

MARCEL SENN, ZÜRICH

## RECHT UND KULTUR – EIN DIALEKTISCHES VERHÄLTNIS\*

### 1. POSITION UND THESEN

Ich lege meinen Ausführungen folgende Thesen zugrunde, die ich als eine personale und kulturanthropologisch fundierte Handlungstheorie des Rechts verstanden wissen möchte:

Das Recht ist vom Menschen für den Menschen gemacht. Es stellt keine vorgegebene Ordnung, ein natürliches System, dar, das aus sich selbst heraus entstünde, sondern das Recht wird vom Menschen geschaffen und somit ist es auch ein Teil seiner Kultur. Obwohl Recht und Kultur durch den Bezug zum Menschen und zu seiner Gesellschaft miteinander verschränkt sind, lassen sich doch beide Bereiche von Kultur und Recht als je autonom wahrnehmen. Dies ergibt sich zunächst einmal aus der Verschränkung mit dem Menschen, da es seiner Veranlagung entspricht, sich selbst sein zu wollen. Insofern sich der Mensch stets (auch) selbst verwirklichen will, drückt er seinen Willen zur Selbstbestimmung auch in seinem Recht und seiner Kultur aus. Zum anderen ergibt sich die Autonomie der beiden Bereiche von Recht und Kultur aus ihrer Differenz in Bezug auf den gemeinsamen Komplex von sozialen Normen, die den Menschen betreffen. Das Recht setzt seine Normen mit staatlichem Zwang durch, während die Kultur darauf gerade verzichtet. Das Recht ist der Bereich der Autorität, die Kultur derjenige der Argumentation. Dabei gilt es zu beachten, dass keine Kultur sich ohne das Recht langfristig wirklich (das heisst frei) entwickeln kann, und umgekehrt kann auch das Recht seine Wirkungsmacht erst durch seine kulturelle Akzeptanz erhalten und erhöhen. So spielen sich Verschränkung und Autonomie der beiden Bereiche wechselseitig in die Hand.

Von diesem universalen oder grundsätzlichen Aspekt des Themas muss der historische Aspekt als die jeweils konkrete Erscheinungsform unterschieden werden. Die Geschichte gibt die Belege oder Beispiele, aber sie ist nie der Beweis im strengen Sinn. Unter dem historischen Aspekt rechtfertigt sich etwa die aktuelle Fokussierung des Themas unseres Kongresses auf die europäische Binnenperspektive.

Ein retrospektiver Blick belegt, dass die europäische Binnenperspektive zwei geschichtlich gegensätzliche Verläufe aufweist. Bis ins 18. Jahrhundert hinein war das Verhältnis von Recht und Kultur in Mittel- und Westeuropa mehr oder weniger intakt, insofern der Mensch aristotelisch als ein Wesen der Schöpfung bzw. der Natur betrachtet wurde, das seine Selbstverwirklichung natürlicherweise erstrebt. Die Natur war mithin die selbstverständliche Grundlage auch von Kultur und Recht. Daraus ergab sich eine ontologische Betrachtungsweise von Sein und Sollen, die durch die Bewusstseinsphilosophie in der Spätaufklärung reflektiert und damit aufgebrochen wurde. Die deontologische Perspektive separierte in der Folge das Sollen vom Sein in einer Unerbittlichkeit, die gleichsam eine progressive „Dekonstruktion“ aller Zusammenhänge einleitete und zunächst zu einer Subjektivierung und Relativie-

\* Ich danke meinem Assistenten lic. iur. Dániel Puskás für kritische Durchsicht und Diskussion meines Beitrags.

rung des Vorhandenen und Geschehenden führte, in deren Verlaufe auch das Subjekt der Bewusstseinsphilosophie selbst dekonstruiert und schliesslich vernichtet wurde. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts begann man diesem totalen Relativismus mit der Fiktion eines sich selbst konstituierenden Ordnungsgefüges im Sinne von Strukturalismus oder Systemtheorie zu begegnen und theoretisch gleichsam Einhalt zu geben. Doch die individualisierenden Elemente wurden dadurch nicht integriert, sondern die bisherige Entwicklung vielmehr zementiert.

