Universität Zürich[UZH]

Rechtswissenschaftliches Institut

Lehrstuhl für Privat- und Wirtschaftsrecht
Prof. Dr. iur. Hans-Ueli Vogt
Rämistrasse 74 / 35
CH-8001 Zürich
Telefon +41 44 634 31 27
www.ius.uzh.ch/vogt

Einführung in die Rechtswissenschaft

Vorlesungsskript, Teil 4

Herbstsemester 2026

Gruppe 1

Prof. Dr. iur. Hans-Ueli Vogt

Inhaltsverzeichnis

Fünfter Teil: Recht und Gesellschaft 3
I. Recht und Sitte 3
II. Recht und Moral 24
III. Recht und Religion 54
IV. Recht und Politik 55
V. Recht und Wirtschaft 102
VI. Recht und Globalisierung 103

I. Recht und Sitte

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 9 N. 3–95, § 6 N. 2–180

- Begriff der Sitte: Gebrauch, Übung, Usanz
- Abgrenzung zu den "guten Sitten" (siehe vor allem Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR)
- Charakterisierung der Sitte
  - normativ, aber nicht rechtsverbindlich
  - nicht wertungsbezogen
  - nur auf das Verhalten, nicht auch auf die Haltung der Menschen bezogen
  - auf die Gemeinschaft, nicht auch auf das Individuum bezogen
  - nicht mittels staatlich organisierten Zwangs durchsetzbar und sanktionierbar, unter Umständen gesellschaftliche Sanktionen

Beispiel: NZZ am Sonntag Magazin, 7. Mai 2023, S. 6–15:

101 Regeln. Für jetzt.

Zusammengestellt von der Magazin-Redaktion
Illustrationen von Stephen Collins



Regel 1

Die Art und Weise, wie wir uns benehmen, uns begegnen und uns berühren, hat sich verändert. Die alten Regeln und Konventionen gelten nicht mehr, es herrscht eine neue Unübersichtlichkeit: Unsere zersplitterte Gesellschaft ist in Blasen aufgeteilt mit jeweils eigenen Gepflogenheiten, jede digitale Plattform hat ihre spezifische Netiquette – wer hat da noch den Durchblick? Dazu kam eine Pandemie, die unser Sozialleben verkümmern liess. Wir sind, um es kurz sagen, etwas eingerostet im Umgang mit anderen und mit der Welt. Deshalb diese Sammlung an nicht immer ernst gemeinten Regeln, die bekanntlich dazu da sind, sie zu brechen.

Digitales Leben

Wie man ghostet, postet, liked und tweeted und sich nicht als Boomer outet (und ja, Anglizismen sind völlig okay).

(1) Leute mit Buch im Tram oder mit Air-Pods beim Einkaufen sollte man in Ruhe lassen. Das nennt sich heute Me-Time.

(2) An die Menschen, die ellenlange Sprachnachrichten schicken: Ihre Nachrichten werden zur Bestrafung in doppelter Geschwindigkeit abgehört. Sie klingen wie Mickey Mouse.

(3) Hashtags sind die Pailletten des Internets – verwenden Sie zu viel davon, wirkt es billig. Diese nerven ganz besonders: #blessed, #onassignment, #iykyk, #carpediem, #techno, #mindfulness, #aboutlastnight, #couplegoals, #shamelesshealthy

(4) «LG Mami» braucht es nicht nach jeder Nachricht, Mutter! Und Papa: Du könntest dich auch mal wieder melden.

(5) Verschicken Sie Nachrichten mit mehr als zwei aufeinanderfolgenden Emojis, sind Sie entweder ein Sex-Bot oder ein Boomer. *(Siehe auch Regel 20)*

(6) Menschen, die beim Gehen auf ihr Handy blicken, darf man sich in den Weg stellen.

(7) Ihre Party-Entourage hat keine Lust, «Be Real» zu sein. Wenn Sie nicht wissen, was «Be Real» ist, springen Sie vielleicht besser direkt zur nächsten Kategorie: Da geht es nicht mehr um neue Social-Media-Plattformen, sondern ums echte Leben.

(8) Kopfhörer sind eine gute Erfindung. Auch zum Face-Timen. Auch in Tram und Bus.

(9) Reposts von Instagram-Storys nochmals zu posten, ist, als würde man in sein eigenes Freundschaftsbuch schreiben.

(10) Falls Ihre Followerschaft nicht mehrheitlich aus Bewohnern der Arktis oder der Wüste besteht: Lassen Sie die «Erster Schnee»- oder Kirschblüten-Krokusse-Blüh-Storys. Wir haben es auch mitbekommen.

(11) Achtung, es gibt ein höchst begrenztes Kontingent an Ferienbildern in Familien-Gruppen-Chats: eines pro Tag. Früher wurde aus gutem Grund eine einzelne Postkarte verschickt und nicht ein ganzes Fotoalbum.

(12) **Soll man die Posts von Menschen herzen, die einen persönlichen Schicksalsschlag auf Instagram dokumentieren?**

Hund tot, Handgelenk gebrochen, ein haarloses Selfie während der Chemo – manche Dinge sind so traurig, dass man ihnen kaum ein Herz verleihen möchte. Aber geht das wirklich nicht? Die Kommunikation mit Likes und Herzchen scheint so komplex wie die höfische Ständegesellschaft im 15. Jahrhundert, und dazu gehört, dass ein Herz auch ein Ausdruck von Mitgefühl sein kann. Der Kontext ist meistens eindeutig, darum kann man getrost mitherzen. Und falls sich jemand die Frage stellt, ob es Stil habe, mit seinem Innersten nach aussen zu treten: absolut! Authentizität und Verletzlichkeit sind die Tugenden der Stunde. Wir haben es satt, die Hochglanzleben unserer Freunde in den Netzwerken zu verfolgen, wo man doch schon längst ahnt, dass der Traumtyp ein notorischer Fremdgänger und der Hashtag #ilovemyjob das Ticket in ein Burnout ist. Die Darstellung der eigenen Verletzlichkeit kann befreiend sein. Weder eine psychische Krankheit noch ein Schwangerschaftsabbruch sind etwas, wofür man sich heute noch schämen muss. *Henriette Kuhrt*

07/05/2023

NZZ AM SONNTAG MAGAZIN 7

Im Büro

Wie man CEOs grüsst und mit Mitarbeiterinnen umgeht, denen die Arbeit völlig zu Recht nicht so wichtig ist wie Ihnen.

(13)

Lassen Sie sich als Chef und Chefin erst dann einen Bonus auszahlen, wenn das Pflegepersonal Ihres kranken Vaters oder die Kita-Betreuer Ihrer Tochter auch einen bekommen.

(14)

Setzen Sie sich am Arbeitsplatz nie zwischen eine Frischluftfanatikerin und einen Durchzugsphobiker. Da weht ein rauer Wind.

(15)

Wer heute noch mit Geschäftsreisen prahlt, stammt aus einer Zeit, in der Piloten noch als sexy galten und Flughäfen als mondän.

(16)

Über Mittag kalte Speisen am Arbeitsplatz zu verzehren, ist nicht schön, aber o.k. Der Verzehr warmer Speisen allerdings, zum Beispiel von Blumenkohlsuppe, ist ein Übergriff.

(17)

Wie soll man mit jüngeren Kollegen umgehen, für die Arbeit nicht alles ist, die sich um 17 Uhr vom Büro in den Feierabend verabschieden – und Sie mit der ganzen Arbeit sitzenlassen?

Ein solches Problem darf gar nicht erst moralisch betrachtet werden. Wofür gibt es Verträge und Gesetze? Solange die Kollegen den Vereinbarungen in ihrem Arbeitsvertrag vollumfänglich nachkommen, ist ihnen nichts vorzuwerfen. Ärgern kann man sich natürlich, wenn deren nicht geschaffte Arbeit dann an einem selber hängenbleibt. Dann bleibt Ihnen nichts anderes übrig, als die Überstunden aufzuschreiben und der Chefin vorzulegen. Kommt dabei regelmässig mehr zusammen als ausgemacht, muss der Boss sich etwas überlegen. Aber nicht Sie. Vielleicht mehr Personal? *Barbara Höfler*

Regel (20)



(18)

Der Satz, man habe ein Burnout, wird so oft verwendet, dass er erstens jede Bedeutung verlor und zweitens die reale Diagnose verharmlost. Ein Burnout bedeutet eben nicht, dass man mal unausgeschlafen ist. Und wer gut im Prokrastinieren ist, hat übrigens auch nicht automatisch ADHS. *(Siehe auch Frage (54))*

(19)

Leider hat es sich in vielen Unternehmen durchgesetzt, sich per Du anzusprechen. Aber diese gespielte Nähe ist nicht nur affig, sondern auch hinderlich bei schwierigen Themen wie Lohnforderungen. Deshalb: Du ist für Kinder, Erwachsene bleiben beim Sie.

(20)

Im Mail-Verkehr mit der HR-Abteilung sind Emojis tabu. Und zwar für beide Seiten.

(21)

Schlechte Nachricht für militante Tech-Verweigerer: Seit Home-Office okay ist, haben Messenger-Dienste wie Slack oder Teams Sinn. Leben Sie damit – oder gehen Sie zurück ins Büro.

(22)

Wenn Sie angestellt sind und um 15 Uhr den Satz bringen: «Ich gehe ins Home-Office», kann das höchst verdächtig wirken. *(Siehe auch Regel (27))*

Unter Menschen

Wie man unterwegs ist, joggt, reist, mit Schwiegereltern umgeht, sich einladen oder im Ausland übers Ohr hauen lässt.

(23)

Wenn Sie sich mit jemandem verabreden, sagen Sie nicht als Erstes, wann Sie wieder gehen müssen. So kostbar kann Ihre Zeit dann auch nicht sein.

(24)

Auch wenn es Ihnen widerstrebt: Erkundigen Sie sich bei Einladungen nach den Essgewohnheiten der Gäste. Wenn die Hälfte am Tisch jeden Gang verschmäht, rettet auch der vegane Naturwein die Stimmung nicht mehr.

(25)

Umgekehrt gilt: Wer gleichzeitig Gluten-intolerant ist, ovo-lacto-vegetarisch isst und eine Cambria-Nuss-Allergie hat, sollte sein Essen selbst mitbringen oder kommentarlos essen, was geht. Und dann zu Hause reinhauen.

(26)

Wenn Sie den Partner Ihrer Freundin nicht mögen, dann laden Sie ihn auch nicht zum Wellness-Wochenende ein. Es sei denn, es braucht jemanden, der für die Sauna Holz hackt. *(Siehe auch Regel (78))*

(27)

Schon eine psychisch halbwegs gut überstandene Arbeitswoche ist ein Grund, anzustossen. Ein Hoch auf Apéros!

(28)

Wer zum Essen eingeladen wird, sollte sich wie auf eine Talkshow vorbereiten: Sie brauchen entweder etwas Interessantes oder Witziges zum Erzählen. Oder überlegen Sie sich wenigstens gute Fragen. Nichts ist schlimmer, als schläfrige Gäste am Tisch zu haben, die immer die gleichen Plattitüden von sich geben.

(29)

Es geht in der Warteschlange nicht schneller, wenn man laut stöhnt, seufzt oder mit den Augen rollt. Passiv-aggressives Verhalten ist immer fehl am Platz.

(30)

Bringen Sie ein geeignetes Gastgeschenk mit. Wer mit einem Denner-Rioja aufkreuzt, kann gleich wieder nach Hause.

(31)

Nein, liebe Schwiegereltern, wir wollen die Reste vom Osteressen nicht in der Tupperware mit nach Hause nehmen. Die landen zuletzt dann doch im Müll. Und ja, die Tupperware bringen wir beim nächsten Besuch wieder mit, versprochen!

(32)

Axe-Sprüh-deos sind keine Eaux de Parfum, liebe Teenies.

(33)

An alle Jogger, die vor der Ampel weiterhüpfen, um angeblich nicht aus dem Flow zu geraten: Solange ihr nicht Mujinga Kambundji seid und mit Sport Geld verdient, könnt ihr die paar Sekunden auch einfach stehend warten.

(34)

Wie weit soll man gehen, um eine Wohnung zu bekommen? Pralinen: Ja! Prostitution: Nein! Ausser die Wohnung hat freie Sicht auf den See. Dann vielleicht schon.

(35)

Ein Cargo-Velo ist noch lange kein Grund, sich moralisch überlegen zu fühlen. Es ist schliesslich der SUV unter den Velos.

(36)

Klatschen Sie ruhig bei der Landung vom Flugzeug. Aber dann konsequenterweise bitte auch der Busfahrerin Danke sagen.

(37)

Sich von Taxichauffeuren in fernen Ländern übers Ohr hauen zu lassen, ist total okay. Nehmen Sie es gelassen, in Zürich zahlen Sie ja auch, ohne mit der Wimper zu zucken, 8 Franken für einen Cappuccino mit Hafermilch.

(38)

Soll man vor einem Treffen noch vorwarnen, dass man erkältet sei?

Nein. Wer erkältet ist, bleibt bitte zu Hause. Wir leben im Jahr 1 nach Corona und sind auf schmerzhafte Weise klüger geworden. Dazu gehört auch der Umgang mit Infektionskrankheiten: Niemand muss verschnupft zur Arbeit märtyrern oder in einem Restaurant aufkreuzen, wenn man von mauseroten Schnupfenaugen oder Nieskaskaden geplagt wird. In Zeiten von Home-Office gibt es sicherlich Aufgaben, die man auch mit einer Erkältung bewältigen kann, und Freunde und Bekannte sind auch eher erfreut, wenn man nicht als Virenschleuder oder Bazillendrehkreuz am Tisch sitzt. *Henriette Kuhrt*

Gesprächskultur

Wie man nett ist zueinander, ohne «Wie geht's?» zu fragen, wie man gendert und flirtet und (AN ALLE MÄNNER!) manchmal am besten schweigt.

39

Wenn jemand anfängt, Ihnen eine Geschichte zu erzählen, die Sie bereits gehört haben – bleiben exakt fünf Sekunden, das mitzuteilen. Andernfalls: Ohren zu – und durch.

40

Machen Sie mehr Komplimente. Üben Sie es beim Zähneputzen vor dem Spiegel. Es macht gute Laune.

41

Erwidern Sie nie ein Kompliment, wenn Sie eins bekommen. Bedanken Sie sich, geniessen Sie es – und schweigen Sie.

42

Über die Auswirkungen der Astrologie auf Weltprobleme (Banken-Crash, Corona, Putins Krieg) können Sie mit Daniele Ganser oder den Freiheitstrychlern sprechen. Abgesehen von diesen Schwurblern will das niemand hören. Und auch der rückläufige Merkur (oder wie man hier sagt: Mercury Retrograde) ist keine Erklärung für alles, was bei Ihnen gerade schiefläuft. Er dauert sowieso nur noch bis zum 15. Mai.

43

Sagen Sie Leuten nie, sie sähen aus wie jemand, den Sie kennen. Es sei denn, Sie vergleichen sie mit Christie Turlington. Oder Jeremy Allen White.

44

Auch verboten gehört «Du siehst gut aus – für dein Alter».

45

Sollte es passieren, dass man Sie misgendert – dass Sie etwa als Mann angesprochen werden, obwohl Sie sich als Frau oder nonbinär fühlen –, dann machen Sie möglichst früh darauf aufmerksam. Und seien Sie gnädig mit Ihrem Gegenüber, es geht schliesslich nicht allein um Sie.

46

Sie müssen sich nicht für alles entschuldigen, vor allem nicht am nächsten Tag per SMS, falls Sie zu viel getrunken haben auf der Party Ihres Schwagers und ausfällig wurden. Man kann Dinge auch mal stehenlassen.

47

Israel oder Palästina? Impfen oder nicht? Verhüllungsverbot? FCZ oder GC? Heikle Themen beim Dinner mit Freunden im Restaurant meiden oder diskutieren?

Wann denn sonst? Harmlose Themen gibt es sowieso kaum noch, selbst das Wetter kann in Zoff über Klimaaktivisten – «Terroristen!» – umschlagen. Auch Ihr chronischer Weltschmerz und wackliges Weltbild wollen an die Luft, sonst lohnt sich die Meinungsfreiheit ja nicht. Nutzen Sie das aus: eine Runde Menschen, die Sie mögen, denen Sie vertrauen und zutrauen, ein vernünftiges Gespräch zu führen. Familientreffen und Social-Media-Kommentare schliessen das bereits aus. Zündstoffe bestreiten sich am besten mit guten Freunden – genauer gesagt: Freund*innen – «Gender-Scheisse!», schon haben Sie eine emotionsgeladene Grundsatzfrage losgetreten: «Gibt es mehr als zwei Geschlechter?» Diskutieren Sie – über Gott und die Welt, die wir im Begriff sind zu verheizen. Gönnen Sie sich den Adrenalin-Kick, andere Ansichten zu ertragen. Oder wie oberflächlich hätten Sie Ihre Freundschaften gern? Das gilt nebenbei auch für Liebesbeziehungen: Streitende Menschen trennen sich nicht zwangsläufig. Nur Passiv-Aggressive und krankhafte Rechthaber lösen Rosen- oder Atomkriege aus. Auf eines können wir uns alle sicher einigen: Wir leben in angsteinflössenden Zeiten. Und manchmal möchte man einfach nur schreien. *Pauline Krätzig*

48

Eifersucht, Jähzorn, Narzissmus: Nein, Ihr inneres Kind ist nicht für jede Ihrer Unzulänglichkeiten verantwortlich. Werden Sie mal erwachsen! *(Siehe auch Regel 45)*

49

Dieses dauernde Sich-Überbieten mit den allerneusten Serien, die es nur auf einem Sparten-Streamingportal gibt: Es ist dann auch mal gut.

50

Konfrontationen darf man auch vermeiden! «Ich möchte heute nicht darüber reden» ist völlig in Ordnung. Vor allem an Weihnachten.

51

Wer heute jemanden fragt, wie es gehe, muss mit einem Schwall von Befindlichkeiten rechnen und dafür gewappnet sein. Ein «Wie geht's?» im Vorbeigehen sollte man sich besser verkneifen. Wenn man trotzdem was Nettes sagen möchte: *Siehe auch Regel 40*

52

Der Ausruf «Ach, was darf man denn heute überhaupt noch sagen!?» ist dumm und in dem Moment schon falsch, in dem Sie ihn äussern. Bitte überlegen Sie sich was Neues.

53

An alle Menschen, die zu lange über Weine reden: Niemand will Ihr Geschwätz über Tannin-Anteile und Eichenfass hören. Weine sind zum Trinken da. Und ja, Rotwein zu Fisch: Das geht!

54

Wie offen sollte man mit seinen psychischen Problemen umgehen?

Angststörung, Burnout, Borderline – die Seele leidet, die Psyche rauscht. Ich selbst habe seit bald zwanzig Jahren Depressionen und gelernt: Nichts, was ungefiltert durchs Hirn irrt, sollte man mit sich selbst ausmachen. Seine Krankheit zu verstecken, bedeutet ausserdem, einen Teil seiner selbst zu verleugnen. Und hilft der Politik, «unsichtbare» Krankheiten zu ignorieren. Ist ja schön, dass Mental Health jetzt trendy ist, fehlt nur noch: eine Lobby und mehr Hilfsangebote. Gesellschaftliche Akzeptanz ist das Ziel, Rücksicht die Kür. Es sollte keinen Mut erfordern, über etwas zu reden, das jeder achte Erdbewohner kurz- oder langfristig erlebt. Leider verknoten nach wie vor ausgerechnet diejenigen das Thema mit Scham und Schwäche, die sich selbst dringend mal auf die Couch legen sollten. Natürlich gibt es einen Unterschied zwischen «sich öffnen» und «offen sein». Blosse Info ist jedem zumutbar, Over-Sharing nicht. Gehen Sie also sparsam mit intimen Details um. Ihrem Chef sind Sie persönlich nämlich ziemlich egal, der Grund für Ihre Krankschreibung geht ihn deshalb nichts an. Soziale Netzwerke eignen sich auch nur bedingt als Selbsthilfegruppe, vertrauen Sie sich lieber engen Freunden und Ihrer Familie an. Wer erst mal albern oder grobschlächtig reagiert, ist oft unsicher. Wer sich gar nicht mehr einkriegt, war wohl schon immer ein Arschloch. Passen Sie auf sich auf. *Pauline Krätzig*

57

Sagen Sie bitte nie wieder «XY ist das neue Z». Es ist so 2000. Zugegeben, auch die Formulierung dies oder jenes sei «so 2000» ist von vorgestern.

58

Versuchen Sie nie, einen Dialekt nachzumachen. Es sei denn, Sie heissen Fabian Unteregger.

59

Verwenden Sie nie Ihre Hunde- oder Baby-Stimme, wenn andere Menschen anwesend sind.

60

An die Nachbarn aus Deutschland: Hierzulande weiss man unterdessen, dass Sie «Schweizerdeutschli» so «herzig» und «so süss» finden, Sie müssen es nicht bei jeder Gelegenheit betonen.

61

Menschen jenseits der 40 sollen Wörter wie «nice» oder «Bro» nicht mehr benutzen. Es ist einfach zu cringe.

Regel 59



55

Es ist okay, seine Meinung zu ändern. Auch wenn Sie auf Twitter vor sieben Jahren noch behauptet haben, Gendern sei doof. Weisse Socken waren schliesslich vor kurzem auch noch verpönt, und heute tragen sie alle. *(Siehe auch Regel 36)*

56

«Woher kommst Du?» ist eine Frage, die Sie nicht einmal dem Ehemann oder der pubertierenden Tochter stellen sollten, wenn sie spätabends, nach Parfum oder Zigarettenrauch duftend, nach Hause kommen.

62

Wie löse ich mich sanft aus einem todlangweiligen oder nervtötenden Gespräch?

Sofort im Keim ersticken. Antworten Sie bei Begegnungen mit drögen Bekannten auf die Frage: «Wie geht's?» gleich mit der Wahrheit – «Unterirdisch!» –, die löst bei den meisten Menschen Fluchtreflexe aus. Sind Sie auf einer Party, gibt es zwei Orte, zu entkommen: Bad und Bar. Entweder Sie verabschieden sich auf die Toilette oder mit «Ich bin am Verdursten» – und dann schnell den Augenkontakt kappen, sonst werden Sie noch gebeten, ein Bier mitzubringen. Sitzen Sie gerade? Dann beendet folgende Kombination jede Unterhaltung: energisches «So!», Hände auf die Oberschenkel schlagen, aufstehen. Bei einem Dinner mit festen Tischnachbarn haben Sie hoffentlich viele Geschwister und wissen, wie man sehr schnell isst. Gehen Sie deshalb beim ersten Date auch niemals essen. Auf Business-Events rettet Sie die Macht der Requisite. Sobald das Networking zu nervig wird, spielen Sie Ihre Visitenkarte aus: «Ich muss mich jetzt leider ausklinken, aber keep unbedingt in contact!» Am Arbeitsplatz sollten Sie immer eine ausgedruckte Excel-Tabelle oder einen Schlüsselbund bei sich tragen. Sobald der Kollege auf seine Verdauungsprobleme zu sprechen kommt, kritzeln Sie auf dem Utensil herum oder scheppern damit und unterbrechen: «Ich möchte nicht unhöflich sein, aber ich habe 'hier einsetzen' (eine Besprechung, eine Abgabefrist, noch 79 Türen zu öffnen).» Alternativ erwähnen Sie laut, es stehe Kuchen in der Kaffeeküche – «nur noch wenige Stücke!», schon stehen Sie allein da. *Pauline Krätzig*

63

Darf ich mein Gegenüber nach der Adresse der Botox-Praxis fragen?

Erinnern Sie sich noch an die Zeit, in der spektakulär attraktive Ü-50-Schauspielerinnen und Models in Interviews behaupteten, viel Schlaf, ausreichend Wasser und gute Gene seien der Grund für ihren pittoresken Zustand? Der Horror jeder zerknitterten Zivilistin: Nicht nur, dass man als Frau auch noch im Alter sexy aussehen musste, man musste dabei auch noch Sprezzatura verbreiten – und so tun, als käme der Glow von allein. Wie gut, dass diese Zeiten vorbei sind: Botox und Co. sind so weit demokratisiert, dass man selbst in der Mittagspause zur Hautärztin huschen kann, ohne hinterher auszusehen, als habe man unterwegs einen Boxkampf und sein Gesicht verloren. Die Eingriffe sind bezahlbar, auch Männer lassen nachhelfen, sogar Kamele stehen unter Verdacht, für Schönheitswettbewerbe mit der Spritze optimiert zu werden. Warum sollten wir uns da gegenseitig in die Tasche lügen? Da ist die Frage «Kann ich die Nummer von deinem Hautarzt haben, du schaust so frisch aus?» doch DAS Kompliment der Gegenwart. *Henriette Kurth*

64

An alle SchweizerInnen: Flirten ist okay. Nicht jeder Mann, der einer Frau sagt, sie habe schöne Schuhe, will mit ihr ins Bett. Nicht jede Frau, die einem Mann sagt, er habe Charisma, will sein Geld. Und nicht jeder Mann, der in einer Gay-Sauna jemanden anspricht, will Sex.

65

Es geht - auch für Männer - in Ordnung, bei einem bestimmten Thema, sei es dem Niedergang der CS, Frontverschiebungen im Donbass, Bitcoins oder beim feministischen Diskurs, zu sagen: «Darüber weiss ich leider nichts, bin aber gespannt, was ihr zu sagen habt.»

66

Wann haben eigentlich Empathie und Achtsamkeit Werte wie Intelligenz oder Bildung als neue Währung abgelöst?

Mit Werten ist es nicht anders als mit Waren. Herrscht zu viel Angebot, kann man noch ein bisschen an VIP-Versionen schrauben, aber dann stürzt die Nachfrage ab. So geht es der Bildung. Es gab eine Zeit, in der nur Pfarrer schreiben konnten. Heute schaffen in Ländern wie Deutschland 51 Prozent die Hochschulreife, in zwanzig Jahren sollen es dort 70 Prozent sein, und in der VIP-Version geht die Bildungsinflation weiter: 40 Prozent der unter 35-Jährigen gehen in der EU inzwischen an eine Uni. Wo derart viele gebildet sind, verliert Bildung an Wert. Leider reisst sie dabei die Intelligenz mit sich, die oft mit Bildung verwechselt wird. Dass beides nicht zwangsläufig gekoppelt ist, zeigt aber eben der Aufstieg von Empathie und Achtsamkeit als neues distinktives, weiches Herrschaftswissen. Für beides braucht es weder Intelligenz noch Leistung, noch Qualifikation. Das macht die Sache attraktiv, auch bei den weniger Gebildeten, etwa – pardon – in der Schweiz, wo die Maturitätsquote bei 20 Prozent liegt. *Barbara Höfler*

Im Restaurant

Was man isst und trinkt, wie man bezahlt und kocht und wofür man sich ganz sicher nicht zu schämen braucht.

67

Wenn die Ihnen gegenübersitzende Person Sie so sehr langweilt, dass Sie nicht mal für ein paar Stunden Ihr Handy in der Tasche lassen können, sollten Sie vielleicht Ihre Freundschaft hinterfragen. Oder Ihre Sozialkompetenz.

68

Man darf finden, Hummus schmecke nach torfiger Asche; auch wenn momentan kaum ein Apéro ohne ihn auskommt.

69

5%, 10% oder 15%? Wie soll man per Kreditkarte digital Trinkgeld geben?

Ganz allgemein formuliert, sollte auf digitales Trinkgeld verzichtet werden, unser Zusammenleben ist schon konfliktscheu und sozio-phob genug! Mit der Übergabe des Trinkgelds am Ende eines Essens oder Barbesuchs tritt man mit dem Personal in Beziehung. Ob man es lobt oder sich nervt, ist egal, es geht um die Sekunden an Irritation, die entstehen, während man den Betrag im Kopf zusammenrechnet, weil sie uns zu Menschen machen. Wer sich scheut, Trinkgeld persönlich zu übergeben, scheut sich davor, zu grüssen, zu lachen, zu lieben, zu weinen. Das kontaktlose Leben ist vielleicht das geschmeidigere, aber es ist kein Leben. *Sacha Batthyany*

Regel 74



70

Von welchem Gericht auf der Menukarte sollte man die Finger lassen?

Wer würde Pizza canceln? Niemand. Doch es gibt einen Klassiker der italienischen Küche, der kann in einem Restaurant getrost übergangen werden – Insalata Caprese. Nicht falsch verstehen: Ich liebe das Gericht, wer bitte nicht? Daher ist es auch beinahe auf jeder Menukarte zu finden. Doch es zu bestellen, führt zielgerichtet zu einer Enttäuschung. Das Gericht soll zwar in einem Grand-Hotel auf Capri in den zwanziger Jahren erfunden worden sein, angeblich tagten dort die Futuristen um ihren Vordenker Filippo Tommaso Marinetti, dem die italienische Küche zu schwer war (es gibt sie also doch, die Pizza-Cancler!). Doch trotz diesem Grand-Hotel-Ursprung schmeckt der Caprese am besten zu Hause. Dort nämlich stehen das beste Olivenöl, das favorisierte Salz, der Mozzarella, den man schätzt; egal ob aus Büffel- oder Kuhmilch. Den aus dem Biosphären-Reservat im Entlebuch kann ich persönlich empfehlen. Hinzu kommt, dass das schlichte Gericht zu Hause auch nicht, wie so oft, mit Balsamico-Creme verhunzt wird. Die könnten wir nämlich mal canceln. *Marco Maurer*

71

Teilen ist beim Auto okay – nicht im Restaurant: Die inflationären Sharing-Plates heucheln ein Gefühl von Miteinander vor. Doch wir wollen das Ceviche und den frischen Marktsalat für uns allein, niemand anders soll darin herumstochern! Die Pandemie ist uns diesbezüglich auch eine Lektion gewesen: Essen sharen kommt nicht gut!



72

Es ist okay, nicht zu wissen, was PetNat, Yuzu oder ein Bimi ist. Diese Food-Trends sind in ein paar Monaten sowieso wieder gegessen. (Wenn Sie trotzdem angeben wollen: PetNat ist ein schäumender Naturwein, Yuzu ist eine japanische Zitronenart, und Bimi ist ein Brokkoliartiges Gemüse.)

73

Essen Sie die letzte Olive! Diese übertriebene schweizerische Zurückhaltung beim letzten Stück ist einfach nur lächerlich. Und Food-Waste obendrauf.

74

Kein Food-Shaming, bitte! Es ist legitim, an einem Tisch mit Veganerinnen selbstbewusst ein Steak zu bestellen. Sie fragen sie schliesslich auch nicht über ihren Avocado-, Mandelmilch- oder Blaubeer-Konsum aus.

Kinder & Tiere

Wie man mit Hunden umgeht und sich für die Kinder schämt und umgekehrt.

75

Es ist okay, seine kranken Kinder als Grund vorzuschieben, wenn man keine Lust auf eine Veranstaltung, Einladung oder den Elternabend hat. Für etwas hat man ja die Sorgepflicht.

76

Man muss sich nicht für das Verhalten seiner Kinder entschuldigen. Nur für sein eigenes.

77

Nur weil Sie im Gymnasium waren, muss Ihr Kind nicht auch dorthin.

78

Es ist total in Ordnung, wenn man gewisse Freunde seiner Kinder nicht ausstehen kann. Können Sie Besuche nicht bereits im Vorfeld abschiessen («Trefft euch doch bei Sven, da gibt es immer Donuts zum Zvieri!»), machen Sie es wie einst die Queen: Seien Sie bestimmt im Auftritt – und lächeln Sie milde. *(Siehe auch Regel 26)*

79

Wie sollte man mit Eltern umgehen, die ihre Kinder ständig und voll erkennbar auf Social Media zeigen?

Von sich aus an Eltern heranzutreten und sie dafür zu kritisieren, dass sie ihre Kinder auf Instagram zeigen, empfiehlt sich nicht. Denn Kritik am Umgang mit dem Kind wird regelmässig als Kritik am ganzen Lebensentwurf interpretiert, und so ist es ja auch. Am besten kommen die Eltern von selbst darauf, ein bisschen nachhelfen kann man aber schon: zum Beispiel, indem man subtil erwähnt, dass in Frankreich ein Gesetz diskutiert wird, das den Schutz der Privatsphäre von Kindern auf Social Media zur elterlichen Pflicht erklären will und das Posten von Kinderfotos in extremen Fällen sogar verbieten soll. *Barbara Höfler*

80

Was, wenn der 17-jährige Sohn oder die 20-jährige Tochter plötzlich an denselben Partys auftaucht?

Alles hat ein Ende, nur die Wurst hat zwei. So ist es auch mit den Freuden des Ausgangs. Falls Sie schon immer gerne in Klubs Ihre Nächte verbrachten, werden Sie dort im Halbdunkel früher oder später auf Ihre Kinder treffen. Und das ist für alle Beteiligten unangenehm. Für Sie, weil Sie sich auf der Stelle noch älter fühlen. Und ja, für Ihr Kind sowieso. Haben Sie als Teenie nicht auch gelitten, als Sie Ihren Vater inbrünstig zu «Vamos a la playa» tanzen sahen? Eben. Räumen Sie das Feld, finden Sie andere Spielwiesen! Ausnahme: Falls Sie sehr jung Eltern wurden, teilen Sie sich mit Ihrem Kind das Party-Revier auf. *Andrea Bornhauser*

Regel (82)



(81)

Wie geht man um mit diesen übermotivierten Hündelern in den Parks, die immer alles besser wissen, aber doch nichts im Griff haben?

Hundewiesen sind zu Kampfzonen geworden: Wenn Sie also diese Cowboys und Cowgirls sehen, die ihre Futterbeutel wie einen Colt um die Hüfte geschnallt haben und mit Tennisballwurfgeschossen ihre hechelnden Hunde auf Trab halten, gilt es sich in acht zu nehmen. Erst recht, wenn deren Hunde zwar alle möglichen Tricks draufhaben («Peng!» ist hier sehr beliebt, die Hunde fallen auf Kommando um), aber dann plötzlich gar nicht mehr abrufbar sind und nicht mehr ablassen von Ihrem Hündchen, das sich gerade fürchtet. Die Erfahrung hat allerdings gezeigt, dass es sich nicht lohnt, mit diesen Konditionierungsprofis zu diskutieren oder zu streiten. Denn die werden Sie mit Sprüchen belehren («Ich habe seit 22 Jahren Hunde, ich weiss, wie es geht!» ist der gängigste). Sie tauchen in der Regel in Gruppen auf, gegen die allein nicht anzukommen ist, oder werden aggressiv («Ich zeige Sie an!», wofür, wissen sie selbst nicht). Atmen Sie also tief durch, und seien Sie stolz darauf, Ihren Hund intrinsisch motiviert zu erziehen. Ihr Hund muss nichts weiter können, als bei Ihnen zu bleiben und schön an der Leine zu gehen. Dann laufen Sie ohne ein «Komm!, «Hier!», «Fuss!» mit Ihrem Hund weg und drehen sich nicht ein einziges Mal um. Und dann geniessen Sie es, wie der Hunde-Cowboy Ihnen, Kommandos kreischend, hinterherrennt, um seinen aufdringlichen Hund, der Ihnen folgt, wieder einzufangen. *Kerstin Netsch*

(82)

Katzen-Klo auf dem Gäste-WC ist ein No-Go! Nicht alle wollen die Hinterlassenschaften Ihres Haustiers betrachten müssen.

Liebe & Sex

Wie man sich neckt und trennt, wie man Dick-Pics verschickt (NIE!) und sich Liebesbriefe vom Computer schreiben lässt.

(83)

Mehr Kosenamen in der Öffentlichkeit! Aber nur, wenn sie originell sind. Zum Beispiel: Knuffelbär, Fröschlein, Zuckerbienchen.

(84)

Ihre Pärchen-Problemchen sind nicht unterhaltsam, sondern nervig, weil sie für andere nichtig sind. Behalten Sie sie für sich, es sei denn, Sie lassen sich scheiden oder stehen vor einem wirklichen Scherbenhaufen.

(85)

Nichts ist schlimmer als beleidigte Männer. Also reisst euch zusammen!

(86)

Nein, Ihre Dick- und Pussy-Pics will niemand sehen, ausser Sie werden — aus welchem Grund auch immer — in aller Deutlichkeit darum gebeten. *(Siehe auch Regel (84))*

(87)

Auf Dating-Plattformen zu schummeln, ist total angemessen, niemand erwartet, dass Sie im Netz die Wahrheit sagen. *(Siehe auch Regel (85)).*

(88)

Aber: Nur weil Sie auf Ihrem Tinder-Profil einen Labrador-Welpen mit Kulleraugen im Arm halten, sind Sie noch lange nicht vertrauenswürdig und fürsorglich.

(89)

Es ist okay, jemanden nach dem ersten Date zu ghosten. Sie haben ja nicht für alles Zeit im Leben.

(90)

Was ist die beste Art, einen Schlussstrich unter die Beziehung zu ziehen?

Ernüchtert vom Hormoncocktail der Verliebtheit stellen Sie fest: Aus diesem Zustand wird niemals Liebe. Sobald dieser Gedanke einschiesst: Trennung einleiten. Kein Bock auf Stress? Klar. Sie können sich jetzt widerlich aufführen, um verlassen zu werden. Ist halt armselig. Und kann ewig dauern. Stehlen Sie anderen und sich selbst nicht aus Feigheit wertvolle Lebenszeit. Zeigen Sie Charakter: Jede Liebesbeziehung, die über einen längeren Zeitraum und die Bettkante hinausgeht, sollte respektvoll enden. Sie beide teilen nicht mal Wohnung, Kinder und Konto? Dann geht es kaum kürzer und schmerzloser. Verabreden Sie sich am besten beim angehenden Ex-Partner zu Hause. Sonst muss er oder sie mit gebrochenem Herzen heimtorkeln. Beginnen Sie das Gespräch mit Wertschätzung für die gemeinsame Zeit. Erklären Sie, warum Sie Schluss machen, damit er/sie sich nicht selbst einen Grund ausdenken muss. Bieten Sie sich nicht pseudoheroisch als Sündenbock an – «Du hast was Besseres verdient!». Für wie dumm halten Sie Ihr Gegenüber? Eine Trennung verläuft nie ohne Verletzte. Sie können den Schmerz abkürzen, indem Sie den Schlussstrich mit wasserfestem Filzstift ziehen. Warmhalten und Auftauen sind in jeder Beziehung geschmacklos. *Pauline Krätzig*



(91)

Wenn Sie jemanden ghosten, bleiben Sie für immer weg.

(92)

Wenn die SMS einer erwachsenen Person zu einem Drittel aus Emojis besteht – lassen Sie die Finger von ihr. *(Siehe auch Regel (6))*

(93)

Die Regel «Kein Sex beim ersten Date» hat sich mit der Erfindung des Vaterschaftstests erübrigt.

(94)

Wenn sich der Sexting-Verlauf wie das Drehbuch eines billigen Pornos liest: Sofort ghosten!

(95)

Kein Meister der grossen Worte? Keine Virtuosin in romantischer Lyrik? Es ist legitim, seine Liebesbriefe von Chat-GPT schreiben zu lassen. Solange Sie wie Cyrano de Bergerac die Illusion aufrechterhalten können, ist alles gut.

Style

Welche Socken man trägt und welche Turnschuhe, und warum uns Hotels, die anders sein wollen und sich deshalb alle «Boutique» nennen, ärgern.

(96)

An alle Männer, die Turnschuhe zum Anzug tragen oder bunte Ketten ums Handgelenk, um zu zeigen, dass sie noch jung sind und unkonventionell: Ihr seid die wahren Spiesser.

(97)

An alle Frauen, die mit ihren Acrylnägeln auf dem iPad herumtippen: Es klingt, als würden Ratten über Linoleum laufen.

(98)

An alle Menschen: Es reicht jetzt wieder mit den weissen Socken. Und auch mit diesen kurzen Raver-Fransen. Es sieht auch dreissig Jahre nach Marusha doof aus.

(99)

An die Modelabels, die ihren alten Lagerbestand neuerdings als schicken «Archive Sale» loswerden wollen: Wir haben euch durchschaut! Es ist wie damals, als Hotels begannen, sich mit der Bezeichnung «Boutique» zu schmücken.

(100)

Wenn schon Bodyshaming, dann ausgleichend! Wenn Sie schmal gebaute Menschen ungefragt raten, mehr Suppe zu essen, sollten Sie auch Korpulente fragen, ob sie diesen Schokoriegel jetzt ernsthaft verdrücken wollen.

(101)

Sind Benimmregeln im Jahr 2023 überhaupt noch angemessen?

Absolut. Sie sind ja nicht nur eine Möglichkeit, das eigene Verhalten zu überprüfen, sondern auch ein hervorragendes Mittel, um die Gefühle und Verwerfungen einer Gesellschaft abzubilden. Darf ich die Zigaretten des Gastgebers ablehnen? Als Frau einen Mann um eine Verabredung bitten? Meiner Assistentin ein Kompliment zum Sitz ihrer Jeans machen? Es ist doch geradezu verblüffend, wie flüchtig Konventionen sind und wie leicht sich gute Absichten in Tretminen verwandeln. Selbst wenn diese Regeln nur die Zuschreibung für einen Moment und morgen schon überholt sind, so erzählen sie so viel über unser Miteinander wie die Bimssteinleichen in Pompeji.
Henriette Kuhrt

ANZEIGE

Notizen:

I. Recht und Sitte *(Fortsetzung)*

- Zusammenhänge zwischen Recht und Sitte
  - Sitte regelt weniger Bereiche, ist weniger umfassend als das Recht
  - wenige Berührungspunkte

Beispiel: NZZ, 24. Dezember 2019, S. 29:

Wenn die Bescherung das Ziel verfehlt

Viele wollen Geschenke, die nicht gefallen, umtauschen – der Detailhandel ist zu nichts verpflichtet, zeigt sich aber kulant

WERNER GRUNDLEHNER

Die meisten Geschenke kommen nicht von Herzen, sondern vom Detailhändler. Deshalb ist auch das Risiko gross, dass sie ab und zu nicht die Bedürfnisse oder den Geschmack des Beschenkten treffen. Vielleicht erhält der Jazz-Liebhaber eine seltene Rock-Schallplatte, nicht nur der Gatte, sondern auch die Tochter schenkt der Mutter einen Raclette-Ofen, und das teure Veston von Oma findet der Enkel schlicht grauslich. Aber was soll man machen? Es wäre eine Schande, das teure Geschenk nicht zu nutzen und auf dem Estrich zu entsorgen.

Ein Marketing-Instrument

Die Schweizer gehen meist davon aus, dass man nicht gewollte Geschenke umtauschen kann. Das stimmt auch. Doch rechtlich gesehen hat man in der Schweiz kein Recht auf einen Umtausch – im Gegensatz zu vielen anderen europäischen Ländern. Vielmehr gilt hierzulande der Grundsatz: «Gekauft ist gekauft.» Doch die Schweizer Detailhändler haben erkannt, dass ein kulantes Vorgehen der Kundenbindung dient und sich als gutes Marketing-Instrument erweist. Wer gute Erfahrungen macht mit dem Eintauschen seines Geschenkes, wird vielleicht bald wieder als Käufer zurückkehren. Da es zudem der Beschenkte und nicht der Käufer ist, der das Geschäft aufsucht, hat der Detailhändler so vielleicht Zugang zu einem neuen Kunden gewonnen.

Die Schweizer Kaufhäuser berichten aber von sinkenden Umtauschquoten. «Dies lässt zum einen auf eine kompetente Beratung schliessen, zum anderen aber auch darauf, dass heute bewusster eingekauft und geschenkt wird», sagt Coop-Sprecher Urs Meier. In die Einkaufstasche komme nur, was wirklich gefalle und echte Freude bereite. Am häufigsten umgetauscht werden bei Coop Textilien, da sie nicht immer perfekt passen.

«Die Umtauschwünsche nach Weihnachten sind seit einigen Jahren rückläufig», sagt auch Andreas Richter von Manor. Wenn umgetauscht werde, dann seien dies zum Beispiel doppelt erhaltene Spielwaren oder Kleidungsstücke in einer falschen Grösse. Eine mögliche Erklärung dieses Phänomens ist gemäss Richter der Anstieg des Verkaufs von Geschenkkarten und anderen Guthabenkarten wie z. B. für iTunes, Spotify und Google Play.

Damit die vor den Festtagen gekauften Produkte zurückgegeben werden können, müssen aber gewisse Voraussetzungen erfüllt sein. Das Produkt und die Verpackung dürfen nicht beschädigt sein – und bei dieser Verpackung muss es sich um das Original handeln. Ebenso notwendig ist der Kassenzettel. Wenn eine Quittung fehlt, kann es hilfreich sein, wenn der Einkauf mithilfe der Migros-App, der «PKZ Insider Card» oder anderer Kundenkarten und deren digitaler Pendants getätigt wurde.

Beim Umtausch sind auch gewisse Fristen zu beachten. Bei Migros und Kleiderhaus PKZ beträgt die Frist nur zehn Tage. Das Unternehmen führt jedoch an, dass man zur Weihnachtszeit kulant sei – die Artikel sollten bis Mitte Januar jedoch umgetauscht werden.

Alle befragten Einzelhändler ziehen etwa die gleichen Grenzen bei der Umtausch-Kulanz. Unterwäsche, Badekleidung und getragene Kleidung, defekte Artikel sowie Hygieneartikel wie etwa Zahnbürsten werden nicht zurückgenommen. Die Migros ergänzt, dass folgende Artikel ebenfalls nicht zurückgenommen oder umgetauscht werden: Mobiltelefone mit Abo-Abschluss, Notebooks, PC, Tablet-PC, Spielkonsolen sowie Navigationsgeräte. Ausgenommen sind allfällige Defekte, die über die Garantieleistungen behoben werden. Auch Sonderbestellungen, Verbrauchsmaterial oder Spezialanfertigungen werden von der Migros nicht zurückgenommen.

Weil die Rücknahme-Umtausch-Pflicht nicht gesetzlich festgeschrieben ist, ist auch nicht klar, was man erhält, wenn man das Produkt zurückbringt. Doch auch hier zeigen sich Warenhäuser und Detailhandel kulant. So beruft sich Coop etwa auf die «Zufriedenheitsgarantie». Wenn der Kunde mit einem Produkt nicht zufrieden ist, kann er dieses zurückbringen und erhält den Kaufpreis zurückerstattet – eine Frist setzt Coop nicht. Und ein Betrag bis 50 Fr. wird auch ohne Quittung erstattet. Globus gibt an, dass der Kunde wählen kann, in welcher Form er die Rückerstattung will. Bei Migros kann das je nach Region variieren, der Entscheid «Geld oder Gutschein» liegt bei den Genossenschaften.

Bei PKZ gibt es bei nicht reduzierten Produkten den Wert der Ware auf Wunsch entweder in Bargeld, in Form eines Gutscheins oder einer Gutschrift auf die Kreditkarte (wenn die Person, die die Ware retourniert, auch der Käufer ist). Falls Kunden reduzierte Artikel retournieren möchten, gilt Ware gegen Ware. «Das heisst, dass der Kunde zum Beispiel im gleichen Warenwert einen anderen Artikel aussuchen kann und gegebenenfalls die Preisdifferenz bezahlt», sagt ein PKZ-Sprecher.

Mit Köpfchen auswählen

Damit man nach den Festtagen nicht in den Umtauschstress kommt, kann die Konsumentin auch vorsorgen. Nach Weihnachten verzeichnet auch Globus Jahr für Jahr weniger Rückgaben und Umtausche, da Kundinnen und Kunden, die bei Geschenken unsicher seien, gerne eine Globus Cadeau Card, also einen Geschenkgutschein, schenkten.

«Am meisten Retouren stellen wir im Bereich Mode fest, und das in erster Linie, wenn die Grösse nicht passt», sagt Marcela Palek von Globus. Um das zu vermeiden, rät PKZ Folgendes: Bei Kleidungsstücken wie Pullover, Hemden oder Jacken empfiehlt es sich, ein entsprechendes Kleidungsstück der Beschenkten mitzunehmen. So kann die Grösse vor Ort gut verglichen werden. Alternativ können die Kleidungsstücke auch zu Hause vermessen werden.

Bei einem Online-Kauf kann aber vieles anders aussehen. Es ist ein entscheidender Unterschied, ob das Produkt in einem Laden oder über das Internet erworben wird. Viele Online-Shops bieten kein Umtauschrecht an. Wie es im Einzelfall aussieht, erfährt man in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Anbieters, die sich in aller Regel unter einem Menupunkt wie «Service» oder «FAQ» finden.

Danach läuft die Umtauschanfrage meist über ein Formular. Für die Rücksendung muss der Käufer je nach Shop die Portokosten selbst übernehmen. Sie hängen vom Gewicht ab und belaufen sich schnell auf 20 Fr. Bei Warenwerten unter 50 Fr. lohnt sich die Rückgabe nicht. Wichtig ist dabei, dass man die Versandquittung der Post aufbewahrt. So hat man etwas in den Händen, falls es mit der Rückzahlung Schwierigkeiten gibt.

I. Recht und Sitte *(Fortsetzung)*

- Verweisungen des Rechts auf die Sitte
  - Differenzierung rechtlicher Regeln
  - dynamischer Charakter der Verweisungen
- Beispiele für Verweisungen des Rechts auf die Sitte
  - Tragung der Transportkosten bei einem Kaufvertrag (Art. 189 Abs. 1 OR)
  - Vereinbarung von Zinseszinsen (Art. 314 Abs. 3 OR)

Quellen:

220

Bundesgesetz
betreffend die Ergänzung
des Schweizerischen Zivilgesetzbuches
(Fünfter Teil: Obligationenrecht)

vom 30. März 1911 (Stand am 1. Oktober 2025)

Art. 189

[1] Muss die verkaufte Sache an einen anderen als den Erfüllungsort versendet werden, so trägt der Käufer die Transportkosten, sofern nicht etwas anderes vereinbart oder üblich ist.

[…]

Art. 314

[…]

[3] Die vorherige Übereinkunft, dass die Zinse zum Kapital geschlagen und mit diesem weiter verzinst werden sollen, ist ungültig unter Vorbehalt von kaufmännischen Zinsberechnungen im Kontokorrent und ähnlichen Geschäftsformen, bei denen die Berechnung von Zinseszinsen üblich ist, wie namentlich bei Sparkassen.

Art. 394

[1] Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.

[...]

[3] Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist.

Beispiel:

Urteilskopf

112 II 347

58. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Juni 1986 i.S. H. gegen S. AG (Berufung)

Regeste

Auftrag oder ausservertragliches Handeln? Passivlegitimation.
Das Ersuchen um Schätzung eines Kunstgegenstandes durch ein Unternehmen, das auf den Handel mit Kunstgut spezialisiert ist, ist hier als Auftrag zu werten (E. 1a und b).
Passivlegitimation, wenn die schweizerische Tochtergesellschaft für die Begutachtung das ausländische Mutterhaus beizieht (E. 1c).
Haftung des Beauftragten bei erlaubter Substitution.
Substituiert der Beauftragte im eigenen Interesse, haftet er gemäss **Art. 101 Abs. 1 OR**; nur wenn er im Interesse des Auftraggebers einen Spezialisten beizieht, beschränkt sich die Haftung im Sinne von **Art. 399 Abs. 2 OR** (E. 2).
Umfang der Haftung; **Art. 44 und 99 Abs. 2 OR**.
In der Unentgeltlichkeit und dem hohen Risiko einer Fehlschätzung, das den Klägern bewusst sein musste, kann eine stillschweigende Beschränkung der Haftung gesehen werden (E. 3).

Sachverhalt ab Seite 348

BGE 112 II 347 S. 348

A.- Die Eheleute H. besassen eine Lampe von Emile Gallé, für die ihnen A. am 29. November 1977 Fr. 15'000.-- anbot. A. befristete das Angebot bis zum 10. Dezember. Die Eigentümer wollten die Lampe zuerst durch Sachverständige schätzen lassen. Anfangs Dezember sprach Frau H. zu diesem Zweck bei der S. AG in Zürich vor, wo sie von Fräulein V. empfangen wurde. Am 6. Dezember setzte sie sich wieder mit dieser Angestellten der Firma in Verbindung und ersuchte um Schätzung der Lampe bis zum 10. Dezember. Die Angestellte antwortete ihr, dass die Lampe von der Firma S. in London anhand einer guten Fotografie geschätzt werden müsse. Sie versprach ihr, die Anfrage an die S. London weiterzuleiten, sobald sie die Fotografie erhalte; sie konnte ihr aber nicht zusichern, dass die Schätzung bis zum 10. Dezember vorliege.
Noch am gleichen Tag schrieb Frau H. der Firma S. in Zürich einen Brief, dem sie eine Fotografie der Lampe beilegte. Sie nahm

BGE 112 II 347 S. 349

einleitend Bezug auf das Gespräch mit Fräulein V. und fügte bei, dass die Lampe sich in einwandfreiem Zustand befinde und ein Sammler ihr dafür ein Angebot von Fr. 15'000.-- gemacht habe, das er bis zum 10. Dezember aufrechterhalte. Sie ersuchte die Firma, die Fotografie sogleich nach London zu senden und ihr den Schätzungspreis telefonisch mitzuteilen. S. Zürich leitete die Fotografie am 7. Dezember als Eilsendung an S. London weiter. Am 9. Dezember erkundigte sich Frau H. bei Fräulein V. nach dem Schätzungswert, der noch nicht vorlag. Die Angestellte rief sogleich London an, wo man die Fotografie aber noch nicht erhalten hatte. Sie beschrieb deshalb dem Experten G. telefonisch die Lampe, ohne deren Ausmasse zu erwähnen. G. schätzte sie auf £

2'000 bis 3'000. Fräulein V. teilte Frau H. umgehend mit, dass der Schätzungspreis umgerechnet 8'000 bis 12'000 Franken betrage, wovon 10% Kommission abgezogen würden. Am 17. Dezember verkauften die Eheleute H. die Lampe für Fr. 16'500.-- an A.

