

Schriften zur Rechtstheorie

Band 302

Vielfalt im Recht

Herausgegeben von

Milan Kuhli und Mareike Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

MILAN KUHLI UND MAREIKE SCHMIDT (HRSG.)

Vielfalt im Recht

Schriften zur Rechtstheorie

Band 302

Vielfalt im Recht

Herausgegeben von

Milan Kuhli und Mareike Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen

Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach

ISSN 0582-0472

ISBN 978-3-428-15984-0 (Print)

ISBN 978-3-428-55984-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Am 26. und 27. August 2019 fand an der Universität Hamburg die Tagung „Vielfalt im Recht“ statt. Der vorliegende gleichnamige Sammelband beinhaltet die schriftliche Fassung einiger der auf dieser Tagung gehaltenen Vorträge.

Allen Vortragenden – neben den Autorinnen und den Autoren dieses Bandes sind Yuko Nishitani (Kyoto University) und Lars Viellechner (Universität Bremen) zu nennen – möchten wir an dieser Stelle noch einmal herzlich dafür danken, dass sie die Konferenz mit ihren interessanten und spannenden Referaten bereichert haben. Ein besonderer Dank gebührt zudem all denjenigen, die die Organisation der Tagung und die Erstellung des Sammelbandes tatkräftig unterstützt haben. Zu nennen sind hier Aylin Aslan, Barbara Fisz, Jan Hendrik May, Hannah Ofterdinger, Judith Papenfuß, Lara Schmidt, Jasper Wode, Florentine Wiethoff und Judith Zemmrich. Dankend hervorheben möchten wir außerdem, dass die Tagung in großzügiger Weise durch die Hamburgische Wissenschaftliche Stiftung und das Gleichstellungsreferat der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gefördert wurde. Schließlich danken wir dem Verlag Duncker & Humblot für die freundliche Bereitschaft, den vorliegenden Sammelband zu publizieren. Andreas Beck hat die Drucklegung des Bandes umsichtig begleitet.

Hamburg, März 2022

Milan Kuhli & Mareike Schmidt

Inhaltsverzeichnis

<i>Mareike Schmidt & Milan Kuhli</i>	
Vielfalt im Recht – eine Einleitung	9
<i>Anna Katharina Mangold</i>	
Gleichheitsdogmatik als Verarbeitung von Vielfalt	14
<i>Bijan Fateh-Moghadam</i>	
Toleranz oder Neutralität? Zu den ideengeschichtlichen Grundlagen des strafrechtlichen Umgangs mit religiöser Vielfalt	32
<i>Hans-Heinrich Trute</i>	
Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen Einheit und Vielfalt	52
<i>Hans-W. Micklitz</i>	
European Regulatory and Private Law – Between Neoclassical Elegance and Postmodern Pastiche	75
<i>Florian Rödl</i>	
Die Einheit des Arbeitsrechts	100
<i>Peter Collin</i>	
Justizielle Vielfalt – Alternativen zur ordentlichen Gerichtsbarkeit im späten Kaiserreich und der Weimarer Republik	121
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	141

Vielfalt im Recht – eine Einleitung

Mareike Schmidt & Milan Kuhli

Vielfalt im Recht hat zahlreiche Facetten. Sich diesen unterschiedlichen Dimensionen anzunähern, also sozusagen die „Vielfalt der Vielfalt“ aufzufächern und unterschiedliche Zugänge dazu und Perspektiven darauf aufzuzeigen, war das Anliegen einer Tagung, die im Sommer 2019 an der Universität Hamburg stattfand. Wir schätzen uns sehr glücklich, dass wir dafür an einem Ort tagen durften, der für dieses Thema wohl so passend ist wie kaum ein anderer. Die Rede ist von der Bibliothek Aby Warburgs, in der vielfältige Perspektiven auf die Welt und die Wissenschaft gesammelt und durch ein einzigartiges Ordnungssystem nach dem „Gesetz der guten Nachbarschaft“ auf eine Art zueinander in Beziehung gesetzt wurden, dass sich aus den verschiedenen Perspektiven wieder neue, bisher unge-sehene Zusammenhänge ergeben und erschließen konnten.¹

