

§ 1 Einleitung: Kulturloses Recht als Fiktion der Rechtswissenschaft

Recht ist ein Element der Kultur unter vielen. Als solches ist die Subjektivität der Ausgangspunkt seiner Genese, Wirkung und Transformation. In diesem Prozess befindet sich das Recht als normative, auf Handlungen bezogene Wissensordnung in einem beständigen Austausch mit Formen des Wissens, der Techniken und der Praktiken. Es sind somit dezentrale Formen der Praxis, die sich in einem freien, evolvierenden Möglichkeitsraum realisieren, die die Rechtsnormativität inhaltlich informieren und transformieren. Ein Recht, das sich in seiner Medialität für diese aus individuellen, transgressiven Freiheitsräumen hervorgehende ›liberale Transformation‹ öffnet, ist der normative Fixpunkt einer Kulturtheorie des Rechts.

Das ist die Kernthese des vorliegenden Buches. Sie stellt für die deutschsprachige Rechtswissenschaft in Teilen eine Provokation dar, so wie sie gleichsam eine kulturwissenschaftliche Selbstverständlichkeit konstatiert. Das Recht durch die Perspektive der ›Kultur‹ zu verstehen, heißt, zu einem anderen Verständnis des Rechts zu gelangen, das die tradierte kontinentaleuropäische Rechtspraxis infragestellt, sie kritisierbar macht und zu einer Perspektive für das Recht im 21. Jahrhundert führt, die in einer neuen Medialität und Liberalisierung besteht. Dieses Recht ist postsoverän, dezentral und reflektiert seine Fundierung in außerjuristischen Wissensbeständen in jeder seiner Operationen. Nicht weniger als die Entwicklung eines solchen Rechtsdenkens beabsichtigt dieses Buch zu leisten und damit in den Kanon derer einzustimmen, die sich seit vielen Jahren dafür einsetzen, auch in der Rechtswissenschaft eine grundlegende Reflexion der kulturellen Kategorie ›Recht‹ zu betreiben.

In diesem Sinne ist die Entwicklung einer Kulturtheorie des Rechts das primäre Anliegen der Arbeit. Eine solche kulturwissenschaftliche Theorie des Rechts ermöglicht auf deskriptiver Ebene ein umfassenderes Verständnis der Genese- und Transformationsdynamiken der Rechtsnormativität. Dabei lässt sich immer wieder das Motiv der ›liberalen Transformation‹ beobachten. Als gestalterische Perspektive ergänzt es die rein beschreibende Ebene der Kulturtheorie und leitet über zu einem aus der kulturtheoretischen Reflexion hervorgehenden normativen Zukunftsentwurf für das Recht. Das Moment der ›liberalen Transformation‹ lässt sich in der Theoriebildung in zwei Formen beobachten. Zum einen beschreibt der Begriff, inwiefern Freiheit eine notwendige Voraussetzung für das kontingente Evolvieren der in den gesellschaftlichen Praktiken fundierten Wissensbestände ist und somit auch die Transformation der Rechtsnormativität als normative, auf Handlungen bezogene

Wissensordnung Freiheit voraussetzt (Transformation des Rechts *durch* Freiheit). Zum anderen beschreibt der Begriff normativ, dass das Recht seine Fundierung in der Freiheit als Möglichkeitsbedingung der Transformation erkennt und in seine Prozesse integriert, um produktiv mit dem es konstituierenden kulturellen Wissen zu interagieren (Transformation des Rechts *für* die Freiheit).

Thomas Vesting schreibt in diesem Zusammenhang:

Eine liberale Verfassung ist nicht nur und nicht einmal primär von einer verfassungsbegründenden Gewalt abhängig, sondern von einem lebendigen Raum instituierter Freiheit, von Prozessen der gesellschaftlichen Selbstorganisation.¹

Diese Prozesse der gesellschaftlichen Selbstorganisation und den lebendigen Raum instituierter Freiheit als normative Konsequenz einer kulturtheoretischen Beschreibung der Genese und Transformation des Rechts zu deuten, ist ein zentraler Aspekt der Theorie des »Rechts als Praxis«.

Auf methodischer Ebene stellt der vorliegende Text in dreifacher Hinsicht eine theoriefokussierte Arbeit dar. 1) Es handelt sich um eine literaturgestützte Arbeit, das heißt, das verwendete Material besteht vorwiegend aus geistes-, sozial- und rechtswissenschaftlichen Theorie- und Rechtsprechungsanalysen, Rechtsvergleichung und dogmatische Zugriffe werden in der Regel verzichtet. 2) Als rechtsphilosophische bzw. rechtstheoretische Arbeit steht die Theorieentwicklung im Mittelpunkt. Die Arbeit wählt dabei einen interdisziplinären Ansatz, der sich dadurch auszeichnet, dass er eine Rechtstheorie auf der Grundlage von kultur- und medienwissenschaftlicher Forschung sowie poststrukturalistischer Theorie entwickelt. Viele Axiome der klassischen politischen Theorie und Rechtstheorie wie beispielsweise das Souveränitätsparadigma, das Verständnis des Rechts als Form staatlicher Herrschaft und dessen schriftliche, präskriptive ex ante Medialität werden so in Frage gestellt und das Recht wird als eine Kategorie erkennbar, die weniger politisch-juristisch, sondern vielmehr kulturell und medial ist. 3) Ebenso wie das Recht ausgehend von den Lebensformen als offener Möglichkeitsraum experimenteller Praktiken zu verstehen ist, ist auch die Theoriebildung ein Ort des Experiments. Theorie als Lebensform bedeutet, die »losen Enden« (Krajewski) zu verfolgen, die alternativen Zukünfte zu entdecken und das Potential von Partikularwissen jenseits des Kanons zu erkennen. Theoriebildung wird damit zu einem spielerischen Prozess, der vom riskanten Denken getrieben ist und sich den Zwängen der Alltagsvernunft widersetzt (Gumbrecht). Der analytischen Klarheit bleibt sie dabei stets verpflichtet.

In drei Schritten wird im weiteren Verlauf der Einleitung der Forschungsgegenstand umrissen. Erstens erfolgt eine Abgrenzung sowohl

1 Vesting, Thomas: *Staatstheorie*. München: C. H. Beck 2018, Rn. 221.

gegenüber anderen Forschungsrichtungen innerhalb der deutschen Rechtswissenschaft als auch gegenüber anderen Kulturbegriffen, die in der deutschen Rechtswissenschaft verwendet werden. Die Abgrenzung endet mit der Hypothese, dass weite Teile der deutschen Rechtswissenschaft aufgrund von einer Reihe theoretischer Präfigurationen Recht nicht als kulturelle Kategorie denken können. An die Abgrenzung schließt sich als zweites eine Einbettung des Forschungsgegenstandes in die Strömung »Recht als Kultur« an. Drittens wird das konkrete Forschungsprogramm des »Rechts als Praxis« als spezifischer Zugriff auf die »Recht als Kultur«-Thematik erläutert und ein Überblick über die Gliederung der Arbeit gegeben.

I. Zum Verhältnis von Rechts- und Kulturwissenschaft

Ansatzpunkt dieser Arbeit ist der Fachdiskurs der deutschsprachigen Rechtswissenschaft. Auszuloten ist demnach zuerst, welche Rolle der Begriff der ›Kultur‹ gegenwärtig in ihm spielt und welches Verhältnis die Rechts- zur Kulturwissenschaft unterhält. Als juristische Dissertation leistet die Arbeit naturgemäß einen Beitrag zum rechtswissenschaftlichen Diskurs und betrachtet diesen auch als ihren primären Adressaten. Aufgrund des interdisziplinären Hintergrunds der Arbeit werden im Folgenden jedoch auch einige Eigenheiten eben dieses juristischen Diskurses erläutert, die sich für einen juristisch gebildeten Leser möglicherweise schnell erschließen und für einen geisteswissenschaftlichen Leser etwas breiterer Erläuterung bedürfen.

1. Bestandsaufnahme in der deutschen Rechtswissenschaft: Teildisziplinen, Rezeption, Interdisziplinarität

Um das Verhältnis zwischen der deutschsprachigen Rechtswissenschaft und den Kulturwissenschaften zu verstehen, muss zunächst eine Bestandsaufnahme in Bezug auf die interne Gewichtung der rechtswissenschaftlichen Teildisziplinen, die Rezeption nachbarwissenschaftlicher Forschung und die Entwicklung interdisziplinärer Ansätze innerhalb der Rechtswissenschaft selbst vorgenommen werden.

a. Grundlagenwissenschaft und Dogmatik

Wie jede Wissenschaft besteht auch die Rechtswissenschaft aus mehreren Teildisziplinen. Zum einen ist dort die Aufteilung, die sich an den verschiedenen Rechtsgebieten orientiert und die insbesondere im

deutschsprachigen Raum verbreitet ist. Gemeinhin wird hier zwischen dem Öffentlichen Recht, dem Zivilrecht und dem Strafrecht, sowie weiteren Subgruppen wie dem Handels- oder dem Gesellschaftsrecht unterschieden. Neben dieser an Rechtsgebieten ausgerichteten Abgrenzung lässt sich allerdings auch eine auf die Methodik abzielende Trennung der Teildisziplinen vornehmen. Hier stehen sich dann insbesondere die Grundlagen des Rechts und die Dogmatik gegenüber. Die Methoden werden dabei in nahezu allen Rechtsgebieten gleichermaßen verwendet.

Die Ausrichtung der deutschen Rechtswissenschaft ist stark dogmatisch. Damit geht sie im Vergleich zu ihren internationalen Pendanten einen »Sonderweg«². Die sogenannte »Doctrinal Research« nimmt im angloamerikanischen Raum beispielsweise längst nicht den Stellenwert ein, wie die Dogmatik im deutschsprachigen; »dort sind Wissenschaft und Praxis deutlich voneinander getrennt«³. Ähnliches gilt für die romanischen Länder.⁴ Oliver Lepsius kommt daher zu dem Schluss: »Dogmatik [ist] etwas spezifisch deutsches und nichts der Rechtswissenschaft (schon gar nicht: der europäischen Rechtswissenschaft) immanentes.«⁵ Dieser Befund impliziert: Rechtswissenschaft ginge – und geht – auch anders.

