

NOMOSSTUDIUM

Mahlmann

Konkrete Gerechtigkeit

Eine Einführung in Recht und
Rechtswissenschaft der Gegenwart

6. Auflage



Nomos



Helbing
Lichtenhahn

NOMOSSTUDIUM

Prof. Dr. Matthias Mahlmann
Universität Zürich

Konkrete Gerechtigkeit

Eine Einführung in Recht und
Rechtswissenschaft der Gegenwart

6. Auflage



Nomos



**Helbing
Lichtenhahn**

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

ISBN 978-3-7560-0271-9 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-7489-3161-4 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-7190-4647-7 (Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel)

6. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur 6. Auflage

Das Buch führt in das Recht und die Rechtswissenschaft der Gegenwart ein. Es richtet sich an alle, die einen vertieften Einblick in die vielfältige Welt des Rechts suchen. Dies gilt gerade auch für diejenigen ohne fachjuristische Interessen, die sich aus politologischer, philosophischer, sozialwissenschaftlicher Perspektive oder einfach als interessierte, nachdenkliche Menschen mit Recht und Rechtswissenschaft vertraut machen wollen. Neben internationalen Rechtskreisen steht beispielhaft das Recht der Schweiz und Deutschlands im Zentrum der Erörterungen. Die durchgehend rechtsvergleichenden Perspektiven sind gerade für eine einführende Darstellung hilfreich, weil der Vergleich viele Rechtsgehalte und ihren Sinn sehr anschaulich macht. Die historischen, politischen, ökonomischen, religiösen und kulturellen Zusammenhänge, in denen Recht steht, werden dabei ebenso nachdrücklich reflektiert wie die philosophischen Fundamente zentraler Rechtsideen, weil nur so dieses faszinierende Phänomen menschlicher Zivilisation in seiner Komplexität erfasst werden kann.

Die Auseinandersetzung mit den Gehalten und der Legitimation wichtiger Errungenschaften der Rechtsentwicklung der Neuzeit, insbesondere des politischen Ordnungsmodells des demokratischen, grundrechtsgebundenen, international kooperierenden Rechts- und Verfassungsstaates ist von großer Wichtigkeit, nicht zuletzt, um sich in Zeiten weitreichender politischer Krisen und Herausforderungen der rechtszivilisatorischen Bedeutung dieses Ordnungsmodells kritisch zu vergewissern, um es gegen eine zunehmende Zahl von Feinden verteidigen zu können.

Auch die 5. Auflage dieses Buches aus dem vorletzten Jahr wurde mit großem Interesse aufgenommen. Es folgt nunmehr die 6. Auflage, die durchgesehen und aktualisiert wurde.

Ich danke meinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Nicole Nickerson, Stefano Statunato sowie Youlo Wujohktsang für die inhaltlichen Auseinandersetzungen und die redaktionelle Arbeit am Manuskript. Besonderer Dank geht an Nebojsa Mijatovic als Koordinator der Redaktion.

Zürich, 2022

Matthias Mahlmann

Aus dem Vorwort zur 5. Auflage

Ich danke meinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Pascal Meier, Nicole Nickerson, Lena Portmann, Hanna Stoll sowie Youlo Wujohktsang für die inhaltlichen Auseinandersetzungen und die redaktionelle Arbeit am Manuskript. Besonderer Dank geht an Nebojsa Mijatovic als Koordinator der Redaktion.

Zürich, 2020

Matthias Mahlmann

Aus dem Vorwort zur 4. Auflage

Ich danke meinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Matthias Hächler, Nebojsa Mijatovic, Angela Müller, Julia Stern und Youlo Wujohktsang sowie Anne Kühler für die inhaltlichen Auseinandersetzungen und die redaktionelle Arbeit am Manuskript.

Zürich, 2018

Matthias Mahlmann

Aus dem Vorwort zur 3. Auflage

Ich danke meinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Matthias Hächler, Nebojsa Mijatovic, Angela Müller, Nicole Nickerson, Nils Reimann, Julia Stern, Hanna Stoll und Youlo Wujohktsang sowie Anne Kühler für die inhaltlichen Auseinandersetzungen und die redaktionelle Arbeit am Manuskript.

Zürich, 2016

Matthias Mahlmann

Aus dem Vorwort zur 2. Auflage

Die Voraufgabe dieses Buches hat ermutigenden Anklang gefunden. Nach einem Nachdruck der ersten Auflage folgt jetzt die durchgesehene, aktualisierte und erweiterte 2. Auflage.

Ich schulde meinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Philipp Keller, Natalie Perino-Bowman, Gian-Flurin Steinegger, Julia Stern und Hanna Stoll sowie Matthias Hächler als Koordinator der Redaktion besonderen Dank für die Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts.

Zürich, 2015

Matthias Mahlmann

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Ich danke meinen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen Marcel Boller, Matthias Hächler, Philipp Keller, Ilona Paulke, Gian-Flurin Steinegger, Julia Stern und Hanna Stoll herzlich für die sehr engagierte Hilfe bei Recherche und redaktioneller Mitarbeit am Manuskript.

Zürich, 2014

Matthias Mahlmann

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	15
§ 1 Das sperrige Phänomen des Rechts	19
§ 2 Die unbequeme Notwendigkeit des Rechts	31
§ 3 Funktionen des Rechts	34
§ 4 Der Begriff des Rechts	40
§ 5 Die Architektur eines Rechtssystems	46
§ 6 Ordnungen des Rechts	64
§ 7 Das nationale Recht im internationalen Zusammenhang	144
§ 8 Methoden der Rechtswissenschaft	207
§ 9 Jura als Beruf	219
§ 10 Geschichte(n) und Zivilisationen des Rechts	221
§ 11 Recht als soziale Tatsache	230
§ 12 Recht, Wirtschaft, Politik, Religion	249
§ 13 Die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft	259
§ 14 Gerechtigkeit	264
§ 15 Menschenrechte und der ethische Anspruch des Rechts	273
§ 16 Das Recht in der Kunst	286
Literaturverzeichnis	289
Stichwortverzeichnis	299

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis	15
§ 1 Das sperrige Phänomen des Rechts	19
§ 2 Die unbequeme Notwendigkeit des Rechts	31
§ 3 Funktionen des Rechts	34
I. Bewahrung des Friedens	34
II. Schutz materialer Werte: Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit	35
III. Soziale Fürsorge und mitmenschliche Solidarität	36
IV. Umweltschutz	36
V. Gesellschaftliche Zusammenarbeit und effiziente Wirtschaft	36
VI. Gesellschaftliche Integration und kollektive Identität	37
VII. Rechtsfunktion und Rechtsform	38
§ 4 Der Begriff des Rechts	40
§ 5 Die Architektur eines Rechtssystems	46
I. Der Begriff des Rechtssystems	46
II. Rechtsquellen	46
1. Der Begriff der Rechtsquelle	46
2. Positives Recht	47
3. Gewohnheitsrecht	47
4. Richterrecht	48
5. Rechtswissenschaft	48
6. Private Rechtsetzung	49
7. Allgemeine Rechtsgrundsätze	49
8. Überpositives Recht und Rechtsethik	50
III. Die Struktur des Rechts	52
1. Objektives Recht und subjektives Recht, Kompetenznormen, Organisationsnormen und Wertaussagen	53
2. Rechtssubjekt und Rechtsobjekt	56
3. Rechtsverhältnis, rechtsgestaltende Akte und Realakte	57
4. Zwingendes Recht und dispositives Recht	58
5. Rechtsgüter	59
6. Formelles und materielles Recht	60
IV. Gesetz und Normenhierarchie	60
V. Dogmatik und Grundlagen des Rechts	61
VI. Die Sprache des Rechts	62
§ 6 Ordnungen des Rechts	64
I. Ein Leitmodell des Rechts	64
II. Staat	65
1. Staat als Rechtsbegriff und soziale Wirklichkeit	65
2. Staat und Staatsräson	66
3. Staat, Nation und internationale Ordnung	67
III. Souveränität	74
1. Souveränität zwischen Macht und normativer Begrenzung	74

