

Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung?

*Dominik Richers**

A. Grundlagen	510
I. Rechtsvergleichung: Ein Selbstbild der Moderne	510
1. Selbst- und Wissenschaftsverständnis	511
2. Weltbild	513
II. Philosophie: Fragmente der Postmoderne	514
1. Der Begriff der Postmoderne	514
2. Ist nichts mehr wie es war? – Die Postmodernität der Welt	516
3. Das postmoderne Denken	517
a) Inhalte postmodernen Denkens	517
b) Die Ethik der Postmoderne oder: Wird trotzdem alles gut?	519
B. Rechtsvergleichung postmodern	519
I. Allgemeines	520
II. Postmoderne Theorien – organisch, skeptisch, relativistisch	521
1. Grundannahmen	521
a) Organische Rechtsauffassung	521
aa) Natur des Rechts	521
bb) Kulturgebundenheit des Rechts	524
b) Erkenntnistheoretischer Skeptizismus	525
aa) Erkenntnisvermögen	525
bb) Verständnisvermögen	526
c) Moralischer Relativismus oder: Gibt es Gründe für ein besseres Recht?	528
aa) Relevanz des Problems	528
bb) <i>Morals matter</i> – darf das sein?	529
2. Konsequenzen	530
a) Allgemeines	530
b) Kontextualismus	532
c) Diskurs-Analyse	533
III. Abgrenzung und Überschneidungen	534
1. <i>Comparative Law and Economics</i>	534
2. <i>Legal Transplants</i>	535
3. <i>Comparative Jurisprudence</i>	535
4. <i>Legal Pluralism</i>	536
5. <i>Critical Approaches</i>	537
C. Einige Schlussfolgerungen	538
Summary	539

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Universität Greifswald. Für vielfältige hilfreiche Hinweise bei der Überarbeitung des Texts gilt sein besonderer Dank Prof. Uwe Kischel. Weitere wertvolle Anregungen gehen außerdem auf Prof. Joachim Lege sowie Ulrike Lembke zurück.

Ideologisch, methodologisch fehlerhaft und in theoretischer Hinsicht leer:¹ So oder ähnlich bezeichnen Anhänger der sogenannten postmodernen Ansätze den “*Mainstream*”² moderner rechtsvergleichender Forschung gern.³ Dessen Vertreter wiederum brandmarken das postmoderne Denken zuweilen pauschal als praxisfern⁴, theoretisch inkonsequent⁵, nicht ernst zu nehmend⁶ oder gar als heuchlerische intellektuelle Schützenhilfe für die Diktatoren dieser Welt^{7, 8}. Doch welche philosophischen, insbesondere erkenntnistheoretischen, Überlegungen liegen den sogenannten postmodernen Theorien der Rechtsvergleichung zugrunde (A. II.)? Diese Frage bedarf der Klärung, bevor die theoretischen Grundannahmen (B. II. 1.) postmoderner Ansätze und ihre praktischen Konsequenzen (B. II. 2.) kritisch erörtert werden können. Abschließend wird es dann auch möglich sein, das postmoderne Denken in den Gesamtkontext neuerer methodischer Ansätze in der Rechtsvergleichung einzuordnen (B. III.).

A. Grundlagen

I. Rechtsvergleichung: Ein Selbstbild der Moderne

Zunächst ist jedoch dem Vorwurf der ideologischen Prägung und theoretischen Leere moderner Rechtsvergleichung in aller Kürze das Selbst- und Weltbild dieses sogenannten *Mainstream* entgegen oder doch zumindest zur Seite zu stellen⁹.

¹ Günter Frankenberg, *Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law*, Utah L. Rev. 1997, 259 (265); ähnlich etwa Pierre Legend, *Le Droit comparé*, 1999, 62 f.; sowie ferner Werner Menski, *Hindu Law*, 2003, 17, der u.a. eine “verbreitete Ignoranz bezüglich sozialwissenschaftlicher Themen” beklagt (Übers. d. Verf.).

² Frankenberg (Anm. 1), 262.

³ Kritik kommt z.T. aber auch aus anderen Richtungen, vgl. etwa John Merryman, *The Loneliness of the Comparative Lawyer*, 1999, 477, mit der Aussage “der *Mainstream* rechtsvergleichender Forschung bleibt fest im 19. Jahrhundert verhaftet” (Übers. d. Verf.).