Eines der Kernprobleme besteht dabei darin, dass dogmatische Abhandlungen »den historischen Rückblick, den philosophischen Tiefblick, den sozialwissenschaftlichen Rundblick oder gar den politischen Ausblick [scheuen]«⁶. Die »Konjunktur von Dogmatik« führt somit zu einer Marginalisierung von »[t]heoretische[n] Fragestellungen« und »grundlagenbezogene[n] Themen«⁷. Dies betrifft auch das Verhältnis von Kultur und Rechtswissenschaft in Deutschland. Eine kulturwissenschaftliche Reflexion des Phänomens »Recht« ist immer eine grundlagenbezogene Fragestellung. Ein dogmatischer Diskurs, der das geltende Recht in seiner Analyse im doppelten Sinn als gesetzt betrachten muss – einerseits als vom Staat *gesetztes* Recht und andererseits als den *gesetzten* Ausgangspunkt der sich daran anschließenden wissenschaftlich-dogmatischen Auslegung –, kann das Recht gar nicht als kulturelles Phänomen begreifen, da das positive Recht, im Sinne der Rechtssätze, sein unüberschreitbarer Rahmen ist. Die dogmatische Ausgestaltung dieser Rechtssätze ist dann das Ergebnis dieses Diskurses. Wichtige Anliegen der Kulturtheorie des Rechts wie die Betrachtung des Rechts jenseits der Kategorie des Staates sowie die grundlegende Diskussion der Medialität des

2 Lepsius, Oliver: »Kritik der Dogmatik«, in: Gregor Kirchhof / Stefan Magen / Karsten Schneider (Hg.): *Was weiß Dogmatik?* Tübingen: Mohr Siebeck 2012, S. 39–62, S. 47.

3 Ebd., S. 47.

4 Vgl. ebd., S. 47f.

5 Ebd., S. 46.

6 Ebd., S. 40.

7 Ebd., S. 48.

Rechts sind damit im Rahmen einer dogmatischen Rechtswissenschaft nicht realisierbar.

Eine grundlagenorientierte Rechtswissenschaft wäre somit äußerst wünschenswert, nicht zuletzt, da es sich dabei um die eigentliche Kernkompetenz der *Rechtswissenschaft* handelt.⁸ Ein starker Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis ist zwar an sich erstrebenswert;⁹ wenn der ›Preis‹ dafür allerdings ist, dass die Rechtswissenschaft aufgrund ihres Wunsches nach praktischer Geltung ihren Wissenschaftscharakter aufgibt, dann gerät ihr universitärer Status in Schieflage.¹⁰ So treffend Lepsius' Problembeschreibung an dieser Stelle ist, so unbefriedigend ist zugleich sein Gegenvorschlag. Dieser zielt vor allem auf eine verfassungs- und demokratietheoretisch ausgerichtete Rechtswissenschaft ab, deren spezifischen Probleme von Standpunkt einer Kulturtheorie des Rechts in den Abschnitten 1.c und 2.b erläutert werden.

b. Ausbleibende Rezeption der Nachbarwissenschaften

Vielfach ist zu beobachten, dass das Recht als kulturelle, historische oder politische Kategorie in den Nachbarwissenschaften der Rechtswissenschaft zum Untersuchungsgegenstand wird. Durch die in den Nachbarwissenschaften zumeist abgeschwächte dogmatische Perspektive entstehen hier durch eine interdisziplinäre und ergebnisoffene Herangehensweise zukunftsweisende, alternative Betrachtungsweisen des Rechts, die allerdings von der Rechtswissenschaft kaum rezipiert werden. In anderen akademischen Traditionen – beispielsweise in den USA im Feld der ›Constitutional Theory‹ – ist dies anders und deutet darauf hin, dass – wie oben erläutert – eine Verbindung zur Fixierung der deutschen Rechtswissenschaft auf ihre dogmatische Arbeitsweise auch hier ursächlich sein könnte.¹¹ Ob das Argument, die Ergebnisse zur Forschung am Recht aus den Nachbarwissenschaften seien für die Rechtswissenschaft wenig anschlussfähig, da sie das ›Konkrete‹, sprich das geltende Recht und seine Dogmatik, außer Acht ließen, richtig ist, hängt wohl immer vom Einzelfall ab. Nicht alle in den Nachbarwissenschaften entwickelten Konzepte sind für die Rechtswissenschaft und vor allem die Rechtspraxis gleichermaßen anschlussfähig. Dies ist dann aber

8 Vgl. ebd., S. 48.

9 Vgl. ebd., S. 54.

10 Vgl. ebd., S. 44 u. 61.

11 Allgemein zur Dogmatik vgl. erneut Lepsius, Kritik der Dogmatik; und für die Verfassungstheorie im Besonderen Jestaedt, Matthias: *Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*. Paderborn et al.: Ferdinand Schöningh 2009, S. 101f.

bereits ein methodisches *A priori* und sagt nicht unmittelbar etwas über den wissenschaftlichen Wert dieser Forschungsergebnisse aus, die sich häufig mit den Grundlagen beschäftigen und somit bewusst die Sachzwänge der gegenwärtigen Rechtssysteme zunächst methodisch in den Hintergrund treten lassen. Die Beantwortung dieser methodischen Fragen für die Verwertbarkeit von Ergebnissen aus den Nachbarwissenschaften erfordert allerdings bereits einen wissenschaftlichen Dialog *in der Sache*, was dann bereits eine Rezeption der nachbarwissenschaftlichen Theorien wäre, zu der es aber erklärtermaßen nur selten kommt. Viel öfter hingegen ist die Abwehrgeste eine pauschale, die ganze Disziplinen und Theorieströmungen betrifft.

Ob nun in der Sache berechtigt oder nicht, die Abwehrgeste der Rechtswissenschaft sorgt dafür, dass sich ein bestimmter Eindruck verfestigt: Recht bleibt Sache der Juristen. Vor dem Hintergrund der Entstehung des deutschen Rechtssystems und seiner Pflege durch ein staatlich ausgebildetes Berufsjuristentum verwundert dieser Eindruck wenig. Für die Rechtswissenschaft folgt daraus, dass sie sich die Hoheit über ihren Untersuchungsgegenstand – das Recht – bewahrt. Die anderen Disziplinen, die vor allem in den Grundlagen des Rechts, einem entscheidenden Teilgebiet der Rechtswissenschaft, präsent sind, wie beispielsweise die Philosophie, die Soziologie, die Geschichtswissenschaft und eben auch die Kulturwissenschaft, haben dann in der institutionellen Realität des wissenschaftlichen Betriebs nur noch wenig mitzureden und werden in die Peripherie rechtswissenschaftlicher Forschung verdrängt.

c. Eindimensionale Interdisziplinarität

Dem vermeintlich entgegenstehend ist in den letzten Jahren durchaus eine Renaissance der Grundlagenforschung in der Rechtswissenschaft zu beobachten.¹² Insbesondere im Öffentlichen Recht werden zunehmend neuere Ansätze aus der Politikwissenschaft und der politischen Philosophie rezipiert. Diese betreffen dabei vor allem die Demokratietheorie,

12 Vgl. dazu unter anderem Lüdemann, Jörn: »Grundlagenforschung im Öffentlichen Recht«, in: Andreas Funke / Julian Krüper / ders. (Hg.): *Konjunkturen in der öffentlich-rechtlichen Grundlagenforschung*. Tübingen: Mohr Siebeck 2015, S. 1–15, S. 4ff., der hier nicht nur treffend die grundsätzlich prekäre Stellung der Grundlagenforschung im Angesicht der »dogmatischen Monokultur« (S. 4) erkennt, sondern darüber hinaus die These formuliert, dass die »Rezessions- und Depressionsphase der Grundlagenforschung« überwunden sei, und man sich zur Zeit der Veröffentlichung »in einer Phase des konjunkturellen Aufschwungs« (S. 4) der Grundlagenforschung befände, die er sodann mit einem Überblick über die institutionell verfasste Forschungslandschaft illustriert.

die – wie auch schon bei den rechtswissenschaftlichen Klassikern, den am Weimarer Methodenstreit beteiligten und aus ihm hervorgegangenen Verfassungstheoretikern des 20. Jahrhunderts – die Grundbegriffe des demokratischen Rechtsstaates, auf die auch die Juristen in der Arbeit mit dem Recht und am Recht immer wieder zurückkommen, konzeptionell untermauert.¹³ Begriffe wie »das Volk« sind zentral für die Verfassung und docken an Wissensbestände an, die nicht im engeren Sinne juristisch, sondern vor allem demokratietheoretisch sind.¹⁴

Neben der Integration von Ansätzen aus der Politikwissenschaft und der politischen Philosophie in die Fachdiskurse im Öffentlichen Recht, lässt sich eine ähnliche Geste auch im Strafrecht beobachten, wo beispielsweise an Diskurse der (Medizin-)Ethik angeknüpft wird. Insbesondere bei der Diskussion strafrechtlicher Fragen, deren Regelungsbereich das menschliche Leben selbst ist, wie beispielsweise in der Reproduktionsmedizin oder der Sterbehilfe, greifen Rechtswissenschaftler und

