

III. Kultur als Begriff der rechtswissenschaftlichen Methode

Es dürfte außer Frage stehen, dass die Rechtswissenschaft auch in methodischer Hinsicht in vielfacher Weise auf die Irritation durch ihre kulturwissenschaftlichen Nachbardisziplinen angewiesen ist, etwa auf die linguistische Analyse des Sprachgebrauchs im Recht⁹⁰, die Begriffe und Methoden der Textinterpretation⁹¹, der Hermeneutik, der Topik und Rhetorik.⁹² Gerade das Wissen um den wechselseitigen Wissenstransfer zwischen Literatur und Recht⁹³ kann für den Umgang des Rechts mit den eigenen Begriffen und Konzepten nicht folgenlos bleiben. Auch hier gilt, was Matthias Jestaedt die „Umwegrentabilität der Grundlagenforschung“⁹⁴ nennt. Was aber kann der Terminus ‚Kultur‘ selbst als Begriff der rechtswissenschaftlichen Methode leisten?

90 Vgl. zur Rechtslinguistik umfassend *Peter Tiersma/Lawrence Solan* (Hg.), *The Oxford Handbook of Language and Law*, 2012, daneben *Ralf Christensen/Hans Kudlich*, Die Auslegungslehre als implizite Sprachtheorie der Juristen, *ARSP* 88 (2002), 230 ff. m.w.N. und *Friedrich Müller/Rainer Wimmer* (Hg.), *Neue Studien zur Rechtslinguistik*, 2001.

91 Vgl. dazu, dass ein hinreichend komplexer Begriff juristischer Interpretation den Blick in die Literaturwissenschaft benötigt, *Dworkin*, *Law's Empire* (Fn. 36), 228 f. und *ders.*, *Law as Interpretation*, *Critical Inquiry* 9 (1982), 179-200.

92 Siehe zu letzteren immer noch *Theodor Vieweg*, *Topik und Jurisprudenz*, 1953 und *Chaim Perelman*, *Justice et Raison*, 1963.

93 Vgl. Fn. 27 und exemplarisch *Thomas Weitin*, *Zeugenschaft. Das Recht der Literatur*, 2009, 9 (sowie schon Jakob Grimms These, „[d]aß Recht und Poesie miteinander aus einem bette aufgestanden“ seien, vgl. *Grimm*, *Von der Poesie im Recht*, *Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft* 2, 1816, 25-99, § 2).

94 *Jestaedt*, *Theorie* (Fn. 41), 90. Zu den Grenzen des hier skizzierten Principal-Agent-Modells der Disziplinen als Form „vertikaler“, nicht egalitär-horizontaler interdisziplinärer Kooperation siehe *Gutmann*, *Intra- und Interdisziplinarität* (Fn. 5), 105.

1. Kulturphilosophie

Die Vorstellung, Rechtswissenschaft sei eine Kulturwissenschaft (oder eine Geisteswissenschaft, was damals im Wesentlichen dasselbe meinte), ist im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert im Horizont der Kulturphilosophie des deutschen Neukantianismus entstanden. Dessen sog. „südwestdeutsche“ Schule (Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert, Emil Lask) sah Kulturwissenschaft vor allem als Perspektive, die ihren Gegenstandsbereich als „Schauplatz oder Substrat überempirischer Werte“⁹⁵ begreift und gerade in diesem Wert- und Sinnbezug erfassen möchte. Das Anliegen dieser Bewegung war ein wissenschaftsphilosophisches und wissenschaftspolitisches. Es ging ihr mit der Unterscheidung von Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft⁹⁶ in erster Linie darum, der Dominanz der Naturwissenschaften und ihrem Monopolanspruch auf Objektivität entgegenzutreten.⁹⁷ Ihr zentraler Befund ist heute so aktuell wie damals: Die grundlegende Dimension sinnhafter Bedeutungen, in der sich alles abspielt, was mit Handlungsorientierung, Wertung und Normativität zu tun hat, kann mit den Mitteln empirischer Wissenschaften nicht begriffen werden – eine Einsicht, die uns noch heute beispielsweise angesichts der scientistischen Verkürzungen der Hirnforschung demonstrieren kann, warum die Empiriker der grauen Masse die von ihnen behaupteten normativen Implikationen ihres Forschungsprogramms für die rechtlichen

95 *Emil Lask*, Rechtsphilosophie (Separatabdruck aus: Die Philosophie am Beginn des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer, 2. Band), 1905, 3 – die einzige rechtsphilosophische Arbeit im gesamten Neukantianismus, die aus einer philosophischen Feder stammt, so *Wolfgang Kersting*, Neukantianische Rechtsbegründung, in: Dietmar Willoweit (Hg.), Die Begründung des Rechts als historisches Problem, 2000, 269-313, 270. Siehe zum Umfeld *Gerhard Sprenger*, Recht als Kulturerscheinung, in: ders. (Hg.), Deutsche Rechts- und Sozialphilosophie um 1900, 1991, 134-153.

96 *Heinrich Rickert*, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 1899.

97 *Kurt Seelmann*, Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft – ein neukantianischer Gedanke und sein Fortleben, in: Marcel Senn/Dániel Puskás (Hg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?, 2007, 121-131, 126.

Konzepte von Zurechnung, Verantwortung und Schuld *von vornherein* nicht einlösen können.

