

IV. Kultur als materielles normatives Argument

1. Der simple kulturalistische Fehlschluss

Die einfachste und direkteste Verwendungsweise der Kultur als materielles normatives Argument ist die Reduktion des normativen Anspruchs des Rechts auf ein vorfindliches Ethos. Kulturrelativistische Strömungen haben schon seit dem Ende des 18. Jahrhunderts in Pfadabhängigkeiten gedacht; bereits bei Herder findet sich die gegen den Universalismus der Aufklärung gerichtete Vorstellung des Eigenwerts von Kulturen als organisch entstandene, in sich geschlossene und homogene Einheiten.¹⁶⁸ Spätestens mit Savignys Historischer Rechtschule taucht diese Idee auch in der Rechtstheorie auf, wenngleich der Vorwurf eines „naiven Kulturalismus“¹⁶⁹ gegen sein Konzept nicht erhoben werden kann. Zwar hat Savigny die Emanation des Rechts aus Kultur, nämlich aus einem im Kern stabilen, sich nur organisch entwickelnden ‚Volksgeist‘, betont und deshalb die politische Setzung von Recht durch Kodifikation ebenso zurückgewiesen wie die Dynamik vernunftrechtlicher Forderungen; weil er dabei zugleich jedoch das sozial ausdifferenzierte Recht als „Wissenschaft in den Händen der Juristen“¹⁷⁰ verstand und der Verwaltung durch eine europäische akademische Elite unterstellt wissen wollte, blieb der beschworene Geist des Volkes dogmatisch weitgehend folgenlos. Auf andere Ansätze trifft dies nicht zu. Was nach dem Ende des historischen Vernunftbegriffs der Hegel’schen Tradition und der rechtsphilosophischen Wüste der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts noch übriggeblieben war¹⁷¹,

168 *Johann Gottfried Herder*, Auch eine Philosophie der Geschichte zur Bildung der Menschheit [1774], 1967.

169 Zum Begriff *Gephart*, Recht als Kultur (Fn. 10), 22.

170 *Friedrich Carl von Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, 14. Hierzu *Joachim Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, 1984, 312 ff., 335 ff.

171 Vgl. auch *Herbert Schnädelbach*, Philosophie in Deutschland 1831-1933, 1983 sowie *Michael Quante/David P. Schweikard*, Weltdeutungen und Ideologien, in: Walter Demel/Hans-Ulrich Thamer (Hg.), WBG Weltgeschichte. Eine globale Geschichte von den Anfängen bis ins 21. Jahrhundert, Band V: Entstehung der

äußerte sich nicht selten in Spielarten einer Geltungstheorie, die nicht nur die faktische Anerkennung der Rechtsnormen durch die Einzelnen, sondern auch die Legitimität des objektiven Rechts an einen schwammigen normativen Kulturbegriff band. So ist in dem 1903 erschienenen Buch Max Ernst Mayers mit dem Titel „Rechtsnormen und Kulturnormen“ zu lesen: „Die Rechtfertigung des Rechts und in Sonderheit die Verbindlichkeit der Gesetze beruht darauf, daß die Rechtsnormen übereinstimmen mit den Kulturnormen, deren Verbindlichkeit das Individuum kennt und anerkennt.“¹⁷² Diese These zielt keineswegs nur auf die tatsächliche Anerkennungschance des Rechts, sondern will Kriterien für die Rechtfertigung juridischer Normen benennen. Solchen theoretischen „Sackgasse[n]“, die in ihrem Rekurs auf einen unterbestimmten Kulturbegriff weder *Gründe* für die Rechtfertigung des Rechts noch *Perspektiven* für seine Entwicklung und Gestaltung bieten können¹⁷³, liegt eine holistische und essentialistische Vorstellung von Kultur zugrunde, die mit diesem Begriff ganze Lebensweisen bezeichnet – die wirksamen Gebräuche, Sitten, Wert- und Glaubensvorstellungen eines Kollektivs. Die Pointe der Verwendung eines solchen holistischen Kulturbegriffs ist, dass Kultur für die Mitglieder eines solchen Kollektivs über Habitualisierung, Institutionalisierung und Traditionsbildung den Charakter einer zweiten Natur annimmt, der gegenüber es kaum Möglichkeiten individueller Wahl und intentionaler Veränderung geben soll.¹⁷⁴ „Kultur“ in diesem Sinn meint „die nicht gestaltbaren Differenzen“.¹⁷⁵ Entsprechend soll auch das Recht normativ darauf verpflichtet werden, das jeweils vorgefundene Ethos nur abzubilden und zu stabilisieren, es jedoch nicht zu ver-

Moderne, 1700-1914, 2010, 209-63 (auch zu der These, dass um 1900 ein historischer und kultureller Relativismus zu einer umfassenden Weltanschauung und einem weitgeteilten Lebensgefühl wird).

172 Max Ernst Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen (Strafrechtliche Abhandlungen, Bd. 50), 1903, 16 f.

173 Hofmann, Recht und Kultur (Fn. 99), 41.

174 Ebd.

175 So (kritisch) Christoph Möllers, Pluralität der Kulturen als Herausforderung des Verfassungsrechts, in: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (Hg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, 2008, 223-244, 230.

ändern. Auf diese Weise werden die Vorstellungen einer reflexiven Kritik von Lebensformen und des Rechts als Mittel gesellschaftlicher Veränderung, ja letztlich auch die Idee des kollektiven demokratischen Freiheitsgebrauchs als solche delegitimiert. Selbstbestimmung hat in dieser Perspektive weder als öffentliche noch als private Autonomie¹⁷⁶ eine Begründungsfunktion für das Recht. Man wird dieses Argument, dem zufolge schon aus dem faktischen Bestehen einer bestimmten Tradition oder kulturellen Identität folge, dass sie weiterbestehen und mit den Mitteln des Rechts stabilisiert, fortgesetzt und verteidigt werden sollte, als den *simply kulturalistischen Fehlschluss* bezeichnen können.

