

Aisha Paloma Braun

Die öffentliche Sittlichkeit im Kontext der Rechtsstaatlichkeit

Aisha Paloma Braun

Die öffentliche Sittlichkeit
im Kontext der Rechtsstaatlichkeit

Die öffentliche Sittlichkeit im Kontext der Rechtsstaatlichkeit

Aisha Paloma Braun

DIKE 

BASLER DISSERTATION

Open-Access-Gold

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Publiziert von:

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

www.dike.ch

Text © Aisha Paloma Braun 2024

ISBN (Paperback): 978-3-03891-589-8 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)

ISBN (PDF): 978-3-03929-050-5

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-050-5>



Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



Vorwort

Als ich mich auf die Suche nach einem Dissertationsthema begab, hatte ich mich – mit Ausnahme der unsittlichen Verträge im Privatrecht sowie der «Peepshow»-Rechtsprechung des Bundesgerichts – nie mit dem Thema der öffentlichen Sittlichkeit befasst. Die Assoziationen, die ich zu diesem Thema hatte, waren vor allem mit einer obskuren Rechtslage verbunden, die ihre Relevanz überlebt hatte und in gesellschaftlichen Wertvorstellungen fusste, die überholt schienen. Erst anlässlich der anfänglichen Auseinandersetzung mit der Thematik eröffnete sich mir ihre ausserordentliche rechtsgebiets- und disziplinübergreifende Vielfalt, die sie sogleich zu einem äusserst attraktiven Thema für mich machte. Dies rührte nicht zuletzt daher, dass sie auch ein grosses Potenzial für Kontroversen bot. Obschon sittliche Fragestellungen insbesondere im öffentlichen Recht allgegenwärtig sind, werden sie kaum als solche bezeichnet. Mithin hat die Thematik der öffentlichen Sittlichkeit in der juristischen Literatur der letzten Jahrzehnte wenig bis keine Beachtung gefunden. Aus diesem Grund habe ich mich vertieft mit der älteren Rechtsprechung und Literatur auseinandergesetzt, was sich insbesondere auch in den verwendeten Quellen zeigt. Die Auseinandersetzung mit der rechtlichen Vergangenheit war indes unabdingbar, um den Kern meiner Fragestellung zu erfassen und der Thematik der Sittlichkeit im Recht eine neue Perspektive zu verleihen.

Diese Arbeit wäre freilich nicht möglich gewesen ohne die Unterstützung meines Erstbetreuers, Herrn Prof. em. Dr. iur. Felix Hafner, für den ich während dieser herausfordernden und spannenden Zeit als Assistentin tätig sein durfte. Mein Dank gebührt zudem meinem Zweitbetreuer, Herrn Prof. Dr. iur. Bijan Fateh- Moghadam, der mir wertvolle Anregungen für meine Arbeit lieferte und das Zweitgutachten verfasste. Schliesslich möchte ich auch gegenüber Herrn Prof. Dr. iur. Andreas Stöckli meinen Dank aussprechen, der als Experte an meiner Verteidigung mitwirkte.

Die vorliegende Abhandlung basiert auf der Dissertation, die im Herbstsemester 2022 an der Universität Basel angenommen worden ist, und berücksichtigt grundsätzlich die einschlägige Rechtsprechung und Literatur bis Juli 2023.

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XLVII
Entscheidungsverzeichnis.....	XLIX
Abkürzungsverzeichnis	LIX
Einleitung.....	1
Teil I: Öffentlich-rechtliche Rechtsquellen der «öffentlichen Sittlichkeit»	5
A. Einleitende Bemerkungen	7
Kapitel 1: Bundesebene	8
Kapitel 2: Kantonsebene	13
Kapitel 3: Staatsvertragsrecht	27
B. Fazit.....	35
Teil II: Rechtsprechung zum öffentlich-rechtlichen Begriff der öffentlichen Sittlichkeit	41
A. Vorbemerkungen	43
Kapitel 1: Die öffentliche Sittlichkeit in der nationalen Rechtsprechung	44
Kapitel 2: Gesonderte Betrachtung der Rechtsprechung der UBI zur öffentlichen Sittlichkeit in Radio und Fernsehen gemäss Art. 4 Abs. 1 RTVG	69
Kapitel 3: Rechtsprechung des EGMR	84
Kapitel 4: Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses.....	106
Kapitel 5: Rechtsprechung der Spruchorgane der WTO.....	121
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
Kapitel 2: Dogmatische Einordnung der Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit im öffentlichen Recht.....	176
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
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
Kapitel 3: Konkretisierung von Generalklauseln	249
Kapitel 4: Sittengesetz im deutschen Recht.....	261
B. Fazit.....	265
Teil V: Gattungsethik als rechtstheoretischer Schwerpunkt einer Begründung des Rechtsguts der öffentlichen Sittlichkeit	269
A. Ausgangslage	271
Kapitel 1: Traditionelle Gattungswürdekonzepion	273
Kapitel 2: Bewertung einer gattungsethischen Würdekonzepion im Recht	297
B. Fazit	321
Schlussbetrachtung	323

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 bundes- gerichtlichen 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 Gattungswürdekonzepion	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 Würdekonzption....	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 Würdekonzption 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

Literaturverzeichnis

- ACKERMANN JÜRIG-BEAT Lex certa et lex stricta, Vom schlechten Gewissen, begrenzenden Prinzipien und der unbändigen Freude am Gesetz, in: Schmid Jörg (Hrsg.), Hommage für Peter Gauch, Zürich et al. 2016, S. 5 ff.
- ACKERMANN JÜRIG-BEAT/
NIGGLI MARCEL ALEXANDER/
WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.) Strafrecht I+II, Strafgesetzbuch (StGB), Jugendstrafgesetz (JStG), 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BEARBEITER, BSK StGB)
- AEMISEGGER HEINZ Das Legalitätsprinzip, Überlegungen aus dem Blickwinkel des Bundesgerichts, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2017, S. 32 ff.
- ALEXY ROBERT Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: Der Staat 1990, S. 49 ff. (zit. Subjektive)
- DERSELBE Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 2006 (zit. Theorie)
- AUER MARIETTA Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005
- ARNET RUTH/BREITSCHMID PETER/
RUMO-JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.) Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB – PartG, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. BEARBEITER, HK ZGB)
- BACHOF OTTO Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in: JZ 1955, S. 97 ff.
- BALDUS MANFRED Kämpfe um die Menschenwürde, Die Debatten seit 1949, Berlin 2016
- BAUMANN MAX/DÜRR DAVID/
MARTI ARNOLD/
LIEBER VOLKER/SCHNYDER
BERNHARD (Hrsg.) Art. 1–7 ZGB, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung – Personenrecht, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. BEARBEITER, ZK ZGB)
- BEAUCAMP GUY/BEAUCAMP JAKOB Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 4. Aufl., Heidelberg 2019

- BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG Staat, Gesellschaft, Freiheit, Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1976 (zit. Staat)
- DERSELBE Menschenwürde als normatives Prinzip, in: JZ 2003, S. 809 ff. (zit. Menschenwürde)
- BOS GERHARD/RILEY STEPHEN Human Dignity, Internet Encyclopedia of Philosophy, 2022 (abrufbar unter [https:// iep.utm.edu/human-dignity/](https://iep.utm.edu/human-dignity/) [besucht am 9. Juli 2023])
- BRAUN KATRIN Die besten Gründe für eine kategorische Auffassung der Menschenwürde, in: Kettner Matthias (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, Frankfurt am Main 2004, S. 81 ff. (zit. BRAUN, Katrin)
- BRAUN PALOMA La théologie universitaire en Suisse, in: Messner Francis (Hrsg.), Les théologies à l'université, Statut scientifique et réglementation juridique de disciplines en quête d'identité, Strassburg 2022, S. 329 ff. (zit. BRAUN, Paloma)
- BROGGINI GERARDO Ordine pubblico e norme imperative quali limiti alla libertà contrattuale in diritto svizzero, in: Festgabe für Willhelm Schönenberger, überreicht von der rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg Schweiz, Zum 70. Geburtstag am 21. September 1968, Freiburg (Schweiz) 1968, S. 93 ff.
- BUCHER EUGEN Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1988
- BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. BEARBEITER, KUKO ZGB)
- BUMBACHER JAN ALEXANDER Die öffentliche Ordnung, eine Schranke der Freiheitsrechte, Diss. Zürich 1956
- BURCKHARDT WALTHER Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931
- BÜRGI URS/
BÜRGI-SCHNEIDER GUDRUN Kapitel 5, Öffentliches Personalrecht des Kantons Zürich / § 1–§ 5, in: Bürgi Urs/Bürgi-Schneider Gudrun, Handbuch Öffentliches Personalrecht, Zürich 2017, S. 525 ff.

- BÜRGIN MATTHIAS TILL Wen oder was schützt der Embryonenschutz?, Eine kritische Analyse des strafbewehrten Verbots der Forschung an menschlichen Embryonen im schweizerischen Stammzellenforschungsgesetz, Basel 2011
- BYDLINSKI PETER Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 3. Aufl., Wien 2018
- CAMPRUBI MADELEINE Ungeschriebene Grenzen der Rückwirkung von Rechtssätzen in der Schweiz, Unter besonderer Berücksichtigung der Rückwirkungsformel des Bundesgerichts, Bern 2020
- CARONI PIO Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel 1996
- CATTANEO MARIO A. Menschenwürde bei Kant, in: Seelmann Kurt (Hrsg.), Menschenwürde als Rechtsbegriff, Tagung der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), Schweizer Sektion Basel, 25. bis 28. Juni 2003, Stuttgart 2004, S. 24 ff.
- CLAYTON RICHARD/TOMLINSON HUGH The Law of human rights, 2. Aufl., Oxford 2009
- COHEN EMANUEL Im Zweifel für die Strafe?, Diss. Zürich 2015
- CORNELIUS KAI Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, Tübingen 2016
- CUENI RAPHAELA Schutz von Satire im Rahmen der Meinungsfreiheit, Zürich/St. Gallen 2019 (zit. Satire)
- DIESELBE EGMR Lacatus gegen die Schweiz vom 19. Januar 2021, in: Jusletter 19. April 2021 (zit. EMRK)
- DONATSCH ANDREAS/THOMMEN
MARC/
WOHLERS WOLFGANG Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017
- DREIER HORST Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz, in: Seelmann Kurt (Hrsg.), Menschenwürde als Rechtsbegriff, Tagung der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), Schweizer Sektion Basel, 25. bis 28. Juni 2003, Stuttgart 2004, S. 33 ff. (zit. Menschenwürde)

- DERSELBE Art. 1, in: Brosius-Gersdorf Frauke (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Art. 1–19, 4. Aufl., Tübingen 2023 (zit. GG)
- DÜRIG GÜNTER Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1, Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1956/1956, S. 117 ff. (zit. Menschenwürde)
- DERSELBE Gesammelte Schriften 1952–1983, In Verbindung mit Hartmut Maurer hrsg. von Walter Schmitt Glaeser / Peter Häberle, Berlin 1984 (zit. Gesammelte)
- DÜRIG GÜNTER/HERZOG ROMAN/
SCHOLZ RUPERT Grundgesetz, Kommentar, 95. Aufl., München 2021 (zit. BEARBEITER, GG)
- DWORKIN RONALD Taking rights seriously, Cambridge/Mass. 1978
- EGLI PATRICIA Drittwirkung von Grundrechten, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Zürich 2002
- EHRENZELLER BERNHARD Bildungsverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Band III: Verfassungsorgane/Verfahren/Bereichsverfassungen, Volume III: Organes constitutionnels Procédures Constitutions thématiques, Zürich 2020, S. 2209 ff.
- EHRENZELLER
BERNHARD/EGLI PATRICIA/
HETTICH PETER/ HONGLER PETER /
SCHINDLER BENJAMIN/
SCHMID STEFAN G. SCHWEIZER
RAINER J. (Hrsg.) Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. BEARBEITER, SGK)
- ELLSCHIED GÜNTER Das Paternalismusproblem im System der Kant'schen Moralphilosophie, in: Fateh-Moghadam Bijan/Sellmaier Stephan/Vossenkuhl Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, S. 182 ff.

- ENDERS CHRISTOPH Die Menschenwürde als normatives Prinzip: und ihre Bedeutung für den Embryonenschutz, in: Verf-Blog 2019/5/07 (zit. Menschenwürde)
- DERSELBE Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Zur Dogmatik des Art. 1 GG, Tübingen 2020 (zit. Verfassungsordnung)
- ENGI LORENZ Was heisst Menschenwürde?, Zum Verständnis eines Verfassungsbegriffs, in: ZBl 2008, S. 659 ff. (zit. Menschenwürde)
- DERSELBE Das Ausschöpfen eines Potenzials – Versuch einer Synthese, in: Ammann Christoph/Christensen Birgit/Engi Lorenz/Michel Margot (Hrsg.), Würde der Kreatur, Ethische und rechtliche Beiträge zu einem umstrittenen Konzept, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 353 ff. (zit. Ausschöpfen)
- DERSELBE Die religiöse und ethische Neutralität des Staates, Theoretischer Hintergrund, dogmatischer Gehalt und praktische Bedeutung eines Grundsatzes des schweizerischen Staatsrechts, Zürich 2017 (zit. Neutralität)
- ENGISCH KARL Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, Vortrag, gehalten beim 491. Stiftungsfest der Ludwig-Maximilian-Universität München am 6. Juli 1963, München 1963 (zit. Wahrheit)
- DERSELBE Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Stuttgart 2018 (zit. Einführung)
- ERBEL GÜNTER Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte, Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 2 Abs. I des Grundgesetzes, Berlin 1971
- FANKHAUSER ROLAND/BURCKHARDT THIERRY Sozialversicherungsoptimierte Nachlassplanung – Sittenwidrigkeit von Heim- oder Demenzklauseln?, in: Arnet Ruth/Eitel Paul/Jungo Alexandra/Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, S. 289 ff.

- FATEH-MOGHADAM BIJAN Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben, Rechtsethische Rahmenbedingungen für die Reform der Strafbarkeit der Suizidhilfe, in: Seitz Claudia/Straub Ralf Michael/Weyeneth Robert (Hrsg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Basel 2022, S. 915 ff. (zit. Selbstbestimmtes Sterben)
- DERSELBE Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, Zur strafrechtlichen Beobachtung religiöser Pluralität, Tübingen 2019 (zit. Religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts)
- DERSELBE Blinde Flecken der liberalen Paternalismuskritik, in: Fateh-Moghadam Bijan/Sellmaier Stephan/Vossenkuhl Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, S. 21 ff. (zit. Blinde Flecken)
- FLEINER FRITZ Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923 (zit. Bundesstaatsrecht)
- DERSELBE Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (zit. Institutionen)
- FORST REINER Toleranz im Konflikt, Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs, Berlin 2003
- FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI Einführung in das Recht, Bern 2012
- GAUCH/SCHLUEP/SCHMID Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 11. Aufl., Zürich 2020
- GEISER THOMAS Braucht es ein drittes Geschlecht?, Schweizerische Juristen-Zeitung 2019, S. 587 ff.
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.) Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, Basler Kommentar, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BEARBEITER, BSK ZGB I)
- GIACOMETTI ZACCARIA Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich ristampa del 1979 dell’edizione del 1941
- GIACOMETTI ZACCARIA/FLEINER FRITZ Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Nachdruck der Aufl. von 1949, Zürich 1976
- GOERLICH HELMUT Wertordnung und Grundgesetz, Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1973
- GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021

- GRAF DAMIAN K. Praxisänderung im Strafrecht, Zürich 2011
- GRUBERSKI THOMAS Das Entgeltlichkeitsverbot für Organe, Gewebe und Zellen im schweizerischen Transplantationsgesetz, Schutz der Menschenwürde?, in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2008, S. 192 ff.
- GUSY CHRISTOPH Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., Tübingen 2017
- GUTMANN THOMAS «Gattungsethik» als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst?, in: van Daele Wolfgang den/Breyer Friedrich (Hrsg.), Biopolitik, Wiesbaden 2005, S. 235 ff.
- GYGI FRITZ Verwaltungsrecht, Eine Einführung, Bern 1986
- HABERMAS JÜRGEN Erläuterungen zur Diskursethik, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1992 (zit. Diskursethik)
- DERSELBE Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main 1992 (zit. Faktizität)
- DERSELBE Die Zukunft der menschlichen Natur, Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, 5. Aufl., Frankfurt am Main 2018 (zit. Zukunft)
- DERSELBE Auch eine Geschichte der Philosophie, Die okzidentale Konstellation von Glauben und Wissen., Band 1+2, Berlin 2019 (zit. Geschichte)
- HAEBERLE PETER Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Zugleich ein Beitrag zum Institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl., Heidelberg 1983
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/
KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/
UHLMANN FELIX Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020
- HAFNER FELIX Die Beteiligung der Kirchen an der politischen Gestaltung des pluralistischen Gemeinwesens, Basel/Frankfurt am Main 1985 (zit. Beteiligung)

- DERSELBE Aufgaben der NGOs: Staatsaufgaben oder private Aufgaben?, in: Buser Denise (Hrsg.), Menschenrechte konkret, Die Rolle der lokalen NGOs, Referate des 1. Basler Menschenrechtssymposiums, Basel 2003, S. 153 ff. (zit. NGO)
- DERSELBE Staatsaufgaben und öffentliche Interessen, ein (un) geklärtes Verhältnis?, in: BJM 2004, S. 281 ff. (zit. Staatsaufgaben)
- DERSELBE Mehr Freiheit durch Anerkennung?, Anmerkungen zur öffentlichen Anerkennung von Religionsgemeinschaften, in: Human rights, democracy and the rule of law, Zürich 2007, S. 1001 ff. (zit. Anerkennung)
- DERSELBE Religionsfreiheit im Kontext der Menschenrechte, in: Loretan Adrian (Hrsg.), Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte, Zürich 2011, S. 121 ff. (zit. im Kontext)
- DERSELBE Religionsverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Band III: Verfassungsorgan/Verfahren/Bereichsverfassungen, Volume III: Organes constitutionnels Procédures Constitutions thématiques, Zürich 2020, S. 2328 ff. (zit. Religionsverfassung)
- HAFNER FELIX/BRAUN AISHA PALOMA Anstellungsverhältnisse bei Kirchen und Religionsgemeinschaften – unter besonderer Berücksichtigung der Verletzung religiöser Loyalitätspflichten, in: Stöckli Andreas/Kühler Anne/Hafner Felix/Pärli Kurt (Hrsg.), Recht, Religion und Arbeitswelt, Zürich 2021, S. 297 ff.
- HAFNER FELIX/ZURKINDEN NADINE/
REIMANN MARTIN, Die Trauung oder Einsegnung von homosexuellen Paaren –Glaubensgemeinschaften im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmungsrecht und Diskriminierungsverbot, in: Staat und Religion in der Schweiz des 21. Jahrhunderts 2020, S. 360 ff.
- HARTMANN MICHAEL Formale Rationalität und Wertfreiheit bei Max Weber, in: Zeitschrift für Soziologie 17/1988, S. 102 ff.
- HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB, Bern 2003

- HEGEL GEORG WILHELM FRIEDRICH Grundlinien der Philosophie des Rechts, Mit Hegels eigenhändigen Randbemerkungen in seinem Handexemplar der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Hamburg 1995
- HEGNAUER CYRIL/BREITSCHMID PETER Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000
- HEINZ HAUSHEER/
HANS PETER WALTER (Hrsg.) Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2012 (zit. BEARBEITER, BK ZGB I)
- HESSE KONRAD Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999
- HILGENDORF ERIC Die missbrauchte Menschenwürde, in: Byrd B. Sharon/Hruschka Joachim/Joerden Jan C. (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Der analysierte Mensch, Berlin 1999, S. 137 ff.
- HÖFFE OTFRIED Der kategorische Rechtsimperativ, «Einleitung in die Rechtslehre», in: Höffe Otfried (Hrsg.), Immanuel Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Berlin 1999, S. 41 ff. (zit. Metaphysische)
- DERSELBE Ist Kants Rechtsphilosophie noch aktuell?, in: Höffe Otfried (Hrsg.), Immanuel Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Berlin 1999, S. 279 ff. (zit. Aktuell)
- DERSELBE Sittlich-politische Diskurse, Philosophische Grundlagen. Politische Ethik. Biomedizinische Ethik, Berlin 2016 (zit. Sittlich)
- HÖFLER STEFAN Die Redaktion von Verweisen unter dem Aspekt der Verständlichkeit, in: LeGes 2015, S. 325 ff.
- HONSELL HEINRICH Was ist Gerechtigkeit?, Bern 2019
- HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/
KESSLER MARTIN A. Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013
- HÖRNLE TATJANA Grob anstössiges Verhalten, Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt am Main 2005

-
- HOTZ SANDRA Selbstbestimmung im Vertragsrecht, Unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung: rechtliche und kulturelle (Schweiz, Deutschland, Japan) sowie theoretische Perspektiven zu den Grenzen der Autonomie, Bern/Baden-Baden 2018
- HOTZ SANDRA/LÜDI MERET Vertraglich vereinbarter Sex gegen Entgelt ist nicht sittenwidrig, in: SG 2021, S. 283 ff.
- HUBER EUGEN Recht und Rechtsverwirklichung: Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, Basel 1921
- HUGUENIN CLAIRE Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019
- HÜRLIMANN BRIGITTE Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Zürich 2004 (zit. HÜRLIMANN, Brigitte)
- HÜRLIMANN ROLAND Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg, Schweiz 1984 (zit. HÜRLIMANN, Roland)
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/
SCHMID JÖRG Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016
- HUSTER STEFAN Die ethische Neutralität des Staates, Eine liberale Interpretation der Verfassung, Tübingen 2017
- HUWILER BRUNO Privatrecht und Methode, Bemerkungen aus Anlass des Buches von Ernst A. Kramer über Juristische Methodenlehre, in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 1999, S. 1 ff.
- ISENSEE JOSEF Die alten Grundrechte und die biotechnische Revolution, Verfassungsperspektiven nach der Entschlüsselung des Humangenoms, in: Bohnert Joachim/Gramm Christof/Kindhäuser Urs/Lege Joachim/Rinken Alfred/Robbers Gerhard (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, Berlin 2001, S. 243 ff.
- JELLINEK GEORG Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1921

- JOSEPH SARAH/CASTAN MELISSA International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials, and Commentary, 3. Aufl., Oxford 2013
- JOST ANDREAS Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Bern 1975
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG The law of international human rights protection, Oxford 2019
- KAMANABROU SUDABEH Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, in: Archiv für die civilistische Praxis 2002, S. 662 ff.
- KANT IMMANUEL Kritik der reinen Vernunft, Hamburg 1956 (zit. Kritik)
- DERSELBE Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 7. Aufl., Hamburg 1994 (zit. Grundlegung)
- DERSELBE Metaphysik der Sitten, 18. Aufl., Frankfurt am Main 2017 (zit. Metaphysik)
- KARLEN PETER Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. Verwaltungsrecht)
- DERSELBE Der offene Religionsbegriff im säkularen Staat, in: Hänni Julia/Heselhaus Sebastian/Loretan Adrian (Hrsg.), Religionsfreiheit im säkularen Staat, Aktuelle Auslegungsfragen in der Schweiz, in Deutschland und weltweit, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2019, S. 97 ff. (zit. Religionsbegriff)
- KAULBACH FRIEDRICH Studien zur späten Rechtsphilosophie Kants und ihrer transzendentalen Methode, Würzburg 1982
- KELLENBERGER JAKOB Humanitäres Völkerrecht, Stuttgart et al. 2010
- KELSEN HANS Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, Tübingen 1914 (zit. Grundlegung)
- DERSELBE Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Vortrag, gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien, Nachdruck der Aufl. von 1911, Aalen 1970 (zit. Grenzen)
- DERSELBE Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1992 (zit. Reine)

-
- DERSELBE Was ist Gerechtigkeit?, Stuttgart 2016 (zit. Gerechtigkeit)
- KESHELAVA TORNIKE Der Methodenpluralismus und die ratio legis, Eine sprachkritische Untersuchung, Basel 2012
- KESTEMONT L. Handbook on legal methodology, From objective to method, Diss. Cambridge 2018
- KETTIGER DANIEL Nackte (Rechts-)Tatsachen zur strafrechtlichen Verfolgung des Nacktwanderns, in: Jusletter 23. Februar 2009
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KLEY ANDREAS § 25 Staatsleitende Prozesse ausserhalb der Rechtsetzung, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina, Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2021, S. 389–404
- KLEY VOLKER Keine Strafe ohne Gesetz, Berlin et al. 1983
- KNELL SEBASTIAN Essay: Künstliche Intelligenz und menschliche Würde – ein aporetisches Verhältnis?, in: Zeitschrift für Ethik und Moralphilosophie (ZEMO) 5, 2022, S. 203–229 (abrufbar unter <https://doi.org/10.1007/s42048-022-00127-w> [besucht am 9. Juli 2023])
- KÖBRICH TIM Rechtsetzung durch Private – unter besonderer Berücksichtigung der Verweisungspraxis im kantonalen Rettungswesen, in: LeGes 2014, S. 57 ff.
- KOLLER ALFRED OR AT, Band I, Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 5. Aufl., Bern 2023
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013
- KRAMER ERNST A. Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019
- KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS Bundesgerichtspraxis zum allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 2003
- KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS/PERRIG ROMAN Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016

- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/SOMMER
JESSICA KIM Department für Privatrecht – Unsittlich oder nicht?,
in: Kunz Peter V./Weber Jonas/Lienhard Andreas/
Fagnoli Iole/Kren Kostkiewicz Jolanta (Hrsg.),
Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechts-
wissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern
für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern
2014, S. 57 ff.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/
STEPHAN WOLF/AMSTUTZ MARC/
FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.) Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli
Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. BEARBEITER,
OFK ZGB)
- KÜHLER ANNE Lebensformenpolitik und die Privilegierung der
Ehe im Licht staatlicher Neutralität, Eine Diskus-
sion am Beispiel des Zugangs zur Fortpflanzungs-
medizin, in: Bannwart Bettina/Cottier Michelle/
Durrer Cheyenne/Kühler Anne/Küng Zita/Vogler
Annina (Hrsg.), Keine Zeit für Utopien?, Perspek-
tiven der Lebensformenpolitik im Recht, Zürich
2013, S. 45 ff.
- LACKERMAIR MARKUS Hybride und Chimären, Die Forschung an Mensch-
Tier-Mischwesen aus verfassungsrechtlicher Sicht,
Tübingen 2017
- LOACKER LEANDER D./
CAPAUL GIAN ANDRI Besprechung des Entscheids des Obergerichts des
Kantons Aargau, 3. Kammer, vom 29. März 2021,
Die Praxis des Familienrechts 2021, S. 763 ff.
- LUDWIG BERND Aufklärung über die Sittlichkeit, Zu Kants Grund-
legung einer Metaphysik der Sitten, Frankfurt am
Main 2020
- LUHMANN NIKLAS Normen in soziologischer Perspektive, in: Soziale
Welt 20/1969, S. 28 ff. (zit. Soziale)
- DERSELBE Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen
Gesellschaft, in: Rechtslehre 4/1973, S. 131 ff.
- DERSELBE Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main
1993 (zit. Gesellschaft)
- DERSELBE Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur
Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt am
Main 1999 (zit. Ausdifferenzierung)
- DERSELBE Rechtssoziologie, 4. Aufl., Wiesbaden 2008
(zit. Rechtssoziologie)

- LUTFULLIN TIMUR Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot und Mengenbegriffe, Eine Studie zur Verfassungskonformität von rein quantitativen Begriffen im Strafrecht, Baden-Baden 2018
- MÄCHLER-ERNE Art. 17 IPRG, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Internationales Privatrecht, IPRG, 4. Aufl., Basel 2021
- MONICA/WOLF-METTIER SUSANNE
- MAEDER STEFFAN Dem Legalitätsprinzip die Hosen heruntergelassen, in: Jusletter 11. Juni 2012
- MAGNIN JOSIANNE Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung, Zürich 2017
- MAHLMANN MATTHIAS Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2008 (zit. Elemente)
- DERSELBE Die Garantie der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung, in: AJP 2013, S. 1307 ff. (zit. Menschenwürde)
- DERSELBE Konkrete Gerechtigkeit, Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart, 6. Aufl., Baden-Baden 2023 (zit. Gerechtigkeit)
- MALINVERNI GIORGIO/FLÜCKIGER Droit constitutionnel suisse, 4. Aufl., Bern 2021
- ALEXANDRE/HERTIG RANDALL MAYA/
HOTTELLIER MICHEL
- MARTI ARNOLD Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Schaffhausen, Insbesondere die allgemeine Verwaltungsgerichtsbeschwerde, Zürich 1986 (zit. Verwaltungsgerichtsbarkeit)
- DERSELBE Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung – Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols?, in: AJP 2002, S. 1154 ff. (zit. Aufgabenteilung)
- DERSELBE Verhältnis von Föderalismus und Rechtsstaatlichkeit, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Grundlagen/Demokratie/Föderalismus, Band I, Zürich 2020, S. 595 ff. (zit. Föderalismus)

- MASTRONARDI PHILIPPE Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Grundrechte, Berlin 1978
- MEAKIN JACK Questionable neutrality, Personal values in judicial adjudication, in: Febbrajo Alberto (Hrsg.), Law, legal culture and society, Mirrored identities of the legal order, London/New York 2019, S. 121 ff.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR Der Richter als Gesetzgeber, Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereich der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1951 (zit. Richter I)
- DERSELBE Der Richter als Gesetzgeber, zur rechtspolitischen Komponente richterlicher Tätigkeit, in: Kummer Max/Walder Hans Ulrich (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr. iur. Max Guldener, Zürich 1973, S. 189–206 (zit. Richter II)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/RIEMER
HANS MICHAEL/SPÜHLER KARL (Hrsg.) Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar, Bern 1991 (zit. BEARBEITER, BK OR)
- MERKI PETER Die strafrechtliche Behandlung der Unzucht mit Tieren (besonders in der Schweiz), Diss. Zürich 1947
- MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM
MARTIN/
RAUMER STEFAN VON (Hrsg.) Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK, Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2023 (zit. BEARBEITER, HK EMRK)
- MILL JOHN STUART On liberty, Waiheke Island 2009
- MINNIG YANNICK Grundfragen mehrfacher Verpflichtungsgeschäfte, Diss. Zürich 2017
- MOECKLI DANIEL § 31 Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina, Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, S. 495–516
- MOLINARI EVA MARIA Die Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung, Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung der subjektivrechtlichen Grundrechtsfunktion, Diss. Freiburg 2017, Zürich 2018

-
- MÖLLERS THOMAS M. J. Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023
- MOREILLON LAURENT/MACALUSO ALAIN/
QUELOZ NICOLAS/DONGOIS NATHALIE (Hrsg.) Code pénal I, Commentaire romand, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BEARBEITER, CR CP)
- MORF ROGER PETER Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2011
- MOSIMANN PETER/UHLMANN FELIX Kunst und Grundrechte, in: Mosimann Peter/
Renold Marc-André/Raschèr Andrea F. G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht, Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 113 ff.
- MÜLLER GEORG Zulässigkeit der begünstigenden Rückwirkung, in: ZBl 118/2017, S. 268 ff. (zit. MÜLLER, Georg)
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- MÜLLER JÖRG PAUL Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964 (zit. MÜLLER, Jörg Paul, Persönlichkeitsschutz)
- DERSELBE Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. MÜLLER, Jörg Paul, Elemente)
- DERSELBE Die demokratische Verfassung, Von der Selbstbestimmung der Menschen in den notwendigen Ordnungen des Zusammenlebens, 2. Aufl., Zürich 2009 (zit. MÜLLER, Jörg Paul, Verfassung)
- DERSELBE Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. MÜLLER, Jörg Paul, Verwirklichung)
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008
- MÜLLER MARKUS Das besondere Rechtsverhältnis, Ein altes Rechtsinstitut neu gedacht, Bern 2003 (zit. MÜLLER, Markus, Rechtsverhältnis)

- DERSELBE Neutralität als Verfassungsgebot?, Der Staat und religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, in: Walter Christian (Hrsg.), Machtverschiebungen, Berlin 2022, S. 252 ff. (zit. MÜLLER, Markus, Neutralität)
- MUTZNER PAUL Schlusstitel: Anwendungs- und Einführungsbestimmungen, 1. Abschnitt: Art. 1–50, 2. Aufl., Bern 1926
- NEUMANN ULFRID Die Menschenwürde als Menschenbürde, – oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet, in: Kettner Matthias (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, Frankfurt am Main 2004, S. 42 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER Zur Unschärfe des Strafrechtes, seiner Funktion und der Bedeutung von Rechtsgütern, in: ZStrR 1999, S. 84 ff. (zit. Unschärfe)
- DERSELBE Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG mit Rücksicht auf das «Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung» und die entsprechenden Regelungen anderer Unterzeichnerstaaten, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. Rassendiskriminierung)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/
PROBST THOMAS/
WALDMANN BERNHARD (Hrsg.) Strassenverkehrsgesetz (SVG), Basler Kommentar, Basel 2014 (zit. BEARBEITER, BSK SVG)
- NOLL PETER Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973
- NOWLIN CHRISTOPHER The Protection of Morals under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, in: Human Rights Quarterly Vol. 24/2002, S. 264 ff.
- OTTO GERHARD Asymmetrie zwischen Sein und Sollen, Bemerkungen zur Begründung der deontischen Logik, in: Klug Ulrich/Ramm Thilo/Rittner Fritz/Schmiedel Burkhard (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht, Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, Berlin/Heidelberg 1978, S. 162 ff.
- PEDRAZZINI MARIO M./
OBERHOLZER NICKLAUS Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl., Bern 1993

- PERRONE ROBERTO Public Morals and the European Convention on Human Rights, in: Israel law review 47/2014, S. 361 ff.
- PETERSEN JENS Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Tübingen 2020
- PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/
PIOTET DENIS (Hrsg.) Code civil II, Commentaire romand, Basel 2016 (zit. BEARBEITER, CR CC II)
- PORCHEDDU ROCCO Der Zweck an sich selbst, Eine Untersuchung zu Kants «Grundlegung zur Metaphysik der Sitten», Diss. Halle-Wittenberg 2012, Berlin 2016
- PÜTTNER GÜNTER/BRÜHL KLAUS Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung, Zum Gesichtspunkt der Einwilligung Betroffener, in: JZ 1987, S. 529 ff.
- RAABE ANDREAS Der Bestimmtheitsgrundsatz bei Blankettstrafgesetzen am Beispiel der unzulässigen Marktmanipulation, Berlin 2007
- RADBRUCH GUSTAV Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Heidelberg 1999 (zit. Rechtsphilosophie)
- DERSELBE Vom individuellen zum sozialen Recht, in: Radbruch Gustav (Hrsg.), Der Mensch im Recht, ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts, Göttingen 1957, S. 35 ff. (zit. Sozial)
- REIMER FRANZ Gerechtigkeit als Methodenfrage, Tübingen 2020 (zit. Gerechtigkeit)
- DERSELBE Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020 (zit. Methodenlehre)
- RHINOW RENÉ A./SCHEFER
MARKUS/UEBERSAX PETER Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016
- RITTER WERNER Das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit: dargestellt am Beispiel des Polizeirechts, Chur/Zürich 1994
- RÜTHERS BERND/FISCHER CHRISTIAN/
BIRK AXEL Rechtstheorie, Und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022
- RÜTSCHKE BERNHARD Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich 2009 (zit. Ungeborenen)

- DERSELBE Die Menschenwürde in der Rechtswirklichkeit, Schutz subjektiver und objektiver Werte, in: Caroni Martina et al. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtsetzungslehre: Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich 2011, S. 4 ff. (zit. Menschenwürde)
- DERSELBE Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 31/2013, S. 153 ff. (zit. Aufgaben)
- DERSELBE Humanforschungsgesetz (HFG), Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen, Bern 2015
- SACHS MICHAEL Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl., München 2021
- SCHABAS WILLIAM A. Nowak's CCPR Commentary, U.N. International Covenant on Civil and Political Rights, 3. Aufl., Kehl 2019
- SCHEFER MARKUS Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001 (zit. Kerngehalte)
- DERSELBE Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006 (zit. Beeinträchtigung)
- SCHIBLI BEATRIX Einschränkungen der Meinungsfreiheit des Bundespersonals, Zürich 2005
- SCHINDLER BENJAMIN Zum richterlichen Ermessen, in: Schindler Benjamin/Sutter Patrick (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, S. 133 ff. (zit. Ermessen)
- DERSELBE Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Baden-Baden/Zürich/St. Gallen 2010 (zit. Verwaltungsermessen)
- DERSELBE Zur Rollenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung, in: ZBl 2013, S. 359 ff. (zit. Rollenverteilung)
- SCHMITT CARL Die Tyrannei der Werte, Berlin 2011

-
- SCHÖNENBERGER WILHELM/OSER HUGO Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, Zürich 1929
- SCHREIBER MARKUS Das Ende der ehehaften Wasserrechte?, in: AJP 2020, S. 95 ff.
- SCHREIBER MARKUS/JOSS MARA Der «Chilling Effect» auf die Grundrechtsausübung, in: ZBl 2020, S. 523 ff.
- SCHULZ ALIX Geschlechtervielfalt in Europa – Art. 8 EMRK als Katalysator der mitgliedstaatlichen Rechtsentwicklung, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2021, S. 64 ff.
- SCHWANDER IVO Grundsätze des intertemporalen Rechts und ihre Anwendung auf neuere Gesetzesrevisionen, in: AJP 2016, S. 1575 ff.
- SCHWEIZER RAINER J. Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Grundlagen/Demokratie/Föderalismus, Band I, Zürich 2020, S. 531 ff.
- SCHWENZER INGBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020
- SEELMANN KURT Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte an den Rändern des Lebens, in: Köhler Zaczyk et al. (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff, Berlin 1998 S. 481 ff. (zit. Gefährdung)
- DERSELBE Haben Embryonen Menschenwürde?, Überlegungen aus juristischer Sicht, in: Kettner Matthias (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, Frankfurt am Main 2004, S. 63 ff. (zit. Embryonen)
- DERSELBE Menschenwürde als Würde der Gattung – ein Problem des Paternalismus?, in: Hirsch Andreas von/Neumann Ulfrid/Seelmann Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten, Baden-Baden 2010, S. 241 ff. (zit. Menschenwürde)

- DERSELBE Menschenwürde als Würde der Gattung – ein Problem des Paternalismus?, in: Fateh-Moghadam Bijan/Sellmaier Stephan/Vossenkuhl Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, S. 206 ff. (zit. Menschenwürde II)
- SEELMANN KURT/DEMKO DANIELA Rechtsphilosophie, 7. Aufl., München 2019
- SENSEN OLIVER Dignity and the formula of humanity, in: Timmermann Jens (Hrsg.), Kant's «Groundwork of the Metaphysics of Morals», A Critical Guide, Cambridge 2009, S. 102 ff.
- SIMSHÄUSER WILHELM Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testamente, Kritische Bemerkungen zur höchstrichterlichen Rechtsprechung, Bielefeld 1971
- STAEHELIN ADRIAN Art. 362, in: Beck Emil/Bürgi Wolfhart F./Egger August (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Nebengesetze, Zürcher Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2014
- STALDER BEAT Vorb. Art. 61–69, in: Schweizer Bauernverband (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. Aufl., Brugg 2011 (zit. BGBB Komm.)
- STARCK CHRISTIAN Das «Sittengesetz» als Schranke der freien Entfaltung der Persönlichkeit, in: Leibholz Gerhard/Faller Hans Joachim/Mikat Paul/Reis Hans (Hrsg.), Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 259 ff.
- STÖCKLI ANDREAS/JOLLER ELISABETH Politische und religiöse Werbung an Fahrzeugen und Anlagen öffentlicher Verkehrsbetriebe, in: ZBl 2019, S. 475 ff.
- STRATENWERTH GÜNTER Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011
- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013
- STRUCK GERHARD Rechtssoziologie, Grundlagen und Strukturen, Baden-Baden 2011

- TEUBNER GUNTHER Standards und Direktiven in Generalklauseln, Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, Frankfurt am Main 1971
- TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL Kantonales Polizeirecht der Schweiz, Zürich 2018
- TIMMERMANN JENS Sittengesetz und Freiheit, Untersuchungen zu Immanuel Kants Theorie des freien Willens, Berlin/Boston 2003
- TÖNDURY ANDREA/ABO YOUSSEF OMAR Polizeiliche Schutzgüter im Wandel, in: Abo Youssef Omar/Töndury Andrea (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter, Entwicklungen und Spannungsfelder: Analysen und Perspektiven von Assisierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich et al. 2011, S. 7 ff.
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.) Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. BEARBEITER, PK StGB)
- TSCHANNEN PIERRE Stimmrecht und politische Verständigung, Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie, Basel 1995 (zit. Stimmrecht)
- DERSELBE «Öffentliche Sittlichkeit»: Sozialnormen als polizeiliches Schutzgut?, in: Bovay Benoît/Nguyen Minh Son (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Théorie du droit; droit administratif; organisation du territoire, Bern 2005, S. 553 ff. (zit. Sittlichkeit)
- DERSELBE Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Staatsrecht)
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022
- TSCHUOR-NAYDOWSKI MICHAELA Der Spätabbruch in der Schweiz, Eine rechtswissenschaftliche und medizinethische Betrachtung, Zürich 2014
- TUHR ANDREAS VON Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Band 1, Zürich 1974–1979, Nachdruck Zürich 1979

- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/
SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA/
HÜRLIMANN-KAUP BETTINA Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Aufl.,
Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. TUOR et al.)
- UHLMANN FELIX Kunsturteile und Urteilskünste, Dilemmata juristi-
scher Kunstbewertung – ein Blick aus schweizeri-
scher Perspektive, in: Frimmel Sandra/Traumane
Mara/Raev Ada/Stötzer Gabriele/Gillen Eckhart J./
Boskamp Ulrike/Skowronek Thomas/Arns Inke/
Sollfrank Cornelia/Schürmer Anna (Hrsg.), Kunst
vor Gericht, Ästhetische Debatten im Gerichtssaal,
Berlin 2018, S. 41 ff.
- UHLMANN FELIX/FLEISCHMANN
FLORIAN Das Legalitätsprinzip, Überlegungen aus dem
Blickwinkel der Wissenschaft, in: Uhlmann Felix
(Hrsg.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht
und Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2017,
S. 7 ff.
- VADAS MELINDA A First Look at the Pornography/Civil Rights Ordi-
nance, in: Journal of Philosophy 84/1987, S. 487 ff.
- VAN DEN BOSSCHE PETER/ZDOUC
WERNER The law and policy of the World Trade Organiza-
tion, Text, cases and materials, 5. Aufl., Cambridge
2022
- VAN DIJK P./VAN HOOF
G. J. H./VAN RIJN A. B./ZWAAK LEO Theory and practice of the European convention on
human rights, Cambridge 2018
- VAN SPYK BENEDIKT Das Recht auf Selbstbestimmung in der Humanfor-
schung, Zugleich eine Untersuchung der Grund-
lagen und Grenzen des «informed consent» im
Handlungsbereich der Forschung am Menschen,
Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2011
- VIOTTO REGINA Das öffentliche Interesse, Transformationen eines
umstrittenen Rechtsbegriffs, Baden-Baden 2009
- VISCHER MARKUS Art. 2 SchlT ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Ste-
phan/Bauer Christoph/Bornhauser Philip R./Bösch
René/Breitschmid Peter (Hrsg.), Basler Kom-
mentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl., Basel 2023,
Rn. 1–6 (zit. Vischer, BSK ZGB II)
- VOEFFRAY FRANÇOIS L’actio popularis ou la défense de l’intérêt collectif
devant les juridictions internationales, Publications
de l’Institut de hautes études internationales, Genf/
Paris 2004

- VOIGT HEINZ ALEX Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, Diss. Zürich 1945
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/
EPINEY ASTRID (Hrsg.) Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BEARBEITER, BSK BV)
- WEBER MAX Gesamtausgabe, Wissenschaft als Beruf 1917/1919/ Politik als Beruf 1919, Tübingen 1992 (zit. Gesamtausgabe)
- DERSELBE Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Tübingen 2009 (zit. Wirtschaft)
- WEBER ROLF H. Rundfunkrecht, Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio- und Fernsehen (RTVG), Bern 2008 (zit. WEBER, Rolf H., RTVG)
- WEBER-HASSEMER KRISTIANE Menschliche Gattung als Rechtsgut?, Menschenbilder im Recht, in: Michalke Regina/Koberer Wolfgang/Pauly Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, Berlin 2009, S. 29 ff.
- WEIDENBACH PETER Die verfassungsrechtliche Problematik der Blankettstrafgesetze, Diss. Tübingen 1965
- WEYENETH ROBERT Der nationale und internationale ordre public im Rahmen der grenzüberschreitenden Amtshilfe in Steuersachen, Diss. Basel 2017
- WIEDERKEHR RENÉ Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2022
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/
OSER DAVID (Hrsg.) Basler Kommentar, Obligationenrecht I., Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BEARBEITER, BSK OR I)
- WIGET FELIX Der zivilrechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung: Ein Beitrag zur Lehre vom unsittlichen Vertrag, Diss. Zürich 1938
- WISSMANN HINNERK Generalklauseln, Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmässigkeit und offenen Normen, Tübingen 2008
- WITTRICK FABIAN Jesus Christus oder Immanuel Kant – Auf wessen Schultern ruht das Grundgesetz?, in: Wittreck Fabian (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz, Verfassung mit Zukunft!?, Baden-Baden 2010, S. 9 ff.

- WOHLERS WOLFGANG Gesetzeswortlaut und «ratio legis» im Strafrecht, in: Kolloquium der Juristischen Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Die Bedeutung der «Ratio legis», Basel/Genf/München 2001, S. 82 ff.
- WOHLERS WOLFGANG/GODENZI SCHWEIZERISCHES STRAFGESETZBUCH, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020
- GUNHILD/
SCHLEGEL STEPHAN
- WOLF JEAN-CLAUDE Antipaternalismus und Herrschaftskritik: Mill, La Boëtie, Landauer und Stirner, in: Fateh-Moghadam Bijan/Sellmaier Stephan/Vossenkuhl Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, S. 220 ff.
- WYSS MARTIN PHILIPP Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit?, Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Bern 2001 (zit. Interessen)
- DERSELBE Der diskrete Charme des Legalitätsprinzips, Wie Gesetz- und Verordnungsgeber mit den Anforderungen des Legalitätsprinzips umgehen, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2017, S. 62 ff. (zit. Legalitätsprinzip)
- WYTENBACH JUDITH Menschenwürde, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Band II: Rechtsstaatlichkeit Grund- und Menschenrechte, Volume II: État de droit, Droits fondamentaux et droits humains, Zürich 2020, S. 1355 ff.
- ZIPPELIUS REINHOLD Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Étude systématique de la jurisprudence et de la doctrine relatives aux bonnes moeurs en droit suisse des contrats, Freiburg 1988
- ZÜRCHER HANS-ULRICH Kapitel 3, Öffentliches Personalrecht des Wirtschaftsraums, Espace Mittelland / § 5 Pflichten des Personals, in: Bürgi Urs/Bürgi-Schneider Gudrun, Handbuch Öffentliches Personalrecht, Zürich 2017, S. 304 ff.

Materialienverzeichnis

Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 10. November 1982 (BBl 1983 I 263) (zit. Botschaft IPRG)

Botschaft des Bundesrates über die Änderung des schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985 (BBl 1985 II 1009) (zit. Botschaft zur Änderung des Strafrechts)

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28. September 1987 (BBl 1987 III 689) (zit. Botschaft zum aRTVG)

Botschaft des Bundesrates über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Revision des Strafrechts vom 2. März 1992 (BBl 1992 III 269) (zit. Botschaft Rassendiskriminierung)

General Comment Nr. 22 zu Artikel 18 UNO-Pakt II (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) des UNO-Menschenrechtsausschusses vom 20. Juli 1993, UN Doc. UNCCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (abrufbar unter https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/21/Rev.1/Add.4&Lang=en [besucht am 9. Juli 2023]) (zit. General Comment Nr. 22)

Botschaft des Bundesrates über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) vom 26. Juni 1996 (BBl 1996 III 205) (zit. Botschaft Fortpflanzungstechnologie)

Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 (BBl 2001 4202) (zit. Botschaft Bundesrechtspflege)

Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002 (BBl 2003 1569) (zit. Botschaft RTVG)

Resolution by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (CoE) No. 1352 on human stem cell research adopted by the Assembly on 2 October 2003 (abrufbar unter <https://pace.coe.int/pdf/59aa59a2beb2d43acb7a6e7f7737933bdc8115742f1b6821923741799a9e8a3d/res.%201352.pdf> [besucht am 9. Juli 2023]) (zit. PACE-Resolution 1352 [2003])

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen (StFG, SR 810.31) vom 19. Dezember 2003 (BBl 2003 1163) (zit. Botschaft Embryonenforschung)

Beschluss des Bundesrates, das Ehehindernis bei Bestehen eines Stiefelter- und -kind-Verhältnisses per 1. Januar 2006 aufzuheben, vom 9. Dezember 2005 (AS 2005 5696; SR 211.231) (zit. Beschluss Ehehindernis)

Botschaft der Standeskommission an den Grossen Rat des Kantons Appenzell I. Rh. zum Landgemeindebeschluss zur Revision des Übertretungsstrafgesetzes (UeStG), S. 4 (abruf-

bar unter <https://www.ai.ch/politik/grosser-rat/geschaefte-grosser-rat/geschaefte-bis-2018/grossratssessionen-2009/session-vom-9-februar-2009.pdf/@@download/file/Session%20vom%209.%20Februar%202009.pdf> [besucht am 9. Juli 2023]) (zit. Botschaft der Ständekommission AI)

General Comment Nr. 34 zu Art. 19 UNO-Pakt II (Meinungsfreiheit) des UNO-Menschenrechtsausschusses vom 11. September 2011, UN Doc. CCPR/C/GC/34 (abrufbar unter OHCHR | General comment No.34 on Article 19: Freedoms of opinion and expression [besucht am 9. Juli 2023]) (zit. General Comment Nr. 34)

Ständekommissionsbeschluss über die Informatiknutzung des Kantons Appenzell I. Rh. vom 18. Dezember 2012 (GS 172.315) (zit. Ständekommissionsbeschluss Informatik AI)

SCHWENZER, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen – Gutachten zum Postulat Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht» (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/externe/2013-08-01.html> [besucht am 9. Juli 2023]) (zit. SCHWENZER)

Bericht des Bundesrates betreffend Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung vom 5. Juni 2015 (abrufbar unter <https://www.ejpd.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/menschenhandel/ber-br-prost-mh-d.pdf.download.pdf/ber-br-prost-mh-d.pdf> [besucht am 9. Juli 2023]) (zit. Bericht Prostitution)

Bericht des Bundesrates vom 21. Dezember 2022: «Einführung eines dritten Geschlechts oder Verzicht auf den Geschlechtseintrag im Personenstandsregister – Voraussetzungen und Auswirkungen auf die Rechtsordnung» (abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/74661.pdf> [besucht am 9. Juli 2023]) (zit. Bericht des Bundesrates zur Einführung eines dritten Geschlechts)

Entscheidverzeichnis

Bundesgericht

Publizierte Entscheide

BGE 2 I 192	BGE 90 I 159	BGE 103 Ib 69	BGE 117 Ia 311
BGE 12 I 93	BGE 91 I 69	BGE 103 IV 129	BGE 117 Ia 472
BGE 18 I 158	BGE 91 I 457	BGE 105 Ia 49	BGE 117 Ia 489
BGE 20 I 274	BGE 93 I 1	BGE 105 V 280	BGE 117 II 452
BGE 33 I 305	BGE 93 I 632	BGE 106 Ia 267	BGE 117 III 52
BGE 34 I 254	BGE 93 II 71	BGE 107 Ia 226	BGE 118 Ia 318
BGE 35 I 337	BGE 93 II 382	BGE 107 Ia 277	BGE 119 Ia 99
BGE 38 II 459	BGE 94 I 649	BGE 107 Ib 81	BGE 119 Ia 178
BGE 38 II 751	BGE 94 II 245	BGE 108 Ia 140	BGE 119 Ib 33
BGE 39 II 541	BGE 95 IV 73	BGE 111 Ia 239	BGE 119 Ib 174
BGE 40 II 355	BGE 96 I 28	BGE 111 Ia 322	BGE 119 II 46
BGE 43 I 20	BGE 96 I 219	BGE 111 IV 151	BGE 119 II 264
BGE 50 II 481	BGE 96 I 266	BGE 112 Ia 112	BGE 119 IV 242
BGE 58 I 219	BGE 96 I 525	BGE 112 Ib 39	BGE 120 Ia 126
BGE 61 I 103	BGE 96 I 678	BGE 112 Ib 53	BGE 120 Ia 247
BGE 62 I 32	BGE 96 II 4	BGE 113 Ia 129	BGE 120 II 40
BGE 63 I 213	BGE 97 I 530	BGE 113 Ib 97	BGE 120 II 412
BGE 67 I 74	BGE 97 II 390	BGE 113 Ib 100	BGE 121 I 102
BGE 71 IV 46	BGE 98 Ib 333	BGE 113 Ib 246	BGE 121 I 279
BGE 78 IV 165	BGE 98 II 15	BGE 114 Ia 321	BGE 121 I 367
BGE 82 II 23	BGE 99 Ib 126	BGE 114 Ib 200	BGE 121 II 29
BGE 84 II 179	BGE 99 Ib 150	BGE 114 II 142	BGE 121 II 359
BGE 84 II 183	BGE 100 Ib 137	BGE 115 Ia 277	BGE 122 II 471
BGE 84 II 184	BGE 100 II 105	BGE 115 Ib 315	BGE 123 I 296
BGE 87 I 114	BGE 101 Ia 252	BGE 115 Ib 387	BGE 123 II 115
BGE 87 I 268	BGE 101 Ia 336	BGE 116 Ia 81	BGE 123 II 325
BGE 87 I 275	BGE 101 Ib 410	BGE 116 Ia 359	BGE 123 II 359
BGE 87 I 364	BGE 101 II 191	BGE 116 III 120	BGE 123 III 101
BGE 87 I 451	BGE 103 Ia 96	BGE 116 IV 258	BGE 123 III 110
BGE 89 IV 129	BGE 103 Ia 517	BGE 117 Ia 257	BGE 123 IV 202

Entscheidungsverzeichnis

BGE 124 I 40	BGE 129 III 604	BGE 135 I 169	BGE 141 I 201
BGE 124 I 203	BGE 130 I 16	BGE 135 II 296	BGE 141 III 1
BGE 124 III 266	BGE 130 II 514	BGE 135 II 384	BGE 141 III 312
BGE 124 III 382	BGE 130 III 28	BGE 135 III 648	BGE 141 V 509
BGE 125 I 300	BGE 130 IV 111	BGE 136 I 87	BGE 142 I 49
BGE 125 II 591	BGE 130 V 445	BGE 136 II 304	BGE 142 I 195
BGE 125 III 443	BGE 131 I 321	BGE 136 II 474	BGE 142 III 433
BGE 125 IV 58	BGE 131 III 182	BGE 136 V 57	BGE 143 I 147
BGE 126 III 101	BGE 131 IV 23	BGE 137 I 167	BGE 143 I 253
BGE 126 III 327	BGE 131 IV 64	BGE 137 I 327	BGE 143 I 310
BGE 126 III 421	BGE 131 V 97	BGE 137 II 40	BGE 143 I 377
BGE 126 IV 20	BGE 132 I 49	BGE 137 IV 99	BGE 143 II 162
BGE 126 IV 176	BGE 132 I 270	BGE 138 I 274	BGE 143 II 297
BGE 126 IV 230	BGE 132 II 290	BGE 138 III 659	BGE 143 IV 77
BGE 127 I 6	BGE 132 III 455	BGE 138 IV 13	BGE 143 IV 193
BGE 127 I 164	BGE 132 III 470	BGE 138 IV 19	BGE 143 IV 308
BGE 127 II 69	BGE 133 I 58	BGE 138 IV 20	BGE 143 V 446
BGE 127 III 16	BGE 133 I 106	BGE 138 V 366	BGE 144 I 126
BGE 128 I 280	BGE 133 I 110	BGE 139 I 72	BGE 144 I 281
BGE 128 I 327	BGE 133 II 136	BGE 139 I 280	BGE 145 II 140
BGE 128 III 12	BGE 133 III 105	BGE 139 II 185	BGE 145 III 109
BGE 128 III 201	BGE 133 III 257	BGE 139 II 243	BGE 145 IV 23
BGE 128 III 305	BGE 134 I 49	BGE 140 I 2	BGE 146 I 11
BGE 128 IV 201	BGE 134 I 179	BGE 140 I 353	BGE 146 I 70
BGE 129 I 74	BGE 134 I 214	BGE 140 III 404	BGE 147 I 103
BGE 129 I 161	BGE 134 II 120	BGE 140 IV 67	
BGE 129 II 331	BGE 134 II 260	BGE 140 IV 102	

Nicht publizierte Entscheide

BGer Urteil A.425/1994 vom 6. Januar 1995
BGer Urteil A.204/1999 vom 3. Mai 2000
BGer Urteil 6P.122/2004 vom 8. März 2005
BGer Urteil 6S.26/2005 vom 3. Juni 2005
BGer Urteil 1P.336/2005 vom 20. September 2005
BGer Urteil 5A.20/2005 vom 21. Dezember 2005
BGer Urteil 6P.25/2006 vom 27. April 2006
BGer Urteil 2A.563/2006 vom 3. Mai 2007
BGer Urteil 6B_375/2007 vom 15. November 2007
BGer Urteil 6B_385/2008 vom 21. Juli 2008
BGer Urteil 1C_247/2008 vom 21. Januar 2009
BGer Urteil 4A_6/2009 vom 11. März 2009
BGer Urteil 6B_442/2010 vom 15. Juli 2010
BGer Urteil 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010
BGer Urteil 6B_345/2011 vom 17. November 2011
BGer Urteil 2C_901/2012 vom 30. Januar 2013
BGer Urteil 5A_107/2013 vom 7. Juni 2013
BGer Urteil 2C_794/2012 vom 11. Juli 2013
BGer Urteil 4A_475/2013 vom 15. Juli 2014
BGer Urteil 5A_199/2014 vom 27. November 2014
BGer Urteil 6B_627/2015 vom 4. November 2015
BGer Urteil 6B_967/2015 vom 22. April 2016
BGer Urteil 5A_355/2016 vom 21. November 2016
BGer Urteil 6B_126/2016 vom 18. Januar 2017
BGer Urteil 6B_702/2016 vom 19. Januar 2017
BGer Urteil 6B_385/2017 vom 19. Januar 2017
BGer Urteil 6B_866/2016 vom 9. März 2017
BGer Urteil 6B_1007/2016 vom 10. Mai 2017
BGer Urteil 6B_734/2016 vom 18. Juli 2017
BGer Urteil 4A_576/2017 vom 11. Juni 2018
BGer Urteil 6B_1354/2017 vom 14. Juni 2018
BGer Urteil 6B_620/2018 vom 9. Oktober 2018
BGer Urteil 5A_841/2017 vom 18. Dezember 2018
BGer Urteil 4A_489/2018 vom 3. Januar 2019
BGer Urteil 2C_546/2018 vom 11. März 2019

BGer Urteil 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019
BGer Urteil 1C_37/2019 vom 5. Mai 2020
BGer Urteil 8C_242/2020 vom 9. September 2020
BGer Urteil 1C_105/2019 vom 16. September 2020
BGer Urteil 6B_572/2020 vom 8. Januar 2021

Bundesverwaltungsgericht

BVGer Urteil B-2781/2014 vom 27. Oktober 2016
BVGer Urteil B-883/2016 vom 23. März 2017
BVGer Urteil B-446/2017 vom 30. Juli 2018

Kantonale Entscheide

OG ZH Urteil vom 26. Juni 1990, in: SJZ 1991, S. 194 ff.
OG LU Urteil Nr. 22 01 74 vom 5. Mai 2003
OG TG Urteil vom 13. September 2007, in: RBOG 2008, Nr. 6
OG ZH Urteil PC110018-O/U vom 4. September 2011
AG BS Urteil ZB.2012.22 vom 25. Januar 2013
BzG Horgen Urteil FV120047 vom 9. Juli 2013, in: ZR 2013, Nr. 85, S. 296 ff.
KG BL Entscheid Nr. 410 13 137 vom 13. August 2013
OG ZH Beschluss und Urteil LC130044-O/U vom 5. Februar 2014
VG GR Urteil Nr. U15 23 vom 12. Juli 2016
VG BS Urteil VD.2017.21 vom 6. Juli 2017
AG BS Urteil BEZ.2017.39 vom 29. September 2017
VG BS Urteil VG.2018.1 vom 15. Januar 2019
VG ZH Urteil VB.2019.00597 vom 13. Februar 2020
OG AG Urteil vom 29. März 2021 (Verfahrensnummer geschwärzt)
Entscheid der Justizkommission ZG vom 15. April 2005, publiziert in: GVP 2005 228 ff., S. 229 f.
Entscheid SW.98.6 der Rekurskommission TG vom 27. Juli 1998, in: RBOG 1998, Nr. 34
RRB BS JSD/P135441 vom 21. Januar 2014
Entscheidung des Departements des Innern AG (heute Departement Volkswirtschaft und Inneres [DVI]) vom 8. April 2003, in: AGVE 2003, Nr. 114, S. 451 ff.
OG AR Urteil vom 11. Januar 2011, in: ARGVP 2011 3573

UBI-Entscheide

UBI-Entscheid b. 380 vom 23. April 1999
UBI-Entscheid b. 463 vom 6. Dezember 2002
UBI-Entscheid b. 530 vom 30. Juni 2006
UBI-Entscheid b. 532 vom 30. Juni 2006
UBI-Entscheid b. 580 vom 4. Juli 2008
UBI-Entscheid b. 592 vom 5. Dezember 2008
UBI-Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009
UBI-Entscheid b. 597 vom 20. Februar 2009
UBI-Entscheid b. 602 vom 27. August 2009
UBI-Entscheid b. 612 vom 23. April 2010
UBI-Entscheid b. 686 vom 5. September 2014
UBI-Entscheid b. 704/705 vom 5. Juni 2015
UBI-Entscheid b. 736 vom 17. Juni 2016
UBI-Entscheid b. 771 vom 2. Februar 2018
UBI-Entscheid b. 797/797.01 vom 1. Februar 2019
UBI-Entscheid b. 870 vom 29. Januar 2021
UBI-Entscheid b. 877 vom 10. Mai 2021
UBI-Entscheid b. 883 vom 17. Juni 2021

Urteile des EGMR

EGMR, Urteil vom 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72, Handyside v. the United Kingdom
EGMR, Urteil vom 22. Oktober 1981, Nr. 7525/76, Dudgeon v. the United Kingdom
EGMR, Urteil vom 17. Oktober 1986, Nr. 9532/81, Rees v. the United Kingdom
EGMR, Urteil vom 24. Mai 1988, Nr. 10737/84, Müller and others v. Switzerland
EGMR, Urteil vom 27. September 1990, Nr. 10843/84, Cossey v. the United Kingdom
EGMR, Urteil vom 29. Oktober 1992, Nr. 14235/88, Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland
EGMR, Urteil vom 25. Mai 1993, Nr. 14307/88, Kokkinakis v. Greece
EGMR, Urteil vom 20. September 1994, Nr. 13470/87, Otto-Preminger Institute v. Austria
EGMR, Urteil vom 25. November 1996, Nr. 5446/03, Wingrove v. the United Kingdom
EGMR, Urteil vom 25. März 1998, Nr. 23224/94, Kopp v. Switzerland
EGMR, Urteil vom 29. April 1999, Nr. 25088/94, 28331/95, 28443/95, Chassagnou and Others v. France
EGMR, Urteil vom 8. Dezember 1999, Nr. 28541/95, Pellegrin v. France

EGMR, Urteil vom 16. Februar 2000, Nr. 27798/95, Amann v. Switzerland
EGMR, Urteil vom 28. Mai 2002, Nr. 46295/99, Stafford v. the United Kingdom
EGMR, Urteil vom 11. Juli 2002, Nr. 28957/95, Goodwin v. the United Kingdom
EGMR, Urteil vom 11. Juli 2002, Nr. 25680, I. v. the United Kingdom
EGMR, Urteil vom 24. Juni 2003, (dec.), Nr. 65831/01, Garaudy c. France
EGMR, Urteil vom 2. September 2004, (dec.), Nr. 42264/98, W.P. et autres c. Pologne
EGMR, Urteil vom 16. November 2004, (dec.), Nr. 23131/03, Norwood c. Royaume-Uni
EGMR, Urteil vom 18. Oktober 2005, Nr. 5446/03, Perrin v. the United Kingdom
EGMR, Urteil vom 13. Dezember 2005, (dec.), Nr. 7485/03, Witzsch c. Allemagne
EGMR, Urteil vom 20. Februar 2007, (dec.), Nr. 35222/04, Pavel Ivanov c. Russie
EGMR, Urteil vom 31. Juli 2008, Nr. 40825/98, Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and others v. Austria
EGMR, Urteil vom 19. September 2008, Nr. 9174/02, Korbely v. Hungary
EGMR, Urteil vom 23. Oktober 2008, Nr. 10877, Sergey Kuznetsov v. Russia
EGMR, Urteil vom 4. Dezember 2008, Nr. 30562/04 und 30566/04, S. and Marper v. the United Kingdom
EGMR, Urteil vom 24. November 2009, Nr. 16072/06 und 27809/08, Friend v. the United Kingdom
EGMR, Urteil vom 16. Februar 2010, Nr. 41056/04, Akdaş v. Turkey
EGMR, Urteil vom 21. Oktober 2010, Nr. 4916/07, 25924/08 und 14599/09, Alekseyev v. Russia
EGMR, Urteil vom 18. März 2011, Nr. 30814/06, Lautsi and Others v. Italy
EGMR, Urteil vom 12. April 2012, Nr. 43547/08, Stübing v. Germany
EGMR, Urteil vom 13. Juli 2012, Nr. 16354/06, Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland
EGMR, Urteil vom 15. Januar 2013, Nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10, Eweida and others v. the United Kingdom
EGMR, Urteil vom 4. Juni 2013, Nr. 7841/08 und 57900/12, Peruzzo and Martens v. Germany
EGMR, Urteil vom 1. Juli 2014, Nr. 43835/11, S.A.S. v. France
EGMR, Urteil vom 14. Februar 2014, Nr. 44158/98, Gorzelik and Others v. Poland
EGMR, Urteil vom 1. Juli 2014, Nr. 43835/11, S.A.S. v. France
EGMR, Urteil vom 16. Juli 2014, Nr. 37359/09, Hämäläinen v. Finland
EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, Parillo v. Italy
EGMR, Urteil vom 20. Oktober 2015, (dec.), Nr. 25239/13, M'Bala M'Bala c. France
EGMR, Urteil vom 6. April 2017, Nr. 79885/12, Garçon and Nicot v. France
EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, Urteil, Nr. 67667/09, Bayev and others v. Russia
EGMR, Urteil vom 27. Juni 2017, (dec.), Nr. 34367/14, Belkacem c. Belgique

EGMR, Urteil vom 17. Januar 2019, Nr. 29683/16, X v. the former Yugoslav Republic of Macedonia

EGMR, Urteil vom 14. Januar 2020, Nr. 41288/15, Beizaras and Levickas v. Lithuania

EGMR, Urteil vom 16. Juli 2020, Nr. 40888/17, Rana v. Hungary

EGMR, Urteil vom 19. Januar 2021, Nr. 14065/15, Lacatus c. Suisse

Entscheide des UNO-Menschenrechtsausschusses

Hertzberg et al. v. Finland, No. 61/1979, UN Doc. CCPR/C/OP/1 at 124 (1985)

Broeks v. Netherlands, No. 172/1984, UN Doc. CCPR/C/29/D/172/1984 (1990)

Zwaan-de Vries v. Netherlands, No. 182/1984, UN Doc. CCPR/C/29/D/182/1984 (1990)

Toonen v. Australia, No. 488/1992, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994)

Waldman v. Canada, No. 694/1996, UN Doc. CCPR/C/67/D/694/1996 (1999)

Ross v. Canada, No. 736/1997, UN Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000)

Wackenheim v. France, No. 854/1999, UN Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002)

Müller and Engelhard v. Namibia, No. 919/2000, UN Doc. CCPR/C/74/D/919/2000 (2002)

Zündel v. Canada, No. 953/2000, UN Doc. CCPR/C/78/D/953/2000 (2003)

Derksen v. Netherlands, No. 976/2001, UN Doc. CCPR/C/80/D/976/2001 (2004)

O'Neill and Quinn v. Ireland, No. 1314/2004, UN Doc. CCPR/C/87/D/1314/2004 (2006)

Fedotova v. Russian Federation, No. 1932/2010, UN Doc. CCPR/C/106/D/1932/2010 (2012)

Mellet v. Ireland, No. 2324/2013, UN Doc. CCPR/C/116/D/2324/2013 (2016)

Marchant Reyes et al., No. 2627/2015, UN Doc. CCPR/C/121/D/2627/2015 (2017)

Nepomnyashchiy v. Russian Federation, No. 2318/2013, UN Doc. CCPR/C/123/D/2318/2013 (2018)

Yaker v. France, No. 2747/2016, UN Doc. CCPR/C/123/D/2747/2016 (2018)

Malashenak v. Belarus, No. 2486/2014, UN Doc. CCPR/C/129/D/2486/2014 (2020)

Koreshkov v. Belarus, No. 2482/2014, UN Doc. CCPR/C/129/D/2482/2014 (2020)

Baytlova v. Kazakhstan, No. 2520/2015, UN Doc. CCPR/C/129/D/2520/2015 (2020)

Malei v. Belarus, No. 2404/2014, UN Doc. CCPR/C/129/D/2404/2014 (2021)

Entscheide der WTO

Appellate Body Report, US – Shrimp (1998)

Appellate Body Reports, Korea – Various Measures on Beef (2000)

Panel Report, US – Gambling (2005)

Appellate Body Report, US – Gambling (2005)

Appellate Body Report, US – Gasoline (2006)
Panel Report, Brazil – Retreaded Tyres (2007)
Panel Report, China – Publications and Audiovisual Products (2010)
Appellate Body Report, China – Publications and Audiovisual Products (2010)
Panel Reports, EC – Seal Products (2014)
Appellate Body Report, EC – Seal Products (2014)
Panel Report, Colombia – Textiles (2016)
Appellate Body Report, Colombia – Textiles (2016)

Urteile des deutschen Bundesverfassungsgerichts

BverfGE 6, 389
BverfGE 30, 1
BverfGE 33, 303
BverfGE 69, 315
BverfGE 87, 209
BverfGE 90, 145
BVerfG, Beschluss vom 24. März 2001 – 1 BvQ 13/01 (abgedruckt in BverfG, NJW 2001, 2069)
BverfGE 111,147
BverfG, Urteil vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 –, N 1-156
BVerfG, Beschluss vom 19. Dezember 2007 – 1 BvR 2793/04 –, N 1-46
BverfG, Beschluss vom 9. Mai 2016 – 1 BvR 2202/13 –, N 1-82
BverfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 –, N 1-343

Urteile des deutschen Bundesverwaltungsgerichts

BverwGE 64, 274
BverwGE 84, 314 f. (317)
BverwG, Urteil vom 13. Dezember 1979 – 7 C 46/78 (abgedruckt in BverwG, NJW 1980, 1640)
BverwG, Urteil vom 24. Oktober 2001 – 6 C 3.01
BverwG, Urteil vom 13. Dezember 2006 – 6 C 17.06

Urteil des Bundesgerichtshofs

BGH, Urteil vom 17. Februar 1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 46)

Urteile von Gerichten deutscher Bundesländer

VG Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2000 – 35 A 570.99

VG Augsburg, Beschluss vom 4. September 2009 – Au 7 S 09.1266

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
aBV	Schweizerische Bundesverfassung vom 29. Mai 1874
AG	Appellationsgericht
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ANAG	Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931
ANAV	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 1. März 1949
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 (SR 822.11)
ARGVP	Ausserrhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis
A. Rh.	Ausserrhoden
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
aÜStG BS	Übertretungsstrafgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 15. Juni 1978
AVS	Basellandschaftliches Amt für Volksschulen
BAZ	Basler Zeitung
BBl	Bundesblatt
BeurkG LU	Gesetz über die öffentlichen Beurkundungen (Beurkundungsgesetz) vom 18. September 1973 (SRL 255)
BeurkG ZG	Gesetz über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen des Kantons Zug (Beurkundungsgesetz) vom 3. Juni 1946 (BGS 223.1)
BG	Bundesgesetz
BG GL	Gesetz über Beurkundung und Beglaubigung des Kantons Glarus (Beurkundungsgesetz) vom 6. Mai 2007 (SBE III B/3/1)

Abkürzungsverzeichnis

BG OW	Gesetz über die öffentliche Beurkundung des Kantons Obwalden (Beurkundungsgesetz) vom 30. November 1980 (GDP 210.3)
BGBB	Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.412.11)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Bundesgerichtshof in Strafsachen
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Solothurn
bGS	bereinigte (systematische) Gesetzessammlung des Kantons Appenzel A. Rh.
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BLV	Base législative vaudoise
BR	Bündner Rechtsbuch
BSG	Bernische Systematische Sammlung
BSK	Basler Kommentar
BV	Schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101)
BVerfG	Deutsches Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen der amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammern des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Deutsches Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BzG	Bezirksgericht
c.	contre
CAN	Raccolta delle leggi del Cantone Ticino
CCPR	United Nations Human Rights Committee
CG OW	Gesetz über das Campieren des Kantons Obwalden vom 4. Dezember 2014 (GDP 971.4)
CoE	Council of Europe
CR TI	Regolamento della legge sui campeggi della repubblica e cantone Ticino del 27 aprile 2004 (CAN 943.110)
d.h.	das heisst
d.i.	das ist
DVI	Departement Volkswirtschaft und Inneres
E.	Erwägung

EFTA	Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (SR 0.632.31)
EG StGB GL	Gesetz über die Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches im Kanton Glarus vom 2. Mai 1965 (SBE 2013 36)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, für die Schweiz in Kraft getreten am 28. November 1974 (SR 0.101)
et al.	et alii
EÜGF	Europäisches Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Mai 1993 (SR 0.784.405)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
ff./f.	Folio bzw. folgend/folgende
FmedG	Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz) vom 18. Dezember 1998 (SR 810.11)
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum
FN	Fussnote
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (SR 0.142.112.681)
GaG AI	Gesetz über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholischen Getränken des Kantons Appenzell I. Rh. (Gastgewerbegesetz) vom 24. April 1994 (GS 935.300)
GATS	Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen, Anhang 1B des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation, Inkrafttreten für die Schweiz am 1. Juli 1995 (SR 0.632.20)
GATT 1947	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen vom 30. Oktober 1947, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. August 1966 (SR 0.632.21)
GATT 1994	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen 1994 der WTO, Anhang 1A des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation, Inkrafttreten für die Schweiz am 1. Juli 1995 (SR 0.632.20)
GDB	Gesetzesdatenbank des Kantons Obwalden
GesG GL	Gesetz über das Gesundheitswesen des Kantons Glarus (Gesundheitsgesetz) vom 6. Mai 2007 (GS VIII A/1/1)
GG	Deutsches Grundgesetz vom 23. Mai 1949 (GN 100-1)

GGG OW	Gastgewerbegesetz des Kantons Obwalden vom 8. Juni 1997 (GDP 971.1)
GGG TG	Gesetz über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholhaltigen Getränken des Kantons Thurgau vom 26. Juni 1996 (RB 554.51)
GGG ZH	Gastgewerbegesetz des Kantons Zürich vom 1. Dezember 1996 (ON 935.11)
GN	Gliederungsnummer
GOG BS	Gesetz betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 3. Juni 2016 (SG 154.100)
GOG GR	Gerichtsorganisationsgesetz des Kantons Graubünden vom 16 Juni 2010 (BR 173.000)
GS	Gesetzessammlung des Kantons Appenzell I. Rh.
GS	Fortlaufende Gesetzessammlung des Kantons Schwyz
GS	Gesetzessammlung des Kantons Appenzell I. Rh.
GS	Sammlung des glarnerischen Rechts (Gesetzessammlung)
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
GWG UR	Gastwirtschaftsgesetz des Kantons Uri vom 29. November 1998 (RB 70.2111)
h.L.	herrschende Lehre
HAG FR	Gesetz über die Ausübung des Handels des Kantons Freiburg vom 25. September 1997 (SGF 940.1)
HGPG AI	Gesetz über die Handels- und Gewerbepolizei des Kantons Appenzell I. Rh. vom 30. April 1989 (GS 930.000)
HK	Handkommentar
HO G SO	Hausordnung für die Gefängnisse des Kantons Solothurn vom 24. März 2014 (BGS 331.17)
HO JVA SO	Hausordnung für die Justizvollzugsanstalt des Kantons Solothurn vom 24. März 2014 (BGS 331.16)
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinn
ILO	International Labour Organization
ILO-Übereinkommen Nr. 138	Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung, in Kraft getreten für die Schweiz am 17. August 2000 (SR 0.822.723.8)
ILO-Übereinkommen Nr. 182	Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (in Kraft getreten für die Schweiz am 28. Juni 2001, SR 0.822.728.2)
inkl.	inklusive

insb.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
IV	Schweizerische Invalidenversicherung
i.V.m.	in Verbindung mit
JStG	Jugendstrafgesetz
JZ	JuristenZeitung
KG	Kantonsgericht
KStrG BE	Bernisches Gesetz über das kantonale Strafrecht vom 9. April 2009 (BSG 311.1)
KuKo	Kurzkommentar
KV	Kantonsverfassung
KV AG	Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (SR 131.227)
KV OW	Verfassung des Kantons Obwalden vom 19. Mai 1968 (GDP 131.216.1)
LEAE VD	Loi sur l'exercice des activités économiques du Canton de Vaud du 31 mai 2005 (BLV 930.01)
LeGes	Gesetzgebung & Evaluation (Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung)
LGBTQ+	lesbian (lesbisch), gay (schwul), bisexual (bisexuell), transgender (transsexuell), queer (wörtlich: komisch) pan/omni und mehr
LIP TI	Legge sugli impianti pubblicitari della Repubblica e Cantone Ticino del 26 febbraio 2007 (CAN 705.600)
lit.	litera
LorP TI	Legge sull'ordine pubblico della repubblica e cantone Ticino del 23 novembre 2015 (CAN 550.100)
Lpresse VD	Loi sur la Presse du Canton de Vaud du 14 décembre 1937 (BLV 449.11)
Lpros VD	Loi sur l'exercice de la prostitution du Canton de Vaud du 30 mars 2004 (BLV 943.05)
Lprost GE	Loi sur la prostitution de la République et canton de Genève du 17 décembre 2009 (rs I 2 49)
Lprost JU	Loi concernant l'exercice de la prostitution et le commerce de la pornographie de la République et Canton du Jura (Loi sur la prostitution) du 20 octobre 2010 (RSJU 943.1)
Lprost NE	Loi sur la prostitution et la pornographie de la République et Canton de Neuchâtel du 30 août 2016 (RSN 941.70)

LRDBHD GE	Loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du canton Genève du 19 mars 2015 (rs I 2 22)
Mass.	Massachusetts
MedBG	Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006 (SR 811.11)
MSchG	Markenschutzgesetz vom 28. August 1992 (SR 232.11)
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0)
MStP	Gesetz über den Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (SR 322.1)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnote
NG	Nidwaldner Gesetzessammlung
NG BE	Notariatsgesetz des Kantons Bern vom 22. November 2005 (BSG 169.11)
NG BL	Notariatsgesetz des Kantons Basel-Landschaft (NG BL) vom 22. März 2012 (SGS 217)
NG BS	Notariatsgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 18. Januar 2006 (SG 292.100)
NG FR	Gesetz über das Notariat des Kantons Freiburg vom 20. September 1967 (SGF 261.1)
NG VS	Notariatsgesetz des Kantons Wallis vom 15. Dezember 2004 (SGS 178.1)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
Nr.	Nummer
Nvo SO	Notariatsverordnung des Kantons Solothurn vom 21. August 1959 (BGS 129.11)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZSchG	Bundesgesetz zum Schutz von Namen und Zeichen der Organisation der Vereinten Nationen und anderer zwischenstaatlicher Organisationen vom 15. Dezember 1961 (SR 323.23)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OBV GL	Kantonale Ordnungsbussenverordnung des Kantons Glarus vom 17. September 2013 (GS III F/1/1)
OBV OW	Kantonale Ordnungsbussenverordnung des Kantons Obwalden vom 25. Oktober 2007 (GDB 310.41)
OG	Obergericht
ON	Ordnungsnummer des Kantons Zürich

Oprost JU	Ordonnance d'exécution de la loi concernant l'exercice de la prostitution et le commerce de la pornographie de la République et Canton du Jura (Ordonnance sur la prostitution,) du 6 mars 2012 (RSJU 943.11)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).
OREVP JU	Ordonnance concernant la réclame extérieure et sur la voie publique du Canton du Jura du 6 décembre 1978 (RSJU 701.251)
PACE	Parliamentary Assembly of the Council of Europe
PatG	Patentgesetz vom 25. Juni 1954 (SR 232.14)
PG FR	Gesetz über die Ausübung der Prostitution des Kantons Freiburg vom 17. März 2010 (SGF 940.2)
PGG BE	Gesetz über das Prostitutionsgewerbe des Kantons Bern vom 7. Juni 2012 (BSG 935.90)
PGV BE	Prostitutionsgewerbeverordnung des Kantons Bern vom 5. Dezember 2012 (BSG 935.901)
PGVO Stadt Zürich	Prostitutionsgewerbeverordnung der Stadt Zürich vom 7. März 2012 (AS 551.140)
PK	Praxiskommentar
PolG GR	Polizeigesetz des Kantons Graubünden vom 20. Oktober 2004 (BR 613.000)
PolG LU	Gesetz über die Luzerner Polizei vom 27. Januar 1998 (SRL 350)
PolG OW	Polizeigesetz des Kantons Obwalden vom 11. März 2010 (GDP 10.1)
PolVO Aarau	Polizeiverordnung der Stadt Aarau vom 14. Juni 2010 (SRS 5.1.1)
PuV BE	Publikationsverordnung des Kantons Bern vom 23. Juni 1993 (BSG 103.11)
PV BS	Plakatverordnung Basel-Stadt vom 7. Februar 1933 (SG 569.500)
PV FR	Verordnung über die Ausübung der Prostitution des Kantons Freiburg vom 23. November 2010 (SGF 940.21)
RB	Rechtsbuch des Kantons Thurgau
RB	Rechtsbuch des Kantons Uri
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat
RE ASNS RiE	Reglement betreffend die ausserschulische Nutzung der Schulanlagen der Gemeinde Riehen vom 9. Mai 2017 (RiE 681.500)

RekG FR	Gesetz über die Reklamen des Kantons Freiburg vom 6. November 1986 (SGF 941.2)
RELProst NE	Règlement d'exécution de la loi sur la prostitution et la pornographie de la République et Canton de Neuchâtel du 14 décembre 2016 (RSN 941.71)
RiE	Riehen
RLEAE VD	Règlement d'application de la loi du 31 mai 2005 sur l'exercice des activités économiques du 17 décembre 2014 (BLV 930.01.1)
RLPros VD	Règlement d'application de la loi du 30 mars 2004 sur l'exercice de la prostitution du 9 juin 2021 (BLV 943.05.1)
RRB	Regierungsratsbeschluss
rs	Recueil systématique genevois
RSJU	Recueil systématique des lois jurassiennes
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RTVG	Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (SR 784.40)
RV LU	Reklameverordnung Luzern vom 3. Juni 1997 (SRL 739)
RVR SG	Reglement über den Geschäftsgang der Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen vom 27. Mai 1987 (sGS 941.223)
S.	Seite
SAMW-Richtlinien 2004 / 2018	Medizinisch-ethische Richtlinien zur Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften vom 25. November 2004 bzw. vom 17. Mai 2018
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SchIT	Schlusstitel
SG	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt
SG	sui generis
SGF	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg
SGK	St. Galler Kommentar
sGS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen
SGS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Wallis
SGS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Landschaft
sog.	sogenannt(e)
SPVo BS	Verordnung über die Strassenprostitution des Kantons Basel-Stadt vom 19. Dezember 2006 (SG 724.500)

SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
SRS	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
StFG	Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen vom 19. Dezember 2003 (SR 810.31)
StG NW	Gesetz über das kantonale Strafrecht des Kantons Nidwalden vom 29. Juni 2016 (NG 251.1)
StG OW	Gesetz über das kantonale Strafrecht des Kantons Obwalden vom 14. Juni 1981 (GDB 310.1)
StG SZ	Gesetz über das kantonale Strafrecht des Kantons Schwyz vom 13. Januar 1972 (GS 220.100)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StGB AR	Gesetz über das kantonale Strafrecht des Kantons Appenzell A. Rh. vom 25. April 1982 (bGS 311)
StJVG ZH	Straf- und Justizvollzugsgesetz des Kantons Zürich vom 19. Juni 2006 (ON 331)
StrG SO	Gesetz über das kantonale Strafrecht und die Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches im Kanton Solothurn vom 14. September 1941 (BGS 311.1)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
TBT-Abkommen	Übereinkommen über technische Handelshemmnisse (Technical Barriers to Trade Agreement)
THG	Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (SR 946.51)
TIR-Abkommen	Zollabkommen über den internationalen Warentransport mit Carnets TIR, in Kraft getreten für die Schweiz am 3. August 1978 (SR 0.631.252.512)
TPG	Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 8. Oktober 2004 (SR 810.21)
TRIPS	Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum, Anhang 1C des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation, Inkrafttreten für die Schweiz am 1. Juli 1995 (SR 0.632.20)
TSchG	Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005 (SR 455)
TSchV	Tierschutzverordnung vom 23. April 2008 (SR 455.1)
u.a.	unter anderem
UBI	Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen

UeStG AI	Übertretungsstrafgesetz des Kantons Appenzell I. Rh vom 30. April 2006 (GS 311.000)
UeStG LU	Übertretungsstrafgesetz des Kantons Luzern vom 14. September 1976 (SRL 300)
UNO	United Nations Organization (Vereinte Nationen)
UNO-Korruptionskonvention	Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption, in Kraft getreten für die Schweiz am 24. Oktober 2009 (SR 0.311.56)
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, für die Schweiz in Kraft getreten am 18. September 1992 (SR 0.103.1).
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (SR 0.103.2)
US	United States (of Amerika)
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (814.01)
ÜstG BS	Übertretungsstrafgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 13. Februar 2019 (SG 253.100).
usw.	und so weiter
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
v.	versus
v.Chr.	vor Christus
VerfBlog	Verfassungsblog
VerwGG AI	Verwaltungsgerichtsgesetz des Kantons Appenzell I Rh. vom 25. April 2010 (bGS 173.400)
VG	Verwaltungsgericht
VGG	Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (SR 173.32)
vgl.	vergleiche
VO EGMR	Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 4. November 1998 (SR 0.101.2)
VOB AI	Anhang 1 der Verordnung über die Ordnungsbussen des Kantons Appenzell I. Rh. vom 20. Juni 2022 (GS 311.010)
VoN UR	Verordnung über das Notariat des Kantons Uri vom 9. Oktober 1911 (RB 9.2311)
Vorb.	Vorbemerkungen

VPr VS	Verordnung über die Prostitution des Kantons Wallis vom 23. September 2015 (SGS 932.100)
VRG LU	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Luzern vom 3. Juli 1972 (SRL 40)
VRPG BE	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern vom 23. Mai 1989 (BSG 155.21)
VRPG BS	Gesetz über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege des Kantons Basel-Stadt vom 14. Juni 1928 (SG 270.100)
VRPG GL	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Glarus vom 4. Mai 1986 (GS III G/1)
VRPG SG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St. Gallen vom 16. Mai 1965 (sGS 951.1)
VRPG SO	Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen des Kantons Solothurn vom 15. November 1970 (BGS 124.11)
VRPG TG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Thurgau vom 23. Februar 1981 (RB 170.1)
VRPV UR	Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Uri vom 23. März 1994 (RB 2.2345)
VRV	Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (SR 741.11).
VRW UR	Verordnung über das Reklamewesen des Kantons Uri vom 7. April 1976 (RB 70.1411)
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (SR 221.229.1)
VVGE OW	Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsentscheide des Kantons Obwalden
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
WAG SO	Wirtschafts- und Arbeitsgesetz des Kantons Solothurn vom 8. März 2015 (BGS 940.11)
WTO	World Trade Organisation (Welthandelsorganisation)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

Einleitung

Der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit ist ein äusserst umstrittener Rechtsbegriff. Während ihn die einen als Überrest einer Sittenpolizei sehen, der in unserer freiheitlichen pluralistischen Gesellschaft keinen Platz mehr haben sollte, und namentlich dessen Unbestimmtheit kritisieren,¹ halten andere – insbesondere mit der Begründung, dass sämtliche öffentliche Interessen unbestimmt seien – an dessen Bestehen fest². Unbestritten ist jedoch, dass der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit nach wie vor Teil des schweizerischen Rechtssystems bildet.³

Wie TSCHANNEN im einzigen Beitrag aus der zeitgenössischen schweizerischen Literatur, der sich mit dem Begriff der öffentlichen Sittlichkeit beschäftigt, allerdings zu Recht bemerkt⁴ und wie die nachstehenden Ausführungen auch zeigen werden, weist der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit, so wie er heute interpretiert wird und insbesondere im letzten Jahrhundert verstanden wurde, zahlreiche Parallelen zur «guten Policey» der frühen Neuzeit auf. Die «gute Policey» war eine Staatsform, die nicht nur den Alltag der Bevölkerung bis hin zu deren Religion regelte, sondern auch diverse Aspekte der Gesetzgebung beinhaltete. Die Idee der ethischen Neutralität des Staates aus Respekt vor dem Individuum war dieser im Spätmittelalter entstandenen Ordnung (insbesondere in ihren Anfängen) vollkommen fremd, zumal ihr Zweck gerade darin bestand, das allgemein «Gute» zu erhalten, das in einem geordneten, produktiven und an der christlichen Moral ausgerichteten Leben gesehen wurde. Mithin befasste sie sich mit der Blasphemie, der Zensur, den Geldspielen, der Tanz- und Festkultur und regelte auch die Bereiche des Familien-, Ehe- und Sexuallebens.⁵

Eine solche sittenpolizeiliche Auffassung der staatlichen Ordnung, die dem Staat eine umfassende Kompetenz einräumt, die «gerechte» und «wohlwollende» Ordnung zu finden und u.a. auf die platonische Staatslehre zurückgeht,⁶ ist zusehends als bevormundend entlarvt worden. Sie verbindet den staatlichen Zwang mit einem

¹ So TSCHANNEN, Sittlichkeit, S. 567; REINHARD, S. 83; siehe dazu auch die Kritik in der deutschen Literatur zum Begriff der öffentlichen Ordnung in GUSY, N 96.

² TÖNDURY/ABO YOUSSEF, S. 28.

³ MALINVERNI/FLÜCKIGER/HERTIG/RANDALL/HOTTELIER, N 225; WIEDERKEHR, N 205.

⁴ FN 1.

⁵ ISELI, S. 9 f., S. 32 ff., S. 57 ff.

⁶ KELSEN, Gerechtigkeit, S. 26 f.

erzieherischen Element.⁷ Die volljährige und handlungsfähige Person muss sich in einer liberalen Rechtsordnung indes grundsätzlich keine staatliche Erziehung gefallen lassen. Sie darf vielmehr als «ethische Person» selbst gesetzte Ziele und Werte verfolgen, soweit diese nicht mit der Freiheitssphäre anderer kollidieren.⁸

- 4 Der Herbeizug der «guten Policey» zeigt indes ebenfalls auf, dass durchaus auch im Sinne der heutigen Verfassungsordnung «legitime» Interessen in der damaligen «guten Ordnung» (wenn auch in einer sehr rudimentären Art und Weise) verankert waren, zumal die jüngere Forschung (die insb. durch Michel Foucault und Peter Blickle vorangetrieben wurde) veranschaulicht hat, dass sie nicht nur ein Mittel der Herrschaftssicherung der Obrigkeit durch Sozialdisziplinierung der Bevölkerung war, sondern erst aufgrund einer bedeutenden Volkspartizipation entstand und durch diese getragen wurde. So lag etwa die Definitionskompetenz mit Bezug auf die «gute Ordnung» bei den Untertanen, die durch diese ihre eigenen Interessen verwirklichten. Zugangs- und Nutzungsordnungen zu lebensnotwendigen Ressourcen und Infrastrukturen durften infolgedessen nicht individuellen Interessen dienen, sondern mussten im Wohle aller, d.h. im öffentlichen Interesse erlassen werden.⁹
- 5 Um freilich der Prämisse Rechnung zu tragen, dass der Einzelne sein Leben grundsätzlich nach den eigenen Vorstellungen des «Guten» gestalten darf, muss die Bezugsgrösse des Gemeinwohls auf eben diesen Umstand reduziert werden, dass das Recht nicht nur wenigen Privilegierten oder besonders gut Angepassten, sondern allen, d.h. jedem Einzelnen und zugleich auch der Allgemeinheit dienen muss. Denn zum einen wird heute überwiegend die historisch gewachsene Realität eines möglichen Konflikts zwischen individuellem Wohl und Gemeinwohl anerkannt und zum anderen findet auch die gesellschaftliche Wirklichkeit der pluralen Lebensentwürfe rechtliche Anerkennung, weshalb zunehmend hinterfragt wird, ob überhaupt von einem singulären Gemeinwohl auszugehen ist.¹⁰ Soweit allerdings dieser Voraussetzung Folge geleistet wird, muss ein Ausgleich zwischen der alteuropäischen Vorstellung des Staates als «gute Policey» und der Gleichgültigkeit des Staates gegenüber dem Wohl der Bevölkerung gefunden werden, der sowohl das intrinsische Freiheitsbedürfnis des Menschen als auch das gesamtgesellschaftliche

⁷ WOLF, S. 232.

⁸ FATEH-MOGHADAM, *Blinde Flecken*, S. 26.

⁹ ISELI, S. 115 ff., S. 125 ff.; MARTIN LENDI, *Es braucht eine Stärkung des rechtsstaatlichen Bewusstseins*, NZZ vom 13.10.2023, passim, definiert den Rechtsstaat denn auch als Garant für den Frieden, die Freiheit und die Gerechtigkeit.

¹⁰ SEELMANN/DEMKO, § 11 N 6 f.

Anliegen der Sicherheit berücksichtigt.¹¹ Ein solches Wohl hat sich insbesondere an der Rechtswirklichkeit auszurichten und kann nicht deontologisch deduziert werden,¹² weshalb hier auf eine eigentliche Darstellung des Sittlichkeitsbegriffs in der Philosophie (insbesondere auf Ausführungen zum hegelschen Sittlichkeitsbegriff) verzichtet wird. Gleichwohl handelt es sich bei der Sittlichkeit um einen eindeutig philosophisch aufgeladenen Begriff, weshalb dessen geistesgeschichtlicher Hintergrund nicht vollkommen ausgeblendet werden kann, wenn die Struktur des Begriffs seriös erschlossen werden soll. Der Philosophie Kants kommt in diesem Zusammenhang eine grundlegende Bedeutung zu, zumal er das Verständnis der «sittlichen Autonomie des Menschen» wesentlich geprägt hat. Dies bedeutet indes nicht, dass seiner Interpretation der Sittlichkeit eine Deutungshoheit zukommen oder dass diese unreflektiert ins Recht übernommen werden kann. In diesem Sinn soll sie – zusammen mit anderen, auch widersprechenden Theorien – ergänzend zur rechtlichen Analyse des schweizerischen Sittlichkeitsbegriffs herangezogen werden.

Vor diesem Hintergrund wird zur Untersuchung dieses sittlichen Wohls methodisch vom Speziellen ausgegangen, um dadurch zu den relevanten allgemeinen rechtstheoretischen Fragen zu gelangen, womit zunächst ein induktiver und später ein deduktiver Ansatz verfolgt wird.¹³ Diejenigen Rechtsfragen, die in der Schweiz noch wenig bearbeitet worden sind, werden dabei durch Überlegungen insbesondere aus dem deutschen Rechtskreis ergänzt, wenn sich diese auch für das bessere Verständnis des schweizerischen Rechtssystems als dienlich erweisen. Eine umfassende Aufarbeitung der deutschen Rechtslage wird indes nicht angestrebt.

Die Darstellung der positiven Rechtsquellen *de lege lata* im ersten Teil dieser Abhandlung beschränkt sich auf den *Gesetzesbegriff* der öffentlichen Sittlichkeit im öffentlichen Recht. Dieser Aspekt eines rechtlichen Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit wird zunächst im ersten Kapitel des dritten Teils auf seine Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot im Strafrecht und im allgemeinen öffentlichen Recht untersucht. Alsdann erfolgt im zweiten Kapitel des dritten Teils eine dogmatische Qualifikation des öffentlich-rechtlichen Sittlichkeitsbegriffs, wobei das Augenmerk auf die Frage gelegt wird, inwiefern die öffentliche Sittlichkeit Schutzgut der polizeilichen Generalklausel bilden kann. Gesetzesbestimmungen,

¹¹ Vgl. WOLF, S. 220.

¹² Vgl. dazu HÖFFE, Diskurse, S. 24 ff.; SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 76.

¹³ Die so vorgehende Begriffsjurisprudenz wurde von der Interessenjurisprudenz abgelöst, die sich allerdings ebenfalls dieser Systematisierung bediente, vgl. SEELMANN/DEMKO, § 2 N 89 ff.

die den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit enthalten, aber nicht in den Kontext der Garantien der Rechtsstaatlichkeit fallen, werden zwar im Rahmen der Zusammenfassung der Rechtsquellen genannt und beispielhaft wird auf den Sittlichkeitsbegriff des WTO-Rechts eingegangen, doch bilden diese Begriffe nicht zentraler Bestandteil des hier erarbeiteten Sittlichkeitsbegriffs.

- 8 Die Betrachtung der Rechtsprechung zum Begriff der öffentlichen Sittlichkeit im zweiten Teil fokussiert sich auf ein mögliches *Rechtsgut* oder ein *öffentliches Interesse* der öffentlichen Sittlichkeit, das am oben skizzierten Begriff des Gemeinwohls anknüpft und die Rechtswirkungen auf die Bevölkerung miteinbezieht. Dieses *Rechtsgut* wird einerseits im zweiten Teil dieser Arbeit durch die Rechtsprechung auf nationaler und internationaler Ebene zum öffentlich-rechtlichen Begriff der öffentlichen Sittlichkeit erschlossen und andererseits durch verwandte Begriffe aus dem Privatrecht und der dazu entwickelten Rechtsprechung und Lehre im vierten Teil aufgearbeitet. Zu diesen verwandten Begriffen gehört insbesondere das Begriffspaar der «öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» in Art. 2 SchlT ZGB (Kapitel 1), aber auch der Begriff der öffentlichen Ordnung in Art. 19 Abs. 2 OR (Kapitel 2) sowie der ebenfalls im Privatrecht geläufige Begriff der guten Sitten namentlich gemäss Art. 19 und 20 OR (Kapitel 3). Diese Begriffe werden allesamt zuerst als alleinstehende Begriffe betrachtet und dann mit einem *übergreifenden Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit* in Zusammenhang gebracht. Dieses Rechtsgut wird gestützt auf die Rechtsprechung im fünften und letzten Teil schwerpunktmässig durch einen neu gedeuteten überindividuellen Menschenwürdebegriff (d.h. dem Begriff der «Gattungswürde») umschrieben. Bereits an dieser Stelle soll allerdings darauf hingewiesen werden, dass das schweizerische Recht unterschiedliche sittliche Rechtsgüter kennt, weshalb es nicht einen einheitlichen Beurteilungsmassstab für die Bestimmung eines Sittlichkeitsverstosses gibt. Vielmehr zeichnet sich der Begriff durch eine binäre Struktur aus, die gewisse Fragestellungen in der Peripherie und andere im Kernbereich des normativen Gehalts der Sittlichkeit verortet.

Teil I:

**Öffentlich-rechtliche Rechtsquellen
der «öffentlichen Sittlichkeit»**

A. Einleitende Bemerkungen

Obschon der Rechtsordnung «Autonomie»¹⁴ zuzusprechen ist und deren unbestimmte Rechtsbegriffe dementsprechend autonom auszulegen sind, bildet auch das Recht Teil einer Lebenswelt,¹⁵ von der es nur durch eine Fiktion entschieden getrennt werden kann. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass sich unter den öffentlich-rechtlichen Rechtssätzen der schweizerischen Rechtsordnung auch solche finden lassen, die sich auf die normativen Wertungen der Rechtsordnung beziehen und nicht ohne Bezugnahme auf soziale Normsysteme ausgelegt werden können. Diese Rechtssätze, die oftmals Tatbestandselemente wie «öffentliche Sittlichkeit», «gute Sitten» oder «Sitte und Anstand» enthalten, bilden den Kern der nachstehenden Auflistung. Die Grundlegung des Rechtsbegriffs der öffentlichen Sittlichkeit *de lege lata* beginnt mithin mit der Darstellung der positiven Rechtsquellen des öffentlichen Rechts und erläutert die mit dem Begriff in Verbindung gebrachten Sachbereiche.

¹⁴ Zur Autonomiethese SEELMANN/DEMKO, § 14 N 3 ff.

¹⁵ HÖFFE, Diskurse, S. 27 f.

Kapitel 1: Bundesebene

I. Verfassungsstufe

- 10 In der schweizerischen Bundesverfassung (BV) vom 18. April 1999¹⁶ wird die öffentliche Sittlichkeit nicht mehr explizit genannt. Dagegen hiess es in Art. 50 Abs. 1 aBV¹⁷ noch: «Die freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen ist innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung gewährleistet.»¹⁸ Dieser in Art. 50 Abs. 1 aBV verankerte Vorbehalt zugunsten der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung wurde unter der aBV so interpretiert, dass er unabhängig von einer expliziten gesetzlichen Verankerung für die Ausübung sämtlicher Freiheitsrechte zur Anwendung kam.¹⁹ Im deutschen Grundgesetz (GG)²⁰ ist ein vergleichbarer Vorbehalt bis heute explizit enthalten. Art. 2 Abs. 1 GG besagt nämlich, dass jeder das Recht auf eine freie Entfaltung seiner Persönlichkeit hat, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst. Ob der im GG verwendete Begriff des Sittengesetzes mit demjenigen der öffentlichen Sittlichkeit gleichgesetzt werden kann, soll an dieser Stelle noch nicht diskutiert werden. Augenfällig ist allerdings, dass sowohl der Wortlaut dieser Bestimmung als auch derjenige von Art. 50 Abs. 1 aBV zwischen

¹⁶ SR 101.

¹⁷ BV vom 29. Mai 1874.

¹⁸ Diese Bestimmung wurde auch als Konkretisierung des Gleichheitsprinzips (Art. 4 aBV) verstanden (HAFNER, Staat und Kirche, S. 251).

¹⁹ BUMBACHER, S. 2 und 5; FLEINER, Institutionen, S. 178 und 389; vgl. FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 320, worin dieser (ohne Art. 50 aBV zu nennen) schreibt, dass jedes Recht nur innerhalb der Schranken der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit garantiert sei; siehe auch: GIACOMETTI/FLEINER, S. 303; BURCKHARDT, S. 130; und aus der Rechtsprechung: BGE 63 I 213 E. 3 und 4 (kein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung aufgrund der Einsetzung von Maschinen zur Reduktion der Arbeitskräfte); BGE 67 I 74, 76 (Verstoß gegen die öffentliche Sittlichkeit durch Tierquälerei); BGE 61 I 32 E. 2 und 3 (Umzug von Arbeitslosen ist nicht grundrechtlich geschützt); BGE 61 I 103 E. 5 (Verstoß gegen die öffentliche Ordnung durch frontistischen Fakeumzug); davon abweichende Entscheidungen, in denen die aus Art. 49 Abs. 5 aBV fliessenden «Bürgerpflichten» weniger restriktiv als abwägbar öffentliche Interessen ausgelegt wurden, ergingen einzig im Zusammenhang mit Schuldspesen aufgrund religiöser Praktiken (BGE 117 Ia 311 E. 1 und 2; BGE 114 Ia 129 E. 5. a; BGE 119 Ia 178 E. 3/a.), siehe dazu auch KÜHLER/HAFNER, passim.

²⁰ Veröffentlicht im Deutschen Bundesgesetzblatt, Teil III, Gliederungsnummer (GN) 100-1.

der verfassungsmässigen Ordnung bzw. der öffentlichen Ordnung und dem Sittengesetz bzw. der Sittlichkeit unterscheidet. Damit stellt sich die Frage, ob in der Konzeption der Verfassungstexte das Sittengesetz bzw. die Sittlichkeit, entgegen der in der Schweiz üblichen Systematisierung in der Rechtsprechung, über die verfassungsmässige oder öffentliche Ordnung hinausgeht.²¹

II. Gesetzesstufe

1. Verfahrensrecht

In der Gesetzgebung des Bundes ist der unbestimmte Rechtsbegriff der öffentlichen Sittlichkeit beispielsweise in der deutschen Fassung von Art. 59 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 17. Juni 2005²² enthalten, wonach bei der Befürchtung einer Verletzung der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit, die Öffentlichkeit ganz oder teilweise von Parteiverhandlungen oder mündlichen Beratungen ausgeschlossen werden darf.²³ In der französischen Fassung des Gesetzes wurde allerdings anstatt des Begriffs «morale publique» derjenige der «bonnes mœurs» verwendet,²⁴ der eher dem deutschen Begriff der guten Sitten als demjenigen der öffentlichen Sittlichkeit entspricht. Diese inkonsistente Begriffsverwendung wirft bereits die Frage auf, ob sich eine Differenzierung der Begriffe der öffentlichen Sittlichkeit und der guten Sitten in genereller Hinsicht als angezeigt erweist.

²¹ Siehe unten N 62, FN 177; so auch ERBEL, S. 204; hier wird diese Frage verneint und vielmehr postuliert, dass die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit stets zusammen zu betrachten sind (N 373 f.).

²² SR 173.110.

²³ Eine entsprechende Bestimmung enthält auch das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.32, (siehe Art. 40 Abs. 3 VGG) sowie das Gesetz über den Militärstrafprozess (MStP) vom 23. März 1979, SR 322.1 (siehe Art. 48 Abs. 2 MStP).

²⁴ So auch in der französischen Fassung von Art. 40 Abs. 3 VGG und Art. 48 Abs. 2 MStP.

2. Gesetzgebung zu Radio- und Fernsehprogrammen

- 12 Im Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 24. März 2006²⁵ wird die Sittlichkeit zwei Mal erwähnt. Einerseits haben Sendungen insbesondere die Menschenwürde zu achten, dürfen weder diskriminierend sein noch zu Rassenhass beitragen noch die öffentliche Sittlichkeit gefährden.²⁶ Andererseits haben Programmveranstalter dafür zu sorgen, dass Minderjährige nicht mit Sendungen konfrontiert werden, die eine Gefährdung ihrer sittlichen oder sozialen Entwicklung darstellen.²⁷

3. Arbeitsgesetz

- 13 Eine weitere Regelung, die den Schutz von Jugendlichen ins Auge fasst, ist Art. 4 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964²⁸. Nach dieser Bestimmung «können einzelne Vorschriften des Gesetzes durch Verordnung [auf Familienbetriebe] anwendbar erklärt werden, soweit dies zum Schutze von Leben und Gesundheit der Jugendlichen oder zur Wahrung der Sittlichkeit erforderlich ist».

4. Strafrecht

- 14 Im Zuge der Revision im Jahr 1991 wurde der Abschnitt betreffend die «Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit» (Art. 203 ff. aStGB) im 5. Titel des Strafgesetzbuches ersatzlos gestrichen,²⁹ weshalb das altrechtliche Strafrechtsgut der

²⁵ SR 784.40.

²⁶ Art. 4 Abs. 1 RTVG; hier wird ebenfalls in der französischen Fassung des Gesetzes der Begriff «moralité publique» verwendet. Demgegenüber sieht die originale französische Fassung des auch für die Schweiz massgebenden Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF; SR 0.784.405; Inkrafttreten für die Schweiz am 1. Mai 1993) in seinem Art. 7 Abs. 1 lit. a ein Verbot für Programminhalte vor, die «contraires aux bonnes moeurs» sind. Obschon in dieser letzten Bestimmung der Begriff der «guten Sitten» verwendet wird, schützt er offensichtlich das gleiche Rechtsgut wie der Begriff der «öffentlichen Sittlichkeit» in Art. 4 Abs. 1 RTVG. Gemäss der Rechtsprechung der UBI zu Art. 6 Abs. 1 Satz 2 RTVG 1991 geht demnach Art. 7 Abs. 1 lit. a EÜGF inhaltlich auch nicht weiter als die nationale Garantie (UBI-Entscheid b. 380 vom 23. April 1999 E.5.3).

²⁷ Art. 5 RTVG.

²⁸ Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11.

²⁹ Botschaft Änderung StGB und MStG.

öffentlichen Sittlichkeit, das sich auf den geschlechtlichen Bereich bezog, keine praktische Bedeutung mehr genießt.³⁰ Der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit kommt im Bundesstrafrecht explizit nur noch mit Bezug auf die Sicherungseinziehung zum Tragen. Gemäss Art. 69 Abs. 1 des schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) vom 21. Dezember 1937³¹ verfügt das Gericht «ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen (...), wenn (diese) die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden».³² Die Inhalte des Rechtsguts der öffentlichen Sittlichkeit mit Bezug auf diese Bestimmung sind gesetzespositivistisch auszulegen.³³

³⁰ Das heutige Bundesstrafrecht bestraft Handlungen gegen die sexuelle Integrität einer Person, wobei wie etwa im Fall von Art. 187 StGB der Jugendschutz als Rechtsgut hinzutreten kann (BGE 125 IV 58 E. 3 a). Unter vormaligem Recht spielten allerdings Verstösse gegen die «öffentliche Sittlichkeit» nicht nur im sexuellen Bereich eine Rolle, sondern sie konnten namentlich auch migrationsrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. So war etwa in Art. 16 Abs. 2 ANAV (Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 1. März 1949, frühere Verordnung zum ANAG [Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931]; Vorvorgängergesetz des heutigen AIG [Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005]) vorgesehen, dass aufgrund einer «groben Verletzung der Gebote der Sittlichkeit» eine Person mit ausländischer Staatsangehörigkeit ausgewiesen werden konnte (BGE 96 I 266 E. 4). Im Zusammenhang mit dem im Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juni 2002; SR 0.142.112.681) verankerten Vorbehalt zugunsten der öffentlichen Ordnung hat sich das Bundesgericht allerdings in einer jüngeren Entscheidung klar gegen die Anknüpfung des Aufenthalts- und Einreisestatus an partikular moralische Vorstellungen positioniert, indem es ausführte, dass die potenzielle Begehung von Diebstählen, die eventuelle Ausübung der Prostitution und das Betteln keine tatsächliche und ernsthafte Bedrohung von grundlegenden gesellschaftlichen Interessen darstellen würden (BGer Urteil 6B_126/2016 vom 18. Januar 2017 E. 2.3). Anders verhält es sich einzig mit Bezug auf den beabsichtigten Drogenhandel (mit Annahme der «Ausschaffungsinitiative») ist dies denn auch in Art. 121 Abs. 3 lit. a BV verankert worden [dazu BGer Urteil 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 4.5]). Bereits unter Anwendung des früheren Rechts wurde der grobe Ordnungsverstoss darin erblickt, dass die ausländische Person in die Schweiz gekommen sei, um sich der Drogenszene anzuschliessen (nicht publiziertes BGer Urteil 2A.425/1994 vom 6. Januar 1995, zusammengefasst in NZZ vom 17. Januar 1995, S. 53).

³¹ SR 311.0.

³² Art. 51 Abs. 1 des Militärstrafgesetzes (MStG) vom 13. Juni 1927 (SR 321.0) hat den gleichen Wortlaut.

³³ Siehe unten N 215 und vgl. auch WOHLERS, HK StGB, Art. 1 N 6.

5. Nationale Gesetzgebung zu technischen Handelshemmnissen

- 15 Ziel und Zweck des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995³⁴ ist der Abbau, die Beseitigung und die Vermeidung technischer Handelshemmnisse³⁵, d.h. jeder Behinderung des grenzüberschreitenden Verkehrs von Produkten.³⁶ Technische Vorschriften sind deshalb grundsätzlich in einer Form zu erlassen, in der sie sich nicht als faktische Handelshemmnisse manifestieren.³⁷ Von diesem Grundsatz darf allerdings abgewichen werden, wenn dies zur Wahrung der überwiegenden öffentlichen Interessen erforderlich ist,³⁸ worunter nach dem Wortlaut des Gesetzes auch die öffentliche Sittlichkeit fällt.³⁹

³⁴ THG, SR 946.51.

³⁵ Art. 1 Abs. 1 THG.

³⁶ Art. 3 lit. a THG.

³⁷ Art. 4 Abs. 1 THG.

³⁸ Art. 4 Abs. 3 lit. a THG.

³⁹ Art. 4 Abs. 4 lit. a THG.

Kapitel 2: Kantonsebene

I. Zielbestimmungen

Auf der Ebene der Kantone bezeichnen zwei Kantonsverfassungen den Schutz der Sittlichkeit ausdrücklich als öffentliche Aufgabe.⁴⁰ Des Weiteren ist die Wahrung der öffentlichen Sittlichkeit als programmatische Zielsetzung in drei kantonalen Spezialgesetzen enthalten.⁴¹ 16

II. Verfahrensrecht

Entsprechend der oben zitierten Bestimmung für das Verfahren vor Bundesgerichten⁴² sehen einzelne kantonale Verfahrensordnungen vor, dass die Öffentlichkeit zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit von Parteiverhandlungen ausgeschlossen werden darf.⁴³ 17

Andere Bestimmungen enthalten die Formulierung, dass, wer die (guten) Sitten und den Anstand im Verfahren verletzt, mit einer Ordnungsbusse bestraft werden kann.⁴⁴ Bestimmte Verfahrensordnungen beschränken ihre Ausführungen zu 18

⁴⁰ Siehe § 27 der Verfassung des Kantons Aargau (KV AG) vom 25. Juni 1980 (SR 131.227) sowie Art. 24 (und speziell für die Gemeinderäte: Art. 94 Ziff. 4) der Verfassung des Kantons Obwalden (KV OW) vom 19. Mai 1968 (GDB 131.216.1).

⁴¹ Art. 1 der Legge sull'ordine pubblico della repubblica e cantone Ticino (LORP TI) del 23 novembre 2015 (CAN 550.100); Art. 1 Abs. 1 des Polizeigesetzes des Kantons Obwalden (PolG OW) vom 11. März 2010 (GDB 510.1); Art. 1 Abs. 2 der loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du canton Genève (LRDBHD GE) du 19 mars 2015 (rs I 2 22).

⁴² N 11.

⁴³ Siehe Art. 15 Abs. 3 lit. b des Gerichtsorganisationsgesetzes des Kantons Graubünden (GOG GR) vom 16. Juni 2010 (BR 173.000); § 48 Abs. 2 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen des Kantons Solothurn (VRPG SO) vom 15. November 1970 (BGS 124.11); Art. 21 Abs. 2 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Glarus (VRPG GL) vom 4. Mai 1986 (GS III G/1); § 56 Abs. 1 Wirtschafts- und Arbeitsgesetz des Kantons Solothurn (WAG SO) vom 8. März 2015 (BGS 940.11).

⁴⁴ Art. 46 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern (VRPG BE) vom 23. Mai 1989 (BSG 155.21); Art. 7 Abs. 1 des Verwaltungsgerichts-

den Ordnungsbussen auf die ausdrückliche Erwähnung von Verstössen gegen den Anstand.⁴⁵ Wiederum andere sehen vor, dass Eingaben den Anforderungen von Sitte und Anstand genügen müssen, damit sie nicht zur Verbesserung zurückgewiesen werden.⁴⁶ Die Bussen für unanständiges Verhalten im Zusammenhang mit dem Verfahren betragen generell bis zu CHF 1'000.00.⁴⁷

III. Übertretungsstrafrecht

- 19 Im Sinne eines konkreteren Straftatbestandes findet sich die öffentliche Sittlichkeit auf der Ebene der kantonalen Gesetzgebung in Bezug auf das in die Kompetenz der Kantone fallende Übertretungsstrafrecht.⁴⁸ So sieht namentlich das Übertretungsstrafgesetz (UeStG AI) vom 30. April 2006 des Kantons Appenzell I. Rh.⁴⁹ vor, dass, wer sich öffentlich ein anstössiges, Sitte oder Anstand verletzendes Verhalten zuschulden kommen lässt, mit Busse bestraft wird.⁵⁰ Andere kantonale

gesetzes des Kantons Appenzell I Rh. (VerwGG AI) vom 25. April 2010 (GS 173.400); § 51 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Luzern (VRG LU) vom 3. Juli 1972 (SRL 40); § 27 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Thurgau (VRPG TG) vom 23. Februar 1981 (RB 170.1); Art. 23 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Uri (VRPV UR) vom 23. März 1994 (RB 2.2345); Art. 31 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege St. Gallen (VRPG SG) vom 16. Mai 1965 (sGS 951.1).

⁴⁵ Etwa § 54 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt (GOG BS) vom 3. Juni 2016 (SG 154.100). Siehe auf Bundesebene: Art. 60 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021). Die maximale Busse, die bei einem Verstoss auferlegt wird, beträgt darin CHF 500.00.

⁴⁶ Siehe etwa Art. 33 Abs. 1 VRPG BE; § 135 Abs. 1 VRG LU; Art. 2 Abs. 1 lit. b des Reglements über den Geschäftsgang der Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen vom 27. Mai 1987 (sGS 941.223).

⁴⁷ § 27 VRPG TG; § 54 Abs. 2 GOG BS; Art. 23 VRPV UR; Art. 31 Abs. 1 VRPG SG; mit bis zu CHF 2'000.00 kann die Erstbusse im Kanton Luzern hoch ausfallen (§ 51 Abs. 1 lit. a VRG LU).

⁴⁸ Siehe Art. 123 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 335 Abs. 1 StGB.

⁴⁹ GS 311.000.

⁵⁰ Art. 15 UeStG AI; siehe auch § 23 Abs. 2 Gesetz über das kantonale Strafrecht und die Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches des Kantons Solothurn (StrG SO) vom 14. September 1941 (BGS 311.1); Art. 10 des Gesetzes über die Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches im Kanton Glarus (EG StGB GL) vom 2. Mai

Kodifikationen sind etwas restriktiver bei der Annahme einer solchen Übertretung und verlangen, dass es sich jeweils um ein Verhalten handeln muss, das Sitte und Anstand nicht nur öffentlich, sondern auch *in grober Weise* verletzt.⁵¹ Ein Beispiel dafür ist etwa Art. 19 des Gesetzes über das kantonale Strafrecht des Kantons Appenzell A. Rh. vom 25. April 1982⁵², der nach dem «Nacktwanderer-Fall»⁵³ nationale Beachtung erlangt hat.⁵⁴ Die Busse für ein derartiges Verhalten fällt je nach Kanton unterschiedlich aus, freilich belaufen sich die Beträge überwiegend auf CHF 100.00 bis CHF 200.00 und sind damit relativ gering.⁵⁵

Im Kanton Tessin wird nach Art. 2 Abs. 1 lit. g LorP TI ein vorsätzlicher Verstoss 20 gegen die Sittlichkeit nur im Zusammenhang mit der Ausübung der Prostitution

1965 (SBE 2013 36); Art. 12 lit. b des bernischen Gesetzes über das kantonale Strafrecht (KStrG BE) vom 9. April 2009 (BSG 311.1).

⁵¹ Siehe Art. 36g des Polizeigesetzes des Kantons Graubünden (PolG GR) vom 20. Oktober 2004 (BR 613.000); § 18 Abs. 2 des Gesetzes über das kantonale Strafrecht des Kantons Schwyz (StG SZ) vom 13. Januar 1972 (GS 220.100); § 18 Übertretungsstrafgesetz (UeStG LU) des Kantons Luzern vom 14. September 1976 (SRL 300) und Art. 13 des Gesetzes über das kantonale Strafrecht des Kantons Obwalden (StG OW) vom 14. Juni 1981 (GDB 310.1); Art. 12 des Gesetzes über das kantonale Strafrecht des Kantons Nidwalden (StG NW) vom 29. Juni 2016 (NG 251.1); das Straf- und Justizvollzugsgesetz des Kantons Zürich (StJVG ZH) vom 19. Juni 2006 (ON 331) verlangt darüber hinaus, dass die Verletzung der öffentlichen Sitte und des Anstands in *berauschtem Zustand* erfolgt (§ 7 lit. b StJVG ZH).

⁵² StGB AR (bGS 311).

⁵³ BGE 138 IV 13 insb. E. 6 ff. Siehe für eine nähere Darstellung dieser Entscheidung nachstehend N 70.

⁵⁴ Dass das Nacktwandern im Kanton Appenzell A. Rh. als Verstoss gegen die Sitte und den Anstand gewertet wurde, bedeutet indes nicht, dass das entblösste Sich-Aufhalten in der Öffentlichkeit nicht etwa auch als «Unfug» gewertet werden und damit beispielsweise auch in der Stadt Aarau bestraft werden könnte (siehe § 16 Polizeiverordnung vom 14. Juni 2010 [PolVO Aarau, SRS 5.1.1]).

⁵⁵ Siehe etwa Ziff. 1.9 und 1.10 des Anhangs 1 der Verordnung über die Ordnungsbussen (VOB AI) vom 15. Juni 2009 (bGS 311.010), wonach für die Verrichtung der Notdurft in der Öffentlichkeit CHF 100.00 und für das Sich-nackte-Aufhalten in der Öffentlichkeit CHF 200.00 auferlegt werden. Im Kanton Obwalden wird eine öffentliche Widerhandlung gegen die Sitte und den Anstand mit einem Betrag von maximal CHF 100.00 bestraft (siehe Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1.4 der kantonalen Ordnungsbussenverordnung vom 25. Oktober 2007 [OBV OW, GDB 310.41]). Im Kanton Glarus beläuft sich die Busse bis auf CHF 150 und liegt damit im mittleren Bereich (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 5 der kantonalen Ordnungsbussenverordnung des Kantons Glarus vom 17. September 2013 [OBV GL, GS III F/1/1]). Im Kanton Zürich sind die Gemeinden hingegen befugt, eine Busse von bis zu CHF 500.00 vorzusehen (§ 2a StJVG ZH).

strafrechtlich durch die Gemeinden geahndet, wobei dieser Verstoss nach dem Wortlaut der Bestimmung an einem öffentlichen oder einem privaten Ort geschehen kann. Diese weit gefasste Formulierung muss allerdings im Sinne des zweiten Teilsatzes der Bestimmung so verstanden werden, dass mit «privaten» oder «öffentlichen Orten» im Freien oder in für die Öffentlichkeit sichtbare Innenräume gemeint sind.⁵⁶ Damit fällt die Ausübung der Prostitution, die sich ausschliesslich in privaten, für die Öffentlichkeit nicht sichtbaren Räumlichkeiten abspielt, nicht in den Anwendungsbereich der Strafnorm. Mit einem Maximalbetrag von CHF 10'000.00, der den bundesrechtlichen Rahmen komplett ausschöpft, können die Bussen für derartige Übertretungen im Kanton Tessin allerdings sehr hoch ausfallen.⁵⁷

IV. Allgemeines Gewerbepolizeirecht

- 21 Im Kanton Freiburg ist der Handel mit «gefährlichen oder sittenwidrigen Gegenständen» gemäss Art. 35 Abs. 1 des Gesetzes über die Ausübung des Handels (HAG FR) vom 25. September 1997⁵⁸ entweder durch das Ausführungsreglement untersagt oder wird besonderen Bedingungen unterworfen. Das entsprechende Reglement über die Ausübung des Handels des Kantons Freiburg nimmt nicht explizit auf Art. 35 HAG FR Bezug. Folglich wird darin nicht weiter ausgeführt, was unter «sittenwidrigen Gegenständen» genau zu verstehen ist. Im Sinne einer systematischen Auslegung lässt sich aber zumindest festhalten, dass sich im Reglement u.a. Bestimmungen zum Handel mit «pornographischen Gegenständen» und deren Reklame⁵⁹ finden lassen, was darauf hindeutet, dass es sich hierbei um «sittenwidrige Gegenstände» im Sinne des Gesetzes handelt. Der Schwerpunkt dieser Bestimmung liegt bei näherer Betrachtung im Jugendschutz.
- 22 Im Kanton Waadt findet sich eine Norm, die wirtschaftliche Aktivitäten speziell regelt, die eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, namentlich in Bezug auf die

⁵⁶ Art. 2 Abs. 1 lit. g LOrP TI: «Sono puniti con la multa di competenza municipale coloro che, intenzionalmente: esercitano la prostituzione nei luoghi pubblici o privati, turbando l'ordine, la tranquillità, la *moralità*, la salute o la sicurezza pubblici, siano essi all'aperto od al chiuso ma visibili al pubblico.» (Hervorhebung durch Verfasserin).

⁵⁷ Art. 5 LOrP TI.

⁵⁸ SGF 940.1.

⁵⁹ Art. 38 f. des Reglements über die Ausübung des Handels des Kantons Freiburg (HAG FR) vom 25. September 1997 (SGF 940.11).

öffentliche Sittlichkeit, darstellen.⁶⁰ Dabei geht es primär darum, dass der Regierungsrat derartige Aktivitäten einer Bewilligungspflicht unterstellen kann.⁶¹ Des Weiteren geht aus der Verordnung über das Bestattungswesen des Kantons Luzern hervor, dass Friedhöfe so angelegt werden müssen, «dass sie den Anforderungen von Sitte und Anstand (...) entsprechen»⁶². Schliesslich gibt es im Kanton Tessin eine Verordnung über Badeanstalten, in der die Wahrung u.a. der Ordnung und Sittlichkeit dem Verantwortungsbereich des Geschäftsführers zugeschrieben wird,⁶³ wodurch dieser ausführende Bestimmungen in diesem Bereich erlassen kann.

