsbürgerschaft macht deutlich, dass das Gemeinschaftsrecht den Einzelnen nicht nur als Subjekt wirtschaftlicher Tätigkeit begreift und damit weit über das bisherige Konzept „Marktbürger“ hinausführt. Die allgemeine Freizügigkeit des Art. 18 EG koppelt die gewährleistete Mobilität des Unionsbürgers von seiner wirtschaftlichen Betätigung ab.

## II. Die gemeinsame Struktur: die Marktfreiheiten als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Der EG-Vertrag hat die Marktfreiheiten unterschiedlich ausgestaltet. So ergibt sich aus dem Wortlaut des Vertrages bei der Freiheit des Warenverkehrs, dass diese Gewährleistung umfassenden Schutz vor sachlich nicht berechtigten Beschränkungen bietet und so alle Eingriffe an strenge Rechtfertigungsstandards bindet (Art. 28, 30 EG). Ein vergleichbares Beschränkungsverbot lässt sich der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49ff. EG) entnehmen. Bei der Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 39ff. EG) und der Niederlassungsfreiheit (Art. 43ff. EG) rückt der Vertragstext dagegen das Verbot einer diskriminierenden Behandlung in den Vordergrund. Erst die Rechtsprechung des EuGH hat diese Marktfreiheiten strukturell an die Freiheit des Warenverkehrs im Sinne eines ähnlich umfassenden Beschränkungsverbotes angeglichen. Beim Kapitalverkehr (Art. 56ff. EG) hat sich auf vertraglicher Ebene eine ähnliche Entwicklung vollzogen.

Heute gilt für *alle* „Grundfreiheiten“ des EG-Vertrages ein vierstufiger Rechtfertigungsstandard:

„Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich (...), dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist (...)“ (EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 Rn. 37 – *Gebhard*).

Damit sind Beschränkungen des freien Warenverkehrs, der Freizügigkeit von Arbeitnehmern, der unternehmerischen Niederlassungsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit sowie der Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs oder sonstige negative Einwirkungen auf die Freiheiten nur dann zulässig, wenn sie

- einem gemeinschaftsrechtlich anerkannten Allgemeininteresse („zwingende Gründe des Gemeinwohls“) dienen,
- nicht ohne besondere Rechtfertigung zwischen Inland und EU-Ausland (im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit von Personen oder die Herkunft von Wirtschaftsgütern) diskriminieren,
- zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und
- erforderlich sind.

Dieses Rechtfertigungsraaster gilt – vorbehaltlich besonderer Rechtfertigungsgründe – für die immanenten Schranken, die allen Marktfreiheiten gemeinsam sind. Indirekte (nicht unmittelbar an die Staatsangehörigkeit anknüpfende) Ungleichbehandlungen können im Rahmen der immanenten Schranken durch anerkannte Gründe des Allgemeinwohls (hier den Gesundheitsschutz) gerechtfertigt werden, wenn sie verhältnismäßig sind. Insoweit gilt für mittelbare Diskriminierungen der gleiche Rechtfertigungsstandard wie für Beschränkungen. Direkte (offene) Diskriminierungen lassen sich wohl nur mit speziellen Rechtfertigungsgründen (etwa bei der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 30 EG oder bei der Niederlassungsfreiheit nach Art. 46 EG) rechtfertigen (unklar insofern aber zur diskriminierenden Besteuerung von Lottogewinnen aus anderen EU-Mitgliedsstaaten EuGH, Rs. C-42/02, Slg. 2003, I-13519 Rn. 21ff. – *Lindman*). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gilt grundsätzlich auch für die Handhabung ausdrücklicher Schranken.

Entscheidend für die Rechtfertigung sind damit *Diskriminierungsverbot* (wiederum vorbehaltlich besonderer Rechtfertigungsgründe) und *Verhältnismäßigkeit*.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind die vertraglichen Beschränkungsmöglichkeiten im Lichte des gemeinschaftlichen Grundrechtsstandards unter Einbeziehung der Europäischen Menschenrechtskonvention auszulegen.

Bei der Rechtfertigung im Sinne von Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Maßnahme obliegt dem Mitgliedstaat eine Darlegungslast. So fordert der Europäische Gerichtshof,

„dass die Rechtfertigungsgründe, die von einem Mitgliedstaat geltend gemacht werden können, von einer Untersuchung zur Geeignetheit und zur Verhältnismäßigkeit der von diesem Staat erlassenen beschränkten Maßnahme begleitet werden müssen“ (EuGH, Rs. C-8/02, Slg. 2004, I-2641 Rn. 45 – *Leichtle*).

Zur gebotenen Verhältnismäßigkeit gehört auch, dass das System staatlicher Beschränkungen in sich stimmig und kohärent ist (EuGH, Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13031 Rn. 67 – *Giambelli*). Dieser Standard wird verfehlt, wenn der Zweck staatlicher Beschränkungen (wie der Gesundheits- oder Jungenschutz) nicht konsequent verfolgt wird.

Beispiele liefern etwa die Zulassung der in einem Lebensmittel verbotenen Stoffe in einem anderen Lebensmittel oder ein inkonsequentes System der Beschränkung von Glücksspielen bei einer staatlichen Politik der Ausweitung des kontrollierten Glücksspiels zur Erhöhung staatlicher Einnahmen.

Die Abwehr auch nichtdiskriminierender Beschränkungen weist den Marktfreiheiten größte Bedeutung für die Verhältnismäßigkeitskontrolle nationaler Regelungen zu, welche sich in irgendeiner Weise nachteilig auf den grenzüberschreitenden Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen oder Kapital auswirken können. So prüft der Europäische Gerichtshof etwa nationale Vorschriften, welche die Diagnose von Sehfehlern den Augenärzten (zu Lasten von Augenoptikern) vorbehält (EuGH, Rs. C-108/96, Slg. 2001, I-837 – *Mac Quen*). Hierin liegt eine normative Sicherung für rationale Begründungsstandards für Beschränkungen wirtschaftlicher Tätigkeit. Zu beachten ist dabei freilich, dass sich nationale Beschränkungen nicht schon deshalb als unverhältnismäßig erweisen, weil sie strenger sind als das Recht der anderen Mitgliedstaaten (vgl. EuGH, aaO, Rn. 34).

### III. Das Zusammenspiel von Grundrechten und Marktfreiheiten

In vielfältiger Weise wirken die in der Europäischen Union geltenden Grundrechte auf die Marktfreiheiten und deren Konkretisierung ein. Vor allem verstärken die Grundrechte – bei gleicher Zielrichtung – die Schutzwirkung der Marktfreiheiten (im Sinne eines verschärften Rechtfertigungszwanges für Beschränkungen als so genannte „Schranken-Schranke“). Denn Eingriffe der Mitgliedstaaten in die Marktfreiheiten lassen sich nur dann rechtfertigen, wenn sie mit den vom EuGH zu wahrenden Grundrechten in Einklang stehen. Dies gilt etwa für Beschränkungen des freien Warenverkehrs (zum Schutz der Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK beim Verbot von Preisausschreiben in periodischen Zeitschriften, EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rn. 24 ff. – *Familiapress*) oder der Dienstleistungsfreiheit (EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 Rn. 43 ff. – *ERT*).

Mit den Personenverkehrsfreiheiten wirken die Grundrechte insbesondere bei Beeinträchtigungen des Familienlebens zusammen. Vor allem stärken sie bei Einreise und Aufenthalt die Rechtsposition der Staatsangehörigen von Drittstaaten, die mit Unionsbürgern verheiratet sind.

Nach Ansicht des EuGH erweisen sich aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen den aus einem Drittstaat stammenden Ehegatten eines Unionsbürgers, der innerhalb der Europäischen Union grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringt, als Verstoß gegen Art. 49 EG, wenn sie allein mit der Überschreitung der bei Einreise (vor Eheschließung) geltenden Aufenthaltsdauer begründet werden (so unter Verweis auf Art. 8 EMRK EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 Rn. 37 ff. – *Carpenter*). Problematisch ist an dieser Rechtsprechung, dass sie gemeinschaftsrechtlich an sich zulässiges Handeln der Mitgliedstaaten zusätzlich an der Europäischen Menschenrechtskonvention misst und damit in einer vom EG-Vertrag nicht mehr gedeckten Weise in nationale Handlungsspielräume eingreift.

Der gemeinschaftliche Grundrechtsstandard verstärkt aber nicht nur den Schutz der Marktfreiheiten. Vielmehr liefern die Grundrechte auch Rechtfertigungsstandards für Beschränkungen der Marktfreiheiten durch die Mitgliedstaaten oder für die staatliche Duldung von Eingriffen Privater.

So hat der EuGH in der Rechtssache *Schmidberger* betont, dass der Schutz der Grundrechte jedenfalls insoweit eine Schranke der Marktfreiheiten darstellt, als diese auch auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts anerkannt sind: „Da die Grundrechte demnach sowohl von der Gemeinschaft als auch von ihren Mitgliedstaaten zu beachten sind, stellt der Schutz dieser Rechte ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung von Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch kraft einer durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit wie dem freien Warenverkehr, bestehen“ (EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (5717 ff.) Rn. 71 ff. – *Schmidberger*).

In diesem Fall sah der EuGH die Nichtuntersagung einer Demonstration unter Blockade der *Brenner*-Autobahn durch die österreichischen Behörden im Hinblick auf die beeinträchtigte Freiheit des Warenverkehrs (Art. 28 f. EG) mit der Rücksicht auf die Meinungs- und Versammlungsfreiheit nach Art. 10, 11 EMRK als gerechtfertigt an. Dabei deutete der EuGH die von der EMRK anerkannten Grundrechte als immanente Schranken der Warenverkehrsfreiheit (sog. „zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses“) die mit dem beeinträchtigten Interesse am freien Warenverkehr abzuwägen und in ein „rechtes Gleichgewicht“ zu bringen seien (aaO, Rn. 78 ff.).

Nationale Grundrechte sind geeignet, ausdrückliche Schranken der Marktfreiheiten zu konkretisieren, sofern sie eine Entsprechung in den unionsrechtlich anerkannten Grundrechten finden; der nationale Grundrechtsstandard kann dabei über den gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz hinausreichen (zum Schutz der Menschenwürde als Element der öffentlichen Ordnung bei Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 55 i. V. m. Art. 46 Abs. 1 EG EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9606 Rn. 32 ff. – *Omega-Spielballen*). Die mitgliedstaatliche Konkretisierung des in den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts angelegten Grundrechtsschutzes muss nicht unbedingt einer allen Mitgliedsstaaten gemeinsamen Auffassung im Hinblick auf das Schutzniveau entsprechen. So haben die Mitgliedsstaaten etwa beim Schutz von Kindern vor gefährdenden Informationen und Materialien Ermessen, bei dem sich von Mitgliedsstaat zu Mitgliedsstaat verschiedene „Erwägungen insbesondere moralischer und kultureller Art“ entfalten können (EuGH, Rs. C-244/06, Slg. 2008, I – Rn. 44 ff. = EuZW 2008, S. 177 – *Dynamic Medien*). Zuweilen wirkt ein Gemeinschaftsgrundrecht als Rechtfertigungsgrund für staatliche Eingriffe und zugleich als „Schranken-Schranke“ (zur Meinungsfreiheit als Rechtfertigung einer Beschränkung des freien Verkehrs von Presseerzeugnissen [Verbot von Preisausschreiben im Interesse der Medienvielfalt] und als Rechtfertigungsgebot [im Hinblick auf Eingriff in die Gestaltung einer Zeitschrift] EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 Rn. 18 ff. – *Familiapress*).

**Literatur:** H. D. Jarrass, Die Grundfreiheiten als Grundgleichheiten – Systematische Überlegungen zur Qualifikation und Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten, in: Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I, 1995, S. 593 ff.; ders., Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, S. 202 ff.; T. Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999; ders., Theorie und Dogmatik der Grundrechte im Europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570 ff.; A. Schultz, Das Verhältnis von Gemeinschaftsgrundrechten und Grundfreiheiten des EG, 2004; V. Skouris, Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht, DÖV 2006, S. 89 ff.

#### IV. Schutzrichtung

##### 1. Bindung der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaftsorgane

Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages schützen in erster Linie vor staatlichen Maßnahmen. Daneben sind auch die Gemeinschaftsorgane beim Erlass von Sekundärrecht an die Marktfreiheiten gebunden.

So sind etwa Richtlinienbestimmungen zum Verbot von Nahrungsergänzungsmitteln im Interesse des Gesundheitsschutzes als „Maßnahmen gleicher Wirkung“ an Art. 28, 30 EG zu messen und unterliegen dabei – ähnlich wie nationale Maßnahmen – einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit (EuGH, Rs. C-154/04 u. a., Slg. 2005, I-6451, Rn. 47 ff. – *Alliance for Natural Health*). Das Gleiche gilt auch für eine gemeinschaftliche Regelung zu obligatorischen

Warnhinweisen bei kosmetischen Produkten (EuGH, Rs. C-165/99, Slg. 2001, I-5901 Rn. 37 ff. – *Schwarzkopf*).

## 2. „Drittwirkung der Marktfreiheiten“

Auch durch die Ausnutzung wirtschaftlicher Überlegenheit unter Privaten kann sich eine Gefährdung der Belange ergeben, die mit den Marktfreiheiten geschützt werden sollen. Deshalb hat der EuGH in einzelnen Fällen Beschränkungen, die von Privaten ausgehen, den Marktfreiheiten unterworfen. Dabei geht es um eine „Drittwirkung“ der Marktfreiheiten. Die Rechtsprechung hat eine solche Drittwirkung zunächst in den Fällen entwickelt, in denen es um den Schutz Einzelner vor der Macht privater Verbände geht. So hat der EuGH Sportverbandsregelungen zu Lasten grenzüberschreitender Mobilität von Sportlern an den Freizügigkeitsgarantien des EG-Vertrages und an der Dienstleistungsfreiheit gemessen (zusammenfassend etwa EuGH, verb. Rs. C-51/96 und C-191/97, Slg. 2000, I-2549 Rn. 49 – *Deliège*). Spektakulärster Fall ist die Verwerfung der Transferregeln und Ausländerklauseln von Fußballverbänden (EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 – *Bosman*; siehe § 17 I. 2.). Grundlage bildet für den EuGH der wirksame Schutz des freien Personen und Dienstleistungsverkehrs:

„... die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr ... wäre gefährdet, wenn die Beseitigung der staatlichen Schranken dadurch in ihren Wirkungen wieder aufgehoben würde, dass private Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Hindernisse aufrichteten (EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405 Rn 16/19 – *Walrave*).

Die Drittwirkung der Personenfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH zunächst im Zusammenhang mit dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit entwickelt und später auch auf diskriminierungsfreie Beschränkungen erstreckt (EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 Rn. 96 – *Bosman*). Die Rechtsprechung zur „Drittwirkung“ bezieht sich ursprünglich auf Vertragsbeziehungen, die durch überlegene Verbandsmacht asymmetrisch ausgestaltet sind. Hier rechtfertigt die von privaten Verbänden ausgehende Gefährdung der Marktfreiheiten eine Ausdehnung der Schutzrichtung auf Private. Schon hier ist aber Behutsamkeit angezeigt. Denn die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts schützen auch die Privatautonomie des Einzelnen und die Vereinsautonomie. Dies zwingt zu sorgfältiger Abwägung. Im Übrigen ist es Aufgabe der Wettbewerbsordnung, den Wettbewerb vor der Errichtung künstlicher Wettbewerbschranken kraft wirtschaftlicher Überlegenheit zu schützen.

Die jüngere Rechtsprechung des EuGH erstreckt die Niederlassungsfreiheit auch auf den Konflikt zwischen Unternehmen und Gewerkschaften über die Verlagerung der Geschäftstätigkeit in einen anderen Mitgliedstaat wie das „Umflaggen“ eines Schiffes. Dabei schützt die Niederlassungsfreiheit den Unternehmer vor sachlich nicht gerechtfertigten Arbeitskämpfmaßnahmen (EuGH, Rs. C-438/05, EuZW 2008, S. 246 Rn. 32, 56ff. – *Viking*).

Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) beschränkt bei der Entsendung von Arbeitnehmern in einen anderen EU-Mitgliedstaat Versuche von Gewerkschaften, im Gastland durch Arbeitskämpfmaßnahmen (wie die Blockade von Arbeiten) ein Unternehmen zur Aufnahme von Tarifverhandlungen und zum Beitrag zu bestehenden Tarifverträgen zu zwingen. Dabei kommt es darauf an, ob die gewerkschaftlichen Kampfmaßnahmen höhere Beschäftigungsstandards verfolgt, als sie das Recht des Gastlandes im Einklang mit Harmonisierungsvorschriften für entsandte Arbeitnehmer vorschreibt (EuGH, Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 81ff., 108ff. – *Laval*).

Die neuere Judikatur des EuGH ist nicht bei der „Drittwirkung“ in Fällen von Verbandsmacht und der versuchten Aufzwingung kollektiver Regelungen stehen geblieben. Im Falle *Angelone* hat der EuGH den von einem privaten Arbeitgeber vor Einstellung geforderten Zweisprachigkeitsnachweis wegen der darin liegenden Diskriminierung als Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit qualifiziert (EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139 Rn. 30ff.) und dabei ausgeführt:

„Das in Art. 48 EGV [jetzt: Art. 39 EG] ausgesprochene Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit gilt (...) auch für Privatpersonen“ (aaO, Rn. 36).

Diese Ausdehnung des subjektiven Schutzbereiches der Marktfreiheiten mit der daraus folgenden Beschränkung der Privatautonomie und der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit ist außerordentlich problematisch. Sie berührt die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung. Nicht mehr von der vertraglichen Zustimmung gedeckt wäre vor allem eine Ausdehnung nicht bloß von Diskriminierungsverboten, sondern auch von Beschränkungsverboten auf Private ohne Verbandsmacht.

Besonderer Klärungsbedarf besteht bei den Bestimmungen über den freien Warenverkehr (Art. 28ff. EG) im Hinblick auf eine „mögliche Drittwirkung“ in privatrechtlichen Rechtsbeziehungen. Die frühere Rechtsprechung hat diese Vorschriften „nur auf staatliche Maßnahmen, nicht auf Verhaltensweisen von Unternehmen“ bezogen (EuGH, Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801 Rn. 30 – *Vlaamse Reishureaus*). Es ist unsicher, inwieweit diese restriktive Rechtsprechung angesichts der mittlerweile vom EuGH anerkannten Drittwirkung der Freiheiten des Personenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit weiterhin Bestand hat. Umstritten ist insbesondere, ob sich bei den Personenverkehrsfreiheiten und der Dienstleistungsfreiheit wegen deren großer Nähe zur Privatautonomie und zur Berufsfreiheit eine Wirkung auf privatrechtliche Beziehungen eher begründen lässt als bei der Freiheit des Warenverkehrs, die (ähnlich wie die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs) vor allem als objektives Ordnungsprinzip des Binnenmarkts gilt. Ob sich daraus wirklich ein erheblicher Strukturunterschied zwischen den Marktfreiheiten ergibt ist zweifelhaft. Der Schutz des freien Warenverkehrs steht jedenfalls Bestrebungen privater Unternehmen entgegen, durch vertragliche Vereinbarungen oder die Ausnutzung gewerblicher Schutzrechte eine Abschottung nationaler Märkte zu erreichen, etwa durch ein Exportverbot oder den Einsatz gewerblicher Schutzrechte als Hindernis für Import oder Reimport von Waren (hierzu unten § 16 III 4). In diesen Fällen geht es aber regelmäßig um Regelungen des nationalen Rechts (und damit staatliche Maßnahmen), die mit dem freien Warenverkehr in Widerstreit geraten. Daneben bietet das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG Schutz gegen Marktzugangsbeschränkungen des Warenverkehrs durch Private, die auf wettbewerbsverzerrenden Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen beruhen. Die neuere Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit anerkennt eine Schutzpflicht der Mitgliedstaaten, Gefährdungen dieser Freiheit durch Private abzuwehren (hierzu unten § 16 II. 2.). Diese Schutzpflichtkonstruktion ist bei Beeinträchtigungen von privater Seite einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten generell vorzuziehen, soweit es nicht um kollektive Regelungen aufgrund von Verbandsmacht geht.

**Literatur:** *T.O. Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2000; *S. Kadelbach/N. Petersen*, Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten, EuGRZ 2003, S. 693ff.; *W. Kluth*, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 122 (1997), S. 557ff.; *W.-H. Roth*, Drittwirkung der Grundfreiheiten?, in: Festschrift für Ulrich Everling, Bd. II, 1995, S. 1231ff.; *H. Papart*, Die unmittelbare Bindung Privater an die Personenverkehrsfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003; *K. Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, 2005; *T. Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004.



## 2.3 Europarat und Europäische Menschenrechtskonvention

### 2.3.1 Europarat

*Exzerpt aus: Matthias Herdegen, Europarecht, 11. Aufl., München 2009. S. 9 – S. 10.*

Der Europarat bildet eine 1949 gegründete internationale Organisation mit Sitz in Straßburg. Seine Aufgabe ist es, „eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedern zum Schutze und zur Förderung der Ideale und Grundsätze, die ihr gemeinsames Erbe bilden, herzustellen und ihren wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt zu fördern“ (Art. 1 *lit.* a der Europaratssatzung). Erfüllt werden soll diese Aufgabe „durch Beratung von Fragen von gemeinsamem Interesse, durch den Abschluss von Abkommen und durch gemeinschaftliches Vorgehen auf wirtschaftlichem, sozialem, kulturellem und wissenschaftlichem Gebiet und auf den Gebieten des Rechts und der Verwaltung sowie durch den Schutz und die Fortentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ (Art. 1 *lit.* b der Satzung).

Mittlerweile gehören dem Europarat 47 Mitgliedstaaten an: Albanien, Andorra, Armenien, Aserbeidschan, Belgien, Bosnien-Herzegowina, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Georgien, Griechenland, Großbritannien, Irland, Island, Italien, Kroatien, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Malta, frühere Jugoslawische Republik von Mazedonien, Moldavien, Monaco, Montenegro, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Russland, San Marino, Schweden, Schweiz, Serbien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Türkei, Ukraine, Ungarn und Zypern.

Alle Mitglieder bekennen sich zum „Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts“ und zur Anerkennung von Menschenrechten und Grundfreiheiten (Art. 3 Satz 1 der Satzung). Jeder europäische Staat, der diese Voraussetzung erfüllt und bereit ist, an den satzungsmäßigen Aufgaben mitzuwirken, kann vom Ministerkomitee eingeladen werden, Mitglied des Europarates zu werden (Art. 4 Satz 1 der Satzung). Die Aufnahme der meisten Staaten des früheren „Ostblocks“ einschließlich Russlands und anderer europäischer Nachfolgestaaten der Sowjetunion hat dem Europarat eine neue Bedeutung als gesamteuropäisches Forum verliehen. Dabei ist die Aufnahme in den Europarat zu einer Art Gütesiegel für Demokratie und Rechtsstaatlichkeit geworden.

Bei schwerwiegender Missachtung der in Art. 3 der Satzung genannten Grundsätze kann das Ministerkomitee einem Mitgliedstaat das Recht auf Vertretung vorläufig entziehen und ihn zum Austritt auffordern; als schärfstes Mittel kann das Komitee den Ausschluss des Mitgliedstaates beschließen (Art. 8). Wegen der Menschenrechtsverletzungen in Tschetschenien hat die Beratende Versammlung die Mitwirkungsrechte der russischen Abgeordneten – auf unsicherer Rechtsgrundlage – zeitweise suspendiert und das Menschenrechtskomitee aufgefordert, die Mitgliedschaftsrechte (vorläufig) auszusetzen (EuGRZ 2000, S. 189).

## 2.3.2 EMRK und EGMR

Exzerpt aus: *Matthias Herdegen, Europarecht, 11. Aufl., München 2009. S. 12 – S. 16.*

### I. Bedeutung der EMRK

Auf der Grundlage eines Entwurfes der Beratenden Versammlung des Europarates wurde 1950 in Rom die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) unterzeichnet. Sie ist im Jahr 1953 nach der Ratifizierung durch zehn Staaten in Kraft getreten. Alle 47 Mitgliedstaaten des Europarates sind Vertragsstaaten der Konvention. Die Europäische Menschenrechtskonvention gewährleistet elementare Menschenrechte (Recht auf Leben, Folterverbot, Verbot von Sklaverei und Zwangsarbeit), den Schutz persönlicher Freiheit, Justizgrundrechte (rechtsstaatliche Verfahrensgarantien), besondere Freiheitsrechte (Schutz der Privatsphäre, Gewissens- und Religionsfreiheit, freie Meinungsäußerung, Versammlungs- und Vereinsfreiheit) sowie das Recht auf Ehe und Familie.

Ergänzt worden sind diese Gewährleistungen durch eine Reihe von Zusatzprotokollen, die (für die ihnen beigetretenen Staaten) weitere Garantien enthalten. Von besonderer Bedeutung sind

- das Protokoll Nr. 1 mit dem Schutz des Eigentums (Art. 1), dem Recht auf Bildung (Art. 2) und dem Recht auf freie Wahlen (Art. 3),
- das Protokoll Nr. 4 mit dem Recht auf Freizügigkeit (Art. 2) und dem Verbot der Kollektivausweisung (Art. 4),
- das Protokoll Nr. 6 mit dem Verbot der Todesstrafe (Art. 1) mit Ausnahme von deren Verhängung in Kriegszeiten (Art. 2), erweitert um ein kategorisches Verbot im Protokoll Nr. 13, und
- das Protokoll Nr. 12 mit einem eigenständigen Diskriminierungsverbot.

Fast alle Mitgliedstaaten haben die Protokolle Nr. 1 (Ausnahmen: Andorra, Monaco und Schweiz), Nr. 4 (Ausnahmen: Andorra, Griechenland, Schweiz, Spanien, Türkei, Vereinigtes Königreich) und Nr. 6 (Ausnahme: Russland) ratifiziert. Das (noch nicht in Kraft getretene) Protokoll Nr. 14 erlaubt den Beitritt der Europäischen Union. Daneben sieht das Protokoll Nr. 14 Maßnahmen zur Entlastung des Gerichtshofs (etwa Einführung von Einzelrichtern und Verkleinerung der Kammern sowie ein summarisches Verfahren für offensichtlich begründete Beschwerden) vor.

Die überragende Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes liegt darin, dass damit zum ersten Mal effektive Durchsetzungsmechanismen für den Menschenrechtsschutz auf internationaler Ebene im Rahmen eines justizförmig geordneten Verfahrens geschaffen worden sind. Die Spruchpraxis der Konventionsorgane mit der behutsam-dynamischen Auslegung und Fortentwicklung der einzelnen Gewährleistungen hat aus der EMRK eine Art gemeineuropäischen Grundrechtsstandard geformt. Der Beitritt zahlreicher osteuropäischer Staaten einschließlich Russlands stellt die Einhaltung eines gleich bleibend hohen Schutzniveaus ebenso vor große Herausforderungen wie die neuen Mitgliedstaaten selbst, die ihre Rechtsordnung den vielfach sehr subtilen Konventionsstandards anzugleichen haben. In der jüngeren Rechtsprechung findet die Befürchtung, die Konventionsstandards könnten abgesenkt werden, keine Grundlage. Wohl aber praktiziert der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine kluge Rücksichtnahme auf zeitgeschichtliche Herausforderungen bei der rechtsstaatlichen Transformation neuer Konventionsstaaten (siehe etwa zum Verbot politischer Beteiligung für Polizeibeamte in Ungarn EGMR, *Rekvenyi ./. Ungarn*, NVwZ 2000, S. 421).

Abzuwarten bleibt, wie das Rechtsschutzsystem der EMRK die Flut der Beschwerden gegen die Russische Föderation wegen Menschenrechtsverletzungen in Tschetschenien bewältigt. Diese Beschwerden bilden sowohl wegen der gravierenden Natur der Vorwürfe als auch wegen ihrer Vielzahl eine besondere Bewährungsprobe. Die ersten Verletzungsurteile sind bereits ergangen. So hat der EGMR eine Verletzung von Art. 2 EMRK durch den Einsatz breitstreuender Waffen wie Bomben und Raketen bei der Besetzung eines Dorfes durch tschetschenische Rebellen ohne Verhängung von Notstandsmaßnahmen oder Kriegsrecht und ohne vorherige Evakuierung der Zivilbevölkerung feststellen müssen (EGMR Beschw. Nr. 57950/00 *Zara Isayeva ./. Russland*, EuGRZ 2006, S. 41, Nr. 191):

„The Court considers that using this kind of weapon in a populated area, outside wartime and without prior evacuation of the civilians, is impossible to reconcile with the degree of caution expected from a law-enforcement body in a democratic society.“

Zum Umfang der Schutzwirkung der EMRK bestimmt deren Art. 1:

„Die Hohen Vertragsparteien sichern allen Ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.“

Hier scheint eine umfassende Gewährleistungspflicht auf, die über die bloße Abwehr staatlicher Eingriff hinausreicht und auch die Sicherung der Konventionsgarantien gegenüber privaten Akteuren einschließt. Art. 1 EMRK verknüpft die Schutzwirkung der Konvention mit der Hoheitsgewalt („*jurisdiction*“) der einzelnen Vertragsstaaten. Problematisch ist die Bindung an die EMRK bei Handlungen, die Staaten außerhalb ihres eigenen Staatsgebiets vornehmen. Auch bei derartigen „extraterritorialen“ Handlungen bleibt ein Vertragsstaat an die EMRK jedenfalls dann gebunden, wenn er über das jeweilige Gebiet direkt oder von ihm gesteuerte Einheiten effektive Kontrolle ausübt (so zur Verantwortung der Türkei für Geschehnisse im türkisch kontrollierten Teil Nordzyperns EGMR, *Loizidou ./. Türkei*, Ser. A 310 = EuGRZ 1997, S. 555ff. Nr. 62).

Im Fall *Bankovic* hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Rahmen von Individualbeschwerden gegen 17 NATO-Staaten wegen der Bombardierung eines serbischen Fernsehsenders im Frühjahr 1999 dagegen eine Anwendbarkeit der EMRK deswegen verneint, weil sich diese militärischen Maßnahmen außerhalb des „Rechtsraums der Vertragsstaaten“ („*legal space*“) vollzogen. Dabei vertritt der Gerichtshof die Auffassung, „dass es sich bei der Konvention um eine multilaterale Übereinkunft handelt, die vorbehaltlich ihres Artikels 56 in einem grundsätzlich regionalen Rahmen greift und zwar in dem Rechtsraum der Vertragsstaaten [...]“. (EGMR, *Bankovic ./. Belgien u. a.*, EuGRZ 2002, S. 133 Nr. 80).

In den Mitgliedstaaten, in denen eine verfassungsgerichtliche Kontrolle von Gesetzen ganz fehlt oder nur schwach ausgeprägt ist (wie in Frankreich, wo der Verfassungsrat Gesetze nur vor ihrer Verkündung überprüfen kann), spielt der Rechtsschutz nach der EMRK die Rolle einer Art Ersatz-Verfassungsgerichtsbarkeit (siehe zur Kontrolle eines französischen Parlamentsgesetzes EGMR, *Chassagnou ./. Frankreich*, RJD 1999-III = RUDH 1999, S. 17).

Die Vertragsstaaten müssen auch bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale Organisationen die Einhaltung der Konventionsstandards sicherstellen. Das ist für die Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften von großer Bedeutung (unten VI.). Bei der vertraglichen Einschränkung nationaler Gerichtsbarkeit durch Immunitätsgewährung für internationale Organisationen muss der nach Art. 6 EMRK gebotene Rechtsschutz durch angemessene Mechanismen der justizförmigen Streitbeilegung (etwa Schiedsverfahren) garantiert sein (s. zu arbeitsrechtlichen Ansprüchen gegen die Europäische Weltraumorganisation ESA EGMR, *Waite u. a. ./. Deutschland*, RJD 1999-I = EuGRZ 1999, S. 207).

## II. Konventionsorgane

Ursprünglich war das Rechtsschutzsystem der Konvention zweistufig ausgestaltet. Mit der *Europäischen Kommission für Menschenrechte* (EKMR) und dem *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte* (EGMR) in Straßburg waren zwei (quasi-)richterliche Organe geschaffen worden, deren Funktionsweise einen ähnlich ausdifferenzierten Rechtsschutz gewährleistete, wie er aus dem innerstaatlichen Recht bekannt ist. Die Kommission hatte bei der Behandlung von Beschwerden eine wichtige Filter- und Vermittlungsfunktion. Das Verfahren vor der Kommission (die eine Beschwerde auch verbindlich zurückweisen konnte) war stets einer endgültigen Entscheidung durch den Gerichtshof vorgelagert. Die Zweistufigkeit dieses Rechtsschutzsystems (in dem neben dem Gerichtshof auch das *Ministerkomitee* des Europarates eine subsidiäre Zuständigkeit hatte) hat sich für die Bewältigung der Verfahrensflut als zu schwerfällig erwiesen.

Das 11. Protokoll zur EMRK (BGBl. 1995 II, S. 578) gestaltet das Rechtsschutzsystem der Konvention grundlegend um (hierzu *R. Bernhardt*, Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol No. 11, AJIL 89 [1995], S. 145 ff.; *J. Meyer-Ladewig*, Ein neuer ständiger Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, NJW 1995, S. 2813 ff.; *H. Schermers*, The Eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights, E. L. Rev. 19 [1994], S. 367 ff.).

Das Protokoll sieht vor, dass Kommission und bisheriger Gerichtshof zu einem einheitlichen Organ verschmelzen: dem neuen ständigen *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte* (Art. 19 EMRK). Dieser Gerichtshof hat im November 1998 seine Tätigkeit aufgenommen. Die Zahl der (nunmehr hauptamtlichen) Richter entspricht der Zahl der Konventionsstaaten (Art. 20 EMRK). Das neue System kennt drei verschiedene Spruchkörper (Art. 27 EMRK): *Ausschüsse* mit drei Richtern (zur Vorprüfung von Individualbeschwerden), *Kammern* mit sieben Richtern (Regelzuständigkeit für substanzhaltige Individualbeschwerden und für Staatenbeschwerden) und die *Große Kammer* mit siebzehn Richtern (für die Entscheidung wichtiger Rechtsfragen). Das Plenum ist für organisatorische Fragen zuständig (Art. 26 EMRK).

Neben dem neuen Gerichtshof besteht weiterhin das Ministerkomitee des Europarates als Konventionsorgan mit „politischem Einschlag“. Das Ministerkomitee kann beim Gerichtshof die Erstattung eines Rechtsgutachtens zu Konventionsfragen beantragen (Art. 47 EMRK). Es wacht über die Durchführung von endgültigen Urteilen des Gerichtshofs (Art. 46 Abs. 2 EMRK).

## 2.4 Das Verhältnis der Schweiz zu EU und Europarat

Exzerpt aus: Ulrich Häfelin, Walter Haller, Helen Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7. Aufl., Zürich 2008. S. 58 – 60.

58

### I. Ausrichtung auf Europa

- 192 Neben den eigenständigen Strukturprinzipien der schweizerischen Staats- und Verfassungsordnung spielen die Verbundenheit mit Europa und die Ausrichtung auf das europäische Recht eine immer wichtigere Rolle.
- 193 Bedeutende Schritte auf dem Weg zu einer stärkeren Einbindung der Schweiz in Europa bildeten der *Beitritt zum Europarat* (Satzungen des Europarates vom 5. Mai 1949 [SR 0.192.030]) im Jahr 1963 sowie die 1974 erfolgte Ratifikation der *Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK [SR 0.101])*, deren Grundrechte in gleicher Weise verbindlich und unmittelbar anwendbar sind wie die Grundrechte der Bundesverfassung (vgl. N. 235 ff.). Entsprechend berücksichtigt das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zu den Grundrechten auch die Praxis der Europäischen Kommission für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (die 1998 durch den [neuen] Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte abgelöst wurden; vgl. N. 237), was mittelbar zu einer Harmonisierung mit der Verfassungsrechtsprechung anderer Mitgliedstaaten des Europarates beiträgt.
- 194 Im Rahmen der *Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE; bis 1994 KSZE [Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa])*, die als Instrument europäischer Friedenspolitik zunehmende Bedeutung erlangt, hat die Schweiz von Anfang an, seit der ersten Zusammenkunft in Helsinki im Jahr 1973, tatkräftig mitgewirkt.
- 195 Auf dem Gebiet der Aussenwirtschaft ermöglichten die Gründung der *Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA)* im Jahr 1960 (Übereinkommen zur Errichtung der EFTA vom 4. Januar 1960 [SR 0.632.31]) und das *Freihandelsabkommen mit der Europäischen Gemeinschaft* von 1972 (Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 22. Juli 1972 [SR 0.632.401]) eine Teilnahme der Schweiz an der europäischen Zusammenarbeit.
- 196 Um die Schweiz an der Verstärkung der wirtschaftlichen Integration teilhaben zu lassen, unterzeichnete der Bundesrat das *Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR)*, das die zwölf Mitglieder der EG und die sieben Länder der EFTA am 2. Mai 1992 abschlossen, um einen gemeinsamen Binnenmarkt zu schaffen. Das EWR-Abkommen wurde am 9. Oktober 1992 von der Bundesversammlung genehmigt (BBl 1992 IV 56) und anschliessend dem obligatorischen Referendum unterstellt (vgl. dazu N. 1910). Zur gleichen Zeit stellte der Bundesrat auch ein EU-Beitritts-gesuch (N. 198). Nach einer heftig geführten Abstimmungskampagne, in der die Frage des Beitritts zur EU und zum EWR-Abkommen stark vermischt wurden, lehnte das Volk den EWR-Beitritt knapp (50,3% Nein-Stimmen) ab, die Stände dagegen verwarfen die Vorlage deutlich. Das Nein zum EWR vom 6. Dezember 1992 bedeutete die wichtigste aussenpolitische Weichenstellung der Schweiz der 90er Jahre.
- 197 Nach dem negativen Entscheid änderte die Schweiz ihre europapolitische Maxime und schlug den Weg des *Bilateralismus* ein. Im Jahr 1999 konnten sieben

bilaterale Abkommen («Bilaterale I») abgeschlossen werden. Sie betrafen die wissenschaftliche und technologische Zusammenarbeit, das öffentliche Beschaffungswesen, den Abbau von technischen Handelshemmnissen, den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, den Luftverkehr, den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse sowie den freien Personenverkehr (vgl. BBl 1999, 6489 ff.). Die Verträge, die ein Gesamtpaket bilden, wurden im Oktober 1999 von der Bundesversammlung genehmigt und, nachdem das Referendum ergriffen worden war, in der Abstimmung vom 21. Mai 2000 vom Volk klar angenommen (im Verhältnis 2 zu 1, vgl. BBl 2000, 3773). Rat und Parlament der EU stimmten in der Folge diesen Abkommen zu. Für das besonders wichtige Abkommen über die Personenfreizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA), das in der Form eines gemischten Abkommens mit der EU und den Mitgliedstaaten geschlossen worden war, bedurfte es der Genehmigung durch die Mitgliedstaaten der EU. Nachdem diese erfolgt war, konnten die Verträge ratifiziert und auf den 1. Juni 2002 in Kraft gesetzt werden.

Die zweiten bilateralen Verhandlungen («Bilaterale II») konnten im April 2004 abgeschlossen werden. Daraus resultierten acht Verträge sowie Vereinbarungen zur Ausdehnung der Personenfreizügigkeit auf die zehn neuen EU-Mitglieder und zum finanziellen Beitrag der Schweiz zur Kohäsion innerhalb der erweiterten EU. Bei den Verträgen handelt es sich teilweise um wenig umstrittene «left-overs», die im Rahmen der «Bilateralen I» nicht geregelt werden konnten; sie betreffen Fragen wie Umwelt, Medien, Bildung, Statistik, Landwirtschaftsprodukte sowie die Vermeidung der Doppelbesteuerung von Ruhegehältern der in der Schweiz wohnhaften pensionierten Beamten der EU. Zu den hart umstrittenen Verhandlungsgegenständen gehörten die Dossiers über Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung. Auf Wunsch der Schweiz wurde ein Einbezug der Schweiz in die im Rahmen der EU erfolgende polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit vereinbart (Vertragswerke von Schengen und Dublin). Im Oktober 2004 verabschiedete der Bundesrat seine Botschaft zum zweiten bilateralen Vertragspaket (BBl 2004, 5965 ff.). Die Räte behandelten das Geschäft in der Dezembersession 2004. Im Fall der Dossiers Schengen/Dublin kam das Referendum zustande. Das Volk nahm die Vorlage deutlich mit 54,6% Ja-Stimmen an. Die schweizerische Beteiligung an Schengen/Dublin muss als bedeutender Schritt im Annäherungsprozess der Schweiz an die EU gewertet werden. Im Vergleich zu den anderen bilateralen Abkommen stellen die Abkommen zu Schengen und Dublin qualitativ etwas Neues dar, weil sie der Schweiz eine Anbindung an das Europa der Freiheit, Sicherheit und des Rechts ermöglichen.

Die Frage eines *Beitritts der Schweiz zur Europäischen Union* wird in der schweizerischen Bevölkerung sehr kontrovers beurteilt. Ein vom Bundesrat eingereichtes Gesuch zur Eröffnung von Beitrittsverhandlungen (vgl. BBl 1992 III 1185 ff.) war mit der Ablehnung des EWR-Beitritts gegenstandslos geworden. Eine zustande gekommene Volksinitiative «Ja zu Europa» (vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 27. Januar 1999 in BBl 1999, 3830 ff.), welche das Beitrittsgesuch «ohne Verzug» reaktivieren wollte, wurde am 4. März 2001 klar abgelehnt (nur 23,3% Ja-

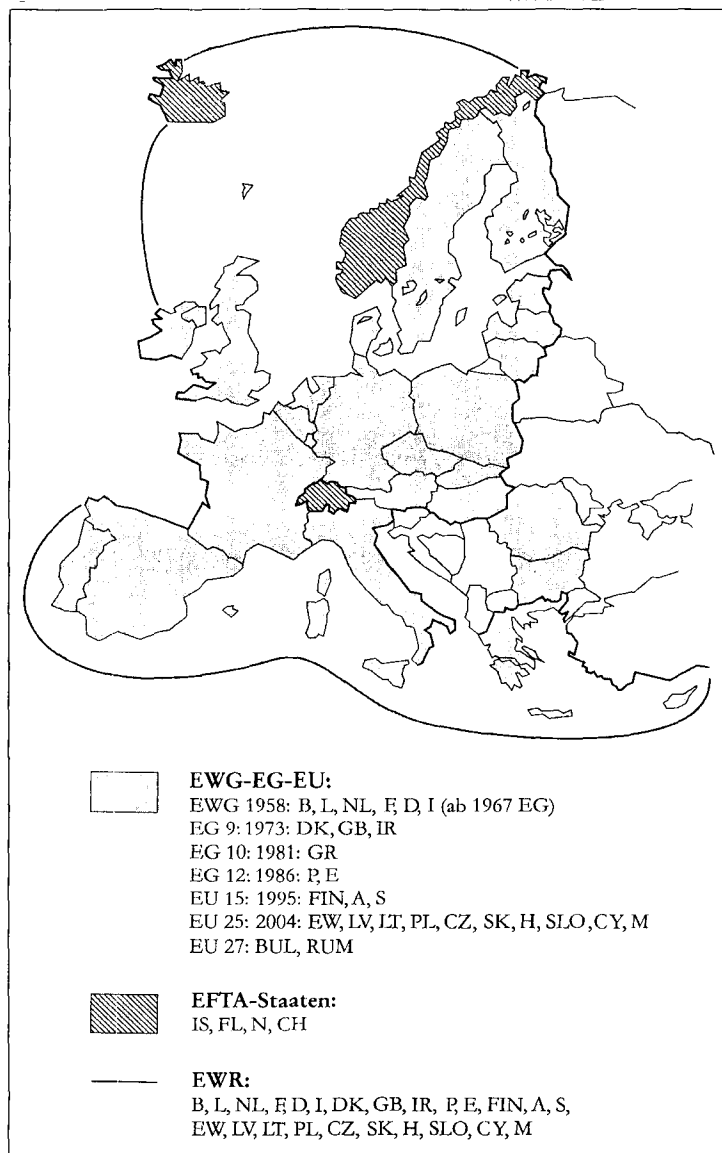
197a

198

Stimmen; ablehnende Mehrheiten in sämtlichen Kantonen). Im Europabericht von 2006 erklärt der Bundesrat, dass das sistierte Beitritts-gesuch nicht zurückgezogen werden soll; der Beitritt zur EU wird als langfristiges Ziel betrachtet (vgl. BBl 2006, 6815 ff., 6982).

199 Obwohl nicht mit einem baldigen Beitritt der Schweiz zur EU gerechnet werden kann, ist es sinnvoll, sich zu vergegenwärtigen, welches die *Auswirkungen eines EU-Beitritts auf die Grundelemente der schweizerischen Verfassungsordnung* wären. Ein Beitritt zur EU wäre einerseits mit der Übertragung staatlicher Hoheitsrechte auf supranationale Organe verbunden. Dies würde sowohl die Kompetenzen des Parlaments begrenzen, als auch den Anwendungsbereich der demokratischen Rechte – des Referendums und der Volksinitiative – einschränken, wobei sich diese Beschränkungen vor allem auf Bundesebene und weniger auf kantonaler Ebene auswirken würden. Andererseits könnte die Schweiz in den Organen der EG/EU an der Gestaltung des europäischen Rechts aktiv mitwirken (anstatt das Gemeinschaftsrecht «autonom» nachzuvollziehen, wozu in gewissen Bereichen geradezu ein Sachzwang besteht, um aus dem «Alleingang» drohende Nachteile in Grenzen zu halten). Bei Zugrundelegung der gegenwärtigen Strukturen der EU würde vor allem der Einfluss des Bundesrates auf die Rechtsetzung vergrössert, da Verordnungen und Richtlinien der EU auf Antrag der Kommission vom Ministerrat, von der Versammlung der zuständigen Fachminister der Mitgliedstaaten, teilweise unter Mitwirkung des Europäischen Parlaments, erlassen werden. Dies wiederum dürfte eine Regierungsreform notwendig machen: Der Bundesrat müsste in der Lage sein, die zusätzlichen Aufgaben in Brüssel zu bewältigen, und es müssten neue Formen der Kooperation zwischen Bundesversammlung und Bundesrat gesucht werden, die trotz Fehlens eines parlamentarischen Regierungssystems eine stärkere Verankerung der bundesrätlichen Europapolitik im Parlament gewährleisten würden. Ferner müssten im Verhältnis Bund – Kantone Formen der Zusammenarbeit entwickelt werden, die eine substanzielle Mitsprache der Kantone bei der Vorberatung von EU-Vorlagen und bei der Ausführung des Gemeinschaftsrechts sicherstellen. Schliesslich käme das Bundesgericht nicht darum herum, den Vorrang des EU-Rechts gegenüber Bundesgesetzen durchzusetzen.

199a Wenn auch ein EU-Beitritt in absehbarer Zeit als nicht realistisch erscheinen mag, muss man sich bewusst sein, dass der eingeschlagene Weg des Bilateralismus wohl an seiner Grenze angelangt ist. In jüngster Zeit ist immer häufiger deutlich geworden, dass sich bei den bilateralen Verhandlungen nicht zwei gleich mächtige Partner gegenüberstehen, sondern David und Goliath. Schliesslich ist davon auszugehen, dass die EU ein allfälliges Paket von neuen Veträgen («Bilaterale III») von der Lösung des Steuerstreites abhängig machen würde.





### 3. Völkerrecht

#### 3.1 Begriff des Völkerrechts

Völkerrecht regelt die Beziehungen von Staaten zueinander. In der klassischen Auffassung von Völkerrecht waren sogar nur Staaten Rechtssubjekte des Völkerrechts. In der Gegenwart wurde diese Auffassung erweitert. Heute zählen auch internationale Organisationen und natürliche Personen zu den Völkerrechtssubjekten. Die Rechtssubjektivität von natürlichen Personen im Völkerrecht ist ein Produkt einer der wichtigsten Entwicklungen des modernen Völkerrechts, der steigenden Bedeutung von Menschenrechten.

#### 3.2 Geschichte

Schon in der Antike wurden die Verhältnisse von einzelnen Gemeinschaften durch Verträge geregelt (z.B. die Beziehungen der antiken griechischen Stadtstaaten). Der Beginn der Entwicklung des Völkerrechts als eigenständige Rechtsordnung wird aber gemeinhin in der Neuzeit (16./17. Jahrhundert) angesetzt. Die Neukonzeption des Völkerrechts ist in die Naturrechtstradition eingebunden (z.B. bei Hugo Grotius (1583 – 1645)). Aus einer naturrechtlich orientierten Sicht ist Rechtsquelle das von den Menschen erkennbare, aber nicht von ihnen geschaffene natürliche Recht. Im Zuge der Entwicklung wurde die Staatenpraxis als Rechtsquelle allerdings immer bedeutender und verdrängte das Naturrecht. Die Zustimmung der souveränen Staaten – ausdrücklich in Verträgen oder konkludent in ihrer Praxis - wurde stattdessen als Hauptquelle von verbindlichem Völkerrecht angesehen.

Eine erste zentrale Station der modernen Völkerrechtsgeschichte bildet der *Westfälische Friede*, der den Dreissigjährigen Krieg (1618 – 1648) beendete und einen vertraglichen Interessenausgleich der europäischen souveränen Staaten schuf. Die Entstehung dieser Staaten vom 15. – 17. Jahrhundert und nicht zuletzt ihre rivalisierenden Machtansprüche bilden einen wichtigen Hintergrund der Entwicklung des Völkerrechts. Das Vertragswerk regelte die Beziehungen von Katholizismus und Protestantismus und schuf das sog. Westfälische System: internationale Beziehungen einer Vielzahl souveräner Einzelstaaten aufgrund von ihnen selbst geschaffenen Rechts ohne ihnen übergeordnete Autorität.

Die *Schlussakte des Wiener Kongresses* (1815) bedeutete das formelle Ende der napoleonischen Kriege. Sie schuf ein differenziertes, multilaterales System der Regelung der Beziehungen der europäischen Staaten, das bis zum 1. Weltkrieg (1914 – 1918) fortwirkte („Konzert der Mächte“). Das System diente politisch dem Schutz des monarchischen Prinzips und der

Abwehr von demokratischen Bestrebungen in Frankreich, Österreich, Russland und den deutschen, aber auch anderen europäischen Staaten.

Die europäischen Grossmächte und die USA verkehrten miteinander auf der Grundlage der souveränen Gleichheit. Gegenüber anderen Staaten oder politischen Gemeinschaften (in Asien, Afrika, Südamerika) wurde diese Gleichheit nicht gewahrt. Die Vorherrschaft der europäischen Staaten und der USA wurde völkerrechtlich mit verschiedenen Mitteln gesichert (z. B. Verträge, die Sonderrechte für Ausländer schufen oder rechtliche Instrumente zur Absicherung der Kolonisation).

Der *Völkerbund* (1920 - 1946) wurde mit dem Versailler Friedensvertrag errichtet. Der Völkerbund bildete den Versuch, durch eine internationale Organisation zwischenstaatliche Streitigkeiten beizulegen und kriegerische Auseinandersetzungen zu verhindern. Ein Verbot von Kriegen oder gar allgemein von Gewalt sah das Völkerbundsystem aber nicht vor. Mit ihm beginnt auch das Recht der internationalen Organisationen, das heute einen wesentlichen Teil des Völkerrechts ausmacht. Durch den Völkerbund wurde der Ständige Internationale Gerichtshof und damit das erste internationale Gericht geschaffen, das alle Staaten zur Beilegung von Streitigkeiten anrufen konnten. Die Instrumente des Minderheitenschutzes in Ost- und Südosteuropa und die Überwachung nicht selbstständiger Territorien (Mandate) werden als Anfänge eines völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes interpretiert.

Der Völkerbund hat nicht verhindert, dass der 2. Weltkrieg ausbrach, was weithin als Versagen seiner Strukturen interpretiert wird. Bei der Beurteilung des Völkerbundes darf aber nicht vergessen werden, dass er immerhin einen bedeutenden Versuch bildete, neue Formen der internationalen Kooperation zu schaffen.

Die *Vereinten Nationen* (*United Nations*) wurden 1945 gegründet. Sie bilden eine internationale Organisation, der heute 192 Staaten angehören (zur Struktur s. u.) Die Schweiz wurde 2002 Mitglied. Mit der Dekolonisation der Nachkriegszeit veränderte sich das Kräfteverhältnis der internationalen Gemeinschaft, da neue Staaten begannen, diese mitzuprägen. Der Kalte Krieg führte bis 1989 zu Polarisierungen und tiefen Konflikten. Seit dem Ende des Kalten Krieges hat der völkerrechtliche Menschenrechtsschutz manche Stärkung erfahren, nicht zuletzt durch den vergrösserten Einfluss von Nichtregierungsorganisationen, die für die Rechte von Individuen eintreten. Auch andere Elemente der Völkerrechtsordnung wurden ausgebaut. Allerdings wird das multilaterale System der Vereinten Nationen durch unilaterale Akte von einzelnen Staaten geschwächt (z.B. der Krieg der USA im Irak). Der sog. „War against terror“ stellt die Völkerrechtsordnung vor grosse Herausforderungen, vor allem Sicherheit zu gewährleisten, ohne die Errungenschaften erreichter Menschenrechtsstandards aufzugeben.

### **3.3 Rechtsquellen des Völkerrechts**

Die Rechtsquellen des Völkerrechts werden in Art. 38 Abs. 1 des Statuts des Internationalen Gerichtshof aufgelistet:

- internationale Übereinkünfte allgemeiner oder besonderer Natur, in denen von den streitenden Staaten ausdrücklich anerkannte Regeln festgelegt sind (lit a);
- das internationale Gewohnheitsrecht als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung (lit b);
- die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze (lit c.)

Es ist strittig, ob diese Liste abschliessend ist oder ob noch andere Rechtsquellen bestehen, z.B. einseitige Akte. Die in Art. 38 Abs. 1 lit d genannten richterlichen Entscheidungen und Lehrmeinungen der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen bilden keine Rechtsquellen, sondern Rechtserkenntnisquellen. Es sind Hilfsmittel, um festzustellen, ob eine bestimmte Norm Teil des Völkerrechts ist.

### **3.4 Monismus und Dualismus**

Monismus und Dualismus bilden zwei Grundkonzeptionen des Verhältnisses von Völkerrecht und nationalem Recht. Der Monismus geht davon aus, dass Völkerrecht und nationales Recht eine Einheit bilden. Völkerrechtliche Normen bedürfen in monistischen Systemen keiner Übertragung in das innerstaatliche Recht. Sie sind unmittelbar anwendbar. In einem dualistischen System müssen die völkerrechtlichen Normen dagegen erst in innerstaatliches Recht umgesetzt werden, um Verbindlichkeit zu erlangen.

### **3.5 Die Vereinten Nationen**

*Exzerpt aus: Juliane Kokott, Karl Doehring, Thomas Buegenthal, Grundzüge des Völkerrechts, 3. Aufl., Heidelberg/St. Gallen 2003. Rn 71 – 86.*

## Internationale Organisationen

### I. Einführung

Die folgende Darstellung soll den Leser in die rechtliche Struktur, die Funktion und Rolle zwischenstaatlicher internationaler Organisationen einführen. Diese Organisationen sind von den nicht-staatlichen Organisationen (Non-Governmental Organizations) zu unterscheiden. Die letztgenannten, die äußerst zahlreich sind, werden zum Teil weltweit tätig und sind zum Teil weltbekannt wie z.B. amnesty international, die International Law Association und das Internationale Komitee vom Roten Kreuz. Diese Organisationen werden nach innerstaatlichem Recht gegründet und unterliegen innerstaatlichem Recht. Obgleich die nicht-staatlichen Organisationen nicht Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung sind, muss festgestellt werden, dass viele von ihnen eine wichtige Rolle bei der Förderung und Einhaltung des Völkerrechts spielen; zum Teil wird ihnen sogar Völkerrechtssubjektivität zuerkannt. Auch Art. 71 der Charta der Vereinten Nationen nimmt auf sie Bezug. 71

*Internationale Organisationen* werden durch einen völkerrechtlichen Vertrag gegründet und unterstehen unmittelbar der Völkerrechtsordnung. Sie haben *internationale Rechtspersönlichkeit*, um die ihnen übertragenen Funktionen auszuüben und sind *insoweit Völkerrechtssubjekte* (Advisory Opinion on Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, ICJ Rep. 1949, S. 3). Das gilt jedenfalls gegenüber den sie anerkennenden Staaten, wobei diese Relativierung nicht die Vereinten Nationen betrifft. Internationale Organisationen müssen einem bestimmten Zweck dienen und über eine institutionelle Struktur verfügen. Regelmäßig haben sie ein ständiges Sekretariat, ein Plenarorgan und eventuell noch ein enger zusammengesetztes Exekutivorgan zuzüglich in neuerer Zeit oft noch ein Streitschlichtungsorgan. Die Mitgliedschaft internationaler Organisationen setzt sich meist im wesentlichen aus Staaten zusammen. Internationale Organisationen können aber auch ausschließlich von anderen Organisationen gegründet werden und ha-

35

### 5. Kapitel Internationale Organisationen

ben dann keine Staaten als Mitglieder (*H. Schermers/N. Blokker*, International Institutional Law, 3. Aufl. 1995, § 81). Wesentlich ist nur, dass die *Mitglieder Völkerrechtssubjekte* sind und nicht nur Privatpersonen oder privatrechtliche Vereinigungen nach nationalem Recht. Hierin liegt gerade der Unterschied zwischen sog. Governmental und Non-Governmental Organizations.

- 73 Internationale Organisationen haben eine verhältnismäßig junge Geschichte. Die ältesten Organisationen stammen aus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, so die Internationale Telegraphen-Union (1865) und der Weltpostverein (1874). Der Völkerbund, die Internationale Arbeitsorganisation und eine Reihe anderer kleinerer Organisationen wurden nach dem Ersten Weltkrieg gegründet. Die Vereinten Nationen und die meisten der heute bestehenden funktionalen und regionalen Organisationen entstanden nach dem Zweiten Weltkrieg. Die gewaltige Vermehrung der internationalen Organisationen ist das Ergebnis der ständig wachsenden Einsicht der Staaten in die internationalen Dimensionen der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Probleme, denen sie sich gegenübersehen, und in die Notwendigkeit der internationalen Kooperation bei ihrer Lösung. Die Funktionen, Befugnisse und die Struktur der heutigen internationalen Organisationen spiegeln die Spannung wider, die zwischen der Realität internationaler Interdependenz und dem Zögern der Staaten besteht, staatliche Macht zugunsten dieser Organisationen aufzugeben oder einzuschränken.

Lit. zu I.: C. F. Amerasinghe, Principles of the Institutional Law of International Organizations, 1996; R. L. Bindschedler, International Organizations, General Aspects, EPIL II, 1995, S. 1289–1309; H. F. Köck/P. Fischer, Das Recht der Internationalen Organisationen, 3. Aufl. 1997; H. Schermers/N. Blokker, International Institutional Law, 3. Aufl. 1995; I. Seidl-Hohenveldern/G. Loibl, Das Recht der Internationalen Organisationen, einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften, 7. Aufl. 2000.