2. *Harte Kommunitarismen*

Dieser Fehlschluss hat seit den 1980er Jahren in der „integrationistischen“ Spielart kommunitaristischen Denkens, wie sie in den 1980er und 1990er Jahren u.a. bei Charles Taylor, Alasdair MacIntyre oder Michael Sandel (vor allem in kritischer Auseinandersetzung mit John Rawls) zu finden ist, eine weit komplexere Formulierung gefunden und neue Schubkraft erlangt. Stark verdichtet und zugespitzt¹⁷⁷ schließt sich dieses Denken zu folgenden Thesen zusammen, die von sozialontologischen Prämissen mittels eines spezifischen Begriffs kultureller Lebensformen zu normativen Folgerungen führen: Die liberale politische Philosophie, die nicht zuletzt dem normativen Individualismus der Tradition der Menschenrechte zugrunde liegt, müsse den Einzelnen als radikal „ungebundenen“, „atomistisches“ und „entbettetes“ Selbst begreifen, das seine Interessen, Bedürfnisse und Bindungen, ja seine Identität ohne Vorgaben frei wählen könne und in diesem Sinn immer schon „vor“ seinen Zwecken und Zielen existent sei.

176 Zur These der Gleichursprünglichkeit dieser beiden Momente vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 12), 135 ff.

177 Für eine differenziertere Darstellung und Kritik sowie zu den Einzelnachweisen siehe *Thomas Gutmann*, Keeping ‘em down on the farm after they’ve seen Pared. Aporien des kommunitaristischen Rechtsbegriffs, ARSP 83 (1997), 37-66.

Dies sei jedoch bereits deshalb zum Scheitern verurteilt, weil Menschen sich schon auf einer phänomenologischen Ebene nicht als solche Wesen erfahren und begreifen könnten. Unsere Welt werde vielmehr schlechthin durch unsere jeweilige kulturelle Lebensform und deren Geschichte geprägt, die für unser Selbstverständnis einen normativen und kognitiven Hintergrund bilde, den wir weder ganz verstehen noch wesentlich verändern könnten. Die für uns konstitutiven sozialen Bindungen seien allesamt keine gewählten, sondern vorgefundene. Unsere Selbsterkenntnis als moralisch Handelnde müsse immer nach unserer Identität schlechthin fragen und könne dabei nicht anders, als in „starken Wertungen“ die je für diese Identität schon konstitutive Gemeinschaft mit ihrem je spezifischen Werthorizont aufzufinden. Solche Gemeinschaften würden durch ein „gemeinsames Gut“, durch ein gemeinsames Vokabular, durch „gemeinsame Identitäten und geteilte Zwecke“ bzw. durch einen gemeinsamen „Hintergrund impliziter Praktiken und Einverständnisse“ zusammengehalten. Zugleich würden diese Gemeinschaften wesentlich „durch ihre Vergangenheit konstituiert“, sie seien „Erinnerungsgemeinschaften“, deren Loyalitäts- und Verpflichtungsmuster in erster Linie durch die tradierten „Gemeinschaftsgebräuche“ definiert werden und die idealiter eine Interpretation der Welt im Ganzen liefern. Kurz, soziale Integration erfolge (allein) auf der Grundlage einer gemeinsamen Kultur.

Weil nun die Erfahrung unserer je eigenen moralischen Identität immer konstitutiv auf konkrete Gemeinschaften bezogen bleiben müsse, seien die Individuen außerhalb ihrer durch die Gemeinschaft bereits konstituierten Identität nur zur Verfolgung defizienter und entfremdeter, weil willkürlicher Vorstellungen des „richtigen“ Lebens in der Lage. Eben weil die Standards praktischer Rationalität Weltbildern und Traditionen verhaftet bleiben müssten, seien universalisierbare moralische und rechtliche Normen, anhand derer die faktisch geltenden, kontextgebundenen Geflechte von Normen und Werten je partikularer Gemeinschaften einer („externen“) Kritik unterworfen werden könnten, letztlich nicht begründbar. Deshalb müsse die herrschende „Politik der Rechte“ durch eine „Politik des gemeinsamen Guten“ ersetzt werden; das Recht habe im Wesentlichen die „gelebte Sozialmoral“ der jeweiligen kulturellen und politischen Gemeinschaft zum

Ausdruck zu bringen. Der integrationistische Kommunitarismus fordert damit die liberale Grundüberzeugung des Vorrangs des Rechten vor dem Guten¹⁷⁸ heraus – genauer: die Überzeugung, dass individuelle Grundfreiheiten und Grundsätze der politischen Gerechtigkeit der individuellen wie der kollektiven Suche nach dem „richtigen“ Leben Grenzen setzen.

Die kommunitarismuskritische Diskussion der vergangenen drei Jahrzehnte, die an dieser Stelle nicht zu rekapitulieren ist, hat auf dieses Thesenkonglomerat intensiv reagiert. Für die Argumentation des vorliegenden Textes scheinen vor allem drei Aspekte dieser Kritik wesentlich. Der *erste* lässt sich mit dem Begriff einer „Kolonisierung des Rechts durch die Lebenswelt“¹⁷⁹ bezeichnen: Am Horizont der Reduktion des normativen Anspruchs des Rechts auf ein vorfindliches Ethos steht entweder die kulturelle Homogenisierung der Rechtsgemeinschaft oder ihr Zerfall in ihrerseits homogenisierte Einheiten, in keinem Fall aber eine Antwort auf die von John Rawls aufgeworfene Frage, wie es denn überhaupt noch gelingen könne, „eine Gesellschaft freier und gleicher Bürger, die durch inkompatible religiöse, philosophische und moralische Lehren getrennt“ sind, in *einer* stabilen konstitutionellen Ordnung zu integrieren.¹⁸⁰ Zugleich stellt sich das Problem, wie sich Kulturen, die als einzige moralische Ressource ihre partikulare Tradition haben, noch untereinander normativ verständigen können. Da der integrationistische Kommunitarismus die normative Binnenstruktur konkreter Gesellschaften von der Überprüfung durch mit Gründen operierende Diskurse freihalten will, wäre mit ihm *zweitens* die Idee eines „vernünftigen Rechtssystems“ verabschiedet, in dem rechtliche Ideale in Gestalt von Prinzipien Forderungen der prak-

178 Vgl. Rawls, Vorrang (Fn. 40).

179 Gutmann, Aporien (Fn. 177), 60.

180 Rawls, Politischer Liberalismus (Fn. 40), 14. Zu einem Überblick über die Theorie des Politischen Liberalismus siehe z.B. Thomas Gutmann, Religiöser Pluralismus und liberaler Verfassungsstaat, in: Karl Gabriel/Christian Spieß/Katja Winkler (Hg.), Modelle des religiösen Pluralismus. Historische, religionssoziologische und religionspolitische Perspektiven, 2012, 291-315.