Der einst fruchtbare Ansatz der Spätaufklärung in einer Art kritisch intellektuellen Balance die Struktur- mit den Individualelementen zu verbinden und dadurch gleichzeitig eine Reibungsfläche für ontologische und deontologische Betrachtungsweisen zu bieten, war damit zerstört. Indem die bisherige Verschränkung der beiden Bereiche von Sein und Sollen erkenntnistheoretisch entkoppelt wurden, spalteten sich in der Folge auch die Bereiche von Recht und Ethik bzw. Kultur und Natur. Damit wich die ursprüngliche Autonomie in der Verschränktheit der beiden Bereiche einer tatsächlichen Abhängigkeit des einen vom anderen. Insbesondere geriet die intellektuelle Komponente in Argumentationsnot und begann sich mit den Diskursargumenten der „Natur“ oder des „Lebens“ – was auch immer man darunter zu verstehen glaubte – zu behelfen, nicht zuletzt beeindruckt von den gewaltigen Erfolgen der Technik und Naturwissenschaften seit den 1830er Jahren. Das Argument der „Natur“ begann damit die Diskurse in Wissenschaft und Alltag zu dominieren. Auch Recht und Kultur begannen sich zunehmend auf diesen neuen Diskurs einzustellen und zwar entweder im Sinne einer seriösen Auseinandersetzung mit der Methodologie der Naturwissenschaften, worauf Kollege Hans-Peter Haferkamp in seinem Referat eingehen wird, oder dann im Sinne einer Anlehnung an ein naturalistisches Verständnis, wie es der Sozialdarwinismus und die Rassentheorien vollführten.<sup>1</sup>

Daraus entstanden schliesslich jene Verspannungen in der Sicht und Behandlung der Probleme, die nunmehr zu den Fragestellungen unsres Kongresses führen und zu erörtern sind.

Eine mögliche Lösung dieser Problematik könnte sich mit Blick in die nähere Zukunft darin abzeichnen, dass diese fiktionalen Diskurse durch eine Sicht der Dinge, wie sie sich praktisch verhalten, ersetzt werden. Dabei müsste das Verhältnis der Autonomie in der Verschränkung von Recht und Kultur mit Bezug auf den Menschen wieder in den Mittelpunkt gerückt werden. Dies gelänge meines Erachtens am Nachhaltigsten in der dialektischen Denkfigur. Meine Thesen möchte ich im Folgenden kurz ausführen.

## 2. DIALEKTIK, RECHT UND KULTUR

Freilich steht der Begriff der Dialektik heute im Verruf, weil er sich mit einer politischen Ideologie gemein gemacht hatte. Dennoch halte ich ihn für einen unersetzbaren Ausdruck, der eine Gesetzesmässigkeit von Beziehungen und Abläufen zwischen unterschiedlichen Faktoren zu bezeichnen vermag, allerdings nicht im Sinne einer Teleologie, wie der deutsche Idealismus oder der historische Materialismus ihn

1 Marcel Senn, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*. 4. A., Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 2007, Kap. 11 und 12.

noch verwendet hatten, sondern im Sinne eines durch den Bezug auf den Menschen strukturierten und strukturierenden Kontexts. Mit dem Begriff der Dialektik kann somit die anthropologisch bedingte Verschränkung von Recht und Kultur als Faktum und Prozess schlüssig ausgedrückt werden.

Unter Recht ist aus historischer Perspektive jenes soziale Normgefüge zu verstehen, das sich mittels herrschaftlichem – in der europäischen Neuzeit mittels staatlichem – Zwang durchsetzen liess. In erster Linie will Recht die privaten und gewaltförmigen Abrechnungen zwischen Einzelnen oder Gruppen absorbieren, zentral kontrollieren und steuern, um insbesondere Eskalationen von Konflikten zu vermeiden. In dem Sinne will Recht den anthropologisch bedingten Konflikten ein prozessuales Forum zur Auseinandersetzung bieten und dadurch den sozialen Frieden möglichst langfristig gewährleisten. Recht ist somit vor allem einmal jenes Normgefüge, das ein Problem oder eine Streitfrage in den Beziehungen zwischen Menschen oder Völkern durch friedfertige Auseinandersetzung lösen will, und das deshalb auch gewährleistet, dass die Gewalt nur kaserniert im Spiel bleibt. Doch eine friedfertige Bereinigung menschlicher Konflikte kann erst dann wirklich gelingen, wenn zugleich das Gefühl der Streitenden für eine annehmbare – sprich: gerechte, faire oder gleichmässige – Streiterledigung befriedigt wird, und sich dadurch der Eindruck einstellen kann, diese Lösung sei von Dauer. Diese Einsicht ist jedenfalls für das Verständnis der Rechtsstaatlichkeit von heute grundlegend geworden. Erst in zweiter Linie ist Recht jene Form der im Voraus festgesetzten Gerechtigkeitskriterien, wie wir dies aufgrund von Gesetzen, Kodifikationen und Präjudizien gewohnt sind. Grundsätzlich verschafft Recht somit Dauerorientierung, was angesichts des subjektiven Gefühls infolge zunehmender Zeitraffungen und Brüchigkeiten für eine erfolgreiche Gestaltung des sozialen Lebens elementar ist.