## II. Die Vereinten Nationen

### 1. Die Charta der Vereinten Nationen

74 Die Vereinten Nationen entstanden am 24. Oktober 1945 mit dem Inkrafttreten ihrer Charta, die ein *multilateraler, rechtsetzender Vertrag* und zugleich die *Verfassung der Organisation* ist. Zum Zeit-

36

Die Vereinten Nationen II.

punkt ihrer Gründung hatten die Vereinten Nationen 51 Mitgliedstaaten. Seitdem hat sich ihre Zahl nahezu vervierfacht, und zu den Vereinten Nationen zählen heute fast alle unabhängigen Staaten der Welt. Nur Taiwan und der Vatikan sind nicht Mitglied der Vereinten Nationen.

### 2. Wesen und Funktion

Die Vereinten Nationen sind sowohl im Hinblick auf ihre Mitgliedschaft als auch auf die Ausrichtung der von ihnen zu verfolgenden Ziele eine universelle Organisation. Zu den von der Organisation übernommenen *Aufgaben* gehören

- die Verantwortung für die Erhaltung des Weltfriedens;
- die Entwicklung freundschaftlicher Beziehungen zwischen den Nationen;
- die Herbeiführung einer internationalen Zusammenarbeit, um internationale Probleme wirtschaftlicher, sozialer, kultureller und humanitärer Art zu lösen;
- die Förderung der Menschenrechte und Grundfreiheiten unter Ausschaltung jeglicher Diskriminierung (Art. 1 UN-Charta).

Bei der Erfüllung dieser Aufgaben dürfen die Vereinten Nationen nicht in Angelegenheiten eingreifen, die „ihrem Wesen nach zur inneren Zuständigkeit“ eines Staates gehören (Art. 2 Abs. 7 UN-Charta). Sinn und Bedeutung dieses Verbots wurden ausgiebig von Rechtsgelehrten und Diplomaten erörtert. Es hat sich jedoch nicht als schwerwiegendes Hindernis für die Aktivitäten der Vereinten Nationen herausgestellt, obwohl man sich in Debatten im Rahmen der Organe der Vereinten Nationen häufig auf diesen Ausschluss der inneren Angelegenheiten beruft (F. Ermacora, in: B. Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 2. Aufl. 2002, zu Art. 2 (7)).

### 3. Völkerrechtlicher Vorrang der Charta

Die Charta der Vereinten Nationen enthält eine *Vorrangklausel*, wonach die in ihr enthaltenen Verpflichtungen Vorrang haben, wenn sie den Verpflichtungen der Mitglieder der Vereinten Nationen aus anderen internationalen Übereinkünften widersprechen sollten

37

(Art. 103 UN-Charta). Diese Bestimmung verleiht der Charta der Vereinten Nationen einen besonderen Rang, der in etwa mit dem einer nationalen Verfassung im innerstaatlichen Recht vergleichbar ist.

#### 4. Die Organe der Vereinten Nationen

- 77 Als Hauptorgane der Vereinten Nationen nennt die Charta die Generalversammlung, den Sicherheitsrat, den Wirtschafts- und Sozialrat, den Treuhandrat, den Internationalen Gerichtshof und das Sekretariat. Hinzu kommen zahlreiche Nebenorgane. Die *Generalversammlung* ist das einzige Organ der Vereinten Nationen, in dem alle Mitgliedstaaten das Recht haben, vertreten zu sein und abzustimmen. Die Versammlung hat unbeschränkte Vollmacht in dem Sinne, dass sie „alle Fragen und Angelegenheiten erörtern kann, die in den Rahmen dieser Charta fallen“ (Art. 10 UN-Charta). Eine gewisse Einschränkung erfährt diese Allzuständigkeit dadurch, dass die Funktion des Sicherheitsrats beachtet werden muss (Art. 12 UN-Charta). Der *Sicherheitsrat* hat „die Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit“ (Art. 24 Abs. 1 UN-Charta). Er besteht aus 15 Mitgliedstaaten, wovon 5 ständige Mitglieder sind (China, Frankreich, die Russische Föderation, Großbritannien und die USA); die übrigen Mitglieder werden jeweils für 2 Jahre nach einer Formel gewählt, die eine angemessene geographische Repräsentation gewährleisten soll.
- 78 Der *Wirtschafts- und Sozialrat (ECOSOC)* besteht aus 54 Mitgliedstaaten, die von der Generalversammlung für jeweils 3 Jahre gewählt werden. Um seine Aufgaben im wirtschaftlichen, sozialen und humanitären Bereich wahrzunehmen, hat der ECOSOC eine Vielzahl von Nebenorganen mit besonderen Kompetenzen auf diesen Gebieten eingesetzt. Darunter befinden sich regionale Wirtschaftskommissionen und Gremien, einschließlich der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen und der Kommission über die Stellung der Frau. Zu Beginn der Tätigkeit der Vereinten Nationen überwachte der *Treuhandrat* die Verwaltung vieler sog. Hoheitsgebiete ohne Selbstverwaltung. Heute sind diese ehemaligen Hoheitsgebiete unabhängige Staaten und der Treuhandrat ist funktionslos.

38

#### Die Vereinten Nationen II.

Die Charta bestimmt, „das Sekretariat besteht aus einem Generalsekretär und den sonstigen von der Organisation benötigten Bediensteten“ (Art. 97 UN-Charta). Der Generalsekretär wird von der Generalversammlung für 5 Jahre auf Empfehlung des Sicherheitsrats gewählt. Er kann nur mit der Zustimmung der 5 ständigen Mitglieder des Sicherheitsrats gewählt werden, da jedes von ihnen von dem Vetorecht Gebrauch machen kann (Art. 27 Abs. 3 UN-Charta). Zusätzlich zu seiner Funktion als Verwaltungschef der Organisation kann der Generalsekretär „die Aufmerksamkeit des Sicherheitsrats auf jede Angelegenheit lenken, die nach seinem Dafürhalten geeignet ist, die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit zu gefährden“ (Art. 99 UN-Charta). Dieses Initiativrecht ist politisch sehr bedeutsam. 79

Der *Internationale Gerichtshof* ist das Hauptorgan der Vereinten Nationen für die Rechtspflege (Art. 92 UN-Charta). Seine Funktionen werden unten in Kap. 5 beschrieben. 80

#### 5. Die Abstimmungsverfahren

Die Abstimmungsverfahren in der *Generalversammlung* weichen 81 von denjenigen im Sicherheitsrat ab. Art. 18 der Charta, der das Verfahren regelt, unterscheidet zwischen „wichtigen Fragen“ und „anderen Fragen“. Beschlüsse über „wichtige Fragen“ bedürfen einer Zweidrittelmehrheit der anwesenden und abstimmenden Mitglieder, während diejenigen über „andere Fragen“ nur ein einfaches Mehrheitsvotum erfordern. Die Charta sieht die Möglichkeit der ausdrücklichen Bezeichnung von Fragen als „wichtig“ vor, in dem sie die Versammlung ermächtigt, weitere Gruppen von Fragen mit Zweidrittelmehrheit so zu qualifizieren (Art. 18 Abs. 3 UN-Charta).

Die Vorschriften über die Abstimmung im Sicherheitsrat unterscheiden zwischen „Verfahrensregeln“ und „allen sonstigen Fragen“. Beschlüsse über Angelegenheiten nicht-verfahrensrechtlicher Art bedürfen der Zustimmung von 9 Mitgliedern „einschließlich sämtlicher ständiger Mitglieder“ (Art. 27 Abs. 3 UN-Charta). Nach dieser Regel kann jedes der 5 ständigen Mitglieder sein Veto gegen jede Frage einlegen, die nicht das „Verfahren“ betrifft. Die

Charta definiert weder den Begriff der „Verfahrensfrage“ noch bezeichnet sie die Gruppen von Fragen nicht-verfahrensrechtlicher Art. Die Praxis des Sicherheitsrats ergibt jedoch, dass Meinungsverschiedenheiten darüber, ob ein Beschluss dem Veto unterliegt, nur verbindlich durch ein Votum entschieden werden können, das der Zustimmung sämtlicher ständiger Mitglieder bedarf. Diese Praxis führt zum sog. *Verfahren des „doppelten Vetos“*. Es erlaubt jedem ständigen Mitglied, sein erstes Veto zur Verhinderung der Zuordnung eines Beschlusses zum „Verfahren“ zu benutzen und das zweite Veto, um den Beschluss selbst scheitern zu lassen. Enthaltungen ständiger Mitglieder werden jedoch nicht als Veto betrachtet. Ebenso wenig hindert die bloße Abwesenheit eines ständigen Mitglieds die Annahme eines Beschlusses durch den Sicherheitsrat. Aus dem Wortlaut der Charta (Art. 27 Abs. 2 und 3) kann diese Schlussfolgerung nicht gezogen werden, denn dort ist die „Zustimmung“ zu einem Beschluss gefordert, doch besteht insoweit eine abweichende Praxis des Organs.

#### 6. Bindender Charakter von Beschlüssen der Vereinten Nationen

- 3 Die *Kompetenz der Generalversammlung*, bindende Beschlüsse zu fassen, ist äußerst begrenzt. Einige ihrer Entscheidungen über Haushaltsfragen sind verbindlich; das gleiche gilt für Anordnungen, die die interne Tätigkeit der Organisation betreffen. Alle anderen Beschlüsse der Generalversammlung sind nicht bindend, sondern haben den Rang von Empfehlungen, zu deren Befolgung die Mitgliedstaaten formell nicht verpflichtet sind (Art. 10 und 14 UN-Charta). Die *Befugnisse des Sicherheitsrats* sind weitergehend. Er kann nicht nur Empfehlungen aussprechen, sondern auch bindende Entscheidungen treffen (Art. 25 UN-Charta; *Advisory Opinion on the Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 296 (1970)*, ICP Rep. 1971, S. 17, 52–53). Die Nichtbeachtung dieser Entscheidungen stellt eine Verletzung der Charta dar und kann, unter bestimmten Umständen, zur Verhängung von Sanktionen führen (Art. 41 und 42 UN-Charta).

40

#### 7. Rechtserzeugende und legislative Tätigkeiten

Die *sachliche Zuständigkeit des Sicherheitsrats* und seine Befugnis, bindende Beschlüsse zu fassen, sind grundsätzlich auf Fragen beschränkt, die den *Weltfrieden* und die *internationale Sicherheit* betreffen. Das bedeutet, dass der Sicherheitsrat keine allgemeine Befugnis zur Rechtserzeugung hat. Die *Generalversammlung* hat dagegen eine *weite sachliche Zuständigkeit*; ihr fehlt jedoch eine formelle gesetzgebende Befugnis, weil ihre *Beschlüsse nicht rechtsverbindlich* sind. Die Generalversammlung spielt aber eine sehr wesentliche Rolle im Rahmen der Vorgänge, die zur Entstehung von Völkerrecht führen, dieses ausgestalten und weiterentwickeln.

Gemäß Art. 13 Abs. 1a der UN-Charta veranlasst die Generalversammlung „*Untersuchungen* und gibt *Empfehlungen* ab, um ... die fortschreitende Entwicklung des Völkerrechts sowie seine Kodifizierung zu begünstigen“. Die Generalversammlung ist dieser Aufgabe auf vielfache Weise nachgekommen. Im Jahre 1947 gründete sie die International Law Commission. Dieses Gremium, das sich aus hervorragenden internationalen Juristen zusammensetzt, hat eine Reihe multilateraler Konventionen entworfen, die heute in Kraft sind, so das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge und die Wiener Diplomatenrechtskonvention. Weltweite Verträge über den internationalen Schutz von Menschenrechten wie die Menschenrechtspakte (unten Kap. 9, II. 4.) und die Konvention der Vereinten Nationen zur Verhinderung von Rassendiskriminierung wurden von der Generalversammlung angenommen und zur Unterzeichnung aufgelegt. Ein großer Teil der bestehenden internationalen Regeln auf dem Gebiet des See- und Weltraumrechts beruht auf der Initiative der Generalversammlung oder auf der Tätigkeit der von ihr einberufenen diplomatischen Konferenzen. Diese Kodifizierungsbemühungen der Generalversammlung haben sehr wesentlich zum Anwachsen und zur Modernisierung von Völkerrechtsregeln beigetragen.

Manche *Beschlüsse* der Generalversammlung werden mittlerweile als Ausdruck des Völkergewohnheitsrechts betrachtet. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. 12. 1948, die von der Generalversammlung in Beschlussform angenommen wurde, wird oft als Beispiel dafür angeführt, dass Beschlüsse der Generalversammlung diesen Rechtscharakter erlangt haben, auch wenn das wohl nicht für alle ihre Teile gilt (siehe allgemein oben Kap. 4). Obwohl die normative Wirkung von Beschlüssen der Vereinten Nationen im einzelnen höchst umstritten ist, spielen sie unzweifelhaft eine *wichtige Rolle im Prozess der internationalen Rechtserzeugung*. So reflektieren und artikulieren mit großer Mehrheit angenommene und wiederholt bestätigte Beschlüsse der Vereinten Nationen fundamentale Prinzipien, über die Einigkeit besteht, und auf deren Basis sich Völkerrechtsregeln entwickeln können und entwickeln. Deshalb ist zwar die Feststellung, dass Beschlüsse der Generalversammlung nicht binden, formell zutreffend. Sie trägt aber wenig zum Verständnis der bedeutenden Auswirkungen bei, die diese Beschlüsse mitunter auf die Entwicklung des Völkerrechts haben.

*Lit. zu II.: J. A. Frowein, United Nations, EPIL, Bd. IV, 2000, S. 272–281; C. Tomuschat (Hrsg.), The United Nations at Age Fifty, 1995; G. Unter, Die UNO, 6. Aufl. 1997; A. Verdross/B. Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, §§ 89–294; R. Wolfrum (Hrsg.), United Nations: Law, Policies and Practice, 1995; B. Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 2. Aufl. 2002.*

## 3.6 Materiale Inhalte

### 3.6.1 Menschenrechte

#### ***Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte***

Resolution 217 A (III) vom 10.12.1948

##### ***Präambel***

*Da die Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet, da die Nichtanerkennung und Verachtung der Menschenrechte zu Akten der Barbarei geführt haben, die das Gewissen der Menschheit mit Empörung erfüllen, und da verkündet worden ist, daß einer Welt, in der die Menschen Rede- und Glaubensfreiheit und Freiheit von Furcht und Not genießen, das höchste Streben des Menschen gilt, da es notwendig ist, die Menschenrechte durch die Herrschaft des Rechtes zu schützen, damit der Mensch nicht gezwungen wird, als letztes Mittel zum Aufstand gegen Tyrannei und Unterdrückung zu greifen, da es notwendig ist, die Entwicklung freundschaftlicher Beziehungen zwischen den Nationen zu fördern, da die Völker der Vereinten Nationen in der Charta ihren Glauben an die grundlegenden Menschenrechte, an die Würde und den Wert der menschlichen Person und an die Gleichberechtigung von Mann und Frau erneut bekräftigt und beschlossen haben, den sozialen Fortschritt und bessere Lebensbedingungen in größerer Freiheit zu fördern, da die Mitgliedstaaten sich verpflichtet haben, in Zusammenarbeit mit den Vereinten Nationen auf die allgemeine Achtung und Einhaltung der Menschenrechte und Grundfreiheiten hinzuwirken, da ein gemeinsames Verständnis dieser Rechte und Freiheiten von größter Wichtigkeit für die volle Erfüllung dieser Verpflichtung ist, verkündet die Generalversammlung diese Allgemeine Erklärung der Menschenrechte als das von allen Völkern und Nationen zu erreichende gemeinsame Ideal, damit jeder einzelne und alle Organe der Gesellschaft sich diese Erklärung stets gegenwärtig halten und sich bemühen, durch Unterricht und Erziehung die Achtung vor diesen Rechten und Freiheiten zu fördern und durch fortschreitende nationale und internationale Maßnahmen ihre allgemeine und tatsächliche Anerkennung und Einhaltung durch die Bevölkerung der Mitgliedstaaten selbst wie auch durch die Bevölkerung der ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Gebiete zu gewährleisten.*

##### ***Artikel 1***

*Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geist der Brüderlichkeit begegnen.*

##### ***Artikel 2***

*Jeder hat Anspruch auf die in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Überzeugung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand. Des weiteren darf kein Unterschied gemacht werden auf Grund der politischen, rechtlichen oder internationalen Stellung des Landes oder Gebiets, dem eine Person angehört, gleichgültig ob dieses unabhängig ist, unter Treuhandschaft steht, keine Selbstregierung besitzt oder sonst in seiner Souveränität eingeschränkt ist.*

##### ***Artikel 3***

*Jeder hat das Recht auf Leben, Freiheit und Sicherheit der Person.*

##### ***Artikel 4***

*Niemand darf in Sklaverei oder Leibeigenschaft gehalten werden; Sklaverei und Sklavenhandel sind in allen ihren Formen verboten.*

##### ***Artikel 5***

*Niemand darf der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden.*



**Artikel 6**

*Jeder hat das Recht, überall als rechtsfähig anerkannt zu werden.*

**Artikel 7**

*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Unterschied Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. Alle haben Anspruch auf gleichen Schutz gegen jede Diskriminierung, die gegen diese Erklärung verstößt, und gegen jede Aufhetzung zu einer derartigen Diskriminierung.*

**Artikel 8**

*Jeder hat Anspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf bei den zuständigen innerstaatlichen Gerichten gegen Handlungen, durch die seine ihm nach der Verfassung oder nach dem Gesetz zustehenden Grundrechte verletzt werden.*

**Artikel 9**

*Niemand darf willkürlich festgenommen, in Haft gehalten oder des Landes verwiesen werden.*

**Artikel 10**

*Jeder hat bei der Feststellung seiner Rechte und Pflichten sowie bei einer gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Beschuldigung in voller Gleichheit Anspruch auf ein gerechtes und öffentliches Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht.*

**Artikel 11**

*1. Jeder, der wegen einer strafbaren Handlung beschuldigt wird, hat das Recht, als unschuldig zu gelten, solange seine Schuld nicht in einem öffentlichen Verfahren, in dem er alle für seine Verteidigung notwendigen Garantien gehabt hat, gemäß dem Gesetz nachgewiesen ist.*

*2. Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Ebenso darf keine schwerere Strafe als die zum Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung angedrohte Strafe verhängt werden.*

**Artikel 12**

*Niemand darf willkürlichen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes ausgesetzt werden. Jeder hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen.*

**Artikel 13**

*1. Jeder hat das Recht, sich innerhalb eines Staates frei zu bewegen und seinen Aufenthaltsort frei zu wählen.*

*2. Jeder hat das Recht, jedes Land, einschließlich seines eigenen, zu verlassen und in sein Land zurückzukehren.*

**Artikel 14**

*1. Jeder hat das Recht, in anderen Ländern vor Verfolgung Asyl zu suchen und zu genießen.*

*2. Dieses Recht kann nicht in Anspruch genommen werden im Falle einer Strafverfolgung, die tatsächlich auf Grund von Verbrechen nichtpolitischer Art oder auf Grund von Handlungen erfolgt, die gegen die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen verstoßen.*

**Artikel 15**

*1. Jeder hat das Recht auf eine Staatsangehörigkeit.*

*2. Niemandem darf seine Staatsangehörigkeit willkürlich entzogen noch das Recht versagt werden, seine Staatsangehörigkeit zu wechseln.*

**Artikel 16**

*1. Heiratsfähige Frauen und Männer haben ohne Beschränkung auf Grund der Rasse, der Staatsangehörigkeit oder der Religion das Recht zu heiraten und eine Familie zu gründen. Sie haben bei der Eheschließung, während der Ehe und bei deren Auflösung gleiche Rechte.*

*2. Eine Ehe darf nur bei freier und uneingeschränkter Willenseinigung der künftigen Ehegatten geschlossen werden.*

*3. Die Familie ist die natürliche Grundeinheit der Gesellschaft und hat Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat.*

**Artikel 17**

*1. Jeder hat das Recht, sowohl allein als auch in Gemeinschaft mit anderen Eigentum innezuhaben.*

2. Niemand darf willkürlich seines Eigentums beraubt werden.

#### **Artikel 18**

Jeder hat das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; dieses Recht schließt die Freiheit ein, seine Religion oder Überzeugung zu wechseln, sowie die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung allein oder in Gemeinschaft mit anderen, öffentlich oder privat durch Lehre, Ausübung, Gottesdienst und Kulthandlungen zu bekennen.

#### **Artikel 19**

Jeder hat das Recht auf Meinungsfreiheit und freie Meinungsäußerung; dieses Recht schließt die Freiheit ein, Meinungen ungehindert anzuhängen sowie über Medien jeder Art und ohne Rücksicht auf Grenzen Informationen und Gedankengut zu suchen, zu empfangen und zu verbreiten.

#### **Artikel 20**

1. Alle Menschen haben das Recht, sich friedlich zu versammeln und zu Vereinigungen zusammenzuschließen.
2. Niemand darf gezwungen werden, einer Vereinigung anzugehören.

#### **Artikel 21**

1. Jeder hat das Recht, an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten seines Landes unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter mitzuwirken.
2. Jeder hat das Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern in seinem Lande.
3. Der Wille des Volkes bildet die Grundlage für die Autorität der öffentlichen Gewalt; dieser Wille muß durch regelmäßige, unverfälschte, allgemeine und gleiche Wahlen mit geheimer Stimmabgabe oder in einem gleichwertigen freien Wahlverfahren zum Ausdruck kommen.

#### **Artikel 22**

Jeder hat als Mitglied der Gesellschaft das Recht auf soziale Sicherheit und Anspruch darauf, durch innerstaatliche Maßnahmen und internationale Zusammenarbeit sowie unter Berücksichtigung der Organisation und der Mittel jedes Staates in den Genuß der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen, die für seine Würde und die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlich sind.

#### **Artikel 23**

1. Jeder hat das Recht auf Arbeit, auf freie Berufswahl, auf gerechte und befriedigende Arbeitsbedingungen sowie auf Schutz vor Arbeitslosigkeit.
2. Jeder, ohne Unterschied, hat das Recht auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit.
3. Jeder, der arbeitet, hat das Recht auf gerechte und befriedigende Entlohnung, die ihm und seiner Familie eine der menschlichen Würde entsprechende Existenz sichert, gegebenenfalls ergänzt durch andere soziale Schutzmaßnahmen.
4. Jeder hat das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu bilden und solchen beizutreten.

#### **Artikel 24**

Jeder hat das Recht auf Erholung und Freizeit und insbesondere auf eine vernünftige Begrenzung der Arbeitszeit und regelmäßigen bezahlten Urlaub.

#### **Artikel 25**

1. Jeder hat das Recht auf einen Lebensstandard, der seine und seiner Familie Gesundheit und Wohl gewährleistet, einschließlich Nahrung, Kleidung, Wohnung, ärztliche Versorgung und notwendige soziale Leistungen gewährleistet sowie das Recht auf Sicherheit im Falle von Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität oder Verwundung, im Alter sowie bei anderweitigem Verlust seiner Unterhaltsmittel durch unverschuldete Umstände.
2. Mütter und Kinder haben Anspruch auf besondere Fürsorge und Unterstützung. Alle Kinder, eheliche wie außereheliche, genießen den gleichen sozialen Schutz.

#### **Artikel 26**

1. Jeder hat das Recht auf Bildung. Die Bildung ist unentgeltlich, zum mindesten der Grundschulunterricht und die grundlegende Bildung. Der Grundschulunterricht ist obligatorisch. Fach- und Berufsschulunterricht müssen allgemein verfügbar gemacht werden, und der Hochschulunterricht muß allen gleichermaßen entsprechend ihren Fähigkeiten offenstehen.
2. Die Bildung muß auf die volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und auf die Stärkung der Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten gerichtet sein. Sie muß zu Verständnis, Toleranz und Freundschaft zwischen allen Nationen und allen rassischen oder religiösen Gruppen beitragen und der Tätigkeit der Vereinten Nationen für die Wahrung des Friedens förderlich sein.

3. Die Eltern haben ein vorrangiges Recht, die Art der Bildung zu wählen, die ihren Kindern zuteil werden soll.

**Artikel 27**

1. Jeder hat das Recht, am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben.

2. Jeder hat das Recht auf Schutz der geistigen und materiellen Interessen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen.

**Artikel 28**

Jeder hat Anspruch auf eine soziale und internationale Ordnung, in der die in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten voll verwirklicht werden können.

**Artikel 29**

1. Jeder hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, in der allein die freie und volle Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich ist.

2. Jeder ist bei der Ausübung seiner Rechte und Freiheiten nur den Beschränkungen unterworfen, die das Gesetz ausschließlich zu dem Zweck vorsieht, die Anerkennung und Achtung der Rechte und Freiheiten anderer zu sichern und den gerechten Anforderungen der Moral, der öffentlichen Ordnung und des allgemeinen Wohles in einer demokratischen Gesellschaft zu genügen.

3. Diese Rechte und Freiheiten dürfen in keinem Fall im Widerspruch zu den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen ausgeübt werden.

**Artikel 30**

Keine Bestimmung dieser Erklärung darf dahin ausgelegt werden, daß sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person irgendein Recht begründet, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung zu begehen, welche die Beseitigung der in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten zum Ziel hat.

Exzerpt aus: *Juliane Kokott, Karl Doehring, Thomas Buegenthal, Grundzüge des Völkerrechts, 3. Aufl., Heidelberg/St. Gallen 2003. Rn 243 – 263.*

9. Kapitel

**Die Rechte der Individuen**

**I. Einführung**

243 Die nachfolgende Betrachtung befasst sich mit dem Schutz der Menschenrechte und also dem der Einzelperson geltenden Völkerrecht (s. allg. T. Buergenthal/D. Shelton/D. Stewart, *International Human Rights in a Nutshell*, 2002). Das für diesen Bereich maßgebliche Recht entwickelte sich aus zwei verschiedenen Zweigen des Völkerrechts: den internationalen Menschenrechten und dem Recht der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten für Rechtsverletzungen gegenüber Fremden, dem sog. *Fremdenrecht*. Obwohl es richtig ist, dass die wesentlichen Rechte, die in diesen beiden Fällen geschützt werden, sich in den letzten Jahrzehnten einander angenähert haben, gibt es weiterhin bedeutende Unterschiede zwischen ihnen, je nach der Eigenart des Rechtsinstituts, mit dessen Hilfe die Rechte durchgesetzt werden sollen, weshalb die internationalen Menschenrechte und das Fremdenrecht gesondert behandelt werden.

244 Die beiden so angedeuteten Rechtszweige unterscheiden sich in einer wesentlichen Beziehung: das *Fremdenrecht* schützt Individuen gegen die Verletzung ihrer Rechte nur, wenn ihre Staatsangehörigkeit nicht diejenige des verletzenden Staates und der Verletzte nicht staatenlos ist. Die *internationalen Menschenrechte* schützen die Individuen dagegen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. Der Begriff der Staatsangehörigkeit ist für den Menschenrechtsschutz irrelevant, weil man davon ausgeht, dass das Individuum selbst Inhaber dieser Rechte ist. Die Staatsangehörigkeit hingegen ist von entscheidender Bedeutung für das *Fremdenrecht*, weil man hier davon ausgeht, dass die einem Individuum zugefügte Schädigung eine Verletzung der Rechte des Staates ist, dessen Staatsangehörigkeit es innehat. Diese rechtliche Fiktion beruht auf der überkommenen Doktrin, wonach Individuen keine Völkerrechtssubjekte und also nicht Inhaber von Rechten sind (Barcelona Traction-Fall, ICJ Rep. 1970, S. 3). Deshalb müsste, wenn ein Individuum staatenlos oder Angehöriger des verletzenden Staates ist, jedes Rechtsmittel, welches auf völkerrechtlicher Ebene zur Verfügung stehen kann, im Bereich der internationalen Menschenrechte gefunden werden.

## II. Universelle Menschenrechte

### 1. Historische Entwicklung

Die Entwicklung der völkerrechtlichen Menschenrechte nahm besonderen Aufschwung mit der *Charta der Vereinten Nationen*. Das 245 soll nicht heißen, dass vor 1945 keine Rechtsregeln existierten, die heute als Teil des internationalen Menschenrechtsschutzes gelten. Was aber vor dieser Zeit nicht bestand, war ein umfassendes Regelwerk zum Schutze des Individuums in seiner Eigenschaft als menschliches Wesen. Das Völkerrecht der Zeit vor Inkrafttreten der UN-Charta entwickelte jedoch bereits verschiedene Rechtssätze und Schutzvorkehrungen, die heute Bestandteil einer umfassenden Sicherung der Menschenrechte sind (vgl. *L. Sohn, The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than States*, American University Law Review, Bd. 31, 1982, 1–61).

Die *Lehre von der humanitären Intervention*, die das Recht von 246 Staaten und internationalen Organisationen betrifft, den Angehörigen eines Staates zu Hilfe zu kommen, wenn dieser sie in einer Art behandelt, die „das Gewissen der Menschheit schockiert“, kann bis auf Grotius zurückverfolgt werden (*L.B. Sohn/T. Buergenthal, The International Protection of Human Rights*, 1973, S. 137–143). Internationale Übereinkommen zur Bekämpfung des Sklavenhandels entstanden in den frühen Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts. Die Verträge, die den Frieden von Westfalen (1648) besiegelten, betrafen u.a. auch einige Aspekte der Religionsfreiheit in Europa.

Die *Friedensverträge*, die den Ersten Weltkrieg (1914–1918) beendeten, errichteten ein *formales System zum Schutz* nationaler, religiöser und sprachlicher *Minderheiten* unter der Kontrolle des Völkerbundes; es betraf vorwiegend den Schutz in Teilen Zentral-, Ost- und Südosteuropas. Der Pakt des Völkerbundes schuf dann das sog. *Mandatssystem*. Es bezog sich auf die Verwaltung bestimmter Kolonialgebiete unter dem Schutz und der Überwachung des Völkerbundes, und es sollte so gewährleistet werden, dass die diese Gebiete verwaltenden Staaten das Wohlergehen der eingeborenen Bevölkerung förderten (Namibia Gutachten, ICJ Rep. 1971, S. 16). Während des gleichen Zeitraums begann die Internationale Arbeitsorganisation ihre Aktivitäten zur Förderung des Schutzes der Arbeitnehmer nach internationalen Maßstäben. 247

248 Internationale Bemühungen, einigen grundlegenden humanitären Normen für die Kriegsführung Geltung zu verschaffen, erlangten bereits 1864 formelle und mehrseitige Anerkennung. Viele Regelungen des heutigen *ius in bello* gehen auf die Ideen des Gründers des Roten Kreuzes, Henri Dunant, zurück. Das auf die Verantwortlichkeit der Staaten für die Verletzung von Fremden anwendbare Recht, das bis zur Anfangsperiode des modernen Völkerrechts zurückverfolgt werden kann, ist sicherlich auch ein Vorläufer des internationalen Menschenrechtsschutzes. Obwohl es unmittelbar nur fremde Staatsangehörige schützt, erzeugte es doch einen Komplex von Normen, die alle Staaten binden, universellen Charakter haben und jedenfalls mittelbar den Individualschutz fördern. Auch die Anerkennung und Kodifizierung von Grundrechten und Grundfreiheiten in den Verfassungen hat zur Verfestigung der internationalen Menschenrechte beigetragen.

## 2. Verbürgung der Menschenrechte durch die Charta

249 Die Menschenrechtsbestimmungen der Charta der Vereinten Nationen unterscheiden sich von früheren internationalen Verträgen und von dem überkommenen Völkergewohnheitsrecht durch ihre allgemeine Reichweite. Die Regeln aus der Zeit vor der Charta sollten bestimmte Kategorien menschlicher Wesen oder bestimmte Arten von Rechten schützen. Die *Charta* aber ist nicht in dieser Weise begrenzt. Sie bezieht sich auf Menschenrechte und Grundfreiheiten *für alle Menschen* ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion (Art. 55c UN-Charta; siehe auch Art. 1 Abs. 3, 13 Abs. 1b) und 62 Abs. 2 UN-Charta).

250 Die *Charta begründet zwei* miteinander verbundene, internationale *Verpflichtungen*. Zum einen sieht sie vor, dass die Vereinten Nationen „die allgemeine Achtung und Verwirklichung der Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion“ fördern (Art. 55c) UN-Charta). Zum anderen enthält sie ein Versprechen aller Mitgliedstaaten, „gemeinsam und jeder für sich mit der Organisation zusammenzuarbeiten, um die in Art. 55 dargelegten Ziele zu erreichen“ (Art. 56 UN-Charta). Die Verpflichtung, die Menschenrechte und grundlegenden Freiheiten zu fördern, wurde also als Rechtspflicht sowohl der Organisation als auch ihrer Mitgliedstaaten begründet. Der moderne Menschenrechtsschutz findet seinen Ursprung in diesen beiden Vorschriften. Sie legten das begriffliche Fundament für die Entwicklung der wesentlichen Menschenrechte und dafür, dass diese zu einer Angelegenheit von internationalem Interesse wurden (T. Buergenthal, *The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights*, *Human Rights Quarterly*, Bd. 19, 1997, 703–723).

## 3. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte

Die Charta der Vereinten Nationen erwähnt nur „Menschenrechte und Grundfreiheiten“, ohne diese zu definieren oder aufzuzählen. Diese Funktion sollte die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* erfüllen, die am 10. Dezember 1948 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verkündet wurde. Obwohl sie in Form einer nicht-bindenden Resolution angenommen wurde, ist sie im Laufe der Jahre als authentische Definition und Auslegung derjenigen Rechte anerkannt worden, die die Vereinten Nationen und ihre Mitgliedstaaten nach Art. 55 und 56 der Charta fördern sollen. Zumindest einige der in der Allgemeinen Erklärung verkündeten Menschenrechte haben heute den Status von Völkergewohnheitsrecht erlangt, so das Recht von einer systematischen staatlichen Praxis der Folter, der Sklaverei, des Mordes, der willkürlichen Haft, des Verschwindenlassens von Personen, der Rassendiskriminierung und anderer grober und brutaler Rechtsverletzungen verschont zu bleiben. Auch verletzt ein Staat, der eine Politik verfolgt, die Individuen oder Gruppen die in der Erklärung verkündeten Rechte wegen ihrer Rasse, ihres Geschlechts, ihrer Sprache oder Religion verwehrt, das Diskriminierungsverbot, welches für die von den Mit-

gliedstaaten der Charta der Vereinten Nationen übernommenen Menschenrechtsverpflichtungen grundlegend ist.

- 252 Die Allgemeine Erklärung verkündet einen *Katalog ziviler, bürgerlicher und politischer Grundrechte*, einschließlich des Rechts auf Leben, auf Freiheit von Sklaverei und von Folter, auf gleichen Schutz durch das Gesetz, auf die Garantien zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Verfahrens, auf Rede- und Versammlungsfreiheit, auf Freizügigkeit, auf das Recht auf eine Privatsphäre u.a.m. Sie gewährleistet auch das Recht auf Eigentum sowie wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, wie das Recht auf Arbeit, auf Erziehung, auf Gesundheitsfürsorge, auf verschiedene andere soziale Leistungen und auf Teilnahme am kulturellen Leben der Gemeinschaft. Alle diese Rechte werden jedoch nur generell proklamiert und weisen nicht die Bestimmtheit eines Vertrages oder eines Gesetzes auf. Die Erklärung erkennt schließlich an, dass die Staaten die verkündeten Rechte durch Gesetze beschränken können, „um die Anerkennung und Achtung der Rechte und Freiheiten der anderen zu gewährleisten und den gerechten Anforderungen der Moral, der öffentlichen Ordnung und der allgemeinen Wohlfahrt in einer demokratischen Gesellschaft zu genügen“ (Art. 29 Abs. 2 Allgemeine Erklärung).

*Lit.* zu II. 2. bis II. 3.: *T. Buergenthal/D. Shelton/D. Stewart*, International Human Rights in a Nutshell, 2002, S. 27–43; *J. Carillo Salcedo*, Human Rights, Universal Declaration, EPIL, Bd. II, 1995, S. 922–926.

#### 4. Die Menschenrechtspakte

- 253 Im Jahre 1966 nahm die Generalversammlung der Vereinten Nationen den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbürgR) sowie den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwirtR) an. Diese Übereinkommen zusammen mit den Zusatzprotokollen zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und den Menschenrechtsbestimmungen der Charta der Vereinten Nationen umfassen das, was man als die „*International Bill of Human Rights*“ bezeichnet (*T. Buergenthal/D. Shelton/D. Stewart*, International Human Rights in a Nutshell, 2002, S. 34–70).

116

Die Pakte sind *völkerrechtliche Verträge*, die der Ratifikation bedürfen. Sie traten 1976 nach der für ihr Inkrafttreten erforderlichen Ratifikation durch 35 Staaten in Kraft. Die Zahl der Mitgliedstaaten hat sich seither mehr als vervierfacht. Die Vereinigten Staaten haben den Pakt über bürgerliche und politische Rechte 1992 ratifiziert und den Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte lediglich unterzeichnet. Die Bundesrepublik Deutschland hat beide Pakte ratifiziert. 254

Zusätzlich zur Verkündung zweier sog. *Rechte der Völker* in Art. 1 – des Rechts auf Selbstbestimmung und des Rechts aller Völker, frei über ihre natürlichen Reichtümer und ihre Ressourcen zu verfügen – garantiert der Pakt über bürgerliche und politische Rechte eine große Zahl von Menschenrechten und Grundfreiheiten. Der Katalog enthält u.a. das Recht auf Leben und Freiheit von Folter und Sklaverei, das Recht auf Freiheit und persönliche Sicherheit, das Recht festgenommener Personen, menschlich behandelt zu werden, das Recht, nicht wegen Schulden in Haft genommen zu werden, das Recht auf Freizügigkeit, das Recht auf ein faires Gerichtsverfahren, das Verbot rückwirkender Gesetze und Strafen, das Recht auf Achtung der Privatsphäre, der Gedanken-, Meinungsäußerungs-, Gewissens- und Religionsfreiheit, die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, das Recht zu heiraten und eine Familie zu gründen, die Rechte des Kindes, das Recht, an der Staatswillensbildung beteiligt zu sein und das Recht auf gleichen Schutz durch das Gesetz. Das in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte verkündete Recht auf Eigentum erscheint in keinem der Pakte. 255

Der Pakt über bürgerliche und politische Rechte ist mit größerer 256  
juristischer Präzision abgefasst als die Allgemeine Erklärung der  
Menschenrechte. Die Rechte sind mit Einschränkungen und Be-  
grenzungen versehen. Es gibt auch eine besondere Vorschrift, die  
zur Suspendierung einiger Rechte in Notstandssituationen berech-  
tigt (Art. 4). Die zulässigen Einschränkungsmöglichkeiten sollen  
die Beachtung auch der Interessen der Allgemeinheit gewährleisten.

Der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte erwei- 257  
tert die auf diesem Gebiet in der Allgemeinen Erklärung der Men-  
schenrechte schon verkündeten Rechte. In Art. 1 garantiert er auch  
die schon genannten Rechte der Völker (Selbstbestimmungsrecht  
und Recht auf Verfügung über natürliche Reichtümer). Der wesent-  
liche Unterschied zwischen den beiden Pakten liegt, abgesehen von  
der Art der gewährleisteten Rechte, darin, dass sie verschiedenarti-  
ge Verpflichtungen auferlegen. Die Fähigkeit nämlich, viele der  
proklamierten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte ge-  
währleisten zu können, setzt das Vorhandensein wirtschaftlicher  
und anderer Ressourcen voraus, über die nicht alle Staaten in glei-  
chem Ausmaß verfügen. Dagegen sind im Allgemeinen wenige sol-  
cher Ressourcen erforderlich, damit die Staaten ihren Verpflichtun-  
gen, bürgerliche und politische Rechte zu achten, nachkommen  
können; in der Mehrzahl der Fälle sind sie lediglich verpflichtet,  
sich einer Handlungsweise zu enthalten, die diese Rechte verletzen  
würde. Diese Erwägungen erklären, warum sich die Vertragsstaaten  
im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle  
Rechte lediglich verpflichten, „unter Ausschöpfung aller (ihrer)  
Möglichkeiten Maßnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen  
geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Maßnahmen,  
die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu  
erreichen“ (Art. 2 Abs. 1 IPwirtR). Der Pakt über bürgerliche und  
politische Rechte dagegen verlangt von jedem Mitgliedstaat, dass er  
garantiert, „die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und  
sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsge-  
walt unterstehenden Personen ... zu gewährleisten“ (Art. 2 Abs. 1  
IPbürgR). Hier also ist die Verpflichtung zur Erfüllung eine unmittelbare,  
während die Mitgliedstaaten des Paktes über wirtschaftliche,  
soziale und kulturelle Rechte eine Verpflichtung progressiven  
Charakters übernehmen, die an die Verfügbarkeit von entsprechen-  
den Ressourcen geknüpft ist.

- 258 Auch die *Durchsetzungsmaßnahmen*, d.h. die internationalen Ver-  
fahren zur Überwachung der Staaten bei der Erfüllung ihrer Ver-  
pflichtungen aus den jeweiligen Pakten, unterscheiden sich. Der  
Pakt über bürgerliche und politische Rechte, ergänzt durch ein Zu-  
satzprotokoll, sieht ein, wenn auch recht schwaches System zur Un-  
tersuchung und quasi-gerichtlichen Entscheidung von Individual-  
beschwerden und Staatenbeschwerden durch einen Sachverständi-  
genausschuss vor. Dieses Gremium überprüft auch die periodischen

Berichte der Mitgliedstaaten. Obwohl der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte nur ein System periodischer Berichte vorsieht, die beim Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen einzureichen sind, hat dieses Gremium nunmehr einen besonderen Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte errichtet. Dieser Ausschuss besteht aus 18 in persönlicher Eigenschaft gewählten Experten. Seine Aufgabe besteht darin, die Berichte zu überprüfen, die die Mitgliedstaaten und Sonderorganisationen dem Wirtschafts- und Sozialrat gemäß den Bestimmungen des Pakts unterbreiten müssen (vgl. *P. Alston/B. Simma*, First Session of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *AJIL*, Bd. 81, 1987, 747–756). Diskutiert wird in neuerer Zeit darüberhinaus aber auch die Einführung eines Individualbeschwerdeverfahrens durch ein Zusatzprotokoll zum Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.

*Lit. zu II. 4.: T. Buergenthal/D. Shelton/D. Stewart*, International Human Rights in a Nutshell, 2002, S. 43–70; *T. Buergenthal*, The UN Human Rights Committee, *Max Planck Y.B.U.N.L.*, Bd. 5, 2001, 341–398; *H.-M. Empell*, Die Kompetenzen des UN-Menschenrechtsausschusses im Staatenberichtsverfahren (Art. 40 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte), 1987; *G. C. Jonathan*, Human Rights Covenants, *EPIL*, Bd. II, 1995, S. 915–922; *A. Verdross/B. Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, §§ 1233–1251.

### 5. Weitere Verträge zum Schutz der Menschenrechte

Die „*International Bill of Human Rights*“ wird durch eine große Zahl im Rahmen der Vereinten Nationen geschlossener oder durch sie geförderter Verträge ergänzt. Die wichtigsten sind die Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes (1948), die Internationale Konvention zur Beseitigung aller Formen der Rassendiskriminierung (1965), das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (1979), das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (1984) und das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (1989). Alle diese Verträge sind in Kraft getreten und wurden durch eine große Mehrheit der Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen ratifiziert. 259

### 6. Die Sonderorganisationen und regionalen Organisationen

- 260 Die *Sonderorganisationen der Vereinten Nationen*, insbes. die Internationale Arbeitsorganisation und die UNESCO, haben ihre Kodifizierungsbemühungen im Bereich der Menschenrechte mit denjenigen der Vereinten Nationen koordiniert und viele Verträge, Deklarationen und Resolutionen auf diesem Gebiet erarbeitet. Drei *regionale internationale Organisationen* – der Europarat, die Organisation Amerikanischer Staaten und die Organisation Afrikanischer Einheit – haben auf vertraglicher Grundlage spezielle Systeme zum Schutz der Menschenrechte errichtet, die in hohem Maße von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und anderen entsprechenden Aktivitäten der Vereinten Nationen inspiriert worden sind.



## 7. Die Auswirkung der Kodifizierung internationaler Menschenrechte

- 261 Die erwähnten völkerrechtlichen Verträge und zahlreiche andere internationale Übereinkommen, die hier nicht alle genannt werden können, haben insgesamt einen *großen Bestand internationaler Menschenrechte* geschaffen (R. B. Lillich (Hrsg.), *International Human Rights Instruments*, 1983). Die Parteien dieser Verträge sind selbstverständlich rechtlich gebunden, die darin eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen. Eine schwierigere Frage aber betrifft den *Umfang der Verpflichtungen* solcher Staaten, die nur die Charta der Vereinten Nationen und vielleicht noch einige wenige der anderen Abkommen ratifiziert haben. In dem Maße nun, in dem mehrseitige internationale Abkommen auch eine Quelle des Völkergewohnheitsrechts bilden (siehe oben Kap. 4), hat auch die Praxis der Vereinten Nationen internationale Menschenrechte begründet. Die ursprüngliche und wesentlichste Rechtsquelle ist die Charta der Vereinten Nationen zusammen mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte. Darüber hinaus haben die vielen bestehenden internationalen Verträge, die Resolutionen und sonstigen Maßnahmen internationaler Organisationen sowie die Staatenpraxis die Charta auf diesem Gebiet konkretisiert und ausgestaltet.
- 262 Die Existenz eines beachtlichen Bestandes internationaler Menschenrechte im allgemeinen Völkerrecht wird heute im Hinblick

120

### *Regionaler Menschenrechtsschutz III.*

auf einige fundamentale Grundsätze, wie z.B. das Verbot des Völkermordes, der Folter, der Sklaverei, der willkürlichen Tötung und unmenschlichen Behandlung, nicht mehr ernstlich bestritten. Weniger klar ist die Rechtslage *bei Verletzungen weniger gewichtiger Rechte*, die in allen oder einigen dieser Verträge garantiert sind. Auf kaum einem Gebiet des Völkerrechts erfolgt so viel Rechtsetzung und Kodifizierung wie bei der Vervollständigung des Menschenrechtsschutzes.

Eine gleichermaßen bedeutsame Auswirkung der Menschenrechtsbestimmungen der Charta der Vereinten Nationen und der allgemeinen rechtsetzenden Praxis betrifft die *Internationalisierung der Menschenrechte* in der neueren Entwicklung des Völkerrechts. Vor dem Ersten Weltkrieg war der Menschenrechtsschutz nicht Gegenstand des allgemeinen Völkerrechts, und deshalb nahm man an, dass diese Fragen in die innere Zuständigkeit der Staaten fielen. Die Art, auf die ein Staat seine eigenen Staatsangehörigen behandelte, war, mit einigen Ausnahmen, keine Angelegenheit von internationalem Interesse und deshalb eine Frage, die sich der Beurteilung durch andere Staaten auf völkerrechtlicher Ebene entzog. Heute aber ist die Art, auf die ein Staat seine eigenen Staatsangehörigen behandelt, durchaus nicht mehr ipso facto eine Angelegenheit, die zu seiner inneren Zuständigkeit gehört. Allgemein gesprochen trifft das Gegenteil zu, weil ein so umfangreicher und gewichtiger Komplex des Völkerrechts die Menschenrechte betrifft und zum Teil sogar dem *ius cogens* zugerechnet wird. So stellt es keine Intervention in die inneren Angelegenheiten eines Staates dar, wenn ein anderer Staat seine Besorgnis über umfangreiche Verletzungen international anerkannter Menschenrechte ausdrückt oder diesbezügliche Erklärungen verlangt. Das gegenwärtige Völkerrecht steht derartigen „Einmischungen“ nicht entgegen.

*Lit. zu II. 5. bis II. 7.: T. Buergenthal/D. Shelton/D. Stewart, International Human Rights in a Nutshell, 2002, S. 71–133; K. Doehring, Völkerrecht, 1999, Rdn. 967–994; L. Henkin, Human Rights, EPIL, Bd. II, 1995, S. 886–892; S.P. Marks, Human Rights, Activities of Universal Organizations, EPIL, Bd. II, 1995, S. 893–902.*

## 2. Der Menschenrechtsschutz auf regionaler Ebene

### a) Der Europarat

- 236 Die Satzung des Europarates wurde am 5.5.1949 von zehn westeuropäischen Staaten unterzeichnet. Deutschland wurde am 13.7.1950 assoziiertes Mitglied und am 2.5.1951 Vollmitglied. Zwischenzeitlich sind auch die Staaten Mittel- und Osteuropas dem Europarat beigetreten.
- 237 Der Europarat hat die Aufgabe, zwischen seinen Mitgliedern zum Schutz und zur Förderung der idealen Grundsätze eine engere Verbindung herzustellen und ihren wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt zu fördern. Fragen der nationalen Verteidigung sind ausgeschlossen. Das wirksamste Instrument im Rahmen des Europarates ist die Ausarbeitung völkerrechtlicher Verträge, die für die Mitglieder der I.O. und bei manchen Verträgen auch für Nicht-Mitglieder zur Unterzeichnung ausgelegt werden.

### b) Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten

- 238 Das zentrale völkerrechtliche Übereinkommen im Rahmen des Europarates, welches dem Einzelnen durch die Verbürgung von Menschenrechten und die Einrichtung entsprechender Durchsetzungsmöglichkeiten Rechte gewährleistet, ist die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) mit ihren Zusatzprotokollen. Die EMRK wurde am 4.11.1950 in Rom unterzeichnet und trat am 3.9.1953 in Kraft.<sup>356</sup> Deutschland

354 Vgl jedoch VG Frankfurt, NVwZ 1994, 1137ff; vgl auch *Tomuschat*, Verwirrung über die Kinderrechte-Konvention der Vereinten Nationen. Zur innerstaatlichen Geltungskraft völkerrechtlicher Verträge, FS Zacher, 1998, 1143ff.

355 Vgl zur 6. und 7. Tagung des Ausschusses *Rudolf*, VN 43 (1995) 72ff.

356 Vgl *Frowein/Peukert*, EMRK; *Meyer-Ladewig*, Handkommentar zur EMRK, 2003; Karl (Hrsg.), *Internationaler Kommentar zur EMRK*, Loseblatt; *Jacobs/White*, *The European Convention on Human Rights*, 2. Aufl 1996; *Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003; *Ehlers*, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2003; *Grabenwarter*, *Europäische*

## III. Der Einzelne im Völkerrecht

ratifizierte sie am 5.12.1952.<sup>357</sup> Die EMRK war die erste regionale und rechtsverbindliche Menschenrechtskodifikation. Die Beachtung der Rechte des Einzelnen aus dem EMRK-Vertragswerk wird durch den *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte* (EGMR) mit Sitz in Straßburg gewährleistet, an den sich betroffene Einzelne oder auch Staaten bei Verletzungen der Konventionsrechte wenden können (s u Rn 249ff).

Die EMRK hat in den Mitgliedstaaten dieser Konvention einen spezifischen rechtlichen Rang.<sup>358</sup> Für Deutschland ist die EMRK durch das entsprechende Zustimmungsgesetz als einfaches Gesetz in das nationale Recht überführt worden. Bei möglicherweise entgegenstehenden nationalen Bestimmungen, die später als das Zustimmungsgesetz zur EMRK erlassen wurden, sind diese Bestimmungen EMRK-konform auszulegen, da davon auszugehen ist, dass sich der deutsche Gesetzgeber in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht verhalten will.<sup>359</sup>

Menschenrechtskonvention, 2003; *Doehring*, Europäische Menschenrechtskonvention ohne Verfassung, FS Mußgnung, 2005, 305ff; *Wolfrum*, Aspekte des Schutzes von Minderheiten unter dem Europäischen Menschenrechtssystem, FS Ress, 2005, 1109ff; *Thürer*, Grundrechtsschutz in Europa – Globale Perspektive, ZSchR 124 (2005) 51ff; *Ress*, Menschenbild – Staatsbild: Gedanken zur Konzeption des Staates und zur Stellung des Menschen in der Europäischen Menschenrechtskonvention, GS Burmeister, 2004, 309ff; *Bothe*, Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in bewaffneten Konflikten – eine Überforderung?, ZaöRV 65 (2005) 615ff.

357 Überblick über den Ratifikationsstand der EMRK und der ZusatzProte zum 15.4.2003 in EuGRZ 2003, 179.

358 Vgl *Peters* (Fn 356) § 1 II.

359 BVerfGE 111, 307ff mit Anm von *E. Klein*, JZ 2004, 1176ff; *Tettinger*, Steine aus dem Glashaus, JZ 2004, 1144ff; *Papier*, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa, ZSchR 2005, 113ff.

Die EMRK hat darüber hinaus Ausstrahlungswirkung auf das EU-Recht. Zum einen verweist Art 6 Abs 2 EU auf die Grundrechte der EMRK, zum anderen achtet der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) in seiner Rechtsprechung gemeinschafts-europäische Grundrechte, die er u a aus den Rechten der EMRK zieht.<sup>360</sup> Darüber hinaus lässt die Grundrechte-Charta der Europäischen Union<sup>361</sup> einen starken Bezug zu den Rechten der EMRK erkennen. Der Gerichtsbarkeit des EGMR unterliegen allerdings nur Handlungen der Mitgliedstaaten, nicht dagegen Handlungen der EU-Organe.<sup>362</sup> Jedoch sind die Mitgliedstaaten auch beim Vollzug des Gemeinschaftsrechts an die EMRK gebunden.<sup>363</sup> Dies gilt auch dann, wenn das Verhalten eines Mitgliedstaates der Erfüllung internationaler Verpflichtungen aus einer UN-Sicherheitsratsresolution dient. In diesem Fall gilt jedoch eine Vermutung, dass ein Konventionsstaat bei der Erfüllung seiner internationalen Verpflichtungen die EMRK nicht verletzt hat, wenn das jeweilige, internationale System einen der EMRK vergleichbaren, nicht identischen Grundrechtsschutz sicherstellt.<sup>364</sup> Die Hoheitsgewalt der Mitgliedstaaten iSv Art 1 EMRK wird jedoch vom EGMR als territorial, auf das Hoheitsgebiet der Vertragsstaaten begrenzt, verstanden. Eine

360 EuGH, Rs C-112/00, Slg 2003, I-5659, Rn 71ff (*Schmidberger*); Rs C-60/00, Slg 2002, I-6279 (*Carpenter*); Gutachten 2/94, EuGRZ 1996, 197 (206, Rn 33).

361 Vom Europäischen Rat am 7.12.2000 in Nizza feierlich proklamiert (ABl EG 2000, Nr C 364/1).

362 EGMR, EuGRZ 1999, 2000 (*Matthews v United Kingdom*); vgl dazu *Hailbronner/Jochum*, Europarecht I, 2005, Rn 62f.

363 EGMR, EuGRZ 1999, 193 (*Cantoni v France*); *Hailbronner/Jochum* aaO.

364 Vgl EGMR, NJW 2006, 197 (*Bosphorus*); dazu *Hailbronner*, Immunity of International Organizations from National Jurisdiction with Particular Reference to Germany, in: de Cooker (Hrsg), *International Administration*, 2005, III.3.

Beschwerde, die sich gegen die Durchführung von Luftangriffen von Vertragsstaaten im Jugoslawien-Krieg richtet, ist daher unzulässig. Nur ausnahmsweise kann eine extraterritoriale Handlung eines Vertragsstaates dessen Zuständigkeit nach der EMRK begründen, wenn er die Kontrolle über ein außerhalb seiner Grenzen gelegenes Gebiet durch militärische Besetzung oder kraft Zustimmung, Aufforderung oder Einwilligung der Regierung des Gebiets ausübt. Nach Auffassung des EGMR hat die Luftherrschaft der NATO über Jugoslawien eine derartige Hoheitsgewalt nicht begründet.<sup>365</sup>

- 241 Die EMRK enthält einen Katalog bürgerlicher und politischer Rechte, der durch verschiedene Zusatzprotokolle erweitert und ergänzt wurde.<sup>366</sup> Der EGMR hat diesen Rechten und deren Beschränkungsmöglichkeiten in dynamischer Auslegung feste Konturen gegeben.<sup>367</sup>
- 242 In Abschnitt I der EMRK finden sich grundlegende Rechte und Freiheiten wie das Recht auf Leben oder das Verbot der Folter (s u Rn 312 zur Anwendung bei der Auslieferung). Die gesetzlich geregelte und von einem Gericht ausgesprochene Todesstrafe wird vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Diese Lücke wurde durch das 6. Zusatzprotokoll<sup>368</sup> geschlossen.
- 243 Das notstandsfeste Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung in Art 3 EMRK<sup>369</sup> wird durch die Europäische Konvention zur Verhütung der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe v 26.11.1987<sup>370</sup> ergänzt. Im Gegensatz zur UN-Konvention gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe v 10.12.1984<sup>371</sup> sieht sie zur Durchsetzung ein *präventives Besuchssystem* vor. Ein unabhängiger Ausschuss<sup>372</sup> prüft, inwieweit die Insassen von Gefängnissen und anderen Anstalten der Mitgliedstaaten vor unmenschlicher Behandlung sicher sind. Das am 4.11.1993 zur Unterzeichnung ausgelegte Protokoll<sup>373</sup> sieht vor, dass nicht mehr nur Mitgliedstaaten des Europarates, sondern auch andere Staaten zur Ratifikation eingeladen werden können.
- 244 Die Art 4 und 5 EMRK enthalten das Verbot der Zwangsarbeit und Sklaverei sowie das Recht auf Freiheit und Sicherheit.<sup>374</sup> Der Schutz der Freizügigkeit findet sich in Art 2 des 4. Zusatzprotokolls.<sup>375</sup>
- 245 Am häufigsten wird die Verletzung des in Art 6 EMRK genannten *Rechts auf ein faires Gerichtsverfahren* gerügt. Art 6 garantiert dem Einzelnen als institutionelle Garantie eine

365 EGMR, NJW 2003, 413 (*Banković*).

366 Vgl *Ehlers*, Die Europäische Menschenrechtskonvention, JURA 2000, 372ff.

367 Vgl *Herdegen* (Fn 53) § 49 Rn 4.

368 Prot Nr 6 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe v 28.4.1983.

369 EGMR, EuGRZ 2001, 576ff (*Kalantari v Germany*); EGMR, EuGRZ 2001, 580ff (*Güler v Germany*); EGMR, EuGRZ 2001, 582ff (*Adam v Germany*); EGMR, NVwZ 1997, 1093 (*Chahal v United Kingdom*); vgl auch *Hailbronner*, Art. 3 EMRK – ein neues europäisches Konzept der Schutzgewährung?, DÖV 1999, 617ff.

370 BGBI 1989 II, 946.

371 BGBI 1990 II, 247.

372 Vgl Rules of Procedure of the European Committee for Preventing of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment v 16.11.1989.

