

Marie-Claire Foblets / Dirk Hanschel / Armin Höland (Hg.)

Grenzen des Rechts



Universitätsverlag Halle-Wittenberg **uvHW**

Grenzen des Rechts

Marie-Claire Foblets / Dirk Hanschel / Armin Höland (Hg.)

Grenzen des Rechts

Das Projekt wurde gefördert von der Studienstiftung des deutschen Volkes.

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

CLXXXVIII

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2018

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ISBN 978-3-86977-187-8

Danksagung

Die Herausgeber danken der Studienstiftung des deutschen Volkes für die finanzielle und ideelle Förderung dieser Publikation, Herrn Peter Junkermann für die engagierte Betreuung und professionelle Drucklegung sowie dem Mitarbeiterteam am Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales öffentliches Recht, insbesondere Herrn Carsten Schenke, Herrn Frederick Qasem sowie Herrn Stev Zabel, für die tatkräftige redaktionelle Unterstützung.

Inhaltsverzeichnis

Grenzen des Rechts? – Zum Geleit.	9
REINHARD ZIMMERMANN	
Einleitung: Das Recht hat seine Grenzen. Blicke aus unterschiedlichen Richtungen auf eine vernachlässigte Wirklichkeit.	13
VON MARIE-CLAIRE FOBLETS, DIRK HANSCHEL UND ARMIN HÖLAND	
Erstes Kapitel: Nichtteilnahme als Grenzphänomen zwischenstaatlicher Gerichts- und Schiedsverfahren – die Fälle South China Sea und Arctic Sunrise.	39
VON ALEXANDER WENTKER	
Zweites Kapitel: Wer über Sicherheit redet, kann über Freiheit nicht schweigen	91
VON LUDWIG MAIDOWSKI	
Drittes Kapitel: Gnade im säkularen Staat.	117
VON SEBASTIAN SCHWAB	
Viertes Kapitel: Überwindung der Grenzen im deutschen Aufenthaltsrecht? – Die Härtefallregelung des § 23a AufenthG.	157
VON PATRICIA TRAPP	

Fünftes Kapitel: Die Grenzen des Rechts im Schutz vor sexueller Belästigung – eine Untersuchung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung des § 184i StGB unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Betroffenheit der Geschlechter	187
VON ALICE BERTRAM	
Sechstes Kapitel: Adat, Agamben und die Aushandlung von Grenzen: Konstituierung von Rechtspluralismus in Yogyakarta, Indonesien	213
VON TIM PÖHLMANN	
Siebttes Kapitel: Politische Grenzen: Vorbereitung einer Typologie.	245
VON LENNART BENZ	
Autorenverzeichnis.	277

Grenzen des Rechts? – Zum Geleit

„Eheleute dürfen einander die eheliche Pflicht anhaltend nicht versagen. Wenn deren Leistung der Gesundheit des einen oder anderen Ehegatten nachtheilig seyn würde, kann sie nicht gefordert werden. Auch säugende Ehefrauen verweigern die Beywohnung mit Recht.“ Diese Regelungen entstammen dem Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794; sie finden sich dort in den §§ 178–180 II 1. An anderer Stelle in demselben Gesetzbuch heißt es (§§ 67–69 II 2): „Eine gesunde Mutter ist ihr Kind selbst zu säugen verpflichtet. Wie lange sie aber dem Kinde die Brust reichen solle, hängt von der Bestimmung des Vaters ab. Doch muss dieser, wenn die Gesundheit der Mutter oder des Kindes unter seiner Bestimmung leiden würde, dem Gutachten der Sachverständigen sich unterwerfen.“ Derartige Vorschriften erscheinen uns heutzutage einigermaßen absurd: es ist nach unserem wohl allgemein getheilten Verständnis nicht Aufgabe des staatlichen Gesetzgebers, derart intime Details des familiären Zusammenlebens zu regeln. Schon *C.F. Koch*, von 1829–1854 Richter an verschiedenen preußischen Gerichten, konnte nur den Kopf schütteln. „Was heißt das?“, schrieb er in seinem Landrechts-Kommentar *à propos* „anhaltend“ in § 178 II 1: „Wie mag einer sittsamen Frau zugemuthet werden, diesen Punkt vor ihr völlig fremden Mannspersonen zu verhandeln!“ Und zur Säugpflicht der Mutter merkte er an: „Die Sitte ist besser als das Gesetz: keinem Menschen fällt es ein, eine Klage aus diesem Paragraphen vor den Richter zu bringen. Eine solche ist wohl noch nie dagewesen.“