V. Spezielle Regelungen zum Gastwirtschafts-, Unterhaltungs- und Beherbergungsgewerbe sowie Bestimmungen zum Handel mit alkoholischen Getränken

Im Gastgewerbe und beim Handel mit alkoholischen Getränken gibt es auf kantonal- 23
naler Ebene eine Pflicht der Patent- oder BewilligungsinhaberIn bzw. der verantwortlichen Person, für die Wahrung der «Ordnung und guten Sitten»⁶⁴ im Betrieb zu sorgen, wobei die Terminologie uneinheitlich ist und die entsprechende Per-

⁶⁰ Art. 5 der loi sur l'exercice des activités économiques du Canton de Vaud (LEAE VD) du 31 mai 2005 (BLV 930.01) i.V.m. Art. 4 Abs. 1 des Règlement d'application de la loi du 31 mai 2005 sur l'exercice des activités économiques (RLEAE VD) du 17 décembre 2014 (BLV 930.01.1).

⁶¹ Siehe Art. 4 Abs. 2 RLEAE VD.

⁶² § 10 der Verordnung über das Bestattungswesen des Kantons Luzern vom 9. Dezember 2008 (SRL 840).

⁶³ Art. 10 des Decreto esecutivo concernente gli stabilimenti balneari del 31 marzo 1987 (CAN 943.210).

⁶⁴ § 22 Abs. 1 des Gesetzes über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholhaltigen Getränken des Kantons Thurgau (GGG TG) vom 26. Juni 1996 (RB 554.51); § 17 Abs. 1 des Gastgewerbegesetzes (GGG ZH) des Kantons Zürich vom 1. Dezember 1996 (ON 935.11). Siehe für die Betreiber von Campingplätzen: Art. 3 des Gesetzes über das Campieren des Kantons Obwalden vom 4. Dezember 2014 (CG OW; GDB 971.4) und Art. 12 Abs. 1 Regolamento della legge sui campeggi della repubblica e cantone Ticino del 27 aprile 2004 (CR TI; CAN 943.110).

son auch zur Einhaltung von «Sicherheit sowie Ordnung und guter Sitte»⁶⁵ oder «Ruhe, Ordnung, Sicherheit, Anstand und Sitte»⁶⁶ wie auch «Ruhe und Ordnung sowie der guten Sitten»⁶⁷ verpflichtet sein kann. Wer dieser Pflicht nicht nachkommt, kann mit einer Busse belegt werden.⁶⁸

- 24 Teilweise wird auch der Gast, der zur Einhaltung von Ruhe, Ordnung und guter Sitte aufgefordert worden ist, bei Nichtbefolgung der Anweisungen mit einer Busse bestraft.⁶⁹
- 25 Weiterreichende Massnahmen für gravierende und unmittelbar drohende Verstösse gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere in Bezug auf die öffentliche Ruhe, die Gesundheit, die Sicherheit und die Sittlichkeit, dürfen im Kanton Genf gegen einen Gastwirtschafts-, Unterhaltungs- oder Beherbergungsbetrieb ergriffen werden: Wenn es die Umstände rechtfertigen, ist ein Polizeikommissar befugt, den Betrieb sofort zu schliessen und bis zu zehn Tage mit einem Siegel zu belegen. Das zuständige Departement darf im Nachgang bei ernsthafter Störung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung, insbesondere der öffentlichen Ruhe, Gesundheit, Sicherheit und Sittlichkeit, die Schliessung unter Siegelung bis auf maximal vier Monate verlängern.⁷⁰ Die Schliessung eines Betriebs hat indes nicht zur Folge, dass nicht etwa auch die Betriebsbewilligung komplett entzogen werden könne.⁷¹ Wenn die öffentliche Ordnung oder Sittlichkeit es erfordert, ist der Entzug einer Betriebsbewilligung für eine Gastwirtschaft oder einen Beherbergungsbetrieb auch im Kanton Solothurn möglich.⁷²
- 26 In der Gesetzgebung des Kantons Appenzell i. Rh. finden sich detailliertere Normen, die Verstösse gegen die Sittlichkeit verbieten, als in manch anderem Kanton.

⁶⁵ Art. 14 Abs. 1 des Gastgewerbegesetzes (GGG OW) des Kantons Obwalden vom 8. Juni 1997 (GDB 971.1).

⁶⁶ Art. 9 Abs. 1 des Gastwirtschaftsgesetzes des Kantons Uri (GWG UR) vom 29. November 1998 (RB 70.2111).

⁶⁷ Art. 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholischen Getränken des Kantons Appenzell i. Rh. (Gastgewerbegesetz, GaG AI) vom 24. April 1994 (GS 935.300).

⁶⁸ § 44 Abs. 1 Ziff. 4 GGG TG; § 39 Abs. 1 lit. b GGG ZH; Art. 25 Abs. 1 lit. b GGG OW; Art. 54 Abs. 1 GaG AI; Art. 22 lit. b GWG UR sieht explizit eine Busse auch bei fahrlässiger Begehung vor.

⁶⁹ Art. 25 Abs. 1 lit. c GGG OW; § 39 Abs. 1 GGG ZH.

⁷⁰ Art. 62 Abs. 1 und 2 LRDBHD GE.

⁷¹ Art. 62 Abs. 3 i.V.m. Art. 63 Abs. 1 lit. c LRDBHD GE.

⁷² § 14 Abs. 1 lit. d WAG SO.

In Bezug auf das Gast- und Unterhaltungsbewerbe hat etwa der Grosse Rat die Kompetenz, sittenpolizeiliche Auflagen für das Anbringen von Dekorationen in einem entsprechenden Betrieb zu erlassen.⁷³ Darüber hinaus sind Schaudarbietungen, die gegen die guten Sitten verstossen, in allen Gastgewerbebetrieben verboten.⁷⁴ Im allgemeinen Gesetz des Kantons über die Handels- und Gewerbepolizei wird noch einmal separat mit Bezug auf die Patenterteilung festgehalten, dass «öffentliche Aufführungen» und «öffentliche Schaustellungen» weder gegen die guten Sitten noch die religiösen Gefühle verstossen noch die öffentliche Ruhe und Ordnung sowie die Sicherheit stören bzw. gefährden dürfen.⁷⁵

VI. Regelungen zur Prostitution

In der kantonalen Gesetzgebung zur Prostitution kommt der Begriff der Sitte 27 oder Sittlichkeit nur noch selten explizit vor. Das internationale Recht ordnet die Regulierung der Prostitution allerdings weiterhin dem öffentlichen Interesse der öffentlichen Sittlichkeit zu.⁷⁶ Neben der bereits erwähnten Strafbestimmung des Tessiner Übertretungsstrafrechts⁷⁷ sehen zwei der einschlägigen Rechtsquellen eine Zuständigkeit zur Bearbeitung von Anmeldungen zur Ausübung der Prostitution bei der für «Sittlichkeitsdelikte zuständigen Brigade der Kriminalpolizei»⁷⁸ bzw. bei der «Abteilung für Sitte der Kantonspolizei»⁷⁹ vor. Im Kanton Freiburg ist es darüber hinaus so, dass nur die Beamtinnen und Beamten der für die «Sittlichkeitsdelikte» zuständigen Brigade der Kriminalpolizei auf die entsprechende

⁷³ Art. 43 GaG AI.

⁷⁴ Art. 45 Abs. 4 GaG AI.

⁷⁵ Art. 22 Abs. 2 lit. c des Gesetzes über die Handels- und Gewerbepolizei des Kantons Appenzell I. Rh. (HGPG AI) vom 30. April 1989 (GS 930.000).

⁷⁶ N 155.

⁷⁷ Siehe N 20.

⁷⁸ Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Ausübung der Prostitution des Kantons Freiburg vom 23. November 2010 (PV FR; SGF 940.21).

⁷⁹ Art. 19 der Verordnung über die Prostitution des Kantons Wallis (VPr VS) vom 23. September 2015 (SGS 932.100). Die eigentliche Meldepflicht ist in Art. 2 und Art. 13 VPr VS enthalten.

Datensammlung zugreifen dürfen. In diesem Zusammenhang ist allerdings fraglich, worin heute «Sittlichkeitsdelikte» bestehen.⁸⁰

- 28 Neben den Erlassen im Kanton Freiburg und Wallis sind auch im Kanton Zürich⁸¹, im Kanton Basel-Stadt⁸², im Kanton Bern⁸³, im Kanton Waadt⁸⁴, im Kanton Genf⁸⁵, im Kanton Neuenburg⁸⁶ und im Kanton Jura⁸⁷ gesetzliche Regelungen zur Prostitution erlassen worden. Auch diese Regelungen (mit Ausnahme derjenigen im Kanton Basel-Stadt) sehen eine Bewilligungs- oder Anzeigepflicht für die Ausübung der Prostitution oder eine Anzeigepflicht für Prostitutionsbetriebe vor, wodurch sie sie implizit als nicht sittenwidrig beurteilen.⁸⁸
- 29 Etwa Art. 2 Abs. 2 PGG BE sieht explizit vor, dass die Vornahme von sexuellen Handlungen gegen Entgelt zulässig ist, weshalb e contrario Verträge, die sexuelle Dienstleistungen zum Inhalt haben, im Kanton Bern nicht aufgrund von Sittenwidrigkeit nichtig sein können. Obschon gemäss Art. 199 StGB den Kantonen lediglich die Kompetenz zum Erlass von Vorschriften über Zeit, Ort und Art der

⁸⁰ Art. 3 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über die Ausübung der Prostitution des Kantons Freiburg vom 17. März 2010 (PG FR; SGF 940.2).

⁸¹ Prostitutionsgewerbeverordnung (PGVO Stadt Zürich; AS 551.140).

⁸² Verordnung über die Strassenprostitution des Kantons Basel-Stadt vom 19. Dezember 2006 (SPVo BS; SG 724.500).

⁸³ Gesetz über das Prostitutionsgewerbe des Kantons Bern (PGG BE) vom 7. Juni 2012 (BSG 935.90) und Prostitutionsgewerbeverordnung des Kantons Bern (PGV BE) vom 5. Dezember 2012 (BSG 935.901).

⁸⁴ Loi sur l'exercice de la prostitution du Canton de Vaud (LPros VD) du 30 mars 2004 (BLV 943.05) und Règlement d'application de la loi du 30 mars 2004 sur l'exercice de la prostitution (RLPros VD) du 9 juin 2021 (BLV 943.05.1).

⁸⁵ Loi sur la prostitution de la République et canton de Genève (LProst GE) du 17 décembre 2009 (rs I 2 49).

⁸⁶ Loi sur la prostitution et la pornographie de la République et Canton de Neuchâtel (LProst NE) du 30 août 2016 (RSN 941.70); Règlement d'exécution de la loi sur la prostitution et la pornographie de la République et Canton de Neuchâtel (RELProst NE) du 14 décembre 2016 (RSN 941.71) und Arrêté fixant les émoluments relatifs à l'application de la législation en matière de prostitution du 14 décembre 2016 (RSN 941.72).

⁸⁷ Loi concernant l'exercice de la prostitution et le commerce de la pornographie de la République et Canton du Jura (Loi sur la prostitution, LProst JU) du 20 octobre 2010 (RSJU 943.1) und Ordonnance d'exécution de la loi concernant l'exercice de la prostitution et le commerce de la pornographie de la République et Canton du Jura (Ordonnance sur la prostitution, OProst JU) du 6 mars 2012 (RSJU 943.11).

⁸⁸ Art. 8 Abs. 1 PGVO Stadt Zürich; Art. 5 PGG BE; Art. 4 und 9 LPros VD; Art. 4 LProst GE; Art. 12 Abs. 1 LProst NE. Art. 5 und 9 LProst JU.

Ausübung der Prostitution zukommt, wurde diese Berner Bestimmung in vollem Bewusstsein darüber, dass sie bei Inkraftsetzung eine Kompetenzüberschreitung darstellte, durch den kantonalen Gesetzgeber erlassen.⁸⁹ Nach der jüngsten Entscheidung des Bundesgerichts, die zumindest mit Bezug auf das Strafrecht feststellte, dass die Prostitution nicht mehr gegen die guten Sitten verstösst,⁹⁰ kann diese Bestimmung indes nicht mehr als offensichtlich bundesrechtswidrig beurteilt werden.

VII. Erlasse zur Reklame

Im Kanton Freiburg sind Reklamen verboten, die die öffentliche Ruhe, Sittlichkeit, Sicherheit und Ordnung beeinträchtigen.⁹¹ In Basel-Stadt ist Plakatwerbung für «sexuelle Dienstleistungen oder mit anderem rechts- oder sittenwidrigem Inhalt» verboten.⁹² Im Kanton Luzern gilt das Verbot für Reklamen, die «gegen Sitte und Anstand verstossen, insbesondere die menschliche Würde und Integrität verletzen»⁹³. Während sich der Gesetzgeber im Kanton Uri einer sehr ähnlichen Wendung mit Bezug auf das Verbot der Reklamen bedient, wonach diese nicht den Anstand und die guten Sitten verletzen dürfen, setzte er dieses durch die Formulierung «oder das Ortschafts- und Landschaftsbild verunstalten»⁹⁴ in einen komplett anderen Kontext. Eine weitere Regelung, die neben der öffentlichen Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung u.a. auch die «Schönheit der Natur» sowie das «kulturelle Erbe» bei der Bewilligung von Werbeinstallationen als zu beachtende Polizeigüter nennt, findet sich im Kanton Tessin.⁹⁵ Im Kanton Jura sind wiederum Werbungen, die geeignet sind, die Sittlichkeit, die Ruhe, die Sicherheit oder die

⁸⁹ KRAUSKOPF/SOMMER, S. 64.

⁹⁰ Siehe dazu unten N 68.

⁹¹ Art. 5 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über die Reklame des Kantons Freiburg (RekG FR) vom 6. November 1986 (SGF 941.2).

⁹² § 7 Abs. 1 lit. e und f der Plakatverordnung Basel-Stadt (PV BS) vom 7. Februar 1933 (SG 569.500).

⁹³ § 15 Abs. 1 lit. e der Reklameverordnung Luzern (RV LU) vom 3. Juni 1997 (SRL 739).

⁹⁴ Art. 3 Abs. 1 lit. a der Verordnung über das Reklamewesen des Kantons Uri (VRW UR) vom 7. April 1976 (RB 70.1411).

⁹⁵ Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Legge sugli impianti pubblicitari della Repubblica e Cantone Ticino (LIP TI) del 26 febbraio 2007 (CAN 705.600).

öffentliche Ordnung zu gefährden, insbesondere zum Zweck der «Wahrung der Sittlichkeit und des öffentlichen Wohles», verboten.⁹⁶

- 31 In allen oben genannten Kantonen sind die besagten Reklamen bewilligungspflichtig,⁹⁷ wobei es teilweise nicht darauf ankommt, ob diese auf privatem oder öffentlichem Grund angebracht werden sollen.⁹⁸ Vereinzelt werden deshalb die Formulierungen «im Freien»⁹⁹ sowie «sichtbar oder hörbar»¹⁰⁰ verwendet, um den Standort der zu bewilligenden Reklame zu bezeichnen. Demgegenüber sind im Kanton Basel-Stadt nur Plakate auf öffentlichem Grund bewilligungspflichtig. Denn die entsprechende Verordnung regelt ausschliesslich die Nutzung der Allmend¹⁰¹ und enthält keine Vorschriften zu Werbetafeln auf privatem Boden. Werbungen etwa in der Presse¹⁰² oder im Amtsblatt¹⁰³ sind von den Erlassen über die Reklamen nicht erfasst.

⁹⁶ Art. 25 Ordonnance concernant la réclame extérieure et sur la voie publique du Canton du Jura (OREVP JU) du 6 décembre 1978 (RSJU 701.251): «Dans l'intérêt du public sont interdites en vue de la sauvegarde de la moralité et du bien public les annonces qui sont de nature à compromettre la moralité, la tranquillité, la sécurité ou l'ordre public».

⁹⁷ Zu den Bewilligungsverfahren: Art. 2 ff. und 11 RekG FR; Art. 49 ff. OREVP JU; § 6 PV BS; § 5 ff. RV LU; Art. 2 VRW UR.

⁹⁸ Art. 1 Abs. 1 VRW UR; Art. 2 Abs. 1 LIP TI.

⁹⁹ § 2 Abs. 1 RV LU; Art. 1 Abs. 1 VRW UR; Art. 4 Abs. 1 OREVP JU.

¹⁰⁰ Art. 1 Abs. 1 RekG FR; in der Regelung des Kantons Tessin wird der Begriff «perceptibili», d.h. «wahrnehmbar» verwendet: siehe Art. 2 Abs. 1 LIP TI.

¹⁰¹ § 1 ff. PV BS.

¹⁰² Das Justiz- und Polizeidepartement des Kantons Waadt kann die öffentliche Ausstellung, den Handel, den Strassenverkauf oder den Verkauf an Jugendliche unter 18 Jahren von Zeitschriften, Büchern usw., die eine sittlichkeitsschädigende Wirkung haben, verbieten. Siehe: Art. 12 Abs. 1 Loi sur la Presse du Canton de Vaud (LPresse VD) du 14 décembre 1937 (BLV 449.11).

¹⁰³ Siehe beispielsweise für das Verbot eines Verstosses gegen die Sittlichkeit im nicht-amtlichen Teil des Amtsblatts: Art. 11 Abs. 3 der Publikationsverordnung des Kantons Bern (PuV BE) vom 23. Juni 1993 (BSG 103.11); Art. 3 Abs. 1 lit. c der Verordnung über das Amtsblatt des Kantons Freiburg vom 21. Dezember 2010 (SGF 124.21).

VIII. Bestimmungen, die ein besonderes Näheverhältnis zum Staat betreffen

1. Ordnungen zur Benutzung von Verwaltungsvermögen

Im Kanton Solothurn sehen sowohl die Hausordnung für die Gefängnisse des Kantons vom 24. März 2014¹⁰⁴ als auch diejenige der Justizvollzugsanstalt vom 24. März 2014¹⁰⁵ vor, dass Darstellungen oder Gegenstände, die Sitte und Anstand verletzen, aus den Zellen entfernt werden¹⁰⁶ sowie Besuche, anlässlich derer die Gefangenen oder Besucher ein gegen Anstand und Sitte verstossendes Verhalten zeigen, unterbrochen werden dürfen.¹⁰⁷ Daneben sieht das Reglement betreffend die ausserschulische Nutzung der Schulanlagen der Gemeinde Riehen vom 9. Mai 2017¹⁰⁸ des Kantons Basel-Stadt vor, dass die Nutzung der Anstalt durch die zuständige Stelle aus Gründen der Störung der Sittlichkeit verweigert werden oder nachträglich entschädigungslos entzogen werden kann.¹⁰⁹

¹⁰⁴ HO G SO (BGS 331.17).

¹⁰⁵ HO JVA SO (BGS 331.16).

¹⁰⁶ § 17 Abs. 2 HO G SO; § 21 Abs. 2 HO JVA SO.

¹⁰⁷ § 41 Abs. 3 HO G SO; § 49 Abs. 3 HO JVA SO.

¹⁰⁸ RE ASNS RiE (RiE 681.500).

¹⁰⁹ § 8 Abs. 1 RE ASNS RiE.

2. Beurkundungs- und Notariatserlasse

- 33 In den Beurkundungs- und Notariatserlassen der Kantone Glarus¹¹⁰, Freiburg¹¹¹, Uri¹¹², Bern¹¹³, Wallis¹¹⁴, Basel-Landschaft¹¹⁵, Basel-Stadt¹¹⁶, Solothurn¹¹⁷, Obwalden¹¹⁸, Zug¹¹⁹, Luzern¹²⁰ ist jeweils die Pflicht der Notare verankert, ihre Dienste im Rahmen von Rechtsgeschäften, die gegen die guten Sitten oder die Sittlichkeit verstossen, zu verweigern. Generell sieht etwa Art. 15 VoN UR ein Verbot für Geschäfte vor, «welche (...) der Sittlichkeit zuwider sind»¹²¹. Demgegenüber enthalten die entsprechenden Rechtsquellen in den Kantonen Glarus, Zug und Bern die Formulierungen «rechts- oder sittenwidrig»¹²², während in den Kantonen Freiburg, Uri, Wallis, Solothurn, Luzern, Obwalden und Basel-Landschaft das Mitwirkungsverbot für Rechtsgeschäfte gilt, die «gegen (...) die guten Sitten verstossen»¹²³. Dabei

¹¹⁰ Art. 30 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über Beurkundung und Beglaubigung des Kantons Glarus (Beurkundungsgesetz, BG GL) vom 6. Mai 2007 (SBE III B/3/1).

¹¹¹ Art. 20 Abs. 1 des Gesetzes über das Notariat des Kantons Freiburg (NG FR) vom 20. September 1967 (SGF 261.1).

¹¹² Art. 15 der Verordnung über das Notariat des Kantons Uri vom 9. Oktober 1911 (VoN UR; RB 9.2311).

¹¹³ Art. 31 Abs. 1 lit. b des Notariatsgesetzes des Kantons Bern (NG BE) vom 22. November 2005 (BSG 169.11).

¹¹⁴ Art. 35 Abs. 1 lit. b des Notariatsgesetzes des Kantons Wallis (NG VS) vom 15. Dezember 2004 (SGS 178.1).

¹¹⁵ § 13 Abs. 2 des Notariatsgesetzes des Kantons Basel-Landschaft (NG BL) vom 22. März 2012 (SGS 217).

¹¹⁶ § 17 Abs. 3 des Notariatsgesetzes des Kantons Basel-Stadt (NG BS) vom 18. Januar 2006 (SG 292.100).

¹¹⁷ Notariatsverordnung des Kantons Solothurn (NVo SO) vom 21. August 1959 (BGS 129.11).

¹¹⁸ Art. 10 Abs. 2 lit. c des Gesetzes über die öffentliche Beurkundung des Kantons Obwalden (Beurkundungsgesetz, BG OW) vom 30. November 1980 (GDB 210.3).

¹¹⁹ § 9a Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen des Kantons Zug (Beurkundungsgesetz, BeurkG ZG) vom 3. Juni 1946 (BGS 223.1).

¹²⁰ § 20 Abs. 3 lit. c Gesetz über die öffentlichen Beurkundungen (Beurkundungsgesetz, BeurkG LU) vom 18. September 1973 (SRL 255).

¹²¹ Art. 15 VoN UR.

¹²² Art. 30 Abs. 1 lit. b BG GL; § 9a Abs. 1 lit. b BeurkG ZG; Art. 31 Abs. 1 lit. b NG BE.

¹²³ Art. 20 Abs. 1 NG FR; Art. 15 VoN UR; Art. 35 Abs. 1 lit. b NG VS; § 12 Abs. 1 NVo SO; § 20 Abs. 3 lit. c BeurkG LU; Art. 10 Abs. 2 lit. c BG OW; § 13 Abs. 2 NG BL.

hat sich der Gesetzgeber in den Kantonen Solothurn, Wallis, Uri und Freiburg der Wendung gegen-die-«öffentliche Ordnung oder die guten Sitten»-verstossend bedient, während in den Kantonen Basel-Landschaft, Luzern und Obwalden die Begriffe der «Widerrechtlichkeit» und der «guten Sitten» bei der Umschreibung des Verbots verwendet worden sind. Die Pflicht der Notarinnen und Notare keine gegen die guten Sitten verstossende Unterstützung an Klienten zu leisten, geht im Kanton Basel-Stadt noch etwas weiter als in den übrigen Kantonen, denn hier ist nicht nur von Beurkundungen oder Rechtsgeschäften die Rede, sondern der Notar darf vielmehr zu «nichts Hand bieten, was mit Recht und guter Sitte unvereinbar ist»¹²⁴.

Im Kanton Uri hat die Pflicht zum sittlich konformen Verhalten auch eine bewilligungsrelevante Komponente, indem der werdende Notar oder die werdende Notarin folgenden Eid ablegen muss: 34

«Ich schwöre, die mir übertragenen Notariatsverrichtungen mit aller Gewissenhaftigkeit zu erfüllen, nie einen Akt wider die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten zu verschreiben (...); das Amtsgeheimnis nach Massgabe der Gesetze zu wahren und alle mit meinem Berufe verbundenen Pflichten zu erfüllen. So wahr mir Gott helfe und die lieben Heiligen.»¹²⁵

3. Bestimmung zum ärztlichen Anzeigerecht

Inhaber einer ärztlichen Berufsausübungsbewilligung im Kanton Glarus sind dazu 35
 «befugt, ohne Rücksicht auf das Berufsgeheimnis, der Polizei Wahrnehmungen zu melden, die auf Gewaltbereitschaft gegen Dritte oder auf einen Gesetzesverstoss zum Nachteil von Menschen und Tieren schliessen lassen. Namentlich betrifft dies Verbrechen oder Vergehen gegen Leib und Leben, gegen die öffentliche Gesundheit oder gegen die Sittlichkeit.»¹²⁶

¹²⁴ § 17 Abs. 3 NG BS (Hervorhebung durch Verfasserin).

¹²⁵ Art. 6 VoN UR; diese Bestimmung erscheint insbesondere auch vor dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der negativen Religionsfreiheit und dem daraus fliessenden Prinzip der religiösen und weltanschaulichen Neutralität fragwürdig (siehe dazu N 165).

¹²⁶ Art. 35 Abs. 3 Gesetz über das Gesundheitswesen des Kantons Glarus (Gesundheitsgesetz, GesG GL) vom 6. Mai 2007 (GS VIII A/1/1).

4. Internetnutzung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis

- 36 Schliesslich ist die Internetnutzung im Kanton Appenzell I. Rh. im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen nur erlaubt, wenn sie nicht gegen das Recht oder die guten Sitten verstösst.¹²⁷

IX. Jugendschutz in der Arbeitswelt

- 37 Manche kantonalen Rechtsquellen enthalten Vorschriften zum Schutz der schwächeren Partei im Arbeitsleben. Ein Beispiel dafür ist die Verordnung über die berufliche Bildung der Winzer und Weinhändler des Kantons Tessin, wonach der Lehrmeister die Sittlichkeit und die Gesundheit des Lehrlings nicht gefährden darf.¹²⁸

X. Bewilligung von Bewachungsaufträgen

- 38 Im Übrigen werden nach dem Polizeigesetz Luzern gewerbsmässige Bewachungsaufträge nur bewilligt, wenn die geschustellende Person nicht wegen eines Delikts gegen Leib und Leben, die Sittlichkeit oder das Vermögen verurteilt worden ist.¹²⁹

¹²⁷ Art. 12 Abs. 1 des Ständekommissionsbeschlusses Informatik AI.

¹²⁸ Art. 12 Abs. 3 Regolamento sulla formazione professionale e gli esami di capacità di cantiniere della repubblica e cantone Ticino del 23 aprile 1986 (CAN 915.160).

¹²⁹ § 30 Abs. 1 lit. c Gesetz über die Luzerner Polizei (PolG LU) vom 27. Januar 1998 (SRL 350).

Kapitel 3: Staatsvertragsrecht

I. Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte

1. EMRK

In der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)¹³⁰ wird die Wahrung der Sittlichkeit vielerorts als Rechtfertigungsgrund für staatliche Eingriffe in von der EMRK garantierte Rechte genannt. So sieht Art. 6 Abs. 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren), parallel zu den oben genannten Bestimmungen¹³¹ im BGG, VGG und kantonalen Recht, vor, dass die Öffentlichkeit während des Verfahrens ausgeschlossen werden kann, wenn dies im Interesse der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit liegt.¹³² Im französischen Originaltext von Art. 6 Abs. 1 EMRK wurde der Begriff «moralité» statt wie etwa in Art. 9 Abs. 2 EMRK derjenige der «morale publique» verwendet. Die nichtoffizielle deutsche Übersetzung der Konvention bedient sich hingegen nicht nur in diesen beiden Fällen, sondern auch in allen übrigen Bestimmungen, die nachstehend genannt werden, des Begriffs der «Moral». Da aber Art. 6 Abs. 1 EMRK neben der Sittlichkeit die gleichen polizeilichen Schutzgüter wie Art. 59 Abs. 2 BGG und Art. 40 Abs. 3 VGG auflistet, ist nach der hier vertretenen Ansicht davon auszugehen, dass in diesem Zusammenhang (wie auch in Bezug auf die nachstehend behandelten Bestimmungen) das gleiche Rechtsgut geschützt wird.

Der eben genannte Art. 9 EMRK (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit),⁴⁰ aber auch Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens), Art. 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäusserung) und Art. 11 EMRK (Versamlungs- und Vereinigungsfreiheit) enthalten im zweiten Absatz einen Rechtfertigungstatbestand, wonach zur Wahrung der «öffentlichen Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder (...) zum Schutz der Gesundheit oder der Sittlichkeit» die besagten Freiheitsrechte Einschränkungen unterworfen werden dürfen.

¹³⁰ Für die Schweiz in Kraft getreten am 28. November 1974 (SR 0.101).

¹³¹ N 11 und 17.

¹³² Siehe auch mit Bezug auf die Öffentlichkeit der Unterlagen Art. 33 Abs. 2 und jene der mündlichen Verhandlungen Art. 63 Abs. 2 der Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (VO EGMR) vom 4. November 1998 (SR 0.101.2).

2. Übereinkommen der UNO

2.1 Garantien des UNO-Pakt II

- 41 Im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)¹³³ wird die Konzeption der Wahrung der öffentlichen Sittlichkeit gleich wie in den Bestimmungen der EMRK verwendet. So gilt sie auch hier als Rechtfertigungsgrund zur Einschränkung individueller Freiheitsrechte. Ausdrückliche Erwähnung findet die Sittlichkeit gleich wie in Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 59 Abs. 2 BGG und Art. 40 Abs. 3 VGG im Zusammenhang mit dem Ausschluss der Öffentlichkeit im Rahmen von Verfahren. Darüber hinaus können gestützt auf das Übereinkommen die Bewegungsfreiheit (Art. 12 Abs. 3 UNO-Pakt II)¹³⁴, die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 18 Abs. 3 UNO-Pakt II),¹³⁵ die Meinungsfreiheit (Art. 19 Abs. 3 lit. b UNO-Pakt II),¹³⁶ die Versammlungs- (Art. 21 UNO-Pakt II) und die Vereinigungsfreiheit (Art. 22 Abs. 2 UNO-Pakt II)¹³⁷ eingeschränkt werden.¹³⁸ Interessanterweise findet sich auch in der nicht massgebenden deutschen Übersetzung des Vertragstextes dieses Übereinkommens, abweichend von der Übersetzung der EMRK,¹³⁹ nicht der Begriff der Moral, sondern derjenige der Sittlichkeit.

2.2 Jugendschutz des UNO-Pakt I

- 42 In Bezug auf den Schutz von Kindern und Jugendlichen wird die Sittlichkeit bzw. die Moral schliesslich in unterschiedlichen Zusammenhängen erwähnt. So insbesondere im Rahmen ihrer erwerbsmässigen Beschäftigung. Der nicht massgebende deutsche Text von Art. 10 Abs. 3 des Internationalen Pakts über wirtschaftli-

¹³³ In Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (SR 0.103.2).

¹³⁴ Siehe auch Art. 4 Abs. 1 lit. b des Europäischen Übereinkommens über die an den Verfahren vor der Europäischen Kommission und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte teilnehmenden Personen (für die Schweiz in Kraft getreten am 29. Dezember 1974; SR 0.101.1).

¹³⁵ Siehe auch in Bezug auf Kinder: Art. 14 Abs. 3 des UNO-Übereinkommens über die Rechte des Kindes (für die Schweiz in Kraft getreten am 26. März 1997; SR 0.107).

¹³⁶ Siehe auch Art. 13 Abs. 2 lit. b des UNO-Übereinkommens über die Rechte des Kindes.

¹³⁷ Art. 15 Abs. 2 des UNO-Übereinkommens über die Rechte des Kindes.

¹³⁸ Daneben findet sich im UNO-Übereinkommen über die Rechte des Kindes eine ähnliche Bestimmung bezüglich des Rechts auf Ausreise (Art. 10 Abs. 2).

¹³⁹ Siehe oben N 39.

che, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I)¹⁴⁰ sieht etwa in programmatischer Hinsicht vor, dass die Vertragsstaaten anerkennen, dass spezielle Schutzmassnahmen für Kinder und Jugendliche getroffen werden müssen, die u.a. deren Beschäftigung mit Arbeiten, die ihrer Moral oder Gesundheit schaden, ihr Leben gefährden oder voraussichtlich ihre normale Entwicklung behindern, strafbar sein soll.¹⁴¹ In der Übersetzung des Übereinkommens Nr. 138¹⁴² über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung wird darüber hinaus festgehalten, dass «Arbeit, die wegen ihrer Art oder der Verhältnisse, unter denen sie verrichtet wird, voraussichtlich für das Leben, die Gesundheit oder die Sittlichkeit der Jugendlichen gefährlich ist», nicht vor dem Mindestalter von 18 Jahren verrichtet werden darf.¹⁴³ Eine Ausnahme und die damit verbundene Beschäftigung ab dem 16. Altersjahr soll nur nach Anhörung der beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände, wenn solche vorhanden sind, und der Voraussetzung, dass das Leben, die Gesundheit und die Sittlichkeit der betreffenden Jugendlichen voll geschützt wird, möglich sein.¹⁴⁴

Im Übrigen findet sich im UNO-Übereinkommen über die Rechte des Kindes eine 43 Bestimmung, die in die gleiche Richtung wie Art. 5 RTVG geht, allerdings viel breiter formuliert ist. So müssen gemäss Art. 17 des Übereinkommens die Vertragsstaaten die wichtige Rolle der Massenmedien anerkennen und sicherstellen, dass das Kind Zugang zu Informationen und Material hat, die sein seelisches und sittliches Wohlergehen zum Ziel haben.

¹⁴⁰ Für die Schweiz in Kraft getreten am 18. September 1992 (SR 0.103.1).

¹⁴¹ Dementsprechend sieht auch Art. 32 Abs. 1 des UNO-Übereinkommens über die Rechte des Kindes in der deutschen Übersetzung vor, dass Kinder vor wirtschaftlicher Ausbeutung geschützt werden müssen. Dies hat auch zur Folge, dass das Kind nicht für Arbeiten herangezogen werden darf, die seiner körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen oder sozialen Entwicklung einen Schaden zufügen könnten. Dem Kind gebührt generell ein Lebensstandard, der seiner sittlichen und sozialen Entwicklung angemessen ist (Art. 27 Abs. 1).

¹⁴² In Kraft getreten für die Schweiz am 17. August 2000 (SR 0.822.723.8).

¹⁴³ Art. 3 Abs. 1 UNO-Pakt I; daher zählt auch das ILO-Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (in Kraft getreten für die Schweiz am 28. Juni 2001; SR 0.822.728.2) Arbeit, die für die Sittlichkeit von Kindern schädlich ist, zu den «schlimmsten Formen der Kinderarbeit» (Art. 3 lit. d UNO-Pakt I).

¹⁴⁴ Art. 3 Abs. 3 UNO-Pakt I.

2.3 Korruptionskonvention

- 44 Daneben kommt der Schutz der Sittlichkeit bzw. Moral im Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption¹⁴⁵ vor. Hier haben die Vertragsstaaten grundsätzlich die Pflicht, den Informationsfluss über Korruption zu achten, zu fördern und zu schützen. Von dieser Verpflichtung darf jedoch in gesetzlich vorgesehenen und notwendigen Fällen abgewichen werden, wenn dadurch u.a. die öffentliche Gesundheit oder Moral geschützt wird.¹⁴⁶

II. Handels-, Zoll- und Wareneinfuhrverträge

1. Freihandel auf europäischer Ebene

- 45 An erster Stelle sei hier das Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA)¹⁴⁷ genannt. Dieses verbietet in Art. 7 mengenmässige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten. Gemäss Art. 13 können aber Beschränkungen bezüglich der Ein-, Aus- oder Durchfuhr von Waren vorgenommen werden, wenn sie aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit angeordnet worden sind. In den Freihandelsabkommen, die die EFTA-Staaten mit der Republik Chile¹⁴⁸, der Arabischen Republik Ägypten¹⁴⁹ und Israel¹⁵⁰ abgeschlossen haben, findet sich eine entsprechende Regelung.

2. Freihandel unter den Mitgliedstaaten der WTO

- 46 Auch das allgemeine Zoll- und Handelsabkommen 1994 (GATT 1994)¹⁵¹ der WTO weist mit Art. XX lit. a eine allgemeine Ausnahmeregelung vor, wonach keine Bestimmung des Abkommens so ausgelegt werden darf, dass sie einen

¹⁴⁵ UNO-Korruptionskonvention, für die Schweiz in Kraft getreten am 24. Oktober 2009 (SR 0.311.56).

¹⁴⁶ Art. 13 Abs. 1 lit. d der UNO-Korruptionskonvention.

¹⁴⁷ Für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (SR 0.632.31).

¹⁴⁸ Für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Dezember 2004 (SR 0.632.312.451).

¹⁴⁹ Für die Schweiz in Kraft getreten am 1. September 2008 (SR 0.632.313.211).

¹⁵⁰ Für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juli 1993 (SR 0.632.314.491).

¹⁵¹ Anhang 1A des Abkommens zur Errichtung der WTO (SR 0.632.20).

Vertragsstaat daran hindern würde, Massnahmen, die für den Schutz der «public morals»¹⁵² notwendig sind, zu beschliessen oder durchzuführen. Art. XIV lit. a des allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)¹⁵³ und Art. 27 Abs. 2 des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (TRIPS)¹⁵⁴ enthalten eine ähnliche Ausnahmeregelung. Obschon der englische Originaltext des GATT sowie derjenige des GATS den Begriff «public morals» und im Fall des TRIPS die Wendung «ordre public or morality» vorsehen, ist in der deutschen, nicht offiziellen Fassung des GATS und des TRIPS von «guten Sitten oder öffentlicher Ordnung» bzw. von «öffentlicher Ordnung oder guten Sitten» die Rede. Demgegenüber wurde der Vertragstext des GATT 1994 in Anhang 1A des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation nicht vollständig abgedruckt, sondern Art. 1 lit. a des Anhangs 1A enthält vielmehr einen Verweis auf das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen vom 30. Oktober 1947 (GATT 1947)¹⁵⁵, worin der Begriff der öffentlichen Moral verwendet wird.

3. Bilateralen Freihandelsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Japan

Eine Ausnahmeklausel, wie sie im GATT 1994, GATS und TRIPS enthalten ist, weist auch das Abkommen über Freihandel und wirtschaftliche Partnerschaft zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Japan¹⁵⁶ auf. Gleich wie im GATS ist auch hier der im Originaltext verwendete Begriff «public morals» mit demjenigen der «guten Sitten» übersetzt worden. Diese Begriffsverwendung wird in der Lehre rezipiert.¹⁵⁷ Weiter wird im Kapitel 8 zum elektronischen Handel¹⁵⁸ von den «public morals, in particular ethics for young generations» gesprochen,

¹⁵² Der Wortlaut des GATT 1994 ist in englischer, französischer und spanischer Sprache verbindlich (siehe Ziff. 2 lit. c Nr. i Anhang 1A des Abkommens zur Errichtung der WTO, Inkrafttreten für die Schweiz am 1. Juli 1995; SR 0.632.20).

¹⁵³ Anhang 1B des Abkommens zur Errichtung der WTO, Inkrafttreten für die Schweiz am 1. Juli 1995 (SR 0.632.20).

¹⁵⁴ Anhang 1C des Abkommens zur Errichtung der WTO, Inkrafttreten für die Schweiz am 1. Juli 1995 (SR 0.632.20).

¹⁵⁵ In Kraft getreten für die Schweiz am 1. August 1966 (SR 0.632.21).

¹⁵⁶ Für die Schweiz in Kraft getreten durch Notenaustausch am 1. September 2009 (SR 0.946.294.632).

¹⁵⁷ HOTZ, S. 48.

¹⁵⁸ Art. 82 Ziff. 2 lit. g des bilateralen Freihandelsvertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Japan.

die zu beachten sind. Auch Erfindungen können von der Patentierbarkeit ausgeschlossen werden, wenn sie gegen «ordre public or morality» verstossen.¹⁵⁹

4. Zollwesen

- 48 Im Bereich des Zollwesens sind zahlreiche multilaterale Übereinkommen in globaler Hinsicht geschlossen worden, die eine Ausnahmeregelung für die Verfolgung nichtwirtschaftlicher Ziele vorsehen. An erster Stelle wird in den jeweiligen Ausnahmekatalogen die Wahrung der «public morals» als Grund genannt.¹⁶⁰

5. Grenzkontrolle von Waren

- 49 Der Schutz der «public morals» ist auch unter dem Internationalen Übereinkommen zur Harmonisierung der Warenkontrollen an den Grenzen¹⁶¹ ein legitimer Grund um die Ein-, Aus-, oder Durchfuhr von Waren zu begrenzen.

III. Bilaterale Verträge zum gegenseitigen Schutz von Investitionen

- 50 Die Schweiz hat mit den Vereinigten Arabischen Emiraten, mit der Republik Uganda und mit der Republik Östlich des Uruguay bilaterale Abkommen über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen abgeschlossen, die

¹⁵⁹ Art. 117 Abs. 1 des bilateralen Freihandelsvertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Japan.

¹⁶⁰ So etwa: Art. 47 Abs. 1 des Zollabkommens über den internationalen Warentransport mit Carnets TIR (TIR-Abkommen), in Kraft getreten für die Schweiz am 3. August 1978 (SR 0.631.252.512); Art. 14 lit. b des Zollabkommens über Erleichterungen für die Einfuhr von Waren, die auf Ausstellungen, Messen, Kongressen oder ähnlichen Veranstaltungen ausgestellt oder verwendet werden sollen, in Kraft getreten für die Schweiz am 31. Juli 1963 (SR 0.631.244.56); Art. 3 Abs. 1 lit. b des Zollabkommens über Betreuungsgut für Seeleute, in Kraft getreten für die Schweiz am 22. November 1968 (SR 0.631.145.273); Art. 15 des Zollübereinkommens über die vorübergehende Einfuhr von wissenschaftlichem Gerät, in Kraft getreten für die Schweiz am 14. Februar 1974 (SR 0.631.242.011); Art. 15 Zollübereinkommens über die vorübergehende Einfuhr von pädagogischem Material, in Kraft getreten für die Schweiz am 14. Februar 1974 (SR 0.631.242.012).

¹⁶¹ In Kraft getreten für die Schweiz am 21. April 1986 (SR 0.631.122).

allesamt Ausnahmen von den vereinbarten Grundsätzen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, der Gesundheit und der Moral vorsehen.¹⁶²

¹⁶² Art. 2 Abs. 1 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Östlich des Uruguay über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen, abgeschlossen am 7. Oktober (SR 1988 0.975.277.6); zu Art. 3 Abs. 1 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Uganda über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen, abgeschlossen am 23. August 1971 (SR 0.975.261.8); Art. 11 Abs. 4 des Abkommens zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Vereinigten Arabischen Emirate über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen abgeschlossen am 3. November 1998 (SR 0.975.232.5).

B. Fazit

I. Verwendung des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit und desjenigen der (guten) Sitten

Diese mehr oder weniger umfassende, aber keinesfalls absolute Vollständigkeit 51 beanspruchende Darstellung der für die Schweiz massgebenden Rechtsquellen zeigt, wie arbiträr die Begriffe der öffentlichen Sittlichkeit und der (guten) Sitte in Rechtstexten auf kantonaler (eventuell sogar kommunaler), bundes- und völkerrechtlicher Ebene verwendet werden. So wird in den deutschen Fassungen des internationalen Rechts der englische Begriff der «public morals» regelmässig mit dem Begriff «gute Sitten» übersetzt oder kantonale Aufzählungen der polizeilichen Schutzgüter sehen neben dem Schutz der Ruhe, Ordnung und Sicherheit denjenigen des Anstands und der (guten) Sitten vor. Der offensichtlichste Unterschied zwischen den Begriffen der öffentlichen Sittlichkeit und demjenigen der guten Sitten besteht darin, dass ersterer de lege lata eindeutig dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, während letzterer aus der Privatrechtsordnung stammt. Ob dieser Umstand allerdings ausreicht, um eine Grenze zwischen den Begriffen der öffentlichen Sittlichkeit und der (guten) Sitten vorzunehmen, wird im vierten Teil dieser Abhandlung erörtert.¹⁶³ Aus der Darstellung der Rechtsquellen der öffentlichen Sittlichkeit ergibt sich hingegen eindeutig, dass die beiden Begriffe im öffentlichen Recht synonym verwendet werden.

II. Sittenpolizeiliche Vorschriften

1. Allgemeines

Der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit oder auch derjenige der (guten) Sitten 52 kommt auf den drei Ebenen der schweizerischen Rechtsordnung in sehr unterschiedlichen Zusammenhängen vor, wobei insbesondere die Verankerung des Begriffs in den kantonalen Rechtsquellen an die neuzeitliche Sittenpolizei erinnert, da durch diese Normen in die individuelle Freiheit eingegriffen wird, ohne dass ein klar umrissenes Schutzgut vorliegt. Dies geschieht grundsätzlich durch

¹⁶³ N 337 ff.

die rechtliche Verpflichtung auf ein Verhalten, das den «(guten) Sitten und dem Anstand» entspricht. Diese Art von sittlichem Verhalten wird in bestimmten Geschäftsbetrieben, generell in der «Öffentlichkeit» als auch im Verfahren vor staatlichen Instanzen vorausgesetzt. Bei den Gewerbebezweigen, die mit Sittlichkeitsvorschriften belegt werden, handelt es sich hauptsächlich um das Gast-, das Unterhaltungs- und das Beherbergungsgewerbe wie auch um den Handel mit alkoholischen Getränken. Einzelne Kantone sehen hingegen weitreichendere Verbote vor, wie etwa der Kanton Freiburg, der pauschal den «Handel» mit sittenwidrigen Gegenständen in Art. 35 Abs. 1 HAG FR verbietet.

2. Öffentlichkeitsbegriff

- 53 Das Verbot des gegen «(gute) Sitte und Anstand» verstossenden Verhaltens in der «Öffentlichkeit» wurde durch zahlreiche kantonale Gesetzgeber in ihr Übertretungsstrafrecht aufgenommen. Daneben sehen gewisse kantonale Kodifikationen vor, dass «öffentliche» Reklamen bzw. Plakatwerbungen verboten werden können bzw. der Bewilligungspflicht unterstehen, wenn sie gegen die «(guten) Sitten» verstossen. Die allermeisten dieser Bestimmungen rezipieren den faktischen Öffentlichkeitsbegriff des altrechtlichen Straftatbestands von Art. 203 aStGB, wonach eine Handlung dann öffentlich begangen wurde, «wenn es nach den Umständen, insbesondere nach den örtlichen und zeitlichen Verhältnissen bloss möglich war, dass zufällig hinzukommende Dritte sie wahrnehmen»¹⁶⁴ konnten.¹⁶⁵ Dieser Öffentlichkeitsbegriff unterscheidet sich insofern von demjenigen des Verwaltungsrechts, als er nicht darauf abstellt, ob der Grund, auf dem sich die gegen die «öffentliche Sittlichkeit» richtende Verletzung manifestiert, im Privateigentum oder im Eigentum des Staates liegt.¹⁶⁶ Während sich allerdings etwa Art. 2 Abs. 1 lit. g LorP TI explizit auf die Ausübung der Prostitution bezieht und damit vom objektiven Tatbestandsmerkmal der «Vornahme einer sexuellen Handlung vor einer nichts ahnenden Person» in Art. 198 Abs. 1 StGB erfasst sein dürfte (der gemäss der Lehre gar einen umfassenderen Öffentlichkeitsbegriff vorsieht als Art. 203 aStGB)¹⁶⁷, sehen manche Bestimmungen zur Reklame, wie bspw. Art. 1 Abs. 1 VRW UR, Art. 2 Abs. 1 LIP TI, Art. 1 Abs. 1 RekG FR, Art. 4 Abs. 1 OREVP JU, § 2 Abs. 1 RV LU und zahlreiche kantonale Strafrechts-

¹⁶⁴ BGE 89 IV 129 E. 1./b mit Verweis auf BGE 78 IV 165.

¹⁶⁵ Siehe etwa den Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 lit. g LORP TI.

¹⁶⁶ Vgl. dazu MERKI, S. 166.

¹⁶⁷ ISENING, BSK StGB, Art. 198 N 11.

normen ein vergleichbares Öffentlichkeitsverständnis vor, ohne das die sexuelle Integrität eines Dritten tangiert zu sein braucht.¹⁶⁸ Dieses Öffentlichkeitsverständnis kommt implizit auch in Art. 22 Abs. 2 lit. c HGP G AI zum Ausdruck, wonach «öffentlichen» Aufführungen oder «öffentlichen» Schaustellungen, die die guten Sitten oder die religiösen Gefühle verletzen, das Patent verweigert werden kann. Insofern findet der Öffentlichkeitsbegriff des vormaligen Strafrechts *de lege lata* nicht nur auf bestimmte kantonale Strafrechtsbestimmungen, sondern auch auf verwaltungsrechtliche Normen Anwendung, was verfassungsrechtlich betrachtet, nicht als unproblematisch zu bewerten ist.¹⁶⁹

Diese Nähe zum altrechtlichen Strafrechtsbegriff der «öffentlichen Sittlichkeit» 54 hat das Bundesgericht mit Bezug auf Art. 19 StGB AR bestätigt.¹⁷⁰ Hingegen hat es entgegen der Auffassung des Obergerichts des Kantons Appenzell A. Rh.¹⁷¹ die derogatorische Kraft des Bundesrechts, die durch Abschaffung des altrechtlichen Straftatbestands eingetreten ist, nicht anerkannt.¹⁷² Dadurch hat das Bundesgericht zumindest mit Bezug auf den Bereich des Strafrechts den Kantonen gestützt auf Art. 123 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 335 Abs. 1 StGB einen «margin of appreciation» eröffnet, in dessen Rahmen sie dazu befugt sind, ihr eigenes Rechtssystem zu kreieren. Diese sehr stark föderalistisch geprägte Auffassung findet einen übergreifenden Ausdruck in Art. 52 Abs. 1 BV, der den Bund dazu anhält, die «verfassungsmässige Ordnung der Kantone» zu schützen, wodurch die Definitionskompetenz mit Bezug auf den Begriff der «verfassungsmässigen Ordnung» den Kantonen zukommt. Gemäss der h.L. ist die «verfassungsmässige Ordnung» denn auch als umfassender zu verstehen als die «öffentliche Ordnung»¹⁷³, wobei unklar bleibt, worin dieser überschüssende Aspekt bestehen soll. Soweit er sich auf nichtpositive Richtigkeitskriterien, die insbesondere in der «öffentlichen Meinung» gesehen werden, beziehen sollte, kann dieser Auffassung allerdings nicht

¹⁶⁸ Hingegen bezieht sich die Regelung im Kanton Basel-Stadt zur «unsittlichen Reklame» ausdrücklich auf die Allmend und regelt damit nicht die Werbung auf privatem Grund, weshalb darin ein verwaltungsrechtlicher Öffentlichkeitsbegriff zum Ausdruck kommt.

¹⁶⁹ Während im Staats- und Verwaltungsrecht Grundrechtseingriffe in der «Öffentlichkeit» nur nach den uneingeschränkten Grundsätzen aus Art. 36 BV gerechtfertigt werden können, ist die Rechtslage, wenn ein besonderes Näheverhältnis zum Staat gegeben ist, differenzierter zu betrachten. Siehe dazu N 223 ff.

¹⁷⁰ BGE 138 IV 13 E. 5.5.1, 5.5.2 und 10.

¹⁷¹ OG AR Urteil vom 11. Januar 2011 E. 1./b, in: ARGVP 2011 3573.

¹⁷² BGER Urteil 6B_345/2011 vom 17. November 2011 E. 3.3.2 und E. 3.4.2.

¹⁷³ BELSER/MASSÜGER, BSK BV, Art. 52 N 7.

vorbehaltlos gefolgt werden, zumal gewisse rechtsdogmatische Grundsätze in der ganzen Schweiz Geltung entfalten.¹⁷⁴

III. Wahrung der Sittlichkeit zum Schutz der Jugend

- 55 Anders stellt sich die Rechtslage hingegen mit Bezug auf den Jugendschutz (Art. 11 BV) dar, zumal dieser ein verfassungsrechtlich anerkanntes öffentliches Interesse bildet und sich Kinder und Jugendliche folglich in gewisser Hinsicht eine weitergehendere Bevormundung gefallen lassen müssen als handlungsfähige und volljährige Personen. Die Sittlichkeit der Kinder und Jugendlichen wird nicht nur auf kantonaler Ebene, sondern auch auf Bundesebene sowie im Völkerrecht speziell geschützt. So etwa im Zusammenhang mit der erwerbsmässigen Betätigung von Kindern und Jugendlichen. Diese Schutzvorschriften betreffen auf Bundesebene Familienbetriebe und etwa im Kanton Tessin die berufliche Bildung der Winzer und Weinhändler. Im UNO-Recht wird insbesondere ein Schutzalter für die erwerbsmässige Betätigung von Minderjährigen festgelegt. Daneben finden sich sowohl im internationalen Recht als auch auf Bundesebene Jugendschutzvorschriften im Bereich des Radio- und Fernsehens bzw. generell der Massenmedien. Der Jugendschutz ist vom individuellen Elternrecht¹⁷⁵ auf die sittliche Erziehung der eigenen Kinder streng zu unterscheiden und kann zu diesem vielmehr in Konflikt geraten.

IV. Öffentliche Sittlichkeit als einschränkendes Prinzip

- 56 Ein vollkommen anderer Zusammenhang, in dem die öffentliche Sittlichkeit eine massgebende Rolle spielt, liegt vor, wenn sie als genereller Rechtfertigungsgrund fungiert, durch den staatliche Akteure im Einzelfall von einer staatsvertraglichen Verpflichtung oder einer selbst gesetzten Maxime abweichen können. Diese einschränkenden Prinzipien existieren im Zusammenhang mit dem Ausschluss der

¹⁷⁴ Im dritten Teil dieser Abhandlung werden die kantonalen Strafrechts- und Verwaltungsrechtsbestimmungen, die sittenpolizeiliche Aspekte verkörpern, auf ihre dogmatische Richtigkeit hin überprüft (N 192 ff.).

¹⁷⁵ Im internationalen Recht ist das Elternrecht in Art. 18 Abs. 4 UNO-Pakt II und in Art. 13 Abs. 3 UNO-Pakt I verankert.

Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren, im kantonalen oder grenzüberschreitenden freien Handel oder Zollwesen, im Schutz gegenseitiger Investitionen oder im Sinne einer Exzeptionsregelung gegenüber Verpflichtungen, die aus der Ratifikation von Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte oder zur Verhinderung der Korruption resultieren.

Daneben geht allerdings aus der aktuellen Gesetzeslage auch eindeutig hervor, dass ein Interesse an der Aufrechterhaltung eines sittlichen Verhaltens in der Öffentlichkeit nicht absolut gilt, sondern vielmehr durch die Einführung einer Bewilligungspflicht eingeschränkt werden kann. In diesem Sinn war die Prostitution auch vor der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die deren Unsittlichkeit verneinte, in den Kantonen nicht verboten, sondern einzig bewilligungs- oder anzeigepflichtig. Auch private Badeanstalten oder Friedhöfe können nur dazu verpflichtet werden, eine Bewilligung einzuholen. 57

Teil II:

Rechtsprechung zum öffentlich- rechtlichen Begriff der öffentlichen Sittlichkeit

A. Vorbemerkungen

Gerade im Zusammenhang mit einem unbestimmten Rechtsbegriff wie demjenigen der öffentlichen Sittlichkeit, bei dem die Wandelbarkeit desselben im Rahmen seiner Auslegung eine herausragende Rolle einnimmt, ist die dazu entwickelte Rechtsprechung von besonderem Interesse. Da aber zum einen nicht zu allen unter den Rechtsquellen aufgeführten Normen eine Rechtsprechung ergangen ist und sich diese zum anderen nicht überall für die nachstehende Untersuchung als von gleicher Bedeutung erweist, konzentrieren sich die in diesem Kapitel gemachten Ausführungen auf die grundrechtsrelevante Rechtsprechung. Insofern wird auf nationaler Ebene die Rechtsprechung des Bundesgerichts, diejenige ausgewählter Kantone sowie die Rechtsprechung der UBI und auf internationaler Ebene insbesondere diejenige des UNO-Menschenrechtsausschusses und des EGMR wiedergegeben und kritisch gewürdigt. Die Darstellung der Rechtsprechung der Streitbeilegungskörper der WTO erfolgt vor diesem Hintergrund ergänzungshalber. Auf eine Wiedergabe der Rechtsprechung zum EFTA-Vertrag und anderen internationalen Freihandels- oder Investitionsverträgen wird hingegen ganz verzichtet. Auch der Begriff der Sittlichkeit in der Korruptionskonvention findet nachstehend keine Berücksichtigung. 58

Nachfolgend wird der Fokus wie folgt gelegt: Als Erstes werden die Themengebiete, in denen sich eine Praxis zur öffentlichen Sittlichkeit gebildet hat, isoliert betrachtet, wobei auf Punkte wie die mit der Definitionskompetenz verknüpfte Kognition der betreffenden Rechtsprechungsinstanz, wenn nötig, speziell eingegangen wird. Des Weiteren wird in der Rechtsprechungsdarstellung die Bedeutung eines gegebenenfalls vorliegenden rechtlichen oder gesellschaftlichen Konsenses mit Bezug auf die Begriffsdefinition, sei dieser nationaler oder internationaler Natur, untersucht. Darüber hinaus ist von Interesse, ob die internationalen Rechtsprechungsinstanzen den Mitgliedstaaten einen religiös-weltanschaulich neutralen Sittlichkeitsbegriff auferlegen oder dieser nach partikularen Moralvorstellungen gebildet werden darf. Schliesslich wird anhand der nachstehenden Zusammentragung der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit in der relevanten Rechtsprechung erschlossen. 59

Kapitel 1: Die öffentliche Sittlichkeit in der nationalen Rechtsprechung

I. Einführende Worte

- 60 Zu Beginn dieser Darstellung wird auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur öffentlichen Sittlichkeit eingegangen, wobei vorliegend insbesondere die Rechtsprechung zu weiterhin in praktischer Hinsicht relevanten Themengebieten von Bedeutung ist. Des Weiteren wird der Umgang des Bundesgerichts mit auf kantonaler Ebene erfolgten Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit, der Freiheit auf eine selbstbestimmte Entfaltung der Persönlichkeit, der Religionsfreiheit und der Meinungsfreiheit untersucht. In diesem Zusammenhang werden auch die kantonalen Übertretungsbestimmungen und die kantonalen verfahrensrechtlichen Bestimmungen vertieft behandelt. Bereits an dieser Stelle soll allerdings darauf hingewiesen werden, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur öffentlichen Sittlichkeit nicht widerspruchsfrei ist und sie sich insbesondere mit Bezug auf die Überprüfung des kantonalen Rechts durch einen Paradigmenwechsel auszeichnet. Diese Rechtsprechungsänderung führte dazu, dass das Bundesgericht das kantonale Recht nur noch mit eingeschränkter Kognition überprüft, wodurch bei einer Umschreibung der öffentlichen Sittlichkeit die herrschenden Wertvorstellungen in den Kantonen stärker berücksichtigt werden. Aus diesem Grund wird nachstehend neben der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch die kantonale Rechtsprechung dargestellt.

II. Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

1. Bundesgerichtliche Bestimmung de lege lata

- 61 Der gegenwärtig geltende Begriff der öffentlichen Sittlichkeit ist in BGE 133 II 136 E. 5.3.1 wie folgt definiert worden:

«Der Begriff der Sittlichkeit umfasst auch ausserrechtliche Normen aufgrund sozialetischer Vorstellungen, welche in der Gesellschaft allgemeine Anerkennung geniessen, für das Zusammenleben in einer pluralistischen Gemeinschaft wesentlich sind und vor öffentlichen Widerhandlungen geschützt werden sollen (...). Der

Begriff hängt in starkem Mass von den herrschenden sozialen und den wesentlichen, verfassungsimmanenten gesellschaftlichen Werten ab und ist deshalb örtlich und zeitlich wandelbar.»

In der Begriffsbestimmung der öffentlichen Sittlichkeit trat erst mit den Zensur- 62
entscheiden BGE 87 I 114 E. 3 und BGE 101 Ia 252 E. 3c das örtliche Element der Wandelbarkeit neben die zeitliche Komponente. In seinem «Peepshow»-Entscheid aus den Achtzigerjahren des 20. Jh.¹⁷⁶ hatte das Bundesgericht den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit insbesondere aufgrund seiner zugeschriebenen örtlichen Wandelbarkeit als Unterkategorie des Terminus der öffentlichen Ordnung kategorisiert.¹⁷⁷ Hingegen war in der früheren Tierschutzentscheidung der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit als Teilgehalt der öffentlichen Ordnung einzig als die aktuelle, gängige Moral beschrieben worden.¹⁷⁸ Im Vergleich zum Begriff der «ideellen Immission» hielt das Bundesgericht hingegen wieder fest, dass der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit nicht räumlich determiniert sei. «Der Begriff der ideellen Immissionen erweist sich in örtlicher Hinsicht damit als weniger weittragend als derjenige der öffentlichen Sittlichkeit, der an bestimmten moralischen Vorstellungen anknüpft und damit von räumlichen Einschränkungen frei ist [sic!].»¹⁷⁹

2. Öffentlich-rechtlicher Begriff der öffentlichen Ordnung

Unabhängig von der Frage, ob an der örtlichen und zeitlichen Wandelbarkeit des 63
Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit festgehalten werden soll, weist die soeben zitierte Rechtsprechung auf einen eindeutigen Konnex zwischen den Begriffen der öffentlichen Ordnung und der Sittlichkeit hin, weshalb an dieser Stelle auch die bun-

¹⁷⁶ Eine parallele höchstrichterliche Entscheidung erging im Deutschland der Achtzigerjahre, die Peepshows als gegen die guten Sitten verstossend qualifizierte, weil diese das Konstitutionsprinzip der Menschenwürde verletzen würden (BVerwGE 64, 274 [278 ff.]). In einer späteren «Peepshow»-Entscheidung (BVerwGE 84, 314 [319]) verzichtete das BVerwGE hingegen auf eine ausdrückliche Nennung der Menschenwürde (MOLINARI, N 436).

¹⁷⁷ «Der Begriff der Sittlichkeit (...), wie derjenige der öffentlichen Ordnung überhaupt» (BGE 106 Ia 267 E. 3 a).

¹⁷⁸ BGE 67 I 74, 76; soweit Bundesrecht betroffen ist, liegt der Fokus entgegen der oben zitierten Definition weiterhin auf der zeitlichen Wandelbarkeit des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit. So hat die UBI etwa festgehalten, dass erotische Filme, die sadomasochistische Szenen beinhalten, aufgrund der veränderten gesellschaftlichen Vorstellungen mit den Mindestanforderungen an den Programminhalt vereinbar seien (UBI-Entscheid b. 380 vom 23. April 1999 E. 6.1).

¹⁷⁹ BGE 108 Ia 140 E. 5 c/aa und c/bb.

desgerichtliche Rechtsprechung zum öffentlich-rechtlichen Begriff der öffentlichen Ordnung aufgearbeitet werden soll. Freilich kommt auch der öffentlich-rechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung in der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts (ausser im Migrationsrecht)¹⁸⁰ nicht mehr häufig vor, zumal er in seiner Geltungskraft und Wirkungsintensität dem Begriff des öffentlichen Interesses nicht gleichgeordnet ist, sondern private Interessen traditionell vollkommen verdrängt.¹⁸¹ Das Bundesgericht spricht insofern auch von einem nach dem Wortlaut der Bestimmung bereits überwiegenden Interesse, wenn etwa Betreiber eines Prostitutionsbetriebs dazu verpflichtet werden, Beeinträchtigungen der öffentlichen Ordnung zu verhindern.¹⁸² Der «Vorbehalt der öffentlichen Ordnung» resultiert insofern im Ausschluss eines bestimmten Verhaltens aus dem Schutzbereich der Grundrechte. In diesem Sinn hat das Bundesgericht mit Bezug auf die Meinungs- und Versammlungsfreiheit in den Achtzigerjahren festgehalten, dass die öffentliche Ordnung «keinen Raum für Meinungskundgebungen, die mit rechtswidrigen Handlungen (...) verbunden sind», belässt.¹⁸³ Der Schutz der öffentlichen Ordnung fällt zudem de lege lata in den Zuständigkeitsbereich der Kantone, weshalb diese auch den öffentlichen Grund regulieren dürfen,¹⁸⁴ was auch die Gesetzgebung in Bezug auf das Betteln miteinschliesst. Gerade allerdings etwa betreffend das Betteln, die Wegweisung und elektronische Überwachung von Fahrenden oder im Fall des «Hooligan-Konkordats» ist diese schutzbereichsausschliessende Interpretation der öffentlichen Ordnung revidiert worden, indem der Schutz der öffentlichen Ordnung als öffentliches Interesse im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV qualifiziert worden ist.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Siehe dazu oben FN 30.

¹⁸¹ Siehe zu den Ausnahmefällen des Schuldispenses aufgrund religiöser Gebote FN 19 sowie zur Rechtsprechungsänderung bezüglich des bedingten Anspruchs auf gesteigerten Gemeingebrauch BGE 96 I 219 E. 7/b und zur ausserordentlichen Nutzung von Verwaltungsvermögen oben N 224, FN 684 f.

¹⁸² BGE 137 I 167 E. 6.2.

¹⁸³ BGE 111 Ia 322 E. 6/a; bestätigt in BGE 127 I 164 E. 3/a m.w.H.; BGE 143 I 147 E. 3.2: «In den grundrechtlichen Schutzbereich fallen dementsprechend nur (ursprünglich) friedliche Versammlungen.» Siehe dazu auch EGMR, Urteil vom 21. Oktober 2010, Nr. 4916/07, 25924/08 und 14599/09, Alekseyev v. Russia, Ziff. 80; EGMR, Urteil vom 23. Oktober 2008, Nr. 10877/04, Sergey Kuznetsov v. Russia, Ziff. 45. Wie bereits im ersten Teil ausgeführt, ist eine parallele Rechtsprechung auch explizit mit Bezug auf den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit in Art. 50 Abs. 1 aBV ergangen (oben FN 19).

¹⁸⁴ BGE 144 I 281 E. 4.3.

¹⁸⁵ BGE 134 I 214 E. 5.6; BGE 140 I 2 E. 10.5.2; BGE 147 I 103 14.3. Siehe die Rechtsprechung zum öffentlichen Interesse im öffentlichen Recht bei HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 471 ff. Der EGMR ging mit Bezug auf das Genfer Bettelverbot noch einen Schritt weiter und

3. Rechtsvergleichende Begriffsdefinition

Auch in Deutschland zeichnet die höchstrichterliche Rechtsprechung den materiellen Ordnungsbegriff parallel zum Sittlichkeitsbegriff des Bundesgerichts inhaltlich nach. Der Begriff der öffentlichen Ordnung wird mithin im deutschen Polizeirecht als «Summe ungeschriebener Normen, deren Befolgung als unentbehrliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens angesehen wird»¹⁸⁶ definiert. Um diese zu eruieren, müsse auf die Werteebene der Grundrechte zurückgegriffen werden, wobei deren Vereinbarkeit mit den herrschenden ethischen und sozialen Ansichten zu überprüfen sei.¹⁸⁷ Nach dieser Definition verweist der deutsche Polizeirechtsbegriff der «öffentlichen Ordnung» in einem ersten Schritt auf die Grundrechtsordnung und in einem zweiten Schritt auf Sozialnormen.¹⁸⁸ Insofern könne das Rechtsgut zumindest hinreichend bestimmt werden.¹⁸⁹ 64

4. Ausrichtung am Beurteilungsmassstab der notwendigen Staatsgrundlagen

4.1 Volle Überprüfbarkeit aufgrund der Grundrechtsbindung

In seiner früheren Rechtsprechung hat das Bundesgericht teilweise noch mit einer grösseren Deutlichkeit entschieden, dass die Kantone zwar polizeiliche Normen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit erlassen dürften, diese jedoch den Grundrechten und den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns Rechnung tragen müssten.¹⁹⁰ Damit war für die Beurteilung einer solchen kanto- 65

stellte im Zusammenhang mit dem Betteln aufgrund dessen «Lebensgrundlage erhaltenen Wirkung» eine Menschenwürdeverletzung fest, die es, ähnlich wie im Fall der staatlichen Anerkennung der Geschlechtsidentität, rechtfertige, nur eng umrissene, substanzielle öffentliche Interessen im Rahmen der Einschränkung zuzulassen (EGMR, Urteil vom 19. Januar 2021, Nr. 14065/15, *Lacatus c. Suisse*, Ziff. 107 ff.; dazu CUENI, EGMR, 14 f.). Insofern kann nun auch mit Bezug auf die Schweiz festgehalten werden, dass nicht ein Bettelverbot, sondern das Betteln zur öffentlichen Ordnung gehört.

¹⁸⁶ Etwa BVerfGE 69, 315 (352); BVerfGE 111, 147 (156); BVerwG, in: NJW 1980, 1640, 1641.

¹⁸⁷ BVerfG, Beschluss vom 24. März 2001 – 1 BvQ 13/01; BVerfGE 90, 241; BVerfGE 111, 147 (156); BVerfG, Beschluss vom 19. Dezember 2007 – 1 BvR 2793/04.

¹⁸⁸ GUSY, N 97.

¹⁸⁹ BVerfGE 69, 315, 352 f.

¹⁹⁰ BGE 91 I 457 E. 2 und 4.

nalen Norm die tangierte bundesrechtliche Bestimmung der Verfassung und deren Auslegung durch das Bundesgericht massgebend.¹⁹¹ Dieser Ansatz resultierte in einer Überprüfung der Auslegung der kantonalen Norm mit freier Kognition.¹⁹² In Wahrnehmung seiner vollen Kognition hat das Bundesgericht auch einen eigenen Beurteilungsmassstab dafür geliefert, was die öffentliche Sittlichkeit sein soll, indem es ausführte, dass mit Sittlichkeit nicht «das den Sitten oder dem herrschenden sittlichen Empfinden entsprechende Verhalten schlechthin, sondern die als notwendige Grundlage des Staates anerkannte, d.h. rechtlich geschützte sittliche Ordnung», gemeint ist.¹⁹³ Dementsprechend konnte nur eine religiöse Propaganda, die gegen diese *notwendigen Staatsgrundlagen* versties, gemäss Art. 49 Abs. 2 aBV verboten werden.¹⁹⁴ «Dagegen (durften) Vereine und Versammlungen nicht etwa deßhalb verboten oder beschränkt werden, weil ihre Thätigkeit nach dem Dafürhalten der Regierungsbehörde oder auch des Publikums in seiner Majorität eine unvernünftige oder kulturwidrige (war).»¹⁹⁵

¹⁹¹ Vgl. BGE 87 I 114 E. 2 (damals noch mit Bezug auf Art. 31 aBV).

¹⁹² BGE 106 Ia 267 E. 1. So war etwa eine Norm (aus dem damaligen Wirtschaftsgesetz des Kantons Thurgau, heute GGG TG), die bei ihrer Anwendung den Entzug eines Wirtschaftspatents aufgrund sexuellen Fehlverhaltens eines Wirts gegenüber seinem Servicepersonal zur Folge hatte, zwar nicht per se verfassungswidrig (BGE 94 I 649 E. 6 b mit Verweis auf BGE 43 I 20), doch erwies es sich für den Wirt gleichwohl als unzumutbar, dass bei Vorliegen eines Patenterlöschungsgrunds auch die Schliessung des Gastwirtschaftsbetriebs angeordnet werde.

¹⁹³ Siehe BGE 34 I 254 E. 2, aber auch BGE 35 I 337 E. 5.

¹⁹⁴ BGE 34 I 254 E. 2. Die Predigt der damals strafbedrohten Polygamie durch die Mormonen beurteilte das Bundesgericht mithin nicht als Verstoß gegen den Vorbehalt der «Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung» (BGE 34 I 254 E. 3 und 4; siehe auch BGE 2 I 192 E. 5).

¹⁹⁵ Zitat aus dem Heilsarmee-Fall BGE 12 I 93 E. 5 (1886). So auch im Fall Zamperini (1894), in dem das Bundesgericht die klare Entscheidung fällte, dass die Wahrnehmung der Religionsfreiheit (in casu das protestantische Christentum im damals katholisch ausgerichteten Tessin) nicht unterbunden werden könne, weil Teile der Bevölkerung sich daran stören würden. Den Verfassungsgarantien der Religionsfreiheit und der Versammlungsfreiheit müsse auch entgegen der herrschenden Meinung in der Bevölkerung zum Durchbruch verholfen werden (BGE 20 I 274 E. 2).

4.2 Schwerpunkte

a Rassendiskriminierung

In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht im Jahr 1932 entschieden, dass der Entzug oder die Verweigerung des Hausierpatents für Ausgaben des «Eisernen Besens» (einer antisemitischen und rechtsextrem ausgerichteten Zeitung der Frontisten) im Kanton St. Gallen nicht willkürlich gewesen war, weil es die *ratio legis* von Art. 31 aBV verlange, dass wirtschaftliche Tätigkeiten, die gegen die öffentliche Sittlichkeit und Ordnung verstiessen, vom Grundrechtsschutz ausgeschlossen würden.¹⁹⁶ Es führte in seiner Entscheidung aus, dass

«(...) es keiner weiteren Erörterung (bedürfe), dass der «Eiserne Besen» mit den (...) Äusserungen über die Juden diesen ganz allgemein die schlimmsten und gemeinsten Vorwürfe in Beziehung auf ihre ganze Haltung gegenüber der menschlichen Gesellschaft in höchst unanständiger Form gemacht und zudem die nicht-jüdische Bevölkerung systematisch zur feindseligen Einstellung gegen die Juden gereizt (habe). (...) Selbst wenn aber auch eine (...) Störung des (religiösen Friedens) nicht anzunehmen wäre, so (könne) doch kein Zweifel daran bestehen, dass die erwähnten Angriffe des «Eisernen Besens» gegen die Juden mit der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit unvereinbar waren. Derartige nach Inhalt und Form masslose Angriffe, die sich gegen die Angehörigen anderer Rassen oder Religionsgenossenschaften richten, (wirkten) ungleich viel stärker und verletzender, als wenn die Angehörigen politischer Parteien oder diejenigen angegriffen (würden), die eine bestimmte soziale oder berufliche Stellung einnehmen.»¹⁹⁷

¹⁹⁶ BGE 58 I 219 E. 3. Siehe dazu auch die Ausführungen von GIACOMETTI in N 275.

¹⁹⁷ BGE 58 I 219 E. 2. Unmittelbar vor dem Beginn des Zweiten Weltkriegs folgte am 5. Mai 1939 ein drittes (nicht publiziertes) höchstrichterliches Urteil, das ein weiteres Zürcher Verbot einer Kundgebung der Nationalen Front schützte. Allerdings begründete das Bundesgericht diese Entscheidung nicht mehr sinngemäss mit einem Verstoss gegen die Rassendiskriminierung, sondern wie bereits im Jahr 1935 (BGE 61 I 103 E. 5) mit einer Verletzung der öffentlichen Meinung und dem daraus resultierenden Verstoss gegen die öffentliche Ordnung. Die Mehrheit der Bevölkerung empfinde die Nationale Front als einen Fremdkörper und befürchte einen Verlust der Unabhängigkeit der Schweiz, weshalb es gerechtfertigt sei, den Umzug zu verbieten. Undemokratische Bestrebungen extremer Gruppen und aussenpolitische Ereignisse (namentlich der Anschluss Österreichs) hätten die politischen Spannungen im Jahr 1938 verschärft. Zudem sei einer anderen extremen Gruppe (derjenigen der Kommunisten) eine öffentliche Kundgebung verweigert worden, weshalb das Rechtsgleichheitsgebot mit der Bewilligungsverweigerung gegenüber der Nationalen Front nicht verletzt worden sei (NZZ vom 9. Mai 1939, S. 6).

b Pornografie

- 67 In der zeitgenössischen Rechtsprechung wurde dieser Staatsgrundlagen-Ansatz, nota bene mit Bezug auf eine bundesrechtliche Bestimmung, aufgegriffen und durch Konsensüberlegungen ergänzt.¹⁹⁸ Zur Feststellung einer Verletzung des kulturellen Mandats der Programmveranstalter durch «sittlichkeitsgefährdende Pornographie» nahm das Bundesgericht folglich auf den Massstab der «juristisch greifbaren Werte» der BV, der EMRK und des UNO-Pakts II Bezug,¹⁹⁹ wobei es insbesondere auf die Grundsätze der Menschenwürde (Art. 7 BV) und des Jugendschutzes (Art. 11 BV) einging.²⁰⁰ «Rein» auf die Sozialmoral der Öffentlichkeit dürfe folglich nicht abgestellt werden.²⁰¹ Pornografie weise neben der Aufreizung des Zuschauers das Merkmal auf, dass die Sexualität in einem solchen Ausmass von jeder menschlichen und emotionalen Bindung losgelöst sei, dass die in einer pornografischen Darstellung erscheinenden Personen als «blosse Sexualobjekt[e]» porträtiert würden, «über [die] nach Belieben verfügt werden» könne.²⁰² Damit gehe es im Kern bei der Pornografie um eine Degradierung des Menschen und eine Negierung seiner Würde.²⁰³ Sei die Menschenwürde und der Jugendschutz gewahrt, könne Werbung im Fernsehen auch «pornographische [sic!]» Inhalte aufweisen.²⁰⁴

c Prostitution

- 68 Eine weitere Entscheidung aus der jüngsten Zeitgeschichte, in der die Abwägung zugunsten der «notwendigen Staatsgrundlagen» gefällt wurde, ist mit Bezug auf die Prostitution ergangen. Darin führt das Bundesgericht aus, dass die Prostitution

¹⁹⁸ BGE 133 II 136 E. 5.3.1.

¹⁹⁹ So auch UBI-Entscheid b. 380 vom 23. April 1999 E. 5.

²⁰⁰ BGE 133 II 136 E. 5.1.

²⁰¹ BGE 133 II 136 E. 6.1.

²⁰² BGE 133 II 136 E. 5.3.1 unter Hinweis auf BGE 131 IV 64 E. 10.1.1; unter Ablehnung einer Praxisänderung bestätigt in BGer Urteil 6S.26/2005 vom 3. Juni 2005 E. 2.

²⁰³ BGE 133 II 136 E. 5.3.2.

²⁰⁴ BGE 133 II 136 E. 6.3; so auch schon mit Bezugnahme auf die gestalterischen Grenzen redaktioneller Sendungen: UBI-Entscheid b. 380 vom 23. April 1999 E. 5.4. Dieser Pornografiebegriff erinnert stark an die Pornografiedefinition von C. A. MACKINNON und A. DWORKING, die in der Pornografie eine Herabsetzung der Frau, des Mannes, des Kindes oder des nichtbinären bzw. transsexuellen Menschen durch Wort, Schrift oder Bild sehen, wobei mindestens eines der durch sie erarbeiteten neun zusätzlichen Kriterien erfüllt sein muss (VADAS, S. 497 und 489).

«in einem strafrechtlichen Kontext»²⁰⁵ nicht mehr als sittenwidrig zu beurteilen sei.²⁰⁶ Dies müsse insbesondere dann gelten, wenn nicht mehr von «herrschenden» Sittlichkeitsvorstellungen gesprochen werden könne und auch die Rechtsordnung einen Sachverhalt je nach Rechtsgebiet unterschiedlich beurteile. In solchen Fällen müsse davon ausgegangen werden, dass ein Verhalten, wie die Prostitution, nicht «in jeder Hinsicht de[n] <in der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe[n]» widerspricht.²⁰⁷

5. Gewichtung zugunsten des Beurteilungsmassstabs der herrschenden gesellschaftlichen Wertvorstellungen

5.1 Begründung eines Ermessensspielraums aufgrund der kulturellen und der religiösen Prägung des Begriffs

Der Blick in die ältere Rechtsprechung zeigt allerdings ebenfalls, dass der Rechtsbegriff der öffentlichen Sittlichkeit (und Ordnung) sehr stark mit religiösen und kulturellen Vorstellungen verwoben war, die massiv in die Privatsphäre der Bevölkerung eingreifen konnten.²⁰⁸ Der Bevölkerung wurde etwa ein bestimmtes Sexualverhalten staatlich diktiert, indem die homosexuelle Betätigung²⁰⁹, der Ehe-

²⁰⁵ Konkret ging es darum, dass sich der Freier des Betrugs mit Bezug auf die Bezahlung der durch ihn in Anspruch genommenen sexuellen Dienstleistung schuldig gemacht hatte.

²⁰⁶ Siehe zu den früheren Entscheidungen im Zusammenhang mit der Sittenwidrigkeit der Prostitution: HOTZ, S. 278 ff.; lange vor der Prostitution wurde der Mäklerlohn für Heiratsvermittlung als nicht gegen die guten Sitten verstossend erklärt (HÜRLIMANN, Brigitte, S. 212 ff.).

²⁰⁷ BGer Urteil 6B_572/2020 vom 8. Januar 2021 E. 7.2 (siehe die Entscheidbesprechung HOTZ/LÜDI, passim). Zu diesem Ergebnis war das BzG Horgen (ZH) bereits im Jahr 2013 gelangt, indem es festhielt, dass Verträge über sexuelle Dienstleistungen gültig geschlossen werden können (BzG Horgen Urteil FV120047 vom 9. Juli 2013 E. 2.1.3, in: ZR 2013, S. 296 ff.). Daneben hatte auch der Bundesrat für die kantonale Gesetzgebung einen zeitlichen Wertewandel anerkannt, wonach die Prostitution nicht mehr als sittenwidrig bezeichnet werden könne (Bericht Prostitution, S. 19).

²⁰⁸ Siehe etwa BGE 93 I 632 E. 4, worin die Aufgabe einer kantonalen Filmzensurkommission darin erblickt wurde, dass diese zu überprüfen habe, ob ein «Film nicht moralischen und ästhetischen Geboten oder Verboten» widerspreche.

²⁰⁹ Vgl. OG ZH Urteil vom 29. Juni 1990, in: SJZ 1991, S. 194; siehe dazu HÜRLIMANN, Brigitte, S. 196 ff.

bruch²¹⁰ oder das aussereheliche Zusammenleben im Konkubinat²¹¹ je nach Zeit und Ort bestraft und Broschüren zur Empfängnisverhütung als die öffentliche Sittlichkeit gefährdend beurteilt wurden.²¹²

Mit Bezug auf die Kantone führte das Bundesgericht in diesem Sinn und entgegen seiner Staatsgrundlagen-Rechtsprechung aus, dass die «Meinungen darüber, wann die öffentliche Ordnung und besonders die guten Sitten gefährdet seien und wie diese Rechtsgüter zu schützen seien, (...) weitgehend von den örtlichen Gegebenheiten und den *vorherrschenden politischen und religiösen Anschauungen* ab[hängen würden], so dass der Entscheid des einen Kantons für den andern nicht massgebend zu sein brauch[e]».²¹³

- 70 In seiner neueren Rechtsprechung wählt das Bundesgericht mit Bezug auf die bundesgerichtliche Prüfung der Auslegung und Anwendung von kantonalen Sittlichkeitsbestimmungen nicht mehr derart deutliche Worte, sondern auferlegt sich, unter Bezugnahme auf die Autonomie der Kantone, eine beschränkte Kognition, weshalb es die kantonalen Normen nur noch auf Willkür hin prüft.²¹⁴ Stehen kantonale Bestimmungen zur Diskussion führt die örtliche Wandelbarkeit der öffentlichen Sittlichkeit folglich dazu, dass letztlich die begriffliche Definitionskompetenz bei den kantonalen Instanzen liegt, denn sie kennen die Gesinnung ihrer Bevölkerung besser als das Bundesgericht.²¹⁵ Damit einher geht die verstärkte Bezugnahme auf das Volksempfinden. Zur Bestimmung dieser Empfindung nahm das Bundesgericht etwa im Nacktwanderer-Urteil auf die Massfigur des «normalempfindenden Menschen» Bezug, an dessen Empfindsamkeit gemessen werden müsse, ob ein bestimmtes Verhalten Sitte und Anstand verletze, wobei es dem Richter die Kompetenz zur Determinierung der Gefühlslage dieser Massfigur zusprach.²¹⁶ Vor diesem Hintergrund entschied es, dass insbesondere unter Berücksichtigung der herrschenden Mentalität im Kanton Appenzell A. Rh. der kantonale Entscheid im Ergebnis nicht willkürlich gewesen war.²¹⁷ Gleichzeitig

²¹⁰ Etwa BGE 18 I 158 und BGE 33 I 305.

²¹¹ Siehe BGE 71 IV 46 und HÜRLIMANN, Brigitte, S. 179 ff.

²¹² BGE 35 I 337; dazu nahm das Bundesgericht eine Unterscheidung zwischen einer «geschlechtlichen Sittlichkeit» und der «öffentlichen Sittlichkeit» vor (BGE 18 I 158 E. 2).

²¹³ BGE 87 I 451 E. 5 (Hervorhebung durch Verfasserin).

²¹⁴ Siehe Art. 110 BGG und BGer Urteil 6B_345/2011 vom 17. November 2011 E. 2.

²¹⁵ BGE 106 Ia 267 E. 3 b.

²¹⁶ Siehe BGE 138 IV 13 E. 5.3.

²¹⁷ BGE 138 IV 13 E. 5.4.5.

entzog es sich einer Prüfung des Bestimmtheitsgebots mit dem Hinweis, dass u.a. die «Komplexität der Materie» und die geringe angedrohte Strafe²¹⁸ es rechtfertigen würden, dieses Gebot (nota bene im Bereich des Strafrechts) nicht in absoluter Weise zu verstehen.²¹⁹

5.2 *Schutzbereichsausschluss im Zusammenhang mit der Religionsfreiheit und Vereinnahmung der öffentlichen Sphäre*

Eine andere jüngere Entscheidung, die implizit eine religiöse Gruppierung aufgrund «gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen der Kulturvölker»²²⁰ aus dem Schutzbereich der Religionsfreiheit ausschloss und folglich deren öffentlichen Aushang als Meinungsäußerung behandelte, betraf den Verein «Religion Raëlienne en Suisse».²²¹ Zur Begründung der Verweigerung des öffentlichen Plakataushangs führten die Behörden des Kantons Neuenburg aus, dass das fragliche Plakat einen Link zur Website der «Mouvement Raëlien» aufwies, worauf nicht nur für eine «Weltregierung von Genies», sondern auch für die «sexuelle Erweckung von Kindern» und das Klonen von Menschen geworben wurde. Die kantonalen Behörden sahen darin eine Verfolgung von gegen die Sittlichkeit und

²¹⁸ BGE 119 IV 242 E. 1c; BGE 117 Ia 472 E. 3e; je mit Hinweisen.

²¹⁹ BGE 132 I 49 E. 6.2; BGE 128 I 327 E. 4.2; je mit Hinweisen.

²²⁰ BGE 134 I 49 E. 2.3; BGE 123 I 296 E. 2b/aa; BGE 119 Ia 178 E. 4c.; ob diese durch das Bundesgericht vom deutschen Bundesverfassungsgericht übernommene Formulierung (KARLEN, Religionsbegriff, S. 107) insbesondere mit Bezug auf den Begriff der «Kulturvölker» heute noch verwendet werden sollte, ist aufgrund einer zunehmenden Sensibilisierung hinsichtlich der kolonialen Vergangenheit der westlichen Länder und der damit intrinsisch einhergehenden Herabsetzung von sog. «Nicht-Kulturvölkern» zu verneinen. Indes ist auch fraglich, von welcher praktischen Bedeutung der Wortlaut des sog. «Kulturvölkervorbehalts» ist, zumal dieser vom Bundesgericht bisher nie explizit geprüft worden ist (vgl. HAFNER, im Kontext, S. 138 f.; HAFNER, Religionsverfassung, S. 2329).

²²¹ Der Schutzbereich eines Grundrechts kann mithin auch ohne die explizite Nennung eines sittlichen Vorbehalts eingeschränkt werden. Mit Bezug auf das Grundrecht der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK bedient sich das Bundesgericht etwa der Formulierung, dass nur «elementare Erscheinungsformen» der Persönlichkeit durch das Grundrecht geschützt seien, wodurch beispielsweise der Drogenkonsum aus dem sachlichen Schutzbereich ausgeschlossen werden kann, vgl. dazu VAN SPYK, S. 58 ff. unter Hinweis auf BGer Urteil 6P.25/2006 vom 27. April 2006 E. 3. 2. Die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung bewertet demgegenüber auch den Drogenkonsum als von der Handlungsfreiheit geschützt (BVerfGE 90, 145).

die schweizerische Rechtsordnung verstossenden Zielen.²²² Das Bundesgericht schützte diese kantonale Entscheidung, indem es ausführte, dass das öffentliche Interesse am Verbot nicht nur darin bestehe, der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung Rechnung zu tragen, sondern dass der Staat den öffentlichen Grund nicht für Werbung zur Verfügung stellen könne, ohne den Eindruck zu erwecken, die geäußerten Meinungen zu billigen.²²³

5.3 *Tierschutz als Teilaspekt*

- 72 Unter Berufung auf die öffentliche Meinung bestätigte das Bundesgericht 1941 auch die Schliessung des Genfer Zoos durch die kantonalen Behörden aufgrund tierquälerischer Umstände.²²⁴ Im Rahmen der öffentlichen Ordnung könnten auch Handlungen sanktioniert werden, die dazu geeignet seien, die gängige Moral ernsthaft und direkt zu verletzen und die Misshandlung von Tieren gehöre zu jenen Sachverhalten, die von der öffentlichen Meinung streng abgelehnt würden.²²⁵

6. **Sittlichkeitsschutz von privaten Interessen**

- 73 Ein Bereich, in dem die öffentliche Meinung hingegen nie Beachtung gefunden hat, betrifft den Sittlichkeitsschutz im Verfahren. Der in Verfahrensbestimmungen verankerte Öffentlichkeitsgrundsatz verbietet einen Ausschluss nur dort, wo nicht überwiegende Gründe etwa der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit oder schützenswerte Interessen Privater dies vordringlich gebieten.²²⁶ Die schweizerische Rechtsordnung weist zahlreiche Bestimmungen auf, die in diesem Sinn die Sittlichkeit im Verfahren schützen.²²⁷ Eine breite Rechtsprechung dazu existiert hingegen nicht. Das Bundesgericht anerkannte unter Anwendung von Bestimmun-

²²² BGer Urteil 1P.336/2005 vom 20. September 2005 E. 5.3. Nota bene ersuchte die Gruppierung im Kanton Neuenburg, der heute keine Form der öffentlich-rechtlichen Anerkennung von Glaubensgemeinschaften kennt und folglich aus der Eigenperspektive betrachtet, ein besonders distanzierendes Verhältnis zu den Religionen pflegt (BRAUN, Paloma, S. 331), um den öffentlichen Aushang ihrer Plakate.

²²³ BGer Urteil 1P.336/2005 vom 20. September 2005 E. 5.7. Die «Mouvement Raëlien» erhob gegen diese Entscheidung Beschwerde beim EGMR. Siehe dazu unten N 112.

²²⁴ BGE 67 I 74, 79 f.

²²⁵ BGE 67 I 74, 76.

²²⁶ Vgl. zum Ganzen BGE 133 I 106; BGE 119 Ia 99.

²²⁷ Siehe N 11, 17 f. und 39.

gen, die nicht mehr in Kraft sind, Verletzungen durch Herbeizug der Öffentlichkeit namentlich bei Verhandlungen an, die die damaligen Sittlichkeitsvergehen zum Inhalt hatten oder in Ehescheidungs- und Vaterschaftsprozessen.²²⁸ Obschon die altrechtlichen Sittlichkeitsvergehen heute bedeutungslos geworden sind,²²⁹ kann aus dieser Entscheidung abgeleitet werden, dass eine enge Verbindung zwischen dem individuellen Persönlichkeitsschutz und der öffentlichen Sittlichkeit im Verfahren besteht. Insofern liegt der Schutz der Persönlichkeit im Verfahren auch im öffentlichen Interesse.²³⁰

Der Inhalt von Bestimmungen des Verfahrensrechts²³¹, die auf die Wahrung der «Sitten» im Verfahren verweisen, bezieht sich hingegen klarerweise auf den Anstand.²³² Demgegenüber stellt sich mit Bezug auf diese Normen vielmehr die Frage, ob sie tatsächlich das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit schützen.²³³ 74

²²⁸ BGE 128 III 201 E. 3; BGE 119 Ia 99 E. 3; siehe auch BGE 111 Ia 239 E. 7 c, in dem als Ausschlussgründe für die Öffentlichkeit neben den altrechtlichen Sittlichkeitsdelikten die öffentliche Sittlichkeit und die Privatsphäre des Opfers genannt werden.

²²⁹ N 14.

²³⁰ Auf Ehescheidungs- und Vaterschaftsprozesse findet heute die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) Anwendung, die generell im Rahmen von familienrechtlichen Verfahren die Öffentlichkeit ausschliesst (Art. 54 Abs. 4 ZPO). Daneben sieht Art. 54 Abs. 3 ZPO ganz allgemein vor, dass die Öffentlichkeit ganz oder teilweise ausgeschlossen werden kann, wenn es das öffentliche Interesse oder das schutzwürdige Interesse einer beteiligten Person erfordert.

²³¹ Siehe N 18.

²³² Siehe etwa den Entscheid der Justizkommission ZG vom 15. April 2005 (E. 3 a und b), in dem die Ausdrücke «Drecksschmierlappen» und «Wixer» als ungebührlich und damit als «eine Verletzung des durch die guten Sitten für amtliche Handlungen gebotenen Anstands» bewertet wurden (Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug 2005 [GVP 2005], S. 228 ff., 229 f.).

²³³ Siehe dazu unten N 80, N 365.

III. Kantonale Schwerpunkte

1. Kriegsspiele

1.1 Grundrechtlicher Schutz von gewerbsmässigen Paintball-Spielveranstaltungen

75 In den Neunzigerjahren und zu Beginn der Zweitausenderjahre war in der Rechtsprechung auf kantonaler Ebene im Zusammenhang mit der öffentlichen Sittlichkeit die Bewilligungspflicht von Freizeitbeschäftigungen, in denen kriegsähnliche Handlungen nachgeahmt werden, aktuell.²³⁴ So musste sich das Departement des Innern des Kantons Aargau²³⁵ vertieft mit dieser Thematik auseinandersetzen, nachdem in der Gemeinde U ein kommunales Paintball-Verbot verhängt worden war. In seiner Entscheidung vom 8. April 2003 erwog es, dass nicht jegliche, sondern nur elementare, für das zwischenmenschliche Zusammenleben unabdingbare ethische Vorstellungen durch das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit geschützt werden könnten. Diese beurteilte es erst dann als verletzt, wenn die Paintball-Spieler «Unbeteiligte in das Spiel integrier[en] würden oder wenn in einem sensibilisierten Umfeld in ausdrücklich kriegerischer Aufmachung Paintball gespielt werde». Solange dies aber nicht geschehe, sei eine Verletzung von «für jedermann verbindliche ethische Minimalvoraussetzungen einer Gesellschaft» nicht ersichtlich. Im Übrigen überschreite es die Gemeindeautonomie, wenn der kommunale Gesetzgeber solche Wertungen vornehme.²³⁶ Das Paintball-Spiel falle, wenn es im Zusammenhang mit einer gewerbsmässigen Betätigung ausgeübt werde, in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit.²³⁷ Damit müsse das kommunale Verbot²³⁸

²³⁴ So führte etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Obwalden aus, dass unter eine kantonale Bestimmung, die Unterhaltungsbetriebe einer Bewilligungspflicht unterstelle, wenn diese die öffentliche Ordnung stören würden, diejenige Betriebe zu subsumieren seien, die «Kriegsspiele im Wald» gewerbsmässig durchführten (VVGE OW 1995/96 Nr. 34, 107, E. 2 c und b).

²³⁵ Heute Departement Volkswirtschaft und Inneres (DVI).

²³⁶ Entscheidung des Departements des Innern AG vom 8. April 2003, in: AGVE 2003 Nr. 114, S. 451 ff., E. 7 a.

²³⁷ Entscheidung des Departements des Innern AG vom 8. April 2003, in: AGVE 2003 Nr. 114, S. 451 ff., E. 4.

²³⁸ Dieses sah vor, dass «Handlungen, die geeignet sind, die persönliche Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung oder die zonengemässe Wohnqualität zu beeinträchtigen, sowie jeder Unfug, der Personen belästigt oder Sachen gefährdet, verboten» seien

dem Bestimmtheitsgebot Rechnung tragen, was vorliegend nicht gegeben sei.²³⁹ Selbst wenn die Bestimmung sich aber als hinreichend bestimmt erweisen würde, habe sie auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu genügen, was durch die Aufnahme einer Bewilligungspflicht ins Polizeireglement geschehen könne.²⁴⁰

1.2 *Rechtsvergleichende Perspektive: Verletzung der Gattungswürde durch die Veranstaltung von Laserdrome-Spielen*

Anders als der Kanton Aargau schützte das deutsche Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) das Verbot für Laserdrome-Veranstaltungen des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen in den Jahren 2001²⁴¹ und 2006²⁴². Im Revisionsurteil 6 C 17.06 vom 13. Dezember 2006 führte das BVerwG aus, dass es als Rechtsfrage des Bundesrechts die Auslegung der Menschenwürdegarantie prüfe und dabei an seinem Beschluss vom 24. Oktober 2001 festhalte. Das Prinzip der Menschenwürde sei das Fundament des Grundrechtssystems und schütze nicht nur die Würde des individuellen Menschen, sondern auch des «Menschen als Gattungswesen».²⁴³ Für die Unterbindung eines Eingriffs in die Menschenwürde sei es irrelevant, ob dieser vom Staat oder von einer privaten Person ausgehe.²⁴⁴ Unterhaltungsspiele würden die Menschenwürde verletzen, indem sie den «fundamentalen Wert- und Achtungsanspruch» des Menschen leugneten. Unbeachtlich sei dabei, ob die Handlungen rein fiktiven Charakter aufwiesen. Die Bagatellisierung der Gewalt und deren Auswirkungen auf die «allgemeinen Wertvorstellungen und das Verhalten in der Gesellschaft» liefen der Garantie der Menschenwürde zuwider.²⁴⁵ Die Tatsache, dass die Spieler aus freiem Willen und einvernehmlich am Spiel teilnehmen würden, sei vor dem Hintergrund der Wertordnung von Art. 1 Abs. 1 (Menschen-

respektive sei (Entscheidung des Departements des Innern AG vom 8. April 2003, in: AGVE 2003 Nr. 114, S. 451 ff., E. 2).

²³⁹ Entscheidung des Departements des Innern AG vom 8. April 2003, in: AGVE 2003 Nr. 114, S. 451 ff., E. 6 b.

²⁴⁰ Entscheidung des Departements des Innern AG vom 8. April 2003, in: AGVE 2003 Nr. 114, S. 451 ff., E. 7 b.

²⁴¹ BVerwG Urteil vom 24. Oktober 2001 – 6 C 3.01 (BVerwGE 115, 189); kritisch DREIER, GG, Art. 1 I N 105.

²⁴² BVerwG Urteil vom 13. Dezember 2006 – 6 C 17.06.

²⁴³ BVerwG Urteil vom 13. Dezember 2006 – 6 C 17.06 – Ziff. 25 (10) mit Hinweis auf BVerfGE 87, 209 (228).

²⁴⁴ BVerwG Urteil vom 13. Dezember 2006 – 6 C 17.06 – Ziff. 25 (10).

²⁴⁵ BVerwG Urteil vom 13. Dezember 2006 – 6 C 17.06 – Ziff. 25 (11).

würde) und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und des Sittengesetzes) unbeachtlich, zumal diese den Individuen nicht zur Disposition stehe.²⁴⁶

2. Suizidhilfe

2.1 *Leistung der Suizidhilfe an nicht am Lebensende stehende Personen*

- 77 In seinem Urteil VD.2017.21 vom 6. Juli 2017 musste sich das Verwaltungsgericht Basel-Stadt (VG BS) mit der Frage auseinandersetzen, ob die Suizidhilfe an nicht am Lebensende stehende Personen die Berufspflichten im Sinne von Art. 40 MedBG²⁴⁷ verletze und damit die Auflage zur Leistung von Suizidhilfe nur an am Lebensende stehende Personen rechtmässig sei. Zunächst stellte es fest, dass die SAMW-Richtlinien²⁴⁸ als Auslegungshilfe zur Bestimmung des Inhalts von Art. 40 MedBG herbeigezogen werden könnten,²⁴⁹ wenn diese im öffentlichen Interesse liegen würden.²⁵⁰ In diesem Fall bildeten sie auch die herrschende Sitte und *communis opinio* der Medizinalpersonen mit universitärer Ausbildung.²⁵¹ Allerdings liege die nicht strafrechtlich relevante ärztliche Beihilfe zum Suizid nicht im öffentlichen Interesse, sondern stelle vielmehr eine ethische Maxime dar, deren Verbot heute weder in der Schweizer Gesellschaft mehrheitstauglich sei noch den ethischen Stellungnahmen der Ärzteschaft entspreche.²⁵² Im Jahr 2010 sei eine repräsentative Studie durch die Universität Zürich durchgeführt worden, in deren Rahmen die Probanden verschiedene Handlungen von Ärzten im Zusammenhang mit der Suizidhilfe als moralisch richtig oder falsch bewerten und sich dazu äussern mussten, ob diese erlaubt oder verboten sein sollten. Diese Studie habe ergeben, dass eine deutliche Mehrheit der Befragten nichts gegen ärztliche Suizidhilfe für nicht terminal kranke Personen einzuwenden habe und in diesem

²⁴⁶ BVerwG Urteil vom 13. Dezember 2006 – 6 C 17.06 – Ziff. 25 (13).

²⁴⁷ Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006 (SR 811.11).

²⁴⁸ Medizinisch-ethische Richtlinien zur Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) vom 25. November 2004 in der 6. Auflage von April 2014.

²⁴⁹ VG ZH Urteil VB.2009.00559 vom 11. März 2010 E. 4.4; VG AG vom 28. Januar 2005 E. 4 a./bb, in: AGVE 2005, S. 307 ff., 316 ff.

²⁵⁰ Vgl. BGer Urteil 2C_901/2012 vom 30. Januar 2013 E. 3.4.

²⁵¹ VG BS Urteil VD.2017.21 vom 6. Juli 2017 E. 5.1.

²⁵² VG BS Urteil VD.2017.21 vom 6. Juli 2017 E. 5.4.1.

Zusammenhang vorgenommene Handlungen auch nicht bestraft sehen möchte. Eine weitere Umfrage sei im Zusammenhang mit dem Altersfreitod zum selben Ergebnis gekommen, wobei eine allfällige Erkrankung der älteren Person keine Rolle gespielt habe. Aufgrund des generalklauselartigen Charakters von Art. 40 MedBG müsse dies allerdings auch eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung ergeben. Zwar bestehe kein eigentliches Grundrecht auf Beihilfe zum Suizid,²⁵³ doch umfasse der sachliche Schutzbereich des in Art.10 Abs. 2 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK verankerten Rechts auf persönliche Freiheit bzw. Privatleben auch das Recht, über den eigenen Tod entscheiden zu dürfen.²⁵⁴ Die Ausübung dieses Rechts dürfe folglich nicht durch eine bestimmte Auslegung von Art. 40 MedBG verunmöglicht werden. Vor diesem Hintergrund führe auch eine grundrechtskonforme Auslegung nicht zu einer Beschränkung der Suizidhilfe auf terminal kranke Personen. Auflagen mit Bezug auf die Suizidhilfe zum Lebensende seien deshalb unzulässig.²⁵⁵

2.2 Rechtsvergleichende Perspektive: Geschäftsmässige Suizidhilfe

Ein Urteil aus dem deutschen Rechtskreis, das mit der oben dargestellten Entscheidung verglichen werden kann, allerdings einen komplett anderen Ansatz zur Beantwortung der betreffenden ethischen Frage wählte, war der Entscheid zur Aufhebung des strafrechtlichen Verbots der geschäftsmässigen Suizidhilfe in Deutschland. In seinen Erwägungen gab das BverfG die Stellungnahmen *sachkundiger Dritter* wieder, doch stellte es sich im Gegensatz zum VG BS auf den Standpunkt, dass gesellschaftliche Anliegen die Wert- oder Moralvorstellungen verkörpern, keine Geltung im Sinne einer gesetzlichen Norm haben dürften, selbst wenn diese die Auffassung der Mehrheit repräsentieren sollten, weshalb sie *nicht* ein *legitimes* gesetzgeberisches Ziel darstellten.²⁵⁶ Hingegen beurteilte es die Zielsetzung des Gesetzgebers, den Einzelnen vor äusserem Druck zu schützen, sich aufgrund einer gesellschaftlichen Normalisierung des assistierten Suizids aus Nützlichkeitsüberlegungen das Leben nehmen zu wollen, nicht als Verwirklichung einer Wertvorstellung und damit als ein *legitimes* gesetzgeberisches Ziel.²⁵⁷

²⁵³ BGE 142 I 195 E. 3.4.

²⁵⁴ BGE 142 I 195 E. 4.

²⁵⁵ VG BS VD.2017.21 vom 6. Juli 2017 E. 7.

²⁵⁶ BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 – N (1-343), N 234.

²⁵⁷ BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 – N (1-343), N 235.

- 79 Entsprechend der Basler Entscheidung stellte das Gericht fest, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch das selbstbestimmte Sterben umfasse, wobei dieses nicht auf *fremddefinierte* Situationen beschränkt sei. Die Garantie auf Achtung der Menschenwürde impliziere vielmehr, dass die Entscheidung, das eigene Leben zu beenden, nicht gerechtfertigt werden müsse.²⁵⁸ Da das Verbot der geschäftsmässigen Suizidhilfe für Suizidwillige ein faktisches Verbot darstelle, sich auf die selbst gewählte Art und Weise das Leben zu nehmen, müsse sich dieses Verbot als verhältnismässig erweisen. Von grosser Bedeutung sei in diesem Zusammenhang das Kriterium der Zumutbarkeit, denn hier zeige sich, dass es im Kern um eine Abwägung der in Kollision geratenden Schutzpflichten des Staates gehe. In dieser Abwägung stünden sich einerseits das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen und andererseits die Autonomie des Suizidwilligen und das Rechtsgut des Lebensschutzes gegenüber.²⁵⁹ Hingegen könne im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung offenbleiben, ob das Verbot der geschäftsmässigen Suizidhilfe erforderlich sei, um das Rechtsgut der Autonomie zu gewährleisten,²⁶⁰ zumal es der Angemessenheitsprüfung nicht standhalten könne.²⁶¹ Diese Prüfung verlange ein angemessenes Verhältnis zwischen der Grundrechtsbeschränkung des Individuums und dem legitimerweise angestrebten Rechtsgüterschutz (d.h. dem Schutz der Autonomie und des Lebens). Zwar komme dem Strafrecht eine zentrale Funktion in der *Gewährleistung des zwischenmenschlichen Zusammenlebens* zu, indem die *elementaren Werte des Gemeinschaftslebens* geschützt würden,²⁶² doch dürfe dieser Schutz nicht derart weit gehen, dass das gegenüberstehende Grundrecht (die Selbstbestimmung) weitgehend seines Inhalts entleert wird.²⁶³ Das Verbot der geschäftsmässigen Suizidhilfe erweise sich vor diesem Hintergrund nicht als verhältnismässig und damit nicht als verfassungskonform.²⁶⁴

3. Sitte und Anstand im Verfahren

- 80 Ausserhalb dieser Abwägungsfragen ist auf kantonaler Ebene die Einhaltung von Sitte und Anstand im Verfahren vor den Rechtsprechungsbehörden und generell

²⁵⁸ BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 – N (1-343), N 209 ff.

²⁵⁹ BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 – N (1-343), N 223 ff.

²⁶⁰ BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 – N (1-343), N 263.

²⁶¹ BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 – N (1-343), N 265 ff.

²⁶² BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 – N (1-343), N 269.

²⁶³ BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 – N (1-343), N 278 ff.

²⁶⁴ BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 – N (1-343), N 338.

in einem nahen Umgang mit dem Staat thematisiert worden. So führte die Justizkommission des Kantons Zug mit Entscheid vom 15. April 2005 aus, dass sich eine Eingabe als ungebührlich erweise, «wenn sie die Würde und Autorität des Gerichtes missachtet und die dem Gericht geschuldete Achtung verletzt», wobei dies auch durch «persönliche Verunglimpfung, Schmähung oder Beschimpfung der Gegenpartei oder Dritter geschehen» könne.²⁶⁵ Des Weiteren hatte unter der altrechtlichen kantonalen StPO TG eine Person, die durch leichtfertiges oder verwerfliches Handeln begründeten Anlass zum Strafverfahren gab, keinen Anspruch auf Entschädigungen nach § 65 Abs. 2 StPO TG.²⁶⁶ Auch eine Entschädigungspflicht des Staates aus einer ungesetzlichen oder unverschuldet erlittenen Untersuchungshaft oder aufgrund anderer Nachteile²⁶⁷ konnte wegen «qualitativ gleicher Verhaltensweisen» entfallen. Die «qualifiziert schuldhafte Handlungsweise» wurde dabei so definiert, dass zwar nicht jedes Vergehen als leichtfertiges Verhalten gelten konnte, doch ein grobfahrlässiges Verhalten aufseiten des Gesuchstellers den Verdacht auf ein solches begründen konnte.²⁶⁸ Heute sieht die nationale StPO in Art. 430 Abs. 1 lit. a nur vor, dass rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten im Rahmen der Einleitung oder während des Verfahrens zu einer Herabsetzung oder Verweigerung der Entschädigung führen kann. Für rechtswidrig angewandte Zwangsmassnahmen ist hingegen keine entsprechende Bestimmung vorgesehen. Wie oben mit Bezug auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung allerdings bereits ausgeführt wurde, stellt sich mit Bezug auf diese Bestimmungen grundsätzlich die Frage, ob sie zum Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit gehören und nicht eher der Sphäre des Anstandes zuzurechnen sind.²⁶⁹

²⁶⁵ Als Sanktion für eine solche ungebührliche Eingabe konnte nach Aufforderung zur Einreichung einer verbesserten Fassung eine Ordnungsbusse ausgesprochen oder gar eine Nichteintretensentscheidung gefällt werden; siehe Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug 2005 (GVP 2005), S. 228 ff., 229, E. 3 a (abrufbar unter <https://www.zg.ch/behoerden/staatskanzlei/kanzlei/gvp> [besucht am 9. Juli 2023]).

²⁶⁶ Entscheid der Rekurskommission TG vom 27. Juli 1998 SW.98.6, in: RBOG 1998, Nr. 34, E. 1 b.

²⁶⁷ OG TG Entscheid vom 2. Juni 2003 SW.2003.3, in: RBOG 2003, Nr. 30 E. 2.

²⁶⁸ Vgl. Entscheid der Rekurskommission TG vom 27. Juli 1998 SW 98 6, in: RBOG 1998, Nr. 34; verwerflich und leichtfertig war eine an sich nicht rechtswidrige Handlung auch dann, wenn sie gegen Treu und Glauben oder gegen Sitte und Anstand versties und auf der «Grenze zwischen strafbarer Handlung und Immoralität» lag, solange der Verstoss mit Wissen und Willen oder aus grober Nachlässigkeit begangen worden war.

²⁶⁹ Dazu unten N 85.

IV. Würdigung

1. Identische Begriffsbestimmung der öffentlichen Sittlichkeit, der guten Sitten und der öffentlichen Ordnung

- 81 Wie bereits im Fazit des ersten Kapitels festgestellt werden konnte, wird der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit im öffentlichen Recht synonym zum Begriff der guten Sitten verwendet, was ein erstes Indiz dafür darstellt, dass generell unter den Begriffen der öffentlichen Sittlichkeit (als Teilgehalt der öffentlichen Ordnung) und der guten Sitten das gleiche Rechtsgut geschützt werden soll. Diese Annahme wird durch die höchstrichterliche Begriffsbestimmung bestärkt, zumal die bundesgerichtliche Definition der öffentlichen Sittlichkeit mit Ausnahme des Aspekts der örtlichen Wandelbarkeit identisch mit derjenigen der guten Sitten im Privatrecht²⁷⁰ ausfällt. Beide Definitionen nennen insbesondere die herrschenden sozialen Anschauungen neben den wesentlichen verfassungsimmanenten gesellschaftlichen Werten als Beurteilungsmassstäbe, ohne deren jeweilige Gewichtung oder Bedeutung offenzulegen, wodurch deren Gleichwertigkeit suggeriert wird. Demgegenüber wird in der deutschen Rechtsprechung zur Bestimmung des Begriffs der öffentlichen Ordnung zunächst postuliert, dass von den Grundrechten auszugehen sei und deren Normgehalt erst in einem zweiten Schritt den gesellschaftlichen Wertvorstellungen gegenübergestellt werden soll. Gleichwohl wird auch dadurch nicht klar, welche «Ordnung» im Konfliktfall vorzugehen hat. Auf diese Frage wird im Rahmen dieser Abhandlung im Zusammenhang mit der Konkretisierung der privatrechtlichen Generalklauseln vertieft eingegangen.²⁷¹
- 82 Freilich kann bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass sich in der öffentlich-rechtlichen Rechtsprechung ein Wandel in der Interpretation des Ordnungsbegriffs abgezeichnet hat, wodurch dieser zunehmend nicht mehr nur als absolute interne Schranke der Freiheitsrechte, sondern als öffentliches Interesse, das zu den Grundrechten in Konkurrenz geraten kann, interpretiert wird, wodurch es mindestens zwei unterschiedliche Interpretationen der öffentlichen Sittlichkeit im öffentlichen Recht gibt.²⁷²

²⁷⁰ Obschon die Lehre auch den Begriff der guten Sitten als örtlich wandelbar bezeichnet. Siehe dazu N 298.

²⁷¹ Siehe unten N 347 ff.

²⁷² Siehe dazu auch N 297.

2. Nationaler «margin of appreciation» zugunsten der Kantone

Wie die oben dargestellte Genese der zunehmenden Gewichtung der herrschenden Wertvorstellungen in den Kantonen zeigt, hat sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts allerdings vor über 100 Jahren stärker an den Grundrechten und den rechtsstaatlichen Grundsätzen orientiert, als sie es heute tut. Die Einführung des Beurteilungskriteriums der *örtlichen Wandelbarkeit* der öffentlichen Sittlichkeit hat den Kantonen einen «margin of appreciation» in sittlichen Fragestellungen eröffnet, der darin resultiert, dass das Bundesgericht seine Kognition beschränkt und die kantonalen Entscheidungen nur noch auf Willkür hin prüft. Rechtsstaatliche Grundsätze wie das Bestimmtheitsgebot oder die religiöse und die weltanschauliche Neutralität des Staates werden dadurch bei der höchstgerichtlichen Prüfung nur sehr eingeschränkt berücksichtigt. Wird etwa die Entscheidung zur Religionsausübung der Mormonen mit derjenigen der (wohl trotz der bundesgerichtlichen Prüfung eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit) raelitischen Religion²⁷³ verglichen, erweist sich erstere im Ergebnis als liberaler. Obschon das Bundesgericht im Entscheid bezüglich der religiösen Propaganda der Mormonen explizit darauf hinwies, dass diese nicht zur Übernahme ihres Lebensmodells aufrief, während es den Angehörigen der Mouvement Raélien eben gerade eine solche proselytische Intention aufgrund des öffentlichen Aushangs ihres Plakats zuschrieb, lassen sich diese beiden religiösen Ausrichtungen nicht aufgrund des Aspekts der Missionierung unterscheiden. Die unterschiedliche Bewertung ist eher darauf zurückzuführen, dass Mormonen aufgrund ihres christlichen Erbes der Mehrheitsbevölkerung vertrauter sind als Raeliten. Um aber die Begründung der Kulturfremdheit vermeiden zu können, die das Bundesgericht nota bene im Rahmen des Heilsarmeefalls als unzulässig erklärt hatte, sprach das Bundesge-

²⁷³ Siehe zum offenen Religionsbegriff HAFNER, Religionsverfassung, S. 2330 f., der ausführt, dass auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung immer mehr einen funktionalistischen Religionsbegriff übernimmt, der sich im Kern nach subjektiven Gesichtspunkten bestimmt; siehe auch KARLEN, Religionsbegriff, S. 107 f., der zu Recht bemerkt, dass der Kulturvorbehalt den Religionsbegriff unnötig verengt und die Kollision einer Religionsausübung mit den Werten des Staates grundsätzlich im Rahmen der Schranken geprüft werden muss; a.A. hingegen ZIPPELIUS, S. 42, der etwa die Tempelprostitution und Menschenopfer aufgrund eines «traditionsgeprägten Leitbildes» vom sachlichen Schutzbereich der Religionsfreiheit ausschliessen möchte. Soweit eine religiöse Gemeinschaft tatsächlich vorbringen würde, dass ihre Religion Menschenopfer verlange, wäre der Grundrechtsschutz gemäss der hier vertretenen Ansicht indes schon deshalb ausgeschlossen, weil das subjektive Recht der Menschenwürde nicht eingeschränkt werden kann (siehe unten FN 1152).

richtet dem Kanton einen sittlichen Ermessensspielraum zu. In diesem Sinn könne die Entscheidung darüber, was in einem Kanton die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verletze, nicht auch für einen anderen Kanton gelten, zumal die religiösen und politischen Ansichten in örtlicher Hinsicht voneinander divergieren würden.²⁷⁴

3. Massgebende Definition der öffentlichen Sittlichkeit

- 84 Vor diesem Hintergrund ist an der älteren Rechtsprechung festzuhalten, die die kulturelle «Fremdheit» nicht als Kriterium herbeizog, weshalb sich die in BGE 34 I 254 E. 2 und BGE 35 I 337 E. 5 vorgenommene Begriffsbestimmung gegenüber neueren Definitionen als vorzugswürdig erweist. Danach ist die öffentliche Sittlichkeit nicht *das den Sitten oder dem herrschenden sittlichen Empfinden entsprechende Verhalten schlechthin, sondern die als notwendige Grundlage des Staates anerkannte, d.h. rechtlich geschützte sittliche Ordnung.*

4. Divergierende Auffassungen zur Rechtsqualität von herrschenden Moralvorstellungen

- 85 Ob allerdings gesellschaftliche Vorstellungen überhaupt Teil der Rechtsordnung bilden können, wird in der dargestellten deutschen Rechtsprechung anders beurteilt als in der schweizerischen. In diesem Sinn hat der Strafsenat des BGH bereits in seinem viel zitierten Entscheid zur Sittenwidrigkeit des Konkubinats aus den Fünfzigerjahren festgehalten, dass die «Gebote der blossen Sitte, der Konvention (...) ihre (schwache) Verbindlichkeit nur aus der Anerkennung derjenigen her[leiten], die sie freiwillig anerkennen und befolgen». Bekanntlich begründete es deshalb seine Entscheidung mit der «ewigen» Geltung des Sittengesetzes.²⁷⁵ Das Bundesgericht bedarf hingegen der örtlich verschiedenen Konventionen, um bei der Überprüfung von kantonalem Recht seinen «margin of appreciation» zugun-

²⁷⁴ Dieser nationale «margin of appreciation» war es denn auch, der die Rechtsprechung des EGMR im Fall *Mouvement Raëlien* dazu inspirierte, der Schweiz einen entsprechend grossen «margin of appreciation» mit Bezug auf das nationale Recht zu gewähren (siehe N 137).

²⁷⁵ BGHSt 6, 46, (S. 52 f.). Diese Auffassung liegt in der Tradition WEBERS und KELSENS und trägt der Prämisse Rechnung, dass der Umstand, dass eine Regel gesellschaftlich befolgt wird, nicht bedeutet, dass nach dieser Regel auch gehandelt werden sollte (siehe dazu unten N 355 ff. und WEBER, Gesamtausgabe, S. 186; KELSEN, Grundlegung, S. 843). Auch EUGEN HUBER, der Begründer des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, hat diese Auffassung vertreten (HUBER, S. 31, FN 1).

ten der Kantone überhaupt erst zu begründen. Wenn nämlich die Gesinnung der lokalen Bevölkerung rechtlich unberücksichtigt bleiben müsste, würde sich ein sittlicher Ermessensspielraum zugunsten der Kantone nicht mehr rechtfertigen.²⁷⁶ Die Bedeutung von Anstandsregeln geht allerdings gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung über diesen Zusammenhang hinaus und steht vielmehr geradezu im Zentrum des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit. Dies wurde bereits im Antisemitismus-Entscheid aus den Dreissigerjahren deutlich, in dem die Angriffe gegen die Juden nicht als Verstoss gegen die Menschenwürde oder gegen grundrechtlich geschützte Interessen, sondern als «Erregung von Anstoss in sittlicher Beziehung» bewertet wurden. Dieser Bezug wird insbesondere auch im Zusammenhang mit den Verfahrensvorschriften deutlich, die immerhin gemäss älterer Interpretation ein «Verunglimpfen» der Gegenpartei oder eine «Missachtung der Autorität» des Gerichts sanktionierten. Offenbar ist das Bundesgericht der Auffassung, dass die Befolgung von Anstandsregeln eine für das Zusammenleben in einer pluralistischen Gemeinschaft wesentliche Voraussetzung bildet. Dieses Verständnis ist nicht neu, sondern hat seinen Ursprung bereits im römischen Recht.²⁷⁷ Der Begriff des Anstands geht allerdings weit über die *notwendige Grundlage des Staates* hinaus und kann deshalb keinesfalls mit dieser gleichgesetzt werden.²⁷⁸ Selbst bei einer Begrenzung des konturlosen Anstandsbegriffs geht aus der Rechtsprechung der schweizerischen Gerichte nicht hinreichend genau hervor, weshalb gewisse gesellschaftliche Normen Teil der Rechtsordnung bilden sollten und andere nicht, wodurch die Entscheidbegründungen nicht nur an formaler Rationalität²⁷⁹, sondern auch an dogmatischer Richtigkeit einbüßen. An der Rechtspre-

²⁷⁶ Siehe dazu etwa auch den Bericht des Bundesrates zur Einführung eines dritten Geschlechts, S. 18, worin dieser ausführt, dass «das Recht (...) nachvollziehen [soll], was in der Gesellschaft akzeptiert ist und dem allgemeinen Rechtsempfinden entspricht».

²⁷⁷ PERRONE, S. 361.

²⁷⁸ Vgl. TSCHANNEN, Sittlichkeit, S. 564, der die Auffassung vertritt, dass der Schutz von Anstandsregeln nicht Aufgabe des Rechts sein kann.

²⁷⁹ Der Begriff der formalen Rationalität stammt von Max Weber. Als formale Rationalität bezeichnet er eine exakte Rechnung, die sich an den Grenzen des technisch Möglichen misst. Die materiale Rationalität ist demgegenüber vieldeutig und schliesst alles, was «ethische, politische, utilitarische, hedonische, ständische, egalitäre oder irgendwelche anderen Forderungen stellt» mit ein. Die Bewertung der formalen Rationalität fällt demnach für jeden eindeutig gleich aus, während die materiale Rationalität sich am Standpunkt des Bewertenden orientiert. Wissenschaftlich «objektive» Erkenntnisse können sich gemäss WEBER damit nicht an der materialen Objektivität ausrichten (WEBER, Gesamtausgabe, S. 629; siehe dazu HARTMANN, S. 106).

chung in der Schweiz ist hingegen zu begrüßen, dass diese den gesellschaftlichen Wertewandel anerkennt und versucht, rechtsethische Fragen nicht rein autoritativ zu entscheiden, sondern zumindest auch auf einen Konsens mit Bezug auf diese Fragestellungen abzustellen.²⁸⁰ So prüft etwa die Rechtsprechung zur Prostitution *ex negativo*, was nicht mehr als die ethischen Prinzipien der Gesamtrechtsordnung verletzend betrachtet werden kann, und stützt sich insofern ebenfalls auf einen gesellschaftlichen Konsens bzw. auf das Fehlen eines solchen.²⁸¹

5. Rechtsstaatliche Berichtigung eines Konsenses

- 86 Allerdings stellt sich auch dann die Frage, wem die Disposition zur Bestimmung des Inhalts von unbestimmten Rechtsnormen zukommt bzw. ob der Rechtsanwender diese an Dritte delegieren darf und ob der Inhalt gegebenenfalls gewissen rechtsstaatlichen Anforderungen genügen muss. Ist der Konsens nicht gesellschaftlicher, sondern juristischer Natur, weil er sich wie in der Entscheidung zur Pornografie an nationalen und internationalen Rechtsquellen orientiert, kommt ihm bereits ein gewisser Grad an demokratischer Legitimation zu. Dies gilt hingegen nicht in gleichem Ausmass, wenn wie im Basler Entscheid über die straflose Suizidhilfe an nicht am Lebensende stehende Personen die ethische Frage zu ihrer Zulässigkeit einerseits an die Ärzteschaft delegiert und andererseits durch eine empirische Erhebung der öffentlichen Meinung beantwortet wird. Das dadurch eruierte Ergebnis erfuhr jedoch in der Entscheidung des VG BS eine verfassungs- und völkerrechtliche Berichtigung, weshalb weder einzig die *communis opinio* der Medizinalpersonen mit universitärer Ausbildung noch die herrschende gesellschaftliche Auffassung, sondern insbesondere auch die tangierten verfassungs- und völkerrechtlichen Bestimmungen für das Ergebnis massgebend waren, die implizit die Wertung zugunsten der individuellen Freiheit trafen. Insofern fand eine Überschneidung mit der deutschen Rechtsprechung statt, zumal diese im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ein Überwiegen des subjektiven Rechts an Selbstbestimmung gegenüber den objektiven Werten der Autonomie und des Lebens-

²⁸⁰ A. A. FATEH-MOGHADAM, Selbstbestimmtes Sterben, S. 918.