373 ETS Nr 151; das Prot Nr 2 (ETS Nr 152) ist technischer Natur.

374 EGMR, ECHR 1996-III (*Amuur v France*).

375 Prot Nr 4 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, durch das gewisse Rechte und Freiheiten gewährleistet werden, die nicht bereits in der Konvention oder im ersten Zusatzprot enthalten sind, v 16.9.1963.

ganze Reihe von Verfahrensrechten,<sup>376</sup> so etwa eine Entscheidung durch ein auf einem Gesetz beruhendes, unabhängiges und unbefangenes Gericht und den Zugang zum Gericht. Das Verfahren soll öffentlich und innerhalb angemessener Frist durchgeführt werden. Eine Regierung kann sich bei einer zu langen Verfahrensdauer nicht darauf berufen, dass sie innerstaatlich nicht in der Lage gewesen sei, Einfluss auf unabhängige Gerichte zu nehmen, da ihr die Möglichkeit offen steht, durch die Einstellung von zusätzlichem Personal oder andere gesetzgeberische Aktivitäten Abhilfe zu schaffen.<sup>377</sup> Art 7 EMRK enthält das Verbot der Bestrafung ohne ein die Strafbarkeit bestimmendes Gesetz: *nulla poena sine lege*.

Die Art 8 bis 12 EMRK enthalten weiter *spezielle Freiheitsgrundrechte*. Erfasst werden das Gebot der Achtung der privaten Sphäre, das Recht auf Achtung des Familienlebens,<sup>378</sup> die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit,<sup>379</sup> das Recht auf freie Meinungsäußerung<sup>380</sup> sowie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit. Das Recht der Eltern, ihre Kinder entsprechend ihrer religiösen und weltanschaulichen Überzeugung zu erziehen, findet sich in Art 2 des 1. Zusatzprotokolls.<sup>381</sup> Das Eigentumsrecht ist mit Art 1 des 1. Zusatzprotokolls<sup>382</sup> garantiert.

Der auf Art 2 Abs 1 AEMR zurückgehende Art 14 EMRK enthält ein *Diskriminierungsverbot*: „Der Genuss der in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ist ohne Benachteiligung zu gewährleisten, die insbesondere im Geschlecht, in der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, in den politischen oder sonstigen Anschauungen, in nationaler oder sozialer Herkunft, in der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, im Vermögen, in der Geburt oder im sonstigen Status begründet sind.“ Aufgrund dieses Wortlauts war zunächst davon ausgegangen worden, dass eine Verletzung von Art 14 nur iVm anderen materiellen Konventionsrechten in Frage kommt. Der EGMR bestätigte, dass Art 14 keine selbständige, von den übrigen normativen Vorschriften der EMRK losgelöste Bedeutung habe, doch mache dies seine Anwendung nicht von der Verletzung einer entsprechenden Konventionsgarantie abhängig. Eine Maßnahme, die für sich betrachtet den Erfordernissen einer bestimmten Konventionsnorm entspreche, könne dennoch gegen dieses Konventionsrecht iVm Art 14 verstoßen, weil sie im Ganzen gesehen diskriminierend sei.<sup>383</sup> Art 14 sei in der Praxis gleichsam als integraler Bestandteil aller anderen Konventionsrechte und Freiheiten zu verstehen.<sup>384</sup> Ein allgemeines Diskriminie-

246

247

376 Vgl EGMR, EuGRZ 2003, 472ff (*Öcalan v Turkey*); EGMR, EuGRZ 1999, 323 (*Pélissier and Sassi v France*); EGMR, EuGRZ 1999, 660 (*Teixeira de Castro v Portugal*).

377 Vgl EGMR, EuGRZ 2001, 299ff (*Metzger v Germany*); EGMR, EuGRZ 1999, 323 (*Pélissier and Sassi v France*); EGMR, EuGRZ 1999, 215 (*Laino v Italy*); EGMR, EuGRZ 1996, 192 (*A. and others v Denmark*); EGMR, EuGRZ 1996, 514 (*Süßmann v Germany*).

378 EGMR, EuGRZ 2002, 244ff (*Kutzner v Germany*); EGMR, InfAuslR 2002, 334 (*Sen v Netherlands*); EGMR, EuGRZ 2002, 25ff (*Sahin v Germany*); EGMR, EuGRZ 2001, 588ff (*Sommerfeld v Germany*); EGMR, NJW 2003, 2595f (*Adam v Germany*); EGMR, InfAuslR 2000, 474ff (*Ciliz v Netherlands*).

379 EGMR, EuGRZ 2003, 595ff (*Dahlab v Switzerland*).

380 EGMR, EuGRZ 2001, 475ff (*Wille v Liechtenstein*).

381 ZusatzProt zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v 20.3.1952.

382 Vgl EGMR, EuGRZ 1999, 316 (*Iatridis v Greece*); EGMR, EuGRZ 1996, 593 (*Hentrich v France*); Fiedler, Die Europäische Menschenkonvention und der Schutz des Eigentums, EuGRZ 1996, 354ff.

383 EGMR, HRLJ 1992, 7 (*Observer and others v United Kingdom*); EGMR, EuGRZ 1979, 386 (*Sunday Times v United Kingdom*).

384 Frowein/Peukert, EMRK, Art 14 Rn 2.

### 3. Abschnitt. Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte

rungsverbot hinsichtlich jedes Rechtes *set forth by law* ist nunmehr im 12. Zusatzprotokoll<sup>385</sup> enthalten.

248 Das Recht auf Staatsangehörigkeit ist in der EMRK nicht enthalten.<sup>386</sup> Der EGMR<sup>387</sup> ist jedoch der Ansicht, dass ein willkürliches Vorenthalten der Staatsangehörigkeit wegen der Auswirkungen auf das Privatleben des Einzelnen unter bestimmten Umständen eine Frage unter Art 8 EMRK aufwerfen kann, wobei sich hier allerdings die Frage nach der Reichweite einer solchen Überprüfungsbefugnis stellt.<sup>388</sup>

385 Prot Nr 12 zur Konvention zum Schutze von Menschenrechten und Grundfreiheiten v 4.11.2000 (ETS Nr 177); vgl Wolfrum, Das Verbot der Diskriminierung gemäß den internationalen Menschenrechtsabkommen, FS Zuleeg, 2005, 385ff.

386 Vgl EGMR, DR 43 (1985) 216 (*K. and W. v Netherlands*).

387 EGMR, NVwZ 2000, 301 (*Karashev v Finland*).

388 Vgl Ress, Die Rechtsstellung des Fremden im Rahmen der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: Hailbronner (Hrsg.), Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts, 2000, 105 (113ff).

- 249 Die Durchsetzung der EMRK-Rechte wird aufgrund des 11. Zusatzprotokolls<sup>389</sup> dem EGMR übertragen.<sup>390</sup> Dieser löste die Zweiteilung der Organe in Kommission und Gerichtshof ab. Die Ausführung der Urteile wird weiterhin vom Ministerkomitee überwacht. Eine Reform war vor allem deswegen notwendig geworden, weil sich die Zahl der Vertragsstaaten seit dem Inkrafttreten der Konvention verdreifacht hatte. Zudem sind weitere mittel- und osteuropäische Staaten dem Europarat beigetreten und nunmehr Vertragsstaat der EMRK.
- 250 Die Verfahrensarten sind auch nach der Schaffung eines einheitlichen EGMR beibehalten worden. So kann nach Art 34 EMRK jede natürliche Person, nichtstaatliche Organisation oder Personengruppe eine Individualbeschwerde<sup>391</sup> mit der Behauptung erheben, durch eine Vertragspartei in einem ihrer in der EMRK oder in den Zusatzprotokollen anerkannten Rechte verletzt zu sein. Eine besondere Unterwerfungserklärung des Vertragsstaats ist nicht erforderlich. Zur Zulässigkeit einer Individualbeschwerde ist insbesondere gemäß Art 35 EMRK notwendig, dass alle innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft sind.<sup>392</sup> Staatenbeschwerden<sup>393</sup> sind nach Art 33 EMRK möglich.<sup>394</sup>
- 251 Der EGMR entscheidet entweder als Ausschuss mit drei Richtern, als Kammer mit sieben Richtern oder als große Kammer mit sieben Richtern. Die Filterfunktion, die früher von der Kommission übernommen wurde, obliegt jetzt den Ausschüssen, die Individualbeschwerden für unzulässig erklären oder im Register streichen können.

389 Prot Nr 11 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, die Einrichtung der Umgestaltung des Kontrollmechanismus betreffend, v 11.5.1994 (ETS Nr 155).

390 Vgl Tomuschat, Individueller Rechtsschutz: Das Herzstück des „ordre public europeen“ nach der EMRK, EuGRZ 2003, 95ff; Siess-Scherz, Der EGMR nach der Erweiterung des Europarates, EuGRZ 2003, 100ff; Engel, Status, Ausstattung und Personalhoheit des Inter-Amerikanischen Gerichtshofs und des EGMR, EuGRZ 2003, 122ff; Schokkenbroeck, Die Arbeit des Europarates betreffend die Reform des Gerichtshofes, EuGRZ 2003, 134ff; Stollenberg, Neuere Vorschläge zur Reform des EGMR aus dem Kreise der Mitgliedstaaten, EuGRZ 2003, 139ff; Ohms, Bewertung des Diskussionsstandes über die Entlastung des EGMR, EuGRZ 2003, 141ff; Peukert, Zur Reform des Europäischen Systems des Menschenrechtsschutzes, NJW 2000, 49ff; Wildhaber, Der vollamtliche Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nach seinem ersten Jahr, ZSR 119 (2000) 123ff.

391 Vgl Peters (Fn 356) § 35.

392 EGMR, EuGRZ 2002, 144ff (Allaoui and others v Germany).

393 Vgl Peters (Fn 356) § 36.

394 Vgl zB EGMR, EuGRZ 2000, 619 (Denmark v Turkey).

### III. Der Einzelne im Völkerrecht

Einstweilige Anordnungen können nach Regel 39 der Verfahrensordnung des EGMR 252 erlassen werden. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt insbesondere bei der drohenden Verletzung von Art 3 EMRK in Betracht.<sup>395</sup>

Für den Fall, dass die bei einer Kammer anhängige Rechtssache schwerwiegende, die 253 Auslegung der Konvention oder der Zusatzprotokolle berührende Fragen aufwirft oder die Kammerentscheidung möglicherweise zu einer Abweichung von früherer Rechtsprechung führt, kann die Rechtssache jederzeit von der Kammer an die Große Kammer verwiesen werden, sofern nicht eine der Vertragsparteien widerspricht. Eine zweite Instanz gibt es nicht. In Ausnahmefällen ist es einer Partei möglich, innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe des Urteils der Kammer die Verweisung der Sache nach Art 43 EMRK an die Große Kammer zu beantragen. Diese Verweisung setzt aber voraus, dass der Fall eine schwerwiegende, die Auslegung oder Anwendung der Konvention oder der Protokolle berührende Frage oder aber eine Frage von allgemeiner Bedeutung aufwirft. Nach Annahme der Sache entscheidet die Große Kammer. Bei dieser Kontrolle handelt es sich jedoch nicht um ein echtes Rechtsmittel, da die Richter der großen Kammer teilweise identisch sind mit denen, die in der zuvor entscheidenden Kammer sind.<sup>396</sup>

Artikel 46 Abs 1 EMRK verpflichtet die Vertragsparteien, im Falle einer Beteiligung 254 am Rechtsstreit das endgültige Urteil des Gerichtshofs anzuerkennen. Der Gerichtshof ist befugt, im Falle einer Vertragsverletzung einen *Entschädigungsanspruch* zuzusprechen. Die Durchführung der Entscheidung überwacht das Ministerkomitee, Art 46 Abs 2 EMRK.<sup>397</sup> Nach Art 47 bis 49 EMRK kann der Gerichtshof Gutachten erstellen.

395 Vgl Peters (Fn 356) § 35 II. 2. lit a.

396 Vgl Peters (Fn 356) § 35 II. 2. lit b.

397 Vgl Okresek, Die Umsetzung der EGMR-Urteile und ihre Überwachung, EuGRZ 2003, 168ff.

### 3.6.2 Internationales Strafrecht

Exzerpt aus: Juliane Kokott, Karl Doehring, Thomas Buegenthal, *Grundzüge des Völkerrechts*, 3. Aufl., Heidelberg/St. Gallen 2003. Rn 181 – 189.

#### 4. Internationale Strafgerichtshöfe

##### a) *ad hoc*-Gerichte

Anknüpfend an die Tradition der nach dem Zweiten Weltkrieg eingerichteten Nürnberger und Tokioter Tribunale beschloss der UN-Sicherheitsrat mit Resolution 827 (1993) vom 25. Mai 1993 die *Errichtung eines Tribunals* zur Beurteilung von Personen, „die im Verdacht stehen, seit 1991 auf dem Gebiet des ehemaligen Jugoslawiens schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts begangen zu haben“. Der Sicherheitsrat stützte sich dabei auf Kapitel VII der Charta mit der Begründung, dass Verletzungen des humanitären Völkerrechts eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit darstellen. Das Tribunal setzt sich zusammen aus 16 vollamtlichen zuzüglich – seit 2001 – 27 *ad litem* Richtern; letztere werden bei Bedarf herangezogen. Sein Sitz ist Den Haag. Nach seinem Statut ist das Tribunal zuständig für die folgenden vier *Tatbestände*:

- schwere Verletzungen der Genfer Rotkreuzkonventionen von 1949 (Art. 2),
- Verletzungen der Gesetze und Gebräuche des Krieges (Art. 3),
- Genozid (Art. 4) und
- Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 5).

85

#### 7. Kapitel Internationale Streitbeilegung

Der Forderung *nullum crimen sine lege* ist insoweit im Ergebnis Rechnung getragen. Der Forderung *nulla poena sine lege* wollte man insofern folgen, als für das Strafmaß jugoslawisches Recht gilt (Art. 55 des Statuts). Obwohl im Nürnberger Prozess mit Selbstverständlichkeit angewendet, ist die Todesstrafe nicht vorgesehen, sondern als Höchststrafe der lebenslange Freiheitsentzug. Eine Berufung darauf, dass auf Befehl gehandelt wurde, wird nicht als Entschuldigungsgrund angesehen – wie im Nürnberger Prozess –, sondern kann zu einer gewissen Strafmilderung führen, ebenso wie die Berufung darauf, dass im Notstand gehandelt wurde (Art. 7 des Statuts).

- 182 Eine Verurteilung in Abwesenheit ist nicht vorgesehen, sondern sie erfordert die *persönliche Anwesenheit des Angeklagten* (Art. 21 des Statuts). Das ist bedauerlich, da es dem Verfahren weitgehend die Effektivität nimmt und rechtsstaatliche Grundsätze dadurch geschützt werden könnten, dass die Wiederaufnahme bei Erscheinen des Angeklagten vorgesehen ist.
- 183 Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen dem Tribunal und den innerstaatlichen Gerichten geht das Statut vom Modell konkurrierender Kompetenzen aus. Das Tribunal genießt aber insoweit Vorrang, als es einen Fall in jedem Stadium des Verfahrens an sich ziehen kann (Art. 9). Der Grundsatz *ne bis in idem* ist insofern eingehalten, als ein innerstaatliches Gericht nicht mehr zuständig ist, wenn das Tribunal ein Urteil erlassen hat. Das Tribunal jedoch kann dann, wenn es das innerstaatliche Urteil für unangemessen hält, eine Bestrafung vornehmen. Die Möglichkeit einer Berufung vor einer zweiten Kammer ist vorgesehen. Der Strafvollzug soll durch Staaten vorgenommen werden, die sich hierzu bereit erklären (Art. 27 des Statuts).

- 184 Nach dem Vorbild des Jugoslawien-Tribunals beschloss der Sicherheitsrat 1994 ein Gericht zur Beurteilung der in Ruanda begangenen Massaker zu schaffen. Die Appellationskammer des Jugoslawien-Tribunals wird auch für das Ruanda-Tribunal tätig. Beide teilen den selben Chefankläger.

Lit. zu V. 4. a): SR Res. 808 v. 22. 2. 1993 und 827 v. 25. 5. 1993, ILM Bd. 32, 1993, S. 1203–1205; Statut des Jugoslawien-Tribunals, ILM, Bd. 32, 1993,

86

#### Andere internationale Gerichte V.

S. 1192–1201; International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Decision in Prosecutor v. Dusko Tadic v. 2. 10. 1995, ILM, Bd. 35, 1996, S. 32; J. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia*, 2000; S. Murphy, *Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, AJIL, Bd. 93, 1999, 57–97.

#### b) Der Internationale Strafgerichtshof

Das Statut eines *Internationalen Strafgerichtshofs* wurde im Juli 185  
1998 unterzeichnet und trat im Juli 2002 in Kraft. Die sachliche Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs erstreckt sich auf Kriegsverbrechen im Sinne schwerer Verstöße gegen die Genfer Rotkreuzkonventionen von 1949 sowie der Gesetze und Gebräuche des Krieges, Genozid und Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 5a)-c)). Das Statut von Rom umschreibt diese Verbrechen aber sehr viel ausführlicher (Art. 6 ff.) als das Statut des Jugoslawien-Tribunals, um jedweden Bedenken auf Grund des Prinzips *nulla poena sine lege scripta* umfassend Rechnung zu tragen. Hinzu kommt die Zuständigkeit für das *Verbrechen der Aggression* (Art. 5d)). Eine Bestrafung nach diesem Tatbestand setzt jedoch noch voraus, dass die Staaten sich auf eine Definition der Aggression einigen (Art. 5 Abs. 2).

Die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs ist automa- 186  
tisch mit der Mitgliedschaft des Statuts verbunden, erfordert mithin keine gesonderte Unterwerfungserklärung. Im konkreten Fall setzt sie allerdings voraus, dass die Straftat auf dem Territorium eines Mitgliedstaates oder durch dessen Staatsangehörige begangen wurde (Art. 12). Vorbehalte zum Statut sind entsprechend einer modernen völkerrechtlichen Tendenz (s. unten Kap. 8, III.) unzulässig (Art. 120). Jedoch können dem Statut neu beitretende Staaten die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs für auf ihrem Territorium oder von ihren Staatsangehörigen begangene Kriegsverbrechen um sieben Jahre hinausschieben (Art. 124). Die Vereinigten Staaten haben das Statut zwar signiert, im Mai 2002 jedoch mitgeteilt, dass eine Ratifikation nicht beabsichtigt sei.

Nationale Strafgerichtsbarkeit ist weiterhin zulässig, so dass eine 187  
gewisse Konkurrenz zwischen nationaler und internationaler Gerichtsbarkeit besteht. Allerdings soll der Internationale Strafgerichtshof dann seine Kompetenz in Anspruch nehmen können,

87

## 7. Kapitel Internationale Streitbeilegung

wenn das nationale Gericht eine angemessene Bestrafung unterlässt.

- 188 Die staatsrechtliche Stellung des Angeklagten, etwa als Regierungsmitglied, soll außer Betracht bleiben, so dass regelmäßig Immunität nicht eingreift (Art. 27 des Statuts). Hier folgt der Gerichtshof den Regeln des Nürnberger Prozesses und des Jugoslawien-Tribunals. Der persönliche Notstand, d.h. Handeln unter Drohung, soll im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zur Straffreiheit führen (Art. 31 Abs. 1c) des Statuts). Hier liegt ein gewisser Unterschied zum Statut des Jugoslawien-Tribunals vor. Die Berufung darauf, dass auf Befehl gehandelt wurde, soll, mit einigen Ausnahmen, nicht relevant sein. Die Ernennung der Richter, vorläufig 18 Richter, erfolgt durch die Vertragsparteien in gemeinsamer Wahl (Art. 36 des Statuts). Eine Berufungskammer ist vorgesehen. Vertragsparteien können einen Richter wegen Pflichtversäumung oder Unfähigkeit abberufen, wenn 2/3 der Staaten das verlangen. Den Richtern ist Immunität zugesichert, die allerdings vom Gericht mit einfacher Mehrheit aufgehoben werden kann.
- 189 Wie auch im Statut des Jugoslawien-Tribunals vorgesehen, soll eine Aburteilung nur in Anwesenheit des Angeklagten erfolgen (Art. 63 des Statuts). Auch hier ist die Todesstrafe nicht vorgesehen. Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe erfolgt in einem Staat, der sich hierzu bereit erklärt, wobei der Verurteilte gewisse Wünsche in dieser Beziehung vortragen kann.

*Lit. zu V. 4. b):* Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, ILM, Bd. 37, 1998, S. 999–1069; *L. Caflisch*, The Rome Statute and the European Convention on Human Rights, EuGRZ, Bd. 29, 2002, 1–12; *L. Sadat*, The International Criminal Court and the Transformation of International Law, 2002; *C. Stahn*, Zwischen Weltfrieden und materieller Gerechtigkeit: Die Gerichtsbarkeit des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs (IntStGH), EuGRZ, Bd. 25, 1998, 577–591; *C. Tomuschat*, Das Strafgesetzbuch der Verbrechen gegen den Frieden und die Sicherheit der Menschheit, EuGRZ, Bd. 25, 1998, 1–7; *A. Zimmermann*, Die Schaffung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs, ZaöRV, Bd. 58, 1998, 47–108.



### 3.6.3 Internationales Wirtschaftsrecht

Rudolf Dolzer, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4. Aufl., Berlin 2007. 6. Abschnitt, Rn 63 – 71.

#### 4. Welthandelsordnung

a) Instrumente des freien Welthandels: GATT und WTO

- 63 Das *Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen* GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) war die Frucht einer Serie internationaler Konferenzen am Ende des Zweiten Weltkrieges, die eine Reorganisation des Welthandels- und des internationalen Währungssystems zum Ziel hatten. Während die *Havanna-Charta* v 1948,<sup>174</sup> die umfangliche Regeln betreffend Handel, Wettbewerb, Entwicklungspolitik und Arbeitsmarkt vorsah, u a

174 Abdr in: Deutsches Handels-Archiv 1949. Dazu *Wilcox*, A Charter for World Trade, 1949; v. *Mickwitz*, Die Welthandels-Charta, EA 1948, 1547ff.

am Widerstand des US-Kongresses scheiterte, konnte 1947 mit der Unterzeichnung des GATT zumindest ein materiellrechtlicher Teilaspekt geregelt werden. Die Vertragsstaaten trugen später der wachsenden Notwendigkeit einer Liberalisierung Rechnung, indem sie den vom GATT vorgegebenen Spielraum in den vergangenen Jahrzehnten weitestgehend ausschöpften und durch zusätzliche Regelungen erweiterten. Das institutionell an sich höchst dürftig ausgestattete GATT wurde immer mehr einer I.O. angenähert. Internationale Handelsrunden trieben die Bemühungen um einen Abbau von Zöllen und später auch von Handelsbarrieren voran.

Zu den Erfahrungen mit dem GATT Regime gehörte in den vergangenen Jahrzehnten, dass seine Handelsregeln nur eingeschränkt beachtet und durchgesetzt wurden.<sup>175</sup> Im Jahre 1994 wurde im Zuge der Uruguay-Runde<sup>176</sup> das nach dem Weltkrieg verfehlte Ziel, eine Welthandelsorganisation zu errichten<sup>177</sup> und den internationalen Handel in *allen* seinen Aspekten umfanglichen Regelungskodizes und einem wirksamen Streitschlichtungssystem zu unterwerfen, erreicht: 1994 wurden in Marrakesch (Marokko) das *Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation* (World Trade Organization – WTO) sowie zwanzig internationale Verträge verabschiedet, von denen sechzehn (GATT, GATS, TRIPS sowie Zusatzabkommen zu speziellen Sachfragen) für alle Mitglieder der WTO („multilateral“) und vier für die jeweiligen Signatäre („plurilateral“) gelten. Bei Letzteren handelt es sich um das Abkommen über den Handel mit zivilen Luftfahrzeugen, das Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, das Internationale Milch- und das Internationale Rindfleischabkommen; sie alle sind Neuauflagen früherer Übereinkommen. Das GATT wurde in revidierter Fassung („GATT 1994“) in diesen Vertragskorpus eingebaut,<sup>178</sup> der am 1.1.1995 in Kraft trat.<sup>179</sup> Im Unterschied zu GATT 1947 folgt der WTO-Komplex dem Ansatz des „Einheitsabkommens“ (*single agreement approach*). Die Vertragsstaaten haben nur die Wahl, die grundlegenden Verträge *en bloc* anzunehmen oder der WTO fernzubleiben.<sup>180</sup> Nach einer gescheiterten WTO-Ministertagung in Seattle (USA) im November 1999 konnte schließlich zwei Jahre später in Doha (Katar) die Auf-

175 Vgl *Kopke*, Rechtsbeachtung und -durchsetzung in GATT und WTO, 1997.

176 So benannt nach dem Seebad Punta del Este in Uruguay, wo im Jahre 1986 mit einer Ministertagung die 8. GATT-Verhandlungsrunde, 1993 abgeschlossen, eingeleitet worden war. Zum schwierigen Verlauf *May*, Die Uruguay-Runde, 1994, 16ff.

177 Vgl *Senti*, WTO, 2000, 15ff; *Benedek* (Fn 42) 69ff.

178 Die Welthandelsordnung ruht nun auf den drei Säulen GATT, GATS und TRIPS; sie wird ergänzt durch die vier plurilateralen Verträge und wird verklammert durch die WTO.

179 BGBl 1994 II, 1438 (ZustimmungsG); WTO-Übereinkommen: BGBl 1994 II, 1625. Slg der wichtigsten Vorschriften bei *Tietje*, WTO, 2003. Umfassender Überblick zum Welthandelsrecht: *Carreau/Juillard*, *Droit international économique*, 2003, 40ff; *Stoll/Schorkopf* (Fn 42); *Weiß/Herrmann* (Fn 60); s auch *Fink/Schwartzmann/Schollendorf*, Grundzüge des Internationalen Wirtschaftsrechts, in: Steuerberater Rechtshandbuch (Erg.-Lfg 11/02); *Senti* (Fn 177). Zur Entstehung vgl *Hudec*, *Enforcing International Trade Law*, 1993. Vgl im Übrigen *Hausen/Schanz*, Das neue GATT, 1995; *Petersmann*, Towards the „Constitutionalization“ of the Bretton Woods System Fifty Years after its Foundation, FS Bernhardt, 1995, 1087 (1107ff); *Gemäßperle/Zeller/Wartenweiler*, Die Ergebnisse der Uruguay-Runde, 1994; *Beise*, Vom alten zum neuen GATT, in: Graf Vitzthum (Hrsg), Europäische und Internationale Wirtschaftsordnung aus der Sicht der Bundesrepublik Deutschland, 1994, 179ff; *Klein/Meng/Rode* (Hrsg), Die Neue Welthandelsordnung der WTO, 1998.

180 Vgl *Oppermann*, Die Europäische Gemeinschaft und Union in der Welthandelsorganisation (WTO), RIW 1995, 919ff.

## 6. Abschnitt. Wirtschaft und Kultur

nahme von Verhandlungen zu einer weiteren Handelsrunde vereinbart werden. Welchen Erfolg diese Handelsrunde haben wird, bleibt abzuwarten.

### GATT/WTO und die Welthandelsprinzipien

- 65 Der Umfang des Welthandels hat sich seit dem Zweiten Weltkrieg vervielfacht. Dies lässt sich schon an der Zahl der GATT-Vertragsstaaten ablesen. Zählte das Übereinkommen von Bretton Woods im Jahre 1948 nur 23 Parteien, waren es demgegenüber 111 Staaten, die in Marrakesch den Signaturakt vollzogen.<sup>181</sup> Kernstück der Welthandelsordnung ist damit heute der *GATT/WTO-Komplex*.<sup>182</sup> Dieser umfasst gemäß Anhang 1 A zum WTO-Vertrag außer dem Text des „GATT 1947“ in der zuletzt geltenden Fassung<sup>183</sup> und hiermit verbundener internationaler Vereinbarungen eine Reihe von *understandings* der Uruguay-Runde zur Interpretation verschiedener GATT-Normen sowie das Protokoll von Marrakesch. Der Welthandel wird so einer Reihe von Prinzipien unterworfen. Ihr Ziel ist es, zur Öffnung eines nach wie vor nicht gänzlich freien Welthandels und zur Gewährleistung von Chancengleichheit für die Handelspartner beizutragen. Die Prinzipien binden nur die Mitgliedstaaten; der Einzelne kann ihnen grundsätzlich keine Rechtsposition entnehmen.<sup>184</sup> Umstritten ist jedoch immer noch die *unmittelbare* Geltung der GATT-Prinzipien in der EG und in den Mitgliedstaaten.<sup>185</sup>
- 66 Im Ganzen lassen sich in der Rechtsordnung des GATT sieben explizit oder implizit enthaltene *Prinzipien* unterscheiden: die Grundsätze der Meistbegünstigung und Nichtdiskriminierung, der Gegenseitigkeit (Reziprozität), der besonderen Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse der Entwicklungsländer (Solidarität), des Gleichgewichts der Rechte und Verpflichtungen, der staatlichen Verantwortlichkeit für Schäden aus

181 Vgl. *Senti*, GATT-WTO. Die neue Welthandelsordnung nach der Uruguay-Runde, 1994, 21ff.

182 Vgl. o. Fn 178.

183 Vgl. *Moore*, The Decisions Bridging the GATT 1947 and the WTO Agreement, AJIL 90 (1996) 317ff.

184 Allerdings sieht die *Trade Barriers Regulation* der EG ein Antragsverfahren bei der Kommission zur Überprüfung einer möglichen Verletzung internationaler Handelsregeln vor (VO [EG] Nr 3286/94 des Rates v 22.12.1994, ABl EG 1994, Nr L 349/71); vgl. *Cascante*, Rechtsschutz von Privatrechtssubjekten gegen WTO-widrige Maßnahmen in den USA und in der EG, 2003.

185 Vgl. dazu EuGH-Urteil v 23.11.1999 zur direkten Wirkung des GATT (Rs C-149/96, *Portugal v Rat*); dazu Anm. *Egli/Kokott*, AJIL 94 (2000) 740; *Hilf/Schorkopf*, EuR 2000, 74ff; außerdem Beschluss des EuGH v 2.5.2001 (Rs C-307/99, *Fruchtandelsgesellschaft*) und EuGH v 1.3.2005 (Rs C-377/02, *Van Parys*). Zur Frage der Haftung der EG für WTO-Rechtsverletzungen siehe die Urteile des Gerichts erster Instanz v 11.1.2002 (Rs T-174/00, *Biret*), v 3.2.2005 (Rs T-19/01, *Chiquita*) und v 14.12.2005 (Rs T-69/01, *FIAMM*) sowie das Rechtsmittelurteil des EuGH v 30.9.2003 (Rs C-93/02, *Biret II*). Vgl. zum Ganzen auch *Cottier*, A Theory of Direct Effect in Global Law, FS Ehlermann, 2002, 99ff; *Meng*, Gedanken zur Frage der unmittelbaren Anwendung von WTO-Recht in der EG, FS Bernhardt, 1995, 1063ff; *Petersmann*, Darf die EG das Völkerrecht ignorieren?, EuZW 1997, 325ff; *Hörmann/Götsche*, Die Haftung der EG für WTO-Rechtsverletzungen – Neue Tendenzen in der EuGH-Rechtsprechung?, RIW 2003, 689ff; *Weiß*, Zur Haftung der EG für die Verletzung des WTO-Rechts, EuR 2003, 1077ff; *Proeß*, WTO Regulations and European Community Law, in: Chirathivat/Knipping/Ryan/Welfens (Hrsg.), The EU and ASEAN Facing Economic Globalization, 2007; *Mögele*, Die Rechtswirkungen von WTO-Bestimmungen in der Gemeinschaftsrechtsordnung – Überlegungen zur Rechtsprechung des EuGH, FS Schmidt, 2006, 129ff.

rechtmäßigem wirtschaftlichen Handeln, des fairen Handels (*fair trade*, insbesondere gegen Dumping und Subventionen gerichtet) sowie der friedlichen Streitbeilegung.<sup>186</sup>

Zentrale Bedeutung hat das bereits erläuterte Prinzip der *Meistbegünstigung* (Art I).<sup>187</sup> 67  
 Räumt ein Staat einem anderen Staat – WTO-Mitgliedstaat oder nicht – Handelsvorteile ein, hat er diese grundsätzlich „sofort und bedingungslos“ auch allen anderen Vertragsstaaten zu gewähren. Damit sollen für alle Staaten gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den internationalen Märkten gewährleistet werden, wobei *Ausnahmen* für wirtschaftlich schwache Länder zulässig sind.<sup>188</sup> Eine andere, bedeutsamere Ausnahme bilden die *Zollunionen und Freihandelsabkommen* (Art XXIV Abs 5),<sup>189</sup> auf die sich die Meistbegünstigungsklausel gerade nicht bezieht. Mit den GATT/WTO-Zielen steht dieses Schema insoweit in einem Spannungsverhältnis, als Zollunionen und Freihandelszonen zwar den Wegfall von Handelshemmnissen im Inneren bewirken, zugleich aber zur Verfestigung von Handelsbarrieren „nach außen“ beitragen; „Festung Europa“ lautet das bekannteste Stichwort.

Der Meistbegünstigungsgrundsatz wird durch den der *Inländergleichbehandlung* 68  
 (Art III Abs 4) ergänzt.<sup>190</sup> Ausgestaltungen dieser Prinzipien finden sich neben den Art I Abs 1 und III GATT u a auch in Art XIII.<sup>191</sup> Danach sollen Import- oder Exportrestriktionen, etwa mengenmäßige Beschränkungen im Handelsverkehr (vgl Art XI), nur in dem Umfang zulässig sein, wie sie gegenüber dritten Staaten gelten. Das in der GATT/WTO-Präambel ausdrücklich angesprochene Prinzip der *Gegenseitigkeit*<sup>192</sup> lässt sich in der Praxis kaum je wirklich erreichen, streben die Handelspartner doch gerade danach, Handels- und Wettbewerbsvorteile zu erlangen. Insofern kann man aus dem Reziprozitätsprinzip kaum mehr ableiten als ein Gebot zu *fair play* als einer Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben.

Die *Tariffs only-Maxime* hat die Beschränkung handelspolitischer Schutzmaßnahmen 69  
 auf Zölle und den grundsätzlichen Ausschluss nichttarifärer Handelsbeschränkungen zum Gegenstand. Infolge der erreichten Zollsenkungen während der GATT-Runden haben nicht-tarifäre Handelshemmnisse im Welthandel an Bedeutung gewonnen. Aufgrund ihrer unterschiedlichen Erscheinungsformen sind sie schwer zu überwachen.<sup>193</sup> Sie können sich im Einzelfall als Schikanemaßnahmen erweisen; dies gilt besonders für Verfahrensregeln und technische Normen. Allerdings gilt der Ausschluss nichttarifärer Handelshemmnisse nicht unbegrenzt. So sind – grundsätzlich – nur mengenmäßige Beschränkungen der Ein- und Ausfuhr verboten (Art XI Abs 1). Der Grundsatz des *fair trade* richtet sich gegen Wettbewerbsverzerrungen aller Art, insbesondere gegen solche, die durch staatliche Sub-

186 Vgl *Benedek* (Fn 42) 51ff.

187 Art I Abs 1 GATT: „Bei Zöllen und Belastungen aller Art, die anlässlich oder im Zusammenhang mit der Einfuhr oder Ausfuhr oder bei der internationalen Überweisung von Zahlungen für Einführen oder Ausführen auferlegt werden, bei dem Erhebungsverfahren für solche Zölle und Belastungen, bei allen Vorschriften und Förmlichkeiten im Zusammenhang mit der Einfuhr oder Ausfuhr und bei allen in Art III Absätze 2 und 4 behandelten Angelegenheiten werden alle Vorteile, Vergünstigungen, Vorrechte oder Befreiungen, die eine Vertragspartei für eine Ware gewährt, welche aus einem anderen Land stammt oder für dieses bestimmt ist, unverzüglich und bedingungslos für alle gleichartigen Waren gewährt, die aus Gebieten der anderen Vertragsparteien stammen oder für diese bestimmt sind.“

188 Vgl dazu bereits die Ausführungen in o Rn 20f sowie u Rn 78ff.

189 Vgl u Rn 93ff.

190 Dazu bereits o Rn 23ff.

191 Ausf *Tietje* (Fn 41) 263ff.

192 Vgl bereits o Rn 26ff.

193 Auflistung bei *Senti* (Fn 177) 236ff.

ventionen oder Dumping, das vornehmlich seitens privater Unternehmer angewandt wird, verursacht werden. Dies gilt auch in Bezug auf entsprechende Gegenmaßnahmen in Form von Antidumping- und Antisubventionsmaßnahmen.<sup>194</sup>

Der WTO-Vertragskomplex

- 70 Die *Welthandelsorganisation* (WTO) „bildet den gemeinsamen institutionellen Rahmen für die Wahrnehmung der Handelsbeziehungen zwischen ihren Mitgliedern in Angelegenheiten im Zusammenhang mit den in den Anlagen dieses [WTO-]Übereinkommens enthaltenen Übereinkommen und dazugehörigen Rechtsinstrumenten“ (Art II Abs 1 WTO-Übereinkommen). Die WTO bildet gemeinsam mit GATT 1994, das ein Teil der WTO ist, und den anderen Abkommen das Regelwerk für die internationalen Handelsbeziehungen. Die WTO ist zugleich Handelsorganisation und internationales Verhandlungsforum. Anders als es das GATT war, ist die WTO eine *I. O.* mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art VIII Abs 1). Mit dem Beitritt zur WTO akzeptieren die Mitgliedstaaten alle unter ihrem Dach vereinigten Abkommen und Vereinbarungen, die als Annexe einen integralen Bestandteil des WTO-Übereinkommens darstellen. Damit ist die institutionelle Schwäche des GATT 1947 überwunden. Die Aufgaben der WTO liegen maßgeblich im Bereich der Durchführung und Weiterentwicklung des Vertragskomplexes (vgl Art III). Insofern übernimmt die WTO, „soweit praktisch möglich“, die bisherigen Aufgaben des alten GATT-Sekretariats (Art XVI Abs 2 WTO-Übereinkommen). Gemäß Art VI WTO-Übereinkommen wird unter der Leitung eines Generaldirektors ein Sekretariat in Genf eingerichtet.<sup>195</sup>
- 71 Im Rahmen des WTO-Vertragskomplexes wird der *Streitschlichtung* gesteigerte Bedeutung beigemessen. Das GATT 1947 enthielt insoweit nur rudimentäre Bestimmungen; Streitschlichtung war Sache der Vertragsparteien (Art XXIII), wobei in der Praxis zunächst die Stellungnahme eines Expertengremiums (*panel*) zu der Streitfrage eingeholt wurde. Da vor 1994 zur Wirksamkeit eines Panelberichts seine Annahme auch durch beide Streitparteien erforderlich war, blieb das GATT-Streitschlichtungsverfahren ein stumpfes Schwert; Vertragsbrüche, -verletzungen und -umgehungen waren ebenso zu beobachten wie das Unterlassen der Inanspruchnahme verfügbarer Rechtsmittel.<sup>196</sup> Nach dem neuen Recht der WTO (Vereinbarungen über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten)<sup>197</sup> ist eine Annahme durch die Streitparteien nicht mehr erforderlich. Der

194 Näher hierzu *Stoll/Schorkopf* (Fn 42) Rn 220ff; *Tietje* (Fn 41) 287ff; *Weiß/Herrmann* (Fn 60) Rn 507ff.

195 Strukturschema der WTO bei *Petersmann* (Fn 179) 1114; zur rechtlichen Einordnung *Stoll*, Die WTO: Neue Welthandelsorganisation, neue Welthandelsordnung, *ZaöRV* 54 (1994) 257ff.

196 Vgl *Kopke*, Rechtsbeachtung und -durchsetzung in GATT und WTO, 1997, 243ff.

197 BGBI 1994 II, 1598f (engl) bzw 1749 (dt). Zu verfahrensrechtlichen Einzelheiten *Petersmann*, *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, 1997; *Pescatore/Davey/Lowenfeld*, *Handbook of GATT/WTO Dispute Settlement* (2 Bde, Loseblattsig), 1995; *Oesch*, Standards of Review in WTO Dispute Resolution, *JIEL* 6 (2003) 635ff; *Sittmann*, Das Streitbelegungsverfahren der World Trade Organization, *RIW* 1997, 749ff; *Schloemann/Ohlhoff*, „Constitutionalization“ and dispute settlement in the WTO, *AJIL* 93 (1999) 424ff; *Schollendorf*, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO), 2005; *Ruffert*, Der Entscheidungsmaßstab im WTO-Streitbelegungsverfahren – Prozessuale Relativierung materieller Verpflichtungen?, *ZVglRWiss* 100 (2001) 304ff; *Vermulst/Mavroidis/Waer*, The Functioning of the Appellate Body after Four Years, *JWT* 33 (1999) Nr 2, 1ff; *Weiß/Herrmann* (Fn 60) § 10. Zur neueren Entscheidungspraxis s Übersichten bei *Hohmann*, Die WTO-Streitbeilegung im Jahr 2001, *RIW* 2003, 352; *Ohlhoff*, Entwicklung der Rechtsprechung zum WTO-Recht in den Jahren 2000 und 2001, *EuZW* 2002, 549.

I. Die Wirtschaft im Völkerrecht

Panelbericht entfaltet nunmehr nur dann keine Wirkung, wenn sich die Vertragsparteien des GATT im Konsensus-Verfahren geschlossen gegen ihn aussprechen: Die Streitparteien haben nur noch das Recht, im Wege der *Berufung* gegen den Panelbericht vorzugehen (Art 16 Abs 4 der Vereinbarungen). Die Entscheidung durch ein Berufungsgremium (*Appellate Body*, Art 17) verleiht dem Verfahren bereits *schiedsgerichtlichen* Charakter. Auch Dienstleistungen und geistiges Eigentum sind nun in den Schutz des WTO-Streitschlichtungssystems einbezogen. Die große Zahl der Verfahren nach Errichtung des neuen Systems zeigt, dass dieses – trotz verbleibender Schwächen – in kurzer Zeit eine hohe Akzeptanz gefunden hat, die im neueren internationalen Wirtschaftsrecht als einzigartig zu bezeichnen ist.

### 3.7 Streitbeilegung

Exzerpt aus: *Juliane Kokott, Karl Doehring, Thomas Buegenthal, Grundzüge des Völkerrechts, 3. Aufl., Heidelberg/St. Gallen 2003. Rn 132 – 155.*

#### 7. Kapitel

### Internationale Streitbeilegung

#### I. Einführung

132 Im folgenden werden die traditionellen gerichtlichen, quasigerichtlichen und diplomatischen Institutionen und Methoden behandelt, die die internationale Gemeinschaft zur Lösung zwischenstaatlicher Streitigkeiten verwendet. Die in der Charta der Vereinten Nationen geregelten Verfahren, die verhindern sollen, dass solche Streitigkeiten zu unkontrollierten gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen den Staaten führen, sind oben in Kap. 6 schon dargelegt. Hier wird nur versucht, die Art und Weise und die Methoden zu beschreiben, die das Völkerrecht zur Beilegung internationaler Streitigkeiten bereithält.

133 Art. 33 Abs. 1 der Charta der Vereinten Nationen zählt die *Methoden* auf, die auf internationale Streitigkeiten Anwendung finden können. Es heißt dort:

*„Die Parteien einer Streitigkeit, deren Fortdauer geeignet ist, die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit zu gefährden, bemühen sich zunächst um eine Beilegung durch Verhandlung, Untersuchung, Vermittlung, Vergleich, Schiedsspruch, gerichtliche Entscheidung, Inanspruchnahme regionaler Einrichtungen oder Abmachungen oder durch andere friedliche Mittel eigener Wahl.“*

Zusätzlich zur Darstellung der so aufgezählten Methoden zur Streitbeilegung werden nachfolgend auch die Zuständigkeit und die Funktionen der heute existierenden internationalen Gerichte behandelt.

#### II. Außergerichtliche Methoden

134 Die traditionellen außergerichtlichen Methoden der internationalen Streitbeilegung sind *Verhandlung, Untersuchung, Vermittlung* und *Schlichtung*. Je nach der Art der Streitigkeit, ihrem Umfeld und der Haltung der Streitparteien finden eine, mehrere oder auch alle diese Methoden Anwendung. Sie sind nicht notwendigerweise unterschiedliche oder sich ausschließende Techniken zur Lösung eines Konflikts. Jede dieser Methoden hat in innerstaatlichen Rechtsordnungen institutionelle Parallelen, und sie funktionieren in ähnlicher Weise.

### 1. Verhandlung

Bilaterale und multilaterale Verhandlungen zur Lösung von Meinungsverschiedenheiten zwischen einem oder mehreren Staaten oder zwischen Gruppen von Staaten werden im Wege diplomatischer Korrespondenz, direkter Begegnungen ständiger diplomatischer Vertreter oder auch durch besonders ernannte Unterhändler, sog. ad hoc-Diplomaten und sog. *special missions*, geführt. Verhandlungen sind regelmäßig das erste Stadium, bevor der Rückgriff auf andere, formellere Methoden der Streitbeilegung erfolgt. Oft sind vorherige Verhandlungen die Voraussetzung für weitere Schritte, insbes. für die Begründung der Zuständigkeit eines internationalen Gerichts. 135

### 2. Untersuchung

Soll zur Aufklärung von Tatsachen, die Anlass zu einer Streitigkeit gegeben haben, ein Untersuchungsverfahren eröffnet werden, erfolgt meist die Ernennung einer Gruppe einzelner oder einer Institution als unparteiliches Tatsachenermittlungs- oder Untersuchungsgremium. Wenn dann eine *mit Zustimmung der Parteien* durchgeführte Untersuchung zu einem eindeutigen Sachverhalt führt, kann sich die Untersuchung als sehr effektive Streitbeilegungsmethode erweisen. 136

### 3. Vermittlung und gute Dienste

Eine ähnliche Methode besteht in den Bemühungen Dritter, den Streitparteien bei der Bereinigung ihrer Meinungsverschiedenheiten durch Verhandlung zu helfen. Die Rolle des Vermittlers ist es dann, die Parteien zusammenzubringen, als *Unterhändler für beide Seiten* zu fungieren und Möglichkeiten der Beilegung der Streitigkeit zu erkunden und vorzuschlagen. Dabei können Vermittler eine Brücke zwischen streitenden Staaten sein, deren Repräsentanten zunächst gar nicht bereit sind, miteinander zu sprechen; die Pendeldiplomatie im Mittleren Osten ist ein Beispiel hierfür. Vermittler können an den Verhandlungen und Treffen, falls deren Zustandekommen gelingt, teilnehmen und Lösungen des Konflikts anregen. 137

### 4. Schlichtung

138 Ein *Schlichtungsverfahren* ist *formeller ausgestaltet* als die schon genannten Verfahren zur Streitbeilegung. Es setzt die Vereinbarung der an der Streitigkeit beteiligten Parteien voraus, die Kontroverse einer Gruppe einzelner oder einer Institution vorzulegen, die dann einen Bericht mit Empfehlungen zur Streitbeilegung verfasst. Die Parteien verpflichten sich zwar regelmäßig nicht, die Empfehlungen auch zu befolgen, aber die Existenz eines Berichts erschwert es den Parteien gewöhnlich, ihn zu mißachten und die Empfehlungen zurückzuweisen, insbes. wenn sie den Anschein willkürlichen oder rechtswidrigen Handelns vermeiden wollen.

## 5. Kombination von Verhandlung, Vermittlung und Schlichtung

- 139 Heute gibt es zahlreiche internationale Institutionen und Mechanismen, innerhalb derer die oben erwähnten Methoden und Techniken zu einem formellen Streitbelegungsverfahren zusammengefügt sind und das so insgesamt aus Verhandlungen, Tatsachenermittlung, Vermittlung und Schlichtung besteht. Institutionen, die zur Beilegung von Streitigkeiten wegen der Verletzung von Menschenrechten eingesetzt wurden, sind hierfür beispielhaft. Sie bestehen herkömmlicherweise aus einem Ausschuss oder einer Kommission, die auf Grund eines Vertrages errichtet wird, der regelmäßig auch einen Katalog der geschützten Rechte enthält. Die Vertragsstaaten können Streitigkeiten über die Verletzung dieser Rechte der Kommission vorlegen, die dann ein formelles Verfahren einleitet. Es folgen Verhandlungen, Tatsachenermittlungen und Bemühungen um eine gütliche Einigung. Dann wird ein Bericht mit entsprechenden Schlussfolgerungen erstattet und, wenn eine gütliche Einigung nicht erzielt wird, schließen sich Empfehlungen an (siehe z.B. Art. 11–13 der Konvention zur Verhinderung von Rassendiskriminierung; Art. 41–42 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte). Einige dieser Verträge enthalten Vorschriften über die Zulässigkeit einer gerichtlichen Entscheidung, auf die als letzten Schritt im Verfahren der Streitbeilegung zurückgegriffen werden kann. Diese Möglichkeit ist z.B. durch die Amerikanische Menschenrechtskonvention eröffnet. Im Rahmen des Europäischen Systems zum Schutz der Menschenrechte hat zum 1. November 1998 der ständige *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* das bis dahin bestehende System aus Europäischer Kommission und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte abgelöst. Ein sehr viel komplexerer Mechanismus der Streitbeilegung, der von all den vorgenannten Techniken vielfältig und in unterschiedlichen Zusammenhängen und Kombinationen beeinflusst ist, wurde durch die *Seerechtskonvention* geschaffen (Teil XI des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen). Die *Charta der Vereinten Nationen* selbst sieht ein Verfahren der Streitbeilegung vor, in dem der Sicherheitsrat und die Generalversammlung unterschiedliche Funktionen bei der Aktivierung der verschiedenen in Art. 33 aufgezählten Methoden innehaben (Kap. VI und VII UN-Charta).

Lit. zu II.: R. L. Bindschedler, *Good Offices*, EPIL, Bd. II, 1995, S. 601–603; C. A. Fleischhauer, *Negotiations*, EPIL, Bd. III, 1997, S. 535–537; L. Henkin/R. Pugh/O. Schachter/H. Smit, *International Law*, 3. Aufl. 1993, S. 773–788; P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7. Aufl. 1997, S. 273–281; A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, §§ 1312–1321.

### III. Quasi-gerichtliche Methoden

#### 1. Der Unterschied zwischen Schiedsverfahren und gerichtlicher Entscheidung

Das internationale Schiedsverfahren und die internationale Gerichtsbarkeit unterscheiden sich in ganz wesentlicher Hinsicht von den in den vorangegangenen Abschnitten erörterten Techniken zur Beilegung von Streitigkeiten. Sowohl schiedsrichterliche als auch gerichtliche Entscheidungen *binden* die Parteien und haben nicht nur den Charakter von Empfehlungen. Dabei ist ein Schiedsgericht oder eine Schiedsstelle, im Gegensatz zu einem Gericht, in der Regel kein ständiges, auch für zukünftige Fälle eingerichtetes, richter-

## 7. Kapitel Internationale Streitbeilegung

liches Gremium. Die Parteien müssen sich sowohl über die Zusammensetzung als auch über die von dem Schiedsgericht anzuwendende Verfahrensordnung einigen. Das Übereinkommen, in dem all diese Fragen geregelt sind, wird als „Kompromiss“ bezeichnet. Internationale gerichtliche Entscheidungen dagegen ergehen durch ständige, institutionalisierte Gerichte mit feststehender Zusammensetzung, die nach vorgegebenen Zuständigkeitsstandards und nach vorgegebenen Verfahrensordnungen tätig werden.

### 2. Internationale Schiedsklauseln

- 141 In der Praxis finden sich Schiedsklauseln im Rahmen bilateraler oder multilateraler Verträge, die im Übrigen Fragen des materiellen Rechts zwischen den Parteien regeln. Die Funktion solcher Klauseln besteht darin, eine Methode für die Beilegung von Streitigkeiten bereitzustellen, die sich bei der Auslegung oder Anwendung des jeweiligen Vertrages ergeben können. Üblich sind solche Klauseln z.B. in bilateralen Investitionsschutzverträgen.
- 142 Weiter bestehen Schiedsabkommen, deren einzige Funktion es gerade ist, eine Methode für die Lösung und schiedsrichterliche Entscheidung aller Streitigkeiten oder Gruppen von Streitigkeiten zu begründen, die in Zukunft zwischen den Parteien entstehen können. Bekannte Abkommen dieser Art sind die Haager Konvention über die friedliche Beilegung internationaler Streitigkeiten von 1899, in der Fassung der Haager Konvention von 1907, und die Generalakte über die friedliche Beilegung internationaler Streitigkeiten von 1928, die 1949 geändert wurde. Die Haager Konventionen begründeten den Ständigen Haager Schiedshof, der trotz seines Namens kein Gericht, sondern eine Institution zur Erleichterung internationaler Schiedsverfahren ist. Er enthält eine Tabelle von Schiedsrichtern, die von den einzelnen Vertragsstaaten als geeignet für den Dienst in Schiedsgremien oder -gerichten präsentiert werden.
- 143 Schließlich gibt es Vereinbarungen, die im Hinblick auf eine bestehende Streitigkeit abgeschlossen werden, die die Parteien nicht durch andere Mittel beilegen konnten. Ein Beispiel hierfür ist das Abkommen von 1981 zwischen den Vereinigten Staaten und dem Iran zur schiedsrichterlichen Entscheidung über die Regelung von

68

### Quasi-gerichtliche Methoden III.

Schulden, das anlässlich der Besetzung der amerikanischen Botschaft und der Freilassung von amerikanischen Diplomaten geschlossen wurde und das zur Errichtung des iranisch-amerikanischen Schiedsgerichts führte (vgl. ILM, Bd. 20, 1981, S. 230 ff.).

### 3. Zustimmung zum Schiedsverfahren

Es ist eine Grundregel des Völkerrechts, dass von einem Staat nicht 144 verlangt werden kann, eine Streitigkeit schiedsgerichtlich beizulegen, wenn er nicht entweder vor oder nach Entstehen der Streitigkeit einem solchen Verfahren *zugestimmt* hat. Die oben genannten schiedsrichterlichen Abkommen enthalten häufig Bestimmungen, die jede an der Streitigkeit beteiligte Partei berechtigen, von der anderen die Einleitung schiedsrichterlicher Verhandlungen zu verlangen, aber ein solches Recht ist *durch Vertrag* begründet. Wo das nicht der Fall ist, ist die *nachträgliche Zustimmung* der Parteien als Voraussetzung des Schiedsverfahrens erforderlich.



#### 4. Zusammensetzung von Schiedsgerichten

Schiedsgerichte bestehen oft aus *drei Mitgliedern*, wobei jede an der Streitigkeit beteiligte Partei ein Mitglied ernennt. Das dritte Mitglied ist im Einvernehmen der Parteien zu ernennen oder, falls ein solches nicht erzielt werden kann, durch den Präsidenten des Internationalen Gerichtshofs oder eine andere international anerkannte Persönlichkeit. Wenn die Parteien sich nicht über das dritte Mitglied einigen können und das Abkommen keine alternative Methode seiner Auswahl enthält, gibt es u. U. keine Möglichkeit, das Schiedsabkommen durchzusetzen, da den Parteien kein Schiedsrichter aufgezwungen werden kann. Die Größe internationaler Schiedsgerichte variiert – das amerikanisch-iranische Schiedsgericht zählt z.B. neun Mitglieder – aber die oben beschriebene Ernennungsstruktur wird gewöhnlich aufrechterhalten. 145

#### 5. Der Schiedsspruch

Wenn das Abkommen nichts anderes bestimmt, *binden* Schiedssprüche die an der Streitigkeit beteiligten Parteien, und ein *weiteres Rechtsmittel* ist nicht gegeben. Einige Schiedsklauseln erlauben die 146

69

#### 7. Kapitel Internationale Streitbeilegung

Überprüfung durch den Internationalen Gerichtshof. Die Gültigkeit von Schiedssprüchen kann, wenn das vorgesehen ist, unter besonderen Umständen angefochten werden. Die vier sehr weitgehend anerkannten Anfechtungsgründe, die sich auch in der Muster-Schiedsverfahrensordnung der Vereinten Nationen von 1958 finden, sind die folgenden:

- das Gericht hat seine Befugnisse überschritten;
- ein Mitglied des Gerichts ist bestochen worden;
- der Schiedsspruch leidet an einem Begründungsmangel oder ist schwerwiegend von einer fundamentalen Verfahrensregel abgewichen;
- die Verpflichtung zum Schiedsverfahren oder der Kompromiss ist nichtig.

#### 6. Anwendbares Recht und Rechtsquellen

147 Schiedsgerichte wenden internationales Recht an, wenn die Parteien nicht vereinbart haben, dass ein anderes Recht angewendet werden soll, etwa eine nationale Rechtsordnung, falls diese für die besondere Art der Streitigkeit besondere Lösungsmöglichkeiten bietet. Im 19. und frühen 20. Jahrhundert und auch schon davor beruhte das internationale case law vorwiegend auf Entscheidungen von Schiedsgerichten und solchen innerstaatlicher Gerichte, die Völkerrecht anwendeten. Institutionalisierte Gerichte waren weniger beteiligt. (Der Zentralamerikanische Gerichtshof z.B. erließ nur wenige Entscheidungen während der kurzen Zeit seines Bestehens zwischen 1908 und 1918, und der Ständige Internationale Gerichtshof wurde erst 1920 errichtet.)

148 Obwohl die *Autorität älterer schiedsrichterlicher Entscheidungen* mit der Zeit abgenommen hat und obwohl manche von ihnen von neu entstandenen Staaten als Relikte des Kolonialismus und des Imperialismus bezeichnet wurden, bleiben sie eine wertvolle sekundäre Rechtsquelle. Die rechtliche *Autorität neuerer schiedsrichterlicher Entscheidungen* ist allerdings größer. Soweit keine Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs oder eines der anderen ständigen Gerichte ergingen, sind diese schiedsrichterlichen Entscheidungen der beste Nachweis des internationalen Richter- und Fallrechts.

70

## 7. Schiedsverfahren und Individualrechte

Obwohl die internationale Schiedsgerichtsbarkeit herkömmlicherweise primär Streitigkeiten zwischen Staaten auf völkerrechtlicher Ebene betrifft, hängen die Tatsachen, die solchen Streitigkeiten zugrunde liegen, oft mit Forderungen von Staatsangehörigen eines Staates gegen einen anderen Staat zusammen. Der klagende Staat nimmt sich der Forderungen seines Staatsangehörigen an. Viele Jahre hindurch haben die internationalen Schiedsgerichte einen ganzen *Komplex prozessualen und materiellen internationalen Rechts* entwickelt, der die verschiedensten Fragen umfasst, die sich im Rahmen solcher Rechtsstreitigkeiten ergeben (siehe unten Kap. 9). Ein großer Teil dieses Rechts, insbes. soweit es sich auf das Verfahren und die Zuständigkeit bezieht, hat Eingang in die Statuten und die Verfahrensordnungen bestehender internationaler Gerichte gefunden.

In einem weiteren Sinne umfasst internationale Schiedsgerichtsbarkeit auch Verfahren zwischen Staaten und natürlichen oder juristischen Personen, beispielsweise eine Streitigkeit zwischen einem ausländischen Investor und dem Gaststaat, zumindest, wenn nach Maßgabe des Völkerrechts zu entscheiden ist. Eine wichtige Rolle spielt hier das Washingtoner Übereinkommen für die Regelung von Streitigkeiten bezüglich Investitionen zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten von 1965 (s. unten Kap. 9, V. 2. c)).

