

Die öffentliche Sittlichkeit im Kontext der Rechtsstaatlichkeit

Aisha Paloma Braun

DIKE 

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XLVII
Entscheidungsverzeichnis.....	XLIX
Bundesgericht	XLIX
Publizierte Entscheide	XLIX
Nicht publizierte Entscheide	LI
Bundesverwaltungsgericht.....	LII
Kantonale Entscheide	LII
UBI-Entscheide.....	LIII
Urteile des EGMR.....	LIII
Entscheide des UNO-Menschenrechtsausschusses	LV
Entscheide der WTO	LV
Urteile des deutschen Bundesverfassungsgerichts.....	LVI
Urteile des deutschen Bundesverwaltungsgerichts	LVI
Urteil des Bundesgerichtshofs	LVII
Urteile von Gerichten deutscher Bundesländer.....	LVII
Abkürzungsverzeichnis	LIX
Einleitung.....	1
Teil I: Öffentlich-rechtliche Rechtsquellen der «öffentlichen Sittlichkeit»	5
A. Einleitende Bemerkungen	7
Kapitel 1: Bundesebene	8
I. Verfassungsstufe.....	8
II. Gesetzesstufe.....	9
1. Verfahrensrecht.....	9
2. Gesetzgebung zu Radio- und Fernsehprogrammen.....	10
3. Arbeitsgesetz	10
4. Strafrecht	10
5. Nationale Gesetzgebung zu technischen Handelshemmnissen	12

Kapitel 2: Kantonsebene	13
I. Zielbestimmungen	13
II. Verfahrensrecht	13
III. Übertretungsstrafrecht	14
IV. Allgemeines Gewerbepolizeirecht	16
V. Spezielle Regelungen zum Gastwirtschafts-, Unterhaltungs- und Beherbergungsgewerbe sowie Bestimmungen zum Handel mit alkoholischen Getränken	17
VI. Regelungen zur Prostitution	19
VII. Erlasse zur Reklame	21
VIII. Bestimmungen, die ein besonderes Näheverhältnis zum Staat betreffen	23
1. Ordnungen zur Benutzung von Verwaltungsvermögen	23
2. Beurkundungs- und Notariatsersasse	24
3. Bestimmung zum ärztlichen Anzeigerecht	25
4. Internetnutzung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis	26
IX. Jugendschutz in der Arbeitswelt	26
X. Bewilligung von Bewachungsaufträgen	26
Kapitel 3: Staatsvertragsrecht	27
I. Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte	27
1. EMRK	27
2. Übereinkommen der UNO	28
2.1 Garantien des UNO-Pakt II	28
2.2 Jugendschutz des UNO-Pakt I	28
2.3 Korruptionskonvention	30
II. Handels-, Zoll- und Wareneinfuhrverträge	30
1. Freihandel auf europäischer Ebene	30
2. Freihandel unter den Mitgliedstaaten der WTO	30
3. Bilateraler Freihandelsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Japan	31
4. Zollwesen	32
5. Grenzkontrolle von Waren	32
III. Bilaterale Verträge zum gegenseitigen Schutz von Investitionen	32