Wenn hier betont von Dauer die Rede ist, dann soll damit in Erinnerung gerufen werden, dass Recht wirklich nur dann Recht ist, wenn es dauerhaft ist. Die permanente Dynamisierung des Rechts in den Anschauungen oder in Form von Erlassen ist anthropologisch betrachtet unhaltbar. Der Mensch sucht nach dauerhafter Orientierung im Leben – gerade wenn und weil alles andere vielleicht zerbricht und versagt –, und diese Garantien in den zwischenmenschlichen Beziehungen bietet ihm einzig das Recht. Brüchiges, fließendes, sich gleichsam tumorartig selbst schaffendes Recht, dem die Menschen ausgeliefert wären, ist anthropologisch betrachtet ein Unding. Der Mensch wird durch solche Anschauungen übergangen, womöglich – so liesse sich gesellschaftspolitisch zuspitzen – soll diese gedankliche Einstimmung auch dahingehend gefügig machen. Meines Erachtens machen die heute verschleiernenden Diskussionsvarianten über das Recht als Systemaspekt dieses zum Instrument einer Kaste, die diese Prozesse für sich selbst etablieren und nutzen will.

Hier lässt sich auch der Begriff der „Kultur“ anknüpfen, insofern er ebenfalls mit der bewussten Pflege von Strukturen zu tun hat, weil eine Struktur sich nur in der Zeit ausbilden kann. Im Unterschied zu den Alltagsdiskursen, die allseits und überall von Kultur schwatzen, lässt sich aus geschichtlicher Sicht von einer Kultur erst dann sprechen, wenn sie jenes strukturierte Leben darstellt, welches das geistige wie körperliche Leben der Einzelnen und Gruppen bewusst und dauerhaft gestaltet und pflegt. Die kulturell konkreten Gestaltungsformen können dabei ebenso vielfältig wie verschieden sein. Bezieht sich die Kultur dabei auf den einen Aspekt ihres Gestaltungsbereiches, nämlich auf reguläres Verhalten der Menschen, so will sie im

Grunde dasselbe wie das Recht, nämlich den sozialen Frieden des gemeinschaftlichen Daseins sichern und dadurch die Menschen auf lange Frist miteinander verbinden. Doch im Gegensatz zum Recht lassen sich diese Regeln nicht mit Zwang oder Autorität sondern nur Kraft des Arguments durchsetzen. Dies entspricht der kulturellen Art von Konfliktmanagement. Freilich bleiben die vorhandene Kultur und insbesondere ihre Entwicklungsmöglichkeiten ohne das Recht schutzlos. Denn ein Argument ist stets ein Appell an die Einsicht und kann nicht Zuverlässigkeit bieten, die es im Leben braucht. Umgekehrt lässt sich nicht verkennen, dass auch das Recht stets eines kulturellen Kontexts mit Blick auf den Adressaten bedarf, um dadurch seine Akzeptanz zu festigen, indem es seine gewaltförmige Strenge und autoritative Kälte gewissermassen kulturell erträglicher und menschlicher machen kann. Dadurch erhöht sich seine Wirkungsmächtigkeit, denn diese liegt nicht in der tatsächlichen Inanspruchnahme von Zwang und Gewalt, sondern in dem sich darauf gründenden Vertrauen, dass das Recht seine Funktion implizit dadurch dauerhaft erfüllt, weil die Gewalt stets nur *ultima ratio* ist. Recht, das sich stets zwangsmässig durchsetzen müsste, ginge daran zugrunde.

An dieser Schnittstelle der beiden auf Dauer ausgerichteten Bereiche von Kultur und Recht zeigt sich letztlich mit aller Deutlichkeit deren Bezug auf den Menschen und die Gestalt seiner Gesellschaft. In dem Sinne lässt sich formulieren, dass es *keine Kultur ohne Recht und kein Recht ohne Kultur* gibt.