*Lit. zu III.: L. Henkin/R. Pugh/O. Schachter/H. Smit, International Law, 3. Aufl. 1993, S. 788–805; O. Kimminich/S. Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 7. Aufl. 2000, S. 422–426; P. Malanczuk, Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7. Aufl. 1997, S. 293–300; H. v. Mangoldt, Die Schiedsgerichtsbarkeit als Mittel internationaler Streitschlichtung, 1974; H.-J. Schlochauer, Arbitration, EPIL, Bd. I, 1992, S. 215–230.*

## IV. Der Internationale Gerichtshof

### a) Einführung

Internationale Gerichte als ständige internationale Institutionen sind ein verhältnismäßig neues Phänomen in den internationalen Beziehungen. Der Zentralamerikanische Gerichtshof (1908–1918) war das erste Gericht dieser Art. Er hat einen besonderen Platz in

71

### 7. Kapitel Internationale Streitbeilegung

der Geschichte internationaler Gerichte nicht nur, weil es das erste war, sondern auch, weil unter seiner Charta Individuen erstmals das Recht erhielten, selbst Verfahren gegen Staaten einzuleiten.

- 151 Ein sehr wichtiges, für die internationale Gerichtsbarkeit *grundlegendes Prinzip* muss zunächst betont werden: Das Völkerrecht fordert von den Staaten nicht, dass ihre Streitigkeiten ohne ihre eigene Zustimmung durch internationale richterliche Entscheidung beigelegt werden. Die Befugnis eines internationalen Gerichts, über einen Fall zu verhandeln, wirft also immer die Frage auf, ob seine *Zuständigkeit* von den an der Streitigkeit beteiligten Parteien anerkannt wurde. Den Staaten steht es grundsätzlich frei, die Zuständigkeit vor oder nach Entstehen der Streitigkeiten zu akzeptieren, sie auf bestimmte Streitigkeiten zu begrenzen oder ihre Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit mit verschiedenen Bedingungen zu versehen (vgl. Art. 36 Statut des Internationalen Gerichtshofs). Zuständigkeitsfragen treten also bei der Tätigkeit internationaler Gerichte stets sehr deutlich in Erscheinung.

b) Historische Entwicklung

- 152 Der *Internationale Gerichtshof (IGH)* ist der Nachfolger des Ständigen Internationalen Gerichtshofs (StIGH), der 1920 unter den Auspizien des Völkerbundes gegründet wurde. Der StIGH stellte seine Tätigkeit während des Zweiten Weltkriegs 1939 ein, obwohl er erst 1946 formell aufgelöst wurde. Dieser Gerichtshof erließ ungefähr 30 Urteile und verschiedene Zwischenentscheidungen und erstellte 27 Gutachten. Diese Judikate genießen weiterhin hohe Autorität.
- 153 Der IGH, das *Hauptrechtsprechungsorgan der Vereinten Nationen*, entstand 1945. Sein Statut, das nach dem Vorbild desjenigen des StIGH erlassen wurde, stellt einen integralen Teil der Charta der Vereinten Nationen dar und ist ihr als Anhang beigefügt. Alle Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen sind ipso facto auch Parteien des Statuts des Gerichtshofs, was allerdings nicht bedeutet, dass sie sich der Zuständigkeit des IGH unterworfen haben. Staaten, die nicht Mitglieder der Vereinten Nationen sind, können dem Statut unter von den Vereinten Nationen vorgesehenen Bedingungen beitreten.

72

*Der Internationale Gerichtshof IV.*

c) Zusammensetzung und Struktur

Der IGH besteht aus 15 Richtern, von denen keine zwei Angehörige desselben Staates sein dürfen. Die Richter werden von der Generalversammlung der Vereinten Nationen und dem Sicherheitsrat gewählt; sie müssen die absolute Stimmenmehrheit in beiden Gremien erhalten. Die reguläre Amtszeit der Richter beträgt neun Jahre; sie können wiedergewählt werden. Es gibt keine formelle Regel, die jedem der ständigen Mitglieder des Sicherheitsrats einen Sitz im Gerichtshof zuordnet, obwohl in der Praxis so verfahren wird. 154

Der Gerichtshof hat zwei Arten der Zuständigkeit: die *streitige Gerichtsbarkeit* und die *Zuständigkeit zur Gutachtenerstattung*. Zur streitigen Gerichtsbarkeit gehört auch die Befugnis, vorsorgliche Maßnahmen zur Sicherung der Rechte der Parteien vorzuschreiben (Art. 41 IGH-Statut; IGH, *La Grand Case, Germany v. U.S.*, 27. 6. 2001, ILM, Bd. 40, 2001, S. 1069). Auf jede dieser Funktionen sind unterschiedliche Regeln und Verfahren anwendbar. 155

## VII. Methoden des Rechts

### 1. Überblick

Exzerpt aus: Peter Forstmoser/Hans-Ueli Vogt, *Einführung in das Recht*, 4. Auflage, Bern 2008. § 19 N 1-142.

## 6. Teil: Rechtsauslegung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung

Rechtlich relevante Texte – Gesetzesbestimmungen wie private Willenserklärungen – sind oft keineswegs eindeutig. Vielmehr muss ihre Tragweite durch *Auslegung* ermittelt werden; dazu nachstehend §§ 19 und 20. 1

Steht die Bedeutung der anwendbaren Bestimmungen fest, dann sind diese auf den konkreten Fall *anzuwenden* (dazu § 21 Ziff. I N 3 ff.). Das so gefundene Ergebnis ist schliesslich – falls nötig mit Zwang – *durchzusetzen* (dazu § 21 Ziff. II N 89 ff.). 2

### § 19 Die Auslegung von Rechtssätzen

*«Juristische Interpretation ist nicht Nachdenken des Vorgeordneten, sondern Zu-Ende-Denken eines Gedachten ...»*

GUSTAV RADBRUCH

*Literatur:* Nebst den Angaben zu § 15 etwa: DÜRR (zit. vorn § 12 N 133) Art. 1 N 57 ff.; HAUSHEER/JAUN (zit. vorn § 15 N 1) Art. 1 N 94 ff.; ERNST HÖHN: *Praktische Methodik der Gesetzesauslegung* (Zürich 1993) 318 ff.; KRAMER (zit. vorn § 1 N 1) 47 ff.; MEIER-HAYOZ (zit. vorn § 12 N 133) Art. 1 N 132 ff.; RENÉ RHINOW: *Rechtsetzung und Methodik* (Basel/Stuttgart 1979); SCHLUEP (zit. vorn § 1 N 1), insbesondere § 6 Rz 901 ff. und § 7 Rz 2393 ff.; HANS PETER WALTER: *Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung*, recht 17 (1999) 157 ff.; ROGER ZÄCH: *Tendenzen der juristischen Auslegungslehre*, ZSR NF 96 (1977) II 313 ff.; ERNST ZELLER: *Auslegung von Gesetz und Vertrag* (Zürich 1989). 1

Durch Auslegung soll der *Sinn* einer Aussage – hier im Besonderen von Rechtsnormen (oder – dazu § 20 – einer privaten Willensäusserung) – *ermittelt* werden. Auslegung hat das Verstehen einer Rechtsnorm zum Ziel. 2

- 3 Vorab stellt sich die Frage, ob eine Norm (bzw. eine private Willenserklärung) überhaupt auslegungsbedürftig ist (Ziff. I N 4 ff.). Wird dies bejaht, so ist weiter zu fragen, welche von mehreren möglichen Sinngebungen durch Auslegung zu ermitteln, was also Ziel der Auslegung ist (Ziff. II N 16 ff.) und welche Gesichtspunkte für die Auslegung beizuziehen sind (Ziff. III N 60 ff.). Hinzuweisen ist sodann darauf, dass aus der Auslegung in der Regel kein naturwissenschaftlich exaktes und beweisbares Ergebnis resultiert, da die Persönlichkeit des Interpreten das Auslegungsergebnis mitprägt (Ziff. IV N 144 ff.).

## I. Auslegungsbedürftigkeit der Rechtssätze

- 4 Auf die Auslegungsbedürftigkeit der Rechtsnormen ist verschiedentlich hingewiesen worden (etwa in § 2 N 32 ff.). Einige der Gründe seien in Erinnerung gerufen:
- 5 a) Die *Sprache* selbst ist *unpräzise*, da die Bedeutung eines Wortes oft nicht genau abgegrenzt ist und manchen Wörtern durchaus unterschiedliche Bedeutungen zukommen.
- 6 Das Wort «Bank» bedeutet sowohl Sitzgelegenheit wie auch Kreditinstitut, und es können ihm noch weitere Bedeutungen zukommen («Datenbank», «Samenbank», «Spielbank»).
- 7 Wo Gesetzestexte – wie in der Schweiz – *mehrsprachig formuliert* werden, gelingt es oft nicht, identische Fassungen zu erreichen (dazu § 3 N 105 ff.).
- 8 b) Häufig wird in einem Rechtssatz *nur das Wesentliche wiedergegeben*, um den Text knapp halten zu können.
- 9 ZGB 28g I bestimmt, dass eine durch eine Tatsachendarstellung in ihrer Persönlichkeit unmittelbar betroffene Person dann Anspruch auf eine Gegendarstellung hat, wenn die Tatsachendarstellung in einem periodisch erscheinenden Medium, «insbesondere Presse, Radio und Fernsehen» (Hervorhebung hinzugefügt), publiziert wurde. Damit ist offen, welche weiteren (periodisch erscheinenden) Medien von der Regel von ZGB 28g I erfasst sind.
- 10 Aber auch dann, wenn der Gesetzgeber nicht darauf hinweist, dass ein Tatbestand nur beispielhaft gemeint ist, kann sich die Frage stellen, ob die Norm auch auf andere als die ausdrücklich genannten Sachverhalte Anwendung finden soll. Das Gesetz sieht die Anwendbarkeit über den Wortlaut hinaus in ZGB 1 I ausdrücklich vor:

«Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut *oder Auslegung* eine Bestimmung enthält.» (Hervorhebung hinzugefügt).
- 11
- 12 OR 128 zählt Fälle auf, in denen die Verjährungsfrist – als Ausnahme zur normalen zehnjährigen Verjährungsfrist bei Verträgen (OR 127) – nur fünf Jahre betragen soll. Ziff. 3 von OR 128 erwähnt die Forderungen «aus Handwerksarbeit». Gehören dazu auch die Forderungen von Bauunternehmern? (BGE 109 II 112 ff. verneint dies aufgrund einer Auslegung der Bestimmung.)
- 13 c) Der Gesetzgeber geht gelegentlich nicht mit der nötigen Sorgfalt vor, er drückt sich *unpräzise* aus (dazu schon vorn § 3 N 125 ff.).
- 14 d) Und endlich gibt es auch Fälle, in denen der Gesetzgeber ganz *bewusst eine zweideutige Formulierung wählt*, um der Praxis den Entscheid in einer bestimmten Frage zu überlassen.
- 15 Im *Genossenschaftsrecht* wird der Grundsatz der «nicht geschlossenen Mitgliederzahl» aufgestellt (OR 839 II). Vom Gesetzgeber bewusst offen gelassen wurde, ob damit Aussenstehenden ein *Recht auf Beitritt* zukommen sollte oder nicht. Die Frage war lange umstritten; sie wurde vom Bundesgericht zunächst verneint (BGE 69 II 41 E. 3 S. 45 f.), dann bejaht (BGE 76 II 281 E. 6 S. 294 f. und 82 II 292 E. 8 S. 306 f.) und schliesslich wieder verneint (BGE 98 II 221 E. 4 und 5 S. 225 ff.; in BGE 118 II 435 E. 2 S. 437 f. gab das Bundesgericht einen Überblick über die Judikatur und Lehre seit 1972, d.h. seit BGE 98 II 221 ff., und hielt fest, dass die Literatur seine Rechtsprechung durchwegs begrüsst habe).

## II. Das Ziel der Auslegung

### 1. *Entscheidung für den Wortlaut oder für den Sinn einer Rechtsnorm?*

---

- a) Vorab steht fest, dass der *Wortlaut* «stets nur der unvollkommene Ausdruck des wiederzugebenden gesetzgeberischen Gedankens» (ARTHUR MEIER-HAYOZ) ist. Auslegung bedeutet aber Ermittlung des *Sinns* einer Rechtsnorm. Dieser Sinn kann – und dies ist eben durch Auslegung zu ermitteln – über den Wortlaut hinausgehen, aber auch enger sein als dieser, ihm gar widersprechen oder – was so selten freilich auch wieder nicht ist – sich mit ihm decken. 16
- 17 Die Analyse des Wortlauts ist somit nicht das Ziel der Auslegung, sondern *ein Element*, dessen man sich auf dem Weg zum Ziel – der Erkenntnis des *Sinns* einer Rechtsnorm – bedient. In einer der häufig verwendeten bundesgerichtlichen Formeln zur Auslegung heisst es darum: «Auszurichten ist die Auslegung auf die *ratio legis*» (BGE 123 III 24 E. 2a S. 26).
- 18 b) Doch kommt dem Wortlaut einer Rechtsnorm bei ihrer Auslegung eine wichtige Funktion zu, ist er doch notwendigerweise der *Ausgangspunkt* der Interpretation und im Allgemeinen der wichtigste erste *Wegweiser* auf dem Weg zum Sinn einer Rechtsnorm.

### 2. *Massgeblichkeit des objektiven oder eines subjektiven Sinnes?*

---

- 19 a) Der Sinn einer Rechtsnorm, den es durch Auslegung zu ermitteln gilt, kann in subjektiver oder objektiver Weise verstanden werden:
- 20 – Beim *subjektiven* Verständnis wird gefragt, welchen Sinn ein Rechtssatz für bestimmte Personen subjektiv hat, etwa für den (als Person vorgestellten) «Gesetzgeber» oder für die das Recht anwendenden Gerichte bzw. die betroffenen Bürger als Normadressaten.
- 21 – Der *objektive* Sinn einer Norm wird dagegen losgelöst von den im Gesetzgebungsverfahren geäusserten Ansichten, aber auch unabhängig von den persönlichen Ansichten der Adressaten ermittelt.
- 22 b) Unbestritten ist, dass die *Verständnismethode* bei der Auslegung eines Rechtssatzes eine *objektive* sein muss. Rechtsnormen sind nach einer vom Bundesgericht wiederholt verwendeten Formel so auszulegen, «wie sie vernünftigerweise von den Rechtsuchenden verstanden werden *dürfen*» und *müssen* (BGE 114 Ia 25 E. 3c S. 28, Hervorhebung hinzugefügt).

Es kommt also durchaus darauf an, welchen Sinn eine Rechtsnorm nach dem Verständnis des Gesetzesadressaten hat, aber eben nicht des individuellen Adressaten mit seinen subjektiven Vorstellungen, sondern eines idealtypischen Adressaten, des «*reasonable man*», des vernünftigen und korrekten Bürgers, der eine Rechtsnorm und ihr Umfeld unvoreingenommen betrachtet. 23

Diese objektive Auslegungsmethode ist Ausfluss des *Vertrauensprinzips*: Jedermann soll sich an das halten müssen, aber auch auf das vertrauen dürfen, was eine vernünftige, korrekte und unvoreingenommene Adressatin in Würdigung aller erkennbaren Umstände einer Norm entnimmt. Das Vertrauensprinzip wiederum ist ein Ausfluss des Grundsatzes von *Treu und Glauben* (zu diesem ausführlich vorn § 9 N 57 ff.). 24

Dass eine objektive Verständnismethode anzuwenden ist, lässt sich auch mit den Anliegen der *Rechtssicherheit* und der *Zweckmässigkeit* begründen: Das Recht wäre nicht mehr voraussehbar, wenn der einzelne Normadressat es nach seinem subjektiven Empfinden auslegen dürfte und müsste. 25

*Ausgerichtet* ist die objektive Verständnismethode zwar zunächst darauf, den Sinn einer *Norm, verstanden als Produkt eines Gesetzgebers*, zu ermitteln; doch geschieht dies mit dem Ziel, aufgrund der Gesetz gewordenen Wertentscheidung den objektiven Sinn der Norm zu verstehen. Die subjektive Absicht des Gesetzgebers ist daher nur insoweit von Bedeutung, als sie in der Norm ihren Niederschlag gefunden hat. 26

In den Worten des Bundesgerichts: Die Auslegung ist «im Grundsatz ... auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten» (BGE 123 III 24 E. 2a S. 26). 27

c) Damit ist – anders als im absolutistischen Staat – der *subjektive Wille des historischen Gesetzgebers nicht entscheidend*, was der Beachtung der Gesetzgebungsmaterialien Schranken setzt (dazu § 2 N 189 ff.). 28

29 Dass «der» subjektive Wille des historischen Gesetzgebers nicht entscheidend sein kann, ergibt sich schon daraus, dass er angesichts des komplexen gesetzgeberischen Verfahrens und der Vielzahl der beteiligten Personen gar *nicht feststellbar* ist (dazu schon § 2 N 196 f.). Die Ermittlung des subjektiven Willens des «Gesetzgebers» würde aber auch den demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzipien zuwiderlaufen.

30 d) Unbeachtlich sind aber auch die subjektiven Ansichten der Gesetzesadressaten.

31 aa) Dies gilt für den *Richter*, dessen Entscheidungsfreiheit Schranken gesetzt sind: Er ist nicht frei, seine persönlichen Auffassungen durchzusetzen, sondern hat sich an das zu halten, was sich aus dem Gesetz aufgrund einer kunstgerechten Auslegung ergibt; ein Gericht soll sich «nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers» richten (BGE 123 III 24 E. 2a S. 26).

32 Zum strengen Proporz, der in der Schweiz bei Richterwahlen regelmässig beachtet wird, ist aus diesem Grund ein Fragezeichen zu setzen, da die politische Couleur der Richter nicht entscheidend sein sollte. (Der Proporz widerspiegelt aber die Bedeutung, die dem demokratischen Prinzip in der Schweiz beigemessen wird.)

33 Anders setzte die *Freirechtsbewegung*, eine um die Wende zwischen dem 19. und 20. Jahrhundert verbreitete Lehre, die Gewichte. Sie räumte dem Richter das Recht ein, entgegen dem Sinn des Gesetzes zu entscheiden, wenn ein dringendes Bedürfnis des Verkehrs oder des Rechtslebens dies erforderlich machen sollte. Anders war auch die *Gefühlsjurisprudenz* des Nationalsozialismus orientiert, die der irrationalen Entscheidungsfindung (oder genauer: einer der Rationalität des Führerstaates verpflichteten Jurisprudenz) Tür und Tor öffnete.

- 34 bb) Aber auch die *Bürger* müssen sich am objektiven Sinn einer Rechtsnorm orientieren. Sie können sich nicht auf die von ihnen subjektiv beigemessene Bedeutung berufen.
- 35 Ein *Rechtsirrtum* ist daher in der Regel unbeachtlich, doch gibt es hierzu Ausnahmen (siehe § 2 N 159 ff.).

3. *Massgeblichkeit des historischen oder des aktuellen Gesetzessinnes?*

---

a) Steht fest, dass der objektive Gesetzessinn massgebend ist, dann fragt sich weiter, auf welchen *Zeitpunkt* abzustellen ist: Kommt es auf den objektiven Sinn im Zeitpunkt der Schaffung des Gesetzes an oder auf den objektiven Sinn zum heutigen Zeitpunkt?

ZGB 694 I räumt dem Grundeigentümer unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf einen «*Notweg*» ein. Handelt es sich dabei um einen blossen Fussweg bzw. einen mit einem Karren befahrbaren Weg (was der objektive Sinn bei der Ausarbeitung des ZGB Anfang des letzten Jahrhunderts gewesen sein mag)? Oder besteht ein Recht auf einen Durchgang, der mit normalen Motorfahrzeugen befahren werden kann (wie es heutiger Auffassung entsprechen dürfte)? (Siehe BGE 93 II 167 ff. und dazu N 41).

b) In der Literatur wie auch in der Bundesgerichtspraxis finden sich *beide Ansätze*:

aa) Nach der einen Auffassung ist der Sinn einer Gesetzesnorm unter Zugrundelegung der jeweils *im Zeitpunkt der Auslegung* bestehenden Verhältnisse – Sprachgebrauch, allgemein anerkannte Wertungen, soziologische Grundlagen – zu ermitteln. Man spricht vom *objektiv-geltungszeitlichen* oder *objektiv-zeitgemässen* Auslegungsverständnis.

Diese Ansicht wird vom Bundesgericht in den Entscheiden vertreten, in denen es – wie in BGE 81 I 274 E. 3 S. 282 – betont, massgebend sei, «was dem Gesetz im Lichte allgemeiner Rechtsanschauung zu entnehmen ist, wobei die gegenwärtigen Verhältnisse zu berücksichtigen sind».

Zur Frage des Notwegrechts etwa hat das Bundesgericht in BGE 93 II 167 E. 2 S. 169 festgehalten, es sei «nach heutigen Anschauungen die Verbindung von einem bebauten Grundstück zur öffentlichen Strasse ungenügend ..., wenn nicht ein Weg zur Verfügung steht, der mit Fahrzeugen befahren werden kann, sei es auch nur für den Zubringerdienst (Lieferanten, Taxis, Besucher, Krankenautos, öffentliche Dienste usw.). Dabei gilt es als selbstverständlich, dass es sich bei den Verkehrsmitteln, mit denen ein Fahrwegrecht ausgeübt werden darf, um Motorfahrzeuge handelt» (Hervorhebung hinzugefügt).

- 42 Begründet wird die Auffassung von der Massgeblichkeit der gegenwärtigen Verhältnisse vor allem damit, dass sie die *Fortbildung* und *Aktualisierung* des Rechts ermögliche.
- 43 bb) Nach dem *objektiv-historischen* Verständnis ist dagegen der Gesetzessinn im *Zeitpunkt der Entstehung* der Norm massgebend. Nicht selten geht das Bundesgericht auch von diesem Verständnis aus. So stellte es etwa in BGE 68 II 106 E. 2 S. 111 auf den historischen Sinn einer Vorschrift ab und erklärte autoritativ, «dass davon abzuweichen jedenfalls nur dann erlaubt wäre, wenn dieser Sinn mit dem Wortlaut des Gesetzes unverträglich oder praktisch schlechthin unannehmbar erschiene».



44 Instruktiv ist in diesem Zusammenhang auch BGE 83 I 173 ff.: Im Jahre 1956 – lange vor Einführung des Frauenstimmrechts – wollten sich einige Bürgerinnen im Kanton Waadt ins Stimmregister eintragen lassen, unter Berufung auf die Waadtländer Kantonsverfassung, die bestimmte: «Sont citoyens actifs tous les Suisses âgés de vingt ans révolus, établis ou en séjour dans le canton depuis trois mois et n'exerçant pas leurs droits politiques dans quelque autre Etat de la Confédération.» Vor Bundesgericht argumentierten sie, der Begriff «Schweizer» erfasse nach heutigem Verständnis Männer und Frauen. Dass der historische Gesetzgeber darunter nur Männer subsumiert habe, spiele angesichts der gewandelten Anschauungen keine Rolle. Das Bundesgericht kam in seinem Urteil zwar zum Schluss, dass der Begriff «Schweizer» an sich Männer und Frauen umfassen könne. Doch habe nicht nur der historische Gesetzgeber der Waadtländer Verfassung, sondern auch eine jahrzehntelange unangefochtene Praxis dem Begriff nicht diese Bedeutung gegeben. Eine Neuinterpretation komme daher einer Verfassungsänderung gleich, und eine solche liege nicht in der Kompetenz des Richters.

45 Dass dem historischen Sinn der Vorzug zu geben sei, wird mit verschiedenen Argumenten begründet:

46 – *Subjektive Werturteile*, namentlich solche der Gerichte, könnten besser *ausgeschaltet* werden, wenn man sich an den historischen Wortsinn halte.

47 – Der Gedanke der *Stabilität* und *Kontinuität* des Rechts verlange, dass auf den ursprünglichen Sinn abgestellt werde.

48 c) Heute wohl herrschend und unseres Erachtens richtig ist ein *vermittelndes Verständnis*, welches die Anliegen einer objektiv-historischen Betrachtungsweise berücksichtigt, zugleich aber dem Bedürfnis nach einer Fortentwicklung des Rechts Rechnung trägt:

Ergründet wird zunächst der *objektiv-historische Sinn* einer Norm. 49 Dies soll aber nicht das Ende, sondern vielmehr der *Anfang der Auslegung* sein.

In einem zweiten Schritt ist nämlich zu prüfen, ob eine *Rechtsfortbildung* vorzunehmen sei, weil objektive Gründe verlangen, dass vom entstehungszeitlichen Sinn abgewichen wird. 50

Dabei soll der historische Sinn nicht leichthin preisgegeben werden. 51 Vielmehr sind Nachweise zu erbringen, dass der *Gesetzgeber* – würde er heute legislieren – *nicht mehr im Sinne der historischen Norm entscheiden* würde. Dafür sprechen etwa

– eine Veränderung der Realien oder die Neu Beurteilung der Realität aufgrund verbesserter Kenntnisse, 52

– ein tief greifender Wandel in den allgemeinen Wertungen, 53

– endlich der Nachweis eines Irrtums der gesetzgebenden Organe. 54

Im Gegensatz zu einem Vorgehen, das direkt auf den jeweils aktuellen Normsinn abstellt, zwingt dieses auf einem objektiv-historischen Verständnis basierende zweistufige Vorgehen dazu, eine Abweichung vom ursprünglichen Normsinn zu begründen. Es besteht damit – und dies ist die Stärke dieser Methode – ein *Begründungszwang für die Rechtsfortbildung*. Damit wird auch sichergestellt, dass die Loslösung von den zum Zeitpunkt der Schaffung einer Norm herrschenden Bedingungen und Anschauungen nicht zu einer Veränderung der gesetzgeberischen Wertentscheidung führt, sondern lediglich zu ihrer *sinngemässen Übertragung* auf die heute herrschenden Verhältnisse. 55

Auch das *Bundesgericht* wendet in neueren Entscheiden vorwiegend diese Methode an, die es freilich – nach dem Gesagten verkürzt – als «objektiv-zeitgemässe Auslegung» bezeichnet: Danach darf «einer Gesetzesnorm ein Sinn gegeben werden, der für den historischen Gesetzgeber infolge eines Wandels der tatsächlichen Verhältnisse nicht voraussehbar war und in der bisherigen Anwendung auch nicht zum Ausdruck gekommen ist, wenn er noch mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar ist» (BGE 107 Ia 234 E. 4a S. 237). 56

57 Nach Art. 20 Abs. 3 Urheberrechtsgesetz schuldet derjenige, der «Leerkassetten und andere zur Aufnahme von Werken geeignete Ton- und Tonbildträger» herstellt oder importiert, dem Urheber eine Vergütung (sog. Leerkassettenvergütung). Umstritten war, ob unter diese Bestimmung auch digitale Speichermedien fallen. Das Bundesgericht hielt fest, dass «die gesetzliche Regelung zwar von der – damals vorrangigen – Frage der Leerkassetten geleitet [war], im Parlament ... aber auf mögliche neue digitale Speichermedien hingewiesen» wurde. Ziel des Gesetzgebers sei es gewesen, den Urhebern für die Nutzung ihrer Werke eine angemessene Vergütung zu garantieren. Dieser *ratio legis* entsprechend seien alle Träger erfasst, die wegen ihres Nutzungszwecks und ihrer Aufzeichnungs- oder Wiedergabeeigenschaften für die Aufzeichnung geschützter Werke bestimmt seien, wozu auch neue digitale Speichermedien zählten (BGE 133 II 263 E. 7.2.2 und 7.2.3 S. 274).

58 d) Zu beachten ist, dass sich die Frage, auf welchen Zeitpunkt die Auslegung auszurichten ist, dann nicht stellt, wenn das Gesetz auf die Sitte, die Usanz, den Ortsgebrauch oder Ähnliches abstellt (dazu § 8 N 55 ff. und 76 ff.): Solche Verweisungen sind *dynamisch* zu verstehen, beziehen sich also stets auf die jeweils *aktuelle, gegenwärtige Übung*; es ist dies eine Technik des Gesetzgebers, um Entwicklungen einfangen zu können, ohne das Gesetz revidieren zu müssen.

59 Die «anerkannten kaufmännischen Grundsätze», nach denen gemäss OR 959 die Buchführung zu erfolgen hat, haben sich seit dem Inkrafttreten der Norm – 1936 – zweifellos stark gewandelt, und diesen Wandel hat das Gesetz jeweils ohne weiteres nachvollzogen (siehe § 8 N 61).

### III. Elemente der Auslegung

60 Ist erst einmal bestimmt, was das Ziel der Auslegung ist – nämlich die Ermittlung des Sinns einer Rechtsnorm – und welcher Sinn der massgebliche ist – nämlich der objektive –, dann ist dieser *Sinn zu ermitteln*. Dem dienen eine ganze Reihe von Auslegungselementen, Teilaspekten also, unter denen eine Norm bei der Auslegung zu betrachten ist:

#### 1. Das grammatische Element

a) *Ausgangspunkt der Auslegung* ist stets der *Wortlaut*. Die Beschäftigung mit ihm ist das Thema des grammatischen (auch: grammatikalischen) Auslegungselements. Häufig scheint der Wortlaut im Hinblick auf eine bestimmte Frage klar und vernünftig. Gleichwohl ist er *stets auslegungsbedürftig*; davon geht auch das Gesetz aus, wenn in ZGB 1 I gesagt wird, es finde «auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut *oder Auslegung* eine Bestimmung enthält» (Hervorhebung hinzugefügt). 61

Auf die Auslegungsbedürftigkeit des Wortlauts weist das Bundesgericht in BGE 87 I 10 E. 3 S. 15 hin: «Ausgangspunkt und in erster Linie massgebend für die Bestimmung des Sinnes eines Rechtssatzes ist dessen Wortlaut, der entweder klar ist oder der Auslegung bedarf ... Auch der zunächst klar scheinende Wortlaut ist freilich auslegungsbedürftig, soweit er Ausdrücke verwendet, die nicht völlig eindeutig und unmissverständlich sind.» 62

Beispielsweise hatte sich das Bundesgericht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob unter den (auf den ersten Blick kaum auslegungsbedürftigen) Begriff des «Herstellens» von harter Pornographie im Sinne von StGB 197 Ziff. 3 auch die gezielt vorgenommene *elektronische Speicherung* einschlägiger Bilder aus dem Internet auf eigene Datenträger (Festplatte, CD-ROM, DVD etc.) zu subsumieren sei. Im Hinblick darauf, dass etwa das Anfertigen von Photokopien solcher Bilder aus einem Buch nach der Rechtsprechung den Tatbestand des Herstellens erfüllt (BGE 128 IV 25 ff.), bejahte das Bundesgericht diese Frage, da die Varianten des Speicherns der Bilder auf einen elektronischen Datenträger und des Photokopierens sich in Bezug auf das Tatunrecht und den Taterfolg nicht unterschieden (BGE 131 IV 16 E. 1.3 und 1.4 S. 20 f.).

Doch selbst bei (sprachlich, lexikalisch) eindeutigen, unmissverständlichem Wortsinn ist eine *Bestimmung stets auszulegen*; denn wenn es das Ziel der Auslegung ist, den (normativen) Sinn einer Bestimmung zu ermitteln, muss in jedem Fall geprüft werden, *ob der Wortsinn dem Normsinn entspricht* – was ein Verständnis des Normsinns und folglich eine Auslegung der Norm unter Zuhilfenahme der verschiedenen Auslegungselemente voraussetzt. Gibt der Wortlaut einer Bestimmung deren Sinn nicht korrekt wieder, dann ist auch der «klare Wortlaut» keine Grenze der Auslegung.

65 In diesem Sinn hat das Bundesgericht in BGE 103 Ia 115 E. 3 S. 117 festgehalten: «Es ist möglich, dass der Wortlaut einer gesetzlichen Bestimmung nicht deren wahren Sinn wiedergibt. Trifft dies zweifelsfrei zu, so darf und muss sogar vom blossen Wortlaut abgewichen werden. Gründe hierfür können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus dem Zweck der Vorschrift und aus ihrem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben». Und etwas allgemeiner hält es in BGE 115 II 136 E. 5b S. 142 f. fest: «Das Bundesgericht hat in allen Bereichen seiner Rechtsprechung seit jeher eine auf den Wortlaut beschränkte Gesetzesauslegung verworfen und stets auch nach dem Zweck des Gesetzes gefragt».

66 Zwar finden sich auch in neuesten Urteilen immer wieder scheinbar gegenteilig lautende Methodenbekenntnisse, etwa: «Sprechen keine triftigen Gründe für eine vom Gesetzestext abweichende oder ihm gar zuwiderlaufende Auslegung, braucht eine Gesetzesbestimmung nicht weiter ausgelegt zu werden» (BGE 126 III 49 E. 2d S. 54). Nur kann eben überhaupt erst die umfassende Auslegung einer Bestimmung – wenn auch als bloss vorläufige, rein gedankliche – aufzeigen, ob triftige Gründe vorliegen, die allenfalls dafür sprechen, dass der Wortsinn den Normsinn nicht korrekt oder vollständig wiedergibt.

67 Eine andere Frage ist die, ob ein Gericht auch dann, wenn der Wortlaut einer Norm klar ist *und* er ihren Sinn *richtig wiedergibt*, vom so ermittelten Resultat abweichen darf. Es ist dies das Problem der richterlichen Rechtsfindung *contra legem*; dazu § 15 N 151 ff.

68 b) Bei der Bestimmung des Wortsinns sind *alle sprachlichen Ausdrucksmittel* des Gesetzes zu beachten:

69 – nicht nur der *Text*, sondern auch *Titel* und *Marginalien* (siehe § 2 N 147 ff.);

70 – Absatzbildung, Satzzeichen, allenfalls auch die Schriftgestaltung;

71 – der Text in allen *drei Amtssprachen* (dazu § 3 N 105 ff.).

72 Die sorgfältige Analyse des Wortlauts unter Beizug aller verfügbaren Erkenntniselemente ist ein Herzstück der juristischen Arbeit, dessen Bedeutung nicht genug betont werden kann. Besonders Anfänger gehen mit dem Gesetzestext nicht selten oberflächlich um und überlesen dabei wichtige Einzelheiten.

- a) Das systematische Auslegungselement verlangt, dass eine einzelne Rechtsnorm nicht isoliert, sondern *aus dem Zusammenhang* heraus zu verstehen ist. Thematisch zusammengehörende Normen sowie ganze Rechtsinstitute bilden ein systematisches Ganzes, Gesetze sind als Einheit zu erfassen, und darüber hinaus ist die Einbettung in die gesamte Rechtsordnung zu betrachten («Einheit der Rechtsordnung»).
- Sowohl das *Vereinsrecht* wie das *Genossenschaftsrecht* sehen – in ähnlichen Formulierungen – vor, dass allen Beteiligten das gleiche Stimmrecht zukommt (siehe ZGB 67 I und OR 885 sowie vorn § 4 N 99). Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich, dass diese Bestimmung *im Genossenschaftsrecht zwingender Natur* ist, *im Vereinsrecht dagegen dispositiv*:
- Das *Genossenschaftsrecht* ist streng an das Prinzip der Gleichheit nach Köpfen gebunden; zahlreiche Gesetzesbestimmungen dienen dazu, diese Gleichheit sicherzustellen, und in OR 854 wird noch explizit festgehalten, die Genossenschafter ständen «in gleichen Rechten und Pflichten, soweit sich aus dem Gesetz nicht eine Ausnahme ergibt». In diesem Umfeld erscheint es richtig, das Prinzip «*one man one vote*» für zwingend zu erachten (siehe BGE 128 III 375 ff.).
  - Dagegen zeigt eine Betrachtung des Abschnitts über die *Vereine*, dass dem Gesetzgeber daran gelegen war, möglichst grosse Freiheit für die Anpassung an die konkreten Bedürfnisse zu gewähren, die verfassungsmässige «äusserer» Vereinsfreiheit durch eine privatrechtliche «innerer» Freiheit der Organisation von Vereinen zu ergänzen. In diesem Umfeld erscheint das Prinzip der Stimmgleichheit als dispositiv.
- b) Eine Konsequenz der systematischen Betrachtungsweise ist das Gebot der *verfassungskonformen Auslegung*: «*si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution*» (BGE 107 V 214 E. 2b S. 216). Dabei geht es nicht nur um die Durchsetzung der (formell verstandenen) Normenhierarchie (dazu vorn § 2 N 55), sondern auch um die (materielle) Ausrichtung der gesamten Rechtsanwendung auf die in der Verfassung niedergelegten Grundwerte und Grundentscheidungen.
- 78 Zwar sind in unserer Rechtsordnung, die keine Verfassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf Bundesgesetze kennt (siehe § 7 N 39 ff.), verfassungswidrige Gesetze denkbar. Doch ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber Verstösse gegen die Verfassung vermeiden will. Von mehreren denkbaren Möglichkeiten der Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist somit diejenige vorzuziehen, die mit der Verfassung im Einklang steht.
- 79 c) Nicht zu übersehen ist freilich, dass die rechtliche Ordnung auch systematisch unvollkommen, *unvollständig* oder *widersprüchlich* sein kann. Das systematische Element ist darum nur ein Indiz bei der Ermittlung des Sinns einer Bestimmung.
- 80 So findet auch die *verfassungskonforme Auslegung* in der *bestehenden Ordnung ihre Schranke*: «Der klare Sinn einer Gesetzesnorm darf nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung beiseite geschoben werden» (BGE 109 Ia 273 E. 12c S. 302). Ein solches Vorgehen käme auch einer Umgehung von BV 190 gleich, wonach Bundesgesetze für die rechtsanwendenden Behörden massgebend sind (siehe dazu BGE 133 III 257 E. 2.4 S. 265 sowie das Beispiel vorn § 7 N 40 f.).

- 81 d) Eine Konsequenz des systematischen (wie auch des teleologischen) Auslegungselements ist es, dass *ein und dasselbe Wort* innerhalb eines Gesetzes *Unterschiedliches bedeuten* kann, wenn es in einem anderen systematischen Zusammenhang steht (es sei denn – was immer häufiger vorkommt –, die Bedeutung eines in einem Gesetz verwendeten Wortes werde durch eine Begriffsdefinition fixiert).
- 82 So hatte das Bundesgericht in BGE 130 IV 111 ff. zu entscheiden, ob ein Vortrag, der im Rahmen einer geschlossenen Veranstaltung in einer Waldhütte vor 40–50 Personen gehalten wurde, «*öffentlich*» im Sinne der Antirassismus-Strafnorm (StGB 261<sup>bis</sup>) sei. «*Öffentlich*» ist ein in vielen Straftatbeständen des StGB vorkommendes Tatbestandsmerkmal, z.B. im Tatbestand der unwahren Angaben über kaufmännische Gewerbe in öffentlichen Bekanntmachungen (StGB 152) oder des öffentlichen Ausstellens oder Zeigens von pornographischen Gegenständen oder Vorführungen (StGB 197 Ziff. 2 Abs. 1). Das Bundesgericht führte aus: «In Anbetracht der Verschiedenartigkeit der Tatbestände, die Öffentlichkeit als strafbegründendes Element voraussetzen, liegt ... eine tatbestandsbezogene Auslegung des Merkmals der Öffentlichkeit nahe. ... Ob Öffentlichkeit im Sinne eines bestimmten Straftatbestands gegeben ist, hängt wesentlich von dem durch die Strafbestimmung geschützten Rechtsgut sowie davon ab, weshalb darin Öffentlichkeit als strafbegründendes Merkmal vorausgesetzt wird.» (E. 4.2 und 4.3 S. 117). Vorliegend war entscheidend, dass die Antirassismus-Strafnorm die Würde des einzelnen Menschen in seiner Eigenschaft als Angehöriger einer Rasse, Ethnie oder Religion schützt. Das Gericht befand darum, dass «alle Äusserungen und Verhaltensweisen als öffentlich [erscheinen], die nicht dem [engen] privaten Rahmen zugerechnet werden können» (E. 5.2.1 S. 118 f.). Dadurch hat das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit in StGB 261<sup>bis</sup> eine andere Bedeutung erlangt, als es in anderen Straftatbeständen hat.

### 3. *Das teleologische Element, die Berücksichtigung der ratio legis*

---

a) Schon am Anfang dieses Buches wurde erwähnt, dass den *Zielen*, 83 die mit einer Rechtsregel verfolgt werden, den *Motiven*, die hinter einer Norm stehen, eine wichtige Bedeutung zukommt und dass Rechtsetzung auf einer Abwägung von Interessen beruht (zum Ganzen vorn § 1 N 85 ff.). Um eine Rechtsnorm zu verstehen, muss man daher ihren Zweck, die gesetzgeberische Absicht, die *ratio legis*, die Wertungen beachten, die sich dem Gesetz und den Materialien seiner Entstehung entnehmen lassen. Dass bei der Ermittlung des *Sinns* einer Norm ihrem *Zweck* eine herausragende Bedeutung zukommt, sagt einem schon die Intuition.

b) Die *ratio legis* zeigt sich oft schon auf der Ebene des einzelnen 84 *Rechtssatzes*; der Wortlaut einer Bestimmung legt einem verständigen, mit einem guten Rechtsgefühl ausgestatteten Interpreten oftmals nahe, was die *ratio* einer Bestimmung ist.

In OR 494 I ist als Gültigkeitserfordernis für die Bürgerschaft einer verheirateten 85 Person die schriftliche Zustimmung des Ehegatten vorgesehen. Es liegt auf der Hand, dass diese Bestimmung den wirtschaftlichen Schutz der ehelichen Gemeinschaft bezweckt.

Die Zielsetzung kann auch aus der gesamten Ordnung eines *Rechts-* 86 *instituts* hervorgehen.

Das Nachbarrecht (ZGB 684 ff.) etwa will den Grundeigentümern – und zwar 87 *allen* – den optimalen Genuss ihres Eigentums sichern. Es bedarf daher eines Interessenausgleichs: Grundeigentümer sind gehalten, im Interesse ihrer Nachbarn gewisse Immissionen zu dulden (damit der Nachbar sein Eigentum ange-

messen nutzen kann). Andererseits dürfen sie ihr eigenes Grundstück auch in einer Art nutzen, die Einwirkungen auf die Nachbargrundstücke mit sich bringt. Übermässige Einwirkungen sind dagegen untersagt (ZGB 684 I; siehe die Beispiele vorn § 8 N 83 f.).

- 88 Die verfolgten Ziele lassen sich schliesslich auch auf der Ebene des Gesetzes feststellen, und zwar entweder implizit aufgrund der Gesamtheit der gesetzlichen Normen oder – in neueren Gesetzen fast durchwegs – aufgrund eines *Zweckartikels*.
- 89 So lautet Art. 1 Kartellgesetz: «Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.»
- 90 Das teleologische Auslegungselement ist *mit dem grammatischen, dem systematischen und dem historischen* (zu ihm sogleich N 116 ff.) *verbunden*, sozusagen von ihnen abhängig: Der Zweck einer Regelung erschliesst sich einem durch ihren Wortlaut, durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie steht, und durch die Gesetzgebungsarbeiten, aus denen sie hervorgegangen ist.
- 91 c) Führt eine teleologische Auslegung dazu, dass der Normsinn einer Bestimmung weiter geht als ihr Wortsinn, dass er also auch Sachverhalte betrifft, welche die Norm aufgrund ihres Wortsinns nicht erfasst, behilft man sich vielfach mit einem *Analogieschluss*. Führt das teleologische Auslegungselement demgegenüber zur Einsicht, dass der Normsinn weniger weit geht als der Wortsinn einer Bestimmung, wird eine *teleologische Reduktion* vorgenommen. Zu diesen beiden Figuren an der Grenze zwischen Auslegung und Lückenfüllung vorn § 15 N 26 ff., 62 ff.
- 92 d) Die teleologische Betrachtungsweise schliesst ein *begriffsjuristisches Vorgehen* (dazu § 1 N 77 ff.) zwangsläufig aus: Die logische Deduktion auf der Basis des Wortlauts und begrifflicher systematischer Zusammenhänge kann für sich allein nie genügen; vielmehr ist immer zu prüfen, ob das Ergebnis einer Rechtsanwendung auch der Zielsetzung der betreffenden Normen entspricht.
- 93 Eine Konkretisierung dieser Feststellung liegt in der Auslegung aufgrund einer *wirtschaftlichen Betrachtungsweise*. Sie führt dazu, dass ein Sachverhalt aufgrund seiner tatsächlichen, wirtschaftlichen Bedeutung, nicht aufgrund seiner formalen, rechtlichen Struktur beurteilt wird (nach dem Prinzip «*substance over form*»).

Klassisches Beispiel ist der *Durchgriff* im Körperschaftsrecht, namentlich im Aktienrecht (dazu bereits vorn § 9 N 148 ff.). So wurde im Fall des New Yorker Taxiunternehmens (vorn § 9 N 149 f.) den jeweils aus nur zwei Taxis bestehenden Aktiengesellschaften verweigert, sich auf den formellen Standpunkt zu stellen, bei Unfällen könne ein Schadenersatzanspruch nur gegenüber jener Gesellschaft geltend gemacht werden, der das Unfall-Taxi gehöre. In der formellen Aufteilung des (als wirtschaftliche Einheit betriebenen) Unternehmens in separate Gesellschaften mit dem alleinigen Ziel, die Haftung auf das Vermögen einer einzelnen Gesellschaft zu beschränken, lag eine *zweckwidrige Verwendung des Instituts der Aktiengesellschaft*. Aus einer teleologischen Auslegung folgte daher, dass die gesetzliche Beschränkung der Haftung auf die direkt betroffene Gesellschaft (vgl. im schweizerischen Recht OR 620 II) nicht anzuwenden war, sondern vielmehr das Taxiunternehmen als wirtschaftliche Einheit haftete, ungeachtet seiner rechtlichen Strukturierung. Zum praktisch gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man – wie vorn § 9 N 150 aufgezeigt – mit dem Rechtsmissbrauchsverbot argumentiert.

Manchmal schreibt das Gesetz eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ausdrücklich vor. Notwendig wäre dies im Grunde genommen nicht, denn eine solche gebietet schon die teleologische Auslegung.

Ein *Vorkaufsrecht* ist das Recht, von jemandem eine bestimmte Sache zu erwerben, wenn ihr Eigentümer sie einem Dritten verkauft. (So bedeutet das Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, dass der Pächter eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks dieses unter bestimmten Voraussetzungen erwerben kann, wenn der Verpächter es jemand anderem veräussern will.) Dabei stellt sich die Frage, in welchen Fällen ein Vorkaufsberechtigter die Sache durch Ausübung seines Vorkaufsrechts an sich ziehen kann, wann also ein sogenannter *Vorkaufsfall* vorliegt. Für vertraglich vereinbarte Vorkaufsrechte betreffend Grundstücke hält OR 216c I fest: «Das Vorkaufsrecht kann geltend gemacht werden, wenn das Grundstück verkauft wird, sowie *bei jedem andern Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt*» (Hervorhebung hinzugefügt). Der Vorkaufsverpflichtete soll also die Auslösung des Vorkaufsrechts nicht dadurch umgehen können, dass er das Veräusserungsgeschäft *rechtlich nicht als Grundstückkauf strukturiert*, sondern z.B. als Verkauf aller Aktien einer AG, deren einziges Aktivum das betreffende Grundstück ist. Das galt bereits vor 1994, als die zitierte Bestimmung in Kraft trat, und zwar aufgrund einer teleologischen Auslegung der Vorgänger-Bestimmung, welche die Gleichsetzung wirtschaftlich gleichwertiger Sachverhalte noch nicht explizit enthielt.

- 97 Der wirtschaftlichen Betrachtungsweise kann und darf jedoch *nicht durchwegs zum Durchbruch verholfen* werden. Denn das Abstellen auf Formen, d.h. auf bestimmte äussere, eindeutig feststellbare Merkmale und Strukturen, erfüllt eine wichtige Funktion in der Rechtsordnung, die nicht durch eine im Einzelfall (vermeintlich) am Gesetzeszweck orientierte Auslegung ausser Kraft gesetzt werden soll.
- 98 Das Abstellen auf eindeutige Kriterien schafft *Vorhersehbarkeit* und *Beständigkeit rechtlicher Verhältnisse* und erlaubt, diese Verhältnisse zu gestalten und zu planen. Eindeutig feststellbare Merkmale schaffen zudem *Rechtssicherheit*, weil dadurch feststeht, an welche Elemente eines Lebenssachverhalts die Rechtsordnung anknüpft. Darauf können sich die Rechtsunterworfenen einstellen (vgl. vorn § 12 N 259 ff.).
- 99 Im Fall des *Durchgriffs*: Einem Unternehmen muss es gestattet sein, sich organisatorisch in mehrere Aktiengesellschaften zu gliedern (und so auch die Haftung auf einzelne Gesellschaften zu begrenzen), wenn dies als wirtschaftlich sinnvoll erscheint. Solange die Dritten, die mit dem Unternehmen in Kontakt treten, darüber informiert sind, folgt eine solche unternehmensrechtliche Gestaltungsfreiheit aus der Privatautonomie. Erst bei einer *zweckwidrigen, missbräuchlichen Verwendung des Instituts der Aktiengesellschaft* geht die wirtschaftliche Betrachtungsweise der formal-juristischen vor (z.B. dann, wenn einzelne Gesellschaften kapitalmässig so knapp ausgestattet werden, dass sie für sich allein gar nicht lebensfähig sind, sog. Unterkapitalisierung).
- 100 e) Bei der teleologischen Auslegung muss man sich sodann bewusst sein, dass *Gesetze keineswegs stets folgerichtig aufgebaut* sind. Es kann durchaus sein, dass ein Ziel, das dem Gesetzgeber vorschwebte, im Gesetz gerade nicht oder nur unvollkommen verwirklicht worden ist oder dass eine einzelne Norm als erratischer Block im gesetzlichen Umfeld steht. Auch kann ein Gesetz der Verwirklichung verschiedener, potenziell in einem Spannungsverhältnis stehender Ziele dienen, sodass vom teleologischen Auslegungselement ebenfalls nur beschränkte Einsichten über den Sinn einer bestimmten Gesetzesnorm zu erwarten sind.
- 101 Das Urheberrechtsgesetz (URG) schützt den Urheber eines geistigen Werkes, z.B. eines Buches, vor Werkverwendungen durch unbefugte Dritte. Dieser Schutz wird indessen durch das Zitatrecht eingeschränkt: «Veröffentlichte Werke dürfen zitiert werden, wenn das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient und der Umfang des Zitats durch diesen Zweck gerechtfertigt ist.» (URG 25 I). Mit dem Zitatrecht sollen die freie Verbreitung von Informationen und insbesondere der wissenschaftliche Austausch ermöglicht werden – ein Zweck, der dem des Schutzes des Urhebers entgegensteht. Diesem Spannungsverhältnis ist bei der Auslegung von URG 25 Rechnung zu tragen; zwischen den gegensätzlichen Zwecken muss im Einzelfall ein Ausgleich gefunden werden (vgl. BGE 131 III 480 E. 3 S. 489 ff.; vom Zitatrecht nicht gedeckt ist jedenfalls der wörtliche und ungekürzte Abdruck eines ganzen Artikels).

Auch muss man sich im Klaren darüber sein, dass regelmässig *verschiedene Möglichkeiten* offen stehen, um einen Zweck zu verfolgen. Der Rückschluss vom Zweck auf einen bestimmten Sinn und damit Inhalt einer Norm ist aus diesem Grund in den wenigsten Fällen zwingend. Insbesondere wählt der Gesetzgeber häufig nicht das effektivste und konsequenteste Mittel (vgl. dazu § 12 N 229 ff.), und er ist oft auch darauf bedacht, einen Ausgleich zwischen sich widerstreitenden Interessen zu schaffen.

f) Ein *Beispiel* für teleologische Auslegung: ZGB 894 erklärt die *Verfallklausel beim Pfand* für ungültig: «Jede Abrede, wonach die Pfandsache dem Gläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, als Eigentum zufallen soll, ist ungültig.»

Die Bestimmung ist absolut formuliert. Nimmt man das Gesetz beim Wort, ist damit jede Verfallsabrede – unabhängig vom Zeitpunkt, in welchem sie getroffen wird – schlechthin ungültig. Die teleologische Betrachtungsweise führt dagegen zu einem anderen Ergebnis: Zweck des Verbots ist der *Schutz des Schuldners und Verpfänders*, der sich *beim Abschluss des Pfandvertrages* allenfalls in einer prekären Lage befindet: «Um in der Gegenwart Kredit zu erhalten, lässt sich dieser [der Schuldner] leicht dazu bestimmen, ein erst und nur eventuell in der Zukunft zu realisierendes, wenn auch dann für ihn unverhältnismässig ungünstigeres Rechtsverhältnis einzugehen, in der oft unberechtigten Zuversicht, dass es nicht zur Realisierung dieses Rechtsverhältnisses kommen werde, weil er sich zur Erfüllung der primären Leistungspflicht im künftigen Zeitpunkt im Stande glaubt» (BGE 56 II 444 E. 2 S. 449 f.).

Legt man diese *ratio* zugrunde, dann ist der Anwendungsbereich von ZGB 894 im Sinne einer *teleologischen Reduktion* einzuschränken: *Nach Abschluss des Darlehensvertrages* besteht die Zwangslage des Schuldners nicht mehr, und es kann im Zeitpunkt der Fälligkeit der Rückzahlung für beide – Gläubiger und Schuldner – vorteilhaft sein, wenn statt der Rückzahlung der Verfall des Pfandes vereinbart wird. Eine solche Vereinbarung wird durch ZGB 894 – richtig verstanden bzw. ausgelegt – entgegen dem zu absoluten Wortlaut nicht untersagt.

#### 4. *Das realistische Element, Praktikabilitätsüberlegungen und Folgerwägungen*

---

106 a) Bei der Auslegung sind auch die «Realien» (EUGEN HUBER) zu beachten, die tatsächlichen naturwissenschaftlichen, technischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen, aber auch die überwiegend geteilten gesellschaftlichen Anschauungen und Wertvorstellungen.

107 Ein Lehrbuchbeispiel: In einer hoch gelegenen bündnerischen Berggemeinde besteht die Vorschrift, Zäune dürften nur aus Stein errichtet werden. Eine Betrachtung der Realien ergibt, dass diese Norm durch den Holzmangel in der Gemeinde zu erklären ist. Richtig verstanden will sie damit nicht Zäune aus Eisen oder Plastik verbieten, sondern nur festhalten, dass diese nicht aus Holz sein dürfen.

108 b) Das realistische Element verlangt auch, dass das Auslegungsergebnis *praktikabel* ist.

109 Beispielsweise ist die Auslegung von Willenserklärungen nach dem *Vertrauensprinzip* (und nicht nach dem Willensprinzip) auch ein Gebot der Praktikabilität, indem Empfänger von Willenserklärungen keine aufwendigen, praktisch unmöglichen Nachforschungen über die Motive und Absichten des Erklärenden anstellen müssen, sondern sich mit einer verständigen Interpretation aufgrund der konkreten Umstände begnügen dürfen (siehe vorn § 9 N 71, sodann ausführlicher hinten § 20 N 23 ff.).

110 c) Ein vorläufig ins Auge gefasstes Auslegungsergebnis ist schliesslich anhand der damit verbundenen *Konsequenzen* zu überprüfen, und es ist unter mehreren möglichen Ergebnissen demjenigen der Vorzug zu geben, das zu einer möglichst sachgerechten Lösung im konkreten Fall führt. Die Folgen einer bestimmten Rechtsanwendung fliessen so in die Auslegung ein, wirken auf sie zurück.



111 So ist etwa die Frage, ob ein *Vertrag als Auftrag oder als ein anderes Vertragsverhältnis* (z.B. ein Werkvertrag oder ein Innominatvertrag) zu qualifizieren sei, nicht nur nach den gängigen Kriterien zur Abgrenzung der verschiedenen Vertragsarten zu beurteilen, sondern auch danach, welche Vorschriften je nach der Vertragsqualifikation auf die zu beurteilende Vereinbarung anwendbar werden. Dabei kann etwa das jederzeitige Widerrufsrecht im Auftragsrecht (OR 404 I) die Vertragsqualifikation in Richtung eines andern Vertragstyps lenken, wenn dieses Widerrufsrecht nicht in die Ordnung des konkreten Rechtsverhältnisses hineinpassen würde.

Einer solchen «vorausschauenden», ihre Folgen erwägenden Rechtsanwendung sind freilich *Grenzen* gesetzt; denn schliesslich hat der Gesetzgeber die Entscheidung getroffen, dass mit bestimmten Tatbeständen bestimmte Rechtsfolgen verbunden sein sollen, und diese Entscheidung darf nicht unterlaufen werden. 112

Folgerwägungen sind im Rahmen der Auslegung auch im Hinblick auf die *präjudizielle Wirkung* eines Urteils und seine Ausstrahlung über den Einzelfall hinaus anzustellen. 113

Bei der Frage etwa, ob ein Verhalten eines Verwaltungsratsmitgliedes in einem konkreten Fall als sorgfaltswidrig (vgl. OR 717 I) und damit haftungsbegründend qualifiziert wird, ist zu bedenken, dass eine allzu strenge Beurteilung das Eingehen sinnvoller unternehmerischer Risiken und damit wirtschaftlichen Erfolg hemmen kann. 114

Folgerwägungen mit Rücksicht auf die präjudizielle Wirkung eines Urteils und seine über den Einzelfall hinausgehenden Konsequenzen besitzen eine stark *rechtspolitische* Komponente. Wenn bei einer Entscheidung im Einzelfall der rechtspolitische Aspekt besonders ausgeprägt ist, scheint eine gewisse Zurückhaltung der Gerichte bei Folgerwägungen am Platz. Denn Rechtspolitik zu betreiben, ist nicht Sache der Gerichte, sondern des Gesetzgebers (siehe vorn § 15 N 29). Immerhin sollte ein Gericht dort, wo es sich im Bereich zulässiger richterlicher Rechtsfindung bewegt, Folgerwägungen anstellen und die Breitenwirkung eines ins Auge gefassten Urteils bei seiner Entscheidungsfindung mitberücksichtigen. 115

## 5. Das historische Element

Jedenfalls nach der hier vertretenen Auslegungsmethode ist bei der Auslegung stets ihre Entstehungsgeschichte beizuziehen. Die Materialien, d.h. die bei der Ausarbeitung eines Gesetzes anfallenden Dokumente, können für die Auslegung wertvolle Dienste leisten. Darauf ist in § 2 N 177 ff. ausführlich eingegangen worden, und es sei hier nur in Erinnerung gerufen, dass das Bundesgericht den Materialien als einem Hilfsmittel der Interpretation sehr unterschiedliches Gewicht beimisst, diese aber – jedenfalls bei neueren Erlassen – kaum je gänzlich unbeachtet lässt. 116

117 So heisst es in einer häufig verwendeten Formel des Bundesgerichts, die Auslegung des Gesetzes sei «nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regulationsabsicht des Gesetzgebers ... auszurichten» (BGE 123 III 24 E. 2a S. 26).