Was aber verbirgt sich hinter der Idee – oder besser: den Ideen – der Vielfalt im Recht? Vielfalt kann beispielsweise ein Faktum sein, mit dem Recht umgehen muss (etwa kulturelle Vielfalt); sie kann ein Ziel sein, das durch Recht verfolgt wird (beispielsweise Medienpluralismus); sie kann auch eine Methode oder ein Mittel sein, mit der bzw. dem das Recht arbeitet (z. B. die Vielfalt der sozialen Träger). Die Liste ließe sich wohl beliebig fortsetzen.² Statt einer Zersplitterung scheint es uns jedoch am hilfreichsten, von einer ganz grundlegenden Unterscheidung aus-zugehen: nämlich derjenigen zwischen der Vielfalt als dem „Eigenen“ des Rechts (z. B. seine Regelungs- und Anwendungsmechanismen, seine eigene Ausdifferen-zierung, seine Ziele) auf der einen Seite und der Vielfalt als dem „Anderen“ des Rechts (in der Regel: Regelungsgegenstand) auf der anderen Seite.³ Kurz gefasst unterscheiden wir also zwischen rechtlicher und gesellschaftlicher Vielfalt. Beide Spielarten und mögliche Zusammenhänge zwischen ihnen zu skizzieren, ist Ziel dieser Einleitung.

¹ <http://www.warburg-haus.de/kulturwissenschaftliche-bibliothek-warburg/> (zuletzt abge-rufen am 13.08.2021).

² Ulrike Lembke hat in ihrem Versuch, den verwandten Terminus „Diversity“ als Rechts-begriff zu fassen, fünf Dimensionen der Betrachtung aufgezeigt: Regelungsgegenstand, Re-gelungsmittel, Regelungstechnik, Regelungsziel und Regelungsfolgen, vgl. *Lembke, Diversity* als Rechtsbegriff, RW 2012, 46 ff. (57); ob dabei mit Diversity tatsächlich dasselbe gemeint ist wie mit Vielfalt, mag dahinstehen. Auch verbinden wir mit dieser Einleitung nicht den Anspruch, Vielfalt als Rechtsbegriff zu bestimmen (welche Implikationen das im Einzelnen auch immer haben mag).

³ Vgl. zu dieser Differenzierung auch *Fateh-Moghadam* in diesem Sammelband (S. 32).

I. Gesellschaftliche Vielfalt

Wir beginnen mit der gesellschaftlichen Vielfalt. Sie dürfte der Aspekt sein, der den meisten von uns beim Gedanken an „Vielfalt im Recht“ als erstes einfällt. Nicht zuletzt liegt dies vermutlich an der aktuellen Debatte über Identitäten und Identitätspolitik sowie über „Diversity“ als gesellschaftlicher Tatsache bzw. erstrebenswertem Ziel.⁴ Jenseits dieser aktuellen Bezüge ist gesellschaftliche Pluralität kein neues Phänomen. Allerdings ist davon auszugehen, dass der Vielfalt innerhalb einzelner Gesellschaften heutzutage jedenfalls eine größere Bedeutung beigemessen und auch mehr Anerkennung zuteil wird.

Zwei weitere Aspekte gesellschaftlicher Pluralität, die seit einiger Zeit auch im öffentlichen Diskurs eine große Aufmerksamkeit erfahren, betreffen Kultur und Religion. Letztere nimmt Bijan Fateh-Moghadam in seinem Beitrag in den Blick: Er widmet sich hierin unter anderem der Frage, inwieweit das Strafrecht mit religiös-weltanschaulicher Vielfalt umgeht, und unterscheidet hierbei aus einer kritischen Perspektiven zwischen Konzepten der Toleranz und der Neutralität.⁵ Der Bereich der Kultur war Inhalt des Vortrags von Yuko Nishitani, in dem sie den Umgang mit kultureller Vielfalt in einzelnen Bereich des Familienrechts untersucht hat.⁶ Gerade im Bereich des familiären Zusammenlebens zeigt sich ein weiteres Element gesellschaftlicher Pluralität in Gestalt der Vielfalt der Lebensformen. Diese wiederum können auch mit kulturellen Hintergründen in Verbindung stehen – müssen es jedoch nicht unmittelbar.

II. Rechtliche Vielfalt

Vielfalt lässt sich auch als ein Charakteristikum des Rechts beschreiben.⁷ Am grundlegendsten ist insofern wohl die Vielfalt des Rechtsbegriffs selbst, der je nach Standpunkt nur staatlich gesetztes, positives Recht bezeichnet oder eine oder mehrere der folgenden Spielarten (mit) einbezieht: vor-positives (Natur-)Recht, religiöses Recht, transnationales Recht, privat gesetztes Recht oder aber auch ge-

⁴ Ein Beispiel eines Anwendungsbereichs bilden die Grundsätze der modernen Unternehmensführung.