2. Souveränität – Aspekte klassischer Begriffsbestimmung	75
3. Normlogischer Kosmopolitismus – „Civitas maxima“ statt Souveränität	78
4. Souveränität und die Herrschaft über den Ausnahmezustand	79
5. Normative Bändigung der Souveränität	81
6. Was bleibt vom Souveränitätsbegriff?	84
IV. Rechtsstaat	85
1. Probleme der Rechtsstaatlichkeit und <i>rule of law</i>	85
2. Die Zähmung der politischen Leidenschaften	86
3. Rechtsstaat als Handlungsform	89
4. Varianten der <i>rule of law</i>	91
5. Der Sinn formaler Rechtsstaatsprinzipien	93
6. Rechtsstaat und materiale Rechtsprinzipien	93
V. Verfassungsordnung	95
1. Was ist eine Verfassung?	95
2. Einwände und Probleme	98
3. Verfassungen in der Geschichte	100
4. Gesellschaftliche Verfassungen?	100
5. Verfassungsdurchsetzung	101
6. Problemlagen	102
7. Perspektiven	103
a) Verteidigung des Verfassungsstaates	103
b) Konstitutionalisierung internationaler Ordnung	104
VI. Sozialstaat	105
VII. Grundrechte	106
VIII. Demokratie	108
1. Die umkämpfte Idee der Demokratie	108
2. Begriff der Demokratie	110
3. Legitimation	112
4. Strukturprinzipien der Demokratie	115
5. Freiheit und die Vernunft der Urteilsbildung	120
6. Erhaltungsbedingungen der Demokratie	122
7. Perspektiven	124
8. Demokratie als Lebensform	124
IX. Föderalismus und Gewaltenteilung	126
1. Föderalismus	126
a) Schweiz	127
b) Deutschland	127
2. Gewaltenteilung	128
X. Inhalte des Rechts	130
1. Vielfalt und Rechtsprinzipien	130
2. Die Materien des Rechts	130
a) Öffentliches Recht	130
b) Privatrecht	131
c) Strafrecht	135
d) Europa- und Völkerrecht, Internationales Privatrecht	138
e) Abgrenzungen	139
XI. Gerichtsbarkeit und das skeptische Projekt der Rechtsstaatlichkeit	139

§ 7 Das nationale Recht im internationalen Zusammenhang	144
I. Transnationales Recht als eigenes Recht	144
II. Der Begriff des Europarechts	145
III. Europarat	146
1. Geschichte und Struktur	146
2. Europaratsabkommen	147
3. Die EMRK	148
a) Kerngehalte der grundrechtlichen Verbürgungen der EMRK	148
b) Geltungsbereich	149
c) Dynamische Auslegung der Konventionsgrundrechte	150
d) Die EMRK im Mehrebenensystem des internationalen Menschenrechtsschutzes	152
e) Durchsetzungsmechanismen der Konventionsrechte	153
f) Beispielhafte Grundlinien der Rechtsprechung des EGMR	154
g) Beschränkung der Konventionsgrundrechte	157
h) Geltungsrang der EMRK	158
i) Der EGMR und der nationalstaatliche Grundrechtsschutz	159
IV. Die supranationale Ordnung der EU	162
1. Politische Integration mit wirtschaftlichen Mitteln	162
2. Rechtsnatur	165
3. Die Institutionen der Europäischen Union	165
4. Kompetenzen der wichtigsten Organe der EU	166
a) Europäischer Rat	166
b) Rat der Europäischen Union	166
c) Kommission	167
d) Europäisches Parlament	167
e) Gerichtshof der Europäischen Union	168
5. Grundbegriffe des Unionsrechts	168
a) Unmittelbare Wirkung	169
b) Anwendungsvorrang	170
6. Wesentliche Inhalte des Unionsrechts	170
a) Die Grundrechtsordnung der Europäischen Union	170
b) Grundfreiheiten	173
aa) Grundfreiheiten und Unionsbürgerschaft	173
bb) Normativer Gehalt der Grundfreiheiten	174
cc) Adressaten der Grundfreiheiten	176
dd) Grundfreiheiten und Grundrechte	176
ee) Weitere Rechtsgebiete	177
7. Mitgliedschaft und bilaterale Assoziation	177
8. Warum Europa?	179
V. Völkerrecht	180
1. Begriff des Völkerrechts	180
2. Geschichte	181
3. Rechtsquellen des Völkerrechts	183
4. Monismus und Dualismus	183
5. Internationale Organisationen und die Vereinten Nationen	184
a) Begriff und Gestalt	184

b) Die Vereinten Nationen	185
aa) Organe	186
(1) Generalversammlung	186
(2) Sicherheitsrat	186
(3) Wirtschafts- und Sozialrat (ECOSOC)	186
(4) Sekretariat	187
(5) Internationaler Gerichtshof	187
(6) Treuhandrat	187
bb) Organgefüge und völkerrechtliche Institutionalisierung	187
6. Menschenrechte	188
a) Die Aporie der Menschenrechte?	188
b) Durchsetzung von Menschenrechten	191
aa) Charta-basierte Durchsetzungsmechanismen	191
bb) Vertragsbasierte Durchsetzungsmechanismen	193
cc) Durchsetzungsmechanismen und die vielfältigen Grundlagen von Recht	193
c) Der Einzelne als Subjekt des Völkerrechts	194
d) Die politischen und ethischen Wurzeln einer Menschenrechtskultur	194
VI. Internationales Strafrecht	196
VII. Internationales Wirtschaftsrecht	201
VIII. Internationale Streitbeilegung und Gerichtsbarkeit	204
§ 8 Methoden der Rechtswissenschaft	207
I. Norm und Verständnis	207
II. Die Vagheit der Sprache, die Unvollkommenheit und Lückenhaftigkeit des Rechts	209
III. Der Kanon der Auslegung	211
1. Wortlaut	211
2. Historische Auslegung	212
3. Systematische Auslegung	212
4. Teleologische Auslegung	212
5. Auslegung von Rechtsakten	213
6. Argumentationsformen und Auslegung	214
7. Methodenhierarchie oder Methodenpluralismus?	214
IV. Probleme der Rechtsfortbildung	214
V. Methodentheorie und die Internationalisierung des Rechts	216
VI. Methode und kritische juristische Argumentation	217
§ 9 Jura als Beruf	219
§ 10 Geschichte(n) und Zivilisationen des Rechts	221
I. Recht und Rechtszivilisationen in der Geschichte	221
II. Das Recht im Nachdenken über Geschichte – ein Beispiel	225
III. Entwicklungslinien des Rechts	226
IV. Geschichte, Tradition und Geltung	228

§ 11 Recht als soziale Tatsache	230
I. Normen als soziale Tatsachen	230
II. Aspekte und Bedeutung der Rechtssoziologie	231
III. Entstehung der Rechtssoziologie	232
1. Eugen Ehrlich	234
a) Rechtssoziologie und lebendes Recht	234
b) Rechtssoziologie und Rechtsanwendung	236
c) Lebendes Recht und normative Orientierung	237
2. Max Weber	237
a) Methode und Begriff	237
b) Weber und die Theorie der Moderne	240
3. Funktionalismus und Systemtheorie: Von Parsons zu Luhmann	241
4. Ambivalenz des Rechts: Habermas und die Theorie des kommunikativen Handelns	242
IV. Recht und Machtanalyse	243
V. Rechtspluralismus	243
VI. Theoretische, empirische und normative Rechtssoziologie	244
VII. Alternativen zum Recht	245
VIII. Recht und gesellschaftlicher Wandel	246
IX. Recht und gesellschaftliche Integration	246
§ 12 Recht, Wirtschaft, Politik, Religion	249
I. Recht und Wirtschaft	249
1. Drei Ansätze zum Verhältnis von Wirtschaft und Recht	249
a) Ökonomische Bestimmtheit des Rechts	249
b) Komplexe Beziehungen von Recht und Wirtschaft	250
c) Die ökonomische Analyse des Rechts	251
2. Die Ordnung von Wirtschaft durch Recht	252
a) Das Beispiel Wettbewerbsrecht	252
b) Menschenrechte und Ökonomie	253
II. Recht und Politik	254
1. Ein nüchterner Begriff des Politischen	254
2. Recht als Grenze der Politik	254
3. Recht als Ausdruck von Politik	255
III. Recht und Religion	256
1. Die Vielfalt der Beziehungen von Recht und Religion	256
2. Gründe für die Trennung von Recht und Religion	256
3. Recht als säkularisierte Religion?	257
§ 13 Die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft	259
I. Die Herausforderung	259
II. Der wissenschaftstheoretische Rahmen	259
III. Rationalitätsansprüche der Rechtswissenschaft	261
§ 14 Gerechtigkeit	264
I. Gerechtigkeitserfahrung und Zweifel am Gerechtigkeitsbegriff	264
II. Gerechtigkeit als Gleichheit	266
III. Gerechtigkeit und Ungleichheiten	269
IV. Verteilungsgegenstände	270