### 3. VERHÄLTNIS VON RECHT UND KULTUR ZUR ANTHROPOLOGIE

So wie die Verschränkung von Recht und Kultur anthropologisch bedingt ist, so ist sie phänomenologisch betrachtet stets auch ein konkreter Ausdruck der Geschichte. Der Schluss wäre indes verfehlt, den Kultur- wie den Rechtsbegriff deswegen als bloss historische Produkte eines beliebigen Rahmenkontexts zu verstehen, auch wenn beide erst empirisch fassbar sind. Doch sie bleiben im Sinne der *conditio humana* des individuellen Menschseins stets der Ausdruck des Menschseins überhaupt und sie sind daher im universellen Sinn zu verstehen. Denn der Mensch – kein System, keine Umwelt und kein anderes Lebewesen – bedarf der Kultur oder des Rechts um seiner selbst willen. So wie die Kultur und das Recht den Menschen erst zu dem sich von anderen Lebewesen unterscheidenden Lebewesen „Mensch“ machen, so ist auch der Mensch wiederum der Grund von Recht und Kultur. Das Tier oder die übrige Natur genügen sich weitgehend selbst. Regelverhalten ist hier Naturgesetz, das Vorgänge und Verhalten steuert. Natur und Tier bedürfen keiner Kultur und keines Rechts. Damit seien nicht minimale Standards verneint, die es auch hier gibt, sondern vielmehr die wesentliche Differenz betont. Nur der Mensch schafft und erfindet jene komplementären und komplexen Welten von Kultur und Recht. Und zwar entwickelt er diese Welten aus einem fast tragisch zu nennenden Spannungsverhältnis zur Unzulänglichkeit seiner eigenen Natur, die er technisch optimieren und weiter entwickeln muss, weil seine blosse Natur zum gehaltvollen Leben nicht annähernd hinreicht. Der Mensch muss sich und alles um ihn herum weiter entwickeln, sich selbst verwirklichen und der Mensch muss intellektuell überhöhen, weil ihm seine blosse Natur nicht genügt. Dies scheint mir ein grundlegender Aspekt, den insbesondere Baruch de Spinoza in seiner *Ethica* schon im 17. Jahrhundert ein-

sichtig gemacht hat. In dem Sinne können wir sagen, dass dies ein anthropologisches Faktum von universalistischer, kosmopolitischer oder transkultureller Relevanz ist.

Wenn wir hier also von Kultur und Recht sprechen, so meinen wir damit gerade nicht eine „von oben“ oder „von aussen“ verordnete, zugelassene oder zugewiesene Funktionalität. Gemeint sein kann nur eine Freiheit aus Selbstbestimmung, wie sie die je eigene *conditio humana* eines jeden Menschen ausmacht. Diese anthropologische Auffassung von Freiheit verträgt sich durchaus mit Aussagen der heutigen Gehirnforschung<sup>2</sup>, wonach der Mensch zwar über Wahlmöglichkeiten, aber nicht über eine willentliche Entscheidungsfreiheit verfüge. Wesentlich ist, dass er seinem Wesen nach sich faktisch selbst verwirklichen kann und dies im System sozialer Normen auch darf. Die intellektuelle Bewegungsfreiheit der Wissenschaftler<sup>3</sup> ist wohl die radikalste Form dieser Freiheit. Insofern das Regelsystem selbst aus seiner spezifisch anthropologisch bedingten Autonomie erwachsen ist, und nicht einfach aufoktroziert wird, ist es auch Garant einer freien Entwicklung. Was sich aus diesen freien Entwicklungen schliesslich ergeben kann, ist eine Kultur der selbst bestimmten menschlichen Existenz. Auch in dieser Hinsicht gehören Kultur und Recht dialektisch zusammen.

#### 4. ANTHROPOLOGIE UND AUTONOMIE

Recht und Kultur sind jedoch nicht einfach Derivate einer anthropologisch bedingten Kausalität. Wir wären mit solch einer Annahme heute nicht weiter als die Vertreter eines Materialismus oder Naturalismus des 19. und 20. Jahrhunderts, die mit ihren zu kurz greifenden Erklärungen scheiterten. Solche mechanische Argumentationsmuster können alles Leben stets und nur als ein sich selbst ausdifferenzierendes Natursystem darlegen. Alle kulturellen Erscheinungen, darunter auch das Recht, wären demnach blosse Produkte dieses Natursystems. Weder Recht noch Kultur hätten darin eine autonome Stellung, und auch der Mensch träte nicht als eine autonome Person in Erscheinung, weil alles letztlich blosse Be- und Zuschreibung von Prozessen, die ein Natursystem erzeugt, wäre.