²⁸¹ Diesen Ansatz hat auch das Verwaltungsgericht Berlin in seinem Urteil vom 1. Dezember 2000 gewählt, indem es zur Begründung der Aufhebung der Sittenwidrigkeit der Prostitution eine empirische Erhebung zur herrschenden Meinung in der Bevölkerung zu Rate zog, siehe dazu HÜRLIMANN, Brigitte, S. 269, und nachstehend N 362.

schutzes annahm und damit dem primären Schutzgehalt der Menschenwürde zum Durchbruch verhalf.²⁸²

6. Teilgehalte der öffentlichen Sittlichkeit gemäss der nationalen Rechtsprechung

6.1 Gattungswürde

Werden die vorne nachgezeichneten Fälle miteinander verglichen, so fällt auf, dass diese grundsätzlich eine *Idee des Menschseins* betreffen, die nicht primär aus der Eigenperspektive erschlossen wird, sondern in erster Linie *fremddefiniert*, welche Achtung dem einzelnen Menschen als Teil der Menschheit gebührt. Diese Idee einer Kollektivwürde im Recht wird hier als Teilaspekt der «Gattungswürde» anerkannt und findet sich m.E. nach in der kantischen Konzeption der *Autonomie* (d.h. dem Begriff der Person) wieder. Darunter kann die Instrumentalisierung durch Pornografie, Prostitution, Rassendiskriminierung, Kriegsspiele, «Peep-shows» und durch Suizidhilfe subsumiert werden.²⁸³ Dass dieses überindividuelle ideelle Menschenwürdeverständnis insbesondere bei einer extensiven Interpretation, die über die notwendigen Staatsgrundlagen hinausgeht, eine Gefahr für das subjektive Recht der Menschenwürde darstellen kann, zeigt bereits die frühere Rechtsprechung zur Begrenzung der sexuellen Entfaltungsfreiheit der Individuen. In diesem Sinn hielt das Bundesgericht etwa zum früheren Konkubinatsverbot fest, dass die faktische Verbindung zweier Personen einen Verstoss gegen das rechtliche Eheinstitut darstelle. Die Personen, die im Konkubinat zusammenlebten, würden sich «die äussere Form der ehelichen Gemeinschaft» anmassen, was öffentliches Ärgernis erzeuge und deshalb in einer Verletzung der öffentlichen Ordnung resultiere.²⁸⁴

²⁸² Der Beschluss der Ärztekammer vom 19. Mai 2022, die Version der SAMW-Richtlinien von 2004 mit derjenigen aus dem Jahr 2018 in der FMH-Standesordnung zu ersetzen, wonach die Suizidhilfe bei «gesunden» Personen nicht medizinethisch vertretbar ist und die Schwere des Leidens durch eine entsprechende Prognose und Diagnose substantiiert werden muss (Unterkapitel zur Suizidhilfe 6.2.1), steht dazu im Widerspruch. Wie das BVerfG richtig ausführt, fliesst aus der subjektiven Menschenwürde das Recht, den Sterbeentschluss nicht rechtfertigen zu müssen, weshalb sich die Zulässigkeit der Suizidhilfe nicht rein an fremddefinierten Kriterien orientieren darf.

²⁸³ Siehe zum Begriff der Gattungswürde N 379 ff.

²⁸⁴ BGE 71 IV 46 E. 1 und 2.

- 88 Ein Indiz für die Beachtung von subjektiven Grundrechtsinteressen im Rahmen der Gattungswürde findet sich indes bereits in der Tatsache, dass der individuelle Persönlichkeitsschutz als Teil der öffentlichen Sittlichkeit beurteilt worden ist und damit ebenfalls im öffentlichen Interesse liegt. Zudem hat das Bundesgericht einzig im Fall der Rassendiskriminierung, in dem zumindest subsidiär private Grundrechtsinteressen geschützt werden, positiv festgelegt, was der Gattungswürde zuzuordnen ist und woraus sich diese ergibt. Teil der Gattungswürde bildet demnach das Recht von insb. religiösen oder ethnischen Minderheiten auf einen Zustand, der von unerträglichen Verletzungen frei ist.²⁸⁵ Diese Grenze der individuellen rechtlichen Freiheit ist nicht ausserhalb der Grundrechte angesiedelt, sondern bildet eine grundrechtsimmanente Schranke, die sich aus der *ratio legis* des angerufenen Grundrechts selbst ergibt.²⁸⁶
- 89 Tritt allerdings die Gattungswürde losgelöst von aus der Eigenperspektive erschlossenen individuellen Grundrechtsinteressen in Erscheinung lassen die Fälle der Prostitution und der Kriegsspiele bereits erkennen, dass die schweizerischen Kantone diese implizit als einschränkbar beurteilen. So wurde im Kanton Aargau festgehalten, dass ein Paintball-Verbot zwar überschliessend sei, aufgrund der Möglichkeit einer Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung allerdings ein Bewilligungserfordernis angezeigt ist.²⁸⁷ Mit Bezug auf die Prostitution sehen zudem alle Kantone eine Bewilligungspflicht für Prostitutionsbetriebe und einige Kantone eine Anmeldepflicht für die einzelnen Prostituierten vor.²⁸⁸ Insofern unterscheidet sich die durch die Kantone getroffene Wertung mit Bezug auf die Frage der Verrechenbarkeit der Gattungswürde von derjenigen des deutschen BVerwG, der aufgrund der Annahme einer «Unverletzlichkeit» der Gattungswürde das Laserdrome-Spielverbot als rechtmässig beurteilte.

6.2 Tierschutz

- 90 Neben der überindividuellen Menschenwürde gehört auch der Tierschutz gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit.²⁸⁹

²⁸⁵ Zum Verletzungsbegriff SEELMANN/DEMKO, § 3 N 19 ff.

²⁸⁶ Dazu auch unten N 271 ff.

²⁸⁷ So explizit auch die Regelung im Kanton Waadt (N 22) und die kantonalen Bestimmungen zu den unsittlichen Werbeplakaten (N 30 f).

²⁸⁸ HOTZ, S. 276 ff.

²⁸⁹ Vgl. auch TSCHANNEN, Sittlichkeit, S. 562.

Kapitel 2: Gesonderte Betrachtung der Rechtsprechung der UBI zur öffentlichen Sittlichkeit in Radio und Fernsehen gemäss Art. 4 Abs. 1 RTVG

I. Einleitende Ausführungen

Bereits das Vorgängergesetz zum heute geltenden RTVG vom 24. März 2006, das 91 am 1. April 1992 in Kraft trat, enthielt im damaligen Art. 6 Abs. 1 ein Verbot sittlichkeitsgefährdender Sendungen. Beim Erlass dieser Vorgängerbestimmung erläuterte der Bundesrat in der Botschaft vom 28. September 1987: «Mit Rücksicht auf die verbreitete Besorgnis über ein zunehmendes Angebot brutaler, das sittliche Empfinden verletzender Filme [werden] auch Sendungen, die Gewalt verherrlichen oder verharmlosen, als unzulässig erklärt.»²⁹⁰ Diese Bestimmung sollte auch nach der Totalrevision des RTVG beibehalten werden. Allerdings verzichtete der Bundesrat in der Botschaft zur Totalrevision vom 18. Dezember 2002 darauf, explizit auf das Volksempfinden Bezug zu nehmen, und führte vielmehr aus, dass die Mindestanforderungen an den Programminhalt dem für die Schweiz massgebenden europäischen Mindeststandard, d.h. insb. den Bestimmungen des EÜGF²⁹¹, die u.a. die Menschenwürde (Art. 7 Abs. 1 EÜGF), die Sittlichkeit (Art. 7 Abs. 1 lit. a EÜGF) und den Jugendschutz (Art. 7 Abs. 2 EÜGF) regeln, entsprechen würden. Die in Art. 4 Abs. 1 RTVG verankerten Grundsätze seien «namentlich gegen eine Instrumentalisierung oder Kommerzialisierung von Menschen als unfreiwillige Objekte voyeuristischer Blossstellung» gerichtet. Der so formulierte Art. 4 Abs. 1 RTVG stelle eine Konkretisierung von Art. 35 Abs. 3 BV dar²⁹² und beinhalte somit eine mittelbare Grundrechtsbindung sämtlicher, d.h. auch privater, nicht in den Genuss von Beitragsleistungen kommende, schweizerische Fernseh- und Radioveranstalter.²⁹³

Wie allerdings die nachstehenden Ausführungen zeigen werden, ist der durch 92 Art. 4 Abs. 1 RTVG geschützte *blossgestellte Mensch* nicht in der Lage, durch

²⁹⁰ Botschaft zum aRTVG, BBl 1987 III 689, 730.

²⁹¹ Die im EÜGF enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe sind durch Herbeizug der Rechtsprechung der EMRK-Organen auszulegen (vgl. BGE 133 II 136 E. 5.2.1).

²⁹² Botschaft RTVG, BBl 2003 1569, 1668 (Wortzitat auf dieser Seite).

²⁹³ Botschaft RTVG, BBl 2003 1569, 1599.

Bekundung seiner Freiwilligkeit die Qualifikation seiner medialen Darstellung als Objektifizierung abzuwenden, wodurch auch unter neuem Recht ein *objektives Menschenbild* als öffentliches Interesse geschützt wird, das die UBI in erster Instanz autoritativ festlegt.²⁹⁴ Insofern unterscheidet sich der neue Begriff der öffentlichen Sittlichkeit in Art. 4 Abs. 1 RTVG nicht von demjenigen in Art. 6 Abs. 1 aRTVG.

II. Beschwerdeweg

- 93 Die Qualifikation der Mindestanforderungen an den Programminhalt als öffentliches Interesse wirkt sich auch auf den Beschwerdeweg zur Beanstandung einer Verletzung dieser Mindestanforderungen aus. So kann eine natürliche Person bei Beibringen von mindestens 20 Unterschriften ein Beschwerdeverfahren vor der UBI anstreben.²⁹⁵ Diese Popularbeschwerde verlangt jedoch kein eigenes aktuelles Interesse, sondern gibt den Beschwerdeführenden das Recht, im öffentlichen Interesse eine rechtswidrige Situation zu beseitigen.²⁹⁶ Die Beschwerde an die UBI ist damit nicht primär ein Mittel, um den Schutz der Rechte des Einzelnen zu gewährleisten, sondern dient grundsätzlich als Aufsichtsinstrument.²⁹⁷ Allerdings wird dem Grundsatz des öffentlichen Interesses im Beschwerdeverfahren vor der UBI nicht durchwegs Rechnung getragen, zumal eine Rechtsperson²⁹⁸ bei Nachweis einer engen Beziehung zum Gegenstand der beanstandeten redaktionellen Publikation ebenfalls beschwerdeberechtigt ist.²⁹⁹ Das Prinzip des öffentlichen Interesses

²⁹⁴ Art. 83 Abs. 1 lit. a RTVG i.V.m. Art. 97 Abs. 2 RTVG. Der vorgeschalteten Ombudsstelle kommt hingegen keine Entscheidungs- oder Weisungsbefugnis zu (Art. 93 Abs. 2 RTVG). Vielmehr vermittelt diese zwischen den Beteiligten (Art. 93 Abs. 1 RTVG).

²⁹⁵ Art. 94 Abs. 1 und 2 RTVG.

²⁹⁶ Siehe BGE 137 II 40 E. 2.2; Botschaft RTVG, BBl 2003 1569, 1742; VOEFFRAY, S. 6 und 13.

²⁹⁷ BGE 137 II 40 E. 2.2; BGE 134 II 260 E. 6.2; Botschaft Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202, 4388.

²⁹⁸ Mit Inkrafttreten des RTVG von 1991 war dieses Beschwerderecht den juristischen Personen verwehrt worden. Nachdem der Umstand in der Lehre aber stark kritisiert worden war, wurde im Zuge der Totalrevision des RTVG das Recht zur Erhebung einer Betroffenheitsbeschwerde nunmehr wieder auch den juristischen Personen eingeräumt (Botschaft RTVG, BBl 2003 1569, 1743).

²⁹⁹ Art. 94 Abs. 1 und 2 RTVG; hingegen ist das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) ohne Nachweis einer engen Beziehung

findet allerdings dann wieder Ausdruck, wenn bei nicht vollständigem Vorliegen der formellen Voraussetzungen der fristgerecht eingereichten Beschwerde die UBI gleichwohl auf die Beschwerde eintritt, weil sie ein öffentliches Interesse als betroffen erachtet.³⁰⁰

Ist eine Popularbeschwerde vor der UBI erhoben worden, so kann die ergangene Beschwerdeentscheidung zwar beim Bundesgericht angefochten werden,³⁰¹ doch sind die Popularbeschwerdeführer nicht schon deshalb zur Verfahrensführung legitimiert, weil sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen haben. Vielmehr müssen sie «(...) stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswert nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines, öffentliches Interesse genügt hierzu nicht.»³⁰² Diese nahe Beziehung zur Streitsache ist nicht schon deshalb gegeben, weil sich die Beschwerdeführenden in der Öffentlichkeit zur in Frage stehenden und in Radio und Fernsehen dargestellten Thematik regelmässig äussern³⁰³ oder ein persönliches bzw. berufliches Interesse am Thema haben.³⁰⁴ Damit wird die inhaltliche Beanstandung von Fernseh- und Radioprogrammen weitaus seltener vom Bundesgericht geprüft³⁰⁵ als von der UBI, weshalb ihrer Begriffsbestimmung der öffentlichen Sittlichkeit faktisch ein grosses Gewicht zukommt.

zum Gegenstand oder vorangehende Beanstandung bei der Ombudsstelle dazu befugt (Art. 94 Abs. 4 RTVG), direkt bei der UBI Beschwerde zu führen (Art. 95 Abs. 2 RTVG).

³⁰⁰ In diesem Fall kommen den Beschwerdeführern allerdings keine Parteirechte zu (vgl. Art. 69 Abs. 1 RTVG).

³⁰¹ Art. 86 Abs. 1 lit. c BGG i.V.m. Art. 99 Abs. 3 RTVG.

³⁰² BGE 134 II 120 E. 2.1. Aus seiner Rolle als Stimmbürger vermag der Beschwerdeführer keine Beschwerdelegitimation vor Bundesgericht abzuleiten (BGE 134 II 120 E. 2.2; BGE 123 II 115 E. 2b/cc; BGE 115 Ib 387 ff.).

³⁰³ BGE 134 II 120 E. 2.2; BGE 114 Ib 200 E. 2c.

³⁰⁴ BGE 134 II 120 E. 2.2; BGE 130 II 514 E. 2.2.1 m.w.H.

³⁰⁵ Eine Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit durch Ausstrahlungen in Radio und Fernsehen wurde durch das Bundesgericht einzig in BGE 133 II 136 E. 4 und 5 geprüft. In Bezug auf die Hürde der Legitimation ist denn auch bezeichnend, dass dieser Fall nicht von einem der Popularbeschwerdeführer, sondern von einem Fernsehsender, der Star TV AG, an das Bundesgericht weitergezogen wurde (siehe BGer Urteil 2A.563/2006 vom 3. Mai 2007 E. c).

III. Minimalstandard der öffentlichen Sittlichkeit

1. Begriffsbestimmung

- 95 Nach der Rechtsprechung der UBI ist der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit weit zu fassen. Die Bestimmung bezweckt neben der «Wahrung des Sittlichkeitsgefühls in geschlechtlichen Dingen den Schutz grundlegender kultureller Werte, wozu nach der älteren Rechtsprechung auch die Menschenwürde und der Schutz von Kindern und Jugendlichen» zu zählen sind.³⁰⁶ Die Verletzung eines solchen Wertes kann etwa im Sprachduktus liegen.³⁰⁷ Dies ist namentlich dann gegeben, wenn «ausfällige oder beleidigende Äusserungen des Moderators gegenüber einem Gast» gemacht werden.³⁰⁸ Bei der Beurteilung einer Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit ist dem gesellschaftlichen Wertewandel Rechnung zu tragen.³⁰⁹ Indes handelt es sich dabei um einen abstrakten Verstoss, weshalb es keines Nachweises einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sittlichkeit bedarf.³¹⁰

2. Pornografische oder sexuelle Darstellungen als Paradebeispiel einer Sittlichkeitsgefährdung

- 96 Nicht selten gelangen Beschwerdeführende vor die UBI, die eine Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit rügen. Indessen wurden bisher nur sechs Beschwerden gutgeheissen,³¹¹ wobei dies in einem der Fälle³¹² nicht aufgrund der Annahme einer Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit erfolgt ist. Vier der fünf Entschei-

³⁰⁶ UBI-Entscheid b. 380 vom 23. April 1999 E. 5.2.1. Diese Definition des Rechtsguts der öffentlichen Sittlichkeit wurde in späteren Entscheiden der UBI und auch im Bundesgerichtsentscheid rezipiert (siehe etwa UBI-Entscheide b. 797/797.01 vom 1. Februar 2019 E. 4.5, b. 597 vom 20. Februar 2009 E. 4.1 und b. 530 vom 30. Juni 2006 E. 4 wie auch BGE 133 II 136 E. 5.3.3).

³⁰⁷ UBI-Entscheid b. 736 vom 17. Juni 2016 E. 5.5.

³⁰⁸ UBI-Entscheid b. 877 vom 10. Mai 2021 E. 5.4.

³⁰⁹ UBI-Entscheid b. 463 vom 6. Dezember 2002 E. 6.

³¹⁰ UBI-Entscheid b. 597 vom 20. Februar 2009 E. 4.1; so auch UBI-Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009 E. 3.1.

³¹¹ UBI-Entscheide: b. 380 vom 23. April 1999; b. 530 vom 30. Juni 2006; b. 532 vom 30. Juni 2006 bestätigt durch BGE 133 II 136; b. 595 vom 20. Februar 2009; b. 597 vom 20. Februar 2009; b. 797/797.01 vom 1. Februar 2019.

³¹² UBI-Entscheid b. 797/797.01 vom 1. Februar 2019.

dungen betrafen darüber hinaus pornografische Darstellungen, woraus geschlossen werden kann, dass die UBI eine Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit in erster Linie im Zusammenhang mit pornografischen Inhalten annimmt.

Für die Beurteilung einer Darstellung mit sexuellem Inhalt in sittlicher Hinsicht ist es gemäss der Rechtsprechung der UBI massgebend, ob die Darstellung als Selbstzweck erfolgt oder den Menschen zu Unterhaltungszwecken zum Objekt voyeuristischer Neigungen entwürdigt.³¹³ Denn das daraus resultierende Menschenbild wie auch die so porträtierte Sexualität könne bei jungen Menschen ihre noch unvollendete Entwicklung gefährden.³¹⁴ Dadurch wird der objektivrechtliche Schutzgehalt der Menschenwürde als öffentliches Interesse geschützt.³¹⁵ Eine Verletzung des «Grundsatzes der Menschenwürde» hat die UBI bei einer Sendung angenommen, in der eine Person in einem kleinen Käfig eingesperrt wurde und so die Nacht verbringen musste.³¹⁶ 97

Im Vergleich zu erlaubten erotischen Darstellungen sind solche «pornographischer» Natur deutlicher, direkter, primitiver und ausschliesslicher.³¹⁷ Sadomasochistische Aufnahmen dürften nicht zu lange dauern, nicht zu hart sein und nicht unnötig wiederholt werden,³¹⁸ ansonsten eine Verletzung der «Sittlichkeitsgefühle im geschlechtlichen Bereich» vorliegt.³¹⁹ Dabei ist es nicht von Bedeutung, ob die primären Geschlechtsteile in der Darstellung unkenntlich gemacht werden. Relevant ist vielmehr, dass durch die unsittliche Darstellung ein «eindimensionale(s), entwürdigende(s) Bild der Sexualität (...) quasi als Norm vermittelt»³²⁰ wird. Damit aber die Darstellung einer sexuellen Praktik als unsittlich bezeichnet werden kann, reicht es nicht aus, dass diese den Moralvorstellungen von Teilen der Bevölkerung zuwiderläuft.³²¹ Einzig in der Art und Weise ihrer Umsetzung 98

³¹³ UBI-Entscheide b. 530 vom 30. Juni 2006 E. 4.2 und 4.3 und b. 532 vom 30. Juni 2006 E. 4.2 und 4.3.

³¹⁴ UBI-Entscheide b. 530 vom 30. Juni 2006 E. 5. 3. und b. 532 vom 30. Juni 2006 E. 5. 3. Da der Mindeststandard der öffentlichen Sittlichkeit insbesondere dem Jugendschutz dient, bestehen in diesem Bereich zusätzliche Modalitäten, die für die Ausstrahlung von jugendgefährdenden Sendungen einzuhalten sind (Art. 4 Abs. 1 RTVV).

³¹⁵ UBI-Entscheide b. 530 vom 30. Juni 2006 E. 1.2 und b. 532 vom 30. Juni 2006 E. 1.2.

³¹⁶ UBI-Entscheid b. 380 vom 23. April 1999 E. 6.2.

³¹⁷ UBI-Entscheide b. 530 vom 30. Juni 2006 E. 5 und b. 532 vom 30. Juni 2006 E. 5.

³¹⁸ UBI-Entscheid b. 380 vom 23. April 1999 E. 6.1.2.

³¹⁹ UBI-Entscheid b. 380 vom 23. April 1999 E. 6.1.3.

³²⁰ UBI-Entscheide b. 530 vom 30. Juni 2006 E. 5.1. und b. 532 vom 30. Juni 2006 E. 5. 1.

³²¹ UBI-Entscheid b. 380 vom 23. April 1999 E. 6.

muss die Grenze des Zulässigen liegen.³²² Gleichwohl ist im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung einer Sequenz der filmkulturelle Wert derselben mitzubersichtigen. Der kulturelle Wert eines Films kann bei sittlichkeitsgefährdenden sexuellen Darstellungen hingegen nicht mehr ins Gewicht fallen, wenn diese aus dem künstlerischen Kontext gerissen und im Rahmen einer erotischen Sendung gezeigt werden.³²³

3. Abgrenzung zu sexualisierten, entwürdigenden Darstellungen

- 99 Sexistische oder «nur entwürdigende» Inszenierungen von Menschen, die mittels Bild und Sprache durch die Redaktion der Sendung vorgenommen werden, beurteilt die UBI nicht in erster Linie als Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit oder des Jugendschutzes, obschon es diese Mindeststandards auch als tangiert sieht.³²⁴ Ist etwa der Ausdruck «Titten» nur angedeutet und erfolgt dieser zudem in einem humoristischen Kontext, so reicht die Intensität der Gefährdung nicht aus, um eine «unangemessene» Hervorhebung der Sexualität einer Person anzunehmen.³²⁵ Werden Frauen zu Sexobjekten herabgewürdigt, stelle dies damit eine Verletzung des Wertgehalts der Menschenwürde und des Diskriminierungsverbots, nicht aber der öffentlichen Sittlichkeit dar.³²⁶

4. «Würde der Kreatur»

- 100 Unter den Tatbestand der öffentlichen Sittlichkeit fällt gemäss der Rechtsprechung der UBI auch die «Würde der Kreatur».³²⁷ Unklar ist allerdings, ob die UBI heute an dieser Rechtsprechung festhalten würde, zumal sie in der betreffenden Entscheidung ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass sie eine solche Verletzung nur prüfe, weil Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG (Würdeverletzung durch Tierquälerei) zum Entscheidungszeitpunkt noch nicht in Kraft getreten war.³²⁸ Die

³²² UBI-Entscheid b. 380 vom 23. April 1999 E. 5.4.

³²³ UBI-Entscheid b. 597 vom 20. Februar 2009 E. 4.3, 4.4, 4.5 und 4.6.

³²⁴ UBI-Entscheid b. 797/797.01 vom 1. Februar 2019 E. 5.1.

³²⁵ UBI-Entscheid b. 797/797.01 vom 1. Februar 2019 E. 5.7.

³²⁶ UBI-Entscheid b. 797/797.01 vom 1. Februar 2019 E. 4.4, 5.1, 5.6 und 6.

³²⁷ UBI-Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009 E. 1.2.3.

³²⁸ UBI-Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009 E. 1.2.3.

UBI nahm, um das Prinzip der «Würde der Kreatur» zu erschliessen, auf die zur Menschenwürde entwickelte Doktrin Bezug, und führte aus, dass, obschon Tiere früher rechtlich als Sachen behandelt worden seien, sich aus zahlreichen Gesetzesänderungen ableiten liesse, dass heute ein gesellschaftlicher Konsens darüber bestehe, dass der Schutz der Tiere einen grundlegenden kulturellen Wert bilde.³²⁹ Zur Erarbeitung der im Kontext mit dem Sittlichkeitstatbestand von Art. 4 Abs. 1 Satz 2 RTVG ausschlaggebenden Kriterien zog sie indes nicht die biologischen, sondern die ethischen Aspekte des Begriffs der «Tierwürde» gemäss TSchG heran.³³⁰ Die öffentliche Sittlichkeit könne folglich nicht gewährleistet werden, wenn Tiere erniedrigt oder als «blosse Spielzeuge ohne Eigenwert» instrumentalisiert würden.³³¹ Im Rahmen einer Spielsendung seien lebende Forellen per Hand aus einem Bottich gefischt worden, wobei dieses Fangspiel zugleich den Höhepunkt der Sendung dargestellt habe.³³² Bei den Zuschauern sei so der Eindruck entstanden, dass das Fangen von Fischen per Hand einen Brauch bilde und nicht stossend sei.³³³ Diese Art der Instrumentalisierung der Tiere zur Belustigung und Unterhaltung der Zuschauer stelle eine Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Satz 2 RTVG dar.³³⁴

IV. Würdigung

1. Verfahrensrechtliche Aspekte

Rein formell betrachtet, lässt sich zunächst festhalten, dass das im RTVG verankerte 101
Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit als Mindeststandard für den Programminhalt im Hinblick auf den Beschwerdeweg vor der UBI privilegiert behandelt wird. So wird aufgrund des Gesetzes eine mögliche Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit geprüft, auch wenn nicht alle Eintretensvoraussetzungen für eine materielle Beurteilung der Beschwerde vorliegen. Dies wird damit begründet, dass die

³²⁹ UBI-Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009 E. 3.2 und 3.3 mit Verweis auf BBI 2003 661.

³³⁰ UBI-Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009 E. 3.4. Die Wortzitate stammen aus BBI 2003 675 und wurden so im UBI-Entscheid zitiert.

³³¹ UBI-Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009 E. 4.

³³² UBI-Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009 E. 2.2.

³³³ UBI-Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009 E. 4.4.

³³⁴ UBI-Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009 E. 4.6.

Feststellung einer Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit nicht in erster Linie im persönlichen, sondern im *öffentlichen Interesse* liegt. Insofern kann festgehalten werden, dass es bei der Überprüfung von Programminhalten grundsätzlich nicht um individuelle Grundrechtsverletzungen geht. Das öffentliche Interesse an der Beseitigung einer mutmasslichen Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit vermag das Rügeprinzip indes nicht zu durchbrechen. So definiert auch im Verfahren vor der UBI die Beanstandung das Anfechtungsobjekt.³³⁵ Deshalb liegt es in der Kompetenz des Beschwerdeführenden zu entscheiden, welche programmrechtliche Fragestellung auf ihre Vereinbarkeit mit der öffentlichen Sittlichkeit hin überprüft werden soll.

2. Teilgehalt der «objektivrechtlichen Menschenwürde»

- 102 Inhaltlich betrachtet, stellt sich die Frage, wie der Begriff der «unsittlichen Sendung»³³⁶ eingegrenzt werden kann. In den älteren Entscheiden wurde das Telos der Bestimmung, wie bereits ausgeführt, so umschrieben, dass diese als grundlegenden kulturellen Wert auch die Menschenwürde erfasse. In diesem Sinn hatte auch der Bundesrat in seiner Botschaft vom 28. September 1987 das Verbot sittlichkeitsgefährdender Sendungen nicht ausschliesslich mit der «Hervorhebung der Sexualität», sondern insbesondere mit dem zunehmenden Angebot an Gewalt verherrlichenden – oder verharmlosenden – Sendungen begründet. Seit Inkrafttreten des totalrevidierten RTVG vom 24. März 2006 wird die Menschenwürde allerdings explizit als Mindeststandard für den Programminhalt neben der öffentlichen Sittlichkeit in Art. 4 Abs. 1 Satz 2 RTVG genannt. In der Folge ist deshalb die Formel zur Umschreibung der öffentlichen Sittlichkeit um den Teilsatz «wozu insbesondere auch die Menschenwürde und der Jugendschutz zählen» gekürzt worden. Neu heisst es in den Entscheiden der UBI nur noch: «Die Bestimmung bezweckt neben der Wahrung des Sittlichkeitsgefühls in geschlechtlichen Dingen den Schutz grundlegender kultureller Werte.»³³⁷ Trotz Aussonderung des Minimalstandards der Menschenwürde in Art. 4 Abs. 1 Satz 2 RTVG

³³⁵ Siehe BGE 121 II 29 E. 2a.

³³⁶ In sämtlichen der oben abgehandelten Entscheide der UBI wird der Begriff der «unsittlichen Sendung» für diejenigen Sendungen verwendet, die das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit gefährden (siehe UBI-Entscheide b. 380 vom 23. April 1999 E. 5.2.1; b. 530 vom 30. Juni 2006 E. 4; b. 532 vom 30. Juni 2006 E. 4; b. 595 vom 20. Februar 2009 E. 3.1; b. 597 vom 20. Februar 2009 E. 4. 1; b. 797 vom 1. Februar 2019 E. 4.5).

³³⁷ Etwa UBI-Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009 E. 3.1.

wird er heute allerdings weiterhin «als kulturelle und gesellschaftliche Wertordnung» umschrieben.³³⁸ Der Menschenwürdestandard untersagt namentlich die «unnötige Blossstellung, das Lächerlichmachen oder die erniedrigende Darstellung von Personen»³³⁹. In ihrer neueren Rechtsprechung hat die UBI allerdings auch mit Bezug auf die Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit festgehalten, dass diese durch «ausfällige oder beleidigende Äusserungen des Moderators gegenüber einem Gast» geschehen kann.³⁴⁰ Eine klare Unterscheidung zwischen einer beleidigenden Äusserung und einem unnötigen Blossstellen oder Lächerlichmachen kann nicht getroffen werden. Beide Formulierungen erinnern vielmehr stark an die Konzeption des Anstands, die, wie bereits festgestellt worden ist, gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Zentrum des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit liegt.³⁴¹ Insofern ist die Verletzung des Menschenwürdestandards selbst nach dessen Aussonderung aus dem Mindeststandard der öffentlichen Sittlichkeit ein «Gefährdungsdelikt gegen die Sittlichkeitsgefühle» geblieben.

3. Schutz von Grundrechten über Art. 4 RTVG?

Nach der Totalrevision des RTVG vom 24. März 2006 ist indes nicht nur die Menschenwürde als Mindeststandard neben der öffentlichen Sittlichkeit aufgelistet, sondern Art. 4 Abs. 1 Satz 1 RTVG lautet nun: «Alle Sendungen eines Radio- oder Fernsehprogramms müssen die Grundrechte beachten». Dieser Satz ist insofern irreführend, als, wie oben nachgezeichnet wurde, das programm aufsichtsrechtliche Verfahren namentlich eine demokratische Funktion erfüllt, indem es die unverfälschte und ungehinderte Willens- und Meinungsbildung der Öffentlichkeit gewährleistet und damit grundsätzlich nicht den Schutz von individuellen Grundrechten, sondern von *öffentlichen Interessen* bezweckt.³⁴² Folglich liegt es nicht in der Kompetenz der UBI, private Grundrechtsinteressen festzustellen oder diese

103

³³⁸ Namentlich UBI-Entscheid b. 592 vom 5. Dezember 2008 E. 6.4; UBI-Entscheid b. 602 vom 27. August 2009 E. 7.4.

³³⁹ UBI-Entscheid b. 870 vom 29. Januar 2021 E. 6.2; UBI-Entscheid b. 580 vom 4. Juli 2008 E. 8 ff.

³⁴⁰ Siehe zur Begriffsbestimmung *de lege lata* oben N 61.

³⁴¹ Dieses Verständnis findet sich insbesondere auch mit Bezug auf die Verfahrensvorschriften wieder, N 85.

³⁴² Botschaft zum aRTVG, BBl 1987 III 689, insb. 708 Ziff. 126; siehe auch BGE 134 II 260 E. 6.3 und vgl. BGE 132 II 290 E. 3.2.3; BGE 122 II 471 E. 2b; BGE 121 II 359 E. 2a.

durchzusetzen. Private Interessen können lediglich subsidiär im Rahmen einer Reflexwirkung eine Rolle spielen. In Kohärenz mit dieser Zielsetzung erweist sich etwa die *Darstellung* einer Person nicht erst dann als pornografisch, wenn die Schauspielerin oder der Schauspieler auch im realen Leben herabgewürdigt wird,³⁴³ weshalb es auch irrelevant ist, ob die reale Person eine Handlung freiwillig vollzieht.³⁴⁴ Ob vor diesem Hintergrund, wie der Bundesrat in der Botschaft zur Totalrevision des RTVG vom 18. Dezember 2002 ausführt, Art. 4 Abs. 1 RTVG eine Konkretisierung von Art. 35 Abs. 3 BV bilden kann, hängt wesentlich davon ab, wie der Begriff der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte ausgelegt wird. Wird der in der Schweiz herrschenden Ansicht gefolgt, wonach sich der objektivrechtliche Schutzgehalt eines Grundrechts entsprechend dem subjektivrechtlichen auf das Individuum zu richten hat,³⁴⁵ so muss die Nichtberücksichtigung der individuellen Grundrechtspositionen der Sendebeteiligten dazu führen, dass die Grundrechte über Art. 4 Abs. 1 RTVG keine Horizontalwirkung entfalten können. Insofern hat auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung die in der Botschaft geäußerte Auffassung des Bundesrates relativiert.³⁴⁶

- 104 Die Stossrichtung des revidierten Art. 6 (neu Art. 4) RTVG, die einem Bedürfnis nach Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit mit der Erwähnung der einzelnen Grundrechte Rechnung trägt, erweist sich gleichwohl als nachvollziehbar. Dogmatisch könnte der Herbeizug der einzelnen Grundrechte entsprechend der deutschen Rechtsprechung so begründet werden, dass jedes Grundrecht nicht nur eine Rechtsregel, sondern auch ein Rechtsprinzip darstellt und der objektive Gehalt der Grundrechte insbesondere dieses Prinzip und den darin enthaltenen Wert reflektiert.³⁴⁷ Der objektive Schutzgehalt der Grundrechte setzt sich allerdings gemäss der hier vertretenen Meinung nicht nur aus rein «objektiven» Grundrechtsprinzipien zusammen, sondern weist darüber hinaus auch «subjektive» Gesichtspunkte auf,³⁴⁸ weshalb es bei der programmrechtlichen Überprüfung nicht mehr gerecht-

³⁴³ UBI-Entscheidung b. 530 vom 30. Juni 2006 E. 4.2 und 4.3 und b. 532 vom 30. Juni 2006 E. 4.2 und 4.3.

³⁴⁴ UBI-Entscheidung b. 532 vom 30. Juni 2006 E. 5.1, worin die UBI ausführt, dass es für die programmrechtliche Beurteilung irrelevant sei, ob die Darstellerinnen ihre Arbeit freiwillig verrichtet hätten.

³⁴⁵ Siehe unten FN 1318.

³⁴⁶ CUENI, Satire, S. 102.

³⁴⁷ BGE 133 II 136 E. 5.1; J. P. MÜLLER nennt die so verstandenen Grundrechte programmatische «Gestaltungsprinzipien» MÜLLER, Jörg Paul, Elemente, S. 5.

³⁴⁸ Siehe dazu unten N 439.

fertigt werden könnte, den Wertgehalt eines Grundrechtsverzichts³⁴⁹ des Individuums, d.h. des realen Schauspielers oder der realen Schauspielerin, unberücksichtigt zu lassen.

4. Minimalstandards von Art. 4 Abs. 1 RTVG als Sittlichkeitsschutz

Die explizite Nennung der Grundrechte führt indes dazu, dass etwa sexistische Darstellungen nur am Rande unter der öffentlichen Sittlichkeit abgehandelt werden und die UBI bei Sexismus in Radio und Fernsehen einen Eingriff in den Schutzbereich der Menschenwürde und des Diskriminierungsverbots prüft.³⁵⁰ So war es für die UBI im Entscheid b. 797/797.01 vom 1. Februar 2019 E. 5.7, um eine Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit zu verneinen, u.a. ausschlaggebend, dass die beanstandete Sequenz in einem humoristischen Zusammenhang gezeigt wurde.³⁵¹ Gleichzeitig bewertete sie die Darstellung allerdings als derart gravierend, dass sie eine Menschenwürdeverletzung und das Vorliegen einer Diskriminierung annahm. Diese Bewertung ist deshalb nicht überzeugend, weil öffentliche Interessen, die dafürsprechen, humoristische Sendungen auszustrahlen, im Rahmen einer Rechtsgüterabwägung gegenüber jedem rechtlich geschützten, gegenläufigen Interesse ins Gewicht fallen dürften. Eine eigentliche Abwägung wird jedoch durch die UBI gar nicht erst vorgenommen, zumal eine «abstrakte Gefährdung» der betroffenen gesellschaftlichen Werte bereits ausreicht, um die Ausstrahlung der fraglichen Sendung zu unterbinden. Einzig die Mitberücksichtigung eines gegebenenfalls widerstrebenden kulturellen Wertes wird vorausgesetzt.³⁵²

Von der Auslegung des Grundrechtssystems dürfte sich auch die Rechtsprechung der UBI unterscheiden, wonach der Minimalstandard der Achtung der Menschenwürde extensiver ausgelegt wird als das Verbot der Diskriminierung,³⁵³ zumal im

³⁴⁹ Als Grundrechtsverzicht wird die vollständige oder teilweise Aufgabe eines Grundrechts, die einseitig gegenüber einem Dritten erklärt worden ist, bezeichnet (SCHEFER, Kerngehalte, S. 374).

³⁵⁰ Siehe UBI-Entscheid b. 797/797.01 vom 1. Februar 2019 E. 5.1 und UBI-Entscheid b. 686 vom 5. September 2014 E. 4.2.

³⁵¹ UBI-Entscheid b. 797/797.01 vom 1. Februar 2019 E. 5.7.

³⁵² Oben N 95.

³⁵³ Beide Standards können zwar durch eine «menschenverachtende» Sendung verletzt sein (UBI-Entscheid b.771 vom 2. Februar 2018 E. 6.3 [Diskriminierung]; UBI-Entscheid b. 877 vom 10. Mai 2021 E. 6.7.3 [Menschenwürde]), doch erfasst der Men-

Kontext der Bundesverfassung der objektive Wertgehalt des Verbots einer Diskriminierung im objektiven Gebot der Achtung der Menschenwürde enthalten sein dürfte. Um eine Annäherung an die aus der Verfassung fließenden Garantien zu erzielen, würde es sich deshalb empfehlen, jedes grundrechtlich geschützte Interesse, d.h. nicht nur dasjenige des Diskriminierungsverbots, im Zusammenhang des RTVG so zu interpretieren, dass es den Menschenwürdebegriff einschränkt und dadurch Fragen des «reinen Anstands» bzw. der «kulturellen Fremdheit» reduziert. Soll die freiheitliche Ordnung der Verfassung ins RTVG übertragen werden, ist es deshalb wichtig, im Auge zu behalten, dass es, entgegen den Ausführungen der UBI, nicht nur bei der «unangemessenen Hervorhebung» der Sexualität, sondern generell im Rahmen der Anwendung von Art. 4 Abs. 1 RTVG auf die *Intensität* der Gefährdung eines grundlegenden, in der Verfassung verankerten, kulturellen Wertes ankommen muss. So hat selbst die UBI in einem jüngeren französischsprachigen Entscheid ausgeführt, dass das Lächerlichmachen «de manière importante» zu geschehen hat, wenn es eine Menschenwürdeverletzung im Sinne des RTVG konstituieren soll.³⁵⁴ Die Feststellung dieser Intensität kann allerdings nicht nur anhand von objektiven Merkmalen wie dem Gebrauch bestimmter Ausdrücke oder Darstellungen erfolgen,³⁵⁵ sondern muss vielmehr deren Kontext und Zielsetzung mitberücksichtigen.³⁵⁶ Insofern verletzt über Art. 4 Abs. 1 RTVG nicht jede «blossstellende Äusserung» den Wertgehalt der Menschenwürde im Sinne von Art. 7 BV und nicht alle «Botschaften», die als «rassistisch» bewertet werden können, erweisen sich als diskriminierend gemäss Art. 8 Abs. 2 BV,³⁵⁷ weshalb es mangels der Prüfung einer individuellen Grundrechtsverletzung stets auf den hin-

schenwürdestandard bereits jeden Sendeinhalt, der ein «unnötiges» Blossstellen oder Lächerlichmachen eines Gastes zeigt (siehe oben N 102), während das Vorliegen einer diskriminierenden Sendung immerhin voraussetzt, dass eine «diskriminierende oder rassistische Botschaft» verbreitet wird oder einzelne Segmente mit einem derartigen Inhalt einen «Selbstzweck» verfolgen (UBI-Entscheid b. 771 vom 2. Februar 2018 E. 6.3; UBI-Entscheid b. 592 vom 5. Dezember 2008 E. 7.6), weshalb insbesondere «Pauschalurteile gegen Menschen» oder deren «Ausgrenzung aufgrund von bestimmten Merkmalen» verboten sind (UBI-Entscheid b. 797/797.01 vom 1. Februar 2019 E. 4.3; UBI-Entscheid b. 704/705 vom 5. Juni 2015 E. 6 ff.).

³⁵⁴ UBI-Entscheid b. 883 vom 17. Juni 2021 E. 7.1.

³⁵⁵ Insofern können auch krasse Äusserungen, die etwa als «extrem» rassistisch bewertet werden können, erlaubt sein (UBI-Entscheid b. 612 vom 23. April 2010 E. 7.4).

³⁵⁶ UBI-Entscheid b. 797/797.01 vom 1. Februar 2019 E. 5.5.

³⁵⁷ Noch sind sie unbedingt strafrechtlich relevant gemäss Art. 261^{bis} StGB (siehe N 449 ff.).

reichenden *Gefährungsgrad* der mit den Grundrechten getroffenen Wertungen ankommen muss.

Dass es jedoch bei der Feststellung der Gefährdung eines Wertes durch einen Programminhalt im Kern generell um die Bestimmung eines *Gefährungsgrades* geht, wird treffend durch den Terminus der «öffentlichen Sittlichkeit» umschrieben.³⁵⁸ Vor diesem Hintergrund ist dem Umstand, dass mit der Totalrevision des RTVG heute gewisse Schutzziele wie die «Grundrechte» oder der «Rassenhass» und die «Verherrlichung oder Verharmlosung von Gewalt» in Art. 4 Abs. 1 RTVG neben dem Mindeststandard der öffentlichen Sittlichkeit genannt werden, keine grammatikalische Bedeutung beizumessen, denn sämtliche Schutzziele lassen sich unter den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit subsumieren.³⁵⁹ Damit beziehen sich insbesondere auch die Minimalstandards der «Grundrechte» im RTVG eher auf gesellschaftliche Werte, die in das äussere Gefäss der Grundrechte gegossen werden, um eine rechtsstaatliche Berichtigung zu erfahren.³⁶⁰ Bei der Umschreibung dieser Schutzziele muss aber stets von den Grundlagen der Rechtsordnung ausgegangen werden und nicht von den herrschenden gesellschaftlichen Vorstellungen.³⁶¹ Etwa das Verbot sexistischer Sendungen schützt infolgedessen die Idee eines gesellschaftlichen Grundkonsenses der Gleichwertigkeit aller Rechtssubjekte als unabdingbare Verhaltensnorm in einer offenen pluralistischen Gesellschaft, was allerdings gleichzeitig impliziert, dass ein solches Verbot restriktiv auszulegen ist.³⁶² Das heute allerdings vertretene sehr weite Verständnis der öffentlichen Sittlichkeit im Kontext des RTVG orientiert sich hingegen primär an Anstandsregeln und kann entgegen der Rechtsprechung der UBI, die den sittlichen

³⁵⁸ Siehe dazu die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur gegen die öffentliche Sittlichkeit verstossenden Rassendiskriminierung N 66.

³⁵⁹ Die Rechtsprechung bezeichnet daneben auch den Jugendschutz und die Wahrung des Religionsfriedens als objektive Schutzziele (BGE 134 II 260 E. 6.2).

³⁶⁰ Vgl. BGE 133 II 136 E. 5.3.1 mit Hinweis auf BGE 106 Ia 267 E. 3a, worin zuerst die herrschenden sozialen Werte für die Begriffsbestimmung der öffentlichen Sittlichkeit als massgebend bezeichnet werden und erst im zweiten Teilsatz auf die verfassungsimmanenten gesellschaftlichen Werte hingewiesen wird.

³⁶¹ Siehe unten N 361.

³⁶² Vgl. die richtige Schwerpunktsetzung in UBI-Entscheid b. 883 vom 17. Juni 2021 E. 7: «L'art. 4 al. 1 LRTV mentionne expressément des règles minimales applicables à tous les diffuseurs de programmes qui revêtent une importance capitale dans une société démocratique. Il prévoit notamment qu'une émission doit respecter la dignité humaine, ne pas être discriminatoire ni contribuer à la haine raciale ou porter atteinte à la moralité publique».

Jugendschutz (Art. 5 RTVG) gegenüber der Beseitigung einer Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit in Radio und Fernsehen (Art. 4 Abs. 1 RTVG) als untergeordnet behandelt,³⁶³ in erster Linie nur durch diesen Jugendschutz gerechtfertigt werden.

5. Kognition der UBI

- 108 Die Rechtsprechung der UBI weist aber auch bei einer extensiven Auslegung der Minimalstandards widerstrebende Tendenzen auf, zumal die UBI in ständiger Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht festhält, dass sie nicht dazu befugt ist, den «guten Geschmack» oder «Stil» zu überprüfen.³⁶⁴ Insofern erfolgt die Prüfung eines kulturellen Wertes *ex negativo*, wodurch sie einer Willkürprüfung gleichkommt, die grundsätzlich nur das, was unter keinen Umständen mit den geschützten Werten vereinbart werden kann, verbietet.³⁶⁵
- 109 Wann der UBI allerdings die Auslegungs- und die damit verbundene Anwendungskompetenz von Art. 4 RTVG zukommt, ist nicht ausnahmslos geklärt. Um «Doppelspurigkeiten» zu vermeiden, soll diese nämlich gemäss der höchstgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich auf Fälle beschränkt bleiben, in denen keine zivil-, straf- oder verwaltungsrechtliche Rechtsbehelfe oder Rechtsmittel offenstehen oder unbenutzt geblieben sind.³⁶⁶ Diese Rechtsprechung ist etwas irreführend, zumal durch «reguläre» Verfahren, die durch Private angestrebt werden auch private Interessen verfolgt werden, was im Kontrast zur Zielsetzung der Programmaufsicht steht.³⁶⁷ So wurde von der UBI entschieden, dass die strafrecht-

³⁶³ UBI-Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009 E. 4.7.

³⁶⁴ Statt vieler UBI-Entscheid b. 877 vom 10. Mai 2021 E. 5.7. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Entscheidungskompetenz der UBI auf die Durchführung dieser Rechtskontrolle beschränkt, weshalb sie keine «allgemeine Fachaufsicht» ausüben darf (BGE 132 II 290 E. 3.2). In der Prüfung des anwendbaren Rechts ist die UBI hingegen frei und nicht an die Anträge der Parteien gebunden (BGE 121 II 29 E. 2a).

³⁶⁵ Vgl. WEBER, Rolf H., RTVG, Art. 4 N 9.

³⁶⁶ Insofern stelle Art. 96 Abs. 3 RTVG keine Kompetenzerweiterung, sondern vielmehr eine Ausnahmeregelung der Kompetenzattraktion dar, die in Fällen, «in denen verschiedene Aspekte derart nahe beieinanderliegen, dass eine [solche] nötig [wird]», einschlägig sein soll (BGE 134 II 260 E. 6.3).

³⁶⁷ Insofern hat selbst das Bundesgericht in seinen Erwägungen mit Bezug auf die Pornografie in BGE 133 II 136 E. 5.3.1 ausgeführt, dass, obschon auch erwachsene Personen, strafrechtlich betrachtet, durch Art. 197 Ziff. 2 StGB von einer unfreiwilligen Konfrontation mit pornografischen Inhalten geschützt werden, sittlich verpönte Porno-

liche Bestimmung zur Pornografie *keine lex specialis* zur programmrechtlichen Vorschrift der öffentlichen Sittlichkeit sei und dass, unabhängig vom Straftatbestand, ein öffentliches Interesse an der programmrechtlichen Beurteilung der beanstandeten Werbung bestehe.³⁶⁸ Um aber der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nachzukommen, hat die UBI im Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009 E. 1.2.2 entgegen der eigenen Rechtsprechung postuliert, dass sie eine Verletzung der «Würde der Kreatur» nur prüfe, weil der entsprechende Artikel des TSchG zum Entscheidzeitpunkt noch nicht in Kraft getreten war. Der Tierschutz bildet zwar kein privates, sondern einzig ein öffentliches Interesse, doch stellt sich auch diesbezüglich die Frage, ob nicht an der programmrechtlichen Beurteilung einer die «Würde der Kreatur» verletzenden Darstellung im Fernsehen ein vom generellen Tierschutz unabhängiges Interesse bestehen könnte. Denn obwohl das Tier in der schweizerischen Rechtsordnung nicht den gleichen Stellenwert genießt wie der Mensch, ist auch die «Idee» des Tieres nicht nur tierschutzrechtlich, sondern auch strafrechtlich geschützt,³⁶⁹ womit der objektive «Tierschutz» bereits durch zwei verschiedene Rechtsgebiete vorgesehen ist. Unter Herbeizug der UBI-Rechtsprechung zur Pornografie könnte deshalb argumentiert werden, dass die programmrechtlichen Minimalstandards im Gegensatz zum generellen Tierschutz nicht in erster Linie reale Tiere schützen, sondern nur die audio-visuelle Darstellung von Tieren. Darin könnte ein Unterschied zum Tierschutzrecht erblickt werden, der die Überprüfungscompetenz der UBI mit Bezug auf das programmrelevante, «objektive» Schutzziel des Tieres begründet.

grafie nicht zwingend strafrechtlich relevante Pornografie darstellt (BGE 133 II 136 E. 5.3.1).

³⁶⁸ UBI-Entscheid b. 532 vom 30. Juni 2006 E. 1.2; so auch UBI-Entscheid b. 530 vom 30. Juni 2006 E. 1.2.

³⁶⁹ Siehe oben N 428.

Kapitel 3: Rechtsprechung des EGMR

I. Einleitende Bemerkungen

- 110 Wie bereits weiter oben dargestellt, sehen zentrale Garantien der EMRK vor, dass die durch sie gewährleistete Rechtsausübung der Privatpersonen durch öffentliche Interessen eingeschränkt werden kann, wozu explizit auch der Schutz der öffentlichen Sittlichkeit zu zählen ist.³⁷⁰ Wie die nachstehend vorgestellten Urteile zeigen werden, sind allerdings bisher in der Praxis des EGMR vorwiegend Einschränkungen des Privat- und Familienlebens (Art. 8 Abs. 2 EMRK), der Freiheit der Meinungsäusserung (Art. 10 Abs. 2 EMRK) und der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK) aufgrund des Rechtfertigungsgrunds der öffentlichen Sittlichkeit geprüft worden. Für die Einschränkung einer Garantie der EMRK reicht es indes nicht aus, dass eine Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit durch den am Verfahren beteiligten Konventionsstaat geltend gemacht wird. Eine Garantiebegrenzung ist nach dem Wortlaut der Bestimmungen vielmehr nur dann EMRK-konform, wenn sie durch das Recht des Vertragsstaates vorgesehen ist und sich in einer «demokratischen Gesellschaft» als *notwendig* erweist. Insbesondere die Auslegung der Voraussetzung der Notwendigkeit steht damit im Vordergrund der nachstehend vorgestellten Urteile, denn diese ist wiederum eng mit dem Ermessensspielraum verbunden, der den Konventionsstaaten durch den EGMR eingeräumt wird. Die in diesem Abschnitt hervorgehobenen Urteile konzentrieren sich auf diesen Ermessensspielraum (sog. «margin of appreciation») und zeichnen den Wertewandel nach, der sich auch auf der Ebene des EGMR vollzogen hat.³⁷¹

³⁷⁰ Bei diesen Rechten handelt es sich namentlich um das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 Abs. 2 EMRK), das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 9 Abs. 2 EMRK), das Recht auf Freiheit der Meinungsäusserung (Art. 10 Abs. 2 EMRK) und das Recht auf Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK). Obschon der Schutz der öffentlichen Sittlichkeit auch als Grund für den Ausschluss der Öffentlichkeit im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 EMRK genannt wird, spielt er hier lediglich eine untergeordnete Rolle. So beschränkt sich dieser Tatbestand gemäss einer Auffassung in der Lehre insbesondere bei Gewaltverbrechen auf den Ausschluss von Jugendlichen vom Prozess (GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 95).

³⁷¹ Damit wird die Problematik der öffentlichen Sittlichkeit in einem besonderen Näheverhältnis zum Staat – obschon analog zu Art. 19 Abs. 3 UNO-Pakt II auch aus dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 EMRK bereits hervorgeht, dass die Rechtsausübung mit «special duties and responsibilities» verbunden ist – erst im Rahmen der Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses thematisiert (dazu N 154). Siehe zur

II. Grundsatz des weiten «margin of appreciation» im Rahmen der Beurteilung sittlicher Fragestellungen

1. Zuweisung der Begriffsdefinition und der Beurteilungskompetenz mit Bezug auf die Notwendigkeit in die Sphäre des Vertragsstaates

1.1 *Obszönitäten: Handyside v. the United Kingdom und Müller and others v. Switzerland*

In *Handyside v. the United Kingdom* begründete der EGMR die Rechtsprechung, wonach sich die in Art. 10 Abs. 2 EMRK verankerte Garantie der Meinungsfreiheit nicht nur auf Informationen oder Ideen beziehe, die in der Gesellschaft gut aufgefasst und gemeinhin als nicht anstössig oder indifferent bewertet würden, sondern vielmehr auch solche Äusserungen geschützt seien, die andere beleidigen, schockieren oder stören, weil dies die Forderungen des Pluralismus, der Toleranz und der inneren Offenheit verlangten, ohne die es keine demokratische Gesellschaft gebe, weshalb auch jede Beschränkung des Freiheitsrechts in einem angemessenen Verhältnis zum legitimen verfolgten Ziel stehen müsse.³⁷² Allerdings wurde in dieser Entscheidung der «margin of appreciation» derart weit ausgelegt, das kaum eine Verhältnismässigkeitsprüfung stattfand.³⁷³ Diese Rechtsprechung bestätigte der Gerichtshof in *Müller and others v. Switzerland* mit dem einzigen Unterschied, dass er hier nicht nur von der besseren Kenntnis der nationalen Gerichte mit Bezug auf die in den jeweiligen Gesetzen vertretenen Auffassungen über die Erfordernisse der Moral ausging, sondern explizit neben der Rechts- auch die allgemeine nationale *Sozialordnung* erwähnte.³⁷⁴ Eine einheitliche europäische Konzeption der Moral existiere nicht, weshalb der Schutz der Garantien der EMRK subsidiär zum nationalen Grundrechtssystem zu verstehen sei. Insbesondere aufgrund der örtlichen und zeitlichen Wandelbarkeit des Begriffs der Sittlichkeit liege die Beurteilungskompetenz bei den nationalen Gerichten. Diese umfasse nicht nur

besonderen Einschränkung von Art. 10 Abs. 1 EMRK im Sonderstatusverhältnis VAN DIJK/VAN HOOFF/VAN RIJN/ZWAAK, S. 800; CLAYTON/TOMLINSON, N 15.279.

³⁷² EGMR, Urteil vom 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72, *Handyside v. the United Kingdom*, Ziff. 49.

³⁷³ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, S. 636.

³⁷⁴ So auch im Urteil der Kammer des EGMR vom 18. Oktober 2005, Nr. 5446/03, *Perrin v. the United Kingdom*, D., S. 7.

die Festlegung der inhaltlichen Erfordernisse der öffentlichen Sittlichkeit, sondern vielmehr auch die Einschätzung der Notwendigkeit einer Beschränkung oder Strafe, um erstere zu erfüllen.³⁷⁵ Zudem müsse ein Beschwerdeführer, der die Freigabe seiner Bilder aufgrund veränderter Sittlichkeitsvorstellungen erwirken wolle, ein Beschwerdeverfahren anstreben. Solange dies nicht geschehen sei, erweise sich eine Massnahme weiterhin als notwendig.³⁷⁶

1.2 Religiöse Ideologien: *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*

- 112 Der EGMR beurteilte die *Mouvement Raëlien Suisse* trotz deren Selbstverständnis als religiöse Gruppierung aufgrund des *proselytischen* Aspekts der Bewegung als weder sozial noch politisch, sondern als eher kommerziell.³⁷⁷ Des Weiteren führte der Gerichtshof aus, dass der nationale Ermessensspielraum bei der Beurteilung von nichtpolitischen persönlichen Überzeugungen, die die Sphäre der Moral oder der Religion betreffen, als besonders gross zu bewerten sei.³⁷⁸ In einem solchen

³⁷⁵ EGMR, Urteil vom 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72, *Handyside v. the United Kingdom*, Ziff. 48; EGMR, Urteil vom 24. Mai 1988, Nr. 10737/84, *Müller and others v. Switzerland*, Ziff. 35 f. Bei einer obszönen Publikation im Sinne einer frei zugänglichen Website mit hart pornografischen Inhalten spielt es damit etwa keine Rolle, dass das Unternehmen, das die Seite betrieb, seinen Sitz in einem Land mit geringeren Anforderungen an die öffentliche Sittlichkeit hatte, wenn die Strafbarkeit des Hauptaktionärs in einer Jurisdiktion mit höheren Sittlichkeitsanforderungen gegeben war (siehe Urteil der Kammer des EGMR vom 18. Oktober 2005, Nr. 5446/03, *Perrin v. the United Kingdom*, D., 1., S. 7). Dieser sehr weite «margin of appreciation» mit Bezug auf die Beurteilung obszöner Inhalte wurde auch in EGMR, Urteil vom 16. Februar 2010, Nr. 41056/04, *Akdaş v. Turkey*, Ziff. 27, beibehalten.

³⁷⁶ EGMR, Urteil vom 24. Mai 1988, Nr. 10737/84, *Müller and others v. Switzerland*, Ziff. 43; im Urteil der Kammer des EGMR vom 18. Oktober 2005, Nr. 5446/03, *Perrin v. the United Kingdom*, D., 1. S. 8, wurde aufseiten des Beschwerdeführers ebenfalls eine gewisse Verantwortung für die Freiheitsbeschränkung verortet, indem das Gericht ausführte, dass es für ihn ein Leichtes gewesen wäre, keine frei zugänglichen pornografischen Bilder auf seiner Website zu zeigen. Obschon sich *Müller and others v. Switzerland* aus heutiger Sicht als veraltet erweist, bleibt er in der Rechtsprechung des EGMR massgebend (CUENI, S. 197).

³⁷⁷ EGMR, Urteil vom 13. Juli 2012, Nr. 16354/06, *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*, Ziff. 62.

³⁷⁸ EGMR, Urteil vom 13. Juli 2012, Nr. 16354/06, *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*, Ziff. 61. Im Urteil der Kammer des EGMR vom 25. November 1996, Nr. 5446/03, *Wingrove v. the United Kingdom*, Ziff. 58, hatte der Gerichtshof bereits verdeutlicht, dass es im Bereich des Schutzes der Rechte anderer vor Verletzung ihrer religiösen Überzeugungen, vergleichbar wie in demjenigen der Sittlichkeit, keine einheitliche

Fall seien die nationalen Behörden besser dazu in der Lage zu beurteilen, ob sich ein Verbot zum Schutz der Gesundheit, der Sittlichkeit oder der Rechte Dritter und zur Prävention von Verbrechen als notwendig erweise. Die Grosse Kammer des EGMR begnügte sich daher, ähnlich wie in den Fällen *Handyside v. the United Kingdom* und *Müller and others v. Switzerland*, damit, dass die schweizerischen Instanzen im weitesten Sinn *vernünftig* entschieden hatten.³⁷⁹

1.3 Tierschutz: *Friend v. the United Kingdom*

Der Gerichtshof stellte in diesem Urteil fest, dass das Verbot der Treibjagd mit Hunden das legitime Ziel des Moralschutzes bezwecke, zumal es darauf abziele, das Jagen und Töten von Tieren zu Sportzwecken zu unterbinden. Der «margin of appreciation» sei in diesen Fragestellungen nach wie vor weit zu bemessen, insbesondere weil die Versammlung nicht einen politischen, sondern einen rein sozialen Charakter aufweise. Im Hinblick auf das legitimerweise verfolgte Ziel sei die Massnahme auch notwendig und verhältnismässig.³⁸⁰ 113

2. Fehlender Konsens unter den Mitgliedstaaten des Europarates als bestimmendes Kriterium für den weiten Ermessensspielraum

2.1 Inzest: *Stübing v. Germany*

Zunächst hielt der EGMR in *Stübing v. Germany* fest, dass auch inzestuöse Beziehungen in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fielen.³⁸¹ Die persönliche Sexualität sei zwar ein Bereich, in dem der «margin of appreciation» grundsätzlich eng zu bemessen sei, doch bestehe mit Bezug auf die moralische Frage der Strafbarkeit des einvernehmlichen Inzests unter erwachsenen Personen kein europäischer 114

europäische Auffassung gebe, was den Rahmen des Zulässigen sprengt, zumal auch diese Beurteilung stark von örtlichen und zeitlichen Einstellungen abhängt. Dies müsse verstärkt in einer Zeit gelten, in der die Anzahl an Glaubensrichtungen und Konfessionen zunehme. Siehe dazu auch den noch älteren Entscheid EGMR, Urteil vom 20. September 1994, Nr. 13470/87, *Otto-Preminger Institute v. Austria*, Ziff. 49 f.

³⁷⁹ EGMR, Urteil vom 13. Juli 2012, Nr. 16354/06, *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*, Ziff. 64 ff. und Ziff. 72.

³⁸⁰ EGMR, Urteil vom 24. November 2009, *Friend v. the United Kingdom*, Nr. 16072/06 und 27809/08, Ziff. 50.

³⁸¹ EGMR, Urteil vom 12. April 2012, Nr. 43547/08, *Stübing v. Germany*, Ziff. 55.

Konsens. Immerhin seien in einer Vielzahl der Vertragsstaaten strafrechtliche Sanktionen gegen inzestuöse Beziehungen vorgesehen und in allen Vertragsstaaten würden zivilrechtliche Eheverbote zwischen Geschwistern gelten. Insofern sei ein grosser Ermessensspielraum anzunehmen.³⁸² Die Abwägung zwischen den widerstrebenden Interessen sei nicht in einer unvernünftigen Art und Weise vorgenommen worden, weshalb aufgrund des «margin of appreciation» ein dringendes soziales Bedürfnis nach dem Verbot angenommen werden könne.³⁸³

2.2 Kein positiver Schutz auf gleichgeschlechtliche Ehen: *Hämäläinen v. Finland*

- 115 Die zentrale Frage, die im EGMR-Urteil *Hämäläinen v. Finland* beantwortet werden musste, war, ob das weiterhin Verheiratetseindürfen einer transsexuellen Person nach einer Geschlechtsumwandlung den positiven oder den negativen Schutzgehalt von Art. 8 EMRK betrifft. Denn eine Leistungspflicht des Staates auf eine gleichgeschlechtliche Ehe aus Art. 8 EMRK hätte gemäss der Mehrheit der Richter nur dann angenommen werden können, wenn in Europa ein Konsens mit Bezug auf die Legalisierung von gleichgeschlechtlichen Ehen bestanden oder sich dieser zumindest auf die Frage erstreckt habe, wie damit umzugehen sei, dass ein Ehepartner im Rahmen einer bestehenden Ehe sein Geschlecht umwandle und dessen staatliche Anerkennung fordere.³⁸⁴ Aus diesem Grund sei in diesem moralisch und ethisch sensiblen Bereich ein weiter «margin of appreciation» gerechtfertigt.³⁸⁵ Im Gegensatz zu den Fällen *Handyside v. United Kingdom*, *Müller and others v. Switzerland* und *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* ging der Gerichtshof damit nicht mehr davon aus, dass eine einheitliche europäische Konzeption der Moral pauschal nicht existiere. Allerdings verpflichtete die Garantie in Art. 12 EMRK die Vertragsstaaten nicht dazu, die gleichgeschlechtliche Ehe einzuführen.³⁸⁶ Die Auswirkungen der Umwandlung der Ehe der Beschwerdeführerin in eine eingetragene Partnerschaft seien in Bezug auf ihr Familienleben zudem

³⁸² EGMR, Urteil vom 12. April 2012, Nr. 43547/08, *Stübing v. Germany*, Ziff. 59 ff.

³⁸³ EGMR, Urteil vom 12. April 2012, Nr. 43547/08, *Stübing v. Germany*, Ziff. 65.

³⁸⁴ EGMR, Urteil vom 16. Juli 2014, Nr. 37359/09, *Hämäläinen v. Finland*, Ziff. 74.

³⁸⁵ EGMR, Urteil vom 16. Juli 2014, Nr. 37359/09, *Hämäläinen v. Finland*, Ziff. 75.

³⁸⁶ EGMR, Urteil vom 16. Juli 2014, Nr. 37359/09, *Hämäläinen v. Finland*, Ziff. 96; die binäre Geschlechtsordnung ist vielmehr im Wortlaut von Art. 12 EMRK enthalten, weshalb eine Person, die eine Geschlechtsumwandlung durchlaufen hat, eine andere Person des neu entgegengesetzten Geschlechts heiraten kann (EGMR, Urteil vom 11. Juli 2002, Nr. 28957/95, *Goodwin v. the United Kingdom*, Ziff. 103).

minimal oder inexistent.³⁸⁷ Das Bestehen der Möglichkeit der Eingehung einer rechtlich anerkannten eingetragenen Partnerschaft würde bereits zur Verhältnismässigkeit der Forderung beitragen. Darüber hinaus stünde den Ehepartnern auch die Scheidung offen.³⁸⁸

Die Richter SAJÓ, KELLER und LEMMENS vertraten allerdings die abweichende Ansicht, dass es sich in diesem Fall in Bezug auf den durch Art. 8 EMRK gewährleisteten Schutz um den negativen Schutzgehalt des Rechts und nicht, wie dies die Mehrheit angenommen hatte, um den positiven Schutzgehalt handle. Der fehlende europäische Konsens in Bezug auf diese Rechtsfrage könne damit nicht als einziges Kriterium für den grossen Ermessensspielraum herbeigezogen werden, sondern sei ein Faktor unter vielen. Deshalb müsse insbesondere berücksichtigt werden, dass vorliegend «a particularly important facet of an individual's existence or identity (...) at stake» war, weil die betreffende Person religiös sei und ihr die Ehe dementsprechend viel bedeute, was zu einem kleineren Ermessensspielraum führe.³⁸⁹ Der involvierte Staat müsse zudem darlegen, dass die fragliche Einmischung in den Privatbereich durch eine Gefährdung der Sittlichkeit gerechtfertigt sei, was vorliegend unterblieben war.³⁹⁰ 116

2.3 Negativer Schutz auf Embryonenspende: *Parillo v. Italy*

In *Parillo v. Italy* anerkannte der EGMR an, dass die Embryonenspende zur Unterstützung der wissenschaftlichen Forschung einen intimen Aspekt des persönlichen Lebens betreffe.³⁹¹ Der Gerichtshof stellte aber auch fest, dass der Schutz des Lebenspotenzials eines Embryos mit dem Schutz der öffentlichen Sittlichkeit und Grundrechten Dritter in Zusammenhang stehe.³⁹² Aufgrund des fehlenden 117

³⁸⁷ EGMR, Urteil vom 16. Juli 2014, Nr. 37359/09, *Hämäläinen v. Finland*, Ziff. 85.

³⁸⁸ EGMR, Urteil vom 16. Juli 2014, Nr. 37359/09, *Hämäläinen v. Finland*, Ziff. 87.

³⁸⁹ EGMR, Urteil vom 16. Juli 2014, Nr. 37359/09, *Hämäläinen v. Finland*, Joint dissenting opinion of Judges SAJÓ, KELLER and LEMMENS, Ziff. 4.

³⁹⁰ EGMR, Urteil vom 16. Juli 2014, Nr. 37359/09, *Hämäläinen v. Finland*, Joint dissenting opinion of Judges SAJÓ, KELLER and LEMMENS, Ziff. 13. Am 1. März 2017 ist allerdings die Änderung des 1 a § Lag om ändring av äktenskapslagen in Kraft getreten, in dem die Ehe geschlechtsneutral formuliert wird, der Gesetzestext ist abrufbar unter <https://finlex.fi/sv/laki/alkup/2016/20160249> (besucht am 9. Juli 2023).

³⁹¹ EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, *Parillo v. Italy*, Ziff. 159.

³⁹² EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, *Parillo v. Italy*, Ziff. 167.

Konsenses darüber,³⁹³ wie wichtig das relative Interesse des Einzelnen gegenüber dem Allgemeininteresse einzustufen sei, noch welches das beste Mittel darstelle, um dieses zu schützen,³⁹⁴ stellte er einen weiten «margin of appreciation» mit Bezug auf die Notwendigkeit des Verbots der Embryonenspende fest,³⁹⁵ der nicht aufgrund des Tangiertseins eines besonders wichtigen Aspekts der Existenz oder der Identität der betroffenen Person eingeschränkt werden müsse, zumal der Kernbereich des Art. 8 EMRK die Elternschaft und nicht die Embryonenspende betreffe.³⁹⁶ Im vorliegenden Fall habe aber ein gerechter Interessenausgleich stattzufinden.³⁹⁷ Der Gerichtshof erwog insbesondere, dass aus den Materialien und den parlamentarischen Debatten zum Verbot der Embryonenspende hervorgehe, dass die Kerndiskussion in der Bemessung der Sphäre der individuellen Freiheit gelegen habe.³⁹⁸ Der Gesetzgeber habe allerdings bei der Ausarbeitung des fraglichen Gesetzes bereits die verschiedenen auf dem Spiel stehenden Interessen berücksichtigt. Dazu gehöre insbesondere das öffentliche Interesse am Schutz des Embryos und das private Interesse der Betroffenen an der Ausübung ihres Rechts auf individuelle Selbstbestimmung.³⁹⁹ Da diese beiden Interessen gegeneinander abgewogen worden seien, sei der weite «margin of appreciation» nicht überschritten worden, weshalb das fragliche Verbot in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und verhältnismässig gewesen sei.⁴⁰⁰

- 118 Entgegen der vorherrschenden Meinung vertrat Richter PINTO DE ALBUQUERQUE die Ansicht, dass ein europäischer Konsens mit Bezug auf die Forschung an Embryonen bestehe, zumal etwa die Europäische Union die Verwendung menschlicher Embryonen für industrielle oder kommerzielle Zwecke ausdrücklich als

³⁹³ EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, Parillo v. Italy, Ziff. 176.

³⁹⁴ EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, Parillo v. Italy, Ziff. 169.

³⁹⁵ EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, Parillo v. Italy, Ziff. 175.

³⁹⁶ EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, Parillo v. Italy, Ziff. 174. Auf europäischer Ebene liege der Fokus in diesem Bereich in der Eindämmung von Auswüchsen, wie der Erzeugung menschlicher Embryonen für die wissenschaftliche Forschung oder der Patentierung wissenschaftlicher Erfindungen, bei denen menschliche Embryonen zerstört werden (EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, Parillo v. Italy, Ziff. 182).

³⁹⁷ EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, Parillo v. Italy, Ziff. 184.

³⁹⁸ EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, Parillo v. Italy, Ziff. 187.

³⁹⁹ EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, Parillo v. Italy, Ziff. 188.

⁴⁰⁰ EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, Parillo v. Italy, Ziff. 197.

Verstoss gegen den Ordre public und die öffentliche Sittlichkeit beurteile.⁴⁰¹ Wenn den Mitgliedstaaten in Fragen der Existenz und der Identität des Menschen und der wissenschaftlichen Forschung am menschlichen Embryo ein «margin of appreciation» gewährt werden sollte, so sei dieser Ermessensspielraum eng zu bemessen.⁴⁰² Daraus lasse sich eine positive Pflicht sowohl aus Art. 2 als auch aus Art. 8 EMRK ableiten, Embryos und anderer Formen des pränatalen menschlichen Lebens zu schützen.⁴⁰³

III. Grenzen des «margin of appreciation» bei der Beurteilung sittlicher Fragestellungen

1. Kein dringendes soziales Bedürfnis (Notwendigkeit) zur Unterbindung von Informationen über die Abtreibung: Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland

Im Zentrum der Entscheidung *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* 119 stand vergleichbar wie im Urteil *Parillo v. Italy* die Gattungswürdeproblematik im Zusammenhang mit dem ungeborenen Leben. Der EGMR hielt zunächst fest, dass der Schutz des ungeborenen Lebens unter die Klausel der öffentlichen Sittlichkeit falle, zumal das rechtliche Verbot einer Informationsabgabe für Abtreibungswillige die Auffassung der Mehrheit der Iren reflektiere.⁴⁰⁴ Wie in den Fällen *Handyside v. United Kingdom* und *Müller and others v. Switzerland* stellte der Gerichtshof unter Bezugnahme auf einen nicht existierenden europäischen Konsens einen weiten «margin of appreciation» fest und wiederholte, dass die nationalen Behörden grundsätzlich besser beurteilen könnten, ob das Verbot notwendig sei.⁴⁰⁵ Allerdings habe die Beurteilung der Notwendigkeit im Lichte der Prinzi-

⁴⁰¹ EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, *Parillo v. Italy*, Concurring opinion of Judge PINTO DE ALBUQUERQUE, Ziff. 17.

⁴⁰² EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, *Parillo v. Italy*, Concurring opinion of Judge PINTO DE ALBUQUERQUE, Ziff. 24.

⁴⁰³ EGMR, Urteil vom 27. August 2015, Nr. 46470/11, *Parillo v. Italy*, Concurring opinion of Judge PINTO DE ALBUQUERQUE, Ziff. 25.

⁴⁰⁴ EGMR, Urteil vom 29. Oktober 1992, Nr. 14235/88, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Ziff. 63.

⁴⁰⁵ EGMR, Urteil vom 29. Oktober 1992, Nr. 14235/88, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Ziff. 68; siehe auch EGMR, Urteil vom 18. März 2011, Nr. 30814/06,

prien der Rechtsprechung zu erfolgen, wonach neben der Verhältnismässigkeit der Beschränkung auch die Substanziierung eines «pressing social need» gehöre. Letzterer sei dann nicht gegeben, wenn die staatlichen Instanzen wie im vorliegenden Fall selbst nach Inkrafttreten der Bestimmung das fragliche Verhalten toleriert hätten.⁴⁰⁶ Darüber hinaus beschränke das Verbot die Interessen der betroffenen Frauen in einer unverhältnismässigen Art und Weise.⁴⁰⁷

2. Homosexualität

2.1 *Toleranz als Bestandteil des Kriteriums einer demokratischen Gesellschaft und Konsens unter den Mitgliedstaaten: Dudgeon v. the United Kingdom*

- 120 Ein älteres, aber nicht weniger relevantes Urteil des EGMR in Bezug auf den Schutz der öffentlichen Sittlichkeit der Vertragsstaaten ist *Dudgeon v. the United Kingdom*. Der EGMR stellte hier fest, dass es fraglich sei, ob das Verbot homosexueller Betätigung sich in einer demokratischen Gesellschaft als notwendig erweise. Wenn es um den Schutz der Sittlichkeit gehe, sei der Ermessensspielraum der Vertragsstaaten zwar grundsätzlich weiter zu bemessen, doch müsse auch hier ein dringendes soziales Bedürfnis nach der Beschränkung des individuellen Rechts bestehen. Die sexuelle Betätigung betreffe einen äusserst intimen Aspekt des Privatlebens. Dementsprechend müssten besonders gewichtige Gründe vorliegen, damit Eingriffe des Staates im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK legitimiert werden könnten.⁴⁰⁸ Im Vergleich zur Zeit, als die angefochtene Gesetzgebung erlassen worden sei, gebe es zum Entscheidzeitpunkt ein besseres Verständnis und infolgedessen eine erhöhte Toleranz gegenüber homosexuellem Verhalten, sodass es in der grossen Mehrheit der Mitgliedstaaten nicht mehr als notwendig erachtet werde, homosexuelle Praktiken, wie die hier in Frage stehenden, strafrechtlich zu sanktionieren. Der Gerichtshof müsse diese markanten Änderungen des innerstaatlichen Rechts der Mitgliedstaaten beachten, deren Tendenzen selbst in

Lautsi and Others v. Italy, worin ebenfalls traditionelle Werte den grossen Ermessensspielraum zu rechtfertigen vermochten.

⁴⁰⁶ EGMR, Urteil vom 29. Oktober 1992, Nr. 14235/88, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Ziff. 75.

⁴⁰⁷ EGMR, Urteil vom 29. Oktober 1992, Nr. 14235/88, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Ziff. 77.

⁴⁰⁸ EGMR, Urteil vom 22. Oktober 1981, Nr. 7525/76, *Dudgeon v. the United Kingdom*, Ziff. 52 f.

Nordirland erkennbar seien. Denn auch hier hätten die Behörden in den letzten Jahren davon abgesehen, die umstrittene Bestimmung durchzusetzen. Die Regierung habe es versäumt, einen Beweis dafür vorzulegen, dass dies den moralischen Standards in Nordirland geschadet habe oder dass es eine öffentliche Forderung nach einer strengeren Durchsetzung des Gesetzes gegeben habe.⁴⁰⁹ Entkriminalisierung bedeute nicht positive Anerkennung. Dass Teile der Bevölkerung aus der Reform der Gesetzgebung falsche Schlüsse ziehen könnten, sei kein guter Grund dafür, um sie mit all ihren ungerechtfertigten Merkmalen in Kraft zu lassen.⁴¹⁰

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*

Sowohl in *Alekseyev v. Russia* und *Bayev and others v. Russia* als auch in *Beizaras and Levickas v. Lithuania* bildete die öffentliche Kundgabe homosexueller Inhalte den Streitpunkt. In *Alekseyev v. Russia* und *Beizaras and Levickas v. Lithuania* stellte der Gerichtshof fest, dass in den Vertragsstaaten weitgehend unbestritten sei, dass homosexuelle Menschen oder andere geschlechtliche oder sexuelle Minderheiten ihre Ausrichtung offen leben dürften, ohne dass ihnen vorgeworfen werde, öffentlich Unruhe zu stiften.⁴¹¹ 121

Die EMRK sei ein *lebendes Instrument*, das im Lichte der gesellschaftlichen Veränderung interpretiert werden müsse. Dazu gehöre die Tatsache, dass heute immer mehr anerkannt werde, dass es nicht nur einen Weg und eine Wahl zur Lebensführung gebe.⁴¹² Aus dem Kriterium der demokratischen Gesellschaft fliesse damit nicht, dass die Interessen des Einzelnen automatisch hinter der Mehrheitsmeinung zurückzutreten hätten. Vielmehr sei im Rahmen des Interessenausgleichs sicherzustellen, dass Minderheiten eine faire und angemessene Behandlung erfahren und Herrschaftspositionen nicht ausgenutzt würden. Die EMRK fordere insofern 122

⁴⁰⁹ EGMR, Urteil vom 22. Oktober 1981, Nr. 7525/76, *Dudgeon v. the United Kingdom*, Ziff. 60.

⁴¹⁰ EGMR, Urteil vom 22. Oktober 1981, Nr. 7525/76, *Dudgeon v. the United Kingdom*, Ziff. 61.

⁴¹¹ EGMR, Urteil vom 21. Oktober 2010, Nr. 4916/07, 25924/08 und 14599/09, *Alekseyev v. Russia*, Ziff. 84.

⁴¹² EGMR, Urteil vom 14. Januar 2020, Nr. 41288/15, *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, Ziff. 122; vgl. auch EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, Nr. 67667/09 et al., *Bayev and others v. Russia*, Ziff. 67.

eine echte Anerkennung der Diversität.⁴¹³ Eine faire und öffentliche Debatte über den sozialen Status sexueller Minderheiten komme damit dem *sozialen Zusammenhalt* zugute.⁴¹⁴

- 123 Insbesondere in *Bayev and others v. Russia* hob der Gerichtshof ausdrücklich hervor, dass die herrschende Meinung in der Bevölkerung zwar eine wichtige Rolle einnehme, doch zwischen der Berücksichtigung der öffentlichen Meinung bei der Erweiterung des Schutzbereichs der Garantien und bei der Einschränkung derselben zu unterscheiden sei. Die Einschränkung des materiellen Schutzes der Konvention von der öffentlichen Meinung abhängig zu machen, verstosse gegen die der Konvention zugrunde liegenden Werte, zumal die Grundrechtsausübung durch Minderheiten nicht von der Auffassung der Mehrheit abhängig gemacht werden dürfe. Wäre dies der Fall, würden die Rechte von Minderheitengruppen auf Religions-, Meinungs- und Versammlungsfreiheit rein theoretisch gelten und nicht wie von der Konvention gefordert, praktische Wirksamkeit entfalten.⁴¹⁵ Aus diesem Grund dürfe die LGBTQ+-Debatte nicht aus Sittlichkeitsüberlegungen unterbunden werden bzw. sei in diesem Zusammenhang kein «margin of appreciation» gegeben.⁴¹⁶
- 124 Würde im Internet zu Hass und Gewalt gegen homosexuelle Männer aufgerufen, habe das Strafrecht zu greifen, obschon dieses generell ultima ratio bilde.⁴¹⁷ Den nationalen Behörden stehe es damit nicht zur Disposition, Angriffe gegen die Würde der Beschwerdeführenden nur als moralisch verwerflich und vulgär,

⁴¹³ EGMR, Urteil vom 14. Januar 2020, Nr. 41288/15, *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, Ziff. 106 f.; siehe dazu auch das aus dem Eigentumsrecht fließende Recht, das eigene Grundstück nicht zu Jagdzwecken zur Verfügung stellen zu müssen: EGMR, Urteil vom 29. April 1999, Nr. 25088/94, 28331/95, 28443/95, *Chassagnou and Others v. France*, Ziff. 112; aus dem Religionsrecht: EGMR, Urteil vom 1. Juli 2014, Nr. 43835/11, *S.A.S. v. France*, Ziff. 128; siehe auch EGMR, Urteil vom 14. Februar 2014, Nr. 44158/98, *Gorzelik and Others v. Poland*, Ziff. 90.

⁴¹⁴ EGMR, Urteil vom 14. Januar 2020, Nr. 41288/15, *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, Ziff. 119.

⁴¹⁵ EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, Nr. 67667/09 et al., *Bayev and others v. Russia*, Ziff. 70; EGMR, Urteil vom 21. Oktober 2010, Nr. 4916/07, 25924/08 und 14599/09, *Alekseyev v. Russia*, Ziff. 81; EGMR, Urteil vom 14. Januar 2020, Nr. 41288/15, *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, Ziff. 123.

⁴¹⁶ EGMR, Urteil vom 21. Oktober 2010, Nr. 4916/07, 25924/08 und 14599/09, *Alekseyev v. Russia*, Ziff. 85; EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, Nr. 67667/09 et al., *Bayev and others v. Russia*, Ziff. 71.

⁴¹⁷ EGMR, Urteil vom 14. Januar 2020, Nr. 41288/15, *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, Ziff. 111 und 128.

aber nicht strafrechtlich relevant⁴¹⁸ zu beurteilen, zumal durch solche Angriffe der Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK eröffnet sei und die behördliche Weigerung der strafrechtlichen Ermittlung Art. 14 EMRK tangiere.⁴¹⁹

Auch im Rahmen des Elternrechts bestehe ausserhalb der Festlegung der Lehrpläne in Bildungseinrichtungen kein Recht darauf, nicht mit Meinungen konfrontiert zu werden, die im Widerspruch zu den eigenen Überzeugungen stehen.⁴²⁰ In sensiblen Bereichen, wie der öffentlichen Diskussion über die Sexualerziehung, hätten die Behörden sowohl auf die Kriterien der Objektivität, des Pluralismus, der Genauigkeit wissenschaftlicher Erkenntnisse als auch auf den Nutzen von bestimmten Informationen für das junge Publikum abzustellen. Seien die Inhalte weder inhaltlich falsch noch sexuell explizit oder aggressiv und würden keine Wertungen zwischen den unterschiedlichen sexuellen Ausrichtungen getroffen, sei das Elternrecht nicht tangiert. Minderjährige würden in solchen Fällen vielmehr den Idealen der Vielfalt, Gleichheit und Toleranz ausgesetzt, deren Übernahme nicht schädlich sei, sondern den *sozialen Zusammenhalt* in der Gesellschaft fördere.⁴²¹ Rechtsvorschriften, die nicht dazu in der Lage seien, dieses legitime Ziel der öffentlichen Sittlichkeit zu gewährleisten, würden sich vielmehr als kontraproduktiv erweisen und stellen eine Überschreitung des «margin of appreciation» dar.⁴²²

3. Nichtanerkennung der Geschlechtsidentität im Rahmen der binären Geschlechterordnung als Verletzung der Menschenwürde: *Goodwin v. the United Kingdom* und *I. v. the United Kingdom*

Ein Bruch mit der gängigen Rechtsprechung des EGMR stellen die Fälle der Registereintragung der Geschlechtsidentität dar. In diesen Fällen distanziert sich der EGMR gänzlich von der traditionellen Praxis, in der das Regelwerk der EMRK als

⁴¹⁸ EGMR, Urteil vom 14. Januar 2020, Nr. 41288/15, *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, Ziff. 70.

⁴¹⁹ EGMR, Urteil vom 14. Januar 2020, Nr. 41288/15, *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, Ziff. 117.

⁴²⁰ EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, Nr. 67667/09 et al., *Bayev and others v. Russia*, Ziff. 81.

⁴²¹ EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, Nr. 67667/09 et al., *Bayev and others v. Russia*, Ziff. 82.

⁴²² EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, Nr. 67667/09 et al., *Bayev and others v. Russia*, Ziff. 83.

subsidiär zum nationalen Rechtssystem beurteilt wird,⁴²³ wenn kein europäischer Konsens vorliegt. Die Rechtsprechungsänderung wurde ähnlich wie in den Entscheidungen zur Homosexualität damit begründet, dass die Konvention in einer Art und Weise ausgelegt werden müsse, die die Geltung der darin enthaltenen Rechte sowohl praktikabel als auch wirkungsorientiert ausgestalte und nicht als theoretisch und illusorisch erscheinen lasse. Eine zeitgenössische Auslegung der Konventionsrechte sei deshalb unerlässlich.⁴²⁴ Vor diesem Hintergrund begnügte sich der EGMR anders als in den Homosexualitätsurteilen damit, dass sich ein Konsens unter den Vertragsstaaten zunehmend abzeichne und ein *internationaler Trend* zur rechtlichen Anerkennung von transsexuellen Menschen erkennbar sei. Ein eigentlicher Konsens unter den zahlreichen Vertragsstaaten könne nicht erwartet werden.⁴²⁵ Der Kern der Konvention liege in der Achtung der Menschenwürde und der menschlichen Freiheit. Die *individuelle Autonomie* sei der primäre Schutzgehalt von Art. 8 EMRK. Dazu gehöre auch die Garantie von transsexuellen Menschen auf persönliche Entfaltung, die ihnen *in gleichem Masse* zukomme wie anderen Gesellschaftsmitgliedern. Diese Feststellung könne in der gegenwärtigen Zeit nicht mehr als kontrovers gelten.⁴²⁶ Der rechtlichen Änderung des Personenstatus stünden keine konkreten oder substanziellen öffentlichen Interessen

⁴²³ In seiner früheren Rechtsprechung zur staatlichen Anerkennung der Transsexualität hatte der EGMR noch die Auffassung vertreten, dass eine entsprechende Änderung des Personenstandsregisters nicht in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK falle, zumal der Registereintrag nicht vom negativen Teilgehalt des Rechts erfasst werde und aus Art. 8 EMRK keine Leistungspflicht fliesse (etwa EGMR, Urteil vom 17. Oktober 1986, Nr. 9532/81, *Rees v. the United Kingdom*, Ziff. 35 ff.; EGMR, Urteil vom 27. September 1990, Nr. 10843/84, *Cossey v. the United Kingdom*, Ziff. 36 ff.).

⁴²⁴ EGMR, Urteil vom 11. Juli 2002, Nr. 28957/95, *Goodwin v. the United Kingdom*, Ziff. 74 f.; EGMR, Urteil vom 11. Juli 2002, Nr. 25680, *I. v. the United Kingdom*, Ziff. 54 f.; siehe auch EGMR, Urteil vom 28. Mai 2002, Nr. 46295/99, *Stafford v. the United Kingdom*, Ziff. 67 f.

⁴²⁵ EGMR, Urteil vom 11. Juli 2002, Nr. 28957/95, *Goodwin v. the United Kingdom*, Ziff. 84 f.; vgl. auch EGMR, Urteil vom 6. April 2017, Nr. 79885/12 et al., *Garçon and Nicot v. France*, Ziff. 124.

⁴²⁶ EGMR, Urteil vom 11. Juli 2002, Nr. 28957/95, *Goodwin v. the United Kingdom*, Ziff. 90 f.; EGMR, Urteil vom 11. Juli 2002, Nr. 25680, *I. v. the United Kingdom*, Ziff. 70 f. siehe auch die jüngeren Entscheidungen EGMR, Urteil vom 6. April 2017, Nr. 79885/12 et al., *Garçon and Nicot v. France*, Ziff. 92 ff., und EGMR, Urteil vom 17. Januar 2019, Nr. 29683/16, *X v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, Ziff. 38.

entgegen.⁴²⁷ Von der Gesellschaft könne vernünftigerweise erwartet werden, dass sie gewisse Unannehmlichkeiten toleriere, um Individuen ein würdevolles Leben in Übereinstimmung mit ihrer sexuellen Identität zu ermöglichen.⁴²⁸ In dieser Angelegenheit bestehe mithin kein «margin of appreciation».⁴²⁹ Diese Erwägungen resultierten in der Beurteilung, dass sich auch Leistungspflichten aus Art. 8 EMRK ergeben können, die insbesondere die registerrechtliche Anerkennung von transsexuellen Menschen zum Inhalt haben.⁴³⁰

IV. Fazit und Würdigung

1. Teilgehalte des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit

Thematisch betrachtet, unterscheiden sich die voranstehend nachgezeichneten 127 Urteile nicht wesentlich von denjenigen, die auf nationaler Ebene unter dem unbestimmten Rechtsbegriff der öffentlichen Sittlichkeit entschieden worden sind. Obschon die Auswahl der Entscheidungen des EGMR keinesfalls einen abschließenden Charakter aufweist, zeigt sich bereits an den dargestellten Fällen der obszönen Darstellungen, des Inzests, der Homosexualität, der gleichgeschlechtlichen Ehe, der Geschlechtsidentität und der Embryonenspende, dass diese vergleichbar zur nationalen Rechtsprechung grundsätzlich Vorstellungen über eine *Gattungswürde des Menschen*⁴³¹ betreffen. Daneben wird auch auf dieser Ebene der Rechtsprechung der Tierschutz unter den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit subsumiert.

⁴²⁷ Ein damit verbundener Verwaltungsaufwand muss vielmehr hingenommen werden (EGMR, Urteil vom 16. Juli 2020, Nr. 40888/17, *Rana v. Hungary*, Ziff. 41).

⁴²⁸ EGMR, Urteil vom 11. Juli 2002, Nr. 28957/95, *Goodwin v. the United Kingdom*, Ziff. 91; Urteil vom 11. Juli 2002, Nr. 25680, *I. v. the United Kingdom*, Ziff. 71.

⁴²⁹ EGMR, Urteil vom 11. Juli 2002, Nr. 28957/95, *Goodwin v. the United Kingdom*, Ziff. 93; EGMR, Urteil vom 11. Juli 2002, Nr. 25680, *I. v. the United Kingdom*, Ziff. 73.

⁴³⁰ EGMR, Urteil vom 17. Januar 2019, Nr. 29683/16, *X v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, Ziff. 63 ff. insbesondere Ziff. 70.

⁴³¹ Siehe dazu unten N 384 ff.

2. Ursprüngliche Zielsetzung der Wahrung der Identität und der Souveränität der Vertragsstaaten

128 Das einschränkende Prinzip der nationalen öffentlichen Sittlichkeit in den zentralen Garantien der EMRK dient traditionellerweise der Wahrung der Identität und der Souveränität der Nationalstaaten. So betonte der EGMR in seinen älteren Urteilen, dass der rechtliche Schutz der EMRK gegenüber der nationalen Gesetzgebung als subsidiär geltend zu verstehen sei, weil die nationalen Behörden mit dem moralischen Ethos der Gesellschaft des betreffenden Landes enger verbunden seien. Mit dieser Konzeption geht die gefestigte Rechtsprechung des EGMR einher, den Mitgliedstaaten grundsätzlich einen weiten Ermessensspielraum bei der Beurteilung sittlicher Fragestellungen einzuräumen. Etwa mit Bezug auf die Entscheidung *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* wurde mutatis mutandis der innerschweizerische «federal margin of appreciation» übernommen.⁴³² Vor diesem Hintergrund definierte der EGMR den Begriff der «public morals» grundsätzlich nicht und unterliess in vielen Fällen die Prüfung der Legitimität nationaler gesetzgeberischer Ziele.⁴³³ In der Literatur ist dieses Vorgehen insofern scharf kritisiert worden, als die Auslegungskompetenz mit Bezug auf die Rechtsbegriffe der EMRK immer dem Gerichtshof zukommen muss. Wären die Vertragsstaaten in der Lage, selbst die Eingriffskriterien in die durch die Konvention gewährleisteten Grundrechtsgarantien zu definieren, so könnte die Wirksamkeit der Grundrechtsgarantien nicht gewährleistet werden.⁴³⁴

3. Berücksichtigung der herrschenden Meinung

129 Aufgrund des sehr weiten «margin of appreciation» in sittlichen Fragestellungen hat der Gerichtshof nicht widerspruchlos entschieden, ob die innerstaatliche öffentliche Sittlichkeit als den nationalen Gesetzen zugrunde liegende, elementare Werte oder als ausserrechtliche gesellschaftliche Wertordnung zu verstehen ist. In älteren Urteilen wie *Müller and others v. Switzerland* stellte sich der EGMR auf den Standpunkt, dass es sich dabei um einen Begriff handle, der sowohl die Rechts- als auch andere Sozialordnungen betreffe. Ähnlich wie in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts ist damit u.a. auch die örtliche Wandelbarkeit der öffentlichen Sittlichkeit betont worden, womit die Erhebung von lokalen Sitten und

⁴³² HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, S. 637.

⁴³³ PERRONE, S. 365.

⁴³⁴ PERRONE, S. 365 f.; VAN DIJK/VAN HOOFF/VAN RIJN/ZWAAK, S. 585 ff.

Konventionen zu Rechtsregeln einhergeht. In diesem Sinn hat der EGMR etwa in der Entscheidung *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* festgehalten, dass die Haltung der Mehrheit des irischen Volkes gegen die Abtreibung das legitime Ziel des Schutzes des ungeborenen Lebens begründe.⁴³⁵ Dieses Vorgehen soll nochmals die grundsätzliche Beurteilungskompetenz der innerstaatlichen Gerichte festigen, zumal letztere mit den nationalen Gewohnheiten besser vertraut sind als ein internationales Gericht. In seiner neueren Entscheidung *Bayev and others v. Russia* hat der Gerichtshof allerdings präzisiert, dass ein national bestehender, nicht rechtlich gefestigter Konsens innerhalb einer Bevölkerung nur bei der Ausdehnung des Schutzbereichs einer Garantie berücksichtigt werden könne. Im Rahmen der Einschränkung desselben soll er hingegen keine Berücksichtigung finden dürfen, zumal dies den Werten der Konvention zuwiderlaufen würde.

4. Bedeutung des Konsenses unter den Mitgliedstaaten

Damit weist die Rechtsprechung des EGMR zum ursprünglichen Souveränitätsgedanken auch widerstrebende Tendenzen auf, die sich neben der Begrenzung der Relevanz des innerstaatlichen Konsenses insbesondere auch auf einen Konsens unter den Konventionsstaaten bezieht. Liegt ein Konsens unter den Mitgliedstaaten vor, so soll der grundsätzlich weite Ermessensspielraum im Rahmen sittlicher Fragestellungen enger bemessen sein. In diesen Fällen definiert der EGMR gar inhaltlich, dass die öffentliche Sittlichkeit den *sozialen Zusammenhalt in der Gesellschaft* betrifft. Beurteilungskriterien dieses *sozialen Zusammenhalts* bilden die Ideale der *Vielfalt*, der *Gleichheit* und der *Toleranz*. Massnahmen, die diese Ideale nicht verwirklichen, könnten nicht zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit ergehen. Ist ein solcher Konsens gegeben, besteht kein «margin of appreciation» zugunsten der Vertragsstaaten und auch das Elternrecht, über die sittliche Erziehung des Kindes entscheiden zu dürfen, ist bei Wahrung der Kriterien der *Objektivität*, des *Pluralismus*, der *wissenschaftlichen Erkenntnisse* und des *Nutzens der Informationen* für das Kind nicht tangiert. Zudem fließt aus diesem Konsens der Umstand, dass der Disposition eines Vertragsstaates entzogen wird zu entscheiden, ob im Fall eines öffentlichen Aufrufs zu Hass und Gewalt gegen Angehörige einer Minderheit strafrechtliche Ermittlungen einzuleiten sind. Wird eine strafrechtliche Untersuchung in diesen Fällen der Würdeverletzung unterlassen, erweist sich das staatliche Handeln vielmehr als diskriminierend im Sinne von Art. 14 EMRK.

130

⁴³⁵ EGMR, Urteil vom 29. Oktober 1992, Nr. 14235/88, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Ziff. 63.

- 131 Dieser Konsens und die damit einhergehende Wende in der Rechtsprechung ist mit Bezug auf die Thematik der sexuellen Ausrichtung von Individuen ergangen. Im Sinne eines *Obiter Dictums* hat der Gerichtshof allerdings ausgeführt, dass die Konvention voraussetze, dass Rechte von Minderheitengruppen auf Religions-, Meinungs- und Versammlungsfreiheit nicht nur theoretisch gelten, sondern praktisch wirksam sein müssten, weshalb deren Wirksamkeit nicht von der Auffassung der Mehrheitsbevölkerung abhängen dürfe. Insofern werde eine echte Anerkennung von Diversität gefordert.⁴³⁶ Damit stellt sich die Frage, ob diese Rechtsprechung, obschon sie etwa nicht im Religionsrecht ergangen ist, auch auf dieses angewendet werden könnte.

5. Kein Konsens und kein «margin of appreciation» bei einer Menschenwürdeverletzung

- 132 Eine von einem allfälligen Konsens unabhängige Beurteilung hat der EGMR etwa mit Bezug auf die registerrechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität von transsexuellen Menschen im Rahmen der binären Geschlechterordnung vorgenommen.⁴³⁷ In diesem Fall ist der Gerichtshof davon ausgegangen, dass die staatliche Nichtanerkennung der Geschlechtsidentität die individuelle Menschenwürde verletze, die den Kern der EMRK darstelle. Um der Menschenwürdegarantie eine praktische Wirksamkeit zu verleihen, begnügte sich der Gerichtshof damit, dass sich eine *Tendenz zur Toleranz* unter den Vertragsstaaten abzeichne, denn ein echter Konsens könne nicht erwartet werden.⁴³⁸

⁴³⁶ Vgl. dazu auch die Einschätzung von HUSTER, der davon ausgeht, dass die Grundrechte einen «konstitutiv minderheitenschützenden Charakter» aufweisen, weshalb *einzig* die Auffassung der Mehrheit nicht massgebend sein kann (HUSTER, S. 570 f., 165 f. und 109 ff.).

⁴³⁷ Siehe zum Anspruch auf rechtliche Anerkennung der nichtbinären Geschlechtsidentität OG AG Urteil vom 29. März 2021 E. 3.3.3.7 (Verfahrensnummer geschwärzt) und dazu LOACKER/CAPPAUL, S. 779 f.; vgl. auch SCHULZ, S. 87, und GEISER, S. 591. Der Bundesrat geht demgegenüber davon aus, dass das Interesse an der Vermeidung von Kosten und Aufwendungen, die mit einem solchen Anspruch einhergehen würden, überwiege und deshalb nicht von einem derartigen Anspruch ausgegangen werden könne (Bericht des Bundesrates zur Einführung eines dritten Geschlechts, S. 18).

⁴³⁸ Einer vergleichbaren Argumentation hat sich der Gerichtshof in EGMR, Urteil vom 19. Januar 2021, Nr. 14065/15, *Lacatus c. Suisse*, Ziff. 107 ff., bedient, worin das Gener-Bettelverbot als menschenwürdeverletzend qualifiziert wurde.

Insbesondere verglichen mit den Fällen der Homosexualität stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Gerichtshof auch bei Fehlen eines Konsenses die betreffenden Entscheidungen gefällt hätte. Denn auch im Rahmen der oben referierten Urteile betreffend die Homosexualität führte er aus, dass eine Tendenz zur Subsumtion homosexueller Beziehungen unter den Schutzbereich des Familienlebens von Art. 8 Abs. 2 EMRK bestehe und die EMRK insofern ein *lebendes Instrument* sei, das dem gesellschaftlichen Wertewandel Rechnung trage.⁴³⁹ Immerhin kann sowohl mit Bezug auf die registerrechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität als auch bezüglich der oben behandelten Frage zur Homosexualität festgehalten werden, dass der Forderung der Literatur nach praktischer Wirksamkeit der Grundrechtsgarantien Folge geleistet wurde. 133

In den Gebieten, in denen eine Menschenwürdeverletzung angenommen wird, fällt die Grenze zwischen der Nichteinmischung und der positiven Anerkennung bzw. Gleichbehandlung mit derjenigen der Öffentlichkeit und der Privatheit zusammen. Liegt allerdings keine Menschenwürdeverletzung vor, so dürfte weitgehend umstritten bleiben, was nur den privaten Sittlichkeitsvorstellungen angehört und wo die öffentliche Sittlichkeit beginnt. Handelt es sich etwa bei der Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe um eine rechtliche Privilegierung bzw. positive Anerkennung, auf die in der Konzeption der EMRK grundsätzlich kein Recht besteht? Oder ergibt sich diese vielmehr aus einem Anspruch auf Nichteinmischung in den Privatbereich der Individuen und kann damit grundsätzlich rechtlich durchgesetzt werden? Der EGMR vertritt bekanntlich mangels eines europäischen Konsenses mit Bezug auf alternative Formen der Ehe erstere Auffassung. 134

6. Grundsätzlich weiter «margin of appreciation» im Rahmen der Güterabwägung

Ist kein globaler europäischer Konsens gegeben und liegt keine Menschenwürdeverletzung vor, stellt die Auslegung des Kriteriums der Notwendigkeit einer Massnahme in einer demokratischen Gesellschaft in der jüngeren Rechtsprechung den eigentlichen Prüfstein dar. Denn selbst wenn ein individuelles Verhalten als elementare Persönlichkeitsentfaltung bewertet wird und damit in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fällt, gesteht der Gerichtshof den Mitgliedstaaten weiterhin in Bezug auf die Notwendigkeit einer Massnahme einen Ermessensspielraum 135

⁴³⁹ EGMR, Urteil vom 14. Januar 2020, Nr. 41288/15, Beizaras and Levickas v. Lithuania, Ziff. 122; vgl. auch EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, Nr. 67667/09 et al., Bayev and others v. Russia, Ziff. 67.

zu. Die demokratische Gesellschaft, an der sich die Notwendigkeit zu messen hat, zeichnet sich gemäss der Rechtsprechung durch ihren *Pluralismus*, ihre *Toleranz* und *Offenheit* aus, wobei etwa der Aspekt der *Toleranz* auch von den Mitgliedsstaaten als Teil der öffentlichen Sittlichkeit eingefordert werden kann, wie dies beispielsweise aus *Dudgeon v. the United Kingdom* hervorgeht. Die Notwendigkeit der Beschränkung soll dann vorliegen, wenn ein dringendes soziales Bedürfnis danach besteht, der öffentlichen Sittlichkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Hat der Vertragsstaat ein der strittigen Bestimmung widersprechendes Verhalten faktisch toleriert, so wird die Dringlichkeit des Bedürfnisses grundsätzlich verneint. Ansonsten beurteilt sich die Dringlichkeit des Bedürfnisses in erster Linie anhand der durch den Vertragsstaat getroffenen Güterabwägung. Im Rahmen der Überprüfung der Güterabwägung durch den EGMR ist die Wichtigkeit des betroffenen privaten Interesses von massgebender Bedeutung. Ist nämlich ein besonders wichtiger Aspekt der Existenz oder der Identität des Individuums tangiert, so kommt der negative Teilgehalt des Grundrechts zum Zug, der zu einer Beschränkung des Ermessensspielraums der Konventionsstaaten führt. Die Bedeutung des betroffenen Individualinteresses und die Bestimmung des Mittels, das zu dessen Schutz ergriffen werden muss, richtet sich allerdings grundsätzlich weiterhin nach einem allenfalls bestehenden Konsens unter den Mitgliedern.

- 136 Aus der hier nachgezeichneten Vorgehensweise geht unzweifelhaft hervor, dass der EGMR grundsätzlich weiterhin von einer Konzeption der Grundrechtsgarantien als Abwehrrechte gegenüber dem Staat ausgeht, zumal er beim Betroffensein eines besonders wichtigen Aspekts der Existenz oder der Identität der Person nicht eine Anerkennung desselben annimmt, sondern den positiven Schutzbereich in einen negativen Schutzbereich umdeutet. Ob dem Privaten damit eine Privilegierung, positive Anerkennung oder Leistung zuteilwird, soll vor diesem Hintergrund grundsätzlich weiterhin im Ermessen des Vertragsstaates liegen.

7. Bewertungsmaßstäbe für den Rechtsgüterausgleich

- 137 Besteht kein europäischer Konsens mit Bezug auf die Notwendigkeit der Massnahme, so kommt grundsätzlich der Massstab der *vernünftigen* Entscheidung zur Prüfung der nationalen Güterabwägung zur Anwendung. Etwa in den Fällen *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* und *Stübing v. Germany* hat der Gerichtshof ausdrücklich auf diesen Massstab Bezug genommen. Wie allerdings insbesondere aus den Entscheidungen *Handyside v. the United Kingdom* und *Müller and others v. Switzerland* explizit hervorgeht, sieht sich der EGMR in diesen Fällen nicht in

der Verpflichtung, eine eigentliche Entscheidung in der Angelegenheit zu fällen, sondern geht vielmehr von einer Vorrangstellung des nationalen Grundrechtssystems aus, weshalb er den Schutz der Garantien der EMRK als subsidiär bewertet.

Im Rahmen der Überprüfung der Güterabwägung unter Anwendung dieses Massstabs ist der Gerichtshof teilweise so weit gegangen, dass er von den Privaten erwartet hat, selbst tätig zu werden, um die freiheitsbeschränkenden Auswirkungen einer Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit zu reduzieren. So hat der Gerichtshof in *Müller and others v. Switzerland* die Verhältnismässigkeit der achtjährigen Beschlagnahme der Bilder durch die Unterlassung des Beschwerdeführers begründet, bereits zu einem früheren Zeitpunkt ein Beschwerdeverfahren anzustreben, um die Herausgabe der Bilder zu erwirken. Oder er vertrat im Fall *Hämäläinen v. Finland* die Ansicht, dass die transsexuelle Frau, die ihre neue Identität als Frau anerkannt haben wollte, sich scheiden lassen könne, um die registerrechtliche Anerkennung zu erlangen, weshalb sich die Massnahme als verhältnismässig erweise. Gemäss der hier vertretenen Ansicht stellt allerdings die Forderung nach dem eigenständigen Tätigwerden der beschwerdeführenden Person eine Verwässerung der ansonsten stets hervorgehobenen Grenze zwischen dem positiven und dem negativen Schutzgehalt eines Rechts dar, die einzig den Zweck verfolgt, den Ermessensspielraum der Vertragsstaaten möglichst gross zu halten. 138

Einzig mit Bezug auf anerkannte Minderheitenrechte wendet der Gerichtshof einen anderen Bewertungsmassstab als denjenigen der vernünftigen Entscheidung an. So hielt er etwa in *Beizaras and Levickas v. Lithuania* fest, dass Minderheiten fair und angemessen zu behandeln seien und gesellschaftlich dominante Positionen nicht ausgenützt werden dürften, weshalb die Diversität der Gesellschaft eine echte Anerkennung im Recht geniessen müsse. Insofern verlangt er im Rahmen der Güterabwägung eine spezielle Berücksichtigung der Minderheitenrechte. 139

Ob es allerdings zu einer Güterabwägung kommt und falls ja, welcher Massstab im Rahmen derselben angewendet wird, hängt letztlich von den Wertungen, d.h. den Sittlichkeitsüberlegungen, die der EGMR selbst anstrebt, ab, die in den Ausgleich zwischen den kollidierenden Sittlichkeitskonzeptionen des Nationalstaates und der privaten Beschwerdeführenden einfließen. Die Idee eines gesamteuropäischen Konsenses über Sittlichkeitsvorstellungen und die autoritativ festgestellten Menschenwürdeverletzungen schaffen damit neben der individuellen und der nationalstaatlichen eine dritte Ebene der Sittlichkeit, die in das nationale Recht übertragen werden muss. Denn diese soll gemäss der Rechtsprechung des EGMR in jedem Fall vorgehen. 140

8. Konzeptionen der Toleranz im Rahmen der Rechtsprechung des EGMR

- 141 Schliesslich bedient sich der Gerichtshof mit Bezug auf den nationalen Rechtsgüterausgleich, wie bereits ausgeführt worden ist, des Begriffs der Toleranz. Dieser wird einerseits so verstanden, dass die nationale Rechtsprechung eigene traditionelle kulturell-religiöse Prägungen in ihrer Entscheidung zum Ausdruck bringen darf,⁴⁴⁰ und andererseits so interpretiert, dass von einer Gesellschaft eine *tolerante Haltung* gefordert werden kann, wenn überwiegende individuelle Interessen entgegenstehen.⁴⁴¹ Mit Bezug auf diese letzte Form der Toleranz ist zu bemerken, dass sie nicht eine eigentliche innere Geisteshaltung von den einzelnen Gesellschaftsmitgliedern fordert, sondern der Begriff darauf abzielt, selbst bei einem mangelnden Konsens und der damit einhergehenden fehlenden gesellschaftlichen Zustimmung aufgrund der *Zumutbarkeit* der angestrebten Lösung für alle einen blossen gesellschaftlichen *Trend zur Toleranz* gegenüber der individuellen Lebensform als Massstab heranzuziehen.⁴⁴² Diese Art einer einforderbaren hypothetischen gesellschaftlichen *Toleranz* ist, aus dem Blickwinkel der gesellschaftlichen Pluralität betrachtet, unproblematisch, weil sie mit der Forderung des Gleichheitsgebots einhergeht, den Anderen als Anderen zu behandeln und ihn damit in seiner Andersartigkeit anzuerkennen.⁴⁴³ Hingegen geht m.E. nach Art. 15 Abs. 4 BV dann weiter als der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit des EGMR, wenn Letzterer einzig von den Vertragsstaaten fordert, dass sie gegenüber ihren Bürgern eine tolerante Haltung einnehmen müssen,⁴⁴⁴ zumal sich aus dem Prinzip der religiösen und weltanschaulichen Neutralität ergibt, dass der Staat keine ablehnende Haltung gegenüber einer individuellen religiösen oder weltanschau-

⁴⁴⁰ Siehe zu den so verstandenen Formen der Toleranz FORST, S. 43 ff.

⁴⁴¹ In diesem Sinn HÖFFE, Diskurse, S. 90 f., der ausführt, dass die Toleranz vonseiten der Mehrheitsgesellschaft gegenüber Einzelgängern, Minderheiten, Unterdrückten und Benachteiligten gefordert werden kann.

⁴⁴² Siehe dazu auch MÜLLER, Jörg Paul, Verfassung, S. 38 f.

⁴⁴³ Gemäss der hier vertretenen Auffassung ist die Gleichbehandlung stets eine Form der Anerkennung, zumal das Gleichheitsgebot verlangt, «dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist» (BGE 105 V 280 E. 3/a; BGE 116 Ia 81 E. 6/b; BGE 90 I 159 E. 2; siehe zur Präzisierung des Gleichheitsgebots BGE 121 I 102 E. 4/a; BGE 114 Ia 321 E. 3/a; BGE 117 Ia 257 E. 3/a).

⁴⁴⁴ A.A. MÜLLER, Markus, Neutralität, S. 286 ff., der sich für ein tolerantes Staatssystem auch in der Schweiz und Deutschland ausspricht.

lichen Ausrichtung einnehmen darf.⁴⁴⁵ Insofern erweist es sich (zumindest *de lege lata*) als irreführend, wenn sich der EGMR trotz seiner gefestigten «weiten *margin of appreciation*»-Rechtsprechung des Begriffs der Neutralität bedient.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ Siehe dazu sogleich N 165.

⁴⁴⁶ Siehe zu dieser Rechtsprechung ENGI, Neutralität, S. 157 ff.

Kapitel 4: Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses

I. Einleitende Bemerkungen

142 Im UNO-Pakt II wird die Konzeption der Wahrung der öffentlichen Sittlichkeit vergleichbar wie in den Bestimmungen der EMRK verwendet. So gilt sie auch im Zusammenhang mit dem UNO-Pakt II als Rechtfertigungsgrund zur Einschränkung individueller Freiheitsrechte⁴⁴⁷ und Verfahrensgarantien⁴⁴⁸. Die betroffenen Rechte des UNO-Pakts II sind entsprechend der Garantien der EMRK in der Schweiz direkt anwendbar und es macht damit keinen Unterschied, ob die erhobene Rüge im innerstaatlichen Verfahren ein Recht aus der EMRK oder aus dem UNO-Pakt II betrifft.⁴⁴⁹ Hinsichtlich ihrer Durchsetzung auf internationaler Ebene bestehen hingegen Unterschiede. Während die EMRK in Art. 34 eine Individualbeschwerde vorsieht, die es dem Einzelnen ermöglicht, eine Angelegenheit bis vor den EGMR zu ziehen, kennt der UNO-Pakt II keinen solchen Beschwerdeweg. Die Möglichkeit zur Individualmitteilung an den UNO-Menschenrechtsausschuss wurde erst in das Erste Fakultativprotokoll zum UNO-Pakt II aufgenommen.⁴⁵⁰ Allerdings hat die Schweiz dieses Zusatzprotokoll bisher nicht ratifiziert.⁴⁵¹ Die grundsätzliche Nichtdurchsetzbarkeit der Rechte des UNO-Pakts II auf internationaler Ebene bedeutet indes nicht, dass die Auslegungshoheit des UNO-Pakts II nicht beim UNO-Menschenrechtsausschuss liegt. Diesem kommt vielmehr die ursprüngliche Definitionskompetenz in Bezug auf den im Pakt verwendeten Begriff der öffentlichen Sittlichkeit zu, weshalb dessen Ausführungen in die nationale Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit einfließen müssen.⁴⁵²

⁴⁴⁷ Explizit in Art. 12 Abs. 3 UNO-Pakt II (Bewegungsfreiheit), Art. 18 Abs. 3 UNO-Pakt II (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit), Art. 19 Abs. 3 lit. b UNO-Pakt II (Meinungsfreiheit), Art. 21 UNO-Pakt II und Art. 22 Abs. 2 UNO-Pakt II (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit).

⁴⁴⁸ Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II.

⁴⁴⁹ Etwa BGE 120 Ia 247 E. 5a; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1068.

⁴⁵⁰ BESSON/SASSÒLI/ZIEGLER/BREITENMOSER, S. 124.

⁴⁵¹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 88; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 2 N 17.

⁴⁵² Insofern wird hier die WEBERSCHER Konzeption des Rechts als zu eng betrachtet, wonach Recht nur eine «Ordnung» ist, die «äusserlich garantiert ist durch die Chance physischen oder psychischen Zwanges durch ein auf Erzwingung der Innehaltung oder

Dies hat das Bundesgericht auch explizit mit Bezug auf den in Art. 6 Abs. 1 Satz 2 aRTVG verankerten Sittlichkeitsbegriff festgehalten.⁴⁵³

II. General Comments

1. General Comment No. 22 (1993)

Neben den eigentlichen Entscheidungen des UNO-Menschenrechtsausschusses 143 spielen auch die sog. General Comments, die durch den Ausschuss gestützt auf Art. 76 und 77 der Geschäftsordnung beschlossen werden, bei der Auslegung und Anwendung des UNO-Pakts II eine massgebende Rolle, zumal diese die Verpflichtungen der Vertragsstaaten konkretisieren.⁴⁵⁴ In N 8 des General Comments Nr. 22 zu Art. 18 UNO-Pakt II (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit), der am 20. Juli 1993 vom Menschenrechtsausschuss angenommen wurde, werden die Auslegungskriterien des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit formuliert:

«Bei der Auslegung des Geltungsbereichs zulässiger Begrenzungsnormen müssen die Vertragsstaaten von der Notwendigkeit ausgehen, dass die durch den Pakt garantierten Rechte einschliesslich des *Rechts auf Gleichheit und Nichtdiskriminierung* aus allen in den Artikeln 2, 3 und 26 genannten Gründen, zu schützen sind (...). Beschränkungen dürfen nicht zu diskriminierenden Zwecken auferlegt oder in diskriminierender Weise angewendet werden. Der Ausschuss anerkennt, dass sich der Begriff der Moral aus vielen sozialen, philosophischen und religiösen Traditionen ableitet; folglich müssen Einschränkungen betreffend die Freiheit, eine Religion oder einen Glauben auszuüben, zum Zwecke des Schutzes der Moral, auf Prinzipien beruhen, die sich *nicht ausschliesslich aus einer einzigen Tradition* ableiten lassen.»⁴⁵⁵

Entgegen der Rechtsprechung des EGMR macht der UNO-Menschenrechtsaus- 144 schuss damit deutlich, dass die Ausnahmeregelung der öffentlichen Sittlichkeit im Lichte der «Universalität der Menschenrechte»⁴⁵⁶ und des «Prinzips der Nicht-

Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines eigens darauf eingestellten Stabes von Menschen» (WEBER, Gesamtausgabe, S. 186).

⁴⁵³ BGE 133 II 136 E. 5.1.

⁴⁵⁴ Art. 76 Abs. 1 der Rules of procedure of the Human Rights Committee, UN Doc. CCPR/C/3/Rev.12.

⁴⁵⁵ Hervorhebungen im Text und Übersetzung durch Verfasserin.

⁴⁵⁶ Siehe dazu KÄLIN/KÜNZLI, S. 18 ff.

diskriminierung» verstanden werden muss⁴⁵⁷ sowie religiös, weltanschaulich und ethisch neutral auszulegen ist.⁴⁵⁸

2. General Comment No. 34 (2011)

- 145 Aus dem General Comment Nr. 22 zu Art. 18 UNO-Pakt II geht allerdings nicht explizit hervor, ob bei der Rechtfertigung eines Menschenrechtseingriffs aufgrund der öffentlichen Sittlichkeit spiegelbildlich zur Rechtsprechung des EGMR ein Ermessensspielraum aufseiten des Vertragsstaates angenommen werden kann. Hingegen führt der Ausschuss in seinem General Comment Nr. 34 zur in Art. 19 UNO-Pakt II verankerten Meinungsfreiheit ausdrücklich aus, dass er sich die ausschliessliche Beurteilungskompetenz darüber vorbehält, ob eine Einschränkung der Meinungsfreiheit im Einzelfall notwendig ist. Der Umfang der Meinungsfreiheit ist folglich nicht unter Bezugnahme auf einen Ermessensspielraum zu beurteilen. In jedem Fall muss der Vertragsstaat die genaue Art der Bedrohung der in Abs. 3 der Bestimmung aufgeführten Gründe, die ihn zur Einschränkung des Rechts veranlasst haben, konkret nachweisen.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Das Prinzip der Nichtdiskriminierung als Grenze der Auslegungskompetenz der Rechtfertigungsgründe durch die Vertragsstaaten und damit auch der öffentlichen Sittlichkeit wird auch im General Comment Nr. 34, N 26, genannt.

⁴⁵⁸ Siehe dazu unten N 165.

⁴⁵⁹ Eigene Übersetzung aus dem Englischen von General Comment Nr. 34, N 36; siehe dazu aus der neueren Rechtsprechung etwa *Malei v. Belarus*, No. 2404/2014, UN Doc. CCPR/C/129/D/2404/2014 (2021), N 9.3 f.; *Malashenak v. Belarus*, No. 2486/2014, UN Doc. CCPR/C/129/D/2486/2014 (2020), N 6.4 f.; *Koreshkov v. Belarus*, No. 2482/2014, UN Doc. CCPR/C/129/D/2482/2014 (2020), N 6.3 f.; ausführlicher zu politischer Kunst *Baytelova v. Kazakhstan*, No. 2520/2015, UN Doc. CCPR/C/129/D/2520/2015 (2020), N 9.3 ff.; *Marchant Reyes et al.*, No. 2627/2015, UN Doc. CCPR/C/121/D/2627/2015 (2017), N 7.2 ff.

III. Schwerpunkte

1. Homosexualität

1.1 «Margin of discretion»: *Hertzberg et al. v. Finland* (1985)

Entgegen seinen späteren Ausführungen im General Comment Nr. 34 vertrat der Ausschuss in *Herzberg et al. v. Finnland* hingegen noch die Auffassung, dass die Zensur von homosexuellen Inhalten in Radio- und Fernsehprogrammen des öffentlich-rechtlichen Fernsehens UNO-Pakt-II-konform sei, da aufgrund der Wandelbarkeit des Sittlichkeitsbegriffs den Vertragsstaaten ein weiter «margin of discretion» eingeräumt werden müsse,⁴⁶⁰ weshalb die nationale Entscheidung nicht überprüft werden könne.⁴⁶¹ Als divergierende Meinung führte TORKEL OPSAHL dieser Entscheidung immerhin hinzu, dass diese Art der Beschränkung nicht darin münden dürfe, dass zum Nachteil von Minderheiten Vorurteile perpetuiert würden oder Intoleranz genährt werde.⁴⁶² 146

1.2 Nationaler Konsens als Leitplanke für die Auslegung der öffentlichen Sittlichkeit: *Toonen v. Australia* (1994)

Vergleichbar mit dem EGMR-Entscheid *Dudgeon v. the United Kingdom* stand in *Toonen v. Australia* eine tasmanische Bestimmung zur Diskussion, die ebenfalls einvernehmliche homosexuelle Aktivitäten kriminalisierte. Während allerdings die tasmanische Instanz das strafrechtliche Verbot noch mit dem Schutz der öffentlichen Gesundheit und Sittlichkeit begründete, vertrat das australische Bundesgericht den Standpunkt, dass die besagte Bestimmung nicht auf vernünftigen und objektiven Kriterien beruhen würde,⁴⁶³ weshalb sie einen willkürlichen Eingriff in das Privatleben des Beschwerdeführers darstelle.⁴⁶⁴ Die divergierende höchstrichterliche nationale Entscheidung nahm der UNO-Menschenrechtsausschuss zum Anlass, um seine Rechtsprechung mit Bezug auf seine Kompetenzeinschätzung 147

⁴⁶⁰ *Hertzberg et al. v. Finland*, No. 61/1979, UN Doc. CCPR/C/OP/1 at 124 (1985), N 10.3.

⁴⁶¹ *Hertzberg et al. v. Finland*, No. 61/1979, UN Doc. CCPR/C/OP/1 at 124 (1985), N 10.4.

⁴⁶² *Hertzberg et al. v. Finland*, No. 61/1979, UN Doc. CCPR/C/OP/1 at 124 (1985), N 10.3.

⁴⁶³ *Toonen v. Australia*, No. 488/1992, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), N 6.7.

⁴⁶⁴ *Toonen v. Australia*, No. 488/1992, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), N 6.8.

in sittlichen Fragestellungen gegenüber dem Urteil *Herzberg et al. v. Finnland* radikal zu ändern. Sittliche Fragestellungen könnten nicht als rein nationale Angelegenheit qualifiziert werden, zumal eine solche Auslegung von Art. 17 UNO-Pakt II eine grosse Zahl nationaler Bestimmungen, die in unzulässiger Weise in das Recht auf Privatsphäre eingriffen, der Überprüfung des UNO-Menschenrechtsausschusses entziehen würde. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass alle anderen australischen Bundesstaaten keine vergleichbare Bestimmung vorsahen und selbst in Tasmanien die in Frage stehende Regelung nicht mehr angewendet werde, was impliziere, dass die Norm selbst dort nicht als notwendig für den Schutz der Sittlichkeit empfunden werde, könne die tasmanische Kriminalisierung der Homosexualität nicht als *vernünftig* eingestuft werden, womit ein willkürlicher Verstoss im Sinne von Art. 17 UNO-Pakt II vorliege.⁴⁶⁵

1.3 Diskriminierung aufgrund des Fehlens von vernünftigen und objektiven Kriterien: *Fedotova v. Russian Federation* und *Nepomnyashchiy v. Russian Federation* (2012/2018)

- 148 Der UNO-Menschenrechtsausschuss bekräftigte in seinen Erwägungen zu *Fedotova v. Russian Federation* und *Nepomnyashchiy v. Russian Federation* die in *Toonen v. Australia* eingeführte Rechtsprechung, verdeutlichte aber seine Argumentation in Bezug auf Art. 19 UNO-Pakt II, da Abs. 3 lit. b der Bestimmung im Gegensatz zu Art. 17 UNO-Pakt II explizit den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Sittlichkeit vorsieht. So blieb er nicht nur bei der Feststellung, dass die Gesetze nicht als *vernünftig* und damit als *willkürlich* einzustufen seien, sondern legte dar, dass sich der in Frage stehende Tatbestand der «öffentlichen Handlung, die auf Propaganda für Homosexualität unter Minderjährigen» abziele, als *mehrdeutig*, d.h. *nicht genügend bestimmt, unverhältnismässig* und *diskriminierend* erweise.⁴⁶⁶
- 149 Die Mehrdeutigkeit der Normen liege darin, dass aus dem Terminus «Homosexualität» nicht hervorgehe, ob er sich auf die sexuelle Aktivität oder Identität

⁴⁶⁵ *Toonen v. Australia*, No. 488/1992, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), N 8.6.

