

Schriften zur Rechtslehre

Heft 54

Der rechtsfreie Raum

Zur Frage der normativen Grenzen des Rechts

Von

Dr. Heinrich Comes



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Heinrich Comes / Der rechtsfreie Raum

Schriften zur Rechtslehre

Heft 54

Der rechtsfreie Raum

Zur Frage der normativen Grenzen des Rechts

Von

Dr. Heinrich Comes



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Comes, Heinrich

Der rechtsfreie Raum: zur Frage d. normativen
Grenzen d. Rechts. — 1. Aufl. — Berlin: Duncker
und Humblot, 1976.

(Schriften zur Rechtslehre; H. 54)

ISBN 3-428-03754-5

Alle Rechte vorbehalten

1976 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1976 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 03754 5

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

Einführung	13
-------------------------	-----------

Kapitel I

Erste Begriffsannäherung **17**

1. Die vorgefundenen Bezeichnungen	17
2. Zur Methode	18
3. Die Bestandteile des Begriffs „rechtsfreier Raum“	19
4. Der Zusammenhang mit dem Rechtsbegriff	22

Kapitel II

Recht und rechtsfreier Raum Der rechtsphilosophische Ausgangspunkt **25**

1. Das Element der Durchsetzbarkeit	25
2. Das Element der Anerkennung	29
3. Inhaltliche Elemente	32
4. Das Zusammenspiel der Elemente im Rechtsbegriff	35
5. Folgerungen für den rechtsfreien Raum	38

Kapitel III

Der ausreichende Sozialbezug **41**

Kapitel IV

Rechtsfreier Raum und privatautonome Rechtsetzung (insbesondere am Beispiel der Gefälligkeitsverhältnisse) **45**

1. Gefälligkeit und Rechtsverbindlichkeit	45
2. Freiheit und Selbstbindung	47
3. Die zwingende Rechtsfreiheit	48
4. Die dispositive Rechtsfreiheit	54
5. Die bloß verabredete Unverbindlichkeit	57

Kapitel V

Quantitative und qualitative Betroffenheit	58
---	-----------

Kapitel VI

Recht und Rechtsfreiheit in persönlichen Verhältnissen (am Beispiel der Freundschaftsverhältnisse)	60
---	-----------

Kapitel VII

Der strafrechtliche Eingriff (am Beispiel des Sexualstrafrechts)	65
---	-----------

1. Die quantitative Betroffenheit	65
2. Die qualitative Betroffenheit	65
3. Die Autonomieforderung	69
4. Strafe als ultima ratio	70
5. Das Problem der außerrechtlichen Einflußnahme gesellschaftlicher Kräfte	71

Kapitel VIII

Gesellschaftliche Aspekte persönlicher Verhältnisse (am Beispiel des Eherechts)	73
--	-----------

1. Die problemspezifische Argumentation	73
2. Das Problem der „ehelichen Rechte und Pflichten“	75
a) Grenzen rechtlicher Regelung in primär persönlichen Bereichen ..	76
b) Die Berücksichtigung überindividueller Gesichtspunkte in primär persönlichen Bereichen	81
c) Die Beurteilung nach Maßgabe der Betroffenheiten und Autonomie- forderungen	88

Kapitel IX

Ausblick auf weitere Beispiele und Grenzfälle	92
--	-----------

1. Rechtsfreiheit in weiteren Lebensverhältnissen und Tätigkeitsbereichen	92
2. Grenzfälle	94
a) Unlösbare Wertkonflikte (strafrechtsfreie Situationen)	94
b) Beschränkungen und Selbstbeschränkungen richterlicher Kom- petenz	96

Kapitel X

Zusammenfassende Darstellung der Kriterien und das Problem der Abgrenzung „persönlicher Bereiche“	99
--	-----------

Kapitel XI

Die Funktionen des rechtsfreien Raums in der Rechtsordnung 107

1. Die Normativität des rechtsfreien Raums 107
2. Die Relativität des rechtsfreien Raums 109
3. Das Verhältnis von Rechtsfreiheit und Freiheitsrechten 112
4. Die wechselseitige Begrenzung von Recht und rechtsfreiem Raum (am Beispiel der Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG) 116
5. Rechtsfreier Raum und verfassungsrechtliche Schutznormen 120
6. Rechtsfreier Raum und internationale Schutznormen 122
7. Rechtsfreier Raum und einfaches Gesetz 122
8. Rechtsfreier Raum und Richterrecht 123
9. Rechtsfreier Raum und privatautonome Rechtsetzung 126

Schlußkapitel 128

Literaturverzeichnis 131

Abkürzungsverzeichnis

ABR	Archiv für Bürgerliches Recht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
APD	Archives de Philosophie du Droit
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BB	Der Betriebsberater
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Chap.	Chapter bzw. Chapitre
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DuR	Demokratie und Recht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FN bzw. Fn.	Fußnote
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JherJb.	Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JöR	Jahrbuch für öffentliches Recht
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
Lect.	Lecture
LK	Leipziger Kommentar
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MoKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NS	Nouvelle Série
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Strafsachen
OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OVG Münster E	Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Münster

ÖZöR bzw. ÖZföR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
Recht	Das Recht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SeuffA	Seufferts Archiv
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
WarnRspr.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Im übrigen wird auf Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., Berlin 1968, verwiesen.