Der Kontext von Recht und Kultur, wie ich ihn verstehe, setzt dagegen die Idee der Autonomie des Menschen als gedankliche Notwendigkeit voraus. Denn wenn nicht die Freiheit Aller die Grundlage von Recht und Kultur bildete, sondern Macht und Gewalt einer Natur, eines Systems und – so die denkbare, wie meist auch reale Abfolge – eines Regimes, dann wäre der Mensch faktisch wie gedanklich eine fremdbestimmte Erscheinung der Materie. In diesem Falle blieben auch seine Grundrechte blosse Fiktion, bestenfalls wären sie ein Geschenk eines starken Staats, der die Rolle des neuen, aber endlichen Gottes einnahm, wie Thomas Hobbes dieses Phänomen in seinem „Leviathan“ 1651 bereits beschrieben hat. In dieser Betrachtungsweise

2 Marcel Senn/Daniel Puskás (Hg.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung. Fachtagung der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 19. und 20. Mai 2006, Universität Bern* (ARSP Beiheft Nr. 111), Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2006.

3 Marcel Senn, Die Bewegungsfähigkeit des Interpreten. Ein Beitrag zur kulturwissenschaftlichen Pädagogik der Textinterpretation in der Rechtsgeschichte, in: *Genese und Grenze der Lesbarkeit*, hg. v. Philipp Stoellger, Würzburg: Verlag Königshausen & Neumann, 2007, 75–93.

bliebe der Mensch jedoch jenes unfreie Geschöpf ohne Fähigkeit zur autonomen Kultur und könnte daher nicht sein Humanpotenzial voll entwickeln.

Würde das Recht in dem Sinne als blosses Derivat eines solchen Begriffs von Kultur, Ökonomie oder materieller Lebensbedingungen gesehen, so fehlte ihm letztlich die Eigenständigkeit. Solches Recht wäre gewissermassen sinnlos, kein notwendiges Element der menschlichen Gesellschaft, sondern mit Fug ein verzichtbarer Luxus. Und ebenso wenig machte es Sinn, das Recht nur als ein formales System irgendeines mehr oder weniger intellektuellen Kommunikationsprozesses aufzufassen. Recht erscheint in solchen Beschreibungen meist nur als ein sich selbst fortwährend erzeugendes Begriffsgeschwader. Dass das Recht zwar solche Auswüchse zeitigt, ist so wenig eine innere Gesetzesmässigkeit des Rechts selbst, als sich aus diesem historischen Phänomen selbst eine berechnete Aussage ableiten liesse.

Recht muss vielmehr über seine Historizität hinaus als ein in sich integriertes und autonomes, infolge seiner anthropologischen Basis aber auch notwendiges Element des menschlichen Lebens selbst begriffen werden, ohne das sich menschliches Leben nicht wirklich, mithin aus sich selbst frei entwickeln kann. Erst dann wird das Recht in seiner autochthonen Mächtigkeit als intellektuelle Idee und auch in seiner politischen Praxisrelevanz achtbar und nicht länger als Derivat oder Konstrukt der Beliebigkeit blossgestellt.