Anfangs Februar 1978 fiel dem Gallé-Experten der S. London die Fotografie der Lampe in die Hände. Er schloss daraus, dass es sich nicht um eine Serienlampe handeln könne, sondern dass eine Einzelausfertigung vorliegen müsse. Er gab am 6. Februar dem Direktor der S. Zürich davon Kenntnis, der seinerseits sogleich die Eheleute H. unterrichtete und den Wert der Lampe nun auf 30'000 bis 40'000 Franken schätzte. Er bat sie, das Missgeschick zu entschuldigen, und erklärte sich bereit, die Lampe zurückzukaufen. Dies war jedoch nicht mehr möglich, da A. sie bereits weiterveräussert hatte.

B.- Mit Schreiben vom 3. Dezember 1982 an die S. Zürich kamen die Eheleute H. auf die Sache zurück und forderten von ihr Fr. 233'500.-- Schadenersatz nebst Zins; sie hätten nämlich inzwischen erfahren, dass für Gallé-Lampen wesentlich höhere Preise erzielt würden. Da die S. Zürich jede Schuldpflicht bestritt, klagten sie die Forderung nebst Zins im September 1983 ein.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich schützte die Klage am 25. Februar 1985 im Betrage von Fr. 19'500.-- nebst 5% Zins seit 27. September 1983 und wies sie im übrigen ab.

Die Kläger führten dagegen Nichtigkeitsbeschwerde, die vom Kassationsgericht des Kantons Zürich am 27. September 1985 abgewiesen wurde.

C.- Gegen das Urteil des Handelsgerichts haben die Kläger auch Berufung eingelegt. Sie beantragen sinngemäss, das angefochtene Urteil wegen Verletzung von Bundesrecht aufzuheben

und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beklagte hat sich der Berufung mit dem Antrag angeschlossen, die Klage abzuweisen.

Jede Partei widersetzt sich zudem dem Antrag der andern.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kläger gehen mit dem Handelsgericht davon aus, dass zwischen den Parteien ein Auftragsverhältnis bestanden habe und die Beklagte ihnen daraus für das Verhalten ihrer Hilfspersonen hafte. Die Beklagte lässt weder das eine noch das andere gelten. Sie wirft dem Handelsgericht vor, im Schreiben der Klägerin vom 6. Dezember 1977 zu Unrecht einen Auftrag zu erblicken; jedenfalls habe sie ihn nicht angenommen oder sei ein Vertrag höchstens mit S. London zustande gekommen.

a) Das Bundesgericht hat bisher eine Auskunft, die weder in Ausübung eines Gewerbes noch sonst gegen Entgelt erteilt wird, nicht als Erfüllung einer vertraglich übernommenen Pflicht, sondern als ausservertragliches Handeln gewertet. Es hat selbst bei Bankauskünften, die ein Kunde unabhängig von einem bestimmten Geschäft erbittet und erhält, nicht anders entschieden. Der Umstand, dass in der neueren Lehre teils eine vertragliche Haftung für ungenaue Auskünfte befürwortet wird, hat bisher nicht zu einer Überprüfung dieser Rechtsprechung geführt (**BGE 111 II 473** E. 2 mit Hinweisen auf Lehre und frühere Entscheide; ferner die Übersicht bei Willi Fischer, Dritthaftung für freiwillige falsche Auskünfte, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 83/1984, S. 19 ff.). Dazu besteht auch im vorliegenden Fall kein Anlass, da hier schon aus dem gegenseitigen Verhalten der Beteiligten und aus der Tatsache, dass es um die Schätzung eines bestimmten Wertgegenstandes ging, den die Kläger möglichst günstig verkaufen wollten, auf ein

Vertragsverhältnis zu schliessen ist.

Die Klägerin hat in ihrem Schreiben vom 6. Dezember 1977 unmissverständlich erklärt, dass sie eine "Begutachtung und Schätzung" der Lampe benötigte, um sich über das Kaufsangebot eines Sammlers Klarheit zu verschaffen. Sie konnte sich dabei auf das vorausgehende Telefongespräch mit Fräulein V. berufen, hatte sie dabei von der Angestellten doch erfahren, dass bei S. London eine Schätzung der Lampe anhand einer guten Fotografie

BGE 112 II 347 S. 351

möglich sei. Das Handelsgericht hat daher im Brief der Klägerin vom 6. Dezember zu Recht eine Offerte zum Abschluss eines Vertrages erblickt. Die Beklagte hat die Offerte, wie aus dem Verhalten ihrer Angestellten erhellt, auch angenommen. Fräulein V. hat die Fotografie, wie versprochen am 7. Dezember nach London weitergeleitet, sich dort am 9. Dezember telefonisch nach dem Schätzungswert erkundigt, dem Experten G. die Lampe am Telefon beschrieben und dessen Beurteilung des Kunstgegenstandes umgehend der Klägerin mitgeteilt. Unter diesen Umständen geht es nicht an, dass eine Firma wie die Beklagte, die nach ihren Statuten insbesondere mit Kunstgut handelt und Kunstauktionen veranstaltet, selbst eine stillschweigende Einigung über die Begutachtung und Schätzung der Gallé-Lampe weiterhin zu bestreiten sucht.

b) Dass die Beklagte angeblich nicht wissen konnte, ob eine Schätzung der Lampe bis zum 10. Dezember möglich sei, schliesst eine Einigung im Sinne von **Art. 1 Abs. 2 OR** nicht aus, zumal sie noch innert der vorgesehenen Frist, wenn auch auf Drängen der Klägerin, einen Schätzungswert genannt hat. Selbst wenn man einräumen wollte, sie habe den Auftrag wegen der kurzen Frist unter einem stillen Vorbehalt angenommen, wäre dieser Vorbehalt am 9. Dezember, als Fräulein V. die Klägerin über die Meinung des Experten unterrichtete, dahingefallen. Dies gilt um so mehr, als ein Erfolg als solcher nicht zu den Begriffsmerkmalen des einfachen Auftrags gehört. Der Beauftragte verspricht nur, im Interesse des Auftraggebers in einer bestimmten Richtung tätig zu werden. Das hat die Beklagte hier aber nicht nur versprochen, sondern auch getan.

Fehl geht auch der Einwand, es sei undenkbar, dass eine Partei einen Vertrag abschliessen wolle, der ihr bloss Nachteile, aber keine Vorteile bringe. Die Beklagte ist wegen ihrer Fachkenntnisse im Handel mit Kunstgegenständen um eine Begutachtung und Schätzung der Lampe gebeten worden. Offensichtlich wollte sie sich deshalb auch nicht mit einer beiläufigen Auskunft begnügen, bestand sie doch darauf, dass das Begehren der Klägerin samt einer Fotografie der Lampe einem Experten der S. London unterbreitet werden müsse. Das zeigt, dass sie an einer seriösen Schätzung selber interessiert war. Sie hatte daher gemäss **Art. 39 Abs. 3 OR** grundsätzlich Anspruch auf eine Vergütung, da es üblich sein dürfte, dass solche Schätzungen honoriert werden (vgl. **BGE 82 IV 147** E. 2a; Hofstetter, in Schweiz. Privatrecht, Bd. VII/2 S. 59).

(recte: Art. 394 Abs. 3 OR)

BGE 112 II 347 S. 352

Dazu kommt, dass sie nachher mit einem Verkaufsauftrag rechnen durfte, aus dem sich für sie, wie aus dem Telefongespräch ihrer Angestellten mit der Klägerin vom 9. Dezember 1977 erhellt, eine weitere Vergütung ergeben hätte. Der Umstand sodann, dass der Experte zunächst den Wert der Lampe verkannt und ihr dadurch Schwierigkeiten bereitet hat, betrifft nicht den Abschluss, sondern die Erfüllung des Vertrages; damit die Einigung widerlegen zu wollen, geht daher nicht an.

Notizen:

II. Recht und Moral

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 10 N. 3–225

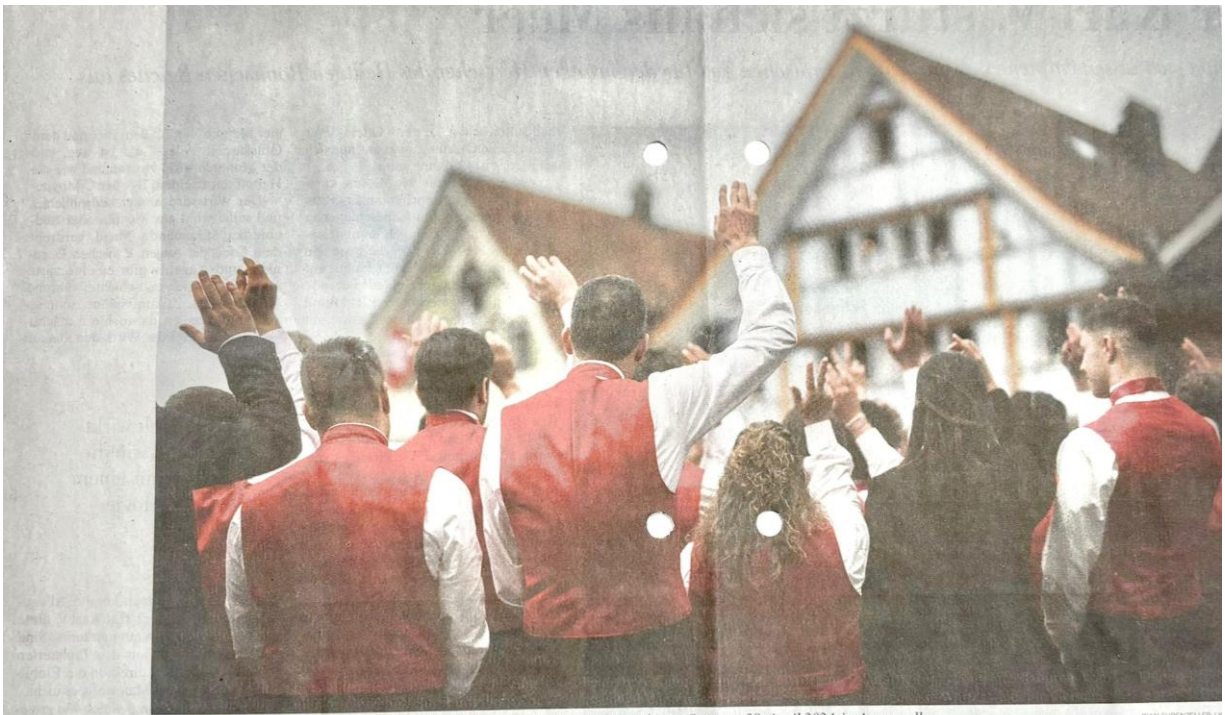
- Begriffe: Moral, Ethik, Fairness, Sittlichkeit, "gute Sitten", Anstand usw.
- Charakterisierung der Moral
  - normativ, aber nicht rechtsverbindlich
  - wertungsbezogen
  - sowohl auf das Verhalten als auch auf die Haltung der Menschen bezogen
  - sowohl auf das Individuum als auch auf die Gemeinschaft bezogen
  - nicht mittels staatlich organisierten Zwangs durchsetzbar und sanktionierbar, unter Umständen gesellschaftliche oder andere Sanktionen
- Exkurs: Legalität und Legitimität; Recht und Gerechtigkeit (siehe auch Folie 50)

Notizen:

II. Recht und Moral *(Fortsetzung)*

- Zusammenhänge zwischen Recht und Moral bzw. Ethik
  - Übereinstimmung in vielen Punkten
  - gewisse Bereiche des Rechts sind moralisch oder ethisch indifferent
  - Recht als "ethisches Minimum" (Georg Jellinek)
  - Divergenzen zwischen Recht und Moral bzw. Ethik

Ergänzende Lektüre: MORITZ LEUENBERGER, NZZ vom 20. August 2024, S. 32:



Gesetze allein schaffen keine Demokratie. Abstimmung an der Landsgemeinde, am Sonntag, 28. April 2024, in Appenzell. GIAN EHRENZELLER /

Moral hält die Gesellschaft zusammen

Sie gilt als überholt, ist im sozialen Leben aber unerlässlich: Plädoyer für eine alte Tugend. **Von Moritz Leuenberger**

«Moralinsäure» und «Moraltanten» sind Ausdrücke des Spottes, wenn nicht der Häme. Besonders unbeliebt sind «Moralprediger». Entweder teilen wir ihre Lehren nicht, oder wir halten sie für unglaubwürdig, weil sie ihrer eigenen Botschaft zuwiderleben, etwa wenn Klimaschützer nach der Selbstanklebung in die Ferien fliegen. Liegt es an solchen Beispielen, dass Moral zu einem eigentlichen Unwort geworden ist? Es scheint so, zumindest im politischen Kontext.

In Sport und Krieg bedeutet sie dagegen Kampfgeist, wird also positiv gewertet: «Der FCZ zeigte in der zweiten Halbzeit mehr Moral.» «Der Einmarsch Richtung Kursk stärkt die Moral in der Ukraine.» Auf dem Stimmungsbarometer schwankt sie je nach Gemütszustand. Einmal sind wir «moralisch aufgestellt», das andere Mal haben wir «den Moralischen».

Nächstenliebe und Achtsamkeit

Im politischen Diskurs ist die Moral zu einem Schimpfwort verkommen. Kürzlich titelte die NZZ einen Leitartikel zur gegenwärtigen Gender-Polemik mit: «Achtung, Moral!» Der Titel nahm den Inhalt vorweg: Moral als solche ist etwas Verwerfliches. Es gibt auch die gegenteilige Bewertung. Moral sei a priori etwas Gutes. Ein Buchtitel von André Comte-Sponville heisst: «Kann Kapitalismus moralisch sein?» Da wird Moral mit einer sittlichen Tugend gleichgestellt, welcher der Kapitalismus nicht zu genügen vermöge.

Beide Titel sind eine Verkürzung. Die Moral als solche ist weder verwerflich, wie der NZZ-Titel suggeriert, noch ist sie etwas Erhabenes, wie Comte-Sponville nahelegt. Immer kommt es auf die Bewertung der jeweiligen Überzeugung an. Was richtiges Verhalten ist, was eine soziale Regel sein soll, bleibt stets umstritten. Jede Wertvorstellung birgt eine Moral, auch wenn ihre jeweiligen Verfechter sich dies nicht immer vergegenwärtigen.

Nach den letzten eidgenössischen Wahlen kanzelte die «NZZ am Sonntag» die Grünen ab: «Es gibt viel zu viel Moral. Sie ist billig zu haben, sie verstellt den Blick auf das Wesentliche, auf die pragmatische Politik. Mit Moral ist heute kein anständiger Staat zu machen!» Wirklich? Unsere Verfassung umschreibt Moral ausdrücklich als eine der Grundlagen des Bundesstaates, der ein anständiger Staat sein soll.

Als wir letztes Jahr das 175-Jahr-Jubiläum der Schweizerischen Bundesverfassung feierten, riefen wir uns in Erinnerung: Das Zusammenleben in unserem Staat basiert auf den Säulen der Zwischenmenschlichkeit, der Moral und des Gesetzes.

Wir können uns, als visionären Traum, auch eine Gemeinschaft ganz ohne Regeln und ohne Sanktionen vorstellen. Selbst der Strassenverkehr könnte einzig mit Rücksichtnahme und Vernunft funktionieren. Achtsamkeit gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern und Anwohnern und die Verinnerlichung des Bremsweges würden genügen, um angemessen zu fahren. Alle Diskussionen zwischen Gemeinden und Kantonen um Tempo 30 wären überflüssig.

Der Traum einer Gesellschaft ohne Regeln und Sanktionen ist eine Utopie, die religiös oder aufklärerisch motiviert sein kann. Paulus predigt im Römerbrief: «Wir halten dafür, dass der Mensch gerecht werde ohne des Gesetzes Werk, allein durch den Glauben.» Das war auch eine tiefe Überzeugung von Jeremias Gotthelf. Die etwas pastoral anmutende Nächstenliebe wird in der Aufklärung auch mit Solidarität und gegenwärtig mit Achtsamkeit umschrieben.

Ob Nächstenliebe oder Achtsamkeit, es geht um ein Grundverhalten der Menschen, das durch Erziehung und Kultur geformt, übernommen und weitergegeben wird. Ein Kind lernt: Einer Blume reissen wir nicht einfach den Kopf ab, wir zertreten nicht einen krabbelnden Käfer, sondern wir versuchen, ihm auf die Beine zu helfen. Für das Zusammenleben der Menschen in einem Staat sind wir auf die Hilfsbereitschaft, auf den freiwilligen Einsatz von barmherzigen Samaritern angewiesen. Ohne diesen freiwilligen Einsatz kann eine Gemeinschaft nicht harmonieren. Dieses religiöse oder kulturelle Grundwasser des Zusammenlebens in einer Gesellschaft fliesst in die Diskussionen darüber ein, was gut, was zweifelhaft, was verwerflich, was böse sei.

So entstehen sittliche Regeln über Anstand, Rücksichtnahme, Treu und Glauben, über Vertrauen. Sie sind in der Bundesverfassung, im Zivilgesetzbuch oder im Strassenverkehrsrecht ausdrücklich als Grundsätze verankert. Es sind moralische Tugenden ohne rechtliche Sanktionen. In Art. 5 BV heisst es: «Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben.» Aus der Präambel: «Frei ist nur, wer seine Freiheit gebraucht.» Art. 6 BV: «Jede Person nimmt Verantwortung wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei.»

Diese Proklamationen nehmen konkrete Gestalt an, wenn ohne gesetzliche Verpflichtungen Abfall getrennt wird, Blut gespendet, in der Dorffeuerwehr freiwillig E[illegible]tz geleistet o[illegible]an Hilfswerke gespendet wird. Die Eigenverantwortung anstelle verbindlicher Normen, worauf vor allem Liberale pochen, wenn es um Geldwäscherei oder die Verantwortung von Konzernen in anderen Ländern geht, ist ebenfalls eine solche sittliche Tugend. Solches Verhalten kann nicht mit Gesetzen oder staatlicher Gewalt und nicht mit Sanktionen erzwungen werden. Der tschechische Schriftsteller Karel Capek (Begründer des Begriffes «Roboter») bekannte: «Ich kann kein Kommunist sein, weil die Moral des Kommunismus keine Moral der Hilfe ist, sondern eine Idee der politisch organisierten Gleichheit.»

Neue Moralvorstellungen

Moral und Gesetz beeinflussen sich gegenseitig. Neue Moralvorstellungen von der Fr[illegible]nlösung, de[illegible]omosexualität oder der Hierarchie in der Ehe beeinflussten und veränderten mit der Zeit die Gesetze. Durch die Annahme der «Abzocker»-Initiative verdichtete sich eine moralische Haltung zu einem Verfassungstext. CO_2-Reduktion wurde zuerst von einigen Unternehmen der Automobil- und der Zementbranche freiwillig praktiziert und wurde Grundlage für spätere, allgemein bindende Vorschriften.

Umgekehrt bewirkten die konsequente Verfolgung und Bestrafung von Fahren in angetrunkenem Zustand, dass

die moralische Verharmlosung dieses früheren Kavaliersdeliktes verschwand.

Nicht jede Moral, auch wenn sie mehrheitsfähig ist, darf zum Gesetz erhoben werden. Denn es gibt immer Minderheiten mit anderen moralischen Vorstellungen. Sie müssen respektiert werden. Obwohl eine breite Mehrheit die Impfung gegen Covid befürwortete, wurde stets gleichzeitig betont: Wir wollen keinen Impfzwang. Auch die Minderheit muss in ihren Überzeugungen geachtet werden. Ganz abgesehen davon, dass nicht jedes Verhalten, und sei es noch so wünschenswert, reglementiert und bürokratisiert werden muss.

Freiwilligkeit und Vertrauen

Machiavelli geht in «Der Fürst» davon aus, dass das Zusammenleben der Menschen wesentlich durch die Angst vor Sanktionen organisiert werde. Nicht Vertrauen oder Liebe halte die Menschen zusammen, sondern die Furcht vor dem Gesetz. Viele Staaten sind nach dieser Idee organisiert, doch die Vorstellung einer Demokratie ist das nicht. Selbst mit uneingeschränkten polizeilichen Mitteln, selbst mit einem totalen Polizeistaat kann echtes Vertrauen zwischen den Menschen nicht erzwungen und also nicht garantiert werden.

Der Ansatz ist daher genau umgekehrt: zuerst die Freiwilligkeit, die mit Anreizen gefördert wird, dann subsidiär Verbindlichkeit durch das Gesetz, gepaart mit Sanktionen als Ultima Ratio. Daher sind Freiwilligkeit, Eigenverantwortung und Vertrauen ausdrückliche Prinzipien der Bundesverfassung. Dazu gehört die Freiheit, ja, die Pflicht, eine moralische Überzeugung zu vertreten und sich für sie einzusetzen, ohne gleich verhöhnt zu werden. Die Diskussion über sittliche Gesinnung und Praxis ist eine tragende Säule unseres Bundesstaates. Gesetze und Verordnungen allein leisten keine Demokratie. Diese kann sich erst durch den Atem von Nächstenliebe und Moral zu Leben entfalten.

Die Demokratie kann sich erst durch den Atem von Nächstenliebe und Moral zu Leben entfalten.

Moritz Leuenberger ist Altbundesrat. Er gehörte von 1995 bis 2010 der Schweizer Regierung an.

Beispiele:

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B_1437/2020

Urteil vom 22. September 2021

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Präsidentin,
Bundesrichterin Koch,
nebenamtliche Bundesrichterin Wasser-Keller,
Gerichtsschreiber Boller.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Fürsprecher Philipp Kunz,
Beschwerdeführer,

gegen

1. Staatsanwaltschaft des Kantons
Basel-Landschaft, Erste Staatsanwältin, Grenzacherstrasse 8, 4132 Muttenz,
2. B._____,
Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand
Vergewaltigung und sexuelle Nötigung, Täterschaft und Teilnahme, Willkür,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Strafrecht, vom 27. Mai 2020 (460 19 85).

Sachverhalt:

A.
Die Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft wirft A._____ und C._____ Vergewaltigung und sexuelle Nötigung "in gemeinsamer Begehung" zum Nachteil von B._____ vor. Das Strafgericht Basel-Landschaft verurteilte A._____ und C._____ am 20. Dezember 2018 wegen Vergewaltigung und sexueller Nötigung, begangen in Mittäterschaft, und sprach gegen A._____ eine bedingte Freiheitsstrafe von zwei Jahren und gegen C._____ eine unbedingte

Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten aus, jeweils unter Anrechnung der ausgestandenen Haft. Es verwies A._____ für die Dauer von sechs Jahren und C._____ für die Dauer von acht Jahren des Landes. Ferner verpflichtete es A._____ und C._____ in solidarischer Haftung, B._____ eine zu verzinsende Genugtuung von Fr. 10'000.-- sowie Schadenersatz von Fr. 35.80 zu bezahlen, soweit es die Zivilforderungen nicht auf den Zivilweg verwies.

B.
Auf Berufungen von A._____ und C._____ sowie auf Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft bestätigte das Kantonsgericht Basel-Landschaft am 27. Mai 2020 den Entscheid des Strafgerichts, wobei es zusätzlich die Ausschreibung der Landesverweisungen im Schengener Informationssystem anordnete.
Das Kantonsgericht erachtet folgenden Sachverhalt als erstellt: B._____ begab sich nach durchfeierter Nacht am 5. August 2017 zwischen 13.00 und 14.00 Uhr zusammen mit A._____ und C._____, welche sie in der Nacht zuvor im Ausgang kennengelernt hatte, ins Asylheim in U._____, wo A._____ offiziell wohnte und alle drei übernachten wollten. Nach einvernehmlichen sexuellen Handlungen von A._____ mit B._____ rief Ersterer C._____ ins Zimmer und forderte B._____ auf, auch diesen sexuell zu befriedigen. Dies verweigerte sie allerdings. Es kam darauf zu einer Diskussion, in deren Verlauf A._____ C._____ auf Bitten von B._____ aus dem Zimmer schickte. Als A._____ auf weitere Bitte von B._____ die Zimmertür schliessen wollte, betrat C._____ erneut das Zimmer und forderte mit einem wütenden Blick A._____ zum Verlassen des Zimmers auf. Letzterer verliess in der Folge das Zimmer und überliess es C._____ im Wissen darum, dass dieser Geschlechtsverkehr mit B._____ praktizieren werde, obschon sie das zitternd und ängstlich abgelehnt hatte. Im Anschluss kam es gegen den von B._____ explizit und implizit geäusserten Willen im Zimmer zu sexuellen Handlungen (Küssen, Oral- und Vaginalverkehr) zwischen ihr und C._____.
B._____ fügte sich den Handlungen von C._____ ohne körperliche Gegenwehr und zeitweise aus Angst vor ihm.

C.
A._____ führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, er sei von allen Vorwürfen freizusprechen, von der Anordnung der Landesverweisung sei abzusehen und die Zivilforderungen seien abzuweisen, eventualiter auf den Zivilweg zu verweisen. Er fordert ausserdem eine Entschädigung für die ausgestandene Haft und ersucht um unentgeltliche Rechtspflege.
Das Kantonsgericht beantragt die Abweisung der Beschwerde unter Verweis auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid. Die Staatsanwaltschaft beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit auf diese einzutreten sei. B._____ liess sich nicht vernehmen. A._____ hat auf Replik verzichtet.

Erwägungen:

[…]

1.2.4. Ein Verbrechen oder Vergehen kann auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben begangen werden (Art. 11 Abs. 1 StGB). Pflichtwidrig untätig bleibt, wer die Gefährdung oder Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsguts nicht verhindert, obwohl er aufgrund seiner Rechtsstellung dazu verpflichtet ist, namentlich aufgrund des Gesetzes, eines Vertrags, einer freiwillig eingegangenen Gefahrengemeinschaft oder der Schaffung einer Gefahr (Art. 11 Abs. 2 StGB). Irgendeine beliebige Rechtspflicht genügt allerdings nicht. Sie muss sich aus einer Garantenstellung ergeben, d.h. der Täter muss sich in einer Situation befinden, die ihn in diesem Punkt verpflichtet, ein bestimmtes Gut gegen unbestimmte Gefahren zu schützen (Obhutspflicht) oder zu verhindern, dass bekannte Gefahren, denen ein unbestimmtes Gut ausgesetzt ist, sich verwirklichen (Überwachungspflicht), sodass sein Untätigbleiben dem aktiven Herbeiführen des verpönten Erfolgs gleichgestellt werden kann (vgl. Art. 11 Abs. 3 StGB; **BGE 141 IV 249** E. 1.1; **136 IV 188** E. 6.2, übersetzt in: Pra 2011 Nr. 79). Für die Annahme einer Garantenstellung genügt mithin nicht jede, sondern nur eine qualifizierte Rechtspflicht, eine moralische oder sittliche Pflicht reicht dagegen nicht aus (vgl. **BGE 123 IV 70**; **120 IV 98** E. 2; **118 IV 309** E. 1c und d; **113 IV 68** E. 5a und b; Urteile 6B_190/2014 vom 25. September 2014 E. 4.4.2; 6B_72/2009 vom 20. Mai 2009 E. 2.3), da ohne das Erfordernis der Garantenstellung jeder immer für alle tatbestandsmässigen Rechtsgutsverletzungen strafbar wäre und dies zu einer uferlosen Strafbarkeit führte (vgl. **BGE 113 IV 68** E. 7; NIGGLI/ MUSKENS, a.a.O., N. 64 zu Art. 11 StGB). Die Abgrenzung zwischen Handlung und Unterlassung im strafrechtlichen Sinne ist im Zweifel nach dem Subsidiaritätsprinzip vorzunehmen (vgl. Urteil 6B_1388/2017 vom 4. April 2018 E. 4.3).

[…]

1.4.2.2. Eine Unterlassung ist nur strafbar, wenn die nicht handelnde Person eine Garantenstellung trifft (vgl. E. 1.2.4 oben). Fehlt es an einer solchen, liegt in Vergewaltigungsfällen laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch dann kein strafbares Verhalten vor, wenn die beschuldigte Person das fehlende Einverständnis des Opfers zu den sexuellen Handlungen optisch und/oder akustisch wahrnehmen konnte und dennoch passiv bleibt. So erkannte das Bundesgericht, dass das Verhalten einer beschuldigten Person nicht in den Anwendungsbereich des Strafrechts fällt, welche trotz Schreie und Hilferufe des Opfers das Schlafzimmer, in dem sich die strafbaren Handlungen abspielten, verliess und sich während der Vergewaltigung im Wohnzimmer aufhielt (Urteil 6B_72/2009 vom 20. Mai 2009) oder welche trotz Erblicken und Hören der sich im Gang befindlichen, durch mehrere Männer verübten sexuellen Handlungen nicht eingriff (Urteil 6B_190/2014 vom 25. September 2014). Sowohl im erstgenannten Fall, in welchem die beschuldigte Person und das Opfer in einem freundschaftlichen Verhältnis standen, als auch im zweitgenannten Fall, in welchem die fraglichen Personen überdies teilweise ein sexuelles Verhältnis unterhielten, verneinte das Bundesgericht eine Garantenstellung (Urteile 6B_72/2009 vom 20. Mai 2009 E. 2.3; 6B_190/2014 vom 25. September 2014 E. 4.4.2). Im letztgenannten Fall verwarf das Bundesgericht auch die Argumentation einer Garantenstellung kraft Schaffung einer Gefahrensituation, obwohl die beschuldigte Person die Täter an den Tatort eingeladen hatte und zumindest damit rechnete, es werde allenfalls zu einvernehmlichen sexuellen Kontakten zwischen diesen und dem Opfer kommen, da die betreffenden Umstände für die Entschlussfassung der Täter nicht ausschlaggebend waren (Urteil 6B_190/2014 vom 25. September 2014 E. 4.2.2 und 4.4.2).
Im vorliegenden Fall ist nicht anders zu entscheiden. Eine qualifizierte Rechtspflicht, aufgrund derer dem Beschwerdeführer eine ihn zum Handeln verpflichtende Garantenstellung zukäme, ist nicht auszumachen. Aus dem Verhältnis des Beschwerdeführers zur Beschwerdegegnerin 2, welche sich erst in der Nacht zuvor im Ausgang kennengelernt hatten, lässt sich eine entsprechende Handlungspflicht nicht ableiten (zu einer solchen Handlungspflicht vgl. auch **BGE 125 IV 64** E. 1a; Urteil 6B_1220/2020 vom 1. Juli 2021 E. 1.2; je mit Hinweisen). Aufgrund der übrigen Umstände kann ebenfalls nicht auf eine Handlungspflicht geschlossen werden. Zwar ist festzustellen, dass einzig der Beschwerdeführer in der Asylunterkunft gemeldet war, in deren Zimmer sich das Geschehen abspielte, die Beschwerdegegnerin 2 und C._____ mithin Gäste des Beschwerdeführers waren und Letzterem insoweit eine gewisse "Hausherrschaft" zukam. Zu bemerken ist ferner, dass der Beschwerdeführer eine besondere Situation schuf, als er C._____ ins Zimmer rief, in welchem sich die Beschwerdegegnerin 2 nackt im Bett unter der Decke befand.

Dass und inwieweit die "Hausherrschaft" des Beschwerdeführers massgebend für den Tatentschluss und die Tatausführung von C._____ gewesen wäre, ist indes weder ersichtlich noch dargetan. Gleiches gilt hinsichtlich des Hereinrufens von C._____. Wie erwähnt nahm der Beschwerdeführer dies noch ohne Kenntnis des Risikos vor, C._____ werde gegebenenfalls den Willen der Beschwerdegegnerin 2 missachten; das Wiedereintreten von C._____, in dessen Anschluss er die sexuellen Handlungen schliesslich (erst) vollzog, erfolgte sodann, nachdem der Beschwerdeführer C._____ aus dem Zimmer verwiesen hatte, und ohne Zutun des Beschwerdeführers (vgl. E. 1.4.1 oben). Eine über eine moralische oder sittliche Pflicht hinausgehende qualifizierte Rechtspflicht und damit eine Garantenstellung des Beschwerdeführers lässt sich aus diesen weiteren Gegebenheiten nicht ableiten. Auch die Voraussetzungen für eine Mittäterschaft oder Gehilfenschaft durch Unterlassen liegen daher nicht vor.

1.4.2.3. Allein aus dem passiven Verhalten des Beschwerdeführers kann im Weiteren nicht rechtsgenüglich auf einen Tatherrschaftswillen bzw. konkludenten Anschluss an den Tatentschluss von C._____ oder auf einen Willen, dessen Taten zumindest gehilfenschaftlich zu unterstützen, mithin auf das Vorliegen der subjektiven Voraussetzung der Mittäterschaft oder Gehilfenschaft, geschlossen werden. Andere Anhaltspunkte, die Rückschlüsse auf einen entsprechenden Willen des Beschwerdeführers zuliessen, sodass das Verlassen und Fernbleiben als Ausdruck eines solchen Willens zu werten wären, liegen nicht vor. Die blosse Billigung der Taten von C._____, welche der Beschwerdeführer mit seinem Verhalten bei der gegebenen Sachlage (höchstens) zum Ausdruck gebracht haben kann, sofern er wie von der Vorinstanz angenommen mit der Vornahme strafbarer sexueller Handlungen durch C._____ rechnen musste, genügt weder für die Annahme von Mittäterschaft noch Gehilfenschaft (vgl. E. 1.2.2 f. oben).

[…]

2.
Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben, soweit er die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Vergewaltigung und sexueller Nötigung, begangen in Mittäterschaft mit C._____, zum Inhalt hat. Die Sache ist zu neuer Entscheidung, d.h. zum Freispruch des Beschwerdeführers von den betreffenden Anklagepunkten und zum Entscheid über die weiteren Rechtsfolgen, an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird bei diesem Verfahrensausgang gegenstandslos. Es sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Basel-Landschaft hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 2 BGG). Die Entschädigung ist praxisgemäss seinem Rechtsvertreter auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Strafrecht, vom 27. Mai 2020 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.
Der Kanton Basel-Landschaft hat den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Fürsprecher Philipp Kunz, für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.-- zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Strafrecht, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 22. September 2021

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jacquemoud-Rossari

Der Gerichtsschreiber: Boller

Sterbehilfe: NZZ, 29. November 2024, S. 9:

Der Bundesrat will kein nationales Sterbehilfegesetz

Trotz Wirbel um die Suizidkapsel Sarco soll es bei schlanken und liberalen Regeln bleiben

SIMON HEHLI

Eine vertiefte politische Debatte zur Sterbehilfe fand in der Schweiz jahrelang nicht statt. Man hatte sich darauf geeinigt, dass die geltenden Regeln schon in Ordnung seien. Und es entsprechend keinen Grund gebe, daran etwas zu ändern. Doch dann kam der australische Aktivist Philip Nitschke mit seinem Sarco. Seit der Ankündigung, dass in der Schweiz Personen in der Sterbekapsel Suizid begehen sollen, herrscht Aufregung – und diese wurde noch grösser, nachdem am 23. September tatsächlich eine Amerikanerin im Sarco gestorben war.

Schon früh hatten Schweizer Sterbehilfeorganisationen davor gewarnt, dass im Zusammenhang mit der Kontroverse um den Sarco Forderungen nach einer strengeren Regelung dieses ethisch heiklen Bereichs aufkommen könnten. Diese Befürchtung teilt offensichtlich der grünliberale Zürcher Nationalrat Patrick Hässig. Wenige Tage nach der Sarco-Premiere schrieb er in einer Interpellation: Forderungen nach einem Verbot des Sarco, aber auch nach einem generellen Verbot der Sterbehilfe, stünden im Widerspruch zu einer gesellschaftsliberalen Werteordnung, die jedem Individuum das Recht auf Selbstbestimmung zugestehe.

Es gebe offensichtlich ein Bedürfnis nach Sterbehilfe in der Schweizer Bevölkerung – und Anbieter, die darauf reagieren würden, betonte Hässig. «Deshalb müssen wir uns damit auseinandersetzen, wie wir rechtliche Rahmenbedingungen schaffen können, die es ermöglichen, auf legale, ethische und moralisch respektvolle Weise den Freitod zu wählen – auch unter Nutzung von Sterbehilfeorganisationen oder Angeboten wie ‹Sarco›.»

«Deutlich, aber offen gesteckt»

Hässig wollte deshalb vom Bundesrat wissen, was dieser von einem neuen gesetzlichen Rahmen halte. Nun hat das zuständige Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) von SP-Bundesrat Beat Jans geantwortet. Und macht klar: Die Regierung sehe «keine Veranlassung für zusätzliche gesetzliche Regelungen, namentlich ein nationales Suizidhilfegesetz». Sie bekräftigt damit einen Entscheid von 2011. Dieser sah auch vor, die Suizidprävention und Palliative Care zu fördern.

Aus Sicht des Bundesrates reicht die aktuelle Regelung, die nur wenige Leitplanken aufstellt. Die direkte aktive Sterbehilfe – also dass etwa ein Arzt einem Patienten ein tödliches Mittel verabreicht – ist hierzulande verboten. Die Freitodbegleitung hingegen ist erlaubt, sofern sie nicht aus selbstsüchtigen Gründen erfolgt. Dies unabhängig davon, ob es sich um herkömmliche Methoden der Suizidhilfe handelt – oder um neue wie den Sarco.

Die Schaffhauser Staatsanwaltschaft hegt offenbar den Verdacht, dass die Betreiber der Suizidkapsel selbstsüchtige Motive haben könnten. Das ist einer der Gründe, warum der Direktor der Schweizer Sarco-Organisation, Florian Willet, immer noch in Untersuchungshaft sitzt.

Der rechtliche Rahmen sei heute «deutlich, aber auch ausreichend offen gesteckt, um der liberalen Haltung der Schweiz gegenüber der Suizidhilfe Rechnung zu tragen», schreibt das EJPD. Ausserdem ermögliche dieser unter Einbezug der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, der Betroffenen sowie der Begleitenden und der Angehörigen, zwischen legalem und illegalem Handeln zu unterscheiden.

Was das in Bezug auf den Sarco bedeutet, führt das EPJD nicht aus. Die Vorsteherin des Innendepartements, Elisabeth Baume-Schneider, hatte sich im September ablehnend zur Kapsel geäussert – ziemlich genau zu dem Zeitpunkt, als der Sarco erstmals zum Einsatz kam.

Weiterer Vorstoss ist hängig

Die Suizidkapsel sei in zweierlei Hinsicht nicht rechtskonform, betonte die Bundesrätin damals. Er erfülle zum einen die Anforderungen des Produktesicherheitsrechts nicht und dürfe daher nicht in Verkehr gebracht werden. Zum anderen sei die Verwendung von Stickstoff zur Tötung einer Person mit dem Zweckartikel des Chemikaliengesetzes nicht vereinbar.

Ob Baume-Schneider bereit ist, diesen Worten auch Taten folgen zu lassen, wird sich bald zeigen: nämlich dann, wenn der Bundesrat Stellung bezieht zu einem weiteren Vorstoss zum Sarco. Eingereicht hat diesen die SVP-Nationalrätin Nina Fehr Düsel. Sie verlangt vom Bundesrat eine Gesetzesbestimmung, mit der weitere Einsätze des Sarcos gezielt verboten werden können.

Sexualstraftäter nach verbüsster Strafe: NZZ, 25. Juli 2024, S. 14:

Nominierung eines Straftäters sorgt für Skandal

Der Beachvolleyballer Steven van de Velde sass wegen Sex mit einer Zwölfjährigen im Gefängnis – und tritt nun bei Olympia an

CHRISTOF KRAPF, PARIS



Eine Petition fordert Steven van de Veldes Ausschluss von den Spielen. LUCIO TAVORA / IMAGO

Sonntagmorgen, 10 Uhr, am Fuss des Eiffelturms. Erstes Gruppenspiel für die niederländischen Männer im olympischen Beachvolleyball-Turnier, sportlich ist das eine Randnotiz. Trotzdem ist daraus schon vorher ein Skandal geworden. Denn am Sonntag wird auf dem Beachvolleyball-Court ein verurteilter Straftäter antreten. Der Niederländer Steven van de Velde, 29, wurde 2016 in Grossbritannien wegen Vergewaltigung einer Minderjährigen zu vier Jahren Haft verurteilt. Davon verbüsste er dreizehn Monate, ehe er nach seiner Freilassung die Sportkarriere fortsetzte. Nun spielt er auf der grössten Bühne des Sports. Geht das?

Ja, das gehe, sagt der niederländische Chef de Mission Pieter van den Hoogenband. Er hat unter anderem dreimal olympisches Gold im Schwimmen gewonnen, er kennt die riesige Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit an Olympischen Spielen aus eigener Erfahrung. Dennoch sei er überrascht von dem Wirbel, den van de Veldes Nomination ausgelöst habe. Schliesslich sei van de Velde seit 2018 zurück im Spitzensport und habe seitdem an Grossanlässen wie Europa- und Weltmeisterschaften teilgenommen. «Ich habe wieder einmal gemerkt, dass an Olympia alles etwas höher dreht», sagt van den Hoogenband im niederländischen Fernsehen.

Erstmals qualifiziert

Der Beachvolleyballer van de Velde begeht die Straftat, die nun die Öffentlichkeit in Aufruhr versetzt, vor zehn Jahren. Der damals 19-Jährige lernt im Internet eine junge Engländerin kennen, die beiden schreiben sich Nachrichten, telefonieren via Skype und verabreden schliesslich ein Treffen. Das Mädchen sagt van de Velde zunächst, sie sei 16 Jahre alt. Der Beachvolleyballer reist nach Grossbritannien.

Als sich die beiden treffen, gesteht das Mädchen van de Velde, sie sei erst zwölf Jahre alt. Das hält van de Velde nicht davon ab, mit dem Mädchen Alkohol zu trinken und Sex zu haben. Während des Prozesses 2016 gibt van de Velde an, der Geschlechtsverkehr sei einvernehmlich erfolgt. Weil das Mädchen zum Tatzeitpunkt minderjährig gewesen ist, erfüllt van de Veldes Handeln nach britischem Recht jedoch automatisch den Tatbestand der Vergewaltigung. Er wird verurteilt.

Von den vier Jahren Haft verbüsst er zwölf Monate in einem englischen Gefängnis, ehe er in die Niederlande überstellt wird. Dort wird er nach einem Monat freigelassen, weil das Urteil an die niederländische Rechtsprechung angepasst worden ist. 2017 hat er die Strafe verbüsst und setzt die Karriere fort. Van de Velde ist mittlerweile mit der deutschen Beachvolleyballerin Kim Behrends verheiratet, das Paar hat eine kleine Tochter. In diesem Jahr qualifiziert er sich mit seinem Partner Matthew Immers erstmals für die Olympischen Spiele.

Insbesondere in den sozialen Netzwerken sorgt die Selektion van de Veldes für einen Aufschrei. Bis Mittwochmittag haben fast 75 000 Menschen eine Online-Petition unterschrieben, die den Ausschluss des Beachvolleyballers von den Spielen fordert. Opferhilfeorganisationen sind alarmiert und befürchten eine Retraumatisierung anderer Opfer von Sexualverbrechen.

Kate Seary ist die Gründerin der Kyniska Advocacy, die sich für den Schutz von Frauen im Sport einsetzt. Sie sagt zu Reuters: «Van de Veldes Selektion ist der Beweis, dass sportliches Können Verbrechen übertüncht.» Mehrere Quellen verweisen obendrein auf van de Veldes Opfer. Es sei immer noch traumatisiert, verletze sich selbst, nehme Drogen, das Leben sei ruiniert, alles wegen van de Velde. Verifizieren lassen sich diese Aussagen allerdings nicht. Wahrheit und Gerüchte vermischen sich im Internet-Shitstorm.

Medientermin abgesagt

Van de Veldes Fall wirft Fragen auf: Sollen verurteilte Straftäter startberechtigt sein, oder widerspricht das dem olympischen Geist, der sauberen Sport und eine Vorbildfunktion der Athletinnen und Athleten beinhaltet? Wo zieht man die Grenze bei Straftätern, dürfen Diebe mitmachen, Vergewaltiger und Mörder aber nicht? Gilt als resozialisiert, wer seine Strafe – wie van de Velde – abgesessen hat?



Das Internationale Olympische Komitee (IOK) verzichtet darauf, diese Fragen zu beantworten. In Paris sagt ein IOK-Sprecher, die Selektion von Athleten sei Sache der nationalen olympischen Komitees. Funktionärinnen und Funktionäre sind gespalten. Der australische Teamchef sagt, verurteilte Straftäter würden in seinem Team nicht aufgeboten. Die Sportchefin des französischen Volleyballverbandes, Axelle Guiguet, ist hingegen unsicher und sagt: «Dies wirft die Frage nach einer lebenslangen Verurteilung auf. Sollte ein Sportler, der seine Strafe verbüsst hat, für immer von den Spielen ausgeschlossen werden?» Eine Antwort darauf hat Guiguet nicht.

Der niederländische Volleyballverband teilt mit, van de Velde sei ein «vollwertiges Mitglied der niederländischen Volleyball-Familie». Vor den Sommerspielen hätten intensive Gespräche mit dem Athleten stattgefunden. Nach der Verbüssung der Haftstrafe habe er sich ausserdem «einer Behandlung» unterzogen. Das Rückfallrisiko sei gleich null.

Van de Velde wird in Paris auf dem Beachvolleyball-Court Teil der olympischen Bewegung sein. Er wird aber ausserhalb des olympischen Dorfs wohnen. Das geschehe zum Schutz des Sportlers, sagt der Teamchef van den Hoogenband. Zunächst plante van de Velde, sich an einer Medienkonferenz zu erklären. Doch dann wurde bekannt, dass er während der Olympischen Spiele nicht mit den Medien sprechen wird. Für die nächsten Tage ist ein Statement des Athleten angekündigt.

Sollen verurteilte Straftäter startberechtigt sein, oder widerspricht das dem olympischen Geist?

Notizen:

II. Recht und Moral *(Fortsetzung)*

- Verweisungen des Rechts auf die Moral bzw. Ethik
  - Differenzierung rechtlicher Regeln
  - dynamischer Charakter der Verweisungen
- Beispiele für Verweisungen des Rechts auf die Moral bzw. Ethik
  - Treu und Glauben, Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 ZGB, Art. 9 BV)
  - gute Sitten (Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR)
  - öffentliches Interesse: öffentliche Sittlichkeit (Art. 36 Abs. 2 BV)

Quellen:

Schweizerisches Zivilgesetzbuch 210

vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2025)

B. Inhalt der Rechtsverhältnisse
I. Handeln nach Treu und Glauben

Art. 2

1 Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

2 Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 101

vom 18. April 1999 (Stand am 3. März 2024)

Art. 9 Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben

Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.

220

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)

vom 30. März 1911 (Stand am 1. Oktober 2025)

E. Inhalt des Vertrages
I. Bestimmung des Inhaltes

Art. 19

[1] Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden.

[2] Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst.

II. Nichtigkeit

Art. 20

[1] Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

[2] Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.

101

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft

vom 18. April 1999 (Stand am 3. März 2024)

Art. 36 Einschränkungen von Grundrechten

[1] Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

[2] Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.

[3] Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.

[4] Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

Beispiele:

Urteilskopf

123 III 101

17. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. November 1996 i.S. D. gegen A. (Berufung)

Regeste

Sittenwidriger Vertrag (**Art. 20 Abs. 1 OR**); Rückforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung (**Art. 62 ff. OR**).
Sittenwidrigkeit eines Vertrags über den entgeltlichen Rückzug eines Rechtsmittels in einem Bauverfahren (E. 2).
Verneinung eines bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruchs (E. 3).

Sachverhalt ab Seite 101

BGE 123 III 101 S. 101

A. ist Eigentümer der Liegenschaft X. in der Luzerner Altstadt. D. ist Eigentümer des Nachbargrundstücks Y. Am 18. Oktober 1993 reichte A. ein Baugesuch für die Renovation und den Umbau seines Geschäftshauses ein. Dagegen erhob D. am 3. November 1993 beim Stadtrat von Luzern öffentlichrechtliche Einsprache. Am 20. April 1994 wurde die Baubewilligung erteilt und gleichzeitig die Einsprache abgewiesen bzw. als erledigt erklärt. Diesen Entscheid focht D. am 6. Mai 1994 mit Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Luzern an. Am 30. Mai 1994 vereinbarte D. mit A.,

BGE 123 III 101 S. 102

dass dieser D. vergleichsweise Fr. 30'000.-- bezahle und D. unmittelbar nach Überweisung des Betrags die Verwaltungsbeschwerde zurückziehe. Am 1. Juni 1994 überwies A. die vereinbarte Summe, worauf D. die Beschwerde zurückzog.
Am 3. April 1995 erhob A. beim Amtsgericht Luzern-Stadt Klage gegen D. mit dem Begehren, den Beklagten zur Zahlung von Fr. 30'000.-- nebst 5% Zins seit 1. Juni 1994 zu verpflichten. Mit Urteil vom 18. Oktober 1995 hiess das Amtsgericht die Klage gut. Zur Begründung führte es aus, der Kläger habe die Fr. 30'000.-- aufgrund einer sittenwidrigen und damit nichtigen Vereinbarung bezahlt und könne den entsprechenden Betrag aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern, weil er die Zahlung nicht freiwillig, sondern in einer Zwangslage erbracht habe.
Der Beklagte appellierte an das Obergericht des Kantons Luzern, das ihn mit Urteil vom 30. April 1996 mit im wesentlichen gleicher Begründung wie die erste Instanz zur Zahlung von Fr. 30'000.-- nebst 5% Zins seit 9. Januar 1995 verpflichtete. Der Beklagte hat das Urteil des Obergerichts mit Berufung angefochten, die vom Bundesgericht gutgeheissen wird.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Nach **Art. 20 Abs. 1 OR** ist ein Vertrag nichtig, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst. Auch die Sittenwidrigkeit bezieht sich auf den Vertragsinhalt, der in einem weiteren Sinne den Vertragszweck mitumfasst (KRAMER, Berner Kommentar, N. 175 f. zu **Art. 19-20 OR**). Sittenwidrig sind Verträge, die gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen. Ein solcher Verstoss kann einerseits in der vereinbarten Leistung oder in dem damit angestrebten mittelbaren Zweck oder Erfolg liegen, sich anderseits aber auch daraus ergeben, dass eine notwendig unentgeltliche Leistung mit einer geldwerten Gegenleistung verknüpft wird (**BGE 115 II 232** E. 4a; vgl. zum Begriff der Sittenwidrigkeit: BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, S. 255 f.; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage, Rz. 668; KRAMER, a.a.O., N. 172 ff. zu **Art. 19-20 OR**; HUGUENIN JACOBS, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Auflage, N. 32 ff. zu Art. 19/20 OR).

BGE 123 III 101 S. 103

a) Die Ausübung von Rechtsmitteln oder Rechtsbehelfen ist grundsätzlich auch dann rechtmässig, wenn sie sich schliesslich als erfolglos erweisen. Jeder Bürger ist befugt, für vermeintliche Ansprüche Rechtsschutz zu beanspruchen, sofern er in guten Treuen handelt. Prozessbezogenes Verhalten als solches ist nur dann als rechts- oder sittenwidrig zu werten, wenn Verfahrensrechte missbräuchlich, böswillig oder wider Treu und Glauben in Anspruch genommen werden (**BGE 117 II 394** E. 3b S. 396 und E. 4 S. 398; **BGE 112 II 32** E. 2a). Die Vorinstanz hat diese Frage unter dem Gesichtspunkt der Aussichtslosigkeit der Rechtsmittel geprüft und sie sowohl hinsichtlich der vom Beklagten erhobenen Einsprache wie auch seiner Verwaltungsbeschwerde verneint. Zum Entscheid über die Einsprache wird im angefochtenen Urteil festgehalten, die Erledigterklärung habe sich auf die Liftanlage bezogen und sei erfolgt, weil nach Erhebung der Einsprache, aber vor Erteilung der Baubewilligung, die öffentlich aufgelegten Pläne hinsichtlich der Liftanlage (Liftmaschinenraum und Liftschacht) und der Treppenanlage geändert worden seien. Daraus könne geschlossen werden, dass die Einsprache zum Zeitpunkt ihrer Einreichung teilweise berechtigt, mithin nicht völlig aussichtslos gewesen sei. Mit der Verwaltungsbeschwerde habe der Beklagte beanstandet, der Stadtrat von Luzern habe ihm keine Gelegenheit geboten, vor Erteilung der Baubewilligung zu den Planänderungen betreffend Lift- und Treppenanlage Stellung zu nehmen. Der Beklagte habe nach den massgebenden Bestimmungen des kantonalen Planungs- und Baugesetzes Anlass gehabt, das Vorgehen der Baubewilligungsbehörde in formaler Hinsicht für unzulässig zu halten, weshalb die Verwaltungsbeschwerde nicht als aussichtslos zu betrachten sei. Auf dieser Grundlage beurteilt die Vorinstanz das prozessbezogene Verhalten des Beklagten und insbesondere die Einreichung der Verwaltungsbeschwerde nicht als rechts- oder sittenwidrig. Sie wirft ihm vielmehr als sittenwidrig vor, seine Position im Verfahren dazu benutzt zu haben, vom Kläger für eine Beeinträchtigung entschädigt zu werden, die in keinem Zusammenhang mit dem Bauvorhaben stand.

[...]

c) Der entgeltliche Verzicht auf eine rechtliche Befugnis wird als sittenwidrig betrachtet, falls er auf einer verpönten Kommerzialisierung der Rechtsposition der verzichtenden Partei beruht (KRAMER, a.a.O., N. 193 zu **Art. 19-20 OR**). Zu dieser Fallgruppe sittenwidriger Geschäfte gehören die "Schweigegeldverträge" hinsichtlich strafbarer Handlungen, auf die **BGE 115 II 232** ff. (E. 4b) Bezug nimmt. Solche Verträge gelten dann als sittenwidrig, wenn mit dem vereinbarten Entgelt das Schweigen erkauft wird, nicht aber dann, wenn es zum Ersatz des durch die Straftat angerichteten Schadens dienen soll (**BGE 76 II 346** E. 4 und 5; KRAMER, a.a.O., N. 194 zu **Art. 19-20 OR**; ZUFFEREY-WERRO, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Diss. Freiburg 1988, S. 279 Rz. 1261 ff.; HUGUENIN JACOBS, a.a.O., N. 39 zu Art. 19/20 OR). Beim entgeltlichen Verzicht auf ein Rechtsmittel im Bauverfahren rechtfertigt sich angesichts der vergleichbaren Interessenlage der beteiligten Parteien eine ähnlich differenzierende Beurteilung nach dem Zweck und den Gründen des Verzichts.