⁴ Siehe Basil Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, 2003, 52; sowie Vernon Palmer, *From Leretholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology*, *AJCL* 53 (2005), 261 (263 ff., insbes. 266).

⁵ Siehe Anne Peters/Heiner Schwenke, *Comparative Law Beyond Post-Modernism*, *ICLQ* 49 (2000), 800 (813): “*an attempt to wash the fur without wetting it*”.

⁶ Siehe Markesinis (Anm. 4), 49 ff., der von einer “*silly threat*” durch die Postmoderne spricht; leicht herablassend auch Hein Kötz, *Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung*, *JZ* 2002, 257 (264).

⁷ Siehe Peters/Schwenke (Anm. 5), 819.

⁸ Menski (Anm. 1) etwa bemerkt eine “absichtlich zurückhaltende, wenn nicht gar offen feindselige” (17) Haltung seitens der juristischen “Elite” (21) gegenüber der Postmoderne.

⁹ Die Auffassungen der konventionellen Rechtsvergleichung werden hier in erster Linie mit Äußerungen in Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. Aufl. 1996, belegt. Dieses Werk erscheint nicht zuletzt aufgrund des relativ umfangreichen Allgemeinen Teils besonders geeignet, das Selbstverständnis des sogenannten *Mainstream* darzustellen, vgl. etwa Frankenberg (Anm. 1), der sich in seiner kritischen Analyse ebenfalls maßgeblich auf Zweigert/Kötz bezieht; ferner auch Ugo Mattei/Anna di Robilant, *The*

1. Selbst- und Wissenschaftsverständnis¹⁰

Nüchterner Pragmatismus und Pathos¹¹ – zwischen diesen beiden Polen scheint das Selbstverständnis moderner Rechtsvergleicher zu schwanken: So wird einerseits allein auf die Zweckmäßigkeit rechtlicher Regelungen abgestellt¹² und die Rechtsvergleichung in derselben gedanklichen Tradition wie Interessenjurisprudenz und *legal realism* verortet¹³.

Andererseits wird aber auch der „Glaube [...] an die Existenz eines einheitlichen Gerechtigkeitsgedankens“¹⁴ betont und gefordert, die Rechtsvergleichung müsse den Boden für eine „universale Rechtswissenschaft“¹⁵ bereiten.

Dieses Schwanken zwischen Pathos und Pragmatismus zeigt sich besonders deutlich im dualistischen Wissenschaftsverständnis moderner Rechtsvergleicher. So wird als Ziel der Rechtsvergleichung einerseits ausschließlich die „Erforschung der Wahrheit“¹⁶ genannt, mit anderen Worten sei „die rechtsvergleichende Forschung primär zweckfrei“¹⁷. Andererseits wird die sogenannte „angewandte Rechtsvergleichung“¹⁸, also vor allem die Hilfestellung für den Gesetzgeber,¹⁹ aber doch der „theoretisch-deskriptiven Ausrichtung“²⁰ gleichgeordnet²¹. In der angewandten

Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe, *Tulane L. Rev.* 75, 1053 (1078 f.); Mathias Reimann, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, *AJCL* 50 (2002), 671 (685), Fn. 82; sowie Rudolf Schlesinger/Hans Baade/Peter Herzog/Edward Wise, *Comparative Law*, 6. Aufl. 1998, 2, Fn. 1. Auffassungen anderer Autoren werden in wesentlichen Fragen herangezogen, v.a. im Falle von Abweichungen.

¹⁰ Mit dem Wort „Wissenschaftsverständnis“ soll hier nicht impliziert werden, die Rechtsvergleichung stelle eine eigene Wissenschaft dar, in der Regel wird sie lediglich als Methode betrachtet; siehe zu dieser wenig fruchtbaren Frage etwa Schlesinger/Baade/Herzog/Wise (Anm. 9), 2; ferner Zweigert/Kötz (Anm. 9), 2; sowie Reimann (Anm. 9), 683 f.

¹¹ Im ursprünglichen, altgriechischen Sinne, also ungefähr „Leidenschaft“.

¹² Vgl. Zweigert/Kötz (Anm. 9), 16.

¹³ Siehe *ibid.*, 45; vgl. außerdem Schlesinger/Baade/Herzog/Wise (Anm. 9), 48.

¹⁴ Zweigert/Kötz (Anm. 9), 3, vgl. auch 46.

¹⁵ *Ibid.*, 46; vgl. auch Schlesinger/Baade/Herzog/Wise (Anm. 9), 45 f.