Wenn wir derartige Regelungen im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr finden, hat sich dann seit 1794 eine Verschiebung im Verhältnis von Recht und Sitte ergeben? Haben wir es hier also jetzt mit einer „Grenze des Rechts“ zu tun? In gewisser Weise sicherlich, da der Gesetzgeber eine Regelung als unpassend erachtet. Doch ist es eben der Gesetzgeber, der sich hier (bewusst) zurückhält; es liegt eine Selbstbeschränkung vor. Vor allem aber enthält der Gesetzgeber sich nur einer *detaillierten* Regelung. Denn ein rechtsfreier Raum sind das eheliche Intimleben und die Versorgung eines Säuglings keineswegs. Vielmehr sind Ehegatten nach § 1353 (1) Satz 2 einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet. „Ob [aus dieser Norm] eine Rechtspflicht zur Geschlechtsgemeinschaft ... besteht, ist

offen. Nach heutigem Eheverständnis sollte dieser Bereich eher der Absprache der Ehegatten über ihr Eheleben überlassen bleiben und der Staat sich enthalten, solange er nicht zur Erfüllung seiner Schutzfunktion berufen ist“, heißt es dazu in dem gängigsten Kommentar zum BGB, im Palandt. Eine ähnliche Generalklausel findet sich im Kindschaftsrecht: „Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen. Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes ...“ (§ 1626 (1) BGB). Dass das Recht in bestimmten Situationen eingzugreifen hat („Schutzfunktion“) und tatsächlich auch eingreift, weiß jeder, der sich mit dem Thema Vergewaltigung in der Ehe befasst hat oder der die Fälle verfolgt, in denen Eltern ihre Kinder schwer vernachlässigen.

Haben sich Recht und Rechtsempfinden also in diesem Bereich über zwei Jahrhunderte hinweg dergestalt geändert, dass eine bis weit in die Intimsphäre reichende Detailregelung durch Generalklauseln ersetzt wurde, so gibt es auch Beispiele für die umgekehrte Entwicklung. So sind nach der Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG (umgesetzt in den §§ 491 ff. BGB) „in klarer, prägnanter Form“ Angaben zu machen, die in Art. 10 (2) der Richtlinie in 22 Buchstaben aufgezählt sind, darunter solche über das Recht auf vorzeitige Rückzahlung, das Verfahren bei vorzeitiger Rückzahlung und gegebenenfalls Informationen zum Anspruch des Kreditgebers auf Entschädigung sowie zur Art der Berechnung dieser Entschädigung und über die einzuhaltenden Modalitäten bei der Ausübung des Rechts auf Kündigung des Kreditvertrages. Ob dem Verbraucher in diesem und anderen Fällen, in denen das EU-Sekundärrecht detaillierteste Informationspflichten statuiert, mit der auf ihn einprasselnden Fülle von Angaben tatsächlich ein Dienst erwiesen wird, ist die eine Frage (Stichwort: *information overload*). Die andere ist, ob eine derartige Regulierungswut den am Rechtsleben Beteiligten nicht bis weit ins 20. Jahrhundert hinein als ganz und gar skurrile Form des Paternalismus erschienen wäre. Wer einen Vertrag schloss, war jedenfalls im Prinzip selbst dafür verantwortlich, die relevanten Informationen zu beschaffen, und in deutlich stärkerem Maße als heute war der Inhalt eines Vertrages der Freiheit der Parteien anheimgegeben. Das heißt jedoch nicht, dass, zum Beispiel im 19. Jahrhundert, eine „Freiheit ohne Grenzen“ gegolten hätte. So gab es Generalklauseln wie die *exceptio doli generalis*, die einen Missbrauch der Vertragsfreiheit verhindern konnten.

Das Recht kann also, soweit die Beziehungen der Bürger untereinander betroffen sind, Freiheitsräume eröffnen, in denen jeder nach Willkür verfahren kann; die Privatautonomie im Vertragsrecht bietet ein gutes Beispiel. Es gibt aber stets auch Schranken, seien sie generalklauselartig wie die guten Sitten (§ 138 (1) BGB) oder sehr spezifisch wie die Verbraucherschutzgesetzgebung. Wie stark das Recht die