Es ist umstritten, ob die neukantianische Kultur- und Wertphilosophie selbst normative Implikationen haben wollte. Vieles spricht dafür, diese Frage zu verneinen. Die Kulturphilosophie um 1900 wollte nie mehr als Wissenschaftstheorie sein. Ihr ging es primär um das Interesse an Methodenfragen der theoretischen Abgrenzung wissenschaftlicher (und philosophischer) Geltungsansprüche. Als Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft lautete ihre Frage, wie die Rechtswissenschaft, die Werte zum Gegenstand hat, so wissenschaftlich wie die Naturwissenschaft sein, und sich doch von der typischen Geisteswissenschaft mit ihrer Orientierung an einzelnen Geschehnissen unterscheiden kann.⁹⁸ Ob man mit Hasso Hofmann annehmen sollte, dass es die rechtspolitische Stoßrichtung der Kulturphilosophie des Rechts war, den Rechtsquellencharakter der Rechtswissenschaft zu verteidigen⁹⁹, erscheint deshalb zweifelhaft. Die Kulturphilosophie wollte als Rechtsphilosophie, wie Emil Lask dies formuliert hat, nur eine theoretische „Werttypuslehre“¹⁰⁰ sein, der es um die „Eingliederung [des Rechts] in ein System der Kulturwerte“¹⁰¹ ging. Sie wollte (und konnte) weder selbst Werte oder normative Gründe generieren oder Aussagen darüber treffen, was objektiv „richtiges“ oder „wertvolles“ Recht

98 Ebd.

99 *Hasso Hofmann*, *Recht und Kultur. Drei Reden*, 2009, 48 (freilich bezogen auf die neuhegelianische Spielart der Ansätze). Zur verwandten These, Lask und Radbruch hätten mittels einer Konzeption der Rechtswissenschaft als verstehender Kulturwissenschaft, die „Zugang zu einem idealen Reich der Werte“ hat, unter Krisenbedingungen einen „rechtstheoretische[n] Schleichweg [...] zwischen Naturalismus und Naturrecht“ zu finden versucht, siehe *Dieter Simon*, *Die Rechtswissenschaft als Geisteswissenschaft*, RJ 1992, 351-366, 358 ff. Dass der Begriff der Kultur in der politischen Krise des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts „eine neuerliche Hinkehr zu ‚materialen‘ Grundlagen der Rechtsbegründung“ markieren sollte und in seiner spezifischen Form zugleich das Potential kritischer Reflexion unterlief, versucht auch *Eva Maria Maier* (Naturrecht und Kulturwissenschaft. Erwägungen zum Begriff der „Kultur“ in der rechtswissenschaftlichen Grundlagendiskussion, in: Erhard Mock und Csaba Varga (Hg.), *Rechtskultur – Denkkultur*, ARSP Beiheft 35, 1989, 49-63, 50) zu zeigen.

100 *Lask*, *Rechtsphilosophie* (Fn. 95), 4.

101 Ebd., 25.

ist;¹⁰² insoweit wird die Rechtswissenschaft auch konsequent als Zweig der „empirischen Kulturwissenschaften“ begriffen, die *gegebene* Normen in systematischer Absicht auf ihren juristischen Bedeutungsgehalt befragt.¹⁰³ Dennoch wurde die Frage, ob der neukantianische Kulturbegriff und das Verständnis der Rechtswissenschaft als „verstehender Kulturwissenschaft“ nicht doch einer Rechtspolitik in normativer Absicht dienen, früh diskutiert. Hans Kelsen hat in seinem langen Aufsatz „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“¹⁰⁴ schon vor knapp hundert Jahren, im Jahr 1916, das kulturwissenschaftliche Konzept der Rechtswissenschaft bei Rickert, Lask und Radbruch¹⁰⁵ heftig kritisiert. Unabhängig davon, ob er die Intentionen seiner Gegner völlig richtig getroffen hat, hat er hierbei auf eine grundsätzliche Gefahr der Verwendung des Kulturbegriffs in der Rechtswissenschaft (und zumindest auf ein naheliegendes Missverständnis der neukantianischen Kultur- und Wertphilosophie) hingewiesen. Kelsen kritisiert die Vorstellung, dass Werte an Dingen oder Vorgängen „haften“ oder in solchen „verkörpert“ sein könnten, dass es mithin „wertvolle“ (soziale) Wirklichkeiten gebe oder dass man gar, wie Radbruch meinte, das gesamte Recht als „Substrat“ eines Wertes, nämlich „des Gerechtigkeitswertes“¹⁰⁶ verstehen könne. Der Kulturbegriff

102 Man wird dies als das eigentliche Problem des Neukantianismus begreifen müssen. Er hat normativ begründende Rechtsphilosophie in Deutschland in eine Sackgasse geführt und stellt insbesondere einen Bruch in der internationalen Rezeption Kants als Begründer der Idee liberaler Rechtsstaatlichkeit dar. Vgl., an einem Beispiel dargelegt, *Thomas Gutmann*, Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens?, ZRG GA 122 (2005), 150-194, 187 ff.

103 *Lask*, Rechtsphilosophie (Fn. 95), 27, 33.

104 *Hans Kelsen*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 40 (1916), 95-151, 105 ff. Siehe hierzu auch *Seelmann*, Rechtswissenschaft (Fn. 97), 124 f. und *Hofmann*, Recht und Kultur (Fn. 99), 43 ff.

105 Letzterer kann an dieser Stelle außen vor bleiben. Siehe hierzu *Ulfrid Neumann*, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft bei Hans Kelsen und Gustav Radbruch. Zwei ‚neukantianische‘ Perspektiven, in: *Stanley L. Paulson/Michael Stolleis* (Hg.), *Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, 2005, 35-55.