## 5. MENSCHENBILD UND GESCHICHTE DES RECHTS

Gewiss, diese Aussagen sind allesamt nicht die meinen alleine, sie lassen sich zwischen Aristoteles und Hegel historisch verorten. Sind wir also auf einem überholten Pfad? Ich meine nein, wenn wir die historischen Spezifikationen von den Grundaussagen der Autoren trennen. Wieso aber soll ein alter Diskurs wieder aufgenommen werden? Alt heisst nicht notwendig auch veraltet. Nicht immer und vor allem nicht notwendigerweise ist das Neue auch immer das Richtige. Mit dem rhetorischen Argument der Progressivität – einer verschwiegenen Implikation teleologischer Dialektik – wird bisweilen viel Unsinn getrieben. Wenn wir die Geschichte betrachten, dann stellen wir fest, dass der alte Diskurs vor dem Hintergrund der gewaltigen Umwälzungen der europäischen Gesellschaft durch die Kriege, Revolutionen sowie die technischen und wirtschaftlichen Innovationen im Verlaufe der letzten zwei Jahrhunderte ins Hintertreffen geraten ist. Aus dezidiert ideologischen Gründen von gegensätzlichen Gesellschaftsentwürfen wurde der alte Diskurs gezielt angegriffen und aus der Position seiner argumentativen Legitimität verdrängt. Man kann also präzisieren und sagen: „nur“ verdrängt. Dies heisst aber nicht auch, dass die Gedanken selbst unbrauchbar, unvernünftig oder unberechtigt wären. Man hat ihnen nur die Legitimation zeitweilig abgesprochen, wohl mit Gründen, aber wenn diese wieder wegfallen oder sich die neuen Gedanken, die an die Stelle der alten traten, selbst hinfällig geworden sind, weil sie vielleicht nicht erfüllten, was sie verhiessen, dann sind die Gedanken weiter zu entwickeln. Zeigt diese Weiterentwicklung, dass einst verworfene Vorstellungen dennoch ihre Berechtigung haben, dann sollte man so frei sein, die überzeugenderen Ideen – selbst wenn sie die alten wären – wieder aufzunehmen, auch auf die Gefahr hin, dem Vorwurf zu begegnen, dies sei konservativ. Das ist nämlich kein Argument, sondern ein Werturteil.

Auch die Rechtswissenschaft selbst trägt nicht unwesentlich Schuld an Fehlentwicklungen. Sie hat sich immer wieder den gesellschaftlichen Bedrängungen bis zur Selbstverleugnung ihres Kritikpotenzials gefügt. Sie hat die Trends des Naturalismus oder Materialismus ebenso willig wie vorlaut mitgetragen, so wie sie heute den Forderungen nach ungebremsster Rationalität und Effizienz fast unterwürfig hinterher eilt.

Die Grundlagen der modernen Jurisprudenz wurden im Spätmittelalter geschaffen und im Humanismus durch einen Aktualisierungsversuch antiker Denkfiguren weiterentwickelt. Ihre Grundgedanken waren Individualisierung und Konkretisierung auf dem Wege analytischer Argumentation. Bezogen sich diese Errungenschaften zunächst noch auf eine ständische Gesellschaft und somit auf die Welt der gelehrten Männer, so ist die entscheidende Umgestaltung der Jurisprudenz zur Rechtswissenschaft mit der Egalisierung der Gesellschaft in den folgenden Jahrhunderten erfolgt. Der Fokus dieses Transformationsprozesses lag jedoch keineswegs nur in formaler und quantitativer oder methodischer Hinsicht, wie dies oft betont wurde, sondern vielmehr darin, dass diese neue Rechtswissenschaft jene Grundlage der weltimmanenten Argumentation schuf, aus der die Rechts- und Gesellschaftstheorie des Vernunftzeitalters und der Aufklärung hervorgehen konnten, welche die Grundrechte der Menschen theoretisch fundierten. Dies scheint mir die Kernerrungenschaft der Moderne oder vielmehr das Kulturgut des Rechts überhaupt zu sein, das bewusst zu pflegen ist.

Die Rezeption der neuen Rechtstheorie des Vernunftzeitalters hing entscheidend von der Akzeptanz eines neuen Menschenbildes ab.<sup>4</sup> Denn die Anthropologie, auf der die Rechtstheorie des 17. Jahrhunderts beruht, erschien nach den grossen Kriegen in Europa mit den Zielen der konfessionalisierten, aber christlichen Gesellschaften und Staaten kaum kompatibel. Sie galt den meisten Zeitgenossen als gottlos.<sup>5</sup> Die Gesellschaft musste erst umlernen, sie musste den Nutzen der medizinischen Sicht auf den Menschen zuerst erkennen lernen. Ohne die Verbindung der Rechtstheorie des 17. Jahrhunderts mit der konkreten Erfahrung der medizinischen Praxis und Theorie hätte diese sich im 18. Jahrhundert kaum etablieren können. Dieser Sachverhalt erweist, welche Bedeutung das Menschenbild für das Recht letztlich hat.

Vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen und politischen Umwälzungen Ende des 18. Jahrhunderts verlor sich jedoch diese rechtstheoretische Spur der Moderne in Europa wieder. Sowohl der Historismus als auch der Kantianismus brachen das fundamental-ontologische Prinzip des bisherigen Vernunftrechts auf, wonach sich das Sollen gewissermassen aus dem Sein weltimmanent erschlosse. Die Kritik war ebenso zutreffend wie sie allerdings überspitzt war; sie wies in die Schranken, aber sie

4 Marcel Senn, Der Mensch zwischen Recht und Natur. Die Veränderung des Menschenbildes vor dem Hintergrund der wissenschaftstheoretischen Grundlagenforschung und deren Auswirkungen auf die Rechtstheorie in der frühen Neuzeit, in: *Akten des 36. Deutschen Rechtshistorikertages*, 2006 (noch nicht erschienen).

5 Marcel Senn/Susanne Raas, War Thomasius Spinozist? – Zur Spinozismus-Rezeption an den brandenburg-preussischen Universitäten, in: *Christian Thomasius (1655–1728), Wegbereiter moderner Rechtskultur und Juristenausbildung. Rechtswissenschaftliches Symposium zu seinem 350. Geburtstag an der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg*, hg. v. Heiner Lück, Hildesheim/Zürich/New York, 2006, 55–73.

führte auch zu unnötigen Spaltungen. In der Folge zerfiel auch das Rezeptionsvermögen der modernen Rechtstheorie in die bisher miteinander verschränkten Elemente, die (insbesondere im Sinne der kantianisch geprägten Wahrnehmung) nunmehr in den antinomischen Kategorien von Kultur und Natur gesehen wurden.

Die Konzentration des Restaurationszeitalters, in deren Kontext die renommierten Ansichten der Vertreter der Historischen Rechtsschule standen, auf die Figuren des alten römischen Rechts, die sich an der Vorstellung eines gutbürgerlichen Händlers orientieren, liess die bedeutungsvolle Verbindung von neuem Naturwissen und Recht ohnehin ungenutzt auseinander treten. Und ebenso wie das Recht entwickelten sich aber auch die Naturwissenschaften und Medizin ohne Bezug zu kulturellen Aspekten methodologisch innerdisziplinär weiter. So strebten die Kultur- und Naturwissenschaften im Zuge des Positivismus des 19. Jahrhunderts einerseits auseinander, andererseits merkten gerade die Zeitgenossen der kultur- und geisteswissenschaftlichen Zünfte alsbald doch, dass ihre abstrakten Systeme und begrifflichen Dogmatiken keineswegs ausreichten. Zum einen wurden methodologische Defizite, zum anderen wohl aber auch inhaltliche Mängel bemerkt, die es auszugleichen galt. Orientierungspunkte bildeten dabei die methodologischen Stärken der exakten Naturwissenschaften sowie der quasi-metaphysische Begriff der „Natur“. Die Orientierung an der Methodologie der seriösen Naturwissenschaften auf der einen Seite, aber auch an einem Naturalismus ohne wissenschaftstheoretisch saubere Basis auf der anderen Seite, schien nahe liegend. Insbesondere wurde die „nackte Natur“ nunmehr zum neuen metaphysischen Ausdruck der Allmacht, in deren Zentrum freilich auch die Faktizität der Gewalt stand. Gewalt und Macht der Natur, eines Systems, eines Regimes waren die Zielpunkte der fehlgeleiteten Entwicklung für das folgende Jahrhundert. Das Recht orientierte sich daher in der Folge zunehmend auch – freilich nicht nur, denn es gab ja auch den seriösen Positivismus wie ihn etwa Hans Kelsen im 20. Jahrhundert vertrat – an solchen naturalistischen Auffassungen, wie sie die Rassenlehren, die Volkshygiene oder der Sozialdarwinismus repräsentierten.<sup>6</sup> Der Naturalismus passte – dies sollten wir indes nicht verkennen – gut zu der zunehmend aggressiveren Mentalität und zum nationalen Konfliktwillen dieser Zeit.

Nicht zuletzt könnten uns diese Erfahrungen aus und mit der Geschichte des Rechts zeigen, wo der Grenznutzen eines naturalistischen Menschenbildes für die Rechtstheorie liegt. Denn immerhin waren es, wie bereits betont, nicht die Ideologie der Evolution, sondern die kulturellen und technischen Leistungen, die uns als Menschen über unsere von Natur her unzulänglichen Möglichkeiten des menschlichen Körpers hinaus tatsächlich weiter gebracht haben.