Es ist allgemein bekannt, dass die Verzögerung von Bauvorhaben durch administrative oder gerichtliche Verfahren zu beträchtlichem, volkswirtschaftlich unerwünschtem Schaden führen kann (vgl. dazu CASANOVA, La réparation du préjudice causé par l'opposition injustifiée à un projet de construction, Baurecht 1986, S. 75 ff., S. 77). Dies ist bei der sozialethischen Bewertung eines entgeltlichen Verzichts auf die Opposition gegen ein Bauvorhaben massgebend zu berücksichtigen. Wird der Umstand, dass ein solcher Verzögerungsschaden einzutreten oder sich zu vergrössern droht, vom Prozessgegner zur Erlangung verfahrensfremder Zwecke ausgenutzt, muss dies als sittenwidrig betrachtet werden. Entgegen der an **BGE 115 II 232** ff. geübten Kritik (oben E. 2b) ist somit nicht jeder entgeltliche Verzicht sittenwidrig, soweit nicht feststeht, dass das vereinbarte Entgelt dazu dient, eine mit dem Bauvorhaben verbundene Beeinträchtigung des Nachbargrundstückes auszugleichen. Eine verpönte Kommerzialisierung ist vielmehr erst dann gegeben, wenn mit der entgeltlichen Verzichtsvereinbarung allein der drohende Verzögerungsschaden des Bauherrn vermindert werden soll. Soweit sich der wirtschaftliche Wert des Verzichts bloss aus dem möglichen Schaden wegen der Verlängerung des Bewilligungsverfahrens, nicht aber aus schutzwürdigen Interessen des Nachbarn

BGE 123 III 101 S. 106

ergibt, ist die Kommerzialisierung des Verzichts sittenwidrig. Denn das Interesse an blosser Verzögerung eines Bauvorhabens ist nicht schutzwürdig und kann daher ohne inneren Wertungswiderspruch auch nicht als Vermögenswert entgolten werden. Der Schaden für den Bauherrn entsteht grundsätzlich aus der Bauverzögerung infolge der längeren Dauer des Bewilligungsverfahrens, nicht etwa aus der Unsicherheit über den Entscheid der Bewilligungs- oder Rekursbehörde. Dieser Schaden kann dem Opponenten daher nicht angelastet werden, wenn er von einem Rechtsmittel in guten Treuen Gebrauch macht. Sittenwidrig ist aber die Realisierung des kommerziellen Wertes des Rechtsmittelverzichts, der sich aus dem drohenden Verzögerungsschaden des Bauherrn ergibt, weil damit Rechtsbehelfe des Nachbarn im Baubewilligungsverfahren zweckwidrig kommerzialisiert werden.

d) Nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil hätte der Beklagte mit der Verwaltungsbeschwerde erreichen können, dass das Umbau- und Renovationsprojekt des Klägers neu hätte veröffentlicht und aufgelegt werden müssen. Nicht festgestellt ist dagegen, dass im Beschwerdeverfahren konkrete Einwände materieller Natur gegen das Umbauvorhaben vorgebracht wurden oder hätten vorgebracht werden können, deren Gutheissung negative Auswirkungen auf das Nachbargrundstück verhindert hätte. Wie die Vorinstanz verbindlich feststellt, ist es dem Beklagten auch gar nicht darum gegangen, für irgendwelche nachbarrechtlichen Inkonvenienzen entschädigt zu werden. Ist aber erstellt, dass der Beklagte mit der Verwaltungsbeschwerde keine Verhinderung oder Änderung des Bauvorhabens, sondern höchstens eine Verzögerung hätte erreichen können, hat der Beklagte mit dem Verzicht darauf keine vermögenswerten Chancen und Vorteile aufgegeben. Der Kläger hat dem Beklagten vielmehr eine rein formelle Rechtsposition abgekauft, um seinen Verzögerungsschaden zu vermindern. Dem Schaden, den der Kläger durch die Verzögerung seines Bauvorhabens erlitten hätte, stehen keine schutzwürdigen Interessen des Beklagten gegenüber, welche dieser durch den Rückzug der Beschwerde aufgegeben hätte. Die Vorinstanz hat die Vereinbarung vom 30. Mai 1994 somit zutreffend als sittenwidrig und deshalb nichtig betrachtet.

3. Die Vorinstanz hat einen Anspruch des Klägers aus ungerechtfertigter Bereicherung in Anwendung von **Art. 63 Abs. 1 OR** bejaht. Der Beklagte sieht darin eine Verletzung von **Art. 2 ZGB**, weil der Rückforderungsanspruch vom Kläger rechtsmissbräuchlich erhoben werde. Er macht zudem geltend, der Kläger habe seine

BGE 123 III 101 S. 107

Leistung freiwillig erbracht, womit eine Rückforderung nach **Art. 63 Abs. 1 OR** ausgeschlossen sei. Er wirft der Vorinstanz schliesslich vor, die Rückforderung zu Unrecht nicht gestützt auf **Art. 66 OR** verweigert zu haben.

a) Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten. Diese Verbindlichkeit tritt insbesondere dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat (**Art. 62 OR**). Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat (**Art. 63 Abs. 1 OR**). Die beiden Gesetzesbestimmungen führen bestimmte Arten von ungerechtfertigten Bereicherungen beispielhaft auf, enthalten aber keine abschliessende Aufzählung (BUCHER, a.a.O., S. 666; KELLER/SCHAUFELBERGER, Das Schweizerische Schuldrecht, Band III, Ungerechtfertigte Bereicherung, 3. Auflage, S. 53). Zu beachten ist sodann, dass zwischen Leistungskondiktionen und den übrigen Kondiktionen (Nichtleistungskondiktionen) zu unterscheiden ist (BUCHER, a.a.O., S. 667; vgl. auch LARENZ/CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, 13. Auflage, S. 142 ff.). Die Leistungskondiktionen sind als Sondertatbestände zu betrachten, auf welche die allgemeine Regel von **Art. 62 Abs. 1 OR** nicht anwendbar ist. In diesen Fällen kommt vielmehr **Art. 63 Abs. 1 OR** zur Anwendung, der eine Rückforderung nur dann zulässt, wenn nachgewiesen ist, dass die Leistung im Irrtum über die Schuldpflicht sowie freiwillig erfolgte. Bei Leistungskondiktionen bilden diese Voraussetzungen in der Regel die Grundlage des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung (BUCHER, a.a.O., S. 669). Ein Irrtumsnachweis entfällt dagegen bei allen unfreiwilligen Leistungen (von TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, S. 485; KELLER/SCHAUFELBERGER, a.a.O., S. 56; GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., Rz. 1537). Gleiches gilt für den besonderen, im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnten Kondiktionstyp der Rückforderung von Leistungen, die in sittenwidriger oder allgemein verwerflicher Weise erworben wurden (condictio ob turpem vel iniustam causam; dazu BUCHER, a.a.O., S. 673 ff.; BRUNO VON BÜREN, Bemerkungen zu **Art. 66 OR**, SJZ 58/1962, S. 225 ff., S. 227 f.). In diesen Fällen, zu denen auch der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt gehört, ist lediglich zu prüfen, ob die Leistung unfreiwillig erfolgt ist.

b) Nach Auffassung der Vorinstanz hat der Kläger die Leistung unfreiwillig erbracht, weil er sich in einer Zwangslage befunden habe, aus der er sich nur durch den Abschluss des Vertrags vom 30. Mai 1994 habe befreien können. Der Begriff der Unfreiwilligkeit wird im Gesetz nicht allgemein umschrieben. Was darunter zu verstehen ist, lässt sich aber aus einzelnen Gesetzesbestimmungen ableiten. Ein Beispiel unfreiwilliger Leistung findet sich zunächst in **Art. 63 OR** selbst, gemäss dessen Absatz 3 die Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld nach Schuldbetreibungs- und Konkursrecht vorbehalten wird. Daraus ergibt sich, dass Zahlungen, die unter Betreibungszwang erfolgen, als unfreiwillig gelten müssen. Unfreiwillig ist auch eine Leistung, zu der ein Bewucherter durch seine Notlage (**Art. 21 OR**) und ein widerrechtlich Bedrohter durch seine Furcht (Art. 29 f. OR) veranlasst wird (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., Rz. 1539; VON TUHR/PETER, a.a.O., S. 485 f.). Diese Beispiele zeigen, dass eine eigentliche Zwangslage gegeben sein muss. Abgesehen von den erwähnten, gesetzlich umschriebenen Fällen liegt eine die Freiwilligkeit der Leistung ausschliessende Zwangslage nur vor, wenn der Leistende unzumutbare Nachteile in Kauf zu nehmen hätte, die er nicht anders als durch die Leistung abwenden kann. Die Zahlung muss als einzig möglicher und zumutbarer Ausweg erscheinen (KELLER/SCHAUFELBERGER, a.a.O., S. 57).

c) Aus den Feststellungen der Vorinstanz geht hervor, dass die Parteien bereits während der Hängigkeit der Baueinsprache über einen Rückzug des Rechtsbehelfs gegen Zahlung einer Geldsumme (ca. Fr. 20'000.-- bis Fr. 30'000.--) verhandelt haben. Der Kläger habe sich dann aber entschlossen, die Verhandlungen abzubrechen und den Entscheid der Baubewilligungsbehörde abzuwarten. Nachdem dieser am 20. April 1994 ergangene Entscheid vom Beklagten mit Verwaltungsbeschwerde angefochten worden war, habe sich der Kläger mit Schreiben vom 16. Mai 1994 an den Beklagten gewandt mit dem Vorschlag, die Vergleichsgespräche auf der Grundlage von Fr. 20'000.-- bis Fr. 30'000.-- wieder aufzunehmen. In der Folge habe sich der Beklagte nach wie vor

vergleichsbereit gezeigt. Er habe nun auf einer Vergleichssumme von Fr. 30'000.-- beharrt, weil ihm unterdessen weitere erhebliche Kosten, insbesondere Anwaltskosten entstanden seien. Am 25. Mai 1994 habe der Beklagte dem Kläger den von ihm bereits unterzeichneten Vergleich zugesandt, der dann nach einvernehmlicher Streichung einer einzelnen Vertragsklausel am 30. Mai 1994 auch vom Kläger unterschrieben worden sei.

BGE 123 III 101 S. 109

Die Entstehungsgeschichte der Vereinbarung vom 30. Mai 1994 zeigt somit, dass der Kläger ohne direkte Einflussnahme durch den Beklagten - wie etwa unter dem Eindruck einer Drohung im Sinne von Art. 29 f. OR - gehandelt hat. Er hat vielmehr aus eigener Initiative die Wiederaufnahme der Vergleichsgespräche vorgeschlagen. Eine eigentliche Zwangslage im oben umschriebenen Sinne bestand sodann entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht. Es ist zwar davon auszugehen, dass der Kläger zur Bezahlung einer Geldsumme bereit war, weil er die Bauverzögerung verhindern wollte, mit welcher er wegen des vom Beklagten ergriffenen Rechtsmittels rechnen musste. Im angefochtenen Urteil wird indessen festgehalten, der Kläger habe nicht konkret ausgeführt, inwiefern ihm und seiner Mieterin durch die Bauverzögerung finanzielle Nachteile zu entstehen drohten. Die Vorinstanz schliesst allerdings allgemein aus dem Standort und der Nutzung des Hauses ("Verkaufsgeschäft in der Geschäftsgasse der Altstadt Luzern"), dass der Kläger daran interessiert war, das Bauvorhaben möglichst rasch zu verwirklichen. Das reicht jedoch zum Nachweis einer konkret vorliegenden Zwangslage wegen drohender finanzieller Nachteile nicht aus. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Inkaufnahme der mit der Bauverzögerung verbundenen Nachteile für den Kläger unzumutbar war, so dass insoweit keine eigentliche Zwangslage vorlag. Dazu kommt, dass der Kläger auch die Möglichkeit hatte, auf eine möglichst schnelle Erledigung des Verfahrens hinzuwirken. Er musste nach den Feststellungen der Vorinstanz damit rechnen, dass er aufgrund des Rechtsmittels des Beklagten verpflichtet werden könnte, das geänderte Umbauprojekt öffentlich aufzulegen. Dabei hätte er mit den ihm zur Verfügung stehenden rechtmässigen Mitteln auf eine Verfahrensbeschleunigung hinwirken können, wie der Beklagte zutreffend darlegt. Wenn der Kläger unter diesen Umständen vorzog, dem Beklagten sittenwidrig das Rechtsmittel abzukaufen, statt mit legalen Mitteln eine Verfahrensbeschleunigung anzustreben, handelte er nicht unfreiwillig. Ist die Leistung aber freiwillig erfolgt, steht dem Kläger kein Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu.

Damit braucht nicht geprüft zu werden, ob die Rückforderung auch aufgrund von **Art. 66 OR** oder deswegen ausgeschlossen ist, weil sie vom Kläger rechtsmissbräuchlich geltend gemacht wird.

Urteilskopf

129 III 35

7. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. Die Schweizerische Post gegen Verein gegen Tierfabriken (Berufung)
4C.297/2001 vom 7. Mai 2002

Regeste

Verpflichtung der Post zur Beförderung von nicht abonnierten Zeitungen (**Art. 35 BV**; Art. 2-4, 9 und 15 PG; **Art. 1 OR**).
Die Beförderung von nicht abonnierten Zeitungen zählt nicht zu der von der Post obligatorisch zu erbringenden Grundversorgung (Universaldienst, **Art. 2-4 und 15 PG**), sondern gehört zu den Dienstleistungen, welche die Post erbringen kann, grundsätzlich aber nicht erbringen muss (Wettbewerbsdienst, **Art. 9 PG**; E. 4).
Im Bereich der Wettbewerbsdienste ist die Post gleich zu behandeln wie ihre private Konkurrenz. Eine spezielle Grundrechtsbindung der Post, aus welcher eine Beförderungspflicht abgeleitet werden könnte, ist zu verneinen (E. 5).
Eine privatrechtliche Kontrahierungspflicht kann sich ausnahmsweise aus dem Verbot des Verstosses gegen die guten Sitten ergeben. Im vorliegenden Fall ist eine Kontrahierungspflicht auf dieser Grundlage zu bejahen (E. 6).

Sachverhalt ab Seite 36

BGE 129 III 35 S. 36

A.- Im Dezember 1999 wollte der Verein gegen Tierfabriken (VgT) (nachfolgend: der Kläger) bei der Hauptpost St. Gallen zwei seiner Publikationen, die "Vgt-Nachrichten" (Publikationsorgan für die Deutschschweiz) und die "ACUSA-News" (Publikationsorgan für die Westschweiz), als unadressierte Massensendung zur Versendung an alle Haushaltungen übergeben. Die "VgT-Nachrichten" und "ACUSA-News" erscheinen vierteljährlich und haben eine Auflage von 500'000 bzw. 200'000 Exemplaren. Es werden Berichte über die Tierhaltung in der Landwirtschaft publiziert, welche mit Fotos veranschaulicht werden, Leserbriefe abgedruckt, Bücher über das Thema "Tier" vorgestellt und vegetarische Rezepte zur Kenntnis gebracht. Die Post lehnte den Versand dieser Publikationen ab.

B.- In der Folge beantragte der Kläger beim Bezirksgericht Frauenfeld, es sei festzustellen, dass die Ablehnung des Versands der "VgT-Nachrichten VN00-1", der Sonderausgabe "VgT-Nachrichten VN00-1a" sowie der "ACUSA-News AN99-01" durch die Post widerrechtlich sei. Die Post beantragte, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen. In einem separaten Entscheid vom 3. April 2000 bejahte die Bezirksgerichtliche Kommission sowohl ihre sachliche wie auch ihre örtliche Zuständigkeit, über die Feststellungsklage zu befinden. Dieser Zuständigkeitsentscheid wurde nicht angefochten. Mit Urteil vom 22. September 2000 stellte die Bezirksgerichtliche Kommission fest, dass die Verweigerung der Annahme der erwähnten Publikationen widerrechtlich erfolgt sei. Dagegen erhob die Post Berufung ans Obergericht des Kantons Thurgau. Mit Urteil vom 22. März 2001 bestätigte das Obergericht den Entscheid der Bezirksgerichtlichen Kommission.

BGE 129 III 35 S. 37

C.- Mit Berufung vom 14. September 2001 beantragt die Post dem Bundesgericht, "die Berufung sei gutzuheissen und das Urteil der Vorinstanz aufzuheben". Der Kläger beantragt im Wesentlichen die Abweisung der Berufung. Auch das Obergericht des Kantons Thurgau beantragt die Abweisung der Berufung.
Das Bundesgericht weist die Berufung ab, soweit es darauf eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:
[...]

6. Eine Transportpflicht der Post, die im Bereich der Wettbewerbsdienste wie ihre privaten Konkurrenten in den Formen des Privatrechts handelt, besteht dann, wenn von einem Kontrahierungszwang auszugehen ist.

6.1 Die Privatrechtsordnung beruht auf der Privatautonomie. Im Schuldrecht wird die Privatautonomie durch die Vertragsfreiheit konkretisiert. Die Vertragsfreiheit hat verschiedene Aspekte (Abschlussfreiheit, Partnerwahlfreiheit, Inhaltsfreiheit, Formfreiheit und Aufhebungsfreiheit; anstatt aller GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 7. Aufl., Zürich 1998, Rz. 613 ff.). Die Abschluss- und Partnerwahlfreiheit als Teilaspekte der Vertragsfreiheit können ausnahmsweise durch Kontrahierungspflichten eingeschränkt werden. Solche Kontrahierungspflichten beruhen entweder auf Vertrag (in der Regel einem Vorvertrag) oder gesetzlicher Grundlage (anstatt aller: ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, N. 100 ff. zu Art. 19/20 OR). Im Folgenden interessieren nur die Kontrahierungspflichten, die auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen.

6.2 Allgemein anerkannt ist, dass sich eine Kontrahierungspflicht aufgrund einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung ergeben kann (anstatt aller: KRAMER, a.a.O., N. 103). Die überwiegende Zahl der in Betracht fallenden Tatbestände gehören dem öffentlichen Recht an. Ein anschauliches Beispiel im vorliegenden Zusammenhang ist die Kontrahierungspflicht im Bereich der Universaldienste der Post (**Art. 2 ff. PG**). Umstritten ist hingegen die Frage, ob sich eine Kontrahierungspflicht ausserhalb einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage auch aus allgemeinen Prinzipien des Privatrechtes - insbesondere dem Schutz der persönlichen Wirtschaftsfreiheit (**Art. 28 ZGB**) oder der guten Sitten - ergeben kann.

6.2.1 Im viel beachteten Entscheid Seelig (**BGE 80 II 26**) hatte das Bundesgericht die Klage eines Filmkritikers zu beurteilen, dem der Zutritt zu einem Kino verweigert worden war. Es verneinte unter Hinweis auf die Vertragsfreiheit eine Rechtspflicht der Kinoinhaberin, mit dem missliebigen Filmkritiker einen Vorstellungsbesuchsvertrag

BGE 129 III 35 S. 43

abzuschliessen. Eine Kontrahierungspflicht könne auch nicht aus dem Gebot zur Beachtung der guten Sitten abgeleitet werden. Ein solcher Zwang könne sich nur in ganz besonderen Ausnahmefällen ergeben, nämlich dort, wo eine sachlich nicht gerechtfertigte Verweigerung des Vertragsabschlusses lebenswichtige Interessen des davon Betroffenen verletze oder gefährde. Davon könne für den vom Filmkritiker angestrebten Zutritt zur Filmvorführung keine Rede sein (E. 4 S. 37). Die Weigerung, mit dem Filmkritiker einen Vertrag abzuschliessen, stelle auch keine Verletzung von **Art. 28 ZGB** dar, da keine Rechtspflicht zum Vertragsabschluss und damit kein widerrechtliches Handeln vorliege (E. 5 S. 39 f.). Insbesondere liege auch keine Verletzung der privatrechtlichen Pressefreiheit gemäss **Art. 28 ZGB** vor. Da die verfassungsrechtliche Pressefreiheit

nach **Art. 55 aBV** keinen Rechtsanspruch auf die Vermittlung von Informationen liefere, könne auch aus der privatrechtlichen Pressefreiheit nach **Art. 28 ZGB** kein Rechtsanspruch auf einen Vertragsabschluss zum Besuch eines Films abgeleitet werden (E. 6 S. 41). Zwar gebe das Vorgehen der Kinoinhaberin, eine ihr nicht genehme Filmkritik mit der Ausschliessung des betreffenden Journalisten zu beantworten, im Hinblick auf die wünschbare Unabhängigkeit der Kritik zu gewissen Bedenken Anlass, doch sei diesen Unzukömmlichkeiten auf dem Boden des geltenden Privatrechtes nicht beizukommen (E. 7 S. 44).

Dieser Entscheid wurde in der Literatur unterschiedlich bewertet. Ausdrücklich gebilligt wurde er de lege lata von EUGEN BUCHER, welcher für eine Kontrahierungspflicht des privaten Kinobetreibers die erforderliche gesetzliche Grundlage vermisst ("Drittwirkung der Grundrechte?", in: SJZ 83/1987 S. 37 ff., S. 42 f.). Demgegenüber hat PETER JÄGGI am Entscheid insoweit Kritik geübt, als darin das öffentliche Besuchsangebot und damit die Duldungspflicht des Anbieters zu wenig beachtet worden sei; seines Erachtens liesse sich der Ausschluss eines Filmkritikers vom Vorstellungsbesuch gegen den Vorwurf einer Verletzung von **Art. 28 ZGB** und das Rechtsmissbrauchsverbot nur halten, wenn mit einer unsachlichen Kritik zu rechnen sei (Bemerkungen zum Fall Seelig, in: SJZ 50/1954 S. 353 ff.; ähnlich EMILE THILO, in: JdT 1955 I S. 146 ff.). Schliesslich erwuchs dem Entscheid auch aus grundrechtlicher Sicht Kritik (JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 50; PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, 3. Aufl., Bern 1982, S. 72 und 86), auf welche Diskussion hier aber wie erwähnt nicht weiter einzugehen ist (vgl. oben, E. 5.4).

BGE 129 III 35 S. 44

6.2.2 In der Literatur zum allgemeinen Vertragsrecht werden unterschiedliche Auffassungen zur Frage der Kontrahierungspflicht vertreten. Eine eher restriktive Meinung geht dahin, dass für eine Kontrahierungspflicht eine - in der Regel öffentlichrechtliche - gesetzliche Grundlage erforderlich sei (EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 90; neuerdings lässt dieser Autor allerdings auch **Art. 28 ZGB** als gesetzliche Grundlage gelten [Basler Kommentar, N. 7 Vorbemerkungen zu **Art. 1-40 OR**]). Mit Zurückhaltung bejahen andere Autoren eine Kontrahierungspflicht ausserhalb ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung unter Hinweis auf des Verbot sittenwidrigen Verhaltens, wenn eine lebenswichtige Leistung grundlos verweigert wird (VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1979, S. 284 f.; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 1996, Rz. 1507; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 100). Mit ähnlicher Argumentation wird aus dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens eine Kontrahierungspflicht abgeleitet, wenn für die Beschaffung lebenswichtiger Leistungen keine zumutbare Ausweichmöglichkeit besteht (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., Rz. 1114; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N. 541 zu **Art. 1 OR**; HANS MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1992, Rz. 289, S. 153 f.). Noch einen Schritt weiter geht die Meinung, dass eine Kontrahierungspflicht nicht streng an die Monopolstellung des Unternehmers und die Lebenswichtigkeit der von ihm verweigerten Güter- bzw. Dienstleistung gekoppelt werden sollte. Vielmehr rechtfertige es sich, anstelle des Erfordernisses der "Lebensnotwendigkeit" den gesellschaftlich unabdingbaren "Normalbedarf" und anstelle des Erfordernisses der "Monopolstellung" bereits eine "marktbeherrschende oder massgeblich beeinflussende Stellung eines Anbieters" für die Annahme einer Kontrahierungspflicht genügen zu lassen (KRAMER, a.a.O., N. 110 zu Art. 19/20 OR). Die zuletzt genannte Meinung lehnt sich im Wesentlichen an eine auch in der Schweizer Literatur viel zitierte Formel von FRANZ BYDLINSKI an. Danach darf ein Unternehmer, der die Leistung bestimmter Sachen oder Dienste öffentlich in Aussicht gestellt hat, einem zum angesprochenen Personenkreis gehörigen Interessenten, wenn diesem zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen, die zur Befriedigung seines Bedarfs nötige einschlägige Leistung und

den sie vorbereitenden Vertragsschluss ohne sachlich gerechtfertigte Gründe nicht verweigern, wenn es sich

BGE 129 III 35 S. 45

um den "Normalbedarf" oder den "Notbedarf" handelt (BYDLINSKI, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwangs, in: Archiv für civilistische Praxis, Bd. 180/1980, S. 29 ff., insbes. S. 41).

6.3 Vor dem Hintergrund des Meinungsstandes in der Literatur ist seit dem Entscheid Seelig (**BGE 80 II 26**) eine Tendenz zur Ausweitung von Kontrahierungspflichten feststellbar. Heute darf allgemein als anerkannt gelten, dass eine Kontrahierungspflicht nicht auf die Fälle beschränkt ist, in denen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage vorliegt. Vielmehr kann sich eine Kontrahierungspflicht auch aus allgemeinen Prinzipien des Privatrechtes wie dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens ergeben. Für die Konkretisierung dieses Grundsatzes ist jedoch vorab festzuhalten, dass die Vertragsfreiheit - und damit auch die Vertragsabschlussfreiheit - als Element der Privatautonomie einen ausserordentlich hohen Stellenwert in der Privatrechtsordnung hat. Da sich Einschränkungen der Vertragsabschlussfreiheit bereits heute in grosser Zahl aus ausdrücklichen - meist öffentlichrechtlichen - Gesetzesbestimmungen ergeben, haben Kontrahierungspflichten ausserhalb von ausdrücklichen gesetzlichen Anordnungen ausgesprochenen Ausnahmecharakter und können nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Unter bestimmten Voraussetzungen kann jedoch aus dem Grundsatz des Verbots sittenwidrigen Verhaltens eine Kontrahierungspflicht abgeleitet werden.

Eine Kontrahierungspflicht auf dieser Grundlage setzt erstens voraus, dass ein Unternehmer seine Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich anbietet. Der Bereich des rein privaten Güteraustausches ist von einer Kontrahierungspflicht zum Vornherein ausgenommen. Zweitens kann sich der Kontrahierungszwang nur auf Güter und Dienstleistungen beziehen, die zum Normalbedarf gehören. Dazu zählen Güter und Leistungen, die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden. Die Beschränkung der Kontrahierungspflicht auf "lebenswichtige" - d.h. für das nackte Überleben notwendige - Güter und Leistungen (so noch **BGE 80 II 26** E. 4c S. 37) scheint zu eng. Drittens kann ein Kontrahierungszwang nur angenommen werden, wenn dem Interessenten aufgrund der starken Machtstellung des Anbieters zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs fehlen. Von einer solchen Machtkonstellation ist dann auszugehen, wenn entweder nur ein einziger Anbieter zureichend erreichbar ist, oder wenn sich alle in Frage kommenden Anbieter gegenüber dem Interessenten gleichermassen ablehnend verhalten.

BGE 129 III 35 S. 46

Und viertens kann von einer Kontrahierungspflicht nur dann ausgegangen werden, wenn der Unternehmer keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses anzugeben vermag.

Nur wenn diese vier Voraussetzungen kummulativ erfüllt sind, rechtfertigt es sich, die Vertragsabschlussfreiheit ausnahmsweise einzuschränken und den Unternehmer zu verpflichten, mit einem Interessenten einen Vertrag zu den von ihm allgemein kundgegeben Bedingungen abzuschliessen.

6.4 Im vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass Publikationen wie die "VgT-Nachrichten" und die "ACUSA-News" von der Post normalerweise als unadressierte Massensendung entgegengenommen und transportiert werden, wie die Post selbst einräumt. Das betreffende Dienstleistungsangebot wird

und transportiert werden, wie die Post selbst einräumt. Das betreffende Dienstleistungsangebot wird in der Informationsbroschüre "Promopost" umschrieben. Es kann daher ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Post die vom Kläger nachgefragte Dienstleistung allgemein und öffentlich angeboten hat.

Ferner kann davon ausgegangen werden, dass die von der Post angebotene Dienstleistung zum "Normalbedarf" im oben umschriebenen Sinn zählt. Die Versendung von Informations- und Werbepublikationen wird von vielen Unternehmen und Institutionen nachgefragt, so dass ohne weiteres gesagt werden kann, dass die von der Post öffentlich angebotene Dienstleistung vom Durchschnittsnachfrager regelmässig in Anspruch genommen wird und insofern zum Normalbedarf zählt.

Weiter kann im vorliegenden Fall auch davon ausgegangen werden, dass die Post gegenüber dem Kläger als marktstarke - oder sogar marktbeherrschende - Anbieterin auftritt. Die marktmächtige Position der Post ergibt sich einerseits aus dem Umstand, dass diese vor kurzem aus einem Monopolbetrieb - der PTT - hervorgegangen ist und gegenüber der sich allmählich etablierenden privaten Konkurrenz eine starke Stellung einnimmt. Andrerseits fällt unter diesem Gesichtspunkt auch die heutige Monopolstellung in Teilen des Universaldienstes und das flächendeckende Verteilnetz in Betracht. Für den Kläger dürfte es daher nicht oder nur mit unzumutbaren Schwierigkeiten möglich gewesen sein, auf einen anderen Anbieter als die Post auszuweichen, der bereit und in der Lage gewesen wäre, 500'000 Exemplare der "VgT-Nachrichten" an Deutschschweizer und 200'000 Exemplare der "ACUSA-News" an Westschweizer Haushalte zu verteilen.

Schliesslich kann auch festgehalten werden, dass die Post den Transport der fraglichen Publikationen ohne sachliche Gründe verweigert hat. Der Hinweis der Post, die Publikationen würden ihrem Ruf schaden und ihre Geschäftstätigkeit beeinträchtigen, weil viele Landwirte darin namentlich kritisch erwähnt würden, überzeugt nicht. Es ist allgemein bekannt, dass sich die Leistungen der Post auf die blosse Verteilung von Sendungen jeglicher Art bezieht und beschränkt. Mit dem redaktionellen Inhalt der von ihr beförderten Sendung wird die Post nicht identifiziert. Die Begründung der Post, dass andere Kunden - die namentlich erwähnten Landwirte - durch die Beförderung der Publikation ihre Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten in Frage stellen könnten, dürfte kaum zutreffen. Im Übrigen behauptet die Post auch nicht, dass der redaktionelle Inhalt rechtswidrig sei, was als sachlicher Grund für die Abweisung des Klägers zu anerkennen wäre.

Unter diesen Umständen stellt die Weigerung der Post, die Publikationen des Klägers zu transportieren, einen Verstoss gegen die guten Sitten dar. Die Post wäre daher verpflichtet gewesen, die Sendungen des Klägers zu den von ihr in der Broschüre "Promopost" öffentlich und allgemein bekannt gegebenen Bedingungen zu befördern.

6.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste keine staatlichen Aufgaben erfüllt und deshalb nicht an die Grundrechte gebunden ist. Im Bereich der Wettbewerbsdienste gilt daher sowohl für die Post als auch für ihre private Konkurrenz grundsätzlich die Vertragsfreiheit und insbesondere auch die Vertragsabschlussfreiheit (E. 6.1). Eine Kontrahierungspflicht ist ausnahmsweise denkbar, wenn sie auf vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage beruht (E. 6.2). Als gesetzliche Grundlage kommen nicht nur ausdrückliche gesetzliche Regelungen, sondern auch allgemeine privatrechtliche Grundsätze wie das Verbot des Verstosses gegen die guten Sitten in Frage (E. 6.3). Im vorliegenden Fall hat die Post mit ihrer Weigerung, die klägerischen Publikationen zu transportieren, gegen dieses Verbot verstossen (E. 6.4). Im Ergebnis hat das Obergericht des Kantons Thurgau somit zutreffend festgehalten, dass die Post zur Beförderung der "VgT-Nachrichten" und der "ACUSA-News" verpflichtet gewesen wäre.

Urteilskopf

138 IV 13

2. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Appenzell A.Rh. (Beschwerde in Strafsachen)
6B_345/2011 vom 17. November 2011

Regeste

Grobe Verletzung von Sitte und Anstand in der Öffentlichkeit (Art. 19 des Strafrechts des Kantons Appenzell A.Rh.), "Nacktwandern"; Gesetzgebungskompetenz der Kantone auf dem Gebiet des Übertretungsstrafrechts (**Art. 335 Abs. 1 StGB**); Bestimmtheitsgebot (**Art. 1 StGB**); persönliche Freiheit (**Art. 10 Abs. 2 BV**); Verbotsirrtum (**Art. 21 StGB**); Strafbefreiung wegen fehlenden Strafbedürfnisses (**Art. 52 StGB**).

Die Kantone sind gestützt auf **Art. 335 Abs. 1 StGB** befugt, das "Nacktwandern" im öffentlichen Raum unter Strafe zu stellen (E. 3).

Eine Norm, welche demjenigen Strafe androht, der "öffentlich Sitte und Anstand grob verletzt", ist hinreichend bestimmt (E. 4).

Das "Nacktwandern" kann willkürfrei als grobe Verletzung von Sitte und Anstand qualifiziert werden (E. 5).

Der Tatbestand setzt nicht voraus, dass der "Nacktwanderer" auf einen Menschen trifft, der dadurch in seinem Anstandsgefühl verletzt wird (E. 6).

Verletzung des Grundrechts der persönlichen Freiheit verneint (E. 7).

Verbotsirrtum verneint (E. 8).

Keine Strafbefreiung wegen fehlenden Strafbedürfnisses (E. 9).

Sachverhalt ab Seite 14

BGE 138 IV 13 S. 14

A. X. (geb. 1964) wanderte am Sonntag, den 11. Oktober 2009, bei schönem Wetter zwischen 15.40 und 16.00 Uhr nackt im Naherholungsgebiet Nieschberg bei Herisau/AR. Dabei ging er unter anderem an einer von einer Familie mit Kleinkindern besetzten Feuerstelle und an einem christlichen Rehabilitationszentrum für Drogenabhängige vorbei. Eine Passantin stellte ihn zur Rede und erstattete Strafanzeige.

B.

B.a Das Verhöramt Appenzell A.Rh. verurteilte X. mit Strafverfügung vom 23. November 2009 wegen unanständigen Benehmens im Sinne von Art. 19 des Gesetzes über das kantonale Strafrecht des Kantons Appenzell A.Rh. zu einer Busse von 100 Franken respektive zu einer Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse.

B.b Die Kantonsgerichtspräsidentin von Appenzell A.Rh. sprach X. mit Urteil vom 27. Mai 2010 frei.

B.c Das Obergericht von Appenzell A.Rh. verurteilte X. mit Entscheid vom 17. Januar 2011 in Gutheissung der Appellation der Staatsanwaltschaft wegen unanständigen Benehmens im Sinne

von Art. 19 al. 2 des Gesetzes über das kantonale Strafrecht des Kantons Appenzell A.Rh. zu einer Busse von 100 Franken.

C. X. führt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und er sei vom Vorwurf des unanständigen Benehmens freizusprechen. Zudem ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

BGE 138 IV 13 S. 15

D. Das Obergericht des Kantons Appenzell A.Rh. hat auf Vernehmlassung verzichtet. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Appenzell A.Rh. hat sich nicht vernehmen lassen.

E. Das Bundesgericht hat sein Urteil in einer öffentlichen Sitzung gefällt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

[...]

5.

5.1 Das Bundesgericht prüft die Verletzung von kantonalem Recht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (**Art. 106 Abs. 1 BGG**). Es prüft die Auslegung und Anwendung von kantonalen Gesetzesbestimmungen, unter Vorbehalt von hier nicht in Betracht fallenden Ausnahmen (siehe

BGE 138 IV 13 S. 22

Art. 95 BGG), nicht frei, sondern nur mit einer auf Willkür beschränkten Kognition. Nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts liegt Willkür in der Rechtsanwendung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (**BGE 137 I 1** E. 2.4; **BGE 136 I 316** E. 2.2.2; je mit Hinweisen).
Zu prüfen ist, ob die Auffassung der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe durch das inkriminierte Nacktwandern öffentlich Sitte und Anstand grob verletzt, willkürlich, also schlechterdings unhaltbar ist.

5.2 "Anstand" bezeichnet "die Form des zwischenmenschlichen Verhaltens, die als der Würde des Menschen entsprechend angesehen wird. Ihre Beachtung und Einhaltung wird von einer Gesellschaft meist nachdrücklich gefordert; wer 'den Anstand verletzt', setzt sich der Gefahr aus, belächelt oder mit Sanktionen bedroht zu werden" (Meyers Enzyklopädisches Lexikon, zum Begriff "Anstand"). Unter "Sitte" versteht man "die in einer Gesellschaft oder Teilgesellschaft vorhandenen und angewendeten Regeln des Sozialverhaltens, sofern diese nicht durch Gesetze festgelegt, sondern durch alltägliche Anwendung verankert sind, die sich durch den Verweis auf Traditionen, Kultur, Brauch, moralische oder religiöse Vorstellungen rechtfertigt" (Brockhaus Enzyklopädie, zum Begriff "Sitte"). Die beiden Begriffe, deren Bedeutungsinhalt teilweise übereinstimmt, werden häufig gemeinsam in der Wendung "Sitte und Anstand" gebraucht. Diese bezeichnen nicht dasselbe wie die "Sittlichkeit" im Sinne des früheren Sexualstrafrechts, sondern gehen darüber hinaus.

5.3 Ob ein Verhalten Sitte und Anstand verletzt und ob diese Verletzung als grob erscheint, beurteilt sich nicht nach dem Eindruck des besonders unsensiblen oder des besonders empfindsamen, sondern nach der Einschätzung des durchschnittlich empfindenden Menschen. Darüber muss der Richter entscheiden. Es kommt entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht in Betracht, die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass ein bestimmtes Verhalten unter welchen Voraussetzungen Sitte und Anstand verletzt, durch sog. repräsentative Umfragen zu klären. Die Anschauungen

BGE 138 IV 13 S. 23

darüber, ob und in welchem Ausmass ein bestimmtes Verhalten als Sitte und Anstand verletzend empfunden wird, können von Region zu Region verschieden sein.

5.4

5.4.1 Das Nacktwandern unterscheidet sich wesentlich etwa vom Baden, Sonnenbaden sowie von der Ausübung von Sport und Spiel im Zustand der Nacktheit auf einem begrenzten Gelände. Das Nacktwandern ist hierzulande und fast überall anderswo heute und seit jeher völlig unüblich und ungewöhnlich. Der Mensch, der unterwegs ist, trägt wenigstens ein Kleidungsstück, welches den Intimbereich bedeckt. Nacktwandern widerspricht klar den Sitten und Gebräuchen, Gepflogenheiten und Konventionen. Es ist, auch gemessen an der traditionellen sog. Freikörperkultur, eine deutliche Grenzüberschreitung und ein Tabubruch. Bezeichnend ist, dass selbst in der heutigen Gesellschaft, die nach der Meinung des Beschwerdeführers freizügig und unter dem Einfluss von Medien aller Art an Nacktheit gewohnt ist, fast kein Mensch nackt wandert.

5.4.2 Unerheblich ist, dass der Beschwerdeführer sein Wandern als sportliche Betätigung in der Natur begreift und Sport seines Erachtens etwas Positives ist. Dies legt nicht den Schluss nahe, dass das Nacktwandern nicht Sitte und Anstand grob verletze. Dem Beschwerdeführer ist es unbenommen, wenigstens mit einer kurzen Hose bekleidet zu wandern oder, wenn er sich dadurch zu beengt fühlen sollte, beispielsweise in einem Gelände für Freikörperkultur Sport zu treiben.

5.4.3 Es ist davon auszugehen, dass die Menschen im Falle einer Begegnung mit einem Nacktwanderer ganz unterschiedlich reagieren. Die konkrete Reaktion im Einzelfall lässt jedoch keine Rückschlüsse darauf zu, wie das Nacktwandern unter dem Gesichtspunkt von Sitte und Anstand grundsätzlich und prinzipiell eingeschätzt wird. Massstab für die Beurteilung kann insoweit auch nicht die Haltung der vielen Gleichgültigen sein. Dass ein Verhalten hingenommen wird, weil - wie der Beschwerdeführer konstatiert - die Menschen in der heutigen Gesellschaft sich nur beschränkt füreinander interessieren, bedeutet noch nicht, dass es nicht Sitte und Anstand grob verletzt.

5.4.4 In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass das Volk des Kantons Appenzell I.Rh., welches nach der vom Beschwerdeführer nicht angefochtenen Einschätzung der Vorinstanz eine ähnliche Mentalität besitzt wie die Bevölkerung des Kantons

BGE 138 IV 13 S. 24

Appenzell A.Rh., durch Landsgemeindebeschluss vom 26. April 2009 Art. 15 des Übertretungsstrafgesetzes des Kantons Appenzell I.Rh. vom 30. April 2006 (UeStG; GS 311.000) unter anderem im Hinblick auf eine zu schaffende Strafnorm betreffend das Nacktwandern dahingehend ergänzt hat, dass auch mit Busse bestraft wird, wer sich "öffentlich ein anstössiges, Sitte oder Anstand verletzendes Verhalten zuschulden kommen lässt". Gestützt auf diese Bestimmung sowie auf den durch den Landsgemeindebeschluss neu eingefügten Art. 4 Abs. 2 UeStG, wonach der Grosse Rat für geringfügige Übertretungen eine Liste mit festen Bussen

erlassen kann, hat der Grosse Rat des Kantons Appenzell I.Rh. am 15. Juni 2009 die Verordnung über die Ordnungsbussen samt Anhang erlassen, dessen Ziff. 1.10 eine Busse von Fr. 200.- androht für "Nacktes Aufhalten in der Öffentlichkeit (Art. 15 UeStG)".

5.4.5 Die Vorinstanz wendet das kantonale Recht nicht willkürlich an, indem sie das dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Nacktwandern unter Berücksichtigung der im Kanton Appenzell A.Rh. herrschenden Mentalität und Anschauung, deren Würdigung das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung prüft (vgl. **BGE 106 Ia 267** E. 3b), als grobe Verletzung von Sitte und Anstand im Sinne von Art. 19 Strafrecht/AR wertet.

5.5

5.5.1 Ergänzend ist im Übrigen klarzustellen, dass die Bewertung des Nacktwanderns unter dem Gesichtspunkt von Sitte und Anstand nicht massgeblich davon abhängen kann, wie gross oder wie klein die Wahrscheinlichkeit der Begegnung mit einem Nacktwanderer ist. Wer im öffentlichen Raum - wo auch immer - auf einen Nacktwanderer trifft, kann daran mit Grund Anstoss nehmen, zumal er nicht zuverlässig wissen kann, von welchen Motiven der Nacktwanderer letztlich dazu getrieben wird, mit entblösstem Intimbereich aufzutreten.

5.5.2 Wohl ist davon auszugehen, dass das Nacktwandern in einer belebten Innenstadt schwerer wiegt als das Nacktwandern in einer abgelegenen Gegend abseits von Wanderwegen. Dies betrifft indessen lediglich das Mass des Verschuldens. Beim Nacktwandern in der Abgeschiedenheit kommt, soweit sich überhaupt ein Anzeigeerstatter findet, allenfalls eine Strafbefreiung wegen fehlenden Strafbedürfnisses in Betracht. Im Übrigen liesse sich ohnehin nicht hinreichend zuverlässig bestimmen, bei welchen örtlichen Gegebenheiten und übrigen konkreten Umständen im Einzelnen das Nacktwandern

willkürfrei noch als Verletzung beziehungsweise als grobe Verletzung von Sitte und Anstand qualifiziert werden könnte und bei welchen Gegebenheiten ein Schuldspruch willkürlich wäre.
Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt unbegründet.

[...]

Notizen:

III. Recht und Religion

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 8 N. 2–67

Notizen:

IV. Recht und Politik

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 7 N. 1–109

- Politik: Regelung der Angelegenheiten eines Gemeinwesens durch allgemeinverbindliche Entscheide
- Charakterisierung der Entscheidungen in der Politik und im Recht:

Aspekt	**Politik**	**Recht**
Kriterium	Kriterium der Gerechtigkeit, Zweckmässigkeit usw. (politische Wünschbarkeit	Kriterium von Recht/Unrecht (Geltung als Recht)
Art der Entscheide	allgemeinverbindliche Entscheide mit Bezug auf das Gemeinwesen (in der Regel)	Einzelfallentscheide (in der Regel)
Zeitlicher Bezug	Gestaltung der Zukunft (in der Regel)	häufig Beurteilung der Vergangenheit
Methodik	Subjektivismus, Verhandlung, Macht	Objektivierung, Rationalität

Notizen:

IV. Recht und Politik *(Fortsetzung)*

- Gesetzgebung zwischen Recht und Politik
  - Gesetze als Instrumente und Produkte der Politik
  - historisches und teleologisches Auslegungselement: Anknüpfung der Gesetzesauslegung an die politische Herkunft eines Gesetzes bzw. das mit ihm verfolgte politische Programm
  - "Logik" der Politik als Ursache und Erklärung für gesetzliche Regeln
  - Gesetze als "vorbestehende Tatsachen" für die Politik
- Verfassung zwischen Recht und Politik
  - Verfassung als hierarchisch höchstrangige Quelle des Rechts
  - Verfassung (und auch Gesetze) als Rahmen und Schranke der Politik, in Bezug auf politische Entscheidverfahren wie auch die Inhalte politischer Entscheide
  - Primat der Politik oder des Rechts?
    - Volkssouveränität, Mehrheitsprinzip
    - Rechtsstaat, Verfassungsgerichtsbarkeit

Ergänzende Literatur: NIKLAS LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp 1995, S. 407–439

Um zu einer der gegenwärtigen Situation angemessenen Theorie der Gesellschaft zu kommen, hält Niklas Luhmann es für sinnvoll, die gesellschaftlichen Teilsysteme in ihrer Verschiedenartigkeit und trotzdem vergleichbar zu beschreiben, so daß die Merkmale der Modernität in der Gleichartigkeit des Verschiedenen zutage treten. Denn gerade darin, daß diese Gleichartigkeit des Verschiedenen heute extreme Differenzen zu überbrücken hat, könnte der Unterschied der modernen Gesellschaft zu allen ihr historisch vorausgehenden Gesellschaftssystemen liegen.

Diese Leitidee liegt der vorliegenden Publikation zugrunde. Sie versteht sich in erster Linie als ein Beitrag zu einer Theorie der Gesellschaft. Andererseits versucht sie, den Eigenarten des Rechtssystems gerecht zu werden, und ist in diesem Sinne auch als Rechtssoziologie geschrieben.

Gewonnen wird ein Theorierahmen für einen Vergleich aller Funktionssysteme der Gesellschaft, die in sehr verschiedenen kausalen Konstellationen und mit Bezug auf prinzipiell unterschiedliche Funktionen ihre Eigendynamik entfalten. Die einzelnen Kapitel befassen sich überwiegend mit klassischen Themen der Rechtstheorie und der Rechtssoziologie.

Niklas Luhmann hat im Suhrkamp Verlag u. a. veröffentlicht: *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1981; *Funktion der Religion*, 1982 und 1992 (stw 407); *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Band 1: 1980 und 1993 (stw 1091), Band 2: 1981 und 1993 (stw 1092), Band 3: 1989 und 1993 (stw 1093), Band 4: 1995; *Liebe als Passion. Zur Codierung von Intimität*, 1982 und 1994 (stw 1124); *Legitimation durch Verfahren*, 1983 (stw 443); *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 1984 und 1987 (stw 666); *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1988 und 1994 (stw 1152); *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990 und 1992 (stw 1001).

Niklas Luhmann
Das Recht der Gesellschaft

Suhrkamp

Sprachspiel sich als Veranstaltung von Beobachtern für Beobachter auffassen läßt). An Tendenzhinweisen fehlt es nicht. Worauf es jedoch ankommt, ist: mehr zu sehen als bloße Auflösungserscheinungen am klassischen Norm-, Text- und Methodenkanon. Vielleicht sehen wir eine neue Ordnungsform im Entstehen, die ganz auf die Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung verlagert ist und von dort her bestimmt, was für sie Anschlußwert hat und deshalb als Realität zählt.

Dem bleibt noch anzufügen, daß die Profession der Juristen, gerade weil sie das System auf der Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung ansiedelt, die Bedeutung von Interpretation/Argumentation überschätzt. Man muß erneut bedenken, daß es sich um ein binär codiertes System handelt und daß die Entscheidungen über Geltung/Nichtgeltung die letztlich ausschlaggebenden Operationen sind. Einerseits besteht also die Meisterleistung des juristischen Könnens in der Produktion von Texten aus Texten, im Interpretieren und Argumentieren; und dies auch insoweit, als es auf festzustellende Tatsachen, Beweisfragen usw. ankommt. Andererseits verlieren die Juristen die Hälfte ihrer Prozesse, nachdem auf beiden Seiten argumentiert worden ist. So wie im System der Krankenbehandlung immer einige Patienten sterben und andere die Behandlung überleben und darin das Risiko der Profession liegt, so muß auch der Jurist mit der Tatsache leben, daß seine Argumentation, und sei sie noch so durchdacht, nicht immer die letztlich entscheidende Entscheidung bestimmt. Im Habitus der Profession kann man daher zuweilen eine gewisse ironische Distanz zu den Ideen und Argumentationsmitteln beobachten, zugleich mit einer Aufmerksamkeit für das, was letztlich die Entscheidung trägt (zum Beispiel Gerichtsgebrauch und Tradition). Die letzten Gründe sind immer nur vorletzte Gründe.

Kapitel 9

Politik und Recht

I

Systemtheoretiker gehen im allgemeinen davon aus, daß man zwischen Rechtssystem und politischem System unterscheiden müsse.[1] Es handele sich um verschiedene Subsysteme des Gesellschaftssystems. Dies gilt erst recht, wenn man das Konzept der Autopoiesis akzeptiert und auf der Autonomie und historischen Individualität aller Sozialsysteme besteht. Von anderer, wohl überwiegender Seite wird dies jedoch wegen der engen und offensichtlichen Zusammenhänge zwischen Politik und Recht bestritten.

Eine Theorie des autopoietischen, operativ geschlossenen Rechtssystems setzt voraus, daß dieses System sich selbst von allen anderen Funktionssystemen der Gesellschaft unterscheiden kann; und daß folglich auch ein externer Beobachter dieses Systems, wenn er sachgemäß beobachten und beschreiben will, auf diesen im System produzierten Unterschied stoßen muß. Wenn das im großen und ganzen einleuchten mag, so bereitet dieses Konzept doch in einer Hinsicht Schwierigkeiten, und zwar im Verhältnis von Politik und Recht. Eine lange, seit der frühen Neuzeit gefestigte Tradition motiviert uns, hier nur ein einheitliches politisch-rechtliches System zu sehen. Das liegt sehr wesentlich am zugleich politischen und juristischen Begriff des Staates.[2] Seit Francisco Suárez, Thomas Hobbes

1 So Jay A. Sigler, An Introduction to the Legal System, Homewood Ill. 1968, S. 42 f. (aber im Widerspruch dazu dann S. 150: »The legal system, which is a subsystem of the political system, is typically used as an output channel for the political system.«). Ferner in der Nachfolge von Parsons, William M. Evan, Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives, Newbury Park 1990, S. 219 f. Anders in mehreren Publikationen Glendon Schubert. Siehe nur: Judicial Policy Making, 2. Aufl. Glenview Ill. 1974.

2 An neueren Publikationen zur Geschichte der Idee und Wirklichkeit des »Staates« siehe etwa Perry Anderson, Die Entstehung des absolutistischen Staates, dt. Übers. Frankfurt 1979; Gianfranco Poggi, The State: Its Nature, Development and Prospects, Cambridge Engl. 1990; Michael Stolleis, Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts, Frankfurt 1990. Die sich über diesen Begriff durchsetzende Einheit von politischem System und Rechtssystem ist in dieser Literatur jedoch kaum als Problem aufgefaßt worden.

und Samuel Pufendorf war dies aber auch etablierte Naturrechtstheorie. Andererseits waren wir bereits im Kapitel über die Funktion des Rechts auf die Notwendigkeit gestoßen, Funktionen und Durchsetzungsmodalitäten der Politik und des Rechts zu unterscheiden.

Eine der Besonderheiten, die die europäische Entwicklung weltweit auszeichnet, lag sicher in der besonderen Betonung der rechtlichen Voraussetzungen gesellschaftlichen Zusammenlebens auf der Grundlage des in Rom entwickelten Zivilrechts und der naturrechtlichen Formulierung seiner Grundlagen. Das schloß im Mittelalter eine Vorstellung der Einheit von Recht und Politik aus, und ohne diese Grundlagen hätte die Revolution der auf den Papst hin organisierten Kirche gegen das zur Theokratie tendierende Kaisertum nicht stattfinden und hätte wohl auch die verfassungsrechtliche Bindung des »konstitutionellen Staates« nicht erfunden werden können.[3] Das Recht war gleichsam schon da, als der moderne Staat sich politisch zu konsolidieren begann, und zwar teils als lokal ermittelbare Gewohnheit und teils als ein formal ausgearbeitetes, in viele Rechtsinstitute differenziertes, schriftlich fixiertes, lehr- und lernbares Recht. Es gab Feudalrecht und Stadtrechte, Königsrecht und seit dem Hochmittelalter vor allem die Trennung von kanonischem Recht und weltlichem Zivilrecht, die auch in einer entsprechend differenzierten Gerichtsbarkeit Ausdruck fand. Juristisch gesehen gab es noch im 16. Jahrhundert kein »öffentliches Recht« und keinen einheitlichen Rechtsbegriff (dominium, imperium, iurisdictio), der die angestrebte Einheit der Territorialgewalt abbilden konnte. Immerhin konnte man sich iurisdictio und imperium auch nicht getrennt vorstellen, denn das hätte für das konkrete Denken jener Zeit ja imperium in einem rechtsfreien Raum und iurisdictio ohne Durchsetzungsvermögen bedeutet. Das ungewöhnliche Ausmaß rechtlicher Durchdringung von gesellschaftlich relevanten Fragen schwächte zugleich die Bedeutung dieser Unterscheidung ab. Auch der Begriff der »potestas« überbrückte in gewissem Sinne diese Klüftungen, ohne die rechtlichen Instrumente im Detail durchdringen zu können; und dasselbe gilt für das neue Verständnis von »Souveränität«.