106 *Gustav Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, 38 f.

griff, so Kelsen, sei vielmehr notorisch unklar und innerlich widersprüchlich, er oszilliere zwischen den Kategorien des Seins und des Sollens bzw. der Wirklichkeit und des Werts (ein nach wie vor zutreffender Befund). Das Verfahren der kulturwissenschaftlich verstandenen Rechtswissenschaft schwanke deshalb unsicher zwischen der bloßen Darstellung der psychisch-realen Wertstrebungen in der Geschichte, also einer Wirklichkeitserkenntnis, und einer objektiven Werterkenntnis (also einem normativen Unternehmen). Die Jurisprudenz, so Kelsen, könne demgegenüber nur eine Normwissenschaft sein. Dies ist der Beginn einer Diskussion, im Rahmen derer noch 75 Jahre später Jürgen Habermas vor einer Assimilation von Normen an Werte¹⁰⁷ warnen wird. Kelsens Kritik richtet sich auf grundsätzliche Art gegen die Vorstellung, dass die Gehalte rechtlicher Normen von außerrechtlichen Werten und Normen abhängig seien, die in einer Wirklichkeit verkörpert seien, die man „Kultur“ nennt, und die dort mit einer kulturwissenschaftlichen Methode aufgefunden und anschließend als rechtlich geltend ausgewiesen werden können. Man wird ihm hier nicht widersprechen können.

Auch wenn man nicht mit Niklas Luhmann annehmen will, dass ‚Kultur‘ nur für „das Gedächtnis sozialer Systeme, vor allem des Gesellschaftssystems“¹⁰⁸ stehen könne und es „deshalb nicht gelingen [könne], den Sachverhalt ‚Kultur‘ auf der Gegenstandsebene zu fixieren und Kulturgegenstände von anderen Gegenständen zu unterscheiden“¹⁰⁹, so gilt doch, dass sie zu hoch aggregiert ist. Mit dem Begriff

107 *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 12), 309 ff. Nach wie vor treffend ist Ernst-Wolfgang Böckenfördes Kritik, die Ansicht, das Recht habe seine materiale Grundlage in außerrechtlichen Werten zu finden und diese zu verwirklichen, vermöge nur einen „Begründungs-Anschein“ zu liefern, bilde eine Schleuse für das Einstürmen methodisch nicht kontrollierbarer subjektiver Meinungen und belege sich zugleich der Möglichkeit, diesen gegenüber einen eigenen normativ-kritischen Maßstab zu enthalten (*Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 1991, 67-91, 87 ff.).

108 *Niklas Luhmann*, Kultur als historischer Begriff, in: ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik 4, 1995, 31-54, 47.

109 Ebd., 54.

der Kultur lässt sich deshalb nichts unterscheiden und eben deshalb nahezu jeder Gehalt ins Recht transportieren. Bei der Begründung von Normen ist der Begriff der Kultur keiner methodischen Kontrolle zugänglich. Aus diesem Grund muss er für das normative Unternehmen der Rechtswissenschaft Anathema sein. Dies gilt unabhängig davon, welches Attribut des liberalen und demokratischen Rechtsstaats man betont, d.h. ob man die normativen Ressourcen der modernen Gesellschaft vorrangig im demokratischen Prozess oder aber in der kohärenten Institutionalisierung rechtlicher Prinzipien (der Menschenrechte auf Freiheit und Gleichheit und der Rechtsstaatlichkeit) verortet. Ein unkontrolliertes Überschwappen der Kultursuppe in den Bereich des Rechts und seiner Begründung gefährdet beides. Gerade weil Rechtswissenschaft sich auch auf soziale Normen und Bewertungen in der Gesellschaft bezieht und so aktuelle kulturelle Deutungsmuster immer wieder in das Recht inkorporiert werden, muss dies methodisch kontrolliert geschehen.¹¹⁰ Ebendiese Kontrolle kann der Kulturbegriff nicht leisten.

2. *Der Begriff der „Rechtskultur“*

Nun gibt es einen spezifischeren Begriff, in dem die Einheit von Recht und Kultur aufgehoben zu sein scheint, den der „Rechtskultur“. In den heute gängigen Konzepten der Rechtskultur wird die Differenz von Kultur und Gesellschaft verhandelt, sie oszillieren zwischen Soziologie einerseits und Kulturwissenschaft andererseits. Der um 1970 von Lawrence Friedman¹¹¹ eingeführte Begriff diente zunächst einer soziologischen Analyse des Rechts, die die Ideen und Praktiken des Rechtspersonals und sodann die Einstellung und Verhaltensweisen der breiten Bevölkerung und sozialer Gruppen zum und im Rechtssystem untersuchte. Heute scheiden sich Autoren, die weiterhin soziologisch

110 Seelmann, Rechtswissenschaft (Fn. 97), 132.

111 Lawrence M. Friedman, Legal Culture and Social Development, in: Law and Society Review 4 (1969), 29-44; ders., The Legal System. A Social Science Perspective, 1975.

nach den sozialen Voraussetzungen und Auswirkungen des Rechts und deshalb nach dem empirisch erforschbaren „Inbegriff der in einer Gesellschaft bestehenden, auf das Recht bezogenen Wertvorstellungen, Normen, Institutionen, Verfahrensregeln und Verhaltensweisen“¹¹² fragen, von jenen, die nach kulturellen Bedeutungen suchen oder „dichte Beschreibungen“ lokaler Kulturen anfertigen wollen.¹¹³ Wurde der Begriff der Rechtskultur bei Erhard Blankenburg noch als Interaktion von institutioneller Rechtsordnung und einstellungsvermittelter Rechtspraxis, also letztlich sozialstrukturell interpretiert¹¹⁴, wird er von Werner Gephart als „symbolisch und rituell vermittelte normative Ordnung der Rechtsgemeinschaft“¹¹⁵ definiert – was immer das heißen soll. Im Rahmen der Kulturtheorien des Rechts konkurrieren hier Soziologie und Kulturwissenschaft miteinander. Der Ausgang ist offen; zumindest bleibt Austin Sarat und Jonathan Simons These, die den *cultural turn* der Rechtswissenschaft dadurch erklären will, dass sich in der Spätmoderne die Logik kollektiver Machtstrukturen vom Sozialen auf die Kultur verlagert hätte und die wissenschaftliche Reflexion dem nur gefolgt sei¹¹⁶, noch allzu sehr im Ungefähren.