tischen Vernunft auszudrücken vermögen.¹⁸¹ *Drittens* schließlich gibt der kommunitaristische Diskurs Anlass, an die Pathologien des Kulturbegriffs zu erinnern. Der Begriff der „kollektiven Identität“¹⁸² lässt sich nach Lutz Niethammers ideologiekritischer Begriffsgeschichte, die die „Vermittlung zwischen Kultur und Gewalt durch kollektive Identitätsbestimmungen“¹⁸³ herausgearbeitet hat, nicht mehr naiv verwenden – weder in seinen konstruktivistischen Spielarten als *imagined communities*¹⁸⁴ noch gar in seinen essentialistischen Formen. „Kultur“ und „Identität“ waren – gerade weil Kulturen „für die Menschen Gegenstand ihrer umfassendsten Identifikation“¹⁸⁵ sind bzw. sein sollen – immer auch Hegemonitätskonzepte, immer auch Kampfbegriffe, die der „Abgrenzung gegen die andere Kultur“ dienten, durch distinktive Symbolik nach außen Xenophobie förderten¹⁸⁶ und nach innen diskri-

181 Vgl. Robert Alexy, Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems, in: ders./Ralf Dreier/Ulfrid Neumann (Hg.), Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute (ARSP Beiheft 44), 1991, 30ff.; Habermas, Faktizität und Geltung (Fn. 12), 134 ff., 188 ff., 343 f. sowie Bernhard Peters, Rationalität, Recht und Gesellschaft, 1991, 272 ff., 314.

182 Lutz Niethammer, Kollektive Identität. Heimliche Quellen einer unheimlichen Konjunktur, 2000. Siehe dazu auch Jürgen Straub, Identität, in: Handbuch der Kulturwissenschaften (Fn. 17), Band 1, 277-303, 290 ff. (dort auch zu einem Vorschlag rekonstruktiver Begriffsbestimmung, 298 ff.) und Burkhard Liebsch, Kulturelle Lebensformen – zwischen Widerstreit und Gewalt, in: Handbuch der Kulturwissenschaften (Fn. 17), Band 1, 190-206, 192 ff.

183 Niethammer, Identität (Fn. 182), 625.

184 Der Begriff geht zurück auf Benedict Anderson, Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism, 1983. Hierin liegt zugleich die Problematik einer „totalitätsorientierten“ Vorstellung von sozialer Integration zu einer überindividuellen Kollektiv-Identität begründet, die die Verfassung in Smend'scher Tradition leisten soll, siehe hierzu Dreier, Integration (Fn. 141).

185 Samuel P. Huntington, Kampf der Kulturen. Die Neugestaltung der Weltpolitik im 21. Jahrhundert, 1996, 49.

186 Aleida Assmann/Jan Assmann, Kultur und Konflikt: Aspekte einer Theorie unkommunikativen Handelns, in: Jan Assmann/Dietrich Harth (Hg.), Kultur und Konflikt, 1990, 11-48, 29, 39.

minierten¹⁸⁷; in beiden Dimensionen stehen sie der Idee einer Integration durch Recht entgegen.

3. *Das Recht des Multikulturalismus*

Auf andere Weise tritt ein kultureller Identitätsbegriff in der Semantik von „*identity politics*“ und der theoretischen Reflexion der Kämpfe marginalisierter (oder sich als marginalisiert empfindender) Minderheiten um Anerkennung¹⁸⁸ hervor, die in der Politischen Theorie und Rechtsphilosophie unter der Überschrift des Multikulturalismus¹⁸⁹ verhandelt werden.¹⁹⁰ Der Hauptstrom der Multikulturalismus-Diskus-

- 187 Dass die Vorstellung, das Recht müsse der Sicherstellung sozialer Kohäsion und „Integrität“ dienen, welche unmittelbar von einer gemeinsamen Moral und einer einheitlichen Kultur abhingen, rechtspolitisch zu Diskriminierung des „Anderen“ (hier: von homosexuellen Menschen) führen muss, belegt das klassische Beispiel *Lord Devlins, The Enforcement of Morals*, 1959. Zu einer theoretischen Einordnung siehe *Robert Post, Law and Cultural Conflict*, *Chicago-Kent Law Review* 78 (2003), 485-508.
- 188 Dazu *Iris Marion Young, Justice and the Politics of Difference*, 1990; *Amy Gutmann, Identity in Democracy*, 2003 und *Nancy Fraser/Axel Honneth, Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse*, 2003.
- 189 Zum Überblick: *Sarah Song, Multiculturalism*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/multiculturalism> [9.8.2015] sowie die Beiträge von *Jeff Spinner-Halev, Multiculturalism and its Critics*, und *Chandran Kukathas, Moral Universalism and Cultural Difference*, in: John S. Dryzek/Bonnie Honig/Anne Phillips (Eds.), *The Oxford Handbook of Political Theory*, 2006, 546-563 bzw. 582-597.
- 190 Der Begriff von „Kulturen“ und kultureller Gruppen, die die rechtliche Sicherung ihrer Bewahrung, Ausdrucksmöglichkeiten und Selbstregulierung verlangen, dient hier als Sammelbegriff für Identitätszuschreibungen, die den Kategorien von Religion, Herkunft, Ethnizität, Sprache, Rasse oder sexueller Orientierung folgen, vgl. *Sarah Song, The Subject of Multiculturalism: Culture, Religion, Language, Ethnicity, Nationality, and Race?*, in: Boudewijn Paul de Bruin/Christopher F. Zurn (Eds.), *New Waves in Political Philosophy*, 2008, 177-197. Zur Soziologie des Charakters kultureller Differenzen in heutigen Gesellschaften siehe *Bernhard Peters, „Multikulturalismus“ und „Differenz“*. Zu einigen Kategorien der Zeitdiagnose, in: Herfried Münkler/Bernd Ladwig (Hg.), *Furcht und Faszination. Facetten der Fremdheit*, 1997, 223-253.

sion, der sich aus sehr unterschiedlichen philosophischen Quellen nährt¹⁹¹, unterscheidet sich von den meisten anderen der in dem vorliegenden Beitrag diskutierten Phänomene zunächst dadurch, dass in ihm das Verhältnis von „Kultur(en)“ und „Recht“ von vornherein Gegenstand *normativer* theoretischer Analysen und Debatten ist.