⁴⁶⁶ *Nepomnyashchiy v. Russian Federation*, No. 2318/2013, UN Doc. CCPR/C/123/D/2318/2013 (2018), N 7.9; in *Fedotova v. Russian Federation* wurde der russische Straftatbestand nicht als unverhältnismässig, allerdings auch als mehrdeutig und diskriminierend bezeichnet (siehe *Fedotova v. Russian Federation*, No. 1932/2010, UN Doc. CCPR/C/106/D/1932/2010 [2012], N 10.8).

einer Person beziehe.⁴⁶⁷ Diskriminierend seien die Bestimmungen zudem, weil die darin getroffene Differenzierung nicht auf vernünftigen und objektiven Kriterien beruhe⁴⁶⁸ sowie nicht ein Ziel verfolge, das mit dem Pakt vereinbar sei,⁴⁶⁹ und die Einschränkung der aus Art. 19 UNO-Pakt II fließenden Rechte weder notwendig, verhältnismässig noch speziell auf das angestrebte Ziel zugeschnitten seien.⁴⁷⁰ So würde sich die Bestimmung nicht etwa speziell auf sexuell explizite Obszönitäten beziehen, sondern stellte vielmehr eine Blanko-Ermächtigung zur Einschränkung jeder legitimen Äusserung über die homosexuelle Orientierung dar.⁴⁷¹

2. Unwürdige Erwerbstätigkeit: Wackenheim v. France (2002)

In *Wackenheim v. France* war der Beschwerdeführer eine kleinwüchsige Person, die ihren Lebensunterhalt damit bestritt, im Rahmen von «Zwergenwurf»-Veranstaltungen durch die Luft katapultiert zu werden. Diese Tätigkeit wurde ihm verboten. Der französische Staat verteidigte sein Verbot, indem er einwendete, dass die Massnahme nicht zur Freiheitsbeschränkung des Individuums ergriffen worden sei, sondern der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, wozu auch die öffentliche Sittlichkeit gehöre, diene. Der dem Individuum geschuldete *Respekt* müsse als Grundprinzip gelten und könne nicht zugunsten materieller Überlegungen, wie sie der Beschwerdeführer anstrebe, aufgehoben werden. Eine Abwägung zugunsten des Beschwerdeführers würde sich in einem Nachteil der Gemein-

⁴⁶⁷ *Fedotova v. Russian Federation*, No. 1932/2010, UN Doc. CCPR/C/106/D/1932/2010 (2012), N 10.2; siehe auch *Nepomnyashchiy v. Russian Federation*, No. 2318/2013, UN Doc. CCPR/C/123/D/2318/2013 (2018), N 7.7.

⁴⁶⁸ *Fedotova v. Russian Federation*, No. 1932/2010, UN Doc. CCPR/C/106/D/1932/2010 (2012), N 10.6; *Broeks v. Netherlands*, No. 172/1984, UN Doc. CCPR/C/29/D/172/1984 (1990), N 13; *Zwaan-de Vries v. Netherlands*, No. 182/1984, UN Doc. CCPR/C/29/D/182/1984 (1990), N 13; *Müller and Engelhard v. Namibia*, No. 919/2000, UN Doc. CCPR/C/74/D/919/2000 (2002), N 6.7; *Derksen v. Netherlands*, No. 976/2001, UN Doc. CCPR/C/80/D/976/2001 (2004), N 9.2.

⁴⁶⁹ *Nepomnyashchiy v. Russian Federation*, No. 2318/2013, UN Doc. CCPR/C/123/D/2318/2013 (2018), N 7.5; *O'Neill and Quinn v. Ireland*, No. 1314/2004, UN Doc. CCPR/C/87/D/1314/2004 (2006), Ziff. 8.3.

⁴⁷⁰ *Nepomnyashchiy v. Russian Federation*, No. 2318/2013, UN Doc. CCPR/C/123/D/2318/2013 (2018), N 7.8; *Fedotova v. Russian Federation*, No. 1932/2010, UN Doc. CCPR/C/106/D/1932/2010 (2012), N 10.6.

⁴⁷¹ *Nepomnyashchiy v. Russian Federation*, No. 2318/2013, UN Doc. CCPR/C/123/D/2318/2013 (2018), N 7.8.

schaft, zu der der Beschwerdeführer gehöre, niederschlagen.⁴⁷² Demgegenüber wendete der Beschwerdeführer ein, dass vielmehr die Möglichkeit der Arbeitstätigkeit unter den Begriff der Menschenwürde subsumiert werden müsse.⁴⁷³ Der Ausschuss zog in Erwägung, dass der Beschwerdeführer durch die Massnahme nicht diskriminiert werde. Damit verbunden, vertrat er die Ansicht, dass der Vertragsstaat vorliegend nachgewiesen habe, dass das Verbot des «Zwergenwurfs» keine missbräuchliche Massnahme darstelle, sondern notwendig war, um die Menschenwürde zu schützen, was auch mit den Zielen des Pakts vereinbar sei. Der Ausschuss kam daher zum Ergebnis, dass das Verbot auf *objektiven* und *vernünftigen* Gründen beruhe.⁴⁷⁴

3. Abtreibungsverbot: Mellet v. Ireland (2016)

- 151 In *Mellet v. Ireland* beurteilte der UNO-Menschenrechtsausschuss hingegen das damals in Nordirland geltende Abtreibungsverbot als Eingriff in das Verbot der Folter (Art. 7 UNO-Pakt II), zumal die Beschwerdeführerin aufgrund der Bestimmung zusätzlichen psychischen und physischen Qualen ausgesetzt worden war. Art. 7 UNO-Pakt II lasse keine Einschränkungen zu, weshalb Verletzungen des Folterverbots nicht gerechtfertigt werden könnten.⁴⁷⁵ Darüber hinaus konstituiere das Verbot einen willkürlichen Eingriff in das Recht auf Privatsphäre (Art. 17 UNO-Pakt II), weil die Abwägung, die der Vertragsstaat zwischen dem Schutz des Fötus und den Rechten der Frau getroffen habe, ebenfalls nicht rechtfertigungsfähig sei.⁴⁷⁶ Schliesslich beurteilte der Ausschuss das Verbot zudem als diskriminierend im Sinne von Art. 26 UNO-Pakt II, denn die Beschwerdeführerin war einem geschlechtsspezifischen Stereotyp unterworfen worden, der die Rolle der Frau in erster Linie als Mutter und als *reproduktives Instrument* sehe. Der Aus-

⁴⁷² *Wackenheim v. France*, No. 854/1999, UN Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002), N 4.5.

⁴⁷³ *Wackenheim v. France*, No. 854/1999, UN Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002), N 5.2.

⁴⁷⁴ *Wackenheim v. France*, No. 854/1999, UN Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002), N 7.4; eine ähnliche Entscheidung fällte das Verwaltungsgericht Neustadt (VG Neustadt Urteil vom 21. Mai 1992 – 7 L 1271/92.NW, insbesondere Ziff. 1 des Urteilsdispositivs, worin das Gericht ausführt, dass die Menschenwürde nicht disponibel sei).

⁴⁷⁵ *Mellet v. Ireland*, No. 2324/2013, UN Doc. CCPR/C/116/D/2324/2013 (2016), N 7.4 bis 7.6.

⁴⁷⁶ *Mellet v. Ireland*, No. 2324/2013, UN Doc. CCPR/C/116/D/2324/2013 (2016), N 7.7 und 7.8.

schuss vertrat damit die Ansicht, dass die Ungleichbehandlung, die die Beschwerdeführerin im Vergleich zu anderen ähnlich situierten Frauen erfahren hatte, ihren medizinischen Bedürfnissen und sozioökonomischen Umständen nicht angemessen Rechnung getragen habe und nicht den Anforderungen der *Notwendigkeit*, der *Objektivität* und der *Legitimität des Zwecks* entsprach.⁴⁷⁷

4. Religiös und weltanschaulich neutrale Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit: Waldman v. Canada (1999)

In *Waldman v. Canada* musste sich der Ausschuss mit der Frage befassen, ob eine Bestimmung in der kanadischen Verfassung, wonach römisch-katholische Schulen durch öffentliche Mittel finanziert werden durften, mit General Comment Nr. 22 N 8 vereinbar war, der verlangt, dass sich die Auslegung des Begriffs der Moral *nicht an einer einzigen Tradition* orientieren darf. Der Ausschuss führte zunächst aus, dass der Umstand, dass die strittige Differenzierung zwischen den verschiedenen Glaubensrichtungen in der Verfassung stehe, keinesfalls bedeute, dass diese auf vernünftigen und objektiven Gründen beruhe und damit nichtdiskriminierend sei. Als die Bestimmung im Jahr 1867 in die Verfassung aufgenommen worden sei, habe sie zwar dazu gedient, die römisch-katholische Gemeinschaft zu schützen, doch sei eine Schlechterstellung der Katholiken gegenüber den Juden im Entscheidungszeitpunkt nicht gegeben.⁴⁷⁸ Der Pakt verpflichte die Vertragsstaaten nicht dazu, religiöse Privatschulen durch öffentliche Mittel zu finanzieren, doch müsse es zu einer *diskriminierungsfreien Ressourcenverteilung* kommen, wenn der Staat ein solches System vorsehe. Die Diskriminierung sei folglich wirksam zu beseitigen.⁴⁷⁹ 152

5. Antisemitismus im besonderen Näheverhältnis zum Staat: Ross v. Canada und Ernst Zündel v. Canada (2000/2003)

In *Ross v. Canada* begründete Kanada den Verstoß gegen die öffentliche Sittlichkeit damit, dass die kanadische Gesellschaft multikulturell sei, weshalb es sich für 153

⁴⁷⁷ *Mellet v. Ireland*, No. 2324/2013, UN Doc. CCPR/C/116/D/2324/2013 (2016), N 7.11.

⁴⁷⁸ *Waldman v. Canada*, No. 694/1996, UN Doc. CCPR/C/67/D/694/1996 (1999), N 10.4.

⁴⁷⁹ *Waldman v. Canada*, No. 694/1996, UN Doc. CCPR/C/67/D/694/1996 (1999), N 10.6 f.

die moralische Grundlage des Staates als von grundsätzlicher Bedeutung erweise, dass alle Kanadier eine gleiche, absolut diskriminierungsfreie Behandlung durch den Staat erfahren würden.⁴⁸⁰ In *Zündel v. Canada* konkretisierte Kanada, dass Antisemitismus im Widerspruch zu den Werten der Toleranz, Vielfalt und Gleichheit stehe, wie sie in der kanadischen Charta der Rechte und Freiheiten und anderen innerstaatlichen Menschenrechtskodifikationen verankert seien.⁴⁸¹ In beiden Fällen machte Kanada geltend, dass die den Beschwerdeführern auferlegten Beschränkungen im Sinne von Art. 19 Abs. 3 UNO-Pakt II notwendig gewesen waren, um die Rechte der jüdischen Bevölkerung und die kanadischen Werte der Gleichheit und kulturellen Vielfalt zu schützen.⁴⁸²

- 154 In seinen Erwägungen zur Notwendigkeit des Eingriffs in die Meinungsäußerungsfreiheit des Schullehrers, der in seiner Freizeit antisemitische Bücher verfasste,⁴⁸³ ging der UNO-Menschenrechtsausschuss in *Ross v. Canada* insbesondere auf die in Art. 19 Abs. 3 UNO-Pakt II verankerten «special duties» und «responsibilities» sowie auf die aus Art. 20 Abs. 2 UNO-Pakt II fließenden Prinzipien ein. Diese «special duties» und «responsibilities» seien insbesondere im Schulsystem, wo junge Schüler unterrichtet würden, von grosser Bedeutung. Insofern hätten die Beschränkungen, die dem Beschwerdeführer auferlegt worden waren, dem legitimen Zweck gedient, die Rechte von Personen jüdischen Glaubens zu schützen, einschliesslich des Rechts auf eine vorurteils- und intoleranzfreie Bildung im öffentlichen Schulsystem.⁴⁸⁴ Entgegen dieser Entscheidung, die antisemitisches Gedankengut auch im Rahmen eines Sonderstatusverhältnisses als vom Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit erfasst beurteilte, führte der Ausschuss in *Zündel v. Canada* aus, dass sich Art. 19 Abs. 2 UNO-Pakt II zwar grundsätzlich auch auf die Wahl des Mediums, durch das eine Meinungskundgetan werde, erstre-

⁴⁸⁰ *Ross v. Canada*, No. 736/1997, UN Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000), N 6.11.

⁴⁸¹ *Zündel v. Canada*, No. 953/2000, UN Doc. CCPR/C/78/D/953/2000 (2003), N 5.5.

⁴⁸² *Zündel v. Canada*, No. 953/2000, UN Doc. CCPR/C/78/D/953/2000 (2003), N 5.6; *Ross v. Canada*, No. 736/1997, UN Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000) N, 6.12.

⁴⁸³ Der nationale Ausschuss hatte insofern festgehalten, dass, obschon dem Lehrer keine konkrete Diskriminierung im Rahmen seiner Arbeit vorgeworfen werden konnte, seine berufliche Stellung als Lehrer mit einer speziellen Vorbildfunktion gegenüber den Schülern verbunden sei, die es rechtfertige, auch sein Freizeitverhalten im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit zu berücksichtigen (*Ross v. Canada*, No. 736/1997, UN Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 [2000], N 4.1 f.).

⁴⁸⁴ *Ross v. Canada*, No. 736/1997, UN Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000), N 11.1 bis 11.6.

cke, jedoch kein Recht darauf einräume, innerhalb eines Parlamentsgebäudes eine Konferenz abhalten zu dürfen.⁴⁸⁵

IV. Würdigung und Fazit

1. Rechtsgut der «public morals» im UNO-Pakt II

Die voranstehend dargestellten Fälle betreffen insbesondere die Bereiche der Homosexualität, des Antisemitismus, der Abtreibung und der *unwürdigen* Erwerbstätigkeit⁴⁸⁶, die allesamt bereits auf nationaler Ebene oder im Rahmen der Rechtsprechung des EGMR thematisiert worden sind. Daneben hat der UNO-Menschenrechtsausschuss die Regelung der Prostitution als typischen Fall einer Freiheitseinschränkung, die aufgrund des Schutzes der öffentlichen Sittlichkeit vorgenommen wird, bezeichnet, weshalb es den Vertragsstaaten unbenommen ist, den Sexualdienstleistungssektor auf bestimmte Stadtbezirke zu verweisen. Als weitere solche Einschränkungbeispiele sind Regelungen über das Nacktbaden⁴⁸⁷ oder Verbote von politischen Versammlungen an religiösen Stätten oder Friedhöfen qualifiziert worden.⁴⁸⁸ Auch auf diese Sachbereiche ist bereits im Zusammenhang mit der Rechtsprechung anderer Spruchkörper und namentlich der kantonalen Gesetzgebung eingegangen worden. Durch die hier genannten Beispiele wird deutlich, dass im Kontext der Rechtsprechung zum UNO-Pakt II unter dem Begriff der öffentlichen Sittlichkeit ebenfalls Gattungswürdeüberlegungen⁴⁸⁹ angestrebt worden sind.

⁴⁸⁵ *Zündel v. Canada*, No. 953/2000, UN Doc. CCPR/C/78/D/953/2000 (2003), N 8.5; auch aus dieser Entscheidung ging nicht hervor, dass der deutsche Staatsangehörige Ernst Zündel tatsächlich gedachte, eine Pressekonferenz mit antisemitischem Inhalt im nationalen Parlamentsgebäude abzuhalten. Vielmehr reichte es für seinen Ausschluss aus den Räumlichkeiten des Unterhauses aus, dass er eine nordamerikanische Website betrieb, auf der er u.a. bestritt, dass während des Holocausts sechs Millionen Juden ermordet worden waren (N 5.5).

⁴⁸⁶ Siehe dazu auch die oben behandelte Peepshow-Entscheidung, N 62.

⁴⁸⁷ SCHABAS, S. 322.

⁴⁸⁸ DERSELBE, S. 611.

⁴⁸⁹ Siehe dazu unten N 384 ff.

2. «Margin of discretion»?

- 156 Allerdings stellt sich im Vergleich zur nationalen Rechtsprechung und zur Rechtsprechung des EGMR insbesondere auch die Frage, ob der UNO-Menschenrechtsausschuss vergleichbar dazu ein «margin of appreciation» zugunsten der Rechtsanwendenden annimmt. Bemerkenswert ist immerhin, dass *Herzberg et al. v. Finnland* der einzige Entscheid des Ausschusses ist, der im Rahmen der Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs den Vertragsstaaten einen «margin of discretion» explizit zugesteht. JOSEPH und CASTAN nehmen denn auch an, dass der UNO-Menschenrechtsausschuss den Vertragsstaaten unter Bezugnahme auf die öffentliche Sittlichkeit keinen dem «margin of appreciation» des EGMR vergleichbaren Ermessensspielraum einräumt und die Entscheidung *Herzberg et al. v. Finnland* diesbezüglich nicht als Präzedenzfall gelten kann.⁴⁹⁰ Dieser Auffassung ist m.E. grundsätzlich zuzustimmen, wobei es einer weiteren Differenzierung zwischen der Begriffsbestimmung und der Definierung der *Notwendigkeit* des Eingriffs bedarf. Zudem hat in gattungsethischen Fragen auch eine Rechtsprechungsänderung stattgefunden, die die Definitionskompetenz der Vertragsstaaten weiter eingeschränkt hat.
- 157 In der Entscheidung *Herzberg et al. v. Finnland* hat der Ausschuss einem Vertragsstaat unter Hinweis auf die örtliche Wandelbarkeit der öffentlichen Sittlichkeit eine Carte blanche zur Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung der Freiheitsrechte eingeräumt, indem er ausführte, dass er das finnische Urteil nicht überprüfe. Fundierte Überlegungen insbesondere zur Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs fehlen darin gänzlich. Damit mangelt es in Bezug auf den in der Entscheidung genannten «margin of discretion» auch an einer Spezifizierung, aus der hervorgeht, ob der Ermessensspielraum betreffend die Definitionskompetenz des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit oder mit Bezug auf die rechtsstaatliche Rechtfertigung der Massnahme angenommen wurde.
- 158 Während aus dem General Comment Nr. 34 N 36 explizit hervorgeht, dass dem Vertragsstaat kein Ermessen bezüglich der *Notwendigkeit* der Massnahme zukommt, deuten die Entscheidungen *Ross v. Canada* und *Ernst Zündel v. Canada* darauf hin, dass der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit grundsätzlich selbständig durch den Vertragsstaat ausgelegt werden darf, solange sich die Auslegung des Begriffs nicht *an einer einzigen Tradition ausrichtet* und sich *nicht diskriminierend* auswirkt. Die Subsumtion des Begriffs «Antisemitismus» unter den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit wurde durch den Ausschuss mithin nicht in Frage gestellt.

⁴⁹⁰ JOSEPH/CASTAN, N 18.69.

Insofern soll gemäss der Rechtsprechung auch der nationale rechtliche Konsens mit Bezug auf die öffentliche Sittlichkeit immerhin dann berücksichtigt werden, wenn er sich als *nichtwillkürlich* und *nichtdiskriminierend* bewerten lässt. In diesem Sinn wurden in *Toonen v. Australia* bei der Beurteilung des tasmanischen Tatbestands, der Homosexualität unter Strafe stellte, die strafrechtlichen Bestimmungen der übrigen Bundesstaaten mitberücksichtigt, die keine solche Bestrafung vorsahen. 159

Allerdings hat es der UNO-Menschenrechtsausschuss in seinen Erwägungen zu *Wackenheim v. France* auch zugelassen, dass Frankreich unter das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit einen fremddefinierten gattungsethischen Menschenwürdebegriff subsumiert, und damit dem Vertragsstaat mit Bezug auf die Begriffsdefinition einen «margin of appreciation» gewährt. Die Ansicht des Beschwerdeführers, wonach die Menschenwürde vielmehr impliziere, dass der Einzelne einer selbstgewählten Erwerbstätigkeit nachgehen dürfe, fand im Urteil damit keine Berücksichtigung. Demgegenüber lehnte der Gerichtshof solche traditionelle gattungsethische Überlegungen in der späteren Entscheidung *Mellet v. Ireland* entschieden ab und nahm zugunsten der Beschwerdeführerin eine Verletzung des Verbots der Folter aufgrund des nordirischen Abtreibungsverbots an, das keine Güterabwägung zulies. Darüber hinaus stellte er fest, dass sich das Verbot auch willkürlich und diskriminierend auf die Beschwerdeführerin ausgewirkt hatte.⁴⁹¹ 160

3. Generelle Kriterien zur Einschränkung der Freiheitsrechte aufgrund der öffentlichen Sittlichkeit

Einschränkungen aufgrund der öffentlichen Sittlichkeit haben vor allem gemäss der neueren Rechtsprechung stets von einem Gesetz vorgesehen, notwendig, verhältnismässig und speziell auf das angestrebte Ziel zugeschnitten zu sein. Insbesondere die restriktive Auslegung der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit, die auch vom Vertragsstaat zu beweisen ist, führt dazu, dass solche Einschränkungen 161

⁴⁹¹ Siehe dazu auch den Entscheid zum französischen Burkaverbot, worin Frankreich vorbrachte, dass die muslimische Gesichtshüllung «detrimental to human dignity and equality between men and women» und «contrary to the values of the Republic» sei. Der Menschenrechtsausschuss entgegnete diesem Vorbringen, dass Frankreich offenbar davon ausgehe, dass sämtliche Frauen, die eine Gesichtshüllung tragen würden, sich dazu genötigt sähen, der Fall der Beschwerdeführerin allerdings zeige, dass dem nicht so sei (*Yaker v. France*, No. 2747/2016, UN Doc. CCPR/C/123/D/2747/2016 (2018), N 8.13 und N 8.15).

kungen nicht leichtfertig angenommen werden und vor diesem Hintergrund nicht mehr von einem «margin of discretion» ausgegangen werden kann.⁴⁹²

4. Bewertungskriterien einer Diskriminierung: «Objektivität», «Vernunft» und «legitime Zielsetzung»

- 162 In seiner neueren Rechtsprechung geht der Gerichtshof zudem nicht mehr in erster Linie von der öffentlichen Meinung gegenüber einem Lebenssachverhalt aus, sondern zieht vielmehr in Erwägung, ob eine Massnahme *objektiv* und *vernünftig* ist und unter Anbetracht des Pakts *legitime Ziele* verfolgt. Sind diese Kriterien nicht erfüllt, nimmt der Gerichtshof eine Diskriminierung im Sinne von Art. 26 UNO-Pakt II an. Insofern spielte es weder in *Fedotova v. Russian Federation* noch in *Nepomnyashchiy v. Russian Federation* eine Rolle, dass in Russland auch andere regionale verwaltungsstrafrechtliche Bestimmungen die «Propaganda der Homosexualität» zum Schutz von Minderjährigen unter Strafe stellten, zumal sich diese gegenüber Menschen mit einer homosexuellen Ausrichtung als diskriminierend auswirkten.
- 163 Im Gegensatz zur Rechtsprechung des EGMR werden diese Kriterien allerdings auch in Fällen, die nicht die sexuelle Orientierung einer Person oder deren Geschlechtsidentität betreffen, nicht ohne Weiteres angenommen, weshalb sie nicht mit dem Bewertungsmaßstab der vernünftigen Entscheidung des EGMR gleichgesetzt werden können, sondern vielmehr einer strikten Prüfung unterliegen.
- 164 Insofern nimmt der UNO-Menschenrechtsausschuss insbesondere auch in Fällen der Religionsfreiheit das Vorliegen von Diskriminierungen an, wo der EGMR noch Argumente wie die Tradition oder die Politik eines Vertragsstaates gelten lässt und damit auf den Nachweis von eng umrissenen substanziellen öffentlichen Interessen verzichtet.⁴⁹³ Dies wirkt sich auch auf den Begriff der Diskriminierung des Art. 26

⁴⁹² Siehe den Fall in FN 491.

⁴⁹³ Vgl. etwa die beiden sehr unterschiedlichen Entscheidungen zum französischen Burkaverbot in der Öffentlichkeit: EGMR, Urteil vom 1. Juli 2014, *S.A.S. v. France*, Nr. 43835/11, Ziff. 141, worin das Argument des «living together» als Mindestanforderung in einer demokratischen Gesellschaft als Ausdruck der Rechte Dritter akzeptiert wurde und *Yaker v. France*, No. 2747/2016, UN Doc. CCPR/C/123/D/2747/2016 (2018), N 8.10, aus dem hervorgeht, dass es Frankreich versäumt habe, darzulegen, welche spezifischen Rechte welcher Personen durch die Burka tangiert seien. U. a. sei das Verbot zudem weder notwendig noch vernünftig oder verhältnismässig und damit sowohl aufgrund des Geschlechts als auch der Religion diskriminierend (N 8.17).

UNO-Pakt II selbst aus, zumal, wie etwa aus *Waldman v. Canada* hervorgeht, die Nichtgewährung einer Leistung auch als Diskriminierung qualifiziert wird. In diesem Zusammenhang verlangt der Begriff der Diskriminierung von Art. 26 UNO-Pakt II keine Herabsetzung bzw. (mittelbare oder unmittelbare) unzulässige Sonderbehandlung des Betroffenen,⁴⁹⁴ sondern ist vielmehr mit dem schweizerischen Gleichbehandlungsgebot⁴⁹⁵ vergleichbar, wobei dieses strenger ausgelegt wird, zumal nicht nur sachliche Gründe, sondern qualifizierte nichtdiskriminierende Gründe für die Ungleichbehandlung notwendig sind.⁴⁹⁶

5. Religiös und weltanschaulich neutrale Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit

Vor diesem Hintergrund geht die Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses entgegen der Rechtsprechung des EGMR nicht davon aus, dass das einschränkende Prinzip der öffentlichen Sittlichkeit anhand des Massstabs der Toleranz ausgelegt werden darf, sondern macht insbesondere bereits durch die General Comments Nr. 22 N 8 und Nr. 34 N 32 deutlich, dass es im Lichte der Prinzipien der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung verstanden werden muss, weshalb es auch religiös und weltanschaulich neutral⁴⁹⁷ auszulegen ist. 165

⁴⁹⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36 N 5 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 693 f.

⁴⁹⁵ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 35 N 20.

⁴⁹⁶ Wird der Auffassung von MÜLLER/SCHEFER gefolgt, so gelten im Rahmen des Gleichbehandlungsgebots erhöhte Anforderungen an eine Differenzierung, wenn ein sensibler Bereich wie die Religionsfreiheit betroffen ist (MÜLLER/SCHEFER, S. 662 f.); hingegen gibt es auch Auffassungen, die ein gesetzgeberisches Ziel entsprechend der Argumentation Kanadas bereits als sachlichen Grund gelten lassen wollen und beim Betroffensein eines sensiblen Merkmals sogleich das Vorliegen einer Diskriminierung annehmen. Im Rahmen der Diskriminierung sind Leistungen allerdings nur im Zusammenhang von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV (rechtliche und tatsächliche Gleichstellung der Frau) und Art. 8 Abs. 4 BV (Massnahmen zur Beseitigung der Benachteiligung von Behinderten) vorgesehen (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 35 N 21 und 35, § 36 N 67 ff.).

⁴⁹⁷ Das Prinzip der religiösen und der weltanschaulichen Neutralität enthält nicht nur ein Gebot der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung, sondern es verbietet generell dem Staat, sich mit einer Religion oder Weltanschauung zu identifizieren (Identifikationsverbot), was sich insbesondere im Erfordernis der *Begründungsneutralität* niederschlägt (dazu ENGI, Neutralität, S. 162 und 189 f.). Grundlage der Begründungsneutralität bildet die moderne Annahme, dass staatliche Massnahmen gegenüber jedem Bürger, unabhängig von dessen moralischer Ausrichtung, rechtferti-

Das Erfordernis, wonach die Moral nicht nach einer einzigen Tradition ausgelegt werden darf, geht allerdings weiter als die schweizerische Lehre und Praxis zur religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates. Während in der Schweiz die Tradition im Rahmen der Begründungsneutralität als gewichtiges Argument akzeptiert wird,⁴⁹⁸ berücksichtigt die Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses diese nicht. Dadurch, dass der UNO-Pakt II im Verhältnis zum nationalen Recht übergeordnetes Recht darstellt, kann indes an der gegenwärtigen Schweizer Praxis nicht umfassend festgehalten werden.

gungsbedürftig sind, eine überzeugende Rechtfertigung, die sich auf eine «bestimmte umfassende Konzeption des Guten» bezieht, indes nicht möglich ist. Um allen Bürgern vor diesem Hintergrund die gleiche *Achtung* entgegenzubringen, muss der Staat auf partikuläre religiöse, weltanschauliche oder ethische Begründungen verzichten (HUSTER, S. 634 ff. und 84 ff.; siehe auch RÜTSCHKE, Ungeboren, S. 74 f.).

⁴⁹⁸ Siehe etwa zur Tradition als neutraler Grund für die Existenz von theologischen Fakultäten an staatlichen Universitäten ENGI, S. 305 f. und 310; BRAUN, Paloma, S. 347 ff.; oder im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Anerkennung von Kirchen und Glaubensgemeinschaften HAFNER, Anerkennung, S. 1006.

Kapitel 5: Rechtsprechung der Spruchorgane der WTO

I. Einführende Bemerkungen zur öffentlichen Sittlichkeit gemäss Art. XX (a) GATT 1994

Auf internationaler Ebene soll an dieser Stelle auf die Rechtsprechung zu einer Norm eingegangen werden, die im Gegensatz zu den unter der Rechtsprechung des EGMR und des UNO-Menschenrechtsausschusses behandelten Rechtssätzen grundrechtlich und rechtsstaatlich betrachtet, zwar irrelevant ist, aber sich gleichwohl in ergänzender Hinsicht als interessant erweist, weil dadurch ein weiterer Ansatz zur Anwendung und Auslegung einer Sittlichkeitsklausel gefunden werden kann. Wie hiervor bereits ausgeführt, enthält das GATT 1994⁴⁹⁹ in Art. XX (a) eine Ausnahmeklausel, die es den Vertragsstaaten erlaubt, zum Schutz ihrer öffentlichen Sittlichkeit vertragsbrüchig zu werden. Damit eine nicht-GATT-konforme Massnahme eines Vertragsstaates unter Art. XX (a) GATT gerechtfertigt werden kann, muss sie jedoch einem zweistufigen Test genügen.⁵⁰⁰ Zunächst werden die Voraussetzungen von Art. XX (a) GATT prima facie geprüft, d.h., es wird untersucht, ob die Massnahme dazu geeignet ist, die öffentliche Sittlichkeit zu schützen, und ob die in Frage stehende Massnahme für den Schutz auch notwendig ist.⁵⁰¹ Das zweite Erfordernis der Prüfung ist im «Chapeau», d.h. dem Einleitungssatz von Art. XX GATT, enthalten und betrifft die Art und Weise, wie die nicht-GATT-konforme Massnahme umgesetzt wird. Der Chapeau verlangt, dass die nationalen Massnahmen nicht ein Mittel zur willkürlichen oder ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Ländern, bei denen die gleichen Verhältnisse vorliegen oder eine versteckte Beschränkung im internationalen Handel darstellen. Die Erfordernisse des «Chapeau» dienen gemäss der Rechtsprechung der Berufungsinstanz der

⁴⁹⁹ Im Folgenden GATT.

⁵⁰⁰ Appellate Body Report, *US – Gambling (2005)*, Ziff. 292.

⁵⁰¹ An diesem ersten Prüfungsschritt zeigt sich bereits die Nichtberücksichtigung privater Interessen, zumal etwa im Gegensatz zum Prüfungsraster des UNO-Menschenrechtsausschusses die Verhältnismässigkeit i.e.S., d.h. eine Abwägung zwischen gesamtstaatlichen Interessen und privaten Interessen fehlt. Insofern spielt es im Rahmen der Rechtsprechung der Spruchkörper der WTO keine Rolle, ob eine Entscheidung sich auf Privatpersonen nachteilig auswirkt.

WTO damit der Wahrung von Treu und Glauben⁵⁰² und dem Ausgleich zwischen den Interessen des Staates, der die Ausnahmeregelung anstrebt, und den gegenläufigen Interessen der übrigen Mitgliedstaaten.⁵⁰³

II. Begriffsbestimmung der öffentlichen Sittlichkeit

- 167 Die Ausnahmeregelung der «public morals» in Art. XX (a) GATT ist bis heute fester Bestandteil der Ausnahmeklauseln des GATT und wird auch in jüngeren Entscheidungen wie *Indonesia – Import Licensing Regimes* (2017) oder *Brasil – Taxation* (2018) angerufen.⁵⁰⁴ Im Entscheid *US – Gambling* (2005) legte das erstinstanzliche Streitbeilegungsorgan der WTO erstmals eine Definition der öffentlichen Sittlichkeit fest, die es in seinen späteren Entscheidungen wieder aufgriff.⁵⁰⁵ Obschon *US – Gambling* (2005) die allgemeine Ausnahmeregelung zur öffentlichen Sittlichkeit des GATS betraf und nicht diejenige des GATT, erachtete es die erste Streitbeilegungsinstanz als angemessen, keine neue Definition der öffentlichen Sittlichkeit unter dem GATT vorzunehmen. Dieses Vorgehen wurde auch durch die Berufungsinstanz nicht in Frage gestellt.⁵⁰⁶
- 168 Das erstinstanzliche Streitbeilegungsorgan der WTO beschrieb die öffentliche Sittlichkeit als Terminus, der den *Massstab für richtiges und falsches Verhalten festlege, der in einer bestimmten Gesellschaft oder Nation oder aufgrund deren Interessen aufrechterhalten wird*.⁵⁰⁷ Der Inhalt des Konzepts von richtigem oder falschem Handeln sei zeitlich sowie örtlich variabel und hänge mit einem facettenreichen Spektrum an Faktoren, zu denen die herrschenden sozialen, kulturellen, ethischen und religiösen Werte gehörten, zusammen. Aus diesem Grund werde den Mitgliedstaaten in der Auslegung und der Anwendung dieses oder anderer ähnlicher sozialer Konzeptionen ein gewisser Spielraum belassen, damit diese innerhalb

⁵⁰² VAN DEN BOSSCHE/ZDOUC, S. 647 mit Hinweis auf Appellate Body Report, *US – Gasoline* (2006), Ziff. 22.

⁵⁰³ DIESELBEN, S. 647 mit Bezug auf Appellate Body Report, *US – Shrimp* (1998), Ziff. 156, und Appellate Body Report, *EC – Seal Products* (2014), Ziff. 5.297.

⁵⁰⁴ DIESELBEN, S. 631.

⁵⁰⁵ So etwa in: Panel Report, *China – Publications and Audiovisual Products* (2010), Ziff. 7.759, oder Panel Reports, *EC – Seal Products* (2014), Ziff. 7.380.

⁵⁰⁶ Appellate Body Report, *US – Gambling* (2005), Ziff. 299.

⁵⁰⁷ Eigene Übersetzung aus Panel Report, *US – Gambling* (2005), Ziff. 6.465.

ihres Staatsgebiets entsprechend ihres Wertesystems den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit erarbeiten könnten. Dazu gehöre auch die Frage, welches Schutzniveau dem betreffenden Interesse oder Wert der öffentlichen Sittlichkeit beizumessen sei.⁵⁰⁸ Vor diesem Hintergrund wurde die Definitionskompetenz in Bezug auf den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit in die Sphäre der Vertragsstaaten verwiesen.

III. Fallbeispiele

1. China – Publications and Audiovisual Products (2010)

Im Fall *China – Publications and Audiovisual Products (2010)* hatten die Spruchkörper der WTO zu beurteilen, ob eine Massnahme Chinas, die die Einschränkung des Handels und der Verbreitung von ausländischen Publikationen und audiovisuellen Produkten innerhalb der chinesischen Landesgrenzen zum Inhalt hatte, unter Art. XX (a) GATT 1994 gerechtfertigt werden konnte. Teil des chinesischen Massnahmenpakets bildete ein Zensurmechanismus, der die importierten Publikationen und audiovisuellen Produkte auf ihren Inhalt hin überprüfte und dessen Vornahme einzig staatlichen Unternehmen vorbehalten war. Dies führte dazu, dass faktisch nur die chinesischen Staatsunternehmen die entsprechenden Produkte einführen und vertreiben durften, wodurch ausländische Betriebe vom Zugang zu diesem Markt ausgeschlossen blieben. In einem chinesischen Staatsplan wurde zudem die Gesamtzahl der Importeure, die Struktur und der Vertrieb der Publikationen festgelegt. 169

China argumentierte vor der Berufungsinstanz, dass Kulturgüter und -dienstleistungen eine Funktion *als Vektoren der Identität, Werte und Bedeutungsgehalte* erfüllten. Sie befriedigten nicht nur ein kommerzielles Bedürfnis, sondern würden vielmehr auch eine entscheidende Rolle in Bezug auf die Meinungsbildung in der Gesellschaft spielen. Deshalb forderte China das Berufungsgremium dazu auf, achtsam gegenüber der speziellen Natur von Kulturgütern zu sein.⁵⁰⁹ Eben diese spezielle Natur der Kulturgüter würde es rechtfertigen, ausländische Unternehmen vom Import der genannten Produkte auszuschliessen. Denn diese seien nicht in einem genügenden Masse mit den Standards der öffentlichen Sittlichkeit 170

⁵⁰⁸ Panel Report, *US – Gambling (2005)*, Ziff. 6.461; Panel Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, Ziff. 7.763.

⁵⁰⁹ Appellate Body Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, Ziff. 25 und 29.

in China betraut, um den von China verlangten Schutz gewährleisten zu können. Die gesetzlichen Grundlagen, die es den staatseigenen Unternehmen Chinas vorbehalten, eine Inhaltskontrolle der besagten Produkte durchzuführen, würden sich damit als notwendig erweisen, um die öffentliche Sittlichkeit in China zu wahren.⁵¹⁰

- 171 Das erstinstanzliche Streitbeilegungsorgan der WTO stellte nicht in Frage, dass die Massnahmen Chinas dem Schutz der öffentlichen Sittlichkeit dienen.⁵¹¹ Es listete vielmehr die Inhalte der chinesischen öffentlichen Sittlichkeit lediglich auf. Diese betrafen u.a. «Verstösse gegen die Grundprinzipien der Verfassung», «Gefährdungen der Souveränität und territorialen Integrität der Nation», «Anpreisungen von Obszönitäten, Glücksspielen oder Gewalt» und die «Förderung von Verbrechen», aber auch die «Verbreitung böser Sekten oder des Aberglaubens».⁵¹² Speziell wurde der Schutz von Minderjährigen, etwa vor der «Nachahmung von Handlungen, die gegen die öffentliche Ethik verstießen oder einer Verletzung ihrer geistigen oder körperlichen Gesundheit» gleichkämen, hervorgehoben.⁵¹³
- 172 Freilich kam bereits das Streitbeilegungsorgan der WTO zur Entscheidung, dass zwei der drei durch China vorgesehenen Massnahmen nicht im Sinne von Art. XX (a) GATT 1994 für den Schutz der öffentlichen Sittlichkeit notwendig seien.⁵¹⁴ Weder die chinesische Voraussetzung der «staatseigenen Unternehmen» noch diejenige des «Ausschlusses ausländischer Unternehmen» würde einen praktischen Beitrag zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit in China leisten.⁵¹⁵ Daneben sei die Ergreifung weniger einschneidender Massnahmen, die mit den Verpflichtungen aus dem Staatsvertrag besser vereinbart werden könnten, zumutbar.⁵¹⁶ Die

⁵¹⁰ Appellate Body Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, Ziff. 26 ff.

⁵¹¹ Panel Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, Ziff. 7.763.

⁵¹² Panel Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, Ziff. 7.760 (1) (2) (5) (7).

⁵¹³ Panel Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, Ziff. 7.761.

⁵¹⁴ Panel Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, Ziff. 8.2 (a) (i), siehe auch Ziff. 7.911 und 7.913.

⁵¹⁵ Panel Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, Ziff. 7.863, vgl. auch Ziff. 7.860.

⁵¹⁶ Panel Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, Ziff. 7.899 und 7.908.

Berufungsinstanz schützte den erstinstanzlichen Entscheid,⁵¹⁷ ging allerdings weiter und hielt auch das «Staatsplan»-Erfordernis nicht für notwendig.⁵¹⁸ Das eigentliche Ziel der Massnahme bestehe darin, das Recht der Inhaltsüberprüfung der fraglichen Produkte allein der chinesischen Regierung zuzugestehen.⁵¹⁹

2. EC – Seal Products (2014)

Im Jahr 2013 musste die Streitbelegungsinstanz der WTO entscheiden, ob die Richtlinien des Europäischen Parlaments und der Kommission mit Art. XX (a) GATT 1994 vereinbar seien (wobei die Richtlinie des Parlaments die eigentlichen Einschränkungen enthielt und diejenige der Kommission einzig die Ausführungsbestimmungen dazu beinhaltete, weshalb die Streitbelegungsinstanz der WTO beide Richtlinien unter den Begriff der EU-Robbenregelung zusammenfasste)⁵²⁰. Diese EU-Robbenregelung verbot das Inverkehrbringen von Robbenprodukten auf dem EU-Markt. Ausnahmen bestanden nur für: Robbenerzeugnisse, die von Robben stammten, die von Inuit oder anderen indigenen Gemeinschaften gejagt wurden (1); Robbenerzeugnisse, die aus Robben gewonnen wurden, die zum Zweck der Bewirtschaftung der Meeresressourcen gejagt werden (2); und Robbenerzeugnisse, die von Reisenden unter bestimmten Voraussetzungen in die Europäische Union eingeführt wurden (3).⁵²¹ 173

Die erste Instanz der WTO hielt zunächst fest, dass es der EU nicht gelungen sei, in hinreichender Weise darzulegen, dass die Öffentlichkeit in der EU dem Schutz der Interessen der Inuit oder anderer indigener Gemeinschaften einen höheren moralischen Wert beimesse als dem Schutz der Robben,⁵²² woraus geschlossen werden könne, dass die europäische Öffentlichkeit generell Bedenken in Bezug auf den Tierschutz im Zusammenhang mit der Robbenjagd haben würde und nicht 174

⁵¹⁷ Siehe mit Bezug auf das Erfordernis der «staatseigenen Unternehmen»: Appellate Body Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, Ziff. 269; für dasjenige des «Ausschlusses ausländischer Unternehmen», Ziff. 278.

⁵¹⁸ Appellate Body Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, Ziff. 297.

⁵¹⁹ Appellate Body Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, Ziff. 332.

⁵²⁰ Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.8.

⁵²¹ Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.1.

⁵²² Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.299 mit Binnenverweis auf Ziff. 7.410 und insbesondere FN 676.

nur gegenüber der kommerziellen Jagt der Tiere⁵²³. Dies sei bis zu einem gewissen Grad auch durch die öffentliche Umfrage belegt worden, die durch die EU als Beweismittel eingereicht worden sei.⁵²⁴

- 175 Um feststellen zu können, ob die EU-Robbenregelung in den Anwendungsbereich von Art. XX (a) GATT 1994 falle, berücksichtigte die erste Instanz der WTO die Entstehungsgeschichte der Regelung, zahlreiche übrige Massnahmen, die im Zusammenhang mit dem Tierschutz in der EU und deren Mitgliedstaaten ergriffen worden waren, wie auch die nationale und die internationale Gesetzgebung. Die Streitbeilegungsinstanz kam vor diesem Hintergrund zum Schluss, dass die von der EU dargelegte Beweislage zum Standard von richtigem und falschem Verhalten mit Bezug auf das Wohlergehen der Robben, der aufgrund der Interessen der EU aufrechterhalten werde, insgesamt betrachtet, genügend sei. Obschon nicht jedes Beweismittel einen klaren Bezug zwischen dem Wohlergehen der Robben und der Moral der EU-Bevölkerung vorweisen könne, habe die EU in ausreichender Weise dargelegt, dass der Tierschutz, in casu der Schutz von Robben, in der EU eine Problematik ethischer bzw. moralischer Natur darstelle.⁵²⁵ Ziel und Zweck

der EU-Robbenregelung sei es, die Bedenken der Bevölkerung der EU in Bezug auf das Wohlergehen der Tiere ernst zu nehmen. Diese Bedenken liessen sich in zwei Teilbereiche gliedern. Erstens gehe es um die Häufigkeit der unmenschlichen Tötung von Robben. Zweitens würden die EU-Bürger als Individuen und im Kollektiv in ihrer Rolle als Konsumenten der fraglichen Wirtschaftstätigkeit ausgesetzt, wodurch sie sich in der Situation wiederfinden könnten, dass sie zur unmenschlichen Tötung von Robben Beihilfe leisteten.⁵²⁶ Unter Herbeizug der Rechtsprechung der WTO in Bezug auf den Anwendungsbereich von Art. XX (a) GATT 1994 und Art. XIV (a) GATS urteilte die erste Instanz der WTO damit, dass das Ziel der Robbenregelung von Art. XX (a) GATT 1994 erfasst werde.⁵²⁷ Die Berufungsinstanz der WTO schützte nicht nur diese Einschätzung,⁵²⁸ sondern legte in ihrem Urteil auch explizit dar, dass dem betroffenen Vertragsstaat die Definitionskompetenz über seine eigene öffentliche Sittlichkeit zukomme und dass dieser den Umfang des zu gewährenden Schutzes selbst bestimmen dürfe. Selbst

⁵²³ Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.410 und FN 676.

⁵²⁴ Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.398.

⁵²⁵ Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.396 und 7.409.

⁵²⁶ Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.410.

⁵²⁷ Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.631.

⁵²⁸ Appellate Body Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 5.199 ff.

an einen für andere ähnliche Interessen der öffentlichen Sittlichkeit festgelegten Schutz seien die Vertragsstaaten nicht gebunden. Deshalb sei es auch irrelevant, welche Tierschutzvorschriften innerhalb der EU für Schlachthäuser und die Jagd auf Wildtiere gälten.⁵²⁹

Beide Instanzen stellten fest, dass die prohibitive Schlagrichtung der EU-Robbenregelung in tatsächlicher Hinsicht nicht nur einen Beitrag dazu geleistet habe, die Nachfrage nach Robbenerzeugnissen innerhalb der EU, sondern auch jene auf globaler Ebene zu senken.⁵³⁰ Ein solches Ziel werde im Anwendungsbereich des GATT 1994 und des GATS als legitim bewertet.⁵³¹ 176

Zum Erfordernis der Notwendigkeit einer Massnahme legte die erste Instanz dar, dass dieses ein konzeptionelles Instrument sei, um feststellen zu können, ob eine angefochtene Massnahme handelsbeschränkender sei als notwendig. Deshalb müssten in genereller Hinsicht alternative Massnahmen und deren handelsbeschränkende Wirkung ermitteln werden, wobei insbesondere zu berücksichtigen sei, ob die jeweiligen alternativen Massnahmen sich als zumutbar erweisen und die gleiche Wirkung erzielen würden.⁵³² Beide Instanzen des Streitbeilegungsorgans der WTO befanden im vorliegenden Fall, dass keine andere Massnahme für die EU zumutbar sei,⁵³³ und beurteilten die EU-Robbenregelung damit als notwendig im Sinne von Art. XX (a) GATT 1994.⁵³⁴ 177

Die EU-Robbenregelung scheiterte allerdings an den Anforderungen des Chapeaus von Art. XX GATT 1994. Unter diesem Punkt wurde insbesondere geprüft, ob die Anwendung der Meeresressourcen- und Inuit-Ausnahmen in einer willkürlichen 178

⁵²⁹ Appellate Body Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 5.200 mit Verweis auf Panel Reports, *US – Gambling (2005)*, Ziff. 6.461.

⁵³⁰ Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.459.

⁵³¹ Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.418; Appellate Body Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 5.225 ff. und Ziff. 5.244 ff.

⁵³² Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff.7.467 mit Bezug auf Art. 2 Abs. 2 des TBT-Abkommens. Die erste Instanz war der Ansicht, dass diese Analyse zur Auslegung von Art. XX GATT 1994 herangezogen werden könne, zumal zwischen dem GATT 1994 und dem TBT-Abkommen eine enge Beziehung bestehe, die es notwendig mache, die einschlägigen Bestimmungen beider Abkommen einheitlich und harmonisch auszulegen (siehe Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.634).

⁵³³ Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.504; Appellate Body Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 5.279.

⁵³⁴ Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.639; Appellate Body Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 5.291.

oder ungerechtfertigten Ungleichbehandlung, d.h. einer Diskriminierung der Mitgliedstaaten resultierten.⁵³⁵ Speziell betreffend die Inuit-Ausnahme hielt die erste Instanz fest, dass die Unterscheidung zwischen kommerziellen Jagden und solchen, die von Inuit durchgeführt würden, weder auf eine nachvollziehbare Art und Weise mit dem verfolgten Ziel verbunden sei, noch auf berechtigten Gründen beruhe. Zumal etwa auch die Jagd durch die Inuit kommerzielle Ziele verfolge.⁵³⁶ Da die Massnahme darüber hinaus nicht einheitlich konzipiert und angewendet worden sei, sei sie mit den Anforderungen des Chapeaus von Art. XX nicht vereinbar.⁵³⁷ Die Berufungsinstanz stimmte zwar der erstinstanzlichen Argumentation nicht in allen Punkten zu,⁵³⁸ befand aber auch die Inuit-Ausnahme für unklar, mehrdeutig⁵³⁹ und gegen den Chapeau verstossend⁵⁴⁰, weshalb sie im Ergebnis der erstinstanzlichen Entscheidung Folge leistete.⁵⁴¹

3. Colombia – Textiles (2016)

- 179 Ein jüngerer Fall, der vor die Streitbeilegungsinstanzen der WTO gelangte, betraf einen zusammengesetzten Zoll, den Kolumbien auf die Einfuhr verschiedener Textilien, Kleidungsstücke und Schuhe erhob.⁵⁴² Fraglich war, ob dieser zusammengesetzte Zoll eine legitime Massnahme im Sinne von Art. XX (a) GATT 1994 darstellte.⁵⁴³

⁵³⁵ Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.639; Appellate Body Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.646.

⁵³⁶ Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.288.

⁵³⁷ Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.650 f.

⁵³⁸ Sie befand insbesondere, dass die Auslegung des TBT-Abkommens nicht zur Auslegung des GATT 1994 herangezogen werden könne. Siehe: Appellate Body Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 5.313.

⁵³⁹ Appellate Body Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 5.325.

⁵⁴⁰ Appellate Body Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 5.338.

⁵⁴¹ Appellate Body Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 5.339.

⁵⁴² Panel Report, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 2.1. Der zusammengesetzte Zoll beinhaltete eine ad valorem-Abgabe, die in einem Prozentsatz des Warenwerts bestand, und eine spezifische Abgabe, die sich nach den Währungseinheiten pro Masseinheit berechnete (Ziff. 2.4.).

⁵⁴³ Panel Report, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 7.330.

Zunächst beurteilte das erstinstanzliche Gremium die Frage, ob die Bekämpfung der Geldwäsche ein regulatorisches Ziel in Kolumbien darstelle, das dazu diene, die öffentliche Sittlichkeit im Land zu schützen. Als erstellt erachtete es vorerst, dass die Geldwäscherei im Sinne von Art. 323 des kolumbianischen Strafgesetzbuches ein strafbares Verhalten bilde. Des Weiteren habe Kolumbien in ausreichender Weise dargelegt, dass die Bekämpfung der Geldwäscherei ein äusserst wichtiges politisches Ziel sei.⁵⁴⁴ Aus den durch Kolumbien eingereichten Beweismitteln ginge überdies in genügender Weise hervor, dass die Geldwäscherei, wie auch die Art ihrer Betreibung mit dem Drogenhandel, anderen kriminellen Aktivitäten und dem inländischen bewaffneten Konflikt zusammenhänge. Diese Beweislage erachtete das erstinstanzliche Streitbeilegungsgremium für ausreichend, um festzustellen, dass es sich bei den rechtlichen Grundlagen zur Bekämpfung der Geldwäscherei in Kolumbien um Massnahmen handle, die dazu bestimmt seien, den Erhalt der öffentlichen Sittlichkeit im Land zu gewährleisten.⁵⁴⁵

Als Nächstes wandte sich das Gremium der Frage zu, ob der in casu diskutierte zusammengesetzte Zoll dazu bestimmt war, die Geldwäscherei zu bekämpfen. Es fand allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass das Ziel des Zolls in der Bekämpfung der Geldwäscherei lag.⁵⁴⁶ Was die Beschaffenheit und die Struktur des zusammengesetzten Zolls betraf, war das Gremium der Ansicht, dass Kolumbien eine Reihe von miteinander verwobenen Annahmen getroffen hatte, die verifiziert werden mussten. Namentlich, (1) dass die in der Massnahme festgelegten Schwellenwerte die Marktbedingungen reflektierten, sodass jeder darunterliegende Preis künstlich niedrig sei; (2) dass Produktpreise, die unter den Schwellenwerten der Massnahme lägen, zu niedrig angesetzt worden waren und (3) dass die Einfuhr von Waren, die vom zusammengesetzten Zoll erfasst würden und deren Preis unter dem Schwellenwert läge, dazu verwendet würden, Geldwäscherei zu betreiben.⁵⁴⁷ In Bezug auf die erste dieser Annahmen, stellte das erstinstanzliche Gremium der WTO fest, dass nicht überprüft werden könne, ob die in der Massnahme festgelegten Schwellenwerte die Preise reflektierten, die unter normalen Marktbedingungen für die fraglichen Produkte bezahlt würden.⁵⁴⁸ Das Gleiche gelte für die Annahme des zu niedrig angesetzten Preises⁵⁴⁹ und diejenige der Zielsetzung

⁵⁴⁴ Panel Report, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 7.335.

⁵⁴⁵ Panel Report, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 7.338–7.339.

⁵⁴⁶ Panel Report, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 7.347.

⁵⁴⁷ Panel Report, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 7.353.

⁵⁴⁸ Panel Report, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 7.355.

⁵⁴⁹ Panel Report, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 7.359.

der Geldwäscherei eines solchen Geschäfts.⁵⁵⁰ Aus diesen und weiteren Gründen entschied das erstinstanzliche Streitbeilegungsgremium, dass, obwohl es Kolumbien gelungen war aufzuzeigen, dass die Bekämpfung der Geldwäscherei zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit erfolge, nicht bewiesen werden konnte, dass der zusammengesetzte Zoll eine Massnahme zur Bekämpfung der Geldwäscherei sei⁵⁵¹ und damit letztlich zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit beitrage.⁵⁵²

- 182 Die Berufungsinstanz erläuterte mit Bezug auf das Erfordernis des Bestimm-Seins, dass dieses verlange, dass eine Beziehung zwischen der nicht-GATT-konformen Massnahme und dem Schutz der öffentlichen Sittlichkeit bestehe.⁵⁵³ Die fragliche Massnahme könne ausdrücklich als Zielsetzung den Schutz der öffentlichen Sittlichkeit vorsehen, doch sei dies weder hinreichend noch erforderlich, um die von Art. XX (a) GATT 1994 verlangte Beziehung zwischen der Massnahme und der öffentlichen Sittlichkeit zu erstellen. Vielmehr könne auch eine Massnahme, die nicht explizit auf die öffentliche Sittlichkeit Bezug nehme, nach der Beurteilung ihrer Beschaffenheit, einschliesslich ihres Inhalts, ihrer Struktur und ihrer erwarteten Ausführung, eine derartige Beziehung aufweisen.⁵⁵⁴ Damit seien an die Notwendigkeit der Massnahme weit höhere Anforderungen zu stellen als an deren Bestimm-Sein.⁵⁵⁵ Erst wenn die erforderliche Beziehung erstellt sei, müsse die Notwendigkeit der Massnahme untersucht werden.⁵⁵⁶
- 183 Mit Bezug auf das Erfordernis des Bestimm-Seins befand die Berufungsinstanz die erstinstanzliche Argumentation als unzureichend, zumal daraus hervorgehe, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass der zusammengesetzte Zoll der Bekämpfung der Geldwäscherei diene.⁵⁵⁷ Hingegen hielt die Berufungsinstanz fest, dass die Beziehung zwischen der Bekämpfung der Geldwäscherei und dem zusammengesetzten Zoll ausreiche, um einen Zusammenhang der Massnahme zur öffentlichen Sittlichkeit herzustellen.⁵⁵⁸ Deshalb hätte das erstinstanzliche Gre-

⁵⁵⁰ Panel Report, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 7.376.

⁵⁵¹ Panel Report, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 7.400.

⁵⁵² Panel Report, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 7.401.

⁵⁵³ Report of the Appellate Body, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 5.68.

⁵⁵⁴ Report of the Appellate Body, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 5.69.

⁵⁵⁵ Report of the Appellate Body, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 5.70.

⁵⁵⁶ Report of the Appellate Body, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 5.77.

⁵⁵⁷ Report of the Appellate Body, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 5.85.

⁵⁵⁸ Report of the Appellate Body, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 5.89.

mium die Prüfung der Notwendigkeit der Massnahme vollständig durchführen müssen.⁵⁵⁹

Mit Bezug auf die Notwendigkeit der Massnahme hielt das Berufungsgremium fest, dass der Kampf gegen die Geldwäscherei in Kolumbien ein gesellschaftliches Interesse von grundlegender Bedeutung darstelle.⁵⁶⁰ Obschon jedoch erstellt sei, dass der zusammengesetzte Zoll einen Beitrag zur Bekämpfung der Geldwäscherei leiste, könne nicht eruiert werden, in welchem Masse er die Geldwäscherei verhindere. Die preisliche Unterbewertung von Waren sei nicht die häufigste und nur eine von vielen Massnahmen, die zum Zweck der Geldwäscherei eingesetzt würden. Dies sei ebenfalls durch ein Dokument des kolumbianischen Justizministeriums belegt worden. Ein weiterer wichtigerer Grund für die Unterbewertung von Waren würde in der Steuerhinterziehung liegen.⁵⁶¹ Auch sei nicht klar, in welchem Masse die Massnahme handelsbeschränkend sei. Das erstinstanzliche Gremium habe einzig festgehalten, dass sich der zusammengesetzte Zoll als weniger handelseinschränkend erweise als ein Importverbot. Doch könnten hohe Zölle ebenfalls einen prohibitiven Effekt haben, weshalb auf der Seite von Kolumbien eine Verpflichtung bestanden hätte, zu belegen, inwiefern der zusammengesetzte Zoll keine handelsbeschränkende Wirkung entfalte. Dies sei nicht in ausreichendem Masse geschehen, weshalb die Untersuchung von alternativen Massnahmen ausbleiben könne.⁵⁶² Kolumbien habe somit nicht bewiesen, dass die Massnahme im Sinne von Art. XX (a) GATT 1994 notwendig gewesen war, um die öffentliche Sittlichkeit zu wahren.⁵⁶³

⁵⁵⁹ Report of the Appellate Body, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 5.91 f.

⁵⁶⁰ Report of the Appellate Body, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 5. 105.

⁵⁶¹ Report of the Appellate Body, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 5. 107 f.

⁵⁶² Report of the Appellate Body, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 5. 113 ff.

⁵⁶³ Report of the Appellate Body, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 5. 117.

IV. Fazit

1. Begriffsdefinition der öffentlichen Sittlichkeit und entsprechende Zwecksetzung der umstrittenen Massnahme

185 Obgleich die grundlegende Bedeutung der allgemeinen Ausnahmeklauseln von Art. XX (a) GATT und XIV lit. a GATS durch die Rechtsprechungsinstanzen der WTO immer wieder betont und damit der Schutz der öffentlichen Sittlichkeit als besonders wichtiges Interesse eines jeden Vertragsstaates bezeichnet wird,⁵⁶⁴ bleibt die Ausnahmeklausel der öffentlichen Sittlichkeit weitgehend totor Buchstabe. Dies liegt allerdings weder an einer restriktiven Begrenzung der Auslegungskompetenz der Vertragsstaaten noch an einer rigorosen Überprüfung der Zwecksetzung, d.h. des Bestimmt-Seins einer umstrittenen Massnahme. Vielmehr hat sich die Rechtsprechung insbesondere der Berufungsinstanz der WTO in diesen zwei Punkten sehr zurückhaltend gezeigt. Aber auch das erstinstanzliche Gremium hat in *China – Publications and Audiovisual Products (2010)* die von China vorgelegte Liste mit den zu verhütenden Verstössen gegen die öffentliche Sittlichkeit, die u.a. die Verhinderung der «Verbreitung böser Sekten oder des Aberglaubens» zum Inhalt hatte, ohne jede Einwendung und unter dem Hinweis übernommen, dass der Begriff der öffentliche Sittlichkeit von den vorherrschenden sozialen, kulturellen, ethischen und religiösen Werten abhängen würde.⁵⁶⁵ Auch innerhalb seines eigenen Normgeflechts ist der Vertragspartner nicht dazu verpflichtet, einen kohärenten Schutz der einmal definierten öffentlichen Sittlichkeit zu gewährleisten.⁵⁶⁶ Diese Rechtsprechung, die einzig von der Eigenperspektive der Vertragsstaaten ausgeht, unterscheidet sich diametral von derjenigen des UNO-Menschenrechtsausschusses, die, wie oben ausgeführt, von den Vertragsstaaten verlangt, dass Einschränkungen der Menschenrechtsgarantien nicht auf Prinzipien beruhen, die sich aus einer einzelnen Tradition ableiten.⁵⁶⁷ Aber auch zur Rechtsprechung des EGMR weist sie grundlegende Unterschiede auf, zumal weder ein Konsens unter den Mitgliedstaaten noch minderheitenschützende Kriterien zur Auslegung dieses Begriffs herbeigezogen werden müssen. Insofern zeigt sich die rein kom-

⁵⁶⁴ Siehe statt vieler Panel Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 7.418; Panel Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, Ziff. 7.817.

⁵⁶⁵ Report, *China – Publications and Audiovisual Products (2010)*, Ziff. 7.763.

⁵⁶⁶ Appellate Body Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 5.200 mit Verweis auf Panel Report, *US – Gambling (2005)*, Ziff. 6.461.

⁵⁶⁷ Siehe oben N 165.

merzielle Zielsetzung des GATT bereits in der Begriffsbestimmung der öffentlichen Sittlichkeit.

Neben der Rechtsprechung, die die Definitionskompetenz des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit ganz in die Sphäre der Vertragsstaaten verweist, ist im Zusammenhang mit Art. XX GATT darauf hinzuweisen, dass ausser der öffentlichen Sittlichkeit der Artikel keine generelle Ausnahmeregelung zugunsten von öffentlichen Interessen vorsieht. Aus diesem Grund hat auch Kolumbien in *Colombia – Textiles (2016)* den umstrittenen Zoll zur Unterbindung der Geldwäscherei als Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit eingestuft und die Rechtsprechungsorgane haben diese als Teilgehalt der öffentlichen Sittlichkeit gelten lassen, mit der Begründung, dass sie ein wichtiges regulatorisches und politisches Ziel darstelle.⁵⁶⁸ Die Subsumtion eines (beliebigen) politischen oder regulatorischen Ziels unter den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit zeigt, dass der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit unter dem GATT und dem GATS weiter zu fassen ist als unter der EMRK oder dem UNO-Pakt II und damit nicht nur ideelle Prinzipien verkörpert, sondern sich auf praktische öffentliche Interessen erstreckt, denen eine gewisse Wichtigkeit zukommt.

2. Notwendigkeit der Massnahme

Das Erfordernis der Notwendigkeit der Massnahme wird hingegen gemäss der Rechtsprechung der Berufungsinstanz der WTO vergleichbar zur Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses restriktiv ausgelegt. Dieses verlangt eine vertiefte, ganzheitliche Analyse des Zusammenhangs zwischen der Massnahme und dem Schutz der öffentlichen Sittlichkeit. Dabei wird eine Reihe von Faktoren gegeneinander abgewogen. Zu diesen Faktoren gehört die *Bedeutung des gesellschaftlichen Interesses oder Wertes*, der *Beitrag der Massnahme zu dem von ihr verfolgten Ziel* und die *handelsbeschränkende Wirkung der Massnahme*.⁵⁶⁹ In den meisten Fällen muss deshalb geprüft werden, ob eine alternative weniger handelsbeschränkende Massnahme ergriffen werden könnte.⁵⁷⁰ Konkret spielt die Ausge-

⁵⁶⁸ Panel Report, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 7.335.

⁵⁶⁹ Siehe Appellate Body Reports, *Korea – Various Measures on Beef (2000)*, Ziff. 164; *US – Gambling (2005)*, Ziff. 306; *Brazil – Retreaded Tyres (2007)*, Ziff. 182; und *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 5.169.

⁵⁷⁰ Appellate Body Reports, *EC – Seal Products (2014)*, Ziff. 5.169 mit Hinweis auf Appellate Body Reports, *US – Gambling (2005)*, Ziff. 307, und *Korea – Various Measures on Beef (2000)*, Ziff. 166.

staltung der Massnahme einschliesslich ihrer Struktur und ihre erwartete Umsetzung wie auch ihr Inhalt eine Rolle.⁵⁷¹

3. Erfordernisse des Chapeaus

188 Selbst aber, wenn es dem Vertragspartner gelingt, die Notwendigkeit der Massnahme zu substantzieren, muss diese dem Chapeau von Art. XX GATT 1994 standhalten, d.h., sie darf nicht in einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung der Mitglieder resultieren. Dies mit Bezug auf die Wahrung der öffentlichen Sittlichkeit zu beweisen, ist noch keinem Vertragsstaat gelungen. Die bei der Begründung einer vorliegenden Diskriminierung hervorgebrachten Argumente der Spruchkörper der WTO sind allerdings nicht immer nachvollziehbar. So haben etwa beide Spruchkörper in *EC – Seal Products (2014)* die Inuit-Ausnahmen als Verstoss gegen den Chapeau qualifiziert, was auch als ausreichend bewertet wurde, um die gesamte Regelung, d.h. nicht etwa nur die betreffenden Ausnahmen, als gegen das GATT verstossend zu qualifizieren. Gemäss der hier vertretenen Ansicht ist es mithin nicht verständlich, weshalb die Spruchkörper ohne Einwendung den Schutz der Robben als ethische und moralische Frage innerhalb der EU gelten liessen, diese Bewertung aber nicht auch mit Bezug auf den Schutz der Lebensform der Inuit akzeptierten. Aufgrund der Tatsache, dass die umstrittene Regelung sowohl den Schutz der Robben als auch den Schutz der Lebensform der Inuit vorsah, wurde sie vielmehr als unklar, mehrdeutig und «nicht einheitlich» bewertet. Aus den Entscheidungen geht hingegen an keiner Stelle explizit hervor, dass mit einer strittigen Massnahme jeweils nur ein einziges moralisches oder ethisches Ziel verfolgt werden darf, was diese Entscheidungen im Ergebnis suggerieren.

⁵⁷¹ Report of the Appellate Body, *Colombia – Textiles (2016)*, Ziff. 5.69.

B. Vergleichendes Gesamtfazit

Die Zusammentragung der Rechtsprechung zum öffentlich-rechtlichen Begriff der öffentlichen Sittlichkeit hat gezeigt, dass dieser nicht einheitlich, sondern vielmehr heteronom ausgelegt wird, weshalb es nicht einen einzigen Massstab gibt, um diesen festzulegen. Während sich im Kern des Sittlichkeitsbegriffs die *notwendigen* Staatsgrundlagen befinden, die nicht der Abwägung zugänglich sind, umfassen periphere Sittlichkeitskonzeptionen de lege lata auch gesellschaftliche Wertvorstellungen, die *grundlegende* gesellschaftliche Werte tangieren, weshalb sie auf die Verfassung, die EMRK oder den UNO-Pakt II zurückgeführt werden müssen, doch beschränken sie sich nicht auf die unabdingbaren, d.h. *notwendigen* Staatsgrundlagen. Die notwendigen Staatsgrundlagen können nur durch ein Verhalten tangiert sein, dessen Verletzungsgrad eine derartige *Intensität* erreicht, dass sie das Fundament der rechtsstaatlichen Ordnung aus den Angeln heben. Eine solche Intensität hat das Bundesgericht im Fall der Rassendiskriminierung noch vor Erlass des Art. 261^{bis} StGB angenommen, indem es festhielt, dass sich nach «Inhalt und Form masslose Angriffe» gegen die «Angehörigen anderer Rassen oder Religionsgemeinschaften» «ungleich viel stärker auswirken» als Anfeindungen gegenüber anderen gesellschaftlichen Gruppierungen, weshalb Erstere bereits aufgrund der *ratio legis* der Grundrechte verboten sind. Periphere Sittlichkeitskonzeptionen finden sich hingegen etwa im Zusammenhang mit den programmrechtlichen Mindeststandards des RTVG. Diese sind zwar auch auf die Grundwerte der Rechtsordnung ausgerichtet, doch können sie mit anderen Grundwerten konkurrenzieren und zu diesen in Konkordanz gebracht werden. Werden etwa die sexuellen Merkmale einer Frau im Fernsehen ohne deren Einverständnis durch die Kameraführung im Rahmen der Aufzeichnung einer öffentlichen Veranstaltung besonders hervorgehoben, so mag sich dies zwar als unanständig und respektlos erweisen, doch ist die Kausalkette zwischen einer solchen Respektlosigkeit und der Entpersonifizierung von Personen, die dem weiblichen Geschlecht angehören, zu lange, um eine hinreichende Intensität für das Vorliegen einer Verletzung der *notwendigen* Staatsgrundlagen anzunehmen, weshalb diese «Verletzung» gegen andere Interessen abgewogen werden muss.

Selbst die Rechtsprechung des EGMR, die den nationalen kulturellen Gegebenheiten in den jeweiligen Vertragsstaaten einen hohen Stellenwert einräumt, zieht dies in Betracht, indem sie darauf hinweist, dass der Schutzbereich der Meinungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 EMRK) auch Informationen oder Äusserungen erfasst, die als beleidigend, schockierend oder störend empfunden werden, und nicht einzig

Ideen geschützt sind, die in einer bestimmten Gesellschaft als nicht anstössig und damit als anständig bewertet werden. Während allerdings der EGMR die kulturellen Verhältnisse im Rahmen seines *vernünftigen Massstabs* bei der Güterabwägung erneut als Argument zulässt, führt der UNO-Menschenrechtsausschuss in seinen neueren Entscheidungen vielmehr aus, dass auch das nationale Interesse der öffentlichen Sittlichkeit eng umrissen sein müsse, weshalb etwa ein Burkaverbot nicht die «Menschenwürde» schützen könne, wenn nicht genau definiert sei, wessen Würde mit einem solchen Verbot geschützt werde. Ein derartiges Verbot würde sich vielmehr als diskriminierend gegenüber Frauen auswirken, die eine bestimmte Glaubensausübung vornehmen wollten. Insofern schützt der UNO-Menschenrechtsausschuss auch anstössiges Verhalten in der Öffentlichkeit, soweit dieses nicht in einem besonders repräsentativen staatlichen Gebäude wie etwa einem Parlamentsgebäude stattfinden soll. Denn die ausserordentliche Nutzung dieser Art von Verwaltungsvermögen beurteilte der Ausschuss als nicht vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst, als eine Person, die sich in der Vergangenheit antisemitisch geäussert hatte, dieses in Anspruch nehmen wollte.

- 191 Vor diesem Hintergrund lässt sich festhalten, dass die notwendigen Staatsgrundlagen tendenziell das Diskriminierungsverbot tangieren, zumal Diskriminierungen nicht der Rechtfertigung zugänglich sind, wobei dieses nicht restriktiv ausgelegt werden kann und gegebenenfalls auch Leistungsansprüche miteinschliesst. Demgegenüber richten sich die Grundlagen des Staates auf eine generelle Gleichbehandlung, deren Verletzung weniger restriktive Gründe erfordert. Ob allerdings ein solch peripherer Sittlichkeitsbegriff, wie ihn etwa das RTVG vorsieht, ausserhalb eines besonderen Näheverhältnisses zum Staat zulässig sein kann, wird im dritten Teil dieser Abhandlung untersucht.

Teil III:

Zentrale dogmatische Fragen mit Bezug auf den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit im öffentlichen Recht

A. Vorbemerkungen

Dieser Teil nimmt insbesondere auf den ersten Teil dieser Schrift Bezug, der die positiven Rechtsquellen der öffentlichen Sittlichkeit behandelt, weshalb zunächst die dogmatische Richtigkeit der Verwendung des Sittlichkeitsbegriffs im Strafrecht und im allgemeinen öffentlichen Recht geprüft wird. Alsdann erfolgt eine rechtsdogmatische Qualifikation des Begriffs aufgrund derselben sich die Folgefrage stellt, inwiefern die öffentliche Sittlichkeit Schutzgut der polizeilichen Generalklausel bilden kann. 192

Kapitel 1: Bestimmtheitsgebot im Strafrecht und im allgemeinen öffentlichen Recht

I. Einleitende Worte

- 193 PIERRE TSCHANNEN äussert im einzigen Beitrag aus der zeitgenössischen öffentlich-rechtlichen Literatur in der Schweiz, der sich mit der öffentlichen Sittlichkeit auseinandersetzt, eine grundlegende Kritik am besagten Begriff, die sich allerdings nicht auf die Begriffe der Sittlichkeit oder der guten Sitten im Privatrecht erstreckt. Insbesondere stellt er fest, dass der Begriff nicht hinreichend bestimmt sei, um dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Legalität zu genügen und sich deshalb nicht als grundrechtskonform erweise.⁵⁷²
- 194 Wie die Darstellung der Rechtsquellen und der Rechtsprechung allerdings gezeigt hat, kommt der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit in Gesetzestexten aus diversen Rechtsgebieten vor, wodurch er auch unterschiedlichen dogmatischen Grundsätzen gerecht werden muss. So spielt es eine bedeutende Rolle, ob ein bestimmtes tatbestandliches Verhalten aufgrund der öffentlichen Sittlichkeit als Rechtsfolge innerstaatlich strafrechtlich oder verwaltungsrechtlich verboten ist oder ob der Begriff im Rahmen eines völkerrechtlichen Vertrags als Ausnahmegrund fungiert. Dies zeigt sich deutlich in der Rechtsprechung der Streitbeilegungsorgane der WTO. Werden etwa Zölle auf Schuhe erhoben oder wird die Einfuhr von Robbenwaren beschränkt, so ist ein privates Rechtssubjekt aus dem Staat, in dem die betreffende Bestimmung erlassen wurde, nicht dazu legitimiert, die Rechtmässigkeit der Norm vor den Rechtsprechungsinstanzen der WTO zu rügen. Dieses Recht wird einzig anderen Vertragsstaaten gewährt, gegenüber denen der betreffende Staat, bzw. im vorliegenden Zusammenhang die Schweiz, nicht zu rechtsstaatlichem Handeln verpflichtet ist.⁵⁷³ In diesen Fällen ist nur die Aussenwirkung der aufgrund des Rechtsguts der öffentlichen Sittlichkeit erlassenen inländischen Bestimmung gegenüber den Mitgliedstaaten des in Frage stehenden Staatsvertrags und nicht die Innenwirkung gegenüber privaten Rechtssubjekten rechtser-

⁵⁷² TSCHANNEN, Sittlichkeit, S. 564 ff.

⁵⁷³ Ein völkerrechtliches Prinzip, wonach die Grundrechte durch einen Staat auch ausserhalb seines Territoriums beachtet werden müssen, ist demgegenüber etwa für im Ausland angelegte Foltergefängnisse angenommen worden (statt vieler KELLENBERGER, S. 196 ff.).

heblich. Kommt der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit hingegen in der EMRK oder im UNO-Pakt II vor, so kann auch dieser nicht zur Rechtsunsicherheit oder Rechtsungleichheit beitragen, zumal die Übereinkommen fordern, dass dieser erst noch durch einen bestimmten nationalen Rechtssatz ausgefüllt werden muss.⁵⁷⁴ Die Rechte des Einzelnen sind damit auch in diesen Fällen nicht durch die Unbestimmtheit des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit im Staatsvertrag tangiert, denn der Einzelne kann sein Verhalten entsprechend der nationalen Bestimmung, die oftmals einen bestimmteren Wortlaut hat, ausrichten, weshalb auch die Folgen einer Missachtung der Regelung für ihn vorhersehbar sind.

Mit TSCHANNEN ist hingegen festzuhalten, dass dem Bestimmtheitsgebot eine emi- 195
nente Bedeutung zukommt, wenn gestützt auf eine unbestimmte Rechtsnorm das Verhalten von Privaten im Inland geregelt werden soll. Will der Staat sein Handeln gegenüber Privaten auf unbestimmte Gesetzesbegriffe stützen, so hat sowohl der Rechtsbegriff als Rechtsgrundlage als auch das darauf gestützte Handeln des Staates selbst den rechtsstaatlichen Grundsätzen zu genügen. Insbesondere in der kantonalen Gesetzgebung werden allerdings Konventionen oder Sitten nicht nur als Rechtsgüter bzw. öffentliche Interessen geschützt, sondern auch als Tatbestandselemente etwa in das Übertretungsstrafrecht, in Bewilligungsregime betreffend das Gastwirtschafts-, das Unterhaltungs- und das Beherbergungsgewerbe oder in Bestimmungen zum Plakataushang aufgenommen.

Ohne aber dieses Vorgehen zunächst inhaltlich zu bewerten, soll nachstehend eru- 196
iert werden, ob derart offene Rechtsbegriffe im Strafrecht und im allgemeinen öffentlichen Recht dem Bestimmtheitsgebot gerecht werden, wie diese dogmatisch zu qualifizieren sind und welche Probleme mit deren Anwendung einhergehen. Im Anschluss an diese Überlegungen soll schliesslich ex negativo eruiert werden, ob insbesondere lokale Anstandsregeln, politische Ausrichtungen oder partikular religiöse oder moralische Vorstellungen im Strafrecht und im allgemeinen öffentlichen Recht Bestandteil der öffentlichen Sittlichkeit bilden können.

⁵⁷⁴ Siehe dazu etwa Art. 2 Abs. 1 und 2 lit. c, Art. 5 Abs. 1 und 3, Art. 8 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 EMRK oder Art. 12 Abs. 3, Art. 18 Abs. 3, Art. 19 Abs. 3 lit. b, Art. 21 und Art. 22 Abs. 2 UNO-Pakt II.

II. Bestimmtheitsgebot im Strafrecht

1. Allgemeine Ausführungen

197 Will der Staat gestützt auf einen unbestimmten Rechtsbegriff eine strafrechtliche Sanktion verhängen, so stellt dies für die rechtsstaatliche Legitimationsordnung eine spezielle Herausforderung dar, denn der Maxime der grösstmöglichen Freiheitssicherung durch eine enge Umschreibung von Straftatbeständen wird dadurch nicht Folge geleistet. Zum Schutz dieser individuellen Freiheit genießt das Bestimmtheitsgebot als Teilgehalt des Legalitätsprinzips in der schweizerischen Rechtsordnung eine herausragende Bedeutung, wenn strafrechtliche Normen zur Diskussion stehen. Gemäss Art. 1 StGB⁵⁷⁵ gilt für sämtliche Strafrechtsbestimmungen:⁵⁷⁶ *nulla poena sine lege certa*, was zur Folge hat, dass jeder Straftatbestand hinreichend genau umschrieben sein muss, um als Grundlage einer Sanktion zu dienen. Der Grundsatz schafft allerdings nicht nur Rechtssicherheit, sondern trägt auch der Gleichbehandlung der Bürgerinnen und Bürger Rechnung.⁵⁷⁷ Die systematische Stellung des Bestimmtheitsgebots im ersten Artikel des Strafgesetzbuches hängt geschichtlich betrachtet nicht zuletzt mit der bis zum spätklassischen römischen Juristen Ulpian reichenden Verankerung des Grundsatzes zusammen.⁵⁷⁸ Die berühmte lateinische Formel für das allgemeine materiell-rechtliche Legalitätsprinzip (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta praevia certa stricta*), aus dem auch das heutige Bestimmtheitsgebot fliesst, geht allerdings nicht auf Ulpian, sondern auf Paul Johann Anselm von Feuerbach zurück. Erst er hat die unterschiedlichen Teilgehalte des Legalitätsprinzips im Strafrecht ausdifferenziert, wonach keine Strafe für eine Tat verhängt werden darf, wenn das Gesetz, auf das sich die Strafe stützt, nicht zum Zeitpunkt der Tat in schriftlicher Form kodiert

⁵⁷⁵ Auch im deutschen Strafgesetzbuch findet sich das Bestimmtheitsgebot in § 1 und ist selbst in Art. 103 Abs. 2 GG verankert.

⁵⁷⁶ D.h. sowohl auf Bundes- als auch auf Kantons- und Gemeindeebene (siehe BGE 96 I 28; BGE 103 Ia 96; BGE 112 Ia 112; BGE 117 Ia 489; BGE 118 Ia 318; BGE 138 IV 20).

⁵⁷⁷ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 2592.

⁵⁷⁸ HONSELL, S. 137, insb. FN 305; KLEY sieht gar erste Ansätze des Bestimmtheitsgebots im durch den babylonischen König Hammurapi ca. 1700 v.Chr. erlassenen Recht, siehe: KLEY, Volker, S. 3 ff.; a.A. KETTIGER, der vertritt, dass das Legalitätsprinzip seinen Ursprung in Art.8 der Déclaration des droits de l'homme et du citoyen von 1798 hat (KETTIGER, S. 8).

fiziert (*scripta*) Geltung beanspruchen konnte (*praevia*)⁵⁷⁹, hinreichend bestimmt war (*certa*) und auch nur auf diejenigen Fälle angewendet wird, die sich bereits aus der Norm selbst ergeben (*stricta*).⁵⁸⁰ Das allgemeine Legalitätsprinzip hat sich im Zuge der Aufklärung als die wichtigste Maxime des rechtsstaatlich legitimierten Strafrechts etabliert.⁵⁸¹ Nicht nur in der Schweiz,⁵⁸² sondern auch in Deutschland, Frankreich und Italien genießt sie heute Verfassungsrang.⁵⁸³ Daneben ist sie auch auf europäischer Ebene in Art. 7 EMRK verankert.⁵⁸⁴ In der Lehre wird mit Bezug auf das Legalitätsprinzip zwischen der Rückwirkung einerseits und dem Bestimmtheitsgebot, dem Analogieverbot sowie dem Verbot der Anwendung von Gewohnheitsrecht andererseits unterschieden. Dabei werden die letzteren Teilprinzipien als derart eng miteinander verwoben betrachtet, dass sie kaum auseinandergehalten werden können. Sie alle dienen der Begrenzung der Auslegung von Strafrechtsnormen, wobei das Bestimmtheitsgebot sowohl für das Analogieverbot als auch für das Verbot der Lückenfüllung durch Gewohnheitsrecht die Grundlage bildet.⁵⁸⁵

Mit Bezug auf die in diesem Kapitel zu diskutierenden kantonalen Übertretungstatbestände ist zudem von Bedeutung, dass theoretisch auch gesetzvertretende Verordnungen, d.h. Gesetze im materiellen Sinn als genügende Grundlage dienen können,⁵⁸⁶ die naturbedingt gegenüber formell-gesetzlichen Grundlagen an demokratischer Legitimität einbüßen. Gleichwohl dient das Bestimmtheitsgebot insbesondere der Gewaltenteilung, weshalb die rechtsanwendende Instanz ein bestimmtes Verhalten auch dann nicht unter Strafe stellen darf, wenn sich dies im Einzelfall als zweckmässig und mit der Grundidee der Bestimmung vereinbar

198

⁵⁷⁹ Das Rückwirkungsverbot ist im schweizerischen Recht in Art. 2 Abs. 1 StGB verankert.

⁵⁸⁰ POPP/BERKEMEIER, BSK StGB, Art. 1 N 1.

⁵⁸¹ WOHLERS, HK StGB, Art. 1 N 1.

⁵⁸² BGE 96 I 28; BGE 138 IV 19 f.

⁵⁸³ SEELMANN/DEMKO, § 2 N 24.

⁵⁸⁴ TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, PK StGB, Art. 1 N 1; im Gegensatz zum nationalen Recht ist sowohl in Art. 7 Abs. 2 EMRK als auch in Art. 15 Abs. 2 UNO-Pakt II anerkannt, dass Völkergewohnheitsrecht als Quelle von Strafrechtsnormen dienen kann, was mit den Nürnberger Kriegsverbrecherprozessen, anlässlich derer Personen aufgrund von Gesetzesnormen verurteilt wurden, die erst nach dem Krieg geschaffen worden waren, zusammenhängt (POPP/BERKEMEIER, BSK StGB, Art. 1 N 27).

⁵⁸⁵ COHEN, S. 23.

⁵⁸⁶ HEIMGARTNER, BSK StGB, Art. 104 N 3.

erweisen würde.⁵⁸⁷ Daraus resultiert ein Analogieverbot, das dort greift, wo sich die Analogie zum Nachteil des Täters (d.h. in *malam partem*) auswirken würde.⁵⁸⁸ Von grundlegender Bedeutung ist damit die Frage, wo die erlaubte Auslegung endet und die verbotene Analogie beginnt.⁵⁸⁹

2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

199 In Bezug auf das Bestimmtheitsgebot lässt sich zunächst festhalten, dass es in der Natur jeder generell-abstrakten Norm liegt, Begriffe zu enthalten, die an einer gewissen Unbestimmtheit leiden.⁵⁹⁰ Folglich muss gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung «das Gesetz lediglich so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann».⁵⁹¹ Für die Beurteilung der Klarheit, die die Norm auszuzeichnen hat, bestimmt das Bundesgericht darüber hinaus Kriterien wie die Schwere des Grundrechtseingriffs oder die Zahl der durch die Norm zu regelnden Sachverhalte, die Komplexität und Vorhersehbarkeit der im Einzelfall ergangenen Entscheidung, die Zahl der Normadressaten und den Umstand, dass erst durch Konkretisierung im Einzelfall

⁵⁸⁷ TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, PK StGB, Art. 1 N 3.

⁵⁸⁸ POPP/BERKEMEIER, BSK StGB, Art. 1 N 7.

⁵⁸⁹ TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, PK StGB, Art. 1 N 24. In der Lehre ist schliesslich umstritten, ob die Analogie eine extensive Auslegung darstellt oder diese beiden Begriffe voneinander unterschieden werden müssen, wodurch einzig die Analogie verboten ist, die extensive Auslegung aber erlaubt bleibt. Die unterschiedlichen Lehrmeinungen entstammen offenbar der Divergenz zwischen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Rechtsprechung des EGMR. Für ein Zusammenfallen der Begriffe sprechen sich POPP und BERKEMEIER mit Hinweis auf EGMR, Urteil vom 19. September 2008, Nr. 9174/02, Korbely v. Hungary, Ziff. 70 f., aus, wodurch sie nicht nur die Analogie, sondern auch die extensive Auslegung als verboten betrachten (POPP/BERKEMEIER, BSK StGB, Art. 1 N 31). Demgegenüber verweist COHEN auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die eine extensive Auslegung des Gesetzes auch zulasten des Beschuldigten erlaubt (COHEN, S. 18, FN 78). HONSELL will ebenfalls die extensive Auslegung im Gegensatz zur Analogie zulassen (HONSELL, S. 138 f.).

⁵⁹⁰ WOHLERS, HK StGB, Art. 1 N 8.

⁵⁹¹ BGE 119 IV 242 E. 1c; BGer Urteil 6B_345/2011 vom 17. November 2011 E. 4.1; BGer Urteil 6B_866/2016 vom 9. März 2017 E. 5.2; BGer Urteil 6B_1007/2016 vom 10. Mai 2017 E. 1.3.2; BGer Urteil 6B_1354/2017 vom 14. Juni 2018 E. 1.3.

eine sachgerechte Entscheidung möglich ist.⁵⁹² Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung steht insofern im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR, als sie insbesondere voraussetzt, dass der Einzelne seine eigene Strafbarkeit aus dem Wortlaut des Gesetzes, selbst wenn dieser sich als auslegungsbedürftig erweist, erkennen können muss.⁵⁹³

Art. 7 EMRK und Art. 15 UNO-Pakt II enthalten neben Art. 1 StGB und Art. 5 Abs. 1 BV ein Bestimmtheits- und Klarheitsgebot für gesetzliche Straftatbestände und auch sie stehen wie Art. 1 StGB und Art. 5 Abs. 1 BV einer grundsätzlichen Konkretisierung von Strafbestimmungen durch Auslegung nicht entgegen.⁵⁹⁴ Mehr noch als in anderen Rechtsgebieten bildet allerdings im Strafrecht der Wortlaut der Bestimmung den zentralen Ausgangspunkt für die Auslegung von Normen. Während aber in der Lehre vertreten wird, dass nur Verhalten mit Strafe belegt werden darf, das sich, wie dies der Gesetzestext von Art. 1 StGB verlangt, «ausdrücklich» und damit direkt aus dem Wortlaut einer niedergeschriebenen Bestimmung ergeben muss,⁵⁹⁵ wodurch dieser auch als äusserste Grenze einer möglichen Auslegung zu gelten hat,⁵⁹⁶ orientiert sich das Bundesgericht tendenziell am Sinn und Zweck des Gesetzes und gibt damit der teleologischen Auslegung den Vorrang. Immerhin verbietet es der Grundsatz *nulla poena sine lege* auch gemäss der Rechtsprechung dem Gericht, sich auf Elemente zu berufen, die das Gesetz nicht enthält und dadurch neue Straftatbestände zu schaffen.⁵⁹⁷ Solange der Sinn eines Gesetzes, der «im Wortlaut jedoch unvollkommen ausgedrückt sein kann», durch die Auslegung respektiert wird, will die herrschende Praxis folglich keine unzulässige Schaffung von neuen Normen annehmen.⁵⁹⁸ Obschon sich das Bestimmtheitsgebot an den Gesetzgeber richtet und das Verbot der strafbegründenden Analogie oder Gewohnheitsrechtsanwendung gegenüber den Rechtsanwendungs- und Rechtsprechungsinstanzen gilt, bildet sich aufgrund dieser Norm-

⁵⁹² BGE 139 I 72 E. 8.2.1; BGE 138 IV 13 E. 4.1; vgl. auch BGE 132 I 49 E. 6.2; BGE 128 I 327 E. 4.2.; alle mit Hinweisen.

⁵⁹³ POPP/BERKEMEIER, BSK StGB, Art. 1 N 50 u.a. mit Hinweis auf EGMR, Urteil vom 25. Mai 1993, Nr. 14307/88, Kokkinakis v. Greece, Ziff. 52.

⁵⁹⁴ BGE 139 I 72 E. 8.2.1; BGE 143 II 297 E. 9.3.

⁵⁹⁵ Siehe etwa GRAF, S. 126.

⁵⁹⁶ WOHLERS plädiert in diesem Zusammenhang für eine Sperrwirkung des Wortlauts, siehe: WOHLERS, S. 88, FN 44; WOHLERS, HK StGB, Art. 1 N 13; siehe auch ACKERMANN, S. 15 f.

⁵⁹⁷ BGE 103 IV 129 E. 3a m.w.H.

⁵⁹⁸ WOHLERS, HK StGB, Art. 1 N 12 u.a. unter Hinweis auf BGE 95 IV 73.

zweckrechtsprechung des Bundesgerichts damit eine fließende Grenze zwischen diesen drei Teilgehalten des Legalitätsprinzips. Nur in einzelnen Entscheiden hat das Bundesgericht zugunsten der beschuldigten Person den Wortlaut einer Bestimmung als wichtigstes Auslegungskriterium herangezogen und damit nicht der *ratio legis* den Vorzug gegeben.⁵⁹⁹

3. Kritik

- 201 Mit ACKERMANN muss allerdings festgehalten werden, dass diese Rechtsprechung eher das Bestimmtheitsgebot relativiert, als es genauer zu umschreiben.⁶⁰⁰ WOHLERS bemerkt zudem zu Recht, dass die durch das Bundesgericht grundsätzlich praktizierte Auslegung von Strafrechtsnormen nach der *ratio legis* aufgrund der mangelnden verbindlichen Kontur derselben das Risiko mit sich bringt, dass anstatt des Gesetzgebers der Richter bestimmt, welche Verhaltensweisen sich unter welchen Bedingungen als strafwürdig erweisen. Selbst wenn man versucht, die *ratio legis* einer Norm mit dem dadurch geschützten Rechtsgut gleichzusetzen, gelingt seiner Auffassung nach keine hinreichende Konkretisierung. Neben der generellen Unbestimmbarkeit des Begriffs des Rechtsguts kommt der Umstand hinzu, dass die Auslegung im Strafrecht sich nicht nur an einem Normzweck orientieren kann, weil immer strafrechtlich spezifische Gesichtspunkte, wie etwa die *Ultima-Ratio*-Funktion des Strafrechts, auch berücksichtigt werden müssen.⁶⁰¹

4. Vereinbarkeit von kantonalen Strafrechtsnormen, die öffentliche Verstösse gegen «Sitte und Anstand» sanktionieren, mit dem Bestimmtheitsgebot

4.1 Vorbemerkungen

- 202 Zentrale Problematik mit Bezug auf das Bestimmtheitsgebot im kantonalen Strafrecht bildet allerdings nicht vorwiegend die Normzweck-Rechtsprechung des Bundesgerichts, sondern der Umstand, dass das Bundesgericht als Rechtsquelle für das Legalitätsprinzip primär Art. 5 Abs. 1 BV herbeizieht und damit den Gel-

⁵⁹⁹ Siehe etwa BGE 137 IV 99 insb. E. 1.3.

⁶⁰⁰ ACKERMANN, S. 19.

⁶⁰¹ WOHLERS, S. 83 f.

tungsbereich von Art. 1 StGB auf das Bundesstrafrecht beschränkt.⁶⁰² Dadurch behandelt es kantonale Strafrechtsbestimmungen wie allgemeines kantonales öffentliches Recht, wodurch es sich der Grundsätze für das Bestimmtheitsgebot im öffentlichen Recht bedient und das Bestimmtheitsgebot nicht nur gegenüber den anderen Teilgehalten des Legalitätsprinzips, sondern im Verhältnis zu sämtlichen rechtsstaatlichen Grundsätzen als Rechtsprinzip behandelt. So wird etwa im oben skizzierten Nacktwanderer-Urteil sinngemäss festgehalten, dass an das Bestimmtheitsgebot geringere Anforderungen gestellt werden dürfen, wenn die auferlegte Busse nicht sehr hoch ist,⁶⁰³ womit das Gericht auch im Bereich des Strafrechts einen Teilgehalt des Erfordernisses der gesetzlichen Grundlage gegen die Verhältnismässigkeit i.e.S. (Abwägung zwischen den widerstrebenden privaten und öffentlichen Interessen) verrechnet und folglich implizit nicht nur das Bestimmtheitsgebot, sondern generell alle Aspekte des Legalitätsprinzips als einschränkbar erklärt.⁶⁰⁴ Diese Rechtsprechung steht gemäss der hier vertretenen Ansicht im Widerspruch zur dogmatischen Natur des Legalitätsprinzips im Strafrecht. Das strafrechtliche Legalitätsprinzip stellt nämlich eine absolute Rechtsregel dar, die aufgrund mangelnder Ausnahmeregelungen entweder befolgt oder nicht befolgt wird.⁶⁰⁵ Die Frage danach, ob gegen das Legalitätsprinzip verstossen wurde, eröffnet folglich keinen Beurteilungsspielraum, sondern ist rein nach formalen Kriterien zu bestimmen. Vor diesem Hintergrund kommt die Ausgestaltung des Legalitätsprinzips im Strafrecht als verrechenbarer Grundsatz einer Ausserkraftsetzung von Art. 1 StGB für kantonale Strafrechtsbestimmungen gleich. Art. 1 StGB entfaltet allerdings mit Bezug auf die gesamte schweizerische Rechtsordnung Geltung, zumal der Bestimmung Verfassungsrang zukommt. Als Teil der materiellen Verfassung bildet Art. 1 StGB gegenüber kantonalen Strafrechtsbestimmungen zudem übergeordnetes Recht, weshalb dieses im Konfliktfall vorgeht.

Insbesondere STEFAN MAEDER kritisiert an kantonalen Übertretungstatbeständen, die verpönte Verhalten gegen «Sitte und Anstand» unter Strafe stellen, dass diese nicht nur ein illegitimes Rechtsgut schützten, sondern Blankettnormen bildeten, die auf ausserrechtliche soziale Wertsysteme verweisen würden, wodurch die lex

⁶⁰² Vgl. BGer Urteil 6B_702/2016 vom 19. Januar 2017 E. 2.2; BGer Urteil 6B_385/2017 vom 19. Januar 2017 E. 2.2; BGer Urteil 6B_385/2008 vom 21. Juli 2008 E. 3.1.

⁶⁰³ BGE 138 IV 13 E. 4.1 ff. und 7.2.

⁶⁰⁴ Dieses Vorgehen mündet in einer Gleichsetzung des Legalitätsprinzips mit dem Willkürverbot, vgl. dazu BGer Urteil 6B_442/2010 vom 15. Juli 2010 E. 2.4.

⁶⁰⁵ Insofern ist der Begriff «Legalitätsprinzip» im Strafrecht missverständlich, zumal es sich dabei nicht um ein der Abwägung zugängliches Prinzip, sondern um eine Rechtsregel, hinter der ein Rechtsprinzip steht, handelt (ALEXY, Theorie, S. 92 f.).

weder *scripta*⁶⁰⁶ noch *certa sei*.⁶⁰⁷ Zudem werde durch solche Normen das im Strafrecht geltende Rückwirkungsverbot (*lex praevia*) sinnentleert, zumal dadurch im Nachhinein Verhalten sanktioniert werden könne, das der Gesetzgeber nicht vor Augen hatte, als er das Gesetz erliess.⁶⁰⁸ Vor diesem Hintergrund sieht MAEDER die Schwäche des Nacktwanderer-Urteils insbesondere darin, dass die traditionellen Auslegungsmethoden keine Antwort dafür bereithalten, was unter den Begriffen «Sitte und Anstand» zu verstehen ist.⁶⁰⁹ Diese Ausführungen zeigen deutlich, dass die fraglichen Bestimmungen mit dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip in Widerspruch stehen können. Allerdings soll an dieser Stelle, ohne die Frage zu beantworten, welche Rechtsgüter solche Normen schützen könnten, *ex negativo* eruiert werden, was nicht unter «Sitte und Anstand» verstanden werden kann, weil dies durch die dogmatischen Grundsätze des Strafrechts ausgeschlossen wird.

4.2 Dogmatische Qualifikation

- 204 Die Qualifizierung des Tatbestandsmerkmals «Sitte und Anstand» als Blankett-Merkmal oder als normatives Tatbestandsmerkmal ist von grundsätzlicher Bedeutung, denn die Zuordnung eines Rechtsbegriffs zur einen oder anderen formalen Kategorie schlägt sich namentlich nicht nur in der Bewertung der Auslegung der Norm und den möglichen Rechtsfolgen eines Verbotsirrtums, sondern insbesondere auch in der Berücksichtigung des Legalitätsprinzips nieder.⁶¹⁰

a Blankettstrafnormen

- 205 Blankettstrafnormen zeichnen sich dadurch aus, dass sie sich darauf beschränken, den Strafraumen festzulegen und das Blankett durch den Verweis auf andere Normen zu füllen.⁶¹¹ Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Blankett-

⁶⁰⁶ MAEDER, N 47.

⁶⁰⁷ So vor ihm WEIDENBACH, der in Bezug auf das deutsche Strafrecht bereits im Jahr 1965 feststellte, dass Normen, die «Verstösse gegen Sicherheit und Ordnung» sanktionierten, als «Blankettstrafgesetze mit freier Norm», deren Schwerpunkt in der nachgeordneten Ausfüllungsnorm liege, ohne diese gegen das Legalitätsprinzip verstossen würden, siehe WEIDENBACH, S. 95.

⁶⁰⁸ MAEDER, N 52.

⁶⁰⁹ DERSELBE, N 39 f.

⁶¹⁰ CORNELIUS, S. 20 f.

⁶¹¹ POPP/BERKEMEIER, BSK StGB, Art. 1 N 29.

strafnormen rechtlich zulässig.⁶¹² Allerdings gilt das Erfordernis der *lex stricta*, das dem Rechtsanwender verbietet, ein Gesetz auf einen Sachverhalt anzuwenden, auf den es nicht angewendet werden soll,⁶¹³ auch für die Normen, die zur Ausfüllung des Blanketts herangezogen werden.⁶¹⁴ Gleich verhält es sich mit dem Bestimmtheitsgebot.⁶¹⁵

Beispiele für Blankettstrafnormen aus dem schweizerischen Recht sind 206 Art. 90 SVG⁶¹⁶ und Art. 92 Abs. 2 SVG oder auch Art. 292 StGB. Art. 90 SVG enthält in allen Absätzen Verweise auf Verkehrsregeln des SVG und im ersten Absatz zusätzlich einen Verweis auf Regeln, die sich aus den Vollziehungsvorschriften des Bundesrats ergeben.⁶¹⁷ Hingegen verweist Art. 92 Abs. 2 SVG auf den im SVG selbst enthaltenen Art. 51 sowie auf die dazugehörigen Ausführungsbestimmungen von Art. 54 bis 56 VRV^{618, 619}. Eine weitere Variante des Verweises findet sich in Art. 292 StGB, wonach im Einzelfall ergangene Verfügungen das Blankett ausfüllen.⁶²⁰ Aus diesen drei Beispielen geht hervor, dass Verweise innerhalb eines Gesetzes möglich sind, diese sich aber auch auf Verordnungen oder gar auf Verfügungen beziehen können.⁶²¹ Zudem wird dadurch verdeutlicht, dass ein Verweis nicht unbedingt auf eine bestimmte Norm oder ein bestimmtes Norm-

⁶¹² BGer Urteil 6B_866/2016 vom 9. März 2017 E. 5.2; BGer Urteil 6B_385/2008 vom 21. Juli 2008 E. 3.2.2 mit Hinweisen; BGer Urteil 6B_967/2015 vom 22. April 2016 E. 2.3; BGer Urteil 6B_866/2016 vom 9. März 2017 E. 5.2; WOHLERS, HK StGB, Art. 1 N 9.

⁶¹³ STRATENWERTH, § 4 N 33.

⁶¹⁴ POPP/BERKEMEIER, BSK StGB, Art. 1 N 31.

⁶¹⁵ COHEN, S. 16 m.w.H.

⁶¹⁶ Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01).

⁶¹⁷ FIOLKA, BSK SVG, Art. 90 N 5.

⁶¹⁸ Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (VRV, SR 741.11).

⁶¹⁹ UNSELD, BSK SVG, Art. 92 N 18.

⁶²⁰ Keine Rolle spielt es dabei, in welchem Rechtsgebiet diese Verfügungen erlassen worden sind, TRECHSEL/VEST, PK StGB, Art. 292 N 18.

⁶²¹ Siehe zu den möglichen Ausfüllungsnormen auch WEIDENBACH, S. 9 ff. Wird auf eine Bestimmung aus demselben Gesetz verwiesen, handelt es sich also um einen Binnenverweis, so spricht man von einem unechten Blankett. Bezieht sich der Verweis hingegen auf eine Norm, die ausserhalb des entsprechenden Gesetzes verankert ist, so wird das Blankett als echtes Blankett bezeichnet; siehe: RAABE, S. 29 f.; COHEN, S. 133 f.; siehe zur Abgrenzung zwischen dem engen und dem weiten Blankettbegriff: CORNELIUS, S. 277 f.

gefüge gerichtet sein muss, d.h. ausdrücklich zu erfolgen hat, sondern sich auch konkludent aus der Bestimmung ergeben kann.⁶²²

- 207 Obschon Blankettnormen im Strafrecht eher zu vermeiden sind, zumal durch die Trennung des eigentlichen Tatbestands von der Strafandrohung die Voraussehbarkeit der zu erwartenden Strafe für ein bestimmtes Verhalten eingeschränkt wird, was rechtsstaatlich betrachtet, nicht unbedenklich ist, werden Blankettstrafnormen unterschiedliche Funktionen zugesprochen, die ihre Existenz rechtfertigen. So kommt ihnen eine Verweisungsfunktion zu, die die Handhabung des Gesetzes erleichtert, weil sie Wiederholungen im Gesetz einschränkt, wodurch etwa dessen Übersichtlichkeit und Systematik besser gewährleistet werden kann und das Gesetz als Ganzes konziser ausfällt.⁶²³ Zugleich entlasten Blankette den Gesetzgeber.⁶²⁴ Des Weiteren dienen Blankettstrafnormen dazu, Gesetze flexibler zu gestalten, da die Ausfüllungsnormen schneller ausgewechselt werden können und dadurch dringenden Bedürfnissen, wie etwa akuten Krisensituationen, zeitnah Rechnung getragen werden kann.⁶²⁵

b Deskriptive, normative Tatbestandselemente und Generalklauseln

- 208 Von den Blankettstrafnormen sind Normen, die unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten oder Generalklauseln darstellen, abzugrenzen. Die Tatbestandselemente einer Norm, d.h. die darin enthaltenen Rechtsbegriffe, können entweder eine normative oder eine deskriptive Natur aufweisen.⁶²⁶ Sowohl normative als auch deskriptive Rechtsbegriffe sind auslegungsbedürftig,⁶²⁷ doch zeichnen sich die deskriptiven Begriffe dadurch aus, dass sie sich auf reale Lebenssachverhalte beziehen, während normative Tatbestandselemente auf eine Metaebene der abstrakten Wertungen Bezug nehmen.⁶²⁸ Diese Werteebene muss nicht notwendig ethische Werte mitumfassen, sondern kann sich auch rein auf spezifisch juristische Werte beschränken. Stehen juristische Wertungen im Vordergrund, handelt

⁶²² WEIDENBACH, S. 19 f.

⁶²³ RAABE, S. 34 f.

⁶²⁴ WEIDENBACH, S. 6; RAABE, S. 36.

⁶²⁵ BGE 116 IV 258 E. 4 d. CORNELIUS sieht die Flexibilisierung gar als Hauptziel jeder strafrechtlichen Verweisung; CORNELIUS, S. 27.

⁶²⁶ Siehe für die Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen im deutschen Strafrecht, die im Gegensatz zur schweizerischen Privatrechtsdogmatik hoch umstritten ist: DERSELBE, S. 268 ff.

⁶²⁷ Urteil des BGer 6B_375/2007 vom 15. November 2007 E. 1.3.

⁶²⁸ KRAMER, S. 74 f.

es sich bei den Rechtsbegriffen um die *termini technici* des Rechts, d.h. etwa um Begriffe wie «Zugehör»⁶²⁹ oder «Wandelung»^{630, 631}. Solche Begriffe werden als normative Tatbestandselemente i.e.S. bezeichnet. Sind die Rechtsbegriffe hingegen u.a. durch gesellschaftliche Werte zu konkretisieren,⁶³² so werden sie «Wertbegriffe» oder gängiger «unbestimmte Rechtsbegriffe» genannt. Ein Beispiel für einen unbestimmten Rechtsbegriff aus dem Rechtsgebiet des Strafrechts stellt der Terminus «pornografische Schriften» in Art. 197 StGB dar.⁶³³ Liegt ein unbestimmter Rechtsbegriff im Zentrum einer Bestimmung, so handelt es sich bei der Norm gemäss KRAMER um eine «Generalklausel».⁶³⁴ Eine Legaldefinition des Begriffs «Generalklausel» existiert jedoch nicht.⁶³⁵ Der Begriff der Generalklausel bezeichnet, sowohl sehr weite als auch sehr unbestimmte Vorschriften. Unbestimmte Begriffe sind allerdings nicht notwendigerweise auch weit. Was bestimmt und was unbestimmt ist, richtet sich vielmehr nach der Verständlichkeit eines Begriffs.⁶³⁶ Begriffe wie das öffentliche Interesse, die öffentliche Ordnung oder Sittlichkeit bilden übergeordnete Begriffe, die sich durch eine hohe Abstraktion ausweisen und nicht ohne Weiteres verständlich sind, weshalb sie als Generalklauseln bezeichnet werden könnten. Generalklauseln stehen defini-

⁶²⁹ Siehe die Legaldefinition in Art. 644 Abs. 2 ZGB.

⁶³⁰ Siehe etwa Art. 205 Abs. 1 OR.

⁶³¹ KRAMER, S. 75.

⁶³² MÖLLERS, § 7 N 7, 12.

⁶³³ KRAMER, S. 77 f.

⁶³⁴ KRAMER, S. 78; CORNELIUS nimmt eine ähnliche Differenzierung zwischen normativen Rechtsbegriffen und Generalklauseln vor, indem er festhält, dass letztere einen Rechtssatz darstellen und erstere einzig dessen wesentliche Regelung umschreiben (CORNELIUS, S. 32); MÖLLERS sieht den Unterschied zwischen den unbestimmten Rechtsbegriffen und den Generalklauseln darin, dass Erstere einen Begriffskern besitzen und Letztere nicht (MÖLLERS, § 7 N 7 f.); anschaulich zur Unterscheidung zwischen Begriffskern und Begriffshof: BYDLINSKI, S. 30 ff.; siehe auch: KAMANABROU, S. 664 f., worin die Ansicht vertreten wird, dass Generalklauseln eine grössere Reichweite als unbestimmte Rechtsbegriffe besitzen und deshalb einen Rechtssatz darstellen, während unbestimmte Rechtsbegriffe unabhängig von deren Wesentlichkeit nur ein Tatbestandsmerkmal umschreiben.

⁶³⁵ Im Gegensatz zur strafrechtlichen Gesetzgebung sieht Art. 4 ZGB vor, dass Generalklauseln nach «Recht und Billigkeit» zu konkretisieren sind (BGE 123 III 110 E. 3.a; BGE 142 III 433 E. 4.5; BGer Urteil 5A_107/2013 vom 7. Juni 2013 E. 4.1; MIDDENDORF, HK ZGB, Art. 4 N 7 f.; DÜRR, ZK ZGB, Art. 4 N 24; SCHÖNENBERGER/OSER, ZK OR, Art. 20 N 29).

⁶³⁶ NOLL, S. 264 ff.

tionsgemäss in einem Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip, zumal dieses u.a. verlangt, dass der Staat sein Handeln auf eine hinreichend bestimmte Norm stützt. Im Privatrecht spielt das Legalitätsprinzip grundsätzlich keine bedeutende Rolle, weshalb sich dort eine vom öffentlichen Recht abweichende Lehre und Praxis entwickelt hat,⁶³⁷ die es dem Rechtsanwendenden erlaubt, zur Konkretisierung von Generalklauseln selbst gesetzgebend tätig zu werden.⁶³⁸ Generalklauseln geniessen dadurch im Privatrecht eine grössere Akzeptanz als im öffentlichen Recht. Allerdings ist auch ausserhalb des Strafrechts umstritten, ob Generalklauseln *nur* unter Bezugnahme auf nichtpositive Normquellen spezifiziert werden dürfen, ohne eine juristische Berichtigung zu erfahren.⁶³⁹ Eine Generalklausel findet sich im Strafrecht beispielsweise in Art. 129 StGB, wonach sich der unterlassenen Nothilfe strafbar macht, wer «skrupellos» handelt.⁶⁴⁰ Weitere strafrechtliche Generalklauseln sind etwa in Art. 18 Abs. 1 StGB (entschuldbarer Notstand) «andere hochwertige Güter»⁶⁴¹, Art. 122 Abs. 3 StGB (schwere Körperverletzung) «andere schwere Schädigung»⁶⁴² oder in Art. 264e Abs. 1 lit. c StGB «Person in schwerwiegender Weise entwürdigend oder erniedrigend behandelt»⁶⁴³ enthalten. All diesen Generalklauseln ist gemein, dass sie nicht das strafbare Verhalten bezeichnen.

c Unterscheidung zwischen Blanketten und Generalklauseln

209 Im Zentrum der Diskussion darum, ob die Sanktionierung von Verstössen gegen «Sitte und Anstand» eine Blankettstrafnorm darstellt, steht der Begriff des Verweises. Die flexibelsten Arten des Verweises sind der «dynamische Verweis» und der «indirekte Verweis», die zusammen oder getrennt vorkommen können. Der dynamische Verweis zeichnet sich dadurch aus, dass er im Gegensatz zum statischen Verweis nicht nur auf eine bestimmte Fassung einer Rechtsnorm, sondern

⁶³⁷ Vgl. SCHINDLER, Ermessen, S. 149 ff.

⁶³⁸ Diese restriktive Auffassung der Konkretisierung von Generalklauseln ist insbesondere durch KRAMER vertreten worden. Hingegen ist etwa CARONI der Auffassung, dass Generalklauseln keine «planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes» darstellen würden, weshalb ihre Auslegung nicht *modo legislatoris* zu erfolgen habe (siehe dazu unten FN 934).

⁶³⁹ Siehe dazu ausführlich unten N 359 f. und MÖLLERS, § 7 N 13 f.

⁶⁴⁰ COHEN, S. 121.

⁶⁴¹ NIGGLI/GÖHLICH, BSK StGB, Art. 18 N 5.

⁶⁴² ROTH/BERKEMEIER, BSK StGB, Art. 122 N 20.

⁶⁴³ VEST, PK StGB, Art. 264e N 3.

auf die jeweils geltende Fassung der Norm verweist.⁶⁴⁴ Bezieht sich die Verweisungsnorm zudem auf eine spezifische Bestimmung, wird von einem direkten Verweis gesprochen. Wird hingegen flächig auf ein gesamtes Normgefüge Bezug genommen, so handelt es sich um einen indirekten Verweis.⁶⁴⁵ Verweise setzen sich aus der Verweisungsnorm und dem Verweisungsobjekt zusammen.⁶⁴⁶ Sowohl Blankette als auch normative Tatbestandselemente können bei einer sehr weiten Interpretation des Verweisungsbegriffs darunter subsumiert werden.⁶⁴⁷ Sieht man die Generalklausel wie KRAMER als Unterkategorie der normativen Rechtsbegriffe und versteht sie als bezugnehmend auf eine Werteebene, so könnten auch Generalklauseln als Verweisungen auf eben diese Ebene interpretieren werden. Allerdings werden Generalklauseln im Gegensatz zu Blankettstrafnormen trotz ihrer Verweisungsfunktion⁶⁴⁸ in der Regel nicht als Verweisungsnormen bezeichnet.⁶⁴⁹ Denn obschon die indirekte Verweisung der rechtsanwendenden Instanz ein Auswahlmessen mit Bezug auf die anzuwendende Regelung einräumt und damit normativ betrachtet, einer Generalklausel gleicht,⁶⁵⁰ wird durch sie auf (allenfalls privat) erlassene Normen verwiesen.⁶⁵¹ Der Unterschied zwischen der Verweisung und der Generalklausel liegt vor diesem Hintergrund darin, dass sich der Inhalt einer Generalklausel immer erst durch die richterliche Anwendung bildet und damit stets unter dem Vorbehalt der richterlichen Kontrolle steht. Die abschließende Beurteilung des Inhalts der Generalklausel kann damit nie ohne Einbezug der sozialen Wirklichkeit erfolgen. Aufgrund der verstärkten Ergebnisoffenheit liegt der Fokus bei der Konkretisierung einer Generalklausel darüber hinaus nicht nur in der Eröffnung eines Bewertungsmaßstabs, der durch eine Einzelfallbetrachtung konkretisiert werden soll, sondern vielmehr in der Vornahme einer

⁶⁴⁴ BGE 132 III 470 E. 4.1.

⁶⁴⁵ BGE 134 I 179 E. 6.4; VG SG Urteil vom 8. Juli 2019 5.2 B 218/246.

⁶⁴⁶ CORNELIUS, S. 23.

⁶⁴⁷ DERSELBE, S. 22.

⁶⁴⁸ MÖLLERS, § 7 N 12.

⁶⁴⁹ HRUBESCH-MILLAUER, BK ZGB, Art. 4 N 149 ff. Der Begriff der Verweisung wird herkömmlich so verwendet, dass es sich sowohl bei der Verweisungsnorm als auch bei der Norm, auf die verwiesen wird, um geschriebene Rechtsnormen handelt, siehe BEAUCAMP/BEAUCAMP, S. 98 ff.; diese Interpretation des Verweises wird auch von den «Gesetzestechnischen Richtlinien des Bundes» vorgesehen, HÖFLER, S. 1, FN 1.

⁶⁵⁰ VG SG Urteil vom 8. Juli 2019 5.1 B 218/246.

⁶⁵¹ Vgl. KÖBRICH, S. 62 f.; MARTI, Aufgabenteilung, S. 1161, FN 60.

Wertung.⁶⁵² Darin liegt zugleich die gesetzestechnische Funktion jedes normativen Tatbestandselements: Das Ergebnis und nicht der Normtext steht im Zentrum der Betrachtung.⁶⁵³ Diese Funktion ist dem Blankett nicht eigen, denn dieses eröffnet zwar ebenfalls einen Bewertungsmaßstab, doch liegt der Grund dafür nicht in der grundsätzlich verstärkten ethischen Ergebnisoffenheit des Begriffs,⁶⁵⁴ sondern, wie oben bereits ausgeführt, in der Entlastung des Gesetzgebers, der Erhöhung der Übersichtlichkeit des Gesetzes sowie in der praktikabilitätsbedingten Flexibilisierung der Norm. CORNELIUS führt insofern treffend aus, dass bei Blanketten der Normtext, auf den verwiesen wird, so umschlossen werden soll, als ob er in der Verweisungsnorm selbst geschrieben stehen würde. Dieser Normtext als Verweisungsobjekt ist zugleich Träger des Sinns der Bestimmung. Der Norm soll allerdings dadurch, im Gegensatz zur Generalklausel, nicht eine neue Qualität verliehen werden.⁶⁵⁵ Nach dem Gesagten bildet nur das (echte) Blankett und nicht die Generalklausel eine Verweisung, zumal nur dieses effektiv auf eine ausserhalb der Ausgangsnorm angesiedelte Vorschrift verweist, während es in der Natur der Generalklausel liegt, dass deren Konkretisierung den wechselnden Wertehorizont miteinbezieht.

d Zwischenfazit

- 210 Vor diesem Hintergrund stellt sich zunächst die Frage, ob der Terminus «Sitte und Anstand» in einer Bestimmung des kantonalen Strafrechts trotz dessen traditioneller Umschreibung als Verweisung auf gesellschaftliche Werte ein Blankett oder eine Generalklausel darstellt. Wird der Fokus darauf gerichtet, weshalb Vorschriften, die «Verstöße gegen Sitte und Anstand» sanktionieren, in das kantonale Strafrecht aufgenommen werden, so liegt der Grund dafür offensichtlich darin, dass lokale, kulturell gewachsene Vorstellungen über sittlich konformes und anständiges Verhalten in das Recht aufgenommen werden sollen. Die regionalen Unterschiede bilden denn auch den Dreh- und Angelpunkt der föderalistischen «margin of appreciation»-Rechtsprechung des Bundesgerichts.⁶⁵⁶ Diese Klauseln werden damit weder aus Systematisierungs- oder Übersichtlichkeitsgründen ins Gesetz integriert, noch hängt die durch sie gewährleistete Flexibilisierung damit

⁶⁵² Siehe dazu unten N 359 und CORNELIUS, S. 32 f.; im Privatrecht wird Blankett anders definiert (HRUBESCH-MILLAUER, BK ZGB, Art. 4 N 162 f.).

⁶⁵³ CORNELIUS, S. 282.

⁶⁵⁴ Siehe RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 182.

⁶⁵⁵ CORNELIUS, S. 288 f.

⁶⁵⁶ Siehe dazu oben N 83.

zusammen, dass auf veränderte tatsächliche Gegebenheiten zeitnah reagiert werden können soll. Die Weite und die Vagheit der Begriffe ist vielmehr darauf zurückzuführen, dass durch sie möglichst vielen gesellschaftlichen Wertvorstellungen Rechnung getragen werden kann, ohne dass der Normtext einer Anpassung bedarf. In diesem Sinn ist das Begriffspaar «Sitte und Anstand» in grossem Masse wertausfüllungsbedürftig und stellt eine klassische Generalklausel dar.

Allerdings ist die Frage danach, ob die Begriffe «Sitte und Anstand» eine strafrechtliche Generalklausel bilden, von derjenigen abzugrenzen, ob die Einsetzung einer Generalklausel zur Umschreibung eines strafbaren Verhaltens aufgrund der Rechtssicherheit, der Rechtsgleichheit und der Gewaltenteilung gerechtfertigt sein kann. Insbesondere unter Berücksichtigung der Gewaltenteilung ist MAEDER darin beizupflichten, dass jede strafrechtliche Bestimmung dem Parlamentsvorbehalt unterliegt, weshalb ein spezifisches Verhalten, das nicht bereits durch das Parlament beim Erlass der Norm als strafbar umschrieben wurde, nicht im Nachhinein durch den Rechtsanwender unter Strafe gestellt werden kann, ansonsten er eine unzulässige Rechtsfortbildung betreiben würde.⁶⁵⁷ Speziell im Gebiet des Strafrechts ist deshalb, um dem Bestimmtheitsgebot Rechnung zu tragen, eine hohe Normdichte unerlässlich,⁶⁵⁸ die sich auf die konkrete Bezeichnung des verpönten Verhaltens konzentriert. Wird vor diesem Hintergrund neben dem Legalitätsprinzip in toto auch das Bestimmtheitsgebot entgegen der bundesgerichtlichen Normzweck-Rechtsprechung als Rechtsregel interpretiert, die keiner Abwägung unterliegt und damit nur entweder befolgt oder nicht befolgt werden kann, so können generalklauselartige Umschreibungen des strafbaren Verhaltens diese Regel nie erfüllen, weshalb Bestimmungen, die Verstösse gegen «Sitte und Anstand» sanktionieren, bei einer restriktiven Interpretation des Bestimmtheitsgebots nicht zulässig sind.⁶⁵⁹ 211

⁶⁵⁷ A.A. HAFNER/ZURKINDEN/REIMANN, S. 375 f.

⁶⁵⁸ KRAMER, S. 81.

⁶⁵⁹ Auch STRATENWERTH vertritt die Ansicht, dass unbestimmte Strafvorschriften, insbesondere wenn die Unbestimmtheit sich auf das mit Strafe bedrohte Verhalten bezieht, verboten sein sollten (STRATENWERTH, § 4 N 15).

4.3 Bestimmtheitsgebot v. Analogieverbot mit Bezug auf kantonale Strafrechtsbestimmungen, die öffentliche Verstösse gegen «Sitte und Anstand» sanktionieren

a Potenzielles Unrechtsbewusstsein als elementare Voraussetzung des Verschuldens

- 212 Das schuld begründende Unrechtsbewusstsein um die Rechtswidrigkeit der Tat bildet eine grundlegende Voraussetzung dafür, dass das Individuum bestraft werden kann. Allerdings wird dafür nicht vorausgesetzt, dass der Einzelne konkret Kenntnis der betreffenden Norm hatte, noch dass er genau wusste, dass die begangene Tat mit Strafe bedroht ist.⁶⁶⁰ Die Annahme, dass das fragliche Verhalten «Unrecht» darstellt (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre), reicht vielmehr für die Begründung der Strafbarkeit aus.⁶⁶¹ Das Wissen um die Sittenwidrigkeit, die moralische Verwerflichkeit oder die Sozialschädlichkeit der Tat vermag dieses Unrechtsbewusstsein nicht zu ersetzen.⁶⁶² Die Parallelwertung in der Laiensphäre wird zwar durch der Strafrechtsordnung zugrunde liegende soziale Normen erleichtert, doch kann das (potenzielle) Empfinden generell etwas moralisch Verwerfliches zu tun, im Gegensatz zum (potenziellen) Bewusstsein, eine rechtswidrige Tat zu begehen, nicht schuld- und letztlich strafbegründend wirken.⁶⁶³

b Erkennbarkeit des Unrechtsgehalts der Tat als Erfordernis des potenziellen Unrechtsbewusstseins

- 213 Dieses Unrechtsbewusstsein kann indes auch nicht potenziell gebildet werden, wenn die Erkennbarkeit des Unrechtsgehalts der im Einzelfall begangenen Tat nicht gegeben ist. Wie bereits mehrfach ausgeführt, bildet das Bestimmtheitsgebot einen Garanten für diese Erkennbarkeit, denn wenn die Norm zu vage formuliert ist, kann der Einzelne aus ihr nicht herauslesen, ob ein bestimmtes Verhalten mit Strafe bedroht ist.⁶⁶⁴ Allerdings wirkt nicht nur das Bestimmtheitsgebot, sondern auch das Analogieverbot in *malam partem* der mangelnden Erkennbarkeit des

⁶⁶⁰ DERSELBE, § 11 N 5.

⁶⁶¹ TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, PK StGB, Art. 1 N 4.

⁶⁶² NIGGL/MAEDER, BSK StGB, Art. 1 N 14; siehe auch STRATENWERTH, § 11 N 44.

⁶⁶³ MÜLLER/UHLMANN, S. 322; vor der Änderung von Art. 197 Ziff. 3 aStGB, als pornografische Darstellungen mit menschlichen Ausscheidungen noch als harte Pornografie eingestuft wurden, hatte das Bundesgericht hingegen ausgeführt, dass der «Widerspruch zu den ethischen, sittlichen Wertvorstellungen weiter Kreise» ein starkes Indiz für das potenzielle Unrechtsbewusstsein darstelle (BGE 128 IV 201 E. 2).

⁶⁶⁴ KESHELAVA, S. 124.