118 Das historische Auslegungselement und die Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien bedeuten keinen Gegensatz zum vorn N 36 ff. umschriebenen *Ziel der Auslegung*, die Bedeutung des objektiv-historischen Gesetzessinns in der *Gegenwart* zu ermitteln (entsprechend dem objektiv-geltungszeitlichen Verständnis). Wenn der historische, aber auf die Gegenwart übertragene Gesetzessinn massgebend ist, müssen gerade darum die Gesetzesmaterialien immer beigezogen und die zur Zeit der Entstehung des Gesetzes herrschenden Anschauungen stets mitberücksichtigt werden.

#### 6. Ablehnung rein formaler Argumentation

119 Abzulehnen ist bei der Auslegung ein rein formales Vorgehen, welches etwa folgende Regeln verabsolutiert:

120 – *argumentum e contrario (Umkehrschluss)*: Wenn das Gesetz nur den Tatbestand A erwähnt, dann ist daraus zu schliessen, dass es den Tatbestand B nicht erfassen will;

121 – *argumentum per analogiam (Analogieschluss)*: Wenn das Gesetz den Tatbestand A erwähnt, darf daraus geschlossen werden, dass der ähnliche Tatbestand B auch erfasst ist;

122 – Grundsatz, dass *Ausnahmen nicht extensiv zu interpretieren* und nicht analog anzuwenden sind.

123 Meist helfen diese formalen Interpretationsregeln schon deshalb nicht weiter, weil sie beliebig verwendet werden können und deshalb zur Begründung sowohl des Ergebnisses «X» wie auch des Ergebnisses «non X» tauglich sind.

Enthält das Gesetz keine ausdrückliche Regel, dann stellt sich dem 124 Interpretieren gerade die *Frage*, ob er die gesetzlichen Bestimmungen analog anwenden soll (*argumentum per analogiam*) oder ob der Gesetzgeber im Gegenteil differenzieren und nur den im Gesetz ausdrücklich erwähnten Fall erfasst haben wollte (*argumentum e contrario*). Diese Frage ist durch *Auslegung* zu beantworten; je nachdem, wie die Antwort lautet, liegt ihr formallogisch betrachtet ein *argumentum per analogiam* oder aber ein *argumentum e contrario* zugrunde (ob es das eine oder das andere ist, trägt zur Sache selbst nichts bei).

Um das vorn N 12 erwähnte Beispiel aufzunehmen: Wenn OR 128 Ziff. 3 für 125 Forderungen aus Handwerksarbeit eine fünfjährige Verjährungsfrist vorsieht, soll dann diese Frist analog auch für die Arbeit des Bauunternehmers gelten oder ist gerade umgekehrt anzunehmen, dass der Gesetzgeber nur den Handwerker erwähnt, weil er den Unternehmer nicht erfassen will? Mit einer rein formalen Argumentation lässt sich das eine so gut (oder schlecht) begründen wie das andere.

In Rechtsschriften und Gerichtsurteilen tauchen freilich formale Ar- 126 gumente der erwähnten Art immer wieder auf.

So weist das Bundesgericht oft darauf hin, eine Bestimmung sei eine Ausnah- 127 mevorschrift und deshalb eng auszulegen; vgl. etwa BGE 116 II 428 E. 1b S. 431. Richtig dagegen BGE 118 Ia 175 E. 3c S. 179: «Ausnahmebestimmungen sind weder restriktiv noch extensiv, sondern nach ihrem Sinn und Zweck im Rahmen der allgemeinen Regelung auszulegen.»

Bei genauem Hinsehen dienen formale Argumente übrigens meist 128 nur der Untermauerung eines ohnehin bereits getroffenen Entscheides.

Festzuhalten ist abschliessend, dass die genannten Argumentationsfiguren sehr wohl eingesetzt werden müssen; die Entscheidung jedoch, ob etwa eine Analogie zu ziehen sei, kann nicht aus dieser Argumentationsfigur selber abgeleitet werden, sondern muss mit juristischen Argumenten im Sinne der Auslegungselemente abgestützt werden. 129

7. *Das Verhältnis der verschiedenen Auslegungselemente zueinander*

---

130 a) Die erwähnten Auslegungselemente stellen nicht etwa Alternativen dar, sondern sie sind – grundsätzlich in jedem Einzelfall – zu kombinieren.

131 Dies wird auch vom Bundesgericht betont, welches einem *Methodenpluralismus* verpflichtet ist. Es umschreibt sein «Methodenbekenntnis» in scheinbar routinemässig verwendeten, geradezu lehrbuchartigen Formulierungen, die allerdings durchaus Unterschiede in den Gewichtungen der einzelnen Auslegungselemente aufweisen. In BGE 133 V 9 E. 3.1 S. 10 f. hält es etwa fest:

132 «Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter *Berücksichtigung aller Auslegungselemente*. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck, auf die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. ... Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab» (Hervorhebung hinzugefügt).

133 Siehe auch BGE 128 I 34 E. 3b S. 40 f., wo – in einer in zahlreichen Entscheiden anzutreffenden Formulierung – insbesondere auch eine Stellungnahme zum *Auslegungsziel* abgegeben wird:

134 «[D]as Gesetz [muss] in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die *ratio legis*, die zu ermitteln dem Gericht bzw. dem zur Entscheidung berufenen Organ allerdings nicht nach ihren eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. ... Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regulationsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt.»

Weitere Elemente der Auslegung werden in BGE 110 II 293 E. 2a S. 135 295 f. erwähnt:

«Der Wortlaut ... lässt die Frage offen ... Zu fragen ist deshalb nach der *ratio des Gesetzes*. Dabei können sich aus der Entstehungsgeschichte Hinweise ergeben. Zu berücksichtigen ist die Interessenlage ..., ferner das Postulat der Praktikabilität einer Lösung ... In Betracht zu ziehen ist, was in der Realität tatsächlich praktiziert wird ... Mitzuberücksichtigen ist schliesslich auch eine zu erwartende Gesetzesrevision».

b) Das Ergebnis des Einsatzes verschiedener Auslegungselemente ist freilich nicht selten *widersprüchlich*: Der Wortlaut kann in die eine Richtung weisen, Zielsetzung und Systematik des Erlasses in eine andere, während die Materialien nichtssagend sind oder unterschiedliche Auffassungen stützen und schliesslich die Realität verschiedene Lösungen zulässt. 137

In solchen Fällen ist nicht ein bestimmtes Element für sich allein 138 ausschlaggebend. Noch viel weniger sind die Argumente nach der Zahl abzuwägen. Es entscheidet allein ihr *Gewicht* im Einzelfall. Dabei wird in der Regel zwei Elementen besondere Bedeutung zukommen:

- Auszugehen ist zunächst einmal vom *Wortlaut* des in Frage stehenden Textes. Die sprachlichen Erwägungen bilden stets den Anfang der Auslegung. 139
- Sodann sind weitere Elemente beizuziehen, wobei dem *teleologischen* Element, das den Zweckgedanken betont, eine zentrale Bedeutung zukommt, denn *der Zweck gibt einer Bestimmung ihren Sinn*. «Überall ist der Zweck, auf dem die Geltung eines Satzes beruht, massgebend für seine Auslegung.» (OSCAR A. GERMANN). 140

Freilich ist auch die Orientierung am Gesetzeszweck – wie gezeigt – 141 nur *ein* Auslegungselement unter mehreren. Doch wird man auf das teleologische Auslegungselement besonders stark abstellen, wenn die übrigen Elemente zu keinem eindeutigen Resultat führen und insbesondere der Wortlaut in seiner Tragweite unklar ist.

- 142 Das Erfordernis einer Kombination verschiedener Auslegungselemente und ihrer Gewichtung nach den Erfordernissen des konkreten Falls wird auch vom Bundesgericht betont. Es folgt, wie erwähnt, einem *«pragmatischen Methodenpluralismus* und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen» (BGE 133 III 175 E. 3.3.1 S. 178, Hervorhebung hinzugefügt).

## 2. Methode und kritische juristische Argumentation

Der Überblick über Fragen der Methodenlehre hat gezeigt, dass sich überzeugende Antworten auf Auslegungsfragen nicht mechanisch durch die Anwendung bestimmter Auslegungstechniken ergeben. Es kommt vor allem im Rahmen von teleologischen Argumenten auf bestimmte *wertende Urteilsakte* an. Diese können durch grundlegende, von der Rechtsordnung selbst formulierte Wertentscheidungen angeleitet werden, in modernen Verfassungsstaaten vor allem durch die nationalen und internationalen Grundrechtsordnungen. Aber auch diese selbst werfen schwierige Auslegungsfragen auf, die wieder nicht ohne Wertungen gelöst werden können. Die Rechtsanwender können diesen Wertungen also nicht entgehen. Damit stellt sich die Frage, was die Basis dieser Werturteile bilden kann.

Häufig fällt in diesem Zusammenhang der Begriff des *Vorverständnisses*. Dieser Begriff stammt aus der Philosophie M. Heideggers und H.-G. Gadammers, von wo er in die Rechtswis-

senschaft gefunden hat. Der Begriff bezeichnet dabei in der Tat einen wichtigen Sachverhalt, den man allerdings auch in anderer Terminologie und unabhängig vom spezifischen theoretischen Rahmen, aus dem der Begriff stammt, fassen kann: Jede Auslegung erfolgt vor dem Hintergrund einer Gesamtheit von potentiell entscheidungsleitenden Einstellungen einer konkreten, eine Norm auslegenden Person, seien sie rechtswissenschaftlich-professionell, politisch, religiös, historisch-sozial oder moralisch geprägt.

In Anbetracht dieser Sachlage gehört es zur verantwortungsbewussten rechtswissenschaftlichen und juristisch-praktischen Arbeit, die eigenen Einstellungen zu hinterfragen und grundsätzlich zu bedenken. Es reicht nicht aus, eigene Ansichten, ob sie nun im Einklang mit Mehrheitsmeinungen oder im Widerspruch mit dem sozial und historisch Überkommenen stehen, zur Grundlage von Wertungen zu machen, wenn diese Einstellungen nicht das Produkt kritischer, systematischer Reflexionen und der offenen Auseinandersetzung mit anderen Vorstellungen bilden. Wie im Rahmen der Erläuterung des Begriffs der Dogmatik bereits angedeutet, bedarf es für überzeugende juristische Argumentationen guter Gründe für eine vertretene Position. Diese Notwendigkeit besteht auch und gerade für die grundlegenden Wertungen, die die Auslegung anleiten, auch diese müssen so gut es gelingen kann, durch nachvollziehbare Gründe abgesichert werden.

Die Methodenlehre führt deswegen zur Erkenntnis, dass die Rechtsanwendung auf die Reflexion der normativen Fundamente eines Rechtssystems angewiesen bleibt. Dies Ergebnis unterstreicht die Bedeutung von Rechtsphilosophie und –theorie, die diese Reflexion betreiben. Zwei konkrete Beispiele für die Auseinandersetzung mit den Grundlagen von Wertungen – Fragen der Gerechtigkeit und der Menschenrechte – werden noch erläutert werden (s. u. XIII, XIV). Zuvor wird auch noch ein weiteres wichtiges Problem angeschnitten, das in diesem Zusammenhang zu lösen ist: Können bewertende Urteilsakte mehr als eine relative, von der konkreten Person und der Kultur, in der sie sich bewegt, abhängige Grundlagen haben? Gibt es also überhaupt eine Basis für einen rationalen rechtswissenschaftlichen Argumentationsprozess, wenn es um Wertungsfragen geht? Diese Fragen können nur beantwortet werden, wenn man die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft klärt (XII).

## VIII. Jura als Beruf – das Beispiel E.T.A. Hoffmanns

*Exzerpt aus einem Vortrag Jürgen Goydkes anlässlich des 175. Geburtstages des Landesarchivs Magdeburg.*

Seine Freunde setzten dem am 22. Juni 1822 Verstorbenen auf dem Friedhof am Halleschen Tor in Berlin einen Grabstein<sup>3</sup> auf dem es u.a. hieß:

E. T. W.<sup>4</sup> Hoffmann,

„Kammer-Gerichts-Rath

Ausgezeichnet

im Amte

als Dichter

als Tonkünstler

als Maler“.

Weshalb unter den vielfältigen Fähigkeiten Hoffmanns, von denen das dichterische Talent ja Weltgeltung erlangt hat, in dieser Aufzählung seine Tätigkeit im Amt, d.h. als Richter, als erste seiner ausgezeichneten Fähigkeiten genannt wurde, könnten wir heute wohl kaum noch nachvollziehen, wenn es nicht die Einrichtung von Archiven gegeben hätte mit der Aufgabe, Schriftgut von wissenschaftlicher, politischer, rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung zu sammeln und aufzubewahren.

Hoffmann hat nämlich keine wissenschaftlichen juristischen Werke hinterlassen, sondern nur die üblichen Spuren richterlicher Tätigkeit: Voten, gutachterliche Stellungnahmen und Urteilsentwürfe, die Bestandteile von Gerichtsakten geworden sind. Daß von diesen überhaupt etwas erhalten geblieben ist, verdanken wir besonderen Umständen: einmal dem Umstand, daß Freunde Hoffmanns mehrere der von ihm am Kammergericht bearbeiteten Fälle veröffentlicht haben, wie z.B. Julius Eduard Hitzig in seiner ab 1825 herausgegebenen „Zeitschrift für die Criminal-Rechtspflege in den Preußischen Staaten“, und zum andern der Tatsache, daß im Geheimen Staatsarchiv in Berlin ~~die Akten der poli-~~

---

<sup>3</sup> Vgl. Julius Eduard Hitzig: E.T.A. Hoffmanns Leben und Nachlaß, Frankfurt/M. 1986 (zuerst 1823), S. 350

<sup>4</sup> W(ilhelm) war sein bürgerlicher dritter Vorname; A(madeus) war sein später selbst gewählter „Künstlername“.

die Akten der politisch höchst bedeutsamen Verfahren aus der Zeit der sog. Demagogenverfolgungen gesammelt wurden und noch aufbewahrt werden.

Nachdem im März 1819 der Schriftsteller August v. Kotzebue von dem einer radikalen Burschenschaft angehörenden Theologiestudenten Sand ermordet worden war, wurde in Preußen u.a. eine „Königlich Preußische Immediat-Untersuchungskommission zur Ermittlung hochverräterischer Verbindungen und anderer gefährlicher Umtriebe“ berufen, in die auch der in dem Kriminalsenat des Kammergerichts tätige Kammergerichtsrat Hoffmann als Beisitzer abgeordnet wurde.<sup>5</sup>

Aus den Jahren 1819 bis 1821, in denen Hoffmann dieser Kommission angehörte, sind nun im Geheimen Staatsarchiv insgesamt sechs Verfahrensakten (Dr. Bader, Ulrich, Follen, Roediger, Dr. Jahn und Dr. v. Mühlensfels) erhalten geblieben<sup>6</sup>, in denen sich handschriftliche Verfügungen und Ausarbeitungen von Hoffmann befinden.

Während man in einigen anderen von Hoffmann bearbeiteten Fällen, die z.B. Fragen der Zurechnungsfähigkeit und des Urheberrechtsschutzes zum Gegenstand haben, noch die Auffassung vertreten könnte, Hoffmann habe sich ihrer nur deshalb so intensiv angenommen, weil die Probleme ihn auch als Künstler interessierten, gelten derartige Gesichtspunkte nicht, wenn es darum geht, zu erklären, weshalb Hoffmann sich in den Verfahren im Zusammenhang mit den „Demagogenverfolgungen“ in einer Weise gerade auch gegenüber höchsten Staatsorganen engagiert hat, daß er schließlich sich sogar selbst gefährdete. Er hat hier ein Verhalten als Richter gezeigt, daß ihm zu Recht die Achtung und Bewunderung seiner Freunde - und nicht nur dieser - eingetragen hat.

---

<sup>5</sup> Vgl. dazu Alfred Hoffmann: E.T.A. Hoffmann - Leben und Arbeit eines preußischen Richters, Baden-Baden 1990, S. 155/156.

<sup>6</sup> Die Akten sind in Auszügen, soweit sie Hoffmann betreffen, herausgegeben und erläutert worden von Friedrich Schnapp: E.T.A. Hoffmann. Juristische Arbeiten, München 1973 (zitiert: Juristische Arbeiten).

Anhand von zwei dieser Fälle, die auch Bezüge zu Sachsen-Anhalt haben, will ich im Folgenden aus den im Geheimen Staatsarchiv aufbewahrten Akten, zu verdeutlichen versuchen, daß Hoffmann tatsächlich ausgezeichnet in seinem Amte als Richter war.

## II.

1. In dem Fall des Dr. Friedrich J a h n liefert Hoffmann geradezu ein Musterbeispiel dafür, wie ernst es ihm mit seiner Verpflichtung als Richter war, ohne Ansehen der Person Recht zu sprechen.

Das Ermittlungsverfahren gegen den „Turnvater“ Dr. Friedrich Jahn, der sich bereits seit Juli 1819 in Untersuchungshaft befand, war einer der ersten Fälle, die Hoffmann in der Immediat-Kommission zu bearbeiten hatte.

Hoffmann hatte sich zuvor bei verschiedenen Anlässen über Jahn und dessen öffentliche Vorlesungen über „Deutsches Volkstum“ abfällig geäußert und lustig gemacht. So schrieb er am 3. April 1817 an Fouqué<sup>7</sup>:

„Gestern hat Jahn seine letzte Vorlesung gehalten, mithin für dieses Mal auskrakelt“, und am 10. Januar 1818 erschien in der Zeitschrift „Der Freimütige oder Unterhaltungsblatt für gebildete, unbefangene Leser“ anonym eine Anekdote aus Hoffmanns Feder, in der Jahn als ein „berühmter Hüpf-, Spring- und Schwungmeister“ bezeichnet wurde, den ein fremder Besucher einer Menagerie mit einem wilden Tier verwechselt habe<sup>8</sup>:

„Vor kurzer Zeit erschien ein Fremder in \*\*\*\*\* in einer daselbst zur Schau gestellten Menagerie wilder Tiere. Der Professor \*\*\*\*\* - ein berühmter Hüpf-Spring- und Schwungmeister - war ebenfalls zugegen, und der Charakter von Wildheit, den er in seiner äußeren Erscheinung affektiert, mochte den Fremden ohne Zweifel überraschen; denn als der Wärter der Tiere Namen, Vaterland und Behandlungsweise jedes ~~ein-~~

---

<sup>7</sup> Friedrich Schnapp: Hoffmanns Briefwechsel, 3 Bände, München 1967-1969 (zitiert: Briefwechsel I, II, III), II S. 127.

<sup>8</sup> Abgedruckt in: E.T.A. Hoffmann. Gesammelte Werke in Einzelausgaben, Berlin, Bd. 8 1983, S. 621.

einzelnen bezeichnet hatte, vom Löwen bis zum letzten Kakadu herab, wandte sich der Fremde höflich zu ihm und fragte, auf den Professor deutend: 'O sagen Sie mir doch, mein Bester, wie heißt denn dieses wilde Tier?' - Der Wärter flüsterte: 'Mein Herr, das ist ja der Herr Professor \*\*\*\*\*.' - Der Fremde belächelte seinen Irrtum und den Wundermann und verließ kopfschüttelnd den Saal der wilden Tiere.“

Obwohl Hoffmann also persönlich eine erhebliche Abneigung gegen Jahn hegte, ist er bereits ein Jahr, nachdem die Anekdote veröffentlicht worden war, als Richter im Namen von Recht und Gerechtigkeit mit großem Engagement, das ihm erhebliche persönliche Schwierigkeiten eingebracht hat, für Jahns Rechte und eine rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechende Behandlung von dessen Verfahren eingetreten.

Das zeigte sich schon, als Jahn im November 1819 eine Beleidigungsklage gegen den Polizeidirektor v. Kamptz anstrebte. Dieser (v. Kamptz) hatte, noch während die Ermittlungen gegen Jahn liefen, schon wenige Tage nach dessen Verhaftung in einige Berliner Zeitungen Meldungen lancieren lassen, wonach die Jahn vorgeworfenen Verbrechen - Aufwiegelung der Jugend und geplanter Mordanschlag auf den Polizeichef - als erwiesen gelten mußten.

Auf Vorschlag Hoffmanns eröffnete der Kriminalsenat das Verfahren in der Beleidigungssache gegen v. Kamptz, und Hoffmann ließ den Königlich Preussischen Polizeichef zum Termin vorladen.

Daraufhin erhielt das Kammergericht ein Reskript des Staatskanzlers (Hardenberg) und des Justizministers (v. Kircheisen) mit der Anweisung, die von Jahn „versuchte“ Privat-Klage abzuweisen, da Regierungsbeamte „wegen ihrer Amtsverwaltungen ohne Antrag der ihnen vorgesetzten Behörden den Gerichtshöfen nicht unterworfen“ seien und „besonders die Königlichen Ministerien in Betreff ihrer Amtshandlungen nur des Königs Majestät allerhöchster Person verantwortlich sind.“<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Juristische Arbeiten S. 288.



Im Namen des Kammergerichts wies Hoffmann daraufhin in einem Schreiben vom 14. Februar 1820 die Anordnung zurück und betonte darin mit Nachdruck, daß „auch die höchsten Staatsbeamten nicht außer dem Gesetz gestellt, vielmehr demselben, wie jeder andere Staatsbürger unterworfen sind“.<sup>10</sup>

Vier Tage später, am 18. Februar 1820 schloß Hoffmann sein umfangreiches Gutachten für die Immediat-Kommission in der Sache gegen Jahn ab, in dem dessen Freilassung gefordert wird. Dieses in Hoffmanns sehr kleiner Handschrift 63 Folio-Seiten umfassende Votum hat sich im Original in den Beständen des Geheimen Staatsarchivs erhalten und gilt sowohl in juristischer wie auch stilistischer Hinsicht als eine der Meisterleistungen Hoffmanns.

Dieser entwirft darin zunächst ein psychologisch fesselndes Bild Jahns und nennt darin auch dessen Schwächen und Verschrobenheiten beim Namen.

So heißt es z.B.:

„Er ist, wie aus allem, was er begonnen klar hervorgeht, heftig, leidenschaftlich, wider seine Gegner erbittert und, was das Schlimmste scheint, mit sich selbst, mit seinen Ansichten und Meinungen nicht im Klaren, wie dies seine Vorlesungen und Schriften darthun.

Dabey hascht er nach Paradoxien, nach blinkenden Witzwörtern und bemüht sich, seinem Ausdruck eine alterthümliche Energie zu geben, die oft beinahe Styl der Bibel, ihre Wirkung auf die Jugend um so weniger verfehlen kann, als auch durch eine gewisse Frömmerei sich unsere jetzige Zeit charakterisiert.

Kommt noch hinzu, daß dem Jahn eine gewisse Rauheit, Biederheit (Burschikosität) in seinem Äußern, in seinem Betragen, eigen, die den Knaben und Jünglingen nur gar zu sehr gefällt...“<sup>11</sup>

Anschließend entkräftet Hoffmann aber Punkt für Punkt die gegen Jahn erhobenen Vorwürfe.

---

<sup>10</sup> Juristische Arbeiten S. 289.

<sup>11</sup> Juristische Arbeiten S. 290, 367/368.

„Wie Du mich kennst“, schrieb er am 24. Juni 1820 über seine Arbeit an seinen Freund Hippel<sup>12</sup>, „magst Du Dir wohl meine Stimmung denken, als sich vor meinen Augen ein ganzes Gewebe heillosen Willkür, frecher Nichtachtung aller Gesetze (und) persönlicher Animosität entwickelte! ... Dir darf ich nicht erst versichern, daß ich ebenso wie jeder rechtliche, vom wahren Patriotismus beseelte Mann überzeugt war und bin, daß dem hirngespinstischen Treiben einiger junger Strudelköpfe Schranken gesetzt werden mußten...

---

<sup>12</sup> Briefwechsel II S. 263 ff.

Hier war es an der Zeit, auf gesetzlichem Wege mit aller Strenge zu strafen und zu steuern. Aber statt dessen traten Maßregeln, die nicht nur gegen die Tat, sondern gegen Gesinnungen gerichtet waren.“

Gleichwohl war Hoffmanns Einsatz nicht erfolgreich; Jahn wurde auf Betreiben der Ministerial-Kommission nicht freigelassen, sondern in die Festung Kolberg abgeschoben.

Erst Jahre später (1825) wurde er nach Freyburg/ Unstrut entlassen, wo er noch bis 1852 gelebt hat. In Freyburg, wo er auch begraben liegt, wird seiner noch heute mit dem jährlich stattfindenden Jahn-Turnfest gedacht - und im Jahn-Museum wird eine Kopie des Hoffmannschen Votums aufbewahrt, von dem aber wohl nicht jede Zeile allgemein bekannt geworden ist.

2. Ähnlich erfolglos waren - jedenfalls zu Lebzeiten Hoffmanns - auch dessen Bemühungen im Fall v. M ü h l e n f e l s.

Dr. Ludwig v. Mühlens war Vertreter des Staatsprokurators beim Kölner Instanzgericht und wurde bereits von der ersten Verhaftungswelle im Rahmen der Untersuchungen wegen demagogischer Umtriebe erfaßt und - wie Jahn - im Juli 1819 festgenommen. Ihm wurden mehrere angeblich von ihm begangene Delikte vorgeworfen:

- Teilnahme am Bunde der „Gießener Schwarzen“,
- Verbreitung eines „Frag- und Antwortbüchleins über Allerlei, was im deutschen Vaterlande besonders Noth thut“,
- Beteiligung an einer Unterschriftensammlung zur Einreichung an den Bundestag wegen Einführung einer Volksvertretung,
- die Absicht, sich den Verfügungen des Staates mit Gewalt und gemeinschaftlich mit anderen zu widersetzen,
- Äußerungen, die der bürgerlichen Ordnung entgegenliefen, und schließlich
- versucht zu haben, die nassauischen Untertanen gegen ihren Landesherren aufzuwiegeln.<sup>13</sup>

Nach der Verhaftung des v. Mühlens ergaben sich Zuständigkeitskonflikte: Als rheinischer Justizbeamter forderte dieser, nach dem Recht seines Wohnsitzes behandelt zu werden. Dieser Ansicht war auch das Appellationsgericht zu Köln; deshalb hatten dort dann auch die Vernehmungen des v. Mühlens begonnen.

In Berlin beanspruchte jedoch die dortige polizeiliche Sonderkommission die alleinige Zuständigkeit in politischen Strafsachen für sich. Der Konflikt wurde dadurch beendet, daß v. Mühlens auf Veranlassung des Polizeiministeriums nach Berlin verbracht wurde.

In Berlin verweigerte er jedoch beharrlich die Aussage zu den Vorwürfen und protestierte in jedem Verhör wegen der Unzuständigkeit der Sonderkommission und gegen die Entziehung seines gesetzlichen Richters; ihm ging es vor allem darum, nach den für ihn günstigeren Verfahrensvorschriften des rheinisch-napoleonischen Rechts behandelt zu werden.

Hoffmann hatte hinsichtlich der Strafbarkeit der Handlungen des v. Mühlens das Votum als Berichtstatter für die Immediat-Kommission zu fertigen.

Er hatte bereits früher, in seinem allerersten Fall in diesem Bereich - in dem Verfahren gegen den Dr. med. Carl Bader - allgemeine Prinzipien für die Durchführung von Untersuchungen in politischen Strafsachen

<sup>13</sup> Vgl. die Zusammenstellung der Anklagevorwürfe und des Beweisergebnisses in den „Species facti“ aus Hoffmanns Feder vom 22.8.1820. In: Juristische Arbeiten S. 454-475.

Strafsachen erarbeitet.<sup>14</sup> Möglicherweise hatte er diesen Fall bewußt ausgewählt, weil er hier die Fortdauer der Untersuchungshaft vorgeschlagen hat und im Ergebnis mit der Meinung der Polizeibehörde übereinstimmte; unter dem Deckmantel der Übereinstimmung mit der Polizei konnte er hier dann seine streng rechtlichen Vorstellungen unbeanstandet entwickeln.

Als wichtigsten Grundsatz hatte Hoffmann in dem früheren Votum herausgestellt, daß eine bloße Gesinnungsjustiz abzulehnen sei:

Vertrauliche Äußerungen in Privatbriefen an Freunde über die nach Ansicht des Briefverfassers mangelhafte Staatsverfassung oder auch in einem solchen Brief mitgeteilten Wünsche, es möge anders werden, könnten die dringende Vermutung eines umstürzlerischen Bundes ebensowenig begründen wie „exaltierte Deklamationen“ über Recht und bürgerliche Freiheit.

Derartige Stellen in beschlagnahmten Briefen seien - so forderte Hoffmann - nur dann zu beachten, wenn der Wunsch nach Staatsumwälzung durch ein dieses bezweckendes Bündnis als Tat ins Leben getreten sei.

Außerdem müsse das, was als Straftat vorgeworfen werde, eindeutig formuliert sein - vor allem solle der schwankende und kein bestimmtes Verbrechen bezeichnende Ausdruck „demagogische Umtriebe“, der schon zahlreiche Mißverständnisse und seltsame Deutungen veranlaßt habe, vermieden werden.

Schließlich warnte Hoffmann eindringlich vor folgender Argumentation:

„A ist verdächtig, B ist verdächtig. B ist schon deshalb verdächtig, weil er mit A näheren Umgang pflegt und so umgekehrt.“ Ein solcher Zirkelschluß dürfe einem Strafrichter nicht unterlaufen.

Insgesamt handelt es sich hier um Grundsätze, die damals durchaus nicht Allgemeingut waren und die auch heute noch gut in jedes Strafrechts-Lehrbuch passen würden.

---

<sup>14</sup> Votum vom 23.10.1819. In: Juristische Arbeiten S. 123-139.

Nach diesen Prinzipien untersuchte Hoffmann nunmehr die Vorwürfe gegen v. Mühlensfels. Dessen Einwände gegen die Zuständigkeit lehnte er ohne längere Begründung ab, und hinsichtlich der Aussageverweigerung des v. Mühlensfels bemerkte er, das bloße Schweigen eines Angeklagten könne für den Richter kein größeres Hindernis sein, auf Strafe zu erkennen, als das Bestreiten von Anschuldigungen.

Außerdem hatte er v. Mühlensfels noch dazu bewegen können, die von dem Staatsrat Daniels zu Köln niedergeschriebenen Verhandlungen auch vor der Kommission als richtig zu genehmigen.

In penibler Detailarbeit prüfte er sodann Punkt für Punkt der Anschuldigungen. Er kam zu dem Ergebnis, daß bei fast allen Vorwürfen v. Mühlensfels nicht über die Äußerung einer inneren Gesinnung hinausgegangt sei und daß von den vielen Anschuldigungen gerade noch der Verdacht der Mitwisserschaft von dem Treiben der Gießener Schwarzen übriggeblieben sei. Das genüge aber keineswegs für eine Fortdauer der schon über ein Jahr andauernden Untersuchungshaft.

Auf Grund dieses Votums, dessen Original (die bereits erwähnten „Species facti“) - neben einem handgeschriebenen Lebenslauf des v. Mühlensfels - ebenfalls in den Akten des Geheimen Staatsarchivs erhalten geblieben ist, beantragte die Immediat-Kommission im August 1820 umgehend die Schließung der Untersuchung und die Entlassung des v. Mühlensfels.

Die Entlassung wurde jedoch auch hier - durch ein von v. Kamptz verfaßtes Schreiben - abgelehnt. Auf dessen Betreiben wurde die Immediat-Kommission angewiesen, die Untersuchung fortzusetzen, v. Mühlensfels müsse notfalls durch entsprechende Maßregeln gezwungen werden, eine Aussage zu machen.

Am 9. Dezember 1820 wandte sich die Immediat-Kommission mit einem von Hoffmann entworfenen Schreiben noch einmal an den Justizminister und legte dar, daß sie trotz des Schweigens des v. Mühlensfels in der Lage gewesen sei, den Sachverhalt restlos aufzuklären. Wenn man den Beschuldigten in dieser Situation weiter zu Aussagen zwingen

~~Aussagen zwingen~~ wolle, so würde dies „zu den Grundsätzen führen, die in verjährter Zeit die Anwendung der Tortur bedingten und überhaupt (würde) unseres Erachtens die Anwendung von Zwangsmitteln eine durch das Gesetz nicht motivierte zwecklose Grausamkeit sein, die dem Geist der preußischen Criminal Gesetzgebung, der eben in einer weisen Milde seine Stärke trägt, geradehin zuwider ist“.<sup>15</sup>

Auch diese erneute, eindringliche Gegenvorstellung hatte keinen Erfolg; es wurde noch monatelang weiter versucht, v. Mühlensfels von seiner Aussageverweigerung abzubringen und zu einer Sachaussage zu bewegen.

Im Mai 1821 - nach insgesamt 23 Monaten Untersuchungshaft - gelang v. Mühlensfels schließlich die Flucht ins Ausland; er hielt sich zunächst in Schweden auf und übernahm dann eine Professur für deutsche und nordische Literatur in London. Von dort betrieb er beharrlich seine Rehabilitierung in Preußen.<sup>16</sup>

Der König bestimmte dann im Jahre 1830 das Oberlandesgericht Naumburg als Gerichtshof für die endgültig zu fällende Entscheidung. Im September 1830 erfolgte ein völlig freisprechendes Urteil des Oberlandesgerichts Naumburg, das heute die älteste der noch erhaltenen Entscheidungen dieses 1817 gegründeten Gerichts ist.<sup>17</sup>

Prof. Dr. v. Mühlensfels konnte dann noch erleben, daß er im Jahre 1836 auf Vorschlag des inzwischen zum Justizminister aufgestiegenen v. Kamptz vom Preußischen König zum Oberlandesgerichtsrat in Naumburg ernannt wurde (beide Urkunden sind - in Abschriften - ebenfalls in den Akten des Geheimen Staatsarchivs erhalten geblieben).

Hoffmann hat diesen - im Ergebnis doch noch glücklichen - Ausgang des Falles v. Mühlensfels nicht mehr erleben können. Er hatte seine Erfahrungen aus diesem - und anderen - Verfahren 1821 in der ~~Kampant-~~

<sup>15</sup> Juristische Arbeiten S. 497, 503.

<sup>16</sup> Vgl. dazu Alfred Hoffmann (wie Fn. 5) S.183 ff.

<sup>17</sup> Der Wortlaut des Erkenntnisses des Oberlandesgerichts Naumburg vom 17. September 1830 ist abgedruckt In: Saale-Unstrut-Jahrbuch , 3. Jahrgang. Naumburg 1998, S. 110.

Knarrpanti (Narr Kamptz)-Episode des 1822 erschienenen Märchens „Meister Floh“ verarbeitet:

„Auf die Erinnerung, daß doch eine That begangen seyn müsse, wenn es einen Thäter geben solle, meinte Knarrpanti, daß, sey erst der Verbrecher ausgemittelt, sich das begangene Verbrechen von selbst finde.

Nur ein oberflächlicher leichtsinniger Richter sey, wenn auch selbst die Hauptanklage wegen Verstocktheit des Angeklagten nicht festzustellen, nicht imstande, dies und das hineinzuinquirieren, welches dem Angeklagten doch irgend einen kleinen Makel anhänge und die Haft rechtfertige.“ ....

„Das Denken, meinte Knarrpanti sey an und vor sich selbst schon eine gefährliche Operation und würde bey gefährlichen Menschen ebenso desto gefährlicher.“<sup>18</sup>

Diese Passagen waren übrigens beschlagnahmt worden und galten als verloren. 1905 wurden sie jedoch im Preußischen Geheimen Staatsarchiv wiederentdeckt<sup>19</sup> und sind erstmals 1908 in einer Neuauflage des „Meister Floh“ veröffentlicht worden - der preußischen Archivverwaltung sei Dank!

### III.

E.T.A. Hoffmann - als Jurist müßte er eigentlich E.T.W. heißen - war, wie schon diese beiden anhand der Archiv-Unterlagen dargestellten Fälle zeigen, nicht nur ein sehr fähiger, hochbegabter Jurist, er war vor allem auch eine eindrucksvolle Richterpersönlichkeit, der seine Aufgabe als Richter, „nach bestem Wissen und Gewissen ohne Ansehen der Person zu urteilen und nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen,“ (wie

---

<sup>18</sup> E.T.A. Hoffmann. Gesammelte Werke in Einzelausgaben, Berlin, Bd. 7, 1982, S. 366 u. 387.

<sup>19</sup> Georg Ellinger: Das Disziplinarverfahren gegen E.T.A. Hoffmann (Nach den Akten des Geheimen Staatsarchivs), Deutsche Rundschau 1906, S. 79-103, 87; E.T.A. Hoffmann. Gesammelte Werke (wie Fn. 18) Bd. 7, S. 543.

(wie es heute im Richtereid des §38 DRiG heißt) bitter ernst nahm, man könnte fast sagen: todernst.

Er hätte es sich bei seiner Intelligenz sicher sehr viel einfacher machen können, wenn es ihm nur darum gegangen wäre, Akten möglichst schnell zu erledigen und loszuwerden, um mehr Zeit für seine künstlerischen Arbeiten zu haben. Ihm ging es aber um mehr.

Vor allem während seiner Tätigkeit in der Immediat-Kommission, die ihn sicher sehr bedrückte und oftmals zu heftigen Unmutsbekundungen Anlaß gab, war er, wie er wiederholt geäußert hat, vor allem von dem Willen beseelt, die Zustände bei den polizeilichen Ermittlungen im Rahmen der Demagogenverfolgungen, die er unerträglich fand, zu ändern. Er wollte gesetzmäßige Verfahrensweisen durchsetzen, ohne Ansehen der Person - auch nicht seiner eigenen.

Er hat mit Klugheit, Engagement und unerschrockenem Mut sein Richteramt wahrgenommen und ausgefüllt, so daß die Richter stolz darauf sein können, eine solche Persönlichkeit zu ihren Kollegen rechnen zu dürfen.<sup>20</sup>

Hoffmanns Freunde hatten für seinen Grabstein die Reihenfolge gewählt: ausgezeichnet im Amte, als Dichter, als Tonkünstler, als Maler.

Selbst wenn man heute, angesichts von Hoffmanns Weltgeltung in der Literatur, dem Dichter wohl den ersten Rang in der Reihenfolge seiner ausgezeichneten Fähigkeiten einräumen muß, so sollte das Amt bei ihm wenigstens an zweiter Stelle genannt werden, wie es vor allem die preußische Archiv-Verwaltung zu belegen vermag.

---

<sup>20</sup> Vgl. a. Arwed Blomeyer: E.T.A. Hoffmann als Jurist - Eine Würdigung zu seinem 200. Geburtstag, Berlin 1978, S. 24; Rudolf Wassermann: Ausgezeichnet im Amte ... Ernst Theodor Amadeus Hoffmann als Jurist. In: Recht und Politik 1/75, S. 79-83.



Selbstkarikatur E.T.A. Hoffmanns

## IX. Geschichte(n) des Rechts

### 1. Das Recht im Nachdenken über Geschichte – ein Beispiel

Ein klassisches Beispiel des Nachdenkens über die Geschichte der rechtlichen Kultur liefert Immanuel Kant:

**Immanuel Kant: *Ideen zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, 5. – 7. Satz**

#### ***Fünfter Satz.***

*Das größte Problem für die Menschengattung, zu dessen Auflösung die Natur ihn zwingt, ist die Erreichung einer allgemein das Recht verwaltenden bürgerlichen Gesellschaft. Da nur in der Gesellschaft und zwar derjenigen, die die größte Freiheit, mithin einen durchgängigen Antagonismus ihrer Glieder und doch die genaueste Bestimmung und Sicherung der Grenzen dieser Freiheit hat, damit sie mit der Freiheit anderer bestehen könne, - da nur in ihr die höchste Absicht der Natur, nämlich die Entwicklung aller ihrer Anlagen, in der Menschheit erreicht werden kann, die Natur auch will, daß sie diesen so wie alle Zwecke ihrer Bestimmung sich selbst verschaffen solle: so muß eine Gesellschaft, in welcher Freiheit unter äußeren Gesetzen im größtmöglichen Grade mit unwiderstehlicher Gewalt verbunden angetroffen wird, d. i. [= „das ist“, Anm. d. Red.] eine vollkommen gerechte bürgerliche Verfassung, die höchste Aufgabe der Natur für die Menschengattung sein, weil die Natur nur vermittelst der Auflösung und Vollziehung derselben ihre übrigen Absichten mit unserer Gattung erreichen kann. In diesen Zustand des Zwanges zu treten, zwingt den sonst für ungebundene Freiheit so sehr eingenommenen Menschen die Noth; und zwar die größte unter allen, nämlich die, welche sich Menschen unter einander selbst zufügen, deren Neigungen es machen, daß sie in wilder Freiheit nicht lange neben einander bestehen können. Allein in einem solchen Gehege, als bürgerliche Vereinigung ist, thun eben dieselben Neigungen hernach die beste Wirkung: so wie Bäume in einem Walde eben dadurch, daß ein jeder dem andern Luft und Sonne zu benehmen sucht, einander nöthigen beides über sich zu suchen und dadurch einen schönen geraden Wuchs bekommen; statt daß die, welche in Freiheit und von einander abgesondert ihre Äste nach Wohlgefallen treiben, krüppelig, schief und krumm wachsen. Alle Cultur und Kunst, welche die Menschheit ziert, die schönste gesellschaftliche Ordnung sind Früchte der Ungeselligkeit, die durch sich selbst genöthigt wird sich zu discipliniren und so durch abgedrungene Kunst die Keime der Natur vollständig zu entwickeln.*

#### ***Sechster Satz.***

*Dieses Problem ist zugleich das schwerste und das, welches von der Menschengattung am spätesten aufgelöst wird. Die Schwierigkeit, welche auch die bloße Idee dieser Aufgabe schon vor Augen legt, ist diese: der Mensch ist ein Thier, das, wenn es unter andern seiner Gattung lebt, einen Herrn nöthig hat. Denn er mißbraucht gewiß seine Freiheit in Ansehung anderer seinesgleichen; und ob er gleich als vernünftiges Geschöpf ein Gesetz wünscht, welches der Freiheit aller Schranken setze: so verleitet ihn doch seine selbstsüchtige thierische Neigung, wo er darf, sich selbst auszunehmen. Er bedarf also einen Herrn, der ihm den eigenen Willen breche und ihn nöthige, einem allgemeingültigen Willen, dabei jeder frei sein kann, zu gehorchen. Wo nimmt er aber diesen Herrn her? Nirgend anders als aus der Menschengattung. Aber dieser ist eben so wohl ein Thier, das einen Herrn nöthig hat. Er mag es also anfangen, wie er will; so ist nicht abzusehen, wie er sich ein Oberhaupt der*

öffentlichen Gerechtigkeit verschaffen könne, das selbst gerecht sei; er mag dieses nun in einer einzelnen Person, oder in einer Gesellschaft vieler dazu auserlesenen Personen suchen. Denn jeder derselben wird immer seine Freiheit mißbrauchen, wenn er keinen über sich hat, der nach den Gesetzen über ihn Gewalt ausübt. Das höchste Oberhaupt soll aber gerecht für sich selbst und doch ein Mensch sein. Diese Aufgabe ist daher die schwerste unter allen; ja ihre vollkommene Auflösung ist unmöglich: aus so krummem Holze, als woraus der Mensch gemacht ist, kann nichts ganz Gerades gezimmert werden. Nur die Annäherung zu dieser Idee ist uns von der Natur auferlegt\*). Daß sie auch diejenige sei, welche am spätesten ins Werk gerichtet wird, folgt überdem auch daraus: daß hiezu richtige Begriffe von der Natur einer möglichen Verfassung, große durch viel Weltläufe geübte Erfahrung und über das alles ein zur Annehmung derselben vorbereiteter guter Wille erfordert wird; drei solche Stücke aber sich sehr schwer und, wenn es geschieht, nur sehr spät, nach viel vergeblichen Versuchen, einmal zusammen finden können.

---

\*) Die Rolle des Menschen ist also sehr künstlich. Wie es mit den Einwohnern anderer Planeten und ihrer Natur beschaffen sei, wissen wir nicht; wenn wir aber diesen Auftrag der Natur gut ausrichten, so können wir uns wohl schmeicheln, da wir unter unseren Nachbarn im Weltgebäude einen nicht geringen Rang behaupten dürften. Vielleicht mag bei diesen ein jedes Individuum seine Bestimmung in seinem Leben völlig erreichen. Bei uns ist es anders; nur die Gattung kann dieses hoffen.

#### **Siebenter Satz.**

Das Problem der Errichtung einer vollkommenen bürgerlichen Verfassung ist von dem Problem eines gesetzmäßigen äußeren Staatenverhältnisses abhängig und kann ohne das letztere nicht aufgelöst werden. Was hilft, an einer gesetzmäßigen bürgerlichen Verfassung unter einzelnen Menschen, d. i. an der Anordnung eines gemeinen Wesens, zu arbeiten? Dieselbe Ungeselligkeit, welche die Menschen hiezu nöthigte, ist wieder die Ursache, daß ein jedes gemeine Wesen in äußerem Verhältnisse, d. i. als ein Staat in Beziehung auf Staaten, in ungebundener Freiheit steht, und folglich einer von dem andern eben die Übel erwarten muß, die die einzelnen Menschen drückten und sie zwingen in einen gesetzmäßigen bürgerlichen Zustand zu treten. Die Natur hat also die Unvertragsamkeit der Menschen, selbst der großen Gesellschaften und Staatskörper dieser Art Geschöpfe wieder zu einem Mittel gebraucht, um in dem unvermeidlichen Antagonism derselben einen Zustand der Ruhe und Sicherheit auszufinden; d. i. sie treibt durch die Kriege, durch die überspannte und niemals nachlassende Zurüstung zu denselben, durch die Noth, die dadurch endlich ein jeder Staat selbst mitten im Frieden innerlich fühlen muß, zu anfänglich unvollkommenen Versuchen, endlich aber nach vielen Verwüstungen, Umkippungen und selbst durchgängiger innerer Erschöpfung ihrer Kräfte zu dem, was ihnen die Vernunft auch ohne so viel traurige Erfahrung hätte sagen können, nämlich: aus dem gesetzlosen Zustande der Wilden hinaus zu gehen und in einen Völkerbund zu treten; wo jeder, auch der kleinste Staat seine Sicherheit und Rechte nicht von eigener Macht, oder eigener rechtlichen Beurtheilung, sondern allein von diesem großen Völkerbunde (Foedus Amphictyonum), von einer vereinigten Macht und von der Entscheidung nach Gesetzen des vereinigten Willens erwarten könnte. So schwärmerisch diese Idee auch zu sein scheint und als eine solche an einem Abbé von St. Pierre oder Rousseau verlacht worden (vielleicht, weil sie solche in der Ausführung zu nahe glaubten): so ist es doch der unvermeidliche Ausgang der Noth, worein sich Menschen einander versetzen, die die Staaten zu eben der Entschliebung (so schwer es ihnen auch eingeht) zwingen muß, wozu der wilde Mensch eben so ungern gezwungen ward, nämlich: seine brutale Freiheit aufzugeben und in einer gesetzmäßigen Verfassung Ruhe und Sicherheit zu suchen. - Alle Kriege sind demnach so viel Versuche (zwar nicht in der Absicht der Menschen, aber doch in der Absicht der Natur), neue Verhältnisse der Staaten zu Stande zu bringen und durch Zerstörung, wenigstens



Zerstückelung alter neue Körper zu bilden, die sich aber wieder entweder in sich selbst oder neben einander nicht erhalten können und daher neue, ähnliche Revolutionen erleiden müssen; bis endlich einmal theils durch die bestmögliche Anordnung der bürgerlichen Verfassung innerlich, theils durch eine gemeinschaftliche Verabredung und Gesetzgebung äußerlich ein Zustand errichtet wird, der, einem bürgerlichen gemeinen Wesen ähnlich, so wie ein Automat sich selbst erhalten kann. Ob man es nun von einem epikurischen Zusammenlauf wirkender Ursachen erwarten solle, daß die Staaten, so wie die kleinen Stäubchen der Materie durch ihren ungefähren Zusammenstoß allerlei Bildungen versuchen, die durch neuen Anstoß wieder zerstört werden, bis endlich einmal von ungefähr eine solche Bildung gelingt, die sich in ihrer Form erhalten kann (ein Glückszufall, der sich wohl schwerlich jemals zutragen wird!); oder ob man vielmehr annehmen solle, die Natur verfolge hier einen regelmäßigen Gang, unsere Gattung von der unteren Stufe der Thierheit an allmählig bis zur höchsten Stufe der Menschheit und zwar durch eigene, obzwar dem Menschen abgedrungene Kunst zu führen, und entwickle in dieser scheinbarlich wilden Anordnung ganz regelmäßig jene ursprüngliche Anlagen; oder ob man lieber will, daß aus allen diesen Wirkungen und Gegenwirkungen der Menschen im Großen überall nichts, wenigstens nichts Kluges herauskomme, daß es bleiben werde, wie es von jeher gewesen ist, und man daher nicht voraus sagen könne, ob nicht die Zwietracht, die unserer Gattung so natürlich ist, am Ende für uns eine Hölle von Übeln in einem noch so gesitteten Zustande vorbereite, indem sie vielleicht diesen Zustand selbst und alle bisherigen Fortschritte in der Cultur durch barbarische Verwüstung wieder vernichten werde (ein Schicksal, wofür man unter der Regierung des blinden Ungefährs nicht stehen kann, mit welcher gesetzlose Freiheit in der That einerlei ist, wenn man ihr nicht einen ingeheim an Weisheit geknüpften Leitfaden der Natur unterlegt!), das läuft ungefähr auf die Frage hinaus: ob es wohl vernünftig sei, Zweckmäßigkeit der Naturanstalt in Theilen und doch Zwecklosigkeit im Ganzen anzunehmen. Was also der zwecklose Zustand der wilden That, daß er nämlich alle Naturanlagen in unserer Gattung zurück hielt, aber endlich durch die Übel, worin er diese versetzte, sie nöthigte, aus diesem Zustande hinaus und in eine bürgerliche Verfassung zu treten, in welcher alle jene Keime entwickelt werden können, das thut auch die barbarische Freiheit der schon gestifteten Staaten, nämlich: daß durch die Verwendung aller Kräfte der gemeinen Wesen auf Rüstungen gegen einander, durch die Verwüstungen, die der Krieg anrichtet, noch mehr aber durch die Nothwendigkeit sich beständig in Bereitschaft dazu zu erhalten zwar die völlige Entwicklung der Naturanlagen in ihrem Fortgange gehemmt wird, dagegen aber auch die Übel, die daraus entspringen, unsere Gattung nöthigen, zu dem an sich heilsamen Widerstande vieler Staaten neben einander, der aus ihrer Freiheit entspringt, ein Gesetz des Gleichgewichts auszufinden und eine vereinigte Gewalt, die demselben Nachdruck giebt, mithin einen weltbürgerlichen Zustand der öffentlichen Staatssicherheit einzuführen, der nicht ohne alle Gefahr sei, damit die Kräfte der Menschheit nicht einschlafen, aber doch auch nicht ohne ein Princip der Gleichheit ihrer wechselseitigen Wirkung und Gegenwirkung, damit sie einander nicht zerstören. Ehe dieser letzte Schritt (nämlich die Staatenverbindung) geschehen, also fast nur auf der Hälfte ihrer Ausbildung, erduldet die menschliche Natur die härtesten Übel unter dem betrüglichen Anschein äußerer Wohlfahrt; und Rousseau hatte so Unrecht nicht, wenn er den Zustand der Wilden vorzog, so bald man nämlich diese letzte Stufe, die unsere Gattung noch zu ersteigen hat, wegläßt. Wir sind im hohen Grade durch Kunst und Wissenschaft cultivirt. Wir sind civilisirt bis zum Überlästigen zu allerlei gesellschaftlicher Artigkeit und Anständigkeit. Aber uns für schon moralisirt zu halten, daran fehlt noch sehr viel. Denn die Idee der Moralität gehört noch zur Cultur; der Gebrauch dieser Idee aber, welcher nur auf das Sittenähnliche in der Ehrliche und der äußeren Anständigkeit hinausläuft, macht bloß die Civilisirung aus. So lange aber Staaten alle ihre Kräfte auf ihre eiteln und gewaltsamen Erweiterungsabsichten verwenden und so die langsame Bemühung der inneren

*Bildung der Denkungsart ihrer Bürger unaufhörlich hemmen, ihnen selbst auch alle Unterstützung in dieser Absicht entziehen, ist nichts von dieser Art zu erwarten: weil dazu eine lange innere Bearbeitung jedes gemeinen Wesens zur Bildung seiner Bürger erfordert wird. Alles Gute aber, das nicht auf moralisch-gute Gesinnung gepropft ist, ist nichts als lauter Schein und schimmerndes Elend. In diesem Zustande wird wohl das menschliche Geschlecht verbleiben, bis es sich auf die Art, wie ich gesagt habe, aus dem chaotischen Zustande seiner Staatsverhältnisse herausgearbeitet haben wird.*

## **2. Entwicklungslinien des Rechts?**

Das Recht hat eine lange und gewundene Geschichte. Das Bewusstsein der Komplexität dieser Geschichte steigt noch, wenn man Perspektiven überwindet, die sich auf die Rechtsgeschichte Europas und Nordamerikas beschränken und andere Kulturen mit einbezieht. Auch aussereuropäische wie etwa indische, chinesische, japanische oder auch afrikanische Kulturen besitzen eine Geschichte rechtlicher Institutionen, die es wert ist, untersucht und verstanden zu werden. Interessant ist auch die Kenntnis von Frühformen rechtlicher Regelungen, die weit über die klassische Antike zurück zum Beginn menschlicher Gemeinschaften führen. Auch Stammeskulturen der Gegenwart kennen interessante Mechanismen der normativen Regulierung des Gemeinschaftslebens, die zudem Aufschlüsse über den Beginn rechtlicher Kultur geben können, weil sie frühe Praktiken womöglich widerspiegeln.

Die Geschichte des Rechts wurde trotz dieser komplexen Erscheinungen in der Vergangenheit immer wieder als Ausdruck bestimmter, auf ein Ziel gerichteter, notwendig ablaufender historischer Prozesse verstanden (z.B. von Hegel oder Marx). Gegen diese Annahme spricht die Vielfalt der historischen Entwicklungen, die zudem keineswegs einen ungebrochenen Fortschritt zum Besseren verkörpern. In der Neuzeit wurde etwa die moderne Freiheitsphilosophie begründet und in rechtlichen Formen allmählich durchgesetzt und gleichzeitig der Sklavenhandel auch rechtlich abgesichert. Im 19. Jahrhundert entwickelte sich die Verfassungsstaatlichkeit und zur gleichen Zeit dienten rechtliche Regelungen dem Kolonialismus der europäischen Mächte. Das 3. Reich illustrierte dann im 20. Jahrhundert drastisch, wie eine entwickelte Rechtskultur in Unmenschlichkeit umschlagen kann.

Diese Zwiespältigkeit der menschlichen Rechtsgeschichte zeigt: Die historische Entwicklung auch in der Zeit nach Kants Überlegungen hat seine skeptische und berühmte Schlussfolgerung, dass „aus so krummen Holze, als woraus der Mensch gemacht ist, (...) nichts ganz Gerades gezimmert werden“ könne, sicher nicht widerlegt.

Nun gibt es aber immerhin gewisse Tendenzen der Entwicklung, die man festhalten kann, ohne mit ihnen grundlegende geschichtsteleologische Vorstellungen zu verbinden. Eine Entwicklungslinie besteht in der auch institutionellen Unterscheidung von Recht, Moral, Politik

und Religion. Eine weitere in der Tendenz zur Kodifizierung und Institutionalisierung von Recht. Die normativen Grundlagen menschlicher Gesellschaft haben in der Geschichte aus der ungeschiedenen Einheit von Herkommen, konventionell Üblichem und formlos Gegebenem in die feste Form in bestimmten Verfahren gesetzten, geschriebenen Rechts, das institutionell gesichert wird, weithin gefunden. Recht ist heute mit (zunehmend international eingebundener) Staatlichkeit verknüpft, mit der eine Monopolisierung der Gewaltausübung in einer Gesellschaft einhergeht. Die Rechtssetzung und Rechtsanwendung wurde im Grundsatz rationalisiert. Die charismatische, auf die persönliche Anziehungskraft einer Person setzende, traditionale oder autoritäre Rechtsfindung bildet heute jedenfalls kein akzeptiertes Leitbild der Rechtsfindung mehr, wenn die Realität auch manchmal eine andere sein mag. Stattdessen zählen kritisch hinterfragbare Argumente und der demokratische Prozess.

Eine weitere bekannte These lautet, dass die Rechtsentwicklung vom Status zum Kontrakt geführt habe (H. Maine, *Ancient Law*, 1861). Während in der Vergangenheit die Rechtsbeziehungen durch einen Rechtsstatus bestimmt worden seien (z.B. die durch Geburt vermittelte Stellung in einer Gesellschaft), würden in der modernen Welt die Rechtsbeziehungen durch Vertrag und damit auf Grundlage der Autonomie der Einzelnen begründet.

Diese These fängt einige Entwicklungen der Rechtsgeschichte ein, erklärt andere dagegen schlecht. Die moderne Verfassungsstaatlichkeit ist etwa durch die Absicherung der grundlegenden Rechte des Einzelnen gekennzeichnet. Auch das Völkerrecht der Gegenwart ist durch die gestiegene praktische Bedeutung der Menschenrechtsidee gekennzeichnet, wie bereits deutlich wurde (s. o. VI). Der Kern der Menschenrechtsidee besteht aber darin, bestimmte normative Kernpositionen wie z.B. die Würde der Menschen in jedem Fall zu schützen, also gerade neue und nunmehr für alle Menschen gleiche Statusrechte zu begründen.

Diese Entwicklung der modernen Menschenrechtskultur ist eine bemerkenswerte Errungenschaft. In Anbetracht der vielen Probleme, die in diesem Bereich in der Gegenwart bestehen, ist sie zwar auch kein Hinweis auf einen notwendigen Fortschritt in der Rechtsgeschichte, aber immerhin eine Erinnerung, dass die Tür zum rechtszivilisatorisch Besseren historisch offen steht.

## **X. Recht als soziale Tatsache**

### **1. Normen als soziale Tatsachen**

Normen bilden Sollensgebote. Sie richten sich auf Gebote, Verbote und Erlaubnisse und sind deshalb *präskriptiv*. Tatsachen werden dagegen durch beschreibende, *deskriptive* Behauptungen erfasst. Normen und Tatsachen sind insofern deutlich voneinander unterschieden. Normen bilden aber auch soziale Tatsachen. Damit dies deutlich wird, muss ein Perspektivenwechsel vorgenommen werden. Es geht dann nicht mehr um ihren präskriptiven Gehalt aus der Perspektive eines Normadressaten, sondern um einen Blickwinkel von „ausen“, aus der sog. Beobachterperspektive. Normen werden dann als empirische Gegebenheiten betrachtet, als Teil der gesellschaftlichen Realität, als faktisch wirksame Bestimmungsgründe menschlichen Handelns.