⁵ *Fateh-Moghadam* in diesem Sammelband (S. 32 ff).

⁶ Der Vortrag von Yuko Nishitani konnte leider nicht verschriftlicht und in diesem Sammelband abgedruckt werden; vgl. aber *Nishitani*, *Identité culturelle en droit international privé de la famille*, in: *Recueil des Cours*, Vol. 401 (2019), S. 127 ff. Zum Umgang mit kultureller Vielfalt in den vermögensrechtlich ausgerichteten Bereichen des bürgerlichen Rechts vgl. *M. Schmidt*, *Integratives bürgerliches Recht? Zum Umgang mit kultureller Diversität im Vermögensrecht*, in: *Buchholtz/Croon-Gestefeld/Kerkemeyer* (Hrsg.), *Integratives Recht*, Tübingen 2021, S. 153 ff.

⁷ Eine solche Überlegung mag kontraintuitiv erscheinen, soweit man der Vorstellung der Einheit der Rechtsordnung anhängt; vgl. zu dieser Vorstellung *Rödl* in diesem Sammelband (S. 100).

sellschaftliche Normen, deren Nichtbefolgung in irgendeiner Form sanktioniert wird. Eng damit verbunden ist eine Vielfalt der möglichen Rechtsquellen und derjenigen Personen(gemeinschaften) oder Institutionen, die als Rechtssetzende in Betracht kommen.

Diese Form der Vielfalt ist eng verknüpft mit der Vielfalt verschiedener Regelungsebenen, angefangen bei der kommunalen, über die Landes- und Bundes- bis hin zur supranationalen Ebene, sowie einer Pluralität von Regelungsbereichen, die mit unterschiedlichen Ausgangslagen und Zielen verschiedenen Logiken folgen. Dem Phänomen einer in multipler Weise zusammengesetzten Rechtsordnung widmet sich der Beitrag von Hans-W. Micklitz anhand des Beispiels des *European Regulatory and Private Law*.⁸ In dieser Hinsicht analysiert er allgemeine Prinzipien, Mechanismen horizontaler und vertikaler Differenzierung, die Rolle des regulatorischen Privatrechts für die Entstehung einer europäischen Gesellschaft sowie den unterschiedlichen Umgang mit Heterogenität in unterschiedlichen Teilrechtsgebieten. Auf dieser Grundlage diagnostiziert er eine fortbestehende Spannung zwischen Einheitlichkeit und Fragmentierung.

Den Gedanken der unterschiedlichen Teilrechtsgebiete, in die das Recht in modernen Gesellschaften regelmäßig ausdifferenziert ist, greift auch Florian Rödl in seinem Beitrag auf. Er nimmt dazu das Arbeitsrecht in den Blick, welches sich aus zivilrechtlichen, privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Elementen zusammensetzt. Obgleich die Pluralität der so verbundenen Materien eine Fragmentierung naheliegend erscheinen lässt, postuliert er nichtsdestoweniger die Einheit des Arbeitsrechts und setzt damit einen Kontrapunkt zu der seiner Ansicht nach „im avancierten Lager“ weit verbreiteten „These des Pluralismus“⁹.

Ebenfalls mit verschiedenen Regelungsfeldern setzt sich Peter Collin in seinem Beitrag auseinander, allerdings aus einer verfahrens- und organisationsrechtlichen Perspektive.¹⁰ Er konstatiert (mit Fokus auf dem Straf- und Privatrecht) eine justizielle Vielfalt für Deutschland im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert, und zwar entgegen verbreiteten Vorstellungen einer staatlichen justiziellen Einheit in jener Zeit. Pluralisierungstendenzen erkennt er sowohl mit Blick auf die Organisationen als auch hinsichtlich der Verfahren sowie schließlich auch – und hier lässt sich wieder ein Zusammenhang mit einer Diversifizierung von Grundprinzipien sowie mit dem materiellen Recht erkennen – im Hinblick auf materielle Entscheidungsrationaltäten. Damit einher ging eine personelle Pluralisierung der Rechtsprechenden, und zwar durch den Einbezug von juristischen Laien in die Entscheidungsfindung.

⁸ Micklitz in diesem Sammelband (S. 75 ff.).

⁹ Hierzu Rödl in diesem Sammelband (S. 100).

¹⁰ Collin in diesem Sammelband (S. 121 ff.).