- 13 Ein aktuelles, und mehr als einschlägiges Beispiel für einen solchen Grenzgang zwischen politischer Theorie und Öffentlichem Recht wäre Volkmann, Uwe: *Demokratie und Vernunft. Zugleich ein Beitrag über den Zusammenhang von politischer Theorie und Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck 2024.
- 14 Wie sehr diese Erkenntnis in weiten Teilen der etablierten Rechtswissenschaft immer noch verkannt wird, zeigt zum Beispiel das folgende Zitat von Martin Morlok und Lothar Michael zum Konzept der Volkssouveränität: »Die Volkssouveränität, die als politische Forderung mit theoretischer Unterfütterung in die Welt kam, lässt sich auch als Rechtsprinzip verstehen.« (Morlok, Martin und Lothar Michael: *Staatsorganisationsrecht*. 6. Auflage, Baden-Baden: Nomos 2022, Rn. 133). Zwar erkennen Morlok und Michael vorliegend die politiktheoretische Dimension des Begriffs an, versuchen aber dann sogleich eine scharfe Trennlinie zwischen der politiktheoretischen Semantik und dem Status der Volkssouveränität als Rechtsbegriff im Sinne des Art. 20 II GG zu ziehen. Den Fokus auf die konkrete grundgesetzliche Ausgestaltung der Volkssouveränität zu legen, ist für ein Lehrbuch zum Staatsorganisationsrecht durchaus angemessen, das Vorgehen illustriert allerdings einen für Juristen typischen Reflex: Es ist die Idee, dass bei der Behandlung eines Begriffs als reines »Rechtsprinzip« – zum Beispiel im Vorgang der Rechtsauslegung – dessen interdisziplinären Bezüge und dessen Fundierung in außerjuristischen Wissensbeständen außer Acht gelassen werden könnten. Methodisch wird der Begriff somit isoliert bzw. durch seine Konzeption als »reines Rechtsprinzip« isolierbar gemacht. Dies unterstreicht noch einmal, wie gewagt und innovativ die oben skizzierten neueren interdisziplinären Forschungsansätze, die Schnittstellen zwischen politischer Philosophie und Verfassungsrecht ausloten, vom Standpunkt des konventionellen juristischen Diskurses sind. Sie kehren ein Stück weit die von Morlok und Michael vorgenommene Operation in ihrer Chronologie um, und beschäftigen sich auf der Grundlage des »Rechtsprinzips« mit dessen politiktheoretischen Hintergründen und Potentialen.

Praktiker immer wieder auch auf bio- und medizinethische Argumente zurück.

Zuweilen nehmen sogar die Gerichte selbst rechtsphilosophische Überlegungen in ihre Urteilsbegründungen auf. So entwickelt das Bundesverfassungsgericht sowohl die Menschenwürde aus Art. 1 I GG vor dem Hintergrund der Zweck-an-sich-Formel (alternativ »Selbstzweckformel«) Immanuel Kants als auch die im Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit implizierte allgemeine Handlungsfreiheit im Sinne des Art. 2 I GG unter Rückgriff auf Kants Begriff des allgemeinen Rechtsgesetzes.¹⁵

Diese Phänomene lassen sich folgendermaßen reflektieren. Als Erstes widerlegt diese Beobachtung nicht die im vorherigen Abschnitt diagnostizierte Rezeptionslücke. Es handelt sich bei den oben genannten Beispielen weniger um die Rezeption wissenschaftlicher Forschung aus Nachbardisziplinen, die das Recht selbst als Untersuchungsgegenstand hat, sondern vielmehr um die Integration von außerjuristischen Argumenten, sprich eben solchen aus anderen wissenschaftlichen Disziplinen, in den juristischen Diskurs. Das impliziert, dass die Ansätze selbst in einem genuin juristischen Feld entwickelt werden, was die Rezeption bereits a priori determiniert. Der Rahmen des juristischen Diskurses wird bei diesem Vorgehen niemals verlassen.

Anders ausgedrückt: Es handelt sich um eine eindimensionale Interdisziplinarität. Im Vordergrund steht die Verwendung von außerrechtlichem Wissen, das die Rechtsnormativität inhaltlich und innerhalb der formalen Grenzen des Rechts informieren soll. Die interdisziplinären Bezüge beschränken sich somit darauf, wo das durch sie vermittelte Wissen entweder zur Auslegung des geltenden Rechts dienlich ist, oder wo es zum Leitfaden für Gesetzesreformen werden könnte.

Die kulturwissenschaftliche Rechtstheorie in der hier zur Diskussion gestellten Form beschränkt sich nicht darauf, lediglich Argumente für den juristischen Diskurs der Rechtsanwendung und Reformpolitik bereitzustellen, sondern strebt eine grundsätzliche Reflexion eben dieses juristischen Diskurses an, indem sie die Medialität des modernen, kontinentaleuropäischen Rechts analysiert, kritisiert und normative Alternativen aufzeigt.

2. »Kultur« in der Rechtswissenschaft: Rechtspolitik und Verfassungstheorie

In diesem Sinne lehnt die Kulturtheorie des Rechts die zwei Kulturbegriffe ab, die sich gegenwärtig im rechtswissenschaftlichen Diskurs

¹⁵ Vgl. Kalscheuer, Fiete: »Kant und die allgemeine Handlungsfreiheit«, in: *Juristische Ausbildung* 2018 (Bd. 40, Nr. 1), S. 15–19, S. 15.

ausmachen lassen. Dies ist zum einen der Kulturbegriff der sogenannten »Kritischen Rechtswissenschaft« und zum anderen der der Verfassungstheorie.

a. Kulturbegriff der Diversität: Kritische Rechtswissenschaft

Der Kulturbegriff der Kritischen Rechtswissenschaft zielt auf einen rechtspolitischen Vermittlungsprozess von Gesellschaft und Recht, in dem die Gesellschaft als etwas Politisches begriffen wird, das sich vor allem durch kulturelle Diversität auszeichnet.¹⁶ Diese kulturelle Diversität wird – so die These der Kritischen Rechtswissenschaft – vom Recht nicht erkannt bzw. aktiv negiert. Eine kritische Rechtspolitik müsse daher in der Reform des Rechts bestehen, damit dieses die kulturelle Diversität reflektiert.¹⁷ Dadurch wird der liberal-demokratische Minderheitenschutz gestärkt, das Recht wird inklusiver und eine Form von integrativem Rechtspluralismus könnte entstehen. Anwendungsfelder einer solchen Rechtskritik sind insbesondere feministische, postkoloniale und interreligiöse sowie interkulturelle Diskurse.¹⁸

- ¹⁶ Zur Aktualität des Begriffs der »Kritischen Rechtswissenschaft« im deutschen Diskurs vergleiche nur die jüngst veranstalteten Ringvorlesungen an den Universitäten Münster und Hannover unter den Titeln »Recht kritisch denken« (SoSe 2024, Lehrstuhl für Internationales Öffentliches Recht und internationalen Menschenrechtsschutz, Prof. Nora Markard) und »Recht – kritisch: Alternative Zukünfte denken« (WiSe 2024/25, Gastprofessur für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie, Geschlechter- und Diversityforschung, Prof. Berit Völmann); »Recht kritisch denken«. Ringvorlesung im Sommersemester 2024«, herausgegeben von der Professur Nora Markard an der Universität Münster, <https://www.jura.uni-muenster.de/de/institute/imr/ringvl-zur-kritischen-rechtswissenschaft/ringvl-zu-kritischer-rechtswissenschaft-recht-kritisch-denken/> (zul. abgerufen am 26.11.2025) und »Ringvorlesung. »Recht – kritisch. Alternative Zukünfte denken«, herausgegeben von der Gastprofessur Berit Völmann an der Leibniz-Universität Hannover, <https://www.jura.uni-hannover.de/en/veranstaltungen/fuer-studierende/ringvorlesung-recht-kritisch-alternative-zukunft-denken> (zul. abgerufen am 26.11.2025).
- ¹⁷ Vgl. »Kritische Rechtswissenschaft«, in: *Wissen*, herausgegeben von der Professur Susanne Baer an der Humboldt-Universität zu Berlin, <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lfls/bae/wissen/kritische-rechtswissenschaft> (zul. abgerufen am 26.11.2025); »Aus kritischer Perspektive darf das Recht bestehende Differenzen und Ausgrenzungen in der Gesellschaft nicht ignorieren, sondern muss sie zur Kenntnis nehmen, um zu »gerechten« Entscheidungen zu gelangen«.
- ¹⁸ Vgl. ebd.; »So hat etwa die feministische Rechtswissenschaft (in der Schweiz: legal gender studies, in den USA: critical legal feminism, feminist legal studies) aufgezeigt, dass Normen häufig von einem männlichen

Politisch betrachtet sind dies ehrenwerte Anliegen. Aus wissenschaftlicher Perspektive kann sich eine Kulturtheorie des Rechts mit einem solchen Ansatz allerdings nicht zufriedengeben. In Anlehnung an die Ausführungen des vorherigen Abschnitts bleibt auch hier die Interdisziplinarität gewissermaßen eindimensional, worunter vor allem der von der Kritischen Rechtswissenschaft in Anschlag gebrachte Kulturbegriff leidet. Kultur als Diversität erkennt zwar die diskursive Konstruiertheit kultureller Kategorien und hinterfragt die darin angesiedelten Machtstrukturen, allerdings wird das Recht dabei selbst kaum als rein kulturelle Kategorie begriffen. Die Medialität des Rechts gilt auch hier als gesetzt und wird keiner Fundamentalkritik unterzogen, sondern es geht lediglich darum, diversitätsspezifische kulturelle Kategorien durch kritische Rechtspolitik in Rechtsnormativität zu übersetzen. Eine radikale kulturelle Gebundenheit des Rechts kennt die Kritische Rechtswissenschaft nicht.

b. Kulturbegriff der Homogenisierung: Volk und pouvoir constituant in der Verfassungstheorie

Wo der Kulturbegriff der Kritischen Rechtswissenschaft ein eher junges Phänomen innerhalb der rechtswissenschaftlichen Debatte ist, blickt der Kulturbegriff der Verfassungstheorie, der in seiner Verbindung mit den Begriffen des Volkes und des pouvoir constituant Kultur als etwas Homogenisierendes bzw. Einheitsstiftendes deutet, auf eine lange Tradition innerhalb der deutschen Rechtswissenschaft zurück. Dreh- und Angelpunkt ist dabei der Volksbegriff. Im demokratischen Staat ist er in Gestalt des pouvoir constituant Urgrund der Verfassungsordnung. Als ursprüngliche politische Kraft kommt dem Volk die verfassungsgebende Gewalt zu und somit gleichsam die Geltungsbegründung der gesamten Rechtsordnung. Diese Rangordnung verkörpert dabei das Primat des Politischen gegenüber dem Recht, das bereits Carl Schmitt beschrieben hat. Schmitts Lehre vom pouvoir constituant greift die Unterscheidung zwischen verfassungsgebender Gewalt (*pouvoir constituant*) und verfasster, das heißt von der Verfassung gesetzter, Gewalt (*pouvoir constitué*) des französischen Abbé Emmanuel Joseph Sieyès auf, die dieser in seiner 1789 erschienen Schrift *Qu'est-ce que le tiers état?* (Dt.: Was ist der dritte Stand?) vorträgt.¹⁹ Sowohl bei Schmitt als auch bei Sieyès re-

und heterosexuellen Normalsubjekt ausgehen und damit die Interessen bestimmter Menschen privilegieren, gleichzeitig unser Denken in einer binär-geschlechtlichen Ordnung vorprägen. Vergleichbare Kritiken sind im Rahmen der critical race theory und queer legal theory entstanden«.