V. Arten der Gleichheit	271
VI. Gerechtigkeitstheorie und Praxis	272
§ 15 Menschenrechte und der ethische Anspruch des Rechts	273
I. Recht und Ungerechtigkeit	273
II. Grundrechte zwischen positivem Recht und ethischer Orientierung	273
III. Freiheit, Gleichheit, Menschenwürde und Solidarität	275
1. Freiheit	275
a) Der Begriff der Freiheit	275
b) Der Gehalt von Freiheitsrechten	276
c) Der Sinn der Freiheit	277
2. Gleichheit	277
a) Dimensionen des grundrechtlichen Gleichheitsschutzes	277
b) Formen der Gleichheit	278
3. Menschenwürde und Solidarität	279
IV. Relativismus oder Universalismus der Menschenrechte?	280
V. Gerechtigkeit jenseits der Menschenrechte	284
§ 16 Das Recht in der Kunst	286
Literaturverzeichnis	289
Stichwortverzeichnis	299

Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin (Schweiz)
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Aktiengesetz (Deutschland)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage (= ed., edition/éd., édition)
Bd.	Band (= vol., volume)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Schweiz)
BGer	Bundesgericht (Schweiz)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Schweiz)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHSt	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Deutschland)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Deutschland)
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
Can.	Canon
CAT	Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment (= Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe)
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (= Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau)
CH	Schweiz
CIC	Codex Iuris Canonici
CRC	Convention on the Rights of the Child (= Übereinkommen über die Rechte des Kindes)
CRPD	Convention on the Rights of Persons with Disabilities (= Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen)
D	Deutschland
D.	Digesten (des Corpus Iuris Civilis)
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders./dies.	derselbe/dieselbe
d.h.	das heisst
DSB	Dispute Settlement Body
E.	Erwägung
ECOSOC	Economic and Social Council (= Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen)
EFTA	European Free Trade Association (= Europäische Freihandelsassoziation)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
et al.	et alii (= und andere)
ETS/SEV	European Treaty Series/Sammlung der Europaratsverträge

Abkürzungsverzeichnis

EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EZV	Eidgenössische Zollverwaltung (Schweiz)
f./ff.	folgende/und folgende
Fn.	Fussnote
fr.	fragment (= Fragment)
GATS	General Agreement on Trade in Services (= Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (= Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen)
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Deutschland)
GenTSV	Verordnung über die Sicherheitsstufen und Sicherheitsmaßnahmen bei gentechnischen Arbeiten in gentechnischen Anlagen (Deutschland)
GG	Grundgesetz (Deutschland)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Deutschland)
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (Deutschland)
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GTG	Bundesgesetz über die Gentechnik im Ausserhumanbereich (Schweiz)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Deutschland)
Herv.	Hervorhebung
hrsg.	herausgegeben (= ed., edited)
Hrsg.	Herausgeber (= ed(s), editor(s))
IACHR	Inter-American Court of Human Rights (= Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte)
i.c.	in casu (= im vorliegenden Fall)
ICERD	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (=Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung)
ICPPED	International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (=Internationales Übereinkommen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen)
IGH	Internationaler Gerichtshof (= ICJ, International Court of Justice)
IGHSt	Statut des Internationalen Gerichtshofs
IKRK	Internationales Komitee vom Roten Kreuz
ILM	International Legal Materials
ILO	International Labour Organization (= IAO, Internationale Arbeitsorganisation)
IMG-Statut	Statut für den Internationalen Militärgerichtshof vom 8. August 1945
insb.	insbesondere
Inst.	Institutionen (des Corpus Iuris Civilis)
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO Pakt II)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Schweiz)

Abkürzungsverzeichnis

IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO Pakt I)
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
IStGH-Sta- tut	Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IWF	Internationaler Währungsfond
lit.	litera (= Buchstabe)
MEW	Marx-Engels-Werke
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Nationalrat (Schweiz)
NATO	North Atlantic Treaty Organization
n. Chr.	nach Christus
NGO	Non-governmental organization (= Nichtregierungsorganisation)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	numero (= Nr., Nummer)
o.	oben
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
Org.	Original
OSCE	Organization für security and Co-operation in Europe (Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa)
Para.	Paragraf (= para., paragraph)
pr.	principium (= Anfang)
RES	Resolution
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S	Ständerat (Schweiz)
s.	siehe
S.	Satz/Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Schweiz)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung/Süddeutsche Juristenzeitung (seit 1950 JZ, JuristenZeitung)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
sog.	sogenannt
SRG	Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft
StGB-CH	Strafgesetzbuch (Schweiz)
StGB-D	Strafgesetzbuch (Deutschland)
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Schweiz)
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
StPO-CH	Strafprozessordnung (Schweiz)
StPO-D	Strafprozessordnung (Deutschland)
StVG	Straßenverkehrsgesetz (Deutschland)
SVG	Strassenverkehrsgesetz (Schweiz)
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (= Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte am geistigen Eigentum)
u.	unten
u.a.	unter anderem

Abkürzungsverzeichnis

UN	United Nations (= Vereinte Nationen)
UNCh	Charter of the United Nations (= Charta der Vereinten Nationen)
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (= Organisation der Vereinten Nationen für Erziehung, Wissenschaft und Kultur)
usw.	und so weiter
v.	versus (= gegen)/von
v. Chr.	vor Christus
vgl.	vergleiche
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (Deutschland)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (Deutschland)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (Deutschland)
VwVG	Verwaltungsverfahrensgesetz (Schweiz)
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung) vom 11. August 1919
WTO	World Trade Organization (= Welthandelsorganisation)
WÜD	Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
z.B.	zum Beispiel
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO-CH	Zivilprozessordnung (Schweiz)
ZPO-D	Zivilprozessordnung (Deutschland)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
z.T.	zum Teil

§ 1 Das sperrige Phänomen des Rechts

Ein besonderes Merkmal menschlicher Kultur besteht darin, dass Menschen die Ordnung ihres Lebens an spezifischen, verbindlichen und mit Zwang durchgesetzten Regeln und damit an dem orientieren, was man gemeinhin *Recht* nennt. Recht bildet nichts weniger als ein Grundelement menschlicher gesellschaftlicher und geistiger Zivilisation. 1

Das Recht ist in der Geschichte verschiedenen Quellen entsprungen. Menschliche Gesellschaften waren den überwiegenden Teil der menschlichen Geschichte über nichtstaatliche Gesellschaften und so ist auch ihre verbindliche Ordnung durch nichtstaatliches Recht geprägt gewesen. Dieses Recht entstand aus praktischen Notwendigkeiten eines zu gestaltenden Lebens und geteilten Verbindlichkeitsüberzeugungen, wie Konflikte gelöst und in welchen Bahnen sich menschliches Leben zu entfalten habe. Die Ursprünge der Vorstellungen vom Gebotenen und Richtigen sind vielfältig. Eine historisch und gegenwärtig besonders wirkmächtige Quelle bilden religiöse Glaubenslehren: Zentrale Inhalte verschiedener Weltreligionen sind durch rechtliche Gebote geprägt, um deren Inhalte in schon manchmal Jahrtausende anhaltender Auslegungsarbeit gestritten wird. Aber auch aus innerweltlicher Perspektive wird seit langer Zeit über die Gehalte von Recht mit großer Eindringlichkeit nachgedacht, in immer neuen Anläufen, mit nicht zu verschweigenden, manchmal tragischen Rückschritten und dem wiederkehrenden Mut zum Neubeginn. Um manche Rechtelemente wurde dabei in der Vergangenheit, nicht zuletzt, aber auch nicht nur im religiösen Rahmen, mit letztem Ernst und manchmal sogar mit der Bereitschaft, für Rechtsüberzeugungen zu sterben und zu töten, gekämpft. 2

In der Neuzeit, aber auch schon in anderen Epochen, ist das Recht häufig mit staatlichen Ordnungen verbunden. In ihrem Rahmen wird es geschaffen, durchgesetzt und verändert. Diese staatlichen Ordnungen werden selbst durch Recht verfasst. In der Gegenwart sind überstaatliche Organisationsformen der internationalen Rechtsordnung von großer Bedeutung, wenn auch das Gemeinschafts- und Kulturübergreifende des Rechts keineswegs ein neues Phänomen ist, sondern eine Grundkonstante menschlicher Rechtszivilisation bildet. 3