3 Siehe dazu Brian M. Downing, Medieval Origins of Constitutional Government in the West, Theory and Society 18 (1989), S. 212-247.

Schon hier, und erst recht später, unterscheiden sich regional unterschiedliche europäische Rechtsordnungen danach, ob die Rechtsentwicklung primär an die Gerichtspraxis oder eher an die Universitätsgelehrsamkeit oder an die juristische Beratung des Gesetzgebers anknüpft, ob es sich also eher um Richterrecht oder um Professorenrecht oder um gesetzesförmig codifiziertes Recht handelt. Für diese Optionen mag es mehr oder weniger direkte Gründe in der gleichzeitigen politischen Evolution gegeben haben; aber die Eigendynamik des Rechts und die Spezifik seiner Problemlagen schließen ein direktes Hineincopieren politischer Ordnungsvorstellungen in das Recht aus.[4] Die Politik beeinflußt selbstverständlich Einzelentscheidungen, aber strukturell scheint sie sich vor allem auf die Präferenz für Rollentypen auszuwirken, mit denen das Rechtssystem sich selbst stimuliert.

Angesichts der rasch wachsenden Komplexität und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit hatte der frühneuzeitliche Territorialstaat seine Aufgabe zunächst darin gesehen, das in seinen Territorien geltende Recht mitsamt der Organisation der Rechtspflege zu vereinheitlichen, es unter zentrale Kontrolle zu bringen und damit die eigene Staatseinheit zu konsolidieren.[5] Darin lag sein Verständnis von Souveränität (im Unterschied zu dem des Mittelalters) und seine politische Konsolidierung. Der Begriff der Souveränität bzw. der hoheitlichen »Gewalt« (potestas) verdeckte, daß zwei sehr verschiedene Begriffe von (politischer) Macht im Spiel waren, nämlich die Vorstellung einer *generalisierten* Fähigkeit, Gehorsam für Weisungen zu erreichen, und die Vorstellung von Rechtsmacht,

4 Siehe hierzu ausführlicher R. C. van Caenegem, Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History, Cambridge Engl. 1987.

5 Für die Territorialstaaten des Reiches siehe Dietmar Willoweit, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt: Landesobrigkeit, Herrschaftsrechte und Territorium in der Rechtswissenschaft der Neuzeit, Wien 1975. Es gab funktionale Äquivalente der territorialen Konsolidierung, aber auch sie waren sehr stark rechtsabhängig. Das gilt vor allem für politische Nobilitierungen und überhaupt für die Juridifizierung der Adelsanerkennung im Zusammenhang mit Steuerbefreiungen. Vgl. (am Beispiel Savoyen) Claudio Donati, L'idea di nobiltà in Italia: Secoli XIV-XVIII, Roma-Bari 1988, S. 177 ff. Dieses Verfahren ist besonders deshalb interessant, weil es einen vorübergehenden Kompromiß mit der noch fortbestehenden stratifikatorischen Differenzierung erlaubte und zugleich eine Abschließung des Adels nach unten, gleichsam eine neue Aristokratisierung der Aristokratie ermöglichte. Aber wie wäre das möglich gewesen ohne das realistisch-praktische Motiv an einer Statusklärung des Adels: der Privilegierung in Steuerangelegenheiten.

die daran zu erkennen war, daß Macht in der Form von Recht auftrat und durchgesetzt wurde, also in immer schon *spezifizierter* Form. Der Zusammenschluß beider Aspekte von Herrschaft war vor allem deshalb unerläßlich, weil es als Lokalverwaltung nur Gerichtsbarkeit gab. Souveränität bedeutete seit der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts daher praktisch vor allem: politisch zentralisierte Kontrolle der Gerichtsbarkeit mit Aufhebung grundherrlicher, kirchlicher oder korporativer, auf jeweils eigene Rechte begründeter Gerichtsbarkeiten; sie bedeutete Aufzeichnung und Vereinheitlichung regionaler Sonderrechte unter Inanspruchnahme der Druckpresse; sie bedeutete Übernahme der Sprache und der begrifflichen Errungenschaften des römischen Zivilrechts – wenn nicht als geltendes Recht, so doch als Grundlage der Rechtsgelehrsamkeit; und sie bedeutete zunehmende Gesetzgebungstätigkeit.[6] Mit einer glücklichen Formulierung von Fritz Neumann kann man deshalb auch von einem »politischen Gesetzesbegriff« sprechen[7] und darin eine Art Transmissionskonzept zwischen politischer Raison und rechtlicher Geltung sehen. Theoretisch ging man deshalb, spätestens seit der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts, mit Bodin, Suárez, Pufendorf usw. von der Vorstellung einer naturrechtlichen Einheit von Politik und Recht aus.[8] Sie beruhte auf der Annahme, daß erst dadurch das Individuum als Rechtssubjekt konstituiert werde und als solches Voraussetzung sei für das Entstehen einer auf Arbeitsteilung und Vertrag beruhenden Wirtschaft. Die wohl schärfste Formulierung dafür hat Hobbes geliefert. Die Individuen,

6 Siehe zu dieser besonders in Frankreich eindrucksvollen Implementation politischer Souveränität als Rechtssouveränität Philippe Sueur, Histoire du droit public français XVe-XVIIIe siècle Bd. 2, Paris 1989, insb. S. 29 ff. zur Redaktion der coutumes, S. 164 ff. zur Kontrolle der grundherrlichen Gerichtsbarkeit und S. 56 ff. zur Gesetzgebung.

7 So in: Die Herrschaft des Gesetzes (1936), dt. Übers. Frankfurt 1980, mit Bezug auf Bodin und auf Pufendorf.

8 Auch viele, heute nicht mehr bekannte Autoren vertreten diese Auffassung der Einheit von Recht und Politik auf religiöser (von Gott gewollter) und natürlichrechtlicher (gleichsam sachlogischer) Grundlage. Aus zahlreichen möglichen Belegen siehe etwa François Grimaudet, Les opusculus politiques, Paris 1580, insb. opuscule I: De la Loy. Das Gesetz ist »souveraine raison, empreinte par Dieu, qui command les choses qui sont à faire, & deffend les contraire faicte, & publiee par celuy qui a puissance de commander«. »Car la Loy est l'œuvre du Prince.« Und: »La fin de la loy est le bien public & salut des hommes en general«, was deutlich unterschieden wird vom Nutzen Einzelner, und sei es des Herrschers selbst. Alle Zitate fol. 1. .

vorher nur Körper, die töten und getötet werden können und dies, da mit ratio ausgestattet, schon vorgreifend tun, werden zu Individuen im Sinne einer zweiten, künstlichen Natur, indem sie den Souverän »autorisieren«, willkürlich Recht zu setzen. Dadurch erst kann eine Korrespondenz von Rechten und Pflichten eingerichtet werden. Das Individuum verdankt mithin seine zivile Individualität der Einheit von Recht und Politik, und diese Einheit ist damit unauflöslich an das Individuumsein der Individuen gebunden. Am Abschluß dieser Politik und Recht integrierenden organisatorischen und semantischen Bewegung stehen die großen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts und schließlich die Vorstellung, die Funktion des Staates bestehe in der Garantie von Freiheit nach Maßgabe, also in den Schranken, des Rechts.

Das Zentralmotiv für diesen Zusammenschluß von Politik und Recht dürfte das Problem des *Widerstandsrechts* gewesen sein, das Europa in hundert Jahre Bürgerkrieg gestürzt hatte. Nirgendwo ist dieser Zusammenhang deutlicher zu fassen als bei Hobbes.[9] Die Einsicht war: das Recht könne aus sich selbst heraus mit seinen eigenen Ressourcen der ungeschriebenen Tradition, des »artificial reason« der Juristen, der Begründbarkeit dessen, was dem Einzelnen als sein Recht erscheint, nicht den Frieden sichern. Gerade wenn sich jeder Teilnehmer auf seine natürliche Vernunft berufen könne oder in den Rechtsmaterialien, die der Buchdruck allen vor Augen geführt hat, nach Begründungen suchen könne, würde das Recht die eigene Voraussetzung, nämlich den Frieden, zerstören. Das galt besonders im Hinblick auf eine schon schwindende sozialstrukturelle Voraussetzung: daß der Adel auf der Basis seiner eigenen (bewaffneten) Haushalte sich auf sein eigenes Urteil über Recht und Unrecht stützen könne. Es galt um so mehr, als man in den Ausläufern des mittelalterlichen Denkens Religion, Recht und Moral nicht scharf trennte, sondern in einem Sinngebungszusammenhang integrierte, so daß Religions- und Moralfragen unversehens in Rechtsfragen umschlagen und auf diesem Terrain ausgefochten werden konnten.[10] Und erst recht lag das Widerstandsrecht

9 Siehe neben dem Leviathan auch: A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws, zit. nach der Ausgabe Chicago 1971; ferner Behemoth, or The Long Parliament, zit. nach der Ausgabe von Ferdinand Tönnies, London 1889, neu herausgegeben und eingeleitet von Stephen Holmes, Chicago 1990.

10 Siehe hierzu Quentin Skinner, The Foundations of Modern Political Thought

auf der Hand, wenn man die verfügbaren Theorieangebote nutzte – sei es, daß man sagen konnte, der Fürst sei auch nur civis und als solcher ans Recht gebunden; sei es, daß man zwischen rex und tyrannus unterschied und der Parteibildung im Adel die Entscheidung überließ, welcher der beiden Fälle gegeben war. Gab es für die damit offensichtlichen Probleme eine andere Lösung als die der Einheit von Politik und Recht, als die der Gründung der Rechtsgeltung auf politisch durchgesetzte Gewalt, die dann für Rechtszwecke den Namen »auctoritas« annahm?[11] Und wie anders hätte das Recht die Willkür der widerstreitenden Prätentionen abarbeiten können als mit Eigentätigkeit auf der Grundlage politisch gesicherter Geltung des Rechts?

Noch die spätere Kritik des zirkulären Arguments der Vertragskonstruktion kommt nicht umhin, das Widerstandsrecht wiederzubeleben. David Hume zum Beispiel gründet die Bindung der Regierung auf Versprechungen, die zwar qua Konvention gelten, die aber ihrerseits in der menschlichen Natur verankert sei.[12] Das Argument wird auf das Terrain der wirtschaftlichen Eigentumsinteressen verschoben; aber eine Regierung, heißt es, die diese Interessen, die das Fundament der Gesellschaft selbst sind, nicht vertritt und schützt, muß mit berechtigtem Widerstand rechnen. Nach wie vor stützt sich die Argumentation auf das alte Schema von Tugend und Korruption[13], zieht daraus aber nicht mehr positivrechtliche, sondern politische Konsequenzen. Zugleich kommt die Tendenz auf, solche

Bd. 2: The Age of Reformation, Cambridge Engl. 1978; Richard Saage, Herrschaft, Toleranz, Widerstand: Studien zur politischen Theorie der niederländischen und der englischen Revolution, Frankfurt 1981; Diethelm Böttcher, Ungehorsam oder Widerstand? Zum Fortleben des Mittelalterlichen Widerstandsrechts in der Reformationszeit (1529-1530), Berlin 1991.

11 Aber Autorität, und das ist das Neue in Hobbes' Argumentation, ist keine natürlich-überlegene Fähigkeit und erst recht keine Adelstüchtigkeit. Sie beruht auf *Autorisierung*. »I Authorise ...« heißt es im Text des Covenant in Leviathan II, 17, zit. nach der Ausgabe der Everyman's Library, London 1953, S. 89. Aber das über Autorisierung vermittelte Argument ersetzt die Berufung auf Natur durch einen Zirkel; denn die Autorisierung setzt die durch sie erst zu begründende Rechtsgeltung für sich selbst bereits voraus.

12 Siehe A Treatise of Human Nature Book III, Part II, Sect. IX, zit. nach der Ausgabe der Everyman's Library, London 1956, Bd. 2, S. 250 ff.

13 Vgl. dazu (im Anschluß an Pocock) David Lieberman, The Province of Legislation Determined: Legal theory in eighteenth-century Britain, Cambridge Engl. 1989, S. 7 ff.

»korrupten« Praktiken als »unconstitutional« zu beschreiben – wenngleich zunächst ohne Textgrundlage.[14]

Solange es keine Verfassung im modernen Sinn des Wortes gibt, bleibt mithin das Widerstandsproblem das Kernproblem des modernen Staates, nämlich der Fall, in dem Recht gegen Politik steht; und darin liegt das heimliche Motiv aller Theorien, die sich auf die Einheit von Recht und Politik festgelegt haben. Oder anders gesagt: eine Differenz von Rechtssystem und politischem System kann unter den damals vorherrschenden Prämissen nur als berechtigter Widerstand gegen politische Machtausübung aufgefaßt werden.

Neben dem praktisch-politischen Ziel, das Widerstandsrecht auszuschalten, kommt die Einheit von Recht und Politik auch dem Bedürfnis entgegen, einen Standort für die Selbstkorrektur des Rechts zu finden, sei es mit Hilfe der alten Unterscheidung von strengem Recht und Billigkeit[15], sei es mit Hilfe der allgemeinen Kompetenz, auch Abweichungen vom Recht in der Form von Dispensen, Privilegien bis hin zu sich selbst genehmigenden Rechtsbrüchen zu legitimieren.[16] Allgemeiner formuliert wurde das

14 Hierzu Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 176-220 (188 f.).

15 Berühmt und folgenreich die englische equity-Rechtsprechung des Court of Chancery. Für ursprünglich parallellaufende französische Überlegungen siehe Grimaudet a.a.O. (1580), opuscule II, fol. 11v ff. oder François de Lalouette (L'Alouete), Des affaires d'Etat, des Finances, du Prince et de sa Noblesse, Mets 1597, S. 88. Das läuft in Frankreich dann mehr in Richtung auf die Interpretationszuständigkeit des Gesetzgebers selbst (référé législatif), wenn immer in der Rechtsprechung Fälle auftauchen, die vom Gesetzgeber noch nicht entschieden waren.

16 Vgl. mit umfangreichem Material Francicso Suárez, Tractatus de legibus ac Deo legislatore, Lugduni 1619, Buch II, cap. XIV und XV S. 91 ff., für Dispense vom Naturrecht und Buch VI, S. 368 ff., für Dispense vom positiven Recht oder im Kontext einer sehr umsichtigen Behandlung des Themas Staatsräson Scipio Ammirato, Discorsi Sopra Cornelio Tacito, Fiorenza 1598, S. 223 ff. Oft wird die Möglichkeit, Naturrecht zu derogieren, bestritten; aber selbst wenn dies geschieht, findet man typisch im selben Text auch die gegenteilige Meinung. So bei Jeremy Taylor, Ductor Dubitantium, or, the Rule of Conscience in all her General Measures (1660), zit. nach: The Whole Works Bd. IX und X, London 1851/52, Nachdruck Hildesheim 1970, Bd. II, I, a.a.O., Bd. IX, S. 333 ff. insb. 347 ff. Dispense vom Naturrecht nur durch Gott und nicht »by any human power«. Aber dann: »The exactness of natural law is capable of interpretation, and may be allayed by equity, and piety, and necessity.« Das Problem wird vermieden, wenn man die Herrschaftserhaltung selbst, also die ratio status, als das einzig bindende Naturrecht ansieht, das alles andere Recht überhaupt erst ermöglicht; denn dann kann man

Paradox der sich selbst einsetzenden Differenz von Recht und Unrecht nicht mehr einfach externalisiert im Hinblick auf die in der Situation gegebene Machtlage, sondern auf eine übergeordnete Einheit von Recht und Politik übernommen, die in der »Person« des Souveräns verkörpert war. Aber das blieb eine offensichtlich brüchige, prekäre Lösung, deren Überzeugungskraft davon abhing, daß der Souverän das war, was er sein sollte: gottesfürchtig, vernünftig, offen für das, was das Recht selbst ihm eingibt.

Auf diese Weise konnten jedoch die operativen Unterschiede zwischen politischer und rechtlicher Kommunikation nicht wirklich integriert werden. Vom Widerstandsrecht her gesehen konnte das moderne politische System des Territorialstaates nicht akzeptieren, daß Untertanen mit Berufung auf Recht in die Politik eingriffen, das heißt: den Frieden störten. Das politische System mußte Geschlossenheit beanspruchen, nämlich Geschlossenheit in bezug auf alles, was in bezug auf Code und Funktion der Politik als politisch zu qualifizieren ist. Genau dasselbe gilt aber auch für das Rechtssystem. Auch das Rechtssystem kann keinen Ausnahmestatus akzeptieren. Um diese Frage ging es in dem Streit des Londoner Parlaments, geführt durch Coke, mit den Stuarts. Denn wenn es auch nur eine Instanz geben könnte, die unabhängig vom Recht über Leben, Leib und Eigentum verfügen könne, gibt es kein Recht; denn alle Rechtssicherheit könnte dann von da her aus den Angeln gehoben werden. In diesem Argument findet man die Entstehungsgründe der civil rights im Common Law, und auch hier geht es um nichts anderes als um die operative Geschlossenheit des Funktionssystems.

Zunächst steht also Geschlossenheitsanspruch (oder: Schließungsversuch) gegen Geschlossenheitsanspruch. Aber zugleich zeigen sich in diesem Gegensatz auch die Gesichtspunkte, auf die es ankommt. Das damit erreichte Verständnis des Zusammenhangs von Politik und Recht wurde schließlich im Schema »Rechtsstaat« zusammengefaßt und überwunden. Im Schema »Rechtsstaat« wird der Bedingungszusammenhang von Recht und Freiheit und damit auch die gegenseitige Steigerungsfähigkeit von Recht und Freiheit

argumentieren: davon abzuweichen, wäre selbstdestruktiv. So z. B. Ciro Spontone, Dodici libri del Governo di Stato, Verona 1599, S. 122 ff.

fixiert und so für Kommunikation verfügbar gemacht.[17] Damit reagiert man auf eine historische Lage des Gesellschaftssystems (konkret: nach der Französischen Revolution), in der überdeutlich geworden ist, daß sich über Kriterien des Vernunftgebrauchs und der Moral kein Konsens mehr erzielen läßt. An deren Stelle tritt nun die Differenz von Notwendigkeit und Freiheit und deren Kombinatorik – teils im Schema Erziehung (als Staatsauftrag)[18], teils im Schema Rechtsstaat. Als Rechtsstaat war der Staat zugleich eine Einrichtung des Rechts und eine Instanz der politischen Verantwortung für das Recht, das heißt: für die Durchsetzung und die Fortentwicklung des Rechts in Anpassung an sich ändernde gesellschaftliche Verhältnisse und an politisch durchsetzbare Ziele.

Dieses Modell der Beschreibung eines rechtspolitischen Systems ließ sich in kaum spürbaren, nur durch »die Verfassungsfrage« markierten Übergängen demokratisieren. Die Formen der Inklusion des »Bürgers« in rechtliche und politische Zusammenhänge beginnen zu divergieren – und zwar gerade deshalb, weil ihnen jetzt systemspezifische Allgemeinbegriffe wie Rechtsfähigkeit, Staatsangehörigkeit, Wahlrecht zugrunde liegen.[19] Die damit zusammenhängenden politischen und juristischen Kontroversen durchziehen

17 Der Begriff des »Schemas« kann hier sehr explizit eingesetzt werden als Form der Fixierung eines höherstufigen Kontingenzarrangements. Oder auch mit Novalis als selbstbezügliche Wechselwirkung. Novalis spricht von der »Alleseinheit des Schemas. Frey kann nur bestimmt, also nothwendig, Nothwendig nur bestimmt, also frey seyn«. Oder: »Das Schema steht mit sich selbst in Wechselwirkung. Jedes ist nur das auf seinem Platze, was es durch die anderen ist.« Beide Zitate aus: Philosophische Studien 1795/96, zitiert nach: Werke, Tagebücher und Briefe Friedrich von Hardenbergs, hrsg. von Hans-Joachim Mähl und Richard Samuel, Darmstadt 1978, Bd. 2, S. 14.

18 Für diese, im folgenden nicht weiter behandelte Parallelproblematik siehe etwa Heinrich Stephani, Grundriß der Staatserziehungswissenschaft, Weißenfels - Leipzig 1797; ders., System der öffentlichen Erziehung, Berlin 1805; Christian Daniel Voß, Versuch über die Erziehung für den Staat, als Bedürfniß unsrer Zeit, zur Beförderung des Bürgerwohls und der Regenten-Sicherheit, Halle 1799; Karl Salomo Zachariae, Über die Erziehung des Menschengeschlechts durch den Staat, Leipzig 1802. Daß es sich um Reformüberlegungen handelt, die durch die Französische Revolution ausgelöst sind, liegt auf der Hand.

19 Siehe vor diesem Hintergrund speziell zum Problem des Rechtsschutzes gegen Hoheitsakte Regina Ogorek, Individueller Rechtsschutz gegenüber der Staatsgewalt: Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert, in: Jürgen Kocka (Hrsg.), Bürgertum im 19. Jahrhundert: Deutschland im europäischen Vergleich, München 1988, S. 372-405.

das 19. Jahrhundert. Sie beziehen sich auf Rechtsformen für den politischen Einfluß auf das Recht, zugleich aber auch auf den Rechtsschutz des Bürgers gegen eine wie immer politisch praktizierte Hoheitsgewalt. Sie berühren zunächst nicht die, ja sie leben geradezu von der Prämisse der Staatlichkeit von Recht und Politik. Der Begriff des Politischen wird seit dem 19. Jahrhundert so gut wie ausschließlich staatsbezogen verstanden. Das ermöglicht die Entstehung organisierter, durch Mitgliedschaft abgrenzbarer politischer Parteien mit Blick auf den Zugang zu Staatsämtern zur Durchsetzung politischer Ziele. Zugleich bietet das Recht einen Bereich politischer Gestaltungsmöglichkeiten an. Neben dem über Steuern und Abgaben finanzierten Budget wird es zum wesentlichen Instrument der Durchsetzung politischer Ziele. Dem entspricht die Vorstellung eines hierarchischen Verhältnisses der Überordnung/Unterordnung von Gesetzgebung und Rechtsprechung.[20] Ein gewaltiges Anschwellen des Normmaterials ist die Folge. Rechtsnormen werden zum Sediment vergangener Politik mit zunehmenden Schwierigkeiten bei ihrer Reliquidierung für neue politische Ambitionen. Was an Recht vorliegt, ergibt sich nun nicht mehr aus dem Vorkommen von Konflikten, für deren Entscheidung generalisierbare Regeln entwickelt werden müssen; sondern das Recht schafft durch den Versuch, politische Ziele zu realisieren, erst die Konflikte, die zu lösen es dann berufen ist. Und da die Möglichkeit, Politik zu aktivieren, um das Recht zu ändern, in der gesellschaftlichen Kommunikation ständig reproduziert wird und da das Recht selbst sie durch die Legalisierung parlamentarischer Gesetzgebung legitimiert, ergibt sich in der Rechtspraxis laufend die Notwendigkeit zu unterscheiden zwischen einer Herbeiführung von Rechtsänderungen durch »aktive« Interpretation des Rechts und dem Warten auf neue politische Meinungsbildung. Alles in allem stützen also die Positivierung des Rechts und die Demokratisierung von Politik einander wechselseitig und haben das, was als politisches System und als Rechtssystem heute vorliegt, so stark geprägt, daß es schwer fällt, zwei verschiedene und noch gar: operativ geschlossene, überschneidungsfreie Systeme zu sehen. Aber gerade die Demokratisierung der Politik erfordert schließlich um so mehr individuellen Rechtsschutz des Einzelnen, auch und gerade im Hinblick auf seine verfassungsmäßigen Rechte.

20 Wir hatten dieses Modell bereits diskutiert und abgelehnt. Siehe Kapitel 7.

Tatsächlich ist die Einheitsthese nie bis an den Punkt geführt worden, wo man hätte sagen müssen: was in der Politik rechtlich erlaubt sei, bestimme sie selbst aus ausschließlich politischen Gesichtspunkten; und nicht einmal bis zu der Auffassung: Recht sei nichts anderes als ein politikeigenes Trägheitsmoment, das die Politik daran hindere, allzu flüchtigen Launen nachzugeben. Angesichts der Tradition des Common Law und des römischen Zivilrechts und angesichts des Bewußtseins, daß es sich hier um historische, aus der Geschichte des Testens von Rechtsideen begründete Strukturen handelt, wäre die Auffassung, daß es sich lediglich um Politik von gestern handele, als abwegig erschienen. Aber wie sollte, wenn nicht so, die rechtliche Beschränkung der Politik im Einheitssystem gedacht werden? Die Formel »Rechtsstaat« hat offenbar dieses Problem verdeckt. Auch mag diese Unklarheit mehr als anderes dazu beigetragen haben, den Gedanken des Naturrechts am Leben zu halten oder denen, die daran nicht mehr glauben können, die Forderung der Legitimität des politischen Regimes anzudienen. Solche Konstruktionen finden heute aber kaum noch überzeugende Argumente, und man könnte sie aufgeben bzw. umformulieren, wenn man Politik und Recht als zwei getrennte Funktionssysteme ansähe.

Gegen starke traditionsgefestigte Plausibilität soll deshalb in diesem und im folgenden Kapitel davon ausgegangen werden, daß es sich nicht um ein einziges, mit dem Staatsbegriff zu bezeichnendes System handele, sondern um zwei verschiedene, je für sich operativ geschlossene Systeme mit je verschiedenen Funktionen, je verschiedenen Codierungen und je verschiedenen codeabhängigen Programmen. Die im Begriff des Staates und speziell im Schema »Rechtsstaat« konzipierte Einheitssicht ist historisch verständlich. Sie kann als mehr oder weniger adäquat gelten für eine Phase, in der im Rechtssystem die Positivierung des Rechts mit Hilfe einer auf den (politischen) Staat verweisenden Rechtsquellenlehre durchgesetzt werden mußte und in der das politische System ein Tätigkeitsfeld gewinnen und gegen etablierte (vor allem ständische) Strukturen durchsetzen mußte, damit Politik als kontinuierliches Prozessieren kollektiv bindender Entscheidungen praktiziert werden konnte. In dem Maße, in dem dies erreicht wird, verliert jedoch die Einheitssicht an Überzeugungskraft. Das Rechtssystem kommt, auch in der Form des »Rechtsstaates«, ohne Souverän aus; ja es

könnte ihn gar nicht unterbringen, und es benötigt ihn auch nicht, weil es seine Paradoxien anders auflöst.[21] Aber es muß auf Anfragen entscheiden. Das politische System läßt die Paradoxie seines Codes in der Formel der Souveränität kulminieren, zuletzt in der Formel Volkssouveränität. Aber ein Souverän, das ist ein Implikat des Begriffs, muß nicht entscheiden; er ist auch in der Frage Entscheidung/Nichtentscheidung souverän. Und der Begriff des Volkes verlagert die Paradoxie auf einen Souverän, der gar nicht entscheiden kann. Ob und wie hier entschieden wird, sind politische Fragen. Der Staatsbegriff wird zu einer künstlichen Klammer für das, was sich inzwischen an Eigendynamik im politischen System und im Rechtssystem zeigt. Es ist ganz ausgeschlossen, sich Politik als laufende Interpretation der rechtlich fixierten Verfassung vorzustellen, so sehr politische Ziele unter anderem auch darin bestehen können, »talk« zu produzieren[22] und in der Form von Verfassungsartikeln (etwa: Umweltschutz als Staatsaufgabe) für weiteren »talk« verfügbar zu machen. Und ebenso gewinnt man keine zutreffende Theorie des Rechtssystems, wenn man das, was dort faktisch geschieht, als Implementation politischer Programme begreift, so sehr Rechtsentscheidungen sich an politisch gewollten Folgen orientieren mögen. Selbst wenn es zur politischen Wahl oder Ernennung von Richtern kommt, kommen nur geeignete Kandidaten in Betracht, und die Hoffnungen, damit das Gericht auf eine politisch gewünschte Linie zu bringen, müssen sich gerichtsintern durchsetzen lassen und scheitern dann zumeist an der internen Argumentationskultur des Rechtssystems.[23] Auch wenn sich hier dann ebenfalls eine eher konservative, an Redundanzen orientierte und eine eher progressive, für Varietät aufgeschlossene Tendenz herausbilden, hat dies mit der laufenden Politik und ihrem Parteienspektrum nur wenig zu tun.

21 Zum Beispiel in der Form von Verfahren. Oder in der Form von subjektiven Rechten. Vgl. Kap. 4, VI und Kap. 6, V.

22 Dies im Sinne von Nils Brunsson, The Organization of Hypocrisy: Talk, Decisions and Actions in Organizations, Chichester 1989.

23 Vgl. Jessie Bernard, Dimensions and Axes of Supreme Court Decisions: A Study in the Sociology of Conflict, Social Forces 34 (1955), S. 19-27; Eloise C. Snyder, The Supreme Court as a Small Group, Social Forces 36 (1958), S. 232-238. Das berühmte Gegenbeispiel ist faktisch ein einziger Fall: daß Roosevelts Richterernennung einen sehr häufigen Gebrauch des judicial review durch den Supreme Court gegen sozial orientierte Gesetzgebung gestoppt und das Gericht zu der im 19. Jahrhundert üblichen Zurückhaltung zurückgeführt hat. Hierzu aus der Sicht der Politikwissenschaft C. Hermann Pritchett, The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values 1937-1947, New York 1948. Zu den methodologischen Problemen und Unsicherheiten bei empirischen Feststellungen im Bereich des Bermuda-Dreiecks von ideologischen Differenzen (politischer und ökonomischer »Liberalismus«), psychologischen Variablen (»Einstellungen«) und juristischen Kategorisierungen der jeweiligen Fallentscheidungen vgl. Glendon Schubert, The Judicial Mind, The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Judges 1946-1963, Evanston 1965.

24 Ausweitungsmöglichkeiten, die mit dem Verfassungsgesetz noch kompatibel sind, werden immerhin diskutiert. Siehe nur Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt 1991, insb. S. 408 ff. Gerade dabei beeindruckt dann aber die um Anschlußfähigkeit bemühte Vorsicht des Juristen.

Überhaupt ist es ganz und gar ausgeschlossen, politische Fragen – etwa Zeitpunkt und Bedingungen der Wiedervereinigung Deutschlands, der Homogenisierung der Lebensbedingungen usw. – dem Rechtssystem zur Entscheidung vorzulegen – so wenig wie dies bei Ehestreitigkeiten, akademischen oder religiösen Kontroversen, wirtschaftlichen Investitionen usw. möglich ist. Das Rechtssystem nimmt, um die Formulierung der amerikanischen Verfassung (Art. III) zu zitieren, nur »cases and controversies« zur Entscheidung an. Probleme müssen, um Zugang zu gewinnen, eine justitiable Form erhalten, und das heißt konkret: rekursiv in bezug auf den historischen Zustand des Rechtssystems, die Geltungslage des Rechts, definiert sein. Das Rechtssystem dient weder als Maschine der Ermittlung von Wahrheiten, noch zur Entdeckung intelligenter Problemlösungen. Soll der »Duden« verbindlich sein, muß eine entsprechende Klausel im Verlagsvertrag dies vorsehen. Sehr typisch gehört zu diesen Beschränkungen auch: daß ein Interesse an einer Gerichtsentscheidung in der Form einer Verletzung subjektiver Rechte behauptet werden muß.[24] Daß die staatliche Verwaltung in einer weit darüber hinausgreifenden Weise in Rechtsform programmiert wird – vor allem durch das Haushaltsgesetz –, soll damit nicht bestritten sein. Aber aktiv wird das Rechtssystem auch dann nur tätig, wenn daraus »cases and controversies« entstehen.

Auch die Vorstellung, der rechtssouveräne Staat konstituiere die individuelle Rechtssubjektivität und lege auf diese Weise die Grundlagen einer arbeitsteilig und marktorientiert operierenden Wirtschaft, ist seit langem aufgegeben. Man mag mit Hayek oder Simon das Problem der Wirtschaft in der Informationsverarbeitung

sehen oder mit den Kontingenz- und den Transaktionskostenanalysen in der Organisation: jedenfalls ist es ein wirtschaftsspezifisches Problem, das sich nicht mehr aus der Begründung von rechtsfähiger Individualität herleiten läßt, obwohl diese natürlich als Eigenleistung eines anderen Funktionssystems vorausgesetzt bleibt.

Gerade die Durchsetzung des »Gesetzespositivismus« im 19. Jahrhundert und die rasante Zunahme des Erlasses neuer Gesetze, auf den ersten Blick also Indikatoren für eine zunehmende Beherrschung des Rechtssystems durch das politische System, haben zu Entwicklungen geführt, die die Trennung bewußt gemacht haben. Es entsteht parallel dazu, sowohl im Common Law im Hinblick auf statutes als auch auf dem Kontinent, ein Bewußtsein der Unvermeidlichkeit von richterlichen Interpretationsfreiheiten, wenn nicht richterlicher Rechtserzeugung. Auch für die bloße Interpretation von Gesetzen wird klar, daß es nicht darum gehen kann, die in der Politik ausgetragenen Kontroversen, die in der Entscheidung für einen bestimmten Gesetzestext ihren Abschluß fanden, vor Gericht erneut auszutragen; und auch nicht darum, die politischen Motive für die Entscheidung in Zweifelsfällen durch eine richterliche Beweiserhebung zu klären.[25] Allein schon die Kompromißhaftigkeit, die »Kontraktualisierung«[26] der politischen Meinungsbildung sowie die Politikbedingungen des Neokorporatismus schließen es aus, in der Politik nach einer juristisch brauchbaren »Intention des Gesetzgebers« zu suchen.[27] Statt dessen entwickelt das Rechtssystem rechtseigene Interpretationstheorien, in denen die legislative Absicht nur eine begrenzte und in jedem Fall: eine am Text zu konstruierende Rolle spielt.

Die Trennung der beiden Funktionssysteme zeigt sich insbesondere an der unterschiedlichen Codierung. Wenn man noch denken konnte, daß es auch für die Durchsetzung des Rechts auf eine politisch-hierarchische Codierung der Macht durch die Organisation

25 Immerhin gibt es in dieser Hinsicht unscharfe Grenzen und wiederum Kontroversen. Siehe dazu F. James Davis et al., Society and the Law: New Meanings for an Old Profession, New York 1962, S. 162 ff.

26 Im Sinne von Charles-Albert Morand, La contractualisation du droit dans l'état providence, in: François Chazel / Jacques Commaille (Hrsg.), Normes juridiques et régulation sociale, Paris 1991, S. 139-158.

27 Wenn es eine solche Intention überhaupt gibt, wird sie zumeist darin bestehen, nach langem Hin und Her zu retten, was zu retten ist.

staatlicher Ämter ankomme, und also Recht und Politik in der Form des Staates ihre Freiheit hätten, ist offensichtlich, daß es für die demokratische Codierung der Macht im Schema von Regierung und Opposition[28] im Rechtssystem keine Entsprechung gibt. Im politischen System entstehen, sobald das System sich selber im Hinblick auf kollektiv bindendes Entscheiden beobachtet, Vorstellungen über Entscheidungsalternativen, die sich zur Opposition verdichten, sobald solche Gegenpositionen sich von Entscheidung zu Entscheidung fortsetzen lassen. Das beobachtet man schon an stark personal-interaktionellen »factions« der Hofpolitik des absolutistisch regierten Staates und erst recht dann an der Sitzordnung einer parlamentarischen Demokratie. Mit einer organisatorischen Verfestigung des Systems politischer Parteien gibt es schließlich die organisatorische Garantie dafür, daß es, was immer das Entscheidungsthema, immer Opposition geben wird. Statt von den jeweiligen Entscheidungsalternativen her wird dann die Opposition diszipliniert durch ihre Bereitschaft, selbst die Regierung zu übernehmen und dafür ein (durchführbares oder zumindest mehrheitsfähiges, politisch annehmbares) Programm vorstellen zu müssen. Das Schema Regierung/Opposition wird zur »Form« des Systems, zum »Code« des politischen Systems in dem Sinne, daß die Form eine Innenseite, der Code eine positive, anschlußfähige Seite hat, »where the action is«, aber diese Innenseite das, was sie ist, nur dadurch ist, daß es eine andere Seite gibt, auf der Alternativen bereitgehalten werden. Im Rechtssystem werden jedoch Alternativen völlig anders behandelt, sie bleiben zerstreut, einzelfallabhängig, regelabhängig, und es gibt nicht die geringsten Ansätze zu einer »konsolidierten« Opposition. Und gäbe es sie, würde man sie nicht als Form des Rechts, sondern als Form der Politik erkennen.

Daß mit der Separierung der Systeme intensive kausale Beziehungen zwischen ihnen nicht ausgeschlossen sind, versteht sich von selbst; ja man kann solche Kausalbeziehungen nur feststellen, wenn man das eine vom anderen System unterscheiden kann (und wir fügen hinzu, daß dies auf eine realitätsbezogene Weise nur möglich ist, wenn die Systeme sich selbst unterscheiden können). Und auch für die Einsicht, daß die Systeme in ihrem jeweils eigenen »structu-

28 Hierzu Niklas Luhmann, Theorie der politischen Opposition, Zeitschrift für Politik 36 (1989), S. 13-26.

ral drift«, in ihrer Strukturentwicklung also, voneinander abhängig sind, läßt sich auf Grund der Trennhypothese besser erklären. Wir werden dafür im nächsten Kapitel den Begriff der strukturellen Kopplung einsetzen.

II

Wir müssen uns nunmehr den Klammerbegriff des »Rechtsstaates« etwas genauer ansehen.[29] Dieser Begriff dient als Schema, das es ermöglicht, zwei *gegenläufige* Perspektiven als *Einheit* zu bezeichnen und als zivilisatorische Errungenschaft zu feiern: die juristische Fesselung der politischen Gewalt und die politische Instrumentierung des Rechts.

Vom Rechtssystem und seiner Funktion aus gesehen, darf es keine rechtsfreien Räume geben, keine Verhaltensweisen, die durch das Recht nicht erreichbar sind, keine Enklaven der unregulierbaren Willkür und Gewalttätigkeit. Dies wird im angelsächsischen Bereich auch als »rule of law« bezeichnet[30], so daß man mit Herman Finer formulieren kann: »the law and the rule (of law, N.L.) cover the same ground.«[31] Wenn rechtliche Unbestimmbarkeit zugelassen werden muß, muß sie doch rechtlich qualifizierbar sein. Sie wird dann als vom Recht vorgesehene Freiheit deklariert – sei es als Freiheit des wirtschaftlichen Verhaltens (Eigentumsverwendung, Vertragsschluß) von Privaten; sei es als Freiheit der politischen Entscheidung, zum Beispiel in der Form der sog. »political questions«-Doktrin[32]; sei es schließlich in der Form der Freiheit des Rechts im Umgang mit sich selber, nämlich der Entscheidung, Rechte einzuklagen oder nicht. Vom Recht aus gesehen ist der Rechtsstaat also die Konsequenz der universellen gesellschaftlichen Relevanz des Rechts (oder in anderen Formulierungen: der Autonomie des Rechts, der Ausdifferenzierung des Rechtssystems). Entsprechend kommt es zu einem juristischen »framing« staatlicher Entscheidungen und schließlich zu einem juristischen Staatsbegriff als Zurechnungspunkt aller Entscheidungen, die vom politischen System aus gesehen kollektiv bindende Wirkung haben sollen. Sie haben diese Wirkung, vom Rechtssystem aus gesehen, nur, wenn sie rechtmäßig sind, aber nicht, wenn sie gegen das Recht verstoßen.

Besonders die deutsche Lehre vom Rechtsstaat hat sich mit der Politik im eigentlichen Sinne und Problemen ihrer konstitutionellen Demokratisierung kaum befaßt und vor allem den Schutz der Individualrechte und die Gesetzesbindung der Verwaltung in den Vordergrund gerückt. »Einen Staat«, heißt es folglich in einem der großen Lehrbücher (und dies an der einzigen Stelle, wo nach dem Index das Thema Rechtsstaat behandelt wird), »in dem die Befugnisse der Verwaltung gesetzlich fest begrenzt sind und nur in Übereinstimmung mit den Gesetzen ausgeübt werden können, bezeichnet man als Rechtsstaat.«[33] Man sagt dem deutschen Rechtsstaatsverständnis folglich eine gewisse Machtferne nach, ein »Schrankendenken« bis hin zu Vorbehalten gegenüber der Demokratisierung des politischen Systems.[34] Das mag zusammenhängen mit der Notwendigkeit, den Rechtsstaatsgedanken im 19. Jahrhun-

29 Vgl. auch Niklas Luhmann, Zwei Seiten des Rechtsstaates, in: Conflict and Integration – Comparative Law in the World Today: The 40th Anniversary of The Institute of Comparative Law in Japan Chuo University 1988, Tokyo 1989, S. 493-506.

30 Vgl. richtungweisend A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10. Aufl. London 1968, S. 183 ff., mit einer eher nationalen Interpretation »peculiar to England, or to those countries which, like the United States of America, have inherited English traditions«.

31 So in: The Theory and Practice of Modern Government, rev. Auflage, New York 1949, S. 922.

32 Zuerst in der Supreme Court-Entscheidung Marbury vs. Madison 1 Cranch (1803), S. 137-180. Siehe auch Fritz W. Scharpf, Grenzen der richterlichen Verantwortung: Die Political Questions-Doktrin in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court, Karlsruhe 1965; Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis, Yale Law Review 75 (1966), S. 517-597.

33 So Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6. Aufl. (bearbeitet von Gerhard Anschütz), Leipzig 1905, S. 27. Und in der Anmerkung heißt es dazu mit Belegen: »In diesem Sinne wird das Wort in neuerer Zeit ausschließlich gebraucht.« Die große Rechtsstaatskontroverse des 19. Jahrhunderts ging folglich nur um die Frage, ob die rechtliche Kontrolle der Verwaltungstätigkeiten den Zivilgerichten oder besonderen Verwaltungsgerichten überlassen bleiben solle.

34 Siehe Ulrich Scheuner, Begriff und Entwicklung des Rechtsstaates, in: Hans Dombois / Erwin Wilkens (Hrsg.), Macht und Recht: Beiträge zur lutherischen Staatslehre der Gegenwart, Berlin 1956, S. 76-88, insb. S. 80 ff. zum Gegensatz zur englischen, französischen und schweizerischen Rechtsstaatstradition.

dert auch für konservative Kreise akzeptabel zu machen.[35] Im Rückblick gesehen kann diese bei der Verwendung des Staatsbegriffs auffallende politische Abstinenz auch so gedeutet werden, daß hier eben nur der Standpunkt des Rechtssystems ausgearbeitet wird.

Das politische System bewegt sich auf einem ganz anderen Terrain. Es versucht, Meinungsbildungen so zu kondensieren, daß kollektiv bindende Entscheidungen getroffen werden können. Diese suchen im Medium des politisch Möglichen nach politischen Kriterien eine Form, in der die Politik ihr Problem lösen, das heißt loswerden kann. Das Recht stellt dank seiner Positivität = Änderbarkeit diese Möglichkeit der Formfestlegung und der Entpolitisierung von Problemen bereit. Es stellt sicher, daß Angelegenheiten unter spezifisch rechtlichen Kriterien weiterbehandelt werden, auch wenn die Politik sich inzwischen anderen Problemen zugewandt hat. Diese Umsetzung erfolgt nach geläufiger Vorstellung im Parlament. Sie erfolgt aber ebenso auch in der Verfügungspraxis der Verwaltung und nicht zuletzt und zunehmend wichtig: in der Praxis der Staatsverträge, die das staatsinterne Recht binden. In all diesen Fällen ergibt sich aus der politischen Funktion des kollektiv bindenden Entscheidens noch nicht, daß die Entscheidung rechtmäßig und nicht rechtswidrig ist. Das kann vorher geprüft werden und wird zumeist vorher geprüft. Aber diese Vorprüfung durch Juristen ist dann schon eine rechtssysteminterne Operation, in welchem institutionellen und organisatorischen Kontext auch immer sie vollzogen wird. Und es ist durchaus denkbar, daß das politische System ungewollt rechtswidrig entscheidet oder daß es – ein häufiger Fall – rechtlich etwas riskiert. Risiko aber ist ein guter Indikator dafür, daß Systemgrenzen überschritten werden.

Während vom Rechtssystem aus gesehen die Rechtsstaatsformel eine grandiose Tautologie ist (um nochmals zu zitieren: »the law and the rule cover the same ground«), wenngleich eine »trotzige«, gegen politische Übergriffe gerichtete Tautologie, ist vom politischen System aus gesehen das Recht ein Instrument der Ermöglichung und Verwirklichung politischer Ziele.[36] Der Ermöglichung

35 So Dieter Grimm, Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt 1987, S. 298 f.

36 Hiermit befaßt sich einerseits die sog. Implementationsforschung und andererseits, mit etwas weiter ausgreifenden Perspektiven, eine Forschungsrichtung, die sich selbst »Rechtspolitologie« nennt. Vgl. etwa Rüdiger Voigt (Hrsg.), Recht als Instrument der Politik, Opladen 1986, und die seit 1987 erscheinende Jahresschrift für Rechtspolitologie. Die Diskussion scheint sich gegenwärtig in begrifflichen Unklarheiten festzulaufen, die mit dem Begriff der »Steuerung« zusammenhängen.

und Verwirklichung – damit soll gesagt sein, daß das politische System in der uns bekannten Form gar nicht existieren würde, wenn nicht das Rechtssystem eine Differenz von Medium und Form bereithielte, in der auf Grund von politischen Anstößen Formen als geltendes Recht festgelegt und geändert werden können. Obwohl das Recht in dieser Hinsicht autonom funktioniert, also nur tut, was es selbst tut, ist es neben dem Geld der Wirtschaft die wichtigste Bedingung der Möglichkeit, Politik zu machen, das heißt: politisch zu entscheiden, welches Recht gelten soll (oder, parallel dazu, wie man politisch verfügbares Geld ausgeben will). Man denke sich diese Bedingung weg, und die Politik als System bräche zusammen. Es würde sich gar nicht lohnen, einen Riesenapparat mit politischen Parteien und Lobby einzurichten, wenn nur darüber zu entscheiden wäre, wofür und wie man physische Gewalt einsetzen will. Die gewaltige Extension des Feldes ihrer Möglichkeiten verdankt die Politik dem Recht und dem Geld. Und auch die Selbstdarstellung der Politik, die politische Rhetorik, die Darstellung guter Absichten und gegnerischer Missetaten zieht ihren Wein aus diesen Reben.

Mit der Rechtsstaatsformel bezeichnet das Rechtssystem nur sich selber, und dann würde man in der Tat besser von »rule of law« sprechen. Die Bezugnahme auf den Staat weist darauf hin, daß das Recht (und vor allem: das Privatrecht) sich nur entwickeln kann, wenn politisch Frieden gesichert, also freie Gewaltausübung verhindert werden kann. Angesichts der Zustände in vielen Regionen und vor allem in Großstädten auf dem amerikanischen Kontinent hat man einen sehr aktuellen Anlaß, darauf hinzuweisen. Es kann auch einen Gegenzusammenhang von Rechtsbruch und politischer Korruption geben, der dann unter verminderten Ansprüchen die Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung übernimmt.

Für das politische System, das sich als Staat bezeichnet, bringt die Rechtsstaatsformel ebenfalls eine Bedingung der Steigerung von Komplexität zum Ausdruck. Das Recht steht als politisches Betätigungsfeld nur zur Verfügung, wenn und soweit das politische System Recht Recht sein läßt und sich daran hält, also Gewalt nicht

rechtswidrig einsetzt. Je nach Systemreferenz meint die Rechtsstaatsformel also Verschiedenes. Aber sie bringt das Verschiedene in einer Formel – oder wie man dann auch sagen kann: mit einem Schema – zum Ausdruck und macht es dadurch möglich, auch dies noch zu bezeichnen, daß das politische System ebenso wie das Rechtssystem ohne das jeweils andere nicht das wäre, was es ist.

Die Rechtsstaatsformel, könnte man zusammenfassend auch sagen, bringt ein wechselseitig-parasitäres Verhältnis von Politik und Recht zum Ausdruck. Das politische System profitiert davon, daß anderswo, nämlich im Recht, die Differenz von Recht und Unrecht codiert ist und verwaltet wird. Und umgekehrt gesehen profitiert das Rechtssystem davon, daß der Friede, die eindeutig fixierte Machtdifferenz und mit ihr die Erzwingbarkeit von Entscheidungen anderswo, nämlich im politischen System, gesichert ist. Mit »parasitär« ist dabei nichts anderes gemeint als die Mö[illegible] einer externen Differenz zu wachsen.[37]

Sven Vesely (sven.vesely@ius.uzh.ch) ist angemeldet.

III

Durch funktionale Differenzierung sind die Funktionssysteme freigesetzt zu eigener Determination ihrer Zustände und Strukturen. Das heißt auch, daß systemeigene Zeiten entstehen. Die Frage, was und in welchen Zeiträumen erinnert bzw. antezipiert wird, variiert von System zu System. Dasselbe gilt für das erwartete Tempo des Anschlusses von Kommunikation an Kommunikation und für die darauf reagierende Unterscheidung von eilig und weniger eilig. Diese Unterschiede machen sich dort bemerkbar, wo Kommunikationen organisiert sind. Sie ergeben sich aber auch, und oft sehr drastisch, bei organisationsübergreifenden Zeitreihen. Die Schnelligkeit, mit der die Wirtschaft auf Preisänderungen durch Preisänderungen reagiert, kontrastiert auf eigentümliche Weise mit der Langsamkeit, mit der die Wissenschaft erwünschte neue Forschungsresultate vorlegen kann – ein Bereich, in dem dann eher das Verhältnis von Langfristigkeit und Überraschung (also Nachträglichkeit) die Orientierung beherrscht.

37 Siehe Michael Serres, Der Parasit, dt. Übers. Frankfurt 1981.

Dieses allgemeine Problem der zeitlichen Disharmonien in der modernen Gesellschaft gewinnt für das Verhältnis von Recht und Politik besondere Bedeutung. Im modernen politischen System steht die Politik unter erheblichem Zeitdruck – und dies in einer sachlich fast unbegrenzten (aber: durch sie selbst bestimmten) Bandbreite von Themen. Sie reagiert mit Beschleunigung und Verzögerung und mit einem Insiderwissen und Machtabhängigkeit der Handhabung dieser Differenz. Im Vergleich dazu ist das Rechtssystem, was die Gerichtstätigkeit betrifft, sehr langsam, gebremst durch Anforderungen der Sorgfalt und Begründbarkeit. Das gilt nicht nur für die Produktion der Fallentscheidungen, sondern auch und erst recht für deren strukturelle Auswirkungen, für die Änderung des Rechts durch Gerichtstätigkeit. Das Herausbilden und Tradieren von Erfahrungen mit Begriffen und Regeln nimmt Jahrhunderte in Anspruch. Die Themenbreite ist Wiederholung ähnlicher Fälle wird mit zunehmender Komplexität seltener. Hätte man nur die laufende, durch Massenmedien beschleunigte Selbstinspiration der Politik mit der Entwicklung von Richterrecht zu vergleichen, lägen unüberwindbare Zeitdiskrepanzen auf der Hand. Schon aus Zeitgründen würde der Kontakt zwischen den Systemen praktisch abreißen.

Dies wird natürlich nicht zugelassen, wenn das Recht zugleich eines der wichtigsten Gestaltungselemente der Politik ist und das politische System von seiten anderer Funktionssysteme mit ständig neuen Lagen konfrontiert wird, die eilige Entscheidungen erfordern. In dieser Lage wird Gesetzgebung zu einem wichtigen Mechanismus des gesamtgesellschaftlichen Zeitausgleichs. Gesetzgebung kann bei hinreichender politischer Pression relativ rasch in Gang und zum Abschluß gebracht werden. Für die Politik ist schon der Erlaß eines Gesetzes (also: die Reaktion des Rechtssystems in politisch erwünschter Richtung) ein Symbol des Erfolgs der jeweils herrschenden Gruppierung. Das Rechtssystem hat neuen Gesetzen relativ wenig Widerstand entgegenzusetzen, weil es nicht um Verarbeitung eigener Erfahrungen, nicht um Transformation des bewährten Rechts geht, sondern um neues Recht. Der Beschleunigungsmechanismus der Gesetzgebung (immer: seine Inanspruchnahme oder Nichtinanspruchnahme) hängt natürlich davon ab, daß man nicht weiß und nicht wissen kann, was mit dem Gesetz in der Rechtspra-

xis geschieht.[38] Der Gesetzgeber wird seine Vorstellungen haben über die »Auswirkungen« des Gesetzes; aber das sind Vorstellungen, nicht Informationen. Auch hier gilt die wesentliche Voraussetzung aller Beschleunigungen: daß man die Zukunft nicht kennen kann.[39]

Der Faktor Zeit dirigiert und verfälscht in erheblichem Umfang die Beobachtung und Beschreibung der Systeme. Es gibt, insbesondere im Zeitalter der Massenmedien, eine Präferenz für die Wahrnehmung des Neuen. Über den Alltag wird nicht berichtet. Wir wissen daher auch nach dem Erlaß von Gesetzen nicht (es sei denn: auf Grund besonderer Untersuchungen oder auf Grund von sehr spezifischen Milieukenntnissen), wie die Gesetze sich auswirken (was einschließen würde zu wissen, wer die entsprechenden Gestaltungsmöglichkeiten nicht benutzt). Wir hören ständig von neuen Gesetzen. Das legt es nahe, das Rechtssystem bevorzugt unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebung wahrzunehmen, ja sogar von einem hierarchischen Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung auszugehen.[40] Das wiederum hat dazu geführt, daß es nach wie vor gleichsam optische Schwierigkeiten gibt, politisches System und Rechtssystem als getrennte Systeme zu sehen. Es könnte aber eine Aufgabe der Rechtssoziologie sein, diese Wahrnehmungstäuschung zu korrigieren. Das würde keinesfalls heißen, die Interdependenzen im Verhältnis der Systeme zu leugnen oder als gering zu veranschlagen. Im Gegenteil: Man müßte nur spezifischere Formen

38 Dasselbe gilt, mutatis mutandis, für richtungweisende höchstrichterliche Entscheidungen. Auch sie lassen sich durch mangelnde Folgenvorausschau motivieren – und werden dann Gegenstand von »impact studies«. Siehe Stephen Wasby, The Impact of the United States Supreme Court: Some Perspectives, Homewood Ill. 1970, oder auch die Beispiele, die Robert L. Kidder, Connecting Law and Society: An Introduction to Research and Theory, Englewood Cliffs N.J. 1983, S. 112 ff. erörtert. Als Fallstudien siehe etwa Gordon Patric, The Impact of a Court Decision: Aftermath of the McCollum Case, Journal of Public Law 6 (1957), S. 455-464 (betr. Religionsunterricht in öffentlichen Schulen) oder James Croyle, The Impact of Judge-made Policies: An Analysis of Research Strategies and An Application to Products Liability Doctrine, Law and Society Review 13 (1979), S. 949-967.