19 Vgl. Sieyès, Emmanuel Joseph: »Was ist der Dritte Stand?« (frz. 1789), in: ders.: *Politische Schriften. 1788–1790*, herausgegeben von Eberhard Schmitt und Rolf Reichardt, 2. Auflage, München: Oldenbourg 1981, S. 117–195, S. 167.

feriert der Begriff des *pouvoir constituant* auf die Nation. Wo dieser bei Sieyès anfänglich noch zwischen »naturrechtliche[r] Tradition der Freiheit des Individuums [...] und eine[r] stärker den Mythos einer ursprünglichen Einheit der Nation akzentuierenden Linie«²⁰ oszilliert und sich erst später der Begriff der Nation »als *eine* Körperschaft«²¹ deren »Einheit, die zuerst da sei, die der Ursprung von allem sei und deren Wille immer gesetzlich sei, weil sie das Gesetz selbst sei«²² durchsetzt, geht Schmitt bereits von Anfang an von einem »kollektivistische[n] Nationsverständnis«²³ aus, aus dem sich für ihn die Notwendigkeit der »Einheit der Staatsgewalt«²⁴ ableitet. Das Volk als Nation, das allein die verfassungsgebende Gewalt ausübt, ist für Schmitt eine durchweg homogene Entität. Als Souverän ist sein Wille die ursprüngliche Staatsgewalt. Dies untermauert Schmitt durch die im Zuge der Vorrangstellung des Politischen vor dem Recht bereits angesprochene konsequente Trennung von politischen und rechtsstaatlichen Elementen der Verfassung. In der Sphäre des Politischen verortet er die Staatsgewalt, spricht den Volkswillen, wohingegen die Gewaltenteilung – die es bei Sieyès durchaus im positiven Sinne gibt – etwas Rechtsstaatliches sei, das eben diese ursprünglich einheitliche Staatsgewalt nachträglich zersetze.²⁵ Die Demokratie realisiert sich für Schmitt demnach ausschließlich im Politischen. Sämtliche (rechtsstaatlichen) Begrenzungen der Staatsgewalt, das heißt des Volkswillens, zum Beispiel durch Minderheitenschutz und subjektive Rechte, sind für Schmitt antidemokratisch. Demokratie ist für ihn somit die ungehemmte Verwirklichung des homogenen, kollektiven Volkswillens. Daraus ergibt sich ein Dezisionismus, der keinerlei (Selbst-)Begrenzung mehr kennt. Anders als Sieyès, der durchaus die Auffassung eines liberalen Rechts- und Verfassungsstaates vertritt, ist Schmitt ein Verfechter des Gegenteils. Sämtliche liberal-rechtsstaatlichen Begrenzungen lehnt er zugunsten des Dezisionismus ab.

Der Kulturbegriff kommt bei Schmitt latent dort ins Spiel, wo der *pouvoir constituant* als Volk mit dem Begriff der Nation verbunden wird. Das Recht ergibt sich für Schmitt aus dem Willen des Volkes. Die Geltung des Rechts ist somit für Schmitt eine politische Kategorie. Diese Denkfigur ist bis heute einschlägig. Die Rechtsordnung ist rückgebunden an den Willen des Volkes. Die praktische Möglichkeit der Existenz eines solchen Kollektivsubjekts wie dem ›Volk‹ und dessen vermeintliche Fähigkeit, so etwas wie einen Willen zu besitzen, werden dabei meist nicht

20 Vesting, Staatstheorie, Rn. 216.

21 Ebd., Rn. 216.

22 Ebd., Rn. 216.

23 Ebd., Rn. 49.

24 Ebd., Rn. 104.

25 Vgl. ebd., Rn. 104.

weiter reflektiert. Dieser Ansatz demonstriert die Unfähigkeit der gängigen Rechtstheorien, das Außerrechtliche jenseits der Politik als konstitutive Bedingung des Rechts zu denken. Es ist in der Verfassungstheorie dann gerade der Kulturbegriff der Homogenisierung, der diese Lücke füllt und über den die Existenz des Volkes als politische Entität erklärt wird. Bei Schmitt ist dies das kollektivistische Verständnis der Nation, das mithilfe eines essentialistischen Kulturbegriffs das Volk als Gemeinschaft der Volksgenossen konzipiert, indem sich in Anlehnung an Rousseau der Wille aus dem Gemeinschaftsbewusstsein ergibt, dem sich die Einzelwillen unterzuordnen haben.²⁶

Eine weniger essentialistische, aber im Kern gleich strukturierte Antwort bietet später der Schmitt-Schüler und ehemalige Bundesverfassungsrichter Ernst-Wolfgang Böckenförde an. In seiner unter dem Begriff »Böckenförde-Diktum« berühmt gewordenen Formel hält der Verfassungsrechtler fest:

»Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann« und weiter: »Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gemeinschaft, reguliert.«²⁷

Vom Standpunkt der Kulturtheorie des Rechts klingt diese Aussage zunächst vielversprechend, stellt sie doch fest, dass es – kulturelle – Voraussetzungen gibt, die den Staat konstituieren und die selbst keine politischen oder rechtlichen sind. Nach eben diesen Voraussetzungen des Staates und des Rechts fragt die Kulturtheorie des Rechts. Bei Böckenförde steht diese Frage allerdings unter falschen Vorzeichen. Das oben zitierte Diktum ist für ihn die Antwort auf die »Frage nach den bindenden Kräften«²⁸. Der Begriff der »bindenden Kräfte« verweist dabei erneut auf eine einheitsstiftende Funktion der Kultur. Der Staat ist ein Gemeinwesen, welches eine

26 Bei Rousseau gilt der »Gemeinwille« (*volonté générale*) in seiner ausschließlichen Fixierung auf das »Gemeininteresse« dem »Gesamtwillen« (*volonté de tous*) gegenüber, der die »Summe von Sonderwillen« darstellt und auf das »Privatinteresse« ausgerichtet ist, als vorzugswürdig, Rousseau, Jean-Jacques: *Vom Gesellschaftsvertrag. Oder Grundsätze des Staatsrechts* (frz. 1762), herausgegeben von Hans Brockard, Stuttgart: Reclam 2013, S. 32. Rousseau weiter: Der »erklärte allgemeine Wille des Volkskörpers« ist »ein Akt der Souveränität und hat Gesetzeskraft«, ebd., S. 29.

27 Böckenförde, Ernst-Wolfgang: »Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation« (1967), in: ders.: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, S. 92–114, S. 112.

28 Ebd., S. 112.

»Homogenitätsgrundlage«²⁹ braucht. Diese in Einklang mit individuellen Freiheiten zu bringen ist für Böckenförde das zentrale Problem. Die »Homogenitätsgrundlage« bleibt dabei Ausgangspunkt der Betrachtung. Dies zeigt sich, wenn man sich den im Diktum grundgelegten Freiheitsbegriff anschaut. Anders als Schmitt sieht Böckenförde subjektive Rechte nicht in der Absolutheit als etwas durchweg Negatives, sondern trägt mit seiner Honorierung der Beschränkung der Staatsgewalt durch die Grundrechte (Art. 1 III GG) einem wesentlichen Element der Verfassungsidentität des Grundgesetzes Rechnung.³⁰ Nichtsdestotrotz findet sich auch bei Böckenförde eine große Skepsis gegenüber dem Individualismus und der persönlichen Freiheit, die er als Gefährdung der »Homogenitätsgrundlage« betrachtet. Hier gerät Böckenförde wieder in die Nähe Schmitts. Die im obenstehenden Diktum formulierte Lösung besteht in einer spezifischen über die Gemeinschaft vermittelten Freiheitskonzeption. Die Freiheit kommt den Individuen nicht aus ihnen selbst heraus zu, sondern wird ihnen als »Bürgern«, das heißt in ihrer politischen Existenz, vom Staat »gewährt«. Zusätzlich regulieren sich diese Freiheiten über die »Homogenität der Gemeinschaft«. Es sind also gerade nicht die individuellen Praktiken der Freiheit der Ausgangspunkt des Rechtsdenkens, sondern nach wie vor ein Kulturbegriff, der homogenisieren und kollektivieren soll. Was bei Schmitt essentialistisch gedacht die Nation als Gemeinschaft der Volksgenossen war, die sich über eine gemeinsame, als kollektives Schicksal gedeutete Geschichte, einen Lebensraum, dazugehörige Traditionen und eine gemeinsame Sprache definiert, wird nun bei Böckenförde als ein bestimmtes Wertebewusstsein konzipiert. In beiden Fällen sind es kulturelle Kategorien, die herangezogen werden, um das Kollektivsubjekt »Volk« zu begründen und seine Existenz zu legitimieren.