Unrechtsgehalts einer Handlung entgegen.⁶⁶⁵ Insofern könnte in Übereinstimmung mit dem BGER und dem EGMR argumentiert werden, dass es im Rahmen der Erkennbarkeit des Unrechts keine entscheidende Rolle spielt, ob die Verschleierung des Unrechtsgehalts auf die fehlerhafte Rechtssetzung oder die fehlerhafte Rechtsanwendung zurückzuführen ist, weshalb die geforderte Freiheitssicherung der Bürger, die durch einen ungenügenden Wortlaut nicht erreicht worden ist, durch eine restriktive Auslegung desselben wettgemacht werden könnte, zumal beide Teilgehalte des Legalitätsprinzips den Schutz des Individuums vor Bestrafung ohne Schuld bezwecken. Diesem Grundsatz muss losgelöst von der Frage, ob das dahinterstehende Rechtsgut generell betrachtet, ein legitimes oder illegitimes Rechtsgut darstellt, zum Durchbruch verholfen werden.

c Teleologische Reduktion von kantonalen Übertretungsstrafbestimmungen, die Verstöße gegen «Sitte und Anstand» sanktionieren?

Infolgedessen ist zu eruieren, ob die teleologische Reduktion, die das Gegenstück 214 der Analogie bildet, im Strafrecht zur Auslegung von überschüssenden Tatbestandsmerkmalen wie einem Verstoß gegen «Sitte und Anstand» herangezogen werden kann, um der Norm klare Konturen zu verleihen. Die durch diese Generalklausel vorausgesetzte Rechtsfortbildung könnte so eventuell in enge Bahnen geleitet werden, damit die Vorhersehbarkeit der Sanktion gewährleistet wäre.

Die teleologische Reduktion ist eine einengende Form der Auslegung, die den 215 Wortlaut einer Bestimmung begrenzt, sodass Verhalten, das prinzipiell darunter subsumiert werden könnte, aber nicht vom Gesetzeszweck erfasst wird, ausgeklammert werden kann.⁶⁶⁶ Im Gegensatz zum richterlichen Analogieschluss in *malam partem*, der die Grenzen der im Strafrecht zulässigen Auslegung sprengt, könnte man der teleologischen Reduktion eines Tatbestandsmerkmals entgegenhalten, dass sie eine Auslegung *contra legem* darstellt, die in einer Billigkeitsjurisprudenz resultiert.⁶⁶⁷ Dieser Einwand muss ernst genommen werden, zumal das Bestimmtheitsgebot nicht nur der Rechtssicherheit, sondern auch der Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen dient. Massgebend für die Entscheidung, ob die teleologische Reduktion im Strafrecht angewendet wer-

⁶⁶⁵ Auch der EGMR fokussiert seine Argumentation nicht auf die Untersuchung der Strafnorm an sich, sondern auf die Vorhersehbarkeit der Strafe für den Täter, siehe: POPP/BERKEMEIER, BSK StGB, Art. 1 N 50.

⁶⁶⁶ REIMER, Methodenlehre, N 614; BYDLINSKI, S. 95; KRAMER, S. 250 ff.

⁶⁶⁷ BYDLINSKI, S. 96; HONSELL, S. 131 ff.

den kann, ist damit das Resultat der Abwägung zwischen dem Gleichbehandlungsgebot und dem Prinzip der vorrangigen Behandlung der milderen Strafe. Wird der h.L. gefolgt, so ist das letztere Prinzip schwerer zu gewichten. Für die Anwendung der Rechtsfigur der teleologischen Reduktion im Strafrecht spricht deshalb, dass weitgehend Einigkeit darüber besteht, dass das Analogieverbot nur die Strafbegründung und die Strafverschärfung betrifft, d.h. einzig eine Analogie in *malam partem* verboten ist.⁶⁶⁸ Mit Bezug auf den erlaubten Beizug von Gewohnheitsrecht bei der Konkretisierung von bestehenden gesetzlichen Straftatbeständen⁶⁶⁹ lässt sich ebenfalls festhalten, dass diese nur neue Strafaufhebungsgründe schaffen oder allgemeine Strafbarkeitsvoraussetzungen einschränken darf, also in *bonam partem* (zugunsten des Täters) erfolgen muss.⁶⁷⁰ Damit soll sich das Gericht auch nur in Fällen der Lückenfüllung durch strafverschärfendes Gewohnheitsrecht nicht von Moral und Gewohnheit leiten lassen. Einer Auslegung im Einklang mit der *ratio legis* des Gesetzes, die entsprechend der Anwendung der teleologischen Reduktion im Strafrecht dem freiheitssichernden Gedanken der Bestimmung Rechnung trägt, kann folglich nicht vorgeworfen werden, dass sie eine Auslegung *contra legem* darstellt. In der Strafrechtslehre wird im Einklang mit dieser Überlegung eine richterliche Rechtsschöpfung zur Einschränkung von Strafrechtsnormen erlaubt.⁶⁷¹ Auch der EGMR will jede richterliche Rechtsfortbildung einer Strafnorm dann gestatten, wenn sie sich im Kernbereich der Norm bewegt und sich hierdurch für einen möglicherweise Betroffenen als vernünftigerweise vorausschubar erweist.⁶⁷²

- 216 Somit kann festgehalten werden, dass eine teleologische Reduktion eines kantonalen Straftatbestands, der Verstösse gegen «Sitte und Anstand» sanktioniert, mit der im Strafrecht geltenden Dogmatik vereinbart werden könnte, solange aus

⁶⁶⁸ COEN hebt allerdings hervor, dass das Bundesgericht im Rahmen der sinngemässen Auslegung den Analogieschluss zulässt. Einzig die Schliessung von Gesetzeslücken zulasten der beschuldigten Person soll untersagt bleiben (COHEN, S. 19 mit Hinweis auf BGE 103 IV 129, 130).

⁶⁶⁹ WOHLERS, HK StGB, Art. 1 N 4.

⁶⁷⁰ POPP/BERKEMEIER, BSK StGB, Art. 1 N 24; gemäss der Auffassung von HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 12, setzt die Bildung von Gewohnheitsrecht im öffentlichen Recht generell voraus, dass dieses auch der Rechtsüberzeugung der betroffenen Bürger entspricht, wodurch in *malam partem* herbeigezogene Auffassungen nicht einmal Gewohnheitsrecht konstituieren würden.

⁶⁷¹ POPP/BERKEMEIER, BSK StGB, Art. 1 N 7.

⁶⁷² Etwa EGMR, Urteil vom 19. September 2008, Nr. 9174/02, Korbely v. Hungary, Ziff. 70 f.; HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, HK EMRK, Art. 7 N 17.

dem Gewohnheitsrecht stammende oder durch Analogie gewonnene Parameter, die sich im Rahmen der *ratio legis* der Bestimmung bewegten und sich zugunsten des Täters auswirkten, rechtsfortbildend herangezogen würden. Mit Bezug auf die hier zu untersuchenden Normen, die einen derart weiten Wortlaut wie «Sitte und Anstand» aufweisen, ist allerdings fraglich, ob eine Auslegung zugunsten des Täters überhaupt möglich ist, zumal die Vorhersehbarkeit der Sanktion gerade bei der richterlichen Rechtsfortbildung gewahrt sein muss. Wird zudem in Betracht gezogen, dass in der privatrechtlichen Literatur teilweise auch die auslegende Rechtsprechung *modo legislatoris* zu erfolgen hat, weil eine dogmatische Identität zwischen der Lückenfüllung und der Auslegung einer Generalklausel angenommen wird,⁶⁷³ sodass die bereits ergangene Rechtsprechung selbst stets eine Rechtsfortbildung darstellt, kann diese nicht zur Konkretisierung der Norm herangezogen werden, wenn sie in einem Nachteil für den Täter resultieren würde.

Obschon sich die Rechtsprechung des Kunstgriffs bedient, dass eine «laienhafte 217 Annahme etwas Verbotenes zu tun» genügt, um die Erkennbarkeit des Unrechtgehalts einer Bestimmung zu gewährleisten, stellt sich damit die Frage, ob insbesondere eine auswärtige, d.h. ortsfremde Person unter Androhung einer Strafe rechtlich dazu verpflichtet werden kann, lokale Sitten und Anstandsregeln zu kennen. Denn selbst wenn sich die rechtsanwende Instanz auf den Standpunkt stellen sollte, dass nicht die Verletzung jeder Anstandsregel geahndet wird, sondern nur «schwere» Verstösse – wie etwa das Verrichten der Notdurft in der Öffentlichkeit – mit Busse bedroht sind, so ist insbesondere für den ortsfremden Betroffenen gleichwohl allein aus der Norm heraus nicht vorhersehbar, um welche Verhaltensweisen es sich dabei konkret handelt.

Wird etwa der Gesetzestext von Art. 19 StG AR, nach dem eine Person gebüsst 218 wird, die «öffentlich Sitte und Anstand grob verletzt», mit dem demjenigen des vormaligen § 31 Abs. 1 aÜStG BS⁶⁷⁴, wonach «grober Unfug» in der Öffentlichkeit

⁶⁷³ Dazu N 354.

⁶⁷⁴ Übertretungsstrafgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 15. Juni 1978 in der Fassung vom 3. Juni 2017. In der gegenwärtigen Version vom 13. Februar 2019 des ÜStG BS (SG 253.100) lautet § 3 Abs. 1: «Mit Busse wird bestraft, wer durch ihr oder sein Verhalten (...) die öffentliche Sicherheit, Ruhe und Ordnung ernsthaft stört, ohne dass eine andere strafbare Handlung vorliegt.» Obschon die Streichung des Begriffs des «Unfugs» grundsätzlich zu begrüssen ist, zumal dieser sich im Recht als systemfremd erweist, hat die Gesetzesrevision keine Veränderung der Rechtslage herbeigeführt. Diese Regelung stellt weiterhin keine Verweisung auf andere bestimmtere Straftatbestände dar, zumal aus ihrem Wortlaut ausdrücklich hervorgeht, dass sie eine Generalklausel bildet, die dann zur Anwendung kommen soll, wenn keine «andere strafbare

mit Busse bestraft wurde, verglichen, so konnte das nackte Wandern, Baden oder der Geschlechtsverkehr in der Öffentlichkeit unter den Wortlaut beider Bestimmungen subsumiert werden. Während sich aber der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt auf den Standpunkt stellte, dass auf dem Kantonsgebiet weder das Nacktbaden noch der einvernehmliche Geschlechtsverkehr in der Öffentlichkeit strafbar sind,⁶⁷⁵ vertritt die Standeskommission des Kantons Appenzell A. Rh. die Auffassung, dass das Nacktwandern aufgrund der genannten kantonalen Bestimmung strafbedroht ist.⁶⁷⁶ Aus diesem Vergleich wird deutlich, dass in städtischen Kantonen sehr ähnlich lautende Normen grundlegend anders interpretiert werden können als in ländlichen Gebieten.

- 219 Die Voraussehbarkeit der Bestrafung könnte folglich bei Strafrechtsnormen, die Verstöße gegen Sitte und Anstand sanktionieren, nur unter der Prämisse einer homogenen Gesellschaft, in der alle Gesellschaftsmitglieder die gleichen Moral- und Anstandsvorstellungen teilen, gewährleistet werden. Eine solche Gesellschaft existiert jedoch nicht bzw. erweist sich als lebensfremde Fiktion, weshalb sich offene Strafnormen, die durch kulturelle und ortsübliche Gewohnheiten konkretisiert werden müssen, insbesondere für orts- oder kulturfremde Täter immer als strafverschärfend erweisen. Vor diesem Hintergrund können Strafrechtsbestimmungen, die auf die Sitten und den Anstand Bezug nehmen, selbst bei der Annahme der Zulässigkeit der teleologischen Reduktion im Strafrecht, nicht in *bonam partem* teleologisch reduziert werden, weshalb die mangelnde Einhaltung des Bestimmtheitsgebots nicht durch eine restriktive Auslegung aufgewogen werden kann.

Handlung» vorliegt. Insofern ist sie weiterhin unter Anwendung eines restriktiv interpretierten Bestimmtheitsgebots per definitionem als unzulässiges «Blankettstrafgesetz mit freier Norm ohne Ausfüllungsnorm» oder eben in der hier verwendeten Terminologie als Generalklausel zu bezeichnen, die zur Umschreibung des strafbaren Verhaltens unzulässig ist, siehe dazu oben FN 659.

⁶⁷⁵ RRB JSD/P135441 vom 21. Januar 2014 (abrufbar unter <https://www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100377/000000377294.pdf> [besucht am 9. Juli 2023]).

⁶⁷⁶ Vgl. Ziff. 8 der Botschaft der Standeskommission AI, S. 4. Das hier vollzogene Denkbeispiel könnte mit zahlreichen Normen durchgespielt werden (etwa mit § 16 PoIV AG, der ebenfalls den «Unfug» strafrechtlich sanktioniert). Allerdings könnte Art. 19 StG AR, der im Fliesstext als Beispiel verwendet wurde, auch als «echtes Blankett» bezeichnet werden, zumal Ziff. 1.9 f. VOB AI die Verrichtung der Notdurft und das Sich-nackte-Aufhalten in der Öffentlichkeit explizit als bussenbedroht bezeichnet (oben FN 55).

4.4 Fazit

Wie im Zwischenfazit zur dogmatischen Qualifikation bereits festgehalten wurde, können Rechtssätze, die gemäss ihrem Normtext Verstösse gegen «Sitte und Anstand» oder Ähnliches als strafbares Verhalten sanktionieren, einem strikt interpretierten Bestimmtheitsgebot nicht genügen, weshalb sie bei einer m.E. nach korrekten Interpretation des Bestimmtheitsgebots im Strafrecht nicht zulässig sind. Wird das Bestimmtheitsgebot nicht als Rechtsregel interpretiert und eine fließende Grenze zum Analogieverbot angenommen, so genügt auch dieser Schritt nicht, damit solche Bestimmungen dem Legalitätsprinzip im Strafrecht Folge leisten. 220

III. Das Bestimmtheitsgebot im Staats- und Verwaltungsrecht

1. Ausgangslage insbesondere im kantonalen Recht

Das Gesetzmässigkeitsprinzip bildet auch im allgemeinen öffentlichen Recht eine zentrale Maxime des Rechtsstaates.⁶⁷⁷ Vergleichbar mit dem «*nulla poena sine lege (scripta)*»-Erfordernis im Strafrecht dient es einerseits der Wahrung der rechtlichen Freiheit der Bürger und damit der Rechtssicherheit und andererseits der Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen. Zudem legitimiert es das staatliche Handeln in demokratischer Hinsicht.⁶⁷⁸ Das Legalitätsprinzip setzt sich aus dem Erfordernis des Rechtssatzes und demjenigen der Gesetzesform zusammen. Letzteres bezieht sich auf die Normstufe und ist in diesem Zusammenhang von untergeordneter Bedeutung. Denn wenn der Staat sein Handeln auf unbestimmte Gesetzesbegriffe stützt, wird das Erfordernis des Rechtssatzes eingeschränkt, zumal dieses voraussetzt, dass staatliche Handlungen auf einer genügend bestimmten, generell-abstrakten Regelung beruhen müssen.⁶⁷⁹ 221

Wie aus dem ersten Teil dieser Abhandlung hervorgeht, sehen zahlreiche insbesondere kantonale öffentlich-rechtliche Bestimmungen solche Einschränkungen zugunsten der «öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» oder der Wahrung der 222

⁶⁷⁷ KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 41.

⁶⁷⁸ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 396 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 58 und 1198 ff.

⁶⁷⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 329 ff.; UHLMANN/FLEISCHMANN, S. 12.

«(guten) Sitten und des Anstandes» vor. Diese vorwiegend kantonalen sittenpolizeilichen Vorschriften existieren mit Bezug auf das Verfahren vor staatlichen Instanzen, in Sonderstatusverhältnissen oder für Personen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Darüber hinaus sind sie in Benutzungsordnungen von Strafanstalten oder Schulgebäuden enthalten. Des Weiteren werden in gewissen Kantonen Gast- oder Unterhaltungsbetriebe mit sittlichen Geboten oder Verboten belegt oder «öffentliche» Plakataushänge sittlich reguliert. Im Kanton Appenzell I. Rh. dürfen zudem weder «öffentliche» Aufführungen noch «öffentliche» Schaustellungen die guten Sitten verletzen. Die hier genannten Beispiele können in zwei Kategorien eingeteilt werden, wobei das entscheidende Kriterium zur Zuweisung einer bestimmten Regelung zu einer der beiden Kategorien die vorliegende Nähe zum Staat⁶⁸⁰ bildet.

1.1 *Gemeinwesen als Tendenzbetrieb*

- 223 Regelt eine Gesetzesbestimmung ein «besonderes Näheverhältnis zum Staat», so kann das Gemeinwesen selbst als Tendenzbetrieb verstanden werden, das eine ideelle Orientierung besitzt, die es gegebenenfalls dazu ermächtigt, verstärkt in die individuelle Freiheit einzugreifen.⁶⁸¹ Für die Bestimmung dieser zusätzlichen Beschränkungsmöglichkeiten spielt es eine Rolle, wie das Näheverhältnis zustande gekommen ist, d.h. insbesondere, ob der damit verbundene Grundrechtsverzicht freiwillig eingegangen wurde.⁶⁸² Zudem erweist es sich als massgebend, ob die betreffende Rechtsbeziehung von einer Tendenzrelevanz gekennzeichnet ist, d.h. namentlich den «Staat» repräsentiert.

⁶⁸⁰ Mit dem Begriff «Staat» sind hier die staatlichen Organisationsstrukturen gemeint. Die berühmte JELLINEKSCHÉ Formel, wonach der Staat sich aus dem Staatsgebiet, dem Staatsvolk und der Staatsgewalt zusammensetzt, ist für die hiesigen Zwecke damit zu weit gefasst (siehe dazu JELLINEK, S. 394 ff.).

⁶⁸¹ Mit Bezug auf das Dienstverhältnis SCHIBLI, S. 57 ff.

⁶⁸² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 452; siehe zur Freiwilligkeit auch BGE 129 I 161 E. 2.2 und zur unterschiedlichen Statusberücksichtigung von Schülern und Personen, die sich aufgrund der «Begehung von Delikten in Unfreiheit befinden» im Rahmen der Interessenabwägung BGE 129 I 74 E. 6.4.

Die hinreichende Nähe kann dadurch gegeben sein, dass Verwaltungsvermögen 224 durch Private benutzt wird. Benutzungsordnungen von etwa Strafanstalten, Friedhöfen oder Schulen können vor diesem Hintergrund die Grundrechte u.U. verstärkt einschränken,⁶⁸³ was insbesondere dann gelten muss, wenn eine ausserordentliche Nutzung zur Rede steht,⁶⁸⁴ die weder bereits vorgesehen noch üblich ist.⁶⁸⁵ Ordentliche Benützer der Anstaltssachen repräsentieren jedoch in der Regel den Staat nicht, weshalb die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nur im Zusammenhang mit leichten Grundrechtseingriffen, die sich in vorhersehbarer Weise aus

⁶⁸³ Schulordnungen bzw. Kleiderordnungen an Schulen dürfen etwa den Schülerinnen und Schülern bzw. Erziehungsberechtigten bestimmte Pflichten auferlegen, doch haben diese dem Erfordernis der Gesetzesform zu genügen (BGer Urteil 2C 794/2012 vom 11. Juli 2013 E. 5.4 ff.; BGE 142 I 49 E. 7 ff.; VG GR Urteil U15 23 vom 12. Juli 2016 E. 4/e). Vgl. auch RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1211 ff.; zudem HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 450 ff.

⁶⁸⁴ Siehe dazu auch die Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses, die mit Bezug auf die ausserordentliche Nutzung des nationalen Parlamentsgebäudes keinen Grundrechtsanspruch anerkannt hat (N 154) und WIEDERKEHR, N 143.

⁶⁸⁵ Ist die ausserordentliche Nutzung allerdings weder vorgesehen noch üblich, so besteht auch in diesem Zusammenhang ähnlich wie beim gesteigerten Gemeingebrauch ein bedingter Anspruch: BGE 138 I 274 E. 2.2.2 und 2.3.1 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2219a; a.A. sind STÖCKLI/JOLLER, S. 494, die davon ausgehen, dass ein bedingter Grundrechtsanspruch auch dann besteht, wenn eine ausserordentliche Nutzung nicht vorgesehen ist.

der besonderen Rechtsbeziehung ergeben, herabgestuft werden können.⁶⁸⁶ Diese Ordnungen genügen denn auch oft dem Legalitätsprinzip nicht.⁶⁸⁷

- 225 Die «besondere Nähe» kann damit insbesondere auch darin bestehen, dass eine Person in einem Dienstverhältnis zum Staat steht oder öffentliche Aufgaben wahrnimmt und folglich eine Repräsentationsfunktion innehat. Auch in diesem Zusammenhang gehen leichte Grundrechtsbeschränkungen mit tieferen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage, sowohl hinsichtlich deren Normdichte als auch deren Normstufe, einher.⁶⁸⁸ Schwere Grundrechtseingriffe, die nicht vom Zweck der Rechtsbeziehung gedeckt sind und sich dadurch als weniger vorhersehbar erweisen, müssen hingegen stets mindestens in einem formellen Gesetz geregelt sein.⁶⁸⁹ Die zusätzlichen Einschränkungsmöglichkeiten bestehen dann namentlich in den geringeren Anforderungen an das Erfordernis des Rechtssatzes und dem damit einhergehenden Bestimmtheitsgebot. Im Kontext des öffentlichen Dienstverhältnisses reichen somit in der Regel bereits generalklauselartige, d.h. offene

⁶⁸⁶ Inhaltlich betrachtet, ist hingegen eine unterschiedliche Beurteilung der Rechtslage aufgrund der Zwecksetzung der Anstalt möglich. In der jüngeren Vergangenheit sorgte eine Kleidervorschrift im Kanton Genf für mediales Echo, die vorsah, dass Schülerinnen und Schüler bei «nicht angemessener Kleidung» ein überdimensioniertes T-Shirt anziehen mussten (BAZ vom 1. Oktober 2020, S. 4). Das T-Shirt und ähnliche Praktiken wurden aufgrund einer Protestwelle der Schülerinnen im Kanton Waadt durch die kantonale Erziehungsdirektion verboten (BAZ vom 6. Oktober 2020, S. 5). Auch das basellandschaftliche Amt für Volksschulen (AVS) hat im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde entschieden, dass zahlreiche Kleidervorschriften für Schülerinnen und Schüler einen unzulässigen Eingriff in das Recht der persönlichen Freiheit darstellen würden. Hingegen dürfe Kleidung, die sexistisch, rassistisch oder gewaltverherrlichend sei, verboten werden (BAZ vom 22. Oktober 2021, S. 18). In seiner Stellungnahme vertrat der Regierungsrat zudem, dass der Schule im Einzelfall Ermessen mit Bezug auf die Kleiderordnung zukomme (BAZ vom 17. September 2021, S. 23). Der Auffassung des AVS, wonach an Schulen sexistische, rassistische oder gewaltverherrlichende Kleidung verboten werden darf, wird hier gefolgt, zumal die Zwecksetzung der Schule in gewisser Hinsicht auch Kinder und Jugendliche in ihrer Entwicklung zu sozial verantwortlichen Personen unterstützt (EHRENZELLER, S. 2215). Anders sind sexistische, rassistische oder gewaltverherrlichende Aussagen an einem Stadttheater zu beurteilen (vgl. BGer Urteil 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010 E. 4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2219c).

⁶⁸⁷ Siehe dazu etwa die bundesgerichtliche Entscheidung im Fall des Genfer Kopftuchverbots, aus der hervorgeht, dass dieses weder dem Erfordernis des Rechtssatzes noch demjenigen der Gesetzesform zu genügen vermochte (BGE 139 I 280 E. 5.3.1 ff.).

⁶⁸⁸ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1173; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2005 ff. und 2041; ZÜRCHER, S. 319 f.; BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, S. 546.

⁶⁸⁹ MÜLLER, Markus, Rechtsverhältnis, S. 42.

Formulierungen, aus, um dem Erfordernis des Rechtssatzes gerecht zu werden, wodurch die gesetzliche Verankerung der allgemeinen Treuepflicht als gesetzliche Grundlage genügt. Hat die betroffene Person eine repräsentative, leitende und/oder hoheitliche Funktion inne, können die Freiheitseinschränkungen weitergehen, was sich insbesondere darin zeigt, dass auch freizeitleiche Aktivitäten im Rahmen der dienstlichen Treuepflicht mitberücksichtigt werden dürfen.⁶⁹⁰ Allerdings ist eine Unvereinbarkeit des Freizeitverhaltens mit der Treuepflicht grundsätzlich erst dann gegeben, wenn eine wesentliche Dienstpflicht verletzt wird oder die Gefahr des Missbrauchs der Dienstposition besteht.⁶⁹¹

Für Personen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, kann eine analoge Differenzierung mit Bezug auf die Tendenzrelevanz ihrer Aufgabe getroffen werden. Dabei ist jedoch stets zu beachten, dass aufgrund der mangelnden Arbeitsbeziehung nicht ein Subordinationsverhältnis zum Staat eingegangen wurde und sich die Beschränkung nur auf die Ausführung der tendenzrelevanten Tätigkeit erstrecken kann. Das Bundesgericht hat etwa die notarielle öffentliche Beurkundung als eine solche «amtliche, hoheitliche Tätigkeit» qualifiziert.⁶⁹² 226

Wichtig ist es jedoch, darauf hinzuweisen, dass sowohl Personen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, als auch solche, die in einem Dienstverhältnis zum Staat stehen, weiterhin in den Genuss ihrer Grundrechte kommen⁶⁹³ und die staatliche Tendenz nicht auf eine politische, religiöse oder kulturelle Ausrichtung, sondern auf die Grundrechtsbindung und insbesondere die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates gerichtet ist.⁶⁹⁴ Insofern erfordert ihre Loyalitätspflicht 227

⁶⁹⁰ HAFNER/BRAUN, S. 313 f.; insofern gelten etwa für Staatsangestellte gemäss Art. 10 Abs. 2 EMRK und Art. 19 Abs. 3 UNO-Pakt II im Rahmen der Wahrnehmung der Meinungsfreiheit «special duties and responsibilities». Siehe dazu oben aus der Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses die Entscheidung *Ross v. Canada*, in der die Position des Schullehrers als tendenzrelevant qualifiziert wurde (N 153) und statt vieler EGMR, Urteil vom 8. Dezember 1999, Nr. 28541/95, *Pellegrin v. France*, Ziff. 64 ff.

⁶⁹¹ MÜLLER, Markus, S. 65, FN 195 unter Bezugnahme auf BGE 99 Ib 126 E. 6.

⁶⁹² BGE 128 I 280 E. 3; siehe dazu auch RÜTSCHKE, Aufgaben, S. 157.

⁶⁹³ Siehe das Urteil des VG ZH zur ungerechtfertigten fristlosen Entlassung eines Angestellten der Kantonspolizei Zürich aufgrund seiner freizeitleichen Mitarbeit an einem Film, der «exzessive» Gewalt darstellte (VG ZH Urteil VB.2019.00597 vom 13. Februar 2020 E. 4.3.3; vgl. auch BGer Urteil 8C_242/2020 vom 9. September 2020).

⁶⁹⁴ HAFNER/BRAUN, S. 303; die staatliche Tendenz zur Grundrechtsbindung und religiösen und weltanschaulichen Neutralität kann es denn auch rechtfertigen, dass einer Zivilstandsbeamtin, die sich aufgrund ihrer religiösen Überzeugung weigert, ein homose-

nicht nur eine Beachtung der notwendigen Staatsgrundlagen, sondern auch der generellen Grundlagen des Staates, die auf die Gleichheit der Rechtsunterworfenen gerichtet sind, wobei diese Gleichheit nicht als Uniformität verstanden werden darf, sondern die Anerkennung des Anderen als Anderen erfordert. Insofern dürfen sich diese Personen etwa gegenüber Dritten gegebenenfalls nicht «rassistisch» äussern, obschon «rassistische» Äusserungen grundsätzlich nicht strafrechtlich verboten sind.⁶⁹⁵ Hingegen sind Regelungen, wie diejenige im Kanton Uri, die Notare und Notarinnen bei ihrer Vereidigung dazu verpflichtet, auf die «lieben Heiligen» und «Gott» zu schwören,⁶⁹⁶ eindeutig unzulässig, zumal sie gegen die negative Religionsfreiheit verstossen,⁶⁹⁷ weshalb sich auch keinerlei religiöse Loyalitätspflichten daraus begründen lassen.

1.2 Kein besonderes Näheverhältnis zum Staat

- 228 Liegt hingegen kein besonderes Näheverhältnis zum Staat vor, weil die Sittlichkeitsvorschriften etwa öffentliche Sachen im Gemeingebrauch tangieren, existiert selbst im Rahmen des gesteigerten Gemeingebrauchs ein bedingter, aber zugleich «voller» grundrechtlicher Anspruch, der keinen ideellen Vorbehalt zulässt.⁶⁹⁸ Infolgedessen kann etwa die Nichterteilung der Bewilligung für Plakatwerbung auf öffentlichem Grund nur aufgrund des uneingeschränkten Vorliegens der in Art. 36 BV verankerten Voraussetzungen gerechtfertigt werden.⁶⁹⁹ Gleich verhält es sich, wenn Regelungen zu Gast- oder Unterhaltungsbetrieben zur Diskussion stehen oder generell «öffentliche» Aufführungen oder Schaustellungen sittlich reguliert

xuelles Paar zu trauen, keine Ausnahmeregelung gewährt wird, weil die Güterabwägung zugunsten der staatlichen Tendenz ausfällt (EGMR, Urteil vom 15. Januar 2013, Nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10, *Eweida and others v. the United Kingdom*, Ziff. 102 ff.).

⁶⁹⁵ Siehe unten N 449.

⁶⁹⁶ Siehe oben N 34.

⁶⁹⁷ MALINVERNI/FLÜCKIGER/HERTIG RANDALL/HOTTELIER, N 524 ff.; ENGI, Neutralität, S. 160 ff. In der Lehre wird sogar vertreten, dass die äussere negative Religionsfreiheit zum Kerngehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit zählen sollte (PAHUD DE MORTANGES, BSK BV, Art. 15 N 110).

⁶⁹⁸ Siehe dazu etwa den im Fall des SBB-Verbots eines antiisraelischen Plakats ergangene BGE 138 I 274, aber auch BGE 107 Ia 226 E. 4. Rechtsprechungsänderungen gegenüber BGE 87 I 268 E. 3/d; auf eine *bestimmte* Art der Nutzung im schlichten Gemeingebrauch besteht hingegen kein Anspruch, der über den Gleichbehandlungsanspruch hinausgeht (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2258).

⁶⁹⁹ DIESELBEN, N 2287 und insb. N 2294 ff.

werden, zumal diejenigen Personen, die einen Gast- oder Unterhaltungsbetrieb führen oder etwas «öffentlich» aufführen oder zur Schau stellen möchten, keinen (freiwilligen) Grundrechtsverzicht eingegangen sind. Der frühere Strafrechtsbegriff der Öffentlichkeit kann insofern die individuelle rechtliche Freiheit nicht mehr beschränken.⁷⁰⁰ Vor diesem Hintergrund konfliktieren insbesondere diejenigen Bestimmungen, die kein Näheverhältnis zum Staat regeln, mit dem Bestimmtheitsgebot im öffentlichen Recht, zumal in diesem Bereich keine herabgestuften Anforderungen an das Erfordernis des Rechtssatzes gestellt werden dürfen.

2. Definition des Bestimmtheitsgebots in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Das Erfordernis des Rechtssatzes ist nicht nur Teil des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV), sondern es nimmt auch im Rahmen der Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs im Zusammenhang mit der Prüfung der hinreichenden gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) eine massgebende Rolle ein.⁷⁰¹ Der Rechtssatz, d.h. die generell-abstrakte Regelung muss, gleich wie im Strafrecht, so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit voraussehen kann,⁷⁰² zumal auch im allgemeinen öffentlichen Recht das Bestimmtheitsgebot durch die Gewährleistung der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit des staatlichen Handelns einen Garanten der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung der Bürger bildet,⁷⁰³ solange diese keine Gleichbehandlung im Unrecht fordern.⁷⁰⁴ Darüber hinaus verkörpert das Gebot der genügenden Bestimmtheit auch hier den Grundsatz der Gewaltenteilung.⁷⁰⁵ Die Schutzfunktionen des Bestimmtheitsgebots im Kontext von Art. 36 Abs. 1

⁷⁰⁰ Siehe oben N 14.

⁷⁰¹ Insofern ist Art. 36 Abs. 1 gleichbedeutend mit Art. 5 Abs. 1 BV (TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 428).

⁷⁰² SCHWEIZER/KREBS, SGK BV, Art. 36 N 24; BGE 124 I 203 E. 2b; BGE 124 I 40 E. 3b; BGE 115 Ia 277 E. 7a; BGE 133 I 110 E. 6.1; BGE 146 I 11 E. 3.1.2; BGE 144 I 126 E. 6.1; BGE 143 II 162 E. 3.2.1; je mit weiteren Hinweisen.

⁷⁰³ Vgl. BGE 136 I 87 E. 3.1; BGE 135 I 169 E. 5.4.1; BGE 132 I 49 E. 6.2; je mit Hinweisen.

⁷⁰⁴ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1862.

⁷⁰⁵ BGE 141 V 509 E. 7.1.1.

BV unterscheiden sich insofern nicht von denjenigen des allgemeinen Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV).⁷⁰⁶

3. Relativierende Konkretisierung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

- 230 Art. 36 BV lässt in seiner Struktur bereits eine Prüfungsordnung der unterschiedlichen Rechtfertigungsmerkmale eines Grundrechtseingriffs erkennen. So wird im Regelfall, wenn keine Kerngehaltsverletzung (Abs. 4) in Frage steht, als Erstes die gesetzliche Grundlage (Abs. 1), dann das Vorliegen eines öffentlichen Interesses sowie die Wahrung Grundrechte Dritter (Abs. 2) und schliesslich die Verhältnismässigkeit (Abs. 3) der Massnahme geprüft. Mit Ausnahme der Kerngehaltsverletzung, die die Möglichkeit der Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs ausschliesst, besteht keine Hierarchie zwischen den unterschiedlichen Erfordernissen, zumal jede Voraussetzung für sich genommen unabdingbar, aber nicht hinreichend für das Vorliegen der Rechtfertigung ist. Das Bundesgericht will allerdings die einzelnen Rechtfertigungserfordernisse nicht gesondert betrachten, sondern diese, bei gegenseitig vorliegenden «Mängeln», im Sinne einer Gesamtschau gegeneinander abwägen und dementsprechend eine restriktivere oder offener Interpretation der einzelnen Merkmale vornehmen.⁷⁰⁷ Dies hat insbesondere auch Auswirkungen auf das Bestimmtheitsgebot. So hat das Bundesgericht etwa in einem früheren Entscheid bereits festgehalten, dass die Einhaltung der Verfahrensgrundsätze und die besondere Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit bis zu einem gewissen Masse die Unbestimmtheit von Bestimmungen aufzuwiegen vermögen.⁷⁰⁸
- 231 Darüber hinaus geht aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung explizit hervor, dass selbst bei einer hinreichend bestimmten Regelung diese entgegen ihrem klaren Wortlaut ausgelegt werden darf, wenn «triftige Gründe» dafürsprechen, dass der Gesetzgeber ihren Wortlaut nicht gewollt haben kann oder sich die Sachlage seit Erlass der Bestimmung derart gewandelt hat, dass sich eine

⁷⁰⁶ AEMISEGGER, S. 41 f.

⁷⁰⁷ SCHWEIZER/KREBS, SGK BV, Art. 36 N 17.

⁷⁰⁸ AEMISEGGER, S. 38 f.; BGE 136 I 87 E. 3.1; BGE 140 I 353 E. 8.7; BGE 128 I 327 E. 4.2. Siehe auch BGE 143 I 310 E. 3.3.3, in dem explizit festgehalten wurde, dass der Verhältnismässigkeitsprüfung ein besonderes Gewicht zukommt, wenn die gesetzliche Grundlage nur knapp genügt.

durch den Gesetzgeber vorgesehene Auslegung und Anwendung als «rechtsmissbräuchlich» erweisen würde.⁷⁰⁹

Das Bestimmtheitsgebot bildet mithin de lege lata im allgemeinen öffentlichen Recht *grundsätzlich* ein verrechenbares Prinzip und keine absolute Rechtsregel.⁷¹⁰ 232

4. Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Das Bundesgericht hält in ständiger Rechtsprechung fest, dass die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot «(...) unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab[hängen]». ⁷¹¹ Diese Kriterien, die in Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR⁷¹² für den Umgang mit unbestimmten Regelungen formuliert worden sind, unterscheiden sich nicht von der Normzweck-Rechtsprechung des Bundesgerichts im Strafrecht.⁷¹³ Da allerdings im allgemeinen öffentlichen Recht das strikte *nulla poena sine lege*-Prinzip nicht gilt und dementsprechend die sich am Wortlaut orientierende grammatikalische Auslegung nur eine unter den anerkannten Auslegungsmethoden bildet,⁷¹⁴ ist die Normzweck-Rechtsprechung im allgemeinen öffentlichen Recht nicht in gleichem 233

⁷⁰⁹ Wyss, Legalitätsprinzip, S. 78 unter Hinweis auf BGE 133 III 257 E. 2.4.

⁷¹⁰ Siehe auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 403 ff.

⁷¹¹ BGE 141 I 201 E. 4.1; siehe auch BGE 139 II 243 E. 10; BGE 139 I 280 E. 5.1.; BGE 136 I 87 E. 3.1; BGE 135 I 169 E. 5.4.1; BGE 132 I 49 E. 6.2; BGE 128 I 327 E. 4.2; BGE 143 II 162 E. 3.2.1; BGE 144 I 126 E. 6.1; je mit weiteren Nachweisen.

⁷¹² Auch im allgemeinen öffentlichen Recht konzentriert sich die Rechtsprechung des EGMR auf die Vorhersehbarkeit der Folgen eines bestimmten privaten Verhaltens: EGMR, Urteil vom 25. März 1998, Nr. 23224/94, Kopp v. Switzerland, Ziff. 64; EGMR, Urteil vom 16. Februar 2000, Nr. 27798/95, Amann v. Switzerland, Ziff. 56; EGMR, Urteil vom 4. Dezember 2008, Nr. 30562/04 und 30566/04, S. and Marper v. the United Kingdom, Ziff. 95; EGMR, Urteil vom 4. Juni 2013, Nr. 7841/08 und 57900/12, Peruzzo and Martens v. Germany, Ziff. 35.

⁷¹³ Siehe oben N 200.

⁷¹⁴ Etwa KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 121 ff.

Masse wie im Strafrecht als problematisch zu beurteilen, obschon ihr auch hier eine grundrechtshemmende Wirkung zukommen kann.⁷¹⁵

- 234 Im Rahmen der Prüfung einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage im Einzelfall kann vor diesem Hintergrund die Schwere des Grundrechtseingriffs nicht nur Auswirkungen auf das Erfordernis der Gesetzesform, sondern auch auf dasjenige des Rechtssatzes haben. So hat das Bundesgericht ebenfalls in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EGMR festgehalten, dass beim Vorliegen eines schweren Eingriffs in das Recht der Persönlichkeit an das Bestimmtheitsgebot besonders strenge Anforderungen zu stellen sind.⁷¹⁶ Einen solch schweren Eingriff hat es bisher etwa im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit von Aufzeichnungen der automatischen Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung sowie der Überwachung von IV-Bezüglern festgestellt.⁷¹⁷ In diesen Fällen soll es sich gemäss der Rechtsprechung nicht als ausreichend erweisen, dass der Staat gestützt auf eine genügend bestimmte Norm tätig wird. Vielmehr muss etwa mit Bezug auf die Verkehrsüberwachung die Erfassung und Aufbewahrung, die Löschung und der Verwendungszweck der Daten sowie der Umfang derselben durch ein sog. Schutzkonzept geregelt sein, das ebenfalls dem Bestimmtheitsgebot genügt.⁷¹⁸ In einem

⁷¹⁵ Siehe zum «chilling effect» unten N 243.

⁷¹⁶ BGE 141 I 201 E. 4.6.

⁷¹⁷ Interessant ist, dass die Überwachung des Individuums durch den Staat im deutschen Rechtskreis als ein derart schwerer Eingriff in das Recht der Persönlichkeit beurteilt worden ist, dass mit Bezug auf das viel zitierte sog. «Abhörurteil» (BVerfGE 30, 1 [25 f.]) die Einschränkung der Objektformel, die das Individuum vor Instrumentalisierung schützt, durch die Rechtsprechung vertreten wurde (so in der Konsequenz MAHLMANN, Elemente, 190 ff.; RÜTSCHKE, Ungeboren, S. 298; ENDERS, Menschenwürde, S. 4; a.A. ALEXY, Theorie, S. 96, der postuliert, dass ein weiter Ermessensspielraum durch die Formulierung «verächtliche Behandlung» eröffnet worden sei, der es dem Gericht erlaube, im Einzelfall zu entscheiden, ob die Menschenwürde tangiert sei oder nicht).

⁷¹⁸ BGE 146 I 11 E. 3.3.1. Siehe auch EGMR, Urteil vom 4. Dezember 2008, Nr. 30562/04 und 30566/04, S. and Marper v. the United Kingdom, Ziff. 98 ff. Im Zusammenhang mit der Erhebung von Daten über IV-Bezüglern hat die Aktenführung, die Aufbewahrung, die Bearbeitung und die Bekanntgabe der Personendaten sowie die Dauer der Observation, das Verfahren der Anordnung und die zulässigen Observationsumstände im Gesetz selbst klar und detailliert festgelegt zu sein (BGE 143 I 377 E. 4), was eine Rechtsprechungsänderung gegenüber BGE 137 I 327 darstellt. Die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zur Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten von Telekommunikationsvorgängen, d.h. der äusseren Daten und nicht des Inhalts der Telekommunikation, braucht hingegen nicht die spezifisch zu erfassenden Randdaten aufzulisten (BGE 144 I 126 E. 6.2).

solchen Zusammenhang kann mithin nicht mehr davon ausgegangen werden, dass das Bestimmtheitsgebot *nur* ein Rechtsprinzip darstellt, zumal das komplette Ausbleiben eines Schutzkonzepts eine Regelverletzung darstellen würde, die einen kategorischen Verstoss gegen das Bestimmtheitsgebot nach sich ziehen würde.

Die Normzweck-Rechtsprechung kann jedoch nicht nur in erhöhten, sondern auch 235 in herabgestuften Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot münden. So können Bestimmungen, die sehr technische Regelungen enthalten oder stark voneinander abweichende Sachverhalte erfassen sollen, aufgrund eines gesteigerten Flexibilisierungsinteresses vager formuliert werden. Allerdings hält das Bundesgericht fest, dass die rechtsanwendende Instanz auch in diesen Fällen nicht dazu befugt ist, die «wesentlichen Wertungen» zu treffen,⁷¹⁹ weshalb wichtige Regelungsbereiche nicht den direkt-demokratischen Einwirkungsmöglichkeiten entzogen werden dürfen, zumal zwischen Art. 36 Abs. 1 BV und Art. 164 BV eine enge Verbindung besteht.⁷²⁰

Solange allerdings die «wesentlichen Wertungen» im Gesetz selbst stehen, sieht 236 die Rechtsprechung zur Gewährleistung der Vorausssehbarkeit der behördlichen Entscheidungen die *Verordnungsgebung* und die *Praxis der Behörden* – gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Zulässigkeit einer Gesetzesdelegation an die Exekutive (Art. 164 Abs. 2 BV) – vor:

«Erweisen sich offene Formulierungen als unverzichtbar, kann es sodann erforderlich sein, die entsprechende Unschärfe des Gesetzes durch flankierende Massnahmen zu kompensieren. Dazu können etwa besondere Mechanismen dienen, die Transparenz dazu schaffen, wie die rechtsanwendenden Behörden die Bestimmung verstehen und anzuwenden gedenken, und welche die Normadressaten auf geeignete Weise wahrnehmen können.»⁷²¹

In diesem Sinn kann zur Stärkung der Interessen der Rechtssicherheit und der 237 Gleichbehandlung der Spielraum in der Rechtsanwendung verkleinert und die Gerichts- und Behördenpraxis vereinheitlicht werden.⁷²² Zudem schliesst der Prozess der Verordnungsgebung oft eine Vernehmlassung und eine parlamentarische Konsultation mit ein, was in einer höheren demokratischen Legitimation der Rechtsanwendung resultiert.⁷²³

⁷¹⁹ BGE 143 II 162 E. 3.2.1, BGE 146 I 70 E. 6.2.2 und BGE 141 I 201 E. 4.1.

⁷²⁰ BGE 143 I 253 E. 6.1.

⁷²¹ Zitat stammt aus BGE 136 II 304 E. 7.6.

⁷²² MÜLLER/UHLMANN, N 255.

⁷²³ DIESELBEN, N 481.

5. Fazit

5.1 *Mangelnde Vorhersehbarkeit*

- 238 Wie bereits festgestellt wurde, sind die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot im Näheverhältnis zum Staat grundsätzlich geringer als beim Vorliegen eines vollen Anspruchs auf die Ausübung der Grundrechte, wobei in diesem Zusammenhang unterschiedliche Konstellationen denkbar sind, weshalb die Rechtslage nicht pauschal beurteilt werden kann. Allerdings ist auch im Rahmen eines besonderen Rechtsverhältnisses zum Staat die Auslegung des Sittlichkeitsbegriffs durch *reine* Anstandsregeln nicht möglich, zumal die staatliche Tendenz auf die Grundrechtsbindung und insbesondere die religiöse und weltanschauliche Neutralität gerichtet ist.⁷²⁴ Insofern können nur solche sittlichen Wertungen, die sich auch nach einer inhaltlichen Prüfung des Sittlichkeitsbegriffs als verfassungskonform erweisen, Teil des Sittlichkeitsbegriffs bilden.⁷²⁵
- 239 Ist kein besonders nahes Verhältnis zum Staat gegeben, muss das Bestimmtheitsgebot als Ausfluss des Erfordernisses des Rechtssatzes hingegen stets voll berücksichtigt werden, weshalb die uneingeschränkte Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des staatlichen Handelns zu gewährleisten ist. Entsprechend den abschliessenden Ausführungen zum Bestimmtheitsgebot im Strafrecht lässt sich allerdings auch mit Bezug auf das allgemeine öffentliche Recht festhalten, dass für den einzelnen Bürger nicht ohne Weiteres vorhersehbar ist, worin die «Wahrung der Sittlichkeit» im Verfahren, in Gast-, Unterhaltungsbetrieben oder in der Plakatwerbung bestehen soll bzw. welcher Massstab für eine solche Beurteilung massgebend ist.
- 240 Wird zur Beantwortung dieser Frage auf die gegenwärtige Rechtsprechung zur öffentlichen Sittlichkeit rekurriert, so bilden sowohl die «Empfindungen des lokal sozialisierten Durchschnittsmenschen» als auch die «notwendigen Grundlagen des Staates» diesen Massstab. Werden diese beiden Begriffe *de lege lata* separat betrachtet, so kann ein Lebenssachverhalt entweder unter den ersten Begriff der Durchschnittsempfindungen oder unter den zweiten Begriff der Staatsgrundlagen subsumiert werden, zumal die beiden Begriffe nicht deckungsgleich sind. Das Spektrum der Sachverhalte, die unter diesen «Massstab» subsumiert werden können, ist dadurch so breit, dass die Berechenbarkeit von Verboten und Auflagen, die

⁷²⁴ Oben N 227.

⁷²⁵ Unten N 351 ff.

die Freiheitsrechte aufgrund der «öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» oder des «Anstandes und der guten Sitten» beschränken, nicht gewährleistet werden kann.

5.2 Überlegungen im Zusammenhang mit der Normzweck-Rechtsprechung des Bundesgerichts

Wie die oben zitierte Rechtsprechung allerdings zeigt, bildet die Voraussehbarkeit der staatlichen Handlungen nur einen von vielen Faktoren, die gegeneinander abgewogen werden, um die Einhaltung des Bestimmtheitsgebots im Einzelfall festzustellen. Während allerdings bei einem schweren Grundrechtseingriff höhere Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot gestellt werden dürfen, kann es ein besonderes Flexibilisierungsinteresse, das darin besteht, dass «stark voneinander abweichende Sachverhalte durch die Regelung erfasst werden sollen», rechtfertigen, die Normdichte des Rechtssatzes an einem geringeren Massstab zu messen. 241

a Flexibilisierungsinteresse?

Befürworter einer Regelung, wie etwa derjenigen im Kanton Appenzell I. Rh., wonach «öffentliche Aufführungen und öffentliche Schaustellungen weder gegen die guten Sitten noch die religiösen Gefühle verstossen, noch die öffentliche (...) Ordnung (...) gefährden dürfen»,⁷²⁶ könnten sich auf den Standpunkt stellen, dass aufgrund der zeitlichen Wandelbarkeit der guten Sitten, der religiösen Gefühle und der öffentlichen Ordnung die Offenheit dieser Bestimmung von einem Flexibilisierungsinteresse getragen ist, dem Rechtsanwendenden zu ermöglichen, ohne eine vorangehende Anpassung der Bestimmung durch den Gesetzgeber dem veränderten Wertehorizont Rechnung zu tragen. Diese «wichtige Wertung» ergebe sich zudem bereits aus Art. 22 Abs. 2 lit. c HGPG AI selbst, zumal der Gesetzgebende durch Aufnahme der unbestimmten Begriffe in den Gesetzestext dem Rechtsanwendenden einen Ermessensspielraum eingeräumt habe.⁷²⁷ Die voranstehend referierte Antisemitismus-Entscheidung aus dem Jahr 1932 könnte diese Argumentation bekräftigen, zumal im Jahr 1932 Art. 261^{bis} StGB noch nicht in Kraft war und das nationalsozialistische Propagandablatt nur aufgrund der Sittlichkeitsbestimmung im kantonalen Gewerbepolizeirecht verboten werden konnte. Wie zahlreiche Dokumente zeigen, war damit zu diesem Zeitpunkt in der Geschichte 242

⁷²⁶ Art. 22 Abs. 2 lit. c HGPG AI.

⁷²⁷ Siehe zum Begriff des Ermessens unten N 253 ff.

das Recht der Gesellschaft voraus.⁷²⁸ Wird von der Prämisse ausgegangen, dass auch heute das Rechtssystem nicht «vollständig» ist, was sich aber erst in Zukunft zeigen wird, so könnte argumentiert werden, dass diese Normen zwar im Rahmen ihrer Auslegung teleologisch auf die «notwendigen Staatsgrundlagen» reduziert werden müssten,⁷²⁹ sich indes als notwendig für die Staatsgemeinschaft erweisen.

b «Chilling effect»

- 243 Wird allerdings die schwere des Grundrechtseingriffs bei der Beurteilung des sehr weiten und sehr vagen Normtexts dieser Regelung mitberücksichtigt, rechtfertigen die gravierenden Auswirkungen auf die Grundrechtsadressaten nicht nur keine geringeren Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot, sondern verlangen vielmehr eine striktere Prüfung desselben. In diesem Zusammenhang ist die Doktrin des «chilling effect» von zentraler Bedeutung, wonach sich eine Bestimmung insbesondere aufgrund ihrer Unbestimmtheit und der sich daraus ergebenden zu weitreichenden Anwendbarkeit derselben als verfassungswidrige mittelbare Grundrechtseinschränkung erweisen kann, die den Einzelnen darin hemmt, seine Grundrechte wahrzunehmen.⁷³⁰ In einem älteren Entscheid, der die hier behandelte Thematik betrifft, hat das Bundesgericht denn auch einen solchen «chilling effect» implizit angenommen. Zur Diskussion stand dabei eine Ordnungsbusse, die einem Anwalt aufgrund von «unanständigem Benehmen gegen das Gericht» auferlegt worden war. Das Gericht prüfte die Verfassungsmässigkeit der angewandten Bestimmung zwar nicht, doch stellte es fest, dass auch unbegründete Kritik geäussert werden dürfe, ohne dass diese als «anstandslos» sanktioniert werde.⁷³¹ Kritische Äusserungen bilden damit einen wichtigen Bestandteil der Demokratie, weshalb auch anstössige Meinungen einen grundrechtlichen Schutz geniessen.⁷³² Eine gesetzliche Regelung, die durch ihre weitreichende freiheitsbe-

⁷²⁸ Siehe dazu etwa die Entdeckung der antisemitischen Karteikarten über jüdische Besucher eines Nobelhotels im Unterengadin NZZ vom 3. April 2021 (abrufbar unter <https://magazin.nzz.ch/kultur/die-geheime-gaestekartei-des-grandhotel-waldhaus-in-vulpera-ld.1609860?reduced=true> [besucht am 9. Juli 2023]).

⁷²⁹ Siehe zur teleologischen Reduktion N 215.

⁷³⁰ SCHREIBER/JOSS, S. 528 ff.; CUENI, Satire, S. 182; HERTIG, BSK BV, Art. 16 N 40; MÜLLER/SCHEFER, S. 376 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1564 f.

⁷³¹ BGE 96 I 525 E. 3.

⁷³² BGE 131 IV 23 E. 3.1; SCHREIBER/JOSS, S. 534.

schränkende Wirkung suggeriert, dass dem nicht so sei, widerspricht damit höher-rangigem Recht.⁷³³

Bestimmungen, die «öffentliche» Plakataushänge oder Aufführungen sittlich regulieren sowie Verfahrensteilnehmer oder Gast-, Unterhaltungs- oder Spiellokale mit sittlichen Auflagen belegen, genügen vor diesem Hintergrund dem Bestimmtheitsgebot nicht,⁷³⁴ weshalb diese Bestimmungen hinreichend detailliert umschreiben müssen, welche Verhaltens- oder Ausdrucksweisen verboten sind. Ex negativo kann damit festgehalten werden, dass Gesetzesnormen, die in einem sittenpolizeilichen Sinn gesellschaftliche Anstandsregeln schützen und nicht ein besonderes Näheverhältnis zum Staat betreffen, auch im allgemeinen öffentlichen Recht nicht Teil eines rechtlich geschützten Sittlichkeitsbegriffs bilden können. 244

⁷³³ Siehe dazu oben *Müller and others v. Switzerland* in N 111 und *Ross v. Canada*, N 154.

⁷³⁴ Sollten in diesem Zusammenhang aber Formulierungen wie «Sitte und Anstand» als unverzichtbar gewertet werden, so sind zumindest auf dem Weg der Verordnungsgebung Ausführungsbestimmungen zu erlassen, die diese Regelungen konkretisieren.

Kapitel 2: Dogmatische Einordnung der Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit im öffentlichen Recht

I. Einleitende Bemerkungen

1. Öffentliche Sittlichkeit als Teilaspekt der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Interesses

245 Wie die Ausführungen zu den Rechtsquellen gezeigt haben, wird der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit in den nationalen Texten des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht als alleinstehender Begriff verwendet, sondern kommt vielmehr in Verbindung mit demjenigen der öffentlichen Ordnung vor. Rein aufgrund der separaten Auflistung der beiden Begriffe könnte argumentiert werden, dass diesen ein unterschiedlicher Bedeutungsgehalt zuzuweisen ist, zumal der Gesetzgebende nicht zwei unterschiedliche Begriffe verwendet hätte, wenn diese nicht auch verschieden ausgelegt werden sollten. Die Darstellung der nationalen Rechtsprechung zur öffentlichen Sittlichkeit hat demgegenüber ergeben, dass das Bundesgericht den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit als Unterkategorie der öffentlichen Ordnung versteht, wobei der Begriff der öffentlichen Ordnung nicht mehr nur als absoluter Vorbehalt interpretiert wird, sondern in ein öffentliches Interesse umgedeutet wurde, das der Verrechnung mit gegebenenfalls widerstrebenden Interessen zugänglich ist. In gewisser Hinsicht können die Begriffe der öffentlichen Ordnung, der Sittlichkeit und des öffentlichen Interesses im öffentlichen Recht deshalb synonym verstanden werden.⁷³⁵ In dieser Abhandlung sollen damit auch sittliche Aspekte, die unter den Begriffen der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Interesses abgehandelt werden, Berücksichtigung finden.

⁷³⁵ In der deutschen Rechtslehre wird in diesem Sinn teilweise vertreten, dass der mit dem Begriff der öffentlichen Sittlichkeit vergleichbare Terminus des Sittengesetzes im mit dem schweizerischen Begriff der öffentlichen Ordnung korrelierenden Begriff der «verfassungsmässigen Ordnung» aufginge (WITTECK, S. 24, FN 59).

2. Gesetzesbegriff und Rechtsgut

Vor dem Hintergrund des voranstehenden Kapitels ist der *spezialgesetzliche* 246 *Begriff* der «öffentlichen Sittlichkeit» zu unbestimmt, um ein tatbestandliches Verhalten im Strafrecht zu umschreiben oder – soweit der Eingriff nicht ein besonderes Näheverhältnis zum Staat betrifft – als gesetzliche Grundlage im Rahmen der Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs zu dienen. Dies muss mutatis mutandis auch auf den Begriff der öffentlichen Ordnung zutreffen. Hingegen gestaltet sich die Rechtslage anders, wenn die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit ein besonderes Näheverhältnis zum Staat tangieren oder der Begriff der Sittlichkeit als öffentliches Interesse fungiert, dass durch Ausfüllungsnormen konkretisiert werden muss. Da sich in diesem letzteren Zusammenhang der Gesetzesbegriff der öffentlichen Sittlichkeit nicht bereits aufgrund seiner Unbestimmtheit als unzulässig erweist, wird er nachstehend rechtsdogmatisch qualifiziert.

Gleichzeitig soll in diesem Kapitel der Frage nachgegangen werden, ob im geltenden Recht weiterhin von einem Modell wie demjenigen unter der aBV ausgegangen werden kann, wonach sämtliche Grundrechte unter dem Vorbehalt der «öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung» standen, zumal ein solches Modell implizieren würde, dass sittliche Interessen auch über die polizeiliche Generalklausel geschützt werden könnten. 247

II. Gesetzesbegriff

1. Öffentliche Sittlichkeit als unbestimmter Rechtsbegriff

Um den Gesetzesbegriff der öffentlichen Sittlichkeit besser zu erschliessen, ist 248 zunächst zu eruieren, ob es sich dabei um eine Generalklausel oder einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Eine klare Abgrenzung zwischen den Begriffen der Generalklausel und demjenigen des unbestimmten Rechtsbegriffs ist indes auch im öffentlichen Recht nicht einfach. Während im Staats- und Verwaltungsrecht oftmals bei der Verwendung offener Begriffe von unbestimmten Rechtsbegriffen die Rede ist, bedient man sich im Privatrecht oder auch im Strafrecht primär des Begriffs der Generalklausel. Die Generalklausel wird in diesen beiden Rechtsgebieten vorwiegend als Rechtssatz und der unbestimmte Rechtsbe-

griff als Tatbestandsmerkmal verstanden.⁷³⁶ Vor diesem Hintergrund erstaunt die von KRAMER übernommene, oben zitierte Abgrenzung der beiden Begriffe nicht, wonach ein unbestimmter Rechtsbegriff gemeinhin eine Generalklausel darstellt, wenn dieser im Zentrum einer Bestimmung liegt.⁷³⁷ Seine Terminologie überträgt KRAMER ins öffentliche Recht und nennt das öffentliche Interesse die bedeutendste Generalklausel des öffentlichen Rechts.⁷³⁸ Auch der österreichische Privatrechtsprofessor BYDLINSKI kategorisiert den Begriff des «öffentlichen Interesses» als Generalklausel, da er bewusst offengehalten worden sei, um gesellschaftlichen Wertvorstellungen Rechnung zu tragen.⁷³⁹

- 249 Liest man hingegen staats- oder verwaltungsrechtliche Schriften zur Thematik, trifft man – ausgenommen in seinem Bedeutungsgehalt als Kompetenzumschreibung – nur selten auf den Begriff «Generalklausel».⁷⁴⁰ Der Begriff der Generalklausel wird im öffentlichen Recht somit nicht als wertausfüllungsbedürftiger Begriff verstanden, sondern in erster Linie als Kompetenznorm, die den Staat dazu ermächtigt, innerhalb eines Bewertungsmaßstabs technische Rechtspositionen festzulegen.⁷⁴¹
- 250 MÜLLER und UHLMANN nannten zwar in einer älteren Publikation das «öffentliche Interesse» oder die «Gemeinnützigkeit» Generalklauseln, die in den verwaltungsrechtlichen Alltag Eingang gefunden haben,⁷⁴² doch stellen auch sie sich in neueren Veröffentlichungen auf den Standpunkt, dass offene Rechtsbegriffe wie das «öffentliche Interesse», die «wichtigen Gründe» oder die «Gefährdung der Sittlichkeit» als unbestimmte Rechtsbegriffe zu qualifizieren sind.⁷⁴³ Auch REIMER hält in diesem

⁷³⁶ Siehe dazu ausführlich oben N 208 insb. FN 634.

⁷³⁷ KRAMER, S. 78.

⁷³⁸ DERSELBE, S. 80.

⁷³⁹ BYDLINSKI, S. 117; der Begriff der Generalklausel wird allerdings auch im Privatrecht teilweise synonym zum unbestimmten Rechtsbegriff verwendet (siehe: RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 174, 185; HRUBESCH-MILLAUER, BK ZGB, Art. 4 N 135).

⁷⁴⁰ So kommt er weder in der Habilitationsschrift von BENJAMIN SCHINDLER zum Verwaltungsermessen (2010) noch in der Dissertation von WERNER RITTER zum Bestimmtheitsgebot im Polizeirecht (1994) vor.

⁷⁴¹ Die so verstandene Generalklausel trat im Gesetzesrecht zum ersten Mal in Basel-Stadt in Erscheinung, als die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts im damaligen § 8 Abs. 3 VRPG BS festgelegt wurde, SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 197; SCHINDLER, Rollenverteilung, S. 363; eine nicht durch Enumeration von Ausnahmen eingeschränkte Generalklausel wurde hingegen erst 1971 in Schaffhausen eingeführt (MARTI, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 46 f. und S. 67).

⁷⁴² MÜLLER/UHLMANN, N 265.

⁷⁴³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 413 und 463; siehe auch etwa WIEDERKEHR, N 199.

Sinn mit Bezug auf das deutsche Recht fest, dass die Termini der «öffentlichen Sicherheit und Ordnung», des «Wohls der Allgemeinheit» oder der «öffentlichen Belange» verwaltungsrechtliche unbestimmte Rechtsbegriffe seien.⁷⁴⁴

Nach dem Gesagten wird auch in dieser Abhandlung die fachspezifische Terminologie übernommen, weshalb im Zusammenhang mit dem öffentlichen Recht die Begriffe der «öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung» *grundsätzlich* als unbestimmte Rechtsbegriffe bezeichnet werden. 251

2. Definition des unbestimmten Rechtsbegriffs

In der deutschen Lehre werden die unbestimmten Rechtsbegriffe als Begriffe definiert, die sowohl in Bezug auf ihren Inhalt als auch ihren Umfang «ungewiss» sind.⁷⁴⁵ Diese Ungewissheit lässt sich nicht ohne Weiteres reduzieren.⁷⁴⁶ Zudem ist umstritten, ob sich unbestimmte Rechtsbegriffe sowohl bei der Umschreibung des Tatbestands als auch bei der Bezeichnung der Rechtsfolge als sinnvoll erweisen.⁷⁴⁷ Die unbestimmten Rechtsbegriffe des öffentlichen Rechts tragen entsprechend den privatrechtlichen Generalklauseln einen «rechtsimmanenten Wertkonflikt» in sich, weshalb sie durch Abwägungen oder Fallgruppenbildungen konkretisiert werden müssen.⁷⁴⁸ Insofern werden sie auch im öffentlichen Recht «Wert- 252

⁷⁴⁴ REIMER, Methodenlehre, N 478.

⁷⁴⁵ ENGISCH, Einführung, S. 159.

⁷⁴⁶ NOLL ist etwa der Ansicht, dass eine Korrelation zwischen der Umschreibung der Tatbestandsmerkmale und derjenigen der Rechtsfolge zur Sicherstellung einer Einzelfallgerechtigkeit bestehen muss (siehe dazu auch MIDDENDORF, HK ZGB, Art. 4 N 4). Je unbestimmter die Rechtsfolge sei, desto genereller müsse auch der Tatbestand gefasst werden, ansonsten vergleichbare Fälle unterschiedlich gehandhabt werden könnten. Sei die Rechtsfolge hingegen bestimmt, so müsse auch der Tatbestand kasuistisch aufgebaut sein (NOLL, S. 265 f.).

⁷⁴⁷ RITTER, S. 71; in der älteren Lehre wurde etwa vertreten, dass nur der Tatbestand einer Norm unbestimmt sein dürfe, siehe GYGI, S. 146 ff.; dies hing wohl damit zusammen, dass das Bundesgericht tendenziell bei einer Offenheit im Tatbestand von einem unbestimmten Rechtsbegriff und bei einer solchen der Rechtsfolge von Ermessensfreiheit ausging, siehe BERTOSSA, S. 31; die Auslegung des Rechtsbegriffs konnte damit überprüft werden. Heute ist allerdings im Bereich des Staats- und Verwaltungsrechts umstritten, ob sich das Ermessen einer Verwaltungsbehörde nur auf die Rechtsfolge oder auch auf Tatbestandsmerkmale beziehen kann (SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 241 ff.).

⁷⁴⁸ REIMER, Methodenlehre, N 478; auch in den Verwaltungswissenschaften wird die Konkretisierung einer Norm durch die Bildung von Fallgruppen zugelassen und diese als

begriffe»⁷⁴⁹ genannt. Infolgedessen nehmen RÜTHERS et al. auf die im Privatrecht übliche Terminologie Bezug, wonach der Zusammenhang zwischen den gesetzlich verankerten Wertbegriffen und den jeweils herrschenden politischen Wertvorstellungen eine Offenheit des Gesetzes gegenüber dem Zeitgeist darstellt.⁷⁵⁰ Umstritten ist allerdings, ob derartige Begriffe den rechtsanwendenden Behörden Ermessen einräumen.⁷⁵¹

3. Ermessen

253 In der Schweiz wird einer Verwaltungsinstanz in der Regel dann Ermessen gewährt, wenn eine Güterabwägung zur Diskussion steht,⁷⁵² womit die Einräumung von Ermessen mit Bezug auf Begriffe, die *per definitionem* durch eine Abwägung ausgelegt werden müssen, naheliegend wäre. Insofern will auch SCHINDLER einer Verwaltungsinstanz in denjenigen Fällen Ermessen mit Bezug auf die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs einräumen, in denen es die *ratio legis* der Bestimmung erfordert.⁷⁵³ Seiner Auffassung nach rechtfertigt es ein Anpassungsermessen, ein Sachverständigenermessen oder ein politisches Ermessen, dass die übergeordnete Instanz nicht dazu befugt sein soll, den angefochtenen Entscheid vollständig zu überprüfen.⁷⁵⁴ Die Rechtfertigung für eine mangelnde Überprüfbarkeit der behördlichen Entscheidung erblickt er insbesondere in der

«bestimmtheitsfördernder Subtext» einer Bestimmung bezeichnet. Um insbesondere die Rechtssicherheit zu gewährleisten, darf dieser Subtext allerdings nicht komplett frei definiert werden, sondern hat sich an gewissen Grundsätzen wie etwa der Justiziabilität oder der hinreichenden gerichtlichen Überprüfbarkeit zu orientieren. Das Zusammenspiel der materiellen Normen und der Verfahrensbestimmungen muss folglich derart ausgestaltet sein, dass «die wesentlichen Entscheidungsfaktoren geprüft und die mit der Norm angestrebten Ziele wirklich erreicht werden» können (WISSMANN, S. 176, 178 mit Hinweis auf BVerfGE 33, 303 [341]).

⁷⁴⁹ Im Verwaltungsrecht geht dieser Begriff auf den deutschen Juristen Otto Bachof zurück, der ihm den «Erfahrungsbegriff» gegenüberstellt (BACHOF, S. 99).

⁷⁵⁰ RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 175.

⁷⁵¹ Die Konkretisierung durch Wertungsermächtigung im Sinne von «Ermessen» ist im allgemeinen öffentlichen Recht allerdings grundsätzlich als weniger problematisch zu beurteilen als im Strafrecht (vgl. REIMER, Methodenlehre, N 477).

⁷⁵² Zumal in einem solchen Fall grundsätzlich nur eine Vertretbarkeitskontrolle stattfindet (SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 88 ff.).

⁷⁵³ SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 241 ff., 291 ff. und 537 f.

⁷⁵⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 444.

Gewaltentrennung.⁷⁵⁵ Ähnlich wie die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgebot begründet er das Anpassungsermessen durch das Vorliegen eines grossen Flexibilitätsbedürfnisses, das Sachverständigenermessen durch einen Wissensvorsprung der unteren Instanzen und das politische Ermessen durch die legitime Verfolgung politischer Ziele.⁷⁵⁶

Freilich unterscheidet sich dieser Vorschlag nicht von der allgemeinen Praxis, die die Prüfungsdichte entsprechend der Rechtsprechung des EGMR u.a. aus politischen Gründen grundsätzlich tiefer ansetzt.⁷⁵⁷ Ein solcher Ermessensspielraum (sog. nationaler «margin of appreciation») insbesondere zugunsten der Kantone wurde bereits durch GIACOMETTI vorgeschlagen, zumal er dafür plädierte, die primäre Kompetenz zur Positivierung von Freiheitsbeschränkungen, die dem Schutz des «öffentlichen Wohls» dienen, in die Sphäre der Kantone zu verweisen.⁷⁵⁸ Auch SCHEFER möchte die Rechtsprechung des EGMR in den nationalen Rechtskreis übernehmen, wonach nur beim Betroffensein eines besonders «wichtigen, personennahen Grundrechtsinteresses» oder im Fall individueller politischer Ausdrucksweisen den Kantonen kein oder ein begrenzter Ermessensspielraum belassen werden soll. Eine herabgestufte Prüfungsdichte bleibt damit in Fällen von Grundrechtsbeschränkungen mit geringer Intensität aufgrund föderalistischer Überlegungen oder aus Gründen der Gewaltenteilung weiterhin gerechtfertigt. In diesem Zusammenhang können u.a. politische Eigenheiten Berücksichtigung finden.⁷⁵⁹

Unter dem einschlägigen Begriff der «Politik» versteht SCHINDLER ein «vorausschauendes und planvolles Handeln, das zwischen verschiedenen Alternativen eine begründete Auswahl trifft».⁷⁶⁰ Die Begründung muss sich seiner Auffassung nach allerdings nicht als ethisch neutral⁷⁶¹ erweisen, zumal etwa im Fall einer Ressourcenknappheit im Rahmen der Verteilung kulturpolitische Anliegen als nicht positive Richtigkeitskriterien berücksichtigt werden dürfen.⁷⁶²

⁷⁵⁵ Vgl. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 481 und 495 ff.; siehe auch KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 123 ff.

⁷⁵⁶ SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 426 ff.

⁷⁵⁷ Siehe oben N 128.

⁷⁵⁸ GIACOMETTI, S. 174 f.

⁷⁵⁹ SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 90.

⁷⁶⁰ SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 480.

⁷⁶¹ Siehe dazu N 144 und N 165 sowie insb. FN 467.

⁷⁶² SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 481; interessanterweise gewähren allerdings die durch SCHINDLER aus der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zum Ermessen bei

- 256 Im Sinne SCHINDLERS könnte mit Bezug auf die Begriffe der «öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» argumentiert werden, dass es sich dabei um normative Tatbestandselemente handelt, die, wie auch RÜTHERS et al. ausführen, die Verfolgung von politischen Zielen ermöglichen sollen, weshalb sie der gerichtlichen Überprüfung grundsätzlich zu entziehen sind.⁷⁶³

4. Beurteilungsspielraum

4.1 Grundsätzliches

- 257 Nach der herrschenden Lehre und Praxis eröffnet ein unbestimmter Rechtsbegriff indes kein Ermessen.⁷⁶⁴ Gegebenenfalls kann freilich ein Beurteilungsspielraum der rechtsanwendenden Behörde vorliegen, der der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Begriffsauslegung entgegenwirkt. Im Gegensatz zur Einräumung von Ermessen bleibt in diesen Fällen die Subsumtion eines Sachverhalts unter einen Gesetzesbegriff eine Rechtsfrage, die von einer übergeordneten Instanz überprüft werden kann.⁷⁶⁵

der Prioritätensetzung im Rahmen der Verteilung knapper Ressourcen zitierten BGE in FN 1924 im Ergebnis kein Ermessen, zumal die kantonale beurteilte Rechtsfrage in beiden Fällen voll überprüft wird und der kantonale Entscheid folgerichtig aufgehoben wurde. So wurde in BGE 121 I 367 E. 2/c ff. entschieden, dass ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf ein menschenwürdiges Dasein bestehe, weshalb den Beschwerdeführern die materielle Unterstützung nicht verweigert werden dürfe. Auch aus BGE 121 I 279 E. 6/d/bb ff. geht hervor, dass die Privilegierung des Zirkus Knie, die darin bestand, dass dieser jedes Jahr in Basel gastieren durfte, andere Zirkusse aber nur alle 5 bis 6 Jahre zum Zug kamen, nicht hinreichend begründet worden sei. Ein solches kulturpolitisches Ermessen (E. 2) wurde hingegen etwa im älteren BGE 113 Ib 97 angenommen, wobei dieses im befürchteten Absinken des Niveaus der Filmprogramme (E. 4./a) gesehen wurde.

⁷⁶³ Mit Bezug auf das politische Ermessen sieht SCHINDLER eine gerichtliche Nachprüfung als «nur begrenzt wirksam». Im Fall eines starken Individualbezugs schlägt er eine verwaltungsinterne Beschwerdemöglichkeit vor (DERSELBE, N 502).

⁷⁶⁴ WIEDERKEHR, N 178 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 581 und 604 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1058.

⁷⁶⁵ KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 125 ff.

4.2 Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Der Begriff des Beurteilungsspielraums wird durch das Bundesgericht zum ersten Mal in einem Entscheid aus den Sechzigerjahren im Zusammenhang mit den unbestimmten Rechtsbegriffen «traditionelle Exportpolitik für Uhrenprodukte» und «allgemeine Interessen der schweizerischen Uhrenindustrie» verwendet.⁷⁶⁶ Das Bundesgericht erwog, dass es zwar grundsätzlich dazu berechtigt sei, diese Begriffe frei auszulegen, die Vollstreckungsorgane jedoch aufgrund ihres besonderen Charakters und der erforderlichen Spezialkenntnisse besser als die Gerichte dazu in der Lage seien, diese zu bestimmen. Folglich werde das Gericht nur dann von der Auslegung durch diese Organe abweichen, wenn ein offensichtlicher Fehler vorliege. Während das Bundesgericht diese selbstaufgelegte Zurückhaltung bis heute praktiziert und damit den Kantonen auch in der Auslegung des Bundesrechts entsprechend der Rechtsprechung des EGMR einen «margin of appreciation» einräumt, rechtfertigte es damals seine Entscheidung mit der «Theorie der einzig richtigen Lösung», wonach ein unbestimmter Rechtsbegriff nur auf eine einzige bestimmte Art und Weise richtig ausgelegt werden kann.⁷⁶⁷ Gleichwohl scheint diese Argumentationslinie für die Belassung der Auslegungskompetenz bei den rechtsanwendenden Behörden nicht ausschlaggebend gewesen zu sein, denn auch in späteren Entscheiden wurde die dargestellte Rechtsprechung ohne Hinweis auf die Theorie der «einzig richtigen Lösung» bestätigt.⁷⁶⁸ Allerdings erfuhr sie durch die Qualifizierung des Beurteilungsspielraums als Ausnahmeerscheinung eine Ergänzung. Einzig bei «Bedarf an Handlungsspielraum», etwa aufgrund spezieller technischer oder örtlicher Umstände, solle von den Verwaltungsgerichten ein

258

⁷⁶⁶ SCHINDLER, *Verwaltungsermessen*, N 17.

⁷⁶⁷ BGE 91 I 69 E. 2; RITTER, S. 71; kritisch BYDLINSKI, S. 22 f.; in den Fünfzigerjahren wurde die Theorie der «einzig richtigen Lösung» durch BACHOF als unhaltbar erklärt. Eine solche könne es nur dann geben, wenn «die durch im [grossen] und ganzen übereinstimmende[n] Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft hinreichend konkretisiert erscheinen» (BACHOF, S. 99); Kelsen hatte bereits 1929 festgehalten, dass es illusorisch sei, von einer einzig richtigen Lösung auszugehen (SEELMANN/DEMKO, § 1 N 30); hingegen ist DWORKIN, S. 279 ff., der Auffassung, dass der Ansatz, dass es keine richtige Lösung gebe, zwar einem Bedürfnis nach Pragmatismus und Toleranz Rechnung trage, doch werde eine Lösung nicht erfunden, sondern gefunden, weshalb im Ergebnis nicht alle denkbaren Lösungen den individuellen Bedürfnissen in gleichem Ausmass Rechnung tragen würden; siehe auch HABERMAS, *Faktizität*, S. 277, der in diesem Sinn von der einzig richtigen Lösung als Ideal spricht.

⁷⁶⁸ Etwa BGE 93 I 1 E. 3; BGE 96 I 678 E. 2; BGE 97 I 530 E. 3a; BGE 98 Ib 333 E. 3a; BGE 105 Ia 49 E. 2c.

Beurteilungsspielraum zugunsten der rechtsanwendenden Instanzen angenommen werden.⁷⁶⁹

- 259 Liegt ein spezielles Fachwissen bei der rechtsanwendenden Instanz vor, so bedient sich das Bundesgericht auch des Begriffs des «technischen Ermessens», um auf das Bestehen eines Beurteilungsspielraums hinzuweisen.⁷⁷⁰ KARLEN bezeichnet dieses Ermessen als sich auf «ausserrechtliche Fachfragen» beziehend.⁷⁷¹ In diesem Zusammenhang taucht gelegentlich auch wieder zur Abgrenzung des (Verwaltungs-)Ermessens die Wendung auf, dass «nur eine Lösung als möglich und rechtmässig» erscheint. Freilich wird sie in einem negativen Sinn verwendet. Ist nur eine Lösung möglich und ist diese nicht von der anwendenden Instanz angestrebt worden, soll das Gericht trotz der grundsätzlich ausgeübten Zurückhaltung weitere Einschränkungen vornehmen dürfen.⁷⁷² Sind jedoch mehrere sachgerechte Lösungen denkbar, so darf sie den Entscheid der rechtsanwendenden Behörde überlassen «muss [aber] unangepasste Entscheidungen korrigieren»⁷⁷³.

4.3 Lehre

- 260 BERTOSSA hat in seiner Dissertation zum Beurteilungsspielraum den grundsätzlichen Ansatz des Bundesgerichts zugespitzter formuliert. Er lehnt den Beurteilungsspielraum in Rechtsfragen strikt ab. Die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen sei eine Rechtsfrage und müsse daher von den Verwaltungsgerichten überprüft werden können. Die selbst auferlegte Zurückhaltung des Bundesgerichts bei der Überprüfung von Entscheidungen sei zudem nicht gesetzlich vorgesehen, weshalb die verfahrensrechtlich verankerte Prüfungskompetenz voll ausgeschöpft werden müsse, es sei denn, entgegengesetzte sachliche Gründe (die nicht mit normativen verwechselt werden dürften) lägen vor.⁷⁷⁴ Daher wollte er einen Beurteilungsspielraum nur dann annehmen, wenn die Rechtsmittelinstanz aufgrund tatsächlicher Gegebenheiten schlicht nicht in der Lage sei, einen bestimmten Umstand zu beurteilen. Diese mangelnde Kontrollfähigkeit sieht er in Anlehnung an die Rechtsprechung dort, wo

⁷⁶⁹ Siehe BGE 119 Ib 33 E. 3 b mit Verweis auf BGE 117 Ib 237; BGE 115 Ib 315/6 E. 4a; BGE 113 Ib 100 E. c; BGE 112 Ib 53 E. 5.

⁷⁷⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 420.

⁷⁷¹ KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 126.

⁷⁷² BGE 139 II 185 E. 9.3; BGE 129 II 331 E. 3.2.

⁷⁷³ BGE 135 II 296 E. 4.4.3.

⁷⁷⁴ BERTOSSA, S. 76 f.

sie durch spezielle persönliche oder örtliche Gegebenheiten sowie durch fehlende Sachkenntnisse etwa aufgrund technischer Fragen bedingt ist.⁷⁷⁵

Anders als BERTOSSA gibt es auch Autoren, die den Begriff des Beurteilungsspielraums so auslegen, dass dessen Deutung weitergeht als die oben zitierte höchstrichterliche Rechtsprechung. Diese Autoren lehnen die gerichtliche Überprüfung eines Beurteilungsspielraums (solange dieser nicht überschritten wurde) in jedem Fall ab. So sieht etwa der deutsche Jurist BACHOF «*innerhalb* [der] Grenzen, innerhalb des (nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv) möglichen Beurteilungsspielraums» keine objektiv richtige oder objektiv falsche Konkretisierung durch die rechtsanwendende Instanz. Deshalb wirft er die Frage auf, ob nicht der Gesetzgeber, indem er sich eines «so sehr auf *subjektive* Wertvorstellungen gegründeten Begriff[s]» bediene, nicht immer einen Beurteilungsspielraum gewähren wolle:

«Eine volle gerichtliche Überprüfung der «richtigen» Beurteilung könnte hier nur zu dem Erfolg führen, dass das überprüfende Gericht, ja sogar jede *Gerichtsinstanz* ihre nicht weniger subjektiven Wertvorstellungen an die Stelle derjenigen Behörde setzen müsste (...).»⁷⁷⁶

Eine derartige Interpretation des Begriffs des Beurteilungsspielraums resultiert unweigerlich in einer Gleichsetzung mit dem Begriff des Ermessen, zumal dessen Überprüfbarkeit dadurch vollkommen ausgeschlossen wird.

5. Fazit

5.1 Prüfungsdichte des unbestimmten Rechtsbegriffs

Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass es sich bei den Begriffen der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit im öffentlichen Recht um unbestimmte Gesetzesbegriffe handelt, die definitionsgemäss über eine Abwägung, die eine Wertung voraussetzt, konkretisiert werden müssen. Aufgrund dieses Wertungsvorgangs gibt es Autoren wie SCHEFER, SCHINDLER oder BACHOF, die die Auffassung vertreten, dass diese Begriffe explizit oder implizit den Verwaltungsbehörden Ermessen einräumen, wobei SCHEFER den Ermessensspielraum auf «leichte Grundrechtsbeschränkungen» reduzieren möchte.

⁷⁷⁵ Siehe: DERSELBE, S. 85 ff.

⁷⁷⁶ BACHOF, S. 99.

- 264 Diesen Gedanken reflektiert die Rechtsprechung des Bundesgerichts in einer partiellen Art und Weise, indem sie festhält, dass, obschon es grundsätzlich die Aufgabe der Gerichte ist, eine Konkretisierung von Gesetzesbestimmungen vorzunehmen, diese dann zu unterbleiben habe, wenn die Auslegung ergibt, dass der Gesetzgeber durch Verwendung der offenen Norm einen nicht zu überprüfenden Beurteilungsspielraum einräumen wollte. Jedoch zieht das Bundesgericht daraus nicht die gleiche Konsequenz wie SCHINDLER oder BACHOF, zumal es festhält, dass selbst im Fall einer solch eingeschränkten Kognition trotz der gebotenen Zurückhaltung eine Vereinbarkeitsprüfung mit dem Bundesrecht möglich bleiben müsse.⁷⁷⁷ Insofern verfolgt die Praxis einen ähnlichen Ansatz wie SCHEFER.
- 265 Entgegen dieser Rechtsprechung vertritt BERTOSSA die Ansicht, dass eine zurückhaltende Prüfung nicht *gesetzlich* vorgesehen ist, weshalb sie in einem Spannungsverhältnis zum Gesetzmässigkeitsgrundsatz steht. In diesem Sinn könnte argumentiert werden, dass sämtliche Rechtsfragen, die normative Wertungen betreffen, voll überprüft werden müssen, selbst wenn dies in einer subjektiven Färbung der Entscheidung resultiert.

5.2 Keine Eröffnung eines politischen Ermessens

- 266 Die einzigen zwei Faktoren, aufgrund derer den untergeordneten Instanzen in der Auslegung von sog. Wertbegriffen ein Beurteilungsspielraum eingeräumt werden könnte, sind die tatsächlichen örtlichen Gegebenheiten oder die speziellen Fachkenntnisse. Das Kriterium der «örtlichen Gegebenheiten», das eine zurückhaltende Prüfung im Sinne eines nationalen «margin of appreciation» rechtfertigt, kann freilich nur faktischer und nicht normativer Natur sein, zumal den Kantonen trotz des stark föderalistisch geprägten Staatssystems in der Schweiz entgegen dem Wortlaut von Art. 3 BV nicht eigentliche Souveränität, sondern einzig Autonomie zukommt.⁷⁷⁸ Damit steht den Kantonen entgegen der Auffassung von GIACOMETTI nicht die primäre Kompetenz zur Formulierung des «öffentlichen Wohls» zu, sondern sie besitzen einzig die subsidiäre Generalkompetenz zur Regelung von Sachbereichen, die in der Verfassung nicht ausdrücklich dem Bund zugewiesen worden sind,⁷⁷⁹ weshalb sie auch nur in diesem Bereich das

⁷⁷⁷ BGE 135 II 384 E. 2.2.2.

⁷⁷⁸ TSCHANEN, Staatsrecht, N 722; MARTI, Föderalismus, S. 598; BIAGGINI, BSK BV, Art. 3 N 21.

⁷⁷⁹ BIAGGINI, BSK BV, Art. 3 N 6, 14 f., und Art. 42 N 10; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1052.

Gemeinwohl definieren und positivieren dürfen. Freilich entspricht es den realen Gegebenheiten, dass die Kantone und insbesondere die Gemeinden das zwischenmenschliche Zusammenleben und namentlich die Rechtsbeziehungen des Einzelnen zum Staat engmaschiger regeln als der Bund, doch bildet Art. 36 Abs. 2 BV Teil des Bundesrechts, weshalb die Schranke des öffentlichen Interesses entgegen der Auffassung von GIACOMETTI und SCHEFER stets mit voller Kognition durch das Bundesgericht geprüft werden muss.⁷⁸⁰

Insofern zieht auch der deutsche Jurist REIMER eine andere Konsequenz aus dem Umstand, dass unbestimmte Gesetzesbegriffe dem veränderten politischen Wertehorizont Rechnung tragen als SCHINDLER, indem er festhält, dass selbst Wertungen nicht ohne Direktiven wie die Staatsziele oder die Grundrechte der Verfassung gefällt werden dürfen.⁷⁸¹ Dementsprechend hat bereits DÜRIG mit Bezug auf das deutsche Recht in den Fünfzigerjahren postuliert, dass der Begriff des Gemeinwohls inhaltsleer sei und erst noch durch die Grundrechte aktualisiert werden müsse,⁷⁸² weshalb auch der Begriff des öffentlichen Interesses kein Ermessen gewähre.⁷⁸³ Dieser Auffassung folgend wird auch hier die Meinung vertreten, dass nicht jedes beliebige politische Ziel über die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen ins Recht integriert werden kann. Nur politische Ziele, die sich als verfassungskonform erweisen und dem übergeordneten Recht Rechnung tragen, können im Rahmen der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen des öffentlichen Rechts verfolgt werden.⁷⁸⁴ Damit dies sichergestellt werden kann, bedarf es einer Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen durch die Gerichte, weshalb ein unbestimmter Rechtsbegriff wie derjenige der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit kein politisches Ermessen einräumen kann.⁷⁸⁵

⁷⁸⁰ Allerdings bedient sich auch heute das Bundesgericht mit der Rechtsprechung, wonach die abstrakte Kontrolle einer kantonalen Norm nur dann deren Aufhebung zur Folge hat, wenn diese schlicht nicht verfassungskonform ausgelegt werden kann, was nicht mit der «Möglichkeit einer Verfassungswidrigkeit» der Bestimmung gleichgesetzt wird (etwa BGer Urteil 2C_546/2018 vom 11. März 2019 E. 2.2), eines Kunstgriffs, der der vollen Überprüfung der kantonalen Norm entgegensteht.

⁷⁸¹ REIMER, Methodenlehre, N 477.

⁷⁸² DÜRIG, Gesammelte, S. 42 f.

⁷⁸³ DERSELBE, Gesammelte, S. 43.

⁷⁸⁴ Vgl. KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 122.

⁷⁸⁵ Obschon das Bundesgericht festgehalten hat, dass der Normgehalt der Grundrechte selbst in Ermessensausübungen zu berücksichtigen ist (etwa BGE 130 III 28 E. 4.2), können die Grundrechte keine volle Wirksamkeit entfalten, solange deren Beachtung nicht voll überprüft wird. Insofern läuft die Lehre des «pflichtgemässen

268 Wenn das Bundesgericht sich in normativen Fragen eine zurückhaltende Prüfung auferlegt und damit insbesondere den Kantonen entsprechend der Rechtsprechung des EGMR in Rechtsfragen einen «margin of appreciation» einräumt, so verkennt es, dass der EGMR die Bestimmungen der EMRK als subsidiär zum nationalen Grundrechtssystem bewertet.⁷⁸⁶ Das Grundrechtssystem des Bundesrechts (inkl. des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes) verhält sich in der Schweiz indes nicht subsidiär zum kantonalen oder kommunalen Recht, denn dem Bundesrecht kommt vielmehr eine derogatorische Kraft gegenüber dem nachgeordneten kantonalen oder kommunalen Recht zu.⁷⁸⁷ Würde zudem ein solcher «margin of appreciation» mit Bezug auf die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen angenommen, so könnte einzig eine staatliche Toleranz im Rahmen der grundsätzlich nicht überprüfbaren Ermessensausübung eingefordert werden. Für eine solche Argumentation spricht zwar die gegenwärtige Rechtsprechung des Bundesgerichts zur öffentlichen Sittlichkeit,⁷⁸⁸ die auch vom EGMR geschützt wird.⁷⁸⁹ Doch lässt sich dieser entgegenhalten, dass der kantonale «margin of appreciation» insbesondere durch die Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses begrenzt wird, wodurch den Grundrechtsadressaten nicht nur ein Anspruch auf eine tolerante, sondern auf eine neutrale Behandlung zukommt.⁷⁹⁰ In diesem Sinn kann das kantonale Recht nur dann eine eigenständige Bedeutung entfalten, wenn dieses dem Individuum einen weitergehenden Schutz seiner Grundrechte gewährt als das Bundesrecht.⁷⁹¹

Ermessens», die immerhin den Begründungszwang nach sich zieht und namentlich die Berücksichtigung des Gleichheitsgebots sicherstellen soll (dazu etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 409 ff.) ins Leere, wenn kein Ermessensfehler vorliegt (DIESELBEN, N 430 ff. und 442 ff.). Infolgedessen kann sich nicht jede Begründung als ausreichend erweisen, sondern nur eine solche, die insbesondere der Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses Rechnung trägt und folglich das Gleichheitsgebot neu interpretiert (N 165).

⁷⁸⁶ Oben N 128.

⁷⁸⁷ MARTI, Föderalismus, S. 607.

⁷⁸⁸ «Was (...) zu einem gegebenen Zeitpunkt in einem bestimmten Kanton noch als sittlich zulässig gilt, kann in anderen Regionen die Toleranzgrenze sittlichen Empfindens bereits überschreiten.» (BGE 106 Ia 267 E. 3 a).

⁷⁸⁹ Siehe statt vieler EGMR, Urteil vom 22. Oktober 1981, Nr. 7525/76, Dudgeon v. the United Kingdom, Ziff. 52 f.

⁷⁹⁰ Siehe oben N 165 und vgl. auch ENGI, Neutralität, S. 205 ff.; HAFNER, Religionsverfassung, S. 2338 f.

⁷⁹¹ MARTI, Föderalismus, S. 609 f.

Insofern könnte eine verstärkte Bürgernähe nur «spezielle Fachkenntnisse» erzeugen, die die Kantone dazu befähigen, über den grundsätzlichen abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechte Schutzpflichten zu formulieren, die mit den Gehalten der Grundrechte einhergehen.⁷⁹² Allerdings wären auch dann «unangepasste Entscheidungen» durch die oberen Instanzen zu korrigieren.⁷⁹³ Wird somit ein Wissensvorteil bei der rechtsanwendenden Behörde angenommen, der ein «technisches Ermessen» begründet, ist dieses selbst bei einer «zurückhaltenden Prüfung» voll überprüfbar.⁷⁹⁴ 269

5.3 Ergebnis

Die Überprüfung der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit muss insbesondere dann vollzogen werden, wenn die föderalistische Konzeption der Bundesverfassung in ein Spannungsverhältnis zu den nationalen Grundrechten und internationalen Menschenrechtsgarantien gerät. Sollen die Grundrechte insbesondere auch für sprachliche und gesellschaftliche Minderheiten ihre volle Wirksamkeit entfalten, so kann sich die bundesgerichtliche Überprüfung nicht auf die Schaffung von einheitlichen «Minimalstandards» zu «fundamentalen Ansprüchen» beschränken.⁷⁹⁵ Ein angemessener Minderheitenschutz verlangt vielmehr, dass das schweizerische föderalistische Staatswesen immer wieder vor der gesamtstaatlichen Verfassung gerechtfertigt werden muss und damit einem Reformationsprozess unterliegt.⁷⁹⁶ Dieser Rechtfertigungsvorgang erfordert selbst eine kontinuierliche Neudeutung der Verfassung,⁷⁹⁷ womit der zeitgenössischen Verfassungsinterpretation gegenüber den übrigen Ausle- 270

⁷⁹² Wird eine Leistungs- und Schutzfunktion der Grundrechte formuliert, so ergibt sich diese richtigerweise stets aus dem objektiven Wertgehalt der Grundrechte (siehe dazu unten N 398).

⁷⁹³ KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 128 f.; auf Bundesebene prüft seit der Totalrevision der Bundesrechtspflege im Jahr 2007 einzig das Bundesverwaltungsgericht die Angemessenheit von Verwaltungsentscheidungen. Diese Überprüfungscompetenz hängt damit zusammen, dass die Überprüfung der Angemessenheit einer Entscheidung mindestens einmal vorgenommen werden muss (Botschaft Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202, 4256).

⁷⁹⁴ BGE 135 II 384 E. 2.2.2.

⁷⁹⁵ A.A. BELSER, S. 683.

⁷⁹⁶ SCHWEIZER, S. 563 f.

⁷⁹⁷ Vgl. HAFNER, Beteiligung, S. 108 ff.

gungsmethoden eine Vorrangstellung einzuräumen ist.⁷⁹⁸ Diese Beurteilung kann nicht nur für den unbestimmten Gesetzesbegriff der öffentlichen Sittlichkeit gelten, sondern muss im Rahmen der Auslegung jedes unbestimmten Rechtsbegriffs, der das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit schützt, gegebenenfalls analog massgebend sein, zumal die Verfassung in der gesamten Rechtsordnung Wirkung entfaltet.⁷⁹⁹ Insofern besteht kein Unterschied zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Bestimmungen,⁸⁰⁰ weshalb in diesem Zusammenhang für die Konkretisierung von «wertausfüllungsbedürftigen» Rechtsbegriffen sowohl aus dem Bereich des öffentlichen Rechts als auch aus dem Privatrecht auf die Ausführungen zur Generalklausel der guten Sitten in der Privatrechtsordnung verwiesen werden kann.⁸⁰¹

III. Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit

1. Fragestellung

- 271 Wie bereits einleitend ausgeführt wurde, stellt sich neben der expliziten Verankerung des Sittlichkeitsbegriffs im öffentlichen Recht insbesondere auch die Frage, ob die in der Bundesverfassung und den kantonalen Verfassungen verankerten Grundrechte im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts als Normen verstanden werden können, deren *ratio legis* es untersagt, gegen die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit verstossendes Verhalten zu schützen. Eine solche Inter-

⁷⁹⁸ Die soziologische Interpretation von Normen ist in Rechtskreisen wie etwa dem «common law» durchaus als üblich zu bezeichnen. Dabei darf sowohl der soziale Kontext, der zur Norm geführt hat, als auch derjenige, der heute gegeben ist, mitberücksichtigt werden. Dazu gehören vorherrschende Ideologien, die Kultur, die unmittelbaren sozialen Bedürfnisse usw., aber auch der Nachweis des rechtspolitischen Willens. Der gegenwärtigen sozialen Situation wird allerdings eine übergeordnete Bedeutung beigemessen, zumal der historische Wille auf seine Vereinbarkeit mit dem gegenwärtigen sozialen Kontext überprüft wird. So muss das Recht nicht geändert, sondern nur neu interpretiert werden (KESTEMONT, S. 31).

⁷⁹⁹ Vgl. Art. 35 Abs. 1 BV.

⁸⁰⁰ Vgl. SCHINDLER, Ermessen, N 146 f.; HRUBESCH-MILLAUER, BK ZGB I, Art. 4 N 16 ff.; HONSELL, BSK ZGB I, Art. 4 N 7, wonach die Regeln von Art. 4 ZGB auch für Verwaltungsbehörden massgebend sein können.

⁸⁰¹ Siehe N 347 ff.

pretation würde die Grundrechte, deren Geltungsgrund darin liegt, die rechtliche Freiheit des Individuums zu schützen, in Verbotsnormen umdeuten, die vielmehr die individuelle Freiheit aus sich heraus begrenzen. Insofern wäre der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit nicht ausserhalb der Grundrechte angesiedelt, sondern würde sich aus ihnen selbst ergeben. Da allerdings beispielsweise in der bereits zitierten Antisemitismus-Entscheidung das Verbot der Rassendiskriminierung nicht ohne Weiteres aus einer Auslegung der Wirtschaftsfreiheit, die sich an den anerkannten Auslegungsmethoden orientiert, hervorgeht, bleibt unklar, welche Gemeinwohlgehalte der *ratio legis* der Grundrechte entspringen sollen. Zudem hat das Bundesgericht in seiner Antisemitismus-Entscheidung aus dem Jahr 1932 zwar festgehalten, dass die *ratio legis* der «Wirtschaftsfreiheit» über die Sittlichkeitsbestimmung des kantonalen Gewerbepolizeirechts angewendet werde,⁸⁰² doch könnte ein Verständnis der Grundrechte und insbesondere der Menschenwürde, das ein staatliches Einschreiten direkt gestützt auf die entsprechenden Verfassungsbestimmungen erlaubt, dazu führen, dass ein privates Verhalten auch ohne das Vorliegen einer konkreten spezialgesetzlichen Bestimmung verboten werden könnte. In diesem Kapitel soll mithin auch der Frage nachgegangen werden, ob gesellschaftliche Wertvorstellungen gegebenenfalls Schutzgut der polizeilichen Generalklausel bilden können.

Infolgedessen ist es nach einer Aufarbeitung der Begriffe der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung in der schweizerischen Rechtsprechung angezeigt, die dazu verfasste Literatur zu konsultieren. Da der Begriff der Sittlichkeit im Recht freilich als Amalgamierung der Legalität mit der Moralität verstanden werden könnte, wird oftmals der Ordnungs- anstatt des Sittlichkeitsbegriffs genutzt, um den Schutz von gesellschaftlichen Wertvorstellungen durch den Staat zu umschreiben.⁸⁰³ Aus diesem Grund findet sich auch in der schweizerischen Literatur kaum ein Hinweis auf die öffentliche Sittlichkeit, weshalb nachstehend die Begriffsbestimmung der öffentlichen Ordnung und deren Wandel in ein öffentliches Interesse nachgezeichnet und gewürdigt werden soll. 272

⁸⁰² BGE 58 I 219 E. 2; siehe dazu auch die jüngste Wegweisung des österreichischen Rechtsextremisten Martin Sellner aus dem Kanton Aargau gestützt auf § 34 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (Polizeigesetz; PolG; SAR 531.200) vom 6. Dezember 2005 (BAZ vom 17. März 2024, abrufbar unter: <https://www.bazonline.ch/rechtsextremist-martin-sellner-polizeieinsatz-bei-auftritt-im-aargau-453401332591> [besucht am 17. März 2024]).

⁸⁰³ Vgl. WITRECK, S. 24.

2. Begriffsbestimmung der öffentlichen Ordnung in der Lehre

2.1 *Fleiner*

- 273 In der Lehre hat FLEINER, der ursprünglich im deutschen Rechtskreis tätig war, den durch die gesellschaftlichen Normen umrissenen Begriff der öffentlichen Ordnung im Polizeirecht auch in der Schweiz wesentlich geprägt.⁸⁰⁴ Seiner Meinung nach war die Polizeigewalt zur «Unterdrückung all dessen, was gegen die herrschenden ethischen und sozialen Anschauungen («Ordnungsnormen»)» verstösst,⁸⁰⁵ ermächtigt. FLEINER hebt die zeitliche und örtliche Wandelbarkeit des Begriffs der öffentlichen Ordnung⁸⁰⁶ hervor und postuliert, dass dieser an den Vorstellungen des «Durchschnittsmenschen» zu messen sei.⁸⁰⁷ Seine Konzeption eines Verstosses gegen die «Ordnungsnormen» ist dementsprechend mit dem Begriff des «unanständigen Verhaltens» gleichzusetzen.⁸⁰⁸ Darüber hinaus gibt er dem Aspekt der Öffentlichkeit ein besonderes Gewicht, indem er radikal zwischen privaten und öffentlichen Interessen unterscheidet, wobei er gleichzeitig ausführt, dass nur letztere Schutzgut der öffentlichen Ordnung bildeten, weshalb Handlungen, die sich ausschliesslich im Privatbereich der Bürger abspielten, nicht aufgrund der öffentlichen Ordnung reguliert werden dürften.⁸⁰⁹ Beschränkungen der individuellen Freiheit seien generell nur erlaubt, wenn sich diese als nötig und «absolut erforderlich»⁸¹⁰ erwiesen. Insofern stellte er fest, dass nicht der Bürger dem Staat, sondern vielmehr der Staat dem Bürger diene.⁸¹¹

2.2 *Giacometti*

- 274 GIACOMETTI betonte im Gegensatz zu FLEINER nicht nur die Freiheit des Individuums, sondern auch deren inhärente Verbindung zur Freiheit des anderen, was die Grenzen der individuellen Freiheit unabdingbar macht:

⁸⁰⁴ Vgl. dazu das Vorwort von GIACOMETTI in FLEINER, Institutionen.

⁸⁰⁵ FLEINER, Institutionen, S. 397 f.

⁸⁰⁶ DERSELBE, Institutionen, S. 399.

⁸⁰⁷ DERSELBE, Institutionen, S. 398.

⁸⁰⁸ Siehe dazu oben N 85.

⁸⁰⁹ DERSELBE, Institutionen, S. 400 ff.

⁸¹⁰ DERSELBE, Institutionen, S. 404.

⁸¹¹ DERSELBE, Institutionen, S. 389.

«Denn die schrankenlose Garantie und Ausübung der Freiheitsrechte würde die staatliche Kollektivität untergraben, was die Auflösung des liberalen Staates und damit den Wegfall der Freiheitsrechte und der individuellen Freiheit überhaupt zur Folge hätte. Die Freiheitsrechte geniessen vielmehr den Schutz der Verfassung nur insoweit ihre Ausübung durch den Einzelnen nicht entweder die Interessen der anderen gefährdet und damit mittelbar die Staatsgemeinschaft beeinträchtigt oder aber direkt dem Staat schädlich ist.»⁸¹²

Darüber hinaus gestaltete er die Grenzen der öffentlichen Ordnung rechtsstaatlicher aus, indem er sie als «alle staatlichen Vorschriften, die Verletzungen öffentlicher Interessen durch eine (...) Freiheitsausübung verhindern wollen»⁸¹³ verstand. Beschränkungen der individuellen Freiheit sollten damit weder aufgrund rein gesellschaftlicher Normen noch gestützt auf Rechtsnormen, die keinem öffentlichen Interesse dienen, zulässig sein.⁸¹⁴ Diese Rechtsnormen mussten seiner Auffassung nach indes nicht zwingend ausserhalb des in der Verfassung verankerten Grundrechts liegen, noch explizit als solche aus dem restriktiv interpretierten Wortlaut der Verfassungsbestimmung hervorgehen, denn sie ergaben sich für ihn (parallel zum oben zitierten Antisemitismus-BGE)⁸¹⁵ bereits aus der *ratio legis* des Freiheitsrechts selbst.⁸¹⁶ Gleichwohl scheint ihn diese Schlussfolgerung nicht vollends befriedigt zu haben, zumal er im Nachgang auf zahlreiche Kantonsverfassungsbestimmungen als «geltendes Recht» verweist, die insbesondere Einschränkungen der Versammlungsfreiheit explizit entweder aufgrund der «öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» oder «des allgemeinen Rechts» zulieszen.⁸¹⁷

⁸¹² Unklar, bzw. widersprüchlich beantwortet, bleibt bei GIACOMETTI die Frage, ob bei einer Unvereinbarkeit der individuellen Freiheit mit der öffentlichen Ordnung diese rechtlich nicht geschützt ist, d.h. nicht in den Schutzbereich eines Freiheitsrechts fällt («Die Freiheitsrechte haben nur dann den Anspruch auf Geltung, wenn sich ihre Anwendung nicht gegen den liberalen, demokratischen Staat auswirkt. Sie sind mit anderen Worten alleine unter dem Vorbehalt der öffentlichen Interessen garantiert.»), oder wie im oben dargestellten Zitat suggeriert, die Unvereinbarkeit lediglich zu einer Einschränkung (heute gemäss Art. 36 Abs. 2 BV) der Freiheitsrechte führt (siehe GIACOMETTI, S. 173 [sowohl das Zitat im Fliesstext als auch dasjenige in der Fussnote befindet sich auf dieser Seite]).

⁸¹³ GIACOMETTI/FLEINER, S. 337.

⁸¹⁴ GIACOMETTI, S. 177.

⁸¹⁵ N 66.

⁸¹⁶ GIACOMETTI, S. 173 f.

⁸¹⁷ GIACOMETTI, S. 174 f.

2.3 Voigt

- 276 Entgegen der Auffassung GIACOMETTIS⁸¹⁸ legte VOIGT in der Schweiz den Begriff der öffentlichen Ordnung wieder sehr eng an die Definition FLEINERS angelehnt als Werturteil aus, das abhängig von der Herkunft und der Kultur des Urteil-fällenden unterschiedlich ausfallen dürfe und nicht gleichbedeutend mit dem Begriff der Rechtsordnung sei, sondern über diesen hinausgehe, weil er geltende Sitten und Gewohnheiten auf einem bestimmten territorialen Gebiet mitein-schliesse. Gegen «kleine» Übertretungen, die die öffentliche Ordnung störten, dürfe die Polizei mithin direkt gestützt auf die polizeiliche Generalklausel vor-gehen.⁸¹⁹ Während er sich wie FLEINER der Figur der «Empfindungen des Durch-schnittsmenschen» bediente, hielt er es indes für verfehlt, auf die «öffentliche Meinung» zu rekurrieren. So vertrat er die Auffassung, dass das aufgrund der «öffentlichen Meinung» in der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus dem Jahr 1939 geschützte Zürcher Verbot einer frontistischen Kundgebung konsequenter-weise zu einem Verbot sämtlicher politischer Minderheiten führen müsste und letztlich die Demokratie zu Grabe tragen würde.⁸²⁰

2.4 Brogginì

- 277 Ende der Sechzigerjahre griff BROGGINI den Ansatz von GIACOMETTI wieder auf und verabschiedete sich infolgedessen von der Rechtsfigur der Empfindungen des Durchschnittsmenschen. Er legte den Schwerpunkt seiner Ausführungen vielmehr auf die gesonderte Betrachtung der normativen und der faktischen Seite der öffent-lichen Ordnung und sah in der in Art. 50 aBV verankerten öffentlichen Ordnung sowohl einen normativen als auch einen «administrativen» Teilgehalt. Den norma-tiven Begriff definierte er als eine Gesamtheit von Werten, Grundsätzen, Normen und Instituten, auf deren Einhaltung und Umsetzung die Staatsgemeinschaft nicht verzichten könne, wenn sie ihr Bestehen sichern und definieren wolle. Der «admini-strative» Begriff beziehe sich hingegen auf die Befugnis des Staates, die öffent-

⁸¹⁸ Dieser hatte noch explizit ausgeführt, dass die Beschränkung der individuellen Frei-heit aufgrund des öffentlichen Wohls nicht gestützt auf Gewohnheitsrechtsbindungen erfolgen dürfe und die polizeiliche Generalklausel keine ausreichende Grundlage für die Wahrung der Gesetzmässigkeit der Verwaltung darstelle, weshalb im Interesse der Rechtsstaatlichkeit, der Gesetzmässigkeit und der Gewaltenteilung Spezialgesetze oder -verordnungen zu erlassen seien (GIACOMETTI, S. 175 ff.).

⁸¹⁹ VOIGT, S. 61 ff.

⁸²⁰ DERSELBE, S. 81 f.

liche Sicherheit zu wahren und dadurch einen faktischen Zustand des friedlichen Zusammenlebens, d.h. den sozialen Frieden, zu gewährleisten. Die öffentliche Ordnung bilde damit sowohl eine normative als auch eine polizeiliche Grenze.⁸²¹

2.5 Jost

JOST hebt 1975 in seiner Dissertation hervor, dass zwar die Schranke der «öffentli- 278
chen Ordnung» grundsätzlich nicht dazu dienen könne, den Einzelnen gegen sich selbst zu schützen, die Umsetzung dieses Grundsatzes allerdings schwierig sei, zumal eine fließende Grenze zwischen dem Schutz vor sich selbst und dem Schutz der Allgemeinheit verlaufe. «Eine allein im Einzelnen erwachsende und in den Wirkungen ausschliesslich auf ihn beschränkte Selbstgefährdung [sei] schlecht denkbar.»⁸²² Die Verwobenheit des Einzelnen und der Allgemeinheit zeige sich etwa in zahlreichen Bau-, Miet-, Arbeitsrechts- sowie Verkehrsvorschriften. Bis zu einem gewissen Mass dürfe der Einzelne auch zu einem gesünderen Lebensstil angehalten werden, beispielsweise wenn dies durch Steuern auf alkoholische Getränke oder Zigaretten erfolge, zumal ein kranker Mensch der Allgemeinheit zur Last falle. Sei eine Person minderjährig oder bevormundet, so könne gar ein verstärkter Eingriff in die Selbstbestimmung zulässig sein.⁸²³ Dass die isolierte Betrachtungsweise des Einzelnen nicht möglich sei, habe auch Auswirkungen auf den Begriff des Öffentlichen. Die Fragestellungen fokussierten sich hier einerseits auf das Begriffspaar der privaten und der öffentlichen Interessen und andererseits auf die Privatsphäre und den öffentlichen Bereich. Um die Schnittstelle zwischen privaten und öffentlichen Interessen zu illustrieren, zitiert JOST BGE 87 I 364 E. 1: «Zum Bestand der öffentlichen Ordnung (...) gehören auch die Rechte, die dem Einzelnen als Glied der Gemeinschaft im gesellschaftlichen Zusammenleben gewährleistet sind (...).» Ein privates Interesse, das sich als wesentlich für das gesellschaftliche Zusammenleben herauskristallisiert, liegt damit auch im Allgemeininteresse.⁸²⁴ Parallel dazu lässt sich auch die Privatsphäre nicht von der öffentlichen Sphäre nach allgemeingültigen qualitativen Kriterien eindeutig abgrenzen. Eine Schutzkompetenz des Staates muss damit vielmehr dort vorliegen, wo ein für das Gemeinwesen massgeblicher Sachverhalt tangiert ist. In Übereinstimmung mit GIACOMETTI hält er deshalb fest, dass die übermässige Inanspruchnahme der

⁸²¹ BROGGINI, S. 99 ff.

⁸²² JOST, S. 51.

⁸²³ DERSELBE, S. 50 ff. (Zitat auf Seite 54).

⁸²⁴ DERSELBE, S. 55, siehe auch S. 57.

Freiheit des einen die Freiheit des anderen verunmögliche, weshalb der Grundsatz in *dubio pro libertate* neu zu interpretieren sei.⁸²⁵ JOST ist vor diesem Hintergrund der Überzeugung, dass der Begriff der öffentlichen Interessen gleichbedeutend mit dem Begriff der öffentlichen Ordnung verstanden werden müsse.⁸²⁶

2.6 Wyss

- 279 WYSS, der im Jahr 2001 seine Habilitationsschrift zur Thematik der öffentlichen Interessen verfasst hat, spitzt die These, dass sich öffentliche und private Interessen überlagern und der klassische Antagonismus zwischen privaten und öffentlichen Interessen deshalb dogmatisch überholt sei, zu. Nicht nur zeichneten sich Staatsaufgaben dadurch aus, dass sie immer auf die Erfüllung privater Interessen abzielten, vielmehr würden sich öffentliche Interessen erst aus kollektivierten Individualinteressen ergeben. Ein klar umrissenes Allgemeininteresse sei deshalb die Fingierung gesellschaftlicher Homogenität. Öffentliche Interessen seien zivilgesellschaftliche Teilinteressen, die die fundamentalen Ziele der Gesellschaft repräsentieren. Dazu gehört etwa der soziale Friede, der Minderheitenschutz, der Föderalismus usw. Anders als JOST geht er nicht vorwiegend von der normativen Wesentlichkeit eines Individualinteresses für das gesellschaftliche Zusammenleben aus, um dieses dem öffentlichen Interesse zuzuordnen, sondern er spricht von der Erzeugung einer gesamtgesellschaftlichen Wirkung durch das private Interesse. Diese könne dadurch gegeben sein, dass sie grundlegende Fragen des gesellschaftlichen Zusammenlebens betreffe, sich aber auch nur darauf beziehen, dass sich vergleichbare Fragestellungen wieder stellen könnten oder der Einzelne nicht in der Lage sei, durch eigene Mittel und Kräfte seine Interessen zu verteidigen.⁸²⁷

2.7 Schefer

- 280 Demgegenüber hinterfragt SCHEFER den Begriff des Allgemeininteresses nicht, sondern umschreibt diesen als diejenigen Merkmale des Gemeinwohls, die sich im Zuge eines geschichtlich gewachsenen demokratischen Diskurses als besonders wichtig herausgebildet haben.⁸²⁸ Auch ein partikulares Interesse könne diesem Gemeinwohl angehören, doch müsse es derart ausgestaltet sein, dass sich dessen

⁸²⁵ DERSELBE, S. 58 ff.

⁸²⁶ DERSELBE, S. 60.

⁸²⁷ WYSS, Interessen, N 12 ff.

⁸²⁸ Siehe dazu auch HAFNER, Staatsaufgaben, S. 293.

Zurechnung zum Gemeinwohl für alle als tragbar erweise. Der Staat habe insofern etwa auch eine minimale Sorgspflicht gegenüber den Privaten, die sich namentlich aus der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), aus dem Recht auf Existenzsicherung (Art. 12 BV), den Sozialzielen (Art. 41 Abs. 1 lit. b BV) oder der Menschenwürde (Art. 7 BV) ergeben könne.⁸²⁹ Solle allerdings die individuelle Grundrechtsausübung aufgrund von öffentlichen Interessen eingeschränkt werden (vgl. Art. 36 Abs. 2 BV), habe der Ausgleich zwischen den sich gegenüberstehenden Interessen auf einer abstrakten Ebene gleichgeordnet stattzufinden. Insofern könnten sich nicht rein individuelle Interessen und Allgemeininteressen gegenüberstehen. Im Rahmen der Interessen an der individuellen Grundrechtsausübung seien damit vielmehr deren Auswirkungen auf die Gesamtgesellschaft mitzuberechnen, während aufseiten des Regelungsziels dessen Gemeinwohlbezüge ins Gewicht fallen müssten.⁸³⁰

3. Zwischenfazit

3.1 Ordnungsverstoss

Die FLEINERSCHE Konzeption eines Ordnungsverstosses führte zwar die *Maxime in dubio pro libertate* in das schweizerische Rechtssystem ein,⁸³¹ indem aus ihr hervorgeht, dass nur *notwendige* Beschränkungen der individuellen Freiheit zulässig sind, doch weist sie auch Schwächen auf, die nicht nur in der Missachtung des Menschenwürdeprinzips und der mangelnden Präzisierung der Einschränkungsvoraussetzungen des individuellen Rechts, sondern auch in einer nicht aufschlussreichen Definition des Privatbereichs bestehen.⁸³² 281

Die Nichtbeachtung des Menschenwürdeprinzips wird insbesondere durch das von FLEINER gewählte Beispiel deutlich, wonach ein Plakataushang vor einem Hotel, das den Schriftzug «judenreines oder judenfreies Haus» aufweise, zwar als Verstoss gegen die öffentliche Ordnung zu qualifizieren sei, doch ein Entfallen des Rechtsverstosses angenommen werde, wenn das Schild die Inschrift «jüdischer 282

⁸²⁹ SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 76 ff. und insb. S. 77, FN 7.

⁸³⁰ DERSELBE, S. 78 f.

⁸³¹ Im schweizerischen Polizeirecht ist zudem die Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Interessen und die Abschirmung des Privatbereichs der Bürger vor dem Zugriff der Polizei auf Fleiner zurückzuführen (JOST, S. 49 f., 55, 58).

⁸³² Siehe zum konturlosen Begriff des «Anstands», der gerade der Präzisierung der Notwendigkeit einer Beschränkung entgegenwirkt: oben N 66 und unten FN 1032.

Besuch höflichst verboten» aufweise.⁸³³ Diese Sichtweise ist mit einer modernen Interpretation der Begriffe der «öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» nicht mehr vereinbar, die die Verweigerung einer Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, als klassischen Fall des Verstosses gegen die öffentliche Sittlichkeit (Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB) einstuft,⁸³⁴ wobei eine «anständige» Formulierung nicht rechtserheblich ist. Ein Ansatz für eine solche Interpretation findet sich bereits bei GIACOMETTI, zumal dieser festhält, dass die Freiheit des einen in der Freiheit des anderen seine Grenzen finden müsse, was sich bereits aus der *ratio legis* der Grundrechte selbst ergebe.

- 283 Darüber hinaus erweist sich auch die Auffassung von FLEINER und VOIGT heute als überholt, wonach der Polizei eine Generalermächtigung zukommt, auch ohne spezialgesetzliche Grundlage jedes öffentliche Verhalten zu unterbinden, das den herrschenden Anschauungen widerspricht, selbst wenn es sich dabei nur um «kleine» Übertretungen, d.h. leichte Grundrechtseingriffe handeln sollte. Die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage mögen zwar geringer sein, wenn leichte Grundrechtseingriffe zur Diskussion stehen, weshalb sich das staatliche Handeln in diesen Fällen insbesondere nicht auf ein formelles Gesetz stützen muss, doch kann nicht generell auf eine generell-abstrakte Rechtsnorm verzichtet werden.⁸³⁵ Auch diesbezüglich fand sich im Schrifttum von GIACOMETTI bereits der Hinweis, dass Beschränkungen der individuellen Freiheit aufgrund des öffentlichen Wohls weder gestützt auf Gewohnheitsrecht noch die polizeiliche Generalklausel erfolgen dürften, sondern in Spezialgesetzen vorzusehen seien.

3.2 «Empfindungen des Durchschnittsmenschen»

- 284 Während das Legalitäts- und das Menschenwürdeprinzip heute grundsätzlich anerkannt sind, findet sich die Figur der «Empfindungen des Durchschnittsmenschen», die territoriale Sitten und Gewohnheiten mitumfasst, ebenfalls weiterhin in der geltenden Rechtsprechung des Bundesgerichts, wie etwa die Nacktwanderer-Entscheidung zeigt. Allerdings konnte bereits mit Bezug auf die nationale Rechtsprechung festgehalten werden, dass es nicht Aufgabe des Staates sein kann, die Einhaltung von Anstandsregeln in der Öffentlichkeit zu schützen und die kulturelle Fremdheit einer Handlung mithin nicht ausreicht, um diese durch staatli-

⁸³³ FLEINER, Institutionen, 398 FN 33.

⁸³⁴ Siehe unten N 444 ff.

⁸³⁵ Oben N 221 ff.

chen Zwang zu unterbinden.⁸³⁶ Ob und gegebenenfalls wie eine solche Rechtsfigur in das Recht aufgenommen werden kann, wird indes im Zusammenhang mit der Konkretisierung der privatrechtlichen Generalklauseln näher diskutiert.⁸³⁷ Freilich kann bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass sich entgegen der Meinung von VOIGT die rechtliche Berücksichtigung der «öffentlichen Meinung» aus demokratischer Sicht nicht als problematischer erweist als die Figur der «Empfindungen des Durchschnittsmenschen», zumal erstere immerhin durch die Tötigung von repräsentativen Umfragen konkretisiert werden kann, wohingegen letztere eine Delegationsnorm an den Rechtsanwendenden darstellt, die ihn dazu ermächtigt, seine eigenen Wertvorstellungen in die Entscheidung einzubringen.⁸³⁸

3.3 Normativer Begriff der Öffentlichkeit

Wird der Fokus demgegenüber auf die Notwendigkeit des Eingriffs in die «Privatsphäre» oder die individuelle Freiheit des Einzelnen aufgrund der Zugehörigkeit eines Sachverhalts zur öffentlichen Sphäre gelegt, so fragt sich, wie dieser «öffentliche» Bereich definiert werden soll, der der staatlichen Regelung und damit auch dem demokratischen Prozess zugänglich ist. Dieser normative Begriff des Öffentlichen wird im öffentlichen Recht insbesondere auch mit dem Begriff des Gemeinwohls umschrieben.⁸³⁹ Allerdings vermag er keine weitergehende Konkretisierung des «Öffentlichen» zu gewährleisten.⁸⁴⁰ 285

Zur Umschreibung von solchen öffentlichen Gehalten hat JOST – ausgehend von der durch GIACOMETTI ins schweizerische Recht übertragenen Erkenntnis, dass die Freiheit des einen durch die Freiheit des anderen begrenzt wird – festgestellt, dass der Grundsatz in *dubio pro libertate* neu interpretiert werden muss. Insofern geht er insbesondere von der Tatsache aus, dass der Einzelne nicht eindeutig von der Allgemeinheit getrennt werden kann, weshalb auch private Interessen, die sich für das gesellschaftliche Zusammenleben als besonders wichtig erweisen, als öffentliche Interessen zu qualifizieren sind. Dem hat WYSS beigelegt, dass der Begriff des öffentlichen Interesses im Singular stets eine gesellschaftliche Homogenität fingiere. Werden allerdings besonders wichtige Partikularinteressen zur Bestimmung der Geltung der Freiheitsrechte herangezogen, so kann der «Eingriff» in den 286

⁸³⁶ Siehe N 65.

⁸³⁷ Dazu N 354 ff.

⁸³⁸ Siehe auch diesbezüglich N 354 ff.

⁸³⁹ HAFNER, Staatsaufgaben, S. 289.

⁸⁴⁰ SEELMANN/DEMKO, § 11 N 12 ff.

«Privatbereich» des Einzelnen auch zu dessen Gunsten und in dessen Interesse erfolgen. Damit der grundsätzlich abwehrrechtliche Gehalt der Grundrechte freilich in eine minimale Sorgspflicht umgedeutet werden kann, muss sich dieses Vorgehen gemäss SCHEFER für die Allgemeinheit als *tragbar* erweisen. Werden indes grundrechtliche Leistungsrechte als Eingriffstitel herangezogen, so findet eine Umkehrung der Schutzrichtung der Grundrechte statt, die eine Schutzkompetenz des Staates auch entgegen dem Willen des Betroffenen nach sich ziehen kann.⁸⁴¹ Inwiefern ein solches Vorgehen zulässig ist, dürfte heute weitgehend umstritten sein, selbst wenn ein Sachverhalt betroffen ist, der sich für die Allgemeinheit als *wesentlich* erweist.⁸⁴² Gleichwohl entspricht es der gegenwärtigen Gesetzeslage, dass bestimmte Selbstgefährdungen, die sich nicht nur auf den Einzelnen auswirken, beispielsweise über die Erhebung von Steuern staatlich beschränkt werden dürfen und der Staat den Einzelnen dadurch indirekt zu einem gesünderen Lebensstil erziehen darf, weil sein Krankheitszustand der Allgemeinheit zur Last fallen würde. Der Erhebung von Steuern auf alkoholische Getränke oder Zigaretten liesse sich jedoch entgegenhalten, dass die Allgemeinheit auch für Schäden aus Selbstgefährdungen aufkommt, die sich aus allgemein akzeptierteren Gefährdungen (etwa dem Wintersport oder dem Autoverkehr) ergeben, ohne dem Einzelnen in diesen Zusammenhängen gleich weitgreifende Schadenminderungspflichten aufzuerlegen.

- 287 Eben die Anerkennung der gesellschaftlichen Homogenität, aufgrund derselben es sich als schwierig gestaltet, ein einheitliches Gemeinwohl zu definieren, hat ein Umdenken in der Literatur und Rechtsprechung angeregt, wonach im Rahmen des Grundrechtsschutzes grundsätzlich nicht mehr von einer umfassenden öffentlichen Ordnung ausgegangen werden kann, unter deren Vorbehalt die Grundrechte Geltung entfalten, sondern vielmehr eine umfassende Geltung der Grundrechte anzunehmen ist, deren Einschränkung durch das Überwiegen von öffentlichen Interessen gerechtfertigt werden muss. Selbst wenn allerdings die Wahrnehmung von privaten Interessen in aller Regel in den Schutzbereich der Grundrechte fällt, so hat der Ausgleich zwischen öffentlichen und privaten Interessen (Art. 36 Abs. 2 BV) auch auf dieser Ebene gleichgeordnet stattzufinden, weshalb die normative Bedeutung der jeweiligen Interessen für die Allgemeinheit in den Vordergrund

⁸⁴¹ Dazu SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 77, FN 7; siehe dazu auch unten N 384.