Für das Recht wirft die Problematik von Minderheitskulturen technische Probleme und solche praktischer Abwägung auf, aber auch theoretisch intrikate Fragen nach gruppendifferenzierten¹⁹² Rechten oder Kollektiv- bzw. Gruppen-Rechten.¹⁹³ Hierbei steht nicht zuletzt die Frage im Vordergrund, inwieweit die institutionelle Stärkung von Minderheitskulturen und ihrer jeweiligen „Gruppenautonomie“ mit den Mitteln des Rechts hergebrachte Herrschaftsverhältnisse innerhalb dieser Gruppen aufrecht halten und damit auf Kosten einzelner Mitglieder oder Untergruppen erfolgen würde¹⁹⁴ – ein Aspekt, den Susan Moller Okin mit ihrer Frage, ob „Multikulturalismus schlecht für Frauen ist“¹⁹⁵, auf den Punkt gebracht hat.

Im Zusammenhang mit der hier interessierenden Frage nach den Grenzen des Kulturbegriffs als normatives Argument erscheinen zwei Kristallisationspunkte der Diskussion von besonderem Interesse. Ein erster, der gerne als Einwand des Kosmopolitismus bezeichnet wird, betrifft die Frage nach einem deskriptiv wie normativ adäquaten Be-

191 Für eine liberal-egalitäre Version siehe *Will Kymlicka*, *Liberalism, Community, and Culture*, 1989; *ders.*, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, 1995 sowie *ders.*, *Multicultural Odysseys*, 2007, 61 ff.

192 Dazu differenziert *Will Kymlicka* (Ed.), *The Rights of Minority Cultures*, 1995.

193 Ablehnend *Chandran Kukathas*, *Are There Any Cultural Rights?*, *Political Theory* 20 (1995), 105-139 und *ders.*, *The Liberal Archipelago. A Theory of Diversity and Freedom*, 2003; vermittelnd auf individualistischer Grundlage *Steven Wall*, *Collective Rights and Individual Autonomy*, *Ethics* 117 (2007), 234-264.

194 Zum „problem of internal minorities“ siehe *Abigail Eisenberg/Jeff Spinner-Halev* (Eds.), *Minorities within Minorities: Equality, Rights, and Diversity*, 2005 und *Daniel M. Weinstock*, *Liberalism, Multiculturalism, and the Problem of Internal Minorities*, in: *Anthony Simon Laden/David Owen* (Eds.), *Multiculturalism and Political Theory*, 2007, 245-264.

195 *Susan Moller Okin*, *Is Multiculturalism Bad for Women?* in: *Joshua Cohen/Matthew Howard/Martha Nussbaum* (eds.), *Is Multiculturalism Bad for Women?* 1999, 7-24.

griff der Kultur. Autoren wie Amartya Sen¹⁹⁶, Jeremy Waldron¹⁹⁷ und Seyla Benhabib¹⁹⁸ haben – im Anschluss an den bereits dargelegten Befund der kulturellen Hybridität und Komplexität moderner Gesellschaften¹⁹⁹ – nicht zuletzt darauf abgestellt, dass die These, wir hätten eine klare, homogene Identität, eine Illusion darstellt und dass die Vorstellung, das Menschsein mit seinen pluralen Zugehörigkeiten und seinen ganz unterschiedlichen identitätsvermittelnden sozialen Kontexten ließe sich auf ein einziges, angeblich dominierendes Klassifikationschema verkürzen, unterkomplex und falsch sei. In diesem Sinn wäre bereits die deskriptive Unangemessenheit des multikulturalistischen Kulturbegriffs ein Argument dafür, ihn auch für das Recht für verfehlt zu halten.

Der Kern des normativen Streits²⁰⁰ liegt in der Frage, ob das *Faktum* des Multikulturalismus tatsächlich Formen des Rechts nahe legt, die die identitätspolitische Anerkennung kultureller Minderheiten regeln und die Integrität und Differenz bestehender Kulturen um ihrer selbst willen garantieren. So hat Jürgen Habermas gegen Charles Taylor eingewandt, dass anstelle eines solchen „administrativen Artenschutzes“²⁰¹ die konsequente Verwirklichung des individualistischen Systems der Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte reiche, um die Integrität des Einzelnen auch in seinen identitätsbildenden Lebenszusammenhängen, Gruppenzugehörigkeiten und Assoziationen zu schützen. Gehört die politische Theorie des Multikulturalismus und ihrer

196 Amartya Sen, Die Identitätsfalle. Warum es keinen Krieg der Kulturen gibt, 2007.

197 Jeremy Waldron, Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative, in: Will Kymlicka (Ed.), Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights, 1995, 93-119; ders., What is Cosmopolitan?, The Journal of Political Philosophy 8 (2000), 227-243.

198 Seyla Benhabib, The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era, 2002.

199 Siehe Fn. 125 f.

200 Siehe dazu auch die Sammlung kontroverser Beiträge in: Omid A. Payrow Shabani (Ed.), Multiculturalism and Law: A Critical Debate, 2007.

201 Jürgen Habermas, Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat, in: Charles Taylor/Amy Gutmann/Steven C. Rockefeller/Michael Walzer/Susan Wolf/Jürgen Habermas, Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, 1997, 147-196, 154, 173.

„Politik der Differenz“, wie Timothy Garton Ash²⁰² meint, also auf den konzeptionellen Müllhaufen der Geschichte, weil ihr berechtigtes Anliegen und die vernünftige Antwort des Rechts auf das Phänomen religiöser und kultureller Pluralisierung in den klassischen Formen des inklusiven, liberalen und begründungsneutralen²⁰³ Rechtsstaats weit besser aufgehoben seien, als in „eine[r] alles relativierende[n] Koexistenz unverbundener und von außen unantastbarer Minderheitskulturen“?²⁰⁴ Jedenfalls für die deutsche Rechtsordnung scheint Stefan Husters Befund zuzutreffen, dass „der moderne Verfassungsstaat davon [lebt], dass bestimmte Zusammenhänge normativ entkoppelt sind“ und deshalb „der Status des Bürgers mit gleichen Freiheits- und Mitwirkungsrechten von seiner kulturellen – insbesondere religiös-weltanschaulichen – Orientierung gerade unabhängig und dadurch von kulturellen Homogenitätsansprüchen entlastet“ ist.²⁰⁵

4. Die ‚Kultur des Abendlands‘

Ungeachtet des Stands dieser Debatte finden sich Spielarten eines normativ aufgeladenen holistischen Kulturbegriffs auch in der gegenwärtigen deutschen Rechtswissenschaft, namentlich dort, wo mit der Be-

202 Timothy Garton Ash, *Freedom & Diversity: A Liberal Pentagon for Living Together*, The New York Review of Books, November 22, 2012.