39 Diese Überlegung führt, wie hier nur angemerkt werden soll, zu der Vermutung, daß das Zukunftsverhältnis der modernen Gesellschaft (Stichwort »offene Zukunft«) sehr viel zu tun haben könnte mit der für die Gesellschaft selbst sichtbaren Häufung und Beschleunigung von Strukturänderungen.

40 Die Kritik dieser Unterstellung hatten wir in Kapitel 7 vorweggenommen.

der Beschreibung finden, die deutlicher zum Ausdruck bringen, wie und weshalb in der modernen Gesellschaft Politik und Recht aufeinander eingespielt sind und deshalb in beiden Systemen (aber: jeweils sehr verschiedene) structural drifts auslösen. Und dazu könnte die These beitragen, daß die Gesetzgebung als Ort der Transformation von Politik in Recht und als Ort der rechtlichen Beschränkung von Politik die wichtige Funktion eines gesamtgesellschaftlichen Zeitausgleichs übernommen hat.

Diese Sicht von oben kann durch eine Sicht von unten ergänzt werden.[41] Auch das, was in juristischer Sicht als Gesetzesanwendung erscheint, wird von der politischen Verwaltung eher als zielorientiertes, problemlösendes Verhalten praktiziert.[42] Besonders seit der immensen Ausdehnung der Verwaltung auf wohlfahrtsstaatliche und neuestens ökologische Aufgaben geht es immer weniger um fallweise auftretende Rechtsprobleme und immer mehr um Zustände, die man zu beeinflußen und zu ändern versucht: um den Reinheitsgrad des Wassers und der Luft, um Industrieansiedlung, um Schuleschwänzen und um Trunksucht, um Verkehrserleichterung oder -beruhigung; und wenn dies unter rechtlichen Gesichtspunkten beobachtet wird, dann geht es nicht um Einzelverstöße gegen das Recht, sondern gewissermaßen um Dauerdevianz oder um Zustände, in denen Verstöße gegen das Recht sich Tag für Tag wiederholen. Auch hier wird mithin Zeit relevant, und auch hier in einer Weise, die in den Kategorien des Rechtssystems keine Entsprechung findet.

Folglich entwickeln die Kontakte der Verwaltung mit dem Betroffenenkreis, dessen Verhalten beeinflußt werden soll, eigene Kriterien für Erfolg bzw. Mißerfolg. Kontakte stellen sich auf Wiederholung ein. Dabei entstehen unter anderem moralische Kriterien des Zumutbaren und der wechselseitigen Respektierung, der Bedingungen und Grenzen von Zusammenarbeit, der Tragweite von Verständigungen. Erst Spannungen und Brüche im Netzwerk dieser ratsamen Kooperation führen zur Einschaltung des Rechts, zu expliziten Hinweisen auf das, was rechtlich erzwungen oder nicht

41 Dies wird vor allem in am Entscheidungsprozeß orientierten organisationssoziologischen Studien gefordert. Siehe nur Colin S. Diver, A Theory of Regulatory Enforcement, Public Policy 28 (1980), S. 257-299.

42 Hierzu mit guten rechtssoziologischen Analysen Keith Hawkins, Environment and Enforcement: Regulation and the Social Definition of Pollution, Oxford 1984.

erzwungen werden könnte. Hier wie auch sonst dient das Recht als Auffangnetz für das Scheitern der Primärbeziehung. Die Überleitung mag aus juristisch ganz unsachlichen, oft auch uneingestehbaren Motiven erfolgen – etwa deshalb, weil es an Zeichen wechselseitigen Respektes fehlt (und vor allem Unterschiede im sozialen Status der Bürokraten und ihrer Klienten können hier die Empfindlichkeiten hochtreiben). Aber Motive sind keine Argumente. Sie bleiben in der Kommunikation vor und nach der Juridifizierung latent und lassen sich allenfalls in der soziologischen Analyse erschließen.

Ferner ist den Verwaltungsbehörden klar, daß Rechtserzwingung weitreichende politische Folgen haben kann, wenn sie Interessen trifft, die sich politisch vertreten lassen. Die ortsansässige Industrie oder die Bauern, die Winzer oder die Fischer können, auch nachdem eine in ihren Folgen unübersehbare Entscheidung des Gesetzgebers gefallen ist, Rücksichtnahmen auf ebenfalls vorzeigbare Interessen verlangen; und die Verwaltung ist gut beraten, wenn sie hierfür politische Sensibilität entwickelt – vor allem in Fällen, in denen der Zusammenhang von Rechtsbruch und Schaden nicht sofort oder nur an Hand artifizieller Messungen einsichtig ist. Für die unteren Instanzen, die »street level bureaucracy«, gibt es deshalb eine Art »zweiten Dienstweg« zum Vorgesetzten über die Presse oder einflußreiche Interessenten, und es empfehlen sich deshalb protektive Strategien, vor allem in der Form von schriftlichen Berichten oder Formularwerk, die sicherstellen, daß nichts passiert, wenn etwas passiert.[43] Während juristisch ein enger, nur durch Interpretations- und Beweisprobleme vermittelter Zusammenhang zwischen Gesetzgebung und Gesetzesanwendung besteht, klaffen politisch die Horizonte beider Entscheidungsebenen weit auseinander.

Angesichts solcher Sachverhalte wäre es offensichtlich verfehlt, das

43 Das ist vor allem aus zahlreichen Polizeiuntersuchungen bekannt. Siehe z. B. Jonathan Rubinstein, City Police, New York 1974; Michael S. Brown, Working the Street: Police Discretion and the Dilemmas of Reform, New York 1981; David E. Aaronson / C. Thomas Dienes / Michael C. Musheno, Public Policy and Police Discretion: Processes of Decriminalization, New York 1984. Für andere Bereiche auch Richard McCleary, Dangerous Men: The Sociology of Parole, Beverly Hills 1978, insb. S. 145 ff. oder Jeffrey M. Prottas, People-Processing: The Street-Level Bureaucrats in Public Service Bureaucracies, Lexington Mass. 1978.

Wesentliche politischer Verwaltung in der Anwendung von Gesetzen zu sehen. Wir befinden uns nicht mehr in der Situation der Frühmoderne, in der es als Lokalverwaltung kaum etwas anderes gab als Gerichte. Die Gesetzesbindung der Verwaltung, die das 19. Jahrhundert erarbeitet hat, bleibt unbestritten; aber sie stellt nur die Möglichkeit bereit, bei auftretenden Schwierigkeiten auf das Recht zurückzugreifen. Und selbst heutige Analysen, die der »Implementation« von rechtsförmig verabschiedeten Programmen nachgehen und entsprechende Defekte beklagen oder auf ein typisch bürokratisches Fehlverhalten zurückführen, folgen oft dem Vorurteil, daß Gesetze »durchgeführt« werden müßten. Die staatliche Regierung und Verwaltung ist jedoch von oben bis unten eine Organisation des politischen Systems. Sie realisiert Politik und nicht Recht – wenngleich unter dem Vorbehalt, daß jederzeit die Frage aufgeworfen werden kann, ob dies rechtmäßig oder unrechtmäßig geschieht. Aber mit dieser Frage wechselt die Kommunikation ihrer Systemreferenz.

IV

Empirisch können Thesen über Trennung und Kontaktverdichtung im Verhältnis von politischem System und Rechtssystem überprüft werden, indem man den politischen Einfluß von Juristen untersucht. Allerdings müßten solche Untersuchungen theoretisch sorgfältig vorbereitet und müßten vor allem auf operativer, nicht nur auf personaler Ebene angesiedelt sein. Es ist eine Frage, ob Juristen durch ihr Studium und durch ihre Berufstätigkeit für politische Tätigkeit besonders vorbereitet sind. Es ist eine andere Frage, ob sie in politischen Kontexten dann auch als Juristen wirken, das heißt primär auf die Zuordnung der Entscheidungen zu den Werten Recht bzw. Unrecht achten.

Daß die Politik praktisch in den Händen der Juristen sei, wird oft vermutet, aber selten eindeutig belegt. Man weist auf das sogenannte »Juristenmonopol« in Verwaltungskarrieren hin oder auch auf die Tatsache, daß einflußreiche Lobbyisten in Washington durch (einflußreiche?) Anwaltfirmen vertreten werden.[44] Damit ist jedoch

44 Siehe z. B. aus der Feder eines solchen Anwaltes Charles Horsky, The Washington

noch nicht geklärt, auf welcher Art von Geschicklichkeit der Einfluß beruht und in welchem Funktionssystem er eigentlich wirksam wird. Man kann erkennen, daß Juristen, die an kontroverses Verhandeln mit (professioneller) Anerkennung der Gegenseite gewöhnt sind, ein offeneres Verhältnis zur Politik haben als andere akademische Berufe.[45] Aber das bedeutet noch nicht, daß ihr etwaiger Einfluß auf Politik darauf beruht, daß Rechtsfragen politisch den Ausschlag geben. Wie auch in höheren Industriepositionen oder bei der Präferenz der Firmen für bestimmte Anwälte oder Anwaltsfirmen mag Geschick im Auftreten, Fähigkeit, sich in der Interaktion oder auch am Telefon durchzusetzen, Milieukenntnisse, Organisationskenntnisse inclusive das Bekanntsein an den entsprechenden Stellen wichtiger sein als das Rechtswissen selbst. Es mag sein und ist sicher oft der Fall, daß Rechtsfragen den Rahmen des politisch Möglichen abstecken und daß man, wenn man diese Grenzen berührt, juristische Argumentations- und Entscheidungshilfe braucht. Aber selbst dann ist es immer noch eine politische Frage, welches Rechtsrisiko man bereit ist einzugehen.[46] Daß Juristen in Beratungen im Kontaktfeld von Politik und Recht die Möglichkeit einer abgekürzten Sprech- und Verständigungsweise über Rechtsfragen einbringen und verhindern können, daß die Politik unnötigerweise an solchen Fragen hängen bleibt, ist ebenso zu notieren wie die Tatsache, daß es eigentlich um etwas anderes geht.

Untersuchungen bei Rechtsfirmen in Washington zeigen denn auch, daß deren Einfluß auf Politik überschätzt wird.[47] Zweifellos

Lawyer, Boston 1952. Vgl. auch Heinz Eulau / John D. Sprague, Lawyers in Politics: A Study in Professional Convergence, Indianapolis 1964.

45 Siehe Elmar Lange / Niklas Luhmann, Juristen – Berufswahl und Karrieren, Verwaltungsarchiv 65 (1974), S. 113-162 (156 ff.).

46 Eine gute Gelegenheit zu einer Fallstudie böte der Bericht der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Baden-Baden 1973, mit 11 Anlagebänden. Dem Namen der Kommission zufolge ging es um Rechtsfragen, und es wurden in erheblichem Umfang auch Rechtsgutachten eingeholt, um den verfassungsrechtlichen Spielraum für Reformüberlegungen (institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums usw.) auszuloten. Aber schon die Bestimmung der Gutachter war politisch vorsortiert, und für die Empfehlungen der Kommission selbst waren fast ausschließlich Struktur- und Organisationsfragen ausschlaggebend.

47 Siehe Robert L. Nelson / John P. Heinz, Lawyers and the Structure of Influence in Washington, Law and Society Review 22 (1988), S. 237-300. In der Zusammenfassung heißt es: »... the findings indicate that lawyers occupy a relatively specialized

können wohlhabende Klienten sich »bessere« Anwaltfirmen aussuchen, aber dann bleibt noch offen, ob deren Einfluß auf das juristische Argument (wenn es überhaupt dazu kommt) oder auf die politische Bedeutung der Klienten zurückzuführen ist.[48] Dies besagt auch, daß diese Verwendung von Anwälten für politische Kontakte eher im politischen System als im Rechtssystem zu verorten ist und jedenfalls nicht in besonderem Maße juristische Sachkunde in Anspruch nimmt. Empirische Untersuchungen belegen erhebliche Diskrepanzen zwischen professioneller Selbstdarstellung und faktischen Kontaktnetzen[49], was jedoch nicht zu dem Schluß führen darf, die Anwälte könnten politische Fragen und Rechtsfragen nicht unterscheiden. Auch sieht man mit Hilfe von Analysen der Kontaktnetzwerke deutliche politische Einseitigkeiten, die als solche nicht durch Rechtsfragen bestimmt sein können, sondern nichtjuristische Selbstselektionen dokumentieren, die dem Bild des unvoreingenommenen Anwalts widersprechen.[50] Der bloße Status als Jurist ist nach all dem kein verläßlicher Indikator in der Frage, ob eine Kommunikation mehr im politischen System oder mehr im Rechtssystem abläuft. Auf jeden Fall würde aber kein Jurist auf diesem Terrain erfolgreich agieren können, wenn er nicht in der Lage wäre, Rechtsfragen und politische Fragen zu unterscheiden, oder sich dem Irrtum hingäbe, politische Probleme seien als Rechtsprobleme zu lösen.

Eine andere Möglichkeit, die Hypothese der Systemtrennung empirisch zu überprüfen, könnte darin bestehen, sich wichtige rechtsdogmatische Erfindungen vorzunehmen und zu fragen, ob und unter welchen Bedingungen sie im System der Parteipolitik überhaupt ein politisches Thema hätten werden können. Zum Beispiel die Anscheinsvollmacht, die darauf beruht, daß jemand den An-

niche in the system of interest representation, one that allows them to command substantial economic rewards and to maintain a measure of independence and autonomy in their work, but that limits their influence in policy formation«.

48 Siehe Robert L. Nelson et al., Private Representation in Washington: Surveying the Structure of Influence, American Bar Foundation Research Journal 1987, 1, S. 141-200.

49 Vgl. Edward O. Laumann / John P. Heinz et al., Washington Lawyers and Others: The Structure of Washington Representation, Stanford Law Review 37 (1985), S. 465-502.

50 Siehe Nelson / Heinz a.a.O., S. 290 ff.

schein erweckt oder toleriert oder dessen faktisches Entstehen nicht zur Kenntnis nimmt (drei Varianten!), daß jemand anderes durch ihn bevollmächtigt sei. Oder die culpa in contrahendo, die eine Klage ermöglicht, auch wenn der vereinbarte Vertragsinhalt dem entgegensteht. Es ist ziemlich unwahrscheinlich, daß solche Probleme im Zeitpunkt ihrer Entdeckung effektiv als politische Probleme aufgezogen werden können; und es ist ebenso unwahrscheinlich, daß die Gerichte in solchen Fällen von eigener Rechtsentwicklung absehen und auf den politisch zu inspirierenden Gesetzgeber verweisen.

Entgegen allem, was die Optik eines gemeinsamen »Staates« vermuten lassen könnte, gibt es demnach auf operativer Ebene so erhebliche Unterschiede, daß man mit der Annahme operativer Schließung zweier Systeme besser fährt. Wenn dann in Einzelfällen Zusammenhänge sichtbar werden, sind die als Koinzidenzen der internen Selektionsmodi zweier Systeme und in diesem Sinne als (wie immer häufige) Zufälle zu erklären. Diese Erklärung muß dann freilich durch jeweils systeminterne Analysen auch faktisch geleistet werden, denn sonst liefe dieses Theoriekonzept darauf hinaus, den Gegenfall, also die eigene Widerlegung, ungeprüft einzuschließen.

V

Die unbestreitbare Dichte des Zusammenhangs von Politik und Recht rechtfertigt es nach all dem nicht, von nur einem System zu sprechen. Im Gegenteil: ihre angemessene Darstellung erfordert es, von zwei unterschiedlichen Systemreferenzen auszugehen.

Dabei muß (und kann) man nicht ausschließen, daß einzelne Operationen für einen Beobachter einen zugleich politischen und juristischen Sinn haben. Die Verabschiedung eines Gesetzes im Parlament kann als ein politischer Erfolg gebucht werden, mit dem lange Bemühungen um einen tragfähigen Konsens zum Abschluß kommen, und sie ändert zugleich den Geltungszustand des Rechts, dient als Instruktion für Gerichte und darüber hinaus für jeden, der im entsprechenden Sinnbereich wissen will, was Recht und was Unrecht ist. Daß ein Beobachter hier ein Ereignis als Einheit identifizieren kann, besagt jedoch nichts für Einheit der Systeme. Sobald man die rekursive Vernetzung der betreffenden Operation mit anderen in Betracht zieht, löst sich die Einheit des Einzelaktes wieder auf. Sie ist nur eine fiktive Einheit ohne Rücksicht auf Zeit. Denn die politische Vorgeschichte des Gesetzes ist etwas ganz anderes als die vorher bestehende Rechtslage, in die das Gesetz eingreift und die zugleich die Bedingungen der Möglichkeit einer solchen Rechtsänderung fixiert hatte. Politisch ist es eine Geschichte von »talk«[51], von Positionsmanövern, von Operationen im Schema von Regierung und Opposition, von Verhandlungen, von öffentlichen Absichtsbekundungen mit der Zweitabsicht eines Testens der öffentlichen Meinung usw. Politisch kommt die Angelegenheit im symbolischen Akt der Gesetzgebung zum Abschluß mit der Möglichkeit, in Erfolgsberichten einer Partei oder einer Regierung erwähnt zu werden. Das ist jedoch ganz unabhängig von den rechtlichen oder faktisch durch Recht vermittelten Auswirkungen des Gesetzes.[52] Außerdem ist die politische Relevanz des Nichtzustandekommens einer geplanten und vorgeschlagenen Rechtsänderung zu bedenken, für die es im Rechtssystem selbst kein Äquivalent gibt.

An dieser Nichtidentität der Systeme kann auch eine noch so detaillierte rechtliche Regelung des Gesetzgebungsverfahrens, sei es durch den Gesetzgeber selbst, sei es durch Verfassungsgerichte[53],

51 Erneut im Sinne von Brunsson a.a.O. (1989).

52 Siehe dazu die Fallstudie von Vilhelm Aubert, Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung, in: Ernst E. Hirsch / Manfred Rehbinder (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, Sonderheft 11 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie Köln 1967, S. 284-309. Die Untersuchung betrifft ein norwegisches Gesetz über Hausangestellte, mit dessen Verabschiedung politische Kontroversen symbolisch zum Abschluß gebracht wurden, ohne daß geprüft worden wäre, ob es Hausangestellte überhaupt noch gibt und wie sie, wenn es sie gibt, von ihren Rechten erfahren könnten. Für einen anderen Fall mit politisch eingebauter Selbstblockierung neuen Rechts siehe Leon H. Mayhew, Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination, Cambridge Mass. 1968. Vgl. auch Niklas Luhmann, Reform des öffentlichen Dienstes: Ein Beispiel für Schwierigkeiten der Verwaltungsreform (1974), zit. nach dem Abdruck in: Andreas Remer (Hrsg.), Verwaltungsführung, Berlin 1982, S. 319-339.

53 Siehe dazu Charles-Albert Morand, Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionel portant sur la formation de la législation, Droit et Société 10 (1988), S. 391-406, mit weiteren Literaturhinweisen.

nichts ändern. Sie bleibt als rechtliche Regulierung Struktur des Rechtssystems. Sie mag die politische Kommunikation stimulieren und irritieren und auf juristische Beratung verweisen. Aber eine etwaige Ausnutzung von Unschärfen des Rechts bleibt für die Politik ein politisches Risiko, und eine sich abzeichnende Rechtswidrigkeit ist nicht als solche von Belang, sondern nur, wenn und soweit es sich zugleich auch um einen politischen Mißerfolg und um einen Pluspunkt für politische Gegner handelt. Der Grund für diese Differenz liegt in der Autopoiesis der Systeme, das heißt darin, daß jedes System durch das Netzwerk der eigenen Operationen definiert, was im Netzwerk dieser Operationen als Element mitwirken kann. Wenn die klassische Lehre vom Staat und seiner Souveränität in bezug auf das Recht und die entsprechende Theorie des politisch fundierten Gesetzespositivismus es anders sehen, muß man sie als Beobachter der Systeme beobachten und ihre Sichtweise problematisieren – zum Beispiel historisch im Hinblick auf die damalige Lage des Gesellschaftssystems, die solchen Kompaktbeschreibungen Plausibilität verliehen hatte. Wenn man dagegen eine systemtheoretische Beschreibungsweise akzeptiert und ihr die Theorie operativ geschlossener Systeme zugrunde legt, kommt man nicht umhin, von einer Systemtrennung auszugehen.

Die Operationen der Systeme werden separat identifiziert, weil die Systeme sich selbst reproduzieren und damit über ihre eigenen Grenzen entscheiden. Dies geschieht mit Hilfe eines jeweils eigenen Codes. Im politischen System dient dazu die Unterscheidung von jeweils überlegener Macht (Amtsmacht) und ihren Untergebenen (Regierende/Regierte) sowie die Codierung der Amtsmacht im Schema von Regierung/Opposition. Im Rechtssystem beruht die Codierung auf der ganz andersartigen Unterscheidung von Recht und Unrecht. Entsprechend divergieren die Programme, die die Zuteilung der positiven bzw. negativen Werte regulieren und entsprechend divergieren die Bedingungen des Erkennens von Systemzugehörigkeit, von Anschlußfähigkeit im selben System und die Festlegung dessen, was vom System aus gesehen System bzw. Umwelt ist. Würde diese Fähigkeit, so zu unterscheiden und auf Systeme zuzurechnen, nicht funktionieren, wären Chaos und extreme Simplifikation die Folge. Jede Rechtsentscheidung, jeder Vertragsschluß wäre eine politische Aktion, so wie umgekehrt ein Politiker mit seinen Kommunikationen nur Rechtslagen interpretieren oder ändern könnte und sich entsprechend umsichtig verhalten müßte.

Auch die systemintern benutzten Symbolisierungen der Einheit des Systems unterscheiden sich. Will man Zugehörigkeit zum Rechtssystem symbolisieren – und zwar auch und gerade dann, wenn es um Änderungsvorhaben geht –, beruft man sich auf »geltendes« Recht. Das hatten wir oben (Kap. 2, VIII) behandelt. Geht es dagegen um das politische System, heißt die Identifikationsformel »Staat«[54]; und auch dies wird speziell dann relevant, wenn man Änderungsanliegen auf Systeme hin kanalisieren will. Daß der Staatsbegriff auch ein Begriff des geltenden Rechts ist, wird damit nicht ausgeschlossen. Aber wenn man Richter und Polizisten, Lehrer und Amtsärzte als Staatsbeamte bezeichnet, ist damit nicht nur das ihre Verhältnisse regelnde Gesetz gemeint, sondern auch: daß ihr Verhalten politisch zum Thema gemacht werden kann – im Unterschied zum Verhalten frei praktizierender Ärzte oder privater »body guards«, wo Skandale allenfalls zur politischen Forderung nach gesetzlicher Regelung führen können, die natürlich ebenfalls an den Staat zu adressieren ist.

Blickt man von hier aus zurück auf die traditionelle Semantik des Staates, so erkennt man entsprechende Bruchstellen zwischen Politik und Recht, vor allem dort, wo es um Vermeidung von Unruhen und Turbulenzen, also um (inneren) Frieden ging. Schon in der älteren Lehre von der Staatsräson war dem Fürsten konzediert, daß er im Interesse der Erhaltung seiner Macht (und damit: des Friedens) Rechtsbrüche sowohl selbst begehen als auch übersehen, das heißt ungeahndet lassen dürfe.[55] Die Lehre war eingebettet in einen ethisch-naturrechtlichen Zusammenhang, in dem (angesichts gegebener Verhältnisse) die Bewahrung des Friedens hoch, ja höher bewertet wurde als gelegentliche Rechtsverletzungen. Auch nach dem Zusammenbruch einer solchen umfassenden Legitimationssemantik am Ende des 18. Jahrhunderts regeneriert das Problem. Bereits David Hume bemerkt: »A single act of justice is frequently

54 Hierzu näher Niklas Luhmann, Staat und Politik: Zur Semantik der Selbstbeschreibung politischer Systeme, in ders., Soziologische Aufklärung Bd. 4, Opladen 1987, S. 74-103.

55 Siehe hierzu Niklas Luhmann, Staat und Staatsräson im Übergang von traditionaler Herrschaft zu moderner Politik, in ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. 3, Frankfurt 1990, S. 65-148.

contrary to public interest; and were it to stand alone, without being followed by other acts, may, in itself, be very prejudicial to society.«[56] Das absolute Bestehen auf eigenem Recht wird, wenn nicht als Unrecht, so doch als Friedensstörung mit fürchterlichen Folgen gesehen – etwa in Kleists Michael Kohlhaas.[57] Und in Friedrich Schlegels »Signatur des Zeitalters« heißt es: »... keine auf der fortdauernden Selbständigkeit beruhende Friedensform ... ist ohne ein gegenseitiges Nachlassen von der absoluten Rechtsforderung denkbar.«[58] Was im alten, Mäßigung verlangenden Begriff der Gerechtigkeit zusammengefaßt war, fällt schon in der mittelalterlich-frühmodernen Formel von pax et iustitia auseinander und verliert mit dem Zusammenbruch der ethisch-naturrechtlichen Argumentation und der Fürstenherrschaft, an die sie adressiert war, jeden Bezug auf eine letzte Einheit. Die »Gegensätze« etablieren sich, so sehr die Romantik dies nochmal abzuwenden sucht, als solche. Die Entführung von Erich Honecker durch eine sowjetische Militärmaschine, um ihn deutscher Justiz zu entziehen, und der – man kann wohl sagen: verständnisvolle Protest auf deutscher Seite (März 1991) zeigen, daß das Problem an Aktualität nicht verloren hat.

Das muß nicht heißen, daß Gegensatz das letzte Wort bleibt. Wenn man von Zielformeln wie Frieden und Gerechtigkeit auf Systemanalyse umstellt, ergeben sich reichere kombinatorische Möglichkeiten. Trennung der Systeme kann dann als Bedingung der Steigerung wechselseitiger Abhängigkeit gesehen werden und Gesellschaft als Bedingung der Möglichkeit dieses Zusammenhangs.

56 A Treatise a.a.O., Bd. 2, S. 201. Man kann das ohne Mühe verstehen als Widerspruch auf der Ebene der Einzelereignisse bei Kompatibilität rekursiv operierender Systeme. Für Hume selbst heißt das jedoch nur, daß die private Eigentumsnutzung generell gesichert sein muß, auch wenn sie im Einzelfall dem öffentlichen Interesse widerspricht.

57 »Einer der rechtschaffensten und zugleich entsetzlichsten Menschen seiner Zeit« – so charakterisiert Kleist im ersten Satz seiner Novelle ihren Helden. Zum romantischen Kontext und zum Zusammenhang mit einem neueuropäisch forcierten Recht/Unrecht-Schema siehe auch Regina Ogorek, Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechtsausschweifungen des Michael Kohlhaas, Kleist-Jahrbuch 1988/89, S. 96-125.

58 Zitiert nach der Ausgabe in: Friedrich Schlegel, Dichtungen und Aufsätze, München 1984, S. 593-728 (700). Und ebenda: »... nach dem absoluten Rechtsbegriff (würde) jeder Krieg notwendig ein Krieg auf Tod und Leben sein«.

Demokratisierung des politischen Systems und Positivierung des Rechts haben sich nur in gegenseitiger Ermöglichung und Stimulation entwickeln können. Wir werden im folgenden Kapitel sehen, daß dies eine Separierung der Systeme und einen Mechanismus struktureller Kopplung voraussetzt.

Notizen:

IV. Recht und Politik *(Fortsetzung)*

- Aufgabenteilung zwischen Recht und Politik – Gewaltenteilung im Verhältnis zwischen Judikative, Legislative und Exekutive
  - Grundsatz: Recht/Unrecht versus Gerechtigkeit, Zweckmässigkeit usw. (siehe auch Folien 50 und 81)
  - Aber: keine scharfe und starre Abgrenzung
    - rechtliche (das heisst, gerichtliche) Beurteilung von an sich politischen Fragen ("Verrechtlichung" der Politik)
    - politische Beurteilung von an sich rechtlichen Fragen ("Politisierung" des Rechts)
  - Exekutive: Recht *und* Politik

Beispiele:

Politische Rechte:

Urteilskopf

129 I 217

21. Auszug aus dem Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung i.S. A. und Mitb. gegen Einwohnergemeinde Emmen und Regierungsrat des Kantons Luzern (staatsrechtliche Beschwerde)
1P.228/2002 vom 9. Juli 2003

Regeste

Urnenabstimmung über Einbürgerungsgesuche; Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde (**Art. 88 OG**); Verletzung des Diskriminierungsverbots und der Begründungspflicht (**Art. 8 Abs. 2 und Art. 29 Abs. 2 BV**).
Die Verletzung des Diskriminierungsverbots kann mit staatsrechtlicher Beschwerde ans Bundesgericht geltend gemacht werden, auch wenn - wie bei der Ablehnung eines Einbürgerungsgesuchs - kein Anspruch in der Sache besteht (E. 1.1).
Die Parteien des kantonalen Verfahrens sind ohne Rücksicht auf ihre Legitimation in der Sache befugt, das Fehlen einer Begründung (im Gegensatz zur mangelhaften Begründung) zu rügen (E. 1.4).
Die Stimmbürger sind bei der Abstimmung über Einbürgerungsgesuche an die Grundrechte gebunden (E. 2.2.1); die Abstimmungsfreiheit gewährleistet keinen Anspruch auf Anerkennung materiell rechtswidriger Abstimmungsergebnisse (E. 2.2.2).
Zu den Anforderungen an den Nachweis einer Diskriminierung (E. 2.2.3 und 2.2.4).
Aufgrund des Abstimmungsergebnisses und den Veröffentlichungen im Umfeld der Abstimmung ist erstellt, dass die Beschwerdeführer aufgrund ihrer Herkunft benachteiligt wurden (E. 2.3). Die Ablehnung der Einbürgerungsgesuche verstiess somit gegen **Art. 8 Abs. 2 BV** (E. 2.4).
Die angefochtenen Einbürgerungsentscheide an der Urne verletzten auch die Begründungspflicht (**Art. 29 Abs. 2 BV** i.V.m. **Art. 8 Abs. 2 BV**; E. 3).

Sachverhalt ab Seite 218

BGE 129 I 217 S. 218

In der Urnenabstimmung der Gemeinde Emmen vom 12. März 2000 gelangten 23 Einbürgerungsgesuche von insgesamt 56 Personen zur Abstimmung. Die Stimmbürger Emmens stimmten der Einbürgerung von acht Gesuchstellern aus Italien zu; alle anderen Einbürgerungsgesuche - überwiegend von Personen aus dem ehemaligen Jugoslawien - wurden abgelehnt. Zu den abgelehnten Gesuchstellern gehörten auch A., B., C., D. und E. (im Folgenden: die Gesuchsteller bzw. die Beschwerdeführer).

BGE 129 I 217 S. 219

Gegen die Ablehnung ihrer Einbürgerungsgesuche erhoben die Gesuchsteller am 11. April 2000 Gemeindebeschwerde an den Regierungsrat des Kantons Luzern. Dieser trat auf die Beschwerde nicht ein, weil die gesetzliche Beschwerdefrist von 10 Tagen nicht eingehalten worden sei. Gegen diesen Nichteintretensentscheid erhoben die Gesuchsteller staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht. Am 6. März 2001 hiess das Bundesgericht die staatsrechtliche Beschwerde gut und hob den angefochtenen Entscheid wegen Verletzung von Treu und Glauben auf (Urteil 1P.674/2000).

Am 19. März 2002 entschied der Regierungsrat erneut über die Gemeindebeschwerde der Gesuchsteller: Er wies die Beschwerde ab, soweit er darauf eintrat.

Hiergegen erhoben die Gesuchsteller am 23. April 2002 staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht mit dem Antrag, der Entscheid des Regierungsrats sei aufzuheben.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

[...]

2.1 Das Bundesgericht hat sich im Entscheid **BGE 126 II 377** (E. 6a und c S. 392 ff.) näher mit dem Verbot der direkten und der indirekten Diskriminierung gemäss **Art. 8 Abs. 2 BV** auseinandergesetzt und Folgendes ausgeführt:

Gemäss **Art. 8 Abs. 2 BV** darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Eine Diskriminierung i.S.v. **Art. 8 Abs. 2 BV** liegt dann vor, wenn eine Person rechtsungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe (AB 1998 S [Separatdruck "Reform der Bundesverfassung"] S. 36, Votum Rhinow, Berichterstatter), welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wurde (JÖRG PAUL MÜLLER, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in: Ulrich Zimmerli [Hrsg.], Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, S. 103 ff., insbes. S. 110). Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art der Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebbaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht (WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft, in: Walter Kälin [Hrsg.], Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, ZSR-Beiheft 29,

BGE 129 I 217 S. 224

S. 67 ff., insbes. S. 76 f.); insofern beschlägt die Diskriminierung auch Aspekte der Menschenwürde (**Art. 7 BV**). Das Diskriminierungsverbot des schweizerischen Verfassungsrechts macht aber die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal - wie Herkunft, Rasse, Geschlecht, Sprache und weitere in **Art. 8 Abs. 2 BV** (in nicht abschliessender Weise) aufgezählte Kriterien - nicht absolut unzulässig. Vielmehr begründet dieser Umstand zunächst den blossen "Verdacht einer unzulässigen Differenzierung", der nur durch eine genügende Rechtfertigung umgestossen werden kann (KÄLIN/CARONI, a.a.O., S. 78). Das Diskriminierungsverbot hat also rechtlich die Bedeutung, dass ungleiche Behandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstehen (AB 1998 S [Separatdruck] S. 37, Votum Rhinow, Berichterstatter; vgl. auch 126 V 70 E. 4c/bb S. 73).

Eine indirekte bzw. mittelbare Diskriminierung ist dann gegeben, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützter Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre (vgl. dazu KÄLIN/CARONI, a.a.O., S. 86 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 441 ff.; derselbe, Diskriminierungsverbote, a.a.O., S. 124 ff.).

2.2 Der Regierungsrat ging in seinem Entscheid von einem Spannungsverhältnis zwischen dem Diskriminierungsverbot (**Art. 8 Abs. 2 BV**) und der in **Art. 34 Abs. 2 BV** garantierten Wahl- und Abstimmungsfreiheit aus: Einerseits seien die Stimmbürger bei der Zusicherung des Gemeindebürgerrechts an das Diskriminierungsverbot gebunden; andererseits verleihe ihnen **Art. 34 Abs. 2 BV** das Recht, den Stimm- und Wahlzettel ihrem wirklichen Willen entsprechend auszufüllen. Das verfassungsmässige Recht auf Wahl- und Abstimmungsfreiheit müsse so lange Vorrang haben, bis den Stimmberechtigten ohne jeglichen Zweifel eine Verletzung des durch die Verfassung garantierten Diskriminierungsverbots nachgewiesen werden könne. Diese Voraussetzung liege hier nicht vor. Zweifel am Vorliegen einer Diskriminierung hegte der Regierungsrat aufgrund der Tatsache, dass auch die Gesuche eines ungarischen Staatsangehörigen, einer türkischen und einer polnisch-niederländischen Familie abgewiesen wurden. Flugblättern und Leserbriefen mit negativer Haltung gegenüber Bürgern aus dem ehemaligen Jugoslawien mass der Regierungsrat keine Bedeutung zu: Diese Haltung dürfe nicht den Stimmberechtigten zugeschrieben werden; ihnen dürfe zugetraut werden, zwischen verschiedenen bekundeten

Meinungen zu unterscheiden und auszuwählen, offensichtliche Übertreibungen als solche zu erkennen und vernunftgemäss aufgrund ihrer eigenen Überzeugung zu entscheiden.

2.2.1 Mit dem Regierungsrat ist davon auszugehen, dass die Stimmberechtigten der Gemeinde Emmen bei der Zusicherung des Gemeindebürgerrechts an die Grundrechte, namentlich an das Diskriminierungsverbot, gebunden sind: Die Stimmbürger handeln, wenn sie über Einbürgerungsgesuche entscheiden, als Organ der Gemeinde und nehmen eine staatliche Aufgabe wahr. Sie sind daher gemäss **Art. 35 Abs. 2 BV** an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (so auch Urteil des Verfassungsgerichts Basel-Landschaft vom 29. März 2000, E. 4.3, Basellandschaftliche Verwaltungsentscheide 2000 S. 15 ff.; GEORG MÜLLER, Reservate staatlicher Willkür - Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Festschrift Hans Huber, Bern 1981, S. 109-125, insbes. S. 120; AUER/VON ARX, a.a.O., S. 924/925; REGINA KIENER, Rechtsstaatliche Anforderungen an Einbürgerungsverfahren, recht 18/2000 S. 216; DORIS BIANCHI, Vereinheitlichungstendenzen im Einbürgerungsverfahren, in: Benjamin Schindler/Regula Schlauri [Hrsg.], Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, S. 301 ff., insbes. S. 313).

2.2.1 Mit dem Regierungsrat ist davon auszugehen, dass die Stimmberechtigten der Gemeinde Emmen bei der Zusicherung des Gemeindebürgerrechts an die Grundrechte, namentlich an das Diskriminierungsverbot, gebunden sind: Die Stimmbürger handeln, wenn sie über Einbürgerungsgesuche entscheiden, als Organ der Gemeinde und nehmen eine staatliche Aufgabe wahr. Sie sind daher gemäss **Art. 35 Abs. 2 BV** an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (so auch Urteil des Verfassungsgerichts Basel-Landschaft vom 29. März 2000, E. 4.3, Basellandschaftliche Verwaltungsentscheide 2000 S. 15 ff.; GEORG MÜLLER, Reservate staatlicher Willkür - Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Festschrift Hans Huber, Bern 1981, S. 109-125, insbes. S. 120; AUER/VON ARX, a.a.O., S. 924/925; REGINA KIENER, Rechtsstaatliche Anforderungen an Einbürgerungsverfahren, recht 18/2000 S. 216; DORIS BIANCHI, Vereinheitlichungstendenzen im Einbürgerungsverfahren, in: Benjamin Schindler/Regula Schlauri [Hrsg.], Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, S. 301 ff., insbes. S. 313).

2.2.2 Nicht zu überzeugen vermögen dagegen die Erwägungen des Regierungsrats zum Spannungsverhältnis zwischen dem Diskriminierungsverbot und der Abstimmungsfreiheit:
Art. 34 Abs. 2 BV schützt die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe der Stimmberechtigten. Er gewährleistet damit die in der Rechtsprechung des Bundesgerichts als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht anerkannte Wahl- und Abstimmungsfreiheit (vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 189ff.; Urteile 1P.116/2000 vom 5. Mai 2000 E. 2b, publ. in: ZBl 102/2001 S. 148 ff. und Pra 89/2000 Nr. 129 S. 755 ff., sowie 1P.298/2000 vom 31. August 2001, E. 3a, publ. in: ZBl 102/2001 S. 188 ff., SJ 2001 I S. 30 ff. und Pra 90/2001 Nr. 23 S. 127 ff.). Danach besteht ein Anspruch darauf, dass kein Abstimmungs- oder Wahlergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt (**BGE 129 I 185** E. 7.2 S. 199; **BGE 121 I 138** E. 3 S. 141 f. mit Hinweisen). Das Stimm- und Wahlrecht gewährleistet dagegen keinen Anspruch auf Anerkennung eines Abstimmungsergebnisses, das materiell rechtswidrig ist, weil es die Grundrechte Einzelner verletzt oder aus einem anderen Grund gegen die Rechtsordnung

BGE 129 I 217 S. 226

verstösst. So kann ein kommunaler oder kantonaler Erlass wegen Verletzung höherrangigen Rechts gerichtlich aufgehoben werden, auch wenn er unter Mitwirkung der Stimmbürger zustande gekommen ist. Auch eine Volksinitiative darf keine Bestimmungen enthalten, die dem übergeordneten Recht widersprechen (**BGE 125 I 227** E. 4a S. 231 mit Hinweis).

2.2.3 Es liegt daher auch kein Grund vor, höhere Anforderungen an den Nachweis einer Diskriminierung zu stellen, nur weil der Entscheid von den Stimmbürgern und nicht von einer Verwaltungsbehörde gefällt wurde. Angesichts der Besonderheiten der Urnenabstimmung drängt sich vielmehr die Frage auf, ob nicht Beweiserleichterungen zum Nachweis einer Diskriminierung eingeräumt werden müssen. Entscheiden eine Vielzahl von Personen geheim und ohne Angabe von Gründen, ist es in der Regel nicht möglich, den direkten Nachweis einer Diskriminierung zu erbringen. Das Gericht muss seine Überzeugung deshalb notwendigerweise auf Indizien stützen. In einer derartigen Situation hat das Bundesgericht - allerdings unter dem Blickwinkel von **Art. 8 ZGB** - einen höheren Grad der Wahrscheinlichkeit genügen lassen (**BGE 104 II 68** E. 3b S. 75). Eine Beweiserleichterung sieht sodann **Art. 6 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG; SR 151.1)** für bestimmte Tatbestände der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor: Danach wird eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person bezüglich der Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlöhnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung oder Entlassung glaubhaft

gemacht wird (vgl. SABINE STEIGER-SACKMANN, in: Margrith Bigler-Eggenberger, Claudia Kaufmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel/Frankfurt a.M. 1997, **Art. 6 GIG**, mit Hinweisen zur Entstehungsgeschichte N. 1 ff. und rechtsvergleichenden Hinweisen N. 71 ff.). Eine generelle Beweislastumkehr verlangt für das Diskriminierungsverbot im Bereich des Verwaltungsrechts ADRIANO PREVITALI (Naturalisation: sur quels critères?, Plädoyer 2000 3 S. 48 ff., insbes. S. 50): Es sei Aufgabe der Behörde, das Fehlen einer Diskriminierung nachzuweisen.

2.2.4 Ein anderer Ansatz bestünde darin, die für das Vorliegen einer indirekten Diskriminierung entwickelten Grundsätze zur Anwendung zu bringen: Können die Gründe für das Stimmverhalten der Mehrheit an der Urne nicht ermittelt und der Nachweis einer direkten Diskriminierung deshalb nicht erbracht werden, wäre zu prüfen, ob die Abstimmung im Ergebnis Angehörige einer spezifisch

BGE 129 I 217 S. 227

gegen Diskriminierung geschützten Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründbar ist. So könnte beispielsweise die Erfolgsquote von Bewerbern aus Westeuropa (im Fall Emmen: 100%, bzw. 89% unter Berücksichtigung der abgelehnten Niederländerin) der Erfolgsquote der Bewerber aus dem ehemaligen Jugoslawien (0%) bzw. Ost- und Südosteuropas (0%) gegenübergestellt und, bei Vorliegen signifikanter Unterschiede, eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Herkunft vermutet werden. Zur Entkräftung dieser Vermutung müsste aufgezeigt werden, dass sachliche, nicht diskriminierende Gründe den Entscheid ebenso gut oder besser erklären als die Herkunft der Bewerber (so im Ergebnis auch KIENER, a.a.O., S. 213 ff., insbes. S. 217). Dieser Ansatz trägt dem Grundsatz Rechnung, dass es für die Diskriminierung auf die objektive Wirkung einer Massnahme ankommt und nicht auf die ihr zugrunde liegenden Absichten (so schon **BGE 113 Ia 107** E. 4a S. 116; STEIGER-SACKMANN, a.a.O., N. 47 zu **Art. 6 GIG**).

2.3 Die aufgeworfenen Fragen können allerdings im konkreten Fall offen bleiben, wenn die vorliegenden Indizien die Annahme einer unmittelbaren Diskriminierung rechtfertigen, d.h. wenn sie zur Überzeugung führen, dass die Einbürgerungsgesuche der Beschwerdeführer aufgrund ihrer Herkunft abgelehnt worden sind.

2.3.1 In der Volksabstimmung vom 12. März 2000 hatten die Stimmbürger Emmens über 23 Einbürgerungsgesuche zu entscheiden, die insgesamt 56 Personen betrafen. Bei einer Stimmbeteiligung von 55% wurden alle vier Gesuche von (insgesamt acht) italienischen Staatsbürgern gutgeheissen; alle 16 Gesuche von insgesamt 38 Personen aus dem ehemaligen Jugoslawien wurden abgewiesen. Abgewiesen wurden auch die Einbürgerungsgesuche einer türkischen Familie, eines ungarischen Staatsangehörigen und einer polnisch-niederländischen Familie.

Bereits die pauschale Ablehnung aller Gesuche von Bewerbern aus dem ehemaligen Jugoslawien ist ein starkes Indiz dafür, dass die Herkunft der Personen der ausschlaggebende Faktor war, handelt es sich doch um eine ansonsten heterogene Gruppe, die sich aus Familien und allein stehenden Personen mit den unterschiedlichsten Berufen, Einkommensverhältnissen und Freizeitbeschäftigungen zusammensetzt. Ein Teil der Bewerber wurde bereits in der Schweiz geboren; die anderen sind zu verschiedenen Zeiten - zwischen 1971 und 1991 - in die Schweiz eingereist.

BGE 129 I 217 S. 228

Stellt man diesem Ergebnis das Abschneiden der italienischen Bewerber gegenüber, drängt sich die Vermutung auf, dass die Herkunft der Bewerber das ausschlaggebende Kriterium war. Alle

Stellt man diesem Ergebnis das Abschneiden der italienischen Bewerber gegenüber, drängt sich die Vermutung auf, dass die Herkunft der Bewerber das ausschlaggebende Kriterium war. Alle italienischen Gesuchsteller wurden eingebürgert, und zwar mit grosser Mehrheit. Zwar weisen die italienischen Bewerber im Durchschnitt eine längere Aufenthaltsdauer auf als die übrigen Bewerber. Dieses Kriterium kann aber nicht erklären, warum z.B. der italienische Staatsangehörige W., der seit seiner Geburt 1980 in der Schweiz lebt, eingebürgert wurde, nicht aber die ebenfalls in der Schweiz geborenen und etwa gleichaltrigen Gesuchsteller aus Ex-Jugoslawien (X., geb. 1981 in Luzern, und Y., geb. 1979 in Luzern). Der Bewerber mit der längsten Aufenthaltsdauer in der Schweiz ist zudem der ungarische Staatsangehörige Z., dessen Gesuch ebenfalls abgewiesen wurde. Auch bei den Berufs-, Einkommens-, Familien- und Freizeitverhältnissen lassen sich keine signifikanten Unterschiede zwischen der Gruppe der Italiener und der Bewerber aus dem ehemaligen Jugoslawien finden, welche die erhebliche Stimmdifferenz erklären könnten.

Der Umstand, dass auch die Gesuche von Personen abgewiesen wurden, die nicht aus dem ehemaligen Jugoslawien stammen, lässt keine abweichende Bewertung zu: Auch diese Personen stammen aus Ost- bzw. Südosteuropa, d.h. Ländern, die z.T. an den Balkan angrenzen (Türkei; Ungarn) und jedenfalls keine traditionellen Rekrutierungsgebiete für Arbeitskräfte in Emmen darstellen, d.h. nicht zur Gruppe der in Emmen schon seit den 60er Jahren etablierten Italiener und Spanier gehören. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass alle nicht eingebürgerten Personen aus anderen Ländern einen geringeren Neinstimmenanteil aufweisen als die Bewerber aus dem ehemaligen Jugoslawien.

Nach dem Gesagten lässt das Abstimmungsergebnis keinen anderen Schluss zu, als dass die Herkunft der Bewerber das ausschlaggebende Kriterium für ihre Einbürgerung oder Nichteinbürgerung darstellte, und damit an ein nach **Art. 8 Abs. 2 BV** verpöntes Unterscheidungsmerkmal angeknüpft worden ist.

2.3.2 Diese Analyse des Abstimmungsergebnisses wird durch die von den Beschwerdeführern vorgelegten Veröffentlichungen im Umfeld der Abstimmung unterstützt.

Ein Flugblatt der Schweizer Demokraten vom 1. Juni 1999 zur SD-Initiative "Einbürgerungen von Ausländern vors Volk!" hält Volksabstimmungen über Einbürgerungsentscheide für notwendig, um den Import von ethnischen Problemen aus den Balkanstaaten in die

Schweiz zu verhindern. Es wird behauptet, dass Personen nicht-christlicher Religionszugehörigkeit die hiesigen Gesetze und Bräuche aufgrund ihrer andersartigen religiös-politischen Überzeugungen nicht übernehmen könnten. Als Beispiel dient dabei das Einbürgerungsgesuch einer Person aus dem ehemaligen Jugoslawien (ohne ausdrückliche Nennung der Religionszugehörigkeit). Damit wird unterstellt, dass Gesuchsteller aus dem ehemaligen Jugoslawien überwiegend einer nicht-christlichen Religion angehören und sich deshalb generell nicht in die schweizerischen Verhältnisse integrieren können. Auch wenn dieses Flugblatt nicht die Abstimmung vom 12. März 2000 sondern diejenige vom Juni 1999 betrifft, lässt es Rückschlüsse auf die damals in Emmen herrschende Stimmung zu: Die SD-Initiative wurde mit 58% der Stimmen angenommen; das damit eingeführte obligatorische Referendum über ordentliche Einbürgerungen von Ausländern kam erstmals im September 1999 zur Anwendung. Damals entschieden sich die Stimmbürger für die Einbürgerung einer Spanierin und einer Italienerin mit Tochter und gegen die Einbürgerung von zwei jugoslawischen Familien (vgl. THOMAS BOLLI, Lag es an der Nationalität?, Tagesanzeiger vom 13. September 1999). Die hier angefochtene Volksabstimmung vom 12. März 2000 war der zweite Anwendungsfall des Einbürgerungs-Referendums und erfolgte nur knapp ein Jahr nach der Abstimmung über die SD-Initiative.

Zur Abstimmung vom 12. März 2000 liegt ein Flugblatt eines "Komitees zum Erhalt der Schweizer Rasse" vor, in dem es heisst: "Zeigen Sie am 12. März Mut: Nein zu weiteren Jugos in unserer Gemeinde". Nach dem Flugblatt seien Personen aus dem ehemaligen Jugoslawien um ein Vielfaches krimineller und gewalttätiger als Schweizer, beanspruchten überproportional oft die Invaliden- und die Krankenversicherung und seien auch in der zweiten Generation noch nicht integriert. Es mag sein, dass derartige rassistische Äusserungen nicht repräsentativ für die Auffassung der Mehrheit der Stimmbürger sind, wie der Regierungsrat geltend macht. Sie sind jedoch ein Indiz für bestehende Vorurteile gegenüber einer bestimmten Bevölkerungsgruppe. Derartige Vorurteile kommen auch in Leserbriefen im Vorfeld der Abstimmung zum Ausdruck ("Region" vom 9. März 2000), die sich negativ gegenüber Personen aus den "Balkanstaaten" bzw. aus Ex-Jugoslawien aussprechen, während "allen Italienern" in Emmen ein Kompliment gemacht wird. Angesichts des klaren Abstimmungsergebnisses muss davon ausgegangen werden, dass diese Vorurteile bei der Abstimmung eine entscheidende Rolle gespielt haben.

BGE 129 I 217 S. 230

Dafür lassen sich auch das Schreiben der Emmener Seelsorgerinnen und Seelsorger vom 23. März 2000 an die abgelehnten Gesuchsteller und der Rundbrief des Gemeinderats Emmen vom 19. März 2001 an sämtliche Haushaltungen der Gemeinde anführen. Zwar sind diese Schreiben nach der Abstimmung entstanden. Sie enthalten jedoch Begründungsversuche von Personen, die mit den Verhältnissen und der Stimmung in der Gemeinde vertraut sind. Die Seelsorger drücken ihre Betroffenheit über die "pauschalen und diskriminierenden Rückweisungen der Einbürgerungsgesuche" aus. Der Gemeinderat führt das Abstimmungsverhalten auf Unzufriedenheit und Bedenken gegen die Ausländer- und Asylpolitik des Bundes zurück, die in Emmen zu hohen Ausländeranteilen bei der Wohnbevölkerung geführt hätte, wobei die Zunahme in den letzten zehn Jahren hauptsächlich auf Zuwanderungen aus Ex-Jugoslawien zurückzuführen sei.

2.4 Nach dem Gesagten ist erstellt, dass die Bewerber aus dem ehemaligen Jugoslawien, zu denen auch die Beschwerdeführer gehören, aufgrund ihrer Herkunft benachteiligt wurden. Ein Rechtfertigungsgrund für diese Differenzierung ist nicht ersichtlich und wird auch von den kantonalen Behörden nicht geltend gemacht. Demzufolge liegt eine unzulässige Diskriminierung i.S.v. **Art. 8 Abs. 2 BV** vor. Schon aus diesem Grund ist der Entscheid des Regierungsrats vom 19. März 2002, der eine Diskriminierung zu Unrecht verneint, aufzuheben. Es kann deshalb offen bleiben, ob der Regierungsrat sich zu Unrecht mit einzelnen Rügen der Beschwerdeführer bzw. bestimmten Unterlagen nicht auseinandergesetzt hat und ob auch ein Verstoss gegen **Art. 2 RDÜ** vorliegt.
[...]

4. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und der Entscheid des Regierungsrats des Kantons Luzern vom 19. März 2002 ist aufzuheben. Es wird Sache der zuständigen kantonalen und kommunalen Behörden sein, über den weiteren Fortgang des Einbürgerungsverfahrens der Gesuchsteller zu entscheiden und das in Emmen geltende bundesverfassungswidrige Verfahren der Urnenabstimmung über Einbürgerungsgesuche durch ein verfassungskonformes Verfahren zu ersetzen. (...)

Urteilskopf

129 I 232

22. Auszug aus dem Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung i.S. Schweizerische Volkspartei der Stadt Zürich (SVP), Meier und Tuena gegen Gemeinderat von Zürich und Bezirksrat Zürich sowie Regierungsrat des Kantons Zürich (staatsrechtliche Beschwerde)
1P.1/2003 vom 9. Juli 2003

Regeste

Ungültigkeit einer Initiative, mit der Einbürgerungsgesuche der Urnenabstimmung unterstellt werden sollen (**Art. 29 Abs. 2, Art. 34 Abs. 2 und Art. 13 BV**).
Ablehnende Einbürgerungsentscheide unterliegen der Begründungspflicht gemäss **Art. 29 Abs. 2 BV** (Anspruch auf rechtliches Gehör) i.V.m. **Art. 8 Abs. 2 BV** (Diskriminierungsverbot; E. 3.3 und 3.4).
Bei der Urnenabstimmung ist eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Begründung nicht möglich (E. 3.5 und 3.6). Die Initiative auf Einführung der Urnenabstimmung über Einbürgerungsgesuche verletzt daher die verfassungsrechtliche Begründungspflicht.
Konflikt zwischen der aus der Abstimmungsfreiheit (**Art. 34 Abs. 2 BV**) abgeleiteten Informationspflicht der Behörden über die persönlichen Verhältnisse der Gesuchsteller (E. 4.2) und deren Recht auf Schutz ihrer Privat- und Geheimsphäre (**Art. 13 BV**; E. 4.3). Ein angemessener Ausgleich zwischen den sich gegenüberstehenden Grundrechtspositionen erscheint im vorliegenden Fall nicht möglich (E. 4.4).
Die rechtsstaatlichen Defizite der Initiative werden nicht durch das Demokratieprinzip gerechtfertigt (E. 5).

Sachverhalt ab Seite 233

Am 5. Oktober 1999 reichte die Schweizerische Volkspartei (SVP) der Stadt Zürich eine Volksinitiative mit dem Titel "Einbürgerungen vors Volk!" ein. Das Initiativbegehren hat folgenden Wortlaut:
"Die einschlägigen Bestimmungen und Beschlüsse in der Stadt Zürich sind dahingehend zu ändern, dass die Befugnis zur Erteilung des Bürgerrechts an im Ausland geborene Ausländerinnen und Ausländer den in der Stadt wohnenden verbürgerten Stimmberechtigten zugewiesen wird."
In seiner Sitzung vom 17. Januar 2001 beschloss der Gemeinderat von Zürich auf Antrag des Stadtrates, mit der hierfür erforderlichen Zweidrittels-Mehrheit, die Initiative für ungültig zu erklären.
Gegen den Beschluss des Gemeinderates erhoben u.a. die SVP der Stadt Zürich, Thomas Meier und Mauro Tuena Beschwerde beim Bezirksrat Zürich. Mit Beschluss vom 30. August 2001 hiess der Bezirksrat die Beschwerde gut und wies den Stadtrat sowie den Gemeinderat an, die Volksinitiative "Einbürgerungen vors Volk!" der Gemeindeabstimmung zu unterbreiten.
Gegen den Bezirksratsbeschluss erhob der Stadtrat namens des Gemeinderates Beschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zürich.

Am 13. November 2002 hiess der Regierungsrat die Beschwerde gut, hob den Beschluss des Bezirksrates auf und bestätigte den Beschluss des Gemeinderates betreffend Ungültigerklärung der Volksinitiative "Einbürgerungen vors Volk!".

Gegen den Entscheid des Regierungsrats erhoben die SVP der Stadt Zürich, Thomas Meier und Mauro Tuena Stimmrechtsbeschwerde ans Bundesgericht. Sie beantragen, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und die Volksinitiative vom 5. Oktober 1999 "Einbürgerungen vors Volk!" sei dem Volk als gültig vorzulegen.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

2.

2.4 Das Initiativbegehren verlangt, dass die Befugnis zur Erteilung des Bürgerrechts an im Ausland geborene Ausländerinnen und Ausländer den in der Stadt Zürich stimmberechtigten Stadtbürgern zugewiesen wird. Es verlangt somit die Einführung eines obligatorischen Verwaltungsreferendums für die Erteilung des Gemeindebürgerrechts an im Ausland geborene Ausländerinnen und Ausländer. Über die Einbürgerung würden nicht mehr die Bürgerliche Abteilung des Gemeinderates oder des Stadtrates entscheiden, sondern - auf deren Antrag - die Stimmberechtigten an der Urne. Die nähere Ausgestaltung des Verfahrens überlässt die Initiative dem kommunalen Gesetz- bzw. Verordnungsgeber.

Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die Einführung der Urnenabstimmung über Einbürgerungsgesuche Bundesverfassungsrecht verletzt. Dies ist nur dann der Fall, wenn eine verfassungskonforme Ausgestaltung des Verfahrens von vornherein ausgeschlossen erscheint.

3. Der Regierungsrat ging im angefochtenen Entscheid davon aus, dass Urnenabstimmungen über Einbürgerungen den verfassungsrechtlichen Anforderungen hinsichtlich der Begründungspflicht systembedingt nicht genügen könnten. Die Beschwerdeführer vertreten dagegen die Auffassung, dass Einbürgerungsentscheide keine reinen Verwaltungsakte oder Verfügungen seien, sondern politische Akte. Die Stimmberechtigten nähmen bei Einbürgerungsentscheiden keine Verwaltungsfunktion wahr, sondern übten ein auf dem Gedanken der Repräsentation des Souveräns beruhendes politisches Recht aus. Sinngemäss verneinen sie damit eine Begründungspflicht für Einbürgerungsentscheide des Volkes an der Urne. Im Übrigen sei auch eine nachträgliche Begründung negativer Einbürgerungsentscheide

durch eine Gemeindebehörde möglich, auf der Grundlage der Diskussionen und Parolen im Vorfeld der Abstimmung. Damit werde einem etwaigen Begründungsanspruch Genüge getan.

3.1 In Lehre und Rechtsprechung werden zur Begründungspflicht bei Einbürgerungsentscheiden verschiedene Ansichten vertreten:

Früher wurde überwiegend die Auffassung vertreten, dass Einbürgerungsentscheide - wie Begnadigungsentscheide - keiner Begründung bedürften, weil auf sie kein Rechtsanspruch bestehe und die Behörden einen sehr weiten Ermessensspielraum hätten (so noch Urteil des Bundesgerichts P.87/69 vom 23. Dezember 1971, E. b/cc, publ. in: ZBl 74/1973 S. 281 ff.; Urteil 1P.425/1992 vom 11. Februar 1993, E. 3b; vgl. auch WALTHER BURCKHARDT, Das Beschwerderecht der Ausländer in Niederlassungs- und Naturalisationssachen, ZBJV 72/1936 S. 201 ff., insbes. S. 218). Dementsprechend sieht § 29a Abs. 1 der Zürcher Verordnung über das Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht vom 25. Oktober 1978 (kantonale Bürgerrechtsverordnung [BüVO] in der Fassung vom 3. September 1997) vor, dass die Einbürgerung ausländischer Gesuchsteller mit Geburtsort im Ausland ohne Begründung abgelehnt werden kann, sofern kein Anspruch auf Einbürgerung besteht.

In der neueren Lehre wird dagegen eine Begründungspflicht für ablehnende Einbürgerungsentscheide grundsätzlich bejaht. Einigkeit besteht auch darüber, dass eine Begründung bei Urnenentscheiden systembedingt nicht möglich ist. Daraus werden allerdings verschiedene Schlussfolgerungen gezogen:

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, die Begründung könne nachträglich, z.B. im Rechtsmittelverfahren, durch eine Behörde des zuständigen Gemeinwesens erfolgen (YVO HANGARTNER, Grundsätzliche Fragen des Einbürgerungsrechts, AJP 2001 S. 949 ff., insbes. S. 960 f.; Bundesamt für Ausländerfragen, Schlussbericht der Arbeitsgruppe Bürgerrecht, Bern, Dezember 2000, S. 42; so wohl auch YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, S. 142).

Andere Autoren folgern im Gegenteil, dass Einbürgerungsgesuche dem Volk nicht zur Abstimmung an der Urne unterbreitet werden dürften (ANDREAS AUER/NICOLAS VON ARX, Direkte Demokratie ohne Grenzen?, AJP 2000 S. 923 ff., insbes. S. 930 f.; REGINA KIENER, Rechtsstaatliche Anforderungen an Einbürgerungsverfahren, recht 18/2000 S. 213 ff., insbes. S. 220 und 222; ADRIANO PREVITALI, Naturalisation: sur quels critères?, Plädoyer 2000 3 S. 48 ff., insbes.

S. 50 f.; TOBIAS JAAG, Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, Supplement zur 2. Aufl., Zürich 2001, N. 1313a und 1313b S. 11; Meinungsäusserung von ULRICH ZIMMERLI, wiedergegeben in: Bundesamt für Ausländerfragen, Schlussbericht der Arbeitsgruppe Bürgerrecht, Bern 2000, S. 36).

3.2 Gemäss **Art. 29 Abs. 2 BV** (früher: **Art. 4 aBV**) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs leitet das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung die Pflicht der Behörden ab, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen (**BGE 126 I 97** E. 2b S. 102; zu **Art. 4 aBV** grundlegend **BGE 112 Ia 107** E. 2b S. 109 f.; vgl. auch Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 182 zu Art. 25). Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen. Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Die Begründung eines Entscheids muss deshalb so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (**BGE 126 I 97** E. 2b S. 102 f. mit Hinweisen).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist Teil der allgemeinen Verfahrensgarantien, die in **Art. 29 BV** für "Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen" gewährleistet werden (vgl. Abs. 1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht ein Anspruch auf rechtliches Gehör und damit auch auf Begründung immer dann, wenn ein Hoheitsakt unmittelbar die Rechtsstellung eines Einzelnen berührt (**BGE 119 Ia 141** E. 5c S. 149 ff.; **BGE 114 Ia 281** E. 4b S. 284; **BGE 112 Ia 107** E. 2b S. 109), d.h. dieser Partei eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens ist. **Art. 29 Abs. 2 BV** gewährt dementsprechend den "Parteien" Anspruch auf rechtliches Gehör. In **BGE 119 Ia 141** (E. 5c/dd S. 151) hat das Bundesgericht klargestellt, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör grundsätzlich auch dann besteht, wenn ein individueller Hoheitsakt, der die Rechtsstellung eines Einzelnen unmittelbar betrifft, ausnahmsweise nicht von einer Verwaltungs- oder

Justizbehörde, sondern vom Parlament ausgeht. Ausgeschlossen ist der Anspruch auf rechtliches Gehör dagegen in Rechtssetzungsverfahren (**BGE 121 I 230** E. 2c S. 232 mit Hinweisen).

Dies entspricht der Auffassung der Lehre, wonach es für den sachlichen Geltungsbereich von **Art. 29 Abs. 2 BV** nicht auf die Behörde ankommt, vor der ein Verfahren stattfindet, sondern auf den rechtsanwendenden Charakter des Verfahrens (JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 513). Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird in allen Verfahren bejaht, in denen jemand - als Partei - materiell betroffen, insbesondere stärker belastet sein kann als andere Personen (REINHOLD HOTZ, St. Galler Kommentar, N. 23 zu **Art. 29 BV**; ETIENNE GRISEL, Egalité, Bern 2000, Rz. 449 f. S. 200; RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 289 S. 60; LORENZ

KNEUBUHLER, Die Begründungspflicht: Eine Untersuchung über die Pflicht der Behörden zur Begründung ihrer Entscheide, Diss. Bern 1998, S. 22 f.). Dazu gehören grundsätzlich alle Verfahren, die durch individuell-konkrete Anordnungen abzuschliessen sind (ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Bd. II, Bern 2000, S. 610 Rz. 1287).

3.3 In der Vergangenheit wurden Einbürgerungsentscheide überwiegend als politische Entscheide verstanden (vgl. z.B. WALTER BOLLETER, Der Erwerb des aargauischen Bürgerrechts, Diss. Zürich, Aarau 1970, S. 79). Dementsprechend war - und ist heute noch in vielen Kantonen und Gemeinden - die Legislative für Einbürgerungen zuständig (vgl. BARBARA BONER, Die kantonalen Verfahren zur ordentlichen Einbürgerung von Ausländerinnen und Ausländern, Stand Dezember 1999, ZZW 2000 S. 321 ff., insbes. S. 323 ff.; Schweizerischer Gemeindeverband, Einbürgerungsgesetzgebung und -praxis in den Kantonen und Gemeinden, Wabern, April 1998). Traditionell bestand weder ein Rechtsanspruch auf Einbürgerung noch eine Rechtsschutzmöglichkeit gegen ablehnende Einbürgerungsentscheide (BURCKHARDT, a.a.O., S. 216 ff.). Dementsprechend wurde angenommen, der Entscheid liege im freien Ermessen des zuständigen Organs, das die Verleihung des Bürgerrechts auch dann ohne Begründung ablehnen könne, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt seien (BURCKHARDT, a.a.O., S. 217 ff.; ZACCARIA GIACOMETTI, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, S. 106 f.; URS BENZ, Die ordentliche Einbürgerung von Ausländern in der Schweiz, Diss. Zürich 1968, S. 114 und 129; kritisch GEORG MÜLLER, Reservate staatlicher Willkür - Grauzonen zwischen

Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Festschrift Hans Huber, Bern 1981, S. 109-125, insbes. S. 119).

Diese Auffassung kann heute nicht mehr aufrechterhalten werden: In Einbürgerungsverfahren wird über den rechtlichen Status von Einzelpersonen entschieden. Das Einbürgerungsverfahren wird auf Gesuch des Bewerbers eingeleitet. In diesem Verfahren wird insbesondere abgeklärt, ob der Bewerber in die schweizerischen Verhältnisse eingegliedert ist und mit den schweizerischen Lebensgewohnheiten, Sitten und Gebräuchen vertraut ist, d.h. es erfolgt eine einzelfallbezogene Prüfung. Das Verfahren endet mit der Erteilung des Bürgerrechts oder der Abweisung des Gesuchs, d.h. einer individuell-konkreten Anordnung, die alle Merkmale einer Verfügung erfüllt (so schon JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuenburg 1967, S. 361: Einbürgerungen als "acte administratif").

Das Einbürgerungsverfahren ist kein Vorgang in einem rechtsfreien Raum: Auch wenn kein Anspruch auf Einbürgerung besteht, muss die zuständige Behörde die einschlägigen Verfahrensbestimmungen und den Anspruch der Bewerber auf möglichste Wahrung ihres Persönlichkeitsrechts, insbesondere im Bereich des Datenschutzes, beachten; sie darf weder willkürlich noch diskriminierend entscheiden. Sie muss ihr Ermessen - auch wenn es sehr weit ist - pflichtgemäss, nach Sinn und Zweck der Bürgerrechtsgesetzgebung ausüben. Es handelt sich somit materiell um einen Akt der Rechtsanwendung.

Die Gesuchsteller haben im Einbürgerungsverfahren Parteistellung: Sie haben Anspruch auf einen Entscheid über ihr Gesuch, d.h. auf verfügungsmässige Erledigung des Einbürgerungsverfahrens. Als Partei eines Verwaltungsverfahrens haben sie Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs und auf eine Begründung, wenn ihr Gesuch abgewiesen wird (zum engen Zusammenhang zwischen den Ansprüchen auf ein Verfahren und auf rechtliches Gehör vgl. MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 87 ff., insbes. S. 105 f.).

Die Verfahrensgarantien gemäss **Art. 29 BV** stehen den Parteien eines Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens unabhängig von ihrer Berechtigung in der Sache zu (**BGE 120 Ia 227** E. 1 S. 229 f.; **BGE 119 Ia 4** E. 1 S. 5; **BGE 119 Ib 305** E. 3 S. 309 f.; **BGE 118 Ia 232** E. 1a S. 234 f. mit Hinweisen; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, a.a.O., S. 512); insofern kann das Fehlen eines Rechtsanspruchs auf Einbürgerung

BGE 129 I 232 S. 239

die Begründungspflicht nicht ausschliessen. Auch der weite Ermessensspielraum bei Einbürgerungsentscheiden spricht aus heutiger Sicht nicht gegen, sondern für eine Begründungspflicht: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind umso strengere Anforderungen an die Begründung zu stellen, je grösser der der Behörde eingeräumte Ermessensspielraum ist und je vielfältiger die tatsächlichen Voraussetzungen sind, die bei der Betätigung des Ermessens zu berücksichtigen sind (**BGE 112 Ia 107** E. 2b S. 110; **BGE 104 Ia 201** E. 5g S. 213; MARK VILLIGER, Die Pflicht zur Begründung von Verfügungen, ZBl 90/1989 S. 137 ff., insbes. S. 154 [unter ausdrücklicher Erwähnung der Aufnahme ins Bürgerrecht]; KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 33 und 186 f.; vgl. auch **BGE 128 I 327** E. 4.1 S. 340 und **BGE 127 V 431** E. 2b/cc S. 435: Kompensierung der Unbestimmtheit der Rechtsgrundlage durch eine Stärkung der Verfahrensrechte). Gerade in solchen Fällen kann die Begründungspflicht im Sinne einer Selbstkontrolle zur Rationalisierung der Entscheidfindung beitragen und verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Erwägungen leiten lässt (**BGE 112 Ia 107** E. 2b S. 109; Urteil P 244/76 vom 26. Januar 1977, E. 2b, publ. in: EuGRZ 1977 S. 108; näher zur Selbstkontrollfunktion der Begründung KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 95 ff.). Schliesslich ist zu bedenken, dass eine sachgerechte Anfechtung und Überprüfung von Ermessensentscheiden nur möglich ist, wenn die zuständige Instanz die Gründe für ihren Entscheid darlegt.

3.4 Ein Anspruch auf Begründung lässt sich auch aus dem Diskriminierungsverbot ableiten.

3.4.1 Gemäss **Art. 8 Abs. 2 BV** darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Eine Diskriminierung i.S.v. **Art. 8 Abs. 2 BV** liegt dann vor, wenn eine Person rechtsungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe (AB 1998 S [Separatdruck "Reform der Bundesverfassung"] S. 36, Votum Rhinow, Berichterstatter), welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wurde (JÖRG PAUL MÜLLER, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in: Ulrich Zimmerli [Hrsg.], Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, S. 103 ff., insbes. S. 110). Die Diskriminierung stellt eine

BGE 129 I 232 S. 240

qualifizierte Art der Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebbaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht (WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft, in: Walter Kälin [Hrsg.], Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, ZSR-Beiheft 29, S. 67 ff., 76 f.). Insofern beschlägt die Diskriminierung auch Aspekte der Menschenwürde (**Art. 7 BV**). Das Diskriminierungsverbot des schweizerischen

Verfassungsrechts macht aber die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal - wie Herkunft, Rasse, Geschlecht, Sprache und weitere in **Art. 8 Abs. 2 BV** (in nicht abschliessender Weise) aufgezählte Kriterien - nicht absolut unzulässig. Vielmehr begründet dieser Umstand zunächst den blossen Verdacht einer unzulässigen Differenzierung, der nur durch eine genügende Rechtfertigung umgestossen werden kann (KÄLIN/CARONI, a.a.O., S. 78). Das Diskriminierungsverbot hat also rechtlich die Bedeutung, dass ungleiche Behandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstehen (AB 1998 S [Separatdruck] S. 37, Votum Rhinow, Berichterstatter; vgl. auch **BGE 126 II 377** E. 6a S. 393; **BGE 126 V 70** E. 4c/bb S. 73).

3.4.2 Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist gemäss **Art. 35 Abs. 2 BV** an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Dies gilt auch für die Stimmbürger, wenn sie - wie beim Entscheid über ein Einbürgerungsgesuch - Verwaltungsfunktion ausüben (Urteil des Verfassungsgerichts Basel-Landschaft vom 29. März 2000, E. 4.3, Basellandschaftliche Verwaltungsentscheide 2000 S. 15 ff.; GEORG MÜLLER, a.a.O., S. 109-125, insbes. S. 120; AUER/ VON ARX, a.a.O., S. 924/925; KIENER, a.a.O., S. 216; DORIS BIANCHI, Vereinheitlichungstendenzen im Einbürgerungsverfahren, in: Benjamin Schindler/Regula Schlauri [Hrsg.], Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, S. 301 ff., insbes. S. 313). Die Stimmbürger sind somit bei der Abstimmung über Einbürgerungsgesuche an die Grundrechte - namentlich an das Diskriminierungsverbot - gebunden.

3.4.3 Das Diskriminierungsverbot ist in Einbürgerungsverfahren von besonderer Bedeutung, da die Gefahr besteht, dass die "Eignung" eines Bewerbers aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnisch-kulturellen Gruppe verneint wird, die von der

Mehrheit als "fremd" empfunden wird (KIENER, a.a.O., S. 217; HANGARTNER, a.a.O., S. 959). Diese Gefahr des Entscheids aufgrund von Stereotypen wird noch verstärkt, wenn über Einbürgerungsgesuche an der Urne entschieden wird, allein aufgrund der Angaben in den Abstimmungsunterlagen, ohne vorherige Anhörung der Gesuchsteller und ohne detaillierte Kenntnis der Einbürgerungsunterlagen. Insofern muss eine wirksame Kontrolle derartiger Entscheide gewährleistet sein. Aus dem Abstimmungsergebnis allein geht jedoch in aller Regel nicht hervor, ob der ablehnende Entscheid aufgrund der Anknüpfung an ein verfassungsrechtlich verpöntes Merkmal erfolgte, und wenn ja, ob gewichtige Gründe bestehen, die diese Anknüpfung ausnahmsweise rechtfertigen. Die Begründung ist somit unabdingbare Voraussetzung für eine Überprüfung von Einbürgerungsentscheiden unter dem Blickwinkel des Diskriminierungsverbots. Ohne eine Begründungspflicht besteht die Gefahr, dass das Diskriminierungsverbot faktisch leer läuft (so auch RENÉ SCHAFFHAUSER, Bürgerrechte, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 19 Rz. 17).

3.5 Nach dem Gesagten sind Einbürgerungsentscheide grundsätzlich zu begründen. Dieser Begründungspflicht können die Stimmbürger an der Urne nicht nachkommen, wie der Regierungsrat zutreffend ausgeführt hat. Zu prüfen ist deshalb, ob es genügt, wenn ein Gemeindeorgan den Gesuchstellern nachträglich die möglichen Gründe für den ablehnenden Urnenentscheid übermittelt.

Für eine solche Begründungspflicht "im Rahmen des Möglichen" (Bundesamt für Ausländerfragen, Schlussbericht der Arbeitsgruppe Bürgerrecht, S. 42) spricht die Überlegung, dass auch Entscheide von Gemeindeparlamenten oder anderen Kollegialorganen (z.B. dem Regierungsrat) nachträglich begründet werden, beispielsweise durch das Büro des betreffenden Rates oder durch eine beauftragte Dienststelle. Diese stützt sich auf die Begründung des Antrags, sofern diesem gefolgt wurde, bzw. auf die Diskussion im Vorfeld des Entscheids (HANGARTNER, a.a.O., S. 961).

Dem ist entgegenzuhalten, dass der Urnenabstimmung in aller Regel keine Diskussion der Stimmbürger vorausgeht. Zumindest in einer Gemeinde von der Grösse Zürichs ist die Durchführung einer öffentlichen Diskussion, an der alle Stimmberechtigten teilnehmen und sich äussern können, von vornherein ausgeschlossen. Das für die Begründung zuständige Organ wäre deshalb auf Mutmassungen angewiesen. Parteiparolen, Flugblätter, Leserbriefe und andere Meinungsäusserungen im Vorfeld der Abstimmung können gewisse

BGE 129 I 232 S. 242

Hinweise geben, jedoch lässt sich die Bedeutung dieser Meinungsäusserungen schwer abschätzen. Die Ablehnung eines Einbürgerungsgesuchs an der Urne kann von einem Stimmbürger zum anderen aus ganz unterschiedlichen Motiven erfolgen. Diese Vielfalt an Motiven macht es für das stellvertretende Organ praktisch unmöglich, eine Begründung des Entscheids zu finden. An die Stelle der von der Verfassung geforderten Begründung tritt somit ein Begründungssurrogat, das lediglich die möglichen Gründe darlegt, die nach Einschätzung des stellvertretenden Organs mutmasslich zur Ablehnung des Einbürgerungsgesuchs geführt haben.

Eine solche substituierte Begründung kann wesentliche Funktionen der Begründungspflicht nicht erfüllen: Da sie im Nachhinein, durch ein anderes als das entscheidende Organ erfolgt, entfällt die Funktion der Selbstkontrolle. Angesichts ihres hypothetischen Charakters wird sie auch die abgewiesenen Gesuchsteller kaum befriedigen und von der Richtigkeit oder zumindest Sachlichkeit des negativen Urnenentscheids überzeugen können. Schliesslich erscheint es auch problematisch, die Anerkennung einer Urnenabstimmung davon abhängig zu machen, dass es der Verwaltungsbehörde gelingt, eine sachliche Begründung für das Abstimmungsergebnis zu finden.

3.6 Zu prüfen ist deshalb, ob es andere Möglichkeiten gibt, die systembedingt fehlende Begründung von Urnenentscheiden auszugleichen. HANGARTNER (a.a.O., S. 959) schlägt vor, der Gefahr von diskriminierenden Entscheiden dadurch zu begegnen, dass die Frage nach Eigenschaften, die Anlass zu einer diskriminierenden Behandlung des Einbürgerungsgesuchs geben könnten, gar nicht gestellt werden dürfe. In den Abstimmungsunterlagen dürften also beispielsweise die Herkunft, die Sprache, die soziale Stellung (Vermögen und Einkommen des Einbürgerungsbewerbers), die Lebensform, die weltanschaulichen oder politischen Überzeugungen des Gesuchstellers nicht erwähnt werden. Denkt man diesen Vorschlag zu Ende, so müsste sogar der Name des Bewerbers anonymisiert werden, weil dieser Rückschlüsse auf die Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnisch-kulturellen Gruppe zulassen könnte. Es erscheint fraglich, ob das Stimmrecht bei einer derartig reduzierten Information überhaupt sinnvoll ausgeübt werden kann (vgl. dazu unten, E. 4.2.2). Eine solche Praxis würde auch dem Willen der Initianten widersprechen, welche die Einbürgerung als "zutiefst demokratischen und bedeutsamen Entscheid des Souveräns" verstehen, der Einbürgerungen "selber und in freiem Ermessen bewilligen" solle. Ohne detaillierte Angaben über die persönlichen Verhältnisse der

BGE 129 I 232 S. 243

Gesuchsteller ist ein eigener Ermessensentscheid aber nicht möglich. Der Stimmbürger könnte mit seiner Stimme an der Urne nur noch sein Vertrauen oder sein Misstrauen in die Einbürgerungspolitik der zuständigen Gemeindeorgane zum Ausdruck bringen, indem er den Vorlagen pauschal zustimmt oder sie insgesamt ablehnt.

3.7 Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Einbürgerungsentscheide unterliegen der Begründungspflicht gemäss **Art. 29 Abs. 2 BV** in Verbindung mit **Art. 8 Abs. 2 BV**. Eine Begründung ist jedoch bei Volksabstimmungen, die an der Urne erfolgen, systembedingt nicht möglich. Eine nachträgliche Begründung durch eine Gemeindebehörde kann diesen rechtsstaatlichen Mangel nicht ausgleichen. Es sind auch keine anderen Möglichkeiten ersichtlich, die fehlende Begründung von Einbürgerungsentscheiden an der Urne auszugleichen. Dann aber verletzt bereits die Einführung des Verwaltungsreferendums für Einbürgerungsentscheide die verfassungsrechtliche Begründungspflicht.

Ob und inwiefern Einbürgerungsentscheide der Stimmbürger an einer Gemeinde- oder Bürgerversammlung der verfassungsrechtlichen Begründungspflicht genügen können, braucht im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden.

[...]

5. Die aufgezeigten rechtsstaatlichen Defizite der Initiative können - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer - nicht unter Hinweis auf das der Bundesverfassung zugrunde liegende demokratische Prinzip gerechtfertigt werden.

Die Bundesverfassung verlangt in den Kantonen lediglich das obligatorische Verfassungsreferendum sowie die Volksinitiative auf Verfassungsrevision (**Art. 51 Abs. 1 BV**). Ansonsten bleibt die Ausgestaltung der politischen Rechte auf kantonaler und kommunaler Ebene dem kantonalen Recht vorbehalten (**Art. 39 Abs. 1 BV**). **Art. 34 Abs. 1 BV** gewährleistet die politischen Rechte, d.h. er anerkennt die kantonalen Volksrechte auch als Grundrechte des Bundes, insoweit sie vom Kanton eingeräumt worden sind (Urteil 1P.563/2001 vom 26. Februar 2002, E. 2.1, publ. in: ZBl 103/2002 S. 537; GEROLD STEINMANN, St. Galler Kommentar, N. 2 und 6 zu **Art. 34 BV**).

Die Einführung des Referendumsrechts ist unproblematisch, wenn es um Sachgeschäfte (z.B. Finanzbeschlüsse) oder um die Gesetzgebung geht, die alle Bürger des Gemeinwesens potentiell gleichermassen betreffen. So steht es den Kantonen und Gemeinden auch frei, das Gesetz, das die Voraussetzungen für Einbürgerungen festsetzt, dem obligatorischen oder fakultativen Referendum zu unterstellen. Betrifft eine einzuführende Volksabstimmung dagegen unmittelbar die Rechtsstellung Einzelner, wie dies bei Einbürgerungsentscheiden der Fall ist (E. 3.3 oben; in der Terminologie von AUER/VON ARX: "individuelle Verwaltungsreferenden"), so sind die Grundrechte der Betroffenen (hier: der Einbürgerungswilligen) und die Verfahrensgarantien von **Art. 29 Abs. 2 BV** zu wahren. Weil dies bei der Volksabstimmung an der Urne nicht möglich ist, erweist sich die kantonale Regelung, mit der solche Einzelentscheide dem Referendum unterstellt werden, als verfassungswidrig. Insoweit sind auch der direkten Demokratie verfassungsrechtliche Grenzen gesteckt (so auch Urteil des Verfassungsgerichts Basel-Landschaft vom 29. März 2000, E. 6; AUER/ VON ARX, a.a.O., S. 932; KIENER, a.a.O., S. 222 Rz. 31; THIERRY TANQUEREL, Les fondements démocratiques de la Constitution, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 18 Rz. 42 S. 314; JAAG, a.a.O., N. 1313a und 1313b S. 11; SCHAFFHAUSER, a.a.O., Rz. 17; BIANCHI, a.a.O., S. 316 ff.; THOMAS FLEINER, Rechtsstaatsdefizite

für Ausländerinnen und Ausländer, Festschrift Charles-Albert Morand, Basel/Genf/München 2001, S. 241; H.R. THALMANN, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. Aufl., § 23 N. 1.2 S. 67).

Klimawandel:

humanrights.ch **News** **Agenda** **Stellungnahmen** d f Spenden

› Anlaufstelle strategische Prozessführung › Falldokumentation › Seniorinnen gegen den Klimawandel

KLIMASENIORINNEN

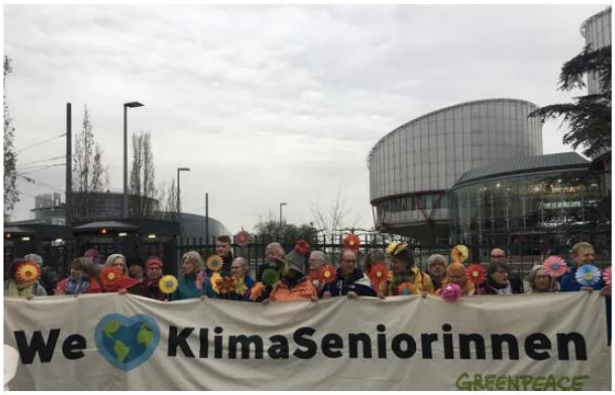
Seniorinnen gegen den Klimawandel

Medienberichte
Gerichtsdokumentation
Stellungnahmen & Reaktionen
Videos

Climate Rights and Remedies Project (University of Zurich)

22.09.2025

In einem vielbeachteten Urteil entscheidet der EGMR, dass die Schweiz die Menschenrechte insbesondere älterer Menschen verletzt, weil sie zu wenig gegen den Klimawandel unternimmt. Erstmals hat somit ein internationales Gericht verbindlich entschieden, dass die Menschenrechte verletzt werden, wenn ein Staat zu wenig tut im Kampf gegen den Klimawandel. Die Reaktion der Regierung und des Parlaments zeigt allerdings, dass es noch ein weiter Weg ist, bis die Schweiz den Urteilsspruch tatsächlich umsetzen wird.



Auch in der Schweiz sind die Folgen des Klimawandels bereits heute spürbar. Einige davon – wie beispielsweise vermehrt und heftiger auftretende Hitzewellen – sind für ältere Menschen und insbesondere ältere Frauen eine im schlimmsten Falle tödliche Bedrohung. Deshalb reichte der Verein KlimaSeniorinnen die erste Schweizer Klimaklage am EGMR ein, nachdem Sie in allen innerstaatlichen Instanzen gescheitert waren. Ihrer Meinung nach unternimmt die Schweiz zu wenig, um den Klimawandel zu bekämpfen und speziell gefährdete Personengruppen zu schützen. Mit seinem positiven Urteil hat der EGMR einen Präzedenzfall für zukünftige Klimaklagen geschaffen. Ab jetzt gilt: Unzureichender Klimaschutz durch Staaten kann eine Verletzung der EMRK darstellen.

Konkret verstösst die Schweiz im Zusammenhang mit dieser Klage gegen Artikel 8 EMRK. Der Gerichtshof erklärte, dass die Schweiz ihre positiven Verpflichtungen zum Schutz ihrer Bürger*innen vor den negativen Auswirkungen des Klimawandels nicht erfüllt habe. Die Massnahmen zur Reduktion von Treibhausgasemissionen, welche die Schweiz getroffen hat, sind laut dem EGMR nicht ausreichend. Dadurch werden die direkten negativen Auswirkungen auf die Lebensqualität und Gesundheit – insbesondere für ältere Menschen – nur ungenügend angegangen, wodurch ihr Recht auf Achtung des Privatlebens verletzt wird. Des Weiteren verstösst die Schweiz laut dem Gerichtshof gegen Artikel 6 EMRK. Die KlimaSeniorinnen hätten versucht, vor Schweizer Gerichten Klimaschutzmassnahmen einzuklagen. Jedoch wurden sie sowohl vom Bundesverwaltungsgewicht als auch vom Bundesgericht ohne eingehende Prüfung abgewiesen. Dadurch hätten die gerichtlichen Instanzen in der Schweiz es versäumt, die Klimaklage inhaltlich zu prüfen und den Klägerinnen somit ihr Recht auf ein faires Verfahren verwehrt.

Sowohl das Parlament, als auch die Regierung reagieren heftig auf den EGMR-Entscheid. Die Reaktionen bringen ungewöhnlich heftigen Widerstand gegen die Umsetzung des Urteils zum Ausdruck. Es wird sich zeigen, ob und wann von staatlicher Seite tatsächlich Massnahmen getroffen werden, die dem ursprünglichen Willen der KlimaSeniorinnen entsprechen. Eine detaillierte Beschreibung der Entwicklungen im Fall der KlimaSeniorinnen sind in der nachfolgenden Chronologie dokumentiert.

1. Gründung des Vereins KlimaSeniorinnen (August 2016)

Im August 2016 gründen 150 Aktivistinnen mit Unterstützung von Greenpeace in der Schweiz den Verein «KlimaSeniorinnen». Das Ziel des Vereins: die Regierung mittels einer Klage dazu zu bringen, entschlossener gegen die Klimaerwärmung vorzugehen. Den deren Folgen – insbesondere die zunehmenden Hitzewellen – betreffen ältere Frauen erwiesenermassen am stärksten. Daher haben die Seniorinnen ein spezielles Interesse daran, die Klimakrise zu stoppen.

2. Rechtsbegehren der Klimaseniorinnen an die Adresse des UVEK (25.10.2016)

Ende 2016 reichten die Mitglieder des Vereins «KlimaSeniorinnen» ihre Klimaklage beim Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) ein. Mit konkreten Massnahmen forderten sie in ihrem Begehren die Behörden auf, unmittelbar zur Tat zu schreiten, um die Ziele des Pariser Klimaabkommens zu erfüllen.

3. Verfügung des UVEK betreffend des Rechtsbegehrens (25.11.2016)

Das UVEK entschliesst sich, nicht auf die Klage einzutreten. Die geforderten Massnahmen würden keine konkreten Akte betreffen, sondern fordern eine generelle Änderung der Politik. Des Weiteren müsse eine Reduktion der CO2-Abgaben weltweit geregelt werden, vom Umweltdepartement alleine könne keine Regulierung der CO2-Emissionen verlangt werden, so das UVEK.

4. Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht und Urteil (26.05.2017 / 7.12.2018)

Die «KlimaSeniorinnen» geben sich mit der Antwort des UVEK nicht zufrieden und fechten den Entscheid vor dem Bundesverwaltungsgericht an. Dieses befand jedoch, dass ältere Menschen nicht in besonderem Ausmass unter den Folgen des Klimawandels leiden würden. Somit hätte diese Bevölkerungsgruppe nicht das Recht, zu klagen.

5. Beschwerde ans Bundesgericht und Urteil (21.1.2019 / 5.5.2020)

Einen Monat nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ziehen die «KlimaSeniorinnen» die Klage weiter vor die nächsthöhere Instanz – das Bundesgericht. Knapp eineinhalb Jahre später folgte das Urteil: Die Richter*innen in Lausanne sahen die Seniorinnen als nicht klageberechtigt an, da die von ihnen eingeforderten Rechte wie beispielsweise das Recht auf Leben erst gefährdet seien, wenn eine Klimaerwärmung von mehr als 1.5 Grad unabwendbar sei. Eine Klimaklage wäre also erst dann zulässig, wenn es schon zu spät ist.

6. Beschwerdeschrift an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (26.11.2020)

Nachdem sie auf allen gerichtlichen Instanzen in der Schweiz mit ihrem Begehren abgewiesen wurden, beschlossen die «KlimaSeniorinnen» Ende November 2020 Beschwerde beim EGMR einzureichen. Konkret habe die Schweiz es versäumt, ihre Schutzpflicht gemäss Art. 2 EMRK und Art. 8 EMRK zu erfüllen. Weiter machen die Klägerinnen eine Verletzung des Rechts auf wirksame Beschwerde geltend, da kein Schweizer Gericht die Klimaklage materiell prüfen wollte.

7. Drittinterventionen (September 2021 – Dezember 2022)

Zwischen September 2021 und Dezember 2022 reichten zahlreiche Unterstützer*innen beim EGMR Drittinterventionen ein – darunter die UNO-Hochkommissarin für Menschenrechte Michelle Bachelet, zwei UNO-Sonderberichterstatter*innen, eine unabhängige Expertin der UNO sowie das Europäische Netzwerk der Nationalen Menschenrechtsinstitutionen (ENNHRI).

8. Fall wird an die Grosse Kammer des EGMR abgegeben (29.4.2022)

Am 29. April 2022 hat der EGMR bekannt gegeben, dass die für die Klimaklage zuständige Kammer den Fall an die Grosse Kammer des EGMR abgibt. Diese besteht aus 17 Richter*innen, welche in schwerwiegenden Fragen zur Auslegung oder Anwendung der EMRK entscheiden. Nur wenige der am EGMR hängigen Fälle werden in dieser Kammer verhandelt.

9. Öffentliche Anhörung vor dem EGMR (29.3.2023)

Ende März 2023 fand die öffentliche Anhörung vor dem EGMR statt, gleichzeitig mit denjenigen zweier anderer Klimaklagen. Die Anhörung stiess auf grosses Interesse, zahlreiche Journalist*innen und weitere Unterstützer*innen reisten zum Gerichtshof nach Strassburg. Während der Anhörung wurde unter anderem nochmal betont, welcher Sachverhalt geklärt werden müsse: Es ginge nicht darum, festzustellen, ob die Schweiz das Pariser Klimaabkommen einhalte oder nicht. Vielmehr solle das Gericht darüber urteilen, ob die säumige Schweizer Klimapolitik die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

10. Urteil des EGMR (09.04.2024)

Etwas mehr als ein Jahr nach der öffentlichen Anhörung gibt der EGMR sein Urteil bekannt: Laut den Richter*innen verstösst die Schweiz mit ihrer momentanen Klimapolitik gegen Artikel 8 der EMRK (Recht auf Privat- und Familienleben). Dieser Artikel umfasse das Recht auf einen wirksamen Schutz vor den schwerwiegenden Auswirkungen des Klimawandels auf Leben und Gesundheit. Die Schweiz sei ihrer Verpflichtung, ausreichende Massnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels zu ergreifen, nicht nachgekommen, so der Gerichtshof. Das Urteil ist damit wegweisend für alle Mitgliedstaaten des Europarates. Ausserdem wurde eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK (Zugang zu einem Gericht) fest, da die Schweizer Gerichte keine inhaltliche Prüfung der von den «KlimaSeniorinnen» geltend gemachten Verletzungen vorgenommen hatten.

Nach dem Urteil:

11. Erklärungen des Ständerates und des Nationalrates zum Urteil (22.5.2024 / 29.5.2024)

Das EGMR-Urteil zu den «KlimaSeniorinnen» schlug international wie auch in der Schweiz hohe Wellen. Ungefähr sechs resp. sieben Wochen nach dem Urteil verfassten Stände- und Nationalrat je eine Erklärung zum Urteil des EGMR unter dem Namen «Effektiver Grundrechtsschutz durch internationale Gerichte statt gerichtlicher Aktivismus». Sie würdigen darin die historische Bedeutung der EMRK und respektieren den zentralen Beitrag, den der EGMR in der Vergangenheit zur Entwicklung eines wirksamen Grundrechtsschutzes in Europa und in der Schweiz geleistet hat. Allerdings seien mit diesem Urteil die Grenzen der dynamischen Auslegung überschritten worden und der EGMR betätige durch diese Art der Vertragsauslegung unangemessenem Aktivismus. Er nehme durch sein Handeln in Kauf, dass seine Legitimität von der Staatengemeinschaft des Europarats und den innerstaatlichen politischen Akteur*innen in den Vertragsstaaten in Frage gestellt werde. Beide Kammern appellieren daher an den EGMR, in Zukunft die staatliche Souveränität und den Grundsatz der Subsidiarität zu respektieren. Die Schweiz habe ihre Klima-Verpflichtungen bisher eingehalten und sehe daher keinen Anlass, dem Urteil weitere Folge zu geben. Dieser Aussage widersprechen die «KlimaSeniorinnen» und Greenpeace vehement: die menschenrechtlichen Anforderungen des Urteils seien durch die bisherigen und laufenden klimapolitischen Bestrebungen der Schweiz nicht erfüllt.

12. Abstimmungen zu den Erklärungen (5.6.2024 / 12.6.2024)

Im Rahmen der Sommersession fanden sowohl im Stände- als auch im Nationalrat Abstimmungen zu den Erklärungen der jeweiligen Räte statt. Im Ständerat wurde zusätzlich ein Antrag eingebracht, wonach der letzte Passus der Erklärung – die Schweiz sehe keinen Anlass, dem Urteil Folge zu leisten – gestrichen werden soll, da ja bereits zuvor erklärt werde, dass die Schweiz angesichts bisheriger und laufender Bemühungen das Urteil als erfüllt betrachte. Dieser Abschnitt sorge ansonsten nur für Missverständnisse. Der Antrag wurde allerdings in einer ersten Abstimmung abgelehnt. In den finalen Abstimmungen wurden die Erklärungen von einer Mehrheit in beiden Räten angenommen: im Nationalrat mit 56%, im Ständerat gar mit 67% und damit über zwei Drittel der Stimmen. Gegen die Erklärungen des National- und Ständerats regte sich Widerstand aus der Zivilgesellschaft: über 22'000 Personen unterschrieben eine Petition von den «KlimaSeniorinnen» und Greenpeace, welche die Parlametarier*innen auffordert, das EGMR-Urteil zu respektieren und die EMRK zu unterstützen.

13. Erklärung des Bundesrates zum Urteil (28.8.2024)

Ende August 2024 nimmt der Bundesrat Stellung zum Urteil im Fall «Klimaseniorinnen gegen die Schweiz». Darin bekennt er sich zur Mitgliedschaft der Schweiz im Europarat und zur EMRK, kritisiert aber gleichzeitig das Urteil. Die Rechtsprechung dürfe nicht zu einer Ausweitung des Geltungsbereichs der EMRK führen. Wie das Parlament ist auch der Bundesrat der Auffassung, dass die Schweiz die klimapolitischen Anforderungen des Urteils bereits erfüllt. Es seien bereits Massnahmen definiert worden, welche dazu führen sollen, die Schweizer Klimaziele 2030 zu erreichen. Diese Weiterentwicklung sei vom EGMR nicht berücksichtigt worden. Ausserdem lehne der Bundesrat die Erweiterung des Verbandsbeschwerderechts auf Klimafragen ab. Er werde bei weiteren Arbeiten die Erklärung von Stände- und Nationalrat berücksichtigen.

14. Motion Caroni: «Der EGMR soll sich an seine Kernaufgabe erinnern» (25.9.2024)

In der Herbstsession 2024 stimmte der Ständerat über eine Motion des Ständerates Caroni ab. Darin wird erklärt, dass die «derart ausufernde und übergriffige Rechtsprechung» im Fall «Klimaseniorinnen gegen die Schweiz» der Akzeptanz des europäischen Menschenrechtsystems schaden würde. Daher wird der Bundesrat aufgefordert, zusammen mit den anderen Mitgliedstaaten Massnahmen voranzutreiben, um den EGMR an seine Kernaufgabe zu erinnern. Dies solle durch die Ausarbeitung eines Protokolls erfolgen, welches dem EGMR klare Leitplanken setzt. Der Bundesrat unterstützte die Motion. Sie wurde im Ständerat am 25. September 2024 mit 70% der Stimmen angenommen. Die NGO-Plattform Menschenrechte Schweiz kritisierte die Motion: der Gerichtshof werde so in seiner wichtigen Aufgabe geschwächt, Korrekturen im innerstaatlichen Recht zum Schutz fundamentaler Rechte zu verlangen.

15. Aktionsrapport der Schweiz betreffend Urteil (8.10.2024)

Anfangs Oktober 2024 stellte die Schweiz ihren Aktionsbericht zum Urteil dem Minister*innenkomitee des Europarats zu. Dieser hält fest, dass die festgeschriebene Entschädigung an die Beschwerdeführerinnen überwiesen wurde. Weiter habe die Schweiz zur Umsetzung von Art. 8 EMRK folgende Massnahmen getroffen: Revidierung des CO2-Gesetzes, Einführung des Gesetzes zur Stromversorgungssicherheit sowie kantonale Initiativen. All diese Massnahmen würden eine Reduktion der Treibhausgasemissionen sowie einen Ausbau der erneuerbaren Energien vorsehen. Ausserdem zeige der Treibhausgasbericht bereits eine starke Reduktion der Emissionen gegenüber 1990. Die Verpflichtungen aus dem Kyoto-Protokoll und dem Pariser Klimaabkommen würden erfüllt. Daher ist die Schweiz der Auffassung, durch die getroffenen Massnahmen ihre Verpflichtungen gemäss Umsetzung des Urteils erfüllt zu haben und künftige Verstösse gegen Art. 6 und 8 EMRK durch die neuen Klimaschutzregelungen verhindern zu können.

16. Rule 9(2)-Submission der SMRI (17.1.2025)

Mitte Januar 2025 reichte die Schweizerische Menschenrechtsinstitution (SMRI) eine sogenannte «Rule 9 Submission» beim Minister*innenkomitee des Europarates ein. Eine solche betrifft die Umsetzung von EGMR-Urteilen und ermöglicht es Dritten – wie z. B. NGOs oder Nationalen Menschenrechtsinstitutionen – dem Komitee Informationen zur Umsetzung eines Urteils vorzulegen. Die SMRI kritisiert darin eine fehlende Konkretisierung der Reduktionsziele, dass sogenannte graue Emissionen nicht berücksichtigt werden und wirtschaftliche Interessen nach wie vor Vorrang haben bei der Ausarbeitung der Klimaschutzmassnahmen. Ausserdem sei die Berechnungsmethode des nationalen CO2-Budgets nicht transparent und berücksichtige weder die Zielvorgabe des Pariser Klimaabkommens noch Prinzipien wie Gleichheit und Leistungsfähigkeit. Die SMRI fordert daher einerseits von der Schweiz eine Offenlegung der Berechnungsmethode und eine Anpassung des CO2-Budgets. Andererseits empfiehlt sie dem Minister*innenkomitee, Kritik an der Haltung des Bundesrates (kommuniziert am 28.8.2024, siehe Punkt 13 der Chronologie) zu äussern. Die bisherigen Massnahmen der Schweiz würden nicht ausreichen, um die Verpflichtungen aus dem EGMR-Urteil zu erfüllen.

17. Rule 9(2)-Submission der NGO-Koalition und der «KlimaSeniorinnen» (17.1.2025)

Am gleichen Tag reichen auch zwei weitere Akteure aus der Zivilgesellschaft – eine NGO-Koalition und der Verein «KlimaSeniorinnen Schweiz» – eine Rule 9-Submission ein. Die NGO-Koalition bestehtet u. a. aus «Greenpeace International» und dem «Climate Litigation Network», auch humanrights.ch und die NGO-Plattform Menschenrechte Schweiz sind Teil davon. Sie fordern darin das Minister*innenkomitee des Europarats auf, den Schweizer Antrag auf Abschluss der Überwachung zur Umsetzung des Urteils abzulehnen. Ausserdem solle das Komitee Forderungen nach einem detaillierten Aktionsplan mit einem klaren Zeitrahmen stellen. Weiter solle die Schweiz aufgefordert werden, unverzüglich ein nationales CO2- Budget zu ermitteln, welches ihrem fairen Anteil am globalen Budget entspricht. Die Behauptung der Schweiz, dass aufgrund fehlender Methodik kein nationales CO2-Budget berechnet werden kann, wird zurückgewiesen. Zudem wird eine erhöhte Überwachungsfrequenz der Umsetzung des Urteils gefordert.

18. Antwort der Schweizer Behörden auf NGO-Kommunikationen (30.1.2025)

Knapp zwei Wochen später folgt die Stellungnahme der Schweizer Behörden zu den NGO-Kommunikationen. Darin anerkennt die Schweiz die Notwendigkeit, den globalen Temperaturanstieg auf 1.5°C zu begrenzen. Allerdings werde ein nationales CO2-Budget vom Pariser Klimaabkommen nicht gefordert, weshalb die Schweizer Regierung keine rechtliche Verpflichtung zur Berechnung eines solchen Budgets sieht. Ausserdem stütze sich das Pariser Klimaabkommen auf das Territorialprinzip. Eine internationale Einigung zur globalen Verteilung der Emissionen nach Konsum existiere nicht, weshalb die Schweiz sich nicht verpflichtet sieht, graue Emissionen zu berücksichtigen. Weiter seien diverse Gesetzgebungen zum Klimaschutz angepasst worden, um die Verpflichtungen aus den internationalen Klimaschutzabkommen einzuhalten. Damit bleibe man bei der Einschätzung, dass die bisherigen Massnahmen zur Umsetzung des Urteils den Anforderungen des EGMR entsprechen. Es seien keine zusätzlichen Verpflichtungen aus dem Urteil abzuleiten.

19. Entscheid Ministerkomitee – Schweiz hat Anforderungen noch nicht erfüllt (6.3.2025)

Im Rahmen einer Sitzung im März prüft das Ministerkomitee des Europarates die Umsetzung des Urteils im Fall «KlimaSeniorinnen gegen die Schweiz». Darin erkennt es die bisherigen Schritte der Schweiz an, fordert jedoch gleichzeitig weitere detaillierte Informationen und Massnahmen, um den Verpflichtungen, die aus der EMRK und dem Urteil hervorgehen, nachzukommen. Insbesondere wird die Schweiz aufgefordert, hinsichtlich des Schutzes vulnerabler Gruppen konkrete Massnahmen zur Abmilderung der schwerwiegendsten oder unmittelbar bevorstehenden Folgen des Klimawandels zu ergreifen. Die Schweiz soll bis September 2025 einen Aktionsplan bezüglich Umsetzung der erforderlichen Massnahmen vorlegen. Dem Antrag des Bundesrates, den Fall zu schliessen, kommt das Ministerkomitee nicht nach.

20. Die Schweiz beantwortet die Fragen des Ministerkomitees (24.06.2025)

In einer Mitteilung ergänzen die Schweizer Behörden die am 27. September 2024 vorgelegte Aktionsbilanz der Massnahmen der Schweiz mit aktualisierten Informationen. Im Grundsatz halten die Behörden an ihrer Aktionsbilanz fest und vertreten die Ansicht, dass die Schweiz ihre Verpflichtungen zur Umsetzung des Urteils erfüllt hat.

21. Erneute Rule 9(2)-Submission der Klimaseniorinnen und der NGO-Koalition zuhanden des Ministerkomitees (18.07.2025)

Als Antwort auf die jüngste Kommunikation der Schweizer Behörden reichen der Verein der «Klimaseniorinnen Schweiz» und die NGO-Koalition eine erneute Rule 9-Submission ein, in der sie ihre Forderungen der ersten Eingabe wiederholen: das Ministerkomitee soll den Antrag der Schweiz auf Abschluss der Überwachung zur Umsetzung des Urteils ablehnen. Sie äussern zudem ihre Besorgnis darüber, dass die Schweiz nicht auf die Hauptergebnisse des Gerichts eingehe und nicht die zur Umsetzung des Urteils erforderlichen Massnahmen darlege.