Bereits an anderer Stelle habe ich dargelegt, dass der Volksbegriff lediglich als interdiskursives Phänomen begriffen werden kann, und dass darin eine unauflösliche Spannung liegt, die den Begriff für einen politischen Diskurs untauglich werden lässt.³¹ Für sich stehend ist der Begriff semantisch ein »leerer Signifikant« (Laclau), der erst durch den

29 Ebd., S. 112.

30 Der Begriff der Verfassungsidentität ergibt sich aus der Identitätsgarantie des Art. 79 III GG und bezieht sich auf die von ihr geschützten Kernbereiche des Grundgesetzes. Diese bestehen aus den in den Artikeln 1 und 20 GG festgelegten Grundsätzen und erfassen damit auch die Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt aus Art. 1 III GG, bzw. subsidiär über Art. 20 III GG. Die Grundrechtsbindung ist somit Bestandteil der Verfassungsidentität, vgl. Kirchhof, Paul: »§ 21 Die Identität der Verfassung«, in: Josef Isensee / ders. (Hg.): *Handbuch des Staatsrechts. Bd. 2. Verfassungsstaat*. 3. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller 2004, S. 261–316, Rn. 86.

31 Vgl. Schimchen, Philip: »Zur Problematik des Volksbegriffes«, in: Andreas H. Apelt / Eckhard Jesse / Evelyn Schmidt (Hg.): *1989–2019. Wir sind das Volk. Wer ist das Volk?* Halle: Mitteldeutscher Verlag 2020, S. 141–147.

Interdiskurs mit Wissensbeständen des Kulturellen, der Geschichte, des Politischen und des Rechts ein Signifikat hervorbringen kann.³²

Dies zeigt sich auch an seiner Verwendung in der zeitgenössischen Verfassungstheorie. Im Sinne des oben beschriebenen Kulturbegriffs der Diversität gibt es eine Ablehnung der kulturessentialistischen Bestimmungen, wie sie bisher im Mittelpunkt der Verfassungstheorie standen. Kultur wird hier vor dem Hintergrund eines gesellschaftlichen Pluralismus verstanden. Als Verfassungstheorie, die versucht die verfassungsrechtlichen Begriffe des demokratischen Rechtsstaates theoretisch auszubauen, kommt sie dennoch nicht umhin, auf den Begriff des Volkes zu rekurrieren. Damit dieser Begriff kein leerer Signifikant bleibt, werden auch hier semantische Interdiskurse konstruiert, die auf kulturelle Kategorien verweisen. Ein einheitsstiftendes und somit homogenisierendes Moment, das gleichzeitig der beobachteten kulturellen Diversität Rechnung trägt, wird dann zum Beispiel als »Einheit in Vielfalt« verstanden. Die kulturellen Differenzen werden zelebriert – ein großer Unterschied zu Schmitt und Böckenförde –, worin dann allerdings bereits die Zusammenführung unter einem alternativen Wertebewusstsein besteht. Werte wie Toleranz, die das Zusammenleben ermöglichen, fungieren hier als einheitsstiftendes Element. Zuweilen wird dies auch auf eine Deutung des Grundgesetzes als Wertekatalog ausgeweitet, der den gesellschaftlichen Zusammenhalt als eine Art Minimalkonsens bestimmt. Ein Rechtstext selbst fungiert hier als kulturell wirksamer Wissensbestand. Dies war zum Beispiel bei einer Renaissance des Verfassungspatriotismus in den 2010er Jahren zu beobachten, wo im Zuge der Migrations- und Asyldebatten nach dem einheitsstiftenden Kern einer multikulturellen Gesellschaft gesucht wurde.³³ Zum Volk gehören dann alle, die sich den Werten des Grundgesetzes als kulturellem Text verpflichtet fühlen und es ist ganz im Sinne Böckenfördes ein Wertekatalog, der als »bindende Kraft« fungiert. Der Kulturbegriff der Homogenisierung besteht in der Verfassungstheorie demnach selbst dann noch fort, wenn vom essentialistischen Volksbegriff abgewichen wird und die gesellschaftliche Pluralität zum Ausgangspunkt der Betrachtung wird. Einheitsstiftung durch kulturelle Zugehörigkeit bleibt das Motto der Ver-

32 Vgl. ebd.

33 Verfassungspatriotismus hier im Sinne von Habermas, der schreibt: »Eine liberale politische Kultur bildet nur den gemeinsamen Nenner eines *Verfassungspatriotismus*, der gleichzeitig den Sinn für die Vielfalt und die Integrität der verschiedenen koexistierenden Lebensformen einer multikulturellen Gesellschaft schärft.« (Habermas, Jürgen: »Staatsbürgerschaft und nationale Identität (1990)«, in: ders.: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992). Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1998, S. 632–660, S. 642f.); und zur Aktualisierung im Zuge der Migrationsgesellschaft vgl. Müller, Jan-Werner: *Verfassungspatriotismus*. Berlin: Suhrkamp 2010.

fassungstheorie. Eine Kulturtheorie des Rechts kann sich damit nicht begnügen, da auch dieser Kulturbegriff unterkomplex ist.

3. Zwischenfazit: Kulturloses Recht als Fiktion der Rechtswissenschaft

Betrachtet man abschließend die Bestandsaufnahme zum Verhältnis von Rechts- und Kulturwissenschaft in Deutschland, so erklärt sich die These vom ›kulturlosen Recht‹ als Fiktion der Rechtswissenschaft. Konstruiert man das Recht ausschließlich als innerrechtliche oder politische Kategorie, so lassen sich seine über Jahrzehnte verfestigten Eigenlogiken, die insbesondere durch den in der Dogmatik forcierten Zusammenschluss von Wissenschaft und Praxis fortwährend bestärkt werden, problemlos aufrechterhalten. Es ist dann ein System mit systematischer Geschlossenheit, das seine charakteristischen Operationen vornimmt und Umweltkontakte dabei weitgehend ausblendet. Die Integration außerjuristischer Wissensbestände erfolgt dann lediglich punktuell dort, wo sie sich formal in die juristischen Operationen eingliedert. Eine Engführung von Recht und Kultur lässt hingegen erkennen, dass das Recht selbst vor allem ein kulturelles Element ist. Als solches ist es bereits a priori mit seiner Umwelt verbunden und die Interaktion mit außerjuristischem Wissen wird zur Grundlage seiner Existenz. Die Fiktion eines kulturlosen Rechts, also eines Rechts, das rein politisch und rechtlich ist und seine außerjuristische Bedingtheit nicht in sich selbst reflektiert, erhält den juristischen Modus Operandi.

II. Die Alternative: Recht als Kultur

Die Alternative ist ein Verständnis des Rechts als Kultur. Vor dem Hintergrund eines kulturwissenschaftlichen Kulturbegriffs wird das Recht als ein Element der netzwerkartig strukturierten Kultur verstanden, in der es in dezentralen Praktiken als normative auf Handlungen bezogene Wissensordnung geformt wird, und in einem Kreislaufschema selbst wiederum auf diese Praktiken einwirkt. Politische Kategorien wie das Volk, dessen Wille und die Souveränität werden auf diese Weise dekonstruiert und durch eine Beschreibung der Genese und Transformation des Rechts in verstreuten kulturellen Prozessen ersetzt.

1. Die institutionsgebende Macht (Descombes)

Ein Beispiel dafür ist das Konzept der institutionsgebenden Macht bei Vincent Descombes. Descombes kritisiert, dass das Recht und die Politik in der Rechtstheorie als voraussetzungslose Kategorien im Sinne einer

systematischen Geschlossenheit behandelt werden. Er betont, dass diesen Kategorien notwendigerweise kulturelle Prozesse vorausgehen, die er in Anlehnung an Cornelius Castoriadis als »institutionsgebende Macht« bezeichnet. Descombes entwirft den Begriff in Abgrenzung zu dem der verfassungsgebenden Gewalt. Er schreibt:

Angenommen eine Gruppe von Personen versammelt sich und sagt: ›Wir sind das Volk X, wir setzen folgende Verfassungsregeln fest.‹ Wer sind diese Personen? Von welcher Autorität sprechen sie? Was repräsentiert dieses ›wir‹? Wenn sie von den verschiedenen Komponenten des Volkes X schon förmlich delegiert wurden, befinden wir uns schon in einer späteren Phase der politischen Geschichte dieses Volkes, denn es hat bereits die Mittel entwickelt, seinen Gemeinwillen dadurch auszudrücken, daß es einzelnen Personen die notwendige Autorität verlieh, um die Verfassungsregeln zu erlassen.³⁴

Die Existenz einer verfassungsgebenden Gewalt als politische Entität setzt somit das Vorhandensein einer kulturellen Infrastruktur voraus. Andernfalls würde ein kollektiver Akteur durch ein reines *fiat* beschließen, »sich selbst *ex nihilo* zu schaffen und sich selbst eine Autorität über das Leben einer Menge von Menschen zu verleihen«³⁵. Die »Ausübung einer verfassungsgebenden Macht« wäre dadurch insofern »von etwas Willkürlichem befleckt«³⁶, als die Autorität aus »einer normativen Selbstsetzung«³⁷ des *pouvoir constituant* hervorginge. Diese Auffassung hält Descombes aus mehreren Gründen für problematisch. So sei das Argument laut Descombes zirkulär, solange es ausschließlich in der politischen Sphäre gedacht werde. Dabei würde die Zugehörigkeit zum politischen Körper durch die Verfassung bzw. die Gesetze geregelt, die dieser ja erst im Begriff ist zu beschließen.³⁸ Die normative Selbstsetzung des *pouvoir constituant* wäre somit unumgänglich, solange dieser als etwas ausschließlich Politisches gedacht wird. Der Grund dafür, dass die Zirkularität und damit verbunden die normative Selbstsetzung und die willkürliche Autorität in der Praxis meist unhinterfragt hingenommen würden, besteht für Descombes darin, dass »politische Autoritäten und das Gesetz im Sinne von etwas Übernatürlichem und nicht etwas Menschlichem«³⁹ behandelt würden.

34 Descombes, Vincent: *Das Rätsel der Identität* (frz. 2013). Berlin: Suhrkamp 2013, S. 227.

35 Ebd., S. 227.

36 Ebd., S. 228.

37 Ebd., S. 227.

38 Vgl. ebd., S. 227; es wäre zu diskutieren, ob dieses Argument nicht ein Stück weit unterkomplex ist, und sich mithilfe der Unterscheidung von *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* auflösen ließe.