B.	Fazit.....	35
I.	Verwendung des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit und desjenigen der (guten) Sitten.....	35
II.	Sittenpolizeiliche Vorschriften.....	35
1.	Allgemeines.....	35
2.	Öffentlichkeitsbegriff.....	36
III.	Wahrung der Sittlichkeit zum Schutz der Jugend.....	38
IV.	Öffentliche Sittlichkeit als einschränkendes Prinzip.....	38
Teil II:	Rechtsprechung zum öffentlich-rechtlichen Begriff der öffentlichen Sittlichkeit.....	41
A.	Vorbemerkungen.....	43
Kapitel 1:	Die öffentliche Sittlichkeit in der nationalen Rechtsprechung.....	44
I.	Einführende Worte.....	44
II.	Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	44
1.	Bundesgerichtliche Bestimmung de lege lata.....	44
2.	Öffentlich-rechtlicher Begriff der öffentlichen Ordnung.....	45
3.	Rechtsvergleichende Begriffsdefinition.....	47
4.	Ausrichtung am Beurteilungsmassstab der notwendigen Staatsgrundlagen.....	47
4.1	Volle Überprüfbarkeit aufgrund der Grundrechtsbindung	47
4.2	Schwerpunkte.....	49
5.	Gewichtung zugunsten des Beurteilungsmassstabs der herrschenden gesellschaftlichen Wertvorstellungen.....	51
5.1	Begründung eines Ermessensspielraums aufgrund der kulturellen und der religiösen Prägung des Begriffs.....	51
5.2	Schutzbereichsausschluss im Zusammenhang mit der Religionsfreiheit und Vereinnahmung der öffentlichen Sphäre.....	53
5.3	Tierschutz als Teilaspekt.....	54
6.	Sittlichkeitsschutz von privaten Interessen.....	54
III.	Kantonale Schwerpunkte.....	56
1.	Kriegsspiele.....	56
1.1	Grundrechtlicher Schutz von gewerbmässigen Paintball- Spielveranstaltungen.....	56
1.2	Rechtsvergleichende Perspektive: Verletzung der Gattungswürde durch die Veranstaltung von Laserdrome-Spielen.....	57

2.	Suizidhilfe.....	58
2.1	Leistung der Suizidhilfe an nicht am Lebensende stehende Personen.....	58
2.2	Rechtsvergleichende Perspektive: Geschäftsmässige Suizidhilfe.....	59
3.	Sitte und Anstand im Verfahren.....	60
IV.	Würdigung.....	62
1.	Identische Begriffsbestimmung der öffentlichen Sittlichkeit, der guten Sitten und der öffentlichen Ordnung	62
2.	Nationaler «margin of appreciation» zugunsten der Kantone	63
3.	Massgebende Definition der öffentlichen Sittlichkeit.....	64
4.	Divergierende Auffassungen zur Rechtsqualität von herrschen- den Moralvorstellungen.....	64
5.	Rechtsstaatliche Berichtigung eines Konsenses.....	66
6.	Teilgehalte der öffentlichen Sittlichkeit gemäss der nationalen Rechtsprechung	67
6.1	Gattungswürde.....	67
6.2	Tierschutz.....	68
Kapitel 2: Gesonderte Betrachtung der Rechtsprechung der UBI zur öffentlichen Sittlichkeit in Radio und Fernsehen gemäss Art. 4 Abs. 1 RTVG		69
I.	Einleitende Ausführungen.....	69
II.	Beschwerdeweg.....	70
III.	Minimalstandard der öffentlichen Sittlichkeit	72
1.	Begriffsbestimmung.....	72
2.	Pornografische oder sexuelle Darstellungen als Paradebeispiel einer Sittlichkeitsgefährdung.....	72
3.	Abgrenzung zu sexualisierten, entwürdigenden Darstellungen.....	74
4.	«Würde der Kreatur»	74
IV.	Würdigung.....	75
1.	Verfahrensrechtliche Aspekte	75
2.	Teilgehalt der «objektivrechtlichen Menschenwürde».....	76
3.	Schutz von Grundrechten über Art. 4 RTVG?	77
4.	Minimalstandards von Art. 4 Abs. 1 RTVG als Sittlichkeitsschutz ...	79
5.	Kognition der UBI.....	82
Kapitel 3: Rechtsprechung des EGMR		84
I.	Einleitende Bemerkungen	84

