

NOMOSSTUDIUM

Mahlmann

Konkrete Gerechtigkeit

Eine Einführung in Recht und
Rechtswissenschaft der Gegenwart

4. Auflage



Nomos

NOMOSSTUDIUM

**Prof. Dr. Matthias Mahlmann,
Universität Zürich**

Konkrete Gerechtigkeit

**Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft
der Gegenwart**

4. Auflage



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-5172-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-9473-5 (ePDF)

4. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort zur 4. Auflage

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

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

Auch die 3. Auflage dieses Buches aus dem vorletzten Jahr wurde mit großem Interesse aufgenommen. Es folgt nunmehr die 4. Auflage, die durchgesehen und aktualisiert wurde.

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

Zürich, 2018

Matthias Mahlmann

Aus dem Vorwort zur 3. Auflage

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

Zürich, 2016

Matthias Mahlmann

Aus dem Vorwort zur 2. Auflage

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

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

Zürich, 2015

Matthias Mahlmann

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

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

Zürich, 2014

Matthias Mahlmann

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis	13
§ 1 Das sperrige Phänomen des Rechts	17
§ 2 Die unbequeme Notwendigkeit des Rechts	29
§ 3 Funktionen des Rechts	32
I. Bewahrung des Friedens	32
II. Schutz materialer Werte: Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit	33
III. Soziale Fürsorge und mitmenschliche Solidarität	34
IV. Umweltschutz	34
V. Gesellschaftliche Zusammenarbeit und effiziente Wirtschaft	34
VI. Gesellschaftliche Integration und kollektive Identität	35
VII. Rechtsfunktion und Rechtsform	36
§ 4 Der Begriff des Rechts	38
§ 5 Die Architektur eines Rechtssystems	44
I. Der Begriff des Rechtssystems	44
II. Rechtsquellen	44
1. Der Begriff der Rechtsquelle	44
2. Positives Recht	45
3. Gewohnheitsrecht	45
4. Richterrecht	46
5. Rechtswissenschaft	46
6. Private Rechtsetzung	47
7. Allgemeine Rechtsgrundsätze	47
8. Überpositives Recht und Rechtsethik	48
III. Die Struktur des Rechts	51
1. Objektives Recht und subjektives Recht, Kompetenznormen, Organisationsnormen und Wertaussagen	51
2. Rechtssubjekt und Rechtsobjekt	54
3. Rechtsverhältnis, rechtsgestaltende Akte und Realakte	55
4. Zwingendes Recht und dispositives Recht	56
5. Rechtsgüter	58
6. Formelles und materielles Recht	58
IV. Gesetz und Normenhierarchie	58
V. Dogmatik und Grundlagen des Rechts	59
VI. Die Sprache des Rechts	61
§ 6 Ordnungen des Rechts	63
I. Ein Leitmodell des Rechts	63
II. Staat	64
1. Staat als Rechtsbegriff und soziale Wirklichkeit	64
2. Staat und Staatsräson	65
3. Staat, Nation und internationale Ordnung	66
III. Souveränität	73
1. Souveränität zwischen Macht und normativer Begrenzung	73

2.	Souveränität – Aspekte klassischer Begriffsbestimmung	74
3.	Normlogischer Kosmopolitismus – „Civitas maxima“ statt Souveränität	77
4.	Souveränität und die Herrschaft über den Ausnahmezustand	78
5.	Normative Bändigung der Souveränität	80
6.	Was bleibt vom Souveränitätsbegriff?	83
IV.	Rechtsstaat	84
1.	Probleme der Rechtsstaatlichkeit und <i>rule of law</i>	84
2.	Die Zähmung der politischen Leidenschaften	85
3.	Rechtsstaat als Handlungsform	88
4.	Varianten der <i>rule of law</i>	90
5.	Der Sinn formaler Rechtsstaatsprinzipien	92
6.	Rechtsstaat und materiale Rechtsprinzipien	93
V.	Verfassungsordnung	94
1.	Was ist eine Verfassung?	94
2.	Einwände und Probleme	97
3.	Verfassungen in der Geschichte	99
4.	Gesellschaftliche Verfassungen?	100
5.	Verfassungsdurchsetzung	100
6.	Problemlagen	101
7.	Perspektiven	103
a)	Verteidigung des Verfassungsstaates	103
b)	Konstitutionalisierung internationaler Ordnung	103
VI.	Sozialstaat	104
VII.	Grundrechte	105
VIII.	Demokratie	107
1.	Die umkämpfte Idee der Demokratie	107
2.	Begriff der Demokratie	109
3.	Legitimation	112
4.	Strukturprinzipien der Demokratie	115
5.	Freiheit und die Vernunft der Urteilsbildung	120
6.	Erhaltungsbedingungen der Demokratie	122
7.	Perspektiven	124
8.	Demokratie als Lebensform	124
IX.	Föderalismus und Gewaltenteilung	126
1.	Föderalismus	126
a)	Schweiz	126
b)	Deutschland	127
2.	Gewaltenteilung	128
X.	Inhalte des Rechts	130
1.	Vielfalt und Rechtsprinzipien	130
2.	Die Materien des Rechts	130
a)	Öffentliches Recht	130
b)	Privatrecht	131
c)	Strafrecht	136
d)	Europa- und Völkerrecht, Internationales Privatrecht	139
e)	Abgrenzungen	139
XI.	Gerichtbarkeit und das skeptische Projekt der Rechtsstaatlichkeit	140

§ 7 Das nationale Recht im internationalen Zusammenhang	144
I. Transnationales Recht als eigenes Recht	144
II. Der Begriff des Europarechts	145
III. Europarat	146
1. Geschichte und Struktur	146
2. Europaratsabkommen	147
3. Die EMRK	148
a) Kerngehalte der grundrechtlichen Verbürgungen der EMRK	148
b) Geltungsbereich	149
c) Dynamische Auslegung der Konventionsgrundrechte	150
d) Die EMRK im Mehrebenensystem des internationalen Menschenrechtsschutzes	152
e) Durchsetzungsmechanismen der Konventionsrechte	153
f) Beispielhafte Grundlinien der Rechtsprechung des EGMR	154
g) Beschränkung der Konventionsgrundrechte	157
h) Geltungsrang der EMRK	158
i) Der EGMR und der nationalstaatliche Grundrechtsschutz	159
IV. Die supranationale Ordnung der EU	162
1. Politische Integration mit wirtschaftlichen Mitteln	162
2. Rechtsnatur	165
3. Die Institutionen der Europäischen Union	165
4. Kompetenzen der wichtigsten Organe der EU	166
a) Europäischer Rat	166
b) Rat der Europäischen Union	166
c) Kommission	167
d) Europäisches Parlament	167
e) Gerichtshof der Europäischen Union	168
5. Grundbegriffe des Unionsrechts	168
a) Unmittelbare Wirkung	169
b) Anwendungsvorrang	170
6. Wesentliche Inhalte des Unionsrechts	170
a) Die Grundrechtsordnung der Europäischen Union	170
b) Grundfreiheiten	173
aa) Grundfreiheiten und Unionsbürgerschaft	173
bb) Normativer Gehalt der Grundfreiheiten	174
cc) Adressaten der Grundfreiheiten	176
dd) Grundfreiheiten und Grundrechte	176
ee) Weitere Rechtsgebiete	177
7. Mitgliedschaft und bilaterale Assoziation	177
8. Warum Europa?	179
V. Völkerrecht	180
1. Begriff des Völkerrechts	180
2. Geschichte	181
3. Rechtsquellen des Völkerrechts	182
4. Monismus und Dualismus	183
5. Internationale Organisationen und die Vereinten Nationen	184
a) Begriff und Gestalt	184

b) Die Vereinten Nationen	185
aa) Organe	185
(1) Generalversammlung	185
(2) Sicherheitsrat	186
(3) Wirtschafts- und Sozialrat (ECOSOC)	186
(4) Sekretariat	186
(5) Internationaler Gerichtshof	186
(6) Treuhandrat	187
bb) Organgefüge und völkerrechtliche Institutionalisierung	187
6. Menschenrechte	187
a) Die Aporie der Menschenrechte?	187
b) Durchsetzung von Menschenrechten	191
aa) Charta-basierte Durchsetzungsmechanismen	191
bb) Vertragsbasierte Durchsetzungsmechanismen	192
cc) Durchsetzungsmechanismen und die vielfältigen Grundlagen von Recht	193
c) Der Einzelne als Subjekt des Völkerrechts	194
d) Die politischen und ethischen Wurzeln einer Menschenrechtskultur	194
VI. Internationales Strafrecht	196
VII. Internationales Wirtschaftsrecht	201
VIII. Internationale Streitbeilegung und Gerichtsbarkeit	204
§ 8 Methoden der Rechtswissenschaft	206
I. Norm und Verständnis	206
II. Die Vagheit der Sprache, die Unvollkommenheit und Lückenhaftigkeit des Rechts	208
III. Der Kanon der Auslegung	210
1. Wortlaut	210
2. Historische Auslegung	211
3. Systematische Auslegung	211
4. Teleologische Auslegung	211
5. Auslegung von Rechtsakten	212
6. Argumentationsformen und Auslegung	213
7. Methodenhierarchie oder Methodenpluralismus?	213
IV. Probleme der Rechtsfortbildung	213
V. Methodentheorie und die Internationalisierung des Rechts	215
VI. Methode und kritische juristische Argumentation	216
§ 9 Jura als Beruf	218
§ 10 Geschichte(n) und Zivilisationen des Rechts	220
I. Recht und Rechtszivilisationen in der Geschichte	220
II. Das Recht im Nachdenken über Geschichte – ein Beispiel	224
III. Entwicklungslinien des Rechts	225
IV. Geschichte, Tradition und Geltung	227

Inhalt

§ 11 Recht als soziale Tatsache	229
I. Normen als soziale Tatsachen	229
II. Aspekte und Bedeutung der Rechtssoziologie	230
III. Entstehung der Rechtssoziologie	231
1. Eugen Ehrlich	233
a) Rechtssoziologie und lebendes Recht	233
b) Rechtssoziologie und Rechtsanwendung	235
c) Lebendes Recht und normative Orientierung	236
2. Max Weber	236
a) Methode und Begriff	236
b) Weber und die Theorie der Moderne	239
3. Funktionalismus und Systemtheorie: Von Parsons zu Luhmann	240
4. Ambivalenz des Rechts: Habermas und die Theorie des kommunikativen Handelns	241
IV. Recht und Machtanalyse	242
V. Rechtspluralismus	242
VI. Theoretische, empirische und normative Rechtssoziologie	243
VII. Alternativen zum Recht	244
VIII. Recht und gesellschaftlicher Wandel	245
IX. Recht und gesellschaftliche Integration	245
§ 12 Recht, Wirtschaft, Politik, Religion	248
I. Recht und Wirtschaft	248
1. Drei Ansätze zum Verhältnis von Wirtschaft und Recht	248
a) Ökonomische Bestimmtheit des Rechts	248
b) Komplexe Beziehungen von Recht und Wirtschaft	249
c) Die ökonomische Analyse des Rechts	250
2. Die Ordnung von Wirtschaft durch Recht	251
a) Das Beispiel Wettbewerbsrecht	251
b) Menschenrechte und Ökonomie	252
II. Recht und Politik	253
1. Ein nüchterner Begriff des Politischen	253
2. Recht als Grenze der Politik	254
3. Recht als Ausdruck von Politik	254
III. Recht und Religion	255
1. Die Vielfalt der Beziehungen von Recht und Religion	255
2. Gründe für die Trennung von Recht und Religion	256
3. Recht als säkularisierte Religion?	256
§ 13 Die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft	258
I. Die Herausforderung	258
II. Der wissenschaftstheoretische Rahmen	258
III. Rationalitätsansprüche der Rechtswissenschaft	260
§ 14 Gerechtigkeit	263
I. Gerechtigkeitserfahrung und Zweifel am Gerechtigkeitsbegriff	263
II. Gerechtigkeit als Gleichheit	265
III. Gerechtigkeit und Ungleichheiten	268
IV. Verteilungsgegenstände	269

Inhalt

V. Arten der Gleichheit	270
VI. Gerechtigkeitstheorie und Praxis	271
§ 15 Menschenrechte und der ethische Anspruch des Rechts	272
I. Recht und Ungerechtigkeit	272
II. Grundrechte zwischen positivem Recht und ethischer Orientierung	272
III. Freiheit, Gleichheit, Menschenwürde und Solidarität	274
1. Freiheit	274
a) Der Begriff der Freiheit	274
b) Der Gehalt von Freiheitsrechten	275
c) Der Sinn der Freiheit	276
2. Gleichheit	276
a) Dimensionen des grundrechtlichen Gleichheitsschutzes	276
b) Formen der Gleichheit	277
3. Menschenwürde und Solidarität	278
IV. Relativismus oder Universalismus der Menschenrechte?	279
V. Gerechtigkeit jenseits der Menschenrechte	283
§ 16 Das Recht in der Kunst	285
Literaturverzeichnis	289
Stichwortverzeichnis	299