Einführung

Angesichts einer Entwicklung, die ein immer dichteres Raster rechtlicher Ordnungen über das Leben des einzelnen Menschen legt, dessen Verhaltensweisen, Verhaltensmöglichkeiten mehr und mehr einbindet in vorgezeichnete Muster, stellt sich mit wachsender Dringlichkeit die Frage nach den Grenzen.

Ist das Individuum vollständig erfaßbar, mit Haut und Haaren den gesellschaftlichen Anforderungen und Beurteilungen ausgesetzt, kann und darf es in allen Lebensmomenten, in gleich welchem Verhalten, in seiner Ganzheit heteronomen Regeln, eventuell Zwängen unterworfen werden? Oder gibt es menschliche Felder, Lebensbereiche, Verhaltensweisen, Situationen, die der Machtergreifung durch das Recht und damit durch die Gesellschaft nicht offenstehen: rechtsfreie Räume?

Daß schon die bloße Koexistenz heute eine planende, regelnde und sich verwirklichende Ordnung braucht, läßt sich kaum bestreiten. Daß der einzelne ein Bedürfnis nach Luft, nach Bewegungsraum, nach Lücken im ordnenden Raster hat, ist eine ebensowenig übersehbare tägliche Erfahrung.

Stehen nun Ordnung und individuelle Freiheit einander ohne Hoffnung auf einen gemeinsamen Nenner gegenüber? „Le silence, l'ordre et l'absolue justice“ auf der einen Seite, auf der anderen die Auflehnung des Individuums: „Ma vie est à moi. C'est du privé, et qui ne regarde personne.“ In den — skeptischen oder realistischen? — Worten des Schlußchors aus Camus' Belagerungszustand: „Non, il n'y a pas de justice, mais il y a des limites. Et ceux-là qui prétendent ne rien régler, comme les autres qui entendaient donner une règle à tout, dépassent également les limites¹.“ Grenzen also, aber keine Vermittlung?

Doch die Klarheit und Eindringlichkeit, mit der Camus die Antinomie trifft, verdeckt eine andere, weniger spektakuläre Seite des Problems. Das Verhältnis von Freiheit und Ordnung, von Freiheit und Recht erschöpft sich nicht in der Antinomie.

Die Freiheit selbst setzt nämlich — jedenfalls in einer komplexen Gesellschaft — schon immer Ordnung voraus. Erfahrungsgemäß be-

¹ Albert Camus, *l'état de siège*, nrf (Gallimard) 36e édition, Paris 1948: 1. Die Pest, Ende des 1. Teils, S. 95; 2. Der Fischer zu Beginn des 2. Teils, S. 104; 3. Der Chor, Ende des 3. Teils, S. 232.

deutet das Fehlen einer sichernden Ordnung nicht selten, daß der (unter welchen Machtstrukturen auch immer) Stärkere sich durchsetzt, hat unter Umständen gar ein sozialdarwinistisches „Recht des Stärkeren“ zur Folge. Das aber kann nicht Sinn der Freiheit sein, daß sie sich auf Kosten der Lebensbedingungen und Freiheiten der Schwächeren entfaltet.

Die Entdeckung des Anderen als ein mir „unverfügbares“², selbständiges Bewußtseins-, Verhaltens- und Entscheidungszentrum, als „liberté posée en face de moi“³ bringt dessen Gleichwertigkeit als Anforderung, als Anspruch, als Recht mit sich. Die Postulate meiner Freiheit und der Freiheit der Anderen, welche sich einerseits gegenseitig bedingen⁴ und fördern, welche sich aber auch entgegenstehen können, sind miteinander zu vermitteln, d. h. aber auch gegeneinander abzuwägen, abzugrenzen und abzusichern. Das ist nicht zuletzt Aufgabe der Rechtsordnung. Dahinter muß dann gegebenenfalls das Individuum mit seinem Freiheitsanspruch zurücktreten.

Die Grenzen der Freiheit der Einen sind also Bedingung der Freiheit der Vielen. Ohne sie gäbe es für die meisten zwar noch eine Reihe begrifflicher Freiheiten: die Freiheit der Armen, unter der Brücke zu schlafen, die Freiheit, den legendären Aufstieg vom Tellerwäscher zum Millionär zu nehmen, die Freiheit des Schwächeren, dem Stärkeren aus dem Weg zu gehen usw. Der Wirklichkeit bliebe aber von der Freiheit nur noch der schwache Schimmer einer Möglichkeit.