Privatautonomie beschränken sollte, kann eine Rechtsgemeinschaft im Laufe der Zeiten unterschiedlich beurteilen; Unterschiede können aber auch von Land zu Land bestehen. Für das Familienrecht gilt dasselbe (Homosexuelle dürfen heute heiraten, aber die Eheschließung mit mehreren Personen ist nach wie vor verboten), für die anderen Bereiche des Privatrechts ebenfalls. Besonders augenfällig ist dies etwa für das Erbrecht. Jeder Erblasser kann grundsätzlich frei über sein Vermögen von Todes wegen disponieren. Doch erzwingt das Recht jedenfalls in Deutschland mit dem Pflichtteil ein Mindestmaß an familiärer Solidarität; es versucht sicherzustellen, dass der letzte Wille eines Erblassers, auch etwa eines sehr alten Erblassers im Pflegeheim, tatsächlich Ausdruck seiner Selbstbestimmung ist; es verbietet die Delegation der Befugnis, ein Testament zu errichten (§ 2065 (2) BGB); und es verlangt die Einhaltung eines sittlichen Minimalstandards, der üblicherweise in der Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ausgedrückt wird. Auch Formvorschriften (bei uns das handschriftliche oder notarielle Testament) lassen sich als Grenzen der Testierfreiheit begreifen. Doch sind diese Grenzen nicht überall identisch. So kennt das englische Recht keinen Pflichtteil, das niederländische Recht erlaubt kein privatschriftliches Testament, das französische Recht kennt keine Erbeinsetzung („institution d’héritier n’a lieu“; der Nachlass kann also nur im Wege von Vermächtnissen verteilt werden), während nach katalanischem Erbrecht, umgekehrt, die Wirksamkeit eines Testaments die Einsetzung eines Erben gerade voraussetzt. Hier ergeben sich interessante Fragen für die Disziplin der Rechtsvergleichung. Überall jedoch handelt es sich um eine in der einen oder anderen Weise rechtlich eingehegte Freiheit. Das lässt sich, denke ich, verallgemeinern, jedenfalls für den Bereich des Privatrechts, und in diesem Sinne lässt sich deshalb sagen, dass es vollkommen rechtsfreie Räume, in diesem Sinne also absolute Grenzen des Rechts, nicht gibt.

Angesichts des in Art. 20 (3) des Grundgesetzes verankerten Rechtsstaatsprinzips sollte dasselbe im öffentlichen Recht gelten. Zwar hat sich diese Erkenntnis erst langsam durchgesetzt. So wurde noch bis in die 1970’er Jahre von „besonderen Gewaltverhältnissen“ gesprochen, in denen die Grundrechte nicht oder nur eingeschränkt galten. Hierzu gehörten Strafvollzug, Wehrdienst, Schule und Beamtenstatus. Von dieser Vorstellung hat man sich heute jedoch gelöst. Zwar können die Grundrechte in derartigen Sonderrechtsverhältnissen eingeschränkt werden, doch gilt hier zum einen der Parlamentsvorbehalt und zum anderen eine am Zweck des Sonderrechtsverhältnisses orientierte Erforderlichkeitsschranke. – Einen Gegensatz zu Recht und Gesetz scheint auch die Gnade zu bilden, in Deutschland also etwa die Möglichkeit eines Gnadenerweises „im Einzelfall“ durch den Bundespräsidenten. Historisch mag es sich dabei um einen Traditionsrest monarchischer Pri-

vilegien handeln. Doch bildet im demokratischen Rechtsstaat auch die Gnade keine Grenze des Rechts. Das zeigt sich schon daran, dass das Grundgesetz in Art. 60 (2) ein Begnadigungs*recht* anerkennt und es ausdrücklich dem Bundespräsidenten zuspricht. Hinzu kommt, dass eine Gnadenentscheidung der Gegenzeichnung durch ein Mitglied der Bundesregierung bedarf. Auch wenn Gnadenentscheidungen gerichtlich nicht überprüfbar sein sollten (die Frage ist umstritten), handelt es sich hierbei doch, wie auch in der Einleitung zu dem vorliegenden Band hervorgehoben wird, um ein *Rechtsinstitut*.

„Gnade im säkulären Staat“ ist eines der Themen, denen in diesem Band ein eigenes Kapitel gewidmet ist. Es ist, wie auch die anderen sechs Kapitel, von einem Stipendiaten der Studienstiftung des deutschen Volkes verfasst worden. Alle Autoren behandeln das Oberthema möglicher Grenzen des Rechts aus jeweils unterschiedlichen Perspektiven und in unterschiedlichen sachlichen Zusammenhängen, und sie bieten damit reizvolle Reflexionen zu einer wichtigen und im täglichen Getriebe von Rechtspraxis und Juristenausbildung allzu stark vernachlässigten Problematik. Dabei wird der Fokus immer wieder auf die Frage der Rechtsdurchsetzung und damit des Verfahrens gelenkt; und in der Tat scheinen auch mir eben hier die wirkungsvollsten und gleichzeitig schmerzlichsten Grenzen des Rechts zu liegen.