In den entwickelten, einigermaßen rational gestalteten Rechtsordnungen stabiler Demokratien der Gegenwart wird der Existenz eines Rechtssystems nicht zu viel Aufmerksamkeit geschenkt. Das Recht ist ja, so scheint es, bestens vertraut und längst ein Stück kultureller Alltag geworden, sogar Teil der Populärkultur, von Fernsehserien und Filmen, eine Selbstverständlichkeit und deshalb eigentlich keines besonderen Aufhebens wert. Die Details mag man studieren müssen, wenn es der eigene Beruf oder ein bestimmter Anlass so will, aber das Ganze hat nichts weiter Geheimnisvolles: Solche Regeln müssen sein, die Menschen schaffen sie sich aus guten Gründen, wenden sie an und sorgen notfalls mit Zwang dafür, dass sie auch eingehalten werden. Der Prozess der Zivilisation aber, der Recht erzeugt hat, erscheint abgeschlossen. 4

Bei näherem Hinsehen erweist sich aber schnell, dass auch in entwickelten Rechtsordnungen der Gegenwart das Recht keineswegs ein so ganz umstandslos auszulotender, erledigter Gegenstand des Nachdenkens ist. Es schillert vielmehr manchmal in sehr überraschenden Farben. *Immanuel Kant* (1724–1804) hat in einem der einflussreichsten rechtsphilosophischen Beiträge der Moderne festgehalten: „Das Recht der Menschen muß heilig gehalten werden, der herrschenden Gewalt mag es auch noch so 5

große Aufopferung kosten“.¹ Wenn man über diese Einschätzung und ihren Wert für die Gegenwart nachdenkt, sollte man sie zunächst nicht als Ausdruck einer religiösen Konzeption des Rechts missverstehen. Kants Ethik ist säkular² und nichts anderes gilt für seine Rechtskonzeption. Sie stellt in keiner Weise eine Grundidee des modernen Rechts in Frage, dass nur ein religiös neutrales Recht einen Rahmen für verschiedene religiöse wie für agnostische oder atheistische Perspektiven schaffen kann, die in modernen pluralistischen Gesellschaften in großer Vielfalt unausweichlich nebeneinander bestehen. In der Formulierung geht es vielmehr darum, eine Metapher für höchste Wertschätzung zu bilden und in diesem Sinne ist sie für säkulare wie für religiöse Perspektiven auf das Recht von gleichem Belang.

- 6 Aber klingt sie nicht auch so verstanden für heutige Ohren merkwürdig altertümlich, pathetisch, komisch, vielleicht sogar ein wenig peinlich, als eine Übertreibung, eine Auffassung des Rechts aus einer anderen, ein wenig zur Verklärung von Dingen geneigten, aber längst und ohne Folgen für die Gegenwart vergangenen Zeit? Lassen sich nicht auch gute Gründe für eine zurückhaltende und skeptische Haltung gegenüber Kants Einschätzung der Bedeutung des Rechts ausmachen, jedenfalls aus heutiger Sicht?
- 7 Ein ganz offensichtlicher Grund dafür könnte sein, dass das Recht mit nüchternen Dingen befasst ist und sich durchaus nicht selten auf die Regelung von ganz banalen Gegenständen des menschlichen Lebens richtet. Dass die rechtliche Regelung des Straßenverkehrs, nützlich und unabdingbar wie sie zweifellos ist, erhalten könnte, eine Wertschätzung des Rechts wie von Kant ausgedrückt zu begründen, ist ganz sicher nicht ohne Weiteres ersichtlich. Auch Rechtsmaterien, die praktisch von großer Bedeutung sind, wie etwa das Kaufrecht, führen bei aller praktischen Bedeutung nicht zwangsläufig zu der Art von Hochachtung, wie sie Kant formulierte. Es geht im Alltag dieser Rechtsmaterien um vernünftigen Interessenausgleich, nicht um letzte und große, gar heilige Dinge.
- 8 Was ist an einer Norm wie Art. 110 Abs. 6 Satz 1 StGB-CH beeindruckend, der festhält: „Der Tag hat 24 aufeinander folgende Stunden“. Musste man das regeln? War zweifelhaft, ob der Tag 25 Stunden hat und ob nur jede zweite zählt? Gehen ausgerechnet in der Schweiz die Uhren anders? Ist jetzt auch alles geklärt? Was ist denn eine Stunde, was eine Minute und eine Sekunde? Müsste man nicht auch konsequenterweise festlegen, wenn man schon einmal beim Definieren ist, was hiermit gemeint ist, vielleicht sogar, welchen Zeitbegriff man zu Grunde legen will: eine objektive oder jene eigensinnige subjektive Zeit, in der lange Jahre kurz und wenige Momente sehr lang erscheinen können, wie Hans Castorp in sieben Jahren auf dem Zauberberg erfährt?³ Was ist mit Normen wie der Definition des Befalls einer Pflanze durch die San-Jose-Schildlaus nach § 4 Abs. 4 der deutschen San-Jose-Schildlaus-Bekämpfungsverordnung (SchildIV): „Eine Pflanze gilt als befallen, wenn sich an ihr mindestens eine San-Jose-

1 I. Kant, Zum Ewigen Frieden, in: ders., Kant's gesammelte Schriften. Herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften. Bd. VIII, 1923, S. 380.

2 I. Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, in: ders., Kant's gesammelte Schriften. Herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften. Bd. VI, 1914, S. 4: „Die Moral, sofern sie auf dem Begriffe des Menschen als eines freien, eben darum aber auch sich selbst durch seine Vernunft an unbedingte Gesetze bindenden Wesens gegründet ist, bedarf weder der Idee eines anderen Wesens über ihm, um seine Pflicht zu erkennen, noch einer anderen Triebfeder als des Gesetzes selbst, um sie zu beobachten.“

3 T. Mann, Der Zauberberg, 1924.

Schildlaus befindet, die nicht nachweislich tot ist“? Sind damit alle Fragen beantwortet? Was heißt z.B. „nachweislich“? Reicht der Augenschein („Das Biest rührt sich nicht mehr!“) oder muss die Laus mit modernen Bildgebungsverfahren durchleuchtet werden, um aufzuspüren, ob noch irgendwo ein Funken Leben glimmt? Gewinnen solche Regelungen der Welt des Rechts neue Freundinnen und Freunde hinzu? Oder wird anhand von solchen Produkten rechtlicher Arbeit bei Vielen der Zweifel an der Berechtigung von Kants Bemerkung vielleicht schon mit einem Schulterzucken zur Gewissheit, dass man über die fremde Welt des Rechts eben doch nur den Kopf schütteln kann?

Diese Art von nüchterner Betrachtung von Recht wird womöglich noch offensichtlicher 9
erscheinen, je mehr man sich mit den Details des Rechts beschäftigt und je mehr man erlebt, welche Fragen in diesen Details schlummern und wie schwierig es ist, von einem rechtlichen Text ausgehend zu bestimmten, rechtlich überzeugenden Lösungen für konkrete Einzelfälle zu gelangen. Man muss nicht nur Paragraphen und Artikel wälzen, sondern auch in häufig äußerst umfangreiche Kommentare von Gesetzen blicken, die deren Sinn erläutern und entfalten sollen, und sich in manchmal in über Jahrzehnte und vielleicht sogar darüber hinaus erstreckende Rechtsprechung vertiefen. Wer länger mit diesen Dingen befasst war, wer sich durch eine ganz gewöhnliche kaufrechtliche gerichtliche Streitigkeit, sei es als Anwalt, sei es als Richter oder Richterin, gekämpft hat, wird eine besonders wertschätzende Perspektive auf das Recht vielleicht nur mühsam mit seiner Alltagsarbeit verbinden können.

Das Recht ist zudem, auch das ist wichtig, nicht nur eine in seinen Regelungsbereichen 10
und in der Art seiner Anwendung häufig sachlich-technische Materie. Es kann – auch in manchmal sehr wichtigen Fällen – ein unwirksamer Versuch bleiben, menschliche Verhältnisse wirksam zu beeinflussen. Ein gutes Beispiel ist die Regulierungskraft des Völkerrechts. Es ist keineswegs selten, dass dieser wichtige Rechtsbereich dann, wenn es nach seinem friedens- und ordnungsstiftenden Zweck darauf ankommen würde, die entsprechende Steuerungswirkung gerade nicht entfalten kann. Ein Beispiel mag die jüngste Auseinandersetzung um die Krim, ihre Loslösung von der Ukraine und ihren Anschluss an Russland bilden. Das Völkerrecht spielt hier in den internationalen Diskussionen eine wichtige Rolle, etwa im Hinblick auf die Souveränität von Staaten oder die Möglichkeiten der Abspaltung von Bevölkerungs- und Territoriumsteilen durch eine Sezession. Es ist aber bisher nicht ersichtlich, dass das Völkerrecht das entscheidende Instrument bilden würde, um diesen Konflikt tatsächlich friedlich zu lösen. Im Gegenteil scheint auch hier einmal mehr die Politik zu bestimmen sowie die in der Politik ausgehandelten Interessenkonflikte und Machtfragen. Zugang zu Gas kann deshalb ein faktisch einflussreicherer Gesichtspunkt sein als der Gehalt des Völkerrechts.