Das Konzept der „Rechtskultur“ begegnet uns heute vor allem als Grundbegriff einer soziologisch arbeitenden Rechtsvergleichung¹¹⁷

112 Thomas Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2007, 311.

113 Siehe exemplarisch Geertz, Local Knowledge (Fn. 18), 215 (“Law [...] is local knowledge”). Vgl. David Nelken, Comparing Legal Cultures, in: Austin Sarat (Ed.), The Blackwell Companion to Law and Society, 2004, 113-127, 118.

114 Erhard Blankenburg, Indikatorenvergleich der Rechtskulturen in der Bundesrepublik und den Niederlanden, ZfRSoz 6 (1985), 255-273; vgl. ders., Rechtskultur, in: Jürgen Becker et al. (Hg.), Festschrift für Manfred Rehbinder, 2002, 425-431, 430 f. In diesem Sinn auch Tajana Hörnle, Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe, ZStW 117 (2005), 801-838. Weitere Beispiele gibt Peter Mankowski, Rechtskultur, JZ 64 (2009), 321-331 auf den Seiten 326-329 (sub III.). Vgl. Gephart, Recht als Kultur (Fn. 10), 22.

115 Gephart, Erforschung (Fn. 9), 32.

116 Austin Sarat/Jonathan Simon, Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law: Moving Beyond Legal Realism, Yale Journal of Law and Humanities 13 (2001), 3-32, 7 und passim.

117 David Nelken (Hg.), Comparing Legal Cultures, 1997; darin: Roger Cotterell, The Concept of Legal Culture, 13-32.

oder vergleichenden Rechtssoziologie.¹¹⁸ In seiner allgemeinsten Form lebt es von der Behauptung, dass Rechtskulturen nur in ihrer „Verflechtung mit Grundannahmen der jeweiligen Kulturen“¹¹⁹ verstanden werden könnten. Diese Annahme trifft auf zunehmende Skepsis, wenn etwa Roger Cotterell die „allgemeinen Probleme“ des Versuchs anspricht, überhaupt „Kultur“ als erklärendes Konzept in der theoretischen Analyse des Rechts zu verwenden“ und es letztlich für unmöglich hält, den Kulturbegriff analytisch so zu präzisieren, dass er als Element der Rechtstheorie und als signifikante Erklärungsvariable in der empirischen rechtssoziologischen Forschung dienen kann.¹²⁰ Insbesondere führe kein Weg von einem allgemeinen Kulturbegriff zur Identifikation spezifischer Rechtskulturen.¹²¹ In der Tat ist kein Beitrag sichtbar, dem es gelänge, die Prägung eines Rechtssystems durch eine ‚Kultur‘ zu operationalisieren. Was bleibt, ist die Möglichkeit, die Pfadabhängigkeiten unterschiedlicher Rechtssysteme und -praktiken als Folge einer unterschiedlichen historischen Evolution der rechtsin-

118 Zu einer philosophischen Rekonstruktion des Begriffs siehe *Georg Mohr*, Zum Begriff der Rechtskultur, in: *Dialektik* 18 (1998), 9-29. Zum Begriff der „Normkultur“, verstanden als die Summe der allgemeinen Prinzipien der Begründung und Legitimation von Normen und Verfahren, in denen sich Recht bildet und entwickelt, *ders.*, Art. Rechtskultur, in: *Stefan Gosepath et al. (Hg.), Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie*, Band 2, 2008, 1074-1078, 1076.

119 *Gephart*, Erforschung (Fn. 9), 19.

120 *Cotterell*, Concept (Fn. 117), 14: „It may, indeed, be impossible to develop a concept of legal culture with sufficient analytical precision to give it substantial utility as a component in legal theory and, especially, to allow it to indicate a significant explanatory variable in empirical research in sociology of law“. Dass diese These zutrifft, belegt unfreiwillig *H. Patrick Glenn* (*Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 32007) mit seinem Ansatz, der die globale Welt des Rechts in sieben Traditionen einteilt, welche mit begrenzten Interdependenzen nebeneinander existierten, in diesem Nebeneinander aber immerhin „nachhaltige Diversität“ versprechen.

121 *Cotterell*, Concept (Fn. 117), 29. Vgl. auch *Ralf Michaels*, Legal Culture (für das *Oxford Handbook of European Private Law*, hg. v. Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Rainer Zimmermann), Duke Law Scholarship Repository, http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2390/ (10.8.2015). Ein differenzierterer Ansatz findet sich bei *Mark van Hoecke/Mark Warrington*, Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law, *ICLQ* 47 (1998), 495-536.

ternen operativen Anschlussbedingungen einer Rechtsordnung zu analysieren.¹²² Wollte man die Ergebnisse einer solchen Untersuchung sodann *rekonstruktiv*¹²³ unter den Begriff einer nationalen oder einer für einen bestimmten Rechtskreis geltenden „Rechtskultur“ fassen, so wäre das unschädlich, aber auch nutzlos.

Hinzu kommt, dass die Theorie des Rechtskulturvergleichs längst erkannt hat, dass auch nationale Rechtskulturen im Lichte transnationaler Entwicklungen, Transfers, Isomorphien, multipler Überlappungen und Verschlingungen nur noch als höchst hybride Konstrukte verstanden werden können, als – in den Worten David Nelkens – „multiple overlapping and conflicting ‚juridiscapes‘“, deren Uniformität, Kohärenz und Stabilität allenfalls noch eine ideologische Projektion

122 Das würde für die Rechtsvergleichung bedeuten, sich eher bei der Systemtheorie als bei den Kulturwissenschaften zu informieren. Siehe hierzu *Bijan Fateh-Moghadam*, Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichen, in: Susanne Beck/Christoph Burchardt/Bijan Fateh-Moghadam (Hg.), *Strafrechtsvergleichen als Problem und Lösung*, 2011, 43-63. Siehe daneben *Ralf Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, in: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, 339-382.