Untersucht wird dann etwa, ob eine Norm tatsächlich in der sozialen Wirklichkeit eine Rolle spielt, sie beeinflusst und gestaltet, oder völlig unberührt lässt. Es kann auch ermittelt werden, wie bestimmte politische, kulturelle oder ökonomische Entwicklungen auf die Normen einwirken – welche Inhalte werden Normen in einer bestimmten Gesellschaft gegeben, wie verändern sie sich und aus welchen Gründen?

Normen als soziale Realitäten zu betrachten, bildet ein wichtiges Element rechtswissenschaftlicher Arbeit, da nur so deutlich wird, welche tatsächliche Rolle Normen in der Gesellschaft spielen, ob sie die ihnen zuge dachte Funktion erfüllen oder auch verfehlen. Die Rechtswissenschaft verlässt mit diesen Perspektiven den Bereich der reinen normativen Argumentationen und stellt sich der gesellschaftlichen Realität ihres Objekts.

### **2. Entstehung und Aspekte der Rechtssoziologie**

Die Erkenntnis der Bedeutung einer Betrachtung von Rechtsnormen als soziale Tatsachen führte zur Entwicklung der modernen Rechtssoziologie. Zentrale Autoren waren dabei Eugen Ehrlich und Max Weber.

#### **2.1. Eugen Ehrlich (1862 – 1922)**

Eugen Ehrlich war einer der Hauptvertreter der sog. Freirechtsbewegung. Die Freirechtsbewegung kritisierte die Vorstellung, dass eine Rechtsordnung ein lückenloses Ganzes sei, das Regelungen für jeden möglichen Fall bereit halte. Die Entscheidung eines Falles sei nicht das Produkt einer logischen Deduktion aus bestimmten Begriffen und Regelungen des Rechts, sondern eine kreative Leistung des Rechtsanwenders. Dies sei ehrlich einzugestehen. Die Ent-

scheidung sollte aus Ehrlichs Sicht aber durchaus gebunden sein und nicht völlig im Belieben des Rechtsanwenders stehen. Wenn das positive Recht keine Antwort bereit halte, sei auf soziale Normen zurückzugreifen, das von Ehrlich so genannte „lebende Recht“.

Die Rechtssoziologie erforscht nun genau dieses „lebende Recht“. Denn die Gesellschaft sei es, die die entscheidende Instanz für die Entwicklung des Rechts bilde. Gesetzgebung, Rechtslehre und Rechtsanwendung waren aus Ehrlichs Sicht Sekundärphänomene. Die wahre Rechtswissenschaft war für Ehrlich deswegen die Rechtssoziologie, die das „lebende Recht“ in seiner Gestalt erforsche. Die klassische Rechtswissenschaft, die Gesetze und gerichtliche Entscheidungen für ihren einzigen Gegenstand halte, verkenne einen wichtigen Aspekt ihrer wissenschaftlichen Aufgabe.

Gleichzeitig sollten die Ergebnisse der Rechtssoziologie der praktischen Rechtsanwendung aber unmittelbar dienen. Das „lebende Recht“ liefere für die Rechtsanwender eine Hilfestellung für die Entscheidung jener Fälle, in denen das positive Recht keine Antwort bereit halte.

Ehrlichs Überlegungen bedeuten eine wesentliche Erweiterung der rechtswissenschaftlichen Perspektiven. Ein wichtiges Problem seiner Überlegungen besteht darin, inwieweit das lebende Recht normativ für die Konkretisierung von Normen herangezogen werden kann. Das Faktum, das bestimmte Normen in der Gesellschaft eine Rolle spielen, impliziert nicht, dass sie diese Rollen berechtigt spielen sollen.

## 2.2. Quellentext: Ehrlichs Grundlegung der Soziologie des Rechts

*Exzerpt aus: Eugen Ehrlich: Grundlegung der Soziologie des Rechts, 2. Auflage, München und Leipzig, 1923. S. 6 – 7.*

Vom richterlichen Standpunkte aus ist das Recht eine Regel, nach der der Richter die Rechtsstreitigkeiten, die vor ihn gebracht werden, zu entscheiden hat. Nach der insbesondere in der deutschen Wissenschaft herrschenden Begriffsbestimmung wäre das Recht eine Regel des menschlichen Handelns. Die Regel des menschlichen Handelns und die Regel, nach der die Richter Rechtsstreitigkeiten entscheiden, das können zwei sehr verschiedene Dinge sein, denn die Menschen handeln doch gewiß nicht immer nach denselben Regeln, die bei Entscheidung ihrer Streitigkeiten angewendet werden. Als Regel des menschlichen Handelns faßt das Recht zweifellos der Rechtshistoriker auf; er schildert die Regeln, nach denen im Altertum oder im Mittelalter die Ehen geschlossen wurden, Mann und Frau, Eltern und Kinder in der Familie lebten, ob Einzel- oder Gemeineigentum vorhanden war, ob der Boden vom Eigentümer, vom zinsenden Pächter oder vom frohnenden Hörigen bewirtschaftet wurde, wie man Verträge abschloß und das Gut vererbte. Dieselbe Erfahrung macht man wohl, wenn man einen Reisenden, der von einem fremden Lande herkommt, ersucht, das Recht der Völker zu beschreiben, die er kennen gelernt hat. Er wird dann erzählen, wie man dort heiratet, in der Familie lebt, Verträge abschließt, aber er wird kaum darauf zu sprechen kommen, wie die Regeln lauten, nach denen Rechtsstreitigkeiten entschieden werden.

Diesen Rechtsbegriff, den der Jurist ganz unwillkürlich annimmt, wenn er das Recht eines fremden Volkes oder entfernter Zeit mit rein wissenschaftlichem Interesse verfolgt, gibt er aber sofort auf, sobald er sich dem geltenden Recht seines Landes und seiner Zeit zuwendet. Ganz unbewußt, gewissermaßen unter der Hand, wird aus der Regel, nach der die Menschen handeln, eine Regel, nach der die Handlungen der Menschen von Gerichten und anderen Behörden beurteilt werden sollen. Das ist allerdings auch eine Regel des Handelns, aber doch nur für einen kleinen Bruchteil des Volkes, für die zur Rechtsanwendung berufenen Behörden, nicht, wie die frühere, für die breite Allgemeinheit. An Stelle der wissenschaftlichen Betrachtung ist eben die praktische, auf den richterlichen Beamten zugeschnittene getreten, und der Beamte will doch vor allem die Regel kennen lernen, nach der er selbst vorgehen soll. Die Juristen halten allerdings auch diese Regeln für Regeln des Handelns, aber dahinter steckt offenbar ein Gedankensprung. Sie meinen damit, die Regeln, nach denen die Gerichte entscheiden, seien die Regeln, nach denen die Menschen handeln sollen; und dazu gesellt sich die dunkle Vorstellung, daß sich die Menschen mit der Zeit doch nach den Regeln einrichten werden, nach denen die Gerichte erkennen. Nun ist eine Regel des Handelns selbstverständlich eine Regel, nach der nicht nur in der Regel gehandelt wird, sondern auch gehandelt werden soll; aber es ist eine ganz unzulässige Annahme, daß über dieses Sollen ausschließlich oder auch nur überwiegend die Gerichte bestimmen: schon die tägliche Erfahrung lehrt das Gegenteil. Daß gerichtliche Entscheidungen auf das tatsächliche Handeln des Menschen von Einfluß sind, wird gewiß nicht bestritten, aber man mußte doch erst untersuchen, wie weit das zutrifft und von welchen Umständen es abhängt.

### 2.3. Max Weber (1864 – 1920)

Max Webers Werk ist bis heute einer der zentralen Bezugspunkte der internationalen Diskussionen um das Verständnis moderner Gesellschaftsstrukturen. Er hat die Idee einer verstehenden Soziologie geprägt. Die Soziologie muss aus seiner Sicht die Motivation der Menschen für bestimmte soziale Verhaltensweisen aus der internen Sicht der Handelnden nachvollziehen. Weber hat zudem Grundbegriffe der soziologischen Analyse mit grosser Schärfe geprägt. Die Analyse von rechtlichen Phänomenen spielt dabei eine Schlüsselrolle. Für Weber ist die Entwicklung des Rechts eingebettet in die Entwicklung westlicher Rationalität. Die Rationalitätsformen seien dabei prägend für die westliche Welt und unterschieden sie von anderen Kulturen. Für Weber muss die Entwicklung des Rechts dabei durch eine Vielzahl von politischen, sozialen und kulturellen Kausalfaktoren erklärt werden. Es gibt in seinem Ansatz nicht nur einen Faktor mit dominantem Einfluss für die Entwicklung des Rechts, sei es das Klima, die „Rasse“, die Wirtschaft oder andere derartige Faktoren, die in dieser Hinsicht erwogen wurden.

Weber hat durch seine Untersuchungen zur sozialen und historischen Herkunft von Normen Massstäbe der notwendigen Vielschichtigkeit von rechtssoziologischen Theorien geliefert, wenn auch viele Einzelanalysen nicht das letzte Wort der Theoriebildung geblieben sind.

#### **2.4. Niklas Luhmann (1927 - 1998)**

Niklas Luhmann hat die Systemtheorie geprägt, die in der Gegenwartsdiskussion grossen Einfluss hat. Seine Grundthese lautet, dass das Recht ein *autopoietisches System* bilde. Das System sei autopoietisch, weil es seine Elemente durch eigene Operationen erzeuge. Das Recht bestimme selbst, was als Recht gelte, z.B. durch bestimmte Kompetenzregeln in der Verfassung. Andere Faktoren – politische, moralische, soziale – seien für die den Rechtscharakter des Rechts unerheblich. Insofern bewegt sich Luhmann in positivistischen Bahnen. Das moderne Recht habe sich aus der Gesellschaft ausdifferenziert: Es sei von anderen Systemen unterschieden, wie der Politik, der Religion oder der Wirtschaft, die selbst autopoietisch geschlossene Systeme bildeten.

Eine weitere These, die mit Luhmanns Perspektive verbunden ist, bildet die Betonung der Steuerungsschwierigkeiten von Recht. Weil Recht anderen Systemgesetzmässigkeiten als Systeme wie Politik und Wirtschaft folge, könne es nur begrenzt auf diese einwirken. Die optimistische Annahme, mit Recht könne eine Gesellschaft politisch weitreichend gestaltet werden, sei deshalb rechtssoziologisch verfehlt.

Schliesslich betont Luhmann die fehlenden inhaltlichen Massstäbe für Recht. Die Inhalte von Recht ergäben sich aus den Funktionen, die Recht innerhalb einer Gesellschaft erfülle. Sie seien zudem durch den historischen Entwicklungsgang bedingt. Es gebe keine jenseits solcher funktionalen Zusammenhänge stehenden Rechtsinhalte und deswegen keine begründeten Ansprüche irgendwelcher Rechtsnormen, auch der Menschenrechte, auf inhaltliche Legitimität.

Alle diese Thesen können mit guten Gründen bestritten werden: Recht ist kein autopoietisches System, weil es etwa im Rahmen der Auslegung, aber auch der Rechtssetzung durch andere Einflüsse, wie der der Politik oder der Moral bestimmt ist. Recht ist auch durchaus in der Lage, auf die Gesellschaft einzuwirken, wenn auch sicher in einem komplexen Prozess. Bei der Erörterung des Verhältnisses von Recht, Wirtschaft und Politik wird das näher erläutert werden (s. u. XI). Dass Rechtsinhalte nur funktional erklärt werden könnten ist wenig plausibel. Gerade Menschenrechte setzen der funktionalen Bestimmung einer Gesellschaftsstruktur eine Grenze. Welche rechtlichen Regelungen auch für das Operieren einer Gesellschaft funktional sein mögen – Menschenrechte dürfen sie legitimationstheoretisch und weithin auch rechtlich jedenfalls nicht verletzen.

#### **2.5. Theoretische und empirische Rechtssoziologie**

Ehrlich, Weber und Luhmann liefern Beispiele für klassische und aktuelle Ansätze der Rechtssoziologie. Sie bilden gleichzeitig Beispiele für theoretische Perspektiven auf Recht als

soziales Phänomen. Neben solchen theoretischen Perspektiven gibt es eine empirisch orientierte Rechtssoziologie, die auch als Rechtstatsachenforschung bezeichnet wird. Die Forschungsinteressen der empirischen Rechtssoziologie umfassen eine Vielzahl von Themen von der Frage, welche Konflikte in einer Gesellschaft eigentlich *rechtlich* gelöst werden bis hin zum Funktionieren von Gesetzgebung und Verwaltung.

Das Beispiel der Richtersozologie kann den Gehalt der empirischen Rechtssoziologie erläutern. Eine klassische These der Untersuchung richterlichen Entscheidungsverhaltens lautet, dass Richter durch ihre soziale Herkunft bestimmt seien. Der Soziologie Ralf Dahrendorf etwa meinte, dass Richter vorwiegend aus oberen Gesellschaftsschichten stammten, im Strafverfahren häufig über Angeklagte aus unteren Gesellschaftsschichten zu Gericht sassen und aufgrund ihrer sozialen Herkunft diesen Angeklagten nicht das Verständnis entgegen brächten, das zur gerechten Urteilsfindung nötig sei.

Diese Thesen wurden empirischen Untersuchungen unterzogen, d.h. es wurde versucht zu ermitteln, ob tatsächlich, wenn konkrete Gerichtsverfahren analysiert werden, ein Zusammenhang von sozialer Herkunft von Richtern und Entscheidungsverhalten gegeben ist. Als Ergebnis dieser Untersuchungen kann festgehalten werden, dass ein solcher Zusammenhang nicht nachgewiesen werden konnte. Dieses Ergebnis überrascht im Grunde nicht, denn massgeblich für die Entscheidungsfindung ist in einem funktionierenden Rechtssystem der Gegenwart zunächst einmal das gegebene Recht, das durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft konkretisiert wird. Was an richterlichem Entscheidungsspielraum verbleibt, wird vor allem durch die Wertungen der entscheidenden Personen bestimmt. Diese stehen aber in einer pluralistischen Gesellschaft der Gegenwart mit sozialer Mobilität in keiner notwendigen Beziehung zur sozialen Herkunft der Betroffenen, sondern sind abhängig vom je individuellen Prozess der Bildung grundlegender Wertüberzeugungen. Diese können von den Ansichten einer sozialen Gruppe geprägt sein, diese aber auch durch eigene, unabhängige Überlegung überschreiten. Schliesslich bilden soziale Schichten keine klaren Einstellungsmuster aus – jedenfalls nicht in einer pluralistischen Gesellschaft.

### **3. Alternativen zum Recht**

Ein interessantes Thema der Rechtssoziologie ist die Erforschung von Alternativen zum Recht, denn Konflikte von Menschen werden nicht nur mit den Mitteln des Rechts gelöst. Es gibt eine Vielzahl von informalen Mitteln zur Klärung von Streitigkeiten – Gespräche, Verhandlungen, Kompromisse etc. Die Nutzung dieser Mittel kann für die Betroffenen attraktiv



sein, weil sie so vermeiden, die Nachteile rechtlicher Lösungen von Konflikten zu spüren, nicht zuletzt ihre Kosten.

In der Gegenwart hat diese informale Konfliktlösung in spezifischer Form unter dem Begriff der *Mediation* Aufschwung genommen. Bei der Mediation versucht ein Dritter, der Mediator, zwischen den Konfliktparteien zu vermitteln und eine Lösung zu finden, ohne dabei mit einer formalen Entscheidungsgewalt wie ein Richter ausgestattet zu sein. Die Kosten des Gerichtsverfahrens entfallen, wenn auch der Mediator regelmässig zu entlohnen ist. Ein weiterer Vorteil kann sein, dass die Eskalation eines Streites unterbleibt, die vor Gericht manchmal eintritt. Dieses Beispiel zeigt, dass auch in einem entwickelten Rechtssystem das Bedürfnis nach Konfliktlösungsmechanismen jenseits des Rechts weiterbesteht. Das Recht hat wichtige Funktionen in einer Gesellschaft, zur Befriedigung, zur Verwirklichung bestimmter Ziele wie Schutz von Grundrechten oder Gerechtigkeit. Es ist aber – man sollte es aus juristischer Bescheidenheit nicht vergessen – nicht die einzige gesellschaftliche Instanz, die Konflikte in dieser Hinsicht löst.

# XI. Recht, Wirtschaft, Politik, Religion

## 1. Recht und Wirtschaft

### 1.1. Drei Ansätze zum Verhältnis von Wirtschaft und Recht

#### 1.1.1. Ökonomische Bestimmtheit des Rechts

Eine klassische These zum Verhältnis von Wirtschaft und Recht wurde von Karl Marx (1818 – 1883) formuliert. Danach bestimmt die Wirtschaft, die ökonomische „Basis“, den „Überbau“ aus Recht und Staat:

*Exzerpt aus: Karl Marx: Zur Kritik der Politischen Ökonomie, in: Karl Marx/Friedrich Engels: Ausgewählte Schriften, Bd. I, 33. Auflage, Berlin 1988. S. 391 – 396.*

KARL MARX

### Zur Kritik der Politischen Ökonomie<sup>[316]</sup>

#### Vorwort

Ich betrachte das System der bürgerlichen Ökonomie in dieser Reihenfolge: *Kapital, Grundeigentum, Lohnarbeit; Staat, auswärtiger Handel, Weltmarkt*. Unter den drei ersten Rubriken untersuche ich die ökonomischen Lebensbedingungen der drei großen Klassen, worin die moderne bürgerliche Gesellschaft zerfällt; der Zusammenhang der drei andern Rubriken springt in die Augen. Die erste Abteilung des ersten Buchs, das vom Kapital handelt, besteht aus folgenden Kapiteln: 1. die Ware; 2. das Geld oder die einfache Zirkulation; 3. das Kapital im allgemeinen. Die zwei ersten Kapitel bilden den Inhalt des vorliegenden Heftes. Das Gesamtmaterial liegt vor mir in Form von Monographien, die in weit auseinanderliegenden Perioden zu eigener Selbstverständigung, nicht für den Druck niedergeschrieben wurden und deren zusammenhängende Verarbeitung nach dem angegebenen Plan von äußern Umständen abhängen wird.

Eine allgemeine Einleitung<sup>[317]</sup>, die ich hingeworfen hatte, unterdrücke ich, weil mir bei näherem Nachdenken jede Vorwegnahme erst zu beweisender Resultate störend scheint und der Leser, der mir überhaupt folgen will, sich entschließen muß, von dem einzelnen zum allgemeinen aufzusteigen. Einige Andeutungen über den Gang meiner eignen politisch-ökonomischen Studien mögen dagegen hier am Platz scheinen.

Mein Fachstudium war das der Jurisprudenz, die ich jedoch nur als untergeordnete Disziplin neben Philosophie und Geschichte betrieb. Im Jahr 1842/43, als Redakteur der „Rheinischen Zeitung“, kam ich zuerst in die Verlegenheit, über sogenannte materielle Interessen mitsprechen zu müssen. Die Verhandlungen des Rheinischen Landtags über Holzdiebstahl und Parzellierung des Grundeigentums, die amtliche Polemik, die Herr von Schaper, damals Oberpräsident der Rheinprovinz, mit der „Rheinischen Zeitung“ über die Zustände der Moselbauern eröffnete, Debatten endlich über Freihandel und Schutzzoll, gaben die ersten Anlässe zu meiner Beschäftigung mit ökonomischen Fragen.<sup>[318]</sup> Andererseits hatte zu jener Zeit, wo der gute Wille „weiterzugehen“ Sachkenntnis vielfach aufwog, ein schwach philosophisch gefärbtes Echo des französischen

Sozialismus und Kommunismus sich in der „Rheinischen Zeitung“ hörbar gemacht. Ich erklärte mich gegen diese Stümperei, gestand aber zugleich in einer Kontroverse mit der „Allgemeinen Augsburger Zeitung“ rundheraus, daß meine bisherigen Studien mir nicht erlaubten, irgendein Urteil über den Inhalt der französischen Richtungen selbst zu wagen.<sup>[319]</sup> Ich ergriff vielmehr begierig die Illusion der Geranten der „Rheinischen Zeitung“, die durch schwächere Haltung des Blattes das über es gefällte Todesurteil rückgängig machen zu können glaubten, um mich von der öffentlichen Bühne in die Studierstube zurückzuziehn.

Die erste Arbeit, unternommen zur Lösung der Zweifel, die mich bestürmten, war eine kritische Revision der Hegelschen Rechtsphilosophie, eine Arbeit, wovon die Einleitung in den 1844 in Paris herausgegebenen „Deutsch-Französischen Jahrbüchern“ erschien.<sup>[320]</sup> Meine Untersuchung mündete in dem Ergebnis, daß Rechtsverhältnisse wie Staatsformen weder aus sich selbst zu begreifen sind noch aus der sogenannten allgemeinen Entwicklung des menschlichen Geistes, sondern vielmehr in den materiellen Lebensverhältnissen wurzeln, deren Gesamtheit Hegel, nach dem Vorgang der Engländer und Franzosen des 18. Jahrhunderts, unter dem Namen „bürgerliche Gesellschaft“ zusammenfaßt, daß aber die Anatomie der bürgerlichen Gesellschaft in der politischen Ökonomie zu suchen sei. Die Erforschung der letztern, die ich in Paris begann, setzte ich fort zu Brüssel, wohin ich infolge eines Ausweisungsbefehls des Herrn Guizot übergewandert war.<sup>[321]</sup> Das allgemeine Resultat, das sich mir ergab und, einmal gewonnen, meinen Studien zum Leitfaden diente, kann kurz so formuliert werden: In der gesellschaftlichen Produktion ihres Lebens gehen die Menschen bestimmte, notwendige, von ihrem Willen unabhängige Verhältnisse ein, Produktionsverhältnisse, die einer bestimmten Entwicklungsstufe ihrer materiellen Produktivkräfte entsprechen. Die Gesamtheit dieser Produktionsverhältnisse bildet die ökonomische Struktur der Gesellschaft, die reale Basis, worauf sich ein juristischer und politischer Überbau erhebt und welcher bestimmte gesellschaftliche Bewußtseinsformen entsprechen. Die Produktionsweise des materiellen Lebens bedingt den sozialen, politischen und geistigen Lebensprozeß überhaupt. Es ist nicht das Bewußtsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt ihr gesellschaftliches Sein, das ihr Bewußtsein bestimmt. Auf einer gewissen Stufe ihrer Entwicklung geraten die materiellen Produktivkräfte der Gesellschaft in Widerspruch mit den vorhandenen Produktionsverhältnissen oder, was nur ein juristischer Ausdruck dafür ist, mit den Eigentumsverhältnissen, innerhalb deren sie sich bisher bewegt hatten. Aus Entwicklungsformen der Produktivkräfte schlagen diese Verhältnisse in Fesseln derselben um. Es tritt dann eine Epoche sozialer Revolution ein. Mit der Veränderung der ökonomischen Grundlage wälzt sich der ganze ungeheure Überbau langsamer oder rascher um. In der Betrachtung solcher Umwälzungen muß man stets unterscheiden zwischen der materiellen, naturwissenschaftlich treu zu konstatierenden Umwälzung in den ökonomischen Produktionsbedingungen und den juristischen, politischen, religiösen, künstlerischen oder philosophischen, kurz, ideologischen Formen, worin sich die Menschen dieses Konflikts bewußt werden und ihn ausfechten. Sowenig man das, was ein Individuum ist, nach dem beurteilt, was es sich selbst dünkt, ebensowenig kann man eine solche Umwälzungsepoche aus ihrem Bewußtsein beurteilen, sondern muß vielmehr dies Bewußtsein aus den Widersprüchen des materiellen Lebens, aus dem vorhandenen Konflikt zwischen gesellschaftlichen Produktivkräften und Produktionsverhältnissen erklären. Eine Gesellschaftsformation geht nie unter, bevor alle Produktivkräfte entwickelt sind, für die sie weit genug ist, und neue höhere Produktionsverhältnisse treten nie an die Stelle, bevor die materiellen Existenzbedingungen derselben im Schoß der alten Gesellschaft selbst ausgebrütet worden sind. Daher stellt sich die Menschheit immer nur Aufgaben, die sie lösen kann, denn genauer betrachtet

wird sich stets finden, daß die Aufgabe selbst nur entspringt, wo die materiellen Bedingungen ihrer Lösung schon vorhanden oder wenigstens im Prozeß ihres Werdens begriffen sind. In großen Umrissen können asiatische, antike, feudale und modern bürgerliche Produktionsweisen als progressive Epochen der ökonomischen Gesellschaftsformation bezeichnet werden. Die bürgerlichen Produktionsverhältnisse sind die letzte antagonistische Form des gesellschaftlichen Produktionsprozesses, antagonistisch nicht im Sinn von individuellem Antagonismus, sondern eines aus den gesellschaftlichen Lebensbedingungen der Individuen hervorchwachsenden Antagonismus, aber die im Schoß der bürgerlichen Gesellschaft sich entwickelnden Produktivkräfte schaffen zugleich die materiellen Bedingungen zur Lösung dieses Antagonismus. Mit dieser Gesellschaftsformation schließt daher die Vorgeschichte der menschlichen Gesellschaft ab.

Friedrich Engels, mit dem ich seit dem Erscheinen seiner genialen Skizze zur Kritik der ökonomischen Kategorien<sup>[322]</sup> (in den „Deutsch-Französischen Jahrbüchern“) einen steten schriftlichen Ideenaustausch unterhielt, war auf anderm Wege (vergleiche seine „Lage der arbeitenden Klasse in England“) mit mir zu demselben Resultat gelangt, und als er sich im Frühling 1845 ebenfalls in Brüssel niederließ, beschlossen wir, den Gegensatz unsrer Ansicht gegen die ideologische der deutschen Philosophie gemeinschaftlich auszuarbeiten, in der Tat mit unserm ehemaligen philosophischen Gewissen abzurechnen. Der Vorsatz ward ausgeführt in der Form einer Kritik der nachhegelschen Philosophie. Das Manuskript<sup>[323]</sup>, zwei starke Oktavbände, war längst an seinem Verlagsort in Westfalen angelangt, als wir die Nachricht erhielten, daß veränderte Umstände den Druck nicht erlaubten. Wir überließen das Manuskript der nagenden Kritik der Mäuse um so williger, als wir unsern Hauptzweck erreicht hatten – Selbstverständigung. Von den zerstreuten Arbeiten, worin wir damals nach der einen oder andern Seite hin unsre Ansichten dem Publikum vorlegten, erwähne ich nur das von Engels und mir gemeinschaftlich verfaßte „Manifest der Kommunistischen Partei“<sup>1</sup> und einen von mir veröffentlichten „Discours sur le libre échange“<sup>[324]</sup>. Die entscheidenden Punkte unsrer Ansicht wurden

---

1 Siehe vorl. Band, S. 14–72

zuerst wissenschaftlich, wenn auch nur polemisch, angedeutet in meiner 1847 herausgegebenen und gegen Proudhon gerichteten Schrift „Misère de la philosophie etc.“<sup>[325]</sup>. Eine deutsch geschriebene Abhandlung über die „Lohnarbeit“<sup>1</sup>, worin ich meine über diesen Gegenstand im Brüsseler Deutschen Arbeiterverein<sup>[44]</sup> gehaltenen Vorträge zusammenflocht, wurde im Druck unterbrochen durch die Februarrevolution<sup>[5]</sup> und meine infolge derselben stattfindende gewaltsame Entfernung aus Belgien.

Die Herausgabe der „Neuen Rheinischen Zeitung“ 1848 und 1849 und die später erfolgten Ereignisse unterbrachen meine ökonomischen Studien, die erst im Jahr 1850 in London wiederaufgenommen werden konnten. Das ungeheure Material für Geschichte der politischen Ökonomie, das im British Museum aufgehäuft ist, der günstige Standpunkt, den London für die Beobachtung der bürgerlichen Gesellschaft gewährt, endlich das neue Entwicklungsstadium, worin letztere mit der Entdeckung des kalifornischen und australischen Goldes<sup>[177]</sup> einzutreten schien, bestimmten mich, ganz vorn wieder anzufangen und mich durch das neue Material kritisch durchzuarbeiten. Diese Studien führten teils von selbst in scheinbar ganz abliegende Disziplinen, in denen ich kürzer oder länger verweilen mußte. Namentlich aber wurde die mir zu Gebot stehende Zeit geschmälert durch die gebieterische Notwendigkeit einer Erwerbstätigkeit. Meine nun achtjährige Mitarbeit an der ersten englisch-amerikanischen Zeitung, der „New-York Tribune“, machte, da

---

1 Siehe vorl. Band, S. 78–116

ich mit eigentlicher Zeitungskorrespondenz mich nur ausnahmsweise befasse, eine außerordentliche Zersplitterung der Studien nötig. Indes bildeten Artikel über auffallende ökonomische Ereignisse in England und auf dem Kontinent einen so bedeutenden Teil meiner Beiträge, daß ich genötigt ward, mich mit praktischen Details vertraut zu machen, die außerhalb des Bereichs der eigentlichen Wissenschaft der politischen Ökonomie liegen.

Diese Skizze über den Gang meiner Studien im Gebiet der politischen Ökonomie soll nur beweisen, daß meine Ansichten, wie man sie immer beurteilen mag und wie wenig sie mit den interessierten Vorurteilen der herrschenden Klassen übereinstimmen, das Ergebnis gewissenhafter und langjähriger Forschung sind. Bei dem Eingang in die Wissenschaft aber, wie beim Eingang in die Hölle, muß die Forderung gestellt werden:

Qui si convien lasciare ogni sospetto  
Ogni viltà convien che qui sia morta.<sup>1)26)</sup>

London, im Januar 1859

Karl Marx

Nach: Karl Marx, „Zur Kritik der Politischen Ökonomie“. Erstes Heft, Berlin 1859.

MEW, Bd. 13, S. 7–11.

1 Hier muß du allen Zweifelmüt ertöten.  
Hier ziemt sich keine Zagheit fürderhin.

#### Anmerkungen

- 316 Marx' Schrift „Zur Kritik der Politischen Ökonomie“ kennzeichnet eine wichtige Etappe in der Herausbildung der marxistischen politischen Ökonomie. In dieser Arbeit legte Marx erstmalig seine Auffassung über Ware, Geld und Wert dar und schuf damit den Grundstein für die wissenschaftliche Erklärung des Wesens der kapitalistischen Ausbeutung. Der Hauptinhalt der Schrift wird im ersten Abschnitt des ersten Bandes des „Kapitals“ resümiert.
- Der Schrift vorangestellt ist das berühmt gewordene Vorwort, in dem Marx zum erstenmal die Grundgedanken der materialistischen Geschichtsauffassung in gedrängter und systematischer Form der Öffentlichkeit vorlegte. Es besitzt somit selbständige wissenschaftliche Bedeutung. 391
- 317 Siehe Karl Marx' „Einleitung“ zu den „Grundrissen der Kritik der politischen Ökonomie“ (MEW, Bd. 42, S. 15–45). 391
- 318 Marx bezieht sich auf seine Artikel „Verhandlungen des 6. rheinischen Landtags. Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz“ (MEW, Bd. 1, S. 109–147) und „Rechtfertigung des †† – Korrespondenten von der Mosel“ (MEW, Bd. 1, S. 172–199). 392
- 319 Die Augsburger „Allgemeine Zeitung“ verfälschte die Ideen des utopischen Kommunismus und Sozialismus, wogegen sich Marx in seinem im Oktober 1842 in der „Rheinischen Zeitung“ veröffentlichten Artikel „Der Kommunismus und die Augsburger „Allgemeine Zeitung“ wandte (MEW, Bd. 1, S. 105–108). 392
- 320 Marx bezieht sich auf seine Arbeit „Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung“ (MEW, Bd. 1, S. 378–391). 392
- 321 Der Befehl über die Ausweisung von Marx und anderen aus Paris wurde am 11. Januar 1845 von Innenminister Duchâtel unterzeichnet. Das vom Polizeipräfekten Delessert ausgefertigte Ausweisungsdekret wurde Marx am 25. Januar 1845 mit dem Befehl zugestellt, Paris binnen einer Woche zu verlassen. 392
- 322 Gemeint ist Engels' Arbeit „Umriss zu einer Kritik der Nationalökonomie“ (MEW, Bd. 1, S. 499–524). 394
- 323 Karl Marx/Friedrich Engels, „Die deutsche Ideologie“ (MEW, Bd. 3, S. 9–530). 394
- 324 Karl Marx, „Rede über die Frage des Freihandels“ (MEW, Bd. 4, S. 444–458). 394
- 325 Karl Marx, „Das Elend der Philosophie. Antwort auf Proudhons „Philosophie des Elends““ (MEW, Bd. 4, S. 63–182). 395
- 326 Dante Alighieri, „La divina commedia“, canto III. 396

### 1.1.2. Komplexe Beziehungen von Recht und Wirtschaft

Eine andere, ebenfalls klassische These zum Verhältnis von Recht und Wirtschaft formuliert Max Weber. Aus Webers Sicht ist das Verhältnis von Recht und Wirtschaft komplex und nicht auf die von Marx behauptete einseitige Bestimmung des Rechts durch die Wirtschaft reduzierbar:

*Exzerpt aus: Max Weber: Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie, 5. Auflage, Tübingen 1980. S. 196 – 198.*

1. Das Recht (immer im soziologischen Sinn) garantiert keineswegs nur ökonomische, sondern die allerverschiedensten Interessen, von den normalerweise elementarsten: Schutz rein persönlicher Sicherheit bis zu rein ideellen Gütern wie der eigenen „Ehre“ und derjenigen göttlicher Mächte. Es garantiert vor allem auch politische, kirchliche, familiäre oder andere Autoritätsstellungen und überhaupt soziale Vorzugslagen aller Art, welche zwar in den mannigfachsten Beziehungen ökonomisch bedingt und relevant sein mögen, aber selbst nichts Ökonomisches und auch nichts notwendig oder vorwiegend aus ökonomischen Gründen Begehrtes sind.

2. Eine „Rechtsordnung“ kann unter Umständen unverändert bestehen bleiben, obwohl die Wirtschaftsbeziehungen sich radikal ändern. Theoretisch — und in der Theorie operiert man zweckmäßig mit extremen Beispielen — könnte ohne die Aenderung auch nur eines einzigen Paragraphen unserer Gesetze eine „sozialistische“ Produktionsordnung durchgeführt werden, wenn man einen sukzessiven Erwerb der Produktionsmittel durch die politische Gewalt im Wege freier Verträge sich durchgeführt denkt, — ein gewiß höchst unwahrscheinlicher, aber (was theoretisch genügt) keineswegs sinnloser Gedanke. Die Rechtsordnung würde dann mit ihrem Zwangsapparat nach wie vor bereitstehen müssen für den Fall, daß zur Erzwingung der für die privatwirtschaftliche Produktionsordnung charakteristischen Verpflichtungen ihre Hilfe angerufen würde. Nur würde dieser Fall tatsächlich nie eintreten.

3. Die rechtliche Ordnung eines Tatbestandes kann vom Standpunkt der juristischen Denkkategorien aus betrachtet fundamental verschieden sein, ohne daß die Wirtschaftsbeziehungen dadurch in irgend erheblichem Maß berührt werden, wenn nämlich nur in den ökonomisch der Regel nach relevanten Punkten der praktische Effekt für die Interessenten der gleiche ist. Das ist, obwohl an i r g e n d einem Punkte wohl jede Verschiedenheit der Rechtskonstruktion irgendwelche ökonomischen Folgen zeitigen kann, in sehr weitem Maße möglich und auch der Fall. Je nachdem etwa eine „Bergwerkspacht“ juristisch als „Pacht“ oder als „Kauf“ zu konstruieren wäre, hätte man in Rom ein gänzlich verschiedenes Klageschema verwenden müssen. Aber der praktische Effekt des Unterschiedes für die Wirtschaftsordnung wäre sicher sehr gering gewesen.

4. Natürlich steht die Rechtsgarantie in weitestem Umfang direkt im Dienst ökonomischer Interessen. Und soweit dies scheinbar oder wirklich nicht direkt der Fall ist, gehören ökonomische Interessen zu den allermächtigsten Beeinflussungsfaktoren der Rechtsbildung, da jede eine Rechtsordnung garantierende Gewalt irgendwie vom Einverständnishafteln der zugehörigen sozialen Gruppen in ihrer Existenz getragen wird und die soziale Gruppenbildung in hohem Maße durch Konstellationen materieller Interessen mitbedingt ist.

5. Das Maß von Erfolgen, welches durch die hinter der Rechtsordnung stehende Eventualität des Zwanges erzielt werden kann, speziell auf dem Gebiet des wirtschaftlichen Handelns, ist außer durch andere Umstände auch durch dessen Eigenart begrenzt. Zwar ist es bloßer Wortstreit, wenn man versichert: das Recht könne überhaupt „Zwang“ zu einem bestimmten wirtschaftlichen Handeln nicht ausüben, weil für alle seine Zwangsmittel der Satz bestehe: *coactus tamen voluit*. Denn das gilt für ausnahmslos allen Zwang, welcher den zu Zwingenden nicht lediglich wie ein totes Naturobjekt behandelt. Auch die drastischsten Zwangs- und Strafmittel versagen, wo die Beteiligten sich ihnen schlechterdings nicht fügen. Dies heißt aber innerhalb eines weiten Bereichs immer: wo sie nicht zu dieser Fügsamkeit „erzogen“ sind. Die Erziehung zur Fügsamkeit in das jeweils geltende Recht ist im allgemeinen mit steigender Befriedung stark gestiegen. Also müßte, scheint es, auch die Erzwingbarkeit des Wirtschaftshandelns prinzipiell gestiegen sein. T r o t z d e m aber ist gleichzeitig die Macht des Rechts über die Wirtschaft in vieler Hinsicht nicht stärker, sondern schwächer geworden, als sie es unter anderen Verhältnissen war. Preistaxen z. B. sind zwar stets in ihrer Wirksamkeit prekär gewesen, sie haben aber unter den heutigen Bedingungen im ganzen noch weit weniger Chan-

cen des Erfolgs als jemals früher. Der Grad der Möglichkeit, das wirtschaftliche Verhalten der Menschen zu beeinflussen, ist also nicht einfach Funktion der generellen Fügsamkeit gegenüber dem Rechtszwang. Die Schranken des faktischen Erfolgs des Rechtszwangs auf dem Gebiet der Wirtschaft ergeben sich vielmehr teils aus den Schranken des ökonomischen Könnens der Betroffenen: nicht nur der Gütervorrat selbst ist jeweils beschränkt, sondern auch seine jeweils möglichen Verwendungsarten sind begrenzt durch die eingeübten Arten der Verwendung und des Verkehrs der Wirtschaften untereinander, welche sich heteronomen Ordnungen, wenn überhaupt, dann nur nach schwierigen Neuorientierungen aller ökonomischen Dispositionen und meist mit Verlusten, jedenfalls also unter Reibungen fügen können. Diese werden um so stärker, je entwickelter und universeller eine spezifische Form des Einverständnishandelns: die Marktverflechtung der Einzelwirtschaften, und also ihre Abhängigkeit von fremdem Handeln ist. Zum anderen Teil liegen sie auf dem Gebiet des relativen Stärkeverhältnisses zwischen den privaten ökonomischen und den an der Befolgung der Rechtsvorschriften engagierten Interessen. Die Neigung, ökonomische Chancen preiszugeben, nur um legal zu handeln, ist naturgemäß gering, wo nicht eine sehr lebendige Konvention die Umgehung des formalen Rechtes stark mißbilligt, und das wird, wenn die von einer gesetzlichen Neuerung benachteiligten Interessen sehr verbreitet sind, nicht leicht der Fall sein. Umgehungen eines Gesetzes sind gerade auf ökonomischem Gebiet oft leicht verhehlbar. Ganz besonders unzugänglich aber sind erfahrungsgemäß dem Einfluß des Rechts die direkt aus den letzten Quellen ökonomischen Handelns fließenden Wirkungen: die ökonomischen Güterwertschätzungen, und damit die Preisbildung. Besonders dann, wenn ihre Determinanten in Produktion und Konsum nicht innerhalb eines vollkommen übersehbaren und direkt beherrschbaren Kreises von Einverständnishandelnden liegen. Ferner aber ist die rationale Kenntnis der Markt- und Interessenlage generell naturgemäß weit größer bei den am Marktverkehr mit ihren eigenen ökonomischen Interessen kontinuierlich Beteiligten als bei den nur ideell interessierten Schöpfern und ausführenden Organen von Rechtsvorschriften. In einer auf universeller Marktverschlungener ruhenden Wirtschaft entziehen sich namentlich die möglichen und ungewollten Nebenerfolge einer Rechtsvorschrift weitgehend der Voraussicht der Schöpfer der letzteren, weil sie ja in der Hand der privaten Interessenten liegen. Gerade sie können aber den beabsichtigten Zweck der Vorschrift im Erfolg bis zur Umkehrung ins gerade Gegenteil entstellen, wie dies oft geschehen ist. Wieweit diesen Schwierigkeiten gegenüber in der Realität jeweils die faktische Macht des Rechts in bezug auf die Wirtschaft reicht, ist nicht generell, sondern nur für die einzelnen Fälle zu ermitteln und also bei den Einzelproblemen der Sozialökonomik zu erörtern. Generell läßt sich nur sagen, daß, rein theoretisch betrachtet, die vollkommene Monopolisierung und also Uebersichtlichkeit eines Markts auch die Beherrschung des betreffenden Ausschnitts der Wirtschaft durch Rechtszwang normalerweise technisch erleichtert. Wenn sie trotzdem faktisch dessen Chancen keineswegs immer erhöht, so liegt dies regelmäßig an dem Partikularismus des Rechts infolge des Bestehens konkurrierender politischer Verbände — wovon noch zu reden sein wird — und daneben an der Macht der durch die Monopolisten beherrschbaren privaten Interessen, welche sich seiner Anwendung widersetzen.

6. Die „staatliche“ Garantie der Rechte ist rein theoretisch betrachtet für keine grundlegende ökonomische Erscheinung unentbehrlich. Besitzschutz leistet auch die Sippenhilfe. Den Schutz der Schuldverpflichtungen haben zuweilen religiöse Gemeinschaften (durch Androhung von Kirchenbann) wirksamer als politische dargeboten. Und auch „Geld“ hat es, in fast allen seinen Formen, ohne staatliche Garantie seiner Annahme als Zahlungsmittel gegeben. Auch „chartales“, d. h. nicht durch den Stoffgehalt, sondern durch die Zeichnung von Stücken des Zahlungsmittels geschaffenes Geld ist ohne sie denkbar. Und gelegentlich kommt trotz staatlichen Rechtsschutzes chartales Geld nicht staatlichen Ursprungs vor: die „Münze“ im Sinn eines durch die politische Gewalt mit Zwangskurs für Schulden versehenen Zahlungsmittels fehlt der altbabylonischen Zeit. Aber es scheinen sich Kontrakte zu finden, wonach z. B. Fünftelschekelstücke mit dem Stempel einer bestimmten „Firma“ (wie wir sagen würden) zur Zahlung zu verwenden sind, die „proklamatorisch“ in Aussicht gestellte staatliche Garantie also fehlt. Auch die gewählte „Werteinheit“ ist nicht staatlichen, sondern kontraktlichen Ursprungs, — dennoch aber ist das Zahlungsmittel von „chartaler“ Qualität und steht die staatliche Zwangsgarantie wenigstens hinter der getroffenen konkreten Vereinbarung. Rein „begrifflich“ notwendig ist der „Staat“ für die Wirtschaft also nirgends. Aber allerdings ist speziell eine Wirtschaftsordnung moderner Art ohne eine Rechtsordnung von sehr besonderen Eigenschaften, wie sie praktisch nur als „staatliche“ Ordnung möglich ist, zweifellos nicht durchführbar. Die heutige Wirtschaft beruht auf durch Kontakte erworbenen Chancen. So weit auch das eigene Interesse an der „Vertragslegalität“ reicht und auch die gemeinsamen Interessen der Besitzzenden am gegenseitigen Besitzschutz reichen, und so stark Konvention und Sitte den Einzelnen in gleichem Sinne auch heute noch bestimmen, so hat doch der Einfluß dieser Mächte infolge der Erschütterung der Tradition — einerseits der traditions-

geordneten Verhältnisse und andererseits des Glaubens an ihre Heiligkeit — auch außerordentlich an Bedeutung eingebüßt, sind die Interessen der Klassen so scharf wie je voneinander geschieden, verlangt die moderne Verkehrsgeschwindigkeit ein prompt und sicher funktionierendes, d. h.: ein durch die stärkste Zwangsgewalt garantiertes Recht und hat, vor allem, die moderne Wirtschaft kraft ihrer Eigenart die anderen Verbände, welche Träger von Recht und also Rechtsgarantie waren, vernichtet. Dies ist das Werk der Marktentwicklung. Die universelle Herrschaft der Marktvergesellschaftung verlangt einerseits ein nach rationalen Regeln kalkulierbares Funktionieren des Rechts. Und andererseits begünstigt die Marktverbreiterung, die wir als charakteristische Tendenz jener kennenlernen werden, kraft der ihr immanenten Konsequenzen die Monopolisierung und Reglementierung aller „legitimen“ Zwangsgewalt durch eine universalistische Zwangsanstalt vermöge der Zersetzung aller partikulären, meist auf ökonomischen Monopolen ruhenden ständischen und anderen Zwangsgebilde.

### 1.1.3. Die ökonomische Analyse des Rechts

In der Gegenwart hat die ökonomische Analyse des Rechts ein sehr großes theoretisches Gewicht gewonnen. In Nordamerika ist sie ohne Zweifel das einflussreichste Forschungsparadigma, das diskutiert wird, in Europa wird sie zurückhaltender rezipiert. Die ökonomische Analyse des Rechts geht von einem zweckrational motivierten Menschen aus, dem sog. *Homo oeconomicus*. Dieses Menschenbild beruht auf der Annahme, dass menschliche Motivation auf die Maximierung der Erfüllung von Präferenzen ausgerichtet sei, für die rationale (d.h. effiziente, wirksame) Mittel gewählt würden. Im Prinzip ist dieses Konzept offen für altruistische Präferenzen der Menschen. Im Regelfall der Analysen aber wird implizit oder explizit eine eigennützige Motivation der Handelnden angenommen. Die ökonomische Analyse des Rechts geht von der *Präferenzautonomie* der Menschen aus. Diese legen ihre Präferenzen eigenverantwortlich fest, wobei die Präferenzen individuell in eine wertende Stufenfolge von wichtigeren und weniger wichtigen gebracht werden könnten, sich aber zu interpersonellen Vergleichen nicht eignen.

Eine effiziente Verteilung von Gütern werde erreicht, wenn die Präferenzen in einer Gesellschaft in der bestmöglichen Weise erfüllt würden. Da es absolute Massstäbe für die Bewertung einer Güterverteilung nicht gebe, kommt es dabei auf in Gedankenexperimenten durchgeführte Austauschverträge an: Eine Güterverteilung ist aus dieser Sicht effizient, wenn sie sich unter der Bedingung der Möglichkeit freien Güterausstauschs durch das Handeln der Akteure einstellen würde. Keiner der Akteure hält in dieser Situation mehr ein Gut, für das ein anderer einen Preis zahlen würde, für den dieses Gut abgegeben würde.

Rechtliche Regelungen sollen aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts die Herstellung dieser effizienten Güterverteilung bewirken. Diese Forderung setzt voraus, dass Rechtspositionen frei handelbar sind und das Recht marktmäßige Lösungen simulieren soll. Recht gewinnt damit eine instrumentelle Rolle bei der Herstellung von ökonomischer Effizienz und zwar potentiell für alle Rechtsgebiete. Vor allem in den USA erfasst die Diskussion über das Zivilrecht hinaus auch das Öffentliche Recht und das Strafrecht. Strafe wird z.B. als Steuer



oder Preis eines bestimmten Verhaltens wie der Verletzung eines Menschen verstanden. Es wird dabei angenommen, dass sich Menschen auch gegenüber Normen effizienzorientiert verhalten. Werde etwa eine Sanktion verringert, steige die Begehungsrates des betreffenden Delikts, werde die Sanktion erhöht, verringere sich diese Rate. Die Ökonomische Analyse des Rechts verfolgt deshalb nicht nur ein analytisches, sondern auch ein präskriptives Programm. Sie richtet sich an den Gesetzgeber, der ökonomisch effiziente Gesetze erlassen soll und an Gerichte, die Normen ökonomisch effizient ausgestalten sollen.

## 1.2. Die Ordnung von Wirtschaft durch Recht

Die wirtschaftlichen Beziehungen einer modernen Gesellschaft werden in vielfältiger Form durch das Recht bestimmt: Das Privatrecht ermöglicht etwa vertragliche Handlungsmöglichkeiten, reguliert Haftungsfragen und stellt Organisationsformen wirtschaftlichen Handelns zur Verfügung. Das Strafrecht zieht auch wirtschaftlichem Handeln seine Grenzen, nicht nur durch das Wirtschaftsstrafrecht, sondern auch durch andere Normen. Das öffentliche Recht schafft den staatlichen und heute auch überstaatlichen Rahmen, in dem sich die wirtschaftlichen Akteure bewegen können. Ein wichtiges Beispiel für die Bedeutung des Rechts für wirtschaftliche Beziehungen ist das Wettbewerbsrecht:

### 1.2.1. Das Beispiel Wettbewerbsrecht

*Exzerpt aus: Roger Zäch: Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts, 2. Auflage, Zürich 2005. S. 273 –281.*

#### I. Wettbewerb als wirtschaftliches Koordinationssystem

In allen arbeitsteiligen und besonders in höher entwickelten Wirtschaften ist es erforderlich, das Zusammenwirken der wirtschaftlich Tätigen zu koordinieren. Diese Koordination kann grundsätzlich nach drei verschiedenen Systemen erfolgen: Nach dem System der zentralen Planwirtschaft, nach dem System des freien Wettbewerbs oder nach dem System der Gruppenvereinbarung<sup>1053</sup>. 567

Beim System der zentralen Planwirtschaft entscheidet der Staat nach Beurteilung der gesellschaftlichen Bedürfnisse grundsätzlich darüber, wer im wirtschaftlichen Bereich was tut und wie er oder sie für diese Tätigkeit entschädigt wird. Der Staat entscheidet also beispielsweise, ob, wann, wo und wie viel Stahl welcher Qualität produziert wird und wer diesen Stahl zu welchem Preis zu beziehen hat. Das gilt grundsätzlich für alle Güter. Falls der Staat z.B. kein Cola oder keine Jeans produzieren oder importieren lässt, dann sind diese Güter in der betreffenden Wirtschaft nicht erhältlich. 568

1053 SCHLUEP, AJP 1996, 795, spricht von vorrechtlich gegebenen Organisationsformen der Wirtschaft.

Beim *System des freien Wettbewerbs* sind es Einzelne, die darüber entscheiden, was sie produzieren. Die Frage ist nun, wie es dazu kommt, dass ganz bestimmte Güter produziert werden und andere nicht. Dies kann wie folgt erklärt werden: Ein Unternehmen überlegt sich, welche Güter es gewinnbringend „verkaufen“ kann. Bevor mit der Produktion begonnen wird, beurteilt es den Markt. Niemand befiehlt ihm, etwas zu produzieren. Niemand garantiert ihm, dass es seine Produkte zu den gehabten Kosten oder mit Gewinn absetzen kann. Dies wird ihm grundsätzlich nur dann gelingen, wenn es zu tieferen Kosten und/oder besser als andere Unternehmen produziert. Die Gewinnchancen bewirken, dass mehrere Unternehmen auf dem gleichen Markt sich mit ihren Gütern „um die Wette“ bewerben. Einmal in die Produktion gewisser Güter eingestiegen, sind sie der Konkurrenz ausgeliefert. Diesen Konkurrenzkampf können sie – nach dem Modell – nur bestehen, wenn ihre produzierten Güter das beste Preis-/Leistungsverhältnis aufweisen. Die Wirtschaft ist in Wirklichkeit allerdings nicht – wie im Modell – völlig transparent. Das heisst unter anderem, dass die Nachfrager nicht alle Angebote beurteilen können. Daher bestehen auch zweit- und drittbeste Unternehmen den Konkurrenzkampf. Ineffiziente Unternehmen scheiden aber – dies ist eine Tatsache – über kurz oder lang aus dem Wettbewerb aus.

- 570 Auch das *System der Gruppenvereinbarung* basiert auf einer Beurteilung des Marktes durch Private. Es unterscheidet sich vom Wettbewerbssystem insbesondere durch die privatrechtliche Regelung und Planung durch konkurrierende Unternehmen. Damit soll vor allem die unter Wettbewerbsbedingungen gegebene Unsicherheit vermindert oder gar beseitigt werden. Mit privatrechtlicher Regelung und Planung – man spricht auch von kartellistischen Marktordnungen – können an sich konkurrierende Unternehmen die Produktion der benötigten Güter unter sich aufteilen, sie können die Preise – meist im Sinne von Mindestpreisen – festlegen oder auch die Märkte geographisch aufteilen.
- 571 Zu beachten ist, dass keines dieser Koordinationssysteme in reiner Form verwirklicht wird und dass insbesondere die Globalisierung eine Tendenz zu mehr Wettbewerb mit sich gebracht hat.

## II. Wettbewerb und Voraussetzungen für Wettbewerb

### 1. Wettbewerb

Wettbewerb liegt vor, wenn sich mehrere Unternehmen darum bemühen, mit der Marktgegenseite ins Geschäft zu kommen. Um ins Geschäft zu kommen, versuchen konkurrierende Unternehmen, ein Angebot zu unterbreiten, das ein vergleichsweise besseres Preis-/Leistungsverhältnis aufweist. Aus der Sicht der Marktgegenseite führt Wettbewerb dazu, dass sie Wahl- und Ausweichmöglichkeiten hat bzw. unter mehreren Angeboten dasjenige mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis auswählen kann. Bereits diese wenigen Hinweise machen deutlich, dass Wettbewerb für Unternehmen eine anstrengende Situation darstellt: Man muss sich beinahe täglich etwas Neues einfallen lassen. Dies erklärt, warum viele Unternehmen den Wettbewerb durch Kartellbildung oder Konzentration beschränken wollen. Sie tun dies etwa dadurch, dass Preise oder andere Geschäftsbedingungen sowie Produktionsmengen übereinstimmend festgelegt werden, dass das Marktgebiet untereinander geographisch aufgeteilt wird oder dass gar versucht wird, Konkurrenten käuflich zu übernehmen, um so die unliebsame Konkurrenz loszuwerden.

## 2. Voraussetzungen für Wettbewerb

Wettbewerb ergibt sich, wenn

573

1) wirtschaftliche Freiheitsrechte gewährleistet werden (Wirtschaftsfreiheit, Vertragsfreiheit, Eigentumsfreiheit, gesellschaftliche Organisationsfreiheit usw.) und

2) der sich spontan ergebende Wettbewerb nicht durch private oder staatliche Massnahmen beschränkt oder gar verhindert wird.

## III. Rechtfertigung des Wettbewerbssystems

### 1. Wirtschaftliche Funktionen

574 Die wichtigsten Funktionen, die der Wettbewerb im Rahmen einer Marktwirtschaft erfüllt, sind die Renditennormalisierungs-, Allokations-, Anpassungs- und Innovationsfunktion<sup>1054</sup>. Das heisst:

- Die Herstellungskosten und die Preise sind bei Wettbewerb vergleichsweise tief.
- Die Qualität der Güter entspricht bei Wettbewerb eher den Bedürfnissen der Konsumenten und das Angebot ist vielfältiger.
- Die Struktur der Wirtschaft verändert sich im Wettbewerbssystem kontinuierlich und nicht abrupt: Wenig effiziente Unternehmen werden verdrängt, neue kommen auf den Markt<sup>1055</sup>.
- Wettbewerb gewährleistet eine dezentrale Unternehmensstruktur: Es gibt grundsätzlich keine Monopolunternehmen, sondern in allen Bereichen sind im Regelfall (tatsächlich oder potenziell) mehrere Unternehmen vorhanden. Dies ist für Innovationen eine günstigere Struktur.

### 2. Ökologische, soziale und andere wirtschaftspolitische Aspekte

575 Wettbewerb vermag nicht alle gesellschaftlichen Werte zu verwirklichen. Wo dies nicht der Fall ist, dürfte gleichwohl die Wettbewerbswirtschaft die bessere Ausgangsbasis sein. Denn negative Ergebnisse können im Wettbewerbssystem mit Massnahmen der Umwelt-, Sozial- und Wirtschaftspolitik relativ einfach korrigiert werden.

---

1054 BALDI, 57 ff.; BALDI/BORER, 344.

1055 Aus der schweizerischen Praxis sind als Bereiche, in denen ein kontinuierlicher Strukturwandel durch Wettbewerbsbeschränkungen verhindert wurde, beispielsweise Folgende zu erwähnen: die Brauereiindustrie, der Detailhandel, der Automobilhandel, das Sanitärengewerbe, die Müllerei, die Bankwirtschaft sowie die Uhrenindustrie.

## IV. Sicherung des Wettbewerbs durch Recht

### 1. Beseitigung staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen

Wettbewerbsbeschränkungen sind häufig die direkte oder indirekte Folge staatlicher Vorschriften. Zu erwähnen sind insbesondere die Regulierung des Gesundheits- und Versicherungswesens, des Bauwesens, von Diplomen und Fähigkeitsausweisen, der Landesversorgung mit lebensnotwendigen Gütern, der Produktion von Gütern verschiedenster Art, der Bereiche Gas, Wasser, Abwasser und Abfallverwertung. Beschränkungen ergeben sich häufig auch daraus, dass diese Regelungen von Land zu Land unterschiedlich sind<sup>1056</sup>. 576

Wettbewerb kann besonders effizient dadurch gewährleistet werden, dass die Staaten öffentlichrechtliche Vorschriften, welche den grenzüberschreitenden Verkehr von Waren und Dienstleistungen verhindern oder behindern, beseitigen. Beispielsweise zu erwähnen sind insbesondere die Beseitigung der Zölle und Abgaben gleicher Wirkung sowie der mengenmässigen Ein- und Ausfuhrbeschränkungen und der Massnahmen gleicher Wirkung. Diese Hindernisse sind innerhalb der EU seit langem beseitigt (Art. 23 ff. EGV und Art. 28 f. EGV). Nach dem GATT/WTO-Übereinkommen sollen die nationalen Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel mit Industriegütern und die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen weltweit kontinuierlich weiter beseitigt werden. Ziel dieses Übereinkommens ist es, weltweit die nationalen Grenzen zu öffnen. Soweit die nationalen Grenzen offen sind und damit die nationalen Unternehmen der Konkurrenz ausländischer Unternehmen ausgesetzt sind, was bei kleineren Ländern wie der Schweiz besonders Wirkung zeitigt, ist die Gefahr, dass es den konkurrierenden Unternehmen gelingt, den Wettbewerb auf Dauer wirksam zu beschränken, geringer. 577

### 2. Vorschriften gegen private Wettbewerbsbeschränkungen

Entsprechend den drei möglichen Formen der Wettbewerbsbeschränkung sind rechtliche Vorschriften zur Verhinderung von wettbewerbsbeschränkenden Abreden bzw. Kartellen, missbräuchlichen 578

---

1056 Vgl. Botschaft zum BGBM, BBl 1995 I 1213, 1218.

Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sowie zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen erforderlich (*Dreisäulenprinzip*<sup>1057</sup>).