II.	Grundsatz des weiten «margin of appreciation» im Rahmen der Beurteilung sittlicher Fragestellungen	85
1.	Zuweisung der Begriffsdefinition und der Beurteilungskompetenz mit Bezug auf die Notwendigkeit in die Sphäre des Vertragsstaates	85
1.1	Obszönitäten: Handyside v. the United Kingdom und Müller and others v. Switzerland	85
1.2	Religiöse Ideologien: Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland	86
1.3	Tierschutz: Friend v. the United Kingdom.....	87
2.	Fehlender Konsens unter den Mitgliedstaaten des Europarates als bestimmendes Kriterium für den weiten Ermessensspielraum	87
2.1	Inzest: Stübing v. Germany	87
2.2	Kein positiver Schutz auf gleichgeschlechtliche Ehen: Hämäläinen v. Finland	88
2.3	Negativer Schutz auf Embryonenspende: Parillo v. Italy	89
III.	Grenzen des «margin of appreciation» bei der Beurteilung sittlicher Fragestellungen	91
1.	Kein dringendes soziales Bedürfnis (Notwendigkeit) zur Unterbindung von Informationen über die Abtreibung: Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland.....	91
2.	Homosexualität.....	92
2.1	Toleranz als Bestandteil des Kriteriums einer demokratischen Gesellschaft und Konsens unter den Mitgliedstaaten: Dudgeon v. the United Kingdom	92
2.2	Die Auslegung der Konventionsrechte einzig gestützt auf die herrschende sittliche Meinung als Überschreitung des weiten «margin of appreciation»: Alekseyev v. Russia, Bayev and others v. Russia und Beizaras and Levickas v. Lithuania	93
3.	Nichtanerkennung der Geschlechtsidentität im Rahmen der binären Geschlechterordnung als Verletzung der Menschenwürde: Goodwin v. the United Kingdom und I. v. the United Kingdom	95
IV.	Fazit und Würdigung	97
1.	Teilgehalte des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit.....	97
2.	Ursprüngliche Zielsetzung der Wahrung der Identität und der Souveränität der Vertragsstaaten	98
3.	Berücksichtigung der herrschenden Meinung	98
4.	Bedeutung des Konsenses unter den Mitgliedstaaten.....	99

5.	Kein Konsens und kein «margin of appreciation» bei einer Menschenwürdeverletzung.....	100
6.	Grundsätzlich weiter «margin of appreciation» im Rahmen der Güterabwägung.....	101
7.	Bewertungsmaßstäbe für den Rechtsgüterausgleich	102
8.	Konzeptionen der Toleranz im Rahmen der Rechtsprechung des EGMR	104
Kapitel 4: Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses.....		106
I.	Einleitende Bemerkungen	106
II.	General Comments.....	107
1.	General Comment No. 22 (1993)	107
2.	General Comment No. 34 (2011)	108
III.	Schwerpunkte	109
1.	Homosexualität.....	109
1.1	«Margin of discretion»: Hertzberg et al. v. Finland (1985)....	109
1.2	Nationaler Konsens als Leitplanke für die Auslegung der öffentlichen Sittlichkeit: Toonen v. Australia (1994)....	109
1.3	Diskriminierung aufgrund des Fehlens von vernünftigen und objektiven Kriterien: Fedotova v. Russian Federation und Nepomnyashchiy v. Russian Federation (2012/2018)....	110
2.	Unwürdige Erwerbstätigkeit: Wackenheim v. France (2002).....	111
3.	Abtreibungsverbot: Mellet v. Ireland (2016).....	112
4.	Religiös und weltanschaulich neutrale Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit: Waldman v. Canada (1999).....	113
5.	Antisemitismus im besonderen Näheverhältnis zum Staat: Ross v. Canada und Ernst Zündel v. Canada (2000/2003)	113
IV.	Würdigung und Fazit.....	115
1.	Rechtsgut der «public morals» im UNO-Pakt II	115
2.	«Margin of discretion»?.....	116
3.	Generelle Kriterien zur Einschränkung der Freiheitsrechte aufgrund der öffentlichen Sittlichkeit	117
4.	Bewertungskriterien einer Diskriminierung: «Objektivität», «Vernunft» und «legitime Zielsetzung».....	118
5.	Religiös und weltanschaulich neutrale Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit.....	119
Kapitel 5: Rechtsprechung der Spruchorgane der WTO.....		121
I.	Einführende Bemerkungen zur öffentlichen Sittlichkeit gemäss Art. XX (a) GATT 1994	121