Entstanden sind alle hier veröffentlichten Beiträge im Rahmen der gemeinsamen Arbeit eines Gesellschaftswissenschaftlichen Kollegs der Studienstiftung. Allen an diesem Kolleg Beteiligten, Marie-Claire Foblets und ihren beiden Kollegen Dirk Hanschel und Armin Höland wie den mitwirkenden Stipendiatinnen und Stipendiaten, danke ich sehr herzlich für ihren Ideenreichtum und Enthusiasmus, die das Kolleg zum Erfolg geführt haben. Dem daraus entstandenen Buch wünsche ich viele Leser!

Hamburg, im Juli 2018

Reinhard Zimmermann
Präsident der Studienstiftung

Einleitung:
Das Recht hat seine Grenzen. Blicke aus unterschiedlichen
Richtungen auf eine vernachlässigte Wirklichkeit.

Marie-Claire Foblets, Dirk Hanschel und Armin Höland

Entstanden ist diese Veröffentlichung aus dem Lehrveranstaltungsformat eines „Gesellschaftswissenschaftlichen Kollegs“, das sich über einen Zeitraum von zwei Jahren, genauer von 2015 bis 2017, erstreckte und von der Studienstiftung des deutschen Volkes organisiert wurde. Gesellschaftswissenschaftliche Kollegs bieten Themenprogramme, die auf vier akademische Semester ausgelegt sind und jungen Studierenden an deutschen Universitäten die Möglichkeit eröffnen wollen, sich auf eine vertiefte interdisziplinäre Befassung mit einem Themenfeld einzulassen, das die Studienstiftung mehrere Monate vorher festlegt und für das sie im Anschluss ihre Veröffentlichungskanäle zur Verfügung stellt. Damit wird den Studierenden die Möglichkeit eröffnet, aus dem Angebot des wissenschaftlichen Programms der Stiftung das ihnen entsprechende Thema auszuwählen. Die Schwerpunkte verändern sich von Jahr zu Jahr. Mit ihrer Anmeldung für ein bestimmtes Thema signalisieren die Studierenden nicht nur ihr Interesse, sondern entscheiden sich auch dafür, über zwei aufeinander folgende Jahre an dem jeweiligen Inhalt gewidmeten Programm mitzuwirken, das sich auf vier Wochen voller Begegnungen und intensiver Diskussionen verteilt. Das Ziel ist, den intellektuellen Horizont der Teilnehmerinnen und Teilnehmer dadurch zu erweitern, dass sie sich an Fragestellungen und Analysen reiben, die ihnen nicht mit derselben Tiefe im Rahmen ihrer universitären Ausbildung geboten werden können. Der Wettbewerb um die Zulassung ist stark, die Studierenden werden nach ihrem Studienprofil und ihrer Motivation ausgewählt.

Auf diese Weise lernten wir die sieben Autorinnen und Autoren kennen, die bereit waren, zu dem vorliegenden Band beizutragen. Zu Beginn des Kollegs studierten sie noch alle, die Mehrzahl von ihnen Rechtswissenschaft. Sie hatten sich für das Programm „Limits of the Law“ beworben, das wir der Studienstiftung vorgeschlagen hatten und für das wir bereit waren, die wissenschaftliche Verantwor-

tung zu übernehmen. Insgesamt 18 Studierende haben an dem zweijährigen Kolleg von Anfang bis Ende teilgenommen. Aus gut verständlichen Gründen, vor allem wegen der zahlreichen parallelen Verpflichtungen in ihrem Universitätsstudium, konnten nicht alle die nötige Zeit aufbringen, um den Text ihrer Seminararbeiten in eine für eine wissenschaftliche Publikation geeignete Ausarbeitung zu bringen. Wir freuen uns umso mehr, dass den sieben Autorinnen und Autoren diese Anstrengung gelungen ist. Doch bleiben wir auch den anderen in Anerkennung verbunden, deren Arbeiten nicht in diesen Band aufgenommen wurden, die aber – jeder und jede auf seine und ihre Weise – durch die Wahl und Bearbeitung ihres Themas, durch die aktive Beteiligung an unseren Diskussionen während der insgesamt vier Wochen dauernden Bildungserfahrung und durch ihre zahlreichen Gedanken, die auch ohne ausdrückliche Erwähnung in die letztlich erreichte Fassung dieser Veröffentlichungen Eingang gefunden haben, mitgewirkt haben.¹