⁸⁴² In einer abgemilderten Form dürfte dies auch mit Bezug auf die Selbstbestimmung von Minderjährigen oder Bevormundeten gelten, wie dies parallel zur Einschätzung von JOST im Zusammenhang mit der Prüfung des Bestimmtheitsgebots im besonderen Näheverhältnis zum Staat festgehalten werden konnte (FN 686; siehe dazu auch oben N 55, 67, und unten N 379).

tritt.⁸⁴³ Insofern verlangt bereits der Interessenausgleich gemäss SCHEFER auf beiden Seiten einen Öffentlichkeitsbezug, weshalb im Grunde öffentliche Interessen zu öffentlichen Interessen in einen Ausgleich gebracht werden. Sowohl das private Interesse an der Grundrechtsausübung als auch ein generelles Allgemeininteresse oder das Interesse von Drittpersonen kann mithin im Rahmen dieses Ausgleichs nur Berücksichtigung finden, wenn es sich für das gesellschaftliche Zusammenleben als *besonders wichtig* erweist, was auf beiden Seiten zu einer restriktiven Interpretation des jeweiligen Interesses führt. Infolgedessen besteht im Rahmen der Prüfung des Erfordernisses des «öffentlichen Interesses» keine Vermutung zugunsten des Überwiegens des privaten Interesses, obschon in grundsätzlicher Hinsicht die Möglichkeit der Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs geprüft wird. Das Resultat dieser Abwägung, die zwar im Einzelfall stattfindet, jedoch auf abstrakter Ebene eruiert wird, kann somit bei einem Überwiegen des Allgemeininteresses an einer Verhinderung der Grundrechtsausübung in einem Gesetzesvorbehalt resultieren.⁸⁴⁴

3.4 Normative Geltung und praktische Wirksamkeit

Die Unterscheidung des «administrativen» und des normativen Begriffs der öffentlichen Ordnung, die durch BROGGINI vorgenommen wird, macht indes deutlich, dass Rechtsnormen nicht nur eine normative Geltungskraft entfalten, sondern auch eine praktische Wirkung erzeugen, die auch in normativer Hinsicht berücksichtigt werden muss. Die praktische Wirkung der öffentlichen Ordnung liegt für BROGGINI in der Erzeugung und der Sicherstellung des faktischen Zustands des friedlichen Zusammenlebens, d.h. des sozialen Friedens.⁸⁴⁵ Wird allerdings mit DÜRIG davon ausgegangen, dass die Begriffe des Gemeinwohls, des öffentlichen Interesses oder eben der öffentlichen Ordnung «erst noch durch die Grundrechte aktualisiert werden müssen», so muss die Auffassung von BROGGINI insofern ergänzt werden, als die nachhaltige Friedenssicherung nicht ohne die Gewährleistung der rechtlichen Freiheit, d.h. insbesondere der Menschenwürde, erfolgen kann.⁸⁴⁶

⁸⁴³ Siehe dazu auch unten die Definition des subjektiven Rechts von KELSEN, N 398, in diesem Text.

⁸⁴⁴ Siehe zum Gesetzesvorbehalt TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 394.

⁸⁴⁵ Siehe dazu auch KELSEN, *Gerechtigkeit*, S. 45, der die Friedenssicherung als den obersten Wert in einer kompromisslösungsorientierten Gesellschaft bezeichnet.

⁸⁴⁶ Siehe dazu unten N 444.

4. Verstoss gegen gesellschaftliche Wertvorstellungen als Schutzgut der polizeilichen Generalklausel

4.1 Ausgangslage

a BVerwG Urteil vom 13. Dezember 2006 – 6 C 17.06

289 Im Urteil 6 C 17.06 vom 13. Dezember 2006 hat das deutsche BVerwG parallel zur insbesondere älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts mit Bezug auf den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung einen absoluten und ungeschriebenen Vorbehalt zugunsten derselben angenommen. In seiner Entscheidung führte das Gericht aus, dass der spezielle Gesetzesvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG einzig

«(...) nach Möglichkeit entsprechend den Belangen der jeweils berührten Lebensgebiete durch fachlich orientierte Gesetze auszufüllen» sei und die polizeiliche Generalklausel nur dort als Eingriffsgrundlage nicht ausreiche, wo die Zulässigkeit eines Verhaltens Resultat der «abwägenden Wertung einer Mehrzahl verschiedener Schutzinteressen» bilde.⁸⁴⁷ «(...) Soweit die Voraussetzungen der ordnungsrechtlichen Generalemächtigung [vorlägen], weil bei ihrer Auslegung und Anwendung auf den bundesverfassungsrechtlichen Wertmassstab des Art. 1 Abs. 1 GG zurückzugreifen [sei], [sei] die Ordnungsbehörde [auch wenn keine spezialgesetzliche Grundlage vorliege] zum Einschreiten verpflichtet.»⁸⁴⁸

290 In diesem Urteil wurde damit nicht auf die «öffentliche Meinung» oder die territorial geltenden Sitten und Gewohnheiten rekurriert, um das Laserdrome-Verbot zu begründen, sondern vielmehr ausgeführt, dass Laserdrome-Veranstaltungen als Verletzung der verfassungsrechtlichen Menschenwürde einzustufen seien. Dass das *gespielte* Töten von Menschen die Menschenwürdegarantie verletzt, geht allerdings nicht ohne Weiteres aus ihr hervor, wenn sie als subjektives Recht verstanden wird, dass insbesondere die Tötung von realen Menschen verbietet. Insofern ist der Begriff der Menschenwürde mit Gemeinwohlüberlegungen angereichert worden, die sich insbesondere auf gesellschaftliche Wertvorstellungen stützen.⁸⁴⁹ Diese Vorstellungen werden zugleich als derart notwendig für das zwischenmenschliche Zusammenleben gewertet, dass die Ordnungsbehörde direkt aufgrund der Verfassung dazu verpflichtet sein soll, ein dagegen verstossendes Verhalten zu unterbinden. Vor diesem Hintergrund bedürfe es keiner spezial-

⁸⁴⁷ BVerwG Urteil vom 13. Dezember 2006 – 6 C 17.06 – Ziff. 28 (14).

⁸⁴⁸ BVerwG Urteil vom 13. Dezember 2006 – 6 C 17.06 – Ziff. 29 (14); Rechtsprechungsänderung gegenüber (BVerwG, Beschluss vom 24. Oktober 2001 – 6 C 3.01).

⁸⁴⁹ Vgl. SEELMANN, Menschenwürde II, S. 211; vgl. auch unten N 429.

gesetzlichen Grundlage und der Staat könne direkt gestützt auf die polizeiliche Generalklausel agieren. Insbesondere auch der Hinweis, dass in einem solchen Fall keine Güterabwägung stattfindet, legt die Schlussfolgerung nahe, dass (entsprechend der Argumentation in der Antisemitismus-Entscheidung) ein solches Verhalten nicht nur keine gesetzliche Grundlage erfordert, sondern ganz aus dem sachlichen Schutzbereich der Grundrechte ausgeklammert wird.

b Lehrmeinung

In diesem Sinn führt auch BUMBACHER in seiner Dissertation zur öffentlichen Ordnung aus dem Jahr 1956 aus, dass die öffentliche Ordnung eine Generalklausel darstelle, denn sie trete überall dort in Erscheinung, wo die positive Einzelnorm nicht ausreiche, um die Gerechtigkeit, die neben der Rechtssicherheit einen bedeutenden Wert bilde, zu schützen.⁸⁵⁰ Eine Abgrenzung zur polizeilichen Generalklausel nimmt er gerade nicht vor, sondern bettet diese in die «doppelte Bedeutung der Generalklausel» der öffentlichen Ordnung ein. Einerseits habe der Gesetzgeber durch den Erlass von Gesetzen die öffentliche Ordnung zu schützen, was normativ betrachtet, im «Vorbehalt eines gesetzlichen Normkomplexes» resultiere. Andererseits sei die öffentliche Ordnung aber auch «originäre Generalklausel», d.h. eine Generalermächtigung an die ausführenden Behörden, weshalb sie auch als polizeiliche Generalklausel bezeichnet werde.⁸⁵¹ 291

4.2 Würdigung und Fazit

Die polizeiliche Generalklausel gilt bis heute als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz, doch hat sie inzwischen sowohl in Art. 36 Abs. 1 Satz 3 als auch in Art. 185 Abs. 3 BV eine verfassungsrechtliche Verankerung erfahren.⁸⁵² Aufgrund ihrer Positivierung wird einerseits die Auffassung vertreten, dass die polizeiliche Generalklausel selbst die gesetzliche Grundlage bildet, auf die sich das staatliche Handeln stützt, wobei sie eine verfassungsrechtliche Ersatzgrundlage darstellt, und andererseits postuliert, dass sie durch Umgehung des Erfordernisses der hinreichenden gesetzlichen Grundlage das Legalitätsprinzip durchbricht.⁸⁵³ Letzterer Auffassung ist m.E. zu folgen, zumal das Erfordernis des Rechtssatzes 292

⁸⁵⁰ BUMBACHER, S. 21.

⁸⁵¹ BUMBACHER verweist mit Bezug auf die von ihm dargestellte primäre Generalklausel insbesondere auf privatrechtliche Literatur (DERSELBE, S. 23 ff.).

⁸⁵² TIEFENTHAL, S. 177 ff.

⁸⁵³ DERSELBE, S. 178.

nicht optional ist.⁸⁵⁴ Vor diesem Hintergrund kann die polizeiliche Generalklausel nicht als standardisierte Gesetzesgrundlage verstanden werden, die die Verwaltung «von jeher kraft Gewohnheitsrecht» zur Sicherstellung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit als oberste Aufgabe aller Behörden ermächtigt,⁸⁵⁵ zumal eine derartige Interpretation der Kompetenzen der Exekutive ohne klar formulierte Schranken zur Entmachtung der Legislative führen würde, wodurch die darauf gestützte staatliche Handlung jeder demokratischen Legitimation entbehrte.⁸⁵⁶

- 293 Die durch Spezialgesetze gewährleistete Rechtssicherheit stellt auf einer höheren Abstraktionsstufe betrachtet, allerdings ein Gut dar, das zu anderen Gütern in Widerspruch geraten kann. Gemäss RADBRUCH ist die Rechtssicherheit eine Forderung der Gerechtigkeit. Liegt ein Konflikt zwischen einem positiven Gesetz und nicht in Gesetzesform gegossenem Recht vor, so handelt es sich dabei um einen Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst. Dieser Konflikt ist nach der berühmten RADBRUCHSCHEN Formel in aller Regel zugunsten des positiven Gesetzes zu lösen, das sich auch als «ungerecht» und «unzweckmässig» erweisen kann. Erst wenn sich das positive Gesetz, am Prüfstein der Gerechtigkeit⁸⁵⁷ gemessen, als «unerträglich» bewerten lässt, wird es zu «unrichtigem Recht»⁸⁵⁸ oder in der hier zweckdienlicheren Terminologie zu «unvollständigem Recht», das durch *ratio legis*-Erwägungen, die nicht zwingend mit der Sichtweise des Grundrechtsträgers einhergehen müssen, ergänzt werden darf. Spricht das Bundesgericht in einem solchen Fall implizit davon, dass es der *ratio legis* der Grundrechte entspringe, dass diese durch Grundrechtsträger nicht so wahrgenommen werden dürfen, dass sie in einem *unerträglichen* Masse gegen die Freiheit des anderen verstossen, so bilden die Grundrechte als Teil der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit dann originäre Generalklauseln, die die individuelle Freiheit begrenzen. Damit dies aber geschehen kann, müssen die *notwendigen* Staatsgrundlagen durch ein bestimmtes Verhalten betroffen sein, d.h., es muss ein *unerträglicher* Fall der Sittenwidrigkeit vorliegen, wie ihn das Bundesgericht im Fall der Rassendiskriminierung angenommen hat.⁸⁵⁹ Nur dann findet ein interpersonaler Rechtspflichtverstoss statt,

⁸⁵⁴ MAGNIN, S. 189.

⁸⁵⁵ FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 321.

⁸⁵⁶ Ähnlich bereits im Jahr 1931: BURCKHARDT, S. 668 f.

⁸⁵⁷ Diese politisch-soziale Gerechtigkeit wird auch politisch-soziale Sittlichkeit i.e.S. genannt, HÖFFE, Sittlich, S. 43.

⁸⁵⁸ RADBRUCH, Rechtsphilosophie, S. 216.

⁸⁵⁹ Oben N 66.

der seine Grundlage insbesondere auch in der Ethik hat.⁸⁶⁰ Insofern gelten diese Pflichten in einem rechtsethischen Sinn auch dann, wenn sie keine oder keine hinreichende positive Verankerung erfahren.⁸⁶¹ Erst auf dieser Stufe kann mithin mit BUMBACHER festgehalten werden, dass die Einzelnorm nicht ausreicht, um der Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Anstandsvorstellungen, die zum peripheren Gehalt der öffentlichen Sittlichkeit gehören, können folglich nicht über die polizeiliche Generalklausel geschützt werden.

In aller Regel muss die *ratio legis* der Grundrechte vor diesem Hintergrund in einem hinreichenden positiven Gesetz Ausdruck finden, das diese konkretisiert.⁸⁶² Bei einer zumindest teilweisen synonymen Behandlung des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit und dem Begriff der öffentlichen Ordnung darf ersterer folglich grundsätzlich nicht als ein ungeschriebener Begriff zur originären Begründung staatlicher Befugnisse verstanden werden, sondern muss eine klare Abgrenzung zur polizeilichen Generalklausel erfahren. Eine andere Auffassung des Begriffs der öffentlichen Ordnung und insbesondere auch der öffentlichen Sittlichkeit würde namentlich das Gesetzmässigkeitsprinzip aushöhlen und die Gewaltenteilung untergraben. Insofern könnte auch BUMBACHER beigepflichtet werden, dass es die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gerade verlangt, dass Gesetze durch den Gesetzgeber erlassen werden, was normativ gesehen, im Gesetzesvorbehalt mündet. 294

Sollte entgegen der vorstehend vertretenen Auffassung mithin der Ansicht gefolgt werden, dass Bestimmungen wie etwa Art. 62 Abs. 1 und 2 LRDBHD GE, wonach gegen Gastwirtschafts-, Unterhaltungs- oder Beherbergungsbetriebe im Rahmen von gravierenden und unmittelbar drohenden Verstössen gegen die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit sofortige Betriebsschliessungen und Siegelungen von bis zu 10 Tagen angeordnet werden dürfen, nicht gegen das Bestimmtheitsgebot verstossen, so wären diese Bestimmungen durch die *Staatsgrundlagen* auszufüllen, die sich aus einer überindividuellen Menschenwürdekonzeption, d.h. der Gattungswürde, ergeben.⁸⁶³ 295

⁸⁶⁰ Vgl. FATEH-MOGHADAM, *Blinde Flecken*, S. 30.

⁸⁶¹ Vgl. ELLSCHEID, S. 190 f.

⁸⁶² Siehe dazu unten N 289.

⁸⁶³ Siehe N 439 ff; wenn Elon Musk also auf seiner Plattform X fragt, ob die Wegweisung des Rechtsextremisten Martin Sellner aus dem Kanton Aargau legal sei (BAZ vom 17. März 2024, abrufbar unter: <https://www.bazonline.ch/rechtsextremist-martin-sellner-polizeieinsatz-bei-auftritt-im-aargau-453401332591> [besucht am 17. März 2024]), so müsste diese Frage nicht nur vor dem Hintergrund des kantonalen Gesetzes-

B. Gesamtfazit

Sowohl im Strafrecht als auch im allgemeinen öffentlichen Recht erweist sich ²⁹⁶ der *spezialgesetzliche Begriff* der Sittlichkeit (als Erfordernis von Art. 36 Abs. 1 BV) unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten betrachtet, als problematisch. Allerdings gestaltet sich die Rechtslage im Strafrecht aufgrund der Ausgestaltung des Bestimmtheitsgebots als Rechtsregel klarer als im allgemeinen öffentlichen Gesetzesrecht, zumal das Bestimmtheitsgebot im öffentlichen Recht grundsätzlich nur ein Rechtsprinzip darstellt. Im Rahmen einer besonders nahen Rechtsbeziehung zum Staat kann es damit eingeschränkt werden. Ist hingegen keine besondere Nähe zum Staat gegeben und wirkt sich die Unbestimmtheit des Begriffs zumindest mittelbar grundrechtseinschränkend aus, so hat dies einen «chilling effect» zur Folge, der es rechtfertigt, die Abwägung zugunsten der individuellen Freiheitsrechtsausübung zu treffen. Der Begriff der Sittlichkeit als Tatbestandsmerkmal einer spezialgesetzlichen Grundlage, die der Grundrechtseinschränkung in der «Öffentlichkeit» dient, ist somit ausgeschlossen. Vor diesem Hintergrund erweist sich auch Art. 4 Abs. 1 RTVG als problematisch. In sämtlichen vergleichbaren Fällen ist folglich von einer Unvereinbarkeit des Gesetzesbegriffs der öffentlichen Sittlichkeit mit dem Bestimmtheitsgebot auszugehen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Gesetzesbegriff der öffentlichen Sittlichkeit im Strafrecht kategorisch gegen das Bestimmtheitsgebot verstösst, während diese Schlussfolgerung nicht in der gleichen Schärfe mit Bezug auf das allgemeine öffentliche Recht getroffen werden kann.

Ist der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit (und Ordnung) im öffentlichen Recht ²⁹⁷ als zulässig zu beurteilen, stellt er in aller Regel einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, der von der polizeilichen Generalklausel deutlich abzugrenzen ist. Der Staat kann folglich grundsätzlich nicht im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV direkt gestützt auf diesen agieren. Ein solches Vorgehen ist nur dann zulässig, wenn das verfolgte Interesse der *ratio legis* der Grundrechte entspringt und damit Teil der *notwendigen* Staatsgrundlagen bildet. Dazu muss sich das tangierte Interesse allerdings aus der Würde derjenigen Person ergeben, die das Grundrecht selbst wahrnimmt, was nur dann geschehen kann, wenn durch das individuelle Verhalten die Freiheit des anderen in einem solchen Ausmass beschränkt wird, dass dessen Rechtssub-

rechts (vorne FN 802), sondern auch nach einer rechtstheoretischen Prüfung bejaht werden.

ektivität in Frage gestellt wird.⁸⁶⁴ Ansonsten kann die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit nur ein öffentliches Interesse gemäss Art. 36 Abs. 2 BV darstellen, das hinter einer genügend bestimmten spezialgesetzlichen Regelung steht. Dieses öffentliche Interesse eröffnet einzig einen Beurteilungsspielraum und kein politisches Ermessen zugunsten der Kantone. Die Rechtsfrage danach, was das öffentliche Interesse konstituiert, kann folglich nicht komplett in die Sphäre der Kantone verwiesen werden. Die «Gewaltenteilung» oder der «Föderalismus» bilden keine Gründe für die mangelnde Überprüfbarkeit des öffentlichen Interesses, sondern sind vielmehr in die Formulierung desselben einzubeziehen, zumal diese *per definitionem* einer wertenden Abwägung unterliegt. Die Überprüfung durch das Bundesgericht darf folglich nicht auf Fälle beschränkt bleiben, in denen auf privater Seite elementare Aspekte der Persönlichkeit oder politische Ausdrucksweisen zur Diskussion stehen. Soll insbesondere die Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses Berücksichtigung finden, muss die Wirksamkeit der Grundrechte dadurch gewährleistet werden, dass auch solche Ausdrucksweisen, die nicht den kulturellen Vorstellungen der Mehrheitsbevölkerung entsprechen, eine rechtliche Anerkennung erfahren. Dies liegt nicht nur im Interesse des Individuums, sondern entfaltet auch eine wichtige normative Bedeutung für die Allgemeinheit, zumal nur die konsequente Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen durch Respektierung ihrer individuellen Freiheit einen nachhaltigen Frieden sicherstellen kann. Diese gleichgeordnete Gegenüberstellung, die auf abstrakter Ebene stattfindet, darf allerdings nicht mit der konkreten Verhältnismässigkeitsprüfung (Art. 36 Abs. 3 BV) verwechselt werden, die insbesondere die Zumutbarkeitsprüfung (Verhältnismässigkeitsprüfung i.e.S.) miteinbezieht. Ist ein Überwiegen des sittlichen Regelungsziels im Rahmen der abstrakten Gegenüberstellung zum Interesse an der ungehinderten Grundrechtsausübung festzustellen (Art. 36 Abs. 2 BV), resultiert dies vielmehr in einem Gesetzesvorbehalt zugunsten der sittlichen Regelung. Dieser Gesetzesvorbehalt ist allerdings von Fall zu Fall zu eruieren, zumal die Grundrechte in aller Regel eine umfassende Geltung beanspruchen und damit (fast) jedes Interesse an einem privaten Verhalten rechtlich beachtet werden muss.⁸⁶⁵

⁸⁶⁴ Unten N 439 ff.

⁸⁶⁵ Auch dazu N 439 ff.

Teil IV:
Verwandte Begriffe aus der
Privatrechtsordnung

A. Einleitende Bemerkungen

Sämtliche voranstehende Teile dieser Abhandlung setzen sich mit dem Begriff der öffentlichen Sittlichkeit im öffentlichen Recht auseinander. Wie allerdings bereits insbesondere im zweiten Teil angedeutet worden ist und die Ausführungen zur Begriffsbestimmung der guten Sitten im Privatrecht verdeutlichen werden, legt das Bundesgericht den öffentlich-rechtlichen Begriff der öffentlichen Sittlichkeit und den privatrechtlichen Begriff der guten Sitten – mit Ausnahme des Merkmals der *örtlichen* Wandelbarkeit – gleich aus.⁸⁶⁶ Das Fehlen des Merkmals der örtlichen Wandelbarkeit bleibt im Privatrecht deshalb unberücksichtigt, weil normativ offene Rechtsnormen, selbst wenn diese ein Ermessen eröffnen, nicht nur im Privatrecht, sondern auch im Strafrecht im Gegensatz zum öffentlichen Recht stets mit voller Kognition überprüft werden.⁸⁶⁷ Einen wie im voranstehenden Teil untersuchten «margin of appreciation» etwa zugunsten der Kantone wird im Privatrecht damit nur sehr selten postuliert.⁸⁶⁸ Infolgedessen erweist es sich insbesondere im Zusammenhang mit der Untersuchung eines Rechtsguts der öffentlichen Sittlichkeit nicht als angezeigt, eine klare Grenze zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht zu ziehen. Vielmehr könnte die mit Bezug auf das öffentliche Recht gewonnene Erkenntnis, dass die Begriffe der öffentlichen Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten zumindest *auch* identisch ausgelegt werden können, ebenfalls auf die Privatrechtsordnung zutreffen.

Aus diesem Grund sollen an dieser Stelle der privatrechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit in Art. 2 SchlT ZGB, derjenige der öffentlichen Ordnung in Art. 19 Abs. 2 OR⁸⁶⁹ sowie die Begriffe der Sittlichkeit und der guten Sitten aus Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19/20 OR näher untersucht werden. Da bereits mit Bezug auf das öffentliche Recht festgestellt werden konnte, dass die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit zusammengehören, wird diesbezüglich der Schwerpunkt auf Art. 2 SchlT ZGB gelegt. Generell erfolgt die Untersuchung der Begriffe aus der Privatrechtsordnung unter dem Blickwinkel der Rechtsstaatlichkeit, zumal diese Abhandlung das Rechtsgut der öffentlichen

⁸⁶⁶ Siehe N 81.

⁸⁶⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 397.

⁸⁶⁸ Etwa FANKHAUSER/BURCKHARDT, S. 300, sprechen auch von einer örtlichen Wandelbarkeit der guten Sitten.

⁸⁶⁹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR) vom 30. März 1911 (SR 220).

Sittlichkeit auf seine Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaat thematisiert. Eine umfassende Darstellung des Begriffs der guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung im Privatrecht wird deshalb nicht angestrebt. Dieser Ansatz wird zugespitzt mit Bezug auf die anschliessende Darstellung des Begriffs des Sittengesetzes aus dem deutschen Recht verfolgt, weshalb die deutsche Rechtslage hier nicht differenziert nachgezeichnet wird, sondern der traditionelle Begriff des Sittengesetzes einzig als Bezugspunkt für im Zusammenhang mit dem schweizerischen Recht getätigte Überlegungen dient.

Kapitel 1: «Öffentliche Ordnung und Sittlichkeit» in Art. 2 SchlT ZGB

I. Begriffsgehalt

1. Einleitende Bemerkungen

Die Schlusstitel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907⁸⁷⁰ enthalten eine Bestimmung, die mit Bezug auf die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit eine bemerkenswerte Regelung der Rückwirkung vornimmt. Danach finden diejenigen Gesetzesbestimmungen, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden sind, mit Inkrafttreten des Gesetzes auf alle Tatsachen, d.h. auch auf solche, die vor Erlass des Gesetzes vorlagen, Anwendung, soweit nicht eine gesetzliche Ausnahme dafür vorgesehen ist.⁸⁷¹ Dementsprechend können auch Vorschriften des bisherigen Rechts, die nach der Auffassung des neuen Rechts der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit widersprechen, nach dessen Inkrafttreten nicht mehr angewendet werden. Diese Regelung ist deshalb aussergewöhnlich, weil in der Regel ein Gesetz nur für diejenigen Lebenssachverhalte Geltung beanspruchen kann, die zumindest bis zum Inkrafttreten des Gesetzes andauern. Liegt ein Sachverhalt indes komplett in der Vergangenheit und wird für dessen Beurteilung das geltende Recht herangezogen, so handelt es sich dabei um einen Fall der echten Rückwirkung, der generell als verfassungswidrig gilt, hier jedoch ausnahmsweise gesetzlich vorgesehen ist.⁸⁷²

2. Grammatikalische Auslegung

Mithin trifft Art. 2 SchlT ZGB die aussergewöhnliche Regelung, dass die «neue» 301 Rechtsethik eine zeitlich unbegrenzte Geltung entfalten soll. Der Wortlaut von Art. 2 SchlT ZGB lautet:

⁸⁷⁰ SR 210.

⁸⁷¹ Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB.

⁸⁷² BGE 124 III 266 E. 4 e.

«¹ Die Bestimmungen dieses Gesetzes, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind, finden mit dessen Inkrafttreten auf alle Tatsachen Anwendung, soweit das Gesetz eine Ausnahme nicht vorgesehen hat.

² Demgemäss finden Vorschriften des bisherigen Rechtes, die nach der Auffassung des neuen Rechtes der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit widersprechen, nach dessen Inkrafttreten keine Anwendung mehr.»

- 302 Aus dem Wortlaut des ersten Absatzes dieser Bestimmung lässt sich zunächst erschliessen, dass Gesetzesbestimmungen, die zur «öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» gehören, nicht nur ab dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens, d.h. für zumindest bis zu diesem Zeitpunkt andauernde Lebenssachverhalte, Geltung entfalten, sondern auf *alle* Tatsachen angewendet werden sollen, was eine rückwirkende Anwendung der besagten Bestimmungen impliziert. Diese Anordnung kann allerdings durch das neue Gesetz abgeändert werden, indem dieses eine Ausnahmeregelung trifft. Aus der Formulierung «um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind» ergibt sich zudem, dass die Entstehungsgeschichte, die zum Erlass der betreffenden Bestimmung geführt hat, determinieren soll, ob diese «aufgrund der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» erlassen wurde. Im Rahmen der Interpretation der Bestimmung bildet damit die (sowohl subjektiv als auch objektiv) historische Auslegung den Ausgangspunkt. Dementsprechend hat das Bundesgericht entschieden, dass bei einer Norm, die aufgrund einer Revision ins Gesetz aufgenommen wurde, die Auslegung des rechtspolitischen Willens, der zur Revision geführt hat, massgeblich ist.⁸⁷³
- 303 Während im ersten Absatz von Art. 2 SchlT ZGB von Gesetzesbestimmungen die Rede ist, spricht der zweite Absatz von «Vorschriften». Der Begriff der Vorschriften ist abstrakter und damit weiter als derjenige der Gesetzesbestimmungen, zumal er auch nicht kodifizierte Anordnungen meinen kann und damit etwa ungeschriebene Rechtsgrundsätze und Richterrecht miteinschliesst. Sämtliche Rechtsregeln und -prinzipien, die nicht mit der neuen Rechtsauffassung zur öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit vereinbar sind, können gemäss dem zweiten Absatz nach Inkrafttreten der neuen Bestimmung nicht mehr angewendet werden, was allerdings, sollte es sich dabei um geschriebenes Recht handeln, nicht unmittelbar zu deren Aufhebung führt.

⁸⁷³ BGE 138 III 659 E. 3.3; BGer Urteil 4A_475/2013 vom 15. Juli 2014 E. 4.2.

3. Konkretisierung des Begriffs in der Rechtsprechung

Obschon der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB ausdrücklich auf «die Bestimmungen dieses Gesetzes» Bezug nimmt, weshalb davon ausgegangen werden könnte, dass der Rechtssatz einzig im Anwendungsbereich des ZGB Geltung entfalten sollte, geht aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hervor, dass die in Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB getroffene Regelung nicht nur in der gesamten Privatrechtsordnung⁸⁷⁴, sondern auch im öffentlichen Recht⁸⁷⁵ eine rückwirkende Kraft entfalten kann. Ob Art. 2 SchlT ZGB direkt oder *per analogiam* im öffentliche Recht angewendet werden soll, ist allerdings nicht widerspruchsfrei entschieden worden. Etwa in BGer A.204/1999 vom 3. Mai 2000 E. 6/aa hat das Bundesgericht ausgeführt, dass Art. 2 SchlT ZGB «unter gewissen Umständen in Analogie» Anwendung finden könne. Andernorts spricht das Bundesgericht auch von einer Anwendung «in Anlehnung an Art. 2 SchlT ZGB» und geht lediglich von der Möglichkeit einer unechten Rückwirkung aus.⁸⁷⁶ Damit ist eine in Kraft getretene Rechtsänderung im öffentlichen Recht nur dann zu berücksichtigen, wenn sie während der Hängigkeit eines Verfahrens erfolgt,⁸⁷⁷ weshalb Art. 2 SchlT ZGB keine echte Rückwirkung entfaltet, sondern nur auf Sachverhalte Anwendung findet, die sich zumindest teilweise nach Inkrafttreten der Rechtsänderung ereignet haben.⁸⁷⁸ Auch im Kontext des Privatrechts wird eine echte Rückwirkung nur sehr zurückhaltend angenommen, zumal es die Rechtsprechung nicht als ausreichend erachtet, dass nur das neue Recht aufgrund der öffentlichen Ordnung und Sittlich-

⁸⁷⁴ Die in Art. 1–4 SchlT ZGB verankerten intertemporalrechtlichen Prinzipien gelten für das gesamte schweizerische Privatrecht (BGE 124 III 266 E. 4 e; BGE 116 III 120 E. 3 a und BGE 96 II 4 E. 5, beide mit Verweis auf BGE 94 II 245).

⁸⁷⁵ In einem neueren Urteil wurde gar im Sinne eines *obiter dictums* ausgeführt, dass die in Art. 1 und 2 SchlT ZGB kodifizierten intertemporalrechtlichen Grundsätze eine *allgemeine Gültigkeit* entfalten (BGE 143 V 446 E. 3.3 mit Bezug auf die Leistungspflicht der Militärversicherung unter Hinweis auf BGE 130 V 445 E. 1.2.1). Speziell mit Bezug auf Art. 2 Abs. 1 ZGB als Grundschutznorm, die der Durchsetzung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit dient, hat das Bundesgericht entschieden, dass sich deren Geltung auf die gesamte Rechtsordnung erstreckt, d.h., sie auch im öffentlichen Recht einschliesslich des Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechts Anwendung findet (BGE 131 V 97 E. 4.3.1). Siehe auch OG TG Urteil vom 13. September 2007, in: RBOG 2008, Nr. 6, E. 6 b.

⁸⁷⁶ BGE 112 Ib 39 E. 1b.

⁸⁷⁷ BGE 125 II 591 E. 5c/aa; BGE 123 II 325 E. 4c/cc; BGE 112 Ib 39 E. 1c.

⁸⁷⁸ BGE 113 Ib 246 E. 2a.

keit erlassen worden ist,⁸⁷⁹ sondern zusätzlich voraussetzt, dass durch die Anwendung des alten Rechts das «Rechtsbewusstsein», der «Staat» oder die «öffentliche Ordnung und Sittlichkeit» *gefährdet* werden.⁸⁸⁰ Damit kann eine echte Rückwirkung einzig einer Norm zuerkannt werden, die «zu den Grundpfeilern der heutigen Rechtsordnung gehört», und folglich «grundlegende sozialpolitische und ethische Anschauungen verkörpert»⁸⁸¹. Zur Eruierung solcher Bestimmungen ist nicht ausschlaggebend, ob sie dispositiver oder zwingender Natur sind.⁸⁸² Die zwingende Natur einer privatrechtlichen Bestimmung kann jedoch im Zusammenhang mit der Interessenabwägung eine Rolle spielen, zumal das Bundesgericht beim Vorliegen derselben regelmässig das Überwiegen des öffentlichen Interesses annimmt.⁸⁸³ Anders als in der Anwendung eines *Ordre publics* geht die Rechtsprechung damit davon aus, dass eine Abwägung zwischen den grundlegenden sozialpolitischen und ethischen Werten und den privaten Interessen, die etwa im Vertrauens- und Bestandesschutz (Art. 4 SchlT ZGB) bestehen können, vorzunehmen ist.⁸⁸⁴ Die *ratio legis* von Art. 2 SchlT ZGB liegt somit darin, diesen öffentlichen Interessen zum Durchbruch zu verhelfen, wenn sich dies nach einer vorgenommenen Interessenabwägung denn auch rechtfertigen sollte.⁸⁸⁵

4. Kasuistik

- 305 Zu den um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen erlassenen Normen gehören gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung etwa Art. 2 Abs. 1 ZGB (Rechtsmissbrauchsverbot)⁸⁸⁶, Art. 27 Abs. 2 ZGB (gegen die Sittlichkeit verstos-

⁸⁷⁹ BGE 116 III 120 E. 3 b insbesondere unter Hinweis auf BGE 84 II 184.

⁸⁸⁰ BGE 84 II 179 E. 3 c; siehe auch PFAFFINGER, KUKO ZGB, Art. 2 SchlT, N 4.

⁸⁸¹ BGE 145 III 109 E. 5.4; BGE 141 III 1 E. 4; BGE 133 III 105 E. 2.1.3; BGE 100 II 105 E. 2; BGE 93 II 382 E. 4a; BGE 84 II 183 /184; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 525.

⁸⁸² BGE 100 Ib 137 E. 5 b.

⁸⁸³ BGE 117 II 452 E. 3a.

⁸⁸⁴ BGE 119 II 46 E. 1a; BGE 38 II 751.

⁸⁸⁵ BGER Urteil 4A_475/2013 vom 15. Juli 2014 E. 4.2; BGER Urteil 4A_6/2009 vom 11. März 2009 E. 2.3 f.; BGE 133 III 105 E. 2.1.4; BGE 127 III 16 E. 3; sehr ausführlich auch BGE 124 III 266 E. 4, in dem bezüglich des urheberrechtlichen Schutzes der Aufführungsrechte eines Theaterstücks das Interesse des Inhabers der Urheberrechte am Erhalt derselben gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit am Ablauf der Schutzfrist und der damit verbundenen Qualität der Aufführungen als Gemeingut höher gewichtet wurde.

⁸⁸⁶ BGE 38 II 459 f.

sende Bindung)⁸⁸⁷ und Art. 20 OR (Nichtigkeit bei Rechts- oder Sittenwidrigkeit)⁸⁸⁸. Dies hat namentlich zur Folge, dass im Regelfall durch Vertrag begründete, als unbefristet und unkündbar bezeichnete obligatorische Verpflichtungen sowohl im Privatrecht als auch im öffentlichen Recht gleichwohl durch Kündigung beendet werden können.⁸⁸⁹ Dazu gehört auch der familienrechtliche Vertrag der «Ehe», weshalb das Ehescheidungsrecht *in toto* zu denjenigen Materien gehört, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen erlassen worden sind.⁸⁹⁰ Mit Bezug auf dingliche Rechte hat die zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts zudem entschieden, dass dem in Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB verankerten Prinzip, wonach eine Grundlast in jedem Fall 30 Jahre nach ihrer Begründung abgelöst werden kann, der Rang einer um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellten Bestimmung zukommt, womit auch sie eine echte Rück-

⁸⁸⁷ VG BE Urteil 100.2013.208U vom 10. September 2014 E. 5.1; siehe auch BGE 39 II 541 E. 4 (worin die Ausbeutung einer überwiegenden Machtstellung durch Vereinbarung eines Konkurrenzverbots, das dem kündenden Gesellschafter untersagte, seinen Beruf für die Dauer von fünf Jahren im Kanton Zürich auszuüben, als gegen die guten Sitten verstossend und damit mit dem Gesetz unvereinbar qualifiziert wurde).

⁸⁸⁸ BGE 50 II 481 E. 2.

⁸⁸⁹ BGE 97 II 390 E. 3; in diesem Fall hatte sich die Stadtgemeinde Chur dagegen gewehrt, einen Stromlieferungsvertrag mit einem privaten Unternehmen aufrechtzuerhalten. Allerdings sah das Bundesgericht Art. 27 Abs. 2 ZGB vorliegend nicht als betroffen, zumal die Gemeinde durch den unkündbaren Energielieferungsvertrag nicht in ihren finanziellen Interessen beeinträchtigt worden war und damit nicht in einem «das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade» im Gebrauch ihrer Freiheit beschränkt wurde (BGE 97 II 390 E. 7). In BGE 127 II 69 wurde erstmals entschieden, dass eine altrechtliche Konzession, die zeitlich nicht begrenzt worden war, nach Verstreichen einer angemessenen Übergangsfrist gemäss den Prinzipien des Vertragsrechts (als Teil der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit) aufgelöst werden könne (BGE 127 II 69 E. 6). Diese Rechtsprechung prägte das heutige Verständnis eines «wohlerworbenen Rechts» in massgebender Weise, weil sie dieses nicht mehr nur anhand des Entstehungsgrunds definierte, sondern einer Interessenabwägung unterwarf (BGE 145 II 140 E. 4.4; siehe dazu auch SCHREIBER, *passim*). Art. 2 SchlT ZGB wurde danach nicht nur im Konzessionsrecht, sondern auch im Sozialversicherungsrecht angewendet, zumal in BGE 138 V 366 E. 6.1–6.4 entschieden wurde, dass eine Zusatzrente der weitergehenden Vorsorge als wohlerworbenes Recht entschädigungslos herabgesetzt werden könne, wenn sich dies als subsidiär und verhältnismässig erweisen sowie zu keiner Ungleichbehandlung zwischen den Destinären führen würde.

⁸⁹⁰ OG LU Urteil Nr. 22 01 74 vom 5. Mai 2003 E. 3.2. Siehe dazu auch HEGNAUER/BREITSCHMID, die ausführen, dass «die Vorschriften über die Organisation der ehe-lichen Gemeinschaft (...) Ausdruck der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» sind (HEGNAUER/BREITSCHMID, S. 149).

wirkung entfaltet, d.h. auf Grundlasten Anwendung findet, die vor Inkrafttreten der Bestimmung begründet worden sind.⁸⁹¹

- 306 Als Bestimmungen, deren Inhalt offensichtlich ebenfalls sozialpolitischer Natur ist, zumal sie dem Einzelnen erlauben, eine für ihn ungünstige Verpflichtung als nichtig zu erklären, sind des Weiteren etwa die Übervorteilung (Art. 21 OR)⁸⁹² und das Verbot der Abtretung künftiger Lohnforderungen in Art. 325 Abs. 2 OR⁸⁹³ als Grundpfeiler der Rechtsordnung qualifiziert worden. Eine andere Schlagrichtung, die allerdings ebenfalls unter den Begriff des Gemeinwohls⁸⁹⁴ subsumiert werden kann, weisen Art. 63 des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991⁸⁹⁵ (Verweigerungsgründe für den Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks)⁸⁹⁶, das Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983⁸⁹⁷ und bestimmte Bestimmungen zur Begrenzung des Grundstückkaufs durch ausländische Personen⁸⁹⁸ auf. Auch sie sind als Grundpfeiler der Rechtsordnung anerkannt worden.
- 307 Gesetzliche Vorschriften, denen dieser Status nicht zuerkannt wurde, bilden hingegen namentlich: Art. 75a ZGB (persönliche Haftung von Vereinsmitgliedern)⁸⁹⁹, Art. 216e OR (gesetzliche Ausübungsfrist für Vorkaufsrechte)⁹⁰⁰, Art. 697h Abs. 2 OR (Zuständigkeit des Gerichts im Rahmen der Offenlegung der Jahres- und Konzernrechnung)⁹⁰¹, Art. 122 ZGB (Teilung der Austrittsleistungen bei einer Scheidung)⁹⁰², Art. 286 Abs. 2 ZGB (Kumulation bei Kinderunterhaltsbeiträgen)⁹⁰³, die

⁸⁹¹ BGE 93 II 71 E.1; siehe auch BGE 131 I 321 E. 5, in dem eine analoge Anwendung von Art. 788 Abs. 1 ZGB angenommen wurde.

⁸⁹² BGE 38 II 751, 754.

⁸⁹³ Implizit BGE 117 III 52 E. 2 und 3.

⁸⁹⁴ Dazu N 5 ff., 267, 280, 285, 288.

⁸⁹⁵ BGBB (SR 211.412.11).

⁸⁹⁶ BGE 127 III 16 E. 3 und das vormalige Gewässerschutzgesetz (BGE 99 Ib 150 E. 1).

⁸⁹⁷ USG (SR 841.01); BGE 112 Ib 39 E. 1.b.

⁸⁹⁸ BGE 107 Ib 81 E. 4.

⁸⁹⁹ BGE 133 III 105 E. 2.3.3; so auch in BGE 126 III 421 E. 3c; BGE 141 III 1 E. 4.

⁹⁰⁰ BGE 138 III 659 E. 3.4.

⁹⁰¹ BGE 119 II 46 E. 1b; diese Bestimmung ist unterdessen aufgrund des direkten Gegenvorschlags zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und der damit einhergehenden Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrecht gestrichen worden.

⁹⁰² BGER Urteil 5A_841/2017 vom 18. Dezember 2018 E. 5.4 f.; BGE 136 V 57 E. 5.4.

⁹⁰³ BGE 128 III 305 E. 2. b.

Regeln über die Kostentragung bei Ersatzvornahmen⁹⁰⁴ oder Art. 8 UWG (Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen)⁹⁰⁵. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt (AG BS) hielt zudem zur restriktiven Neuregelung der Folgen einer Verletzung der versicherungsvertraglichen Anzeigepflicht in Art. 6 VVG fest, dass diese «(...) zwar den herrschenden sozialpolitischen und ethischen Anschauungen deutlich besser entspreche (...), [sie] aber nicht zu den Grundpfeilern der heutigen Rechtsordnung [gehöre]»⁹⁰⁶. Auch für den revidierten Art. 134 Abs. 1 Ziff. 1 OR, der den Stillstand der Verjährung von Forderungen der Kinder gegenüber den Eltern vorsieht, anerkannte das AG BS keine Rückwirkung gemäss Art. 2 SchlT ZGB.⁹⁰⁷ Schliesslich entschied das Obergericht Zürich (OG ZH) mit Bezug auf den Eheungültigkeitsgrund der Scheinehe, der mit Art. 105 Ziff. 4 ins ZGB aufgenommen wurde, sowohl im Jahr 2011⁹⁰⁸ als auch 2014⁹⁰⁹, dass dieser nicht Teil der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit bilde. Das Bundesgericht bestätigte die letztere Entscheidung und beurteilte demnach Scheinehen im Gegensatz zu Zwangsehen oder polygamen Ehen nicht als «Ordre public-widrig».⁹¹⁰

II. «Öffentliche Ordnung und Sittlichkeit» in Art. 2 SchlT ZGB als schweizerischer Ordre public?

1. Urteil des OG ZH vom 5. Februar 2014

Im Urteil des OG ZH aus dem Jahr 2014⁹¹¹ wird zugunsten eines Verständnisses 308 der «öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» in Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB, das dem internationalen kollisionsrechtlichen Ordre public entspricht, argumentiert, dass die Verweisung in Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB auf die «Grundpfeiler des ethischen

⁹⁰⁴ BGE 101 Ib 410 E. 3.

⁹⁰⁵ BGE 140 III 404 E. 3 und 4; KG BL Entscheid Nr. 410 13 137 vom 13. August 2013 E. 2.4; im Ergebnis offengelassen, in der Begründung allerdings eher verneinend: BGer Urteil 4A_475/2013 vom 15. Juli 2014 E. 4.3 f.

⁹⁰⁶ AG BS Urteil ZB.2012.22 vom 25. Januar 2013 E. 7.

⁹⁰⁷ AG BS Urteil BEZ.2017.39 vom 29. September 2017 E. 4.1.2.

⁹⁰⁸ OG ZH Urteil PC110018-O/U vom 4. September 2011 E. 9. und 10.

⁹⁰⁹ OG ZH Beschluss und Urteil LC130044-O/U vom 5. Februar 2014.

⁹¹⁰ BGer Urteil 5A_199/2014 vom 27. November 2014 E. 4.

⁹¹¹ OG ZH Beschluss und Urteil LC130044-O/U vom 5. Februar 2014.

und moralischen Gesellschaftskonsenses» «nicht (...) mit dem allgemeinen öffentlichen Interesse im Sinne von Gemeinwohl oder mit öffentlichen Sicherheits- und Sittlichkeitsinteressen» gleichgesetzt werden dürften, weil die «allgemeinen öffentlichen Interessen» einer zeitlichen und örtlichen Wandelbarkeit unterliegen würden, was auf die Bestimmungen mit *Ordre-public*-Charakter nicht zutrefte. Der *Ordre public*, «der aufgrund eines allgemeinen ethischen und moralischen Gesellschaftskonsenses automatisch und systematisch in jedem Fall Anwendung finden [müsse] und einer tief verwurzelten moralischen Überzeugung entspringen [würde]», sei aber einer Abwägung nicht zugänglich und verlange eine absolute Geltung, die nicht von Fall zu Fall variieren könne.⁹¹²

2. Auffassungen in der Lehre

- 309 Traditionell wurden hingegen die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit in Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB nicht unter den Begriff des *Ordre public* zusammengefasst.⁹¹³ MUTZNER bezeichnete die beiden Begriffe demnach weder als Gegensätze noch als deckungsgleich.⁹¹⁴ In der neueren Literatur wird im Kontext von Art. 2 SchlT ZGB allerdings zunehmend der französische Begriff des *Ordre public* verwendet,⁹¹⁵ was den Eindruck einer gewissen Nähe zum zweigeteilten kollisionsrechtlichen *Ordre public* des internationalen Privatrechts (Art. 17⁹¹⁶, Art. 18 IPRG⁹¹⁷) oder zum materiellen anerkennungsrechtlichen *Ordre public*

⁹¹² Alle Wortzitate stammen aus: OG ZH Beschluss und Urteil LC130044-O/U vom 5. Februar 2014 E. 3.2. Diese Auffassung wurde bereits von BROGGINI, S. 97 f., vertreten.

⁹¹³ Statt vieler BGE 145 III 109 E. 5.4.

⁹¹⁴ MUTZNER, BK SchlT ZGB, Art. 2 N 18 f.

⁹¹⁵ Etwa HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 525; TUOR et al., § 120 N 11; PFAFFINGER, KUKO ZGB, Art. 2 SchlT, N 2; SCHWANDER, OFK ZGB, Art. 2 SchlT, N 2, schliesst aus dieser Qualifikation denn auch, dass es nur im Rahmen der Ausnahmeregelungen zu einem Interessenausgleich kommen kann.

⁹¹⁶ Der negative *Ordre public* von Art. 17 IPRG stellt eine Ausnahmeklausel zugunsten der Anwendung von nationalem Recht dar, wenn sich dies nach einer Ergebnisbeurteilung, die vorwiegend auf ein im Einzelfall gefälltes Werturteil zurückzuführen ist, rechtfertigen sollte (SCHWANDER, S. 1581; PICHONNAZ/PIOTET, CR CC II, Art. 1–4 Tit. fin., N 128).

⁹¹⁷ Art. 18 IPRG verweist auf die «*lois d'application immédiate*», d.h. auf diejenige Sachnorm, die aufgrund einer abstrakten Auslegung einen Normvorrang genießt, wodurch sie im Verfahren unmittelbar angewendet wird: SCHWANDER, S. 1581.

(Art. 27 Abs. 1 IPRG) erweckt.⁹¹⁸ Im Schrifttum wird denn auch die Auffassung vertreten, dass Art. 2 SchlT ZGB analog zur Rechtsprechung im internationalen Privatrecht (IPR) ausgelegt werden müsse.⁹¹⁹ Diese Nähe zwischen Art. 2 SchlT ZGB und den Ordre-public-Bestimmungen des IPRG ist geschichtlich begründet, zumal vor Erlass des IPRG vom 18. Dezember 1987 bei einer Kollision zwischen einem schweizerischen Rechtssatz und einer ausländischen Norm Art. 2 SchlT ZGB gemäss Lehre und Rechtsprechung analog angewendet wurde.⁹²⁰ Wie jedoch die voranstehenden Ausführungen namentlich zum Begriff der «öffentlichen Ordnung» im öffentlichen Recht gezeigt haben, wurde der Grundrechtsschutz insbesondere noch unter der aBV, die vor Inkrafttreten des IPRG galt, sehr restriktiv interpretiert, weshalb die «öffentliche Ordnung und Sittlichkeit» als absoluter Vorbehalt, der die rechtliche Berücksichtigung jedes privaten Interesses verdrängte, interpretiert wurde.⁹²¹ Mit der zunehmenden Beachtung privater Grundrechtsinteressen wird nun jedoch auch in der privatrechtlichen Literatur der Rechtsprechung gefolgt, wonach die in Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB verankerte «öffentliche Ordnung und Sittlichkeit» öffentliche Interessen darstellen,⁹²² weshalb sie nur gegenüber dem Privaten durchgesetzt werden könnten, wenn sie im Einzelfall einer Grundrechtsprüfung standhalten. Der Begriff des öffentlichen Interesses soll demnach durch eine wertende Auslegung im Einzelfall erschlossen werden.⁹²³

⁹¹⁸ Bei der Anwendung von ausländischem Recht (Art. 17, Art. 18 IPRG) wird der materielle Ordre public extensiver ausgelegt als bei der Anerkennung eines ausländischen Entscheids (BGer Urteil 5A.20/2005 vom 21. Dezember 2005 E. 3.3), die Debatte rund um die hiesigen Werte wird allerdings genauso mit Bezug auf Art. 27 Abs. 1 IPRG geführt (illustrativ OG AG Urteil vom 29. März 2021 E. 3.3.2: siehe auch die Entscheidbesprechung von LOACKER/CAPPAUL [passim]). Vgl. auch WEYENETH, S. 100 ff.; HOTZ, S. 180.

⁹¹⁹ PICHONNAZ/PIOTET, CR CC II, Art. 1–4 Tit. fin. N 128; SCHWANDER, S. 1581; siehe auch SCHWANDER, OFK ZGB, Art. 2 SchlT, N 1.

⁹²⁰ BUMBACHER, S. 9; MUTZNER, BK SchlT ZGB, Art. 2 N 1 ff. und 11 ff.

⁹²¹ Insofern wurde der polizeiliche Begriff der öffentlichen Ordnung nicht als abwägungsfähiges öffentliches Interesse, sondern als absolute Schranke der individuellen Freiheit interpretiert. Siehe insbesondere auch die Ausführungen zum «Vorbehalt der sittlichen Grundanschauungen» (FN 15 und N 71 in diesem Text).

⁹²² TUOR et al., §120 N 11.

⁹²³ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 526.

3. Zwischenfazit

3.1 Zeitliche Wandelbarkeit eines «ethischen Gesellschaftskonsenses»

- 310 Im Urteil LC130044-O/U des OG ZH vom 5. Februar 2014 wird von einer dogmatischen Identität zwischen dem kollisionsrechtlichen *ordre public* und der «öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» in Art. 2 SchlT ZGB ausgegangen, was als Argument für die universelle Geltungskraft des «moralischen Gesellschaftskonsenses» dient und diesen einem zeitlichen Wandel entziehen soll. Diesbezüglich kann zunächst festgehalten werden, dass selbst die Bezugnahme auf den schweizerischen *ordre public* zeigt, dass auch dieser einem zeitlichen Wandel unterliegt.⁹²⁴ So wurde etwa dem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot durch das Bundesgericht erst vor ein paar Jahren *ordre-public*-Charakter zuerkannt⁹²⁵ oder die *ordre-public*-Widrigkeit der gleichgeschlechtlichen Ehe, wie sie noch in den Neunzigerjahren durch das Bundesgericht angenommen wurde,⁹²⁶ kann angesichts des Abstimmungsresultats vom 26. September 2021 zur Vorlage der «Ehe für alle» nicht mehr vertreten werden.⁹²⁷ Insofern sah bereits MUTZNER das Telos von Art. 2 SchlT ZGB in der Wandelbarkeit der sittlichen, sozialen und politischen Anschauungen. Je grösser der Abstand zwischen dem neuen Rechtsbewusstsein und dem alten geschriebenen Recht bemessen sei, desto eher sei eine absolute Schranke zugunsten des Sinns und Zwecks der neuen Regelung anzunehmen.⁹²⁸

⁹²⁴ Vgl. zur Wandelbarkeit des nationalen *ordre public*: WEYENETH, S. 121 f.; MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, BSK IPRG, Art. 17 N 6.

⁹²⁵ BGer Urteil 5A_355/2016 vom 21. November 2016 E. 3.3.5. Die wachsende Bedeutung des Diskriminierungsverbots lässt sich auch anhand der Ausgrenzungsproblematik von Personen mit bestimmter sexueller Ausrichtung beobachten. Während Personen etwa mit einer homosexuellen Orientierung vor einiger Zeit noch per Gesetz ausgegrenzt wurden (vgl. Urteil des OG ZH vom 26. Juni 1990, in: SJZ 1991, S. 194 ff.), ist mit Volksabstimmung vom 9. Februar 2020 die sexuelle Orientierung als sensibles Merkmal in die Rassismus-Strafnorm (Art. 261^{bis} StGB) aufgenommen worden, siehe dazu N 443 ff.

⁹²⁶ «Nach dem schweizerischen Rechtsempfinden ist die Ehe die geschlechtliche Vereinigung von Mann und Frau, mit andern Worten von zwei Menschen biologisch unterschiedlichen Geschlechts» (BGE 119 II 264 E. 3 b).

⁹²⁷ Die Änderung der entsprechenden Artikel im ZGB ist darüber hinaus ohne Weiteres für den verfassungsrechtlichen Begriff der Ehe massgebend und erweitert diesen (vgl. SCHEFER, Kerngehalte, S. 281).

⁹²⁸ MUTZNER, BK SchlT ZGB, Art. 2 N 6 ff.

3.2 Grundsätzliche Verrechenbarkeit des «ethischen Gesellschaftskonsenses»

Schwieriger zu beantworten ist hingegen die Frage, ob nach der Identifizierung eines zumindest ansatzweise in einem Rechtssatz verankerten «moralischen Gesellschaftskonsenses» dieser gegen ein privates Interesse abgewogen werden darf, was der gegenwärtigen Praxis des Bundesgerichts entspricht. Gegen eine Parallelziehung zum materiellen Ordre public des internationalen Privatrechts und damit für eine Interessenabwägung spricht an dieser Stelle, dass der Staat gegenüber den Privaten grundsätzlich innerhalb der Landesgrenzen grundrechtsgebunden ist. Findet also inländisches Recht auf einen Sachverhalt Anwendung, der sich im Inland abspielt, müssen die Grundrechte auch bei einem potenziellen Grundrechtseingriff, der durch ein Zivilgericht vorgenommen wird, verwirklicht werden.⁹²⁹ 311

Fraglich ist allerdings, ob die echte Rückwirkung einer Norm, die aufgrund der «öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung» erlassen wurde, tatsächlich einem Grundrechtseingriff gleichkommt. Wird analog zum deutschen Recht und der grundsätzlichen Praxis zu Art. 50 aBV von der Prämisse ausgegangen, dass die Grundrechte generell unter dem Vorbehalt der «öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» stehen und die Freiheitsausübung nur innerhalb dieser Grenzen einen grundrechtlichen Schutz genießt, so ist die automatische echte Rückwirkung einer solchen Norm, a priori betrachtet, kein Grundrechtseingriff, weil dadurch keine grundrechtlich geschützten Interessen tangiert werden. Geht man allerdings davon aus, dass nur die restriktiv interpretierte Rechtsordnung, d.h. insbesondere das genügend bestimmte kodifizierte Recht, zum Zeitpunkt der Verwirklichung des Sachverhalts für die Bestimmung des Grundrechtseingriffs massgebend ist, so ist der grundrechtliche Schutz bereits vor Erlass der neuen Regelung entstanden und die Beschneidung des Rechts stellt einen Grundrechtseingriff dar, der gestützt auf öffentliche Interessen vorgenommen wird. Ein Grundrechtsschutz wäre auch dann anzunehmen, wenn von einer Grundrechtskonzeption ausgegangen wird, wonach die Grundrechte nicht nur «innerhalb der Rechtsordnung» gelten, sondern grundsätzlich jedes private Verhalten schützen, weshalb fast jede freiheitsbeschränkende Rechtsnorm aus dem Privatrecht ein widerstrebendes Interesse verkörpert, das in einen Ausgleich zum individuellen Grundrechtsinteresse gebracht werden muss.⁹³⁰ 312

⁹²⁹ Art. 35 Abs. 1 und 2 BV; siehe dazu MÜLLER, Jörg Paul, Verwirklichung, S. 51.

⁹³⁰ Dazu etwa N 439 ff.

- 313 Die zentrale Frage nach dem Bestehen eines individuellen Grundrechtsschutzes kann gemäss dem hier erarbeiteten zweigeteilten Sittlichkeitsbegriff nicht abschliessend beantwortet werden, zumal es insbesondere darauf ankommt, ob die sich stellende Rechtsfrage den Kernbereich (d.h. die notwendigen Staatsgrundlagen, ergo die Menschenwürde) oder den Begriffshof der Sittlichkeit betrifft.⁹³¹ Sowohl mit Bezug auf den Kernbereich als auch auf die Peripherie des Sittlichkeitsbegriffs lässt sich allerdings festhalten, dass die Schweiz ihre Beurteilungskompetenzen bezüglich der Bestimmung des Schutzbereichs eines subjektiven Rechts wie auch betreffend die Prüfung der Rechtfertigung des Eingriffs in ein solches mit Ratifizierung der EMRK und des UNO-Pakts II in einem gewissen Umfang an den EGMR und den UNO-Menschenrechtsausschuss abgetreten hat, weshalb deren Rechtsprechung stets mitberücksichtigt werden muss.⁹³²
- 314 Dies kann unter Herbeizug des im Urteil LC130044-O/U des OG ZH genannten Beispiels der Scheinehe verdeutlicht werden. Wäre eine nationale Instanz der Ansicht, dass die rückwirkende Ungültigerklärung einer Scheinehe gemäss Art. 105 Ziff. 4 ZGB keinen Grundrechtseingriff darstelle, weil das Eingehen einer Scheinehe kein «Familienleben» im Sinne von Art. 13 Abs. 1 BV konstituiere und das Recht auf Familie (Art. 14 BV) nicht tangiere, könnte der EGMR gleichwohl den betroffenen Personen, d.h. insbesondere den aus der Ehe entsprungenen Kinder, einen Schutz über Art. 8 und allenfalls Art. 12 EMRK gewährleisten. Mangels einer Ratifizierung des ersten Zusatzprotokolls des UNO-Pakts II wäre ein entsprechendes Vorgehen vor dem UNO-Menschenrechtsausschuss zwar nicht möglich, doch könnte eine UNO-Menschenrechtsausschuss-konforme Auslegung von Art. 2 SchlT ZGB zum gleichen Ergebnis führen. Insofern könnte der EGMR Art. 8 EMRK oder der UNO-Menschenrechtsausschuss Art. 23 Abs. 2 UNO-Pakt II so auslegen, dass auch Scheinehen, obwohl rein formell betrachtet, in diesen Fällen kein gültiger familienrechtlicher Vertrag zustande gekommen ist, in den Schutzbereich der jeweiligen Garantie fallen. Würde der EGMR oder der UNO-Menschenrechtsausschuss in diesem Sinn die Beeinträchtigung einer Vertragsgarantie annehmen, so könnte ein schweizerisches Zivilgericht nicht durch Umdeutung der Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB in einen schweizerischen Ordre public auf die durch den EGMR und den

⁹³¹ Siehe insb. N 189.

⁹³² In diesem Sinn entfalten die internationalen Menschenrechtsgarantien nicht nur eine eigenständige Bedeutung, wenn sie einen umfassenderen Schutz gewährleisten als die nationalen Grundrechte, sondern versucht auch das Bundesgericht generell eine Einstimmigkeit zwischen der EMRK und der BV zu erzielen (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 241).

UNO-Menschenrechtsausschuss geforderte Güterabwägung verzichten. Wenn es sich also bei der Ungültigerklärung der Scheinehe um eine Rechtsfrage handeln sollte, die dem Rechtsgut der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit angehört, so könnte sie einzig einem peripheren Gehalt der Sittlichkeit zugerechnet werden, der einer Verrechnung mit privaten Grundrechtsinteressen zugänglich ist.⁹³³

Vergleichbar zu diesem Beispiel aus der kantonalen Rechtsprechung lässt sich 315 auch generell mit Bezug auf die bisher zu Art. 2 SchlT ZGB ergangene Kasuistik festhalten, dass grundsätzlich Rechtsfragen betroffen waren, die nicht den Kern der Sittlichkeit betrafen, weshalb es sich in aller Regel nicht als zweckdienlich erweist, im Zusammenhang von Art. 2 SchlT ZGB von einem schweizerischen *Ordre public* auszugehen.

III. Rechtsnatur von Art. 2 SchlT ZGB

1. Einleitende Bemerkungen

Da festgestellt wurde, dass durch die intertemporale Rückwirkung Grundrechtsga- 316 rantien tangiert sein können, stellt sich nun die Frage, ob Art. 2 SchlT ZGB materiell betrachtet, öffentliches Recht darstellt oder eine privatrechtliche Regelung verbleibt. Schliesslich ist die Ausfüllung von «Gesetzeslücken» *modo legislatoris* gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB im Privatrecht erlaubt,⁹³⁴ während im öffentlichen Recht aufgrund des Legalitätsprinzips grundsätzlich strengere Anforderungen an die Normdichte im Rahmen des Erfordernisses des Rechtssatzes gestellt werden.⁹³⁵ Würde mit PICHONNAZ/PIOTET davon ausgegangen, dass Art. 2 SchlT ZGB

⁹³³ Siehe auch WIEDERKEHR, N 232.

⁹³⁴ BERGER, N 155 und 157 f.; KRAMER, S. 277 ff. Nicht alle Autoren vertreten indes die Ansicht, dass zwischen Art. 4 ZGB und Art. 1 Abs. 2 ZGB eine methodische Identität besteht. Etwa CARONI ist der Auffassung, dass der Begriff der Gesetzeslücke nichts mit demjenigen der Generalklausel zu tun hat, weil eine echte Gesetzeslücke per definitionem eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes darstellt, während bei der Einsetzung einer Generalklausel der Gesetzgeber dem Rechtsanwendenden einen Beurteilungsspielraum eröffnen wollte (CARONI, S. 178 ff.).

⁹³⁵ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 218; siehe zum Lückenbegriff im öffentlichen Recht WIEDERKEHR, N 127 ff.

eine öffentlich-rechtliche Regelung bildet,⁹³⁶ so hätte die Bestimmung als gesetzliche Grundlage des Grundrechtseingriffs im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV dem Bestimmtheitsgebot standzuhalten. Darüber hinaus würde der Interessenausgleich nicht mehr abstrakt über die flankierende Dimension der Grundrechte im Sinne der grundrechtskonformen Auslegung stattfinden (Art. 35 Abs. 3 BV), sondern als direkte Grundrechtsbindung des Staates gegenüber den Privaten eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall erfordern (Art. 36 Abs. 3 BV).

2. Theorien zur Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht

317 Zur Unterscheidung des Privatrechts vom öffentlichen Recht werden diverse Kriterien herangezogen. Massgebend für die Zuteilung einer Regelung zum öffentlichen Recht ist allerdings nicht, ob es sich dabei um eine solche zwingender Natur handelt, zumal auch das Privatrecht zwingende Normen kennt, die von Amtes wegen angewendet werden müssen.⁹³⁷ Anerkannte Theorien zur Unterscheidung des Privatrechts vom öffentlichen Recht bilden die Subordinationstheorie, die Interessentheorie, die Funktionstheorie und die modale Theorie oder Sanktionstheorie⁹³⁸ – obschon auch diese nicht unumstritten sind.⁹³⁹ Gleichwohl nimmt das Bundesgericht auf die klassischen Abgrenzungstheorien Bezug und wendet sie im Rahmen eines Methodenpluralismus⁹⁴⁰ bzw. einer eklektischen Methode⁹⁴¹ an. Gemäss dem Bundesgericht muss dazu eruiert werden, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Umständen des Einzelfalls am besten Rechnung trägt. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Unterscheidung zwischen den beiden Rechtsgebieten unterschiedliche Funktionen zukommen können, die von den

⁹³⁶ Darüber hinaus sind sie der Ansicht, dass Art. 1–4 SchlT Verfassungsrang zukommt, da sie sich direkt aus den verfassungsmässigen Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV), der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), des Schutzes vor Willkür und der Wahrung von Treu und Glauben (Art. 9 BV) ableiten würden (PICHONNAZ/PIOTET, CR CC II, Art. 1–4 Tit. fin N 9 und 38 ff.); a.A. ist hingegen SCHWANDER, der davon ausgeht, dass sich die Art. 1–4 SchlT ZGB durch keinen «streng normativen Charakter» auszeichnen würden, sondern rein heuristischer Natur seien (SCHWANDER, S. 1575 ff.).

⁹³⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 221; MARTI, ZK ZGB I, Vorb. Art. 5 und 6 N 107.

⁹³⁸ DIESELBEN, N 223 ff.; WIEDERKEHR, N 2 ff.; KOLLER, BK ZGB I, Art. 6 N 26.

⁹³⁹ KOLLER, BK ZGB I, Art. 6 N 26, FN 80.

⁹⁴⁰ MARTI, ZK ZGB I, Vorb. Art. 5 und 6 N 66 ff.

⁹⁴¹ BGE 124 III 382 E. 6e; BGE 120 II 412 E. 1b.

Regelungsbedürfnissen und den Rechtsfolgen im Einzelfall abhängen.⁹⁴² Die Subordinationstheorie besagt, dass der Staat im Rahmen des öffentlichen Rechts dem Privaten gegenüber übergeordnet auftritt, während im Privatrecht eine Begegnung zweier Parteien auf gleicher Ebene stattfindet. Nach der Interessentheorie sind diejenigen Normen zum öffentlichen Recht zu zählen, die in erster Linie öffentliche Interessen verfolgen, während diejenigen Normen, die im Interesse der Privaten erlassen worden sind, zur Zivilrechtsordnung gehören. Die Funktionstheorie geht in eine ähnliche Richtung wie die Interessentheorie, indem sie diejenigen Rechtsätze dem öffentlichen Recht zuteilt, die die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt haben oder die Staatstätigkeit unmittelbar regeln. Die Sanktionstheorie (oder modale Theorie) konzentriert sich demgegenüber auf die Rechtsfolgeseite, da der Fokus darauf gelegt wird, welche Sanktion bei einer Erfüllung des Tatbestands verhängt werden soll. Handelt es sich um eine privatrechtliche «Sanktion» wie etwa die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, so soll eine privatrechtliche Rechtsnorm vorliegen, ist hingegen eine öffentlich-rechtliche Sanktion vorgesehen, also eine Strafe oder eine Verwaltungssanktion (beispielsweise der Widerruf einer Bewilligung), so soll es sich bei einer Regelung um öffentliches Recht handeln.⁹⁴³

3. Qualifikation von Art. 2 SchlT ZGB

3.1 Subordinationstheorie

Um feststellen zu können, ob Art. 2 SchlT ZGB zivilrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, muss zunächst eruiert werden, zu welchem Ergebnis die Anwendung der jeweiligen Theorie auf Art. 2 SchlT ZGB führt. Wendet ein Zivilgericht eine Norm im Rahmen der Rückwirkung gemäss Art. 2 SchlT ZGB auf einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt an, so tut es dies einseitig und hoheitlich gegenüber dem Privaten, wodurch Letzterer dem Staat untergeordnet gegenübersteht. Die Subordinationstheorie bewertet Art. 2 SchlT ZGB demnach als öffentlich-rechtliche Regelung. 318

⁹⁴² BGE 120 II 412 E. 1b; BGE 132 I 270 E. 4.3; siehe auch BERGER, N 14 ff.

⁹⁴³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 223 ff.; KOLLER, BK ZGB I, Art. 6 N 28 ff.; MARTI, ZK ZGB, Vorb. Art. 5/6 N 57 ff.; LARDELLI/VETTER, BSK ZGB I, Art. 5 N 4; MARTI, HK ZGB, Art. 6 N 2.

3.2 Sanktionstheorie

- 319 Damit eruiert werden kann, zu welchem Ergebnis die Sanktionstheorie führt, ist in einem ersten Schritt zu bestimmen, ob die Rechtsfolge von Art. 2 SchlT ZGB, d.h. die Rückwirkung, oder diejenige, der über Art. 2 SchlT ZGB angewandten Norm für die Bestimmung der Rechtsnatur der «Sanktion» massgebend ist. Die (echte) Rückwirkung einer Norm stellt an sich eine öffentlich-rechtliche Rechtsfolge dar, zumal es dabei um eine umstrittene Form der Rechtsanwendung geht, die unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten problematisch erscheint.⁹⁴⁴ Hingegen kommt es bei der über die Scharnierfunktion von Art. 2 SchlT ZGB angewendeten Norm darauf an, ob diese aus dem Privatrecht oder aus dem öffentlichen Recht stammt. Bisher sind durch die Gerichte (beinahe ausnahmslos) privatrechtliche Rechtssätze samt deren Rechtsfolgen, selbst wenn diese als «subsidiäres öffentliches Recht» etwa im Rahmen des Konzessionsrechts zur Anwendung kamen, rückwirkend angewendet worden. Die «Sanktionen» zeichneten sich deshalb vorwiegend durch ihre privatrechtliche Natur aus.⁹⁴⁵ Allerdings ist eine Anwendung von Art. 2 SchlT ZGB auch im öffentlichen Recht denkbar, ohne dass das Privatrecht als subsidiäres öffentliches Recht herbeigezogen wird. So ist etwa die Anwendbarkeit von Art. 2 SchlT ZGB auf die Verweigerungsgründe für die Bewilligung des Erwerbs von landwirtschaftlichen Gewerben aus Art. 63 BGGB bejaht worden.⁹⁴⁶ Wird Art. 63 BGGB rückwirkend angewendet, liegt die Rechtsfolge in

⁹⁴⁴ Die rückwirkende Anwendung eines Rechtssatzes steht in einem Spannungsverhältnis zum Rechtsstaatsprinzip (Art. 5 BV), zumal der Einzelne sein Verhalten nicht nach der neuen Regelung richten konnte, weil er nicht wusste und nicht wissen konnte, dass diese auf ihn Anwendung finden würde. Zudem kann die Rückwirkung in Konflikt zum Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) und zum Vertrauensschutz geraten (Art. 9 BV), CAMPRUBI, S. 521 ff.; MÜLLER, Georg, S. 269.

⁹⁴⁵ Wird folglich etwa ein Vertrag nach Art. 21 OR rückwirkend als übervorteilend qualifiziert, so ist er gemäss der Ungültigkeitstheorie einseitig unverbindlich oder nach der Anfechtbarkeitstheorie zwar gültig zustande gekommen, kann aber durch die korrekt erfolgte Anfechtungserklärung beseitigt werden (BGE 114 II 142 ff.). Die Ungültigkeit oder die Anfechtbarkeit eines Vertrags ist eine typisch privatrechtliche Rechtsfolge.

⁹⁴⁶ BGE 127 III 16 E. 3; siehe auch BVGer Urteil B-446/2017 vom 30. Juli 2018 E. 2.4.2 (bestätigt durch BGer Urteil 4A_489/2018 vom 3. Januar 2019), worin verneint wurde, dass Art. 6 NZSchG (Bundesgesetz zum Schutz von Namen und Zeichen der Organisation der Vereinten Nationen und anderer zwischenstaatlicher Organisationen, SR 323.23) eine echte Rückwirkung aufgrund von Art. 2 SchlT ZGB zukomme, oder auch BGer Urteil 4A_576/2017 vom 11. Juni 2018 E. 3.3.

der Verweigerung einer Bewilligung, was eine typische Sanktion des öffentlichen Rechts darstellt.⁹⁴⁷

Würde nun einzig auf den Umstand abgestellt, dass irgendeine Norm rückwirkend angewendet wird, so würde sich Art. 2 SchlT ZGB als öffentlich-rechtliche Regelung erweisen. Wäre allerdings auch die Rechtsfolge der rückwirkend angewandten Norm mitzuberücksichtigen, könnte die Sanktionstheorie nur im Einzelfall ein Indiz für die Rechtsnatur von Art. 2 SchlT ZGB darstellen, zumal sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Normen über Art. 2 SchlT ZGB angewendet werden können. 320

3.3 Interessentheorie

Ebenfalls umstritten dürfte sein, ob die rückwirkende Anwendung einer Norm im Sinne von Art. 2 SchlT ZGB aufgrund öffentlicher Interessen erfolgt und damit gemäss der Interessentheorie öffentliches Recht darstellt. Während VISCHER oder HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, wie oben ausgeführt, diese Auffassung vertreten, sieht etwa BROGGINI oder das OG ZH im Urteil LC130044-O/U vom 5. Februar 2014 in E. 3.2 einen Unterschied zwischen den «Grundpfeiler[n] des ethischen und moralischen Gesellschaftskonsenses» und den «allgemeinen öffentlichen Interessen».⁹⁴⁸ Die erste Betrachtungsweise mündet in einer Gleichsetzung der Begriffe der «öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit».⁹⁴⁹ Der zweite Standpunkt orientiert sich am Wortlaut der Bestimmung und gibt den beiden Begriffen folglich einen unterschiedlichen Bedeutungsgehalt. Die öffentliche Ordnung stellt demnach die sozialen und politischen Grundlagen des Staates dar, während die Sittlichkeit sich aus der sittlich-ethischen Auffassung des Volkes ergibt.⁹⁵⁰ Infolgedessen rage der Begriff der öffentlichen Ordnung nach MUTZNER «gewissermassen ins öffentliche Recht hinüber (...)».⁹⁵¹ Der Begriff der Sittlichkeit bezeichne demgegenüber das als «kategorischen Imperativ empfundene Sittengesetz», das 321

⁹⁴⁷ STALDER, BGGKomm., Vorb. Art. 61–69 N 15 ff.

⁹⁴⁸ BROGGINI, S. 97 f.; eine entsprechende Bewertung hat auch das VG BS mit Bezug auf die passive straflose Suizidhilfe von nicht am Lebensende stehenden Personen vorgenommen (N 77).

⁹⁴⁹ VISCHER, BSK ZGB II, Art. 2 SchlT, N 1.

⁹⁵⁰ MUTZNER, BK SchlT ZGB, Art. 2 N 18 ff.

⁹⁵¹ Dazu zählt er diejenigen privatrechtlichen Normen, denen das Prinzip der Unveräußerlichkeit der Persönlichkeit oder der Grundsatz von Treu und Glauben zugrunde liegt (MUTZNER, BK SchlT ZGB, Art. 2 N 21 f.).

eine altrechtliche Wirkung allerdings erst dann nicht zulasse, wenn diese sich nicht nur als «sittlich unbillig», sondern geradezu als «sittlich verwerflich» erweisen sollte.⁹⁵² Eine gemeinsame Betrachtung der Begriffe sei allerdings im Rahmen einer rechtlichen Beurteilung unerlässlich.⁹⁵³

- 322 Die separate Reflexion der Begriffe macht indes deutlich, dass nur Rechtsnormen, denen eine solch doppelte Qualität zukommt, Normen sein können, die aufgrund der «öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» erlassen worden sind. Hier wird gerade aufgrund dieses Umstands die Auffassung vertreten, dass die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit nicht isoliert bestehen können, sondern zusammengenommen werden müssen, zumal sich die Qualifikation einer Rechtsnorm als besonders *wichtige* Norm auch an ethischen Wertvorstellungen orientiert. Dies wird selbst dann deutlich, wenn der Terminus der Sittlichkeit dem Begriff der öffentlichen Ordnung nicht gegenübergestellt wird, wie dies etwa im Zusammenhang mit dem internationalen Privatrecht erfolgt.⁹⁵⁴ Nichtsdestotrotz soll hier an der Unterscheidung zwischen Rechtsfragen, die die Peripherie bzw. den Kernbereich der Sittlichkeit betreffen, festgehalten werden, weshalb die Sittlichkeit nur in ihrem Kern als kategorischer Imperativ interpretiert werden kann, der eine unbedingte Anwendung erfordert. Sollte die Beantwortung einer Rechtsfrage nach früherem Recht sich demnach als «sittlich verwerflich» bzw. in der hier verwendeten Terminologie, die der radbruchschen Tradition folgt, als «unerträglich» erweisen, kann keine Interessenabwägung im Einzelfall stattfinden. Beide Schichten

⁹⁵² MUTZNER, BK SchlT ZGB, Art. 2 N 26.

⁹⁵³ MUTZNER, BK SchlT ZGB, Art. 2 N 19.

⁹⁵⁴ A.A. WEYENETH, S. 102 f.; demnach definiert die Botschaft etwa Art. 16 aIPRG (heute Art. 17 IPRG) als Vorbehaltsklausel, die bei einem «unerträglichem Widerspruch zur einheimischen Rechts- und Sittenauffassung» greifen soll, wenn die «Grundwerte der schweizerischen öffentlichen Ordnung verletzt» werden (Botschaft IPRG, SR 82.072, BBl 1982 I 263, 313, siehe auch 329, Ziff. 217.3). Im Zusammenhang mit dem IPRG hat die Interpretation des Begriffs der Sittenauffassung allerdings nicht religiös und weltanschaulich neutral zu erfolgen, sondern darf durchaus auch partikular-kulturell konnotiert sein. Als einziges inhaltliches Merkmal ist demnach das Adjektiv «schweizerisch» in den Wortlaut von Art. 17 IPRG aufgenommen worden (MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, BSK IPRG, Art. 17 N 5 f.). So hat das Bundesgericht etwa ein muslimisches Zinsverbot als nicht Ordre-public-widrig beurteilt weil auch Europa ein solches Zinsverbot im Mittelalter gekannt hat (BGE 125 III 443 E. 3 d; a.a.O.), oder der restriktiver ausgelegte anerkennungsrechtliche materielle Ordre public (Art. 27 IPRG) wird ex negativo als «schlechthin unvereinbare Verletzung» der «hiesigen rechtlichen und ethischen Werturteile» definiert (siehe statt vieler BGE 141 III 312 E. 4.1; BGE 103 Ib 69 E. 3b S. 73; BGE 126 III 101 E. 3b S. 107, BGE 126 III 327 E. 2b S. 330; BGE 131 III 182 E. 4.1).

des Sittlichkeitsbegriffs können indes für die Zwecke der Qualifizierung von Art. 2 SchlT ZGB unter den Überbegriff des öffentlichen Interesses subsumiert werden, zumal dieser sehr weit gefasst werden kann. Wie mit Bezug auf den öffentlich-rechtlichen Begriff der öffentlichen Ordnung ausgeführt wurde, stellen öffentliche Interessen Gemeinwohlbezüge dar, die demokratisch legitimiert sind und sich im Zuge der Geschichte als besonders *wichtig* herauskristallisiert haben.⁹⁵⁵ Werden vor diesem Hintergrund Rechtsnormen im Rahmen ihrer rechtlichen Beurteilung durch ethische Normen ergänzt, die sie als besonders wichtig erscheinen lassen, so stellen diese weiterhin öffentliche Interessen dar. Die Interessentheorie beurteilt Art. 2 SchlT ZGB demnach als öffentliches Interesse.

3.4 Funktionstheorie

Zum gleichen Ergebnis führt der Herbeizug der Funktionstheorie. Ob mit der rückwirkenden Anwendung einer Norm, die auch ein gesellschaftliches sittliches Postulat verkörpert, öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden, hängt allerdings auch hier wesentlich davon ab, wie der Begriff der «öffentlichen Aufgabe» ausgelegt wird. Unabhängig davon, ob die öffentliche Ordnung als Unterkategorie der guten Sitten oder als der öffentlichen Sittlichkeit übergeordnete Kategorie eingestuft wird,⁹⁵⁶ lässt sich jedoch auch in diesem Zusammenhang die Überlegung herbeiziehen, dass ethische oder moralische Wertungen, die den Zeitgeist berücksichtigen, zumindest in die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben einfließen.

3.5 Ergebnis

Für eine abschliessende Qualifizierung von Art. 2 SchlT ZGB müsste nun entschieden werden, ob eine der klassischen Abgrenzungstheorien gegenüber den anderen vorrangig behandelt werden sollte, weil diese funktionell dem «Regelungsbedürfnis» und den Rechtsfolgen besser Rechnung trägt, oder ob ausschliesslich darauf abzustellen ist, zu welchem Ergebnis die Mehrzahl der Theorien führt. Vor dem Hintergrund der Subordinations-, der Interessen- und der Funktionstheorie liesse sich Art. 2 SchlT ZGB als Norm des öffentlichen Rechts qualifizieren. Hingegen könnte die bevorzugte Berücksichtigung der Sanktionstheorie zum Resultat führen.

⁹⁵⁵ N 280.

⁹⁵⁶ Im öffentlichen Recht wird die Sittlichkeit als Unterkategorie, d.h. als Teilgehalt der öffentlichen Ordnung verstanden (BGE 106 Ia 267 E. 3 a), während im Privatrecht in der Tradition des römischen Rechts vertreten wird, dass der Begriff der guten Sitten demjenigen der öffentlichen Ordnung übergeordnet ist. Siehe etwa WIGET, S. 136.

tat kommen, dass Art. 2 SchlT ZGB eine Doppelnorm⁹⁵⁷ darstellt, da sie sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Rechtswirkungen erzeugen kann. Allerdings würde diese Argumentation auf der Prämisse beruhen, dass nur die Rechtsfolge der Ausfüllungsnorm und nicht diejenige der Verweisungsnorm⁹⁵⁸ (Art. 2 SchlT ZGB) für die Bestimmung der Rechtsnatur von Art. 2 SchlT ZGB massgebend ist. Würde ausschliesslich die Rechtsfolge der Verweisungsnorm, d.h. diejenige von Art. 2 SchlT ZGB berücksichtigt, so wäre Art. 2 SchlT ZGB auch unter Anwendung der Sanktionstheorie als öffentlich-rechtliche Regelung zu qualifizieren. Insofern bestehen bessere Gründe dafür, Art. 2 SchlT ZGB als öffentlich-rechtliche Regelung zu qualifizieren.

4. Konsequenzen einer Qualifizierung von Art. 2 SchlT ZGB als öffentlich-rechtliche Norm

4.1 Bestimmtheitsgebot

325 Da Art. 2 SchlT ZGB eine öffentlich-rechtliche Regelung darstellt, sind an deren Normdichte aufgrund des Bestimmtheitsgebots grundsätzlich höhere Anforderungen zu stellen als an eine Norm des Privatrechts. Wie allerdings voranstehend im Kapitel 1 dieses Teils ausgeführt wurde, vollzieht das Bundesgericht eine «Mischrechnung», wenn es um die Prüfung der einzelnen Erfordernisse einer gerechtfertigten Grundrechtseinschränkung nach Art. 36 BV geht. So können geringere Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot durch eine striktere Prüfung der Verhältnismässigkeit und der strengen Einhaltung der Verfahrensgrundsätze wettgemacht werden. Dadurch wird zwar die Vorhersehbarkeit der Grundrechtseinschränkung durch den Betroffenen beschnitten, doch dient diese extensive Auslegung des Erfordernisses der genügenden Bestimmtheit einem erhöhten Flexibilisierungsinteresse, wenn eine Norm stark voneinander abweichende Sachverhalte erfassen soll. Allerdings besteht zwischen Art. 36 Abs. 1 und Art. 164 BV weiterhin ein zentraler Zusammenhang, der im Interesse der Gewaltenteilung verlangt, dass «wesentliche Wertungen» demokratisch legitimiert sein müssen.⁹⁵⁹

326 Speziell mit Bezug auf das Bestimmtheitsgebot ist zu berücksichtigen, dass Art. 2 SchlT ZGB eine Scharnierfunktion einnimmt, die die Rückwirkung einer anderen Norm gewährleisten soll. Die «wesentlichen Wertungen», die im Einzelfall zur

⁹⁵⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 241.

⁹⁵⁸ Ausführlich zum Begriff der Verweisung N 209.

⁹⁵⁹ Siehe N 235 f.

Anwendung kommen, sind folglich in der rückwirkend angewendeten Norm und nicht in Art. 2 SchlT ZGB selbst enthalten. In diesem Sinn könnte die Lückenfüllung im Rahmen von Art. 2 SchlT ZGB durch einen demokratisch legitimierten Rechtssatz und nicht durch Richterrecht vorgenommen werden. Dieser Vorgang liesse Art. 2 SchlT ZGB als Verweisungsnorm und nicht als Generalklausel erscheinen.⁹⁶⁰ Allerdings stellt sich hier gleich wie im Strafrecht die Frage, ob eine Norm als Verweisung kategorisiert werden kann, die auch auf zukünftige Verweisungsobjekte Bezug nimmt, wobei diese erst noch aufgrund einer ethischen Wertung zum Status eines «Grundpfeilers der Rechtsordnung» erhoben werden müssen.

Wie bereits mit Bezug auf das Strafrecht ausgeführt wurde, eröffnet die Generalklausel oder hier treffender der unbestimmte Rechtsbegriff dem Rechtsanwendenden einen grösseren Entscheidungsspielraum als eine Verweisung, zumal diese Begriffe die Möglichkeit einer ethischen Wertung zulassen. Die Entscheidung, dass ein Rechtssatz eine Ausfüllungsnorm von Art. 2 SchlT ZGB bildet, ist eine solche ethische Wertung. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird diese Wertung allerdings in erster Linie durch den rechtspolitischen Willen des Gesetzgebers und nicht durch das Gericht vorgenommen, wodurch sie eine zusätzliche demokratische Legitimation erfährt. In diesem Sinn nimmt das Bundesgericht implizit oder explizit insbesondere im Rahmen der rückwirkenden Anwendung von öffentlich-rechtlichen Bestimmungen auf die Botschaft oder die intertemporalrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes selbst Bezug.⁹⁶¹ Diese demokratische Leitplanke reicht allerdings nicht aus, um Art. 2 SchlT ZGB als reine Verweisungsnorm erscheinen zu lassen, zumal der Fall nicht ausgeschlossen werden kann, dass einer Norm der Status als Grundpfeiler der Rechtsordnung zugestanden wird, obschon dies nicht aus den Materialien, die zum Erlass der Norm geführt haben, hervorgeht. Art. 2 SchlT ZGB kommt insofern vielmehr ein Doppelcharakter zu, der der Norm sowohl die Qualität einer Verweisung als auch diejenige eines unbestimmten Rechtsbegriffs verleiht. Damit erfolgt die Lückenfüllung innerhalb von Art. 2 SchlT ZGB einerseits durch einen demokratisch legi-

327

⁹⁶⁰ Siehe zur Unterscheidung der Begriffe der Verweisung und der Generalklausel N 209.

⁹⁶¹ Darüber hinaus ist im Kontext von öffentlich-rechtlichen Bestimmungen von einer unechten Rückwirkung im Rahmen einer «sinngemässen» Anwendung von Art. 2 SchlT ZGB die Rede (BGE 127 III 16 E. 3 und 2b [bäuerliches Bodenrecht]; BGE 123 II 359 E. 3 [Umweltschutz]; BGE 112 Ib 39 E. 1c; BGE 99 Ib 150 E. 1; BGE 119 Ib 174 E. 3 [Gewässerschutz]; BGE 107 Ib 81 E. 4 [Grundstückkauf durch Ausländer]).

timierten Rechtssatz und andererseits durch Richterrecht.⁹⁶² Diese demokratische Beschränkung des Beurteilungsspielraums genügt denn auch, um Art. 2 SchlT ZGB als eine genügend bestimmte öffentlich-rechtliche Rechtsnorm zu qualifizieren, zumal sie stark voneinander abweichende Sachverhalte erfassen soll und damit einem erhöhten Flexibilisierungsinteresse Rechnung trägt.

4.2 Güterabwägung im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung

- 328 Durch die Qualifikation von Art. 2 SchlT ZGB als Norm des öffentlichen Rechts findet die Interessenabwägung im Übrigen nicht nur im Rahmen der grundrechtskonformen Auslegung,⁹⁶³ sondern aufgrund der Grundrechtsadressatenstellung der rechtsanwendenden Behörden als Verhältnismässigkeitsprüfung im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV statt. Damit haben allfällige Grundrechtsbeschränkungen den Erfordernissen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit Rechnung zu tragen, wobei letzteres im Rahmen des Interessenausgleichs von besonderer Bedeutung ist, zumal darin die negativen Auswirkungen auf den Betroffenen der Bedeutung der zu wahren öffentlichen Interessen gegenübergestellt werden.⁹⁶⁴ Eine abstrakte Gegenüberstellung der privaten und der öffentlichen Interessen reicht folglich im Rahmen des Interessenausgleichs nicht aus, um diesem gerecht zu werden.⁹⁶⁵

⁹⁶² VISCHER vertritt demgegenüber die Auffassung, dass Art. 2 SchlT ZGB nur eine Generalklausel darstellt (VISCHER, BSK ZGB II, Art. 2 SchlT N 5).

⁹⁶³ MÜLLER, Jörg Paul, Verwirklichung, S. 105 ff. und 135 ff.

⁹⁶⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 320 ff.

⁹⁶⁵ A.A. VISCHER, BSK ZGB II, Art. 2 SchlT N 4 und 5; siehe zum Gesetzesvorbehalt, der einzig eine abstrakte Gegenüberstellung der Interessen erfordert, N 280, N 287.

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

I. Die öffentliche Ordnung in Art. 19 Abs. 2 OR

1. Einleitende Bemerkungen

In der zivilrechtlichen Literatur wird teilweise die Meinung geäußert, dass der öffentlich-rechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung nicht auf das Kriterium der öffentlichen Ordnung in Art. 19 Abs. 2 OR übertragen werden kann.⁹⁶⁶ Allerdings ist auch darin hoch umstritten, worauf der Terminus der öffentlichen Ordnung Bezug nehmen soll. Zur Klärung dieser Frage kann zunächst festgehalten werden, dass die zivilrechtliche Diskussion zumindest grundsätzlich positivistischer verläuft als diejenige im öffentlichen Recht, indem sie sich namentlich darauf beschränkt, zu eruieren, ob nur Rechtsnormen oder auch deren wertende Auslegung die öffentliche Ordnung definieren.⁹⁶⁷ Als widerrechtlich wird demnach ein Verhalten gewertet, das *ausdrücklich* von der Rechtsordnung untersagt wird.⁹⁶⁸ Die Bezugnahme auf die Figur der Empfindungen des Durchschnittsmenschen oder die herrschende Meinung erfolgt hier vorwiegend im Zusammenhang mit den «guten Sitten».⁹⁶⁹ Insofern stellt etwa HUGUENIN fest, dass die öffentliche Ordnung das Verhältnis des Rechtsgeschäfts zur «Rechtsordnung» regle, während die Sittenwidrigkeit die Beziehung desselben zur «gesellschaftlichen Ordnung» betreffe.⁹⁷⁰

⁹⁶⁶ Etwa: HOTZ, S. 171; WIGET, S. 139.

⁹⁶⁷ Dazu sogleich BROGGINI in N 334.

⁹⁶⁸ BUCHER, S. 255; so auch implizit SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 32.05 ff.

⁹⁶⁹ Dazu N 345.

⁹⁷⁰ HUGUENIN, N 412; HUGUENIN/MEISE, BSK OR I, Art. 19/20 N 33; siehe auch BUCHER, S. 239 und 256.

2. Lehrmeinungen

- 330 Zur Eingrenzung des Terminus der öffentlichen Ordnung wird zunächst die Auffassung vertreten, dass der Begriff sowohl die geschriebenen als auch die *ungeschriebenen* zwingenden Rechtsnormen des öffentlichen Rechts (einschliesslich des Strafrechts) wie auch des Privatrechts meine.⁹⁷¹ Zum Teil wird der Verstoss gegen zwingende Bestimmungen des Privatrechts allerdings auch unter das Tatbestandsmerkmal der «unabänderlichen Vorschriften» und derjenige gegen Verbote des öffentlichen Rechts unter die «öffentliche Ordnung» subsumiert.⁹⁷² Alsdann wird argumentiert, dass bereits das Tatbestandsmerkmal der «unabänderlichen Vorschriften» in Art. 19 Abs. 2 OR auf zwingende Normen Bezug nehme, weshalb der Begriff der «öffentlichen Ordnung» einen anderen Bedeutungsgehalt aufweisen müsse.⁹⁷³ In diesem Sinn wird auch vorgebracht, die «öffentliche Ordnung» könne nicht aus zwingenden Rechtssätzen bestehen, ansonsten der Gesetzgeber den Begriff des zwingenden Rechts anstatt desjenigen der «öffentlichen Ordnung» gewählt hätte.⁹⁷⁴ Im Übrigen findet sich im Schrifttum die Lehrmeinung, dass der Begriff der öffentlichen Ordnung öffentlich-rechtliche Rechtssätze unabhängig von deren zwingenden Natur bezeichne.⁹⁷⁵
- 331 Zur Frage, ob die «öffentliche Ordnung» nur objektive Rechtssätze beinhalte oder darüber hinausgehe, vertritt etwa WIGET die Auffassung, dass zur Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung die *sittlichen Werte*, die der Gesamtrechtsordnung zugrunde liegen, herbeigezogen werden müssten. Insofern interpretiert er den Begriff der guten Sitten in römisch-rechtlicher Tradition als der öffentlichen Ordnung übergeordnet.⁹⁷⁶ Diese Interpretation der öffentlichen Ordnung findet sich auch in moderneren Schriften wieder.⁹⁷⁷ BROGGINI greift den Ansatz auf und führt weiter aus, dass die öffentliche Ordnung in Art. 19 Abs. 2 OR jenen Komplex von geschriebenen und *ungeschriebenen Werten*, Grundsätzen und Normen

⁹⁷¹ MEISE/HUGUENIN, BSK OR I, Art. 19/20 N 15; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 32.05; BERGER, N 1094.

⁹⁷² KOLLER, N 13.98 und 13.118.

⁹⁷³ HOTZ, S. 172.

⁹⁷⁴ BROGGINI, S. 103.

⁹⁷⁵ SCHÖNENBERGER/OSER, ZK OR, Art. 19/20 N 11; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 648; BUCHER, S. 250, geht davon aus, dass die Normen, die die Widerrechtlichkeit eines Vertrags nach sich ziehen «fast durchwegs» dem öffentlichen Recht angehören.

⁹⁷⁶ WIGET, Vorwort und insb. S. 114.

⁹⁷⁷ SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 32.03.

meine, die die wesentlichen Elemente der geltenden schweizerischen Rechtsordnung darstellen. In der Praxis sei das Gericht somit dazu befugt, durch Auslegung der *ratio legis* sowohl einzelner Bestimmungen als auch «Normen», die sich nicht über den Grad ihrer normativen Geltung äussern, und allgemeine Rechtsgrundsätze durch eine logische Reduktion als öffentliche Ordnung zu qualifizieren.⁹⁷⁸

3. Zwischenfazit

3.1 Öffentliche Ordnung als «zwingende» Rechtssätze

Sollte der Begriff der öffentlichen Ordnung auf die «zwingenden» Normen der gesamten Rechtsordnung Bezug nehmen, so könnte argumentiert werden, dass es Indizien dafür gibt, wonach bereits Eugen Huber Art. 19 Abs. 2 OR als einfache Auslegungsregel verstand, die lediglich die zwingenden von den dispositiven Rechtsnormen unterscheiden sollte.⁹⁷⁹ Allerdings stellt sich dann die Frage, was genau unter dem Terminus der «zwingenden» Bestimmungen verstanden werden soll, zumal sich die Terminologie der «zwingenden» Bestimmungen im öffentlichen Recht als systemfremd erweist. Das öffentliche Recht steht in aller Regel den Privaten gerade nicht zur Disposition,⁹⁸⁰ weshalb dieses nicht in zwingende und dispositive Normen unterteilt wird, sondern sowohl die Festlegung der normativen Geltung als auch der praktischen Wirksamkeit einer Bestimmung grundsätzlich anhand eines Interessenausgleichs erfolgt.⁹⁸¹ Insofern könnte der Begriff des zwingenden Rechts im öffentlichen Recht nur so verstanden werden, dass es sich dabei um Rechtssätze handeln muss, die nicht in eine praktische Konkordanz mit widerstrebenden privaten Interessen gebracht werden können, weil ihre Geltungskraft jedes konträre Interesse bereits vom Grundrechtsschutz ausschliesst. Zu diesen nicht verrechenbaren Normen gehören nur die Kerngehalte der Grundrechte, d.h. die Menschenwürde (Art. 7 BV).⁹⁸² Die Menschenwürde bildet infolge ihrer verfassungsrechtlichen Verankerung Teil der objektiven Rechtsordnung. Gleich

⁹⁷⁸ BROGGINI, S. 103; siehe auch HUGUENIN, N 407.

⁹⁷⁹ So unter Hinweis auf das Stenographische Bulletin der Bundesversammlung, Band 19, 474, BROGGINI, S. 105, FN 33, und WIGET, S. 141 f.

⁹⁸⁰ Vgl. auch BERGER, N 49 ff. und 1091 ff.

⁹⁸¹ Richtigerweise spricht deshalb BUCHER, S. 250 ff., nur von den zwingenden Normen des Privatrechts.

⁹⁸² Unten N 435 f.

zeitig stellt sie aufgrund ihrer normativen Offenheit einen komplexen Begriff dar, der auch «subjektive» Kriterien aufweist.⁹⁸³

- 333 Wie bereits mit Bezug auf die nationale Rechtsprechung zum öffentlichen Recht festgestellt werden konnte und nachstehend unter Bezugnahme auf den Begriff der Gattungswürde, der auf die Gleichheit der Rechtsunterworfenen gerichtet ist, vertieft ausgeführt wird, ist die objektivrechtliche Menschenwürde (d.h. die Sittlichkeit) in der Schweiz insbesondere auch anhand konsensualer Gesichtspunkte zu bestimmen.⁹⁸⁴ Wird eine Gesetzesbestimmung in der Privatrechtsordnung als zwingend bezeichnet, weil ihre Missachtung explizit die Nichtigkeits- oder die Ungültigkeitsfolge nach sich zieht,⁹⁸⁵ so ist die damit einhergehende Wertung demokratisch legitimiert und verkörpert einen im positiven Recht verankerten Konsens. Diese ausdrückliche Verankerung der absoluten Geltungskraft als Tatbestandsmerkmal eines Rechtssatzes bildet folglich ein starkes Indiz für deren Zurechnung zur Sphäre der Menschenwürde. Indes wird diese insbesondere unter Berücksichtigung des internationalen Rechts nicht einzig anhand eines demokratischen Konsenses gebildet,⁹⁸⁶ weshalb die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 2 SchlT ZGB analog für die grundrechtskonforme Auslegung von Art. 19 Abs. 2 OR herbeizuziehen ist, wonach die zwingende Natur einer privatrechtlichen Ausfüllungsnorm zwar einen Anknüpfungspunkt für deren Zurechnung zur öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit darstellt, jedoch nicht einziger Bezugspunkt für deren abschliessende Qualifikation bildet.⁹⁸⁷ Insofern wird hier der Auffassung von BROGGINI gefolgt, wonach sich die über Art. 19 Abs. 2 OR angewandten Grundnormen der Rechtsordnung nicht notwendigerweise ausdrücklich über ihren normativen Geltungsgrad äussern müssen, sondern aufgrund einer logischen Reduktion zu eruieren sind. Anders als im Zusammenhang von Art. 2 SchlT ZGB

⁹⁸³ Dazu N 431 ff.; infolgedessen kann mit Bezug auf das übergeordnete Recht nicht in absoluter Weise festgehalten werden, dass die Verletzung subjektiver Rechte Dritter nicht widerrechtlich ist (anders gestaltet sich die Terminologie in der objektiven Privatrechtsordnung [BUCHER, S. 251 f.]).

⁹⁸⁴ Siehe oben N 85 und unten N 459.

⁹⁸⁵ BERGER, N 1092.

⁹⁸⁶ N 132 ff.

⁹⁸⁷ BGE 100 Ib 137 E. 5b; zum Indizcharakter zwingender Bestimmungen im Rahmen von Art. 2 SchlT ZGB: BGE 117 II 452 E. 3a; siehe dazu auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 646; BUCHER, S. 251; HÜRLIMANN, Roland, S. 33; vgl. auch SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 32.13.

wird im Kontext von Art. 19 Abs. 2 OR der rechtshistorische Wille des Gesetzgebers damit nicht speziell gewichtet.⁹⁸⁸

Gleichzeitig führt die logische Reduktion nach BROGGINI dazu, dass einzig 334 Normen, die zum *Kernbereich* des Begriffs der öffentlichen Ordnung, d.h. zur gesellschaftsbezogenen «Menschenwürde», gehören, Ausfüllungsnormen von Art. 19 Abs. 2 OR bilden können. Insofern hat die BROGGINISCHE Interpretation der öffentlichen Ordnung aus Art. 19 Abs. 2 OR die Konsequenz, dass diese strukturell mit dem Begriff des nationalen *Ordre public*⁹⁸⁹ gleichgesetzt werden kann.⁹⁹⁰ Dies bestärkt die öffentliche Ordnung als absolute Grenze der individuellen Freiheit, die einer Abwägung zwischen dem Interesse an der Aufrechterhaltung derselben und demjenigen an der Privatautonomie entgegensteht. Infolgedessen ist die inhaltliche Auslegung der öffentlichen Ordnung in Art. 19 Abs. 2 OR grundsätzlich scharf von der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung in Art. 2 SchlT ZGB zu unterscheiden, zumal letztere in aller Regel einer Abwägung mit widerstrebenden privaten Interessen zugänglich ist und damit grundsätzlich den peripheren Gehalt der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit betrifft.⁹⁹¹

3.2 Öffentliche Ordnung als Rechtsnormen und damit einhergehende rechtsethische Wertungen

Rein inhaltlich betrachtet, schafft diese zunächst extensive Interpretation der 335 öffentlichen Ordnung indes keine Differenzierung zwischen den Begriffen der Rechts- und der Sittenwidrigkeit in Art. 19 Abs. 2 OR. Vielmehr können beide als die der schweizerischen Rechtsordnung inhärenten *notwengen Grundwerte* bezeichnet werden.⁹⁹² Zudem muss sie für sämtliche Kriterien in Art. 19 Abs. 2 OR, d.h. für die «unabänderlichen Vorschriften», die «öffentliche Ordnung», die «guten Sitten» und das «Recht der Persönlichkeit», gelten, weil eine unterschiedlich restriktive Auslegung der jeweiligen Tatbestandsmerkmale m.E. nicht denkbar ist, zumal alle Kriterien prinzipiell die gleiche Rechtsfolge der Unzulässigkeit des

⁹⁸⁸ Siehe dazu N 302.

⁹⁸⁹ WEYENETH, S. 102 f.

⁹⁹⁰ Dieser Ansicht folgt auch KRAMER, BK OR, Art. 19–20 N 158 ff.

⁹⁹¹ Dazu oben N 308 ff.

⁹⁹² Siehe dazu etwa BUCHER, S. 256, oder auch BERGER, N 1094. Das Verhältnis zwischen der Rechts- und der Sittenwidrigkeit im Privatrecht ist vor diesem Hintergrund demjenigen im Strafrecht diametral entgegengestellt (Stichwort «Parallelwertung in der Laiensphäre», siehe oben N 212).

Vertrags nach sich ziehen. Würde entweder der Begriff der öffentlichen Ordnung oder derjenige der unabänderlichen Vorschriften nur positive Gesetzesnormen des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts bezeichnen, so würde insbesondere der Bewertungsmaßstab der guten Sitten einen bedeutenderen Eingriff in die individuelle Freiheit darstellen, da dieser nach h.L. und Praxis (auch) ausschliesslich durch die Sozialmoral gebildet werden darf.⁹⁹³

- 336 Wie bereits etwa die Ausführungen zu Art. 4 Abs. 1 RTVG gezeigt haben, können sich offene Begriffe aufgrund einer mangelnden Präzisierung in der Rechtssetzung und der damit einhergehenden zeitlichen Veränderung des durch die Rechtsprechung gebildeten Bedeutungsgehalts inhaltlich überlagern, weshalb der grammatikalischen Auslegung keine zentrale Bedeutung mehr beigemessen werden kann.⁹⁹⁴ Dies ist denn auch mit Bezug auf Art. 19 Abs. 2 OR der Fall, weshalb auch die Begriffe der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten in Art. 19 Abs. 2 OR zusammen betrachtet werden müssen.⁹⁹⁵

II. Begriff der Sittlichkeit/guten Sitte in Art. 19 Abs. 2/Art. 20 Abs. 1 OR

1. Einleitende Bemerkungen

- 337 Wie bereits mehrfach ausgeführt worden ist, erweisen sich die bundesgerichtlichen Definitionen der Begriffe der öffentlichen Sittlichkeit und der guten Sitten als weitgehend identisch,⁹⁹⁶ weshalb an dieser Stelle insbesondere auch auf den Begriff der guten Sitten eingegangen wird. Im schweizerischen Zivilrecht existieren diverse Bestimmungen, die auf den Begriff der «guten Sitten», der «Unsitt-

⁹⁹³ Dazu unten N 345; allerdings gilt es zu beachten, dass wie SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 32.04, richtig ausführen, die Qualifikation des Begriffs der öffentlichen Ordnung keine grosse praktische Relevanz besitzt, zumal ein bestimmter Sachverhalt auch einfach unter ein anderes der in Art. 19 Abs. 2 OR genannten Kriterien subsumiert werden könnte.

⁹⁹⁴ Siehe oben N 102 ff.

⁹⁹⁵ Mit Bezug auf die inhaltliche Auslegung wird deshalb auf die Überlegungen im Zusammenhang mit der Generalklausel der guten Sitten verwiesen (N 347 ff.).

⁹⁹⁶ Siehe etwa N 81.

lichkeit)⁹⁹⁷ oder der «Sittlichkeit» Bezug nehmen. Dazu gehören insbesondere Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR sowie Art. 27 Abs. 2 ZGB.⁹⁹⁸

Der Begriff der guten Sitten kommt indes nicht nur im Privatrecht, sondern namentlich auch im nationalen Immaterialgüterrecht vor. In diesem Zusammenhang findet er sich in Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Erfindungspatente⁹⁹⁹ und in Art. 2 lit. d des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben¹⁰⁰⁰. Diese Rechtssätze unterscheiden sich insofern von Art. 19 Abs. 2/Art. 20 Abs. 1 OR, als sie Erfindungen (PatG) bzw. Bilder und Zeichen (MSchG) zwar vom rechtlichen Schutz ausschliessen, jedoch weder deren faktischen Nutzung entgegenstehen noch die rechtliche Durchsetzbarkeit von Rechtsgeschäften, die sie betreffen, tangieren. Insofern weist der durch Art. 2 Abs. 1 PatG und Art. 2 lit. d MSchG erzeugte Eingriff in die individuelle Freiheit eine geringere Intensität auf als derjenige, der durch Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR erfolgt. Art. 2 Abs. 1 PatG und Art. 2 lit. d MSchG sind demnach eher mit den Bestimmungen aus dem öffentlichen Recht vergleichbar, die ein besonderes Näheverhältnis zum Staat betreffen, zumal diese Bestimmungen dem peripheren Gehalt der Sittlichkeit angehören und folglich in Konkordanz zu anderen grundrechtlich geschützten Interessen gebracht werden können.¹⁰⁰¹ Dies bedeutet indes nicht, dass sie nicht dieselbe Schlagrichtung wie die Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 2 OR aufweisen, weshalb ihre geringere Geltungskraft und Wirkungsintensität nicht dazu führt, dass sie nach anderen Grundsätzen ausgelegt werden dürfen.¹⁰⁰²

In dem hier interessierenden Zusammenhang ist allerdings nicht nur die Schrankenfunktion der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung ausschlaggebend, sondern spielt insbesondere die Schutzkompetenz des Staates, in den normativen Privatbereich der Betroffenen gegebenenfalls gegen deren Willen eingreifen zu dür-

⁹⁹⁷ BUCHER, S. 255, hielt richtigerweise bereits im Jahr 1988 fest, dass am Begriff der Unsittlichkeit nicht festzuhalten sei, zumal dieser an die «wenig bedeutsame Sexualsphäre» erinnere.

⁹⁹⁸ Daneben können im OR Art. 41, 63, 66, 157, 163, 239, 328, 346, 420 und im ZGB etwa Art. 28h, 52, 57, 302, 482, 519, 521 genannt werden.

⁹⁹⁹ Patentgesetz vom 25. Juni 1954, PatG (SR 232.14).

¹⁰⁰⁰ Markenschutzgesetz vom 28. August 1992, MSchG (SR 232.11).

¹⁰⁰¹ Siehe dazu BVGer Urteil B-883/2016 vom 23. März 2017 E. 3 ff., in dem zwar neben der Sozialmoral auch die Grundrechtsbindung des Staates und das Erzielen einer praktischen Konkordanz zwischen den betroffenen Grundrechtsinteressen im einleitenden Textbaustein erwähnt wird (E. 3.2), daraus jedoch keinerlei Konsequenz gezogen wurde.

¹⁰⁰² Siehe dazu oben N 189 ff.

fen, weil ein Tatbestand tangiert ist, der sich für die Allgemeinheit als *wesentlich* erweist, eine bedeutende Rolle.¹⁰⁰³ Mit Bezug auf die nachstehenden Ausführungen steht somit der Verstoss eines Vertrags gegen die «guten Sitten» im Vordergrund, doch können die hier getätigten Überlegungen, soweit dies möglich und dienlich ist, auch auf andere Themengebiete übertragen werden.¹⁰⁰⁴

2. Beispiele sittenwidriger Tatbestände

- 340 Die Sittenwidrigkeit eines Vertrags kann damit zusammenhängen, dass dieser entweder gegen das Persönlichkeitsrecht (Art. 27 ff. BV) verstösst oder in einer anderen Weise sittenwidrig ist (vgl. Art. 19 Abs. 2 OR).¹⁰⁰⁵ Sittenwidrig kann entweder die vereinbarte Leistung oder auch nur eine Leistungsmodalität sein. Aber auch der Vertragszweck kann sich durch seine Sittenwidrigkeit auszeichnen.¹⁰⁰⁶ Beispielsweise kann sich ein Gesellschaftszweck nach Art. 530 Abs. 1 OR dann als sittenwidrig erweisen, wenn vereinbart wird, dass bei einer öffentlichen Versteigerung kein Gebot abgegeben werden soll (*pactum de non licitando*).¹⁰⁰⁷ Sittenwidrigkeit kann aber auch daher rühren, dass überhaupt ein Vertrag über eine bestimmte Leistung geschlossen wurde. Dazu gehört etwa das Versprechen, einer Konfession für ein Entgelt beizutreten.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰³ Oben N 286.

¹⁰⁰⁴ So finden die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Aufhebung von Verträgen auch (analog) auf andere Rechtsverhältnisse des Zivilrechts Anwendung (Art. 7 ZGB), vgl. FANKHAUSER/BURCKHARDT, S. 297.

¹⁰⁰⁵ BUCHER, S. 255; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 32.16; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 656.

¹⁰⁰⁶ BUCHER, S. 257, nennt als Beispiele einer sittenwidrigen Leistung etwa die bezahlte Beihilfe zur Erberschleichung; KESSLER, BSK OR I, Art. 41 N 43, geht davon aus, dass auch die Unterlassung oder der Rückzug einer Strafanzeige gegen Entgelt sich als sittenwidrig erweist. Dann soll allerdings nicht die Vereinbarung (d.h. das Verpflichtungsgeschäft), sondern der Leistungsaustausch sittenwidrig sein (so auch BUCHER, S. 258).

¹⁰⁰⁷ HÜRLIMANN, Roland, S. 132 unter Hinweis auf BGE 82 II 23 E. 1.

¹⁰⁰⁸ HÜRLIMANN, Roland, S. 132 ff.; der vergleichbare Fall der Einreichung einer Scheidung aufgrund der Zahlung eines Dritten wurde im deutschen Recht unter dem Begriff des Sittengesetzes abgehandelt (ERBEL, S. 256); TUHR, S. 258 ff., ist zwar der Ansicht, dass die entgeltliche Verpflichtung zu einer Eheschliessung, Scheidung oder religiösen Konversion nicht sittenwidrig ist, sondern gegen die öffentliche Ordnung verstösst (insb. § 31, FN 5), doch konnte in dieser Abhandlung bereits festgestellt werden, dass zwischen der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten im Zusammenhang von

III. Verhältnis zwischen Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19 Abs. 2/Art. 20 Abs. 1 OR

1. Lehrmeinungen

Die herrschende privatrechtliche Literatur vertritt die Auffassung, dass sich die Sittlichkeitsbegriffe von Art. 20 Abs. 1 OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB trotz ihrer gemeinsamen geschichtlichen Wurzel in Art. 17 aOR nicht vereinheitlichen lassen. Zur Unterscheidung des Sittlichkeitsbegriffs im Personenrecht¹⁰⁰⁹ und desjenigen im Vertragsrecht¹⁰¹⁰ wird insbesondere argumentiert, dass die übermässig gebundene Partei die Leistung nur verweigern könne, d.h. in diesem Zusammenhang die Sittenwidrigkeit einzig die Kündbarkeit bzw. die Anfechtbarkeit der Vereinbarung nach sich ziehe, während der sittenwidrige Vertrag nichtig oder zumindest teilnichtig sei.¹⁰¹¹ BUCHER begründet die Nichtanwendung der Nichtigkeitsregel auf Art. 27 Abs. 2 ZGB inhaltlich damit, dass es stossend wäre, wenn die Gegenpartei derjenigen Person, die vor übermässiger Bindung geschützt werden soll, sich trotz erbrachter Leistung auf die Nichtigkeit der Vereinbarung berufen könnte, um so von der Gegenleistungspflicht entbunden zu werden. Gleichzeitig bewertet er es als unhaltbar, wenn die übermässig gebundene Person dazu in der Lage wäre, sich von einer in ihrer Bindung übermässigen Leistungspflicht gänzlich zu befreien, ohne dass einzig auf das Übermass der Bindung abgestellt würde.¹⁰¹² Indes anerkennt auch er, dass die Art. 19 Abs. 2, Art. 20 Abs. 1 OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB einen Vorbehalt zugunsten der guten Sitten beinhalten, der der rechtlichen Anerkennung von Verträgen entgegensteht, die gegen ein moralisches/ethisches Minimum verstossen.¹⁰¹³ Insbesondere ältere Meinungen treffen vor diesem Hintergrund zwischen Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19/20 OR keine scharfe Unterscheidung.¹⁰¹⁴ Auch das Bundesgericht hat in diesem Sinn in einem Urteil

Art. 19 Abs. 2 OR keine scharfe Unterscheidung getroffen werden kann (N 335 f.). Eine Darstellung sittenwidriger Vertragsinhalte findet sich auch in BERGER, N 195.

¹⁰⁰⁹ Art. 27 Abs. 2, Art. 28h ZGB usw.

¹⁰¹⁰ Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR.

¹⁰¹¹ BUCHER, BK ZGB, Art. 27, Vorwort und N 166; MINNIG, N 4.62; KRAMER, BK OR, Art. 19 N 208 ff., 212 ff.; KRAUSKOPF/SOMMER, 69 f.; HOTZ, S. 70.

¹⁰¹² BUCHER, S. 265 f.

¹⁰¹³ BUCHER, S. 255 f.; BUCHER, BK ZGB, Art. 27 N 178.

¹⁰¹⁴ TUHR, S. 258 ff.; HÜRLIMANN, Roland, S. 132, sieht Art. 27 Abs. 2 ZGB als Unterkategorie von Art. 19 Abs. 2 OR.

aus dem Jahr 1924 entschieden, dass die Wendung «unsittlich» des Art. 17 aOR inhaltlich nichts anderes meine als «die Sittlichkeit verletzend» (Art. 27 ZGB) und «gegen die guten Sitten verstossend» (Art. 20 OR).¹⁰¹⁵ HUGUENIN/REIZE plädieren dieser Tradition folgend für ein abgestuftes System der Nichtigkeit, das sowohl Art. 19/20 OR als auch Art. 27 Abs. 2 ZGB miteinschliesst.¹⁰¹⁶ Ausdruck davon sei die analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR auf Art. 27 ZGB.¹⁰¹⁷

2. Würdigung

342 Die grundsätzlich verschiedenen Rechtsfolgen von Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 OR lassen sich mit den vordergründig unterschiedlichen Schutzgütern begründen. Auf der einen Seite wird die persönliche Freiheit (Art. 27 Abs. 2 OR) geschützt und auf der anderen Seite soll der Schutz der guten Sitten und die öffentliche Ordnung gewährleistet werden (Art. 20 Abs. 2 OR). Der Schutz der persönlichen Freiheit liegt bei einer solchen Betrachtungsweise in erster Linie im privaten Interesse und der Schutz der guten Sitten und der öffentlichen Ordnung im öffentlichen Interesse.¹⁰¹⁸ Diese Interpretation der geschützten Interessen lässt Art. 27 Abs. 2 ZGB als klassische privatrechtliche Norm der mittelbaren Drittwirkung (d.h. Horizontalwirkung) von Grundrechten im Sinne von Art. 35 Abs. 3 BV erscheinen, denn auch der private Vertragspartner soll das Grundrecht der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV beachten müssen.¹⁰¹⁹ Allerdings lässt diese Unterscheidung ausser Acht, dass Art. 27 Abs. 2 ZGB den Privaten gerade nicht zur freien Disposition steht, weshalb durch diese Bestimmung nicht das subjektive Recht, sondern das öffentliche Interesse an der persönlichen Freiheit geschützt wird. Wird von der Prämisse ausgegangen, dass Art. 35 BV generell die rechtsanwendenden Behörden dazu verpflichtet, unbestimmte Begriffe des Gesetzesrechts grundrechtskonform auszulegen,¹⁰²⁰ so

¹⁰¹⁵ BGE 50 II 481 E. 2. Auch Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und Art. 20 Abs. 1 OR schützen dasselbe Rechtsgut der guten Sitten, FANKHAUSER/BURCKHARDT, S. 297.

¹⁰¹⁶ HUGUENIN/REIZE, BSK ZGB I, Art. 27 N 27 mit Hinweis auf BGE 120 II 40.

¹⁰¹⁷ HUGUENIN/REIZE, BSK ZGB I, Art. 27 N 18 ff.

¹⁰¹⁸ Eine entsprechende Bewertung wird auch mit Bezug auf Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und Art. 20 Abs. 1 ZGB vorgenommen (FANKHAUSER/BURCKHARDT, S. 298 f.).

¹⁰¹⁹ WALDMANN, BSK BV, Art. 35 N 68.

¹⁰²⁰ Dies führt zwar nicht zu einer unmittelbaren Anwendung des öffentlichen Rechts auf die privatrechtliche Rechtsbeziehung (EGLI, S. 148 mit Verweis auf BGE 107 Ia 277 E. 3a); doch kann die verfassungskonforme Auslegung gegebenenfalls eine Interes-

muss auch das öffentliche Interesse an der Sittlichkeit in Art. 27 Abs. 2 ZGB verfassungskonform ausgelegt werden. Um eine scharfe Unterscheidung zwischen Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 20 OR treffen zu können, müsste dieses Allgemeininteresse sich von demjenigen, das durch Art. 20 OR geschützt wird, unterscheiden.

Mit Bezug auf die BUCHERSCHE Begründung der Unterscheidung zwischen Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 20 OR lässt sich zunächst festhalten, dass die Nichtigkeitserklärung eines Vertrags ohne Zweifel gravierende faktische Folgen für die Vertragspartner haben kann. Der exakte Sachverhalt, in dem die zu schützende Partei an einem Vertrag festhält, während die Gegenpartei sich auf die Nichtigkeit des Vertrags beruft, um von der Gegenleistungspflicht entbunden zu werden, wurde denn auch vom Bundesgericht im Jahr 2020 mit Bezug die Thematik der Prostitution beurteilt. In der genannten Entscheidung hatte sich ein Freier unter Berufung auf die Nichtigkeit des Geschäfts geweigert, das Entgelt für eine bereits in Anspruch genommene sexuelle Dienstleistung zu erbringen. Dieses missbräuchliche Verhalten bewertete das Bundesgericht als Betrug, zumal der Freier der dienstleistungserbringenden Person vorab nicht bekannt gegeben hatte, dass sie für ihre Leistung nicht entlohnt werde.¹⁰²¹ Insofern hat das Bundesgericht seine Schutzpflicht gegenüber der schwächeren Vertragspartei so definiert, dass die individuelle Selbstbestimmung, die sich aus der Eigenperspektive des Betroffenen zum Zeitpunkt des Vertragschlusses ergibt und sich einer inhaltlichen Bewertung durch den Staat entzieht, gegenüber dem objektiven Wert der persönlichen Freiheit, der auf die objektiv freie Entscheidung oder vernünftige Selbstbestimmung innerhalb der Persönlichkeits-sphäre gerichtet ist,¹⁰²² überwiegt.¹⁰²³ Diese Selbstbestimmung, die das Individuum in seiner Fähigkeit, sich an selbst gesetzten moralischen Prinzipien zu orientieren, respektiert, konfligiert allerdings im Rahmen der Auslegung der Sittlichkeit oder der guten Sitten stets mit der als gut bewerteten «objektiven Autonomie», weshalb sie kein Unterscheidungskriterium zwischen Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 20 OR bilden kann. Damit kann stets erst ein absoluter Vorbehalt zugunsten der Sittlichkeit angenommen werden, wenn die objektiv-sittliche Autonomie gegenüber

senabwägung zur Folge haben, wenn multiple Grundrechtspositionen betroffen sind (MÜLLER, Jörg Paul, Verwirklichung, S. 135 ff.).

¹⁰²¹ Darstellung der Entscheidung unter N 68.

¹⁰²² Dazu BUCHER, S. 260 f.; BERGER, N 1098, und unten die Ausführungen zur objektiv-sittlichen Autonomie nach Kant N 406 ff.

¹⁰²³ Siehe dazu auch die Entscheidung des BVerfG zur geschäftsmässigen Suizidhilfe (N 78 f.).

der subjektiven Selbstbestimmung überwiegt.¹⁰²⁴ Gesetzliche Begrenzungen der Selbstbestimmung führen folglich nicht einzig zur Anfechtbarkeit einer privaten Vereinbarung, sondern können auch deren Nichtigkeit zur Folge haben. Dies zeigt auch der Blick ins Arbeitsrecht, wo der gesetzliche Schutz der schwächeren Partei auch die einseitige Nichtigkeit einer (Teil-)Vereinbarung als primäre Rechtsfolge nach sich zieht. So ist etwa gemeinhin anerkannt, dass Art. 362 Abs. 2 OR lex specialis zu Art. 20 Abs. 2 OR bildet.¹⁰²⁵ In diesem Sinn qualifiziert selbst BUCHER in der jüngeren Zeitgeschichte den Kernbereich des Persönlichkeitsrechts gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB als «unantastbar», weshalb er die Verpflichtung zur Veräusserung dieser höchstpersönlichen Freiheit als nichtig bezeichnet.¹⁰²⁶

- 344 Damit Art. 27 Abs. 2 ZGB analog zu Art. 20 Abs. 1 OR allerdings die Nichtigkeitsfolge nach sich ziehen kann, muss eine hinreichend schwere Persönlichkeitsverletzung vorliegen. Der dadurch tangierte *Kernbereich der Persönlichkeit* ist gemäss der hier vertretenen Ansicht denn auch bestimmend für die Charakterisierung von Art. 27 Abs. 2 ZGB. Dieser bringt nicht den subjektiv- sondern den objektivrechtlichen Schutzgehalt der Menschenwürde zum Ausdruck.¹⁰²⁷ Das in Art. 27 ff. ZGB geschützte Persönlichkeitsrecht soll vor diesem Hintergrund nicht nur gegenüber Dritten,¹⁰²⁸ sondern auch gegen die betroffene Person selbst Geltung entfalten.¹⁰²⁹ Dem Einzelnen wird damit durch Art. 27 ZGB die Möglichkeit genommen, sich eines bestimmten sittlichen Mindestmasses an Freiheit zu entledigen.¹⁰³⁰ In diesem Punkt findet eine Überschneidung zwischen Art. 20 Abs. 2

¹⁰²⁴ Unten N 439 ff.

¹⁰²⁵ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, Art. 362 N 1; MORF, 109; STAEHELIN, ZK OR, Art. 362 N 5.

¹⁰²⁶ BUCHER, BK ZGB, Art. 27 N 126 ff.; im Jahr 1988 bewertete er hingegen noch Verträge im Bereich der absolut unzulässigen Bindung explizit als nicht nichtig im Sinne von Art. 20 OR (BUCHER, S. 261); siehe auch JUNGO, ZK ZGB, Art. 8 N 737; BERGER, N 349.

¹⁰²⁷ Siehe hierzu: MÜLLER, Jörg Paul, Verwirklichung, S. 15 und 160.

¹⁰²⁸ PEDRAZZINI/OBERHOLZER, S. 130 ff.

¹⁰²⁹ BERGER, N 1085.