II.	Begriffsbestimmung der öffentlichen Sittlichkeit	122
III.	Fallbeispiele	123
	1. China – Publications and Audiovisual Products (2010)	123
	2. EC – Seal Products (2014).....	125
	3. Colombia – Textiles (2016)	128
IV.	Fazit.....	132
	1. Begriffsdefinition der öffentlichen Sittlichkeit und entsprechende Zwecksetzung der umstrittenen Massnahme.....	132
	2. Notwendigkeit der Massnahme	133
	3. Erfordernisse des Chapeaus.....	134
B.	Vergleichendes Gesamtfazit	135
Teil III:	Zentrale dogmatische Fragen mit Bezug auf den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit im öffentlichen Recht.....	137
A.	Vorbemerkungen	139
Kapitel 1:	Bestimmtheitsgebot im Strafrecht und im allgemeinen öffentlichen Recht...	140
I.	Einleitende Worte	140
II.	Bestimmtheitsgebot im Strafrecht.....	142
	1. Allgemeine Ausführungen	142
	2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung.....	144
	3. Kritik.....	146
	4. Vereinbarkeit von kantonalen Strafrechtsnormen, die öffentliche Verstösse gegen «Sitte und Anstand» sanktionieren, mit dem Bestimmtheitsgebot	146
	4.1 Vorbemerkungen	146
	4.2 Dogmatische Qualifikation	148
	4.3 Bestimmtheitsgebot v. Analogieverbot mit Bezug auf kantonale Strafrechtsbestimmungen, die öffentliche Verstösse gegen «Sitte und Anstand» sanktionieren.....	156
	4.4 Fazit	161
III.	Das Bestimmtheitsgebot im Staats- und Verwaltungsrecht.....	161
	1. Ausgangslage insbesondere im kantonalen Recht.....	161
	1.1 Gemeinwesen als Tendenzbetrieb.....	162
	1.2 Kein besonderes Näheverhältnis zum Staat.....	166
	2. Definition des Bestimmtheitsgebots in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	167

3.	Relativierende Konkretisierung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	168
4.	Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	169
5.	Fazit	172
5.1	Mangelnde Vorhersehbarkeit	172
5.2	Überlegungen im Zusammenhang mit der Normzweck-Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	173
Kapitel 2:	Dogmatische Einordnung der Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit im öffentlichen Recht.....	176
I.	Einleitende Bemerkungen	176
1.	Öffentliche Sittlichkeit als Teilaspekt der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Interesses	176
2.	Gesetzesbegriff und Rechtsgut	177
II.	Gesetzesbegriff.....	177
1.	Öffentliche Sittlichkeit als unbestimmter Rechtsbegriff.....	177
2.	Definition des unbestimmten Rechtsbegriffs.....	179
3.	Ermessen.....	180
4.	Beurteilungsspielraum	182
4.1	Grundsätzliches.....	182
4.2	Bundesgerichtliche Rechtsprechung.....	183
4.3	Lehre	184
5.	Fazit	185
5.1	Prüfungsdichte des unbestimmten Rechtsbegriffs	185
5.2	Keine Eröffnung eines politischen Ermessens.....	186
5.3	Ergebnis	189
III.	Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit	190
1.	Fragestellung	190
2.	Begriffsbestimmung der öffentlichen Ordnung in der Lehre.....	192
2.1	Fleiner	192
2.2	Giacometti.....	192
2.3	Voight	194
2.4	Broggini	194
2.5	Jost	195
2.6	Wyss.....	196
2.7	Schefer	196
3.	Zwischenfazit.....	197
3.1	Ordnungsverstoss.....	197
3.2	«Empfindungen des Durchschnittsmenschen»	198