Diese Art von beschränkter Wirksamkeit von rechtlichen Regelungen kann man selbst- 11
verständlich auch für andere Regelungsmaterien festhalten. Eine sogar klassische Beobachtung zur Wirklichkeit des Rechts, die schon Anfang des 20. Jahrhunderts formuliert wurde, betont gerade diese nur relative Wirksamkeit von Recht und unterstreicht, dass andere gesellschaftliche Normen eine ebenso große oder vielleicht sogar bedeutsamere Rolle spielen können als Recht.⁴

4 Vgl. E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, durchgesehen und hrsg. v. M. Rehbinder, 4. Aufl., 1989.

- 12 Das Recht ist mithin in weiten Zügen mit Alltagsfragen befasst, in seiner Praxis häufig eine nüchtern technische Angelegenheit und es kann unwirksam sein. Und noch etwas kommt hinzu, das entscheidend wichtig zu sein scheint, um die hochtrabend wirkende Formulierung Kants zur Bedeutung von Recht in vernünftiges Licht zu rücken: Recht kann wechselnde Inhalte haben. Manchmal erscheint es sogar als Wesenseigenschaft des Rechts, dass jeder Inhalt zu Recht gemacht werden könne:
- „Yet law-abiding scholars write:
Law is neither wrong nor right,
Law is only crimes
Punished by places and by times,
Law is the clothes men wear
Anytime, anywhere,
Law is Good-morning and Good-night.“
- 13 So hat es *W. H. Auden* (1907–1973) in einem bekannten Gedicht formuliert.⁵ Recht kann deswegen auch ungerecht sein. Es kann Inhalte verkörpern, die einen Anspruch auf Gerechtigkeit gerade nicht verkörpern. Es ist keineswegs so, dass Recht zwangsläufig dem Gerechten und ethisch Guten dienen würde. Darüber gibt die menschliche Geschichte hinlänglich Auskunft, nicht nur durch derartige Phänomene wie die stalinistischen Schauprozesse mit ihrem Höhepunkt im Jahr 1937 und die Administration des sowjetischen Gulag mit rechtlichen Mitteln mit ihren vielen Opfern oder die vielfältigen Formen von Unrecht im Nationalsozialismus in den Jahren 1933–1945 in Deutschland – von den rassistischen Urteilen gegen Juden, der Liquidierung des Widerstandes gegen das Nazi-Regime bis zu den Justizmorden im Rahmen der Kriegsgesichtsbarkheit. Aus jüngerer Zeit ist etwa das Apartheidssystem ein Beispiel für derartig ungerechtes Recht. Das Apartheidssystem wurde nicht zuletzt von einem entwickelten Rechtssystem getragen, das zudem durch gut ausgebildete Juristinnen und Juristen angewandt wurde. Wie der ehemalige Vizepräsident des südafrikanischen Verfassungsgerichtshofes in einem Vortrag prägnant formuliert hat: „Apartheid judges did not lack sound legal training.“⁶
- 14 Es gibt also eine ganze Reihe von Gründen, dem Recht mit einer gewissen skeptischen Zurückhaltung zu begegnen. Selbst da aber, wo es gerecht und inhaltlich wohl gerechtfertigt erscheint, Wirkung entfaltet und vielleicht sogar mit großen Dingen zu tun hat, wie etwa der Idee der Menschenrechte, der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit oder dem Ziel der Errichtung einer internationalen Ordnung, in der nicht Macht, sondern Recht das letzte Wort hat, liegt aus der Sicht vieler sehr einflussreicher Strömungen des Nachdenkens über seine Eigenarten ein in mancher Hinsicht am Ende doch ernüchterndes Licht über dem modernen Recht.
- 15 Um nur einige Beispiele zu nennen: In den Augen einer einflussreichen soziologischen Sicht, die von manchen in der Rechtswissenschaft geteilt wird, geht es im Recht nur scheinbar um die Verwirklichung von Ideen der Gerechtigkeit oder anderer normativer Maßstäbe wie Menschenrechte oder – mit ihnen verbunden – Demokratie. Tatsächlich sei das Recht ein gesellschaftliches System, dessen Funktionen nicht dadurch bestimmt seien, Zielen wie dem Wohl der Menschen zu dienen, sondern dadurch, das System

5 *W. H. Auden*, *Law Like Love*, in: *Collected Poems*, 1991, S. 263.

6 Vgl. *D. Moseneke*, *Beyond Apartheid – Prospects of South-African Constitutionalism*, Podcast vom 19.12.2013 abrufbar unter <www.rwi.uzh.ch/mahlmann>.

als solches zu erhalten. Entscheidend für die Form und den Inhalt von rechtlichen Normen ist deshalb ihre Funktion für die Selbsterhaltung, die Autopoiese, des Systems, für die die Menschen nur eine „Umwelt“ bildeten.⁷

Aus der Sicht der klassischen ökonomischen Analyse des Rechts geht es um die Realisierung ökonomischer Effizienz mit den Mitteln des Rechts. Nicht Ideen der Gerechtigkeit oder Würde sind aus dieser Sicht die wesentlichen Ankerpunkte der Gestaltung des Rechts, sondern die bestmögliche Verwirklichung von in Geldwerten ausdrückbaren Präferenzen von Individuen. Wenn Güter denjenigen zugutekommen, die am meisten für sie bezahlen würden, und zwar auch unter der Bedingung ursprünglich ungleicher Verteilung von finanziellen Mitteln, so eine Hauptthese, sei eine effiziente Güterverteilung erreicht.⁸

Eine neuere Strömung der ökonomischen Analyse des Rechts versucht, die Erkenntnisse einflussreicher psychologischer Theorien der Gegenwart zu rezipieren: Die menschliche Rationalität sei eine beschränkte Rationalität, die durch bestimmte systematisch begangene Irrtümer geprägt sei.⁹ Diese Art von Irrtümern, so eine wichtige These, beeinflusse auch das Recht und seinen Gegenstand. Das Recht sei nicht besser als diese beschränkte Rationalität, mit der es von den Menschen gestaltet werde. Deswegen müsse sich das Recht Aufschluss über diese Mechanismen verschaffen und versuchen, sie für vernünftige Ziele zu nutzen.¹⁰

Aus anderer Sicht ist das Recht Teil einer zufälligen, vorübergehenden, historisch bedingten Erzählung der Menschen, eines Narrativs, das in seinem kulturellen und sozialen Werden verstanden werden könne.¹¹ Jede Alternative dieses Narrativs sei aber selbst nur eine andere Geschichte, die erzählt werde, ohne dass letzte Gründe für die Berechtigung ihrer Sicht auf das Recht gegeben werden könnten. Gewohnheit, zufällige Tradition kann als Grundlage des Rechts erscheinen, wie Pascal schon im 17. Jahrhundert prägnant formuliert hat: „La coutume fait toute l'équité, par cette seule raison qu'elle est reçue.“¹²

Diese nicht nur, aber nicht zuletzt postmoderne Perspektive führt zu einer wichtigen These zu den Grundlagen von Recht und seiner wahren Natur, die immer wieder in der Geschichte des Nachdenkens über Recht als das Fundament angeführt wird, auf dem das Gebäude des Rechts errichtet werde, nämlich dass die letzte Grundlage von Recht die nackte Fähigkeit sei, sich gegen Widerstände von anderen in einer Gesellschaft durchzusetzen, sei es von Einzelnen, sei es von Gruppen von Menschen, sei es durch physische direkte Gewalt, sei es durch den Aufbau von Strukturen, in denen diese physische Gewalt verkörpert und institutionalisiert wird. *Hans Kelsen* (1881–1973) hat diesen Gedanken auf die berühmte Formulierung gebracht: Hinter der Maske des Rechts verstecke sich letztlich das „Gorgonenhaupt der Macht“.¹³

7 Vgl. *N. Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995.

8 Vgl. *R. Posner*, *Economic Analysis of Law*, 9th ed., 2014.

9 *D. Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2011.

10 Vgl. z.B. *R. H. Thaler/C. R. Sunstein*, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, 2009, S. 20 f.

11 *J. Derrida*, *Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority"*, in: *D. Cornell/M. Rosenfield/D. G. Carlson* (eds.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, 1992, S. 3 ff.