203 Zu Begründung und Leistungsfähigkeit des Prinzips: Stefan Huster, *Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung*, 2002; Dreier, *Säkularisierung* (Fn. 68), 25 ff. und nunmehr Bijan Fateh-Moghadam, *Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts. Zur strafrechtlichen Beobachtung religiöser Pluralität*, 2015.

204 So (kritisch) Claus Leggewie, *Zugehörigkeit und Mitgliedschaft. Die politische Kultur der Weltgesellschaft*, in: *Handbuch der Kulturwissenschaften* (Fn. 17), Band 1, 316-33, 323.

205 Stefan Huster, *Kultur im Verfassungsstaat*, VVDStRL 65 (2006), 51-82, 77. Zugunsten einer Beschränkung des Ausbaus kultureller Rechte auf rein individualrechtliche Positionen, die um der individuellen Freiheit willen gewährt werden, argumentieren auch Gabriele Britz, *Kulturelle Rechte und Verfassung. Über den rechtlichen Umgang mit kultureller Differenz*, 2000, 174 ff., 303, 306 und Möllers, *Pluralität* (Fn. 175), 237 ff., 243.

hauptung, die „christliche Kultur“ liege der Verfassung voraus und überforme sie, die Privilegien des organisierten Christentums verteidigt werden – etwa wenn Arnd Uhle das Christentum als „Entstehungs- und Geltungsbedingung“ der Verfassung bezeichnet.²⁰⁶ Dasselbe gilt für die verbreitete These, dass der Würdesatz des Grundgesetzes (Art. 1 Abs. 1 GG) als oberstes Konstitutionsprinzip der Verfassung ohne seine spezifisch christliche Interpretation bodenlos bleibe und mit den Mitteln der profanen Vernunft allein, d.h. unter Verzicht auf ihre theologische Begründung, nicht einsichtig gemacht werden könne.²⁰⁷ Diese Behauptung muss geistesgeschichtlich ebenso scheitern wie rechtstheoretisch; die Ordnung des Grundgesetzes lässt sich vor dem Hintergrund der Säkularisierung der Normenbegründung²⁰⁸ mit den Mitteln christlicher Theorie nicht einmal rekonstruieren. An

- 206 Arnd Uhle, *Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität*, 2005, 25 ff., 353 ff., 454 ff. Zu kritisieren ist hier nicht der Hinweis auf die historische Bedeutung des Christentums für die Rechtsentwicklung in Europa (siehe etwa *Harold J. Berman*, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983; *ders.*, *Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*, 1993; daneben in der vorliegenden Reihe: *Wolfgang Huber*, *Rechtfertigung und Recht. Über die christlichen Wurzeln der europäischen Rechtskultur*, 2001), sondern der Kurzschluss von der Genese eines christlichen Rechtsverständnisses auf seine anhaltende Geltung. Diesen begehen auch z.B. *Christian Hillgruber*, *Staat und Religion – Überlegungen zur Säkularität, zur Neutralität und zum religiös-weltanschaulichen Fundament des modernen Staates*, 2007, 52 ff. (ebendort, 89, gegen „christophobe Neutralitätsskrupel“); *ders.*, *Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport*, in: *JZ* 54 (1999), 538-547, 547; *Paul Kirchhof*, *Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Gemeinwesen*, *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* 39 (2005), 105-122, 114 ff. sowie *Udo di Fabio*, *Christentum und Rechtskultur als Grundlage des Staatskirchenrechts*, *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* 42 (2008), 129-144, 137, 142 ff.
- 207 Nachweise und Kritik bei *Thomas Gutmann*, *Säkularisierung und Normenbegründung*, in: *Nils Jansen/Peter Oestmann* (Hg.), *Gewohnheit, Gebot, Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart – Eine Einführung*, 2011, 221-248 und *Dreier*, *Säkularisierung* (Fn. 68), 25 ff.
- 208 *Dreier*, *Säkularisierung* (Fn. 68), 25 ff.; *Gutmann*, *Säkularisierung* (Fn. 207); *Thomas Gutmann/Ludwig Siep/Bernhard Jakl/Michael Städtler* (Hg.), *Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen. Zum Verhältnis von Religion und Politik in der Philosophie der Neuzeit und in rechtssystematischen Fragen der Gegenwart*, 2012.

dieser Stelle muss indes vor allem die exkludierende Anmaßung interessieren, die die Rede von den „christlich-abendländischen“ Fundamenten des Rechtsstaats enthält, behauptet sie doch letztlich nicht weniger, als dass nur derjenige möglicher demokratischer Mit-Autor des Rechts und damit *citoyen* sein könne, der sich selbst in die christliche Tradition einschreibe und zu ihrer ‚Kultur‘ gehöre. Auch an dieser Stelle ist deshalb jener Doppelbefund festzuhalten, den der vorliegende Beitrag herausarbeiten möchte. Erstens: Die Homogenisierung gesellschaftlicher Erwartungshorizonte, der holistische Kulturbegriffe dienen, ist auf Exklusion angelegt. Sie unterscheiden *notwendigerweise* die Bürger, die zur Leitkultur bzw. zur hegemonialen Tradition gehören von jenen, auf die dies nicht zutrifft. Mit anderen Worten: Sie diskriminieren.²⁰⁹ Zweitens: Jede Bezugnahme auf eine „gemeinschaftliche Identität“ als Quelle der Rechtsordnung kann nur dazu dienen, Begründungsanforderungen für rechtliche Normen zu überspringen.²¹⁰ Mit ihrer Hilfe lassen sich außergesetzliche, ideologisch begründete Werturteile in die bestehende Rechtsordnung einschleusen, ohne dass dieser Vorgang methodisch kontrolliert werden könnte.²¹¹

209 Das Bundesverfassungsgericht ist in seinem Urteil zur Verfassungswidrigkeit eines pauschalen Kopftuchverbots für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen vom 27.1.2015 (1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10; NJW 2015, 1359, Tz. 78) dem Versuch entgegengetreten, eine Diskriminierung aus religiösen Gründen dadurch zu maskieren, dass sie (wie dies der für nichtig erklärte § 57 Abs. 4 Satz 3 NRW-SchulG tat) als scheinbar harmlose Privilegierung „christlich-abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen“ auftritt.