¹⁶ Zweigert/Kötz (Anm. 9), 3, ähnlich 14; sowie Rodolfo Sacco, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2001, 13 f., 21, mit zahlreichen weiteren Nachweisen; ferner bereits Ernst Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht* 13 (1924), 279 (285).

¹⁷ Zweigert/Kötz (Anm. 9), 3; a.A. Markesinis (Anm. 4), vgl. z.B. 52 ff., der eine Ausrichtung der Rechtsvergleichung allein auf die Bedürfnisse der Praxis fordert; sowie wohl auch Palmer (Anm. 4), 263 ff.

¹⁸ Zweigert/Kötz (Anm. 9), 12.

¹⁹ Siehe hierzu *ibid.*, 14 ff.

²⁰ *Ibid.*, 11.

²¹ Siehe *ibid.*, 11 f.; ähnlich zum Verhältnis von „praktischer“ und „theoretischer“ Ausrichtung auch Schlesinger/Baade/Herzog/Wise (Anm. 9), 47; George Bermann, *The Discipline of Comparative Law in the United States*, *RIDC* 1999, 1041 (1042); sowie Andrew Harding, *Comparative Public Law: Some Lessons from South East Asia*, in: ders./Esin Örüçü (Hrsg.), *Comparative Law in the 21st Century*, 2002, 249 (261 ff.); vgl. auch Palmer (Anm. 4), 263 f., der sich als *Main-*

Rechtsvergleichung sei dann sogar ein Absinken wissenschaftlicher Standards zu akzeptieren, um Zeitvorgaben einhalten zu können.²² Der „Anspruch auf wissenschaftliche Exaktheit und Objektivität der Ergebnisse“²³ wird dennoch erhoben – auch wenn bei der Entscheidung über das „bessere Recht“ im Notfall auf „die praktische Evidenz, die unmittelbar einleuchtende Sachgerechtigkeit“²⁴ abzustellen sei.

Unter dem Gegenstand der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung werden nicht nur Gesetze und Rechtsprinzipien verstanden, sondern allgemein auch alle anderen „Modelle für die Verhinderung und Lösung sozialer Konflikte“²⁵. Die Untersuchung soll daher auch in der modernen Rechtsvergleichung nie nur eine rein rechtliche sein,²⁶ wobei die Tiefe der nicht-juristischen Analyse bei nicht-westlichen Rechtssystemen größer sein müsse.²⁷

Dabei seien neben offenliegenden sozialen Rahmenbedingungen (Gerichtsverfahren²⁸, Wirtschaft etc.)²⁹ u.a. auch juristische Vorverständnisse³⁰ zu berücksichtigen. Vor allem im Rahmen der sogenannten Makrovergleichung³¹ wird in der modernen Rechtsvergleichung das „allgemeine institutionelle Ambiente“³² mit einbezogen.

stream-Rechtsvergleichler hin- und hergerissen sieht zwischen den Bedürfnissen der Praxis einerseits und den Forderungen neuerer Strömungen nach dichter Beschreibung andererseits.

²² Siehe *Zweigert/Kötz* (Anm. 9), 12; ähnlich in der neueren Literatur *Palmer* (Anm. 4), 288 f.

²³ *Zweigert/Kötz* (Anm. 9), 44.

²⁴ *Ibid.*, 32.

²⁵ *Ibid.*, 14, ähnlich 34 f.

²⁶ So bereits *Rabel* (Anm. 16), 282 ff.; siehe ferner etwa *Manuel Laval*, (Hrsg.), *Lecciones de Derecho Comparado*, 2003, 31.

²⁷ Siehe *Luke Lee/Whalen Lai*, *The Chinese Conceptions of Law: Confucian, Legalist and Buddhist*, *The Hastings L. J.* 29 (1978), 1307, wiederabgedruckt in: *Csaba Varga*, *Comparative Legal Cultures*, 1992, 225 (247), die bezüglich der chinesischen Rechtsordnung ein vertieftes Studium von Philosophie, Religion, Geschichte, Politik, Wirtschaft, Soziologie und Psychologie für notwendig erachten.

²⁸ Siehe zu diesem praktisch bedeutsamen Aspekt rechtsvergleichender Forschung etwa *Otto Sandrock*, *Praktische Rechtsvergleichung: Eine Skizze, verbunden mit dem Versuch einer Systematisierung*, *Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung*, Bd. 100 (2004), 1 (9 ff.).