In dieser Einleitung werden wir, wenn auch in gebotener Kürze, an das Thema unseres Kollegs heranzuführen. Warum haben wir als Thema die Grenzen des Rechts gewählt? Im Anschluss daran werden wir versuchen aufzuzeigen, wie jeder der hier versammelten sieben Beiträge auf seine Weise das Thema anschaulich machen kann. Es liegt auf der Hand, dass die sieben Buchbeiträge das Thema nicht erschöpfen, aber sie können seinen Umfang sichtbar machen. Ebenso liegt auf der Hand, dass man sich ohne Mühe eine Vielzahl anderer Situationen und Problematiken vorstellen kann, die die Grenzen des Rechts aufzeigen könnten. Eben hierin liegt die Botschaft, die die Veröffentlichung durchzieht: Für ein angemessenes Verständnis der realistischen Erwartungen, die mit der Rolle des positiven Rechts für die Regulierung des Lebens in der Gesellschaft verbunden sind, aber auch, und vielleicht vor allem, für das Verständnis nicht vernünftiger Erwartungen muss man sich der Grenzen des Rechts bewusst werden, das heißt der Rolle, die das Recht nicht annehmen kann – es sei denn, es wollte hierüber täuschen.

Es kann gut sein, dass der in diesem Band verfolgte Ansatz Juristen, die ein positivistisches Verständnis von Recht pflegen, missfällt. Denn er legt in gewisser Hinsicht den Finger in die Wunde einer oftmals zu engen Vorstellung von Recht, einer Vorstellung, die sich ausschließlich auf das von einem Staat und seinen Einrichtungen gegebene oder anerkannte Recht und auf die hierdurch ermöglichten Lösungen bezieht. Tatsächlich aber muss man sich, um zu verstehen, wie das Recht im alltäglichen Leben der Menschen wirkt, für die Gesamtheit der Erwartungen

1 In diesem Sinne bedanken wir uns bei Lukas von Brasch, Maike Carstensen, Lucia Franke, Valentin Hacken, Monika Harten, Tim Hildebrandt, Samuel Kirsch, Fabian Kritzer, Philipp Morten Martin, Pia Storf, Tjerk Wehland.

und Notwendigkeiten interessieren, der unmittelbaren wie der weniger unmittelbaren, auf deren Grundlage sich ihr Leben vollzieht, und auch dafür, wie die Erwartungen verhandelt und erneuert oder auch, im Gegenteil, enttäuscht werden.² Sicherlich sind bei weitem nicht alle Erwartungen auf direkte oder indirekte Weise (insbesondere durch bestimmte Vorkehrungen und Einrichtungen) durch das positive Recht geregelt. Manche Erwartungen sind dem Recht nicht bekannt oder auch untersagt, was nicht verhindert, dass sie gleichwohl in der Wirklichkeit existieren.³ Das vom Staat und seinen Einrichtungen verkündete Recht bestimmt in mehr oder weniger intensiver Weise das Leben der Menschen, aber es ist bei weitem nicht der einzige Bezugsrahmen.⁴ Es wäre ein offenkundiger Irrtum, die Grenzen des Rechts nicht als solche anzuerkennen und hieraus die gebotenen Schlussfolgerungen zu ziehen.

Das führt uns zu unserem tragenden Motiv, das hinter der Festlegung des Themas dieses Buches steht, den Grenzen des Rechts. Der Entscheidung liegt die Erkenntnis zugrunde, dass die Art und Weise, wie vielerorts die verschiedenen Teilbereiche des nationalen sowie internationalen Rechts in seinen verschiedenen Bereichen gelehrt werden, sei es an den juristischen Fakultäten oder auch in den angrenzenden wissenschaftlichen Disziplinen, wie der Kriminologie, der Politischen Wissenschaften oder der Wirtschaftswissenschaften, um nur einige zu nennen, eine zuweilen recht technische Art der Wissensvermittlung ist. Sie konzentriert sich auf das Erlernen der Regeln des positiven Rechts, auf die Auslegung und auf die häufig komplexen Fragen, die mit seiner Anwendung verbunden sind. Auch damit verbindet sich, nicht zuletzt angesichts der dogmatischen Durchdringung dieser Regelwerke, ein wissenschaftlicher Anspruch.