123 Dass ein methodisch reflektierter, rekonstruktiv-beschreibender Kulturbegriff leistungsfähig ist, zeigt Lawrence Friedman, der die Moderne des Rechts unter die Überschrift der Spezifika einer „modernen Rechtskultur“ bzw. einer „Rechtskultur der Moderne“ analysiert (*Lawrence M. Friedman*, *Is There a Modern Legal Culture?* *Ratio Juris* 7, 1994, 117-131): Sein Konzept zielt auf ein Set normgenerierender kollektiver Vor- und Einstellungen ab, die in der (zunächst westlichen) Moderne in institutionell gefestigter Form idealtypisch zu beobachten seien und zugleich Grund und Antriebskräfte der Rechtsentwicklung darstellten. Er nennt ein zusammenhängendes „System“ von sechs solcher Eigenschaften, die gemeinsam moderne Rechtssysteme charakterisierten: Die zunehmende Positivierung des letztlich instrumentell legitimierten modernen Rechts und ubiquitäre Prozesse der Verrechtlichung führten sowohl zu einer beschleunigten Veränderungsdynamik moderner Rechtsordnungen als auch zu globalen Isomorphien zwischen Rechtsregimen. Von besonderem Interesse sind jedoch zwei materielle Eigenschaften, die Friedman dem spezifisch ‚modernen‘ Recht zuschreibt: (1.) eine durchgängige Umstellung auf institutionalisierte subjektive Individualrechte in Prozessen der Konstitutionalisierung des Rechts, und damit verbunden (2.) die grundlegende Vorstellung eines normativen Individualismus, der wiederum durch subjektive Rechte und Ansprüche abgesichert sei und insbesondere Freiheitsbereiche individueller Lebensführung und Persönlichkeitsentwicklung garantieren solle.

im Auge des Betrachters sei.¹²⁴ Insoweit gilt für ‚Rechtskulturen‘ nichts anderes als für ‚Kulturen‘ *sans phrase*: Sie sind keine abgegrenzten Einheiten, die sich homogen reproduzieren. Gerade die Kulturanthropologie betont zu Recht die Hybridität und innere Widersprüchlichkeit von Kulturen als imaginierte Gemeinschaften.¹²⁵ Wir leben in „contemporary complex cultures“¹²⁶, die sich immer in einem „Widerstreit heterogener Anforderungen“¹²⁷ und damit im „flow“ ständiger Bewegung, Veränderung und Neubildung befinden.¹²⁸ Der Vergleich von „Kulturen ‚als ganzen‘“ hat deshalb keine wissenschaftliche Grundlage.¹²⁹ Dies alles zeigt, dass eine kulturbezogene Rechtsvergleichung, die auf einen totalitätsorientierten Kulturbegriff im Sinne angeblich einheitlicher Sinn- und Lebenswelten und kollektiv geteilter Wertvorstellungen sozialer Großgruppen abhebt, zum Scheitern

- 124 David Nelken, Art. Culture, Legal, in: David S. Clark (Hg.), *Encyclopedia of Law & Society*, 2007, 370-376, 372: „Given the extent of past and present transfer of legal institutions and ideas, there are therefore good reasons to doubt whether one can relate all aspects of a given legal culture to other features of its current national context. [...] As global flows and trends influence national cultures, their purported uniformity, coherence, or stability will often be no more than an ideological projection or rhetorical device, manipulated by elements within the culture or by outside observers“. Vgl. Cotterell, Concept (Fn. 117), 29: „legal culture may be understood as a vast diversity of overlapping cultures: some relatively local, some more universal“. Siehe auch Gert Brüggemeier, Einführung, in: Heinz-Dieter Assmann/Gert Brüggemeier/Rolf Sethe (Hg.), *Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens*, 2001, 1-8, 2 ff., der mit Blick auf das Europäische Privatrecht von einer „Erosion der Rechtskreise“ im Privatrecht spricht.
- 125 Homi K. Bhabha, *The Location of Culture*, 1994, 5; Andreas Ackermann, Das Eigene und das Fremde: Hybridität, Vielfalt und Kulturtransfer, in: *Handbuch der Kulturwissenschaften* (Fn. 17), Band 3, 139-154.
- 126 Ulf Hannerz, *Cultural Complexity. Studies in the Social Organization of Meaning*, 1992, 6.
- 127 Jaeger/Liesch, Einführung (Fn. 53), X.
- 128 Hannerz, *Cultural Complexity* (Fn. 126), 100 ff. Zum Begriff der *Kreolisierung* für diese Prozesse der kulturellen Neubildungen ebd., 264 ff.
- 129 Jürgen Osterhammel, Die Vielfalt der Kulturen und die Methoden des Kulturvergleichs, in: *Handbuch der Kulturwissenschaften* (Fn. 17), Band 2, 50-65, 62. Siehe auch Christian Seipel/Susanne Rippl, Grundlegende Probleme des empirischen Kulturvergleichs. Ein problemorientierter Überblick über aktuelle Diskussionen, *Berliner Journal für Soziologie* 23 (2013), 257-286.

verurteilt ist. Die Vorstellung, dass Rechtsordnungen wie Knödel in einer trüben Kultursuppe schwimmen und sich langsam voll saugen, vermag nichts zu erklären.