210 Vgl. auch Möllers, Pluralität (Fn. 175), 232. Siehe zum Ganzen nun auch: *Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann/Michael Neumann/Thomas Weitin*, Säkulare Tabus. Die Begründung von Unverfügbarkeit, 2015.

211 In zugespitzter Form können beide Mechanismen an einem extremen Fall studiert werden, nämlich an dem Aufsatz „Verfassungshorizont und Taburaum“ des ehemaligen Bonner Staatsrechtlers *Stefan Haack*, der im Jahr 2011 im Archiv des öffentlichen Rechts (Band 136, 365-401) erschienen ist. Haack verortet den Ursprung der Rechtsordnung in einer „gemeinschaftliche[n] Identität“ der Rechtsgenossen. Auf dieser Grundlage entfaltet er die These, „dass jede rechtliche Ordnung der verfassten Gemeinschaft einen gedanklichen Horizont aufweist [...], hinter welchem ein Raum des ordnungsfremden Verhaltens, sprich: des Tabus liegt.“ (371) Wie die rechtliche Ordnung selbst sei auch der Taburaum ein unmittelbares „Resultat der gemeinschaftlichen Identität“ (374). Dabei soll die Pointe

5. Poststrukturalistische Phantasmagorien

Worauf abschließend noch hinzuweisen ist, ist ein evaluativ aufgeladener Kulturbegriff, der in verdeckter Form und aus einer gänzlich anderen Richtung kommend auftritt. Die kulturtheoretische Kritik an der liberalen Selbstbeschreibung der Politik und des Rechts nimmt nicht nur die Form von Verweisen auf die Dignität kollektiver Identitäten und die von ihnen angeblich bereit gestellten vorrechtlichen Sinnhorizonte des Rechts an. Diese gleichsam hermeneutisch verfahrenenden normativen Kulturtheorien werden durch eine zweite Gruppe ergänzt (und zugleich kritisiert), die in ihrer Mehrheit auf den Familiennamen des Poststrukturalismus oder der Dekonstruktion hören²¹² und deren

des Begriffs des „Ordnungsfremden“ darin liegen, dass ein Verbot dessen, was ihm unterfällt, keiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfe: Verhalten, das im „Taburaum“ liegt, soll ohne Weiteres auch dann verboten werden können, wenn sich kein Rechtsgut benennen lasse, das geschützt werden soll (392); „Verbotstatbestände, die das untersagen, was zum Taburaum gehört, können nicht als unverhältnismäßig erscheinen“ (389). Haack geht so weit, zu behaupten, dass Unrecht, das außerhalb des durch unsere „Identität“ geprägten Verfassungshorizonts liege, von den Organen der rechtlichen Ordnung lediglich deklaratorisch zum Unrecht erklärt werde (375), ohne dass es hierfür einer Entscheidung oder gar einer Begründung bedürfe. Auf diese Weise wird die Deduktion von Rechtssätzen vollständig von den Prinzipien rationaler Begründung oder prozeduraler Legitimation entkoppelt. Was im „Taburaum“ liegt, soll nach Haack gewissermaßen naturwüchsig aus dem Wesen der „konkreten Ordnung“ (372 ff.) der Gemeinschaft folgen. Der Haack'sche Identitäts-Diskurs zeigt so zweierlei: Erstens eine aggressive Form der Unterscheidung zwischen dem „Wir“ und den „Anderen“. Holistischen Kulturbegriffen, wohnt, wenn sie in normativer Absicht gebraucht werden, eine Tendenz zur autoritären Homogenisierung inne. Zweitens verbirgt sich hinter der substantialistischen und zugleich keiner Begründung bedürftigen konkreten Solensordnung des „Taburaums“ doch nur die Kontingenz der ideologischen Ressentiments und Entscheidungen ihres Autors; sein Inhalt ist willkürlich. Der Begriff kultureller Identität ist theoretisch völlig unterbestimmt, und darin, dass er dies ist, liegt gerade seine Attraktivität und seine rechts- und theoriepolitische Funktion. Zu lernen ist aus dem Beispiel auch, dass der Kulturbegriff für die Sicherung rechtsstaatlicher Mindestgarantien jedenfalls die falsche Ressource ist. Siehe hierzu auch *Fateh-Moghadam et al.*, Säkulare Tabus (Fn. 210).

- 212 Siehe hierzu *Andreas Reckwitz*, Die Politik der Moderne aus kulturtheoretischer Perspektive: Vorpolitische Sinnhorizonte des Politischen, symbolische Antagonismen und das Regime der Gouvernamentalität, in: Birgit Schelling (Hg.), Politik-

Selbstbeschreibung als „Kulturtheorien“ dem eher kontingenten Umstand geschuldet ist, dass die anglo-amerikanische Richtung der *Cultural Studies* (in teilweiser Überschneidung mit dem *Critical Legal Studies Movement*²¹³) sich diesen Ansätzen früh geöffnet hat.²¹⁴

Dieser zweiten Theoriefamilie geht es um den Aufweis der nicht bewussten oder invisibilisierten Strukturen der modernen Politik, der widersprüchlichen und agonalen Verfasstheit herrschender kultureller Codes und der machtvormittelten Produktionsweisen spezifisch moderner Subjektivität. Sie zielen auf eine Dekonstruktion und Delegitimation der „großen“ – namentlich der liberalen – Erzählungen über die Moderne, die modernen Subjekte und das moderne Recht²¹⁵ und nicht zuletzt darauf, die Unmöglichkeit oder jedenfalls die Irrelevanz gelingender normativer Begründung zu erweisen. Es besteht kein Mangel an Ansätzen, die die immanente Widersprüchlichkeit und Unbestimmtheit des rechtlichen Regelsystems im Allgemeinen und der Rechtsanwendung im Besonderen betonen²¹⁶ oder die paradoxe Natur „des Rechts“ bzw. zentraler dogmatischer Begriffe behaupten²¹⁷, die auf einen infiniten Regress alternativer Interpretationsmöglichkeiten rechtlicher Normen verweisen²¹⁸ oder den Versuch unternehmen, den

wissenschaft als Kulturwissenschaft. Theorien – Methoden – Forschungsperspektiven, 2004, 33–56.