Die Situationen, in denen es dem positiven Recht aus der Sicht der betroffenen Parteien nicht gelingt, eine angemessene Antwort zu finden, finden indes oft nicht dieselbe Aufmerksamkeit.⁵ Ist das positive Recht offen und wenig genau formuliert, erzeugt und unterhält es aus diesem Grunde Zweifel oder bewirkt jedenfalls, dass eine mehr oder weniger große rechtliche Unsicherheit im Hinblick auf die Lösung einer bestimmten Frage in einer bestimmten Situation besteht.⁶ Ist das

2 Siehe unter anderem: C. Greenhouse, B. Yngvesson & D. Engel, *Law and Community in Three American Towns*, Ithaca, Cornell University Press, 1994; A. Sarat, Th. R. Kearns (Hrsg.), *Law in Everyday life*, Ann Harbor, University of Michigan Press, 1995.

3 Siehe unter anderem: J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 1979; R.C. Ellickson, *Order without Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991; M. Davies, *Delimiting the Law*, London, Pluto Press, 1996; D. De Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Paris, O. Jacob, 1997.

4 G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pédone, 1935.

5 Siehe unter anderem: M.D. Goldhaber, *A People's History of the European Court of Human Rights*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2007.

Recht hingegen schon betagt, weil es aus einer anderen Zeit stammt, dann ist es den Zwängen der Wirklichkeit in der Gegenwart oft nicht mehr gewachsen. Der Mangel an Entsprechung kann verschiedene Ursachen haben. So kann es sein, dass sich die Wertvorstellungen der Gesellschaft seit dem Erlass des Gesetzes geändert haben. Es kann auch sein, dass bestimmte neue Technologien Situationen hervorgebracht haben, die zum Zeitpunkt des Erlasses der Gesetzesvorschriften noch nicht vorstellbar waren oder vom damaligen Gesetzgeber nicht in seine Vorstellungswelt aufgenommen wurden. Unter der einen wie der anderen Hypothese ist es nicht selten, dass die Regeln des positiven Rechts und/oder die Grundsätze, auf denen sie aufbauen, in einem solchen Maße von der empirischen Wirklichkeit der von der rechtlichen Regelung betroffenen Menschen entfernt sind, dass es einer gewissen Kreativität bedarf, um Lösungen zu finden, die an ihre unmittelbaren Bedürfnisse angepasst sind.⁷ Diese Lösungen müssen dem geltenden Recht nicht notwendigerweise widersprechen; sie berücksichtigen jedoch den konkreten Anwendungszusammenhang und gestatten es damit, Recht und Wirklichkeit auf der Suche nach einer konkreten Lösung zu verbinden.⁸

Auch darüber hinaus gibt es viele andere Gründe und Situationen, die zur Feststellung zwingen, dass das Recht seine Grenzen hat. Um ein weiteres Beispiel anzuführen: Man muss nur auf die Verstärkung der Kontakte zwischen Gesellschaften, Kulturen und Gemeinschaften hinweisen, die sich in der Gegenwart überall unter unseren Augen vollzieht, mit ihrer Vervielfältigung auch von Situationen, die – sowohl im privaten Bereich als auch in der Öffentlichkeit– die Regelung von Rechtskonflikten erforderlich machen.⁹ Wiederum ein anderes Beispiel ist die Zunahme der Zahl von Identitäten, die Individuen für sich in Anspruch nehmen (indem sie sich auf den Schutz der persönlichen Rechte und Grundfreiheiten berufen) oder auch ganze Gemeinschaften (insbesondere bestimmte Minderheiten) geltend machen.¹⁰ In all diesen Fällen handelt es sich um Situationen, in denen *zugleich* verschiedene Systeme von Normen berücksichtigt und Lösungen dafür

6 Siehe unter anderem: G. Koubi, u.a. (Hrsg.), *Questions sensibles*, Paris, PUF, 1998.

7 Siehe unter anderem: G.P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought* (Kapitel 3: „Rules and Discretion“), New York/London, Oxford University Press, 1996; A. Garapon, I. Papadopoulos (Hrsg.), *Juger en Amérique et en France*, Paris, O. Jacob, 2003.

8 Siehe unter anderem: D.M. O'Brien (Hrsg.), *Judges on Judging, Views from the Bench*, Los Angeles, Sage, 2013.

9 Siehe unter anderem: P. Bramadat, M. Koenig (Hrsg.), *International Migration and the Governance of Religious Diversity*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009.