Wendet man eine solche Vorstellung schließlich normativ, etwa als theoretische Anleitung zur Rechtsreform nichtwestlicher Gesellschaften, richtet sie sich selbst. Man landet dann sehr schnell bei einem Bild der juristischen Welt, das einem Zoo der Kulturen ähnelt, deren Bewohner in ihren jeweiligen Gehegen eingesperrt bleiben sollen. So etwa, wenn Heinrich Scholler fordert, aus dem religiös-philosophischen Hintergrund autochthoner Rechtssysteme die jeweiligen „höchste[n] Rechtskulturwerte“ als „rechtliche Grundnorm[en]“ herauszudestillieren, diese dann „nach ihrer rechtskulturellen Affinität, wie etwa Scham oder Schuldkultur, Pflichten- oder Rechtskultur“ einzuteilen und entsprechend weiterzuentwickeln.¹³⁰ Simple kulturellrelativistische Projektionen solcher Art sind bereits in empirischer Sicht dysfunktional, weil sie die Modernisierungsdynamik des Rechts in einer sich globalisierenden Welt unter den Tisch fallen lassen. Die Vorstellung etwa, die Rechtsentwicklung in China, Korea oder Südostasien – den neuen Zentren einer zunehmend polyzentrisch werdenden Moderne¹³¹ – folge noch heute primär kulturell tradierten Mustern, ist verfehlt. Diese Projektionen sind aber auch normativ wenig plausibel, weil sie die Individuen in ihre jeweiligen Herkunftskulturen einmauern wollen, ohne dies anders begründen zu können als mit dem nicht theoretisierten Verweis auf die angebliche Dignität der je traditionellen Struktur autochthoner Gewohnheitsrechte, die als nicht kritisierbar gesetzt werden und denen die „modernen Menschenrechte“ im Konfliktfall eben zu weichen hätten.¹³²

130 *Heinrich Scholler*, Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und die Rechtskultur, ZVglRWiss 99 (2000), 373-386, 376 f., 385 f.

131 *Volker H. Schmidt*, Global Modernity. A Conceptual Sketch, 2014, 76 ff.

132 Vgl. *Scholler* (Fn. 130), 380, 385.

3. Kultur – Menschenbild – Recht

Für das Projekt, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft zu verstehen, steht in der Bundesrepublik vor allem Peter Häberle. Auch ihm geht es nicht nur darum, Verfassungswandel zu „beobachten und [zu] erklären“, sondern erklärtermaßen um das normexpressive Anliegen, „Verfassungspolitik“ zu betreiben“ und „kulturell adäquate Verfassungsinterpretation zu leisten“.¹³³ Ohne dass hier der Versuch unternommen werden könnte, die unterschiedlichen Aspekte seines Gesamtwerks zu würdigen, ist doch ein spezifischer Blick auf den Kulturbegriff Häberles zu werfen und zu fragen, ob er seine erklärte Absicht, unser kulturell vermitteltes „juristisch-hermeneutische[s] Vorverständnis (kulturwissenschaftlich) offenzulegen und damit methodisch zu disziplinieren“¹³⁴, erreichen kann. Dies soll anhand einer Spielart dieses Ansatzes geprüft werden, die die strukturelle Kopplung zwischen „der Kultur“ und „dem Recht“ in dem „Menschenbild“ sieht, das sich als kulturelle Konstruktion in einer Rechtsordnung realisiere. Häberle hat seine Thesen u.a. in seiner Schrift „Das Menschenbild im Verfassungsstaat“¹³⁵ ausgearbeitet, die 2008 in vierter Auflage erschienen ist; der Menschenbilddiskurs, ein Spezifikum deutschsprachiger Jurisprudenz, erfreut sich aber auch bei anderen Autoren großer Beliebtheit.¹³⁶

133 Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, ²1998, 1061, 1062.

134 Ebd., 1061.

135 Peter Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, ⁴2008.

136 Eine kleine Auswahl: Paul Kirchhof, Menschenbild und Freiheitsrecht, in: Rainer Grote et al. (Hg.), Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, 2007, 275-296, 280 ff.; Karl Heinz Auer, Das Menschenbild als rechtsethische Dimension der Jurisprudenz, 2005; Bernd Schünemann/Jörg Paul Müller/Lothar Philipps (Hg.), Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte, 2002; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Vom Wandel des Menschenbildes im Recht, 2001; Karl-Heinz Fezer, Diskriminierende Werbung – Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht, JZ 53 (1998), 265-275; Winfried Brugger, Das Menschenbild der Menschenrechte, Jahrbuch für Recht und Ethik 3 (1995), 121-134; Andreas Pawlas, Grundgesetz und Menschenbild, Das Parlament, Beilage 49/1991, 37-46; Ferdinand Kopp, Das Menschenbild als Orientierungspunkt des geltenden Rechts, in: Richard Bartlsperger/Dirk Ehlers et al.

Der Begriff des „Menschenbildes“ diene seit Beginn des 20. Jahrhunderts ganz überwiegend als antiliberaler Topos, der auf die Überwindung des autonomen Individuums und seine Einordnung in substantielle Gemeinschaften zielt; seit 1945 gehörte er zur Rhetorik einer Re-Christianisierung der Gemeinschaft.¹³⁷ Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich (insbesondere, aber nicht nur) in der ersten Hälfte seiner Rechtsprechungstätigkeit, beginnend mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1954, auf ein von ihm selbst entdecktes „Menschenbild des Grundgesetzes“ bezogen, das „nicht das eines isolierten souveränen Individuums [sei]; das Grundgesetz ha[be] vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.“¹³⁸ Man wird diese Aussage durchaus als expressiven Akt eines symbolischen Kommunitarismus, als „höchsterichterliche[n] Menschenbildglaube[n] in individualismuskritischer Absicht“¹³⁹ werten dürfen, an dem das Gericht begrifflich auch dann bisweilen noch festgehalten hat, als es der Substanz nach längst einer

(Hg.), Rechtsstaat, Kirche, Sinnverantwortung. Festschrift für Klaus Obermayer, 1986, 53-64; *Ernst-Joachim Lampe*: Das Menschenbild des Rechts – Abbild oder Vorbild?, in: ders. (Hg.), Beiträge zur Rechtsanthropologie (ARSP Beiheft 22), 1985, 9-22; *Willi Geiger*, Menschenrecht und Menschenbild in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, in: Deutsche Sektion Internationale Juristen-Kommission (Hg.), Menschenrecht und Menschenbild in den Verfassungen Schwedens, Deutschlands und Österreichs 1983, 45-56; *Henning Ottmann*, Zum Menschenbild des Grundgesetzes, Zeitschrift für Politik 1982, 108-111; *Arno Baruzzi*, Europäisches „Menschenbild“ und das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1979. Vgl. schon *Gustav Radbruch*, Der Mensch im Recht. Heidelberger Antrittsvorlesung (Recht und Staat, 46), 1927.