¹⁰³⁰ J. P. MÜLLER umschreibt diese Grenze der Vertragsfreiheit dahingehend, dass der Mensch als Privatrechtssubjekt nicht in einer Weise über seine Personenwürde disponieren darf, die es dem Träger oder einem Mitmenschen erlauben würde, diese zu verletzen, ansonsten die Konzeption der Privatautonomie sinnlos wäre (MÜLLER, Jörg Paul, Persönlichkeitsschutz, S. 176 f.); in diesem Sinn können etwa Persönlichkeitsrechte nach dem geltenden Recht nicht abgetreten werden (PEDRAZZINI/OBERHOLZER, S. 177). Würde eine Person auf ihre Rechts- oder Handlungsfähigkeit verzichten, käme dies einem «Untergang (Vernichtung) der Person» gleich (BERGER, N 341 ff.).

OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB statt, weshalb hier der Begriff der Sittlichkeit und der guten Sitten durch diesen Überschneidungswert konkretisiert wird.

IV. Aktuelle Begriffsbestimmung

Der vorstehend eruierte Überschneidungswert der Begriffe der guten Sitten und der Sittlichkeit, der als objektivrechtlicher Gehalt der Grundrechte und insbesondere der Menschenwürde identifiziert wurde,¹⁰³¹ widerspricht allerdings – zumindest a priori – dem gängigen Verständnis des Begriffs der guten Sitten. Dieser wird insbesondere in der Schweizer Literatur gemeinhin als Verweis auf ausserrechtliche soziale Werte, d.h. auf die *herrschende Sozialmoral* verstanden, der diese in das Rechtssystem als absolute Grenze der Privatautonomie integriert.¹⁰³² Dies soll sicherstellen, dass nicht nur sittlich hochstehende Verträge eine rechtliche Anerkennung erfahren, sondern vielmehr jeder Vertrag vor dem Recht gültig geschlossen werden kann, solange er keinen krassen Sittenverstoss darstellt, d.h. in einem eindeutigen und schwerwiegenden Verstoss gegen allgemein anerkannte Moralvorstellungen resultiert.¹⁰³³ Allerdings gibt es auch in der privatrechtlichen Literatur Stimmen, die eine Brücke zwischen der positiven Rechtsordnung und der «Sittlichkeit» schlagen, indem sie die guten Sitten bzw. die «Sittlichkeit» als Überbegriff zur Rechtsordnung qualifizieren, wodurch der Sittlichkeitsbegriff des Zivilrechts u.a. auch spezifisch rechtliche Wertmassstäbe miteinbeziehen soll.¹⁰³⁴ In diesem Sinn hat bereits Eugen HUBER festgehalten, dass das Recht seine Begründung im «Sittengesetz» finde, weshalb die Sittlichkeit als ein Element der

¹⁰³¹ Entgegen der Rechtsauffassung in der Schweiz ist im deutschen Privatrecht weitgehend unbestritten, dass die allgemeinen Verfassungsgrundsätze und die Grundrechte, soweit sie die objektive Wertordnung reflektieren, über die Generalklauseln in die Privatrechtsordnung Einzug finden. Dies wird als «notwendiger Prozess der Ausrichtung des einfachen Rechts am höherrangigen» bezeichnet (unter Hinweis auf die Rechtsprechung BECKER, S. 16 ff.).

¹⁰³² BUCHER, S. 256; ZUFFEREY, S. 458 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 32.18; HOTZ, S. 114; KRAMER, S. 315, spricht sich dafür aus, dass beim Fehlen von Präjudizien und Fallgruppen auf eine konsensfähige «Konventionalethik» oder «Alltagsmoral» zurückgegriffen werden müsse; siehe auch HUGUENIN/MEISE, BSK OR I, Art. 19/20 N 32; ERBEL schreibt mit Bezug auf das deutsche Recht von den «primitiven Anstandsregeln des alltäglichen Lebens als Grundschicht der guten Sitten» (ERBEL, S. 58).

¹⁰³³ BUCHER, S. 255.

¹⁰³⁴ Namentlich BROGGINI, S. 112, FN 50.

Rechtsordnung bezeichnet werden könne.¹⁰³⁵ Dieser letzteren Auffassung folgt auch das Bundesgericht. Damit erfasst der rechtlich geschützte Sittlichkeitsbegriff auch nach der geltenden Rechtsprechung neben den in der Gesamtrechtsordnung verankerten ethischen Prinzipien und Wertmassstäben auch die herrschenden Moralvorstellungen und das gängige Anstandsgefühl.¹⁰³⁶

- 346 Diese höchstrichterliche Definition unterscheidet sich unwesentlich von der bundesgerichtlichen Begriffsbestimmung des öffentlich-rechtlichen Begriffs der «öffentlichen Sittlichkeit».¹⁰³⁷ Allerdings geht aus ihr nicht hervor, wie die Elemente der grundlegenden ethischen Prinzipien der Rechtsordnung zum Anstandsgefühl stehen und welcher der beiden Beurteilungsmassstäbe im Konfliktfall vorgehen soll.

¹⁰³⁵ HUBER, S. 29 und insb. S. 34.

¹⁰³⁶ BGE 136 III 474 E. 3; BGE 132 III 455 E. 4.1; BGE 129 III 604 E. 5.3; BGE 123 III 101 E. 2; so auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 668. Demgegenüber wurde in BVGer Urteil B-883/2016 vom 23. März 2017 mit Bezug auf Art. 2 lit. d MSchG nicht auf die herrschenden Moralvorstellungen abgestellt, sondern vielmehr bemerkt, dass es konservative Bevölkerungskreise gebe, die sich am Begriff «Mindfuck» störten (E. 4.4). Siehe auch BGE 136 II 474 E. 6.2, worin aufgrund der Verwendung des Worts «Madonna» die «Verletzung religiöser Gefühle» als anstössig bewertet wurde, was ebenfalls zur Nichteintragung der Marke führte. Diese Entscheidungen stehen in einem gewissen Widerspruch zu BGE 135 III 648 E.2 2, zumal darin mit Bezug auf Art. 2 lit. d MSchG ausgeführt worden ist, dass der Verstoss gegen das geltende Recht zugleich immer einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten darstellen muss, was e contrario bedeutet, dass der Überschneidungswert zwischen dem geltenden Recht und den guten Sitten bzw. der öffentlichen Ordnung für die Auslegung von Art. 2 lit. d MSchG massgebend ist. Als eintragungsunfähig gelten in diesem Sinn etwa Marken, die diskriminierend wirken (BVGer Urteil B-2781/2014 vom 27. Oktober 2016 E. 3.2). Ohne auf die öffentliche Ordnung oder die Rechtsordnung einzugehen, hat auch der EuGH unter Anwendung des Unionsrechts entschieden, dass die Eintragung des Wortzeichens «Fack Ju Göhte» nicht sittenwidrig sei, weil kein tatsächlicher Verstoss gegen die grundlegenden moralischen Werte und Normen der Gesellschaft vorliege und die Geschmacklosigkeit eines Zeichens unerheblich sei (EuGH Urteil C-240/18 P vom 27. Februar 2020 Ziff. 41 ff.). Siehe zur Frage der Geschmacklosigkeit in audiovisuellen Medien auch N 108.

¹⁰³⁷ Siehe N 61; eine andere Auffassung wurde indes in der Botschaft zur Revision des Sexualstrafrechts im Jahr 1991 vertreten, zumal darin ausgeführt wurde, dass als Überschrift für den fünften Titel des StGB «Strafbare Handlungen im Sexualbereich» verwendet werde, «um den etwas moralisierenden Begriff der Sittlichkeit, der mit dem Begriff der guten Sitten nicht gleichzusetzen [sei], zu vermeiden» (Botschaft zur Änderung des Strafrechts, BBl 1985 II 1009, 1064).

Kapitel 3: Konkretisierung von Generalklauseln

I. Herrschende Lehrmeinungen

1. Wertung im Einzelfall

In Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Formel der guten Sitten oder auch derjenigen der öffentlichen Sittlichkeit wird in der Lehre denn auch teilweise die Auffassung vertreten, dass die rechtsanwendende Instanz frei bestimmen dürfe, welche Wertordnung, d.h. die «soziale» oder die «rechtliche», ausschlaggebend für den Bewertungsmaßstab der Auslegung einer Generalklausel sei. Dem Terminus des offenen normativen Begriffs wird damit zugeschrieben, dass sich dieser nicht nur durch seine Unbestimmtheit auszeichne, sondern vielmehr ein Element der «evaluativen Offenheit» besitze. Eben dieses Element erlaube es dem Rechtsanwendenden, die Zwecksetzung einer Bestimmung in einem konkreten Fall – unter Berücksichtigung der Grundrechte und der Staatsziele – selbst zu erarbeiten.¹⁰³⁸ 347

Demgegenüber findet sich allerdings auch die Lehrmeinung, dass bei Fehlen von Wertungskriterien, die sich direkt aus der Norm oder aus ergänzenden Erläuterungen des Gesetzgebenden ergeben, nicht die Wertvorstellungen des Rechtsanwendenden, sondern diejenigen der «betreffenden Bevölkerungskreise» massgebend seien.¹⁰³⁹ In einem ersten Schritt habe die rechtsanwendende Instanz damit die tatsächlich geltenden sittlichen Anschauungen zu eruieren, d.h. öffentliche Umfragen zu tätigen.¹⁰⁴⁰ 348

Weitgehend anerkannt ist hingegen, dass mit der Bezeichnung einer Norm als Generalklausel, deren «Hinwendung zu einer öffentlichen Rechtsmoral» zum Ausdruck gebracht wird.¹⁰⁴¹ Die «Wertausfüllungsbedürftigkeit» bildet demnach das charakteristische Merkmal der Generalklausel.¹⁰⁴² Beide dargestellten Auffas- 349

¹⁰³⁸ RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 183.

¹⁰³⁹ ENGISCH, Einführung, S. 183; KAMANABROU, S. 676.

¹⁰⁴⁰ ENGISCH, Einführung, S. 184.

¹⁰⁴¹ KAMANABROU, S. 665; BUCHER, S. 255; WIGET, S. 99 ff.

¹⁰⁴² Vgl. KAMANABROU, S. 666; kritisch MÖLLERS, § 7 N 7.

sungen treffen sich vor diesem Hintergrund in der Beurteilung, dass diese Sachnormen nur durch eine Wertung konkretisiert werden müssen.¹⁰⁴³

2. Gewohnheitsrecht und Fallgruppenbildung

- 350 Entgegen der Auffassungen, die die Konkretisierung von Generalklauseln kasuistisch vornehmen möchten, wird in der neueren Lehre allerdings zunehmend postuliert, dass Art. 4 ZGB zu Art. 1 Abs. 2 ZGB eine methodische Identität aufweise und deshalb auch durch Art. 4 ZGB Richterrecht gesetzt werde.¹⁰⁴⁴ Gemäss dieser Lehrmeinung können demnach die Generalklauseln des Zivilrechts zunächst durch Gewohnheitsrecht konkretisiert werden.¹⁰⁴⁵ Infolgedessen ist etwa der Leichenbegriff nach gewohnheitsrechtlichen Parametern bestimmt worden.¹⁰⁴⁶ Daneben spielt im Rahmen der Konkretisierung von Generalklauseln die Fallgruppenbildung eine bedeutende Rolle.¹⁰⁴⁷ Dies wird bereits von Art. 1 Abs. 3 ZGB gefordert, wonach das Gericht im Rahmen der Lückenfüllung bewährter Lehre und Überlieferung Folge leistet, zumal die Fallgruppenbildung auf die Pandektistik zurückzuführen ist und in der Privatrechtsdogmatik damit eine lange Tradition geniesst.¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴³ HRUBESCH-MILLAUER, BK ZGB, Art. 4 N 176 f.; ENGISCH, Einführung, S. 161 f.; CARONI, S. 181.

¹⁰⁴⁴ KRAMER, S. 313; MINNIG, N 4.60; HUWILER, S. 22 f.; HONSELL, ZGB I BSK, Art. 4 N 10.

¹⁰⁴⁵ Eine aufgrund der Gewohnheit zu Recht gewordene Norm ist die Anerkennung der parallelen Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts neben den allgemeinen Regeln des Grundlagenirrtums (BGE 98 II 15 E. 3); diese Entscheidung ist zwar aufgrund des mangelnden Vorliegens der Rechtsüberzeugung der Bürger kritisiert worden (HONSELL, BSK ZGB I, Art. 1 N 23), doch haben auch andere Sitten, wie etwa das kaufmännische Bestätigungsschreiben, ohne Vorliegen der Anforderungen an das Gewohnheitsrecht Eingang ins Recht gefunden (KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 212; KRAMER/PROBST, S. 32 ff.).

¹⁰⁴⁶ VAGIAS, HK HFG, Art. 9 N 19.

¹⁰⁴⁷ ZUFFEREY, S. 466 f.

¹⁰⁴⁸ HOTZ, S. 121 f.; die Tradition allein vermag indes die Richtigkeit der Überlieferung nicht zu gewährleisten (MEIER-HAYOZ, Richter I, S. 109).

II. Würdigung

1. Flucht in die durch Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen

Heute sind mit Bezug auf die Sittenwidrigkeit fünf Fallgruppen anerkannt,¹⁰⁴⁹ 351 wobei im Zusammenhang der gesellschaftlichen Bindung des Einzelnen insbesondere diejenigen, die sich auf den sexuellen, den sozial- und den berufsethischen Bereich sowie auf den Verstoss gegen vertragliche Rechte Dritter beziehen, einschlägig sind.¹⁰⁵⁰ Aufgrund ihrer schematischen «rechtsgleichheits»- und rechtssicherheitsfördernden Wirkung besteht allerdings das Risiko einer Flucht in die durch Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen, indem diese als «objektive» Rechtsgrundsätze herbeigezogen werden,¹⁰⁵¹ ohne dass ihre Existenz grundlegend hinterfragt¹⁰⁵² und ihr Inhalt rechtstheoretisch überprüft wird.¹⁰⁵³

In der Privatrechtsdogmatik hat bereits EUGEN HUBER den Grundstein für dieses 352 Vorgehen gelegt, indem er ausführte, dass es im Rahmen der Gesetzgebung darum gehe, «eine richtige Ordnung»¹⁰⁵⁴ zu finden, die in der «Herstellung des richtigen Verhältnisses zwischen der individuellen und der kollektivistischen Existenz der Gemeinschaftsglieder» bestehe. «Das Individuum soll bestehen, und die Gemeinschaft soll auch bestehen, und nach diesem leitenden Gesichtspunkt soll das Recht

¹⁰⁴⁹ MEISE/HUGUENIN, BSK OR I, Art. 19/20 N 38 ff.

¹⁰⁵⁰ Dazu auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 32.26 ff.

¹⁰⁵¹ MINNIG, N 4.60; HUWILER, S. 23; SCHINDLER, Ermessen, S. 137 f.; gemäss HÖFFE, Sittlich, S. 43, ist die objektive Sittlichkeit die politisch-soziale Lebenswelt.

¹⁰⁵² Wie SCHWENZER richtigerweise ausführt, galt etwa das sog. «Geliebten-Testament» selbst noch im Jahr 1995 als sittenwidrig (SCHWENZER, N 22). Die sexuelle Beziehung zwischen dem Erblassenden und dem Vermächtnisnehmenden wurde im deutschen Recht im Rahmen der rechtlichen Bewertung des Testaments derart schwer gewichtet, dass das Vermächtnis als nichtig qualifiziert wurde. Selbst wenn das Sexualverhältnis bereits lange vor der Testamentserrichtung beendet worden war, wurde eine rechtliche «Fortwirkung» desselben angenommen, die die Nichtigkeit des Vermächtnisses nach sich zog (SIMSHÄUSER, S. 28 ff.).

¹⁰⁵³ Insofern stellt sich etwa HONSELL auf den Standpunkt, dass die Grundrechte und Prinzipien wie die Freiheit, die Gleichheit und die Gerechtigkeit «rein deklaratorischen Charakter» hätten und die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung sprengen würden (HONSELL, BSK ZGB I, Art. 1 N 18).

¹⁰⁵⁴ HUBER, S. 298.

und die Pflicht vom einen zum anderen bestimmt werden.»¹⁰⁵⁵ Obschon hier nicht in Frage gestellt wird, dass der Mensch allgemeinheitensbezogene und individuelle Wesensgehalte besitzt,¹⁰⁵⁶ so mangelt es den Ausführungen von HUBER an einer rechtstheoretischen Reflektion, die die individuelle Selbstbestimmung auch in gesellschaftlicher Hinsicht als Grundlage der staatlichen Ordnung respektiert.¹⁰⁵⁷ Die zentrale Stellung des Individuums in der schweizerischen Rechtsordnung verlangt es denn auch, dass dessen Gleichbehandlung nicht schematisch vorgenommen werden darf, sondern vielmehr dessen rechtliche Anerkennung nach sich zieht.¹⁰⁵⁸ Insofern kann nicht a priori festgehalten werden, dass die Bindung an Fallgruppen oder generell Präjudizen zur Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen erfolgt. Vielmehr müssen private Grundrechtsinteressen zur Feststellung der Gleichbehandlung mitberücksichtigt werden. Die Berücksichtigung privater Grundrechtsinteressen bedeutet indes nicht, dass der durch die Vornahme eines Interessenausgleichs auf abstrakter Ebene gefundenen Lösung kein Regelcharakter zukommt.¹⁰⁵⁹ Vielmehr zielt sie auf die Begründbarkeit der Regel ab, indem die hinter der Rechtsregel stehenden Prinzipien und deren Gewichtung offengelegt und überprüft werden.

- 353 Dieses Vorgehen respektiert auch die Natur von Generalklauseln, zumal deren Funktion gerade darin liegt, dem Rechtsanwendenden die Möglichkeit zu eröffnen, veränderten gesellschaftlichen Werthorizonten Rechnung zu tragen und auf dieser Grundlage dem Gesetz einen neuen Bedeutungsgehalt zu verleihen.¹⁰⁶⁰ Insofern stehen Generalklauseln denkotwendig in einem Spannungsverhältnis zur Rechtssicherheit und stellen keine «planwidrige Unvollständigkeit» des Gesetzes dar. Präjudizen haben ohne Zweifel den Vorteil, dass sie insbesondere zur Berechenbar- und Vorhersehbarkeit der Rechtslage beitragen,¹⁰⁶¹ doch geht

¹⁰⁵⁵ DERSELBE, S. 296; WIGET, S. 111, schreibt diesbezüglich von den zwei Sphären des menschlichen Lebens, die einerseits in seiner selbst und in der Gattung bestehen.

¹⁰⁵⁶ Siehe dazu die Ausführungen von HABERMAS unten in FN 1318.

¹⁰⁵⁷ Vielmehr stellt HUBER die «Gemeinschaft» kategorisch über das Individuum (HUBER, S. 239), wobei sich diese Überordnung für ihn aus dem individual-kollektivistischen Bewusstsein der Menschen ergibt (vgl. DERSELBE, S. 257). In seinem Staatsverständnis findet demnach eine Anerkennung der Individuen durch die Rechtsordnung nur dort statt, wo diese ausdrücklich im Wortlaut eines Rechtssatzes verankert ist (DERSELBE, S. 298 f.).

¹⁰⁵⁸ N 433 ff.

¹⁰⁵⁹ A.A. HONSELL, BSK ZGB I, Art. 4 N 10.

¹⁰⁶⁰ KRAMER, S. 371 f.; ähnlich RÜTHERS/FISCHER/BIRK, N 173 ff.; so auch ZIPPELIUS, S. 39.

¹⁰⁶¹ MINNIG, N 4.60.

die richtige Anwendung des Rechts dem Vertrauensschutz grundsätzlich vor.¹⁰⁶² Wird ein wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff verwendet, kann damit nicht auf die üblichen Auslegungsmittel zurückgegriffen werden, ohne dass der gegenwärtig verallgemeinerte Einzelfall eine zentrale Berücksichtigung findet.¹⁰⁶³ Die zeitgenössische Auslegung hat demnach stets eine massgebende Rolle im Rahmen der Auslegung von Generalklauseln einzunehmen, zumal sich die Gerechtigkeit und die Rechtssicherheit, die gemäss RADBRUCH ebenfalls eine Forderung der Gerechtigkeit darstellt, darin die Waage halten.¹⁰⁶⁴ Die Präjudizienbildung, d.h. die Fallgruppen, oder das Gewohnheitsrecht dürfen damit eine Rechtsprechungsänderung bei veränderten Wertauffassungen nicht verhindern,¹⁰⁶⁵ solange diese zu einer Erweiterung des Schutzbereichs der Grundrechte führt und übergeordneten Interessen nicht entgegensteht.¹⁰⁶⁶

2. Schaffung «neuer» Normen durch Richterrecht

Mit Bezug auf die Konkretisierung von Generalklauseln durch «soziale» Werte, stellt sich allerdings insbesondere auch die Frage, ob dadurch neue ausserrechtlich begründete Rechtsnormen geschaffen werden oder sich die rechtsanwendende Person innerhalb der Auslegung der Norm bewegt, weshalb eine Rechtsfindung *intra legem* stattfindet. Diese Frage ist eng mit dem Lückenbegriff verbunden, zumal beim Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes, diese modo legislatoris (Art. 1 Abs. 2 ZGB) geschlossen wird, während die Konkretisierung von Generalklauseln grundsätzlich einzig eine Auslegung nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) erfordert.¹⁰⁶⁷ Wie allerdings bereits ausgeführt worden ist, will ein Grossteil der Lehre die Konkretisierung von Generalklauseln restriktiv vornehmen, womit auch durch deren Ausfüllung Richterrecht gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB gesetzt werden soll. Wird dieser restriktiven Meinung gefolgt, kann der Herbeizug einer «sozialen» Norm als Schaffung einer «neuen Rechtsnorm» qualifiziert werden.¹⁰⁶⁸ Insofern darf die Rechtsfindung im Rahmen von Art. 4 ZGB nicht rein kasuistische Züge aufweisen, sondern muss vielmehr verallgemei-

¹⁰⁶² HUWILER, S. 23.

¹⁰⁶³ CARONI, S. 178.

¹⁰⁶⁴ Vgl. auch KRAMER, S. 261 ff.; EMMENEGGER/TSCHECHER, BK ZGB, Art. 1 N 418 ff.

¹⁰⁶⁵ KAMANABROU, S. 674 f.

¹⁰⁶⁶ Rechtsprechung EGMR in N 123.

¹⁰⁶⁷ HRUBESCH-MILLAUER, BK ZGB, Art. 4 N 118; CARONI, S. 181.

¹⁰⁶⁸ MEIER-HAYOZ, Richter II, S. 203.

nerungsfähig sein.¹⁰⁶⁹ Damit stehen im Rahmen des Interessenausgleichs, der zur Eruierung der Rechtsregel vorgenommen wird, die Allgemeinheitsbezüge auch der privaten Interessen im Vordergrund, weshalb die konkreten Auswirkungen auf den im Einzelfall Betroffenen keine Berücksichtigung finden.¹⁰⁷⁰

3. Keine ausschliessliche Begründung der neuen Norm in der Sitte oder der Konvention

355 Die neuen Normen können jedoch nicht ohne Weiteres in der Sitte oder der Konvention und damit im «Anstand» begründet sein. Mit WEBER kann deshalb festgehalten werden, dass die Konvention im Gegensatz zur Sitte zwar äusserlich garantiert ist, doch auch sie nicht durch den Erzwingungsstab des Rechts in legitimer Weise durchgesetzt werden kann und deshalb keine rechtliche «Geltung» aufweist.¹⁰⁷¹ Insofern hat auch EUGEN HUBER festgehalten, dass der Zwang, der von der Sitte ausgeht, zwar stärker sein könne, als derjenige des Rechts, im Gegensatz dazu aber freiwillig befolgt werde.¹⁰⁷² Dieser Ansatz resultiert in der Trennung des Rechts von der partikularen Moral und Sitte «kleiner Gruppen», die sich aus traditionell überlieferten Wertvorstellungen ableiten, und bewirkt dadurch eine Abwendung von der Willkür zum Recht hin. Wohlfahrtsüberlegungen können vor diesem Hintergrund erst nach einer Neudeutung des Rechts wieder in dieses übergeleitet werden.¹⁰⁷³ Mit diesem Ansatz der grundsätzlichen Trennung von Recht und partikularer Moral hat WEBER in besonderem Masse zur Rationalisierung des Rechts beigetragen.¹⁰⁷⁴

¹⁰⁶⁹ Vgl. MEIER-HAYOZ, Richter I, S. 98 f.

¹⁰⁷⁰ Siehe dazu die Ausführungen zum öffentlichen Interesse bei SCHEFER, N 280.

¹⁰⁷¹ PETERSEN, S. 79.

¹⁰⁷² HUBER, S. 31, FN 1, und S. 40.

¹⁰⁷³ LUHMANN, Rechtssoziologie, S. 17.

¹⁰⁷⁴ PETERSEN, S. 37; wie allerdings bereits mit Bezug auf die Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses ausgeführt worden ist, berücksichtigt WEBER gewisse rechtliche Phänomene nicht, weil sie nicht mit Zwang durchgesetzt werden können, was m.E. der heutigen Rechtswelt nicht gerecht wird. WEBER bezeichnet demnach das Gewohnheitsrecht als «halbmystisch» (WEBER, Wirtschaft, S. 627).

4. Gefahr des naturalistischen Fehlschlusses

In der deutschen Lehre wird vor diesem Hintergrund teilweise argumentiert, dass, 356
 obschon ein gesellschaftlicher Grundkonsens mit Bezug auf bestimmte ausserrecht-
 liche Normen bestehen kann, daraus nicht ohne Weiteres ein zu einer Rechtsnorm
 erhobener Wertmassstab konstruiert werden darf,¹⁰⁷⁵ weshalb der *ausserrechtlichen*
 Begründung einer «neuen» Norm vorgeworfen werden könnte, dass diese einen
 unzulässigen Schluss vom «Sein» auf das «Sollen» darstelle.¹⁰⁷⁶ Die Unableitbar-
 keit von Sollenssätzen aus dem Sein entspringt einem philosophischen Werterela-
 tivismus, der dazu dient, absolute Wertvorstellungen als nicht dem wissenschaft-
 lichen Standard zugänglich zu erklären.¹⁰⁷⁷ Zwischen Normen und Aussagen soll
 eine strikte Trennung erfolgen, da erstere entweder richtig oder falsch und letztere
 entweder wahr oder unwahr sind. Die Jurisprudenz kann nicht den Anspruch erhe-
 ben, wahre Aussagen zu treffen,¹⁰⁷⁸ weshalb EUGEN HUBER darin beizupflichten ist,
 dass es darum geht, die *richtige Ordnung* zu finden.¹⁰⁷⁹ Um diese zu eruieren, reicht
 der Hinweis auf die tatsächliche Mehrheitsmeinung in der Bevölkerung nicht aus.¹⁰⁸⁰

5. Seienssätze als Teil der Rechtsordnung

Fraglich ist allerdings, ob die richtige Ordnung auch *tatsächliche* Merkmale der 357
 Lebenswelt aufweisen darf oder einzig nach normativen Gesichtspunkten zu
 bestimmen ist. Wird der Auffassung KELSENS oder HUBERS gefolgt, so muss davon
 ausgegangen werden, dass das Recht eine reine Sollensordnung ist, die keine Ele-
 mente des Seins beinhaltet.¹⁰⁸¹ LUHMANN ist hingegen der Auffassung, dass das
 Begriffspaar der Rechtswissenschaft und der Soziologie nicht demjenigen des Sol-

¹⁰⁷⁵ MÖLLERS, § 7 N 13; siehe auch KELSEN, *Gerechtigkeit*, S. 20; a.A. CARONI, S. 186, der vertritt, dass, solange es sich um «allgemein gebilligte Werte» handle, ihnen eine stark «legitimierende und sozialintegrierende Funktion» zukomme; siehe zur Bedeutung eines gesellschaftlichen Konsenses im schweizerischen Recht N 85 f., 129 ff., 159 und 437.

¹⁰⁷⁶ MÖLLERS, § 7 N 13; § 3 N 21.

¹⁰⁷⁷ OTTO, S. 162.

¹⁰⁷⁸ Vgl. ENGISCH, *Wahrheit*, S. 12.

¹⁰⁷⁹ HABERMAS, *Faktizität*, S. 277.

¹⁰⁸⁰ WIGET, S. 105.

¹⁰⁸¹ KELSEN, *Grundlegung*, S. 841; KELSEN, *Grenzen*, S. 1 ff., insb. S. 5; HUBER, S. 22. Insofern soll der Gleichlauf des Rechts und des «Sittengesetzes» darin resultieren, dass die Vorschrift nur noch als Rechtsvorschrift bezeichnet werden kann (HUBER, S. 47 f.).

lens und des Seins entspricht. Das Sollen und das Sein können vielmehr in beiden Disziplinen eine Rolle spielen.¹⁰⁸² Das Rechtssystem bestimmt allerdings selbst, welche Normen dazugehören und welche nicht.¹⁰⁸³ Eine entsprechende Beurteilung würde heute wohl die Mehrheit der Rechtspositivisten vornehmen, zumal der Gesetzespositivismus grundsätzlich als überholt gilt.¹⁰⁸⁴ Das «Rechtssystem» ist infolgedessen nicht «nur [der] Zusammenhang der Rechtsnormen (geschweige denn: nur [die] Erkenntnisse über Rechtsnormen), sondern das soziale System des Erlebens und Handelns, das sich bewusst am Recht orientiert und sich dadurch aus dem laufend-alltäglichen gesellschaftlichen Leben ausdifferenziert».¹⁰⁸⁵

- 358 Entgegen den gängigen Formulierungen in der privatrechtlichen Literatur kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass bei der Konkretisierung von Generalklauseln «ausserhalb des Referenzsystems <Recht> wirksame Werte ins Rechtssystem ein[gespeist]» werden, wodurch eine Vermittlung «zwei[er] gesellschaftliche[r] Systeme miteinander» erfolgt.¹⁰⁸⁶ Im Rahmen der Anwendung einer Generalklausel gibt es also (ausserhalb des Strafrechts) kein «gesetzübersteigendes Richterrecht», das von der «richtigen Rechtsanwendung» abzugrenzen und deshalb dem Vertrauensschutz gleichgeordnet ist.¹⁰⁸⁷ Eine solche gesetzessystematische Auffassung geht davon aus, dass Richterrecht kein Recht ist und damit keinen Vorrang genießt.¹⁰⁸⁸

6. Wertungsvorgang

6.1 *Delegationsfunktion der Generalklausel*

- 359 Dem Vorwurf, dass die Bezugnahme auf die Sozialmoral einen unzulässigen Schluss vom Sein auf das Sollen darstelle, könnte zudem entgegengehalten werden, dass selbst der «gesellschaftliche Wertmassstab» normativer Natur ist¹⁰⁸⁹ und

¹⁰⁸² LUHMANN, *Soziale*, S. 28.

¹⁰⁸³ DERSELBE, S. 137 f.; WIGET, S. 99 f.

¹⁰⁸⁴ SEELMANN/DEMKO, § 3 N 45 f.

¹⁰⁸⁵ LUHMANN, *Ausdifferenzierung*, S. 388.

¹⁰⁸⁶ Andere Autoren als HUWILER sprechen insofern nicht von einer Vermittlung, sondern von einer Verweisung etwa BUCHER, S. 256; FORSTMOSER/VOGT, S. 256; CARONI, S. 181.

¹⁰⁸⁷ A.A. HUWILER, S. 23.

¹⁰⁸⁸ Ähnlich bereits WIGET, S. 99 ff.

¹⁰⁸⁹ Etwa Art. 5 Abs. 2 ZGB trifft mit Bezug auf das bisherige kantonale Recht die Vermutung, dass dieses als Ausdruck von Übung und Ortsgebrauch gilt, wodurch der Nachweis der gesetzesändernden Verkehrssitte erleichtert wird (MARTI, ZK ZGB, Art. 5 N 258).

insbesondere durch eine normative Wertung des Rechtsanwendenden ins Rechtssystem aufgenommen wird.¹⁰⁹⁰ Infolgedessen sollen mithin nur die «guten» Sitten, d.h. die Sitten aller «gerecht denkenden Volksgenossen» Recht bilden.¹⁰⁹¹ Allerdings liesse sich dann wohl kaum mehr vertreten, dass effektiv die gesellschaftlichen Durchschnittswerte ins Rechtssystem aufgenommen würden und nicht die Wertungen des Rechtsanwendenden selbst.¹⁰⁹² Ein solcher Vorwurf ist gemäss TEUBNER jedoch auch nicht schädlich, zumal er der Generalklausel neben der Rezeptionsfunktion eine Delegationsfunktion zuspricht, die es dem Rechtsanwendenden erlaubt, im «Rahmen der öffentlichen Meinung» zu entscheiden, welche gesellschaftlichen Normen ins Rechtssystem aufgenommen werden sollen.¹⁰⁹³ MEAKIN geht einen Schritt weiter und plädiert dafür, partikulare Sichtweisen in der Rechtsfindung nicht aufgrund einer neutralen Orthodoxie zu verwerfen, sondern diese neben dem Herbeizug von Rechtsprinzipien und Präzedenzfällen als Realität anzuerkennen. Dabei soll allerdings die Rechtsdogmatik eine strikte Grenze der individuellen Interpretation bilden und sich die Integrität der Entscheidung an der Befolgung von Prinzipien orientieren.¹⁰⁹⁴

6.2 Richtigkeitskontrolle

TEUBNER will hingegen den technischen Grenzen des Rechts nicht eine derart zentrale Bedeutung beimessen, sondern gesellschaftliche Normen nur dann ins Recht integrieren, wenn diese im Sinne LUHMANNs eine Transformation durchlaufen haben. Der Geltungsgrad der sozialen Norm soll sich dabei an einer gewissen Konformität, Erwartungshaltung, Sanktionsbereitschaft und Legitimität ausrichten. Die Rezeptionsentscheidung einer Norm bedarf indes in jedem Fall einer Richtigkeitskontrolle, die anhand der Rechtsnormen und -prinzipien sowie der Wertmassstäbe der Verfassung durchzuführen ist.¹⁰⁹⁵ 360

¹⁰⁹⁰ HUBER, S. 292.

¹⁰⁹¹ BUCHER, S. 256.

¹⁰⁹² Vgl. AUER, S. 166 ff.

¹⁰⁹³ TEUBNER, S. 60 f., 118.

¹⁰⁹⁴ MEAKIN, S. 121 ff.; SCHMITT, S. 39 ff., befürchtet, dass die Wertsetzung in der Rechtsanwendung zu einem bellum omnium contra omnes führen wird, indem jeder seine Weltanschauungen durchzusetzen versucht, bis die Welt zugrunde geht. Darin liege die Tyrannei der Werte; ähnlich WEBER, S. 99 f., der den Werten in der Jurisprudenz jeden wissenschaftlichen «Wert» abspricht.

¹⁰⁹⁵ TEUBNER, S. 90 f.

361 Hier wird der Ansicht von TEUBNER in den Grundzügen gefolgt, wobei die Meinung vertreten wird, dass nicht die soziale Wirklichkeit den Ausgangspunkt dieses Denkvorgangs bildet, sondern die Prinzipien der Rechtsordnung, insb. der Verfassungsordnung und des internationalen Rechts selbst.¹⁰⁹⁶ Insbesondere die Grundrechte weisen aufgrund ihrer offenen Formulierung in der Verfassung eine empirische Schicht auf, die die Berücksichtigung der Erkenntnisse der Rechtsprechung und die juristische Deutung von empirischen Tatsachen erfordert.¹⁰⁹⁷ Insofern reflektieren auch sie gesellschaftliche Wertvorstellungen, doch schliessen sie Wertmassstäbe, die allein im «Anstand» begründet sind, bereits von Anfang an aus. Damit bildet die Rechtsordnung selbst die primäre Erkenntnisquelle der Sittlichkeit. Die herrschende Meinung darf mithin grundsätzlich dem Rechtsanwendenden nur in deren Rahmen als Korrektiv dienen, wenn die Rechtsfrage noch ungeklärt ist und einer rein subjektiven Wertung entgegengewirkt werden soll.¹⁰⁹⁸

6.3 Empirische Erhebungen der öffentlichen Meinung

362 Die Frage danach, ob die Bezugnahme auf herrschende Wertvorstellungen empirische Untersuchungen erfordert, ist ungeklärt. Während das Bundesgericht im Nacktwanderer-Fall eine empirische Datenerhebung ablehnte, sind vor den Spruchkörpern der WTO in der Entscheidung EC-Seal Products (2014), im Urteil VD.2017.21 vom 6. Juli 2017 des VG BS und im viel zitierten Urteil des VG Berlin vom 1. Dezember 2000 zur Sittenwidrigkeit der Prostitution¹⁰⁹⁹ Umfragen zugelassen oder durch das Gericht selbst durchgeführt worden. Zugunsten von repräsentativen Umfragen wird ins Feld geführt, dass diese eine legitimierende und direktdemokratische Wirkung entfalten.¹¹⁰⁰ Soll ein empirischer gesellschaftlicher Konsens mit Bezug auf eine bestimmte Fragestellung denn auch belegt werden, weil dies gemäss der Rechtsprechung des EGMR zur Erweiterung des Schutzbereichs der Grundrechte führt, kann sich eine repräsentative Umfrage oder Statistik als sinnvoll erweisen. Ist es hingegen so, dass aufgrund des Über-

¹⁰⁹⁶ In diesem Sinn werden die im Wortlaut von Art. 4 ZGB genannten Begriffe «Recht» und «Billigkeit» heute nicht mehr als zwei voneinander getrennte Begriffe verstanden, sondern unter den Begriffsgehalt des billigen und richtigen Rechts gefasst (HONSELL, BSK ZGB I, Art. 4 N 9).

¹⁰⁹⁷ ALEXY, Theorie, S. 23 ff.

¹⁰⁹⁸ WIGET, S. 71 f. und 107 f.

¹⁰⁹⁹ VG Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2000 – 35 A 570.99; siehe die eingehende Darstellung dieser Entscheidung in HÜRLIMANN, Brigitte, S. 263 ff.

¹¹⁰⁰ Siehe LUTFULLIN, S. 206.

wiegens eines privaten Grundrechtsinteresses kein Konsens gefordert wird, sind Umfragen nicht zweckdienlich.¹¹⁰¹

6.4 *Religiös und weltanschaulich neutrale Wertung, die den gesellschaftlichen Zusammenhalt stärkt*

Selbst wenn allerdings davon ausgegangen wird, dass nicht irgendwelche gesellschaftliche Wertvorstellungen, sondern nur solche, die von den Verfassungsprinzipien und insbesondere den Grundrechten ausgehen, über die Generalklauseln Teil des Rechtssystems bilden, so setzt auch die unterschiedliche Gewichtung von Prinzipien eine Wertung voraus, deren Richtigkeit letztlich nicht absolut bewiesen werden kann.¹¹⁰² Allerdings ist der Beweis der absolut richtigen Wertung vom höherrangigen Recht auch nicht gefordert. Dieses verlangt zunächst vielmehr, dass sittliche Werturteile den Zusammenhalt in der Gesellschaft stärken.¹¹⁰³ Als dann sollen sie einer religiös und weltanschaulich neutralen Begründung zugänglich sein.¹¹⁰⁴ Insofern muss durch die vorgenommene Wertung nicht das Ideal der *einzig richtigen Lösung*¹¹⁰⁵ erreicht werden. Doch die richtige Lösung ist nicht nur formal, sondern auch inhaltlich anzustreben, wenn es sich dabei um eine «rechtliche» Wertung handeln soll.¹¹⁰⁶ 363

Die Frage danach, welche Rechte im Rahmen der rechtlich gesicherten Freiheit eine Rolle spielen, ist eine normative ethisch-philosophische Frage, die nur im Einzelfall beantwortet werden kann.¹¹⁰⁷ ALEXY bietet zur Beantwortung dieser Frage einen Anhaltspunkt in der durch ihn beschriebenen *normativen* Schicht der Grundrechte, die über die Feststellung des Rechts hinausgeht und vielmehr dessen *Richtigkeit* im Einzelfall prüft. Das Recht hat sich immer dann dieser Prüfung zu unterziehen, wenn eine Rechtsfrage strittig ist, wobei die Wertung, die zur Lösung des Konflikts führt, rational begründet werden muss.¹¹⁰⁸ Im Rahmen der Ausle- 364

¹¹⁰¹ Siehe die Rechtsprechung des EGMR in N 132 ff.

¹¹⁰² DWORKIN, S. 36; KELSEN, *Gerechtigkeit*, S. 15.

¹¹⁰³ Siehe dazu die Ausführungen des EGMR in N 122 und N125. Bereits EUGEN HUBER hat in diesem Sinn festgehalten: «Als unsittlich bezeichnen wir das Verhalten, das der menschlichen Gemeinschaft entgegenwirkt» (HUBER, S. 35).

¹¹⁰⁴ N 165; a.A. HUBER, S. 265, der vom Prinzip der Toleranz ausgeht.

¹¹⁰⁵ Siehe dazu oben N 258, insb. FN 767.

¹¹⁰⁶ Siehe dazu unten N 433 und HUBER, S. 79 und 81.

¹¹⁰⁷ ALEXY, *Theorie*, S. 159 f.; a.A. SEELMANN, *Embryonen*, S. 65.

¹¹⁰⁸ ALEXY, *Theorie*, S. 23 ff.

gung einer Generalklausel wie derjenigen der guten Sitten ist damit neben dem *juristischen Diskurs*, der sich am kodifizierten Recht, an der Rechtsdogmatik und den Präjudizen orientiert, ein *prozeduraler Diskurs* zu führen, zumal absolute Antworten auf ethische Fragen nicht neutral begründet werden können und eher der Sphäre der Religion und der Weltanschauung zuzuordnen sind.¹¹⁰⁹

7. Ergebnis

- 365 Vor diesem Hintergrund weist sich die *richtige Ordnung* dadurch aus, dass sie dem gesellschaftlichen Wertewandel Rechnung trägt, wenn dies zu einer Erweiterung des Grundrechtsschutzes führt und übergeordnete Interessen nicht entgegenstehen. Daneben ist bei jeder Anwendung der Generalklauseln der Herbeizug von Fallgruppen und dem Gewohnheitsrecht auf seine Richtigkeit im Einzelfall zu prüfen und damit dem rationalen praktischen Diskurs zu unterziehen. Der bundesgerichtlichen Formel der öffentlichen Sittlichkeit und der guten Sitten kann infolgedessen nur mit Bezug auf die rechtsordnungsimmanenten ethischen Prinzipien vorbehaltlos gefolgt werden, zumal einzig ein *ethisches Minimum* einen absoluten rechtlichen Schutz genießt.¹¹¹⁰ Insbesondere der Begriff der «guten Sitten» lässt sich vor diesem Hintergrund eher mit dem Terminus der *Gerechtigkeit* anstatt mit demjenigen der Sozialmoral umschreiben.¹¹¹¹ Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, können «herrschende Moralvorstellungen» damit, wenn diese nicht im Einklang mit einem Rechtsprinzip stehen und ausschliesslich soziale Anstandsregeln betreffen, nicht ins Rechtssystem übertragen werden.

¹¹⁰⁹ DERSELBE, S. 499 ff.; siehe auch KELSEN, *Gerechtigkeit*, S. 24 f.

¹¹¹⁰ Vgl. HONSELL/ISENRING/KESSLER, S. 84 f.; BUCHER, S. 255; BERGER, N 1096.

¹¹¹¹ SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 32.18; der Kern der Gerechtigkeit liegt wiederum in der Gleichheit (MAHLMANN, *Gerechtigkeit*, § 14 N 11 ff.).

Kapitel 4: Sittengesetz im deutschen Recht

I. Rechtsquelle

Neben dem Begriff der guten Sitten ist auch der Begriff des Sittengesetzes, der aus dem deutschen Rechtskreis stammt, mit dem schweizerischen Begriff der öffentlichen Sittlichkeit vergleichbar. Dieser Begriff bildet neben den Rechten anderer und der verfassungsmässigen Ordnung Teil der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG. Insofern steht das Recht auf eine freie Persönlichkeitsentfaltung nicht ausdrücklich unter einem Gesetzesvorbehalt, sondern ergibt sich aus der Verfassung selbst.¹¹¹² 366

II. Überpositive Normen v. Sozialmoral

In der deutschen Literatur ist umstritten, ob der Terminus des Sittengesetzes auf empirische Sachverhalte oder ethische Werte, die durch einen philosophischen Diskurs eruiert werden müssen, Bezug nimmt.¹¹¹³ Die Auffassung, wonach der Begriff des Sittengesetzes auf unverfügbare überpositive Normen verweist, gründet sich auf die Etymologie des Begriffs «Sittengesetz», die in der Ethik und vorwiegend der Moralthologie liegt. Diese ethischen und/oder moralischen Normen sollen als naturrechtliche Minima unmittelbar gestützt auf die Verfassung eine Schranke der individuellen Freiheit bilden.¹¹¹⁴ Die Gegenposition vertritt den Standpunkt, dass der Begriff des Sittengesetzes auf «Wertvorstellungen der Allgemeinheit», die sich empirisch feststellen lassen, rekurriert. Dies erfolge über Klauseln wie derjenigen der «guten Sitten» sowie «Treu und Glauben» oder durch die explizite Berufung auf die «Sozialmoral» im Wortlaut einer Bestimmung. Dabei wird die Möglichkeit einer subjektiven Prägung des Gerichtsurteils in Kauf genommen, um 367

¹¹¹² STARCK, S. 259 f.

¹¹¹³ Teilweise wird allerdings auch die Auffassung vertreten, dass der Begriff des Sittengesetzes weder empirisch festgestellt noch philosophisch ermittelt werden könne, weshalb er einzig die überlieferten sittlichen Anschauungen bezeichne. Da Kant als ein «besonders zuverlässiger Gewährsmann für den unvermeidlichen Rückgriff auf überlieferte sittliche Anschauungen» gelte, müssten seine Schriften zu Rate gezogen werden, wenn nach dem Inhalt des Sittengesetzes gefragt würde, vgl. DERSELBE, S. 273 ff.

¹¹¹⁴ MUSWIEK/RIXEN, GG, Art. 2 N 96 ff.

dieses «materielle Sittengesetz» empirisch festzustellen.¹¹¹⁵ Damit sich eine auf das Sittengesetz stützende freiheitsbeschränkende Entscheidung nicht als willkürlich erweist, soll sie jedoch immerhin durch ein positives Gesetz getragen sein.¹¹¹⁶ Um die genannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit in gewisser Hinsicht zu begrenzen, hat das Verwaltungsgericht Augsburg festgehalten, dass das «Unübliche, Ungewöhnliche oder das von vielen Menschen als unerwünscht Empfundene (...) nicht alleine deswegen gegen das Sittengesetz» verstosse.¹¹¹⁷ Obschon der Begriff des Sittengesetzes Produkt einer kulturgeschichtlichen Entwicklung bildet, soll er dadurch von rein kulturellen Prägungen differenziert werden.¹¹¹⁸

III. Vermittelnde Position: Soziologisch-empirische Normen, die sich an der Menschenwürde ausrichten

368 Würde diese ethische Bindung allerdings einzig soziologisch-empirisch festgestellt werden, könnte deren staatliche Umsetzung in einer gegen grundlegende ethische Grundsätze verstossenden Ordnung resultieren, wie das Beispiel der Rassendiskriminierung während des Nationalsozialismus gezeigt hat. Um einer solchen Ordnung, die einzig in Partikularinteressen begründet ist, vorzubeugen, muss deshalb stets ein «Werttest» in die Ermittlung des Sittengesetzes vorgenommen werden.¹¹¹⁹ Als ethische Norm, die mit der weltanschaulichen und religiösen Neutralität des Staates vereinbar ist und sich zudem direkt aus der Verfassung ergibt, wird deshalb vermehrt die Konzeption der Menschenwürde zur Konkretisierung des in Art. 2 Abs. 1 GG genannten Begriffs des «Sittengesetzes» herbeigezogen. Dem Menschenwürdebegriff wird dabei eine weitergehende Bedeutung als diejenige der fundamentalen Rechtsnorm beigemessen, indem er als ethische Grundlage des Staates verstanden wird.¹¹²⁰ In diesem Zusammenhang ist auch vom Menschenbild der Verfassung als objektive Wertentscheidung, die über die Stellung

¹¹¹⁵ DI FABIO, GG, Art. 2 N 45.

¹¹¹⁶ DI FABIO, GG, Art. 2 N 46.

¹¹¹⁷ VG Augsburg, Beschluss vom 4. September 2009 – Au 7 S 09.1266 – Ziff. 79.

¹¹¹⁸ Vgl. ERBEL, S. 50.

¹¹¹⁹ DERSELBE, S. 122.

¹¹²⁰ HÖRNLE, S. 62 f.

der Person in der Rechtsgemeinschaft getroffen wird, die Rede.¹¹²¹ Allerdings soll dieses Menschenbild nicht durch eine ethische Setzung festgelegt und damit einzig durch eine absolute philosophische Theorie eruiert werden, sondern sich insbesondere auch aufgrund einer soziologisch-empirischen Untersuchung erschliessen. Ähnlich wie die «öffentliche Ordnung» darf das Sittengesetz jedoch nur den sozialnotwendigen Bestand der sittlichen Normen umfassen.¹¹²² Der Begriff des Sittengesetzes bezeichnet damit das Spannungsverhältnis zwischen der individuellen Freiheit und der ethischen Bindung der Gesellschaftsmitglieder. Funktionell hat der Begriff des Sittengesetzes dabei eine überindividuelle Schutzrichtung und verpflichtet auf eine personale Ethik.¹¹²³ In diesem Sinn kann er nicht nur von der Gemeinschaft her gedeutet werden, sondern erschliesst sich auch aus dem Personsein selbst.¹¹²⁴

IV. Menschenwürde als Begrenzung der Privatautonomie

Vor diesem Hintergrund gibt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Begriff des Sittengesetzes nicht nur diese Schrankenfunktion, sondern zieht ihn auch als Auslegungsgrösse bei.¹¹²⁵ Dies spielt insbesondere beim Grundrechtsverzicht eine Rolle, zumal die Grundwerte der Art. 1 und 2 GG nicht nur die Staatsgewalt unmittelbar binden, sondern auch für Private über die Generalklauseln des Zivilrechts eine mittelbare Bindungswirkung entfalten. So hat etwa das Verwaltungsgericht Augsburg im Beschluss vom 4. September 2009 einen «objektiven» Menschenwürdebegriff erarbeitet, indem es festhielt, dass die Bestattungsabsicht eine Voraussetzung des Leichenbegriffs bilde, der objektiv am toten Menschen anknüpfe und deshalb nicht vom Willen des Verstorbenen abhänge:¹¹²⁶

Der Schutzbereich der Menschenwürde erfasse zwar insbesondere die Selbstbestimmung des Menschen, weshalb «[s]eine Entscheidung (...) grundsätzlich massgebend sein [solle], [möge] sie auch in den Augen der Mehrheit oder der

¹¹²¹ ERBEL, S. 186.

¹¹²² DERSELBE, S. 50.

¹¹²³ DERSELBE, S. 205 ff.

¹¹²⁴ HAEBERLE, S. 27.

¹¹²⁵ BVerfGE 6, 389 (434).

¹¹²⁶ VG Augsburg, Beschluss vom 4. September 2009 – Au 7 S 09.1266 – Ziff. 55.

Allgemeinheit als unvernünftig oder unmoralisch angesehen werden. Diese Freiheit des Einzelnen [könne] aber nicht so weit gehen, dass alle Verhaltensweisen durch das Grundrecht der Menschenwürde gerechtfertigt werden könn[t]en, da anderenfalls die Rechtsordnung faktisch ausser Kraft gesetzt wäre und nur noch eine unverbindliche Verhaltensanforderung darstellen würde.»¹¹²⁷

V. Spannungsfeld innerhalb des Menschenwürdebegriffs

- 370 Wie PÜTTNER/BÜHL freilich zurecht bemerken, dürfte weitgehend umstritten sein, welche konkreten Gehalte zum Menschenwürdebegriff gehören, zumal dies stark vom jeweiligen Menschenbild abhängt. So wird teilweise die Selbstbestimmung als Kern der Menschenwürde betrachtet, was einem Verständnis, das in der Menschenwürde auch eine Konzeption der fremddefinierten Gattungswürde sieht, diametral entgegensteht. Der Begriff der Menschenwürde enthält demnach, wie der Begriff des Sittengesetzes selbst, ein inhärentes Dilemma.¹¹²⁸

¹¹²⁷ VG Augsburg, Beschluss vom 4. September 2009 – Au 7 S 09.1266 – Ziff. 80.

¹¹²⁸ PÜTTNER/BRÜHL, S. 530 f.

B. Fazit

I. Individuelle Freiheit und gesellschaftliche Bindung

Die Untersuchung der Begriffe der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten bzw. der Sittlichkeit im Privatrecht sowie die Betrachtungen des Terminus des Sittengesetzes haben gezeigt, dass alle diese Begriffe, entsprechend dem Begriff der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung im öffentlichen Recht im Kern an einen *personalen Menschenwürdebegriff* anknüpfen und damit eine Scharnierfunktion im Spannungsverhältnis zwischen der individuellen Freiheit und der rechtlichen Bindung der Gesellschaftsmitglieder einnehmen. Im Rahmen der Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln ist damit ein Ausgleich zwischen der Selbstbestimmung und der gesellschaftlichen Bindung des Einzelnen zu finden. 371

Wie bereits mit Bezug auf die nationale Rechtsprechung zum Begriff der öffentlichen Sittlichkeit ausgeführt wurde, wird die der Selbstbestimmung entgegenstehende Bindung hier unter den Begriff der «Gattungswürde» gefasst. Diese Bindung findet sich in der kantischen Konzeption der *Autonomie* wieder. Auf diese wird im anschliessenden fünften Teil vertieft eingegangen. Mangels besserer Alternativen konkretisiert MUTZNER den kategorischen Imperativ hingegen durch die gesellschaftlichen Empfindungen der Mehrheitsbevölkerung und schafft damit einen «gesellschaftlichen Imperativ». Ein solcher kann m.E. allerdings nicht ohne Weiteres Teil des Rechtssystems bilden, zumal das Recht selbst bestimmt, welche Normen dazugehören. 372

II. Gemeinsame Betrachtung der Begriffe der öffentlichen Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung

Soll zudem einzig ein «notwendiges ethisches Minimum», d.h. die *notwendigen Staatsgrundlagen*, einen rechtlichen Schutz geniessen, so müssen Sittlichkeitskonzeptionen, die ausschliesslich im Anstand begründet sind, ausgeklammert werden. Damit sind sämtliche Sittlichkeitsmodelle so zu verstehen, dass sie sich inhaltlich 373

auch auf Rechtsnormen, d.h. auf die normativen Gehalte der Grundrechte und insbesondere der Menschenwürde, beziehen. Insofern haben bereits MUTZNER und WIGET festgehalten, dass die Begriffe der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung keine Gegensätze darstellen, sondern vielmehr zusammen zu betrachten sind.¹¹²⁹ Die gebräuchlichen Begriffe der Sittlichkeit und der guten Sitten haben deshalb eine inhaltliche und eine funktionale Neuprägung zu erfahren.¹¹³⁰ Daraus ergibt sich die prozessrechtliche Folge, dass ein Verstoss gegen die Sittlichkeit eine *Rechtsfrage* darstellt, die von einer Berufungsinstanz voll überprüft werden muss.¹¹³¹

- 374 Freilich entfalten die Begriffe der guten Sitten oder der Sittlichkeit im Zusammenhang mit der öffentlichen Ordnung nicht immer die gleiche Geltungskraft. Während im Kontext von Art. 2 SchlT ZGB grundsätzlich der periphere Gehalt der Sittlichkeit geschützt wird, betreffen Art. 19 Abs. 2 OR, Art. 20 OR oder Art. 27 Abs. 2 ZGB m.E. in ihrem eigentlichen Sinn den Kerngehalt derselben, der eine absolute Geltung beansprucht. Indes wird das privatrechtliche Gericht in aller Regel eine Gesetzesbestimmung, die ausdrücklich ein bestimmtes Verhalten untersagt, de facto nicht auf seine verfassungsmässige Richtigkeit hin überprüfen, weshalb der Begriff der öffentlichen Ordnung oder der Widerrechtlichkeit im Zusammenhang von Art. 19/20 OR nicht auf die sittlichen Werte der Gesamtrechtsordnung reduziert werden wird. Vor diesem Hintergrund vertritt auch die Mehrheit der privatrechtlichen Autoren die Auffassung, dass die öffentliche Ordnung nicht nur besonders wichtige Bestimmungen der Gesamtrechtsordnung schütze, sondern jede zwingende privatrechtliche oder genügend bestimmte öffentlich-rechtliche Bestimmung dadurch geschützt sei.

¹¹²⁹ Mit Bezug auf das deutsche Recht hat bereits ERBEL eine Parallele zwischen dem Begriff des Sittengesetzes und demjenigen der «öffentlichen Ordnung» festgestellt (DERSELBE, S. 50); siehe auch etwa VISCHER, BSK ZGB II, Art. 2 SchlT N 1, der die Begriffe «öffentliche (...) Ordnung und Sittlichkeit» als Hendiadyoin bezeichnet; im schweizerischen öffentlichen Recht bildet die öffentliche Sittlichkeit einen Unterfall der öffentlichen Ordnung (BGE 138 IV 13 E. 3.4 und 5). In concreto wird allerdings auch hier ein Verstoss gegen die öffentliche Sittlichkeit durch anstössiges Verhalten (siehe oben insb. im kantonalen Recht) sehr ähnlich wie ein die öffentliche Ordnung verletzendes Verhalten definiert (siehe hierzu BGer Urteil 1C_247/2008 vom 21. Januar 2009 E. 3.4 sowie BGE 132 I 49 E. 7.1 und 7.2, worin das gegen die öffentliche Ordnung verstossende Verhalten durch den Konsum von Alkohol und der daraus resultierenden Lärmbelästigung sowie der Deponierung von Müll und Schrott auf öffentlichem Grund bejaht wurde).

¹¹³⁰ So mit Bezug auf das deutsche Recht bereits ERBEL, S. 133 ff.

¹¹³¹ Vgl. WIGET, S. 101; BUCHER, S. 256, FN 76.

III. Herrschende Wertvorstellungen

Infolgedessen ist auch umstritten, wozu der Herbeizug gesellschaftlicher Normen, die keine positiv-rechtliche Verankerung erfahren haben, im Rahmen der Rechtsanwendung nützt. Wird von einer Konzeption ausgegangen, in der die Sittlichkeit und das Recht keine unterschiedlichen gesellschaftlichen Ordnungen darstellen, so dient die herrschende oder öffentliche Meinung nicht nur dazu, als Korrektiv der rein subjektiven Färbung von Werturteilen entgegenzuwirken. Vielmehr sollen dadurch auch besonders *wichtige* Normen der Rechtsordnung eruiert werden, wie dies bereits jetzt im internationalen Privatrecht oder im Recht der WTO die Praxis ist.¹¹³² Indes ist auch dabei stets von den Seienssätzen der empirischen Schicht der Grundrechte und der Menschenwürde auszugehen. Gleiches gilt für die Ausdehnung des Schutzbereichs der Grundrechte, die gemäss der Rechtsprechung des EGMR durch Berufung auf die öffentliche Meinung erfolgen kann. 375

Allerdings erfordert auch die Gewichtung verschiedener Grundrechtsprinzipien eine Wertung, deren Richtigkeit nicht dem wissenschaftlichen Beweis zugänglich ist. Ein solcher Beweis ist allerdings vom höherrangigen Recht auch nicht gefordert, zumal dieses nur verlangt, dass die einmal gefundene Lösung religiös und weltanschaulich neutral begründet werden muss. 376

IV. Öffentlichkeitsbezug bzw. öffentliches Interesse

Um der Forderung nach einer religiös-weltanschaulichen Begründung zu entsprechen, müssen die öffentlichen Interessen, die dafürsprechen, ein bestimmtes Verhalten zu verbieten, nicht unter Anwendung einer absoluten, sondern einer prozeduralen Rechtsfindungstheorie erschlossen werden. Augenfällig am Vergleich der bis hierhin untersuchten Begriffe ist allemal, dass alle Begriffe mit Ausnahme des Begriffs der guten Sitten und des Sittengesetzes einen expliziten Öffentlichkeitsbezug aufweisen. In dieser Hinsicht besteht auch kein Unterschied zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht. Gemäss TÖNDURY/YOUSSEF bedarf es denn auch bei der Sittlichkeit zwingend des Merkmals der Öffentlichkeit damit in der Tradition FLEINERS die Abgrenzung zum Privaten gewährleistet ist.¹¹³³ Mei- 377

¹¹³² Siehe FN 954 und N 185.

¹¹³³ TÖNDURY/ABO YOUSSEF, S. 23 f. und 28; so auch mit Bezug auf die EMRK PERRONE, S. 375.

nes Erachtens kann allerdings diese traditionelle Differenzierung zwischen dem faktischen Privaten und dem faktischen Öffentlichen nicht ohne Weiteres auf das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit übertragen werden, da der Kernbereich der Sittlichkeit, wie bereits ausgeführt wurde, mit der *Personenwürde* identifiziert werden kann, die sich nicht nach dieser traditionellen Unterscheidung richtet. Insofern treten vielmehr die Definitionskompetenzen des Einzelnen im Rahmen der Auslegung von Rechtsbegriffen in den Vordergrund.

V. Unterschiedliche Definitionskompetenzen

- 378 De facto dürfte indes die Frage danach, welche Wertvorstellungen in das Rechtssystem Eingang finden, eng mit der Definitionskompetenz der offenen Rechtsbegriffe zusammenhängen. Diese fällt indes nicht einheitlich für die unterschiedlichen Rechtsbereiche aus. Während, wie im vorherigen Teil ausgeführt wurde, die Kompetenz zur Formulierung des öffentlichen Wohls *de lege lata* insbesondere der Exekutive der Kantone zugeteilt wird, kommt diese mit Bezug auf Art. 19/20 OR und Art. 27 ZGB der Judikative zu. Dies resultiert bereits aus der Beurteilung, dass ein unbestimmter Rechtsbegriff oder eine Generalklausel im Gegensatz zu einer Lücke, keine «planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes» darstellt, weshalb die Wertentscheidung im Rahmen der Anwendung derselben durch den Gesetzgebenden bereits legitimiert wurde. Allerdings schliesst dies eine Wertentscheidung der Legislative nicht aus. Insofern besteht im Kontext von Art. 2 SchlT ZGB eine geteilte Definitionskompetenz zugunsten der Legislative und der Judikative, zumal die dazu ergangene Rechtsprechung betont, dass insbesondere der rechtspolitische Wille des Gesetzgebers determinieren soll, welche Normen aufgrund der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung erlassen worden sind. In diesem Sinn wird auch teilweise vertreten, dass der Stellenwert der rein sozialen Normsysteme im Rahmen der Rechtssetzung wesentlich höher sei als in der Rechtsanwendung.¹¹³⁴

¹¹³⁴ MÜLLER/UHLMANN, N 283.

Teil V:

**Gattungsethik als rechtstheoretischer
Schwerpunkt einer Begründung des
Rechtsguts der öffentlichen Sittlichkeit**

A. Ausgangslage

Im Rahmen der Untersuchung der Rechtsprechung zum öffentlich-rechtlichen 379
Begriff der öffentlichen Sittlichkeit (Teil II) wie auch im Zusammenhang mit der
Betrachtung der verwandten Rechtsbegriffe aus dem Privatrecht (Teil IV) hat
sich herauskristallisiert, dass das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit auf das
Verhältnis der individuellen Freiheit zur gesellschaftlichen Bindung der Gesell-
schaftsmitglieder abzielt, wobei sich Kinder und Jugendliche grundsätzlich wei-
tergehende Eingriffe in ihre Freiheitssphäre gefallen lassen müssen als volljährige
und urteilsfähige – d.h. nicht nur rechts-, sondern auch voll handlungsfähige – Per-
sonen. Insofern hat sich aus der Darstellung der Rechtsquellen im öffentlichen
Recht (Teil I) bereits ergeben, dass der Jugendschutz (Art. 11 BV) einer peri-
pheren Sittlichkeitskonzeption angehört. Paternalistische Restriktionen, die sich
natürliche Personen im Kindes- oder Jugendalter gefallen lassen müssen, betreffen
namentlich die Ausübung einer Erwerbstätigkeit und den Konsum von audiovisu-
ellen Medien. Letztere sind hier insbesondere im Zusammenhang mit der Aufar-
beitung der Rechtsprechung der UBI (Teil II, Kapitel 2) näher beleuchtet worden.

Natürliche oder juristische Personen des Privatrechts können indes auch in ihrer 380
Handlungsfreiheit durch Sittlichkeitsvorschriften, die sich im äusseren Bereich
des Begriffs bewegen, eingeschränkt werden. Diese finden sich etwa im Rahmen
von Rechtsbeziehungen, die sich durch eine besondere Nähe zum Staat charak-
terisieren lassen. Speziell in öffentlichen Dienstverhältnissen ist deshalb davon
auszugehen, dass öffentlich-rechtlich bedienstete Personen einen freiwilligen
Grundrechtsverzicht eingegangen sind, der insbesondere darin resultiert, dass
ihre grundrechtlich geschützten Interessen im Rahmen eines Interessenausgleichs
grundsätzlich hinter den Interessen der Grundrechtsadressaten zurückzutreten
haben. Sittliche Aspekte ihrer Loyalitätspflichten dürfen indes nicht frei definiert
werden, sondern müssen dieselbe Schlagrichtung aufweisen wie die der notwen-
digen Staatsgrundlagen selbst.

Als einen Kernaspekt der Sittlichkeit, der zu den notwendigen Staatsgrundla- 381
gen gehört, hat das Bundesgericht die Rassendiskriminierung qualifiziert. Dies
geschah in einer Zeit, in der ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung und Sitt-
lichkeit regelmässig zu einem Ausschluss des entsprechenden Verhaltens aus dem
Schutzbereich der Grundrechte führte, und damit lange vor Erlass von Art. 261^{bis}
StGB. Damit ist insbesondere unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Rechts-
lage zu überprüfen, ob noch an dieser Rechtsprechung festgehalten werden kann.

- 382 Die Zweiteilung des Sittlichkeitsbegriffs findet sich indes nicht nur im öffentlichen Recht, sondern auch im Privatrecht wieder. Hier konnte mit Bezug auf die Bestimmungen Art. 19/20 OR und Art. 27 ZGB eine Kerngehaltskonzeption festgestellt werden. Hingegen verkörpert der Sittlichkeitsbegriff in Art. 2 SchlT ZGB einen peripheren Gehalt, der den konkreten Interessen des im Einzelfall Betroffenen im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV gegenübergestellt wird.
- 383 Der Begründung des Verbots der Rassendiskriminierung als Ausdruck der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit im öffentlichen Recht und derjenigen der Generalklauseln der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten oder der Sittlichkeit als privatrechtlicher Vorbehalt einer rechtlich anerkannten individuellen Verpflichtungskompetenz ist gemein, dass sie aus der *Rechtsstellung der betroffenen Person selbst* abgeleitet werden. Insofern begründete das Bundesgericht das Rassendiskriminierungsverbot im öffentlichen Recht aus der *ratio legis* des angerufenen Grundrechts selbst. Im Privatrecht stellt der Begründer des Zivilgesetzbuches, Eugen HUBER, mit Bezug auf die Gesetzgebung und damit die Lückenfüllung modo legislatoris von Generalklauseln fest, dass diese das richtige Verhältnis zwischen der kollektivistischen und der individualistischen Existenz der Gesellschaftsmitglieder anstrebe und Jörg Paul MÜLLER führt mit Bezug auf Art. 27 ZGB aus, dass die Privatautonomie ihres Sinns und Zwecks entleert würde, wenn es dem Träger der Personenwürde oder einer anderen Person erlaubt wäre, über diese zu disponieren. Somit konzentriert sich der Kernaspekt der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit im öffentlichen Recht wie auch derjenige der öffentlichen Ordnung oder der guten Sitten/der Sittlichkeit im Privatrecht auf ein gattungsethisches Verständnis der Menschenwürde.

Kapitel 1: Traditionelle Gattungswürdekonzepcion

I. Einleitende Bemerkungen

Zur Gattungswürde¹¹³⁵ gehört gemäss der nationalen und der internationalen 384 Rechtsprechung sinngemäss sowohl die Instrumentalisierung der eigenen Person als auch diejenige des anderen sowie die reine Objektifizierung einer *Idee* des Menschen, wobei es im Einzelfall auch zu Überschneidungen zwischen den unterschiedlichen Ausrichtungen des Instrumentalisierungsverbots *de lege lata* kommen kann. Die Instrumentalisierung der eigenen Person wurde etwa in der «Peepshow»-, der Prostitutions- oder der «Zwergenwurf»-Entscheidung thematisiert. Hingegen betrafen die Urteile zur Rassendiskriminierung und zum «Aufruf zu Hass und Gewalt gegen Homosexuelle» die Instrumentalisierung anderer Gesellschaftsmitglieder. Im Zusammenhang mit dem Verbot von «Kriegsspielen», der Abtreibung und der Embryonenspende oder von entwürdigenden Darstellungen in audiovisuellen Medien ist hingegen einzig die Verletzung eines Menschenbilde, d.h. einer Idee des Menschen, geprüft worden, ohne dass die Würde einer Rechtsperson zur Diskussion stand.¹¹³⁶ Vor diesem Hintergrund erfordert zunächst der Begriff der Gattungswürde einer näheren Betrachtung.

II. Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts

In der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts ist die Begriffs- 385 bestimmung der Gattungswürde so vorgenommen worden, dass mit ihr der «soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen verbunden [ist], der es verbietet, den Menschen zum blossen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt. Menschen-

¹¹³⁵ Der Begriff der Gattungswürde hat sich im rechtlichen Diskurs etabliert, obschon in der Biologie diskutiert wird, ob der Mensch (*Homo sapiens*) nicht zur Gattung der Schimpansen gehört (LACKERMAIR, S. 350, FN 467).

¹¹³⁶ Diese zwei Schutzrichtungen werden denn auch gemeinhin unter dem Begriff der Gattungswürde thematisiert (SEELMANN, Menschenwürde II, S. 206).

würde in diesem Sinne ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Würde des Menschen als *Gattungswesen*.»¹¹³⁷

- 386 In der deutschen Literatur ist zwar argumentiert worden, dass selbst die explizite Nennung des Gattungsbegriffs in BVerfGE 87, 209, nicht auf eine Gattungswürdekonzeption Bezug nehme, sondern auf die Unverletzlichkeit des Individuums abziele,¹¹³⁸ doch kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden, zumal die genannte Entscheidung die «mensenverachtende Darstellung rein fiktiver Vorgänge (sic!)» im Film «The Evil Dead» betraf, Filmfiguren allerdings nicht Träger der individuellen Menschenwürde sind.¹¹³⁹ Insofern ist die Entscheidung mit der Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 RTVG vergleichbar, die ebenfalls losgelöst von einer individuellen Menschenwürdeverletzung Gefährdungen des kulturellen Wertes der Menschenwürde als öffentliches Interesse schützt.¹¹⁴⁰ Das solche sehr weit gefasste, gattungsethische Sittlichkeitskonzeptionen im Recht existieren, die den Einzelnen in seiner «öffentlichen» Grundrechtsausübung hemmen, bedeutet allerdings nicht, dass sie auch einer rechtstheoretischen Würdigung standhalten.¹¹⁴¹
- 387 Indes geht aus der bundesverfassungsgerichtlichen Definition der Gattungswürde nicht abschliessend hervor, worauf diese abzielt. Darin finden sich einzig die beiden Hinweise, dass sie den *sozialen* Wert- und Achtungsanspruch des Menschen und damit seine *Subjektqualität* betrifft.

III. Kritik in der deutschen Lehre

- 388 Die deutsche Lehre hat den Begriff der Gattungswürde namentlich mit dem «Schutz gegen den eigenen Willen» identifiziert, weshalb er als paternalistisch und fehlgeleitet kritisiert worden ist.¹¹⁴² In der Regel werde das «öffentliche Interesse»

¹¹³⁷ BVerfGE 97, 209 (228) (Hervorhebung durch Verfasserin).

¹¹³⁸ WEBER-HASSEMER, S. 833; GUTMANN, S. 242 f., FN 14; LACKERMAIR, S. 359 f.; DREIER, GG, Art. 1 I N 93; DREIER, Menschenwürde, S. 45.

¹¹³⁹ Siehe auch BVerwG Urteil vom 13. Dezember 2006 – 6 C 17.06 – Ziff. 25 (10) und Urteil vom 24. Oktober 2001 – 6 C 3.01 – jeweils mit Hinweis auf BVerfGE 87, 209 (228).

¹¹⁴⁰ Vgl. MAHLMANN, Menschenwürde, S. 1317, FN 89.

¹¹⁴¹ Dazu N 191 und N 244.

¹¹⁴² HERDEGEN, GG, Art. 1 I N 79; MAHLMANN, Elemente, S. 290, FN 211; siehe auch mit Bezug auf das Strafrecht: SEELMANN, passim.

an der Uneinschränkbarkeit eines verfassungsrechtlichen Menschenbilds kategorisch jedem widerstrebenden privaten Interesse an der individuellen Freiheitsausübung übergeordnet, zumal die Wertung, dass ein bestimmtes Verhalten die «Gattungswürde» verletze, bei gleichzeitigem Betroffensein einer individuellen Person, jeden anderen Grundrechtsschutz a priori ausschliesse.¹¹⁴³ Freilich würden die Grundrechte dem Schutz konkreter Menschen und nicht von Menschenbildern dienen,¹¹⁴⁴ weshalb auch keine Menschenwürdepflichten existierten.¹¹⁴⁵ Die Ausdehnung des Schutzbereichs der Menschenwürde auf die Spezies «Mensch» als Kollektivgut stelle damit vielmehr eine Gefahr für den fundamentalen Achtungsanspruch, der dem Individuum gebührt, dar, denn statt auf den Schutz des Einzelnen gerichtet zu sein, schütze sie ein Menschenbild, das zur Instrumentalisierung oder Bevormundung des Individuums genutzt werden könne.¹¹⁴⁶ In einer modernen pluralistischen Gesellschaft würden diverse Werthaltungen vertreten, die divergierende Menschenbilder erzeugten. Das selbstbestimmte Individuum könne deshalb nicht einem einheitlichen sinnstiftenden Menschenbild unterworfen werden, das nicht konsensfähig sei. Schutzgüter wie die Würde der menschlichen Gattung oder der Menschheit würden sich als «untauglicher Versuch» erweisen, dem gesellschaftlichen Diskurs vorzeitig zu entkommen und so die gesellschaftliche Pluralität zu leugnen.¹¹⁴⁷

IV. Vermittelnde Position

Dieser Kritik könnte entgegengehalten werden, dass jedes anerkannte öffentliche Interesse Produkt eines demokratischen Diskurses bildet, was insbesondere dann gelten muss, wenn dieses auch spezialgesetzlich verankert worden ist.¹¹⁴⁸ 389

¹¹⁴³ Vgl. GUTMANN, S. 238 f. So auch das Verwaltungsgericht Augsburg, das ausführte, dass nur, soweit die Menschenwürde nicht betroffen sei, die Begriffe der öffentlichen Ordnung bzw. des sittlichen Empfindens der Allgemeinheit, verfassungskonform auszulegen seien, was so viel bedeute, dass «die Rechte des einen mit den Rechten eines anderen [im Wege der praktischen Konkordanz] in Einklang gebracht» werden würden (VG Augsburg, Beschluss vom 4. September 2009 – Au 7 S 09.1266 – Ziff. 60).

¹¹⁴⁴ NEUMANN, S. 56.

¹¹⁴⁵ HÖRNLE, S. 119; DREIER, Menschenwürde, S. 42.

¹¹⁴⁶ GUTMANN, S. 243.

¹¹⁴⁷ WEBER-HASSEMER, S. 836 ff.

¹¹⁴⁸ Siehe SCHEFER in diesem Text N 280.

Die verfassungsrechtliche Prüfung einer gesetzlichen Bestimmung reflektiert demnach weniger einen gesellschaftlichen Konsens, als es der Entstehungsprozess des Rechtssatzes selbst tut. Einer internen Sinnstiftung bedarf es dazu nicht. Zudem wurden insbesondere in der älteren deutschen Lehre und Rechtsprechung, die durch die DÜRIGSCHE Interpretation der Objektformel geprägt war, normative Abwägungen in jedem Fall strikt abgelehnt.¹¹⁴⁹ In der neueren Literatur finden sich hingegen auch Stimmen, die sich für eine wertende Konkretisierung im Begriffshof der Menschenwürde aussprechen.¹¹⁵⁰ Dazu gehört allen voran HERDEGEN mit seiner Abwendung von einer naturrechtlichen Konzeption der Menschenwürde.¹¹⁵¹ ALEXY vertritt eine vergleichbare Auffassung, indem er festhält, dass die verfassungsrechtliche Menschenwürdegarantie sowohl ein Rechtsprinzip als auch eine Rechtsregel beinhalte. Infolgedessen sei von zwei verfassungsrechtlich verankerten Menschenwürdenormen auszugehen, wobei nur eine dieser Normen, nämlich die Menschenwürdegarantie, sich als absolut erweise. Das Menschenwürdeprinzip – das hier zur Diskussion steht – stelle hingegen einzig eine Vermutung zugunsten seiner Nichteinschränkbarkeit auf.¹¹⁵²

- 390 Die Unterscheidung zwischen Begriffskern (Kerngehalt) und Begriffshof, d.h. dem äusseren Bereich der Bestimmung, hat mittlerweile auch Eingang in die deutsche Rechtsprechung gefunden.¹¹⁵³ War das VG Augsburg noch der Ansicht gewesen, dass der Leichenbegriff nicht vom Willen des Verstorbenen abhängt,¹¹⁵⁴ so liess

¹¹⁴⁹ So etwa BÖCKENFÖRDE, Menschenwürde, S. 809 f.

¹¹⁵⁰ BERNSTORFF, S. 271.

¹¹⁵¹ Ausführlich hierzu BALDUS, S. 238 ff.

¹¹⁵² ALEXY, Theorie, S. 97; in der Botschaft zum Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen hat auch der Bundesrat eine Unterscheidung zwischen der Menschenwürde als «absolut geschütztes, subjektives Recht» und «Verfassungsprinzip» getroffen (Botschaft Embryonenforschung, BBl 2003 1163, 1186 f.). Ist eine individuelle Person durch eine staatliche Massnahme betroffen, sodass ihre subjektive Menschenwürde verletzt wird, weil etwa der Staat sie gezielt tötet, kann die Massnahme nicht nach verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt werden. So hat auch der Bundesrat in BBl 2014 6955, 7015, festgehalten, dass «[d]er Flugzeugabschuss auf der Grundlage von Artikel 92a (...) nicht nur gegen den Kerngehalt des Rechts auf Leben (Art. 10 BV) [verstösst]. Eine Abwägung «Leben gegen Leben», bei der der Staat Menschen opfert, um eventuell eine grössere Zahl unschuldiger Menschen zu retten, degradiert die Flugzeugpassagiere zugleich zu Objekten einer staatlichen Handlung und verletzt somit auch die Menschenwürde.»; siehe auch BVerfG, Urteil vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 –, N 1-156, 119 ff.

¹¹⁵³ ENDERS, S. 5.

¹¹⁵⁴ VG Augsburg, Beschluss vom 4. September 2009 – Au 7 S 09.1266 – N 55.

das BVerfG die mutmassliche Einwilligung des Verstorbenen bei einer Verletzung des «postmortalen Persönlichkeitsschutzes» und der «Totenruhe» in einer später ergangenen Entscheidung zu.¹¹⁵⁵ Insofern hat mit Bezug auf das fortwirkende Persönlichkeitsrecht (wobei es dabei im Grunde ebenfalls um gattungsethische Vorstellungen geht)¹¹⁵⁶ ein Umdenken stattgefunden, dass das Bild des selbstbestimmten Menschen einem anderen fremddefinierten an kulturellen Vorstellungen orientierten Menschenbild nicht nur entgegen-, sondern voranstellt. Dieser Paradigmenwechsel konnte insbesondere auch mit Bezug auf die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit der geschäftsmässigen Hilfe zur Selbsttötung festgestellt werden, in der sich der Gerichtshof auf den Standpunkt stellte, dass die objektiven Interessen der «Autonomie»¹¹⁵⁷ und des Lebensschutzes hinter das subjektive Interesse an der individuellen Selbstbestimmung zu treten haben.¹¹⁵⁸

V. Rechtslage in der Schweiz

1. Ungeschriebener Verfassungsgrundsatz der Gattungswürde

Eine vertiefte, verschiedene Standpunkte berücksichtigende Diskussion mit Bezug auf Gattungswürdekonzepcionen hat hingegen in der Schweiz noch nicht stattgefunden. Die Begriffe Gattungswürde und «Menschenwürde als objektiver Verfassungsgrundsatz» werden hier fast ausschliesslich im Zusammenhang mit

¹¹⁵⁵ BVerfG, Beschluss vom 9. Mai 2016 – 1 BvR 2202/13 –, N 1-82, 58.

¹¹⁵⁶ Zu diesen Vorstellungen gehört gemäss dem BVerfG auch der «sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat» (BVerfG, Beschluss vom 9. Mai 2016 – 1 BvR 2202/13 –, N 1-82, 56). Wenn also auch das schweizerische Bundesgericht von einem Vorrang der zu Lebzeiten getätigten Anordnungen der verstorbenen Person gegenüber den Wünschen der Angehörigen ausgeht (etwa BGE 101 II 191 E. 5 a; HELLRIGL, S. 23, 32), so hängt dies damit zusammen, dass auch das ungeschriebene objektive Prinzip der Gattungswürde vom selbstbestimmten Menschenbild ausgeht (siehe dazu unten N 439 ff.). Indes lässt sich allerdings weder aus den «hiesigen Anschauungen», «dem Gebot der Schicklichkeit» noch der Menschenwürde ein Anspruch auf «ewige Todesruhe» in einem öffentlichen Friedhof ableiten (BGE 125 I 300 E. 2 b). TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 267, schreibt insofern von moralischen Pflichten, die gegenüber dem Leichnam gelten.

¹¹⁵⁷ Siehe zum Begriff der objektiv-sittlichen Autonomie N 431 ff.

¹¹⁵⁸ Siehe oben N 78 f.

der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie¹¹⁵⁹ sowie der Humanforschung¹¹⁶⁰ oder der Transplantationsmedizin¹¹⁶¹ ausdrücklich verwendet.¹¹⁶² Die wenigen für die Schweiz massgebenden Rechtsquellen, die auf eine überindividuelle Würdekonzepktion explizit Bezug nehmen, betreffen demnach auch diese Rechtsbereiche.¹¹⁶³ In diesen Zusammenhängen wird der Begriff nicht als absolute Rechtsregel, sondern als abwägbares Prinzip interpretiert.¹¹⁶⁴ Infolgedessen stellte etwa RÜTSCHÉ fest, dass das objektive Verfassungsprinzip der Menschenwürde auf einem Werturteil der Allgemeinheit beruhe und damit ein öffentliches Interesse bilde.¹¹⁶⁵

392 Weitere Beispiele eines solchen Gattungswürdeschutzes finden sich u.a. im Bereich des Strafrechts. So greift das Verbot von Gewaltdarstellungen im Sinne eines relativen Schutzes gemäss Art. 135 Abs. 1 StGB nur dann, wenn die elementare Würde des Menschen *in schwerer Weise* verletzt wird und der Darstellung kein schutzwürdiger kultureller oder wissenschaftlicher Wert beigemessen werden kann.¹¹⁶⁶ Eine vergleichbare Abwägung findet ferner im Rahmen von Art. 135 Abs. 1 StGB statt, wobei sich auch hier der Verfassungsgrundsatz der Gattungswürde und das Interesse an einer möglichst umfassenden individuellen Ausübung der Kunstfreiheit gegenüberstehen. Gleich verhält es sich mit dem strafrechtlichen

¹¹⁵⁹ BELSER/MOLINARI, BSK BV, Art. 119 N 20; BÜRGIN, S. 104 ff.

¹¹⁶⁰ BELSER/MOLINARI, BSK BV, Art. 118b, N 20, N 26.

¹¹⁶¹ BELSER/MOLINARI, BSK BV, Art. 119a, N 15 f.

¹¹⁶² ENGI, Menschenwürde, S. 671 ff.; VAN SPYK, S. 73 ff.; nicht so MASTRONARDI, S. 287.

¹¹⁶³ Explizit findet er sich etwa in der Präambel («the human being both as an individual and as a member of the human species») und in der Marginalie des Art. 2 («Primacy of the human being») der Biomedizinkonvention des Europarates (Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, European Treaty Series-No. 164, Oviedo, 4.IV.1997, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. November 2008). Aus Ziff. 10 der PACE-Resolution 1352 (2003) über die Forschung an menschlichen Stammzellen, die allerdings keine unmittelbare Geltung für die Schweizer Gerichte entfaltet, geht darüber hinaus hervor, dass «the destruction of human beings for research purposes is against the right to life of *all humans* and against the moral ban on any instrumentalisation of humans» (Hervorhebung durch Verfasserin).

¹¹⁶⁴ WYTENBACH, S. 20; ENGI, Ausschöpfen, S. 354 f.

¹¹⁶⁵ RÜTSCHÉ, Menschenwürde, S. 12 ff. insb. S. 18; auch MAHLMANN, Elemente, S. 291, bezeichnet die Würde der Menschheit in diesem Kontext als Verkörperung einer Wertentscheidung, die Menschheit nicht als «vertretbares, verbesserbares Gut» zu betrachten; siehe auch HABERMAS, Zukunft, S. 109 f.

¹¹⁶⁶ BGE 131 IV 64 E. 10.1.3 (Hervorhebung durch Verfasserin); MOSIMANN/UHLMANN, S. 136.

Verbot, Personen gegen ihren Willen mit pornografischen Inhalten zu konfrontieren,¹¹⁶⁷ denn auch solche Darstellungen sollen sich nicht mehr als «pornografisch» erweisen, wenn sie nach Art. 197 Ziff. 9 StGB einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert besitzen.¹¹⁶⁸ Zudem wird auch im Strafrecht durch Art. 118 StGB der Embryo, dem kein Personenstatus zukommt, als menschliches Wesen geschützt. Der ungeschriebene Verfassungsgrundsatz der Gattungswürde wird damit nicht mit der Rechtsfähigkeit einer Person verbunden. Er schützt vielmehr den ungeborenen¹¹⁶⁹ oder den bereits verstorbenen¹¹⁷⁰ Menschen, weshalb auch dessen Leichnam und Erbmaterial¹¹⁷¹ einen gewissen Schutzanspruch genießen.¹¹⁷²

2. Gattungswürde als Teil der objektivrechtlichen Schicht der Menschenwürde (Art. 7 BV)

2.1 Einleitende Worte

Wie freilich bereits im Zusammenhang mit der Darstellung der Rechtsprechung im 393 zweiten Teil dieser Abhandlung festgestellt werden konnte, hat das Bundesgericht unter dem Begriff der öffentlichen Sittlichkeit implizit auch Gattungswürdekonzeptionen anerkannt, die sich aus der Rechtsstellung des Privaten selbst ergaben und entweder den «Schutz gegen den eigenen Willen» («Peepshows») oder den Schutz anderer Grundrechtsträger («Rassendiskriminierung») betrafen.¹¹⁷³ Dahin-

¹¹⁶⁷ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 565.

¹¹⁶⁸ BGE 128 IV 201 E. 1.2 S. 205; BGer Urteil 6P.122/2004 vom 8. März 2005 E. 10.1.3; BGE 131 IV 64 E. 10.1; MOSIMANN/UHLMANN, S. 136.

¹¹⁶⁹ Wie WEBER-HASSEMER zurecht ausführt, kann der Schutz des Embryos in vivo vor Stammzellenforschung in einem krassen Kontrast zur generellen Rechtsordnung stehen, zumal insbesondere Nidationshemmer, wie die «Pille danach» unumstritten sind (WEBER-HASSEMER, S. 832). Allerdings ist dieser Umstand im Fall der Nidationshemmer m.E. darauf zurückzuführen, dass in diesem Szenario die Würde der Frau der Würde des Embryos gegenübersteht und die Abwägung zugunsten der ersteren Würdekonzeption getroffen wird. Die Forschung an Stammzellen bildet hingegen nicht Teil der Würde des Forschenden.

¹¹⁷⁰ DÜRIG, Menschenwürde, S. 126; SEELMANN, Gefährdung, S. 481.

¹¹⁷¹ Im Rahmen der Präimplantationsdiagnostik kann gar im deutschen Recht von der «Unverletzlichkeit» des Erbguts ausgegangen werden (ISENSEE, S. 262).

¹¹⁷² DÜRIG, Menschenwürde, S. 126; MOLINARI, N 696 ff.

¹¹⁷³ Siehe oben N 87 ff.

gehend postuliert MAHLMANN, dass der Begriff der Gattungswürde u.a. auf einen Teilaspekt der objektivrechtlichen Dimension der Menschenwürde (Art. 7 BV) Bezug nehme, wenn er dem Grundrechtsverzicht des Individuums entgegenstehe, wodurch er in diesem Moment dessen objektive grundrechtsimmanente Schranke bilde.¹¹⁷⁴

2.2 Objektives Menschenwürdeprinzip in der Rechtsprechung

- 394 In diesem Sinn hat auch das schweizerische Bundesgericht namentlich mit Bezug auf die «Zwangsmedikation» und den «Anspruch auf minimale Hilfe in Notlagen» (Art. 12 BV)¹¹⁷⁵ eine Begriffsbestimmung der Menschenwürde vorgenommen, die weitgehend mit den Inhalten übereinstimmt, die bereits im Zusammenhang mit der Konkretisierung der privatrechtlichen Generalklauseln erarbeitet werden konnten:

«Die Menschenwürde betrifft das letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und *der Menschen* und ist *unter Mitbeachtung kollektiver Anschauungen* ausgerichtet auf Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit.»¹¹⁷⁶

- 395 Während allerdings im Fall der Zwangsmedikation die überindividuelle Würde im Sinne eines Schutzes gegen den eigenen Willen nicht als absolute Schranke der Selbstbestimmung, sondern als öffentliches Interesse, das zu ihr in praktische Konkordanz gebracht werden kann, qualifiziert worden ist,¹¹⁷⁷ ist eine Gattungswürdekonzepktion aus Art. 12 BV, in der sie mit der Eigenperspektive des Betroffenen zusammenfiel, als nicht einschränkbar erklärt worden.¹¹⁷⁸ Insofern hat mit Bezug auf die Gattungswürde eine differenziertere Rechtsprechungsänderung

¹¹⁷⁴ MAHLMANN, Elemente, S. 222 f. und 241; siehe mit Bezug auf das deutsche Recht BENDA, S. 54 f.; a.A. RÜTSCHKE, Ungeboren, S. 296 f. sowie 315; DERSELBE, Menschenwürde, S. 12; MOLINARI, N 690, N 701, die die Auffassung vertreten, dass sich die objektivrechtliche Dimension des Grundrechts entsprechend der subjektivrechtlichen immer auf die selbstdefinierten Interessen des Individuums richten muss; vgl. zum Verfassungsprinzip der Gattungswürde auch BELSER/MOLINARI, BSK BV, Art. 7 N 45.

¹¹⁷⁵ Dieser Anspruch soll den Einzelnen vor einer «unwürdigen Bettelexistenz» bewahren (BGE 131 I 166 E. 3.1; BGE 131 V 256 E. 6.1; BGE 130 I 71 E. 4.1; BGE 121 I 367 E. 2 c; BGE 122 I 101 E. 4b).

¹¹⁷⁶ BGE 127 I 6 E. 5b (Hervorhebungen durch Verfasserin). Siehe zur hier vorgenommenen Interpretation der «kollektiven Anschauungen», wonach diese einzig dann massgebend sein können, wenn sie den Schutzbereich der Grundrechte erweitern: N 353.

¹¹⁷⁷ BGE 127 I 6 E. 8; BGE 130 I 16 E. 5.2.

¹¹⁷⁸ BGE 131 I 166 E. 5.3.

stattgefunden als im Ordnungsrecht.¹¹⁷⁹ Parallel dazu hat das Bundesgericht entschieden, dass der «Schutz gegen den eigenen Willen» unter Vorbehalt der polizeilichen Generalklausel auf einer spezialgesetzlichen Grundlage beruhen müsse,¹¹⁸⁰ während der Anspruch auf Nothilfe, der mit der Eigenperspektive einhergeht, vor seiner verfassungsrechtlichen Verankerung als ungeschriebenes Grundrecht anerkannt worden ist.¹¹⁸¹ Damit zieht es die «Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthhaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit» gemäss der Rechtsprechung nach sich, dass dessen grundrechtlich geschützte Eigenperspektive in das objektive Recht Einzug findet, wenn nicht die mittelbaren oder unmittelbaren Grundrechtsinteressen anderer (wie dies etwa im Fall der Rasendiskriminierung der Fall ist) tangiert sind.

2.3 Objektive Schicht der Grundrechte in der Lehre

Soll hier allerdings die Qualifikation der näher zu untersuchenden Gattungswürde 396 als Teil der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte übernommen werden, so ist zunächst festzuhalten, dass es in der Lehre keinen einheitlichen Begriff der objektiven Dimension der Grundrechte gibt.¹¹⁸² Während ALEXY mit Bezug auf das deutsche Grundgesetz ausführt, dass zur objektivrechtlichen Grundrechtsdimen-

¹¹⁷⁹ Siehe dazu oben N 63.

¹¹⁸⁰ BGE 127 I 6 E. 6 f.; siehe auch die vorstehenden Ausführungen zur öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit als Schutzgut der polizeilichen Generalklausel (N 289 ff.) und zu den privatrechtlichen Generalklauseln, insb. Art. 19/20 OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB (N 354 ff.), sowie das Beispiel der fürsorgerischen Unterbringung bei MOLINARI, N 695, mit Verweis auf BGE 128 III 12 E. 3; hingegen wurde in BVerwG Urteil 6 C 17.06 vom 13. Dezember 2006 Ziff. 29 [14] angenommen, dass der Staat direkt gestützt auf Art. 1 Abs. 1 GG freiheitsbeschränkend tätig werden könne.

¹¹⁸¹ BGE 121 I 367 E. 2 a f.

¹¹⁸² In der Schweiz wird durch Art. 35 Abs. 1 BV einzig verfassungsrechtlich festgehalten, dass Grundrechte einen objektiv-rechtlichen Gehalt aufweisen (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 N 39).

sion justiziable¹¹⁸³ Rechtsregeln¹¹⁸⁴ oder prima facie¹¹⁸⁵ Prinzipien¹¹⁸⁶ gehören,¹¹⁸⁷ ist TSCHANNEN der Ansicht, dass es für die Wirksamkeit und die damit einhergehende Durchsetzung der objektivrechtlichen Normgehalte stets eines politischen Prozesses bedarf, der in einer einfachgesetzlichen Konkretisierung münden muss und objektive Normgehalte deshalb grundsätzlich bloss einen programmatischen Gehalt aufweisen.¹¹⁸⁸ Diese letzte Forderung dürfte allerdings in den Fällen nicht mehrheitsfähig sein, in denen die objektiven Grundrechtsgehalte nicht als gesetzliche Grundlage für einen Grundrechtseingriff im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV dienen, sondern öffentliche Interessen nach Art. 36 Abs. 3 BV darstellen. Schliesslich wird mit Bezug auf die Formulierung von öffentlichen Interessen grundsätzlich einzig vorausgesetzt, dass diese im Verfassungs-, Gesetzes- oder zumindest im Völkerrecht verankert sind.¹¹⁸⁹

- 397 Dass objektive Gebote Handlungsanweisungen an den Staat darstellen, ist hingegen weitgehend anerkannt. Diese verwirklichen sich in der Rechtssetzung und insbesondere im Rahmen der grundrechtskonformen Auslegung von Gesetzen und Verordnungen,¹¹⁹⁰ weshalb den objektiven Normgehalten der Grundrechte in letzterem Zusammenhang immerhin eine indirekte Justiziabilität zukommen muss.¹¹⁹¹

¹¹⁸³ ALEXY, Subjektive, S. 52; so auch hinsichtlich der schweizerischen Rechtsordnung MÜLLER, Jörg Paul, Elemente, S. 48.

¹¹⁸⁴ ALEXY versteht unter Regeln Normen, die «etwas definitiv gebieten, verbieten oder erlauben oder definitiv zu etwas ermächtigen» (ALEXY, Subjektive, S. 54); DWORKIN führt aus, dass Regeln in einer «alles oder nichts»-Manier angewendet werden (DWORKIN, S. 24); eine Interpretation von Prinzipien und Regeln, die sich einzig an einem Hierarchie- und Abstraktionsverständnis orientiert, vertritt hingegen RÜTSCHKE, Menschenwürde, 4 f.

¹¹⁸⁵ Unter prima facie versteht ALEXY «nicht definitiv», d.h., dass sich aus dem Betroffensein eines Prinzips nicht bereits ergibt, wie oder ob dieses angewendet werden soll (ALEXY, Theorie, S. 88).

¹¹⁸⁶ Prinzipien sind «Optimierungsgebote» (ALEXY, Subjektive, S. 54; ALEXY, Theorie, S. 75 f.).

¹¹⁸⁷ ALEXY, Theorie, S. 71 ff.; ALEXY, Subjektive, S. 55 f.; die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien hatte vor ALEXY bereits DWORKIN mit Bezug auf den angelsächsischen Rechtskreis getroffen (DWORKIN, S. 23 ff.).

¹¹⁸⁸ TSCHANNEN, Stimmrecht, S. 143; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 280.

¹¹⁸⁹ SCHWEIZER/KREBS, SGK, Art. 36 BV N 48; WYSS, S. 17 ff. und 132 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9 N 107 f.

¹¹⁹⁰ MÜLLER, Jörg Paul, Elemente, S. 11, 46 ff.; siehe auch MOLINARI, N 292; ENGI, Neutralität, S. 167; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 N 39 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 293 ff.

¹¹⁹¹ Siehe zur subjektivrechtlichen, flankierenden und programmatischen Grundrechtsdimension MÜLLER, Jörg Paul, Elemente, S. 46 ff.

Insofern ist grundsätzlich unbestritten, dass die objektivrechtliche Grundrechtsdimension auch Schutzpflichten des Staates nach sich ziehen kann.¹¹⁹² Wann allerdings solche bestehen und in welchem Umfang sie geleistet werden müssen, ist nicht abschliessend geklärt. Grundsätzlich ist für deren Bestimmung analog zur Beeinträchtigung von Grundrechten durch staatliches Handeln zwischen «Schutzbereich» und «Eingriff» zu unterscheiden. Damit ist deren Vorliegen auf *abstrakter Ebene* zu eruieren, indem zunächst jene Tatbestände umschrieben werden, die generell eine Schutzpflicht auslösen können. Alsdann besteht eine Schutzpflicht nur dann, wenn zentrale Grundrechtsaspekte erheblich eingeschränkt werden, die Einschränkung dem Staat zuzurechnen ist und dieser sie auch wirksam beseitigen kann.¹¹⁹³ Folglich ist einzig ein angemessener minimaler Schutz über die objektive Grundrechtsdimension zu gewährleisten.¹¹⁹⁴

Die objektiven Handlungsgebote sind allerdings stets auf definitive Positionen des Individualrechts ausgerichtet und können folglich nicht dem Schutz von Kollektivgütern dienen, weshalb sie betreffende Wertentscheidungen Teil des subjektiven Rechts selbst bilden müssen.¹¹⁹⁵ Freilich hat bereits KELSEN festgehalten, dass politische Rechte (zu denen er die Grund- und Menschenrechte zählt) nur unter den Begriff der positiven Rechte zusammengefasst werden können, wenn sie die Beteiligung der Rechtsunterworfenen an der Rechtserzeugung sicherstellen, d.h. das geschützte Tätigwerden des Individuums im Bereich der Grundrechte Rechtswirkungen erzeugt, die über seine eigene Rechtsstellung hinausgehen.¹¹⁹⁶ Dahingehend konkretisiert auch ALEXY seinen Begriff der objektiven Normgehalte, indem er ausführt, dass «objektive Normen» Rechtssätze darstellen, die nicht aus-

¹¹⁹² MÜLLER, Jörg Paul, *Elemente*, S. 79 ff.; SCHEFER, *Kerngehalt*, S. 255 ff.

¹¹⁹³ SCHEFER, *Beeinträchtigung*, S. 39 f.; demgegenüber wird etwa mit Bezug auf das deutsche Recht teilweise davon ausgegangen, dass die Verfolgung jedes privaten Interesses eine Schutzpflicht des Staates auslöst, wenn sich dies als verhältnismässig erweist, dazu etwa FATEH-MOGHADAM, *Religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts*, S. 141.

¹¹⁹⁴ Auch auf der zweiten Ebene, auf der die Eruierung des Ausmasses der konkreten Schutz- und Leistungspflichten im Einzelfall erfolgt, hat eine Verhältnismässigkeitsprüfung stattzufinden. Insofern soll es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zudem unerheblich sein, ob diese Leistungspflicht den Schutzbereich des Grundrechts oder dessen Beeinträchtigung tangiert (SCHEFER, *Beeinträchtigung*, S. 85 f.); der objektive Grundrechtsschutz unterscheidet sich indes diametral von der direkten Grundrechtsbindung der staatlichen Organe, die nicht auf ein Minimum reduziert werden kann (oben N 270).

¹¹⁹⁵ ALEXY, *Theorie*, S. 228.

¹¹⁹⁶ KELSEN, *Reine*, S. 145 ff.

schliesslich relational ein restriktiv interpretiertes «subjektives Recht» gewähren, sondern dem Staat zugleich eine Pflicht auferlegen. Die Beurteilung, dass subjektive Normen nicht einem objektiven Prinzip der Gesamtrechtsordnung zugeordnet werden können, kann gemäss ALEXY folglich nicht vorgenommen werden. Subjektive Rechte müssen vielmehr Teil der «wertentscheidenden Grundsatznorm», d.h. «des objektiven Prinzips der Gesamtrechtsordnung» bilden, damit das subjektive Recht überhaupt über seinen allgemeinen Abwehrrechtsgehalt hinausgehen kann.¹¹⁹⁷ Somit dienen die Grundrechte nicht nur der Beschränkung des staatlichen Kompetenzbereichs, sondern sie verpflichten auch den Staat dazu, im Rahmen der darin getroffenen Wertentscheidungen tätig zu werden.¹¹⁹⁸ Die objektive Dimension der Grundrechte ist folglich von individueller Eigenart, stellt aber zugleich die «materiale Allgemeinheit» dar.¹¹⁹⁹

2.4 Fazit

- 399 Vor diesem Hintergrund kann zusammenfassend festgehalten werden, dass das Prinzip der Gattungswürde als «prima facie»-Prinzip interpretiert werden kann, das eine minimale abstrakt zu bestimmende Schutzpflicht des Staates im Rahmen von gewissen Tatbeständen nach sich zieht, wobei das Bestehen dieser Pflicht durch eine auf abstrakter Ebene vorgenommene Interessenabwägung nochmals verifiziert werden muss. Innerhalb dieser Abwägung können weder «einzig» Kollektivgüter (d.h. «nur» allgemeine Interessen) noch «ausschliesslich» private Interessen, die sich lediglich auf die private Rechtsstellung beziehen und keine allgemeine Bedeutung für die Gesamtrechtsordnung entfalten, berücksichtigt werden. Insofern müssen zentrale individuelle Grundrechtsaspekte eine erhebliche Einschränkung erfahren, damit diese im Rahmen der abstrakten Interessenabwägung überwiegen und eine Schutzpflicht des Staates zu ihren Gunsten auslösen können. Erst dann entfaltet die individuelle Grundrechtsbeschränkung eine hinreichende allgemeinheitensbezogene Relevanz.
- 400 Ist hingegen auf privater Seite ein Grundrechtsinteresse betroffen, dessen Wirksamkeit nicht durch die objektive Rechtsordnung garantiert wird, weil es das objektive Recht nicht mitgestaltet, so stellt sich die hoch umstrittene Frage, ob dann die objektive Dimension des Grundrechts auch in einem Schutz, der sich gegen den Willen des Betroffenen auswirkt, resultieren kann. Diese Frage hat das

¹¹⁹⁷ ALEXY, Subjektive, S. 53 ff.

¹¹⁹⁸ WITTECK, S. 56.

¹¹⁹⁹ Bezugnehmend auf Rudolf Smed HAEBERLE, S. 6.

Bundesgericht explizit im Zusammenhang mit der Rassendiskriminierung bejaht. Hierbei hat es unter Zuhilfenahme der *ratio legis* des Grundrechts dessen Umdeutung in eine sittliche Verpflichtung so interpretiert, dass sie nicht nur der Wirksamkeit, sondern der Geltung des Grundrechts schlechthin entgegensteht. Mithin führte es aus, dass ein gegen die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit verstossendes Verhalten grundrechtlich nicht geschützt werden kann.¹²⁰⁰ Ganz anders lautete seine Begründung im Fall der Zwangsmedikation. Darin hat es den grundrechtlichen Schutz der widerstrebenden Interessen nicht in Frage gestellt, sondern diese vielmehr im Rahmen von Art. 36 Abs. 2 BV gegeneinander abgewogen.

Da in dieser Schrift freilich die *notwendigen* Staatsgrundlagen (Kernbegriff der öffentlichen Sittlichkeit), die keiner Verrechnung zugänglich sind, schwerpunktmässig untersucht werden sollen, zumal diese auch für die generellen Staatsgrundlagen (peripherer Begriff der öffentlichen Sittlichkeit) richtungweisend sind, wird an dieser Stelle der Frage nachgegangen, wie ein interpersonaler Rechtsverstoss begründet werden kann. Mithin konzentriert sich diese Abhandlung nicht auf die Untersuchung des ungeschriebenen Verfassungsgrundsatzes der Gattungswürde, sondern auf die Frage, ob Grundrechte so interpretiert werden können, dass sie auch eine minimale Verpflichtung enthalten, sich rechtskonform zu verhalten. 401

VI. Geistesgeschichtlicher Hintergrund in der Philosophie Kants

1. Einleitende Bemerkungen

Der Begriff der Gattungswürde stammt aus der Philosophie und hat, wie bereits vorstehend ausgeführt worden ist, im rechtlichen Diskurs vorwiegend im Zusammenhang mit der biotechnologischen Debatte Bedeutung erlangt. Dort wird er gemeinhin so umschrieben, dass er sich nicht nur auf das Individuum als Subjekt der Würde, sondern auch auf das Kollektivsubjekt der Menschheit, d.h. auf die menschliche Spezies in ihrer Gesamtheit als Würdeträger bezieht.¹²⁰¹ Diese doppelte Bedeutung des Begriffs wird hier beibehalten, wodurch der Begriff der Gattungswürde so interpretiert wird, dass er auf den gleichen Wert und die gleiche Würde aller Menschen unabhängig von deren individuellen Eigenschaften, Fähigkeiten oder Umständen 402

¹²⁰⁰ Siehe N 66.

¹²⁰¹ KNELL, S. 209.

Bezug nimmt, weshalb er auch die Idee der Menschheit mitumfasst. In diesem Sinn geht auch aus der Präambel des UNO-Pakts II hervor, dass diese die Anerkennung der «allen Mitgliedern der menschlichen Gesellschaft innewohnenden Würde und der Gleichheit und Unveräusserlichkeit ihrer Rechte» bezweckt. Wobei im englischen Originaltext näher ausgeführt wird, dass es dabei um die «inherent dignity of the human person» geht.¹²⁰² Durch seine Verknüpfung von Recht, Moral und Politik schliesst dieser Würdebegriff seine horizontale Anwendung nicht aus, weshalb er auch auf die Rechtsperson selbst bezogen interpretiert werden kann.¹²⁰³

- 403 Die hinter dem Begriff der Gattungswürde stehende Konzeption einer gleichzeitig individuellen und überindividuellen unveräusserlichen Würde ist nicht durch Kant in die geistesgeschichtliche Genese des Menschenwürdebegriffs eingeführt worden.¹²⁰⁴ Gleichwohl hat die kantische Philosophie auch auf völkerrechtlicher Ebene den rechtlichen Begriff der Menschenwürde massgebend geprägt, ohne dass sie als verbindlich für dessen rechtliche Auslegung gelten kann.¹²⁰⁵ Um allerdings den Hintergrund des Begriffs besser erschliessen zu können und eventuell gewisse Anhaltspunkte für dessen verfassungsrechtliche Auslegung zu finden, soll nachstehend der kantische Würdebegriff näher untersucht werden.¹²⁰⁶

¹²⁰² Diese Würdekonzeption wird mithin auch als «Würde der Person» bezeichnet (siehe RÜTSCHKE, Menschenwürde S. 16; RÜTSCHKE, Ungeboren, S. 138 ff.; SEELMANN/DEMKO, § 12 N 3 ff.).

¹²⁰³ BOS/RILEY, 2. Conceptual Background, Abs. 6.

¹²⁰⁴ So finden sich etwa bereits bei Samuel Pufendorf oder Christian Wolff gewisse Ansätze eines solchen Menschenwürdebegriffs (SEELMANN, Menschenwürde II, S. 208).

¹²⁰⁵ BOS/RILEY, 2. Conceptual Background, Abs. 4; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 163; den Herbeizug der kantischen Philosophie im Rahmen der (deutschen) Verfassungsinterpretation bewertet WITTRICK mithin erst dann als unzulässig, wenn sie nicht als «ideengeschichtliche Erweiterung des Horizonts», sondern als «verbindliche Interpretationsmaxime» aufgefasst wird (WITTRICK, S. 26 ff. und insb. S. 30); a.A. BECK, S. 260, der sie als verbindlich bewertet; auch GOERLICH, S. 157 ff., vertritt die Auffassung, dass Kant als Vater des Rechtsstaates und als Theoretiker einer Verfassung, die auf Freiheit, Gleichheit und Selbständigkeit basiert, gilt.

¹²⁰⁶ Dieser methodische Ansatz geht davon aus, dass neben der subjektiv- und der objektivhistorischen auch die über den konkreten Entstehungsprozess des Gesetzes hinausgehende Tradition, in die sich das Gesetz einreicht, zu dessen historischen Auslegung gehört (ZIPPELIUS, S. 42); a.A. ist LACKERMAIR, S. 356 f. (siehe auch DREIER, GG, Art. 1 I N 14), der die juristische Rezeption der Lehre Kants gerade deshalb kritisiert, weil diese zu einer «Entpersönlichung des konkreten Menschen zugunsten einer Würde der Menschheit bzw. der Menschengattung» führe.

2. Objektformel

Der berühmte praktische Imperativ Kants lautet:

404

«Handle so, dass du die *Menschheit*, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.»¹²⁰⁷

In der «Objektformel» der deutschen und der schweizerischen höchstrichterlichen Rechtsprechung, die durch DÜRIG geprägt wurde,¹²⁰⁸ wird diese zweite Formulierung des kategorischen Imperativs gemeinhin leicht modifiziert verstanden, wodurch er sich vorwiegend auf den aktuellen materiell-individuellen Menschen und nicht (oder zumindest nicht explizit) auf ein umfassendes ideelles Konzept «Mensch» bezieht.¹²⁰⁹ Allerdings weist HERDEGEN zurecht darauf hin, dass die in der kantischen Sittenlehre gründende Objektformel die gleiche Schwäche aufweist wie ihre Vorlage, die darin besteht, dass sie dem Rechtsanwendenden einen grossen Entscheidungsspielraum mit Bezug auf die darunter zu subsumierenden Würdeverletzungen einräumt.¹²¹⁰ Insofern kann der Imperativ auch so verstanden werden, dass er einerseits den Einzelnen dazu verpflichtet, die Würde des Anderen zu achten und es andererseits die «Pflicht gegen sich selbst» dem Individuum verbietet, «über den *Menschen* in [s]einer Person» zu disponieren.¹²¹¹ Eine solche Interpretation wurde denn auch von Dürig vorgenommen und steht in der rechtsgeschichtlichen Tradition insbesondere des 18. Jahrhunderts.¹²¹² In der juristischen Lehre wird dieser Ansatz hingegen teilweise mit der Begründung verworfen, dass die *Idee* «Mensch», auf die Kant in der zitierten Passage mit dem Begriff der *Menschheit* Bezug nimmt, nichts mit der *Idee der Menschheit* zu tun habe, weil erstere die «Autonomiefähigkeit», d.h. die Fähigkeit zur Selbstgesetzgebung,

405

¹²⁰⁷ KANT, Grundlegung, S. 75 (Hervorhebung durch Verfasserin).

¹²⁰⁸ DÜRIG, Menschenwürde, S. 117 ff.

¹²⁰⁹ DREIER, GG, Art. 1 I, N 64; ENGI, Menschenwürde, S. 661; vgl. auch RÜTSCHKE, Ungeboren, S. 298 ff.; RÜTSCHKE, Menschenwürde, S. 9; LACKERMAIR, S. 350; eine andere Auffassung wurde hingegen in VG Augsburg, Beschluss vom 04. September 2009 – Au 7 S 09.1266 – Ziff. 64 ff., vertreten, worin zwar betont wurde, dass der Leichnam bereits ein Objekt sei, doch die Instrumentalisierung desselben zu künstlerischen Zwecken eine Menschenwürdeverletzung darstelle, weil es sich beim Leichnam um eine *res extra artem* handle.

¹²¹⁰ HERDEGEN, GG, Art. 1 I, N 36.

¹²¹¹ KANT, Grundlegung, S. 75, beide Zitate auf dieser Seite.

¹²¹² SEELMANN, Menschenwürde II, S. 207 f.

verkörpere und letztere nicht.¹²¹³ Daher ist zunächst zu eruieren, was Kant unter «Autonomie» versteht.

3. «Zweck an sich selbst» dank verallgemeinerungsfähiger, d.h. sittlicher Autonomie

406 KANT macht folgende erläuternde Ausführungen zu seinem zweiten Imperativ:

«Dieses Prinzip der Menschheit und jeder vernünftigen Natur überhaupt, *als Zweck an sich selbst* (welche die oberste einschränkende Bedingung der Freiheit der Handlungen eines jeden Menschen ist), ist nicht aus der Erfahrung entlehnt, erstlich, wegen seiner Allgemeinheit, da es auf alle vernünftige Wesen überhaupt geht, worüber etwas zu bestimmen keine Erfahrung zureicht; zweitens, weil darin die Menschheit nicht als Zweck der Menschen (subjektiv), d.i. als Gegenstand, den man sich von selbst wirklich zum Zwecke macht, sondern als objektiver Zweck, der, wir mögen Zwecke haben, welche wir wollen, als Gesetz die oberste einschränkende Bedingung aller subjektiven Zwecke ausmachen soll, vorgestellt wird, mithin aus reiner Vernunft entspringen muss.»¹²¹⁴

407 Aus diesen Erläuterungen geht deutlich hervor, dass Kant das *Prinzip der Menschheit* so interpretiert, dass dieses die individuelle Handlungsfreiheit als «oberste Bedingung» einschränkt, weil es einerseits einen *umfassenden Aspekt* aufweist und andererseits als objektiver Zweck der subjektiven Zwecksetzung entzogen ist, zumal es sich einzig an der reinen Vernunft ausrichtet. Infolgedessen besteht die Autonomiefähigkeit des Menschen nicht isoliert, sondern wirkt gerade dadurch gesetzgebend, dass sie zugleich ein verallgemeinerungsfähiges Moralgesez verkörpert, das für jeden Einzelnen und alle Menschen gleichermaßen Geltung entfaltet.¹²¹⁵

«Mit der Idee der Freiheit ist nun der Begriff der *Autonomie* unzertrennlich verbunden, mit diesem aber das allgemeine Prinzip der Sittlichkeit, welches in der Idee

¹²¹³ LACKERMAIR, S. 356; nicht so HUBER, S. 77.

¹²¹⁴ KANT, Grundlegung, S. 77 f.

¹²¹⁵ «Die Universalisierungsformel muss damit als der unmittelbare imperativisch-handlungsselektierende Ausdruck des Autonomieprinzips angesehen werden.» (PORCHEDDU, S. 55 ff., Zitat auf S. 58); HÖFFE, Sittlich, S. 60; MASTRONARDI, S. 284 ff., nimmt diese Überlegungen insofern ins Schweizer Recht auf, als dass er ausführt, dass Autonomie nicht in einem individualistischen Sinn zu verstehen ist, sondern einen intersubjektiven Aspekt aufweist; vgl. auch SCHWEIZER/SPENLÉ, SGK BV, Art. 7 N 43.

allen Handlungen *vernünftiger* Wesen ebenso zum Grunde liegt, als Naturgesetz allen Erscheinungen.»¹²¹⁶

Die kategorischen Maximen, die sich reziprok zur Selbstgesetzgebung verhalten, 408 rühren allerdings nicht von einer göttlichen Instanz her, sondern bilden Teil des «allgemein gesetzgebenden Willens» des Einzelnen selbst.¹²¹⁷ Diese durch Kant beschriebene objektiv-sittliche Autonomie des Willens zeichnet sich dadurch aus, dass ihr keine individuelle «Triebfeder» und kein persönliches «Interesse» zugrunde liegt.¹²¹⁸ Wäre sie durch partikuläre Interessen geleitet, so könnte sie nicht Ausdruck eines «allgemein gesetzgebenden Willens» sein, sondern einzig einer «Heteronomie»,¹²¹⁹ die sich nicht am Sittengesetz, sondern am Naturgesetz ausrichten würde.¹²²⁰ Ein freier Wille und ein Wille, der sich am Sittengesetz orientiert, ist damit nach Kant ein und derselbe Wille.¹²²¹ Vor diesem Hintergrund kann der Begriff der Autonomie nicht nur auf das Individuum verengt verstanden werden, sondern weist auch einen umfassenden Charakter auf, der die Allgemeinheit miteinschliesst.

4. Würde

4.1 Träger

«Subjekt aller Zwecke als Zweck an sich selbst» und hierdurch Träger von Würde 409 ist nicht nur der realisierte sittliche Wille, sondern auch der abstrakt veranlagte gute Wille.¹²²² Individuellen vernünftigen Wesen kommt Würde aufgrund ihrer abstrakten Veranlagung zu sittlichem Willen zu:

¹²¹⁶ KANT, Grundlegung, S. 118.

¹²¹⁷ LUDWIG, S. 85.

¹²¹⁸ KANT, Grundlegung, S. 104; siehe auch SEELMANN/DEMKO, § 7 N 76 ff.

¹²¹⁹ LUDWIG, S. 86 f.

¹²²⁰ TIMMERMANN, S. 33; siehe auch: BRAUN, Katrin, S. 83.

¹²²¹ KANT, Grundlegung, S. 107; siehe hierzu auch TIMMERMANN, S. 32 f.

¹²²² PORCHEDDU, S. 25; der Begriff der «Veranlagung» ist wichtig, weil gemäss Kant Menschen auch Eigenschaften aufweisen, die in seiner Terminologie ein «Äquivalent» besitzen, wodurch sie einen «Preis» und damit keinen «inneren Wert», d.h. Würde haben: «Geschicklichkeit und Fleiss im Arbeiten haben einen Marktpreis; Witz, lebhaftige Einbildungskraft und Launen einen Affektionspreis; dagegen Treue im Versprechen, Wohlwollen aus Grundsätzen (nicht aus Instinkt) haben einen innern Wert.» (KANT, Grundlegung, S. 84 f. [Zitat auf S. 85]).

«Nun ist Moralität die Bedingung, unter der allein ein vernünftiges Wesen Zweck an sich selbst sein kann; weil nur durch sie es möglich ist, ein gesetzgebend Glied im Reiche der Zwecke zu sein. Also ist Sittlichkeit und die Menschheit, *so fern sie derselben fähig ist*, dasjenige, was allein Würde hat.»¹²²³

- 410 Es ist folglich die Veranlagung der vernünftigen Natur oder *Menschheit* zur «allgemeinen Gesetzgebung»¹²²⁴, d.h. zur Autonomie des (eigenen) sittlichen Willens, die einzelne Subjekte mit Würde ausstattet.¹²²⁵ Gleichzeitig trägt gemäss der oben zitierten kantischen Formel nicht nur die *Menschheit*, sondern auch die *Sittlichkeit* Würde. PORCHEDDU anerkennt mithin eine Übereinstimmung zwischen den Begriffen der Sittlichkeit und der praktischen Vernunft. Die Konstitution der praktischen Vernunft besitzt damit neben der in vernünftigen Wesen angelegten Potenzialität zu sittlichem Handeln und der Aktualisierung desselben Würde Kraft seiner selbst.¹²²⁶

4.2 Das Tier als Zweck an sich selbst?

- 411 In der längeren Passage, die eingangs zitiert worden ist, nennt Kant indes auch jede «vernünftige Natur» als Zweck an sich selbst. Die in der Auslegung der Zweckformel entscheidende Grösse der *Menschheit* konstituiert gemäss PORCHEDDU einen Unterfall der «vernünftigen Natur», die dadurch zur *Menschheit* wird, dass sie eine sinnliche Konstitution besitzt.¹²²⁷ Vor diesem Hintergrund liesse sich argumentieren, dass auch Tiere unter den Begriff der «vernünftigen Natur» subsumiert werden könnten, wobei der Unterschied zwischen Menschen und Tieren darin liegen würde, dass Letztere mangels einer entsprechenden Konstitution nicht dazu in der Lage wären, die «reine Vernunft» sinnlich wahrzunehmen. Kant hat diese Sichtweise allerdings nicht geteilt. Für ihn lag der Zweck des Tierschutzes im sittlichen

¹²²³ KANT, Grundlegung, S. 85 (Hervorhebung durch die Verfasserin); siehe auch ENGI, Menschenwürde, S. 666; in der Kant-Exegese wird aufgrund dieser Textpassage entgegen der herrschenden Ansicht auch vertreten, dass nicht allen Menschen jederzeit «Würde» zukomme (SENSEN, S. 104 f. und 117); durch eine solche Interpretation findet eine Angleichung an den hegelschen Würdebegriff statt, die im Gegensatz zur kantischen Perspektive Würde als etwas betrachtet, das erworben werden muss (siehe dazu HERDEGEN, GG, Art. 1 I, N 13).

¹²²⁴ KANT, Grundlegung, S. 86.

¹²²⁵ Siehe dazu PORCHEDDU, S. 24 insb. FN 79.

¹²²⁶ KANT, Grundlegung, S. 24 f.

¹²²⁷ PORCHEDDU, S. 22 f., 40, 42.

Schutz des Menschen, weshalb dieser dazu diene, die Verrohung des Menschen zu verhindern.¹²²⁸

4.3 *Überordnung der Menschen sowohl im Rahmen einer relationalen als auch in einer absoluten Würdekonzepzion*

SENSEN stellt mithin fest, dass sich Kant, indem er Würde an den Zugang zur praktischen Vernunft knüpft, als Speziesist erweist, der Menschen einen höheren Status eingesteht als anderen «Tieren». Andere Tiere haben seiner Auffassung nach als reine Objekte der Naturgesetze keine Freiheit zur praktischen Vernunft, weshalb sie ein «Äquivalent» besitzen und normativ als Dinge behandelt werden dürfen.¹²²⁹

Bei der Frage danach, wodurch KANT diese Wertung rechtfertigt, scheiden sich die Geister. Einerseits wird argumentiert, dass Kant im Sinne einer Rezeption der jüdisch-christlichen Morallehren dem Menschen den Status eines würdigen Wesens zuerkannt hat, weil dieser «objektiver Zweck», d.h. Zweck der Schöpfung bilde.¹²³⁰ Andererseits wird in der Interpretationsliteratur die Konzepzion einer «absoluten Würde» aber auch verworfen, zumal der praktische Imperativ keine übergeordnete (d.h. göttliche) Instanz voraussetzt, die dem Menschen Pflichten auferlegt, sondern der Mensch nur deshalb andere vernünftige Wesen respektiert, weil sich grausame Handlungen an ihnen auf ihn selbst negativ auswirken würden.¹²³¹

SENSEN verfolgt diese letztere Argumentation und sieht einen Gleichlauf der kantischen Würde mit derjenigen bei Cicero. Seiner Auffassung nach zeichnen sich beide Würdekonzepzionen in erster Linie dadurch aus, dass sie eine Überordnung *aller* Menschen ausdrücken.¹²³² Sei bei Kant von der *Würde der Menschheit* die Rede, so meine er damit, dass jeder Mensch etwas Besonderes sei, weil er sich in einem vor-moralischen Sinn als dem Rest der Natur übergeordnet erweise. Spreche er davon, dass die *Sittlichkeit* über Würde verfüge, so bedeute dies, dass nur

¹²²⁸ Vgl. KANT, *Metaphysik*, S. 578.

¹²²⁹ SENSEN, S. 114.

¹²³⁰ LUDWIG, S. 84.

¹²³¹ SENSEN, S. 114.

¹²³² In der mittleren Stoa wurde denn auch insbesondere durch Cicero der Menschenwürdebegriff universalisiert, indem er nicht mehr auf soziale Tatsachen bezogen interpretiert wurde, sondern dem universalistischen Gleichheitsgedanken aller Menschen Rechnung trug (DREIER, GG, Art. 1 I N 4).

sittliche Maximen, d.h. der kategorische Imperativ, bedingungslos befolgt werden müssten.¹²³³

- 415 Selbst traditionellere Interpreten, wie etwa LUDWIG, die Würde nicht als einen relationalen, sondern einen absoluten Begriff verstehen, knüpfen diesen an die praktische Vernunft und schaffen so eine Beziehung zwischen dem Einzelnen und der Allgemeinheit. «Zweck an sich selbst» bildet demnach der universalisierbare Aspekt des vernünftigen Wesens sowohl in seiner Singularität als auch in seiner Verbindung mit den anderen.¹²³⁴ HABERMAS zieht aus den Schriften Kants in diesem Sinn die Schlussfolgerung, dass der moralische Selbstbesserungsprozess des Individuums in einen die «Menschheit als solche erfassenden moralischen Lernprozess» eingebunden sei.¹²³⁵ Insofern zieht die Konzeption der Würde eine Überwindung des Zustands des «Rechts des Stärkeren» nach sich, beschränkt sich aber gleichzeitig nur auf Menschen, zumal Kant nur diesen ein Moralvermögen zugesteht.¹²³⁶

5. Ergebnis

- 416 Zusammengefasst bedeutet dies, dass unabhängig davon, ob die Würde als relationaler oder als absoluter Begriff verstanden wird, Kant dem einzelnen Menschen nicht aufgrund seiner individuellen Merkmale Würde zugesteht, sondern weil er zur Menschheit gehört, die generell in der Lage ist, sich der praktischen Vernunft zu bedienen, d.h. (entgegen dem gängigen Sprachgebrauch, der Vernunft mit Rationalität oder Intelligenz gleichsetzt) Zugang zur Sittlichkeit hat.¹²³⁷ Insofern wird hier nicht der Auffassung gefolgt, wonach die zweite Formulierung des kategorischen Imperativs sich nicht auf die *Idee der Menschheit* beziehen könne, weil diese nichts mit der Autonomie zu tun habe. Denn auch die Autonomie ist bei Kant mit dem Universalisierungsgrundsatz unzertrennlich verbunden, wodurch seine Pflichtenethik eine gattungsbezogene Perspektive aufweist.¹²³⁸

¹²³³ SENSEN, S. 115 ff.