10 Siehe unter anderem: J. Tully, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993; M. Correll, *Der Begriff der Anerkennung und seine politische Bedeutung. Versuch einer theoretischen Ausdifferenzierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016.

gefunden werden müssen, auf welche konkrete und möglichst dauerhafte Weise diese Gleichzeitigkeit (die mehr oder weniger konfliktreich sein kann) gehandhabt werden kann.¹¹ Das positive Recht erweist sich als durch die Komplexität einer unaufhörlich wachsenden Zahl von Anwendungssituationen häufig überfordert.

Wie lassen sich die Grenzen des Rechts würdigen?

Das Ziel, das wir uns mit dem Projekt dieser Veröffentlichung gesetzt haben, besteht darin zu zeigen, wie bereichernd ein Ansatz sein kann, der, ohne auf der anderen Seite die Grenzen des positiven Rechts zu verteidigen, sich nicht darauf beschränkt zu erkunden, wie das positive Recht in einem sehr konkreten Zusammenhang möglicherweise oder tatsächlich bestimmte Situationen regelt, sondern für sich in Anspruch nimmt, möglichst genau die Grenzen des Rechts zu untersuchen und konkrete Fälle unzureichender rechtlicher Antworten auf individuelle Situationen zu identifizieren.

Das positive Recht ist heute in einem hohen Maße komplex, und die relevanten Regeln sind so zahlreich, dass die Vorbereitung auf einen praktischen Rechtsberuf, für den sich die große Mehrheit der Studierenden entscheidet, es erfordert, dass das Hauptaugenmerk auf das positive Recht und die zahlreichen Regeln seiner Anwendung und Durchsetzung gelegt werden muss. Die Studierenden werden sich ohnehin später an der Wirklichkeit reiben, und es wird für sie immer noch Zeit für die Erfahrung sein, dass das positive Recht in bestimmten Situationen nicht die gewünschte oder gedachte Lösung bereithält, und dass es häufiger als erwartet in gewisser Hinsicht an seine Grenzen stößt. Mit einer solchen Einstellung zur Rechtsausbildung werden die Studierenden indes selten ermutigt, sich die Tatsache bewusst zu machen, dass die Einwirkungskraft des positiven Rechts in vielen Fragen der sozialen Wirklichkeit notwendigerweise beschränkt bleibt, ob man das nun will oder nicht.

Noch vor wenigen Jahren hätte ein Buch wie das vorliegende Erstaunen hervorrufen können. Mittlerweile jedoch sind die Grenzen des positiven Rechts in Anbetracht bestimmter Situationen immer offenkundiger geworden.¹² Der Gedanke, ihnen besondere Aufmerksamkeit zu widmen, ist mit dieser Beobachtung verbunden und dürfte daher nicht überraschen. Mit unserer Bereitschaft, eine Arbeitsgemeinschaft unter dem Titel „Limits of the Law“ zu leiten, haben wir das Anliegen verbunden, den hierfür angemeldeten Studierenden die Möglichkeit zu eröffnen, sich mit relativ häufigen Situationen zu befassen, die im positiven Recht

11 Siehe unter anderem: R. Schweder, u.a. (Hrsg.), *Engaging Cultural Differences. The Multicultural Challenge in Liberal Democracies*, New York, Russell Sage Foundation, 2002.

12 A. Sarat, u.A. (Hrsg.), *The Limits of Law*, Stanford, Stanford University Press, 2005; E. Claes, u.a. (Hrsg.), *Facing the Limits of the Law*, Berlin, Springer, 2009.

keine Lösung finden und / oder für die es überhaupt keine angemessene Behandlung gibt oder die sich vorzugsweise ohne professionelles juristisches Eingreifen regeln lassen. Leiten ließ sich unsere Initiative von dem Gedanken, den Studierenden mit Hilfe konkreter, aus der unmittelbaren Erfahrungswelt entnommener Anschauungsbeispiele zum Erkennen und Verstehen zu verhelfen, dass das Recht, das sie im Rahmen ihrer universitären Ausbildung studieren, zusätzlich an Gehalt gewinnt, wenn es als eine Ordnung verstanden wird, die nicht für jede Situation eine Antwort bereithält, sondern im Gegenteil eine Gesamtheit von Regeln und Prinzipien bildet, die sich ständig in Entwicklung befinden. Dazu gehört auch, dass rechtliche Regeln, die oft einen langen institutionellen Weg zu gehen haben, bevor sie als bindendes Recht gelten können, sich naturgemäß weniger leicht auf Neues einrichten als gesellschaftliche Dynamiken und Veränderungen es tun können. Man könnte von dem – im gewissen Rahmen wohl notwendigen – Zurückbleiben des (positiven) Rechts im Verhältnis zur Gesellschaft sprechen.