- 579 *Vorschriften gegen Abreden bzw. Kartelle* richten sich gegen Abstimmungen unter Marktteilnehmern, welche die Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.
- 580 Viele, wenn nicht alle Rechtsordnungen lassen zwar das Entstehen oder Bestehen von *Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung* zu, verbieten aber den Missbrauch einer solchen Stellung. Diese Vorschriften untersagen oder gebieten den betroffenen Unternehmen gewisse Verhaltensweisen auf den von ihnen beherrschten Märkten.
- 581 Mit *Vorschriften zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen* werden Konzentrationsvorgänge ins Recht gefasst. Mit solchen Vorschriften soll eine Marktstruktur gewährleistet werden, die Wettbewerb nicht zum vornherein praktisch ausschliesst.

### 3. Zusammenhänge

582 Unternehmen sind insbesondere daran interessiert, in zahlungskräftigen Ländern höhere Preise durchzusetzen als andernorts<sup>1058</sup>. Dies setzt indes voraus, dass der zwischenstaatliche Waren- und Dienstleistungsverkehr und dadurch der zwischenstaatliche Wettbewerb, insbesondere der Preiswettbewerb beschränkt ist. Solange staatliche Schranken bestehen, müssen Unternehmen zum Zweck der Durchsetzung höherer Preise den zwischenstaatlichen Waren- und Dienstleistungsverkehr und damit den Wettbewerb von einem Land zum anderen nicht selbst durch Abreden oder Zusammenschlüsse beschränken. Sind die staatlichen Schranken beseitigt, besteht die Gefahr, dass an deren Stelle private Schranken errichtet werden. Um dies zu verhindern, sind unter anderem Vorschriften gegen private Wettbewerbsbeschränkungen erforderlich. Diese Zusammenhänge waren bei der Gründung der europäischen Gemeinschaften bekannt. Daher wurden beispielsweise nicht nur staatliche Beschränkungen des zwischenstaatlichen Warenverkehrs aufgehoben, sondern gleichzeitig auch Vorschriften gegen private Beschrän-

1057 Vgl. BORER, Komm. KG, Art. 4 Rz 1 und Art. 7 Rz 1.

1058 Vgl. dazu PRÜMMER, 247-257.

kungen des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs erlassen (Art. 81 und 82 EGV).

### V. Weltweite Tendenz für Wettbewerb

Die Staaten der EU und der EFTA, wichtige Staaten im Osten Europas 583 sowie die aussereuropäischen OECD-Staaten, nämlich die USA, Kanada, Japan, Australien, Südkorea, Mexiko und Neuseeland, haben sich alle für den freien Wettbewerb als grundsätzliches Koordinations-system entschieden. In den allermeisten dieser Staaten, insbesondere in den Mitgliedstaaten der EU und in den USA, ist Wettbewerb auch tatsächlich wirksam. Dies ist wesentlich darauf zurückzuführen, dass einerseits die Wirtschaften dieser Länder nach aussen hin relativ offen sind und andererseits im Inneren Wettbewerbsbeschränkungen konsequenter als andernorts mit Mitteln des Rechts bekämpft werden. Folge davon ist, dass die Unternehmen in diesen Wirtschaftsräumen zwar relativ hartem Wettbewerb ausgesetzt werden, dafür aber im internationalen Vergleich relativ erfolgreich sind. Um es mit den Worten von Michael E. Porter auszudrücken: „Firms that do not have to compete at home rarely succeed abroad“<sup>1059</sup>. Angesichts der globalen Öffnung der Märkte, insbesondere unter dem Einfluss der WTO, drängen überall fremde Unternehmen auf einheimische Märkte und konkurrenzieren einheimische Unternehmen. Diese können sich auf ihren Heimmärkten auf Dauer nur behaupten, wenn ihre Güter grundsätzlich besser bzw. günstiger sind als diejenigen der ausländischen Konkurrenten. Das wiederum setzt aus der Sicht der EU Wettbewerbsverhältnisse voraus, die ebenso wirksam sind wie beispielsweise diejenigen in den USA.

Dieser Zwang zu mindestens eben soviel Wettbewerb, wie in den für ein 584 Land wichtigsten anderen Wirtschaftsräumen herrscht, lässt sich auch mit dem Wettbewerb der Systeme oder der Rechtsordnungen begründen: In den Industriestaaten westlicher Prägung sind die heute wichtigen Produktionsfaktoren Kapital, Know-how (Management) und Energie mobil. Das führt dazu, dass sich die einzelnen Staaten um möglichst günstige Standortbedingungen bemühen müssen, da ansonsten

1059 PORTER, 662; vgl. auch MESTMÄCKER/SCHWEITZER, § 2 Rz 6-10; MESTMÄCKER, Multinationale Unternehmen, 125-129; BASEDOW/PANKOKE, 7-9; BASEDOW, 5-10.

die erwähnten Produktionsfaktoren an für sie günstigere Standorte abwandern. Ausdruck dieser Bemühungen der EU sind unter anderem die Massnahmen gemäss der Lissabon-Agenda<sup>1060</sup>.

- 585 Die Standortbedingungen werden auch durch die Wettbewerbspolitik beeinflusst: Wettbewerbsbeschränkungen beeinträchtigen, wirksamer Wettbewerb dagegen begünstigt einen Standort<sup>1061</sup>. Denn den Investoren kann es langfristig gesehen nicht gleichgültig sein, ob die Unternehmen, in die sie investieren, unter Wettbewerbsdruck stehen oder nicht.
- 586 Um wettbewerblich bedingte Standortnachteile zu vermeiden, muss daher ein einzelner Staat ein Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen schaffen, das gleichermassen wirksam ist wie das Recht jener Staaten, mit denen seine Unternehmen in Konkurrenz stehen. Für die EU bedeutet dies, dass sie für mindestens so viel Wettbewerb sorgen muss, wie in den USA oder in Japan wirksam ist.
- 587 Zum Stellenwert des Wettbewerbs in der EU ist abschliessend auf Folgendes hinzuweisen: In der EU hat die Wettbewerbspolitik nicht nur wettbewerbliche, sondern auch staatspolitische Bedeutung: Die wesentlichen Ziele der EU sind die Sicherung von Frieden und Freiheit sowie die stetige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen der Völker der Gemeinschaft<sup>1062</sup>. Wichtigste Mittel zur Erreichung dieser Ziele sind neben dem Zusammenschluss der Wirtschaftskräfte und der Beseitigung der Beschränkungen im zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr die Gewährleistung eines redlichen Wettbewerbs (Art. 2 EGV und Art. 3 Abs. 1 lit. g) EGV sowie Art. 4 Abs. 1 EGV)<sup>1063</sup>. Die EU hat ihre Ziele weitgehend erreicht: Jahrhundertealte Feindschaften zwi-

---

1060 Vgl. dazu die Übersicht unter <[http://europa.eu.int/comm/lisbon\\_strategy/index\\_de.html](http://europa.eu.int/comm/lisbon_strategy/index_de.html)> (besucht am 21. Oktober 2004).

1061 XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik – 1995, Brüssel/Luxemburg 1996, Rz 7; vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, § 2 Rz 65 ff.

1062 Vgl. Präambel des EUV; Art. 2 EUV; Art. 2 EGV; vgl. MESTMÄCKER, 21 ff., insbesondere 26 ff., Demokratie, Marktwirtschaft, Gewaltentrennung; MESTMÄCKER, 168 ff., Wirtschaftsordnung und Privatrecht.

1063 Die EG-Wettbewerbsregeln verfolgen dabei einen doppelten Schutzzweck: Schutz des Wettbewerbs als Institution und Schutz des Wettbewerbs als individuelles Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung, vgl. EuGH, Rs. 136/79, Slg. 1980, 2033, Rz 20, National Panasonic/Kommission; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, § 2 Rz 72-76.

schen westeuropäischen Staaten sind beigelegt. In den Mitgliedstaaten der EU ist die Freiheit der Bürger grösser und sind die demokratischen Institutionen und die Menschenrechte gefestigter als je zuvor. Den früher armen Ländern im Süden Europas geht es heute auch wirtschaftlich viel besser. Der EU ist es weitgehend gelungen, das wirtschaftliche Nord-Süd-Gefälle zu überwinden. Gleiches wird hinsichtlich des bestehenden Ost-West-Gefälles durch die Aufnahme osteuropäischer Staaten in die EU angestrebt.

### 1.1.2. Menschenrechte und Ökonomie

Die genannten Beispiele zeigen bereits, dass Recht die wirtschaftliche Ordnung normativ konstituiert. Dies wird noch deutlicher, wenn ein weiteres, die anderen normativ fundierendes Moment in den Blick rückt. Wie andere soziale Verhaltensweisen muss auch wirtschaftliches Handeln in modernen Rechtsordnungen die Grundrechte der Menschen respektieren. Das wird grundrechtsdogmatisch durch Formen der vor allem indirekten, aber auch direkten Drittwirkung von Grundrechten und Schutz- und Leistungspflichten, die aus Grundrechten gewonnen werden, abgesichert. Dies gilt für die nationalen Rechtsordnungen ebenso wie für den internationalen Zusammenhang. Die Bedeutung der Grundrechte ist im Prinzip normativ unstrittig, aber gerade in internationaler Perspektive in keiner Weise eine soziale Realität. In vielen Entwicklungs- oder Schwellenländern zeigen Phänomene wie Kinderarbeit oder lebensgefährliche Arbeitsbedingungen für viele Beschäftigte dies eindringlich. Auch die Ausnutzung von asymmetrischen Machtverhältnissen von wirtschaftlichen Akteuren aus den entwickelten und den sich entwickelnden Ländern ist hier zu nennen. Vorfälle wie in Bhopal, einer der grössten industriellen Katastrophen der letzten Jahrzehnte, illustrieren in drastischer und tragischer Weise das Problem: Ein amerikanischer Chemiekonzern betrieb einen Chemiebetrieb in Indien, einem Land mit niedrigen Löhnen und geringen Sicherheitsstandards. 1984 kam es zur Freisetzung hochgiftiger Chemikalien, die wohl bei tausenden, vielleicht sogar bei hunderttausenden von Menschen zu Tod oder Verletzungen führten. Die genauen Ursachen sind bis heute strittig, unzureichende Sicherungsmassnahmen aus Kostengründen scheinen aber eine entscheidende Rolle gespielt zu haben. Der Konzern zahlte nach langen Auseinandersetzungen einige hundert Millionen Dollar als Ausgleich an den indischen Staat, die die Opfer allerdings nur in geringem Umfang erreichten.

Auch die Art der Verfolgung von eigenen wirtschaftlichen Interessen der entwickelten Staaten kann erhebliche Folgen haben. Die Agrarsubventionen z.B. der EU führen zu Marktverzerrungen, die Produzenten von landwirtschaftlichen Produkten ausserhalb von Europa grosse Probleme bereiten.

Eine moderne Wirtschaftsordnung wird also durch Recht konstituiert und orientiert sich normativ dabei in letzter Instanz an den Grundrechten der Menschen, wie immer unvollkommen das auch bisher gelungen sein mag. Dieser Befund liefert gleichzeitig Orientierung bei der Bewertung der genannten drei theoretischen Positionen. Er spricht zunächst gegen die Determinationsthese von Marx. Menschenrechte sind ein zentrales Beispiel für rechtliche Normen, die über ökonomische Zweckerwägungen hinausgehen und diese gerade begrenzen. Sie sind nicht bloss die Widerspiegelung der ökonomischen Verhältnisse, sondern schaffen gerade

deren mehr oder minder zivilisierte Struktur. Menschenrechte können dagegen durchaus als vereinbar mit Webers komplexem Bild des Verhältnisses von Recht und Wirtschaft gedacht werden. Sie bilden aber ein Phänomen, das über seine Überlegungen hinausreicht. Eine soziologische Analyse der Menschenrechte wurde bei Weber nicht systematisch entwickelt. Menschenrechte zeigen schliesslich exemplarisch die Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts auf. Menschenrechte sind zentrale Beispiele für Normen, die sich nicht auf effiziente Güterallokationsmechanismen reduzieren lassen. Sie sind auch im Gedankenexperiment nicht handelbar, weil ihr Kernbestand der Verfügungsmacht von Menschen rechtlich entzogen ist. Auch wenn ein Akteur A für die Meinungsfreiheit eines anderen (z.B. eines Kritikers B) bereit wäre einen hohen Preis zu zahlen, hat dies unstreitig nicht die Folge, dass die Rechtsordnung das Recht des B auf Meinungsfreiheit zugunsten des A aus Effizienzgesichtspunkten einschränken könnte. Menschenrechte haben eine andere Quelle als ökonomische Effizienzüberlegungen. Ihre Integrität sichert eine moderne Rechtsordnung deshalb normativ in jedem Fall.

## **2. Recht und Politik**

### **2.1. Ein nüchterner Begriff des Politischen**

Um das Verhältnis von Recht und Politik zu analysieren, muss zunächst klar sein, was Politik eigentlich ausmacht. Berühmt ist bis heute der Begriff des Politischen von Carl Schmitt (1888 - 1985), der Politik als Freund-Feind-Schema auffasst: In der Politik stehen sich die Akteure als Freund oder Feind gegenüber, wobei dazu sogar die Bereitschaft gehöre, den Feind in der Auseinandersetzung zu töten.

Dies ist keine überzeugende, weil simplizistische Analyse. In der Politik geht es um strittige Grundentscheidungen über Organisation, Art und Ziel des menschlichen Zusammenlebens einer sozialen Gemeinschaft. Politische Auseinandersetzungen richten sich auf Sachfragen und ihre unterschiedlichen Lösungsmöglichkeiten, ohne dass die jeweiligen Vertreter und Vertreterinnen unterschiedlicher Meinungen in dieser Hinsicht zu „Feinden“ oder (notwendig) zu „Freunden“ würden. Sie bleiben Menschen mit einer in einer bestimmten Hinsicht möglicherweise geteilten oder eben auch abgelehnten Meinung zu bestimmten Problemen kreisen. Es bilden sich auch nicht einfach antagonistische politische Lager in einer modernen Gesellschaft, sondern vielfältig aufeinander bezogene Gruppen, die manche Anliegen teilen, bei anderen unterschiedliche Ziele verfolgen.



Es gibt in der Geschichte und auch heute Situationen, in denen sich ein politischer Konflikt so verschärft, dass sich Gruppen feindlich gegenüberstehen. Das ist aber nicht der Normalfall des Politischen, sondern eine Krisensituation, deren gewalttätige Zuspitzung gerade vermieden werden muss, wenn man keiner gefährlichen Romantik der Gewalt anhängt, die in manchen politischen Strömungen der Geschichte (wie z.B. dem Nationalsozialismus, dem Schmitts Sympathien übrigens in entscheidenden Momenten galten), aber auch in der Gegenwart kultiviert wird.

## **2.2. Recht als Grenze der Politik**

Diesem Ziel der Kanalisierung von politischen Konflikten in friedlichen, einen Ausgleich findenden Bahnen dient eine Rechtsordnung, insbesondere die Verfassungsordnung eines demokratischen Staates. Die Verfassung richtet rechtliche Grenzen der Politik auf. Politische Entscheidungen müssen in den von ihr entwickelten Verfahren getroffen werden und die in ihr niedergelegten Grundentscheidungen über die Ordnung der Gesellschaft akzeptieren. Dabei spielen Grundrechte eine wiederum zentrale Rolle, weil sie den politischen Gestaltungsmöglichkeiten eine Grenze setzen, die auch politische Mehrheitsentscheidungen nicht einfach überschreiten können. Die durch Art. 190 BV erzeugte schweizerische Besonderheit anwendbaren verfassungswidrigen Rechts modifiziert diesen Befund zu einem gewissen Grade, wird aber durch andere rechtliche Mechanismen wiederum in ihren Effekten auf die Grundrechtsgeltung beschränkt, z.B. durch das Regime der EMRK. In anderen Verfassungsordnungen führt der Verstoss eines Gesetzes gegen Grundrechte zur Nichtigkeit dieses Rechtsaktes, auch wenn es sich um Bundesrecht handelt, die formale Wirkungskraft der Grundrechte ist also noch grösser (z.B. USA, Deutschland).

Institutionell wird die Begrenzung von Politik durch Recht durch unabhängige Gerichte gesichert. Das historische Musterbeispiel ist dabei der US Supreme Court, der die gerichtliche Überprüfung von demokratischen Mehrheitsentscheidungen am Massstab der Verfassung und damit die Einschränkung der politischen Gestaltungsbefugnisse durch Recht in der berühmten Entscheidung *Marbury v. Madison* (1803) begründet hat. Heute wird diese Verfassungsgerichtsbarkeit von obersten Gerichten (wie in den USA auch in der Schweiz) oder durch spezialisierte Verfassungsgerichte (wie in Deutschland) ausgeübt.

## **2.3. Recht als Ausdruck von Politik**

Die rechtlichen Grenzen der Politik sind selbst das Produkt politischer Entscheidungen, der Grundentscheidungen nämlich über die Verfassungsordnung. Verfassungen sind – wie auch

anderes Recht – sedimentierte, zur Form des Rechts geronnene Politik. Diese politischen Entscheidungen richten sich darauf, bestimmte Fragen wie die Form der demokratischen Willensbildung oder den Schutz der Grundrechte politisch für geklärt zu halten und bis zu einer Verfassungsänderung nicht mehr in Frage zu stellen. Die Grundentscheidungen über die Verfassung sind selbst durch viele Einflüsse bedingt, etwa historische Erfahrungen, Interessen der Akteure oder bestimmte rechtsethische Prinzipien.

Auch im alltäglichen Prozess der Rechtserzeugung ist Recht Ausdruck von politischen Entscheidungen – von der Gestaltung der Strafbarkeit bestimmter menschlicher Handlungen bis zur Steuergesetzgebung.

Schliesslich kann man nach den politischen Einflüssen auf die Rechtsprechung fragen. Diese können durch die Bindung an das Recht und den Respekt vor getroffenen demokratischen Entscheidungen beschränkt werden. Sie müssen auch begrenzt bleiben, wenn die Integrität der Rechtsordnung geschützt werden soll, deren Kern ja gerade ist, dass nicht aufgrund von politischen Meinungen, sondern von rechtlichen Regelungen entschieden wird.

Allerdings ist spätestens auf dem Niveau der Verfassungsgerichtsbarkeit (wie immer institutionell verwirklicht) eine politische Dimension der Rechtsprechung unvermeidlich, weil Leitentscheidungen für die Gesellschaft insgesamt getroffen werden. Diese ist nicht zu verschweigen, sondern offen zu reflektieren, um im Prozess der Kritik der Verfassungsrechtsprechung die Herrschaft des Rechts zu sichern.

### **3. Recht und Religion**

#### **3.1. Die Vielfalt der Beziehungen von Recht und Religion**

Die Neuzeit ist durch die Entwicklung moderner Verfassungsstaatlichkeit durch die allmähliche Trennung von Recht und Religion sowie von Staat und Formen organisierter Religion, im christlichen Rahmen der Kirche, ausgezeichnet. Bis heute bestehen allerdings viele Verbindungen und gerade das Verhältnis von Staat und Religion wird von Land zu Land in sehr unterschiedlicher Form gestaltet. In der Schweiz ist die Regelung des Verhältnisses von Staat und Kirche nach Art. 72 Abs. 1 BV eine Sache der Kantone, die z.T. eine klare Trennung von Staat und Kirche vorsehen, z.T. auch bestimmte religiöse Bekenntnisse bevorzugen. In Deutschland wird durch die Verfassung die religiöse Neutralität des Staates geregelt, die vorschreibt, von staatlicher Seite keine Religion zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Sie wird offen interpretiert, d.h. sie steht der Präsenz von Religionen in der staatlichen Sphäre (z.B. Schulen) nicht entgegen, solange der Grundsatz der Gleichbehandlung gewahrt wird. In den

USA gilt der Grundsatz, dass der Kongress kein Gesetz erlassen darf, das die Einrichtung einer Religion betrifft. Eine strikte Trennung von Staat und Religion wird also vorgeschrieben. Wie das Beispiel USA illustriert, bedeutet eine verfassungsrechtliche Regelung der Trennung von Staat und Religion keineswegs, dass auch tatsächlich kein Einfluss von Religionen auf den Staat existieren – dieser ist in den USA so stark wie in kaum einem anderen Staat der westlichen Welt.

In der islamischen Welt existieren Beispiele für enge Verbindung von Staat und Religion (z.B. Iran, Saudi-Arabien). Für andere Staaten mit überwiegend muslimischer Bevölkerung gilt dies nicht (z.B. Türkei). Historisch gibt es verschiedene Beispiele, wie politische Herrschaft und Islam getrennt wurden. Die Problematik von Recht und Religion existiert auch für andere Religionen als Christentum und Islam, wie die Rolle des Judentums in Israel oder des Hinduismus in Indien deutlich machen.

### **3.2. Gründe für die Trennung von Recht und Religion**

Die Tendenz zur Trennung von Recht und Religion hat verschiedene Gründe und geschichtliche Wurzeln. Ein bis heute wichtiger historischer Grund ist die Erfahrung von religiösen Auseinandersetzungen und Kriegen. Letztere haben Europa über Jahrhunderte hinweg verheert. Diesen Konflikten kann dadurch vorgebeugt werden, dass Ordnungsinstanzen geschaffen werden, die keiner bestimmten Religion verpflichtet sind, sondern unabhängig von Religionen existieren. Diese Ordnungsinstanzen sind das Recht und der Staat. Damit gewinnen beide auch Legitimationsgrundlagen, die jenseits einer spezifischen Religion im Bedürfnis der Menschen liegen, eine säkular begründete Friedensordnung zu schaffen, in der verschiedene religiöse Bekenntnisse Raum finden. Die Trennung von Recht und Religion ist deshalb auch mit der Glaubensfreiheit als Grundrecht verbunden, die gerade diesen Raum der Entfaltung unterschiedlicher Religionen garantiert.

Ein zweiter wichtiger Grund der Trennung von Recht und Religion speist sich aus der philosophischen Religionskritik, die nicht erst seit der Aufklärung im 18. Jahrhundert bestreitet, dass aus religiösen Überzeugungen unmittelbar rechtliche Inhalte gewonnen werden können. Auch stellt die Erfahrung der erbitterten und oft blutigen Auseinandersetzungen um solche Inhalte – sogar innerhalb derselben Religion – einen Grund dar, diese Skepsis zu ermutigen. Gleichzeitig wird den Menschen zunehmend zugetraut, aufgrund ihres eigenen Urteilsvermögens Rechtsinhalte auch ohne religiöse Führung bestimmen zu können. Das ist die Wurzel der Idee moderner demokratischer Volkssouveränität; die die Autonomie des Einzelnen politisch und rechtlich organisiert.

Keiner der genannten Gründe ist mit einer Absage an Religiosität überhaupt verbunden. Es geht allein darum, ob Religion für die Bestimmung des Inhalts von Recht die entscheidende Instanz sein soll, oder ob auf andere Mechanismen vertraut wird, wie etwa den demokratischen Prozess.

### **3.3. Recht als säkularisierte Religion?**

In der Gegenwart wird häufig die These vertreten, dass moderne rechtliche Systeme auf kulturellen Voraussetzungen aufbauten, die das Recht nicht selbst schaffe. Dies ist eine zutreffende These. Eine Rechtsordnung, die keinen Rückhalt mehr bei den Menschen hat, deren Leben sie regelt, kann nicht weiterexistieren. Über diese richtige Grundthese hinaus wird von manchen zusätzlich behauptet, dass die kulturellen Voraussetzungen des modernen demokratischen Verfassungsstaates gerade mit einer bestimmten Religion zusammenhängen. In Europa wird dabei vor allem die christliche, manchmal auch die sog. christlich-jüdische Tradition genannt. Konkret soll dies etwa für den Begriff der Menschenwürde wichtig sein, der aus jüdischen und christlichen Vorstellungen entspringe. Ein Blick in die Ideengeschichte lehrt allerdings, dass diese wie auch andere Rechtsideen vielfältige Wurzeln hat, die über den europäischen Kulturkreis und spezifische religiöse Ursprünge hinausreichen.<sup>1</sup> Zentrale Rechtsideen können zudem auch ohne Rückgriff auf religiöse Vorstellungen begründet werden. Nur wenn dies geschieht, können sie ihrer Friedensfunktion in einer Gesellschaft im Übrigen wirklich genügen, weil diese – wie erläutert wurde – gerade davon abhängt, dass sie keiner bestimmten Religion allein verpflichtet sind.

Die notwendige legitimationstheoretische Säkularität des Rechts bedeutet aber nicht, dass nicht das grosse kulturelle und moralische Potential von Religionen zentrale Rechtsideen wie Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit und Demokratie zusätzlich stützen könnten, wie es heute denn auch tatsächlich häufig und von unterschiedlichen religiösen Standpunkten aus mit zivilisierendem Nachdruck geschieht.

---

<sup>1</sup> Vgl. M. Mahlmann, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008.

## XII. Die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft

### 1. Die Herausforderung

Dass die Rechtswissenschaft gar keine Wissenschaft sei, wird nicht nur in der Gegenwart behauptet. Bekannt ist ein Vortrag aus dem Jahr 1847 von Julius von Kirchmann (1802 – 1884), einem praktischen Juristen und Politiker mit philosophischen Interessen über „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“. Kirchmann bestreitet darin den Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft und plädiert stattdessen für die unmittelbare Geltung des Naturrechts, das durch juristische Laien am besten angewandt werde. Zu den Gründen, die Kirchmann gegen die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft anführt, gehört die Veränderlichkeit des positiven Rechts:

„Was ist der Inhalt all jener Kommentare, Exegesen, jener Monographien, Quästionen, Meditationen, jener Abhandlungen und Rechtsfälle? Nur ein kleiner Teil davon hat das natürliche Recht zu seinem Gegenstand; neun Zehntel und mehr haben es nur mit den Lücken, Zweideutigkeiten, Widersprüchen, mit dem Unwahren, Veralteten, Willkürlichen der positiven Gesetze zu tun. Die Unkenntnis, die Nachlässigkeit, die Leidenschaft des Gesetzgebers ist ihr Objekt. Selbst das Genie weigert sich nicht, dem Unverstand zu dienen; zu dessen Rechtfertigung all seinen Witz, all seine Gelehrsamkeit aufzubieten. Die Juristen sind durch das positive Gesetz zu Würmern geworden, die nur von dem faulen Holz leben; von dem gesunden sich abwendend, ist es nur das kranke, in dem sie nisten und weben. Indem die Wissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“<sup>1</sup>

Die abschliessende Bemerkung von den „drei berichtigenden Worten des Gesetzgebers“ ist zur Losung eines skeptischen Bildes der Rechtswissenschaft geworden, der man vielleicht eine gewisse praktische Bedeutung zumessen mag, die aber keinen wissenschaftlichen Ansprüchen genüge.

### 2. Der wissenschaftstheoretische Rahmen

In der Gegenwart wird diese Ansicht im Rahmen der verschiedenen Ansätze der Wissenschaftstheorie, d.h. der systematischen Erfassung der Methoden und des Gehalts der Wissenschaft, diskutiert. Ausgangspunkt der modernen Diskussion ist der *Logische Positivismus*, der zu Beginn des 20. Jahrhunderts formuliert wurde. Der Logische Positivismus geht davon aus, dass die Methode der empirischen Naturwissenschaften darüber entscheidet, was als Wissen-

---

<sup>1</sup> J. v. Kirchmann, Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Darmstadt, 1966.

schaft gilt und was nicht. Die empirischen Naturwissenschaften seien auf empirische Beobachtungen und die Gesetze der Logik gegründet. Soweit Theorien auf empirische Beobachtungen und logische Beziehungen zurückgeführt werden könnten, handele es sich deshalb um Wissenschaften, ansonsten nicht. Im Hintergrund dieser methodischen Weichenstellung stehen die grossen Erfolge der Naturwissenschaften, die sie notwendig zum Muster von wissenschaftlicher Theoriebildung zu erheben scheinen.

Gemessen an diesen Massstäben ist Rechtswissenschaft in ihrer dogmatischen Dimension als Entfaltung des Sinns von Rechtsnormen keine Wissenschaft, denn der Sinn einer Rechtsnorm ist kein empirisch nachweisbares Faktum der Welt. Man kann nicht durch empirische Beobachtungen einen juristischen Auslegungstreit entscheiden, etwa ob die Meinungsfreiheit aus Art. 16 Abs. 1 und 2 BV auch Werbung erfasst oder nicht. Gerade „Werte“ und „Wertungen“, die in der rechtswissenschaftlichen Arbeit immer wieder eine Rolle spielen, können aus dieser Sicht keinen wissenschaftlichen Anspruch erheben. Sie bilden vielmehr persönliche Stellungnahmen des Wertenden und bilden „Bekenntnisse“, nicht Erkenntnisse, wie Max Weber (1864 – 1920) einflussreich formulierte. Wie auch andere Zweige dessen, was als Wissenschaft galt, z.B. die Ethik oder Ästhetik, erscheint die Rechtswissenschaft von diesem wissenschaftstheoretischen Ausgangspunkt aus nicht als Wissenschaft. Ausnahme können nur empirische Perspektiven auf das Recht bilden, etwa die Rechtssoziologie, die Normen ja gerade als soziale Tatsachen betrachtet, die empirischer Untersuchung fähig sind.

Bestärkt wird diese Einsicht durch den *Non-Kognitivismus* der Moralphilosophie, der ebenfalls zu Beginn des 20. Jahrhunderts formuliert wurde, wenn er auch wichtige ideengeschichtliche Vorläufer hat und der bis heute von grosser Bedeutung ist. Auch der Non-Kognitivismus betont, dass Wertungen Ausdruck von subjektiven Gefühlen des Wertenden seien und deswegen keinen Anspruch auf Wissenschaftlichkeit erheben könnten. Der Kognitivismus, der behauptet, dass auch in moralischen Urteilen objektive Erkenntnis erzielt werden könne, sei deshalb philosophisch nicht haltbar.

Der Logische Positivismus wurde zunächst durch den *Kritischen Rationalismus* Karl Poppers (1902 – 1994) weiterentwickelt. Popper betont, dass es bei der Theoriebildung nicht auf den Beweis von Theorien, sondern ihre Widerlegung ankomme. Vollständig beweisen könne man keine Theorie, weil diese immer nur auf eine begrenzte Menge von empirischen Tatsachen zurückgeführt werden könne. Induktionsschlüsse lieferten keine Erkenntnisse über diese Tatsachenmenge hinaus: Dass sich die Erde bisher um die Sonne bewegt hat, heisst nicht, dass sie es notwendig auch nächste Woche tut. Wissenschaft bestehe deshalb darin, gehaltvolle Hypothesen aufzustellen, die falsifiziert, d.h. widerlegt werden könnten. Auch aus dieser

Sicht ist Rechtswissenschaft als Sinnentfaltung von Normen keine Wissenschaft, weil sie solche empirisch widerlegbaren Hypothesen nicht formuliert.

Der Bindung des Wissenschaftsbegriffs an die Methoden der Naturwissenschaft wird wissenschaftstheoretisch allerdings in verschiedener Form widersprochen. Positionen der Gegenwart speisen sich aus verschiedenen Quellen. Traditionell ist die Trennung der *Natur-* von den *Geisteswissenschaften*. Erstere seien auf Erklären von Kausal-, letztere auf das Verstehen von Sinnzusammenhängen ausgerichtet. Die systematische Erschliessung von Sinnzusammenhängen bilde aber auch Wissenschaft. Es bedeutete eine Verarmung des Wissenschaftsbegriffs, dies zu übersehen. Heute wird der Begriff der Geisteswissenschaften durch den Begriff der *Kulturwissenschaften* abgelöst, die auf einer ähnlichen wissenschaftstheoretischen Weichenstellung beruhen. Auch hier wird bestritten, dass Wissenschaft sich auf empirisch fundierte Theorien begrenzen lasse. Auch bestimmte philosophische Theorien der Gegenwart haben einigen Einfluss, die den naturwissenschaftlichen Zugang zur Welt für eine sekundäre, abgeleitete und nicht entscheidende Art der Erkenntnis der Welt halten. Zentral ist hier die Philosophie Edmund Husserls (1859 – 1938) und Martin Heideggers (1889 – 1976), die auf Theorien von einflussreichen Philosophen wie Jürgen Habermas (\*1929) grossen Einfluss genommen haben. Primär ist danach der alltägliche, lebensweltliche Zugang zu den Dingen, zu dem auch normative Sinnzusammenhänge gehören. Naturwissenschaftliche Theorien bilden dagegen eine sekundäre Form des Weltverständnisses, die keinen Vorrang vor anderen Formen menschlichen Verstehens besitzt.

Noch in einer weiteren Weise wird der Anspruch der Naturwissenschaften, die eigentlichen Wissenschaften zu sein, in der Gegenwart erschüttert. Es wird nicht nur behauptet, dass auch andere Zugänge zur Welt den Anspruch auf Wissenschaft erheben könnten, sondern auch, dass der Anspruch der Naturwissenschaften selbst auf tönernen Füßen stehe, häufig mit Bezug auf Überlegungen Thomas Kuhns (1922 – 1996) zur *Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*. Kuhn hat die These aufgestellt, dass die wissenschaftliche Entwicklung durch den Wandel grundlegender Forschungsperspektiven, sog. Paradigmen, gekennzeichnet sei. Vor allem in der *postmodernen* Diskussion der Gegenwart wird dabei in Frage gestellt, dass irgendein Forschungsparadigma beanspruchen könne, anderen überlegen zu sein. Denn keines liefere objektive Wahrheit, sondern nur an bestimmte kulturelle Weichenstellungen und Überlieferungszusammenhänge („Erzählungen“) gebundene, unterschiedliche, von Menschen konstruierte Weltansichten. In der Systemtheorie Niklas Luhmanns (1927 – 1998) wird zu ähnlichen Ergebnissen gelangt: Hier produziert das autopoietische System der Wissenschaft bestimmte

Weltbezüge, die aber nur gesellschaftliche, historisch bedingte Konstruktionen, keine objektiven Wahrheiten bilden.

Die Rechtswissenschaft teilt aus dieser postmodernen und systemtheoretischen Sicht kein anderes Schicksal als andere Wissenschaften – auch diese können keinen Anspruch auf die objektive Wahrheit ihrer Theorien erheben.

### **3. Rationalitätsansprüche der Rechtswissenschaft**

Auch in der Wissenschaftstheorie gehen die Meinungen also weit darüber auseinander, was eine Wissenschaft überhaupt ausmacht und wie weit der jeweilige Erkenntnisanspruch reicht. Wenn man bestimmte genannte moderne Ansätze ernst nimmt und ihre Konsequenzen zieht, trifft das Verdikt der Wertlosigkeit nicht nur die Rechtswissenschaft, sondern die Wissenschaft überhaupt.

Festzuhalten ist aber entgegen derartigen Tendenzen, dass es keineswegs ein zwingendes Ergebnis der modernen Wissenschaftstheorie ist, dass es keinerlei Massstäbe menschlicher Erkenntnis gibt. Die genauen Massstäbe für bessere oder schlechtere wissenschaftliche Theorien sind schwer zu bestimmen und das Bild ist ohne Zweifel komplizierter als es etwa dem Logischen Positivismus erschien, z.B. in Hinblick auf den Ursprung und die Bedingungen kreativer Leistungen wie der Bildung leitender Forschungshypothesen. Dennoch liefern Kriterien wie Konsistenz, explanative Tiefe der Theorie, Kohärenz mit anderen theoretischen Annahmen, empirische Fundierung etc. Ansatzpunkte der Bewertung. Die These des antiken Philosophen Anaximander (610 – 545 v. Chr.), dass die Erde ein Zylinder sei, dessen Durchmesser dreimal so gross sei, wie seine Höhe, bildet deshalb eine schlechtere Theorie als die moderne Auffassung von der Form der Erde.

Man sollte auch durchaus den Naturwissenschaften mit Respekt begegnen, die in der Tat bemerkenswerte Leistungen erbracht haben, die mehr sind als der Ausdruck zufälliger „Erzählungen“. Dieser Respekt heisst nun aber nicht, dass andere systematische geistige Bemühungen, die aufgrund ihres Gegenstandes auf andere Methoden verwiesen sind, nur Spiel und Willkür wären. Auch in der Rechtswissenschaft (wie in anderen Wissenschaften jenseits der Naturwissenschaften) gibt es intellektuelle Standards, die ihren Wissenschaftsanspruch fundieren. Dazu gehören formale Standards wie Konsistenz und Kohärenz der Argumentationen mit Wortlaut, Historie, Systematik und Teleologie. Dazu gehört auch die Differenzierung und Vielschichtigkeit der Argumentation, die sich mit Gegenpositionen begründet auseinandersetzt. Mit einem gegebenen normativen Material sind zwar regelmässig verschiedene Auslegungen vereinbar, aber häufig nicht gleich gut. Manchmal ist eine Auslegung auch in keiner



Weise juristisch begründbar. Dass das Verbot der Todesstrafe in Art. 10 Abs. 1 BV mit der Erlaubnis einer Exekution als Sanktion für eine Straftat vereinbar sei, kann auch durch scharfsinnige juristische Argumentationen nicht plausibel gemacht werden.

Zur rechtswissenschaftlichen Rationalität gehört zudem ein materiales Element, nämlich ein nachvollziehbarer Bezug auf grundlegende Werturteile. Weil es solche grundlegenden Urteile gibt, ist die Aussage, dass Gleiches gleich behandelt werden solle z.B. eine überzeugendere Konkretisierung von Prinzipien der Gerechtigkeit, als dass Gleiches ungleich zu behandeln ist. Diese Werturteile bilden neben anderen Elementen die Grundlage für komplexere normative Prinzipien, die Rechtsordnungen strukturbildend durchziehen. Das für viele Auslegungsfragen massgebliche Prinzip der Rechtsstaatlichkeit ist etwa durch gleiche Autonomieansprüche von Menschen motiviert, deren Verwirklichung die voraussehbare Gestaltung der Sozialverhältnisse durch Recht verlangen.

Die Frage, wie diese grundlegenden Werturteile fundiert sind und was ihre genauere Gestalt ist, führt zu klassischen Problemen der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, die hier sehr unterschiedliche Antworten geben. Es gibt aber jedenfalls ernstzunehmende Theorien, die diese grundlegenden Werturteile in einer Weise fassen, die sie zu mehr machen als einem blossen Ausdruck von subjektivem Belieben, z.B. durch ihre Einbettung in die moderne Theorie des menschlichen Geistes und menschlicher moralischer Urteilsfähigkeit. In jedem Fall sind sie die materialen Konstituentien rechtswissenschaftlicher Rationalität. Ein Rechtssystem, das etwa das Gleichheitsprinzip verletzen würde, könnte keinen begründeten Anspruch auf juristische Vernünftigkeit erheben.

Bei der Beantwortung der Frage nach der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft spielt die Veränderlichkeit ihres Gegenstandes eine wichtige Rolle, wie sie schon Kirchmann betont hat. Es gehört ohne Zweifel zu den Eigenschaften rechtswissenschaftlicher Tätigkeit, Mühen auf Normen aufzuwenden, die durch Gesetzgebungsakte verändert oder aufgehoben werden können. Diese Mühen sind aber deswegen nicht notwendig umsonst. Diese Normen haben regelmässig Konsequenzen für Menschen, die die für die Auslegung aufgewandte Arbeit legitimieren. Im Übrigen kann die Veränderlichkeit des positiven Rechts durchaus zu ein wenig juristischer Selbstironie und Bescheidenheit Anlass geben, die die Grenzen der eigenen Tätigkeit wahrnimmt.

Allerdings ist nicht nur die Veränderlichkeit des Rechts bemerkenswert, sondern auch die Unveränderlichkeit bestimmter Rechtsvorstellungen. Das gilt für solche Phänomene wie das Römische Recht, das über Jahrtausende einen Bezugspunkt der Diskussion gebildet hat. Das gilt aber auch für andere Rechtsinhalte. Der Gesetzgeber könnte manches im positiven Recht

ändern, es geschieht aber nicht, weil es bleibende gute Gründe für eine bestimmte Regelung gibt. Die systematische dogmatische Entfaltung einer Rechtsmaterie besitzt deshalb Wert über den Tag hinaus. Die verschiedenen Rechtsmaterien des Zivilrechts, Strafrechts oder öffentlichen Rechts werden fortwährend modifiziert. Das ändert aber nichts daran, dass diese Änderungen sich in einem bestimmten entwickelten rechtswissenschaftlichen Rahmen bewegen, den ein Gesetzgeber nicht einfach ignorieren kann. Die Einzelheiten etwa der Regelung eines Vertragsschlusses, der Zurechnung von Handlungen oder der Inhalte von Menschenrechtskatalogen mögen sich ändern. Damit wird aber nicht das rechtswissenschaftliche Verständnis des Vertragsschlusses, strafrechtlicher Zurechnung oder der Struktur von Menschenrechten entwertet, im Gegenteil. Es ist die notwendige Basis jeder gesetzgeberischen Neukonzeption.

### **XIII. Rechtsethik I – Menschenrechte**

#### **1. Grundrechte zwischen positivem Recht und ethischer Orientierung**

Der Begriff Menschenrechte ist in der Gegenwart zu einem Synonym für die grundlegenden Rechte von Menschen insgesamt geworden. Menschenrechte sind zunächst die Rechte, die unabhängig von der Staatsangehörigkeit Menschen qua Menschsein zukommen und vom nationalen, supranationalen und internationalen Recht entsprechend geschützt werden. Sie werden von den Rechten unterschieden, die traditionell nur die Bürgerinnen und Bürger eines Staates geniessen (z.B. Wahlrecht). Diese politischen Rechte können aber auch als Menschenrechte aufgefasst werden: Jeder Mensch hat das Recht, jedenfalls in einer politischen Gemeinschaft diese Rechte auszuüben (vgl. entsprechend z.B. Art. 25 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte).

Menschenrechte spielen dabei nicht nur im positiven Recht von Verfassungsordnungen und internationalen Kodifikationen eine bedeutende Rolle. Sie bilden auch einen zentralen Begriff der politischen Ethik über viele politische, religiöse und kulturelle Unterschiede hinweg.

Die Dichte der rechtlichen Regelung hat dabei in den letzten Jahrzehnten ganz erheblich zugenommen. Das gilt zunächst für die verschiedenen Ebenen auf denen Grundrechte von Menschen geschützt werden. Demokratische Verfassungsstaatlichkeit impliziert heute die rechtliche Integration von Menschenrechten in die Verfassungsordnung. Aber nicht nur einzelstaatliche, auch supranationale Ordnungen wie die EU kennen einen differenzierten Grundrechtsschutz, der selbst in völkerrechtliche Mechanismen eingebettet ist. Auch institutionell wurde die Durchsetzbarkeit der Rechte gestärkt, nicht zuletzt durch den Ausbau der Gerichtsbarkeit wie etwa im Fall des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

Schliesslich hat auch die praktische Wirkung von Grundrechten manche Erweiterung erfahren. Grundrechte sind heute mehr als nur Abwehrrechte gegen staatliches Handeln. Sie wirken in die Rechtsverhältnisse von Privaten durch indirekte (mittelbare) oder sogar direkte (unmittelbare) Drittwirkung hinein. Sie etablieren Schutzpflichten des Staates, die diesen zum Handeln verpflichten können. Sie gewähren Leistungs- und Teilhaberechte und leiten die Gestaltung von rechtlichen Verfahren an. Sie formulieren zudem Wertentscheidungen, die bei der Auslegung von Recht eine wichtige Rolle spielen können. Grundrechte durchdringen moderne Rechtsordnungen in einer Weise, dass von der Konstitutionalisierung der Rechtsordnungen gesprochen wird – ihre Gestalt wird durch die Verfassung, vor allem den Grundrechtsteil, in massgeblicher Hinsicht geprägt.

Die moralische und politische Auseinandersetzung um Grundrechte steht der rechtlichen Differenzierung nicht nach. In praktischen moralischen und politischen Konflikten bilden Grundrechte einen entscheidenden Bezugspunkt der Argumentation – vom Problem der Folter bis zu den Rechten der Menschen in Tibet oder Burma. Auch in theoretischer Hinsicht ist die Debatte lebhaft und kontrovers. Eine Fülle von Ansätzen existiert, die versuchen, Menschenrechte theoretisch zu erfassen (vgl. als Einführung z.B. die Aufsatzsammlungen Gosepath/Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 1998; Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann, Recht auf Menschenrechte, 1999).

Dass Menschenrechte zu respektieren sind, wird heute auch im internationalen Rahmen kaum noch bestritten. Der Streit hat sich politisch und rechtlich zur Frage hin verlagert, welche Inhalte Grundrechte konkret besitzen. Auf dieser Ebene wird die Auseinandersetzung aber nicht weniger intensiv geführt werden als zuvor im Rahmen des prinzipiellen Streits um ihre Geltung. Dies illustrieren Beispiele wie die Debatten um die Fragen, ob Folter unter allen Umständen verboten ist, ob Menschen in Guantánamo Bay ohne Rechtsschutz festgehalten werden können oder ob die Meinungs- und Pressefreiheit auch die Freiheit zu Karikaturen von Mohammed umfasst, deutlich genug.

## **2. Freiheit, Gleichheit, Menschenwürde**

Die rechtlichen Regelungen von Grundrechten haben heute eine differenzierte Gestalt angenommen. Die modernen Grundrechtskataloge kreisen aber nicht weniger als die klassischen Verbürgungen um die Rechtswerte der Freiheit, der Gleichheit und der Menschenwürde. Diesen Rechtswerten dienen natürlich nicht nur die Grundrechte, sondern das komplexe Gefüge des Rechts insgesamt mit seinen vielfältigen Instrumenten. Die prinzipiellen Gehalte des menschenrechtlichen Schutzes dieser Rechtswerte und die Gründe für ihre Legitimität sollen nun kurz skizziert werden. Das ist kein müßiges Unterfangen, denn die historische Erfahrung zeigt, dass auch festgefügt scheinende Rechtsstrukturen erschüttert und sogar zerstört werden können, wenn das Bewusstsein ihres Sinns verfliegt.

### **2.1. Freiheit**

#### **2.1.1. Der Begriff der Freiheit**

Der Begriff der menschlichen Freiheit kann verschiedenes bedeuten. Er kann sich auf die menschliche Willensfreiheit beziehen, also die Fähigkeit, unbestimmt durch andere Ursachen einen eigenen Entschluss zu bilden. Diese Art von Freiheit wird von Freiheitsrechten vorausgesetzt, wenn ihre Realität auch heute insbesondere durch die Hirnforschung und Kogniti-

onswissenschaften intensiv diskutiert wird. Menschliche Freiheit kann sich weiter auf die Möglichkeit beziehen, einmal gebildeten Willensbestimmungen auch folgen zu können. Diese äussere Handlungsfreiheit ist die Freiheit, auf die sich Freiheitsrechte in ihrem Inhalt beziehen. Denn Freiheitsrechte sichern genau diese Möglichkeit ab, indem staatlich gesetzten Hindernissen der Freiheitsausübung eine Grenze gezogen wird. Das ist der Kern der klassischen Abwehrfunktion von Grundrechten. Sie bewirken, dass die hoheitliche Gewalt den Entschluss, etwa eine Meinung zu äussern, nicht ohne weiteres verbieten kann. Dies gilt auch für die Entscheidung, eine Handlung nicht zu vollziehen, also für ein Unterlassen, z.B. eine Meinung zu einer bestimmten Frage nicht zu äussern. Heute wird dieser Freiheitsschutz zudem durch Formen der Drittwirkung von Grundrechten auch im Verhältnis von Privaten zueinander verankert.

Diese Art von Freiheit wird häufig im Anschluss an Isaiah Berlin (1909 – 1997) negative Freiheit genannt, die von einer positiven Freiheit unterschieden wird. Der Kern der negativen Freiheit ist, dass sie dem Einzelnen einen Freiraum einräumt, den der Einzelne so nutzen kann, wie es den eigenen jeweiligen Wünschen entspricht. Die Freiheit, die geschützt wird, ist also nicht von vornherein auf die Verfolgung bestimmter Ziele festgelegt. Diese Ziele werden vielmehr vom Einzelnen selbst bestimmt. Eine derartig konzipierte Meinungsfreiheit fordert also beispielsweise nicht, dass der rechtlich geschützte Freiraum für sinnvolle, durchdachte, gemeinwohlfördernde und abgewogene Äusserungen genutzt wird. Auch sinnlose, unbegründete, schädliche und einseitige Verlautbarungen werden vielmehr in gleichem Umfang geschützt.

Eine positive Freiheit bezeichnet dagegen eine Freiheit, die von vornherein in bestimmter Weise – moralisch, religiös, politisch, rechtlich – gebunden ist. Hier wird der Freiheitsgebrauch also nicht ins Belieben der Individuen gestellt, sondern ursprünglich auf bestimmte Ziele ausgerichtet.

Aus menschenrechtlicher Perspektive ist ein negativer Freiheitsbegriff überzeugend. Die Pointe von Freiheitsrechten ist der Schutz menschlicher personaler Autonomie, also der Fähigkeit, tatsächlich selbst den eigenen Entscheidungen gemäss handeln und leben zu können. Es geht gerade um die Schaffung eines Raumes, in dem die Einzelnen wirkliche Bewegungsfreiheit geniessen, in denen die Einzelnen ihren eigenen Wünschen folgen können. Positive Freiheit impliziert die Gefahr der Bevormundung und des Paternalismus, in dem diese Freiheit genommen wird.

Negative Freiheit bedeutet nun allerdings nicht schrankenlose Selbstherrlichkeit, die Dritte schädigen kann. Die Verwirklichung der eigenen Entscheidungen kann aufgrund von deren

Rechtsansprüchen nicht zu Lasten anderer erfolgen. Die grundrechtlich geschützte Freiheit umfasst etwa die Freiheit, sinnlose Meinungen zu äussern. Sie umfasst aber nicht die Freiheit, die körperliche Integrität eines anderen zu verletzen. Wo hier die Grenzen im Einzelnen zu ziehen sind, ist keine leicht und allgemein zu beantwortende Frage. Die Schranken von einzelnen Grundrechten sind entsprechend für viele Einzelfälle umstritten und können nur durch sensible Abwägung der verschiedenen betroffenen Rechtspositionen bestimmt werden, die versucht, die Freiheit von Personen zu bewahren, aber auch nicht verkennt, dass die Freiheitsausübung des einen eine empfindliche Freiheitsbeschränkung eines anderen bilden kann.

### **2.1.2. Der Gehalt von Freiheitsrechten**

Moderne Grundrechtskataloge auf den verschiedenen Ebenen ihrer Verbürgung unterscheiden sich in vielen Aspekten. Die klassischen Freiheitsrechte (etwa Handlungs-, Meinungs-, Religions-, Versammlungs-, Vereinigungsfreiheit, Eigentum, Ehe und Familie) werden aber im Grundsatz in den meisten Positivierungen verbürgt. Die Rechtsprechung zieht dabei durch ihre Interpretation die Grenzen der einzelnen Rechte immer wieder neu. Nicht nur Verfassungsgeber, auch die Rechtsprechung selbst schafft sogar bisher nicht existierende Rechte durch Richterrecht.

Der Inhalt dieser Rechtsgarantien wird dabei durch historische und aktuelle Problemlagen bestimmt. Meinungs- oder Religionsfreiheit sind etwa klassische Freiheitsrechte, weil historisch die freie Meinungsäusserung und die ungehinderte Ausübung der eigenen Religion in hohem Masse von hoheitlichen Gewalten beschränkt wurden. Der Datenschutz ist in vielen Systemen zu einem Grundrecht geworden (vgl. z.B. Art. 13 Abs. 2 BV, in Deutschland ein von der Rechtsprechung neu gebildetes „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“), weil Datenmissbrauch ein grosses Problem der Gegenwart bildet.

Ähnliches gilt auch für andere Rechte als Freiheitsrechte, etwa Gleichheits- und Statusrechte (z.B. Schutz des Lebens). Menschenrechtskataloge sind deshalb keine abgeschlossenen, unveränderbaren Gegebenheiten, sondern historisch und durch Probleme der Gegenwart bedingte, sich wandelnde Versuche, die zentralen Rechtssphären der Menschen gegenüber den erfahrungsgemäss wichtigsten Bedrohungen zu schützen.

### **2.1.3. Der Sinn der Freiheit**

Freiheitsschutz durch Grundrechte hat mindestens zwei Legitimationsgründe. Der erste Legitimationsgrund ist der instrumentale Wert der Freiheit. Hiernach wird Freiheit geschützt, weil durch Freiheit andere Werte für die einzelnen Menschen und die Gesellschaft befördert wer-

den. Klassisches Beispiel ist die Meinungsfreiheit. Die Meinungsfreiheit führt zu einem ungehinderten Austausch von Gedanken. Dadurch besteht die Möglichkeit, neue und überzeugendere Ideen zu vertreten und andere, unbegründete zu kritisieren. Diese Freiheit ist für alle Bereiche geistiger Auseinandersetzungen wichtig. Politisch beruht eine Demokratie auf ihrer Realität. Sie wird dabei von der Vorstellung geleitet, dass der freie Meinungs Austausch langfristig die überzeugendsten, weil in der kritischen Auseinandersetzung erprobten Entscheidungen hervorbringen wird. In diesem Prozess ist keine Äusserung überflüssig, auch wenn sie sich als sachlich unhaltbar erweist. Denn die genauere Kenntnis und das Bewusstsein der Gründe für ihre Unhaltbarkeit sind für die Meinungsbildung ein wichtiger Gewinn.

Ähnliche Argumentationen können für andere Freiheiten formuliert werden, z.B. für die positiven Folgen wirtschaftlicher Freiheiten. Eine weitere wichtige Folge von Freiheit sind die Auswirkungen auf die Menschen, die in Freiheit oder Unfreiheit leben. Es gibt bemerkenswerte Beispiele bewahrten Charakters unter autoritären, selbst diktatorischen Regimen. Für viele Menschen bedeuten solche Ordnungen aber korrumpierende Anpassung, Selbstbeschneidung und den Verlust einer aufrechten Haltung.

Neben diesem instrumentalen Wert der Freiheit tritt als zweite Legitimationsquelle der intrinsische Wert von Freiheit. Freiheit wird von Menschen nicht nur um anderer Zwecke willen erstrebt, die durch Freiheit befördert werden, sondern ist selbst ein eigener Zweck. Dieser Aspekt des Werts der Freiheit zeigt sich schon im Alltag: Manchmal zählt bei einer Entscheidung mehr, dass sie die eigene, als dass sie wirklich die sachlich sinnvollste ist. Allgemein gehört es zu den Grunderfahrungen menschlicher Existenz, dass die Möglichkeit der Selbstbestimmung unmittelbar ein Gut ist – die Momente erlebter Autonomie beweisen es ebenso wie das Leiden unter Unterdrückung und Fremdbestimmung.

## **2.2. Gleichheit**

### **2.2.1. Dimensionen des grundrechtlichen Gleichheitsschutzes**

Alle wichtigen Menschenrechtskataloge enthalten Regelungen zur menschlichen Gleichheit. Diese Gleichheit kann sich nicht auf die faktische Gleichheit von Menschen beziehen, denn Menschen unterscheiden sich offensichtlich in vielfältiger und willkommener Weise. Der Schutz menschlicher Gleichheit bezieht sich daher auf den gleichen Wert und die daraus erwachsenen legitimen Ansprüche von Menschen.

Menschliche Gleichheit in diesem Sinn wird heute grundrechtlich in verschiedenen Dimensionen geschützt. Menschen haben zunächst den Anspruch, dass gegebenes Recht in der glei-

chen Weise auf sie wie auf andere angewandt wird. Diese *Gleichheit vor dem Gesetz* ist eine alte Mindestforderung an jede rechtsstaatlich orientierte Ordnung. Darüber hinaus wird heute auch die Rechtssetzung einer Kontrolle nach Gleichheitsgesichtspunkten unterworfen. Auch der Gesetzgeber muss sich prinzipiell an Grundsätzen der Gleichheit orientieren, wobei die Dichte der Kontrolle in verschiedenen Rechtssystemen und Bereichen unterschiedlich bestimmt wird.

Eine weitere Dimension besteht in der Abwehr von Diskriminierungen aufgrund bestimmter Merkmale, etwa Rasse, Geschlecht, Behinderung etc. (vgl. z.B. Art. 8 Abs. 2 BV). Wie man Menschen behandeln soll, mag umstritten sein. Klar ist aber – das drücken diese Diskriminierungsverbote aus –, dass bestimmte Merkmale keine Rolle bei der Bestimmung von Behandlungsformen spielen dürfen. Auch in diesen Katalogen von Diskriminierungsverboten schlagen sich historische Erfahrungen und aktuelle Problemlagen nieder. Diese Verbote werden in Grundrechtskatalogen ausdrücklich niedergelegt, weil die Erfahrung lehrt, dass gerade aufgrund der genannten Merkmale eine Ungleichbehandlung von Menschen erfolgt.

Schliesslich werden durch Grundrechtsnormen auch positive Gleichstellungsaufträge formuliert, die auf die Herstellung tatsächlicher Gleichheit zielen (z.B. Art. 8 Abs. 3 S. 2 BV). Das Recht beschränkt sich damit nicht mehr nur auf die Abwehr von Ungleichbehandlungen, sondern verlangt aktive Massnahmen, dass Gleichheit verwirklicht wird.

### **2.2.2. Formen der Gleichheit**

Der Gleichheitsschutz wirft die Frage nach der Art der Gleichheit auf. Verschiedene Formen der Gleichheit werden unterschieden. Die erste ist *formale Gleichheit*. Formale Gleichheit besteht dann, wenn zwei Gegenstände in gleicher Weise behandelt werden. Formale Gleichheit wird häufig kritisiert, weil sie tatsächliche Unterschiede unberücksichtigt lässt. Das Verbot, unter Brücken zu schlafen, kann für Reiche und Arme sehr unterschiedliche Dinge bedeuten, wie unter Rückgriff auf ein Zitat von Anatole France (1844 – 1924) gelegentlich illustrierend angemerkt wird. Dennoch ist formale Gleichheit, wenn man ihre Problematik im Blick behält, eine wichtige Eigenschaft von Recht. Wie bei den Freiheitsrechten etwa deutlich wurde, ist es eine zentrale Funktion von Recht, von konkreten Gegebenheiten eines Sachverhaltes gerade zu abstrahieren und Rechtsfolgen in jedem Fall eintreten zu lassen, wenn der Tatbestand der Norm erfüllt ist. Deswegen sind Meinungen zu schützen, auch wenn sie einen wenig überzeugenden Inhalt haben, weil die Qualität des Geäusserten keine Voraussetzung des Grundrechtsschutzes bildet. Nur so ist Rechtssicherheit und Freiheitsschutz möglich.