²⁹ Vgl. *Zweigert/Kötz* (Anm. 9), 16.

³⁰ Siehe *ibid.*, 27 f.

³¹ Die Makrovergleichung befasst sich mit Stil, Denkmustern und allgemeinen Methoden innerhalb fremder Rechtsordnungen, die Mikrovergleichung hingegen mit konkreten Einzelproblemen und deren Lösung, wobei allerdings die Grenzen fließend sind, siehe zum Ganzen *Zweigert/Kötz* (Anm. 9), 4 f.; die terminologische Urheberschaft für die genannte Unterscheidung beansprucht *Sacco* (Anm. 16), 29, Fn. 33.

³² *Zweigert/Kötz* (Anm. 9), 5; vgl. auch *Sacco* (Anm. 16), 30 ff., der die Bedeutung der Rechtsanthropologie hervorhebt und der Rechtssysteme anhand von „Formanten“ beschreiben will (vgl. 59 ff.).

2. Weltbild

Dass die Universalität der Rechtsidee nicht (mehr) selbstverständlich ist, wird auch von modernen Rechtsvergleichern häufig betont.³³ Meist überwiegen bei ihnen aber dennoch der Glaube an weltweit einheitliche Gerechtigkeitsvorstellungen³⁴ bzw. an einen gemeinsamen Kern der Rechtssysteme³⁵, sowie eine *praesumptio similitudinis*³⁶ zumindest bezüglich der praktischen Ergebnisse rechtlicher Problemlösungen³⁷. Ferner wird es für möglich gehalten, im Rahmen rechtsvergleichender Arbeit "bessere Lösungen" für wichtige Probleme zu finden – insbesondere im Völkerrecht³⁸, aber keineswegs nur dort³⁹. Letztlich wird für das Recht sogar eine "allmähliche Annäherung der Standpunkte"⁴⁰ erwartet.

Berücksichtigen muss man bei alledem allerdings, dass viele solcher Aussagen allein mit Blick auf die innereuropäische bzw. inner-westliche (*common-* und *civil-law-*) Rechtsvergleichung getroffen werden⁴¹ – dazu auch noch häufig nur auf dem Gebiet des Zivilrechts⁴². Von manchen Kritikern⁴³ wird dies nicht hinreichend gesehen. Darüber hinaus wird der modernen Rechtsvergleichung gelegentlich auch das Weltbild ihrer akademischen Urgroßväter untergeschoben.⁴⁴

Nicht leugnen lässt sich jedoch eine oft recht deutliche Präferenz westlichen Rechtsdenkens, so etwa bei Markesinis, der überzeugt ist: "[...] in der europäi-

³³ Siehe z.B. Zweigert/Kötz (Anm. 9), 2; Schlesinger/Baade/Herzog/Wise (Anm. 9), 37 f.; sowie René David/Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11. Aufl. 2002, 348.

³⁴ Siehe Zweigert/Kötz (Anm. 9), 3, 46; sowie Heinz Neumayer, in: René David/Günther Grasmann (Hrsg.), *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart*, 1988, in dessen Grundriss der Rechtsvergleichung eine eher naturrechtlich geprägte Vorstellung zu Tage tritt (z.B. 1, 22 ff.).

³⁵ Siehe Schlesinger/Baade/Herzog/Wise (Anm. 9), 42: "... die Existenz und Spannweite dieses *common core* der Rechtssysteme kann nicht bezweifelt werden" (Übers. d. Verf.).

³⁶ Siehe Zweigert/Kötz (Anm. 9), 39; ausführlicher Konrad Zweigert, Die "Praesumptio Similitudinis" als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode, in: Mario Rotondi (Hrsg.), *Inchieste di diritto comparato II*, 1973, 735 ff.

³⁷ Siehe Schlesinger/Baade/Herzog/Wise (Anm. 9), 46 f., insbes. Fn. 14; a.A. wohl Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé*, Tome III: *La science des droits comparés*, 1983, u.a. 63 ff.

³⁸ Siehe Zweigert/Kötz (Anm. 9), 8.

³⁹ Siehe *ibid.*, u.a. 12, 14, 32; David/Jauffret-Spinosi (Anm. 33), 4 ff.; Consuelo Gutiérrez, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 7. Aufl. 2005, 1; Lavall (Anm. 26), 28, 30; sowie A. J. van der Helm/V. M. Meyer, *Comparer en droit*, 1991, 65 f.