3.3	Normativer Begriff der Öffentlichkeit	199
3.4	Normative Geltung und praktische Wirksamkeit.....	201
4.	Verstoss gegen gesellschaftliche Wertvorstellungen als Schutz- gut der polizeilichen Generalklausel	202
4.1	Ausgangslage	202
4.2	Würdigung und Fazit	203
B.	Gesamtfazit	207
 Teil IV: Verwandte Begriffe aus der Privatrechtsordnung		209
A.	Einleitende Bemerkungen	211
Kapitel 1: «Öffentliche Ordnung und Sittlichkeit» in Art. 2 SchlT ZGB		213
I.	Begriffsgehalt	213
1.	Einleitende Bemerkungen.....	213
2.	Grammatikalische Auslegung.....	213
3.	Konkretisierung des Begriffs in der Rechtsprechung	215
4.	Kasuistik	216
II.	«Öffentliche Ordnung und Sittlichkeit» in Art. 2 SchlT ZGB als schweizerischer Ordre public?	219
1.	Urteil des OG ZH vom 5. Februar 2014	219
2.	Auffassungen in der Lehre.....	220
3.	Zwischenfazit	222
3.1	Zeitliche Wandelbarkeit eines «ethischen Gesellschafts- konsenses»	222
3.2	Grundsätzliche Verrechenbarkeit des «ethischen Gesell- schaftskonsenses»	223
III.	Rechtsnatur von Art. 2 SchlT ZGB	225
1.	Einleitende Bemerkungen	225
2.	Theorien zur Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privat- recht	226
3.	Qualifikation von Art. 2 SchlT ZGB.....	227
3.1	Subordinationstheorie	227
3.2	Sanktionstheorie.....	228
3.3	Interessentheorie	229
3.4	Funktionstheorie	231
3.5	Ergebnis	231
4.	Konsequenzen einer Qualifizierung von Art. 2 SchlT ZGB als öffentlich-rechtliche Norm.....	232
4.1	Bestimmtheitsgebot	232

4.2 Güterabwägung im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung.....	234
Kapitel 2: Begriff der öffentlichen Ordnung in Art. 19 Abs. 2 OR und Begriff der Sittlichkeit/guten Sitte aus Art. 19 Abs. 2/Art. 20 Abs. 1 OR.....	235
I. Die öffentliche Ordnung in Art. 19 Abs. 2 OR	235
1. Einleitende Bemerkungen.....	235
2. Lehrmeinungen.....	236
3. Zwischenfazit.....	237
3.1 Öffentliche Ordnung als «zwingende» Rechtssätze.....	237
3.2 Öffentliche Ordnung als Rechtsnormen und damit einhergehende rechtsethische Wertungen	239
II. Begriff der Sittlichkeit/guten Sitte in Art. 19 Abs. 2/ Art. 20 Abs. 1 OR.....	240
1. Einleitende Bemerkungen	240
2. Beispiele sittenwidriger Tatbestände	242
III. Verhältnis zwischen Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19 Abs. 2/ Art. 20 Abs. 1 OR.....	243
1. Lehrmeinungen	243
2. Würdigung	244
IV. Aktuelle Begriffsbestimmung	247
Kapitel 3: Konkretisierung von Generalklauseln	249
I. Herrschende Lehrmeinungen	249
1. Wertung im Einzelfall.....	249
2. Gewohnheitsrecht und Fallgruppenbildung.....	250
II. Würdigung.....	251
1. Flucht in die durch Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen	251
2. Schaffung «neuer» Normen durch Richterrecht	253
3. Keine ausschliessliche Begründung der neuen Norm in der Sitte oder der Konvention	254
4. Gefahr des naturalistischen Fehlschlusses.....	255
5. Seienssätze als Teil der Rechtsordnung.....	255
6. Wertungsvorgang.....	256
6.1 Delegationsfunktion der Generalklausel.....	256
6.2 Richtigkeitskontrolle.....	257
6.3 Empirische Erhebungen der öffentlichen Meinung	258