Eine weitere Form der Gleichheit ist die *Chancengleichheit*. Chancengleichheit bedeutet, dass Personen die gleichen Möglichkeiten besitzen, bestimmte Handlungswünsche zu verwirklichen. Heute ist selbstverständlich geworden, dabei nicht nur rechtliche Positionen, sondern auch faktische Voraussetzungen der Nutzung von Chancen zu bedenken. Denn wenn eine Gruppe von Menschen rechtlich die Möglichkeit hat, bestimmte Ämter zu bekleiden, aber nicht die Möglichkeit, die Qualifikationen zu erwerben, die Voraussetzung der Bekleidung eines Amtes bilden, besteht keine wirkliche Chancengleichheit. Nicht zuletzt um den Ausgleich solcher Ungleichheiten geht es Gleichstellungsaufträgen in Grundrechtsnormen (z.B. Art. 8 Abs. 3 S. 2 BV).

Chancengleichheit bildet einen zentralen Aspekt menschlicher Gleichheit, weil sie das Autonomieprinzip respektiert. Menschen wählen ungleiche Wege, deren Offenheit für alle die Chancengleichheit garantiert. *Ergebnisgleichheit*, die letzte zu erwähnende Form der Gleichheit, bildet deswegen kein allgemeines Ziel von rechtlichen Gleichheitsverbürgungen. Ungleiche Ergebnisse können das Produkt autonomer Entscheidungen von Menschen sein und müssen dann von der Rechtsordnung respektiert werden. In zwei Hinsichten ist aber auch Ergebnisgleichheit wichtig. Ergebnisungleichheit kann erstens einen Indikator für fehlende Chancengleichheit bilden. Wenn Angehörige eines Geschlechts in bestimmten attraktiven Berufen dauerhaft unterrepräsentiert sind, fragt es sich beispielsweise, ob dies wirklich das Produkt eigener autonomer Entscheidungen der Angehörigen dieses Geschlechts ist (wogegen es nichts einzuwenden gäbe), oder ob dieser Sachverhalt vielmehr darauf hindeutet, dass die Chancen für Angehörige dieses Geschlechts diese Berufe zu ergreifen, durch bestimmte soziale Hindernisse vermindert sind. Im letzteren Fall kann eine Rechtsordnung aufgerufen sein, diese Hindernisse zu beseitigen, um Chancengleichheit herzustellen.

Ergebnisgleichheit muss zweitens in Bezug auf den grundsätzlichen Wert eines Menschen in der Gesellschaft gewahrt bleiben. Denn eine menschenrechtsorientierte Rechtsordnung garantiert nicht nur die Chance auf menschliche Würde, sie garantiert diese Würde selbst.

### **2.3. Menschenwürde**

Modernen Grundrechtskatalogen fehlt selten ein Bezug auf menschliche Würde (vgl. Art. 7 BV, Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (Deutschland), Art. 1 Europäische Grundrechtscharta). Was menschliche Würde ausmacht, ist im Einzelnen allerdings höchst umstritten. Die Diskussionen um Menschenwürde werden gerade in der Gegenwart in Bezug auf Problemfelder wie Bioethik oder Folter deshalb mit besonderem Nachdruck, manchmal sogar erbittert geführt.

Menschliche Würde bezeichnet den spezifischen Eigenwert von Menschen als Menschen unabhängig von anderen Eigenschaften wie Geschlecht, ethnischer Herkunft, Behinderung, sexueller Orientierung usw. Zwei zentrale Fragen sind in Hinsicht auf diesen Eigenwert zu beantworten, um die Legitimation und den Gehalt von Menschenwürdegarantien zu erfassen: Wieso besitzen Menschen einen solchen Eigenwert und was sind die normativen Konsequenzen dieser Wertposition?

In der Ideengeschichte reicht die Diskussion über den Eigenwert des Menschen bis in Antike zurück. Man findet ihre Spuren in verschiedenen Weltreligionen und kulturellen Zusammenhängen. Als roter Faden zieht sich durch die Überlegungen, dass bestimmte spezifische Eigenschaften von Menschen ihre Würde begründen. Dies ist auch in der Tat der vielversprechendste Ansatz, um die gestellte erste Begründungsaufgabe zu bewältigen. Für die Begründung menschlicher Würde sind die geistigen Fähigkeiten von Menschen, ihre Vernunft, ihre moralische Orientierungsfähigkeit, Bewusstsein, Empfindungsfähigkeit und ihr Vermögen zur freien Selbstbestimmung entscheidend. Entsprechend wird an diese Eigenschaften in der Ideengeschichte auch gerade angeknüpft, besonders an Vernunft, Moralität und Freiheit. Menschen sind aufgrund dieser Eigenschaften die bewussten und empfindenden, verantwortlichen Subjekte ihres Lebens, die den objektiven Eigenwert besitzen, den Würde ausdrückt. Man muss dabei im Auge behalten, dass mit einer Begründung des Eigenwertes von Menschen noch nichts darüber ausgesagt wird, welchen Wert andere Lebewesen haben mögen. Eine Begründung eines hohen Eigenwertes von Menschen aufgrund ihres Menschseins bedeutet deshalb keinen Anthropozentrismus.

Die normativen Folgen, die sich aus menschlicher Würde ergeben, und damit die Antwort auf die zweite formulierte Leitfrage, hat Kant in einer Weise auf den Begriff gebracht, die bis heute die Auslegung von Menschenwürdegarantien grundlegend beeinflusst. Kants Moralphilosophie mündet in die Bildung eines moralischen Gesetzes, den *kategorischen Imperativ*. Dieser kategorische Imperativ wird in drei verschiedenen Fassungen formuliert, eine ist die für den Inhalt von Menschenwürde massgebliche. Sie lautet: „Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst“ (I. Kant, Grundlegung der Metaphysik der Sitten, Akademie Ausgabe, Bd. IV, S. 429). Menschenwürde besitzen heisst danach ein Selbstzweck zu sein. Menschen dürfen aufgrund dieses Wertes nicht auf ein Mittel zur Erreichung irgendwelcher Zwecke anderer reduziert werden, die Verwirklichung ihrer Personalität muss ein Ziel menschlichen Handelns bleiben. Sklaverei ist ein klassisches Beispiel für die Verletzung

menschlicher Würde, weil durch sie ein Mensch aufhört, selbst ein Zweck zu sein und zum belebten Werkzeug zur Erfüllung der Wünsche des Sklavenhalters gemacht wird.

Dass jeder Mensch einen Selbstzweck bildet, verbietet aber nicht nur Instrumentalisierung, sondern auch die Verletzung von Achtungsansprüchen, die jeder Mensch als Mensch erheben kann. Erniedrigende, demütigende oder diskriminierende Behandlungen sind deshalb Verletzungen der Würde eines Menschen.

Entsprechend wird auch bei der Konkretisierung einer Menschenwürdegarantie wie Art. 7 BV darauf Bezug genommen, dass die Menschenwürde die „eigene Werthaftigkeit“ der Menschen und auch den Anspruch schütze, ein Subjekt im Staat zu bilden und nicht zum blossen Objekt behördlichen Handelns gemacht zu werden (vgl. z.B. BGE 127 I 49, 13f; 132 I 49, 54). In Deutschland wird aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG ebenfalls das Gebot hergeleitet, den Subjektstatus von Menschen zu respektieren. Ähnliches gilt für andere Grundrechtsregime, in denen ein Menschenwürdeschutz existiert.

Das Verständnis der Menschen als Selbstzweck, der Schutz ihrer so interpretierten Würde durch das Recht, besitzt eine wichtige Konsequenz: Sie machen einen rechtsethischen Humanismus zu einer Leitvorstellung der Rechtszivilisation der Gegenwart.

### **3. Relativismus oder Universalismus der Menschenrechte?**

Menschenrechte haben sich in der Neuzeit legitimationstheoretisch von konkreten politischen Gemeinschaften gelöst. Dieses Begründungsniveau wurde in der Aufklärung ideengeschichtlich endgültig erreicht, wenn es auch keineswegs ein Monopol dieser Epoche bildet. Aus der Sicht der Aufklärung vermittelt praktische Vernunft Einsichten, nicht nur schwankende Meinungen und damit die Möglichkeit der Kritik der ethischen Orientierung. Jeder Mensch besitzt dabei in gleichem Umfang wie jeder andere eine moralische Urteilskraft, deren Gebote den Willen richtungsgebend als Handlungsgrund (nicht als mechanische Handlungsbestimmung) berühren.

Alle diese Antworten sind bis heute das Objekt intensiver ethischer Debatten. Die Idee der praktischen Vernunft der Aufklärung ist auch sicher nicht das letzte Wort der praktischen Philosophie. Es ist selbstverständlich nötig, ihre Schwächen und Grenzen nicht zu übersehen und sie theoretisch weiterzuentwickeln. Sie markiert aber ein Mindestmaß an Einsichten, das nur zum Schaden des Niveaus der praktischen Reflexion unterschritten werden kann. Keine Kritik dieser Positionen – wie wichtig und produktiv ihr Beitrag auch für das genauere Verständnis der Ethik sein mag – kann plausibel machen, dass eine Konzeption der Moral vorzugswürdig

ist, die wert nihilistisch, elitär, handlungstheoretisch belanglos oder auf die Beförderung des Glücks der Wenigen gerichtet ist.

Die Wurzel einer legitimationstheoretischen Menschenrechtskonzeption liegt von diesem Ausgangspunkt aus in Folgendem: Hanna Arendt (1906 – 1975) spricht im Rahmen ihrer Auseinandersetzung mit den Schrecken des 2. Weltkrieges und des Holocausts vom blossen „Auch-ein-Mensch-sein“, vor dem die Welt in der Zeit der Krise keinerlei Respekt gezeigt habe. Dieses „Auch-ein-Mensch-sein“ kann als erster Anhaltspunkt dienen, Menschenrechte durch die Erfahrung seiner radikalen Negation zu legitimieren. Denn die Bedeutung der Menschenrechte zeigt sich häufig am deutlichsten im Moment ihrer Verletzung. Bis heute sind deshalb die grossen humanen Katastrophen die zwingendsten Argumente gegen normativen Skeptizismus und Menschenrechtsnihilismus.

Damit ist ein Anfang gemacht, der nach begrifflicher Rekonstruktion und reflektierter Absicherung verlangt. Denn es muss auch bewusst werden, worum es positiv beim „Auch-ein-Mensch-sein“ geht. Den Kern dieser Idee bilden das von allen Menschen in gleicher Weise geteilte Interesse am eigenen Leben, der Wunsch, das eigene Glück, wenn schon nicht notwendig zu erreichen, doch verfolgen zu können und – wie bei der Erörterung des Begriffs der Menschenwürde deutlich wurde – der gleiche Wert der je eigenen Existenz als sich in sich selbst beschliessender Selbstzweck für jeden Menschen, der geachtet und geschützt werden muss, und zwar aus Gründen der Gerechtigkeit in gleicher Weise. Die Menschenrechte sind damit das Produkt der Anwendung der moralischen Urteilsfähigkeit der Menschen auf die eigene kreatürliche Lage. Die Menschenrechte bilden zu Recht die kritischen Massstäbe und normativen Grundlagen der politischen Ordnungen.

Damit ergibt sich eine universalistische Perspektive. Die Menschenrechte gelten nicht nur für bestimmte Kulturen, sondern jeder Mensch kann sie berechtigt beanspruchen, denn ihre Begründung knüpft an keine Faktoren an, die nur in bestimmten Kulturen anzutreffen wären. Dieses Ergebnis ist allerdings sehr strittig. Denn die These ist weit verbreitet, dass Menschenrechte im Gegenteil gerade das Produkt der westlichen, vor allem europäischen Zivilisation seien und in anderen Kulturen keine Geltung beanspruchen könnten. Dies zu verkennen bedeute, in einer eurozentristischen Perspektive verhaftet zu bleiben und sich womöglich sogar in Kulturimperialismus zu verstricken, wenn die eigenen, kulturellen Wertvorstellungen anderen aufgezwungen würden.

Ein Menschenrechtsuniversalismus führt aber nicht zwangsläufig zu eurozentristischem Paternalismus oder gar Kulturimperialismus. Es ist schon historisch-genetisch eine unzutreffende Rekonstruktion des Werdens der Menschenrechtsidee, sie mit der europäischen oder west-

lichen Kultur zu identifizieren. Nicht nur die Verfasser der Menschenrechtserklärung von 1789 waren Europäer, sondern auch Monarchen wie Louis XVI (1638 – 1715) oder Napoleon (1769 – 1821), Alexander II (1818 – 1881) oder Friedrich Wilhelm IV (1795 – 1861), die diese Rechte verletzten. Die Menschenrechte wurden entsprechend nicht aus einer dominanten Kultur der Menschenrechte Europas und des Westens geboren, sondern im Gegenteil gegen einflussreiche Teile der Kultur Europas und des Westens erkämpft und durchgesetzt.

Dies ist erst recht schwer übersehbar, wenn man an den eigentlichen Ursprung der modernen Menschenrechtsidee, die amerikanische Revolution, denkt. Hier wurden Ideen der Sozialphilosophie aufgegriffen, die in Europa in jener Zeit in keiner Weise politisch realisierbar waren, wenn sie natürlich auch bereits formuliert und bedacht wurden – wie die begeisterte Aufnahme der amerikanischen Revolution bei Zeitgenossen in Europa ebenso illustriert, wie die Tatsache, dass sie für die demokratischen, konstitutionellen Bewegungen des 19. Jahrhunderts in Europa (und in mancher Hinsicht darüber hinaus) beispielgebend wurde.

Erst recht wird man Menschenrechte nicht für eine irgendwie europäische oder westliche Idee halten können, wenn man den Blick von aussen nicht vergisst. Aus der Perspektive der Ureinwohner Amerikas, der Bewohner von vielen Teilen von Afrika, Australien und Asien, die ihr Leben verloren, versklavt oder kolonialisiert wurden, hat die Menschenrechtsidee sicher für lange Zeit keinen Wesenszug der westlichen Welt gebildet.

Weiter darf der Diskurs um die westliche Natur der Menschenrechte die Beiträge anderer Kulturen nicht übersehen. Dabei muss beachtet werden, dass Menschenrechte auch dann behandelt werden können, wenn sie nicht in explizite Erklärungen gegossen werden. Aus dieser Perspektive ist eine von Europa unabhängige Reflexion der ethisch-juridischen Gehalte der Menschenrechte durch andere Kulturen als die westlich-europäische ein Gebiet, das manche Entdeckung bereit hält.

Der Kulturrelativismus gewinnt auch nicht an Plausibilität, wenn man seine Konsequenzen an der konkreten Realität misst. Häufig ist die These anzutreffen, Menschenrechte in Asien würden kollektivistisch, nicht individualistisch konzipiert. Die Frage ist nun aber, ob diese Konzeption tatsächlich gewählt würde, wenn Menschen in autoritären Regimen wie in Burma oder China die Möglichkeit hätten, über ihre eigenen Rechtspositionen frei zu entscheiden. Die Proteste in Burma oder Tibet legen eine andere Schlussfolgerung nahe. Diese Art von Argumentation hilft deswegen vor allem den autoritären Regimen, ihre eigene Herrschaft mit einer kulturrelativistischen Begründung zu legitimieren, die sie denn auch selbst immer wieder aufgreifen.

Dass Universalismus nicht dazu führt, anderen eigene Werte aufzwingen zu wollen, ergibt sich schon aus dem Inhalt der universalistisch konzipierten Rechte: Eine ihrer Kernvorstellungen ist ja gerade Autonomie und damit die Freiheit zur eigenen Wahl. Die Frage der Durchsetzung und praktischen Verankerung von Rechten ist im Übrigen eine pragmatisch-politische Frage. Die Erfahrung in Europa lehrt, dass die Etablierung eines wirksamen Menschenrechtsschutzes einen langen politischen, rechtlichen und kulturellen Prozess voraussetzt, der nicht einfach übersprungen werden kann. Aus universalistischer Perspektive spricht aber jedenfalls legitimationstheoretisch nichts gegen jene Vielen, die meinen, dass Menschenrechte auch von ihnen, nicht nur von Europäern oder Nordamerikanern, beansprucht werden können und sich in den Ländern, die unter Menschenrechtsverletzungen leiden, für einen wirksamen Grundrechtsschutz einsetzen, wie er anderswo bereits verwirklicht ist.

Im Übrigen sollten nicht Genese und Geltung von Normen verwechselt werden. Es gibt eine gewisse Tendenz, die Geltungsfrage von normativen Phänomenen durch die Rekonstruktion der historischen Genese zu ersetzen. Fragen der historischen Genese sind von hohem, eigenständigem Interesse. Sie dienen dem Abbau der ideengeschichtlichen Naivität und der Steigerung des wichtigen Bewusstseins des kulturellen Vorrangreichtums normativer, gerade auch rechtlicher Phänomene.

Die Tatsache – unterstellt, dies lässt sich erweisen –, dass eine bestimmte normative Vorstellung, etwa die Idee eines spezifischen Eigenwertes jedes Menschen, im Rahmen der Religion X oder Kultur Y das erste Mal formuliert wurde, impliziert aber in keiner Weise, dass die Norm in ihrer Geltung und Begründbarkeit von dieser Religion X oder Kultur Y abhängig wäre und ohne Rückgriff auf sie nicht gebildet werden könnte. Religion X oder Kultur Y können nur das Kleid sein, das die menschliche Geschichte für die Erscheinung der Norm gewebt hat, müssen aber nicht die geltungstheoretische Grundlage ihrer Legitimität sein und können sogar wegen ihrer Kontingenz und Erschütterbarkeit im Rahmen der Reflexion dazu gerade überhaupt nicht taugen. Die geltungstheoretische Reflexion ist deshalb unhintergebar und durch historische Genealogie nicht ersetzbar.

Ein Menschenrechtsuniversalismus führt auch nicht notwendig zu einer Haltung, die eigenen kulturellen Vorurteilen verhaftet bleibt, diese aber als allgemein-menschliche Eigenschaften missversteht. Menschenrechte gehen unausweichlich von einer Essenz des Menschlichen aus, die das Objekt des Schutzes durch rechtliche Instrumente bildet. Meinungsfreiheit – um ein zentrales Menschenrecht wieder als Beispiel heranzuziehen – impliziert notwendig, dass der freie Ausdruck des Gedachten und Empfundenen ein menschliches Grundbedürfnis ist. Wer Meinungsfreiheit als Menschenrecht akzeptiert, hat – ganz und gar plausibel – eine Aussage

über einen schützenswerten Kern des Menschseins ausgesprochen. Dieser Zusammenhang gilt für alle zentralen Menschenrechte. Es gibt keine überzeugende Theorie der Menschenrechte ohne substantielle, philosophische und über die Philosophie hinaus wissenschaftlich orientierte Anthropologie. Dieser Kern des Menschlichen wird durch Menschenrechte geschützt – nicht zuletzt, damit sich die Vielgestaltigkeit humaner Zivilisation entfalten kann.

## XIV. Rechtsethik II – Gerechtigkeit

Exzerpt aus: Matthias Mahlmann: *Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie*, Baden-Baden 2008, S.438 – 450.

### 4. Gerechtigkeit und Gleichheit

Was Gerechtigkeit ausmacht, bildet nun eine Grundfrage der praktischen Philosophie und der politischen Auseinandersetzungen um eine gelungene Sozialordnung. Es gibt dabei gewichtige Stimmen, die argumentieren, dass zwar viele Gerechtigkeitsformeln gebildet wurden, keine dieser Formeln aber die Frage nach dem Inhalt der Gerechtigkeit wirklich beantwortete. Gerechtigkeit ist aus dieser Sicht ein mit Pathos geladener, aber inhaltsleerer Begriff, ein Begriff der Barrikade, nicht der Wissenschaft.

Ein bekanntes Beispiel für eine solche Argumentation ist Kelsen, der Gerechtigkeitsformeln wie *suum cuique tribuere*, die *Goldene Regel*, den *kategorischen Imperativ*, die Maximen: *Tue das Gute, meide das Böse* oder *Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen* erörtert und zu dem Ergebnis kommt, dass alle diese Formeln keine materialen Handlungsanweisungen geben würden. Was das Seinige sei, das zugemessen werden solle, bleibe ebenso offen, wie das, was man anderen nicht zufügen solle, weil man selbst es nicht erdulden wolle, was Gegenstand einer allgemeinen Gesetzgebung sein könne, was das Gute sei oder was nach Fähigkeiten und Bedürfnissen gefordert bzw. verteilt werden dürfe.<sup>122</sup>

Ähnlich argumentiert Luhmann, wenn auch in einem ganz anderen, nämlich systemtheoretischen Rahmen. Nach Luhmann hat Gerechtigkeit keinen materialen Inhalt. Gerechtigkeit sei eine »Kontingenzformel«, ein Begriff, der im Rechtssystem verwandt werde, um seine Einheit herzustellen. Darunter könne aber sehr Unterschiedliches verstanden werden. Einheit werde nur funktional gestiftet durch den Dienst, den die Gerechtigkeit dem Rechtssystem leiste.<sup>123</sup>

Derartiger Skeptizismus ist keineswegs neu. Dass Gerechtigkeit eigentlich im Recht des Stärkeren bestehe, meinte schon der Sophist Trasymachos.<sup>124</sup> In der Neuzeit hat z.B. auch Thomas Hobbes einflussreich gegen die Idee gestritten, es gäbe einen absoluten Gerechtigkeitsbegriff. Für ihn besteht Gerechtigkeit in der Erfüllung von Verträgen, ohne dass der Begriff eine inhaltliche Bindung hätte. Die Idee der Vertragsgerechtigkeit ist ihm dabei fremd: »As if it were Injustice to sell dearer than we buy; or to give more to a man than he merits.«<sup>125</sup>

Dieser Skeptizismus geriert sich radikal, theoretisch scharf und als durchdringende Kritik gängiger Illusionen über den Inhalt der Gerechtigkeit. Er ist aber weniger überzeugend als es scheinen mag, wenn ein Blick unter die Oberfläche unterschiedlicher Gerechtigkeitsvorstellungen gewagt wird. In der Ideengeschichte bildet Gleichheit in sehr verschiedenen Epochen und in sehr unterschiedlichen Kontexten durchweg einen Kernbestandteil von Gerechtigkeitsvorstellungen – nicht immer ausgesprochen, manchmal in nicht transparent gemachten Prämissen versteckt, wenn es auch immer wieder, auch in der Gegenwart, bestritten wird.<sup>126</sup> Dabei ist das normative Gleichheitsprinzip, Gleiches gleich zu behandeln, (in noch zu präzisierender und differenzierender Form) von der Idee zu unterscheiden, dass Menschen in moralisch und auch rechtlich relevanter Hinsicht gleich, also kurz gleichwertig seien. Ersteres bildet eine Universalie der Gerechtigkeitsdiskussion, letzteres die Errungenschaft eines langen politischen, sozialen und kulturellen Kampfes um einen substantiellen Gerechtigkeitsbegriff.

122 H. Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit*, in: *ders.*, *Reine Rechtslehre*, S. 357ff.

123 N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 214ff.

124 Platon, *Politeia*, 338a.

125 T. Hobbes, *Leviathan*, Chap. 15.

126 Vgl. z.B. den modernen Antiegalitarismus, dazu sogleich im Text.



## 5. Gerechtigkeit und Gleichheit in der Ideengeschichte

Einer der ersten Gerechtigkeitsbegriffe wird von Simonides geprägt: Gerechtigkeit sei, einem jeden das Schuldige zu leisten<sup>127</sup> – eine Formulierung, die Platon kritisiert, seinerseits aber zu einer ähnlichen findet. Platon siedelt Gerechtigkeit im Inneren der Menschen als Ausgleich der Seelenvermögen, von Trieben, Willen und Vernunft an. Diese anzustrebende Seelenharmonie findet ihr Gegenstück in der politischen Ordnung des Idealstaats, die gleichzeitig dazu dient, den Inhalt der Gerechtigkeit deutlicher zu machen.<sup>128</sup> Im Staat ist der Gerechtigkeitsentwurf auf eine Ständeordnung gerichtet, in der jeder das Seinige beiträgt,<sup>129</sup> der Erwerbsstand die materiellen Grundlagen, die Wächter Schutz, der Philosophenkönig Leitung. Dieser Entwurf faktischer Ungleichheit der Menschen ist dennoch nur auf den ersten Blick eine Verletzung des Gleichheitsprinzips, denn gleiche Menschen werden in ihm durchaus gleich behandelt, wer die Eignung zum Wächter hat, soll in diesem Stand auch wirken. Nur sind eben die Menschen aus Platon Sicht nicht in den Hinsichten gleich, die für die Staatsordnung entscheidend sind. Er kritisiert deshalb die Demokratie, nicht weil sie das Gleichheitsprinzip verwirkliche, sondern im Gegenteil, weil sie es verletze: Sie bilde eine »buntscheckige Verfassung, welche Gleichen wie Ungleichen eine gewisse Gleichheit austeilte.«<sup>130</sup> Dass Gerechtigkeit Gleichbehandlung von Gleichen impliziere, wird von Platon ausdrücklich formuliert.<sup>131</sup> Gerechtigkeit bestehe darin, dass weder Fremdes zugeteilt, noch das Seinige genommen werde.<sup>132</sup> Gerechtigkeit sei gegeben, wenn jeder das Seinige habe und tue.<sup>133</sup>

Aristoteles hat an diese Überlegungen in verschiedener Weise angeknüpft. Aristoteles unterscheidet drei Arten von Gerechtigkeit. Erstens die Gesetzensgerechtigkeit,<sup>134</sup> der die besondere Gerechtigkeit gegenübersteht, die im Kern aus unerlaubtem Gewinn auf Kosten anderer bestehe.<sup>135</sup> Diese besondere Gerechtigkeit differenziert sich in die ausgleichende und austeilende Gerechtigkeit.<sup>136</sup> In der Ter-

127 Platon, Politeia, 331e.

128 Ebd., 367e.

129 Ebd., 433a.

130 Ebd., 558c.

131 Platon, Nomoi, VI, 757.

132 Platon, Politeia, 433e.

133 Ebd., 433e.

134 Aristoteles, Nikomachische Ethik, 1129b.

135 Ebd., 1129b, 1130b.

136 Ebd., 1129a ff.

minologie der Scholastik sind also *iustitia universalis* und *iustitia particularis* zu unterscheiden, mit ihren Formen der *iustitia commutativa* und *iustitia distributiva*.<sup>137</sup>

Die allgemeine Gesetzensgerechtigkeit bestehe darin, den Gesetzen der Polis zu gehorchen, wobei allerdings Anklänge an eine vorausgesetzte Gemeinwohlbindung bei Aristoteles zu finden sind,<sup>138</sup> es also insofern nicht nur um Positivismus und ethischen Konventionalismus gehen muss. Die besondere Gerechtigkeit sei in ihrer Form der ausgleichenden Gerechtigkeit darauf gerichtet, arithmetische Gleichheit zu erzeugen, also z.B. einen Schaden in genau der Höhe auszugleichen, in der er entstanden sei. Andere Gebiete ihrer Anwendung seien Rechtsgeschäfte oder Strafen. Die austeilende Gerechtigkeit messe dagegen proportional zu, je nach der verhältnismäßigen Größe der Gegebenheit des Verteilungskriteriums. Ist Verdienst z.B. das Verteilungskriterium, müssten Güter proportional zu diesem zugemessen werden, den Verdienstvollen mehr, den Verdienstlosen weniger gegeben werden. Beide besonderen Gerechtigkeitsprinzipien sind Prinzipien der Gleichheit. Bei der ausgleichenden Gerechtigkeit ist dies offensichtlich, deren Paradigma die Restitution ist, also die Äquivalenz von Schaden und Kompensation. Dies gilt aber auch für die austeilende Gerechtigkeit: Erstens zwischen dem Maß der Gegebenheit des Verteilungskriteriums und der Verteilung. Zweitens im Verhältnis zweier Verteilungsempfänger zueinander. Wenn das Verteilungskriterium in gleicher Weise bei A und B gegeben ist, muss an sie deshalb in absolut gleicher Weise verteilt werden.

137 Vgl. z.B. *Th. u. Aquin*, Summa theologiae, II-II, q. 61.

138 Aristoteles, Nikomachische Ethik, 1129b.

Die Frage, die an diesem Punkt auftaucht und den Kern der Auseinandersetzungen um Gerechtigkeit bildet, lautet: Was ist für welches Gut das angemessene Verteilungskriterium? Aristoteles diskutiert diese Frage ausführlich hinsichtlich des politisch-konstitutionellen Bereichs. Verschiedene Staatsformen beantworteten diese Frage unterschiedlich und fänden entsprechend z.B. zur Monarchie oder Aristokratie, in denen nach Würdigkeit, zur Oligarchie, in der nach Reichtum, oder zu Demokratie, in der nach der Freiheit der Menschen Güter verteilt würden. Die Oligarchie sei dabei eine verfehlte Staatsform, weil aus der Tatsache, dass alle Bürger in ihrem Vermögen ungleich seien, geschlossen werde, dass sie schlechthin ungleich seien. Die Demokratie begehe dagegen den Fehler, daraus, dass die Menschen hinsichtlich der Freiheit gleich seien, zu schlussfolgern, sie seien in jeder Hinsicht gleich.<sup>139</sup> Die Monarchie sei deshalb abstrakt die beste Staatsform,<sup>140</sup> wenn es auch auf die Einzelheiten der historisch-sozialen Umstände ankomme.<sup>141</sup> Damit zeigt Aristoteles' Diskussion exemplarisch, wie die Frage nach einem Verteilungskriterium für den Bereich der sozialen Güterverteilung, konkret die für die Einflusspo-

139 Ebd., 1301a.

140 Ebd., 1160a.

141 Aristoteles, Politik, 1288b.

sition im Gemeinwesen, unterschiedlich beantwortet und in der Folge zu völlig verschiedenen Staatsformen führen kann. Dass Gleiches verhältnismäßig gleich behandelt werden soll, das Prinzip proportionaler Gleichheit, wird dabei vorausgesetzt. Damit ist eine zentrale Erkenntnis der Gerechtigkeitsdiskussion überhaupt erreicht. Das Gleichheitsprinzip als normativer Grundsatz ist nicht der Punkt, von wo aus sich die philosophischen und politischen Richtungen wirklich verzweigen. Niemand fordert, dass Gleiches aus Gerechtigkeitsgründen ungleich behandelt werden solle. Die Unterschiede werden durch die Frage nach den Verteilungskriterien im Bezug auf verschiedene Güter erzeugt und grundsätzlich nach der Gleichwertigkeit der Menschen.<sup>142</sup>

Das Gleichheitsprinzip blieb auch in der weiteren Geistesgeschichte präsent. Auch die römischen Juristen erhoben das *sum cuique tribuere* und damit verhältnismäßige Gleichheit zum zentralen Gerechtigkeitskriterium.<sup>143</sup>

In der Scholastik wurden Aristoteles' Gerechtigkeitsbestimmungen wieder aufgenommen, insbesondere von Thomas v. Aquin. Gerechtigkeit sei eine Tugend, die aus bestimmten Akten entspringe.<sup>144</sup> Gerechtigkeit richte sich immer auf andere, nur im übertragenen Sinn könne von Gerechtigkeit gegenüber sich selbst gesprochen werden.<sup>145</sup> Gerechtigkeit ordne die Beziehung des Menschen zu anderen.<sup>146</sup> Inhaltlich bestehe sie in verhältnismäßiger Gleichheit, jedem sei zu geben, was sein sei.<sup>147</sup> Thomas orientiert sich dabei an der Unterscheidung von austeilender und ausgleichender Gerechtigkeit von Aristoteles.<sup>148</sup>

Die frühe Neuzeit und die herandämmernde Aufklärung wurden staatsrechtlich von der Idee des Gesellschaftsvertrages beherrscht. Gemeinsam ist diesen Theorien die Annahme menschlicher Gleichheit:<sup>149</sup> Mindestens im Moment des Vertragsschlusses, also im konstitutiven Moment der Staatsbildung (in der Realität oder im Gedankenexperiment) sind die Menschen gleichberechtigt. Das impliziert sowohl das normative Gleichheitsprinzip als auch die Gleichwertigkeit der Men-

142 Das zu übersehen, kann zu Missverständnissen führen. P. Martini, Art. 3 Abs. 1 GG als Prinzip absoluter Rechtsgleichheit, Köln, 1997, kommt bei seiner teleologischen Auslegung zu dem Ergebnis, dass der allgemeine Gleichheitssatz die absolute persönliche und sachliche Rechtsgleichheit schütze, nicht aber die aristotelische Gesetzesgleichheit, ebd. S. 297. Platon und Aristoteles ließen nämlich Raum für Ungleichheiten, die Rousseau ausgeschlossen habe, ebd. S. 124ff, 132. Eine aristotelische Interpretation von Art. 3 Abs. 1 GG führe dieses Grundrecht ad absurdum, sie sei eine »Perversion des Gleichheitsgedankens«, ebd. S. 137. Diese Argumentation verkennt die Struktur des Gerechtigkeitsbegriffs in der Antike. Wenn man begründet, dass Menschen gleich sind, sind sie in der jeweils relevanten Hinsicht proportionaler Gleichheit auch gleich zu behandeln.

143 Vgl. *Ulpian*, Inst. 1, 1 pr. »iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens«; D. 1, 1, 10: »iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere«.

144 T. v. Aquin, Summa theologiae, II-II, q. 58, 1.

145 Ebd., q. 58, 2.

146 Ebd., q. 58, 8.

147 Ebd., q. 58, 11.

148 Ebd., q. 61, 1.

149 Vgl. bereits o. 3. Kapitel 7.

sehen. Menschen sind im Hinblick auf die Beteiligungsrechte bei der fundamentalsten Entscheidung innerhalb eines Sozialwesens, der Staatsbildung, gleich und aufgrund des Gleichheitsprinzips auch gleich zu behandeln.

In der Aufklärung gewinnt die Idee der Gleichwertigkeit der Menschen an politischer Kraft. Die Idee grundsätzlicher menschlicher Ungleichheit, die Zumessung von Privilegien und Lebenschancen durch einen wesentlich durch Geburt vermittelten Stand wird delegitimiert, wenn auch andere Ordnungen noch lange weiter bestanden und auch in der Gegenwart bestehen. Rousseaus Thesen zum Ursprung der Ungleichheit bilden ein wichtiges Element dieser Diskussion. Rousseau entwirft eine historische Verfallsgeschichte, die zu menschlicher Ungleichheit geführt habe und die durch den Ausgang des solitären, autarken, sprach- und morallosen, tierisch beschränkten Naturmenschen aus seiner Isolierung in die Gesellschaft eingeleitet werde.<sup>150</sup> Eine bedeutende Rolle spiele dann die große Revolution der Entwicklung von Metallurgie und Ackerbau und als Folge davon die Entwicklung von Eigentum und Prinzipien der Gerechtigkeit.<sup>151</sup> Aus der selbstgenügsamen, in sich ruhenden Selbstliebe (*amour de soi*) werde die auf die Anerkennung durch andere gerichtete *amour propre*.<sup>152</sup> Die natürliche Ungleichheit der Menschen wird eine moralische, d.h. gesellschaftlich erzeugte, die durch die Entwicklung der Fertigkeiten der Menschen zunimmt und durch Eigentum und Gesetze Legitimität gewinne.<sup>153</sup> Die Überwindung dieser natürlichen Ungleichheit gelinge durch den Gesellschaftsvertrag, mit dem die Bürger in eine neue Gemeinschaftsform einträten, in der sie keinen anderen Gesetzen unterworfen seien, als den von ihnen selbst erzeugten. Moralische Gleichheit werde durch ihn etabliert, die nach Stärke und Begabung ungleichen Menschen Würden durch Vertrag und Recht gleich.<sup>154</sup>

Bei Kant dagegen scheint Gleichheit gegenüber Freiheit ein sekundärer Begriff der Reflexion zu sein. Denn einzig angeborenes Recht sei Freiheit, die Gleichheit dagegen nur aus diesem Recht abgeleitet.<sup>155</sup> Bei der Wiedergabe dieser Aussage wird allerdings zuweilen übersehen, dass Kant schon das Freiheitsrecht mit der Gleichheit der Menschen verschwistert und – im Grunde tautologisch – die Gleichheit aus der unter der Gleichheit stehenden Freiheit gewinnt. Kant formuliert: »Freiheit (Unabhängigkeit von eines Anderen nōthigender Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche Recht.«<sup>156</sup> In der Bestimmung des Freiheitsrechts ist die Forderung nach Universalisierbarkeit der Freiheit damit schon enthalten. Die Freiheit, die ein ursprüngliches Recht sei, ist eine solche, die mit jedes anderen Freiheit nach einem

150 J.-J. Rousseau, Discours sur l'inégalité, Edition Meier, Paderborn, 1997, 78ff, 160, 290, 370.

151 Ebd. S. 172, 196ff, 200.

152 Ebd. S. 206, 369.

153 Ebd. S. 67, 271.

154 J.-J. Rousseau, Du Contrat Social, I, 9.

155 I. Kant, Metaphysik der Sitten, Akademie Ausgabe, Bd. VI, S. 237f.

156 I. Kant, Metaphysik der Sitten, Akademie Ausgabe, Bd. VI, S. 237.

allgemeinen Gesetz zusammen bestehen können muss. Es ist die Freiheit in den Grenzen des kategorischen Imperativs, die als ursprüngliches Recht angesehen wird. Die Forderung nach Universalisierbarkeit der Freiheitssphäre impliziert aber Gleichheit der Menschen. Universalisierbarkeit heißt nichts anderes, als dass die Freiheitssphären der Einzelnen miteinander gemeinsam bestehen können müssen, keiner also seine Freiheit auf Kosten von anderen ausleben darf. Diese Forderung setzt voraus, dass Menschen grundsätzlich das gleiche Recht auf Schutz ihrer Freiheitssphäre haben. Die Universalisierungsforderung des kategorischen Imperativs impliziert damit die Gleichheit der Menschen hinsichtlich der Grenzziehung ihrer Freiheitssphären. Gleichheit ist also im ursprünglichen Freiheitsrecht bereits mitgedacht.

Auch der Philosoph, der gemeinhin als Prophet menschlicher Ungleichheit angesehen wird, der die Erhöhung von großen Einzelnen über die Herde der vielen Gleichgültigen gefordert und verteidigt hat, der, wie erwähnt wurde, die menschliche Würde für die vielen nur darin sehen konnte, den großen Einzelnen dienend ihr Leben zu opfern, erweist sich als ein Vertreter des Gleichheitsprinzips. Denn Nietzsche fordert, dass Gleiches gleich behandelt werden müsse, die Verwirklichung dieser Maxime ein zentraler Fortschritt sein würde, weil dann die Unterschiede der Menschen – anders als in der Herdenmoral – endlich zum Tragen kommen könnten. Auch hier ist also das Prinzip der Gleichheit nicht das Objekt der Kritik, sondern die Ansicht, die Menschen seien in Hinsicht auf die Beteiligungsrechte an der Gesellschaft tatsächlich gleich.<sup>157</sup>

Gleichheit spielt auch in der Rechtsphilosophie der Gegenwart eine bedeutende Rolle, wobei die Gleichwertigkeit der Menschen im Grundsatz nicht mehr zur Debatte steht.

Für Radbruch gehört z.B. Gerechtigkeit zum Begriff des Rechts.<sup>159</sup> Gerechtigkeit weise aber auf Gleichheit.<sup>160</sup> Entsprechend gehört Gleichheit auch zu den Maßstäben, die nach der Radbruchformel gesetzliches Recht von gesetzlichem Unrecht scheiden.<sup>161</sup>

Rawls formuliert zwei Gerechtigkeitsprinzipien: Freiheit sei erstens im Rahmen eines allgemeinen Systems der Freiheit zu garantieren, in dem die Freiheit des einen mit der Freiheit des anderen vereinbar sei. Das zweite Prinzip kennt zwei Unterprinzipien. Chancengleichheit sei zu gewähren. Ungleichheiten seien nur dann gerechtfertigt, wenn der am schlechtesten Gestellte von ihnen profitiere.<sup>162</sup> Diese Prinzipien sind lexikalisch geordnet. Verletzungen des ersten Prinzips dürften nicht

157 F. Nietzsche, Götzen-Dämmerung, in: *ders.*, Werke in zwei Bänden, München 1981, S. 389f.

158 ~~Vgl. Teil 2.~~

159 Vgl. G. Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 34ff.

160 Ebd.

161 In der sog. »Verleugnungsformel«, vgl. G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, S. 107.

durch die beiden anderen Prinzipien gerechtfertigt werden, sondern nur um der Freiheit willen erfolgen.<sup>163</sup> Das zweite Gerechtigkeitsprinzip habe Vorrang vor Effizienz und Nutzenmaximierungsüberlegungen.<sup>164</sup>

Diese Prinzipien werden in einer *original position* gewonnen, wo den Akteuren die eigenen Eigenschaften und sozialen Stellungen durch einen *veil of ignorance* verhüllt werden.<sup>165</sup> Die Akteure hätten bestimmte Eigenschaften. Sie verfolgten eine schwache Theorie des Guten, in der Freiheit, gewisse materielle Güter etc. als erstrebenswert anerkannt würden. Sie sind rational und risikoscheu und haben Grundkenntnisse sozialer und ökonomischer Prozesse. Das Absehen von Eigenschaften ist der zentrale theoretische Schritt in Rawls Gerechtigkeitslehre. Durch den *veil of ignorance* wird Neutralität bei der Entwicklung der Gerechtigkeitsprinzipien hergestellt. Dieser Schritt beruht darauf, dass Rawls es für illegitim hält, dass Menschen durch die ihnen aufgrund einer »natural lottery« zugewiesenen Eigen-

162 J. Rawls, A Theory of Justice, S. 52ff, S. 266. Die Prinzipien lauten genau: 1. Prinzip: »Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all«. 2. Prinzip: »Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both: (a) to the greatest benefit of the least advantaged, consistent with the just saving principle, and (b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity«, ebd. S. 266.

163 Die »First Priority Rule (Priority of Liberty)« lautet: »The principles of justice are to be ranked in lexical order and therefore the basic liberties can be restricted only for the sake of liberty. There are two cases: (a) a less extensive liberty must strengthen the total system of liberties shared by all; (b) a less than equal liberty must be acceptable to those with the lesser liberty«, ebd. S. 266.

164 Die »Second Priority Rule (The Priority of Justice over Efficiency and Welfare)« lautet: »The second principle of justice is lexically prior to the principle of efficiency and to that of maximizing the sum of advantages; and fair opportunity is prior to the difference principle. There are two cases: (a) an inequality of opportunity must enhance the opportunities of those with lesser opportunity; (b) an excessive rate of saving must on balance mitigate the burden of those bearing this hardship«, ebd. S. 266f.

165 Ebd. S. 102ff.

schaften gesellschaftliche Privilegien erreichen, die ihnen aus ihrer eigenen Sicht nicht zukommen würden, wenn sie diese Eigenschaften nicht hätten.<sup>166</sup> Damit bildet aber wiederum die Gleichheit im doppelten Sinn – die Gleichwertigkeit der Menschen und das normative Gleichheitsprinzip – ein Konstitutionsprinzip der Gerechtigkeitstheorie in den Prämissen der Argumentation, aus denen sich die speziellen Gerechtigkeitsprinzipien ableiten. Die Aussage, dass Menschen in moralischer Hinsicht gleich seien, wird mit dem Gebot verbunden, dass Menschen jedenfalls hinsichtlich der Verteilung der grundlegenden Güter einer Sozialordnung wie Freiheiten und auch – unter dem Vorbehalt des prudentiellen Differenzprinzips, das Ungleichheiten rechtfertigt, wenn der am schlechtesten Gestellte von ihnen profitiert – hinsichtlich anderer, materieller Güter gleich behandelt werden sollen.

Eine weitere wichtige Ergänzung moderner Gerechtigkeitstheorie hat Walzer mit seinem Konzept komplexer Gleichheit geliefert.<sup>167</sup> Walzer greift die Erkenntnis auf, dass für verschiedene soziale Sphären unterschiedliche Verteilungskriterien Anwendung finden können. Ungleichheiten in einer Sphäre der Gerechtigkeit – z.B. der Wirtschaft – würden durch Ungleichheiten in anderen Sphären – z.B. der gesellschaftlichen Anerkennung – ausgeglichen. Entscheidend für diese differenzierte Gleichheit sei, dass kein Gut einer Sphäre die Verteilung in anderen Sphären dominiere, also z.B. Geld nicht wissenschaftliche Anerkennung kaufen könne.<sup>168</sup> Diese Theorie bietet eine differenzierte Theorie der Verteilungskriterien, fußt aber auf dem Gleichheitsgebot, weil die Gleichheit die Verteilungssphären differenziert nach Verteilungskriterien beherrscht.

Als Beispiel einer Theorie, die gegen Gleichheit als Kern der Gerechtigkeit streitet oder die Gerechtigkeit zu Gunsten eines »Anderen der Gerechtigkeit« überwinden will, kann der moderne Antiegalitarismus dienen.<sup>169</sup> Hier soll Fürsorge und ein nicht-relationaler Begriff des Bedürfnisses leitend sein. Gleichheit ergebe sich nur indirekt durch die Anwendung eines absoluten Maßstabes, die aber nicht um der Gleichheit willen, sondern aus ursprünglicher Humanität erfolge. Einem Hungernen werde zu Essen gegeben, um den Hunger zu stillen, nicht um ihn so wie andere zu behandeln. Auch ein »Schrumpfegalitarismus« für Surplus-Güter, für die ein solcher absoluter Maßstab nicht bestehe, sei nicht plausibel.<sup>170</sup> Die Verbindung von Gleichheit mit Gerechtigkeit sei inhuman, weil paternalistisch und mitleidslos, komplexitätsfeindlich und unpraktikabel.<sup>171</sup> Die letzten Einwände scheinen nicht besonders schlagkräftig zu sein. Dass die Verbindung von Gerechtigkeit mit Gleichheit paternalistisch sein soll, leuchtet so wenig ein wie ihre behauptete Verbindung zu Mitleidslosigkeit. Soweit es hier um das Problem der Gleichheit der Menschen geht, ist deren Kerngehalt ja gerade die Gleichheit der Autonomie und Achtungsansprüche. Dass verschiedene Güter nach verschiedenen Kriterien verteilt werden sollen, ist ein Grundelement der Gerechtigkeitdiskussion. Das Gleichheitsprinzip schließt seine differenzierte Anwendung keineswegs aus. Wie die selbstverständliche Anwendung des Gleichheitsprinzips z.B. in der Rechtsprechung beweist, ist es auch keineswegs impraktikabel. Der Hinweis auf die Bedeutung absoluter Standards ist zutreffend, übersieht aber, dass hier häufig der Maßstab proportionaler Gleichheit hinsichtlich des Maßes der Gegebenheit des Verteilungskriteriums und der Bemessung des zu Verteilenden wirkt: Die Behandlung, die im Gerechtigkeitsurteil bewertet wird, muss verhältnismäßig zu ihrem Anlass erfolgen, die Strafe z.B. verhältnis-

166 Ebd. S. 64.

167 M. Walzer, *Spheres of Justice*, Oxford, 1983.

168 Ebd. S. 10ff.

169 Vgl. z.B. J. Raz, *The Morality of Freedom*, S. 217ff, die Beiträge in A. Krebs, *Gerechtigkeit oder Gleichheit. Texte der neuen Egalitarismuskritik*, Frankfurt/M, 2000; *dies.*, *Arbeit und Liebe*, Frankfurt/M, 2002, S. 119ff; W. Kersting, *Kritik der Gleichheit*, Weilerswist, 2002; im Überblick mit einer überzeugenden Meta-Kritik, S. Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit*, Frankfurt/M, 2004, S. 175ff. Vgl. a. Sen, *Inequality reexamined*, New York, 1992.

170 A. Krebs, *Arbeit und Liebe*, S. 122.

171 Ebd. S.124ff.

mäßig zur Schuld.<sup>172</sup> Weiter können die Fälle ohne Rückgriff auf das Gleichheitsprinzip nicht gelöst werden, in denen absolute Maßstäbe fehlen und knappe Güter unter mehreren verteilt werden müssen. Das gilt für paradigmatische Fälle des Gerechtigkeitsurteils wie in simplen Fällen der Kuchenverteilung, aber auch für so grundlegende Fragen wie die Verteilung von Freiheitsrechten in einem Staat. Hier ist ohne einen relationalen Maßstab nicht auszukommen, der besagt, dass das Verhältnis verschiedener Menschen untereinander zu berücksichtigen und Gleiches gleich zu behandeln sei. Ohne solche Prinzipien ist nicht erklärbar, warum man nicht z.B. das Freiheitsverlangen einiger ganz, das anderer aber nur in geringem Maße verwirklichen sollte. Konzeptionell liegt dem Antiegalitarismus häufig eine analytische Unklarheit zu Grunde, die durch eine Vermengung von altruistischen Intuitionen und Gerechtigkeit bewirkt wird.

## 6. Ein Begriff der Gerechtigkeit

Vor diesem argumentationsgeschichtlichen Hintergrund lassen sich einige systematische Bemerkungen zum Gerechtigkeitsbegriff plausibel machen. Gerechtigkeit ist zunächst nicht das Ganze der Moral. Eine weitere Sphäre wird durch mitmenschliche Fürsorge oder Altruismus markiert. Wenn jemand einem anderen eine Wohltat erweist und dafür kein anderes Motiv hat, als eben eine Freude zu bereiten, so ist dies eine moralisch gute Tat, ohne gerecht sein zu müssen. Gerechtigkeit und Altruismus bilden unterschiedliche Aspekte der Moral.

Ein selbstverständliches Merkmal des Gerechtigkeitsbegriffs ist die Normativität des Gerechtigkeitsurteils. Es ist präskriptiv und schafft eine Handlungspflicht und als Kehrseite einen Anspruch oder ein Recht auf die gerechte Behandlung. Gerechtigkeitsurteile erheben wie andere moralische Urteile einen Geltungsanspruch: Sie beanspruchen, nicht nur eine subjektive Vorliebe auszudrücken oder einer Laune zu entspringen. Ihre Objekte sind Handlungen, derivativ Handlungsdispositionen wie ein Charakter oder Institutionen, die z.B. bestimmte Güterverteilungen aufrechterhalten, wenn dies im Einzelnen auch strittig ist.<sup>173</sup> Das Gerechtigkeitsurteil richtet sich im Regelfall auf das Behandeln von anderen Personen. Das ist bei Aristoteles und bei Thomas von Aquin analysiert worden.<sup>174</sup>

172 A. Krebs illustriert mit dem Beispiel, dass die Todesstrafe zu hoch für den Diebstahl eines Brotes sei, die These, proportionale Gleichheit sei unerheblich. Sie bemerkt dabei nicht, dass dieses Beispiel auf der Anwendung des Prinzips proportionaler Gleichheit beruht, das durch die unverhältnismäßige Strafe gerade verletzt wird, vgl. ebd. S. 131.

173 Vgl. S. Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit*, S. 49ff.

174 Vgl. T. v. Aquin, *Summa theologica*, II-II, q. 58, 2. »Es ist klug, dass Peter diesen Apfel isst«, ist eine sinnvolle, wenn auch vielleicht falsche Aussage, während »Es ist gerecht, dass Peter diesen Apfel isst« eine sinnlose Aussage bildet, wenn andere Personen nicht im Spiel sind, es sei denn es geht z.B. um eine Belohnung.

Der materielle Kern des normativen Prinzips der Gerechtigkeit ist proportionale Gleichheit. Dies gilt in doppelter Hinsicht. Erstens in Bezug auf die Handlung, die der Gegenstand des Gerechtigkeitsurteils ist, im Verhältnis zu dem Anlass der Handlung. Zweitens ist proportionale Gleichheit im Verhältnis zwischen zwei Adressaten einer Handlung für das Gerechtigkeitsurteil konstitutiv.

Für die erste Konstellation kann z.B. eine Benotung als Beispiel dienen. Wenn eine Schülerin alle Fragen einer Klassenarbeit richtig beantwortet hat, ist es gerecht, ihr die beste mögliche Note zu geben. Gleichheit ist zwischen der Benotung als Handlung, die Gegenstand des Gerechtigkeitsurteils ist, und der in der Klassenarbeit erbrachten Leistung als Anlass dieser Handlung herzustellen. Dann ist die Handlung gerecht. Die Gleichheit kann nur verhältnismäßig, nicht absolut sein, da die Handlung und der Anlass verschiedener Natur sind – Benotung und Anfertigung einer Klassenarbeit. Die Gerechtigkeit der Benotung ist unabhängig von der Benotung anderer Schüler. Sie ergibt sich direkt aus dem Verhältnis von Leistung und Handlung.

Anders gelagert sind Fälle, in denen Gerechtigkeit relational zu Dritten bestimmt wird. Dies kann derivativ erfolgen, wenn eine Handlung verhältnismäßig gleich sowohl gegenüber Anlass A als auch gegenüber Anlass B ist: Zwei Schülerinnen beantworten alle Fragen der Arbeit richtig und erhalten deshalb beide die gleiche Note. Sie werden numerisch gleich behandelt, ohne dass ihre Leistungen dazu verglichen werden müssten. Die gerechte Benotung ergibt sich schon aus dem Verhältnis von Leistung und Note, das nur bei beiden übereinstimmt. Dieses Beispiel zeigt, dass absolute Gleichheit ein Sonderfall der proportionalen Gleichheit ist. Wenn das Maß der Gegebenheit des Verteilungskriteriums in Situation A und B gleich ist, ist auch die entsprechende Behandlung gleich.

Es gibt aber auch Fälle, in denen es an einem absoluten Kriterium für eine Behandlung fehlt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Güter knapp sind und die, die an der Verteilung teilhaben wollen, möglichst viel von den Gütern erlangen wollen, seien es materielle Güter oder immaterielle, wie Lebenschancen. Als einfaches Beispiel kann wieder die Verteilung eines Kuchens auf einem Geburtstag dienen. Wenn es keine besonderen Gründe für eine Abweichung wie etwa das Bedürfnis eines Hungernden gibt, sondern alle, an die verteilt werden soll, den Kuchen gleich stark begehren, ohne dass alle soviel abbekommen können, wie sie gerne möchten, dann ist eine gleiche Verteilung an alle gerecht. Diese gleiche Verteilung ist originär relational. Sie ergibt sich nur durch Vergleich verschiedener Adressaten der Verteilung. Hier muss verhältnismäßige Gleichheit hergestellt werden. Da im genannten, einfachen Fall davon ausgegangen wird, dass keine besonderen Verteilungskriterien wie das Bedürfnis einschlägig sind, ist eine verhältnismäßig gleiche Verteilung eine numerisch gleiche Verteilung, weil die Adressaten in Hinsicht auf die Verteilung keine relevanten Unterschiede aufweisen. Dieselben originär relationalen Verteilungskriterien gelten auch für andere, komplexere Verteilungsentscheidungen von knappen Gütern, etwa hinsichtlich von Freiheitssphären.

Proportionale Gleichheit ist nicht nur in quantitativer, sondern auch in qualitativer Hinsicht herzustellen. Ein Herrscher, der alle seine Untertanen zur Belohnung ihres Gehorsams verhungern lässt und auch sich selbst nicht schont, bietet kein Beispiel für Gerechtigkeit. Die Behandlung ist nicht gerecht, weil die verhältnismäßige Gleichheit in qualitativer Hinsicht nicht gewahrt wird, weil Behandlung (Leid-zufügung) und Anlass (löbliche Handlung des Gehorsams) qualitativ inkongruent sind.

Die ausgleichende Gerechtigkeit ist auf die Wiederherstellung oder Bewahrung von gerechten Zuständen gerichtet. Paradigmatischer Fall ist die Restitution. Hier ist ebenfalls (proportionale) Gleichheit leitend, häufig (da genau bestimmbar) als numerische Gleichheit. Neben Schadensersatz sind Austauschgeschäfte im weiteren Sinne, also Tausch, Kauf, Miete etc. und Strafe die klassischen Beispiele ausgleichender Gerechtigkeit. Austauschgeschäfte wurden klassisch als echte Äquivalenzbeziehung angesehen, bei der der Wert von Leistung und Gegenleistung einander entsprechen müssen. Heute wird hier im Regelfall auf Angebot und Nachfrage rekurriert, ohne Rückgriff auf einen objektiv gerechten Preis. Bei der Strafe ist verhältnismäßige Gleichheit heute ein Strafzumessungsprinzip: Die Strafe muss schuldangemessen sein.

Das Prinzip proportionaler Gleichheit ist auch historisch der Kern des Gerechtigkeitsbegriffs, wie schon in frühen Formeln des *sum cuique* angedeutet und bei Aristoteles herausgearbeitet wurde. Dies kann als Universalie der Gerechtigkeitsdiskussion seit der Antike festgehalten werden. Die großen Unterschiede entspringen im Wesentlichen aus der Frage, in welcher Hinsicht Menschen gleich behandelt werden sollen. Die Gerechtigkeitsphilosophie ist dabei zu einem großen Teil eine Diskussion um die Gleichwertigkeit von Menschen und ihre Konsequenzen für bestimmte Verteilungssphären. Hinsichtlich des Bereichs basaler Rechte ist diese Diskussion in die heute wenig bestrittene These gemündet, dass alle Menschen gleiche Rechte hätten. Dies wird letztlich auf den Begriff der gleichen Menschenwürde gebracht. Strittig sind dagegen die Gerechtigkeitskriterien in anderen Sphären – welche

Bedeutung hat Leistung z.B. bei der Verteilung von materiellen Vorteilen? Welche Bedürfnis? Hier werden sehr unterschiedliche Antworten gegeben, die sich hinsichtlich verschiedener Gütersphären unterscheiden. Diese Auseinandersetzungen erzeugen Folgeprobleme, etwa: Was zählt eigentlich als Leistung? Inwieweit muss man z.B. bei der Bemessung von Leistung von den Zufällen natürlicher Ausstattung in Form von bestimmten Talenten absehen? Leistung ist aber jedenfalls für bestimmte Güter kein Verteilungskriterium, z.B. die politischen Mitwirkungsrechte. In einer modernen Demokratie werden besonders wohl informierte oder urteilssichere Staatsbürger nicht durch das höhere Gewicht ihrer Stimmen belohnt. Das Rechtssystem kann bestimmte Kriterien der Behandlung verbieten – die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG sind ein Beispiel hierfür. Hier hat sich rechtlich ein Konsens um negative Verteilungskriterien in einer Verfassungsnorm niedergeschlagen.

Der Bereich konstruktiver praktischer Vernunft wird durch diese Probleme der Anwendung von Verteilungskriterien eröffnet. Es geht um sinnvolle Differenzierung von Verteilungssphären und die Ermittlung einleuchtender Verteilungskriterien, die die grundlegende Wertgleichheit von Menschen gleichzeitig schützen. Ein methodisches Problem wird dadurch geschaffen, dass die konkret betroffenen Belange ermittelt werden müssen – hier werden verschiedene Methoden diskutiert, um Unparteilichkeit zu garantieren, z.B. Rawls »veil of ignorance«.<sup>175</sup>

---

175 Bei S. Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit*, S. 36ff, handelt es sich bei der Unparteilichkeit sogar um einen Teil des Begriffs der Gerechtigkeit.