22. Gutachten des Internationalen Gerichtshofes zu den Verpflichtungen des Staates gegen den Klimawandel (23.07.2025)

Der Internationale Gerichtshof (IGH) bestätigt in einem Gutachten, dass die Schweiz wie andere Staaten auch ihrer Verantwortung nachkommen muss: Die Menschenrechte schützen Einzelpersonen auch vor den Folgen der Klimaerwärmung. Das Gutachten stützt das EGMR-Urteil im Fall der «Klimaseniorinnen» und erinnert daran, dass die Schweiz dieses in ihrer Klimapolitik umsetzen muss.

23. Die Sonderberichterstatterin der Vereinten Nationen zum Klimawandel bezieht Stellung (30.07.2025)

In einer Mitteilung gemäss Regel 9.3 ersucht die Sonderberichterstatterin der Vereinten Nationen für Klimawandel das Ministerkomitee des Europarats, bei der Überwachung der Umsetzung des Urteils im Fall «KlimaSeniorinnen» auf die Einhaltung verschiedener Punkte zu achten.

24. Die Schweiz bleibt unter Aufsicht des Ministerkomitees (15.–17.09.2025)

Bei seiner zweiten Überprüfung der Umsetzung des EGMR-Urteils zwischen dem 15. und 17. September hat das Ministerkomitee des Europarats beschlossen, dass die Schweiz weiterhin unter Aufsicht bleibt und im kommenden Jahr einen neuen Bericht vorlegen muss, der insbesondere aufzeigt, dass sie den Zugang zur Justiz verbessert hat. In ihrer Erklärung kritisieren die KlimaSeniorinnen und Greenpeace Schweiz die unzureichende Umsetzung des EGMR-Urteils und fordern die Schweiz auf, darzulegen, inwiefern ihre Politik nun mit dem Urteil des Gerichtshofs im Einklang steht. In ihrer Mitteilung bedauert das SRMI, dass das Ministerkomitee der Ansicht war, die Schweiz habe eine der zentralen Verpflichtungen des Urteils – nämlich die Ausarbeitung eines Kohlenstoffbudgets – ordnungsgemäss erfüllt.

NZZ, 4. Juli 2024, S. 18:

Risiken «politischer» Gerichtsurteile

Das Klimaseniorinnen-Urteil des EGMR ist umstritten. Die Zukunft wird weisen, ob es sich um einen bahnbrechenden Richterspruch für den Klimaschutz handelt oder ob sich der Gerichtshof damit in seinem Ansehen selber geschadet hat. ***Gastkommentar von Lorenz Langer***



Der Verein Klimaseniorinnen hat vor dem EGMR recht bekommen, aber: Hat das Gericht die eigene gesellschaftliche Gestaltungsmacht überschätzt?

Das Klimaseniorinnen-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) lässt kaum jemanden kalt. Die einen feiern es als Meilenstein auf dem Weg zu einer effektiveren Bekämpfung des Klimawandels. Andere – unter ihnen auch die Mehrheit des National- und Ständerats – werfen dem EGMR vor, ein politisches Urteil jenseits seiner Kompetenz gefällt zu haben. Ein Urteil wird häufig (und gerade von der Politik) als politisch verschrien, wenn es der eigenen politischen Überzeugung zuwiderläuft. Aber darüber hinaus gibt es tatsächlich Gerichtsentscheide, die politischer sind als andere. Das gilt zuerst für ein Urteil, das von der Politik vorgegeben wird – wenn etwa auf Druck der Regierung ein Oppositionspolitiker verurteilt oder eine NGO verboten wird. Ein Urteil ist aber auch politisch, wenn es selber «Politik macht» – sich also nicht nur auf einen in der Vergangenheit liegenden Einzelfall bezieht, sondern zugleich mit Blick auf die Zukunft wichtige Regeln der Polis, des gesellschaftlichen Zusammenlebens ändern will. Für diese Kategorie des politischen Urteils gibt es zahlreiche prominente Beispiele. Sie illustrieren zugleich die möglichen Reaktionen eines Gerichts, wenn es mit einer Frage der Politikgestaltung befasst wird.

Kontraproduktive Urteile

Das Gericht kann der Frage ausweichen und den Ball an die Politik zurück- oder weiterspielen. Die Gründe dafür sind vielfältig: weil der gesellschaftliche Konsens für eine grundlegende Änderung (noch) fehlt oder weil das Gericht die eigene Rolle zurückhaltend interpretiert. Gerade das Bundesgericht hat diesen Weg wiederholt gewählt: beim Frauenstimmrecht auf Bundesebene etwa, aber auch, als es die Klimaseniorinnen für die «Gestaltung aktueller Politikbereiche» auf den «Weg der demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten» verwies. Für ein Gericht ist dies die mit den geringsten Risiken behaftete Option, sie eröffnet jedoch keine Gestaltungsspielräume. Eine gerichtliche Instanz kann sich aber auch exponieren, indem sie nicht nur Zuständigkeit beansprucht für einen Sachbereich, der bisher dem Primat der Politik unterlag, sondern ihn auch gleich neu regeln will. Es gibt durchaus Beispiele, wie ein Gericht so einen gesellschaftlichen Wandel herbeigeführt oder zumindest beschleunigt hat. In den USA etwa leistete 1954 der Oberste Gerichtshof mit der Entscheidung «Brown v. Board of Education» einen zentralen Beitrag zur Überwindung der Rassentrennung.

Auch das Schweizer Bundesgericht hat gelegentlich erfolgreich ein «politisches» Urteil gefällt, etwa in der Frage des Rechtsschutzes bei Einbürgerungen, der heute trotz anfänglich heftiger Kritik akzeptiert ist. In die gleiche Kategorie fällt die – je nach Sichtweise aktive oder aktivistische – Rechtsprechung zum Wahlrecht in den Kantonen. Hier fiel die Reaktion der Politik jedoch heftiger aus. Gleich zwei Kantone wehrten sich mit Standesinitiativen gegen die neuen Regeln – ein Vorhaben, das erst in der nationalrätlichen Schlussabstimmung knapp scheiterte.

Es kommt aber auch vor, dass ein Gericht die eigene gesellschaftliche Gestaltungsmacht überschätzt. Die Konsequenzen können verhängnisvoll sein – für das Ansehen des Gerichts, aber auch für das mit dem Urteil verfolgte Ziel. Ein warnendes Beispiel ist der Verlauf der Abtreibungsdebatte in den USA. Im Fall «Roe v. Wade» destillierte der Oberste Gerichtshof 1974 aus der Verfassung ein ungeschriebenes Recht auf Abtreibung und erliess auch gleich selbst detaillierte Vorgaben, wann eine Abtreibung zulässig sein muss. Damit sollte von Bundesrechts wegen ein Ausgangspunkt für einen gesamtgesellschaftlichen Konsens geschaffen werden. Doch das Urteil bewirkte das genaue Gegenteil: Es perpetuierte nicht nur den Streit, sondern wurde zum Kristallisationspunkt einer Konterrevolution, zur «bête noire» einer Bewegung, die nach fünfzig Jahren mächtig genug war, die Zusammensetzung des Obersten Gerichtshofs so zu beeinflussen, dass dieser 2022 seinen früheren Leitentscheid aufhob. Es sei nicht Sache des Supreme Court, so befand nun die neue Mehrheit, die eigenen Überzeugungen an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen; sie gäben deshalb die Regelungskompetenz in Abtreibungsfragen «zurück an das Volk und seine gewählten Vertreter».

Hier sieht man das Risiko eines «politischen» Urteils: Fällt dieses zu ambitioniert aus, dann bewirkt es möglicherweise das Gegenteil der ursprünglichen Absicht. Gerichte müssen also nicht nur in der Sache selbst entscheiden, sondern auch sorgfältig abwägen, ob ihr Urteil genügend gesellschaftlichen und politischen Sukkurs erhalten wird. Dieses richterliche Kalkül kann sich über die Zeit durchaus ändern: So äusserte sich das Bundesgericht 1990 doch noch zum Frauenstimmrecht – auf kantonaler Ebene. Mit dem Urteil gegen Appenzell Innerrhoden agierte das Gericht nicht mehr als gesellschaftliche Avantgarde, sondern vollzog lediglich einen inzwischen breit etablierten Konsens in letzter Konsequenz nach.

Fällt ein «politisches» Urteil zu ambitioniert aus, dann bewirkt es möglicherweise das Gegenteil der ursprünglichen Abs[illegible]t.

Strategie der Kläger

Nicht alle Gerichte wollen sich so viel Zeit lassen. Auch sind es nicht zwingend die Gerichte selbst, die eine politische Frage an sich ziehen; immer öfter werden sie durch strategische Prozessführung der Klägerschaft dazu gedrängt. Vordergründig geht es zwar immer noch um einen Einzelfall, doch sollen mit dem Einzelfall vor allem auch politische Entscheide für die Zukunft vorgespurt werden. Klimaklagen sind das anschaulichste Beispiel für dieses Vorgehen. Im Falle der Klimaseniorinnen reüssierte die Strategie über alle Erwartungen hinaus: Der EGMR trat zwar nicht auf die Beschwerden einzelner Seniorinnen ein, hiess jedoch die Klage des Klimaseniorinnen-Vereins gut, dessen Wirken auf die künftige Bekämpfung des Klimawandels gerichtet ist.

Trotz der verständlichen Freude der Klägerinnen und ihrer Unterstützer über diesen Entscheid: Ein Urteil allein ändert die Realität nicht. Es ist zwar ein performativer Sprechakt, aber keine Wortmagie. Wie Alexander Hamilton schon 1788 festhielt, kontrollieren Gerichte weder das Schwert noch den Geldbeutel. Sie sind für die Durchsetzung ihrer Entscheide auf die anderen Staatsgewalten angewiesen. Das wurde 1832 deutlich, als US-Präsident Andrew Jackson ein Urteil des Supreme Court zum Schutz der Cherokee als «Totgeburt» verspottete und die Umsetzung verweigerte. Dass «politische» Urteile nur mit politischer Unterstützung etwas bewirken, zeigte auch das Nachspiel von «Brown v. Board of Education», als die Armee schwarzen Schülerinnen und Schülern Zutritt zu segregierten Schulen verschaffen musste.

Diese Vorbehalte gegenüber gerichtlicher Wirkungsmacht gelten erst recht für internationale Gerichte. Auf nationaler Ebene kann ein wohlmeinendes Parlament oder eine pflichtbewusste Exekutive einem Urteil Achtung verschaffen. Der EGMR hingegen muss hier auf den weit weniger effektiven Ministerrat des Europarates hoffen, obwohl gleich mehrere Mitgliedsstaaten die Position der Schweiz im Klimaseniorinnen-Verfahren unterstützt haben und dem Klimaseniorinnen-Urteil ebenfalls kritisch gegenüberstehen mögen. Der Begriff der «policy», der Politikgestaltung, kommt in diesem Urteil dutzendfach vor – meist verbunden mit der Beteuerung, dass sie gerade nicht Aufgabe des EGMR sei. Dennoch weicht der Gerichtshof in der Folge mehrfach von seiner früheren Rechtsprechung ab mit der Begründung, dass sie der neuartigen Herausforderung des Klimawandels nicht gerecht werde.

Das Ergebnis ist ein – im hier definierten Sinne – hochpolitisches Urteil. Inhaltlich kann man das Resultat gutheissen angesichts der akuten Bedrohung durch den Klimawandel, für welche die Politik keine Antwort findet. Oder man kann kritisieren, dass so mit Verweis auf eine generelle Notlage der demokratisch legitimierte Entscheidprozess substanziell relativiert wurde. Hier interessiert aber eine andere Frage: In welche Kategorie politischer Urteile werden wir den EGMR-Entscheid einst einordnen? Blicken wir auf ihn zurück als bahnbrechenden Richterspruch, der das Tor zu einem effektiveren Klimaschutz aufstiess? Oder werden wir konstatieren müssen, dass der Gerichtshof damit nicht nur seine Stellung, sondern auch sein Anliegen nachhaltig kompromittiert hat?

Im Vergleich zur Abtreibungsfrage in den USA besteht in der Schweiz und in Europa ein breiter gesellschaftlicher Konsens über den grundsätzlich einzuschlagenden Kurs in Klimafragen. Zugleich zeigen aber die Wahlergebnisse der letzten Jahre, dass das Elektorat dem Klimaschutz nicht konstant einen gleich hohen Stellenwert zumisst. Die Halbwertszeit der politischen Gegenreaktion in der Schweiz, von der Forderung nach einem neuen Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) bis hin zur Kündigung, ist vorerst schwierig abzuschätzen. Immerhin lassen Äusserungen aufhorchen, dass sich die Vertragsstaaten künftig für die Auswahl der Richterinnen und Richter nach (rechts-)politischen Kriterien besser absprechen sollten. Ob und auf welche Weise der Klimaseniorinnen-Entscheid langfristig Wirkung entfalten wird, muss sich somit noch weisen. Die Zuständigkeit für dieses Urteil wird dann aber nicht beim Gerichtshof liegen.

Lorenz Langer ist Assistenzprofessor für Völkerrecht und öffentliches Recht an der Universität Zürich und am Zentrum für Demokratie Aarau.

Europäische Menschenrechtskonvention und Asylrecht: NZZ, 13. Dezember 2025, S. 4

Das Asylrecht gerät unter Druck

Grossbritannien und Dänemark fordern Reform der Menschenrechtskonvention – Justizminister treffen sich in Strassburg

DAVID SIGNER, LONDON

Das Asylsystem in Europa beruht auf der Europäischen Menschenrechtskonvention, die vor 75 Jahren geschaffen wurde. Angesichts der Kontroversen um die Migration wird auch diese historische Erklärung infrage gestellt. Immer häufiger fordern rechte Parteien einen Austritt aus der Konvention, zu der sich 47 Staaten verpflichtet haben. Angesichts dieser Debatten lud der Generalsekretär des Europarats, Alain Berset, die Justizminister zu einem informellen Treffen nach Strassburg ein, um über eine allfällige Reform zu diskutieren.

In diesem Zusammenhang publizierten der britische Premierminister Keir Starmer und die dänische Ministerpräsidentin Mette Frederiksen am Mittwoch in der britischen Zeitung «Guardian» einen Beitrag, in dem sie für eine Lockerung im Umgang mit der Konvention plädieren. Deren Interpretation müsse modernisiert werden, damit das System den heutigen Herausforderungen gerecht werde, schreiben sie. Ihrer Meinung nach werden die Menschenrechte zu streng ausgelegt, weil sie es den Regierungen oft verunmöglichten, abgelehnte oder kriminelle Asylbewerber abzuschieben.

Das Asylwesen, wie es derzeit bestehe, sei für eine andere Ära geschaffen worden, schreiben sie. Es gelte nach wie vor, jene zu schützen, die vor Krieg und Terror fliehen – doch mit der internationalen Mobilität habe sich die Welt verändert, und die Asylsysteme müssten sich mit ihr ändern.

«Echte Lösungen finden»

«Heute verlassen Millionen von Menschen ihre Heimat», schreiben Starmer und Frederiksen, «nicht nur, weil ihr Leben in Gefahr ist, sondern weil sie eine bessere Zukunft suchen.» In diesem Zusammenhang erwähnen sie auch die «Instrumentalisierung des Asylrechts» durch Schmuggler-Netzwerke, die die Verzweiflung der Migranten ausnützten.

Auf die Sorgen der Bürger einzugehen, sei kein leerer Populismus, sondern Demokratie, schreiben die beiden. Solange verantwortungsbewusste Regierungen die verbreiteten Anliegen nicht berücksichtigten, würden Populisten gewinnen. Migration müsse geordnet, gesteuert und nachhaltig sein. Im Kampf gegen die illegale Einwanderung gehe es darum, nicht Empörung zu schüren und zu bewirtschaften, sondern echte Lösungen zu finden, um die Kräfte des Hasses und der Spaltung in Europa zu bekämpfen.

Die britische Labour-Regierung hat im November eine Verschärfung der Asylpolitik angekündigt. Sie orientiert sie dabei explizit an der sozialdemokratischen dänischen Regierung mit ihrem strikten Migrationskurs.

Bereits im Mai hatten neun europäische Staats- und Regierungschefs in einem offenen Brief den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte für seine Auslegung der Konvention in Migrationsfragen kritisiert. Der Handlungsspielraum der Staaten werde durch die breite Interpretation der Rechte stark eingeschränkt, schrieben sie. Dänemark zählte zu den Unterzeichnern, Grossbritannien nicht.

In Grossbritannien fordern die Konservativen und die Reform-UK-Partei einen Austritt aus der Europäischen Menschenrechtskonvention. Die Labour-Regierung steht prinzipiell hinter der Erklärung und dem Europäischen Menschenrechtsgerichtshof, fordert aber gerade deshalb eine Reform, um den rechten Parteien den Wind aus den Segeln zu nehmen und die britische Mitgliedschaft zu retten.

Am informellen Treffen in Strassburg nahm der britische Justizminister David Lammy teil. Als Beispiel für einen Gesetzesartikel in der Europäischen Menschenrechtskonvention, der aus seiner Sicht modernisiert werden sollte, erwähnte er das Recht auf familiäres Zusammenleben, das die Abschiebung ausländischer Straftäter – mit Frau und Kindern im Gastland – oft verhindere.

Als ebenfalls problematisch erachtet er das Zurückweisungsverbot, laut dem niemand in Situationen zurückgeschickt werden darf, in denen unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht. Das gilt auch für Kriminelle, und dazu können nach gegenwärtiger Rechtsprechung auch widrige Lebens- und Unterbringungsbedingungen in einem EU-Mitgliedstaat zählen. Es gibt allerdings viele Stimmen, die vor einer Aufweichung dieser Bestimmung warnen, weil sie eng mit dem Verbot der Folter und dem Schutz vor ihr verbunden ist, was ihrer Ansicht nach in keiner Weise verwässert werden darf.

Mehrheit für Weiterentwicklung

Zwar sprach beim Treffen – zumindest im Moment – niemand von einem Austritt, aber eine knappe Mehrheit von 27 Mitgliedstaaten des Europarats forderte eine zeitgemässe Weiterentwicklung des Systems der Konvention. Unter den Befürwortern einer Reform waren Grossbritannien und Dänemark, unter den Gegnern Deutschland und Frankreich. Man einigte sich schliesslich darauf, bis im Mai einen Vorschlag zur Überarbeitung der Konvention auszuarbeiten, über den dann erneut diskutiert werden soll.

Notizen:

V. Recht und Wirtschaft

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 11 N. 136–172

Notizen:

VI. Recht und Globalisierung

Lektüre: FORSTMOSER/VOGT, § 11 N. 174–236

Ergänzende Lektüre: Hans-Ueli Vogt, Konvergenz von Gesellschaftsrechten, DIKE 2012, S. 282–308:

Hans-Ueli Vogt
Professor an der Universität Zürich, Rechtsanwalt in Zürich

Konvergenz von Gesellschaftsrechten

Ein rechtsvergleichender Befund und seine rechtssoziologische und rechtstheoretische Erklärung im Lichte der Globalisierung

DIKE

Weitgehend unveränderter Abdruck der am 14. Juni 2006 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich eingereichten und von dieser am 13. Dezember 2006 abgenommenen Habilitationsschrift.

Nur als E-Book erhältlich: www.dike.ch/ebooks

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

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

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2012
ISBN 978-3-03751-477-1

www.dike.ch

§ 7
Das Recht in der Globalisierung

Nachdem bereits beschrieben wurde, was die Globalisierung für die Wirtschaft und für die Politik bedeutet, wird Entsprechendes im Folgenden auch mit Bezug auf das Recht unternommen. Ziel der Beschäftigung mit dem Recht in der Globalisierung ist es im vorliegenden Zusammenhang, damit eine Grundlage für die anschliessende Auseinandersetzung mit der Konvergenz von Rechtsstrukturen unter den Bedingungen der Globalisierung zu schaffen.[1]

Zu handeln ist hier von den Merkmalen der Globalisierung des Rechts (II.) sowie von einigen typischen Produzenten und Formen von Rechtsstrukturen im globalen Rechtssystem (III.). Voranzustellen, weil für das Folgende grundlegend, sind einige Bemerkungen zum Verhältnis von Recht und Politik im Kontext der Globalisierung (I.).

I. Politisches Recht in der Globalisierung

Das Recht in der Globalisierung zunächst im Lichte seines Verhältnisses zur Politik zu charakterisieren, legt der Umstand nahe, dass in nationalstaatlichen Verhältnissen die Rechtsproduktion die Prärogative der Politik ist, Rechtsstrukturen also, abgesehen von der rechtssystemeigenen Rechtsproduktion, grundsätzlich politisch geschaffene Rechtsstrukturen sind.[2] Man wird darum an der Globalisierung der Politik etwas über die Globalisierung des Rechts ablesen können, sich aber davor hüten, es beim Studium der Globalisierung des Rechts bei einer Betrachtung aus der Sicht der Politik bewenden zu lassen.[3]

---

[1] Siehe hierzu hinten § 8.

[2] „Rechtsstrukturen" (siehe allgemein zu diesem Begriff vorn § 1.II.A.1.) bedeutet hier und im Folgenden, wenn auf ihre politische Produktion bezogen: (politisch geschaffene) Regulierungen, die das Rechtssystem mitunter zur Herausbildung entsprechender (oder anderer oder aber von keinen) Rechtsstrukturen mit entsprechenden Entscheidungsprogrammen veranlassen. Mithin wird hier der Einfachheit halber von Rechtsstrukturen gesprochen im Bewusstsein darum, dass das Recht entscheidet, ob aus den in der Politik geschaffenen Regulierungen Rechtsstrukturen werden und gegebenenfalls welche (vgl. zum hier Gesagten nur etwa ASCHKE, 21 ff.).

[3] Vgl. TEUBNER, Globale Bukowina, 5; vgl. auch ALBERT, 122; NAHAMOWITZ, Globalisierung, 35 f.

A. *Keine durch eine globale Politik verordnete globale Rechtsordnung*

Am Anfang der Befassung mit dem Recht in der Globalisierung steht – wenn man, wie angekündigt, die Analyse im Lichte der Politik beginnt – der Befund, dass die Globalisierung des Rechts *nicht* in der *Herausbildung einer von globalen politischen Instanzen verordneten globalen Rechtsordnung* besteht; *„there is no global legislative body, no central tribunal with compulsory jurisdiction over all disputes, and no administrative body with overreaching executive power."*[4] Schon 1971 mutmasste NIKLAS LUHMANN: „Es könnte sein, dass [die] eigentümliche Kombination von Recht und Politik gerade in ihrer besonderen Leistungsfähigkeit eine Fehlspezialisierung der Menschheitsentwicklung war, die sich, vorläufig jedenfalls, nicht auf das System der Weltgesellschaft übertragen lässt."[5] Zwar gibt es globales Recht, doch dieses ist in durchaus beschränktem Ausmass von einer globalen Politik geschaffenes Recht; globales politisches Recht ist Stückwerk (und nicht eine „Rechtsordnung"), dessen Produktion den Rationalitäten und Launen einer in Ansätzen globalisierten, heterarchisch und pluralistisch organisierten Politik überlassen ist.[6] „Ein einheitliches Weltrecht liegt in weiter Ferne. Der Weltstaat ist nicht in Sicht."[7]

Unter *globalem Recht* werden hier alle Rechtsstrukturen verstanden, die – in genuin globalem Sinne – transnational oder aber „international" gelten.[8] Dem Begriff des globalen Rechts ist dabei nicht immanent, dass es im gesamten globalen Rechtssystem gilt. Vielmehr werden jegliche Fälle transnationaler oder internationaler Rechtsgeltung vom Begriff erfasst, mag der Geltungsbereich auch beschränkt sein.

---

[4] JOHNSTONE, 187.

[5] Weltgesellschaft, 14 (Hervorhebung unterdrückt).

[6] Vgl. zum Gesagten JOHNSTONE, 187; TEUBNER, Globale Bukowina, 1, 4-6; DERSELBE, King, 771 f.; vgl. auch AUGSBERG, 64; LUHMANN, Weltgesellschaft, 15; RÖHL, 101; VOIGT, 16, 24, 26; vgl. zum hier angedeuteten Zusammenhang zwischen globalem Recht und der Globalisierung der Politik sogleich hinten § 7.I.A., zur Globalisierung der Politik vorn § 6.III.A.

[7] RÖHL/MAGEN, 3; vgl. auch NAHAMOWITZ, Europarecht, 158 f.; sodann mit Bezug auf die Menschenrechte SENN/GSCHWEND, 302 f., und mit Bezug auf das Kapitalmarktrecht AUGSBERG, 64; siehe zur Vorstellung eines Weltrechts zur Steuerung der Globalisierung etwa VOIGT, 16, 21 f., 25; vgl. auch NAHAMOWITZ, Globalisierung, 37.

[8] Anders TEUBNER, Globale Bukowina, 3, 13, 20, der internationales Recht nicht zum globalen Recht zählt. Dass es neben dem „globalen Recht" im Sinne TEUBNERS auch internationales Recht gibt, bildet eine Facette des Rechtspluralismus im globalen Rechtssystem, mithin ein herausragendes Merkmal des Rechts in der Globalisierung (siehe zu diesem Merkmal hinten § 7.II.C.). Aus diesem Grunde sollte internationales Recht ins Phänomen des globalen Rechts integriert werden. TEUBNERS Begriff des globalen Rechts entspricht wohl weitgehend dem, was vorliegend „transnationales Recht" heisst (siehe zum Begriff der Transnationalität vorn § 6.II.A.1.a.; zum Begriff des transnationalen Rechts etwa CALLIESS, Transnational Law, 186, 188). Die Unterschiedlichkeit der Positionen ist im Übrigen eine rein terminologische. – Vom Begriff des globalen Rechts ist auf jeden Fall das Recht als globales System zu unterscheiden (siehe zu diesem hinten § 7.II.A.).

Der hier vorgetragene Befund des Fehlens einer durch die globale Politik verordneten globalen Rechtsordnung erklärt sich unmittelbar dadurch, dass die *Globalisierung der Politik wenig weit fortgeschritten* ist, verglichen namentlich mit der Wirtschaft, der Wissenschaft und der Kultur (falls Globalisierung denn an der Herausbildung globaler Strukturen, insbesondere globaler [politischer] Institutionen, gemessen wird)[9].[10] „Auf der Strasse der Globalisierung ist die Politik von den anderen Sozialsystemen klar überholt worden."[11] Es gibt auf der Weltebene keine globale Politik, die sämtliche globalen Politikfelder auf eine Bearbeitung mittels rechtlicher Regulierung systematisch überprüfen und dieses Politikinstrument gegebenenfalls zum (globalen) Einsatz bringen würde.[12] Denn in der Weltgesellschaft fehlt die in den Nationalstaaten durch die Verfassung bewerkstelligte Kopplung zwischen Recht und Politik.[13] Keine Frage, dass es bedeutende internationale Organisationen, internationale Gerichte, internationale Rechtserlasse, internationales *soft law* usw. gibt.[14] Gemessen daran aber, wie weit die Globalisierung namentlich der Wirtschaft, der Wissenschaft und der Kultur fortgeschritten ist, liegt die Politik mit der Produktion von globalem Recht – und mit der (politischen) Gestaltung der Weltgesellschaft schlechthin – im Rückstand.[15] Was die Globalisierung der Politik betrifft, so sei hier nur in Erinnerung gerufen, dass sie zwar einen tief greifenden Wandel der *Global*

---

[9] Siehe hierzu jedoch vorn § 6.IV.A.2. sowie § 6.IV.C.

[10] Vom Gesagten zu unterscheiden ist die Feststellung, dass die Politik ein globales System ist.

[11] TEUBNER, Globale Bukowina, 4; siehe auch PIEL, 203, die in diesem Zusammenhang von der „Ungleichzeitigkeit der Globalisierung der einzelnen gesellschaftlichen Funktionssysteme" spricht.

[12] Siehe auch RÖHL/MAGEN, 3; TEUBNER, Globale Bukowina, 5, wonach „auf der Weltbühne internationaler Politik [...] rechtliche Globalisierung bestenfalls in begrenztem Umfang stattfindet"; sodann im Zusammenhang mit der Regulierung transnationaler Unternehmen ROBÉ, 71, wonach es auf der politischen Weltebene nur „*embryos of institutions*" gibt; vgl. auch VOIGT, 31; siehe allerdings auch RÖHL, 103, unter Hinweis auf die „in immer mehr Politikfelder ausgreifende Rechtssetzungs- und Kodifikationsarbeit" der Vereinten Nationen, wodurch diese langsam „in die Rolle eines Weltstaats wachsen".

[13] Siehe LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 582; DERSELBE, Weltgesellschaft, 14 ff.; TEUBNER, Globale Bukowina, 5 f.; ZIEGERT, Regelungsbedarf, 118; siehe auch VOIGT, 27.

[14] Vgl. RÖHL, 102 ff.; RÖHL/MAGEN, 37 ff.; VOIGT, 25 f.; vgl. auch KRAMER, 426 f.; SENN/GSCHWEND, 298; siehe insbesondere zur „*judicialization*" des internationalen Handels NAHAMOWITZ, Europarecht, 159 ff.; RÖHL, 103; STONE SWEET, Judicialization, 72 ff.; sodann die Beiträge von KAISER zur WTO, von NAHAMOWITZ (Internationaler Währungsfonds) zum Internationalen Währungsfonds, von MASSING und von WOLF zur Weltbank und von TREUTNER zur *International Labour Organisation*.

[15] Siehe zum Gesagten TEUBNER, Globale Bukowina, 4: „Die neue Erfahrung [...] ist nicht eine einheitliche Globalisierung der Gesellschaft unter der Führung der Politik", „Was wir heute an Globalisierung beobachten können, ist nicht die von der internationalen Politik allmählich gestaltete Weltgesellschaft", und die Politik habe „nicht nur ihre Führungsrolle verloren, sondern ist im Vergleich zu anderen gesellschaftlichen Teilbereichen deutlich zurückgefallen", vgl. sodann auch S. 6; siehe auch SCHÜTZ, 283: „*World society is a challenge to the idea of a primacy of politics*"; HEYDEBRAND, 117 f.

Governance bedeutet. Dieser Wandel manifestiert sich jedoch nur zu einem Teil in einer Verbreitung transnationaler und internationaler Institutionen; und bei weitem nicht alle diese Institutionen erachten rechtliche Regulierung als ihr hauptsächliches oder präferiertes Politikinstrument. Zudem ist an die Scharnierfunktion und Kompetenzkompetenz der Nationalstaaten in der *Global Governance* zu erinnern; diese noch immer bedeutende Rolle der Nationalstaaten geht mit dem Rückstand bei der Herausbildung einer globalen Politik Hand in Hand.[16]

Zum Befund des Fehlens einer globalen, von globalen politischen Instanzen verordneten Rechtsordnung kommt hinzu, dass selbst dort, wo die globale Politik am Werk war und sie etwa internationale Organisationen oder Gerichte schuf, sie meist *keine genuin globalen, also transnationalen Strukturen,* sondern „intersystemische Beziehungen zwischen nationalen Einheiten mit relativ schwachen transnationalen Elementen"[17], also *internationale* Strukturen einsetzte.[18] Beim Recht der internationalen Institutionen handelt es sich um nichts anderes als das „nach aussen gewendete Recht der Staaten"[19]. Solche Rechtsstrukturen sind bedeutende Erscheinungen in der Phänomenologie des globalen Rechts. Sie sind jedoch nur eine Evidenz von geringem Gewicht für eine globale Politik, denn diese Rechtsstrukturen gründen auf der nach der gegenwärtigen *Global Governance* bei den Nationalstaaten liegenden Scharnierfunktion und Kompetenzkompetenz, sind also nicht auf globaler Ebene angesiedelt.[20] Mithin wurzelt selbst das Stückwerk globalen politischen Rechts weitestgehend in einer Politik, die zwar im Sinne der heutigen *Global Governance* „globalisiert", jedoch weit davon entfernt ist, in ihren Strukturen und in ihrer Organisation global zu sein.

B. Von der nationalstaatlichen Politik geschaffenes Recht

Nachdem keine globale Politik auszumachen ist, der die Weltgesellschaft die Produktion globalen Rechts als umfassend und systematisch wahrzunehmende Aufgabe übertragen hätte, spielt fast unvermeidlich nationalstaatliches Recht bei der Befriedigung des Rechtsbedarfs der verschiedenen globalen Systeme, namentlich der Wirtschaft, eine bedeutende Rolle. In dieser Rolle des nationalstaatlichen Rechts spiegelt sich die (politische) *Funktion des Nationalstaates in*

[16] Siehe zum Gesagten vorn § 6.III.A.

[17] TEUBNER, Globale Bukowina, 5.

[18] Siehe TEUBNER, Globale Bukowina, 5; vgl. auch ROBÉ, 54; RÖHL/MAGEN, 20.

[19] RÖHL/MAGEN, 20.

[20] Vgl. zum Gesagten Enquete-Kommission, 434; RÖHL/MAGEN, 20; TEUBNER, Globale Bukowina, 5, der von einem „Zustand der Proto-Globalität" spricht.

der Global Governance: Die Nationalstaaten verfügen im Rahmen der heutigen *Global Governance* noch immer über die Kompetenzkompetenz und damit die subsidiäre Generalzuständigkeit in fast allen politischen Belangen, und sie machen von dieser Zuständigkeit auch Gebrauch.[21] Liegt in dieser Rolle der Nationalstaaten im Rahmen der heutigen *Global Governance* aber ein wesentlicher Aspekt der Politik in der Globalisierung, so überrascht nicht, dass die im globalen Rechtssystem[22] anzutreffenden Rechtsstrukturen über weite Strecken nationalstaatliches Recht sind: „Trotz aller Internationalität der Politik und trotz allem Völkerrecht liegt der Schwerpunkt von Politik und Recht heute immer noch im Nationalstaat."[23]

Nationalstaatliche Politik bearbeitet demnach mitunter globale Politikfelder – und einen globalen Einschlag haben heute fast alle Politikfelder –[24] mittels nationalstaatlicher Rechtsstrukturen. Dabei ist freilich daran zu erinnern, dass die Bedingung der Globalität für die Nationalstaaten eine beträchtliche *Einschränkung ihrer politischen Handlungsfreiheit* darstellt, nicht zuletzt der Freiheit rechtlicher Regulierung. Die Nationalstaaten verfügen zwar über politische Kompetenzen und machen von diesen auch Gebrauch, doch sind sie mitunter nicht in der Lage, Rechtsstrukturen zu schaffen, die der Globalität der Systeme, deren Rechtsbedarf sie decken sollen, entsprechen, die mithin systemadäquat und eben insbesondere globalitätstauglich sind. Dem ist vor allem deshalb so, weil die territoriale Schranke der Geltung von Rechtsstrukturen aus der Küche einer nationalen Politik – eine Schranke, die kein Nationalstaat aus eigener Kraft überwinden kann – diese Rechtsstrukturen als untauglich erscheinen lässt, wenn die globalen Systeme und Politikfelder nur durch globale Regulierungen adäquat erfasst werden (Beispiel: Umweltschutz).[25] Die starke Verbreitung nationalstaatlicher Rechtsstrukturen trotz der Globalität der Systeme, denen sie dienen, zeigt indes an, dass nationalstaatliche Rechtsstrukturen vielfach der Kondition der Globalität durchaus entsprechen; *nationalstaatliche Rechtsstrukturen* sind sehr oft *globalitätstauglich,* insbesondere dank bestimmten Mechanismen der „Globalisierung" nationalstaatlicher Rechtsstrukturen.[26]

Rechtsbedarf globaler Systeme, den, angesichts des Fehlens einer von einer globalen Politik verordneten globalen Rechtsordnung, die national-

[21] Siehe hierzu vorn § 6.III.A.

[22] Siehe zu diesem sogleich hinten § 7.II.A.

[23] TEUBNER, Globale Bukowina, 4; im gleichen Sinn MÖLLERS, 52 f., 59, vgl. auch S. 46; RÖHL, 101; vgl. auch JETTINGHOFF, 102 ff.; JOHNSTONE, 187; siehe auch hinten § 7.III.E.

[24] Siehe vorn § 6.III.A.2.

[25] Vgl. RÖHL, 93; RÖHL/MAGEN, 30; VOIGT, 16, 23 f.; sodann vorn § 6.III.A.2. sowie hinten § 8.I.B.2.a.

[26] Siehe hierzu hinten § 7.III.E.

staatliche Politik zum Teil befriedigen muss, und gewisse Schranken der nationalstaatlichen Politik bei der Schaffung von Rechtsstrukturen, die für globale Systeme geeignet sind – zwischen diesen beiden Tatsachen eröffnet sich das *Dilemma des Rechts in der Globalisierung*, aus dem allerdings etliche Auswege heraus führen. Diese Auswege sind die Merkmale der Globalisierung des Rechts.

II. Merkmale der Globalisierung des Rechts

A. *Vorbemerkung: Das Recht als globales System mit funktionaler und territorialer System-Binnendifferenzierung*

Das Recht bildet in der Weltgesellschaft ein gegenüber seiner Umwelt verselbständigtes, hochspezialisiertes Netzwerk von Kommunikationen; im Einklang mit dem für die Globalisierung charakteristischen Primat funktionaler Ausdifferenzierung sozialer Systeme auch auf Weltebene[27] stellt das Recht ein *ausdifferenziertes globales (Funktions-) System* dar, insofern nicht anders als namentlich die Wirtschaft.[28] „Heute kann es keine partikulare Rechtskultur mehr geben, die nicht in irgendeiner Weise auf die Kondition der Globalität Rücksicht nehmen muss."[29] Die Grenzen des globalen Rechtssystems verlaufen dementsprechend nicht entlang territorialer und damit politischer Grenzen, sondern, seiner funktionalen Ausdifferenzierung entsprechend, entlang den Grenzen der jeweiligen speziellen globalen Systeme und anderer kommunikativer Netzwerke, die es mit Rechtsstrukturen versorgt.[30]

Das Recht nimmt zur Erfüllung der ihm von der Weltgesellschaft übertragenen Aufgaben verschiedene *funktionale Binnendifferenzierungen* vor. Es stellt nämlich nicht einfach Rechtsstrukturen für insbesondere die Wirtschaft als funktional ausdifferenziertes globales System bereit, sondern auch für globale Teilsysteme, (andere) globale, funktional spezialisierte kommunikative Netz-

[27] Siehe hierzu vorn § 6.IV.B.

[28] Siehe mit Bezug auf die Wirtschaft vorn § 6.II. und IV.

[29] RÖHL/MAGEN, 3; vgl. auch RÖHL, 110.

[30] Siehe zum Gesagten TEUBNER, Globale Bukowina, 7 f., 13 f.; DERSELBE, Rechtsirritationen, 11; siehe auch CALLIESS, Transnational Law, 213 f.; DERSELBE, Billigkeit, 1; NAHAMOWITZ, Globalisierung, 37 f.; ROBÉ, 56: *„one single global, but pluralist, legal order"*, sodann S. 69; STICHWEH, 79; ZIEGERT, Globalisierung, 71, 81 ff., insbesondere S. 85 ff.; vgl. auch DERSELBE, Regelungsbedarf, 104, 108; vgl. zum Gesagten allerdings auch MÖLLERS, 49 ff., betreffend die Differenzierbarkeit von Recht und Moral bzw. Faktizität im globalen Kontext, mit der Feststellung: „In internationalen Kontexten wird das Verständnis von Recht, in Abgrenzung zu anderen normativen Diskursen wie Gewohnheit oder Moral, offener und weniger formalisiert." (S. 51); vgl. auch ALBERT, 128 ff.

werke sowie (sonstige) relativ autonome gesellschaftliche Bereiche.[31] Auf diese Weise bilden sich funktionale Sektoren innerhalb des globalen Rechtssystems heraus. Die globalen Systeme und Netzwerke, um die herum das globale Rechtssystem bzw. dessen funktionale Sektoren verlaufen, sind gelegentlich formal organisiert und recht eng definiert: bestimmte Märkte, Geschäftszweige, Wirtschaftsverbände, Berufsorganisationen, transnationale Unternehmen. Die funktionalen Sektoren des Rechts, in denen über das Recht für diese Systeme und Netzwerke kommuniziert wird, begründen dabei eine „globale, doch strikt sektorale Identität“[32].[33] Es kommt zu einem „Nebeneinander verschiedener kommunikativer Prozesse, die soziale Handlungen unter dem binären Code Recht/Unrecht beobachten“[34]. So gibt es im globalen Rechtssystem Kommunikationen über Recht für globale Kapitalmarkttransaktionen (für Eigenkapital- und für Fremdkapitaltransaktionen), für globale Unternehmenskäufe (für Aktienkäufe und für *asset deals)*, für den globalen Sport (für Fussball und für Tennis), für die globale Kultur (für Film und für Musik).[35] Mithin vollzieht sich innerhalb des Rechts (als funktional ausdifferenziertem System) ebenfalls das, was ganz allgemein die Globalisierung kennzeichnet: eine funktionale Ausdifferenzierung relativ autonomer globaler (Teil-) Systeme und Netzwerke.[36]

Solchermassen entlang globaler, mitunter stark spezialisierter Systeme und Netzwerke wachsende Rechtsstrukturen sind vielfach globale Rechtsstrukturen; denn diese müssen den allfälligen Bedarf dieser globalen Systeme und Netzwerke nach (system-) adäquaten und dabei insbesondere globalitätstauglichen Rechtsstrukturen decken. Dieser Anforderung kann allerdings auch territoriales, insbesondere nationalstaatliches Recht genügen.[37] Schalten sich Nationalstaaten in die Rechtsproduktion ein, schaffen sie, falls sie nicht mit vereinten Kräften vorgehen, territorial begrenzte Rechtsstrukturen. Deshalb trifft man im globalen Rechtssystem trotz funktionsspezifischer globaler Rechtskommunikationen auf *Territorialität als eine Binnendifferenzierung des Rechtssystems* und damit auf territoriale Sektoren im globalen Rechtssystem.[38] Auch in diesem Punkt weicht das Rechtssystem nicht von anderen globalen Systemen ab;

---

[31] Nachfolgend ist diesbezüglich der Einfachheit halber nur von „Systemen und Netzwerken“ die Rede.

[32] TEUBNER, Globale Bukowina, 7.

[33] Siehe zum Gesagten TEUBNER, Globale Bukowina, 7 f., siehe auch S. 2, 9 f.; siehe auch RÖHL/MAGEN, 3, 9.

[34] TEUBNER, Globale Bukowina, 16.

[35] Vgl. zum Gesagten auch TEUBNER, Globale Bukowina, 2.

[36] Siehe allgemein vorn § 6.IV.B.

[37] Siehe hierzu insbesondere hinten § 7.III.E.

[38] Vgl. zum Gesagten auch ALBERT, 121, 122 ff., 129, 131 f.; CALLIESS, Billigkeit, 1 f.; TEUBNER, Rechtsirritationen, 11; VOIGT, 18, 21 f., 23 f.; siehe auch vorn § 7.I.B.

territoriale (oder eine andere sektorielle) System-Binnendifferenzierung im Rahmen funktional ausdifferenzierter Systeme ist für die Globalisierung so kennzeichnend wie die funktionale Ausdifferenzierung sozialer Systeme als solche.[39] „Regionale und partikulare (Rechts-)Kulturen dürfen nicht bloss als Gegensatz zur Globalisierung verstanden werden. Sie gehören vielmehr zur strukturell unerlässlichen Binnendifferenzierung des Weltsystems."[40]

B. Politikferne Rechtsproduktion

Angesichts des eingangs dieses Abschnitts aufgezeigten Dilemmas des Rechts in der Globalisierung – Rechtsbedarf globaler Systeme, den eine als solche kaum ausgebildete globale Politik nicht befriedigen kann, auf der einen Seite, Schranken der nationalstaatlichen Politik hinsichtlich der Schaffung globalitätstauglicher Rechtsstrukturen auf der anderen Seite –[41] und angesichts der nichtsdestotrotz zu beobachtenden Ausdifferenzierung eines globalen Rechtssystems rückt die Frage der Rechtsproduktion unter der Bedingung der Globalisierung – eingangs spezifisch aus der Sicht der Politik erörtert –[42] erneut in den Fokus des Interesses. Dabei ergibt sich aus dem beschriebenen Dilemma ein zentrales Merkmal der Rechtsproduktion in der Globalisierung: deren *„graduelle Entkopplung [...] von der Nationalstaatlichkeit"*[43], insbesondere von nationalstaatlicher Politik, und damit auch von Territorialität.[44] Zu beobachten ist insoweit eine eigentliche Denationalisierung des Rechts.[45] Gemeint ist damit „keine vollständige Trennung des Rechts von den Nationalstaaten, aber doch seine Verselbständigung"[46], und dies in einer „Rechtswelt, die begrifflich noch von der Idee des Nationalstaats dominiert wird"[47].[48] Denn soweit die *nationalstaatliche* Politik nicht in der Lage ist, die von verschiedenen globalen Systemen und Netzwerken angeforderten (system-) adäquaten, insbesondere globalitätstauglichen Rechtsstrukturen bereitzustellen (weil ihre Handlungsspielräume es

---

[39] Siehe hierzu allgemein vorn § 6.IV.A.2. und § 6.IV.C.

[40] RÖHL/MAGEN, 3; siehe auch ALBERT, 122 ff., 129, 131 f.; FÖGEN/TEUBNER, 44; ZIEGERT, Regelungsbedarf, 108.

[41] Siehe vorn § 7.I.B.

[42] Siehe vorn § 7.I.

[43] MÖLLERS, 46.

[44] Siehe auch TEUBNER, Globale Bukowina, 5; ROBÉ, 56; VOIGT, 31; vgl. sodann auch KRAMER, 422.

[45] Vgl. VOIGT, 25; siehe allgemein zur Denationalisierung im Zuge der Globalisierung vorn § 6.IV.A.2.

[46] MÖLLERS, 46.

[47] TEUBNER, Globale Bukowina, 11; siehe auch ALBERT, 115; ZIEGERT, Regelungsbedarf, 103.

[48] Vgl. zum Gesagten auch CALLIESS, Transnational Law, 206 ff.; RÖHL/MAGEN, 39, die von einem Kontrollverlust des Staates infolge der Globalisierung von Transaktionen und Strukturen sprechen.

ihr nicht erlauben)[49], muss globales Recht ausserhalb nationalstaatlicher Politik produziert werden. Insoweit aber auch die (ohnehin als solche nur fragmentarisch ausgebildete) *globale* Politik keine globalitätstauglichen Rechtsstrukturen schafft,[50] sind solche Rechtsstrukturen mitunter fernab jeglicher Politik, *politikfern zu produzieren.* Ein typisches und bedeutsames Merkmal globaler Rechtsstrukturen ist demnach, was ihre Produktion anlangt, ihre Distanz zur Politik; das ist so zu erwarten, und das trifft so auch tatsächlich zu.[51]

Das Fehlen einer globalen Politik, die insbesondere als Rechtsproduzentin laufend und systematisch die globalen Politikfelder bearbeiten und die globalen Systeme und Netzwerke mit Rechtsstrukturen bedienen würde, lässt Raum für – und schafft einen Bedarf nach – *nichtpolitischer Produktion systemadäquater, insbesondere globalitätstauglicher Rechtsstrukturen,* namentlich auch von globalen Rechtsstrukturen. Ein „Weltrecht ohne Staat" erscheint als Konsequenz des Gesagten.[52] Daraus ergibt sich die Bedeutung politikferner Rechtsproduktion, wie namentlich derjenigen privater Regulatoren, sowie der Rechtsproduktion in transnationalen Unternehmen und im Rahmen der transnationalen Geschäftspraxis.[53] Zu nennen ist in diesem Zusammenhang aber auch „der bisher erfolgreichste Fall eines ‚Weltrechts' jenseits der internationalen politischen Ordnung"[54], die *lex mercatoria.*[55]

Dass Rechtsstrukturen des globalen Rechtssystems in beträchtlichem Ausmass politikfern entstehen, ist im Zusammenhang mit der Globalisierung des Rechts nicht nur insofern von Interesse, als der Rückstand der Globalisierung der Politik gegenüber der Globalisierung anderer Systeme die politikferne Rechtsproduktion *erklärt.*[56] Für die Herausbildung systemadäquater, globalitätstauglicher Rechtsstrukturen ist die politikferne Rechtsproduktion vielmehr eine wichtige *Voraussetzung;* der gegenwärtige (rückständige!) Stand der Globalisierung der Politik macht die Herausbildung solcher Rechtsstrukturen erst möglich. Die gegenwärtige *Global Governance* erlaubt nämlich eine Rechts-

---

[49] Siehe vorn § 7.I.B.

[50] Siehe vorn § 7.I.A.

[51] Siehe zum Gesagten auch TEUBNER, Globale Bukowina, 5.

[52] Siehe zum Gesagten auch TEUBNER, Globale Bukowina, 1 f.; MÖLLERS, 46, 51.

[53] Siehe hierzu hinten § 7.III.B. und C.

[54] TEUBNER, Globale Bukowina, 1; siehe auch DERSELBE, King, 769 f.

[55] Siehe auch ALBERT, 125 ff., insbesondere S. 127; CALLIESS, Transnational Law, 187 f., 192 ff., 196 ff.; DE SOUSA SANTOS, 211 f.; MERTENS; ROBÉ, 50 ff.; RÖHL/MAGEN, 9, 33 ff.; ROTH, 340; SHAPIRO, 301 ff.; sodann MÖLLERS, 51 f., der gegenüber TEUBNERs Einschätzung kritisch eingestellt ist und auf die Notwendigkeit des Rechtskontextes hinweist, den der Staat der *lex mercatoria* bietet; vgl. sodann auch DE SOUSA SANTOS, 212 ff.; VOIGT, 22 ff.

[56] Siehe zu dem hier angesprochenen Rückstand vorn § 7.I.A.

produktion, aber auch eine Rechtserkenntnis und Rechtssanktionierung nahe den anderen globalen Systemen und den spezialisierten globalen Netzwerken. Dies *erschwert Interventionen der Politik,* insbesondere aus deren Zentren,[57] freilich ohne solche Interventionen geradezu auszuschliessen – Interventionen, die, der Handlungs- und Steuerungslogik der Politik gehorchend, das Ziel einer Repolitisierung und allenfalls einer Renationalisierung und damit einer „Deglobalisierung" von an sich globalitätstauglichen Rechtsstrukturen verfolgen können.[58]

C. *Pluralistische Rechtsproduktion und Pluralismus der Rechtsregimes*

1. Pluralistische Rechtsproduktion

Mit der graduellen Entkopplung der Rechtsproduktion von der nationalstaatlichen, territorial definierten Politik im Zuge der Globalisierung,[59] aber auch (und damit zusammenhängend) mit der zunehmenden funktionalen Binnendifferenzierung des globalen Rechtssystems[60] geht eine *Pluralisierung in der Rechtsproduktion* einher; denn politikferne Rechtsproduktion ist ein heterogenes Phänomen.[61] Das von den Nationalstaaten freigegebene oder gar nie erst beanspruchte Terrain für rechtliche Regulierung wird von einer Vielzahl von Rechtsproduzenten in Beschlag genommen.[62] Diese produzieren Rechtsstrukturen in den ihnen geläufigen Formen, sodass für das Recht in der Globalisierung auch ein *Pluralismus von Formen* charakteristisch ist.[63] Immerhin: Der Nationalstaat ist, wie bereits gesagt,[64] weit davon entfernt, sämtliches Terrain für rechtliche

---

[57] Siehe hierzu hinten § 7.III.A.1.

[58] Vgl. hierzu auch TEUBNER, Globale Bukowina, 3, 23; sodann im Zusammenhang mit dem Recht des internationalen Handels ROTH, 346 f., bzw. mit der *lex mercatoria* DE SOUSA SANTOS, 212.

[59] Siehe hierzu soeben vorn § 7.II.B.

[60] Siehe hierzu vorn § 7.II.A.

[61] Siehe zur damit im Raum stehenden Frage, wie „Recht" im globalen Kontext denn zu identifizieren sei, TEUBNER, Globale Bukowina, 13 ff., und CALLIESS, Transnational Law, 192 ff., 213 ff. (am Beispiel der *lex mercatoria*), MUCHLINSKI, 80 ff. (im Zusammenhang mit dem Recht transnationaler Unternehmen), sowie allgemein auch ALBERT, 127 ff.; MÖLLERS, 49 ff.; RÖHL/MAGEN, 19 ff.

[62] Siehe zum Gesagten MÖLLERS, 46: „Verselbständigt sich das Recht gegenüber den Nationalstaaten, so wird die Rechtserzeugung und Rechtsbewältigung anderen Akteuren ermöglicht oder zugemutet. Dies führt zu einer Pluralisierung der Rechtsquellen (...)." (Hervorhebung unterdrückt); siehe auch ROBÉ, 55 f.; RÖHL/MAGEN, 20; TEUBNER, Globale Bukowina, 7, 8.

[63] Siehe zu den (typischen) Produzenten und Formen von Rechtsstrukturen im globalen Rechtssystem im Einzelnen hinten § 7.III.

[64] Siehe vorn § 7.I.B. und § 7.II.A.