6.4	Religiös und weltanschaulich neutrale Wertung, die den gesellschaftlichen Zusammenhalt stärkt	259
7.	Ergebnis	260
Kapitel 4:	Sittengesetz im deutschen Recht	261
I.	Rechtsquelle	261
II.	Überpositive Normen v. Sozialmoral	261
III.	Vermittelnde Position: Soziologisch-empirische Normen, die sich an der Menschenwürde ausrichten	262
IV.	Menschenwürde als Begrenzung der Privatautonomie	263
V.	Spannungsfeld innerhalb des Menschenwürdebegriffs	264
B.	Fazit	265
I.	Individuelle Freiheit und gesellschaftliche Bindung	265
II.	Gemeinsame Betrachtung der Begriffe der öffentlichen Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung	265
III.	Herrschende Wertvorstellungen	267
IV.	Öffentlichkeitsbezug bzw. öffentliches Interesse	267
V.	Unterschiedliche Definitionskompetenzen	268
Teil V:	Gattungsethik als rechtstheoretischer Schwerpunkt einer Begründung des Rechtsguts der öffentlichen Sittlichkeit	269
A.	Ausgangslage	271
Kapitel 1:	Traditionelle Gattungswürdekonzption	273
I.	Einleitende Bemerkungen	273
II.	Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts	273
III.	Kritik in der deutschen Lehre	274
IV.	Vermittelnde Position	275
V.	Rechtsslage in der Schweiz	277
1.	Ungeschriebener Verfassungsgrundsatz der Gattungswürde	277
2.	Gattungswürde als Teil der objektivrechtlichen Schicht der Menschenwürde (Art. 7 BV)	279
2.1	Einleitende Worte	279
2.2	Objektives Menschenwürdeprinzip in der Rechtsprechung ...	280
2.3	Objektive Schicht der Grundrechte in der Lehre	281
2.4	Fazit	284
VI.	Geistesgeschichtlicher Hintergrund in der Philosophie Kants	285

1.	Einleitende Bemerkungen.....	285
2.	Objektformel	287
3.	«Zweck an sich selbst» dank verallgemeinerungsfähiger, d.h. sittlicher Autonomie	288
4.	Würde	289
4.1	Träger.....	289
4.2	Das Tier als Zweck an sich selbst?	290
4.3	Überordnung der Menschen sowohl im Rahmen einer relationalen als auch in einer absoluten Würdekonzepzion....	291
5.	Ergebnis.....	292
VII.	Kategorischer Imperativ in der Rechtstheorie?.....	293
1.	Vorbemerkungen.....	293
2.	Kants Begründung des Rechts.....	293
3.	Kantische Definition des allgemeinen Gesetzes der Freiheit	294
Kapitel 2:	Bewertung einer gattungsethischen Würdekonzepzion im Recht	297
I.	Grundsätzliche Unvereinbarkeit des kantischen «Rechts der Menschheit in unserer eigenen Person» mit der BV.....	297
1.	Gleiche Personenwürde	297
2.	Eherecht	297
3.	Tierschutz	299
4.	Instrumentalisierungsverbot aufgrund der sittlichen Autonomie der Person?	301
4.1	Menschenbildverbot in der Schweiz	301
4.2	Objektives Menschenbild der Verfassung in Deutschland	302
4.3	Würdigung	302
4.4	Objektiv-sittliche Autonomie v. subjektive Selbst- bestimmung?.....	308
II.	Spezialgesetzliche Verankerung des objektiven Menschenwürde- schutzes	311
1.	Einleitende Bemerkungen	311
2.	Diskriminierung und Aufruf zu Hass (Art. 261 ^{bis} StGB).....	312
2.1	Schutzgut	312
2.2	Keine Verrechenbarkeit.....	314
2.3	Grundrechtlich geschützte Verhaltensweisen	315
2.4	Begriff der faktischen Öffentlichkeit	318
B.	Fazit	321
Schlussbetrachtung	323