Ein augenfälliges Beispiel für das Zurückbleiben des positiven Rechts, vor allem im Hinblick auf die gesellschaftliche Entwicklung in verschiedenen Ländern Europas, ist die Zunahme der Individualisierung.¹³ Es ist nicht übertrieben zu behaupten, dass sie das positive Recht seit einigen Jahrzehnten dadurch geradezu umstürzt, dass sie die Gesetzgeber überall in der Welt, insbesondere aber in demokratischen Gesellschaften, ständig zwingt, die Regeln des Rechts mit dem Ziel zu verändern, Menschen in einer immer deutlicher sichtbar werdenden Weise zu gestatten, die Verantwortung für ihr eigenes Leben zu übernehmen und dabei den Schutz der Verwirklichung ihrer Selbstbestimmung durch das Recht zu erwarten.¹⁴ Ob es sich nun um die Pluralisierung von Familienmodellen handelt, die Vereinfachung der Regeln des Verlassens einer Partnerschaftsbeziehung, den Rückgriff auf medizinisch unterstützte Fortpflanzung und / oder die Leihmutterchaft, den Schutz der physischen Integrität von Menschen, die Einführung des Prinzips der angemessenen Anpassung (*l'accommodement raisonnable*) im Kampf gegen indirekte Diskriminierungen oder andere Situationen¹⁵ – jedes Mal bedurfte es des Drucks auf die Gesetzgeber, um angepasstes Recht zu erreichen. Es bedurfte gerichtlicher Klagen, Solidaritätskampagnen, medialer Unterstützung und anderer Druckmittel.

13 A. Phillips, *Multiculturalism without Culture*, Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2007; M. Hecquard-Théron (Hrsg.), *Solidarité(s): Perspectives juridiques*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse I, 2009.

14 G. Britz, *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008; S. Benhabib, *Kulturelle Vielfalt und demokratische Gleichheit. Politische Partizipation in Zeitalter der Globalisierung*, Frankfurt a/M, S. Fischer Verlag, 2015.

15 St. Tierney, *Accommodating Cultural Diversity*, Burlington, Ashgate, 2007.

Wie lassen sich die Grenzen des Rechts würdigen? Entstanden ist diese Veröffentlichung aus dem Lehrveranstaltungsformat eines „Gesellschaftswissenschaftlichen Kollegs“, das sich unter dem Titel „Die Grenzen des (staatlichen) Rechts“ über einen Zeitraum von zwei Jahren, genauer von 2015 bis 2017, erstreckte und von der Studienstiftung des deutschen Volkes organisiert wurde. Das Ziel besteht darin zu zeigen, wie bereichernd ein Ansatz sein kann, der sich nicht darauf beschränkt zu erkunden, wie das positive Recht bestimmte Situationen regelt, sondern für sich in Anspruch nimmt, möglichst genau die Grenzen des Rechts zu untersuchen und konkrete Fälle unzureichender rechtlicher Antworten auf individuelle Situationen zu identifizieren.

Noch vor wenigen Jahren hätte ein Buch wie das vorliegende manches Erstaunen hervorrufen können. Mittlerweile jedoch sind die Grenzen des positiven Rechts immer offenkundiger geworden. Der Gedanke, ihnen besondere Aufmerksamkeit zu wid-

men, ist mit dieser Beobachtung verbunden und dürfte daher nicht überraschen. Vor dem Hintergrund dieser und weiterer grundsätzlicher Überlegungen stellen sieben Studierende, die sich in der Schlussphase ihrer universitären Ausbildung befinden und die sich für Grenzen des Rechts interessieren, dem Leser in diesem Band ihre Sichtweisen hierauf vor. Sie bieten sieben Ansätze, die – jeder auf seine Weise – in gehaltvolle Analysen des Rechts münden, die das Recht nicht als eine geschlossene Gesamtheit von Regeln, sondern als einen Prozess der Entwicklung, des Wandels und der Anpassung beschreiben, der in seinem jeweiligen Kontext zu würdigen ist und hier seine Kraft entfaltet.

Indem man akzeptiert, dass das positive Recht nicht für alle Situationen die angemessene Lösung bereithält, lernt man auch zu akzeptieren, dass die Suche nach Gerechtigkeit damit nicht endet, sondern fortgesetzter Überprüfung und Bemühungen bedarf.