213 Exemplarisch *Rosemary J. Coombe*, *Critical Cultural Legal Studies*, *Yale Journal of Law & the Humanities* 10 (1998), 463–486.

214 Vgl. *Heidrun Friese*, *Cultural studies – Forschungsfelder und Begriffe*, in: *Handbuch der Kulturwissenschaften* (Fn. 17), Band 2, 467–485 sowie Fn. 29.

215 Vgl. *Reckwitz*, *Politik* (Fn. 212).

216 Vgl. etwa *Duncan Kennedy*, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, *Harvard Law Review* 89 (1976), 1685–1778 und *ders.*, *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, 1997.

217 Vgl. etwa *Mark Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*, 1987, 3 ff.; *Stanley Fish*, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, 1989; *Costas Douzinas/Adam Gearey*, *Critical Jurisprudence. The Political Philosophy of Justice*, 2005.

218 Vgl. etwa *Jacques Derrida*, *Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“*, 1991; *Stanley Fish*, *Doing What Comes Naturally* (Fn. 217) und *ders.*, *The Trouble with Principle*, 1999. Zu einer (fast) systemtheoretischen Spielart siehe die fröhliche Paradoxologie *Gunther Teubners*, „And God Laughed...“: Indeterminacy, Self-Reference and Paradox in Law [1989], in: *David M. Trubek/Christian Jo*

Anspruch, dass Rechtstexte als Teil einer kohärenten Ordnung interpretiert und normative Geltungsansprüche eingelöst werden können, zu dekonstruieren und zu suspendieren.²¹⁹ Theorien dieses Typs sehen sich allerdings der – am Beispiel Michel Foucaults schon in den 1980er Jahren etwa von Nancy Fraser, Jürgen Habermas, Charles Taylor und Michael Walzer²²⁰ intensiv debattierten – Frage gegenüber, ob sie infolge ihrer Prämissen nicht von vornherein außerstande sind, die von ihnen selbst (zumindest implizit) erhobenen normativen Geltungsansprüche einzulösen.

Aus der Sicht einer an Begründung interessierten Theorie des Rechts können die Vertreter/innen dieser Theoriefamilie nur eine von drei Karten spielen: Man kann entweder alle normativen Relationen auf Machtverhältnisse (oder Relationen der Kontingenz) reduzieren, sodass in ihnen nur noch *faktisch*, aber eben nicht mehr mit Gründen, Partei ergriffen werden kann.²²¹ Dies ist die nihilistische Option. Oder aber man versucht, das eigene *normative* Anliegen als berechtigt zu

erges/Peer Zumbansen (Eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*. Republication [with a New Introduction] Twenty-Five Years Later, *German Law Journal* 12 (2011) Nr. 1, 376-406.

219 *Peter Goodrich*, Law and Modernity, *The Modern Law Review* 49 (1986), 545-559; *Anthony Carty*, Postmodern Law: Enlightenment, Revolution and the Death of Man 1990; *Costas Douzinas/Ronnie Warrington/Shawn McVeigh*, Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law, 1991.

220 Vgl. *Nancy Fraser*, Foucault on Modern Power: Empirical Insights and Normative Confusions, *Praxis International* 1 (1981), 272-287; *Michael Walzer*, The Politics of Michel Foucault, in: David C. Hoym (Ed.), *Foucault: A Critical Reader*, 1986, 51-68; *Charles Taylor*, Foucault über Freiheit und Wahrheit [1984], in: ders., *Negative Freiheit? Zur Kritik des neuzeitlichen Individualismus*, 1992, 188-234; *Jürgen Habermas*, Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen, 1985, 327 ff. und *Richard J. Bernstein*, Foucault: Critique as a Philosophic Ethos, in: Axel Honneth et al. (Hg.), *Zwischenbetrachtungen im Prozeß der Aufklärung*. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag, 1989, 395-425.

221 Zur nietzscheanischen Lesart der These, der zufolge alle Geltungsansprüche nur perspektivische Funktionen eines agonalen Machtstrebens darstellen und es ohnehin „keine Erkenntnis gibt, die nicht auf Ungerechtigkeit beruht“, siehe *Michel Foucault*, Nietzsche, la généalogie, l'histoire [1971], in: Dits et écrits 1954-1988 par Michel Foucault, éd. Daniel Defert et François Ewald, tome II, 1994, 136-156, 155 und hierzu *Thomas Gutmann*, Nietzsches ‚Wille zur Macht‘ im Werk Michel Foucaults, in: *Nietzsche-Studien* 27 (1998), 377-419, 397 ff.

erweisen, obwohl dieser Anspruch nach den eigenen Prämissen kein Fundament besitzen kann. Das ist die Option des performativen Widerspruchs.²²² Von keiner dieser beiden Optionen führt ein Weg zu rechtswissenschaftlicher Begründung, und hierin dürfte der Grund für den *ennui* liegen, den dieses theoretische Spiel hervorruft. Eine dritte Option scheint nun darin zu bestehen, das „Andere“ des liberalen, rechtsstaatlichen Mainstreams, anstatt es durch Gründe auszuweisen, raunend zu beschwören. Sie lässt sich exemplarisch an der sich selbst als philosophisch verstehenden²²³ „Kulturtheorie des Rechts“ Ulrich Halterns erläutern. An dieser ist nun keineswegs zu kritisieren, dass Haltern, meist in starker Nähe zu seinem Gewährsmann Paul W. Kahn²²⁴, die Wissenschaft vom Recht in jenem „kritischen Raum“ sucht, der von allen Anwendungskontexten der Arbeit am Recht befreit ist²²⁵, wohl aber, wie er diesen Raum versteht.