¹²³⁴ LUDWIG, S. 87.

¹²³⁵ HABERMAS, Geschichte, S. 331.

¹²³⁶ BRAUN, Katrin, S. 84.

¹²³⁷ Vgl. KANT, Grundlegung, S. 86.

¹²³⁸ So auch HERDEGEN, GG, Art. 1 I N 12.

VII. Kategorischer Imperativ in der Rechtstheorie?

1. Vorbemerkungen

Nach dem Gesagten stellt sich allerdings generell die Frage, ob der zweite kategorische Imperativ überhaupt einen Massstab für die Beurteilung der Legalität eines bestimmten Verhaltens bieten kann, zumal er dem Einzelnen Tugendpflichten auferlegt.¹²³⁹ Zu Recht wird deshalb in der juristischen Lehre darauf hingewiesen, dass selbst Kant im Gegensatz zu Hegel die Begriffe der Legalität und der Moralität nicht vereinen wollte.¹²⁴⁰ Ob es so etwas wie einen kategorischen Rechtsimperativ gibt, ist folglich strittig.¹²⁴¹ 417

2. Kants Begründung des Rechts

In gewisser Hinsicht hat Kant indes seinen Begriff des Rechts dem Gesamtsystem der Moral untergeordnet.¹²⁴² Insofern findet sich etwa folgende Textstelle, die sich eindeutig für die Befolgung der Idee eines kategorischen Imperativs auch im Recht ausspricht: 418

«Eine Verfassung von der grössten möglichen Freiheit nach Gesetzen, welche machen, dass jedes Freiheit mit der andern ihrer zusammen bestehen kann (...), ist doch wenigstens eine notwendige Idee, die man nicht bloss im ersten Entwurf einer Staatsverfassung, sondern auch bei allen Gesetzen zum Grunde legen muss (...).»¹²⁴³

In Übereinstimmung mit dieser Passage ist die Auffassung vertreten worden, dass der zweite kategorische Imperativ nur soweit auch ein Rechtsprinzip darstelle, als er zur Achtung der Person eines anderen Menschen, *nicht aber der eigenen Person* verpflichte.¹²⁴⁴ Damit erstrecke sich der moralische Rechtsbegriff Kants auf 419

¹²³⁹ TIMMERMANN, S. 175 f.

¹²⁴⁰ ENGI, Neutralität, S. 46; SEELMANN, Embryonen, S. 64 f.; GRUBERSKI, S. 193; vgl. auch SCHEFER, Kerngehalt, S. 23.

¹²⁴¹ ALEXY, Theorie, S. 159 f.; als ergänzungsbedürftig qualifizierend, dessen rechtliche Bedeutung allerdings auch anerkennend: SCHEFER, Kerngehalt, S. 110; a.A. SEELMANN, Embryonen, S. 65, und ELLSCHEID, S. 197 f.

¹²⁴² ELLSCHEID, S. 188.

¹²⁴³ KANT, Kritik, S. 351 f.

¹²⁴⁴ CATTANEO, S. 25.

das «äussere, (...) praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere (...)»¹²⁴⁵ und betreffe demnach die Verträglichkeit der Handlungsfreiheit des Einen mit der Handlungsfreiheit des Anderen:¹²⁴⁶

«Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.»¹²⁴⁷

3. Kantische Definition des allgemeinen Gesetzes der Freiheit

420 Neben der eindeutigen Stossrichtung der Bewahrung der unterschiedlichen Freiheitssphären geht aus der vorstehend genannten Definition allerdings auch hervor, dass das *allgemeine Gesetz der Freiheit* für die Geltungsweise des kategorischen Imperativs im Recht massgebend sein soll. Zur Bestimmung dieser Freiheit ist insbesondere der Umstand massgebend, dass Kant die Freiheit als das «einzig, ursprüngliche, jedem Menschen, *kraft seiner Menschheit*, zustehende Recht»¹²⁴⁸ nicht nur in der «Einleitung in die Rechtslehre», d.h. mit Bezug auf das öffentliche Recht, sondern auch im «Privatrecht» darstellt.¹²⁴⁹

421 Darin hält Kant zunächst fest, dass der Mensch

«(...) nicht Eigentümer *von sich selbst* (*sui dominus*) (über sich nach Belieben disponieren zu können) geschweige denn von anderen Menschen sein kann, weil er der Menschheit in seiner eigenen Person verantwortlich ist; wiewohl dieser Punkt (...) zum Recht der Menschheit, nicht dem der Menschen gehört»¹²⁵⁰.

¹²⁴⁵ HÖFFE, *Metaphysische*, S. 49.

¹²⁴⁶ DERSELBE, S. 52 ff.

¹²⁴⁷ KANT, *Metaphysik*, S. 337.

¹²⁴⁸ DERSELBE, S. 345.

¹²⁴⁹ HÖFFE, *Metaphysische*, S. 288 f.

¹²⁵⁰ KANT, *Metaphysik*, S. 381; zumindest in diesem Zusammenhang lässt sich eine Parallele zu Hegels moralischer Rechtspflicht finden, die allerdings in einer umfassenderen Hinsicht statuiert: «[S]ei eine Person und respektiere die anderen als Personen.» (HEGEL, S. 20).

Durch den Gebrauch der Wendung «disponieren zu können» wird deutlich, dass Kant nicht das «rechtliche Dürfen», sondern eben das «rechtliche Können» meint, wodurch Verträge über den Menschen nicht gültig zustande kommen können und damit keine Geltung entfalten. Er spezifiziert an dieser Stelle zur Veranschaulichung der moralischen Norm allerdings keine konkreten Geschäfte, d.h., er führt insbesondere nicht aus, ob sich das Gesetz einzig darauf bezieht, dass sich eine Person nicht einer anderen zu Eigentum, d.h. als Sklave, übereignen kann, oder ob das Dispositionsverbot in einer viel umfassenderen Art und Weise zu verstehen ist, die etwa die Ausübung der Prostitution miteinbeziehen würde. Solche Beispiele tauchen vielmehr bei Hegel auf, der das damit verbundene Widerspruchsargument vertieft.¹²⁵¹ 422

Unabhängig davon scheint sich diese Regel in ihrer Absolutheit nur auf gut situierte Männer zu beziehen, zumal KANT in seinem «Eherecht» postuliert: «Der Mann erwirbt ein *Weib*, das *Paar* erwirbt *Kinder* und die Familie *Gesinde*»¹²⁵². 423
Anderorts fügt er zwar an, dass der Hausherr nicht der Eigentümer seiner «Hausgenossen» sei, er allerdings den «Vertrag» unter seine Gewalt gebracht habe,

«ein[en] Vertrag (...), durch den ein Teil zum Vorteil des anderen auf seine ganze Freiheit Verzicht tut, mithin aufhört, eine Person zu sein, folglich auch keine Pflicht hat, einen Vertrag zu halten, sondern nur Gewalt anerkennt, in sich selbst widersprechend, d.i. null und nichtig ist».¹²⁵³

Diese Passage kann dahingehend verstanden werden, dass zumindest «einwilligungsfähige» Frauen durch den Akt der Eheschließung¹²⁵⁴ und Bedienstete durch Eintritt in den Haushalt des Hausherrn ihren rechtlichen Personenstatus verlieren und damit aufhören, frei zu sein. Das Kind ist demgegenüber eine Person, die «ohne ihre Einwilligung» auf die Welt gesetzt wurde und deshalb Freiheit genießt.¹²⁵⁵ «Weiber» und «Gesinde» gehörten indes auch nicht zum Eigentum des Hausherrn, denn sie sind nicht aufgrund einer übereinstimmenden Willenserklärung in seinen «Besitzstand» übergegangen, sondern gestützt auf das «natürliche Erlaubnisgesetz», das die Gewährleistung eines individuellen Sammelfrei- 424

¹²⁵¹ SEELMANN, Menschenwürde II, S. 209.

¹²⁵² KANT, Metaphysik, S. 389.

¹²⁵³ DERSELBE, S. 396.

¹²⁵⁴ Vor dem Zeitpunkt der Eheschließung spricht Kant noch davon, dass «aus der Pflicht des Menschen gegen sich selbst (...) ein Recht beider Geschlechter entsprang, sich als Personen, wechselseitig (...) durch Ehe zu erwerben» (DERSELBE, S. 393).

¹²⁵⁵ DERSELBE, S. 394.

heitsrechts des Hausherrn auf Ehe, Familie und Eigentum zum Inhalt hat. Dieses Recht ist das «Recht der Menschheit in unserer eigenen Person».¹²⁵⁶

- 425 Schliesslich stellt KANT eine Vorschrift gegen den «unnatürliche[n] Gebrauch» der eigenen Geschlechtsorgane auf, indem er festhält, dass eine «Läsion der Menschheit in unserer eigenen Person»¹²⁵⁷ vorläge, wenn «entweder an einer Person ebendesselben Geschlechts oder einem Tiere von einer anderen als der Menschen-Gattung» sexuelle Handlungen vollzogen und mit diesen eine Vermögensgemeinschaft eingegangen würde.¹²⁵⁸

¹²⁵⁶ KANT, *Metaphysik*, S. 388; siehe dazu auch das «rechtliche Postulat der praktischen Vernunft», woraus Kant das Eigentumsrecht ableitet (KANT, *Metaphysik*, S. 353 ff.; dazu KAULBACH, S. 142); im Gegensatz zu Kant integrierte Hegel das gesamte Rechtssystem in seinen Sittlichkeitsbegriff, sodass für ihn nicht nur die Familie (§158–181), sondern auch die bürgerliche Gesellschaft (§182–256) und der Staat (§257–360) von der «objektiven Sittlichkeit», d.h. dem «abstrakten Guten», das sich durch einen «festen Inhalt» ausweist, beherrscht sein muss (HEGEL, 150 ff. [Zitate auf S. 150]).

¹²⁵⁷ KANT, *Metaphysik*, S. 390.

¹²⁵⁸ KANT, *Metaphysik*, S. 89; HÖFFE, *Aktuell*, S. 289.

Kapitel 2: Bewertung einer gattungsethischen Würdekonzepion im Recht

I. Grundsätzliche Unvereinbarkeit des kantischen «Rechts der Menschheit in unserer eigenen Person» mit der BV

1. Gleiche Personenwürde

Die kantische Philosophie hat den Rechtsbegriff der Menschenwürde ohne Zweifel wesentlich geprägt.¹²⁵⁹ Allerdings erweist sich insbesondere das durch Kant in seinem «Privatrecht» konkretisierte «Recht der Menschheit in unserer eigenen Person» nicht nur als aus der Zeit gefallen,¹²⁶⁰ sondern steht vielmehr teilweise in einem krassen Kontrast zur in Art. 7 BV verankerten Menschenwürde. Dies trifft insbesondere auf seine Bestrebungen zu, verheiratete Frauen und «Gesinde» vom Personenbegriff auszuschliessen, zumal der geltende Menschenwürdebegriff, wie bereits ausgeführt worden ist, gerade auf die Gleichheit aller Menschen abzielt. Mithin hat sich der Gleichheitsbegriff der Bundesverfassung selbst noch unter der Anwendung von Art. 4a Abs. 1 BV wesentlich geändert, was darin Ausdruck fand, dass der Wortlaut des Tatbestandsmerkmals «alle Schweizer» als zu eng bewertet wurde, zumal die Garantie der Gleichheit auch für Frauen und Ausländer eine allgemeine Geltung entfalten müsse.¹²⁶¹ 426

2. Eherecht

Auch das kantische «Eherecht» widerspricht radikal der Institutsgarantie der Ehe unter der schweizerischen Bundesverfassung, zumal sich deren Inhalt grundsätzlich nicht durch kulturelle und religiöse Prägungen auszeichnet.¹²⁶² Insbesondere 427

¹²⁵⁹ DREIER, GG, Art. 1 I, N 13; HILGENDORF, S. 157.

¹²⁶⁰ Vgl. KELSEN, Gerechtigkeit, S. 37.

¹²⁶¹ BGE 103 Ia 517 E. 2.

¹²⁶² SCHEFER, Kerngehalt, S. 280 ff.; a.A. Bericht des Bundesrates zur Einführung eines dritten Geschlechts, S. 18, zumal daraus hervorgeht, dass es zur Anerkennung eines dritten Geschlechts im schweizerischen Recht einer Verfassungsänderung bedürfe. Selbst wenn allerdings der Auffassung gefolgt wird, dass offene Begriffe weder einer religiösen noch einer kulturellen Auslegung bedürfen, ist stets zu berücksichtigen, dass

begründen traditionelle Auffassungen zur Ehe kein verfassungsrechtliches Verbot ihrer erweiterten Interpretation,¹²⁶³ weshalb sich die durch die Abstimmung vom 26. September 2021 ins ZGB aufgenommenen Bestimmungen zur gleichgeschlechtlichen Ehe nicht nur als nicht verfassungswidrig erweisen, sondern den verfassungsrechtlichen Ehebegriff ergänzen.¹²⁶⁴ Gleichzeitig ist auch heute die rechtliche Anerkennung gewisser Lebensformen nicht gewährleistet.¹²⁶⁵ So finden Lebensgemeinschaften wie etwa die Polygamie weiterhin keine zivilrechtliche Anerkennung.¹²⁶⁶ SCHWENZER vertritt diesbezüglich die Auffassung, dass allgemeine Interessen, wozu in diesem Zusammenhang insbesondere die Gattungswürde gehört, im Rahmen eines zeitgemässen Familienrechts das zwischenmenschliche Zusammenleben nicht mehr regeln können und deshalb von einem Prinzip der Nichteinmischung des Rechts in den «Privatbereich» der Rechtsunterworfenen auszugehen ist.¹²⁶⁷ Insofern verweist sie die Definitionskompetenz des Rechtsinstituts der Ehe komplett in den Privatbereich der Bürger.¹²⁶⁸ Selbst wenn man allerdings dieser Forderung nicht folgen sollte, so wird doch dadurch klar, dass unter der geltenden Verfassung nicht etwa die Befolgung einer festen Lebens-

der Mensch nicht in der Lage ist, seine normative Lebenswelt komplett abzustreifen, weshalb der absolut objektive Standpunkt, der weder kulturell noch religiös geprägt ist, nicht eingenommen werden kann; siehe dazu etwa HÖFFE, Sittlich, S. 29.

¹²⁶³ SCHEFER, Kerngehalt, S. 296 f.

¹²⁶⁴ A.A. HÄNER/BUNDI, Rechtsgutachten über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einführung der «Ehe für alle» sowie der Samenspende für lesbische Ehepaare auf Gesetzesebene, N 15 ff. (abrufbar unter https://www.bratschi.ch/fileadmin/daten/dokumente/aktuell/2020/Erweitertes_Gutachten_Ehe_fuer_alle.pdf [besucht am 9. Juli 2023]).

¹²⁶⁵ Insofern erstreckt sich die in Art. 8 Abs. 2 BV verankerte «Lebensformneutralität» de lege lata nicht auf die rechtliche Anerkennung, soweit diese nicht aufgrund des höherrangigen Rechts gefordert wird (siehe sogleich zur diesbezüglichen EGMR-Rechtsprechung N 123 und KÜHLER, passim).

¹²⁶⁶ Insb. Art. 96 ZGB; hingegen wurde das Ehehindernis bei Bestehen eines Stiefeltern- und -kind-Verhältnisses per 1. Januar 2006 vom Bundesrat aufgehoben, um die Hindernisse der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft zu vereinheitlichen (Beschluss Ehehindernis; JURIUS, Partnerschaftsgesetz: Vorlage tritt in zwei Schritten in Kraft, in: Jusletter 12. Dezember 2005, N 2).

¹²⁶⁷ SCHWENZER, N 26.

¹²⁶⁸ Demgegenüber geht HUSTER auch von der Anwendung des Neutralitätsgebots und nicht etwa des Toleranzgebots auf andere Lebensformen als die Ehe aus, möchte den Ehebegriff diesen Lebensformen aber nicht gleichstellen (HUSTER, S. 568 ff. und 575).

form als Ausdruck von Würde bewertet wird,¹²⁶⁹ sondern die freie Wahl derselben. Gleichwohl ist Kant in seinem «Privatrecht» mithin noch aktuell, als auch heute die Institute der Ehe und des Eigentums nicht nur im Zivilrecht anerkannt sind, sondern eine besonders grundlegende Bedeutung im Rahmen der gesamten Rechtsordnung entfalten.¹²⁷⁰

3. Tierschutz

Auch stimmt seine Einschätzung mit der heutigen Rechtslage überein, wonach 428 Ehen zwischen Tieren und Menschen nicht nur nicht rechtsgültig geschlossen werden können, sondern faktische sexuelle Handlungen mit Tieren auch tierschutzrechtlich verboten sind.¹²⁷¹ Dieses Verbot wird zwar im Gesetzestext mit der Tierwürde begründet, doch dürfte die Verletzung der «Integrität» des Tieres beim Vollzug sexueller Handlungen mit ihm nicht schwerer wiegen als bei dessen Instrumentalisierung durch Verwertung und Tötung. Obschon der Begriff der «Würde der Kreatur» auch in Art. 120 Abs. 2 BV und Art. 1 TSchG explizit verankert ist, erweist es sich vor diesem Hintergrund als irreführend, im Zusammenhang mit dem Tierschutz von «Würde» zu sprechen, zumal die Würde des Menschen gerade dessen Tötung als Inbegriff der Instrumentalisierung verbietet, während die Verwertung und die Tötung von Tieren nicht als Würdeverletzung gilt (Art. 80 Abs. 2 lit. c und f BV). Mithin fehlt ihnen de lege lata die Fähigkeit, «Zweck an sich selbst» zu bilden.¹²⁷² Tiere dürfen damit nicht nur einen durch den Menschen gesetzten Zweck besitzen, sondern sind auch einzig im Rahmen dieses Zwecks

¹²⁶⁹ Diese Gattungswürdekonzepktion wurde (neben derjenigen eines ungeborenen Kindes) in der bereits zitierten Konkubinatsentscheidung des Strafsenats des BGH folgendermassen umschrieben: «Die sittliche Ordnung will, dass sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich in der Einhe vollziehe, weil der Sinn und die Folge des Verkehrs das Kind ist. Um seinetwillen und um der personhaften Würde und der Verantwortung der Geschlechtspartner willen ist dem Menschen die Einhe als Lebensform gesetzt.» (BGHSt 6, 46, [56]).

¹²⁷⁰ SCHEFER, Kerngehalt, S. 280 ff.

¹²⁷¹ Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG i.V.m. Art. 16 Abs. 2 lit. j Tierschutzverordnung vom 23. April 2008, TSchV (SR 455.1); siehe auch das Inzestverbot im Strafgesetzbuch (Art. 213 Abs. 1 StGB); die Verwandtschaft in gerader Linie bildet zudem ein Ehehindernis (Art. 95 Abs. 1 ZGB).

¹²⁷² Siehe auch die der Haltungsbestimmung des TSchG, wonach diejenigen Personen, die mit Tieren umgehen, nur dazu verpflichtet werden, «soweit es der Verwendungszweck zulässt, für ihr Wohlergehen zu sorgen» (Art. 4 lit. b TSchG).

zu respektieren.¹²⁷³ Insofern erweist sich auch der Fall der «Verletzung der Tierwürde» durch Vollzug von sexuellen Handlungen an Tieren als auf den Menschen bezogen. Damit sind Tiere *de lege lata* zwar keine Sachen, sie werden allerdings vom Recht als Sachen behandelt.¹²⁷⁴ Der Tierschutz ist infolgedessen scharf von der Menschenwürde zu unterscheiden.¹²⁷⁵ Jedoch kann es in der schweizerischen Rechtsordnung auch zu Überschneidungen zwischen den beiden Begriffen kommen, wenn eine verrechenbare Gattungswürdekonzepion zur Diskussion steht. So

¹²⁷³ Fraglich ist allerdings, wer dazu befugt ist, diesen Verwendungszweck festzulegen. Sollte dieser insbesondere kulturell und geschichtlich bedingt sein, steht der Verwendungszweck etwa bei landwirtschaftlichen Nutztieren ausser Frage, während der Einzelne nicht uneingeschränkt neue Zwecke für das Tier vorsehen darf. Bekanntlich ist beispielsweise die Tierquälerei kein vom schweizerischen Recht anerkannter Tierzweck (Art. 26 TSchG). Hingegen könnte die Wahrnehmung «höherrangiger Interessen» die Missachtung der «Tierwürde» gegebenenfalls rechtfertigen. Interessant wäre mithin die Beurteilung des Sachverhalts, der sich im Trapholt Art Museum in Kolding (Dänemark) im Jahr 2000 ereignet hat, aus einer schweizerischen Perspektive. Dort fand eine Ausstellung des Künstlers Marco Evaristi statt, anlässlich derer zehn funktionstüchtige und angeschlossene Mixer aufgestellt worden waren, die lebende Goldfische enthielten. Die Museumsbesucher wurden dazu aufgefordert, die Mixer zu betätigen, um die Fische zu töten. Der Künstler verteidigte seine Aktion mit der Motivation, die Öffentlichkeit auf «sinnlose Gewalt» aufmerksam zu machen, was als widerstrebender kultureller Wert eingestuft werden könnte (siehe UHLMANN, S. 47 f.).

¹²⁷⁴ Art. 641a Abs. 1 und 2 ZGB, d.h., nur «alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich» (Art. 8 Abs. 1 BV) und nur «für alle Menschen besteht demgemäss in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben» (Art. 11 Abs. 2 ZGB). Dabei ist der Begriff «Mensch» im Rahmen des Gleichheitssatzes so auszulegen, dass er sich sowohl auf die natürlichen als auch auf die juristischen Personen des Privatrechts erstreckt (KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 35 N 7). Eine entsprechende Erweiterung eines Verfassungsbegriffs hat auch im Bereich der Ehe stattgefunden, zumal durch die aufgrund der Annahme der Initiative zur «Ehe für Alle» neu ins ZGB aufgenommenen Bestimmungen ein neuer Ehebegriff gilt (dazu oben N 427). Dementsprechend konkretisieren die privatrechtlichen oder auch die tierschutzrechtlichen Bestimmungen den verfassungsrechtlichen Begriff des Tieres, weshalb m.E. nicht der Auffassung des Bundesgerichts und des VG BS gefolgt werden kann, wonach die privatrechtlichen Bestimmungen den Personenbegriff einzig das horizontale Verhältnis zwischen den Rechtsunterworfenen regeln und nicht zur Konkretisierung des Verfassungsbegriffs herangezogen werden dürfen (VG BS Urteil VG.2018.1 vom 15. Januar 2019 E. 3.7.1–3.7.2 und BGer Urteil 1C_105/2019 vom 16. September 2020 E. 8.3). Der Personenbegriff des Zivilrechts stellt vielmehr zusammen mit dem Gleichheitssatz eine Positivierung der «Personenwürde» (N 431 ff.) dar.

¹²⁷⁵ HERDEGEN, GG, Art. 1 I N 32; freilich gibt es auch Bestrebungen, den Begriff der Tierwürde losgelöst von einem Menschenwürdebegriff zu interpretieren SEELMANN/DEMKO, § 13 (passim).

sind etwa Gewaltdarstellungen von Menschen oder Tieren sowie pornografische Darstellungen, die Menschen mit Tieren zeigen, verboten, wenn kein überwiegender kultureller Wert entgegensteht.¹²⁷⁶

4. Instrumentalisierungsverbot aufgrund der sittlichen Autonomie der Person?

4.1 Menschenbildverbot in der Schweiz

Wird der Umstand ausser Acht gelassen, dass Kant rechtlich unzulässige Konkretisierungen seines «Rechts der Menschheit in unserer eigenen Person» vornimmt, so stellt sich gleichwohl die Frage, ob der Menschenwürdebegriff, d.h. der Kerngehalt bzw. die *ratio legis* der Grundrechte (wie dies das Bundesgericht mit Bezug auf die Rassendiskriminierung getan hat) überhaupt sittlich aufgeladen werden darf.¹²⁷⁷ Insbesondere in der schweizerischen Lehre dürfte vor diesem Hintergrund grundsätzlich bestritten sein, dass es im Recht so etwas wie ein für *alle* geltendes festes Regelwerk der verallgemeinerungsfähigen Selbstgesetzgebung gibt, zumal sich dieses *Ideal* als hoch abstrakt erweist und damit letztlich durch ein kulturelles Menschenbild fremddefiniert werden wird. Insofern hat auch MUTZNER aus dem kategorischen Imperativ einen «gesellschaftlichen Imperativ» gemacht.¹²⁷⁸ Vor diesem Hintergrund wird der Begriff des objektiven Menschenbilds kontrovers diskutiert. Im viel zitierten BGE 143 IV 77 wird unter Hinweis auf BELSER/MOLINARI¹²⁷⁹ ausgeführt, dass der Verfassungsgeber durch eine fehlende Definition der Menschenwürde zum Ausdruck bringen wollte, dass eine abschliessende Festlegung dessen, was die Menschenwürde auszeichnet, deren Verletzungsgefahr in sich berge. Eine solche Gefahr bestehe insbesondere dann, wenn «ein bestimmtes Menschenbild für achtens- und schützenswert erklärt» werde, zumal dadurch Personen, die ein anderes Menschenbild vertreten, in ihrer Würde verletzt werden könnten.¹²⁸⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH leiten aus dieser Entscheidung ab, dass die Definitionskompetenz mit Bezug auf den Begriff der

¹²⁷⁶ Art. 135 Abs. 1 und Art. 197 Abs. 5 StGB.

¹²⁷⁷ Vgl. FATEH-MOGHADAM, *Blinde Flecken*, S. 29 und 31.

¹²⁷⁸ Siehe oben N 371 ff.

¹²⁷⁹ BELSER/MOLINARI, BSK BV, Art. 7 N 3; so insbesondere bereits SCHEFER, *Kerngehalt*, S. 39 ff.

¹²⁸⁰ BGE 143 IV 77 E. 4.1; siehe auch MOECKLI, § 31 N 10.

Menschenwürde einzig bei jedem Einzelnen liegen muss,¹²⁸¹ wodurch sie eine traditionelle Gattungswürdekonzeption beim Betroffensein eines Individuums ablehnen. Des Weiteren führen auch MÜLLER/SCHEFER aus, dass die Konzeption der verfassungsrechtlichen Menschenwürde keinesfalls essentialistisch, d.h. inhaltlich, durch ein «bestimmtes objektives Menschenbild» festgelegt werden dürfe, zumal mit Bezug auf den Menschen das gleiche Bildnisverbot gelte wie gegenüber Gott.¹²⁸² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR wiederholen alsdann (implizit) das Moralerfordernis des General Comment Nr. 22 (1993), N 8, mit Bezug auf den Begriff der Menschenwürde, womit auch die Menschenwürde nicht so ausgelegt werden dürfe, dass sie auf eine spezifische Weltanschauung oder Religion begrenzt werde und folglich von einem «minimalen Konsens» getragen sein müsse.¹²⁸³ Der Tenor der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung warnt demnach ähnlich wie die oben zitierten Stimmen in der deutschen Lehre vor den Gefahren eines objektiven Menschenbilds.

4.2 Objektives Menschenbild der Verfassung in Deutschland

- 430 Hingegen geht das BVerfGE nicht von einem Verbot eines objektiven Menschenbilds aus, sondern spricht vielmehr von einem «Menschenbild des Grundgesetzes», das nicht isoliert, sondern gesellschaftsbezogen und unter Anbetracht des Unantastbaren Eigenwerts des Menschen definiert werden soll, weshalb es ein Mindestmass an gesellschaftlicher Solidarität fordert,¹²⁸⁴ wobei es zum Wesen des Menschen gehört, «in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich frei zu entfalten».¹²⁸⁵

4.3 Würdigung

- 431 Auch mit Bezug auf die schweizerische Rechtslage führt MAHLMANN richtigerweise aus, dass selbst die Umschreibung des «letztlich nicht fassbaren Eigentlichen des Menschen» einen Kern besitzt, der in einem positiv fassbaren

¹²⁸¹ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 10 N 11.

¹²⁸² MÜLLER/SCHEFER, S. 3 f.; SCHEFER plädierte bereits in seiner Habilitationsschrift für ein Verbot eines rechtlich verbindlichen Menschenbilds (SCHEFER, Kerngehalt, S. 39 ff.).

¹²⁸³ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 335c.

¹²⁸⁴ BVerfGE 4, 7 (15 f.); HERDEGEN, GG, Art. 1 I N 28.

¹²⁸⁵ BVerfG, Urteil vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 –, N 1-156, 121.

Menschenbegriff resultiert,¹²⁸⁶ zumal auch die negative und rein funktionale Formulierung eines offenen Menschenbegriffs ein solches kreiert.¹²⁸⁷ Insofern ist mit SEELMANN/DEMKO hervorzuheben, dass insbesondere ein *empirisches* Menschenbild Gefahren für den einzelnen Menschen in sich birgt.¹²⁸⁸ Ob dies auch auf einen *bestimmten* Menschenbegriff zutrifft, mag dahingestellt bleiben, zumal das Recht nicht notwendigerweise einen vagen Menschenbegriff (was das Gegenteil von einem bestimmten Menschenbegriff wäre)¹²⁸⁹, sondern vielmehr einen *normativ offenen* Menschenbegriff fordert.¹²⁹⁰ Mithin geht etwa aus der Präambel des UNO-Pakts II hervor, dass dieser dem Schutz der «allen Mitgliedern der menschlichen Gesellschaft innewohnenden Würde und der Gleichheit und Unveräusserlichkeit ihrer Rechte» dient. Vor diesem Hintergrund hat sich das objektive Menschenbild nicht nur durch seine ethische Universalisierbarkeit auszuzeichnen sowie sich an der Verfassung, d.h. insbesondere am Gleichheitsgebot wie auch am Diskriminierungsverbot und an der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates auszurichten, sondern bilden diese Grundrechtsprinzipien vielmehr Ausdruck desselben.

Dieses Menschenbild verlangt es denn auch, dass ethische Forderungen im Recht auf ein Minimum zu reduzieren sind, was u.a. darin resultiert, dass dem Einzelnen kein umfassendes Bild eines «guten Lebens» aufgezwungen werden darf.¹²⁹¹ Mithin ist mit HABERMAS festzuhalten, dass Wertungen «grundsätzlich interkulturell umstritten (sind) und jedenfalls nicht mit Gründen, die allgemeine Geltung beanspruchen, in eine transitive Ordnung gebracht werden (können). (...) Die moralische Idee der Gerechtigkeit ist (damit) so abstrakt, wie die semantische Idee der Wahrheit.»¹²⁹² 432

¹²⁸⁶ MAHLMANN, Menschenwürde, S. 1314.

¹²⁸⁷ So auch die These von MASTRONARDI, S. 17 ff.; gemäss MALINVERNI/FLÜCKIGER/HERTIG RANDALL/HOTTELIER, N 331, verkörpert denn auch das objektive Prinzip der Menschenwürde den wichtigsten Aspekt des Begriffs.

¹²⁸⁸ SEELMANN/DEMKO, § 8 N 20.

¹²⁸⁹ Dazu N 208.

¹²⁹⁰ Etwa RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 166; MOLINARI, N 133 ff.; siehe auch KLEY, Andreas, § 25 N 37; vgl. auch in diesem Text N 347.

¹²⁹¹ Siehe oben zur Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses N 165, insb. FN 497.

¹²⁹² Zu beachten ist dabei allerdings, dass HABERMAS die Begriffe der Moral und der Ethik entgegen dem gängigen Sprachgebrauch in der Philosophie verwendet, indem sich in seiner Sprache die Moral und nicht die Ethik durch ihre Universalisierbarkeit auszeichnet: HABERMAS, Geschichte, S. 791; HABERMAS, Zukunft, S. 71; hingegen ist

- 433 Soll der objektive Begriff der Menschenwürde jedoch rechtlich Anwendung finden und damit praktische Wirksamkeit entfalten, so darf dieser nicht formalistisch erschlossen werden, sondern ist durch einen Abwägungsprozess, in dessen Rahmen eine diskursive Ethik angewandt wird, zu erschliessen.¹²⁹³ Etwa HABERMAS geht hierbei vom kategorischen Imperativ Kants aus, wobei er diesen nicht als Handlungsmaxime, sondern als Begründungsprinzip interpretiert.¹²⁹⁴ Dadurch kann sowohl eine Berücksichtigung der Autonomie, d.h. der Freiheit zu einer vernünftigen Selbstgesetzgebung, als auch der damit korrelierenden allgemeinen Konsensfähigkeit erzielt werden, zumal beide dem Universalisierungsgrundsatz Rechnung tragen. Dieser Anknüpfungspunkt stellt sicher, dass nur solche Normen Gültigkeit beanspruchen, die «alle wollen können». Insofern ist auf einer abstrakten Ebene zu prüfen, ob die strittige Norm für alle Personen, die sich durch diese in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt sehen könnten, potenziell zustimmungsfähig sein kann,¹²⁹⁵ wodurch das subjektive Kriterium der goldenen Regel durch ein objektives Kriterium ersetzt wird.¹²⁹⁶ Die Festlegung eines objektiven rechtlichen Kriteriums ist allerdings nur möglich, wenn diejenige Person, die dieses bestimmt, ungeachtet des Umstandes, dass wir als «erkennende Subjekte nicht aus der (Haut) unserer Lebensform heraus» können, im Rahmen der Auseinandersetzung eine objektivierende Haltung einnimmt.¹²⁹⁷ Infolgedessen hat sie das Postulat der *Gleichbehandlung der Interessen der Grundrechtsträger im Sinne eines Mindestmasses an Gerechtigkeit*¹²⁹⁸ zu beachten.¹²⁹⁹ Diese Gleichbehandlung

LUHMANN, Gerechtigkeit, S. 133, S. 189, der Auffassung, dass die Idee der Gerechtigkeit im Recht grundsätzlich auf die Rechtssicherheit zu begrenzen ist. Vgl. auch MAHLMANN, Gerechtigkeit, § 14 N 6 f.

¹²⁹³ Vgl. HABERMAS, Geschichte, S. 785; auch SCHINDLER, Verwaltungsermessens, N 336, ist der Auffassung, dass ein diskursethischer Ansatz dazu dienen kann, das Konkordanzsystem der Schweiz im Rahmen einer asymmetrischen Interessenlage weiterzuentwickeln; VIOTTO, S. 21, S. 230, ist generell der Auffassung, dass die Begriffe des öffentlichen Interesses und des Gemeinwohls prozedural zu ermitteln sind.

¹²⁹⁴ Siehe dazu die Darstellung des kategorischen Imperativs in N 404 ff.

¹²⁹⁵ HABERMAS, Diskursethik, S. 54; siehe zum Zusammenhang zwischen der Diskurstheorie und dem Verallgemeinerungsgrundsatz auch HÖFFE, Sittlich, S. 67.

¹²⁹⁶ KELSEN, Gerechtigkeit, S. 37.

¹²⁹⁷ HABERMAS, Geschichte, S. 774.

¹²⁹⁸ Wobei diese nach HABERMAS nicht mit der antiken Konzeption der zuteilenden Gerechtigkeit gleichgesetzt werden kann, sondern sich vielmehr auf eine neue «Denkfigur des ermächtigenden subjektiven Freiheitsrechts» stützen muss (DERSELBE, S. 779 f.).

¹²⁹⁹ Vgl. DERSELBE, S. 791; weiter geht REIMER, der grundsätzlich Recht und Gerechtigkeit als miteinander verwobene Konstrukte bezeichnet und die Meinung vertritt, dass

erschöpft sich mithin nicht in der Findung einer «objektiven» Regel, sondern verlangt vielmehr die «Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit», die für den Wertenden in einer Anerkennung des Anderen als Anderen resultiert.¹³⁰⁰

Insofern führte bereits DWORKIN mit Bezug auf Rawls aus, dass

434

«(...) the right to equal respect is owed to human beings as moral persons and follows from the moral personality that distinguishes human beings from animals».¹³⁰¹

Die *Gleichheit* der Rechtsunterworfenen stellt vor diesem Hintergrund das ethische Mindestmass dar, das das objektive Menschenbild reflektiert und folglich die notwendige Staatsgrundlage, d.h. die öffentliche Sittlichkeit ausmacht.¹³⁰² Diese Gleichheit enthält eine minimale Verpflichtung dazu, andere Mitglieder der Rechtsgemeinschaft nicht in ihrer Mitgliedschaft in der Rechtsgemeinschaft zu beschneiden, indem ihre Rechtssubjektivität bestritten wird. In diesem Zusammenhang findet ein doppelter Verletzungsvorgang statt, denn derjenige der anderen ein Mindestmass an Anerkennung verweigert, verweigert sich diese aufgrund der reziproken Natur der Anerkennung auch selbst. Insofern richtet sich das Verhalten des Verweigerers auch gegen die für ihn selbst vernünftigen Grundlagen rechtlicher Interaktion.¹³⁰³

435

Obschon das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit bereits unter Art. 50 Abs. 1 aBV als Konkretisierung des Gleichheitsprinzips interpretiert worden ist, hat sich diese

436

Gerechtigkeit im Rahmen der Rechtsanwendung nicht reduktionistisch verstanden werden darf: REIMER, *Gerechtigkeit*, insb. S. 42 ff.

¹³⁰⁰ HABERMAS, *Geschichte*, S. 794; den Anderen als Anderen zu behandeln, bedeutet im Grunde, sich keines ethischen Formalismus zu bedienen, der die Lebensform des Anderen unberücksichtigt lässt (HABERMAS, *Diskursethik*, S. 46 ff.).

¹³⁰¹ Siehe dazu DWORKIN, S. 180 ff.; zum Fairnessprinzip bei Rawls, wonach Vorteile und Lasten in der Gesellschaft gleichermassen verteilt werden müssen, auch HÖFFE, *Sittlich*, S. 66 f.; vgl. auch MASTRONARDI, S. 284 f., worin als Grundlage der Autonomie des Menschen dessen absolute Gleichbehandlung hinsichtlich elementarer Rechtspositionen, die etwa auch die Sicherung eines Minimus an Existenzsicherheit miteinschliessen, postuliert wird.

¹³⁰² So bereits DÜRIG: «Die Würde des Menschen als solchen ist das absolut gesetzte tertium comparationis jedes rechtlichen Gleichbewertens, das erkennbar macht, was als wesentlich Gleiches anzuerkennen und folglich absolut gleich zu behandeln ist. (...) [Es gibt] keine relevanten Unterschiede, die es ermöglichen, die *gleiche Rechtsfähigkeit* auszuschliessen» (DÜRIG, *Menschenwürde*, S. 143 f. [Hervorhebung durch Verfasserin]); siehe auch MAHLMANN, *Gerechtigkeit*, § 14 N 10 ff.

¹³⁰³ SEELMANN, *Menschenwürde II*, S. 216 f.

Gleichheit mithin von einer Gleichförmigkeit, die auf die Einhaltung bestimmter kultureller Normen abzielte,¹³⁰⁴ in eine gleiche Anerkennung der Gesellschaftsmitglieder gewandelt. In diesem Sinn ist auch der Hinweis in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach das «letztlich nicht fassbare Eigentliche (...) *der Menschen* (...) unter Mitbeachtung *kollektiver Anschauungen*»¹³⁰⁵ zu konkretisieren ist, dahingehend auszulegen, dass das rechtliche Konzept des Menschseins gesellschaftlichen Entwicklungen Rechnung tragen muss, wenn diese zu einer Erweiterung des Grundrechtsschutzes aller mittelbar oder unmittelbar Betroffenen im Sinne ihrer *gesellschaftlichen Gleichstellung* führt.¹³⁰⁶ Insofern ist das objektive Menschenbild nicht «ewig», sondern vielmehr einem gesellschaftlichen Wandel unterworfen,¹³⁰⁷ weshalb es auch keiner naturrechtlichen Grundlage bedarf.¹³⁰⁸

- 437 Vor diesem Hintergrund weist die Frage danach, wodurch sich die Würde des Menschen, «der an der Spitze der Rechtsordnung steht»¹³⁰⁹, weshalb etwa auch die Umweltschutzgesetzgebung nicht Selbstzweck bildet, sondern der Erhaltung der Lebensgrundlage des Menschen dient,¹³¹⁰ vom Respekt gegenüber der Kreatur unterscheidet, einen axiomatischen Charakter auf, der dem wissenschaftlichen Beweis nicht zugänglich ist und sich in erster Linie nach dem rechtlichen und gesellschaftlichen Konsens richtet.¹³¹¹ Dieser Konsens wird in der bundesgericht-

¹³⁰⁴ Dazu HAFNER, Staat und Kirche, S. 251.

¹³⁰⁵ BGE 143 IV 77 E. 4.1 (Hervorhebung durch Verfasserin); BGE 132 I 49 E. 5.1; BGE 127 I 6 E. 5 b.

¹³⁰⁶ Mit Bezug auf das Gleichheitsprinzip hat das Bundesgericht insofern auch festgehalten, dass das Gericht eine Norm in einer Weise anzuwenden habe, die den gegenwärtigen Gegebenheiten und Auffassungen Rechnung trage, weshalb eine bestimmte Auslegung, die zum Zeitpunkt der Entstehung des Gesetzes gerechtfertigt gewesen sein mag, aufgegeben werden müsse, wenn an dieser aufgrund der «Änderung der Verhältnisse oder auch nur wegen der Entwicklung der Anschauungen» nicht mehr festgehalten werden könne (BGE 116 Ia 359 E. 5).

¹³⁰⁷ Unter Bezugnahme auf Habermas: SCHEFER, Kerngehalt, S. 101 f.

¹³⁰⁸ HERDEGEN, GG, Art. 1 I N 19 ff.; ENDERS, Verfassungsordnung, S. 63 ff.

¹³⁰⁹ Zitat aus BGE 143 IV 77 E. 4.1.

¹³¹⁰ BGE 143 IV 77 E. 4.1; siehe auch SCHEFER, Kerngehalt, S. 23 f. Im deutschen Recht wird deshalb der Grundsatz der Menschenwürde auch als Konstitutionsprinzip bezeichnet (siehe hierzu DÜRIG, Menschenwürde, S. 122 ff.); siehe auch RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 176 ff.

¹³¹¹ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 852; dies zeigt sich etwa daran, dass die Initiative, die Grundrechte für Primaten im Kanton Basel-Stadt einführen wollte, mit 75% der Stimmen vor der Urne am 13. Februar 2022 abgelehnt wurde (NZZ vom 14. Februar 2022, S. 6). Dass allerdings die jetzige Rechtslage keine Tierwürde im eigent-

lichen Rechtsprechung durch die Figur der «Wesenhaftigkeit des Menschen» begründet. Da allerdings, wie bereits ausgeführt worden ist, das Wesen des Menschen bis auf ein ethisches Minimum grundsätzlich umstritten sein dürfte, ist in der Literatur der Ansatz, wonach die Menschenwürde an besonderen Qualitäten des Menschen festgemacht wird, verworfen worden. Stattdessen wurde etwa dafür plädiert, diese an die menschliche Disposition, Demütigung und soziale Missachtung zu empfinden, anzuknüpfen.¹³¹² Allerdings bilden sowohl die auf Kant zurückgehende «Objektformel» als auch die Figur der «Freiheit von Demütigungen» Instrumente, die sich an der Identifizierung eines Verletzungsvorgangs orientieren, der a priori sehr weit gefasst werden kann und daher vor seiner Anwendung erst noch erheblich konkretisiert werden muss.¹³¹³ Selbst wenn der Mensch vor diesem Hintergrund nicht als inhärent sittliches Wesen verstanden wird, so vermag der Idealzustand der «Freiheit vor Demütigungen» keine nähere Konkretisierung des Verletzungsvorgangs zu erzielen. Aus diesem Grund wird hier die Grundannahme, dass der Mensch im Gegensatz zu den übrigen Tieren eine «sittliche Konstitution» besitzt, nicht verworfen. Gleichwohl erfolgt der Herbeizug der kantischen Objektformel vor diesem Hintergrund einzig aufgrund mangelnder besserer Alternativen.

Die Stossrichtung eines Menschenbildverbots hat dort seine Berechtigung, wo 438 Menschen unter Berufung auf empirische Merkmale der «Wesenhaftigkeit des Menschen» aus der umfassenden Idee des Menschenseins ausgeschlossen werden sollen, oder die Selbstbestimmung des Individuums ohne eine hinreichende

lichen Sinn vorsieht, bedeutet hingegen m.E. nicht, dass diese nicht eingeführt werden könnte. Allerdings erschöpfen sich die Wirkungen eines Grundrechtsschutzes für Tiere nicht in der Erweiterung des persönlichen Schutzbereichs der Grundrechte. Sie ändern vielmehr den in Art. 8 BV verankerten Personenbegriff, der im ZGB konkretisiert worden ist und den verfassungsrechtlichen Begriff des Tierschutzes (Art. 80 BV), wonach Tiere genutzt und getötet werden dürfen (siehe dazu oben N 428). Insofern könnten entsprechende Bestimmungen in Kantonsverfassungen, selbst wenn diese durch die Bundesversammlung gewährleistet werden sollten (Art. 172 Abs. 2 BV; dazu RUCH, SGK BV, Art. 172 N 7), keine Geltung im Einzelfall mehr entfalten (STÖCKLI, BSK BV, Art. 172 N 17), sobald der Bund eine diesbezügliche Regelung erlässt, zumal ihm die zwar nachträgliche, aber umfassende Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Tierschutzes zukommt (ERRASS, SGK BV, Art. 80 N 25). A.A. BLATTNER/FASEL, S. 72; insofern hat etwa Indien Delfinen den Personenstatus zuerkannt (siehe <https://www.dw.com/en/dolphins-gain-unprecedented-protection-in-india/a-16834519?maca=en-rss-en-all-1573-rdf>. [besucht am 9. Juli 2023]).

¹³¹² NEUMANN, S. 60.

¹³¹³ SEELMANN/DEMKO, § 3 N 19 ff.

rechtliche Begründung beschränkt werden soll.¹³¹⁴ Tritt mithin eine Gattungswürdekonzepktion als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz in Erscheinung, so muss namentlich darauf geachtet werden, dass diese nicht ohne eingehende Begründung zur Aufrechterhaltung eines durch Gewohnheit begründeten Menschenbildes ins Feld geführt wird.¹³¹⁵ HABERMAS hält insofern fest, dass insbesondere neuere Entwicklungen in der Gentechnologie zwar das Bild angreifen würden, «das wir uns von uns als dem kulturellen Gattungswesen ‹Mensch› gemacht hatten», doch sei die Unterordnung metaphysischer und religiöser Selbst- und Weltdeutung aus guten Gründen den *moralischen Grundlagen des weltanschaulich neutralen Staates*¹³¹⁶ untergeordnet.¹³¹⁷

4.4 Objektiv-sittliche Autonomie v. subjektive Selbstbestimmung?

- 439 Die Idee des Menschen als Gattungswesen, der in seinem «Eigentlichen» oder «Wesenhaften» zu schützen ist, kann nach dem Gesagten nicht eindeutig von einer individuellen Menschenwürdekonzepktion getrennt werden, sondern bildet vielmehr deren Geltungsgrund.¹³¹⁸ Denn die Würde des individuellen Menschen

¹³¹⁴ Mit BALDUS muss somit festgehalten werden, dass die Auffassung, die Menschenwürde müsse durch eine Tabuermittlung festgestellt werden, einer Begründungskapitulation des Rechtsstaates gleichkommt (BALDUS, S. 243 ff.).

¹³¹⁵ BIRNBACHER, S. 168.

¹³¹⁶ Mit Bezug auf den Begriff der moralischen Grundlagen des weltanschaulich neutralen Staates gilt es allerdings zu beachten, dass HABERMAS den Begriff «moralisch» so versteht, dass damit das gerechte Zusammenleben gemeint ist. Interessenkonflikte seien auf eine vernünftige Art zu lösen, die keine Lebensweise und kein Selbstverständnis (er ordnet diese der ethischen Sphäre zu) bevorzugt (HABERMAS, Zukunft, S. 71).

¹³¹⁷ DERSELBE, S. 73.

¹³¹⁸ So auch mit Bezug auf das deutsche Recht ISENSEE, S. 253 f.; BÖCKENFÖRDE, Menschenwürde, S. 811; a.A. DREIER, GG, Art. 1 I N 43; GUTMANN, S. 253; WEBER-HASSEMER, S. 833; erhellend zur philosophischen Diskussion rund um die Frage, wie das «Individuum» zu begreifen ist, sind die Ausführungen von HABERMAS zum Meinungsstreit zwischen Scotus und Ockham. Unter Einbezug der ontologischen Überlegungen späterer Geistes- und Sozialwissenschaftler (Herder, Schleiermacher und Humboldt) hält HABERMAS diesbezüglich fest, dass (1) das Allgemeine erst dadurch Existenz gewinnt, dass es sich im Einzelding kontrahiert, (2) ein dialektisches Verhältnis zwischen Individuellem und Allgemeinem besteht und (3) Kultur und Gesellschaft begriffliche Konstrukte sind, «in denen einzelne Personen und Gruppen von Individuen ihr eigenes Leben so reproduzieren und ‹führen›, dass sich die *Vergesellschaftung im Modus einer gleichzeitigen Individuierung* vollzieht». Dabei ist eine interne Verbindung zwischen den Prädikaten zur Umschreibung der abstrakten Allgemeinheit und denjenigen, die

wird nicht zuletzt deshalb absolut geschützt, weil er zur Spezies «Mensch» gehört, die im Recht eine absolute Vorrangstellung genießt.¹³¹⁹ Bis zu welchem Punkt ein «Recht der Menschheit in unserer eigenen Person» der individuellen Selbstbestimmung entgegen treten kann, dürfte indes weitgehend umstritten sein, weshalb dieses in aller Regel eine spezialgesetzliche Verankerung erfahren muss.¹³²⁰ Im Rahmen eines Konflikts zwischen dieser und einer entgegenstehenden Würdekonzepion stehen sich allerdings nicht etwa die subjektivrechtliche und die objektivrechtliche Dimension der Menschenwürde gegenüber, sondern die objektive Gattungswürde konfligiert vielmehr mit sich selbst.¹³²¹ Denn nur aufgrund des liberalen normativen Menschenbilds der Verfassung, das sich in erster Linie an der Selbstbestimmung des Individuums orientiert, geben wir der individuellen Sichtweise des Betroffenen grundsätzlich den Vorrang.¹³²²

in der Darstellung der kulturellen und gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit verwendet werden, die sich auf «*verkörperte (...), also vorgefundene (...)* individuelle (...) Allgemeinheiten» beziehen, gegeben. (HABERMAS, *Geschichte*, S. 813 ff. insb. S. 818 und 819); SEELMANN/DEMKO, § 10 N 28 ff., bemerken allerdings zu Recht, dass die Existenz des genetischen Kommunitarismus nicht bedeutet, dass daraus ein normativer Kommunitarismus abgeleitet werden darf, der über einen Minimalkonsens, wie ihn insbesondere Rawls vertreten hat, hinausgeht. Ein normativer Kommunitarismus läuft Gefahr, die Grenzen zwischen dem Gerechten und dem Guten zu verwischen, denn dass ein bestimmter Mensch durch eine bestimmte Lebenswelt hervorgebracht worden ist, bedeutet nicht, dass er diese auch als gut bewerten muss. Sie vertreten deshalb die Auffassung, dass ein solcher Kommunitarismus nur auf das «Rechte» gerichtet sein könne, das die positive Anerkennungshaltung auf die Wohltätigkeit begrenze; siehe zum Sozialstaatsprinzip auch RADBRUCH, *Sozial*, passim.

¹³¹⁹ So auch BIRNBACHER, S. 163; ähnlich MASTRONARDI, S. 287; a.A. DREIER, GG, Art. 1 I N 61; Stimmen in der Lehre, die für eine scharfe Trennung zwischen der objektiv- und der subjektivrechtlichen Dimension der Menschenwürde plädieren, begründen dies mit der Vermeidung einer Schwächung der Rechtsposition des Individuums gegenüber der Allgemeinheit (RÜTSCHKE, *Ungeboren*, S. 355 ff.; MOLINARI, N 635). Die Benennung der unterschiedlichen Aspekte der objektivrechtlichen Dimension der Menschenwürde dient allerdings einer Rationalisierung des Entscheidungsprozesses, die gewährleisten soll, dass nur rechtlich geschützte Interessen bei einer Güterabwägung berücksichtigt werden. Die kategorische Antagonie von öffentlichen und privaten Interessen erweist sich insbesondere vor diesem Hintergrund als überholt (siehe dazu auch N 279 zum Begriff der öffentlichen Ordnung).

¹³²⁰ Siehe zum Schutz sittlicher Interessen über die polizeiliche Generalklausel N 289 ff.

¹³²¹ Ähnlich VAN SPYK, S. 93.

¹³²² Vgl. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1136 ff.; MÜLLER, Jörg Paul, *Verfassung*, S. 39; a.A. VAN SPYK, S. 91 f.

440 Dabei gilt es zu beachten, dass, wie bereits mit Bezug auf den Begriff des Sittengesetzes ausgeführt wurde, heute die kantische Autonomie nicht mit der Selbstbestimmung gleichgesetzt werden kann, sondern vielmehr mit dieser im Konflikt steht. Mit Bezug auf die Selbstbestimmung muss die «Selbstgesetzgebung» mithin weder eine «Gesetzgebung» noch «sittlich» sein, sondern kann sich vielmehr als irrational und unmoralisch erweisen. Für den Begriff der Selbstbestimmung im Recht ist folglich grundsätzlich das «harm principle» von Mill massgebend:¹³²³

«That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right.»¹³²⁴

441 Dieses Prinzip der rechtlichen Freiheit des Individuums fordert zunächst vom Rechtssystem, dass nur solche Sachverhalte vom Recht geregelt werden, die zumindest auch die Interessen anderer beeinträchtigen. Soweit sich die Wirkungen einzig auf die Interessen des Handelnden selbst erschöpfen, soll Regelungsfreiheit gelten. Freilich hat bereits JOST festgestellt, dass zahlreiche Lebenssachverhalte denkbar sind, in denen sich das schädigende Verhalten nicht nur auf die eigene Person auswirkt, sondern auch den berechtigten Interessen anderer zuwiderläuft.¹³²⁵ Liegt folglich kein Fall vor, in dem die Interessen des Betroffenen als kategorisch übergeordnet zu bewerten sind, weil sie dessen Rechtssubjektivität betreffen, so ist der Interessenkonflikt auf dem Weg der praktischen Konkordanz zu lösen.¹³²⁶

442 Alsdann führt diese rechtliche Freiheit dazu, dass sich die Frage nach einem staatlichen Eingriff in die «Privatsphäre» der Bürger immer in eine Frage nach den Definitionskompetenzen im Recht wandelt. Traditionelle Auffassungen zum

¹³²³ SEELMANN/DEMKO, § 2 N 79 ff.

¹³²⁴ MILL, 18 f.; so auch der BVerfG (N 79); NOWLIN hält insofern ebenfalls fest, dass die der EMRK zugrunde liegende Konzeption der Moral mit den «moral rights» bei Mill gleichgesetzt werden kann, NOWLIN, S. 272 ff., S. 286; siehe auch PERRONE, S. 374, FN 76; a.A. VAN SPYK, S. 28 f.

¹³²⁵ Oben N 278.

¹³²⁶ «Verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. (...) beiden Gütern müssen Grenzen gesetzt werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können.» (HESSE, N 72).

Begriff der normativen Öffentlichkeit¹³²⁷, wonach der Staat die «Privatsphäre» der Bürger zu respektieren hat, führen vor diesem Hintergrund nicht weiter, zumal sie keine Antwort dafür bereithalten, was der öffentlichen und was der privaten Sphäre zuzuordnen ist. Mithin kann es vielmehr im Interesse des Einzelnen liegen, dass sein individueller Lebensentwurf nicht einzig seiner faktischen Privatsphäre zugewiesen wird, sondern vielmehr eine rechtliche Anerkennung erfährt.¹³²⁸ Unter der geltenden Rechtslage ist dies immerhin dann der Fall, wenn die Wertung vorgenommen worden ist, dass es sich dabei um eine Menschenwürdeverletzung handelt. In diesem Fall bedarf es keines Konsenses, d.h. keiner positiven Stellungnahme der restlichen Gesellschaftsmitglieder, und deshalb ist kategorisch vom Überwiegen des individuellen Grundrechtsinteresses auszugehen.¹³²⁹

II. Spezialgesetzliche Verankerung des objektiven Menschenwürdeschutzes

1. Einleitende Bemerkungen

Wie mit Bezug auf den objektiven Gattungswürdeschutz ausgeführt worden ist, weist die Gattungswürde miteinander konfligierende Aspekte auf, wobei im Rahmen der Regelung der Handlungsfreiheit des Individuums dessen Selbstbestimmung gegenüber widersprechenden Menschenbildern grundsätzlich vorgeht. Wird im schweizerischen Recht ein Handlungsverbot folglich durch die Menschenwürde begründet,¹³³⁰ ohne dass die Eigenperspektive der möglicherweise Betroffenen ernsthaft berücksichtigt wird, so kann sich die betreffende Bestimmung

¹³²⁷ Siehe insbesondere HABERMAS, Faktizität, S. 436, und dazu HAFNER, NGO, S. 155 ff.

¹³²⁸ In EGMR, Urteil vom 21. Oktober 2010, Nr. 4916/07, 25924/08 und 14599/09, *Alekseyev v. Russia*, Ziff. 62, 82, vertrat etwa die russische Regierung die Auffassung, dass homosexuelles Verhalten nicht verboten sei, weshalb es den Beschwerdeführern offenstehe, in ihrem Privatbereich ihre Homosexualität zu leben, in der öffentlichen Sphäre ein solches Verhalten allerdings nicht toleriert werde.

¹³²⁹ Siehe dazu die Rechtsprechung des EGMR unter N 132; SCHEFER vertritt hingegen die Auffassung, dass, was das Wesen oder Eigentliche des Menschen verletzt, stets von einem gesellschaftlichen Konsens getragen sein muss (SCHEFER, Kerngehalt, S. 94 ff.).

¹³³⁰ Dies ist etwa mit Bezug auf das in Art. 119 Abs. 2 lit. d BV und Art. 2 lit. k i.V.m. Art. 4 des Bundesgesetzes über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG; SR 810.11) verankerte Verbot der Leihmutterchaft der Fall (Botschaft Fortpflanzungstechnologie, BBl 1996 III 205, 279 Ziff. 324.203).

nicht als verfassungskonform erweisen, sondern verstösst vielmehr gegen die hier erarbeitete Konzeption der Gattungswürde.¹³³¹ Diese Problematik stellt sich nicht, wenn der Einzelne dazu verpflichtet wird, die objektiv-sittliche Autonomie des anderen, die in dessen Rechtssubjektivität besteht, zu achten. Diese Verpflichtung muss allerdings grundsätzlich spezialgesetzlich verankert sein, zumal die Begriffe der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung in aller Regel keine polizeiliche Generalklausel darstellen.¹³³² Vor diesem Hintergrund bildet insbesondere Art. 261^{bis} StGB eine spezialgesetzliche Verankerung des objektiven Gattungswürdeschutzes, der sich direkt aus der objektivrechtlichen Schicht von Art. 7 BV herleiten lässt.

2. Diskriminierung und Aufruf zu Hass (Art. 261^{bis} StGB)

2.1 Schutzgut

444 Die systematische Stellung im zwölften Titel des Strafgesetzbuches ordnet die durch Art. 261^{bis} StGB verbotene Form der Diskriminierung als «Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden» ein. Der öffentliche Frieden bildet allerdings nicht eigentliches Schutzgut der Norm, sondern wird lediglich im Sinne einer Reflexwirkung über das Menschenwürdeprinzip geschützt, zumal Art. 261^{bis} StGB dem Einzelnen die Verpflichtung auferlegt, Verhaltensnormen zu beachten, die für das gesellschaftliche Zusammenleben in einer pluralistischen Gesellschaft unabdingbar sind.¹³³³ Damit werden durch Art. 261^{bis} StGB die notwendigen Staatsgrundlagen, d.h. der Kernbereich der öffentlichen Sittlichkeit geschützt.¹³³⁴

¹³³¹ Siehe etwa zum absoluten Verbot der entgeltlich vereinbarten Leihmutterschaft HOTZ, S. 335 ff.

¹³³² Dazu N 289 ff.

¹³³³ Vgl. DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, S. 228; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 281 ff.; NIGGLI, Unschärfe, S. 102 ff.; STRATENWERTH/BOMMER, § 39 N 22.

¹³³⁴ Mithin hat das Bundesgericht im Jahr 1932 festgehalten, dass unabhängig davon, ob die Rassendiskriminierung den öffentlichen Frieden gefährdet, kein Zweifel daran besteht, dass die öffentliche Sittlichkeit dadurch verletzt ist (N 66).

In diesem Sinn geht auch aus der Botschaft des Bundesrates hervor, dass

445

«[i]n einem Staat, in dem (...) zu Hass und Diskriminierung gegen Angehörige bestimmter rassischer, ethnischer oder religiöser Gruppen aufgestachelt werden darf, wo einzelne Menschen auf Grund ihrer rassischen, ethnischen oder religiösen Zugehörigkeit in ihrer Menschenwürde angegriffen werden können, wo aus derartigen Gründen einem Menschen oder einer Gruppe von Menschen eine Leistung verweigert werden darf, da ist (...) das Vertrauen in die Rechtsordnung erschüttert und sehr häufig die Gewährleistung anderer Grundrechte gefährdet».¹³³⁵

Auch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung steht der «unmittelbare oder mittelbare Menschenwürdeschutz» im Kern von Art. 261^{bis} StGB.¹³³⁶ Diese Beurteilung entspricht überdies der Rechtsprechung des EGMR, die im Aufruf zu Hass und Gewalt gegen zwei homosexuelle Männer eine Menschenwürdeverletzung erblickt hat.¹³³⁷ Zudem ergibt sie sich aus der grundrechtskonformen Auslegung der Bestimmung, zumal eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV zugleich eine Kerngehaltsverletzung darstellt und damit das Menschenwürdeprinzip tangiert.¹³³⁸ Insofern entfaltet die objektivrechtliche Schicht von Art. 7 BV über Art. 261^{bis} StGB eine Horizontalwirkung und ist dadurch indirekt justiziabel. Nach den theoretischen Grundlagen, die hier erarbeitet werden konnten, geht in diesem Zusammenhang mithin die objektiv-sittliche Autonomie des Handelnden im Ausgleich mit seiner Selbstbestimmung vor, zumal er gegen die notwendige Grundlage jeder rechtlichen Interaktion verstösst, die aufgrund der Interdependenz von Anerkennung auch seiner rechtlichen Anerkennung die Grundlage entzieht. Damit ist die objektiv-sittliche Autonomie des Einzelnen gesellschaftsbezogen auszulegen, weshalb die Selbstbestimmung dort ihre interpersonale Grenze finden muss, wo die Gleichheit des anderen tangiert ist.¹³³⁹

¹³³⁵ Botschaft Rassendiskriminierung, BBl 1992 III 269, 309 f., Ziff. 632; BGE 130 IV 111 E. 5.1. So bereits in der Konsequenz BGE 58 I 219 E. 2 noch vor Erlass der Rassismustrafnorm.

¹³³⁶ BGE 130 IV 111 E. 5.1 m.w.H.

¹³³⁷ Siehe oben N 124.

¹³³⁸ MÜLLER/SCHEFER, S. 692; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36 N 14; BIAGGINI, BV Komm., Art. 8 N 22.

¹³³⁹ Siehe dazu auch BGer Urteil 6B_620/2018 vom 9. Oktober 2018 E. 3.1.1; BGE 143 IV 193 E. 1; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 111, N 376 ff., insb. N 431 ff.; STRATENWERTH/BOMMER, § 39 N 22.

2.2 Keine Verrechenbarkeit

- 447 Ist das Menschenwürdeprinzip betroffen, so besteht eine Vermutung zugunsten dessen Uneinschränkbarkeit.¹³⁴⁰ Im Kontext von Art. 261^{bis} StGB wird zudem nicht einzig die Idee des Menschen (d.h. der periphere Gehalt der öffentlichen Sittlichkeit) geschützt, sondern die Bestimmung bezweckt zugleich den Schutz von Interessen Dritter an einer mittelbaren oder unmittelbaren Verhinderung der Kerngehaltsverletzung ihrer Grundrechte. Insofern findet ein Gleichlauf zwischen der objektiv-sittlichen Autonomie und der Eigenperspektive der in ihren berechtigten Grundrechtsinteressen mittelbar oder unmittelbar Betroffenen statt, weshalb keine Einschränkung des Menschenwürdeprinzips zulässig ist.
- 448 NIGGLI hat diese Forderung so formuliert, dass Verhaltensweisen, die darauf abzielen, anderen Grundrechtsträgern den Grundrechtsschutz abzusprechen, keinen solchen für sich beanspruchen können.¹³⁴¹ Diese Wertung lässt sich aus verfassungsrechtlicher Perspektive dadurch begründen, dass, wie bereits HUSTER festgehalten hat, sämtliche Grundrechte einen konstitutiv minderheitenschützenden Charakter aufweisen.¹³⁴² Insofern haben auch das Bundesgericht und GIACOMETTI ausgeführt, dass es der *ratio legis* der Grundrechte entspringt, dass diese nicht in einer Art und Weise wahrgenommen werden dürfen, die in einem unerträglichen Masse gegen die Freiheit des anderen verstösst, wobei das Vorliegen eines solchen Verstosses durch das Bundesgericht im Kontext der Rassendiskriminierung bereits im Jahr 1932 bejaht worden ist. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht einen Ausschluss des zur Diskussion stehenden Verhaltens aus dem Schutzbereich der Grundrechte angenommen.¹³⁴³ Auch der EGMR folgt dieser Einschätzung, zumal aus seiner Rechtsprechung hervorgeht, dass Ausdrucksweisen dem Schutzbereich von Art. 10 EMRK durch Art. 17 EMRK entzogen sind, wenn sie offensichtlich dem Sinn der Meinungsäusserungsfreiheit zuwiderlaufen, indem sie gegen die Werte der EMRK verstossen.¹³⁴⁴ Ein solcher Verstoss wurde etwa im Zusammenhang mit der Holocaustleugnung und der Bestreitung der Organisation

¹³⁴⁰ N 389.

¹³⁴¹ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 108, N 111, insb. N 843 ff. und N 852; a.A. TRECHSEL/VEST, PK StGB, Art. 261^{bis} N 8.

¹³⁴² FN 436.

¹³⁴³ Siehe dazu N 66 und N 274.

¹³⁴⁴ EGMR, Urteil vom 27. Juni 2017, (dec.), Nr. 34367/14, *Belkacem c. Belgique*, Ziff. 30 f.

des Holocausts durch Hitler,¹³⁴⁵ der Aussage, dass die Polen in Wahrheit durch die jüdische Minderheit verfolgt worden seien,¹³⁴⁶ oder einem Plakat, das insinuierte, alle Muslime seien Terroristen,¹³⁴⁷ angenommen. Vor diesem Hintergrund ist mit NIGGLI davon auszugehen, dass die Erfüllung sowohl des objektiven als auch des subjektiven Tatbestands des Art. 261^{bis} StGB nicht in eine praktische Konkordanz mit Grundrechten wie etwa der Meinungsfreiheit gebracht werden kann.¹³⁴⁸

2.3 Grundrechtlich geschützte Verhaltensweisen

Gemäss der hier vertretenen Ansicht kommen hingegen Verhaltensweisen, die nur 449 den objektiven, nicht aber auch den subjektiven Tatbestand einer Variante von Art. 261^{bis} StGB erfüllen, in den Genuss eines grundrechtlichen Schutzes. Dazu gehören etwa rassistische Ausdrucksweisen, die nicht vom Willen der handelnden Person getragen sind, eine würdeverletzende Degradierung der sensiblen Kreise zu erzielen. Diese Ausdrucksweisen können den Zweck verfolgen, dass sie auf gesellschaftliche Missstände hinweisen, sie können aber auch einzig der Provokation dienen, soweit eine solche Zielrichtung offensichtlich ist.¹³⁴⁹ Vor diesem Hintergrund erweisen sich nicht alle kommunikativen Verhaltensweisen, die als rassistisch, revisionistisch, homophob oder religionsfeindlich bezeichnet werden können, als tatbestandsmässig im Sinne von Art. 261^{bis} StGB.

Zudem handelt es sich bei Art. 261^{bis} StGB um eine Strafrechtsnorm, weshalb in 450 ihrem Anwendungsbereich ein strengeres Bestimmtheitsgebot gilt als im allgemeinen öffentlichen Recht.¹³⁵⁰ So wurde etwa die Beschimpfung «Dreckasylant» oder «Sauausländer» implizit aufgrund des Regelcharakters des Bestimmtheitsgebots

¹³⁴⁵ EGMR, Urteil vom 24. Juni 2003, (dec.), Nr. 65831/01, Garaudy c. France; EGMR, Urteil vom 13. Dezember 2005, (dec.), Nr. 7485/03, Witzsch c. Allemagne.

¹³⁴⁶ EGMR, Urteil vom 2. September 2004, (dec.), Nr. 42264/98, W.P. et autres c. Pologne; siehe zu weiteren antisemitischen sowie holocaustleugnenden Veröffentlichungen und Aufführungen: EGMR, Urteil vom 20. Februar 2007, (dec.), Nr. 35222/04, Nr. 35222/04, Pavel Ivanov c. Russie; EGMR, Urteil vom 20. Oktober 2015, (dec.), Nr. 25239/13, M'Bala M'Bala c. France.

¹³⁴⁷ EGMR, Urteil vom 16. November 2004, (dec.), Nr. 23131/03, Norwood c. Royaume-Uni.

¹³⁴⁸ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 108; a.A. CUENI, Satire, S. 507 f.

¹³⁴⁹ Tribunal de Police du Canton de Genève, Jugement du 8. Juillet 2021, P/14261/2019 E. 1.2.3; BGE 145 IV 23 E. 2.3; vgl. auch SCHLEIMINGER METTLER, BSK StGB, Art. 261^{bis} N 28.

¹³⁵⁰ Siehe oben N 197 ff.

im Strafrecht nicht als hinreichend Ethnie oder Rasse bezogen qualifiziert, um unter den Wortlaut von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB subsumiert werden zu können.¹³⁵¹

- 451 Unabhängig davon darf Art. 261^{bis} StGB nicht in die Nähe der Ehrverletzungsdelikte gebracht werden. Aus der Botschaft vom 2. März 1992 über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Revision des Strafrechts¹³⁵² geht in diesem Sinn ausdrücklich hervor, dass es im Gegensatz zu den Ehrverletzungsdelikten im Zusammenhang von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB darum geht, dem Opfer das Menschsein abzusprechen. Der neueren Rechtsprechung, die mit Bezug auf TRECHSEL/VEST festhält, dass jede Herabsetzung die Menschenwürde verletzt,¹³⁵³ kann damit nicht gefolgt werden, denn jede Tatbestandsvariante von Art. 261^{bis} StGB schützt anders als die Ehrverletzungsdelikte neben privaten Interessen die Interessen der Allgemeinheit. Werden Personen oder Personengruppen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Rasse oder Religion diskriminiert, so entfaltet ein solches Verhalten eine gesamtgesellschaftliche Wirkung, die nicht mit derjenigen einer individuellen Ehrverletzung gleichgesetzt werden kann, weshalb die dadurch hervorgerufenen Verletzungen vom Recht als gravierender bewertet werden.
- 452 Insofern hat das Bundesgericht bereits lange vor Erlass von Art. 261^{bis} StGB festgehalten, dass

«Angriffe, die sich gegen die Angehörigen anderer Rassen oder Religionsgenossenschaften richten, ungleich viel stärker und verletzender wirken, als wenn die Angehörigen politischer Parteien oder diejenigen angegriffen werden, die eine bestimmte soziale oder berufliche Stellung einnehmen».¹³⁵⁴

¹³⁵¹ BGE 140 IV 67 E. 2.2, 2.5.2; allerdings ging die Beschimpfung in BGE 140 IV 67 von einem öffentlich-rechtlich Bediensteten aus, der in Erfüllung von öffentlich-rechtlichen Aufgaben handelte und dadurch als Repräsentant des Staates in Erscheinung trat. Infolgedessen könnte es seine Loyalitätspflicht gegenüber dem Staat und die damit verbundene Grundrechtsadressatenstellung gerechtfertigt haben, dass seine Interessen gegenüber den Interessen des beschimpften Grundrechtsträgers zurücktraten, weshalb er sich durch sein Verhalten der Einleitung eines Disziplinarverfahrens hätte aussetzen können (dazu oben N 223 ff.).

¹³⁵² Botschaft Rassendiskriminierung, BBl 1992 III 269, 308 f., Ziff. 636.2.

¹³⁵³ BGE 143 IV 308 E. 4.1.

¹³⁵⁴ BGE 58 I 219 E. 2, dazu N 66.

Wie bereits im Rahmen der Untersuchung des Begriffs der öffentlichen Ordnung 453 festgestellt werden konnte, zeichnen sich öffentliche Interessen nicht nur dadurch aus, dass sie besonders wichtige Aspekte des Gemeinwohls repräsentieren, sondern sie sind auch Resultat eines geschichtlich gewachsenen Diskurses.¹³⁵⁵ Vor diesem Hintergrund erweist es sich als leichter, Verhaltensweisen, die historisch zur Entmenschlichung anderer eingesetzt worden sind, als tatbestandsmässig im Sinne von Art. 261^{bis} StGB zu qualifizieren.¹³⁵⁶ Gleichzeitig ist allerdings die objektiv-sittliche Autonomie im Zusammenhang von Art. 261^{bis} StGB auf die gesellschaftliche Gleichstellung besonders sensibler Einzelpersonen oder Personengruppen gerichtet, weshalb auch auf neue Formen der Entmenschlichung reagiert werden muss. Dies stellt insbesondere eine Forderung der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates dar.¹³⁵⁷

Jedoch ist stets unter Berücksichtigung des Grundsatzes *in dubio pro libertate* 454 nur dann von einer Menschenwürdeverletzung auszugehen, wenn alle objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen und die Tat auch rechtswidrig und schuldhaft begangen worden ist.¹³⁵⁸ Dabei kann die Rechtfertigung mangels gegenläufiger Grundrechtsinteressen nur schwer durch andere Rechtfertigungsgründe (wie die Einwilligung, die Notwehr, den Notstand, die Pflichtenkollision

¹³⁵⁵ Oben N 280.

¹³⁵⁶ Trotz der irreführenden Rechtsprechung in BGE 143 IV 308 (BGer 6B_734/2016 vom 18. Juli 2017) E. 4.1 hält das Bundesgericht in diesem Sinn in BGE 143 IV 308 E. 4.2 f. fest, dass die Geste der «Quenelle» insbesondere dann, wenn sich die handelnden Personen vor einer Synagoge militärisch in einer Reihe und teils verummumt aufstellen, den Zweck verfolgt, die gesamte jüdische Konfession zu erfassen und dadurch auf den nationalsozialistischen Genozid an den sechs Millionen Juden Bezug zu nehmen, weshalb sie den Juden das «Menschsein» abspricht. Gleich verhält es sich mit der Verbreitung von Gesinnungen wie derjenigen der Apartheid, zumal diese Ideologie vor dem Hintergrund der Jahrhunderte dauernden Ermordung und Versklavung von Menschen brauner und schwarzer Hautfarbe durch Menschen weisser Hautfarbe letztlich auch durch eine ideologische Negierung des Menschseins ersterer begründet ist (vgl. dazu MÜLLER/SCHEFER, S. 385).

¹³⁵⁷ N 165 und FN 497.

¹³⁵⁸ Das Fehlen der Tatbestandsvoraussetzung des «Verbreitens» oder «Werbens» wurde etwa beim Zeigen eines Hitlergrusses unter Gleichgesinnten in BGE 140 IV 102 E. 2.2.1 ff. angenommen. Hingegen stellte sich das Bundesgericht in BGE 143 IV 308 E. 4.2 f. auf den Standpunkt, dass der «Quenelle»-Gruss aus der Sicht eines durchschnittlichen, nicht informierten Passanten dazu geeignet war, die Zielgruppe in einer die Menschenwürde verletzenden Weise zu erniedrigen und/oder zu diskriminieren, zumal sie auf offener Strasse gezeigt wurde. Das Kriterium des «Verbreitens» oder «Werbens» hängt damit sehr eng mit dem Begriff der faktischen Öffentlichkeit zusammen.

oder die Wahrnehmung anderer berechtigter Interessen) erfolgen, zumal auch diese vom Willen des Täters getragen sein müssen.¹³⁵⁹ Dass allerdings bestimmte Verhaltensweisen das Prinzip der Menschenwürde verletzen, bedeutet freilich nur, dass diese nicht gerechtfertigt werden können. Eine Prüfung der Verhältnismässigkeit der Bestrafung kann weiterhin auf der Ebene der Schuld vorgenommen werden.¹³⁶⁰ Ebenso besteht bei der Festlegung des Strafrahmens ein Auswahlermassen.¹³⁶¹

2.4 Begriff der faktischen Öffentlichkeit

- 455 Schliesslich stellt auch der Begriff der Öffentlichkeit im Kontext von Art. 261^{bis} StGB ein Strafbegrenzungsmerkmal dar, das sich an der *ratio legis* der Strafnorm ausrichtet. Gestützt auf diese ist zu eruieren, welche Gesamtumstände des Einzelfalls in welcher Tragweite zur Bestimmung des Öffentlichkeitsbezugs berücksichtigt werden müssen.¹³⁶² Ob das Erfordernis der Öffentlichkeit angenommen werden kann, hängt damit wesentlich vom geschützten Rechtsgut ab.¹³⁶³
- 456 Gleichzeitig wendet das Bundesgericht in diesem Zusammenhang den traditionellen Öffentlichkeitsbegriff an und stellt mithin fest, dass nur das, was sich auf die Öffentlichkeit auswirkt und nicht komplett in der Privatsphäre verbleibt, zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit eingeschränkt werden darf.¹³⁶⁴ Zur Bestimmung der Grenze zwischen der privaten und der öffentlichen Sphäre zieht es eine Einzelfallbewertung vor. Innerhalb dieser Bewertung kann auf den Ort, an dem die Verhaltensweise getätigt wird, die Zahl der Empfänger¹³⁶⁵ und die Beziehung des Tätigwerdenden zum Empfängerkreis¹³⁶⁶ abgestellt werden. Ein unbestimmter Personenkreis der Empfänger oder die Wahrnehmung der Handlung durch Personen, die in keiner Beziehung zueinander stehen, deutet demnach auf die Öffent-

¹³⁵⁹ MONNIER, CR CP, Art. 14 N 18.

¹³⁶⁰ NIGGLI/GÖHLICH, BSK StGB, Art. 14 N 11.

¹³⁶¹ MÜLLER/UHLMANN, N 267.

¹³⁶² BGE 126 IV 176 E. 2c/aa; BGE 126 IV 230 E. 2b/bb.

¹³⁶³ BGE 130 IV 111 E. 4.3.

¹³⁶⁴ BGE 87 I 275 E. 3 a.

¹³⁶⁵ Die Versendung eines Briefs an 432 (BGE 123 IV 202 E. 4c) und selbst an 50 Personen (BGE 126 IV 20 E. 1d) galt unter der früheren Rechtsprechung als öffentlich.

¹³⁶⁶ Bei einem geschlossenen Kreis von Personen, der 20 Personen umfasste, beurteilte das Bundesgericht die Tätigkeit als privat (BGE 126 IV 176 E. 2c; BGE 126 IV 230 E. 2 b/bb).

lichkeit einer Handlung hin.¹³⁶⁷ In einer früheren Entscheidung hat es vor diesem Hintergrund darauf hingewiesen, dass es zur Bestimmung der Beziehung zwischen dem Handelnden und dem Adressatenkreis nicht ausreiche, dass sich beide etwa in einem gemeinsamen Verein befinden würden. Vielmehr müsse zur Begrenzung der Tatbestandsmässigkeit auf die Zahl der Vereinsmitglieder als entscheidendes Kriterium abgestellt werden.¹³⁶⁸ Von dieser bisherigen Rechtsprechung, die sich stark an der Zahl der Adressaten und der Grösse des Personenkreises ausrichtete, hat sich das Bundesgericht im Jahr 2004 distanziert. Anstatt das Merkmal der Öffentlichkeit vorwiegend nach quantitativen Gesichtspunkten zu bestimmen, müsse es vielmehr ausgehend vom Rechtsgut der Menschenwürde ausgelegt werden. So könnten rassistische Äusserungen auch unter wenigen Personen den privaten Rahmen überschreiten und die Zahl derjenigen, die eine betreffende Äusserung wahrnehmen, sei ohnehin arbiträr.¹³⁶⁹ Infolgedessen hielt das Bundesgericht fest:

«Es gelten vielmehr inskünftig ungeachtet der Zahl der Adressaten alle Äusserungen und Verhaltensweisen als öffentlich, die nicht im privaten Rahmen erfolgen. Als privat sind Äusserungen anzusehen, die im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld erfolgen.»¹³⁷⁰

Vor diesem Hintergrund beurteilte es eine Neonazi-Veranstaltung in einer Waldhütte, an der 40 bis 50 Personen teilnahmen, die jeweils unterschiedlichen Gruppierungen angehörten und keine persönlichen Beziehungen untereinander pflegten, als öffentlich.¹³⁷¹ Der Aspekt der Öffentlichkeit bleibt allerdings eng mit weiteren Merkmalen von Art. 261^{bis} StGB wie etwa dem «Aufrufen» in Abs. 1 oder dem «Verbreiten» in Abs. 2 verknüpft, wodurch qualitative und quantitative Gesichtspunkte des Adressatenkreises weiterhin eine Rolle spielen können. So beurteilt das Bundesgericht den Hitlergruss nur dann als eine Form des Verbreitens, wenn er an nichtgleichgesinnte Personen gerichtet wird und sich damit an eine «unbeteiligte Öffentlichkeit» wendet, die werbend beeinflusst werden soll.¹³⁷² 457

¹³⁶⁷ BGE 130 IV 111 E. 3.1; BGE 126 IV 176 E. 2 b; BGE 123 IV 202 E. 3 d.

¹³⁶⁸ BGE 87 I 275 E. 3 b, worin ausgeführt wird, dass aus polizeilichen Gründen verbotene Handlungen auch innerhalb von Vereinen verboten sein können.

¹³⁶⁹ BGE 130 IV 111 E. 5.5.1.

¹³⁷⁰ BGE 130 IV 111 E. 5.5.2; bestätigt in 140 IV 102 E. 2.2.5 und BGer Urteil 6B_627/2015 vom 4. November 2015 E. 2.1.

¹³⁷¹ BGE 130 IV 111 E. 6.

¹³⁷² BGE 140 IV 102 E. 2.2.3 f.

- 458 Was sich indes im öffentlichen Raum abspielt, gilt unter dem Aspekt der Sittlichkeit hingegen ohne Weiteres als öffentlich. Ein Plakataushang an einer Strassensignalisationstafel auf einem öffentlichen Platz in der Stadt Zürich ist damit als öffentlich zu bewerten.¹³⁷³

¹³⁷³ BGE 111 IV 151.

B. Fazit

Der Begriff der Gattungswürde ist ein hoch umstrittener Rechtsbegriff, der grundsätzlich im Zusammenhang mit dem «Schutz gegen die eigene Person» dazu genutzt wird, eine von einer individuellen Handlungsfreiheit losgelöste Würdekonzepktion zu umschreiben. Gemäss der hier erlangten Einsicht führt dieser Begriff allerdings beim Betroffensein eines Individuums insbesondere auch dazu, dass seine abstrakte subjektive Interessenlage grundsätzlich gegenläufigen Grundrechtsauffassungen voranzustellen oder mit diesen ausnahmsweise in einen Ausgleich zu bringen ist, weshalb die Bestimmung des Schutzbereichs der Grundrechte grundsätzlich dem Einzelnen zur Disposition steht. Die fremddefinierte Komponente des Begriffs, die hier mit dem Terminus der objektiv-sittlichen Autonomie umschrieben wird, ist mithin aus Respekt vor dem Individuum auf ein ethisches Minimum zu begrenzen, das sich insbesondere auch an einem rechtlichen Konsens orientiert. Das ethische Minimum der Gattungswürde lässt sich allerdings nur so begründen, dass dieses als «Recht der Menschheit in der eigenen Person» den Einzelnen dazu verpflichtet, die Gleichheit des anderen zu achten. Denn dadurch, dass der Einzelne den anderen in seiner Rechtssubjektivität nicht anerkennt, entzieht er auch seiner eigenen rechtlichen Anerkennung die Grundlage. Vor diesem Hintergrund stellt die normative Gleichheit der Rechtssubjekte den Kernbereich der öffentlichen Sittlichkeit dar, der als notwendige Staatsgrundlage nicht eingeschränkt werden darf. Mithin hat auch der erweiterte Begriff der öffentlichen Sittlichkeit, der periphere Sittlichkeitskonzeptionen miteinbezieht und einer Verrechnung mit anderen öffentlichen Interessen zugänglich ist, auf die gesellschaftliche Gleichstellung der Rechtssubjekte gerichtet zu sein. Allerdings erstreckt sich dieser Gleichstellungsgedanke *de lege lata* nur auf Menschen und nicht auf Tiere, weshalb es irreführend ist, im Zusammenhang mit Tieren den Begriff der Würde zu verwenden. 459

Die Gattungswürde stellt grundsätzlich ein Rechtsprinzip dar, das sich beim Betroffensein des Individuums aus der objektiven Dimension der Menschenwürdegarantie ergibt und in aller Regel eine spezialgesetzliche Verankerung erfahren muss. Fällt die grundrechtlich geschützte abstrakte Eigenperspektive der Person mit der objektiv-sittlichen Autonomie zusammen, so ist nicht mehr das Grundrechtsprinzip der Menschenwürde, sondern die Menschenwürdegarantie durch die fragliche Bestimmung geschützt. Im geltenden Recht handelt es sich etwa bei Art. 12 BV oder Art. 261^{bis} StGB um solche Bestimmungen, die eine kategorische Befolgung verlangen und deshalb nicht mehr dem Menschenwürdeprinzip, 460

sondern der Menschenwürde-Regel zuzuordnen sind. Aus der Rechtsprechung des EGMR ergeben sich weitere Bereiche, die den gattungsethischen Gesellschaftsbezug der Menschenwürde betreffen und sich damit als nicht einschränkbar erweisen. Dazu gehört der Anspruch auf staatliche Anerkennung der Geschlechtsidentität im Rahmen der binären Geschlechtsordnung oder die Unzulässigkeit eines absoluten Bettelverbots.

Schlussbetrachtung

Wenn man sich mit dem Terminus der öffentlichen Sittlichkeit im Kontext der Rechtsstaatlichkeit auseinandersetzt, so stellt sich einerseits die Frage nach der Zulässigkeit des Begriffs in Gesetzestexten und andererseits diejenige nach dem Inhalt eines solchen Rechtsbegriffs. Während sich die Problematik des Gesetzesbegriffs auf das Bestimmtheitsgebot fokussiert, ist diejenige nach dem Rechtsbegriff viel weiter gefasst und betrifft vorrangig die Thematik der Gattungswürde, aber auch diejenige der «Würde der Kreatur». Insbesondere im Zusammenhang mit einem überindividuellen Verständnis einer Würde des Menschen entfaltet der normative Öffentlichkeitsbegriff i.e.S. – d.h. nicht nur ein deskriptiver Gesetzesbegriff der Öffentlichkeit, der auf Tatsachen Bezug nimmt, die empirisch erhoben werden können, sondern ein solcher Rechtsbegriff, der eine ethische Wertung voraussetzt – der Sittlichkeit eine eigenständige Bedeutung. 461

Wie die Darstellung der massgebenden Rechtsquellen gezeigt hat, werden im öffentlichen Recht die Begriffe der öffentlichen Sittlichkeit und der guten Sitten durch den Gesetzgeber bedeutungsgleich eingesetzt. Jedoch erfolgt die Begriffsverwendung auf allen Ebenen der Rechtsordnung nicht einheitlich, weshalb in den verschiedenen Zusammenhängen nicht dieselben dogmatischen Anforderungen an den Begriff zu stellen sind. Begrenzt der Begriff als Gesetzesbegriff die Freiheits-sphäre des Einzelnen, so hat er insbesondere dem Bestimmtheitsgebot zu genügen. Dies gilt für den gesamten Bereich des öffentlichen Rechts einschliesslich des Strafrechts. Da es sich allerdings beim Begriff der öffentlichen Sittlichkeit um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der nicht leicht verständlich ist, kann der Einzelne sein Verhalten nicht ohne Weiteres danach ausrichten und die Folgen eines Verstosses einschätzen. Bestimmungen, die auf diese Art und Weise sittliches Fehlverhalten unterbinden oder sanktionieren, existieren insbesondere in der kantonalen Gesetzgebung und in Verfahrensregeln. 462

Solche Vorschriften sind im Strafrecht bereits aufgrund der Rechtsnatur des Bestimmtheitsgebots, die dieses als absolute Rechtsregel charakterisiert, nicht zulässig. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung respektiert indes die Rechtsnatur des Bestimmtheitsgebots im Strafrecht nicht, sondern möchte auf die *ratio legis* der strittigen Bestimmung abstellen und so eine fliessende Grenze zwischen den verschiedenen Teilgehalten des Legalitätsprinzips schaffen. Selbst aber bei einer Interpretation des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots als verrechenbares Rechtsprinzip, das durch das Analogie-, Richterrechts- oder Gewohnheitsrechts- 463

verbot aufgewogen werden kann, müsste die Gesetzesinterpretation zur Vorhersehbarkeit der Sanktion beitragen, d.h. sich in *bonam partem* auswirken. Freilich können Strafbestimmungen, die Verstöße gegen «Sitte und Anstand» sanktionieren, nicht in *bonam partem* interpretiert werden, zumal sie von einer homogenen Gesellschaft ausgehen, in der alle die geltenden sozialen Anstandsregeln kennen, und sich für orts- oder kulturfremde Personen damit stets als strafverschärfend erweisen. Vor diesem Hintergrund vermag der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit selbst unter Anwendung der Normzweck-Rechtsprechung des Bundesgerichts dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip nicht zu genügen.

- 464 Während allerdings im Strafrecht das Bestimmtheitsgebot eine Rechtsregel bildet, stellt es im allgemeinen öffentlichen Recht grundsätzlich ein Rechtsprinzip dar, das zu anderen Prinzipien in Konkordanz gebracht werden kann. Insbesondere im Rahmen einer besonders nahen Rechtsbeziehung zum Staat (etwa aufgrund des Bestehens eines Dienstverhältnisses) kann es damit eingeschränkt werden. Ist hingegen keine besondere Nähe zum Staat gegeben und wirkt sich die Unbestimmtheit des Begriffs zumindest mittelbar grundrechtseinschränkend aus, so hat dieser Umstand einen «chilling effect» zur Folge, der es rechtfertigt, die Abwägung zugunsten der individuellen Freiheitsrechtsausübung zu treffen. In diesen Fällen ist mithin ebenfalls von einer Unvereinbarkeit des Gesetzesbegriffs der öffentlichen Sittlichkeit mit dem Bestimmtheitsgebot auszugehen.
- 465 Das allgemeine öffentliche Recht regelt indes nicht nur konkrete Lebenssachverhalte, sondern weist insbesondere auf den höheren Stufen der Rechtsordnung abstraktere Normen auf, die erst noch durch die Rechtssetzung und die Rechtsprechung konkretisiert werden müssen. So ist aus den Grundrechtssätzen der Verfassung nicht herauslesbar, welche Verhaltensweisen unter welchen Umständen effektiv zulässig oder unzulässig sind. Gerade im Zusammenhang mit den Grundrechtsgarantien liegt der Schwerpunkt der wissenschaftlichen Betrachtung vielmehr in der Gegenüberstellung widerstrebender Prinzipien. In diesem Zusammenhang kommt der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit insbesondere auf internationaler Ebene als rechtlich verankertes öffentliches Interesse vor. Hier dient er als Rechtsprinzip, aufgrund dessen eine staatsvertragliche Grundrechts- oder Menschenrechtsgarantie eingeschränkt werden kann. Kommt es zu einer solchen Einschränkung im Einzelfall, so hat das in der EMRK oder im UNO-Pakt II genannte öffentliche Interesse der «public morals» jedoch stets in einem hinreichend bestimmten nationalen Rechtssatz verankert zu sein, wenn sich die Einschränkung nicht als ungerechtfertigt erweisen soll. In diesem Sinn stellte etwa das Treibjagdverbot mit Hunden des Vereinigten Königreichs im EGMR-Urteil *Friend v. the United Kingdom*, das den Schutz der öffentlichen Sittlichkeit bezweckte, diejenige

Regelung dar, an der der Private sein Verhalten auszurichten hatte, und nicht Art. 8 Abs. 2 respektive Art. 11 Abs. 2 EMRK. Ob eine solche nationale Regelung im Sinne der EMRK ausgelegt werden kann, ist nicht von der durch das Bestimmtheitsgebot geforderten Vorhersehbarkeit erfasst. Insofern liegt es in der Natur jeder Menschenrechts- oder Grundrechtsgarantie, dass diese offen formuliert ist, weshalb der Begriff «public morals» in den Rechtssätzen des UNO-Pakts II oder der EMRK vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots nicht beanstandet werden kann. Dadurch tritt nicht der Wortlaut der völkerrechtlichen Grundrechts- oder Menschenrechtsgarantie, sondern das durch den Rechtsbegriff geschützte Rechtsgut, das durch die Rechtsprechung gebildet wird, in den Vordergrund. In diesem Zusammenhang wird mithin das Bestimmtheitsgebot durch den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit nicht verletzt.

Dies ist im Übrigen etwa auch bei Staatsverträgen der Fall, die nicht den Grundrechts- oder Menschenrechtsschutz bezwecken, weil sie z. B. den freien Handel regeln. Insofern sind indes die durch die Entscheidungen der internationalen Instanzen entstehenden Rechtswirkungen auf Private grundsätzlich auch nicht rechtserheblich, weshalb etwa im Anwendungsbereich des GATT oder GATS nicht geprüft wird, welche Auswirkungen eine nationale Regelung auf Private entfaltet. Freilich spielt in diesem Zusammenhang das «Rechtsgut» der öffentlichen Sittlichkeit keine Rolle, zumal sowohl der erstinstanzliche als auch der zweitinstanzliche Spruchkörper der WTO kein solches definiert, sondern jedes Interesse, das durch einen Vertragsstaat als sittliches Interesse bezeichnet wird, zulässt. 466

Nach dem Gesagten hat auf nationaler Ebene ein Rechtssatz, der das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit schützt, sich als hinreichend bestimmt zu erweisen oder ein besonders nahes Verhältnis zum Staat zu betreffen, um nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip zu verstossen. Allerdings ist damit noch nicht geklärt, wie das hinter den zulässigen Rechtssätzen stehende Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit zu erschliessen ist. Zunächst lässt sich diesbezüglich festhalten, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit im öffentlichen Recht mit Ausnahme des Elements der örtlichen Wandelbarkeit gleich definiert wie denjenigen der guten Sitten im Privatrecht. Aus diesem Grund wird hier davon ausgegangen, dass in beiden Rechtsgebieten ein und dasselbe Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit geschützt wird. Dieses Rechtsgut umfasst de lege lata die herrschenden sozialen Anschauungen und die wesentlichen verfassungsimmanenten gesellschaftlichen Werte. Sowohl im öffentlichen Recht der Kantone als auch im Privatrecht wird das Rechtsgut Sittlichkeit damit so definiert, dass es insbesondere auch auf die herrschende Sozialmoral Bezug nimmt. Diese Zuschreibung erstreckt sich freilich nicht nur auf die Begriffe der öffentlichen Sittlichkeit und 467

der guten Sitten, sondern umfasst sowohl im öffentlichen Recht als auch im Privatrecht den Begriff der öffentlichen Ordnung. Dies rührt daher, dass der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit im öffentlichen Recht einen Unterbegriff zu demjenigen der öffentlichen Ordnung bildet, während der Terminus der guten Sitten im Privatrechtsregime einen Überbegriff zur öffentlichen Ordnung darstellt. Insofern ist das Rechtsgut der Sittlichkeit in der Schnittmenge dieser Begriffe repräsentiert.

- 468 Alle diese Begriffe stellen unbestimmte Rechtsbegriffe respektive Generalklauseln dar, die sowohl im öffentlichen Recht als auch im Privatrecht per definitionem im Wege der Fallgruppenbildung und Abwägung konkretisiert werden müssen. In der Verwaltungsrechtslehre ist vor diesem Hintergrund argumentiert worden, dass solche Begriffe ein politisches Ermessen einräumen. Ist die öffentliche Sittlichkeit der Kantone tangiert, entspricht diese Einschätzung auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Eine parallele Wertung wird ebenfalls im Privatrecht mit Art. 4 ZGB getroffen, zumal sich darin eine Kompetenznorm findet, die dem Gericht ein Ermessen mit Bezug auf die Auslegung von Generalklauseln zugesteht. Allerdings werden im öffentlichen Recht und im Privatrecht unterschiedliche Konsequenzen aus dieser Wertung gezogen, zumal im Privatrecht die Ermessensausübung unbestrittenermassen eine Rechtsfrage betrifft, die auch auf bundesgerichtlicher Ebene voll überprüft werden muss. Im öffentlichen Recht, in dem eine kantonale Regelung gegebenenfalls auch aufgehoben werden kann, stellt sich das Bundesgericht hingegen auf den Standpunkt, dass eine zurückhaltende Prüfung aufgrund des Föderalismus und der Gewaltenteilung gerechtfertigt sei.
- 469 Dieser Einschätzung folgt auch der EGMR, indem er die sich stellende Rechtsfrage, wenn das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit betroffen ist, nur zurückhaltend prüft und nach ständiger Rechtsprechung den Mitgliedstaaten einen Beurteilungsspielraum belässt, zumal diese mit den örtlichen Auffassungen besser betraut sein sollten als ein internationales Gericht. Infolgedessen bewertet der Gerichtshof seine Rechtsprechung als subsidiär zum nationalen Grundrechtsregime und definiert damit den Begriff der «public morals» in der Regel nicht. Vor diesem Hintergrund bleibt die Prüfung der «Legitimität» nationaler gesetzgeberischer Ziele grundsätzlich aus. Ein solches Vorgehen erweist sich allerdings selbst auf der Ebene der EMRK als fraglich, zumal dem Gerichtshof die Auslegungskompetenz mit Bezug auf die Rechtsbegriffe der Konvention zukommen muss, wenn die Wirksamkeit der Grundrechtsgarantien gewährleistet werden soll. Der Gerichtshof war indes nur im Fall eines Konsenses unter den Mitgliedstaaten dazu bereit, die öffentliche Sittlichkeit inhaltlich zu definieren. In diesem Fall führte er aus, dass diese nur zum Schutz des *sozialen Zusammenhalts in der Gesellschaft* angerufen werden kann und nationale Massnahmen, die nicht dieses Ziel verfolgen, nicht

aufgrund des öffentlichen Interesses der öffentlichen Sittlichkeit ergehen. Sittliche Wertungen nimmt der EGMR hingegen ungeachtet eines europäischen Konsenses auch dann vor, wenn er die Menschenwürde als tangiert betrachtet. In diesem Zusammenhang führt er etwa aus, dass eine *Tendenz zur Toleranz* auszureichen hat, um die Wirksamkeit der Menschenwürde zu gewährleisten und geht folglich von einem kategorischen Überwiegen des privaten Grundrechtsinteresses gegenüber gegenläufigen Interessen aus. Ist hingegen weder ein europäischer Konsens noch eine Menschenwürdeverletzung gegeben, stellt in der jüngeren Rechtsprechung die Auslegung des Kriteriums der «Notwendigkeit der Massnahme» den eigentlichen Prüfstein dar. Eine Beschränkung der subjektiven Freiheit soll sich dann als notwendig erweisen, wenn ein dringendes soziales Bedürfnis danach besteht, der öffentlichen Sittlichkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Dieses Bedürfnis hat sich allerdings an der Bedeutung des betroffenen privaten Interesses zu messen. Ist ein besonders wichtiger Aspekt der Existenz oder der Identität des Individuums tangiert, so kommt der negative Teilgehalt des Grundrechts zum Zug, der zu einer Reduktion des Ermessensspielraums der Konventionsstaaten führt. Insofern geht der EGMR grundsätzlich weiterhin von einer Konzeption der Grundrechtsgarantien als Abwehrrechte gegenüber dem Staat aus. Dies wirkt sich dann zuungunsten der Privaten aus, wenn diese in den Genuss einer Privilegierung, Anerkennung oder Leistung kommen möchten, zumal deren Gewährung grundsätzlich weiterhin im Ermessen des Vertragsstaates liegen soll. Dazu gehören etwa die Eheschließung und die staatliche Anerkennung von Glaubensgemeinschaften, wenn diese nicht in ihrer Rechtspersönlichkeit betroffen sind.¹³⁷⁴

Der UNO-Menschenrechtsausschuss stellt demgegenüber nicht auf einen Konsens unter den Mitgliedstaaten ab und nimmt auch bei Nichtvorliegen einer Menschenwürdeverletzung an, dass sich die Vertragsstaaten im Rahmen der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sittlichkeit an gewissen Parametern orientieren müssen, die nicht eine bloße Willkürprüfung nach sich ziehen. Insofern haben sich Massnahmen, die im Rahmen der öffentlichen Sittlichkeit ergehen, stets an der Universalität der Menschenrechte und der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Rechtsunterworfenen auszurichten. Eine Diskriminierung im Sinne von Art. 26 UNO-Pakt II ist vor diesem Hintergrund bereits dann gegeben, wenn eine Massnahme nicht «objektiv» und «vernünftig» ist und unter Anbetracht des Pakts nicht «legitime Ziele» verfolgt. Damit nimmt der UNO-Menschenrechtsausschuss insbesondere auch in Fällen der Religionsfreiheit das Vorliegen von «Diskriminie-

¹³⁷⁴ Siehe zu diesem Ausnahmefall EGMR, Urteil vom 31. Juli 2008, Nr. 40825/98, Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and others v. Austria, Ziff. 92.

rungen» an, wo der EGMR noch Argumente wie die Tradition oder Politik eines Vertragsstaates gelten lässt und damit auf den Nachweis von eng umrissenen substanziellen gesetzlich verankerten öffentlichen Interessen verzichtet. Dies wirkt sich auch auf den Begriff der Diskriminierung des Art. 26 UNO-Pakt II selbst aus, zumal, wie etwa aus *Waldman v. Canada* hervorgeht, die Nichtgewährung einer positiven Leistung selbst bei Fehlen eines gesetzlichen Anspruchs auch als «Diskriminierung» qualifiziert wird.

- 471 Entgegen der heutigen schweizerischen Praxis, die parallel zur Rechtsprechung das EGMR den Kantonen einen nationalen Ermessensspielraum eröffnet, ist vor diesem Hintergrund die bundesgerichtliche Rechtsprechung an die Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses in gewisser Hinsicht anzugleichen. Indem das Bundesgericht sich eine zurückhaltende Prüfung des kantonalen Rechts auferlegt, verkennt es, dass der EGMR, wie ausgeführt, die Bestimmungen der EMRK als subsidiär zum national geltenden Grundrechtssystem bewertet. Das Grundrechtssystem des Bundesrechts verhält sich jedoch in der Schweiz nicht subsidiär zum kantonalen oder kommunalen Recht. Dem Bundesrecht kommt vielmehr eine derogatorische Kraft gegenüber dem untergeordneten Recht zu, weshalb einem Prinzip wie demjenigen der religiösen und der weltanschaulichen Neutralität des Staates, selbst wenn dieses nicht im kantonalen Recht repräsentiert sein sollte, auch auf kantonaler Ebene Geltung zukommen muss. Die kantonale Grundrechtsordnung kann damit nur eine eigene Bedeutung entfalten, wenn sie über die bundesrechtlichen und die völkerrechtlichen Garantien hinausgeht. Sollen die Grundrechte insbesondere auch für besonders vulnerable Minderheiten volle Wirksamkeit entfalten, darf sich die bundesgerichtliche Überprüfung nicht a priori darauf begrenzen, nur mit Bezug auf fundamentale Grundrechtsansprüche einen Mindeststandard zu schaffen.
- 472 Wird des Weiteren der Hauptgrund dafür untersucht, weshalb die Kantone einzig an einen Mindeststandard des Grundrechtsschutzes gebunden sein sollen und bei allen darüber hinausgehenden Ansprüchen ein Ermessen bestehen soll, liegt zudem der Vorwurf eines naturalistischen Fehlschlusses und der mangelnden formalen Rationalität nahe. Diese Kritik trifft im Übrigen auch auf den jüngsten Bericht des Bundesrates und die dazu ergangene Entscheidung des Bundesgerichts¹³⁷⁵ mit Bezug auf die Einführung einer nichtbinären Geschlechtsordnung im Rahmen des Personenstandsregisters zu, die beide auf eine vermeintlich geltende herrschende

¹³⁷⁵ BGer Urteil 5A_391/2021 vom 8. Juni 2023 (noch unveröffentlicht, siehe die Medienmitteilung vom 6. Juni 2023 unter <https://www.bger.ch/index/press/press-inherit-template/press-mitteilungen.htm> [besucht am 9. Juli 2023]).

öffentliche Meinung abstellen, die die binäre Geschlechtsordnung befürworten soll. Die Lehre des naturalistischen Fehlschlusses weist darauf hin, dass aus der Tatsache, dass Menschen sich an bestimmte Verhaltensregeln halten, nicht ein normativer Rechtsmassstab konstruiert werden darf. Die formale Rationalität einer Erkenntnis orientiert sich hingegen in den Worten WEBERS an den «technischen» Grenzen der Wissenschaft und ist damit objektivierbar, während materiale Überlegungen für jeden, der sie anstrebt, unterschiedlich ausfallen können. Ungeachtet dieser Grundsätze und ohne jede Begründung zur wissenschaftlichen Zulässigkeit eines entsprechenden Vorgehens führt das Bundesgericht indes aus, dass die Tatsache, dass in den unterschiedlichen Kantonen die herrschenden sittlichen Auffassungen voneinander divergieren, eine zurückhaltende Prüfung rechtfertigt. Insofern ist auch in der privatrechtlichen Literatur und Praxis vertreten worden, dass im Rahmen der Konkretisierung von Generalklauseln die öffentliche Meinung anhand der Rechtsfigur der Empfindungen des Durchschnittsmenschen eruiert werden dürfe. Diese Auffassung resultiert in einer Delegationskompetenz zugunsten der Rechtsanwendenden, zumal sie dadurch selbst feststellen dürfen, welche Empfindungen Teil des Rechtssystems bilden. Dadurch werden Anschauungen, die nicht objektivierbar sind, zu einem Beurteilungsmassstab des Rechts erhoben. Dies ist zwar nicht per definitionem unzulässig, doch haben insbesondere herrschende Auffassungen eine Transformation zu durchlaufen, wenn sie Teil des Rechtssystems sein sollen. Diese Transformation umfasst eine Richtigkeitskontrolle, die Wertungen auf ihre Vereinbarkeit mit der Rechtsordnung und insbesondere der Verfassungsordnung hin überprüft. Aus der Perspektive der Verfassung formuliert, können dadurch nur solche Wertungen, die entweder der empirischen oder der normativen Schicht der Grundrechte angehören, über die grundrechtskonforme Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs oder einer Generalklausel Geltung entfalten. Insofern findet ein Gleichlauf zwischen der verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung und der *communis opinio* statt, zumal alle die Wertung zunächst zugunsten der subjektiven Freiheit treffen, weshalb auf eine formal rationale Begründung verzichtet werden kann. In diesem Sinn hat auch der EGMR in *Bayev and others v. Russia* festgehalten, dass ein national bestehender Konsens innerhalb einer Bevölkerung einzig bei der Ausdehnung des sachlichen Schutzbereichs einer Garantie massgebend sein kann.

Ein kategorischer Vorrang der objektiv-sittlichen Autonomie des Einzelnen, die sich unbestrittenermassen auch an einem gesellschaftlichen Konsens orientiert, kann nur dort angenommen werden, wo die Freiheit des anderen tangiert ist. Ansonsten ist im Ausgleich zwischen der objektiv-sittlichen Autonomie und der individuellen Selbstbestimmung grundsätzlich letzterer der Vorrang zu geben. 473

Die interpersonale Schranke der individuellen Handlungsfreiheit (d.h. der objektiv-sittlichen Autonomie) ergibt sich auch gemäss der dazu ergangenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus der *ratio legis* des angerufenen Grundrechts selbst. Infolgedessen schliesst sie eine Geltung der Grund- und Menschenrechte aus, was darin resultiert, dass ein die Freiheit des anderen verletzendes Verhalten aus dem Grundrechtsschutz ausgeschlossen wird.

- 474 Soll sich diese absolute Grenze der Handlungsfreiheit allerdings als konsensfähig erweisen und den Menschen als Individuum respektieren, so ist sie auf ein ethisches Minimum zu begrenzen. Die Reduktion des nicht verrechenbaren Kernbereichs des Rechtsguts der öffentlichen Sittlichkeit auf ein ethisches Minimum wird zunächst dadurch erzielt, dass dieses durch grundlegende Rechtsnormen ausgefüllt wird. Zu diesen Normen gehören die Grundrechte und insbesondere die Menschenwürde. Auch der periphere Begriff der öffentlichen Sittlichkeit hat sich an diesen Normen auszurichten, zumal er dieselbe Schlagrichtung aufzuweisen hat, wie der Kernbereich, ohne dass ihm dieselbe Bedeutung für die Gesamtrechtsordnung zukommt. Das Gesamtrechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit kann damit entgegen den neueren Ausführungen des Bundesgerichts nicht jegliche Anstandsregeln, politische Ausrichtungen oder partikular religiöse oder moralische Vorstellungen miteinschliessen. Die herkömmlicherweise einzig durch herrschende Moralvorstellungen fremddefinierte Konzeption der Gattungswürde, die etwa die Instrumentalisierung durch Pornografie, Prostitution, Kriegsspiele, «Peepshows» oder Suizidhilfe umfasst, stellt folglich eine Überschreitung dieses Minimums dar. Mithin ist die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung insbesondere für die Bestimmung des Kernbereichs der öffentlichen Sittlichkeit herbeizuziehen, wonach dieser nicht *das den Sitten oder dem herrschenden sittlichen Empfinden entsprechende Verhalten schlechthin, sondern nur die als notwendige Grundlage des Staates anerkannte, d.h. rechtlich geschützte sittliche Ordnung* bezeichnet.
- 475 Dem berühmten BÖCKENFÖRDSCHEN Diktum, wonach ein freiheitlicher Staat von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann, kann damit nur zum Teil gefolgt werden, zumal BÖCKENFÖRDE in einer umfassenden Art und Weise vertritt, dass ein Staat seine Freiheitlichkeit verliert, wenn er die «Staatsgrundlagen» mit Rechtszwang durchsetzt und die «ethischen Grundlagen des Staates» damit vollkommen in die Sphäre des Einzelnen und in den «homogenen Bereich» einer Gesellschaft verweist.¹³⁷⁶ Diese pauschale Beurteilung bedarf einer weitergehenden Differenzierung, die zwischen dem, was das Volk als «gut» bewertet und den ethischen Grundprinzipien der Rechtsordnung unterscheidet. Die Einzel-

¹³⁷⁶ BÖCKENFÖRDE, Staat, S. 60.

nen müssen die Verfassung nicht für gut befinden. Sie können ihr gegenüber vielmehr auch indifferent sein oder sie gar als schlecht bewerten.¹³⁷⁷ Das Gemeinwesen kann insofern auch kein Bekenntnis der Bürger zur Verfassung und der darin verwirklichten Grundordnung der Schweizerischen Eidgenossenschaft verlangen, ausser gegebenenfalls wenn diese in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat stehen.¹³⁷⁸ Soweit allerdings mit dem Begriff der *Staatsgrundlagen* nicht rein gesellschaftliche Normen, sondern Rechtsnormen gemeint sind, ist der Staat nicht nur dazu berechtigt, sondern dazu verpflichtet, diese im Einzelfall anzuwenden und ihnen so praktische Wirksamkeit zu verleihen.¹³⁷⁹

Im Rahmen der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, die das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit schützen, tritt, wie bereits festgehalten werden konnte, der Konflikt zwischen der subjektiven rechtlichen Freiheit und der objektiven gesellschaftlichen Bindung in den Vordergrund. Im Kernbereich dieses Konflikts stehen sich allerdings nicht der objektivrechtliche und der subjektivrechtliche Teilgehalt der Menschenwürde gegenüber, sondern die überindividuelle Gattungswürde konfligiert vielmehr mit sich selbst. Mithin kann der objektivrechtliche Teilgehalt der Menschenwürde nicht eindeutig vom subjektivrechtlichen getrennt werden, zumal die individuelle Sichtweise auf die rechtliche Freiheit nur deshalb vorrangig behandelt wird, weil sich dies aus dem objektiven Menschenbild der Verfassung ergibt. Der selbstdefinierte und der fremddefinierte Aspekt der Menschenwürde sind folglich im Rahmen des Rechtsguts der öffentlichen Sittlichkeit dem objektiven Gehalt der Menschenwürde zuzuordnen. Die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln erfordert daher stets eine konkretisierende Abwägung zwischen den beiden widerstrebenden Gehalten der objektiven Menschenwürde und damit eine Wertung im Einzelfall. Die Rechtmässigkeit dieser Wertung kann nicht zweifelsfrei bewiesen werden. Schliesslich sind Wertungen grundsätzlich umstritten. Das höherrangige Recht fordert indes keinen solchen Beweis, zumal sich die Entscheidungsbegründung einzig als objektivierbar und damit religiös und weltanschaulich neutral erweisen muss. Aus diesem Grund hat sich

¹³⁷⁷ Siehe dazu MÜLLER, Jörg Paul, *Verfassung*, S. 39, der richtigerweise ausführt, dass die Legitimität der Demokratie nicht von der positiven Stellungnahme der Mehrheit abhängt.

¹³⁷⁸ Etwa von der Bundesversammlung gewählte Personen müssen einen solchen Eid oder ein äquivalentes Gelübde, das keine Anrufung Gottes enthält, ablegen (siehe: <https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/parlamentsw%C3%B6rterbuch/parlamentsw%C3%B6rterbuch-detail?WordId=69> [besucht am 9. Juli 2023]).

¹³⁷⁹ Zur Normwirksamkeit als Verfassungsgebot STRUCK, S. 166 ff.

das einmal gefundene Ergebnis nicht nur am juristischen Diskurs zu orientieren, sondern muss auch prozedural erschlossen werden.

- 477 Die Anwendung einer prozeduralen Theorie zur Eruierung eines Entscheidungsergebnisses ist deshalb gegenüber dem Herbeizug einer absoluten Theorie vorzugswürdig, weil absolute Antworten auf ethische Fragen der Sphäre der Religion oder der Weltanschauung, jedoch nicht des Rechts angehören und sich damit in einer pluralistischen Gesellschaft nicht für alle Rechtspersonen potenziell als zustimmungsfähig erweisen. Innerhalb dieses Diskurses ist das konsensfähige ethische Minimum der Gleichbehandlung der beteiligten Grundrechtsträger zu beachten. Die rechtliche Freiheit des anderen findet sich folglich in der Anerkennung seiner Gleichbehandlung im Rahmen des Rechtsdiskurses wieder. Jede Handlung oder Verhaltensweise, die darauf abzielt, dem anderen die Rechtssubjektivität abzuerkennen, indem er innerhalb des Diskurses nicht als Gleichwertig anerkannt wird, kann infolgedessen nicht berücksichtigt werden, zumal sie dem Diskurs die Grundlage entzieht.
- 478 Während in dieser Abhandlung die minimale konsensfähige überindividuelle Würdekonzption mit der *gesellschaftlichen Gleichstellung* identifiziert wird, hat die Rechtsprechung des EGMR den *sozialen Zusammenhalt in der Gesellschaft* als ethisches Minimum definiert. Diese beiden Konzeptionen liegen nicht sehr weit auseinander, zumal die gesellschaftliche Gleichstellung in der Regel auch den Zusammenhalt in der Gesellschaft fördert. Diese Gleichstellung muss allerdings im öffentlichen Recht in aller Regel auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, wenn sie die rechtliche Freiheit des Einzelnen einschränken soll. Eine solche Grundlage stellt etwa Art. 261^{bis} StGB dar. Durch Art. 261^{bis} StGB werden nicht nur gesellschaftliche Wertvorstellungen, sondern zumindest subsidiär auch private Gleichstellungsinteressen geschützt. Teil der Gattungswürde bildet damit das Recht von vulnerablen Minderheiten auf eine abstrakte Beachtung ihrer grundrechtlich geschützten Interessen, wodurch die individuelle rechtliche Freiheit der übrigen Gesellschaftsmitglieder nicht grenzenlos ausgeübt werden kann, sondern bereits aufgrund der *ratio legis* des angerufenen Grundrechts eine rechtsimmanente Schranke erfährt. Dies entspricht auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Rassendiskriminierung und der Rechtsprechung des EGMR.
- 479 Kommt es zudem zu einer Übereinstimmung zwischen den Interessen der unmittelbar oder mittelbar grundrechtlich geschützten Bevölkerungskreise und einer zum ethischen Minimum gehörenden, nach den herrschenden Anschauungen definierten Gattungswürde, so kann diese ähnlich wie die subjektive Menschenwürde nicht eingeschränkt werden. Eine solche Überschneidung ist im Zusammenhang

mit Art. 12 BV und Art. 261^{bis} StGB gegeben, weshalb diese Normen absolute Rechtsregeln bilden. Ausser in diesen speziellen Konstellationen stellt die fremddefinierte Gattungswürde hingegen ein verrechenbares Rechtsprinzip dar, das «nur» die Grundlagen des Rechtsstaates schützt und damit dem peripheren Gehalt der öffentlichen Sittlichkeit angehört.

Sowohl gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts als auch derjenigen des EGMR fällt neben der Gattungswürde auch der Tierschutz unter das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit. Jedoch gehört die Freiheit der Tiere nicht zum ethischen Minimum der Gattungswürde des Menschen, weshalb etwa der Tatbestand, der sexuelle Handlungen mit Tieren unter Strafe stellt und die Tierwürde schützt, eher auf Menschen als auf Tiere gerichtet ist. Vor diesem Hintergrund lässt es der Tierschutz vielmehr zu, dass Tiere getötet und genutzt werden dürfen (Tierbegriff in Art. 80 Abs. 2 lit. c und f BV), weshalb sich der Begriff der Würde der Kreatur in Art. 120 Abs. 2 BV und Art. 1 TSchG als missverständlich erweist. Die «Tierwürde» ist damit in jeder Hinsicht verrechenbar und weist keine subjektivrechtliche Dimension auf, zumal sie kein Grundrecht, sondern nur ein öffentliches Interesse darstellt. Im Zusammenhang von Art. 135 Abs. 1 und Art. 197 Abs. 5 StGB kommt es allerdings zu einer Überschneidung der «Tierwürde» mit dem gattungsethischen Menschenwürdebegriff, zumal Gewaltdarstellungen von Menschen oder Tieren sowie pornografische Darstellungen, die Menschen mit Tieren zeigen, nur dann strafrechtlich verboten sind, wenn kein überwiegender kultureller Wert entgegensteht. In diesem Sinn hat auch die UBI den Begriff der «Würde der Kreatur» unter der öffentlichen Sittlichkeit abgehandelt. 480

Der Begriff der Öffentlichkeit entfaltet im Zusammenhang mit der Sittlichkeit nur mit Bezug auf die gattungsethische Perspektive der Menschenwürde eine eigenständige Relevanz, wobei die Umschreibung der faktischen Öffentlichkeit insbesondere im Strafrecht hier nicht beanstandet wird. Dieser Begriff der faktischen Öffentlichkeit gilt hingegen de lege lata weder im kantonalen Strafrecht noch im allgemeinen öffentlichen Recht, zumal dort weiterhin vom altrechtlichen Öffentlichkeitsbegriff der Sittlichkeitsdelikte ausgegangen wird, wonach eine Handlung dann öffentlich begangen wird, wenn es «nach den Umständen möglich ist, dass zufällig hinzukommende Dritte diese wahrnehmen» können. Damit spielt es bis heute etwa im Zusammenhang mit der unsittlichen Plakatwerbung keine Rolle, ob diese auf öffentlichem oder privatem Grund gezeigt wird. Da allerdings diese Bestimmungen nicht dem Bestimmtheitsgebot zu genügen vermögen, weshalb sie einen «chilling effect» auf die Grundrechtsausübung haben, kann auch der altrechtliche Öffentlichkeitsbegriff keine praktische Bedeutung mehr entfalten. 481

- 482 Daneben hat der normative Öffentlichkeitsbegriff i.e.S. eine Neudeutung zu erfahren. Insofern muss insbesondere die Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses Beachtung finden, wonach selbst ein rechtlich gefestigter nationaler Konsens nur berücksichtigt werden kann, wenn sich dieser als nichtdiskriminierend bewerten lässt.¹³⁸⁰ Dadurch ist der normative Öffentlichkeitsbezug des Sittlichkeitsbegriffs durch das offen interpretierte Diskriminierungsverbot des UNO-Pakts II zu ergänzen. Deshalb können auch Sachverhalte, die nicht unbedingt der Privatsphäre der Einzelnen angehören, aber Rechte betreffen, die ihnen als Glieder der Gemeinschaft im gesellschaftlichen Zusammenleben zukommen, deren rechtliche Anerkennung fordern. Diese Anerkennung hat insbesondere nicht nur im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung einer Grundrechtseinschränkung (Art. 36 Abs. 3 BV) zu erfolgen, sondern muss auch bei der Feststellung des Überwiegens eines öffentlichen Interesses im Rahmen der abstrakten Gegenüberstellung der öffentlichen und der privaten Interessen (Art. 36 Abs. 2 BV) einschlägig sein. Insofern hat der Staat bei der Eruierung der Bedeutung der Gemeinwohl- und Allgemeinheitsbezüge eines Interesses die gesellschaftliche Diversität anzuerkennen. Handelt es sich zudem bei den privaten Interessen um solche, die sich für das gesellschaftliche Zusammenleben als *wesentlich* erweisen, so stellen auch sie öffentliche Interessen dar, weshalb in einem solchen Fall nicht private, sondern öffentliche Interessen zu öffentlichen Interessen in einen Ausgleich gebracht werden müssen. Mit Bezug auf diese öffentlichen Interessen liegt die Definitionskompetenz nicht einzig bei den staatlichen Instanzen, weshalb die Eigenperspektive der betroffenen Bevölkerungskreise im Rahmen der Festlegung der Personenwürde aufgrund deren «Anerkennung als andere» einbezogen werden muss. Aus diesem Grund ist in der Lehre auch vertreten worden, dass der Begriff des öffentlichen Interesses nur prozedural festgestellt werden kann.
- 483 Nach dem Gesagten lässt sich festhalten, dass das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit im Recht entgegen seiner Interpretation in der Rechtsprechung, der Lehre und selbst der öffentlichen Meinung nicht ein Begriff bildet, der rechtsethisch konservative Wirkungen erzeugt. Vielmehr stellt der Begriff aufgrund des Umstands, dass er nicht autoritativ erschlossen werden kann, sondern nur einer prozeduralen Ermittlung im Wege des praktischen Diskurses zugänglich ist, einen Katalysator der Rechtsfortbildung im Sinne einer Hinterfragung des Status quo hinsichtlich Gleichstellungsfragen dar.

¹³⁸⁰ A.A. Bericht des Bundesrates zur Einführung eines dritten Geschlechts, S. 18, zumal darin nicht geprüft wird, ob «qualifizierte sachliche Gründe» für die Ungleichbehandlung von nichtbinären Menschen vorliegen, sondern vielmehr ausgeführt wird, dass die «gesellschaftlichen Voraussetzungen für eine Aufhebung des Geschlechts oder die Einführung eines dritten Geschlechts heute nicht gegeben sind».

Zieht die Teilnahme am rechtlichen Diskurs eine minimale Verpflichtung zu «richtigem» Verhalten nach sich? Diese Frage wird in der Rechtswissenschaft kontrovers diskutiert und in dieser Schrift grundsätzlich aus allgemein öffentlich-rechtlicher, aber auch aus strafrechtlicher und privatrechtlicher Perspektive beleuchtet. Während der dogmatische Fokus dieser Arbeit auf dem Legalitätsprinzip liegt, konzentriert sich die wissenschaftliche Behandlung der Wertedebatte, die vorwiegend anhand der privatrechtlichen Generalklauseln erfolgt, auf die Rezeption von gesellschaftlichen Wertvorstellungen im Recht. Diese Betrachtung wird durch die massgebende Rechtsprechung im öffentlichen Recht ergänzt, aus der hervorgeht, dass ein überindividueller Menschenwürdebegriff im Zentrum der sittlichen Frage im Recht liegt. Die Autorin findet darin einen Ansatz, um den rechtsgebietsübergreifenden peripheren Gehalt und den Kernbereich des Rechtsguts der öffentlichen Sittlichkeit zu erschliessen.