137 *Friedrich Wilhelm Graf*, Missbrauchte Götter. Zum Menschenbilderstreit in der Moderne, 2009, 136, 139, 158 ff. Zu den „Menschenbildmuseen“ der 1950er und 60er Jahre ebd., 148 ff.

138 BVerfGE 7 ff., 15; vgl. BVerfGE 50, 290 ff., hier 353. Dies ergebe sich, so das Gericht, „insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG.“ Zu weiteren Nachweisen siehe *Ulrich Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1994, insb. 17.

139 *Graf*, Missbrauchte Götter (Fn. 137), 165; vgl. *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ (Fn. 138), 87.

anderen Linie folgte. Die (rechtsphilosophisch durchaus anrühige¹⁴⁰) Betonung des Gemeinschaftsbegriffs hat das Gericht in der Folge jedenfalls nicht davon abgehalten, die subjektiven Freiheitsrechte des Grundgesetzes primär als Ausdruck subjektiver und formaler negativer Freiheit¹⁴¹ im Sinne der liberalen Grundrechtskonzeption auszubuchstabieren.¹⁴² Zum „Ausdruck einer Staatsreligion“ (Helmut Ridder) ist das „Menschenbild des Bundesverfassungsgerichts“¹⁴³ deshalb nicht geworden. Seine juristische Funktion war und ist stark begrenzt¹⁴⁴ – was nicht zuletzt daran liegen mag, dass die Menschenbildformel methodisch unbrauchbar ist¹⁴⁵ und ihr Erkenntniswert nur von dem Grad ihrer Operationalisierbarkeit untertroffen wird. Was von diesem Diskurs bleibt, sind nur berechtigte Zweifel daran, dass allzu viel „Kultur der Freiheit“¹⁴⁶ der Freiheit gut tut.

140 Vgl. *Thomas Gutmann*, Wiederkehr der Gemeinschaft? Rechtshistorisch gebotene Fragen an die kommunitaristische Philosophie, in: Hermann Nehlsen/Georg Brun (Hg.), *Münchener rechtshistorische Studien zum Nationalsozialismus*, 1996, 9-61.

141 BVerfGE 102, 370 (395). Vgl. *Horst Dreier*, Vorbemerkungen vor Art. 1 GG, in: ders. (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, ³2013, Rn. 84 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529-1538, 1530; *Horst Dreier*, Integration durch Verfassung? Rudolf Smend und die Grundrechtsdemokratie, in: Friedhelm Hufen (Hg.), *Verfassungen – Zwischen Recht und Politik. Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans-Peter Schneider*, 2008, 70-96, 91; *Wolfram Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz, 1987, 54 ff.

142 So auch *Böckenförde*, Wandel (Fn. 136), 36.

143 *Helmut Ridder*, „Das Menschenbild des Grundgesetzes“. Zur Staatsreligion der Bundesrepublik Deutschland, Demokratie und Recht 1979, 123-134, 126.

144 *Peter M. Huber* (Das Menschenbild im Grundgesetz, Jura 1998, 505-511, 511) weist zu Recht darauf hin, dass dem Rekurs auf das „Menschenbild“ vorrangig eine rhetorische und kaum je eine begründende Funktion zugekommen ist. Zum Menschenbild des Bundesverfassungsgerichts als „Gemeinplatz“ siehe *Josef Isensee*, Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik, in: Joseph Krautscheidt/Heiner Marré (Hg.), *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* 11, 1977, 92-120, 113.

145 Vgl. *Bernd Schünemann*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“, in: ders. et al., *Menschenbild* (Fn. 136), 3-22, 6.

146 *Udo Di Fabio*, *Die Kultur der Freiheit*, 2005 (dort Kap. III zum „westliche[n] Wertesystem: Menschenbilder und Weltbilder“).

Das theoretische Elend der Rede vom „Menschenbild“ im Recht liegt nach alledem darin begründet, dass sich solche Bilder, gerade weil sie kulturelle Konstruktionen¹⁴⁷ sind, außerhalb des *strictly legal point of view*¹⁴⁸ und des Bereichs normativer Begründungspflichten ansiedeln. Tatsächlich kann die Rede vom „Menschenbild“ weder Begründungen generieren noch dem Proprium des Rechts – der systematischen interpretativen Analyse des Regelungsgehalts rechtlicher Normen, ihres systematischen Sinnzusammenhangs und ihrer Rechtfertigungsgrundlagen – etwas Substantielles hinzufügen. Der Reiz, den das „Menschenbild“ dessen ungeachtet auf Teile der juristischen Literatur ausübt, dürfte jedoch genau in jenem Mehrwert liegen, den die Rede in Bildern gegenüber der Anstrengung des Begriffs besitzt: Sie erlaubt es, nahezu beliebige Gehalte in das Recht zu transportieren, ohne die Gründe hierfür argumentativ ausweisen zu müssen.¹⁴⁹ Gerade weil das Malen von Menschenbildern nicht nur besonders ideologiefähig, „sondern von der Einbettung in eine bestimmte Weltsicht geradezu abhängig“ ist, dient es als „interpretatorische Allzweckwaffe“.¹⁵⁰

Dem „Menschenbild“ wird dabei ganz explizit eine eigene normsetzende Funktion zugewiesen. Die juristische „Menschenbildwissenschaft“ (Häberle) will sich keineswegs auf Erzählungen über den Menschen und das Recht beschränken, ihre hypostasierten „Menschenbilder“ sollen „den“ Menschen vielmehr „verbindlich“ erfassen¹⁵¹, ja als „verbindliche Richtschnur für die Auslegung und An-