## 6. RECHT UND KULTUR AUF ANTHROPOLOGISCHER BASIS

Man mag unter Vorhalt dieser kritischen Elemente des historischen Diskurses nochmals versucht sein einzuwenden, es handle sich um eine eurozentristische Perspektive zum Thema Kultur und Recht, die hier vorgetragen werde, wie diese in Asien

6 Marcel Senn/Lukas Gschwend, *Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte*, 2. A, Zürich: Schulthess, 2004, Kap. 3–5.

etwa so nicht vorkomme. Es ist unbestritten, dass diese Sicht historisch ihre Wurzeln hierorts hat; Sprache und Referenz auf wertvolle Autoren bezeugen dies freimütig.

Doch – wie zuvor bereits klargestellt – sind die Gedankengänge selbst trotz der historischen Verschränkung der Aussagen nicht weniger universalisierbar bzw. globalisierbar oder kosmopolitisch von Geltung. Eine Syrierin wie ein Inder, eine Chinesin wie ein Bolivianer kann – *muss nicht* – dies *so* auch denken. Denn weder geschlechtliche noch historische bzw. ethnische, und insbesondere nicht nationale Kategorien sind relevant, wenn es um den Menschen schlechthin geht.

Nüchtern betrachtet ist ein Mensch ja nichts anderes als ein Zweibeiner mit Kopf, der meist über Gefühle, Vorstellungen und auch die Möglichkeit zu deren Artikulation verfügt. Seine Vorstellungen und Möglichkeiten zu ihrer Äusserung sind zwar auch kulturell geprägt, wie sie ihrerseits weiter prägen. Jedoch unabhängig von einer konkreten Gesellschaft und Geschichte ist allen Menschen anthropologisch gemeinsam, dass sie die Freiheit wollen, sich selbst sein wollen, sich selbst äussern und entsprechend ihre Kultur autonom ausdrücken wollen. Durch diesen spezifisch inneren Willen verbinden sie sich miteinander und entsprechen damit der Tatsache, dass sie alleine nicht existieren können. Als gesellschaftliche Wesen geben sie ihrer Vergesellschaftung schliesslich eine bestimmte kulturelle und rechtliche Struktur. Insofern stellen Recht und Kultur selbst eine spezifisch anthropologische Faktizität der menschlichen Natur dar, und dennoch bleibt den Menschen die Mächtigkeit zum autonomen Denken, und sie können sich daher von den Diskursen ihrer historischen Bedingtheit reflexiv auch lösen und theoretisch-kritische Gedanken von transkultureller Ausrichtung neu erwägen. Von diesem Fokus aus gehen letztlich die meisten Impulse der Veränderungen zwischen den verschiedenen Bereichen aus.

Der Begriff der Dialektik ermöglicht auch hier die Betonung des Kontexts von konkreter wie allgemeiner Erscheinungsform von Recht und Kultur. Er vermag sowohl die Gleichzeitigkeit einer zwar grundsätzlich je eigenartigen Entwicklung von Recht und Kultur im Sinne ihrer Faktizität aufzuzeigen, wie diese gleichzeitig auch Teil eines intellektuellen und alltäglichen Diskurses und somit eines weiterführenden Prozesses sind. Je mehr sich die Kultur ausdifferenzieren und autonom entwickeln kann, desto ausdifferenzierter muss auch das Rechtssystem sein. Nur dann lässt es verschiedene individuelle Ausdrucksräume zu – wie auch immer diese konkret gestaltet sein mögen – und erst dann sichert, vielleicht fördert es diese sogar.

Dieses Rechtsverständnis, wie es hier vorgetragen wurde, beruht auf dem zentralen Gedanken der Freiheit Aller, der einzelnen Menschen, ihrer verschiedenen Gruppierungen, aber auch der Kulturen. Daher bedarf alle Kultur einer Garantie ihrer Entwicklungsmöglichkeiten und diese Garantie stellt zuverlässig und dauerhaft einzig das Recht, sofern es selbst aus dieser Mächtigkeit der Autonomie resultiert.

Ich hoffe, mit diesen Ausführungen die Grundlagenproblematik unserer Thematik des Verhältnisses von Rechts- und Kulturwissenschaft in groben Zügen erfasst zu haben und bitte Sie, diese Ansichten in den nächsten Stunden ebenfalls kritisch mit zu diskutieren.