39 Descombes, *Das Rätsel der Identität*, S. 228.

Dieses Moment der Externalisierung, das Descombes in seinem Text lediglich anreißt, kann mit der britischen Sozialanthropologin Mary Douglas konkreter beschrieben werden. So geht Douglas davon aus, dass Institutionen in ihrer Gründungsphase eines stabilisierenden Prinzips bedürfen. Dieses besteht für sie darin, dass die Institutionen, die eigentlich nichts weiter als soziale Konventionen sind, als etwas Naturgegebenes dargestellt werden. Die Gründung der Institutionen in der Sphäre des Sozialen, und damit eben auch des Konstruierten und Veränderbaren, wird somit gezielt in eine Sphäre der Unveränderbarkeit und der Unterordnung verlagert. Dadurch wird die Geltung der Institutionen externalisiert und ihre Stabilität gefestigt.⁴⁰

Descombes, der hier in dieselbe Richtung wie Douglas zu gehen scheint, fordert in diesem Zusammenhang, die Urszene der Verfassungsgebung zu »*vermenschlichen*«⁴¹. Damit werde der *pouvoir constituant* in der Terminologie von Douglas wieder als eine in der Sphäre des Sozialen bzw. Kulturellen verankerte Institution erkennbar. Genau dies versucht Descombes im Folgenden zu zeigen, indem er die These aufstellt, dass der verfassungsgebenden Macht eine institutionsgebende Macht vorausgehen müsse.⁴² Denn nur wenn die Gesellschaft bereits Institutionen besitze, sei die Verfassungsgebung überhaupt möglich. Descombes beschreibt diesen Zusammenhang wie folgt:

Wenn es möglich ist, eine Versammlung von Bürgern zusammenzubringen und ein gemeinsames Nachdenken über die einzuschlagende Politik zu veranstalten, dann deshalb, weil es schon ein Gesellschaftsleben gibt, nämlich das einer Gesellschaft, die schon Institutionen besitzt.⁴³

Für Descombes beinhaltet die institutionsgebende Macht die Voraussetzungen der Gesetzgebung, die der Gesetzgeber selbst nicht schaffen kann.⁴⁴ Dies erinnert in der Formulierung zunächst an das Böckenförde-Diktum, zielt inhaltlich allerdings auf das genaue Gegenteil ab. Unter diesen Voraussetzungen, die der Gesetzgeber bzw. der Staat selbst nicht schaffen kann, sind hier insbesondere die Kulturtechniken zu verstehen wie beispielsweise die Sprache, in der die Gesetze abgefasst werden, und die Medien, in denen sie fixiert und kommuniziert werden. Genauso gehören aber auch die Sitten, Gebräuche und Ideen einer Gesellschaft zur institutionsgebenden Macht. Descombes scheint hier von einem »pragmatischen Regelverständnis« auszugehen, bei dem die (rechtlichen) Regeln und Normen in enger Beziehung zu ihrem praktischen Gebrauch und den

40 Vgl. Douglas, Mary: *Wie Institutionen denken* (engl. 1986). Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, S. 79ff.

41 Descombes, *Das Rätsel der Identität*, S. 228.

42 Vgl. ebd., S. 230.

43 Ebd., S. 230.

44 Vgl. ebd., S. 231.

gesellschaftlichen Wissensbeständen stehen.⁴⁵ Die Sitten, Gebräuche und Ideen sind für Descombes in diesem Zusammenhang eine wichtige Bedingung dafür, dass die Gesetze »kein toter Buchstabe bleiben«⁴⁶, sondern auch tatsächlich eine praktische Machtwirkung auf die Subjekte entfalten können. Hier löst Descombes sich dann erneut von einer Theorie, die die kulturellen Voraussetzungen lediglich als einfach abzuha-kende und als gegeben zu betrachtende Kriterien staatlicher Herrschaft begreift; vielmehr geht es bei der ›kulturellen Infrastruktur‹ um eine kontinuierliche, subjektivierende Wirkung.

In diesem Sinne ist es Descombes zufolge ebenfalls »unmöglich, die *Gesamtheit* der institutionsgebenden Macht in der *Einzelperson* eines Gründers (was auch immer seine Autorität sein mag), zu verorten«⁴⁷. Solche Versuche, die institutionsgebende Macht »als persönliches Attribut eines Individuums« oder eines kollektiven Akteurs aufzufassen, führen laut Descombes immer dazu, »ihm einen magischen oder übernatürlichen Charakter zu geben«⁴⁸. Descombes erklärt unter Rückgriff auf Castoriadis, dass hingegen *alle* »›Urheber‹ der Evolution der Sprache, der Familie, der Sitten etc.«⁴⁹ und somit der institutionsgebenden Macht seien. Alle schreiben an diesem ›kulturellen Text‹ mit. Die Kultur bzw. die institutionsgebende Macht – tatsächlich fallen das, was das Forschungsparadigma ›Recht als Kultur‹ unter Kultur versteht, und die institutionsgebende Macht hier zusammen – ist demnach ein diffuses Netzwerk, an dem alle permanent beteiligt sind. Descombes bringt seine These daher abschließend auf die folgende prägnante Formel:

Anstelle einer mythischen Vorstellung der Gründung unserer Gemeinschaft in einer wundersamen ursprünglichen Selbstsetzung, ist es besser, als Paradigma die Art und Weise zu nehmen, wie jeder die institutionsgebende Macht ausübt und dadurch die unzähligen Gebräuche, die die Kultur bilden, reproduziert und auch modifiziert.⁵⁰

Descombes führt damit aus, dass es weniger einige ausgewählte kollektive Identitäten begründenden Narrative sind, die die institutionsgebende Macht verkörpern, sondern gerade deren Fragmentiertheit, die sich in den »unzähligen Gebräuchen« der Kultur zeigt. Die Kultur wird nicht zur bloßen Begründungsfigur des *demos* und seiner verfassungsgebenden Gewalt, sondern sie wird selbst zum Ort der Transformation und Genese des Rechts. Die Ausübung der institutionsgebenden Macht durch den

45 Vgl. zum pragmatischen Regelverständnis in der Normentheorie: Vesting, Thomas: *Rechtstheorie*. 2. Auflage, München: C. H. Beck 2015, Rn. 60ff.

46 Descombes, Das Rätsel der Identität, S. 231.

47 Ebd., S. 229.

48 Ebd., S. 229.

49 Ebd., S. 230.

50 Ebd., S. 231.

Einzelnen, von der Descombes schreibt, darf dann gerade nicht als kollektive Form gelesen werden, sondern als individuelle Exploration und Potenz des Subjekts im Feld der unzähligen Möglichkeiten.⁵¹

2. Kultur als Netzwerk

a. Geographische und politische Großgebilde vs. Ethnographie

Darauf aufbauend lassen sich zwei unterschiedliche Kulturbegriffe systematisieren. Zum einen die Definition, die unter ›Kultur‹ ein »geographisches und politisches Großgebilde«⁵² versteht und insbesondere dessen einheitsstiftende Funktion betont. Ein einschlägiges Beispiel dafür ist das Konzept der Nation, »deren Einheit durch bestimmte Sprachen, Mentalitäten, Kunst- und Lebensformen verbürgt ist«⁵³. ›Kultur‹ als »Allgemeinbegriff« bezeichnet dann das, »was das große Ganze jeweils zusammenhält«⁵⁴. Auf diese Form des Kulturbegriffs stützt sich – wie oben gezeigt – die Verfassungstheorie und mit ihr ein großer Teil der Rechtswissenschaft.

Dass all diese »Großgebilde« bereits auf eine ›institutionsgebende Macht‹ angewiesen sind, zeigt hingegen Descombes. An dieser Stelle kommt der ›ethnographische Kulturbegriff‹ ins Spiel, wie er für die zeitgenössische Kulturwissenschaft einschlägig ist.⁵⁵ Unter diesem wird alles als Kultur verstanden, »was im Zusammenleben von Menschen der Fall ist«⁵⁶. Die Praktiken, Interaktionen und Bedeutungszusammenhänge werden somit selbst zum Kernbestandteil dessen, was ›Kultur‹ ausmacht. Ein solcher Kulturbegriff nimmt keine hierarchische Trennung zwischen

51 Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Castoriadis, von dem Descombes den Begriff der institutionsgebenden Macht übernimmt, die Autonomie des Subjekts ausschließlich als eine auf das Kollektive abgestimmte Praxis liest, und dass er Autonomie nur in einer Verbundstruktur von Kollektivem und Individuellem denkt (vgl. Castoriadis, Cornelius: »Macht, Politik, Autonomie« (frz. 1988), in: ders.: *Ausgewählte Schriften. Bd. 1. Autonomie und Barbarei*, herausgegeben von Michael Halbrodt und Harald Wolf, Lich: Verlag Edition AV 2006, S. 135–167, S. 163f.). Die Akzentuierung bei Descombes lässt allerdings in jedem Fall die oben dargestellte Interpretation zu, die vor dem Hintergrund der weiteren in dieser Arbeit vorzunehmenden Ausführungen überzeugender erscheint.

52 Assmann, Aleida: *Einführung in die Kulturwissenschaft. Grundbegriffe, Themen, Fragestellungen*. 2. Auflage, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2008, S. 13.

53 Ebd., S. 13.

54 Ebd., S. 13.

55 Vgl. ebd., S. 13f.

56 Ebd., S. 13.

Hoch- und Populärkultur vor und verleiht auch keinen singulären identitätsstiftenden Narrativen eine herausgehobene Stellung.⁵⁷ Vielmehr hebt er die Bedeutung der Alltagskultur hervor, die aus einem Netzwerk wissensgenerierender, dezentraler Praktiken besteht. Dabei spielt insbesondere die »ständig wachsende Zwischenwelt aus Technik und Medien«⁵⁸ eine wichtige Rolle. Im Anschluss an Bernhard Waldenfels ist Kultur dann alles, »was Menschen aus sich und den Dingen machen und was ihnen dabei widerfährt«⁵⁹. Grundlage der Kultur sind in diesem Sinne praktische, medientechnische Prozesse der Selbst-Transformation.

b. Postmoderne: Fragmentierung, Selbsttransformation, Subjektivität

Ein ethnographischer bzw. kulturwissenschaftlicher Kulturbegriff begreift Kultur somit immer als etwas Fragmentiertes. Die Kulturtechniken der Einheit und Geschlossenheit, der unbedingten Kohärenz und des inhärenten Sinns werden damit selbst zu bloßen Diskurseffekten und verlieren ihren Status als Fundament der Kultur. Ein solcher Kulturbegriff muss dann sowohl das rationale, erkennende und vernünftige Subjekt der Aufklärung als Zentrum der Welterkenntnis als auch die großen Erzählungen der modernen Massenkultur aufgeben.