Haltern wird nicht müde, zu behaupten, seine Analyse sei nur ein Unternehmen politisch-rechtlicher Ontologie, die das von ihr Beschriebene keinesfalls rechtfertigen wolle.²²⁶ In der Tat wäre auch nicht zu sehen, wie sich mit den theoretischen Werkzeugen, die er einsetzt – einer symbolischen Formanalyse, verbunden mit einer Genealogie ungefähr Foucault'schen Typs – ein normatives Argument formen ließe. Die einschlägigen Texte sind freilich mit Kryptonormativität vollgesogen wie ein nasser Schwamm: Haltern macht deutlich,

222 Vgl. zu letzterer auch die Kritik *Günther Frankenberg's*, Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc., in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2009, 94-111, 107.

223 *Haltern*, Notwendigkeit (Fn. 18), 193.

224 *Paul W. Kahn*, The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship, 1999; *ders.*, Putting Liberalism in its Place, 2004; *ders.*, Freedom, Autonomy, and the Cultural Study of Law, *Yale Journal of Law and the Humanities* 13 (2001), 141-171. Die Nähe zeigt sich auch im methodischen Zugriff, vgl. *Ulrich Haltern*, Recht und soziale Imagination, in: Werner Gephart (Hg.), *Rechtsanalyse als Kulturforschung*, 2012, 89-102, 96 f. und *Kahn*, The Cultural Study of Law, 40 ff., 7 ff., 91 ff.

225 *Kahn*, Cultural Study (Fn. 224), 1; *Haltern*, Notwendigkeit (Fn. 18), 204, 206 ff.

226 *Haltern*, Notwendigkeit (Fn. 18), 209, 218 f. *ders.*, Recht und soziale Imagination (Fn. 224), 89-102, 100. Ganz anders freilich *ders.*, *Europarecht und das Politische* (Fn. 18), 13.

dass er auf eine Kritik des Begründungsunternehmens der Idee des liberalen Rechtsstaats²²⁷ und seines Versuchs zielt, eine Grenze zwischen legitimer und illegitimer Ordnung zu bestimmen. Er will hierfür die These, Recht könne eine legitime Quelle von Autorität sein, „angreifen und Stück für Stück widerlegen“.²²⁸ Unfähig, dies direkt zu tun, konfrontiert er das Unternehmen des Rechts, die Differenz zwischen legitimer (oder wenigstens legitimierbarer) und illegitimer Gewalt zu benennen, mit der Feier einer Metaphysik des „Willens“ und des nackten „Politischen“.²²⁹ Dabei liegt die Pointe des Haltern'schen Ansatzes darin, die „um religiöses und mythisches Denken herum organisiert[e]“²³⁰ Tiefenstruktur des demokratischen Rechtsstaats als aufklärungsresistent zu präsentieren. Die „konzeptionellen Bedingungen einer sozialen Praxis, welche wir die Herrschaft des Rechts oder Rule of Law nennen“²³¹ werden in der Unausweichlichkeit eines *mysterium tremendum*, in der „Kategorie des Heiligen“ verortet, das sich weiterhin im ‚Souverän‘ als *corpus mysticum* offenbare.²³² In all dem bietet Haltern eine nur scheinbare Kritik der sakralen Aufladung der Politik und des Rechts – eine Kritik, die ihren eigenen Schauwert aus eben dieser Aufladung zieht²³³ und deshalb umso kräftiger an ihrer Beschwörung mitwirkt. Auch die sich eigenartig windende Sprecherposition der Haltern'schen „Kulturtheorie des Rechts“ findet so, *quod*

227 Ulrich Haltern, Erklärungsnotstand des Liberalismus: Warum Rechtswissenschaft keine Wissenschaft der Politik ist, in: Marcel Senn/Dániel Puskás (Hg.), *Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?*, 2007, 145-166.

228 Haltern, *Notwendigkeit* (Fn. 18), 204; *ders.*, *Recht und soziale Imagination* (Fn. 224), 91.

229 Haltern, *Erklärungsnotstand* (Fn. 227), 156, 164; *ders.*, *Europarecht* (Fn. 18), 44ff.

230 Haltern, *Notwendigkeit* (Fn. 18), 219.

231 Haltern, *Recht und soziale Imagination* (Fn. 224), 96.

232 Vgl. Haltern, *Notwendigkeit* (Fn. 18) 210 ff., im Anschluss an Agamben; *ders.*, *Was bedeutet Souveränität?*, 2007; *ders.*, *Europarecht* (Fn. 18), 64 ff., 85 ff. sowie Kahn, *Liberalism* (Fn. 224), 159 ff.

233 „Haltern gibt den Anschein, er wolle die Büchse der Pandora öffnen, um sie gründlich zu reinigen“, wie Fabian Steinhauser, *Non Plus Ultra. Zu Formen der Kulturwissenschaft im Recht, Der Staat* 47 (2008), 63-84, 67, dies auf den Punkt bringt.

erat demonstrandum, einen Weg, evaluative Effekte zu erzielen und dabei Begründungsanforderungen im Recht zu überspringen. Nur in zweiter Linie wäre zu kritisieren, dass ihre inhaltlichen Phantasmagorien – der „Raum der Gewalt, der sich durch Recht nicht einfangen lässt“²³⁴, der „Raum der Souveränität jenseits des Rechts“²³⁵, das „Politische“²³⁶, das „Heilige“²³⁷, das „Opfer“²³⁸ und die „Opferbereitschaft“²³⁹ – ähnlich wie manche Wendungen bei Carl Schmitt, Giorgio Agamben und Alain Badiou²⁴⁰, ungeachtet ihrer theologisch-sakralen Konnotationen zu jenem Begriffsnetz zählen, das man als die gewalt-pornographische Tradition der politischen Philosophie bezeichnen kann. Am Ende gilt auch hier, dass die Arbeit am Recht durch den Begriff der Kultur keine Aufklärung zu erwarten hat.

234 *Haltern*, Notwendigkeit (Fn. 18), 201, 217.

235 Ebd., 217.

236 Siehe Fn. 229.

237 Siehe Fn. 232.

238 *Ulrich Haltern*, Pathos and Patina. The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination, *European Law Journal* 9 (2003), 14-44, 23; *ders.*, Europarecht und das Politische (Fn. 18), 87, 93.

239 *Haltern*, Notwendigkeit (Fn. 18), 219.

240 Hierzu *Mark Lilla*, A New, Political Saint Paul? *The New York Review of Books* 55 (Nr. 16 vom 23.10.2008).