147 Häberle, Menschenbild (Fn. 135), 71.

148 Wolfgang Ernst, Gelehrtes Recht. Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 3-49, 16.

149 Verloren geht, so Winfried Brugger, die Analyse des Moments, in dem aus dem, was sich kulturwissenschaftlich beschreiben lässt, „dasjenige durch Kompetenzen und Verfahren herausgefiltert wird, was Recht sein soll, und das dann notfalls auch mit Zwangsgewalt vom Staat durchgesetzt wird“ (Winfried Brugger, Kultur, Verfassung, Recht, Staat, AöR 126 (2001), 271-293, 272). Siehe bereits Bodo Pieroth, Kultur als juristisches Spiel ohne Grenzen, Der Staat 22 (1983), 394-405, 402 ff.

150 Huber, Menschenbild (Fn. 144), 505.

151 Häberle, Menschenbild (Fn. 135), 37.

wendung des Rechts“¹⁵², als „Grundlegung und Grenze des Rechts“¹⁵³, „Gerechtigkeitsmaxime“, „verfassungsrechtliches Prinzip“¹⁵⁴ oder gar als rechtliche „Grundnorm“¹⁵⁵ dienen.¹⁵⁶ Dabei wird der Inhalt des solcherart verbindlichen Leitbilds von den Pflichten juristischer Argumentation¹⁵⁷ entlastet und allen möglichen außerrechtlichen Assoziationen geöffnet: Das Menschenbild im Verfassungsstaat, das seine Konturen nicht ohne Gottesbild, Weltbild und Volksbild gewinne¹⁵⁸, sei eine „Gemengelage“¹⁵⁹, ein gleichzeitig deskriptiv und normativ zu verstehender „Rahmen-Begriff“¹⁶⁰, der Raum gebe „für variable Ausgestaltungen und Konkretisierungen“¹⁶¹; es fungiere in „der Schnittmenge von Recht und Ethik“¹⁶², bzw. „als Fenster zur Ethik“ und damit zu seinen kulturellen Wurzeln, vornehmlich seinen christlich-abendländischen Gehalten.¹⁶³

Hierbei fällt allerdings auf, dass die einst dezidiert antiliberalen Implikationen des Topos „Menschenbild des Rechts“ heute einer weitge-

152 Kopp, Menschenbild (Fn. 136), 55.

153 Auer, Menschenbild (Fn. 136), 55.

154 Häberle, Menschenbild (Fn. 135), 37.

155 Auer, Menschenbild (Fn. 136), 262.

156 Die Menschenbildlyrik treibt dabei Stilblüten wie etwa in der These, die Annahmen der Luhmann'schen Systemtheorie seien „weder deskriptiv noch normativ mit einer grundgesetzlich orientierten Rechtswissenschaft kompatibel“ (*Oliver Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 71), ja „mit der Verfassungsordnung des Grundgesetzes nicht ohne weiteres vereinbar“ (ebd.), gingen sie doch von einem falschen „juristisch-normative[n] Leitbild“ (ebd., 36) aus, das gegen „das Menschenbild des Grundgesetzes“ und mithin gegen Art. 1 Abs. 1 GG (ebd., 54 f.) verstoße. Den gleichen kategoriellen Fehler begeht die Kritik am angeblich verfassungsrechtlich verfehlten „Menschenbild“ der ökonomischen Theorie des Rechts (*Karl-Heinz Fezer*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 41, 1986, 817-824, hier 822), die einer ökonomischen Theorie vorwirft, ökonomische Theorie zu sein.

157 Hierzu beispielhaft *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1983.

158 Häberle, Menschenbild (Fn. 135), 19.

159 Ebd., 72.

160 Ebd., 73.

161 Ebd., 60.

162 Auer, Menschenbild (Fn. 136), 55.

163 Kirchhof, Menschenbild (Fn. 136), 280 ff.

henden inhaltlichen Beliebigkeit Platz gemacht haben. Als Kulturtheorie des Rechts¹⁶⁴ erlaubt die Rede vom Menschenbild des Rechts ihren Verfechtern, erzählend vom Hölzchen aufs Stöckchen zu kommen, deskriptive mit normativen Einzelbefunden zu einem bunten, völlig heterogenen Thesenhaufen aufzuschütten und damit „Fragmentkunstwerke eigener Artifizialität“¹⁶⁵ zu kreieren, mit denen alles und nichts¹⁶⁶ bezeichnet ist.¹⁶⁷ Aber das eben meint ein solcher Kulturbegriff: alles und nichts. Was verloren geht, ist erneut jede argumentative Kontrolle darüber, welche normativen Gehalte dem Recht unterlegt werden. Um diese Kontrolle aber muss es der Rechtswissenschaft gehen.

164 Häberle, Menschenbild (Fn. 135), 17 ff. und passim. Das Grundgesetz, so Häberle (ebd., 9), habe „gewiss den Menschen als (kultur-)anthropologische Prämisse von Staat und Recht [...] gesetzt“.

165 Graf, Missbrauchte Götter (Fn. 137), 169.

166 Schünemann, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ (Fn. 145), 5. Zurückhalten der Hagen Hof, Verhaltensgrundlagen des Rechts – Ein Themenfeld des Schwerpunkts „Recht und Verhalten“, in: Fritjof Haft/Hagen Hof/Steffen Wesche (Hg.), Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts, 2001, 11-17, 15, dem zufolge „das ‚Menschenbild des Rechts‘ in Rechtssetzung und Rechtsanwendung wohl alles andere als ein festgefügt Konzept ist“.

167 Idealtypisch Häberle, Menschenbild (Fn. 135) und Auer, Menschenbild (Fn. 136).