12 *B. Pascal*, *Pensées*, 2010, fr. 294: „Die Gewohnheit schafft die Gerechtigkeit, aus dem einzigen Grund, dass sie angenommen wird.“

13 *H. Kelsen*, *Diskussionsbeitrag*, *VVDStRL Bd. 3* (1927), S. 55.

- 20 Aus diesem Blickwinkel ist nicht nur die Vernünftigkeit des Rechts ungewiss, seine Gehalte sind auch moralisch zweifelhaft. Das Recht erscheint als Ausdruck, vielleicht sogar als willige Magd von Machtstrukturen und Machträgern der Gesellschaft. Nur die Auswahl der Machträger, Einzelne in einer Diktatur, einige Wenige in einer politischen oder wirtschaftlichen Oligarchie oder die Gesamtheit der Bürgerinnen und Bürger in einer Demokratie, und die Art der politischen Ziele dieser Machträger, wie auch immer orientiert, stehen dann zur Debatte, nicht aber die wohl begründbare Legitimität dieser Ordnung. Recht ist nicht das, was aus guten Gründen überzeugt, sondern das, was sich in Machtkämpfen am Ende (regelmäßig allerdings nur eine Zeitlang) behauptet.
- 21 Ein Recht, das nicht dem Wohlergehen von Menschen dient, sondern der Selbsterhaltung eines Systems; ein Recht, das die Befriedigung von in Geldwerten ausdrückbaren individuellen Vorlieben von denjenigen, die am meisten für den Genuss von Vorteilen bezahlen können, als Leitziel von Rechtsordnungen erhebt; ein Recht, das unvollkommene menschliche Rationalität widerspiegelt und von ihr zu einem gewissen Grade vielleicht sogar unüberwindbar geprägt bleibt; ein Recht, das Ausdruck historisch gesponnener Geschichten ohne tieferen Grund oder gar schlichter nackter, abstoßender Macht ist – kann dieses Recht wirklich „heilig“ genannt werden?
- 22 Der „Galilei der Geisteswissenschaften“¹⁴ Max Weber (1864–1920) hat in einer weltberühmt gewordenen Formulierung von der „Entzauberung“ der Welt gesprochen, die die Epoche der Moderne zwiespältig prägte.¹⁵ Durch die wissenschaftliche Rationalität habe die Welt, in der die Menschen lebten, ihren Zauber des Geheimnisvollen und Wunderbaren verloren, weil sie in wichtigen Zügen rational und nüchtern erklärt worden oder jedenfalls erklärbar geworden sei. Gilt dies nicht auch für das Recht? Sind die genannten Ansätze zur grundlegenden Erklärung von Recht nicht Beispiele (mehr könnte man anführen) für genau denselben Vorgang? Was in der Epoche der Aufklärung noch solche Bewunderung erregte, die Kant zu seiner Formulierung veranlasste, scheint heute seines besonderen Zaubers beraubt, weil nüchtern und rational erklärt als Funktion eines Systems, Mittel der effizienten Güterverteilung, Ausdruck unvollkommener Rationalität, historischer Prozess des zufälligen Werdens, träge übernommene Übung oder als Fassade von Macht und Gewalt.
- 23 Wie steht es also um das Recht? Was sind seine Grundlagen, was ist sein Kern, Ziel und Zweck? Teilt das Recht tatsächlich das Schicksal der ernüchternden Entzauberung mit der modernen Welt, deren Teil es ist, wie viele meinen?
- 24 Wenn man diese Fragen beantworten, wenn man sich dem Recht verstehend nähern und genauer begreifen will, was dieses bedeutende Zivilisationsphänomen ausmacht, muss man zunächst viele Einzelheiten genauer erfassen, Fachbegriffe kennenlernen und die mit ihnen ausgedrückten Ideen begreifen, konkrete Regelungen in großer Zahl aus dem Zivil-, Straf-, öffentlichen, dem Völker- oder dem Europarecht und anderen Rechtsmaterien studieren, die häufig genug sehr wichtige, intellektuell anspruchsvolle Fragen aufwerfen, und noch auf manchen anderen Wegen allmählich einen Überblick davon gewinnen, welche Regelungen das Recht einer Zeit eigentlich bilden – von den Gehalten eines Grundrechts wie der Meinungsfreiheit über die Voraussetzungen der Strafbarkeit für Diebstahl, die Bedingungen eines Vertragsschlusses bis zu den

14 K. Jaspers, *Schicksal und Wille. Autobiographische Schriften*, 1967, S. 33.

15 M. Weber, *Wissenschaft als Beruf*, in: ders., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hrsg. v. J. Winkelmann, 1988, S. 593 ff.

Rechtsfolgen eines Beschlusses des UN-Sicherheitsrats. Man muss auch die Methoden der Rechtsanwendung kennen und beherrschen lernen und so die zentrale Fähigkeit für jeden, der ernsthaft mit Recht arbeitet: nämlich sich mit neuen Rechtsmaterien vertraut machen zu können, denn das Recht ist nichts Unveränderliches, sondern im Gegenteil durch ständige Wandlung geprägt. Diese Methoden werfen sehr tiefgehende theoretische Herausforderungen auf, die am Ende zur Frage führen, ob Rechtsanwendung eigentlich eine rational beherrschte oder jedenfalls beherrschbare Tätigkeit ist oder nur mit dem hübschen Überzug von Vernünftigkeit kaschierte Willkür, Irrationalität und Politik. Das Recht ist dabei nicht nur ein Gedankengebäude, ein luftiges Gespinnst von Begriffen und Ideen, sondern eine Praxis, die das menschliche Leben unmittelbar bestimmt. Auch Erfahrung mit der Praxis des Rechts ist deshalb für das Verständnis von Recht von großer Bedeutung.

Man muss bei diesem Gang durch die Wirklichkeit des Rechts aber die Grundsatzfragen nach seiner eigentlichen Natur im Auge behalten, um sich nicht in Einzelheiten zu verlieren und mit ihnen den Blick auf fundamentale Eigenschaften des Rechts zu verstellen. Dies ist schon aus ganz praktischen Gründen wichtig, denn Antworten auf Grundsatzfragen des Rechts sind nicht nur wichtig, um zu begreifen, worum es beim Recht insgesamt geht, sie beeinflussen entgegen dem ersten Anschein auch die Lösung von konkreten Rechtsfragen, wie sich noch deutlich zeigen wird. 25

Dieses kleine Buch wird versuchen, Antworten auf diese Fragen nach Kern, Ziel und Zweck des Rechts zu finden und damit eine einführende Auskunft über die Gestalt des modernen Rechts zu geben, schon aufgrund seines Umfangs nicht lückenlos und enzyklopädisch, aber nützlich für jeden, der sich mit dem Recht befassen will und einen Überblick über sein unübersichtliches und sehr ausgedehntes Gelände sucht. Dass Kenntnisse des Rechts dabei nicht nur für Juristinnen und Juristen von Bedeutung sind, ist offensichtlich: „Law is however too important a thing to leave to lawyers“, wie einer der bedeutendsten Rechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts festgehalten hat.¹⁶ 26

Eine leitende Einschätzung, die diesem kleinen Buch unterliegt, lautet dabei, dass Kants Bemerkung keineswegs eine historisch zu erklärende Drolligkeit eines naiven Denkers bildet, die sich in der Gegenwart nicht einmal mehr als Ornament für geschwollene Festreden an rechtswissenschaftlichen Abschlussfeiern eignet. Sie will deutlich machen, warum Kants Bemerkung, ihre Wortwahl, ihr Tonfall ganz sicher aus einer ganz anderen Zeit stammt, in dieser Bemerkung aber, wenn man einen Sinn für Zwischentöne hat, etwas Wichtiges erfasst wird, nämlich ein Gespür für die nicht leicht greifbare, sperrige, schwierige, aber für das menschliche Leben außerordentlich wichtige zivilisatorische Größe des Rechts und die Bedeutung, die diesem besonderen Teil menschlicher Kultur deshalb zukommt. Deswegen ist dieses Buch auch eine kleine Verteidigungsschrift eines anspruchsvollen und ethisch orientierten Begriffs des Rechts – des Rechts als Element der geistigen Kultur der Menschen, als Grundlage ihres gesellschaftlichen Zusammenlebens und als Praxis derjenigen Juristinnen und Juristen und vielen anderen, die mit dem Recht befasst sind und die in letzter Instanz das Recht verwirklichen.¹⁷ 27