Umgekehrt ist aber auch die Freiheit Grundlage jeder menschlichen — im Sinne einer menschenwürdigen — Ordnung. Abgesehen davon, daß es selbst der subtilsten totalitären Ordnung gar nicht möglich ist, den ganzen Menschen bis in die letzten Verzweigungen und Verästelungen seines Seins zu erfassen, abgesehen davon, daß eine die fundamentalen Freiheiten mißachtende Ordnung auf Dauer kaum mehr Bestand haben dürfte, weil sie sich ihre Feinde notwendigerweise selbst heranzieht, würde ein solcher Ordnungsentwurf den konkreten Menschen verfehlen, wäre eine fleischlose Architektur.

Eine Ordnung, deren Zweck die Menschenwürde in der Koexistenz ist — und das bedeutet zugleich eine möglichst weitgehende Freiheit der Vielen als konkrete Freiheit konkreter Individuen — kann nur auf dem Fundament einer schon faktischen Freiheit entstehen, setzt voraus, daß die Vielen sich frei zu ihr und ebenso frei über sie entscheiden

² Maihofer, *Anthropologie der Koexistenz*, S. 173 ff.; *Recht und Existenz*, S. 182 ff.

³ Sartre, *l'existentialisme*, S. 67.

⁴ Vgl. Sartre, *l'existentialisme*, S. 82 ff.

können, beschränkt nur durch die Erfordernisse dieser Koexistenz und Freiheit der Vielen.

Die Freiheit ist zugleich faktisches und normatives Element der Ordnung, Basis und Ziel. Damit wird die Ordnung ebenso zu einem Thema der Freiheit, wie die Freiheit zu einem Thema der Ordnung.

Die zweite Perspektive eröffnet unter anderen die Frage nach dem rechtsfreien Raum. Eine Frage, die allerdings nur dann sinnvoll ist, wenn man Freiheit und Ordnung nicht für tragische Gegner hält, sondern den Optimismus einer Versöhnung, einer gegenseitigen Förderung hat. Individuum und Gesellschaft, Freiheit und Ordnung lassen sich vermitteln und sind zu vermitteln, allerdings nicht in einer objektiven, idealen Kategorie, sondern in der Wirklichkeit und Aktualität des täglichen Lebens. Sie mögen in diesen Niederungen an Glanz und Prägnanz der Idee verlieren, aber nur so kann ihre Vermittlung fortschreiten in der sich wandelnden sozialen Wirklichkeit, in der unaufhörlichen, am konkreten Menschen orientierten Dialektik zwischen Verwirklichungen und neuen Zielbestimmungen.

Mit jeder neuen Vermittlung tauchen neue Konflikte auf. Hegels Auffassung, das Recht sei „somit überhaupt die Freiheit als Idee“⁵, ist nicht nur überspitzt, sie erfaßt auch nur eine Dimension des Problems. Neben der Möglichkeit und Notwendigkeit der Vermittlung bleibt zugleich ein Gegensatz in dem Verhältnis. Widerstreit, wechselseitige Bedingung und Förderung haben gleichermaßen daran teil.

Man braucht also nicht gleich den Menschen gegen die Gesellschaft, ja seine Gesellschaftlichkeit überhaupt schützen zu wollen⁶, man braucht nicht das Recht als eine „Diktatur des Man“⁷ zu begreifen, als eine das Ich in die Anonymität des verwalteten Subjekts entfremdende, verdrängende Apparatur, ja man braucht nicht einmal die „eigentliche Substanz“ des Menschen außerhalb der Aufgaben einer rechtlich-staatlichen Ordnung zu stellen⁸, um die Notwendigkeit normativer Grenzen des Rechts anzuerkennen. Es genügt, dem Menschen zugleich mit seiner sozialen, umweltbedingten Konstitution auch eine individuelle, einzigartige, von äußeren Determinanten freie Seinskomponente zuzugestehen. Eine Annahme, die schon aus dem „Komplexcharakter jeder Seinsstufe“⁹ folgt, aus der Unmöglichkeit, die jeweiligen Determinanten

⁵ Grundlinien der Philosophie des Rechts, Einleitung § 29, S. 45. Dem liegt allerdings ein sehr weiter Begriff des Rechts zugrunde; vgl. auch § 30, S. 46.

⁶ Hans Kaufmann, S. 69, über Frank Wedekind.

⁷ Heidegger, Sein und Zeit, S. 126; vgl. vor allem Maihofer, Recht und Sein, S. 17 ff.

⁸ Ryffel, S. 355.

⁹ Lukács, S. 5.