Es ist insbesondere die Postmoderne, in der die der Kultur inhärente Fragmentiertheit und Brüchigkeit zum gesellschaftlichen Organisationsparadigma wird. Fragmentierung und Unvollständigkeit erscheinen dann nicht mehr als ein temporärer, zu überwindender Zustand, sondern als die Basis der gesellschaftlichen Wissensproduktion, indem sie unabschließbare, praktische Prozesse der Transformation ermöglichen.

Diese Fragmentierung und unabschließbare Prozessualität erfasst auch das Selbst. An die Stelle der Identität tritt die Subjektivität, die als Verbindung von Wissen und Praxis, eine Perspektive bildet, aus der sich das Handeln des Subjekts ergibt. Die Identität als Kategorie – mehr oder weniger – stabiler Zuordnung von Seinsweisen, Eigenschaften und Individuen, ist im Angesicht der fragmentarisierenden Vernetzung des Subjekts mit unzähligen es umgebenden informationellen Knotenpunkten nicht mehr haltbar. Die – zumindest temporäre – Stabilität der Identität wird abgelöst durch die Dynamik der Subjektivität.⁶⁰

57 Vgl. ebd., S. 13.

58 Ebd., S. 13.

59 Ebd., S. 13; vgl. Waldenfels, Bernhard: *Verfremdung der Moderne. Phänomenologische Grenzgänge*. Göttingen: Wallstein Verlag 2001, S. 98.

60 So im Ergebnis auch Zima, Peter V.: *Theorie des Subjekts. Subjektivität und Identität zwischen Moderne und Postmoderne*. 4. Auflage, Tübingen: A. Francke Verlag 2017, S. 43.

c. Recht im Netzwerk

Infolgedessen führt das Zusammendenken von Recht und Kultur zu einer Konzeption des Rechts, die dieses in Netzwerken denkt. Recht ist dann nicht mehr auf einen Gesetzgeber als Zentralinstanz festgelegt und folgt auch nicht mehr einem einheitsstiftenden Narrativ. Recht wird dann polyzentrisch, dynamisch und bottom-up organisiert.⁶¹ Die Stabilität, die das Recht insbesondere über seine ex-ante-Perspektive im Medium der Schriftlichkeit versucht herzustellen und fortwährend zu erhalten, weicht dann einer beständigen Selbsttransformation, die nicht in einem demokratisch-partizipatorischen Prozess besteht, sondern in transgressiven Netzwerkpraktiken. Eben solchen Praktiken und ihrem Rechtsbegriff geht die vorliegende Arbeit nach.

III. Spezifischer Zugriff: Recht als Praxis

Dezentrale kulturelle Praktiken sind der Ort der Genese und Transformation des Rechts. Das ist die Kernthese des hier zu entwerfenden Paradigmas ›Recht als Praxis‹. Praxis wird dabei als das Fundament jedweder Wissensordnung, und somit auch des Rechts, begriffen. Das Recht wird dann primär als praktische Wissensordnung und nicht mehr als Ergebnis institutioneller, rationalisierender, politischer Verfahren verstanden. Ein solches Verständnis des Rechts begreift dieses als integralen Bestandteil einer sozialen Epistemologie und erkennt die Verwurzelung des Rechts in den kontingent evolvierenden praktischen Lebensformen. Darauf aufbauend stellt sich die Frage nach einer Medialität des Rechts, die nicht mehr als Antithese zu den praktischen Evolutionsprozessen des Rechts fungiert, sondern die produktiv mit der fragmentarischen Selbsttransformation des Rechts interagiert. Recht ist dann ein Teil von Subjektivität und wird in dieser geformt, genauso wie es als praktische Wissensordnung auch die Subjektivität mitformt.

Im Sinne einer methodischen Vorüberlegung präsentiert die folgende Gliederung ›Alternativüberschriften‹ für die einzelnen Kapitel. Während die Hauptüberschriften explizit die für den Rechtsbegriff zu erarbeitenden Kategorien benennen (Wissen, Praxis, Medientechnik, Netzwerke, Lebensformen und gesellschaftliche Selbstorganisation), fokussieren sich die Alternativüberschriften auf die theoretisch-methodische Anlage der einzelnen Kapitel. Im Vordergrund steht dann der Foucault'sche Praxisbegriff, der als methodischer Rahmen der Theorie des Rechts als

61 In diesem Kontext ist selbstredend auf die Arbeiten Karl-Heinz Ladeurs zum Recht der Netzwerkgesellschaft zu verweisen, deren ausführliche Erörterung allerdings in den Hauptteil dieser Arbeit verschoben wird.

Praxis dient (§ 2), die medientechnologische Beschleunigung der in den kulturellen Prozessen der Wissensgenerierung angelegten fragmentarischen Selbsttransformation in der Netzwerkgesellschaft als Spezifikum postmoderner Rechtssubjektivitätsbildung (§ 3) und die Verbindung von Kulturtheorie und Liberalismus über die Deutung der Genese des Rechts in Freiheitspraktiken und damit jenseits des Staates, wodurch hybride Formen der gesellschaftlichen Handlungskoordination entstehen (§ 4).

1. Foucault als methodischer Rahmen (§ 2)

Die Arbeiten des französischen Philosophen und Kulturhistorikers Michel Foucault bilden den methodischen Rahmen der vorliegenden Theorieentwicklung. Insbesondere sein postsouveräner Machtbegriff, die Verknüpfung von Recht und Subjektivität, sowie sein Praxisbegriff stellen maßgebliche Parameter der Theorie dar, die auch im weiteren Verlauf als ihre Grundpfeiler dienen.

Foucault entwirft seinen Machtbegriff gezielt als Alternative zum politisch-juridischen Machtbegriff. Er schreibt: »Macht dachte man entweder im Rahmen rechtlicher Modelle (Wodurch wird Macht legitimiert?) oder im Rahmen institutioneller Modelle (Was ist der Staat?).«⁶² Sein Machtbegriff ist hingegen deutlich kulturwissenschaftlicher ausgerichtet. Für Foucault ist Macht nicht etwas, das ein Souverän als Zentralinstanz besitzt, sondern eine dezentral wirkende, subjektivierende Kraft, die von Dingen, Oberflächen, Techniken und Wissensbeständen ausgeübt wird. Macht jenseits politisch-juridischer Kategorien zu denken, korrespondiert dabei mit der bereits in Abschnitt II. aufgestellten These, dass auch das Recht nicht als politisch-juridische Figur gedacht werden kann, sondern auf seine ›kulturelle Infrastruktur‹ hin befragt werden muss. Das Recht ohne die Kategorien Legitimation, Institution und Staat zu denken, ist die Transferleistung, die vorliegend mithilfe von Foucaults Begriffen erreicht werden soll. Die ›Macht des Rechts‹ folgt dann nicht mehr aus einer politisch-juridischen Struktur, sondern aus der Subjektivierung.

Recht und Subjektivität sind demnach zusammenzudenken. Der Begriff »Subjektivierung« beschreibt dabei spezifische Verbindungen von »Wissen« und »Praxis«, die das Subjekt konstituieren. Die Normativität des Rechts wird dabei vom Rechtssubjekt in Praktiken selbst erst hervorgebracht, während das Recht als Wissensbestand gleichzeitig die Praktiken des Subjekts formiert. Es ergibt sich ein Kreislaufschema, in dem

62 Foucault, Michel: »Subjekt und Macht« (frz. 1982), in: ders.: *Dits et Ecrits. Schriften in vier Bänden. Bd. 4 1980–1988*, herausgegeben von Daniel Defert und François Ewald, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2005, S. 269–294, S. 270.

sich Recht, Wissen und Praxis, als weit gedachte Rechtssubjektivität gegenseitig gestalten. Das Recht wird dann in erster Linie als normative, auf Handlungen bezogene Wissensordnung und weniger als institutionell verfasstes, formalisiertes Verfahren verstanden. Wissen ist dabei eine praktische Kategorie. Praktiken generieren, transformieren und reproduzieren Wissen, und darüber vermittelt auch das Recht.

Der Foucault'sche Praxisbegriff folgt aus dem Subjektivierungsbegriff. Mithilfe von Christoph Menke lassen sich zwei Pole des Foucault'schen Praxisbegriffs identifizieren: die Disziplin und die Ästhetik der Existenz.⁶³ Während die Disziplin eine Form der Subjektivierung darstellt, in der das Subjekt die in den Dispositiven angelegten Praktiken mit hoher Genauigkeit reproduziert und dadurch als Normwissen stabilisiert, beschreibt die Ästhetik der Existenz einen spielerischen und experimentellen Modus der Selbsttransformation des Subjekts, die unter Einsatz seiner ›ontologischen‹ Freiheit, anders zu handeln, als es die Dispositive ihm vorgeben, entsteht. In der Ästhetik der Existenz subjektiviert sich das Subjekt selbst, um Zugang zu einer Seinsweise zu erlangen, die Wahrheit als ethisches Selbstverhältnis hervorbringt. Denkt man das Recht von der Praxis aus, dann ist die Disziplin die ›Machtquelle‹ des Rechts; die Normbefolgung wird nicht aus der Strafe und Sanktion generiert, sondern aus der disziplinierenden Machtwirkung des gesellschaftlichen Normativitätswissens. Die ästhetisch-existentielle Praxis bildet die normative Alternative dazu und zeigt einen Modus, in dem die Wissensstrukturen des Rechts durch experimentelle, kreative und selbsttransformative Praktiken gestaltet werden. Dieser Zusammenhang von ästhetisch-existentieller Praxis und Recht bildet die Grundlage für die weiteren Betrachtungen in dieser Arbeit.

Mit Foucault wird ferner ein Poststrukturalist zum zentralen Stichwortgeber der Theorie des Rechts als Praxis. In diesem Sinne stellt die Theorie des Rechts als Praxis eine poststrukturalistische Rechtsphilosophie dar. Dies ist insofern bemerkenswert, als der Poststrukturalismus eine Rezeptionslücke im an deutschen juristischen Fakultäten gelehnten rechtsphilosophischen Kanon bildet. In den Fällen, wo er überhaupt erwähnt wird, nimmt er im Vergleich zu anderen Theorieklassikern eine Randstellung ein. Der poststrukturalistische Rahmen der Theorie zeigt sich darüber hinaus auch in den weiteren Teilen der Arbeit, beispielsweise an dem Einbeziehen von Gilles Deleuze' Vitalismusbegriff und an der Deutung der poststrukturalistisch geprägten Konzepte von Immanenz und Kontingenz vor dem Hintergrund des Netzwerkdenkens.

63 Vgl. Menke, Christoph: »Zweierlei Übung. Zum Verhältnis von sozialer Disziplinierung und ästhetischer Existenz«, in: Axel Honneth / Martin Saar (Hg.): *Michel Foucault. Zwischenbilanz einer Rezeption. Frankfurter Foucault-Konferenz 2001*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2003, S. 283–299.

2. *Postmoderne Spezifika der Rechtssubjektivitätsbildung (§ 3)*

Daran schließt sich der Versuch an, den mit Foucault beschriebenen und für die Moderne allgemeingültigen Verweisungszusammenhang zwischen Recht und Subjektivität historisch zu präzisieren. Die Hypothese ist dabei, dass sich die mit Foucault beschriebenen Dynamiken in der sogenannten »Netzwerkgesellschaft« (M. Castells) in besonders radikaler Weise beobachten lassen. Nicht nur folgt die gesellschaftliche Organisation den netzwerkartigen Strukturen des Wissens, die in der Kultur ohnehin stets vorhanden sind, sondern sie intensiviert diese durch eine Art »Überstruktur«, die aus den Medientechnologien der Netzwerke besteht. Damit wird die Netzwerkgesellschaft zu einem Beispiel für die Erläuterung der Rolle der Medientechnik im Prozess der Subjektivitätsbildung. Die medientechnologische Ebene ist in Foucaults Subjektivitätsbegriff noch unterbestimmt. Sie wird hier als die Möglichkeitsbedingung von Praktiken gedacht und gleichsam als das Produkt kreativer Praktiken. Die Medientechnologie beeinflusst durch ihre Struktur als Speicher- und Verbreitungsmedium ebenfalls die Struktur des Wissens, die in diesem Fall eine netzwerkartige ist. Die Medientechnik fungiert auf diese Weise als Teil der Selbstermächtigung im Prozess der Subjektivitätsbildung.

Das kontinentaleuropäische Rechtsverständnis erweist sich hier als anachronistisch. Seine Wissensstruktur ist eine fundamental andere als die der Netzwerkgesellschaft. Es denkt Recht und Subjektivität gerade nicht zusammen und negiert ein Verständnis einer in den Lebensformen entstehenden Rechtssubjektivität. Die Medialität des kontinentaleuropäischen Rechts setzt auf eine schriftliche, ex-ante Präskription. Ihre Wissensstruktur ist statisch und vorschreibend. Die Wissensstrukturen der Netzwerkgesellschaft – und mit ihnen die ihrer Medien, auf die auch das Recht verwiesen ist –⁶⁴ sind hingegen dynamisch und flexibel. Das müsste auch das Recht leisten können. Es muss sich demnach in Medien ausdrücken, die seine Strukturen dynamisch und flexibel werden lassen. Genauso unterscheidet sich das Verständnis des praktischen (Rechts-)Subjekts. Dieses ist im kontinentaleuropäischen Recht das Subjekt der Aufklärung, das rational und autonom handelt und für sein Handeln Verantwortung übernimmt. Der philosophische Stichwortgeber des »Rechts als Praxis« ist dagegen die Lebensphilosophie, die insbesondere in ihrer an Nietzsche und Bergson anknüpfenden Ausformung bei Deleuze erhellend wirkt. An die Stelle des aufklärerischen Subjekts tritt hier ein relationales Subjekt, das in die es umgebenden netzwerkartigen, evolvierenden Wissensstrukturen eingebunden ist. Das Recht ist dabei

64 Den fundamentalen Verweisungszusammenhang von Medien und Recht erläutert ausführlich Vesting, Thomas: *Die Medien des Rechts I–IV*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2011–2015.

verwiesen auf eine vitale Normativität, die durch experimentelle Praxis in den Lebensformen generiert wird, die ihrerseits als offene, kontingent evolvierende Möglichkeitsräume zu verstehen sind. Während das kontinentaleuropäische Recht keinen Modus besitzt, um mit dieser vitalen Normativität zu interagieren, wird die vitale Normativität zur Grundlage des Rechtsdenkens in der Netzwerkgesellschaft. Die Rechtssubjektivitätsbildung der Netzwerkgesellschaft orientiert sich somit an den Begriffen der Medientechnologie, der Netzwerke und der Lebensformen. In ihrer Fragmentierung und praktischen Selbsttransformation radikalisiert sie die Fundamentalstruktur der Kultur im Geiste der Postmoderne.

3. Kulturtheorie des Rechts und Liberalismus (§ 4)

Der letzte Teil der Arbeit vervollständigt die in den vorherigen Teilen erprobte Linie, das Recht konsequent als praktische Wissensordnung zu denken. Davon ausgehend wird die Frage nach der Funktion des Rechts gestellt, und inwiefern eine Abkehr vom Verständnis des Rechts als staatlich-institutionelles, formalisiertes Verfahren und eine Hinwendung zum Begriff des Rechts als praktischer Wissensordnung dieser Funktion zuträglich sein kann. Die Funktion des Rechts besteht dabei primär in der Handlungskoordination. Denkt man Wissen als eine praktische Kategorie, das heißt als etwas, das nicht in rationalen Prozessen deliberativ geplant wird, sondern das sich kontingent evolvierend in netzwerkartigen Prozessen herausbildet und dabei als implizites Wissen nicht explizit beobachtet werden muss, dann ist ein auf einen solchen Wissensbegriff verwiesenes Recht in der Lage, eine flexiblere und unvermittelte Handlungskoordination zu ermöglichen. Vermittelt über die aus der Praxis hervorgehende Instantaneität des Wissens ergibt sich im Sinne des Netzwerkparadigmas ein sich selbst flexibel regulierender Raum. Eine Serie von Handlungen erzeugt dabei die Regeln ihrer eigenen Regulierung. Die Aufgabe des Rechts besteht darin, diese Regeln durch modulare Verfahren operationalisierbar zu machen und so effizientere Formen der Handlungskoordination zu ermöglichen. Diese modularen Verfahren greifen auf die Medientechnologien der Netzwerkgesellschaft und ihren Begriff der dezentralen Wissensproduktion zurück, die damit zu einer technologisch vermittelten dezentralen Rechtswissensproduktion wird. Die Erarbeitung dieser Theorie eines Rechts, das seine Funktion primär in der Handlungskoordination versteht und auf einer kognitiven Infrastruktur basiert, erfolgt mithilfe der Texte von Friedrich August Hayek und Karl-Heinz Ladeur.

Die Analysen zur Genese, Transformation und Funktion des Rechts führen zu dem Schluss, das Recht sowohl als Produkt als auch als Medium der gesellschaftlichen Selbstorganisation zu denken. Einerseits

entsteht es in dezentralen Praktiken der gesellschaftlichen Selbstorganisation, andererseits besteht seine Funktion darin, als Infrastruktur gesellschaftliche Selbstorganisation zu ermöglichen und Praktiken zu koordinieren. Die gesellschaftliche Selbstorganisation als Teil der Rechtsordnung zu begreifen – so wie es der Titel von Kapitel § 4 in den Mittelpunkt der Argumentation rückt –, impliziert eine tieferliegende methodologische Frage, und zwar die nach der Verbindung von Kulturtheorie des Rechts und Liberalismus. Mit dem Verständnis des Rechts als einem Medium der gesellschaftlichen Selbstorganisation geht nicht nur eine konsequente Rückführung des Rechts in die Sphäre der Kultur einher, indem das Recht als eine von Menschen in interaktiven Praxiszusammenhängen produzierte Bedeutungsform gelesen wird, sondern auch eine starke Betonung der inneren Verknüpfung von Freiheit und Recht. Gesellschaftliche Selbstorganisation als evolvierender, offener und praktischer Prozess der Genese impliziten Wissens setzt Freiheit voraus. Es sind demnach subjektive Freiheitspraktiken, die im kulturellen Geflecht netzwerkartig miteinander interagieren und so soziale Ordnungen produzieren. Gesellschaftliche Selbstorganisation ist in diesem Sinne als in den Lebensformen verankerter Liberalismus zu verstehen und nicht als institutioneller, demokratischer Prozess. Es ist weder die egalisierende Verfahrensrationalität demokratischer Partizipationspolitiken, noch eine über den *demos* dem Souveränitätsdenken verpflichtet bleibende direkte Demokratie. Der Nexus Freiheit, Kultur und Recht wird dabei vor allem durch vier Punkte zusammengehalten: 1) Die Betonung des Bedeutungsverlusts des Staates in den Prozessen der Genese und Transformation der Rechtsnormativität; 2) das erkennende, rationale Subjekt als Zentrum der Erkenntnis und der rechtlichen Gestaltung seiner Umwelt wird abgelehnt und durch ein in dezentrale Evolutionsprozesse verwobenes, relationales Subjekt der Selbstermächtigung ersetzt; 3) das Potential der Transformation hängt an Freiheitssphären, die als Möglichkeitsräume fungieren und 4) der Rekurs auf einen lebensphilosophischen Antirationalismus als Gegenentwurf zur rationalistischen Deliberation.