Regulierung freizugeben. Er hat im (pluralistischen) Chor der Rechtsproduzenten eine gewichtige Stimme.[65]

Löst man sich von einer akteurorientierten Betrachtung der Rechtsproduktion unter den Bedingungen der Globalisierung, dann bezieht sich ihr pluralistischer Charakter auf die Systeme und auf die Prozesse, in deren Rahmen die Rechtsproduktion geschieht: Die Rechtsproduktion ist auch insofern pluralistisch, als sie zum einen in *politischen* und in *rechtlichen,* zum andern aber auch in – genauer: am Rande von – *wirtschaftlichen* und *anderen sozialen Prozessen* stattfindet.[66] Rechtsstrukturen sind zwar auch eine bedeutende Emanation der Politik; sie sind aber in der Globalisierung nicht mehr hauptsächlich eine Emanation der Politik.[67] Im Lichte einer solchermassen pluralistisch verfassten Rechtsproduktion bekundet man auch keine Mühen mit einem Recht, insbesondere einem Weltrecht, ohne Staat.[68]

2. Pluralismus der Rechtsregimes

Nicht nur die Rechtsproduktion, auch die Rechtserkenntnis und die Rechtssanktionierung sind im globalen Rechtssystem pluralistisch verfasst. Die funktionale und auch die territoriale Binnendifferenzierung des Rechtssystems segmentieren das Recht bezüglich aller seiner Operationen und begründen einen Pluralismus relativ autonomer Rechtsregimes. Dieser Pluralismus hat ein schwaches, ja kaum existentes Zentrum des globalen Rechtssystems zur Folge.[69]

Zu den Rechtsregimes im globalen Rechtssystem gehören zunächst *internationale,* also klassisch völkerrechtliche *Rechtsregimes,* die neben der Rechtsbildung mitunter auch die Rechtserkenntnis und Rechtssanktionierung autonom organisieren und vollziehen, etwa im Rahmen spezieller internationaler Gerichte. Diese internationalen Rechtsregimes sind der Beitrag einer globalisierten Politik zum Rechtspluralismus.[70] Sodann sind die *privaten Rechtsregimes* zu nennen, mit Rechtsbildungsmechanismen wie standardisierten Verträgen, Standards von Berufsverbänden und Fachorganisationen, Regulierungen von Börsen

---

[65] Siehe zum Gesagten auch MÖLLERS, 52 f.; siehe im Übrigen auch hinten § 7.II.C.2.

[66] Vgl. TEUBNER, Globale Bukowina, 7, 12, vgl. auch S. 2 f., 17.

[67] Vgl. auch ROBÉ, 53 f.

[68] Siehe im Einzelnen TEUBNER, Globale Bukowina, 12-17; siehe auch ROBÉ, 54.

[69] Vgl. zum Gesagten auch CALLIESS, Transnational Law, 187, 213 ff.; ROBÉ, 55 f., 68 ff.; RÖHL, 105; RÖHL/MAGEN, 3, 9; TEUBNER, Globale Bukowina, 7 f., 22; DERSELBE, King, 768 ff.; ZIEGERT, Regelungsbedarf, 118, 120; siehe zur funktionalen und zur territorialen Binnendifferenzierung des globalen Rechtssystems vorn § 7.II.A.

[70] Vgl. hierzu auch NAHAMOWITZ, Globalisierung, 36 f.; RÖHL/MAGEN, 37 ff.; VOIGT, 24, 25 f., 30 f.; siehe zu den internationalen Rechtsregimes sodann – aus der Sicht der Politik – auch vorn § 6.III.B.2.

etc. und einer namentlich in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit organisierten teilautonomen Rechtserkenntnis.[71]

Zu den herausragenden Rechtsregimes im globalen Rechtssystem gehören aber auch die um die *Nationalstaaten* arrangierten *Rechtsregimes*.[72] Gefangen in der durch die Politik vorgespurten territorialen Binnendifferenzierung des globalen Rechtssystems werden die Rechtsregimes der Nationalstaaten doch von der nationalstaatlichen Politik laufend und systematisch mit Rechtsstrukturen versorgt und mit einer Organisation der Rechtserkenntnis und Rechtssanktionierung ausgerüstet, die derjenigen eines jeden internationalen oder privaten Rechtsregimes überlegen ist. Seit langem schon für die Bearbeitung grenzüberschreitender Sachverhalte eingerichtet, sind nationalstaatliche Rechtsregimes auch ohne weiteres in der Lage, die ihnen aus globalen Systemen und Netzwerken, wie namentlich der Wirtschaft, zugewiesenen Sachverhalte zu prozessieren, und auch die Rechtssanktionierung kann auf internationaler Ebene, also im Verbund mehrerer nationalstaatlicher Rechtsregimes, gemeistert werden. Das „Problem", das die Nationalstaaten mit der Globalisierung haben, ist denn auch im Prinzip keines des Rechts, sondern eines der Politik. Erst die Tatsache, dass die Politik in ihrem Einsatz von Rechtsstrukturen als einem Instrument der Regulierung von Politikfeldern durch die Globalisierung in verschiedener Hinsicht eingeschränkt ist,[73] hat eine auf Nationalstaaten basierende Ordnung des globalen Rechtssystems aufgewühlt.

Der *Verbund der* hier dargestellten *verschiedenen Rechtsregimes* ist heterarchisch und dezentral organisiert. Dabei sind die Regimes rechtsextern mit den Systemen und Netzwerken eng verbunden, die sie mit Rechtsstrukturen bedienen und für die sie den Rechtsbetrieb organisieren (entsprechend der funktionalen Binnendifferenzierung des globalen Rechtssystems)[74];[75] rechtsintern sind die Regimes untereinander lose vernetzt.[76] Im Rahmen dieses Netzwerks werden die Handlungslogiken der verschiedenen Rechtsregimes verknüpft und Konflikte zwischen ihnen behandelt, zum Beispiel zwischen den

---

[71] Vgl. hierzu FISCHER-LESCANO/TEUBNER, 9-16; vgl. auch ALBERT, 125 ff.; TEUBNER, Globale Bukowina, 9 f., sodann zu den damit verbundenen rechtstheoretischen Problemen S. 19 ff.; VOIGT, 23; siehe insbesondere mit Bezug auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ALBERT, 125 f.; CALLIESS, Transnational Law, 192 ff.; KOENIG-ARCHIBUGI, 56 f.; RÖHL/MAGEN, 34; VOIGT, 28.

[72] Siehe auch MÖLLERS, 52 f., 59; vgl. auch FISCHER-LESCANO/TEUBNER, 10; RÖHL/MAGEN, 40.

[73] Siehe hierzu vorn § 6.III.A.2. und § 7.I.B.

[74] Siehe hierzu vorn § 7.II.A.

[75] Siehe hierzu sogleich hinten § 7.II.D.

[76] Siehe zum Gesagten FISCHER-LESCANO/TEUBNER, 19 f.; siehe auch CALLIESS, Transnational Law, 213 ff.; MÖLLERS, 58; ROBÉ, 68.

Gerichten verschiedener internationaler Organisationen oder verschiedener Nationalstaaten.[77]

D. Nähe des Rechts zu und Abhängigkeit des Rechts von anderen globalen Systemen und von globalen Netzwerken

1. Nähe des Rechts zu anderen globalen Systemen und zu globalen Netzwerken

Politikferne Rechtsproduktion und die funktionale Spezialisierung innerhalb des globalen Rechtssystems gehen Hand in Hand mit einer besonderen, für die Globalisierung ebenfalls charakteristischen Nähe des Rechts zu anderen globalen Systemen, insbesondere zur Wirtschaft, und zu globalen Netzwerken. In der Weltgesellschaft empfängt das Recht in vielen Bereichen wichtige Impulse nämlich *nicht von der Politik*, aus den bereits dargelegten Gründen.[78] Die globalen Systeme und Netzwerke fordern Rechtsstrukturen auch vielfach nicht von einer nationalstaatlichen Politik an, denn die Politik steht nicht im Ruf, zeitgerecht adäquate, auf die Spezialisierung des jeweiligen Systems bzw. Netzwerks zugeschnittene Rechtsstrukturen bereitzustellen, und überdies droht mit jeder Bereitstellung von Rechtsstrukturen durch die Politik die Gefahr einer (Re-) Politisierung und allenfalls einer (Re-) Nationalisierung von Teilbereichen des fraglichen Systems oder Netzwerks. Wichtige Impulse empfängt das Recht in der Globalisierung hingegen von den *anderen globalen Systemen und von globalen Netzwerken*, an die es sich eng anlehnt und für die es Rechtsstrukturen bereitstellt: „Das Weltrecht entwickelt sich von den gesellschaftlichen Peripherien, von den Kontaktzonen zu anderen Sozialsystemen, her und nicht im Zentrum nationalstaatlicher oder internationaler Institutionen."[79] Es speist sich „aus der kontinuierlichen Selbstreproduktion spezialisierter, oft formal organisierter und relativ eng definierter globaler Netzwerke ökonomischer, kultureller, wissenschaftlicher oder technischer Art"[80]. Dabei verfügen diese Systeme und Netzwerke mitunter über ihre eigenen Institutionen der Rechtsproduktion, insbe-

[77] Siehe FISCHER-LESCANO/TEUBNER, 20; MÖLLERS, 53; vgl. auch TEUBNER, Globale Bukowina, 8.

[78] Siehe zu diesen Gründen vorn § 7.I.A., sodann auch § 6.III.A.1. und 2.

[79] TEUBNER, Globale Bukowina, 6 f., siehe auch S. 22, im Zusammenhang mit der *lex mercatoria;* RÖHL/MAGEN, 3.

[80] TEUBNER, Globale Bukowina, 7, siehe auch S. 3 („[W]ährend einerseits globales Recht wenig politischen und institutionellen Rückhalt auf globaler Ebene besitzt, ist es doch andererseits eng an globale soziale und ökonomische Prozesse gekoppelt, von denen es seine wesentlichen Impulse empfängt."), S. 13, vgl. auch S. 2.

sondere auch der Produktion globaler Rechtsstrukturen,[81] sowie über Institutionen der Rechtserkenntnis, wie insbesondere Schiedsgerichte.[82]

Akzentuiert wird die Bedeutung der hier angesprochenen Nähe des Rechts zu anderen globalen Systemen und zu globalen Netzwerken dadurch, dass die Mechanismen *autonomer Produktion globaler Rechtsstrukturen,* was die Institutionalisierung dieser Mechanismen in einem Zentrum des Rechts angeht, unterentwickelt sind. Dies hat (wiederum) mit dem Fehlen einer globalen Politik zu tun, die in der Lage wäre, das Recht laufend und systematisch mit globalen Rechtsstrukturen zu versorgen, sowie mit der (sich daraus ergebenden) pluralistischen Rechtsproduktion und dem heterarchischen, unkoordinierten Nebeneinander verschiedener Rechtsregimes.[83] Diese pluralistische, heterarchische Verfassung des globalen Rechtssystems behindert insbesondere eine systematische Bearbeitung und Weiterentwicklung globaler Rechtsstrukturen durch Gerichte und die Rechtswissenschaft und damit die zentralen Mechanismen rechtssystemeigener Rechtsproduktion.[84] Umso mehr wird sich „die Ausbildung dieses Rechts [...] an die externe Entwicklung des Wirtschaftssystems anhängen".[85] Zu nennen ist im Zusammenhang mit der autonomen Produktion und Bearbeitung globaler Rechtsstrukturen immerhin die (vor allem durch multinationale Anwaltskanzleien betriebene)[86] internationale Schiedsgerichtsbarkeit.[87]

Die Impulse, die das Recht von den anderen globalen Systemen und den globalen Netzwerken empfängt, werden ihm über die jeweiligen *Berührungspunkte mit diesen Systemen und Netzwerken,* genauer: mit einzelnen Ausschnitten daraus vermittelt. Zu denken ist hierbei insbesondere an die Kopplung zwischen Wirtschaft und Recht, wie sie der Vertrag bewerkstelligt. Dank solchen Berührungspunkten und eigentlichen Kopplungen wächst globales Recht den Rechtsbedürfnissen der globalen Systeme und Netzwerke entlang.[88]

---

[81] Siehe hierzu hinten § 7.III.B. und C.

[82] Siehe auch vorn § 7.II.C.2.

[83] Siehe zu den hier genannten Punkten vorn § 7.I.A., § 7.II.B. und § 7.II.C.2.

[84] Vgl. zum Gesagten auch TEUBNER, Globale Bukowina, 6, 23 f.; sodann auch CALLIESS, Transnational Law, 198 f.; ROTH, 344.

[85] Siehe – mit Bezug auf die *lex mercatoria* – TEUBNER, Globale Bukowina, 24.

[86] Siehe zu den multinationalen Anwaltskanzleien DROLSHAMMER, 19 f.; RÖHL/MAGEN, 35 f.

[87] Vgl. RÖHL/MAGEN, 34; TEUBNER, Globale Bukowina, 6, 20 f.; vgl. auch KOENIG-ARCHIBUGI, 56 f.; SHAPIRO, 300 ff., 318 ff.

[88] Vgl. zum Gesagten TEUBNER, Globale Bukowina, 6, 23, der von einem „spill-over Effekt" (S. 6) gegenüber dem Recht spricht; vgl. auch RÖHL/MAGEN, 30 f., 37; siehe im Übrigen zur Kopplung von Rechtsstrukturen an bestimmte Ausschnitte der Umwelt hinten § 8.IV.A.1.

2. Abhängigkeit des Rechts von anderen globalen Systemen und von globalen Netzwerken

Die allfällige besondere Nähe des Rechts zu anderen globalen Systemen und zu globalen Netzwerken bedeutet – wie so manche Nähe – auch eine Abhängigkeit: eine Abhängigkeit des Rechts gegenüber den Systemen und Netzwerken, denen entlang es wächst, von denen es Impulse empfängt. Dies betrifft zum einen die *Notwendigkeit* solcher Impulse aus anderen globalen Systemen und globalen Netzwerken für die Produktion von Rechtsstrukturen zu Gunsten dieser Systeme und Netzwerke. Soweit das Recht und die darin operierenden Rechtsregimes nicht von einer nationalstaatlichen (oder einer globalen) Politik laufend und systematisch mit Rechtsstrukturen versorgt werden, sind sie, sollen sie die ihnen zugewiesene Aufgabe der Bereitstellung systemadäquater Rechtsstrukturen erfüllen, auf Impulse aus den Systemen und Netzwerken angewiesen, die sie mit Rechtsstrukturen zu bedienen haben, um so die rechtseigene Rechtsproduktion am Leben zu erhalten. Zum andern bedeutet die allfällige besondere Abhängigkeit des Rechts von anderen globalen Systemen und von globalen Netzwerken auch ein *Ausgesetztsein gegenüber Impulsen* aus diesen Systemen und Netzwerken, mithin gegenüber den Wandlungen und Kämpfen, die sich dort abspielen (was im Vergleich zu einer politischen Rechtsproduktion freilich keine Besonderheit darstellt). Die allfällige Abhängigkeit des Rechts in der Globalisierung insbesondere gegenüber der Wirtschaft erscheint mithin negativ als Befangenheit und Korrumpierbarkeit und positiv als Garantie dafür, dass das Recht die vom betreffenden System oder Netzwerk angeforderten (system-) adäquaten Rechtsstrukturen tatsächlich bereitzustellen in der Lage ist.[89]

Die Abhängigkeit des Rechts insbesondere von der Wirtschaft rückt das Recht mitunter in den Fokus des Interesses der *Politik*, insbesondere einer nationalstaatlichen Politik, die hier ein Terrain für die Rückeroberung von Herrschaft im Bereich der Rechtsproduktion erblickt und eine Vernachlässigung politischer Ziele – wie der Wettbewerbsfähigkeit eines Staates und der dort domizilierten Unternehmen – innerhalb der Mechanismen politikferner Rechtsproduktion befürchtet. „Die Verrechtlichung ökonomischer Beziehungen fordert die Einmischung der Politik geradezu heraus."[90] Gegen solche Politikinterventionen wehren sich die verschiedenen Systeme und Netzwerke.[91] Immerhin erschwert politikferne Rechtsproduktion politische Interventionen auch ein Stück weit.[92] Prominenter Ort des Zugriffs durch die Politik ist dabei der Vertrag, über den ja gerade auch die Wirtschaft auf das Recht und das Recht auf die

[89] Vgl. zum Gesagten TEUBNER, Globale Bukowina, 8, 23.

[90] TEUBNER, Globale Bukowina, 25.

[91] Vgl. zum Gesagten TEUBNER, Globale Bukowina, 8, vgl. auch S. 4 f., 25.

[92] Siehe vorn § 7.II.B.

Wirtschaft zugreifen:[93] „Sobald der Vertragsmechanismus die strukturelle Kopplung zwischen Recht und Wirtschaft gefestigt hat, neigt die Politik dazu, diese Kopplung für ihre eigenen Zwecke auszunutzen."[94]

III. Typische Produzenten und Formen von Rechtsstrukturen im globalen Rechtssystem

Die hiervor dargestellten Merkmale der Globalisierung des Rechts zeigen sich insbesondere an einigen typischen Produzenten und Formen von Rechtsstrukturen im globalen Rechtssystem; das wird im Folgenden aufgezeigt. Typisch sind Produzenten und Formen *globaler* – transnationaler wie auch internationaler – Rechtsstrukturen, weil solche Rechtsstrukturen auf die Bedingungen der Globalität zugeschnitten sind. Doch ist es, wie festgestellt,[95] ebenso typisch (und signifikant), dass auch *nationalstaatliche* Rechtsstrukturen globalitätstauglich sein können.

A. Rechtsstrukturen nationaler und internationaler Regulatoren

Rechtsstrukturen von nationalen und internationalen Regulatoren – beispielsweise von mit dem Verordnungs- bzw. Richtlinienrecht ausgestatteten Behörden der Finanzmarktaufsicht oder von internationalen Organisationen für technische Standardisierungen –[96] weisen typische Merkmale des Rechts in der Globalisierung auf und sind insofern in gewisser Hinsicht auf die Bedingungen der Globalisierung eingerichtet.

1. Politikferne Rechtsproduktion

Rechtsstrukturen weisen eine für das globale Rechtssystem typische Distanz zur Politik auf, wenn sie zwar von den Nationalstaaten oder in einer internationalen Institution, also zwar von der Politik geschaffen wurden, jedoch nicht aus dem Zentrum, sondern von der Peripherie der nationalen bzw. – insoweit sich in einem System „geteilter Souveränitäten"[97] überhaupt von einem Zentrum und einer Peripherie sprechen lässt – von der Peripherie der globalen Politik

[93] Siehe bezüglich der Wirtschaft vorn § 7.II.D.2. sowie hinten § 8.IV.B.1.

[94] TEUBNER, Globale Bukowina, 25.

[95] Siehe vorn § 7.I.B., sodann insbesondere hinten § 7.III.E.

[96] Siehe zu den Letzteren RÖHL/MAGEN, 36 f.; sodann für den Bereich der Telekommunikation FUCHS; MAYNTZ, 93; siehe zur *SEC* als nationalem Regulator vorn § 2.II.A.1.b.bb. sowie § 4.II.A.2.a.

[97] Siehe hierzu vorn § 6.III.A.1.

stammen, nämlich von spezialisierten nationalen oder internationalen Regulatoren (und insbesondere nicht von nationalen Parlamenten). Die teilweise Entmachtung der nationalen Politikzentren ist denn hiervor auch als charakteristisch für den Wandel der *Global Governance* im Zuge der Globalisierung der Politik herausgestellt worden.[98] Freilich ist in Sonderheit die Rechtsproduktion durch *nationale* Regulatoren allemal nationalstaatlich und bringt sie keine globalen Rechtsstrukturen hervor; insoweit Nationalstaatlichkeit der Herausbildung globaler Rechtsstrukturen im Wege steht,[99] trifft dies auch für eine Rechtsproduktion durch nationale Regulatoren zu. Dennoch stellt bereits die Verlagerung der Rechtsproduktion vom Zentrum der Politik an deren Peripherie, hin zu den spezialisierten Regulatoren eine für die Globalisierung des Rechts bedeutsame und kennzeichnende Stufe der Entkopplung der Rechtsproduktion von nationalstaatlicher Politik dar. Die dem Politikzentrum entrückten Regulatoren sind nämlich weniger stark als die nationalen und allfälligen globalen Politikzentren versucht und gezwungen, den Programmen und Logiken nationaler bzw. globaler Politik zu folgen, statt den Anforderungen zu entsprechen, die von den verschiedenen globalen Systemen und Netzwerken bezüglich Rechtsstrukturen eines globalen Rechtssystems gestellt werden.[100]

Überdies haben nationale, aber auch internationale Regulatoren gerade wegen ihres peripheren Status in der Politik einen unvermittelten, leichteren *Zugang zueinander* als Institutionen in den Zentren der nationalen Politik, wie namentlich Parlamente. Solcher Zugang ist der Herausbildung internationaler Rechtsstrukturen, aber auch einer starken Verbreitung, einer eigentlichen „Globalisierung" nationalstaatlicher Rechtsstrukturen förderlich; insbesondere durch Koordination zwischen nationalen Regulatoren können nationalstaatliche Rechtsstrukturen sich verbreiten und dadurch Funktionen globalen Rechts übernehmen.[101]

2. Nähe zu globalen Systemen und zu globalen Netzwerken

Nationale und internationale Regulatoren stehen den globalen Systemen und Netzwerken, für die sie Rechtsstrukturen bereitstellen, vielfach näher, als die nationalen Politikzentren oder die globalisierte Politik es tun. Dank der Nähe der Regulatoren zu den verschiedenen globalen Systemen und Netzwerken empfangen sie recht unvermittelt Impulse für die Schaffung und Fortentwicklung systemadäquater und insbesondere globalitätstauglicher Rechtsstrukturen, und

[98] Siehe vorn § 6.III.A.1.

[99] Siehe hierzu vorn § 7.I.B.

[100] Vgl. zum Gesagten auch allgemein vorn § 7.II.B.

[101] Siehe zur hier angesprochenen „Globalisierung" nationalstaatlicher Rechtsstrukturen hinten § 7.III.E.

sie können den Bedarf nach systemadäquaten Rechtsstrukturen darum unvermittelter und besser decken, als Rechtsproduzenten im Zentrum der Politik dies können. Nicht formalisierte Kontakte zu namentlich Wirtschaft, Wissenschaft und Kultur sowie konzentriertes, spezialisiertes, aktuelles Wissen verschaffen den (nationalen wie auch internationalen) Regulatoren bei der Produktion globalitätstauglicher Rechtsstrukturen Vorteile gegenüber den Politikzentren; Vorteile, die in einem globalen Umfeld mit seinem Pluralismus potenziell konkurrierender Rechtsproduzenten multipliziert werden.[102]

B. Rechtsstrukturen privater Regulatoren

Eine wohl noch bedeutendere Rolle als Rechtsstrukturen nationaler und internationaler Regulatoren spielen im globalen Rechtssystem Rechtsstrukturen privater, oft transnational konstituierter und in ihrem Wirken global ausgerichteter Regulatoren. Man denke hierbei insbesondere an Regeln von Berufsvereinigungen, an Standards von Branchenorganisationen oder an die Zulassungsvoraussetzungen von Börsen.[103] So schreibt die *International Chamber of Commerce,* sie habe *„unrivalled authority in making rules that govern the conduct of business across borders. Although these rules are voluntary, they are observed in countless thousands of transactions every day and have become part of the fabric of international trade."*[104]

1. Politikferne Rechtsproduktion

Grösser als bei nationalen und internationalen Regulatoren ist die Distanz zur Politik, wenn private Regulatoren Rechtsstrukturen produzieren. Befreit von nationalstaatlicher und internationaler Politik mit ihren Eigengesetzlichkeiten und Unwägbarkeiten, weitestgehend unbelastet vom Risiko einer Politisierung und Nationalisierung durch nationalstaatliche Politik treten global ausgerichtete private Regulatoren mit dem Anspruch an, globale, systemadäquate Rechtsstrukturen zu schaffen. Weil bei ihnen die Entkopplung der Rechtsproduktion von der Politik weitestgehend vollzogen ist,[105] sind sie eine Paradeerscheinung globalen Rechts.[106] Die Einschränkung der Handlungsfreiheit, die National-

---

[102] Vgl. zum Gesagten am Beispiel der Globalisierung der Telekommunikation FUCHS, 197.

[103] Vgl. zum Gesagten auch MUCHLINSKI, 87; RÖHL/MAGEN, 36 f.; TEUBNER, Globale Bukowina, 2; DERSELBE, King, 770; sodann auch WOODS, 31 ff.; vgl. zum (Rechts-) Charakter der (Rechts-) Strukturen solcher privater Regulatoren MÖLLERS, 50 f.

[104] Zitiert nach WOODS, 31.

[105] Siehe zu diesem Merkmal der Globalisierung des Rechts vorn § 7.II.B.

[106] Vgl. zum Gesagten auch AUGSBERG, 64 f.; MÖLLERS, 50 f.; MUCHLINSKI, 87; RÖHL/MAGEN, 37; TEUBNER, Globale Bukowina, 2; WOODS, 31 ff.

staatlichkeit unter den Bedingungen der Globalisierung für die nationalstaatliche Politik bedeutet,[107] kennen private Regulatoren nicht; sie kennen freilich die Schranken, denen jeder Regulator unterliegt, gerade auch bei der Schaffung globalen Rechts.[108] Im Übrigen bringt es die politikferne Rechtsproduktion natürlich mit sich, dass Rechtsstrukturen privater Regulatoren im Prinzip auf anderem Weg als kraft politischer Anordnung zu rechtsinterner Geltung kommen müssen; umgekehrt ist ein entsprechender politischer Befehl auch keine Voraussetzung der Geltung, solange politisches Recht sich einer anderweitig erlangten Geltung von Rechtsstrukturen privater Regulatoren nicht in den Weg stellt.[109]

2. Nähe zu und Abhängigkeit von globalen Systemen und Netzwerken

Mit der Distanz privater Regulatoren zu einer nationalstaatlichen oder globalen Politik geht die *Nähe* dieser Regulatoren zu den globalen Systemen und Netzwerken einher, die sie mit Rechtsstrukturen zu versorgen haben. Über private Regulatoren ist das Recht insbesondere mit der Wirtschaft verbunden. Bei den jeweiligen spezialisierten privaten Regulatoren treffen die Impulse der Wirtschaft oder bestimmter Netzwerke der Wirtschaft für die Schaffung von Rechtsstrukturen dieser Regulatoren ein. Neben den auch bei nationalen oder internationalen Regulatoren vorhandenen formlosen Kontakten und dem konzentrierten, spezialisierten, aktuellen Wissen bestehen bei privaten Regulatoren oftmals institutionalisierte Bindungen; geradezu wesenseigen sind solche bei Berufsvereinigungen und auch bei Organisationen, die Branchenstandards festsetzen.[110] Dank dieser Nähe insbesondere zur Wirtschaft sind private Regulatoren in der Lage, systematisch, laufend und rasch auf die spezifischen Rechtsbedürfnisse in den jeweiligen globalen Systemen und Netzwerken zu antworten und systemadäquate globale, und zwar transnationale Rechtsstrukturen bereitzustellen.[111]

Die Nähe privater Regulatoren namentlich zur Wirtschaft und zu spezialisierten Netzwerken der Wirtschaft bedeutet allerdings auch eine *Abhängigkeit* gegenüber den betreffenden Systemen und Netzwerken und mitunter eine Unterwerfung unter deren Gesetzmässigkeiten. Rechtsstrukturen privater Regulatoren drohen, zum blossen Abbild und damit zum Spielball dieser Systeme zu werden,

---

[107] Siehe vorn § 6.III.A.2. sowie § 7.I.B.

[108] Vgl. auch AUGSBERG, 57, 66 f.

[109] Vgl. AUGSBERG, 65; MÖLLERS, 59.

[110] Vgl. zum Gesagten AUGSBERG, 53 ff.; vgl. sodann auch HUBER, 115 f.

[111] Vgl. zum Gesagten auch WOODS, 31 ff., die schreibt: *„This kind of regime leaves major private sector actors [...] in the driving seat, yet it is not evidence of the death of the nation-state."* (S. 31); sodann AUGSBERG, 65 f., 67; RÖHL/MAGEN, 37.

namentlich zum Spielball der Wirtschaft, aber beispielsweise auch des Sports oder gewisser Sektoren der Kultur.[112] Damit setzen sie sich der Gefahr einer (Re-) Politisierung und auch einer (Re-) Nationalisierung und damit auch einer „Deglobalisierung" aus.[113]

C. *Rechtsstrukturen transnationaler Unternehmen und der transnationalen Geschäftspraxis*

Eine für die Globalisierung des Rechts ebenso typische wie wesentliche Erscheinung ist das in transnationalen Unternehmen sowie in der transnationalen Geschäftspraxis geschaffene, dort geltende, dort „lebende" Recht. Dabei handelt es sich um genuin globale Rechtsstrukturen, denn sie gelten transnational, schöpfen ihre Geltung also nicht – oder doch nicht unmittelbar – aus der Nationalstaatlichkeit von Recht. Dabei interessieren hier hauptsächlich Rechtsstrukturen, die verbreitet, oft in standardisierter Form, anzutreffen sind und die man darum als Rechtspraxis bezeichnen kann.[114] Zu denken ist bei den Rechtsstrukturen transnationaler Unternehmen an Regeln der Unternehmensorganisation (etwa Regeln über die Bildung von Ausschüssen innerhalb der Unternehmensleitung) und der (transnationalen) Unternehmensführung, an Regeln über die Entschädigung von Mitgliedern der Unternehmensleitung oder an arbeitsrechtliche (vertrags- oder betriebsrechtliche) Regeln.[115] Bei den Rechtsstrukturen der transnationalen Geschäftspraxis geht es etwa um Regeln, nach denen Unternehmenskäufe abgeschlossen oder Kapitalmarkttransaktionen abgewickelt werden, und zwar sowohl um den Inhalt als auch die Form der Regeln.[116] Zu den Rechtsstrukturen der transnationalen Geschäftspraxis gehört sodann auch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit.[117] Das herausragende Gefäss für Rechtsstrukturen transnationaler Unternehmen und der transnationalen Geschäftspraxis

---

[112] Vgl. hierzu am Beispiel technischer Standardisierungen RÖHL/MAGEN, 36 f.

[113] Siehe zum Gesagten allgemein vorn § 7.II.B. und § 7.II.D.2.

[114] Siehe zum Gesagten TEUBNER, Globale Bukowina, 9 ff.; DERSELBE, King, 769; vgl. auch MUCHLINSKI, 80 ff.; ROBÉ, 68 und *passim;* ROTH, 343; VOIGT, 17; siehe in diesem Zusammenhang zur Frage, wie Verträge ohne Verwurzelung in einer nationalen oder internationalen Rechtsordnung eine (globale) Geltung beanspruchen können, TEUBNER, Globale Bukowina, 18-22, sodann auch SHAPIRO, 297; siehe zur sinngemäss gleichen Frage im Zusammenhang mit Rechtsstrukturen transnationaler Unternehmen ROBÉ, 56 ff.; vgl. auch noch VOIGT, 17.

[115] Siehe hierzu MUCHLINSKI, 81 ff.; ROBÉ, 49 f., 52 ff., 62 ff.; vgl. auch SHAPIRO, 315, 317.

[116] Siehe hierzu SHAPIRO, 299, der in diesem Zusammenhang ausführt: *„To put the matter crudely, globalization of contract practices is, to a very great degree, the spread of the American style of long, detailed contract, concocted by large American law firms for a very high fee, to the rest of the world."*, siehe hierzu auch S. 303, 309 ff., 315 ff.

[117] Siehe zu ihr bereits vorn § 7.II.C.2.

ist der Vertrag.[118] Die eigentlichen Produzenten dieser Rechtsstrukturen sind – neben den Unternehmen – die multinationalen Anwaltskanzleien.[119]

1. Politikferne Rechtsproduktion

Rechtsstrukturen transnationaler Unternehmen und der transnationalen Geschäftspraxis sind ein am Rande der jeweiligen globalen Systeme und Netzwerke, im Rahmen privater Rechtsregimes produziertes, prozessiertes und weiterentwickeltes Recht.[120] Die Distanz der hier angesprochenen Rechtsstrukturen zur Politik ist evident: Es geht um ein in seinem Ursprung, seinem Geltunggrund und seiner Weiterentwicklung geradezu apolitisches Recht, das dem Zugriff politischer Regulierung im Prinzip weitgehend entzogen ist.[121] Insbesondere gründet die transnationale Geltung solcher Rechtsstrukturen nicht – jedenfalls nicht unmittelbar – in ihrer Abstammung aus einer nationalstaatlichen oder internationalen Politik, nicht in ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten nationalen oder internationalen Rechtsordnung. (Dass umgekehrt politisch geschaffene Rechtsstrukturen der Herausbildung von Rechtsstrukturen transnationaler Unternehmen oder der transnationalen Geschäftspraxis im Wege stehen, ja sich ihr in den Weg stellen können, versteht sich.[122]) Vor allem für Verträge der transnationalen Geschäftspraxis gilt, dass sie, sobald der entsprechenden Vertragspraxis globale Geltung zukommt, „nicht nur von ihren Wurzeln im nationalen Recht abgeschnitten [sind], sondern [...] jeden Halt in irgendeiner Rechtsordnung [verlieren]“[123].[124]

---

[118] Vgl. zum Gesagten auch TEUBNER, Globale Bukowina, 2, 9, 17 ff.; sodann GONZALES DEL CAMPO, 47; HEYDEBRAND, 119; RÖHL, 102; SHAPIRO, 297 f., 316 f., der Verträge indes dem (Vertrags-) Recht gegenüberstellt; VOIGT, 23.

[119] Siehe ALBERT, 125; HEYDEBRAND, 119; RÖHL, 101; SHAPIRO, 309, 316 ff.; RÖHL/MAGEN, 35; ROTH, 343; VOIGT, 29; vgl. sodann zur Rolle des Juristen in der *International Practice of Law* im Lichte der Globalisierung DROLSHAMMER, 17 ff., 29 ff.; WIEGAND, 15 f.; ferner den Beitrag von HAU; vgl. zum Gesagten auch HANSMANN/KRAAKMAN, 45 f.

[120] Siehe zu den privaten Rechtsregimes vorn § 7.II.C.2.

[121] Vgl. zum Gesagten RÖHL/MAGEN, 39, vgl. allerdings auch S. 39 f., betreffend nationalstaatliche Politikeingriffe in die Handlungsspielräume transnationaler Unternehmen; TEUBNER, Globale Bukowina, 3, 25; vgl. auch ALBERT, 125 f.; VOIGT, 23 f.; ZIEGERT, Regelungsbedarf, 113.

[122] Vgl. auch TEUBNER, Globale Bukowina, 25.

[123] TEUBNER, Globale Bukowina, 18.

[124] Siehe mit Bezug auf transnationale Unternehmen ROBÉ, 52 f., der ausführt: *„Each enterprise [...] represents an island of law having the character of a truly legal order“* (S. 53), sodann S. 60 ff.; vgl. auch MÖLLERS, 46 f.

2. Nähe zu und Abhängigkeit von globalen Systemen und Netzwerken

Rechtsstrukturen transnationaler Unternehmen und der transnationalen Geschäftspraxis entstehen, bestehen und wandeln sich in diesen Unternehmen bzw. in dieser Geschäftspraxis, am Rand der betreffenden wirtschaftlichen Netzwerke. Welche Rechtsstrukturen die Unternehmen und die Geschäftspraxis auch immer benötigen, sie werden sie insbesondere mittels des Vertrages in den meisten Fällen unverzüglich eigenhändig und massgeschneidert, auf die Kondition der Globalität in der Umwelt des Rechts zugeschnitten, anfertigen können; dies dank der durch den Vertrag ermöglichten und sichergestellten Nähe von (vertraglichen) Rechtsstrukturen zu den Netzwerken, denen die Rechtsstrukturen dienen.[125] Der Vertrag eignet sich geradezu zur Produktion globalen Rechts *à discrétion:* „unzählige internationale Einzeltransaktionen, standardisierte Verträge internationaler Berufsverbände, vorformulierte Verträge internationaler Organisationen und Investitionsprojekte in Entwicklungsländern"[126]. Die vor allem durch den Vertrag gewährleistete Kopplung von Rechtsstrukturen an die globale Wirtschaft und ihre Netzwerke führt dazu, dass solches Recht „gemäss den Bedürfnissen globaler ökonomischer Transaktionen wächst und sich wandelt".[127]

Rechtsstrukturen der transnationalen Unternehmen und der transnationalen Geschäftspraxis sind in ihrer Entstehung und Weiterentwicklung von der Wirtschaft bzw. ihren spezialisierten Netzwerken *abhängig,* denn diese Rechtsstrukturen kennen, abgesehen von nationalstaatlichen Politikinterventionen,[128] keinen anderen Antrieb der Fortentwicklung, keinen anderen Quell der Inspiration als das globale System oder Netzwerk, dem sie dienen.

---

[125] Vgl. auch VOIGT, 23, wonach die Herausbildung eines neuen transnationalen Rechts im Bereich des Handels- und Wirtschaftsrechts „durch mächtige ökonomische Interessen in Gestalt transnationaler Industriekonzerne, weltumspannender Banken, globaler Versicherungsgesellschaften, weltweiter Fernsehsender (CNN) und riesiger Finanzierungsfonds" vorangetrieben wird.

[126] TEUBNER, Globale Bukowina, 18.

[127] TEUBNER, Globale Bukowina, 23; siehe auch GONZALES DEL CAMPO, 47; vgl. allgemein zur Kopplung von Wirtschaft und Recht über den Vertrag auch etwa ZIEGERT, Regelungsbedarf, 112 f.; siehe sodann hinten § 8.IV.A.1.

[128] Vgl. zu solchen im Zusammenhang mit dem Recht des internationalen Handels ROTH, 346 f.

D. *Rechtsstrukturen aus der globalen rechtswissenschaftlichen Gemeinschaft*

1. Vorbemerkung: Zur Globalisierung der Rechtswissenschaft

Als Produzentin oder doch Geburtshelferin globaler Rechtsstrukturen ist auch die *globale rechtswissenschaftliche Gemeinschaft* anzusprechen. Diese Gemeinschaft pflegt – durchaus im Einklang mit den allgemeinen Merkmalen der Globalisierung –[129] einen intensivierten, zunehmend transnationalen wissenschaftlichen Diskurs über das Recht.[130] Dessen Schwerpunkte liegen im Bereich der Menschenrechte sowie des Wirtschaftsrechts.[131] Dieser Diskurs vereinnahmt jedoch immer mehr Rechtsdisziplinen; heute ist fast kein Rechtsgebiet mehr vor dem Zugriff der globalen Rechtswissenschaft gefeit. Dabei beschränkt sich die Globalisierung der Rechtswissenschaft nicht auf Teildisziplinen mit sachimmanentem globalem Einschlag (wie Wirtschaftsrecht und Völkerrecht), wenngleich diese ihre Vorreiter sind; auch Teildisziplinen der Rechtswissenschaft, die ihren Gegenstand in einem territorial definierten, nationalen Recht sehen, müssen sich zunehmend zumindest der einfachsten Form einer globalisierten rechtswissenschaftlichen Diskussion – einer Vergleichung von Rechtsstrukturen – aussetzen.[132] Gerade im Wirtschafts- und im Besonderen im Gesellschaftsrecht hat die Globalisierung denn auch eine neue Welle der Rechtsvergleichung hervorgebracht.[133]

Verschiedene Umstände haben es der Rechtswissenschaft ermöglicht, der territorialen Segmentierung des Rechts und eines entsprechend auf nationale Rechtsordnungen fixierten wissenschaftlichen Diskurses einen globalen Diskurs an die Seite zu stellen.[134] Während im Bereich der Menschenrechte eine universelle philosophische Wertung – jene der Würde des Individuums – einen globalen wissenschaftlichen Diskurs zu erleichtern scheint (freilich ohne dass diese Wertung überall geteilt würde),[135] hat sich im Bereich des Wirtschafts-

---

[129] Siehe zu diesen Merkmalen vorn § 6.I.A. sowie § 6.IV.A.1.

[130] Siehe zum Gesagten MÖLLERS, 47; vgl. auch SCHLESINGER, 479; vgl. ferner zur Rolle der Rechtsprofession in der Rechtsproduktion und hinsichtlich des Rechtswandels auch WATSON, Society, 118 f.

[131] Siehe zum globalen wissenschaftlichen Diskurs über Menschenrechte BIANCHI, 179 ff., insbesondere S. 183 ff.; siehe auch CALLIESS, Billigkeit, 1; MÖLLERS, 47 Fn. 35.

[132] Vgl. VOIGT, 22; vgl. auch KRAMER, 431 f.; RÖHL, 101. ZWEIGERT/KÖTZ (S. 14) sprechen von dem durch die Rechtsvergleichung „lebendig gehaltenen internationalen Gespräch über Probleme der Rechtswissenschaft".

[133] Siehe hierzu VAGTS, 595 f.

[134] Siehe zum national ausgerichteten rechtswissenschaftlichen Diskurs MÖLLERS, 47; sodann auch PIEL, 203.

[135] Vgl. BIANCHI, 179, 202 f.; vgl. auch HELD, 308 ff., 313 ff.; RÖHL/MAGEN, 19, 24.

rechts ab dem letzten Viertel des 20. Jahrhunderts *„law and economics" als lingua franca der globalen Gemeinschaft der Wirtschaftsrechtswissenschaft* etabliert und hat sich ganz allgemein eine Ökonomisierung des rechtswissenschaftlichen Diskurses vollzogen.[136] Dank dieser weltweit verstandenen Sprache für rechtswissenschaftliche Kommunikationen wird nicht mehr über Norminhalte einer territorial bestimmten Rechtsordnung diskutiert, sondern über die in der Sprache der Ökonomie ermittelten, vergleichbaren und bewertbaren Anreizwirkungen von bestimmten gedachten Rechtsregeln.[137] *„Comparative Law and Economics"*[138] als neuere Teildisziplin der Rechtswissenschaft ist eine Konsequenz davon.[139] Das globale kommunikative Netzwerk dieser Wissenschaftsgemeinschaft aktualisiert sich an internationalen Kongressen, in spezialisierten internationalen Wissenschaftsvereinigungen, in international ausgerichteten Publikationen sowie beim Austausch von Studierenden, Dozenten und Forschern.[140]

Der Diskurs der globalen rechtswissenschaftlichen Gemeinschaft bringt Angebote für Rechtsstrukturen oder einzelne Rechtsregeln hervor, die als solche im Recht freilich keine Geltung besitzen. Die Kommunikationen im Rahmen dieses wissenschaftlichen Diskurses sind jedoch auch Kommunikationen einer *„interpretive community"*[141] innerhalb des Rechts, und als solche Kommunikationen gehören sie zur rechtseigenen Rechtsproduktion, indem insbesondere Gerichte die Angebote diese *„interpretive community"* annehmen mögen.[142] Und der nationalstaatlichen und internationalen Politik stehen die Angebote der globalen rechtswissenschaftlichen Gemeinschaft für ihre Rechtsproduktion ebenfalls zur Verfügung; die Politik lässt sich mitunter von den „Erfindungen" der Rechtswissenschaft irritieren und wird zu entsprechender Rechtsproduktion veranlasst. Solche Angebote für Rechtsstrukturen und Rechtsregeln werden insbesondere von der nationalstaatlichen Politik gerne angenommen, da sie ihr die Möglichkeit bieten, sich als Rechtsproduzentin in einem Umfeld schwindenden

---

[136] Siehe zu den verschiedenen Disziplinen der Ökonomisierung der Rechtswissenschaft – neben *„law and economics"* – OPPENHEIMER/MERCURO, 5.

[137] Siehe zum Gesagten auch BUXBAUM, 221 ff.; VAGTS, 595 f.; sodann auch MÖLLERS, 56, wonach „die ökonomischen Wissenschaften den Anspruch erheben, die Gesamtheit gesellschaftlicher Vorgänge [...] zu beschreiben" und eine „wissenschaftliche lingua franca nicht nur zur Beschreibung, sondern auch zur Bewertung gesellschaftlicher Zustände" bieten; vgl. auch AUGSBERG, 57; HANSMANN/KRAAKMAN, 45; MILHAUPT, Property rights, 210; RÖHL/MAGEN, 27.

[138] So der Titel eines Buches von UGO MATTEI.

[139] Siehe zum Gesagten im Übrigen im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsrecht hinten § 10.III.A.1.a.

[140] Vgl. RÖHL, 101 f.

[141] Dazu der Beitrag von JOHNSTONE.

[142] Vgl. JOHNSTONE, 190 f.

rechts ab dem letzten Viertel des 20. Jahrhunderts *„law and economics" als lingua franca der globalen Gemeinschaft der Wirtschaftsrechtswissenschaft* etabliert und hat sich ganz allgemein eine Ökonomisierung des rechtswissenschaftlichen Diskurses vollzogen.[136] Dank dieser weltweit verstandenen Sprache für rechtswissenschaftliche Kommunikationen wird nicht mehr über Norminhalte einer territorial bestimmten Rechtsordnung diskutiert, sondern über die in der Sprache der Ökonomie ermittelten, vergleichbaren und bewertbaren Anreizwirkungen von bestimmten gedachten Rechtsregeln.[137] *„Comparative Law and Economics"*[138] als neuere Teildisziplin der Rechtswissenschaft ist eine Konsequenz davon.[139] Das globale kommunikative Netzwerk dieser Wissenschaftsgemeinschaft aktualisiert sich an internationalen Kongressen, in spezialisierten internationalen Wissenschaftsvereinigungen, in international ausgerichteten Publikationen sowie beim Austausch von Studierenden, Dozenten und Forschern.[140]

Der Diskurs der globalen rechtswissenschaftlichen Gemeinschaft bringt Angebote für Rechtsstrukturen oder einzelne Rechtsregeln hervor, die als solche im Recht freilich keine Geltung besitzen. Die Kommunikationen im Rahmen dieses wissenschaftlichen Diskurses sind jedoch auch Kommunikationen einer *„interpretive community"*[141] innerhalb des Rechts, und als solche Kommunikationen gehören sie zur rechtseigenen Rechtsproduktion, indem insbesondere Gerichte die Angebote diese *„interpretive community"* annehmen mögen.[142] Und der nationalstaatlichen und internationalen Politik stehen die Angebote der globalen rechtswissenschaftlichen Gemeinschaft für ihre Rechtsproduktion ebenfalls zur Verfügung; die Politik lässt sich mitunter von den „Erfindungen" der Rechtswissenschaft irritieren und wird zu entsprechender Rechtsproduktion veranlasst. Solche Angebote für Rechtsstrukturen und Rechtsregeln werden insbesondere von der nationalstaatlichen Politik gerne angenommen, da sie ihr die Möglichkeit bieten, sich als Rechtsproduzentin in einem Umfeld schwindenden

[136] Siehe zu den verschiedenen Disziplinen der Ökonomisierung der Rechtswissenschaft – neben *„law and economics"* – OPPENHEIMER/MERCURO, 5.

[137] Siehe zum Gesagten auch BUXBAUM, 221 ff.; VAGTS, 595 f.; sodann auch MÖLLERS, 56, wonach „die ökonomischen Wissenschaften den Anspruch erheben, die Gesamtheit gesellschaftlicher Vorgänge [...] zu beschreiben" und eine „wissenschaftliche lingua franca nicht nur zur Beschreibung, sondern auch zur Bewertung gesellschaftlicher Zustände" bieten; vgl. auch AUGSBERG, 57; HANSMANN/KRAAKMAN, 45; MILHAUPT, Property rights, 210; RÖHL/MAGEN, 27.

[138] So der Titel eines Buches von UGO MATTEI.

[139] Siehe zum Gesagten im Übrigen im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsrecht hinten § 10.III.A.1.a.

[140] Vgl. RÖHL, 101 f.

[141] Dazu der Beitrag von JOHNSTONE.

[142] Vgl. JOHNSTONE, 190 f.

Einflusses der Politik mit „wissenschaftlich fundierten" Rechtsstrukturen für globale Systeme und Netzwerke zu profilieren.[143]

Von der globalen rechtswissenschaftlichen Gemeinschaft als Angebot hervorgebrachte Rechtsstrukturen weisen typische *Merkmale der Globalisierung des Rechts* auf:

2. Politikferne Rechtsproduktion

Rechtsstrukturen aus der globalen rechtswissenschaftlichen Gemeinschaft[144] sind politikfern geschaffene Rechtsstrukturen und insofern typisches Recht im Kontext der Globalisierung.[145] Diese Rechtsstrukturen werden im Diskurs der Rechtswissenschaft als Angebot für Recht und Politik hervorgebracht, und zwar nach den Logiken dieses Diskurses. Dass die Politik in diesen Diskurs nicht interveniert, garantiert die Politik der Wissenschaft in den nationalstaatlichen Verfassungen.[146] Auch ist für die globale rechtswissenschaftliche Gemeinschaft die Globalität mancher Politikfelder, anders als für die nationalstaatliche Politik,[147] keine Schranke.

3. Nähe zu globalen Systemen und Netzwerken

Jedenfalls im Bereich des Wirtschaftsrechts zeichnet sich der Diskurs der globalen rechtswissenschaftlichen Gemeinschaft durchaus durch eine besondere Nähe zum benachbarten globalen System aus, um dessen Rechtsstrukturen der Diskurs sich dreht, also zur Wirtschaft. Interdisziplinarität als wissenschaftsinterne Anforderung an den Diskurs und *„law and economics"* als die wirtschaftszentrierte Wissenschaftssprache sind Merkmale einer globalen Wirtschaftsrechtswissenschaft, die sich für Koevolutionen, Komplementaritäten und andere Zusammenhänge zwischen dem Recht und der Wirtschaft interessiert und an der „Erfindung" bzw. an der Erklärung globaler wirtschaftsrechtlicher Strukturen arbeitet.[148]

---

[143] Vgl. auch JOHNSTONE, 191.

[144] Die Ausdrucksweise „Rechtsstrukturen aus der globalen rechtswissenschaftlichen Gemeinschaft" ist als Kurzform für den eben erläuterten Zusammenhang zwischen rechtswissenschaftlichem Diskurs und Rechtsgeltung zu verstehen.

[145] Siehe allgemein zum Merkmal der politikfernen Rechtsproduktion vorn § 7.II.B.

[146] Siehe hierzu auch WATSON, Comparative Law, 325 f.

[147] Siehe zu den Beschränkungen der Handlungsfreiheit von Nationalstaaten, die sich aus der Globalisierung ergeben, vorn § 6.III.A.2., sodann auch § 7.I.B.

[148] Siehe nur etwa – im spezifisch gesellschaftsrechtlichen Kontext – GORDON/ROE (Hrsg.): Convergence and Persistence in Corporate Governance (Cambridge, United Kingdom 2004); HOPT *et al.* (Hrsg.): Comparative Corporate Governance. The State of the Art and Emerging Research (New York

E. Rechtsstrukturen aus der nationalstaatlichen Politik

Selbstverständlich sind nicht alle im globalen Rechtssystem anzutreffenden Rechtsstrukturen global (im Sinne einer transnationalen oder internationalen Geltung). Mit der Globalität von Rechtsstrukturen hat die Globalität des Rechtssystems im Grunde denn auch kaum etwas zu tun, ist doch die territoriale Binnendifferenzierung – mit der nationalstaatliche Rechtsstrukturen einhergehen – im globalen Rechtssystem tief verwurzelt.[149] Bereits eingangs wurde darum festgehalten, dass der „Schwerpunkt" des Rechts auch unter den Bedingungen der Globalisierung noch immer beim Nationalstaat liegt.[150] Und die politikferne Rechtsproduktion, der Pluralismus von Rechtsproduzenten und Rechtsregimes und die Nähe des Rechts zu anderen globalen Systemen sind zwar Merkmale des Rechts in der Globalisierung.[151] Sie sind dies aber nur insoweit, als das Recht in der Globalisierung nach Auswegen aus einem Dilemma sucht, in welches die Politik es versetzt hat.[152] Insofern aber die nationalstaatliche Politik in der Lage ist, globalitätstaugliche Rechtsstrukturen zu schaffen – was in weit gehendem Ausmass der Fall ist –[153], besteht das besagte Dilemma des Rechts in der Globalisierung nicht. Zur Phänomenologie der typischen Produzenten und Formen von Rechtsstrukturen im globalen Rechtssystem gehören darum auch – und vor allem – Rechtsstrukturen aus der nationalstaatlichen Politik.

Im vorliegenden Zusammenhang – in dem der Blick hauptsächlich auf *globale* Rechtsstrukturen gerichtet wurde – sind die Rechtsstrukturen aus der nationalstaatlichen Politik deshalb noch einmal zu erwähnen, weil sie, insofern sie globalitätstauglich sind, mitunter Funktionen globalen Rechts erfüllen, indem sie, zufolge ihrer starken Verbreitung, eine gleichsam globale Geltung erlangen. Man kann von einer *„Globalisierung" nationalstaatlicher Rechtsstrukturen* sprechen.[154] Es geht hier um Rechtsstrukturen, die „zwar durch Rezeption global gelten, die aber auf dem klassisch nationalstaatlichen Verfahrensweg [...] entstanden sind"[155]. „Nicht selten sind gerade Nationalstaaten, die Anpassungen

1998); KRAAKMAN *et al.*: The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach (New York 2004); MILHAUPT (Hrsg.): Global Markets, Domestic Institutions. Corporate Law and Governance in a New Era of Cross-Border Deals (New York 2003).

[149] Siehe hierzu vorn § 7.II.A.

[150] Siehe vorn § 7.I.B.

[151] Siehe zu ihnen vorn § 7.III.B., C. und D.

[152] Siehe zu diesem Dilemma vorn § 7.I.B.

[153] Siehe vorn § 7.I.B. und § 7.II.A.

[154] Siehe auch VOIGT, 17, wonach sich eine globale Rechtskultur aus der „grenzüberschreitenden Verbreitung ursprünglich regional begrenzter Rechtskonzepte" ergeben könnte; vgl. auch ALBERT, 129; vgl. zum Gegensatz zwischen der hier angesprochenen „Globalisierung" von Rechtsstrukturen und der Globalisierung des Rechts auch HEYDEBRAND, 117 und *passim*.

[155] MÖLLERS, 52.

an die Interessen ihrer Bürger vornehmen, die eigentlichen Agenten der Globalisierung. (...) Globalisierung induzierende Normen treten dann in der Form nationalen Rechts in Erscheinung."[156] „Eine Theorie, die solchen Sachverhalten gerecht werden will, muss sowohl die nationalstaatlichen Entstehungsbedingungen als auch die globalen Rezeptionsmöglichkeiten in Betracht ziehen"[157] [158].

Namentlich von der „Globalisierung" nationalstaatlicher Rechtsstrukturen handelt der nächste Paragraph, denn dieser befasst sich mit der *Konvergenz von Rechtsstrukturen* – hauptsächlich nationalstaatlicher – unter den Bedingungen der Globalisierung. Konvergenz ist eine Form einer solchen „Globalisierung".

[156] MÖLLERS, 47 (Hervorhebung unterdrückt).

[157] MÖLLERS, 52.

[158] Vgl. zum Gesagten auch DE SOUSA SANTOS, 194 ff.

Notizen: