

Jan Christian Urban

**Freiheitsbeschränkungen
aus Gründen von Ethik und Moral**

Tectum Verlag

Jan Christian Urban

Freiheitsbeschränkungen aus Gründen von Ethik und Moral

© Tectum Verlag Marburg, 2015

Zugl. Diss. Universität Osnabrück 2014

ISBN: 978-3-8288-3521-4

Druck und Bindung: CPI buchbücher.de, Birkach

Printed in Germany

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de



Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

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

Inhalt

Vorwort.....	I
Abkürzungsverzeichnis	II
Einleitung.....	1
A. Ethik und Moral als unbestimmte Rechtsbegriffe	1
I. Der Unterschied zwischen Ethik und Moral.....	3
II. Das Verhältnis zwischen Recht und Moral	4
III. Probleme einer gerichtlichen Kontrolle	6
B. Forschungsstand	7
C. Fragestellungen / Zielsetzungen.....	8
1. Kapitel – Ethik und Moral im deutschen Recht	10
A. Typologie.....	10
I. Überblick	10
II. Das Sittengesetz	14
1.) Definitionsversuche	14
2.) Fallgruppen	19
a.) Sexualmoral.....	19
i.) Sexualität im Film	19
ii.) Männliche Homosexualität.....	21
iii.) Vorehelicher Geschlechtsverkehr	23
iv.) Geschwisterinzest.....	25
v.) Transsexualität.....	29
vi.) Zusammenfassung.....	31
b.) Grenzbereiche menschlichen Lebens	32
i.) Selbstmord.....	32

ii.) Schwangerschaftsabbrüche	34
iii.) PID	36
iv.) Sterbehilfe.....	38
v.) Zusammenfassung.....	41
3.) Zwischenergebnis.....	41
a.) Das „Sittengesetz“ als Verweis auf fundamentale Wertentscheidungen des Grundgesetzes	41
b.) Das Verhältnis zur „verfassungsmäßigen Ordnung“	44
III. (Un)sittlichkeit und gute Sitten im besonderen Ordnungsrecht	49
1.) Sexualmoral.....	52
a.) Peep-Shows	53
b.) Prostitution.....	59
c.) Swinger-Clubs.....	63
2.) Zwergenweitwurf.....	65
3.) Sterbehilfe	67
4.) Öffentliche Ausstellung menschlicher Leichen	70
5.) (Un)sittlichkeit und gute Sitten als gefahrenabwehrrechtliche Begriffe.....	73
IV. Die öffentliche Ordnung.....	76
1.) Definitionsversuche	76
2.) Fallgruppen	79
a.) Laserdrome und Paintball	79
b.) Mixed-Martial-Arts Kämpfe	85
c.) Neonazi-Demonstrationen.....	86
d.) Verhältnis zur öffentlichen Sicherheit.....	89
3.) Die öffentliche Ordnung als Verweis auf den sozialethischen Grundkonsens der Gesellschaft	91
V. Auslegung von Ethik und Moral im deutschen Recht	92

1.)	Konsens als Auslegungstopos.....	94
2.)	Unterscheidung zwischen „wahrer“ und „konventioneller“ Moral?	98
3.)	Rechtliche Tabus?	100
4.)	Schutzpflicht des Staates	105
B.	Gerichtliche Kontrolldichte.....	106
I.	Institutionelle Rahmenbedingungen.....	107
II.	Exekutive und legislative Spielräume.....	108
1.)	Exekutiver Beurteilungsspielraum	108
a.)	Unbestimmte Rechtsbegriffe	108
b.)	Verfassungsmäßigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe	111
i.)	Gewaltenteilung	111
ii.)	Vorbehalt des Gesetzes und Bestimmtheitsgrundsatz	113
iii.)	Rechtsbindung der Verwaltung.....	116
c.)	Vollständige gerichtliche Kontrolle als Regelfall	119
d.)	Beurteilungsspielraum mit eingeschränkter Kontrolldichte als Ausnahme.....	121
i.)	Prognoseentscheidungen.....	124
ii.)	Beamtenrechtliche Beurteilungen.....	125
iii.)	Prüfungsentscheidungen	126
iv.)	Prüfungsähnliche Entscheidungen und Entscheidungen weisungsfreier Ausschüsse und Gremien	127
v.)	Planerische oder verwaltungspolitische Entscheidungen	129
vi.)	Einordnung von Ethik und Moral in die dargestellten Kategorien	130

vii.) Ethisch-moralische Entscheidungen als Fallgruppe sui generis?	133
e.) Verbleibender Kontrollauftrag der Gerichte bei Gremienentscheidungen.....	136
f.) Zwischenergebnis.....	138
2.) Legislativer Gestaltungsspielraum	138
a.) Dogmatische Grundlagen	139
b.) Regelungsmaterie und Umstände der Rechtssetzung	141
c.) Legislativer Spielraum bei Freiheitsbeschränkungen aus Gründen von Ethik und Moral	144
III. Zusammenfassung	146
C. Ergebnis	146
I. Typologie von Ethik und Moral und die Bedeutung der Sittenbegriffe	146
II. Gerichtliche Kontrolle.....	147

2. Kapitel – Ethik und Moral im europäischen Recht 149

A. Typologie.....	149
I. Ethik und Moral im EUV und AEUV.....	149
1.) Überblick.....	149
2.) Bedeutung der Interpretationsmethoden	151
a.) Wortlaut.....	152
b.) Autonom.....	154
c.) Historisch.....	155
d.) Systematisch-teleologisch	155
e.) Die Auslegung des unionsrechtlichen Sittenbegriffs	156
3.) Anwendungsfälle	158
a.) Pornographie.....	158

b.) Prostitution.....	161
c.) Glücksspiel	163
d.) Laserdrome.....	165
e.) Grenzbereiche menschlichen Lebens	166
4.) Zwischenergebnis.....	169
a.) Keine inhaltliche Ausgestaltung von Ethik und Moral	169
b.) Konkretisierung anhand von Sachbereichen	172
II. Ethik und Moral in der EMRK	173
1.) Überblick.....	173
2.) Auslegungsregeln der EMRK.....	174
3.) Auslegung nach der WVK	175
a.) Wortlaut	178
b.) Autonom.....	179
c.) Historisch.....	180
d.) Dynamisch.....	182
4.) Auslegung von „Moral“	184
5.) Anwendungsfälle	184
a.) Pornographie.....	184
b.) Homosexualität.....	188
c.) Geschwisterinzest.....	190
d.) Grenzbereiche des menschlichen Lebens	191
i.) Sterbehilfe.....	191
ii.) Schwangerschaftsabbrüche	192
iii.) Fortpflanzungsmedizin	193
6.) Zwischenergebnis.....	195
a.) Keine inhaltliche Ausgestaltung von „Moral“	195
b.) Konkretisierung anhand von Sachbereichen	198
B. Gerichtliche Kontrolle	200
I. Unionsrecht	200
1.) Institutionelle Rahmenbedingungen.....	200

2.) Die Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung	
des EuGH.....	203
a.) Pornographie.....	204
b.) Prostitution.....	208
c.) Glücksspiel.....	212
d.) Grenzbereiche menschlichen Lebens.....	214
e.) Zwischenergebnis.....	217
3.) Entscheidungstopoi des EuGH im Rahmen der	
Verhältnismäßigkeit.....	218
a.) Europäischer Konsens.....	219
i.) Konsens als Auslegungsmaßstab.....	219
ii.) Wirkung bei Freiheitsbeschränkungen	
aus Gründen von Ethik und Moral.....	220
b.) Vorbehalt des Gesetzes und Kohärenz.....	222
i.) Dogmatische Verankerung des	
Kohärenzgebotes.....	225
ii.) Kohärenz als Kriterium zur Bestimmung der	
„Geeignetheit“.....	227
iii.) Reichweite des Kohärenzgebotes.....	231
4.) Zusammenfassung und Bewertung.....	234
II. Europäische Menschenrechtskonvention.....	235
1.) Institutionelle Rahmenbedingungen.....	235
2.) Die Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung	
des EGMR.....	236
a.) Pornographie.....	237
b.) Homosexualität.....	241
c.) Sterbehilfe.....	243
d.) Geschwisterinzest.....	245
e.) Schwangerschaftsabbrüche.....	246
f.) Fortpflanzungsmedizin.....	256
g.) Zwischenergebnis.....	259

3.) Entscheidungstopoi des EGMR im Rahmen der Verhältnismäßigkeit.....	263
a.) Die demokratische Gesellschaft	263
b.) Die Margin of appreciation-Doktrin	266
i.) Entwicklung und Anwendungsbereich.....	269
ii.) Schutzzweck der Maßnahme	272
iii.) Stellenwert der beschränkten Rechte	274
iv.) Hierarchie der Konventionsrechte	277
c.) Europäischer Konsens	278
i.) Wirkung.....	279
ii.) Kritik	281
iii.) Nichtanwendbarkeit der „Konsens-Doktrin“ ..	286
d.) Kohärenz staatlicher Maßnahmen.....	288
4.) Zusammenfassung und Bewertung	290
C. Ergebnis	292

3. Kapitel – Ethik und Moral im Völkerrecht..... 295

A. Typologie.....	295
I. Überblick	295
II. Interpretationsversuche	296
1.) Spezifische Auslegungsregeln.....	296
2.) Wortlautauslegung.....	297
3.) Systematisch-teleologische Auslegung	300
4.) Historische Auslegung	302
5.) Die öffentliche Moral im Welthandelsrecht als Auffangtatbestand für Menschenrechtsverletzungen?	306
6.) „Moral“ in der Rechtsanwendungspraxis der Entscheidungsgremien	308
a.) „Moral“ in der Entscheidungspraxis der WTO-Streitbeilegungsorgane.....	311

i.) Glücksspiel	311
ii.) Importkontrolle für Medienerzeugnisse	315
iii.) Import und Vermarktung von Seehund-Produkten	317
b.) „Moral“ in der Entscheidungspraxis des UN-Menschenrechtsausschusses	321
i.) Homosexualität in den Medien.....	321
ii.) Meinungsfreiheit und Religion.....	323
iii.) Strafbarkeit männlicher Homosexualität	324
iv.) Zwergenweitwurf	326
v.) Ausschluss der Öffentlichkeit bei Gerichtsverfahren.....	327
7.) Extraterritoriale Wirkung der öffentlichen Moral?	328
III. Zusammenfassug: Keine abschließende Definition von Moral.....	331
B. Internationale Kontrolle.....	332
I. Institutionelle Rahmenbedingungen.....	333
II. Die Rechtfertigungsprüfung durch internationale Streitbelegungsorgane	335
1.) Übergeordnete Kontrolle durch die WTO- Streitbelegungsorgane	336
a.) Die Rechtssache US-Gambling and Betting	336
i.) Panel Report.....	336
ii.) Appellate Body Report.....	339
b.) Die Rechtssache China-Import of Publications and Audiovisiual Products	341
i.) Panel Report.....	341
ii.) Appellate Body Report.....	343
c.) Die Rechtssache EC-Seal Products	344
i.) Panel Report.....	344
ii.) Appellate Body Report.....	346

2.) Übergeordnete Kontrolle durch den	
UN-Menschenrechtsausschuss.....	348
a.) Homosexualität in den Medien.....	348
b.) Meinungsfreiheit und Religion.....	349
c.) Strafbarkeit männlicher Homosexualität	350
d.) Zwergenweitwurf	351
III. Elemente einer übergeordneten Kontrolle durch die	
WTO-Streibeilegungsorgane und den	
UN-Menschenrechtsausschuss.....	352
1.) Die Margin of Appreciation-Doktrin in der	
Rechtspraxis	352
a.) WTO-Recht.....	352
b.) UN-Zivilpakt.....	355
2.) Grenzen der Margin of Appreciation-Doktrin	358
a.) Die Notwendigkeit einer Beschränkung	358
i.) WTO-Recht.....	358
ii.) UN-Zivilpakt.....	361
b.) Beweislastverteilung.....	363
i.) WTO-Recht.....	363
ii.) UN-Zivilpakt.....	365
c.) Der Einfluss eines gesellschaftlichen	
Konsenses	366
i.) WTO-Recht.....	366
ii.) UN-Zivilpakt.....	368
d.) Das Kohärenzgebot als Filter für	
missbräuchliche Rechtsanwendung.....	369
i.) WTO-Recht.....	369
ii.) UN-Zivilpakt.....	371
C. Ergebnis.....	372
I. WTO-Recht	372
II. UN-Zivilpakt.....	373

4. Kapitel – Freiheitsbeschränkungen aus Gründen von Ethik und Moral im rechtsordnungsübergreifenden Vergleich	375
A. Anwendungsfälle von Ethik und Moral als Schranken für Freiheitsrechte.....	375
I. Sexualmoral	375
II. Grenzbereiche des menschlichen Lebens	378
III. Glücksspiel und Audiovisuelle Produkte.....	382
IV. Zwischenergebnis.....	383
B. Die materielle Bedeutung ethisch-moralischer Rechtsbegriffe	384
I. Ethik und Moral in Deutschland als Ausdruck eines sozialethischen Gesellschaftskonsenses	384
II. Ethik und Moral in Europa als Verweise auf nationale Moralvorstellungen	389
III. Ethik und Moral im Völkerrecht als Verweise auf nationale Moralvorstellungen	391
IV. Gesellschaftlicher Wertekonsens versus autonome Rechtsauslegung.....	393
1.) Gesetzgeberische Ermächtigung zur Inkorporation außerrechtlicher Wertvorstellungen.....	393
2.) Die Funktionen des gesellschaftlichen Konsenses im deutschen Recht	394
3.) Konsens als Abwägungsinstrument im europäischen und internationalen Recht.....	396
4.) Ermittlung eines gesellschaftlichen Konsenses im europäischen und internationalen Recht.....	399
V. Zusammenfassung	401
C. Die Schutzrichtung ethisch-moralischer Schranken.....	401
I. Deutsche Sittenbegriffe als Ausdruck ethischer Gebundenheit des Individuums	402

II. Ethik und Moral im Unions- und Völkerrecht als Ausdruck staatlicher Heterogenität.....	403
1.) Unionsrecht	403
2.) EMRK und Völkerrecht.....	405
D. Gerichtliche Kontrolle	406
I. Die „Notwendigkeit (in einer demokratischen Gesellschaft)“ als dogmatischer Anknüpfungspunkt für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht.....	407
1.) Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeit in den Völkerrechtsordnungen.....	407
2.) Die „demokratische Gesellschaft“ als Sicherungsmechanismus für demokratische Mindeststandards.....	412
II. Entscheidungsfreiräume bei Freiheitsbeschränkungen aus Gründen von Ethik und Moral.....	413
1.) Die Dogmatik der Beurteilungsspielräume im deutschen Recht und die Überprüfung unbestimmter Sitten- und Moralbegriffe.....	413
2.) Die Margin of Appreciation-Doktrin	416
a.) Reichweite der Doktrin im europäischen Recht.....	416
b.) Reichweite der Doktrin im WTO-Recht.....	419
c.) Reichweite der Doktrin im UN-Zivilpakt	420
3.) Dogmatische Anknüpfungspunkte für hoheitliche Entscheidungsfreiräume	421
a.) Horizontale Gewaltenteilung im deutschen Recht.....	421

b.) Vertikale Gewalten- und Kompetenzverteilung im europäischen und internationalen Recht.....	423
III. Einschränkungen durch den staatenüberfreifenden Gesellschaftskonsens.....	425
IV. Das Kohärenzgebot als objektives Entscheidungskriterium	427
E. Ergebnis	431
5. Kapitel - Zusammenfassung in Thesen	433
Literaturverzeichnis	439