16 H. L. A. Hart, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, 1982, S. 192.

17 Vgl. M. Mahlmann, *Der politische Moment der Rechtsphilosophie*, in: *Rechtswissenschaft*, 2017, 8(2), S. 181–220.

- 28 Dieses Buch versucht, in verschiedenen Schritten den angestrebten orientierenden Einblick in die Welt des Rechts zu liefern, ohne zu behaupten, einen umfassenden Abriss dessen zu liefern, was man auch aus einleitender Perspektive zum Recht alles sagen könnte. Es strebt aber an, einige zentrale Aspekte des Rechts aufzugreifen und im Zusammenhang moderner Rechtskulturen zu erläutern. Dabei sind bestimmte Perspektiven von besonderer Bedeutung: Zunächst geht es darum, überhaupt zu klären, was unter Recht eigentlich zu verstehen ist. Dazu muss man einige Grundbegriffe, -funktionen und -strukturen, die modernen Rechtssystemen eigen sind, verständlich machen. Um dieses Ziel zu erreichen, ist in der Gegenwart eine internationale Perspektive von großer Wichtigkeit. Eine Einführung in das Recht kann heute keine Einführung nur in ein spezifisches nationales Rechtssystem bleiben, wenn sie auch bestimmte Schwerpunkte setzen muss, was in dieser Einführung nicht zuletzt in Bezug auf das Rechtssystem der Schweiz und Deutschlands geschehen wird, wobei die vergleichende Perspektive auf zwei, auf ihre unterschiedliche Weise erfolgreiche Rechtsordnungen, wie sich zeigen wird, viele fruchtbare Einblicke liefern kann. Denn diese Rechtssysteme, und das wird deutlich zu machen sein, sind in einen bestimmten internationalen Zusammenhang eingebettet, z.B. in die Völkerrechtsordnung in ihren universalen oder regionalen Geltungsbereichen. Zu Ersteren gehören etwa das System der UN oder bestimmte Konventionen, die universale Geltung besitzen, oder auch bestimmte Rechtsgrundsätze des Völkerrechts, die für alle Staaten Wirkung entfalten. Ein regionales System im europäischen Kontext ist beispielsweise der Europarat mit der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (EMRK). Die Schweiz und Deutschland sind Mitgliedstaaten des Europarates. Deutschland ist auch ein Mitgliedstaat der EU. Die Schweiz hat durch den eingeschlagenen bilateralen Weg ein sehr enges Netz von Beziehungen zur EU geknüpft, das eine besondere Art von Verhältnis mit dieser Ordnung begründet. Es soll vor Augen geführt werden, in welchem Sinne nationales Recht nicht nur neben internationalen Rechtskreisen existiert, sondern diese internationalen oder auch supranationalen Rechtsmassen das nationale Recht direkt formen. Das internationale Recht ist auf dem Weg verschiedener rechtlicher Mechanismen unmittelbarer Teil der nationalen Rechtsordnungen geworden. Recht ist heute substantiell internationalisiert und man wird die Realität, die Probleme und Perspektive des Rechts der Gegenwart nicht begreifen können, ohne diese substantielle Internationalisierung nachdrücklich zu reflektieren.
- 29 Ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt besteht darin, die Verbindung von Recht mit anderen Bereichen der menschlichen Zivilisation im Auge zu behalten. Die Gesellschaft beeinflusst das Recht, wird aber auch von diesem Recht gestaltet. Die Wirtschaft ist von großer Bedeutung für das Recht, wie das Recht zentral für die Strukturierung der Wirtschaft ist. Die Politik beeinflusst Recht unmittelbar, umgekehrt spielt das Recht gerade in der Gegenwart in den Verfassungsstaaten eine zentrale Rolle für die Grundlagen, Möglichkeiten und Grenzen von Politik. Ein seit jeher besonders wichtiger Faktor für das Verständnis von Recht ist Religion. Religionen sind mächtige kulturbildende Faktoren innerhalb der menschlichen Geschichte und die Bedeutung der Religionen für das Recht ist in den letzten Jahren durch verschiedene Entwicklungen eher größer geworden. Es stellt sich heute aus der Sicht vieler sogar sehr nachdrücklich die Frage, inwieweit etwa eine moderne Rechtsordnung tatsächlich konsequent säkular konzipiert werden kann und nicht im Inneren (wenn auch sich selbst säkular missverstehend) auf bestimmten religiösen Überzeugungen gegründet bleibt. Auch das Verhältnis von Recht und Religion wird deshalb zu klären sein. Das Recht

ist schließlich ein wichtiger Teil der menschlichen Kultur im engeren Sinne, nämlich als Teil der Kunstschöpfungen, in denen Menschen im ästhetischen Bild ihre eigene Existenz reflektieren, bewerten, hinterfragen und manchmal in Gegenentwürfen einer besseren Ordnung weiterzuentwickeln versuchen. Das Recht spielt dabei seit jeher, wie die großen Kulturschöpfungen der Antike zeigen, eine wichtige, herausgehobene Rolle und auch diese muss in einer Einführung in das Recht bedacht werden.

Das Recht ist eine historisch gewordene Zivilisationsleistung und deswegen ist seine Geschichte von großer Bedeutung für das Verständnis einer konkreten Rechtsordnung. Dabei geht es einmal um das konkrete Werden von bestimmten rechtlichen Phänomenen, aber auch darum, allgemein zu bedenken, in welcher Hinsicht Recht in den Gang menschlicher Geschichte eingeordnet werden kann. Ist das Recht womöglich ein Indiz dafür, dass die alte menschliche Hoffnung eingelöst werden könnte, dass die menschliche Geschichte unaufhaltsam in einem Fortgang zum Besseren begriffen sei?¹⁸ Ist diese Hoffnung zumindest in der Gegenwart berechtigt? Ist etwa durch den in vieler Hinsicht bedeutsamen rechtszivilisatorischen Neuanfang nach 1945, nach den vielfältigen Katastrophen des Zweiten Weltkrieges und den barbarischen Verbrechen, die in seinem Rahmen begangen wurden, der erste Schritt eines solchen Fortschreitens zu einem Besseren gemacht worden oder lehrt die Rechtsgeschichte im Gegenteil eine andere Perspektive, die vielleicht zurückhaltender, vielleicht pessimistischer, vielleicht sogar hoffnungslos und mit zynisch wegwerfendem Achselzucken formuliert werden muss?

30

Welchen wissenschaftlichen Wert hat eigentlich die Rechtswissenschaft? Ist sie vielleicht nur eine Scheinwissenschaft, die parasitär vom Nimbus der harten Wissenschaften wie der Physik lebt, die den Erkenntnisanspruch von Wissenschaft tatsächlich einlösen? Ist das Bemühen um Begriffe, Ideen und Systematik seit der Antike (und noch davor) ein vielleicht sogar stolzes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte oder nur eine uralte Selbsttäuschung derjenigen, die meinten, das Recht als Wissenschaft bearbeiten zu können? Auch das wird zu untersuchen sein.

31

Das Recht erscheint schließlich auf den ersten Blick selbstverständlich als eine ethisch orientierte menschliche Ordnung, eine Ordnung, die, wenn auch nicht in jeder womöglich pragmatisch und zweckrational orientierten Einzelregelung, aber doch im Großen und Ganzen auf das wie auch immer im Einzelnen genau bestimmte Gute und Gerechte ausgerichtet ist. Denn wer an Recht denkt, wird regelmäßig nicht nur an eine irgendwie geartete Ordnung menschlicher Verhaltensweisen denken, sondern an eine Ordnung, in der Gerechtigkeit eine konstitutive Rolle spielt. Das Recht ist die „Kunst des Guten und Gerechten“ – das ist ein Anspruch, der mit Recht seit Beginn der Reflexion über Recht verbunden wird.¹⁹ Damit wird eine große und schwierige Forderung formuliert. Es wird erstens ausgesagt, dass diese Art von ethischer Orientierung vom Recht eingelöst werden soll, und gleichzeitig angenommen, dass bestimmbar, erkennbar und rechtfertigbar sei, was denn eine gerechte Ordnung tatsächlich ausmache. Heute bilden Demokratie, Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit, Würde, Freiheit, Gleichheit oder sozialer Ausgleich zentrale Gesichtspunkte einer solchen ethisch orien-

32

18 I. Kant, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, in: ders., Kant's gesammelte Schriften. Herausgegeben von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Bd. VIII, 1923, S. 15.

19 Ulpian in D. 1.1.1 pr.: „[... N]am, ut eleganter Celsus definit, ius ars boni et aequi.“, zit. nach O. Behrends/R. Knütel/B. Kupisch/ H. H. Seiler (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung auf der Grundlage der von T. Mommsen und P. Krüger besorgten Textausgaben. Bd. II: Digesten 1–10, 1995.

tierten Ordnung. Die Frage wird zu stellen sein, inwieweit diese Art von Verbindung von Ethik mit Recht als gedankliches System und soziale Praxis tatsächlich besteht oder ob diese Verbindung gerade gelockert, vielleicht sogar gelöst werden muss, um den Zweck des Rechts zu erreichen. Denn ist nicht das moderne Recht geprägt von positivem, gesetztem Recht, so dass für rechtsethische Überlegungen daneben eigentlich kein Platz ist? Ist es nicht gerade ein Sinn dieses positiven Rechts, verlässliche Orientierung zu schaffen, die die schwankenden, unsicheren Gehalte der Ethik nicht herstellen können? Muss das positive Recht deswegen nicht von allen Bindungen an die Ethik befreit und aus sich selbst heraus verstanden werden? Das erscheint plausibel – aber kann eine konsequente Trennung von Recht und Moral wirklich gelingen? Ist die Bindung von öffentlicher Gewalt und Privaten durch positives Recht nicht notwendig abhängig von Voraussetzungen, die nicht dem positiven Recht selbst entstammen? Eine Grundbedingung der Wirkung von positivem Recht ist ja, dass die Personen, für die das Recht gilt, als Adressaten ebenso wie als Anwender das positiv gesetzte Recht als Leitschnur des Handelns überhaupt respektieren. Dies ist keineswegs selbstverständlich. Viele Staaten dieser Welt kennen positives Recht, das nur höchst unvollkommen geachtet wird. Das Völkerrecht ist in mancher Hinsicht davon geprägt, dass sich zumindest mächtige Staaten nicht an seine Gebote gebunden fühlen, wenn wichtige Interessen auf dem Spiel stehen. Warum erhält sich also eine Kultur des Rechtsrespekts? Normen, die Recht für verbindlich erklären, beantworten diese Frage nicht – denn warum gehorcht man ihnen? Ist es die Sanktionsmacht, die hinter Recht steht? Reicht diese aus? Oder bedarf es normativer Gründe, sich an Recht zu halten und sich als Individuum oder als Staat auf das schwierige Projekt der Mäßigung eigener Willkür durch Recht einzulassen? Wenn ja – woher stammen diese überzeugenden normativen Gründe?

- 33 Muss das positive Recht nicht auch einen feststehenden, erkennbaren, nicht im Belieben der Rechtsanwender stehenden und insofern objektiven Gehalt haben, um seine Ordnungsfunktion zu erhalten? Das scheint selbstverständlich so zu sein: Deswegen wendet man sich an Anwälte und bittet um Rechtsauskunft. Deswegen bemüht man Gerichte: Sie sollen einen Fall bewerten und zwar auf Grundlage des Rechts, so wie es gilt. Dass positives Recht tatsächlich einen solchen bestimmaren Gehalt hätte, wird von verschiedenen, hochangesehenen Theorien juristischer Auslegung aber gerade bezweifelt: Dekonstruktion, Verflüssigung und Relativierung der Bedeutung von Normen ist danach gerade das Ergebnis der aus mancher Sicht fortgeschrittensten Theorien der Interpretation von Normen.²⁰
- 34 Im methodischen Teil wird dies näher zu erläutern sein, um dann eine Gegenthese aufzustellen, die Rationalitätsstandards juristischer Auslegung verteidigt. Gerade wenn diese Gegenthese aber plausibel erscheint, es also jedenfalls im Prinzip bessere oder schlechtere, nicht nur unterschiedliche Auslegungen gibt und sich dafür gute hermeneutische sowie sprach- und erkenntnistheoretische Gründe anführen lassen, entfaltet sich das eigentliche Drama des positiven Rechts. Warum nämlich – gesetzt, es gibt gute Gründe für ein bestimmtes Verständnis des Rechts – lässt man diese Gründe gelten, warum folgt man ihnen in der rechtlichen Arbeit auch gegen eigene oder fremde Interessen, Vorteile oder Machtdruck? Das sind keine nur theoretischen Fragen, denn

20 Vgl. z.B. zur Diskussion *H. Kantorowicz* (unter dem Pseudonym *Gnaeus Flavius*), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906; *D. Kennedy*, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, 1997; *F. Müller/R. Christensen*, *Juristische Methodik*. Bd. I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., 2013.

die Praxis des Rechts lehrt in Geschichte und Gegenwart, dass auch schlechte Gründe für die Auslegung von Recht bestimmend werden können. Das Unheil beispielsweise, das mit dem Recht des Nationalsozialismus angerichtet wurde, wurzelt nicht zuletzt in Formen der Auslegung, die methodische Mindeststandards verletzen.²¹ Die Folter von Gefangenen in modernen Auseinandersetzungen mit Terrorismus wurde durch rechtliche Auslegungen legitimiert, die ebenfalls, wenn auch auf ganz anderem Niveau, Mindeststandards rechtlicher Auslegung missachteten.²² Um die Voraussetzungen der Wirksamkeit von positivem Recht zu schaffen, bedarf es deshalb entwickelter intellektueller Standards, die befähigen, gute Argumente zu erkennen, aber auch Gründe, die sicherstellen, dass guten Argumenten gefolgt wird. Das ist der Schlüssel zum Verständnis der Bedeutung eines Ethos der Rechtsanwendung, der wiederum nicht im positiven Recht selbst wurzelt, sondern es erst bedeutsam macht.

Ist die Rechtsethik zudem nicht auch für die Auslegung des positiven Rechts wichtig? Kann man eine Norm wie Art. 7 BV oder Art. 1 Abs. 1 GG, die beide die Menschenwürde schützen, auslegen ohne Rückgriff auf eine reflektierte Ethik, verstanden als normative Theorie des begründeten Werts der Menschen, die hilft, zu bestimmen, was diese, aus wenigen Begriffen bestehenden, aber allgemein als schlechthin konstitutiv für die betreffenden Rechtsordnungen insgesamt geltenden Normen eigentlich bedeuten? Ist es nicht hermeneutische Augenwischerei, zu behaupten, wie es manchmal geschieht, ohne solche theoretischen Fundamente rechtliche Gehalte gewinnen zu können, weil derartige Weichenstellungen der normativen Reflexion tatsächlich auch in solchen Ansätzen, die das Gegenteil versichern, für die Auslegung bestimmend sind, jedoch unausgesprochen bleiben? Gilt dies nicht auch für andere Normen des Rechts? Die Lösung strittiger, ganz konkreter Fälle, z.B. durch Interessenabwägungen, im Verwaltungs-, Straf- oder Privatrecht – erfolgt sie wirklich frei von Wertungen, die mehr oder minder offensichtlich immer wieder zumindest auch rechtsethisch orientiert sind? Nimmt man eine solche Verbindung ernst, heißt das nicht, dass Recht in unterschiedlichen persönlichen Moralvorstellungen aufgelöst werden dürfte. Respekt vor den Gehalten des positiven Rechts ist eine Grundbedingung eines Rechtsstaates und nicht zuletzt der Demokratie. Es geht nur darum, transparent und damit kritisierbar oder auch zustimmungsfähig zu machen, was in eine rechtliche Begründung an normativen Gesichtspunkten eingeht und welches ihr Ursprung ist.

35

Stellt sich nicht auch für das positive Recht die Legitimationsfrage, die Frage nach den Gründen, warum Rechtsnormen gerechtfertigt sind oder nicht? Die Inhalte des Rechts wechseln ohne Zweifel, aber besteht nicht der Anspruch, dass das Recht sinnvoll ist, nicht einfach „Good-morning and Good-night“, eine Laune ohne tieferen Grund? Spielen für die Beurteilung der Legitimation des Rechts rechtsethische Prinzipien nicht unausweichlich eine Rolle? Es gibt deswegen viele Hinweise, dass für die innere Verbindung von Recht und Ethik ernstzunehmende Gründe sprechen. Damit ist vielleicht sogar eine Hoffnung verbunden: Die Hoffnung nämlich, dass es beim Recht im Kern nicht zuletzt um Gerechtigkeit geht, genauer, in geglücktem Recht Gerechtigkeit konkret geworden ist.

36

Die Darstellung nimmt im Einzelnen folgenden Gang: Zunächst soll über die Notwendigkeit des Rechts nachgedacht werden, was ein erster Grund sein wird, nicht zu

37

21 I. Müller, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, 1987; B. Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 8. Aufl., 2017.

22 D. Cole, *The Torture Memos. Rationalizing the Unthinkable*, 2009.