⁴⁰ Zweigert/Kötz (Anm. 9), 3; differenzierter Sacco (Anm. 16), 16 f.

⁴¹ Vgl. Zweigert/Kötz (Anm. 9), 28 f., 40 f.; sowie Max Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. Aufl. 1987, 15, 26.

⁴² Man vergleiche nur den Titel des deutschen rechtsvergleichenden Standardwerks von Zweigert/Kötz (Anm. 9).

⁴³ Siehe insbes. die harsche Kritik bei Frankenberg (Anm. 1), 261 ff.

⁴⁴ Exemplarisch erneut Frankenberg, dessen Kritik an der modernen Rechtsvergleichung teilweise mit Zitaten belegt wird, die z.T. noch aus der Zeit zwischen den Weltkriegen stammen – vgl. z.B. ders., *Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law*, *Harvard Int. L. J.* 26 (1985), 411 (444), Fn. 92, wo eine Arbeit Wigmore aus dem Jahr 1936 (!) der Kritik unterzogen wird.

schen Welt [...] findet man die am weitesten entwickelten Ideen, die ein vertieftes Studium verdienen”⁴⁵. Bei manchen Autoren führt diese Haltung geradezu zu missionarischem Eifer, so auch bei *Zweigert/Kötz*, die “juristische Bildungshilfe” für die Rechtsordnungen “primitiver Völkerschaften”⁴⁶, d.h. “Völker mit noch unzureichender zivilisatorischer Ausrüstung”⁴⁷ zu einer der “vordringlichsten Aufgaben”⁴⁸ moderner Rechtsvergleichung erklären.

II. Philosophie: Fragmente der Postmoderne

Die Tatsache, dass die Debatte zwischen “modernen” und “postmodernen” Rechtsvergleichern oft mit gegenseitigem Unverständnis⁴⁹ und zuweilen mit erheblicher Schärfe⁵⁰ geführt wird, deutet darauf hin, dass den postmodernen Ansätzen ein gänzlich neues Paradigma⁵¹ zugrunde liegt.⁵² Dieses mögliche neue Paradigma bedarf daher zunächst der kritischen Erörterung, bevor auf die postmodernen rechtsvergleichenden Ansätze im Einzelnen eingegangen werden kann.

1. Der Begriff der Postmoderne

Für den Begriff der Postmoderne hat bereits 1988 *Hebdige* insgesamt 39 zum Teil sehr unterschiedliche Definitionen ausgemacht,⁵³ wobei *Edgeworth* be-

⁴⁵ *Markesinis* (Anm. 4), 50 (Übers. d. Verf.), der dies v.a. damit begründet, dass dieses westliche Rechtsdenken derzeit von zahlreichen Staaten “importiert” wird und der daher Eurozentrismus in der Rechtsvergleichung eher als Tugend denn als Übel betrachtet; ähnlich *Rheinstein* (Anm. 41), 15.

⁴⁶ *Zweigert/Kötz* (Anm. 9), 9.

⁴⁷ *Ibid.*, 10; ähnlich überzeugt von der “Überlegenheit europäischer Lebensformen” (Übers. d. Verf.) auch *David/Jauffret-Spinosi* (Anm. 33), 347.

⁴⁸ *Zweigert/Kötz* (Anm. 9), 10 – diese Auffassung steht in einem gewissen Widerspruch zu der These, die Rechtsvergleichung bedeute das Ende für den “nationale[n] Rechtsstolz” (14). Wie ein (gemäßigtes) “Programm” der juristischen Bildungshilfe aussehen kann, zeigt sich bei *Peter Häberle*, Die Entwicklungsländer im Prozess der Textstufendifferenzierung des Verfassungsstaates, in: ders., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992, 791 ff.; vorsichtiger *Lavall* (Anm. 26), 31, der für die Übernahme rechtlicher Normen und Institutionen eine gewisse kulturelle Nähe sowie ein nicht zu starkes Entwicklungsgefälle zwischen Geber- und Rezeptionsstaat voraussetzt.

⁴⁹ “Zitierkartelle” sieht *Markesinis* (Anm. 4, 53) ebenso am Werk, wie auf der Gegenseite *Frankenberg* (Anm. 1, 266).

⁵⁰ Siehe oben Anm. 1, 4-8.

⁵¹ Zur Figur des wissenschaftlichen Paradigmas siehe *Thomas Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 12. Aufl. 1993, insbes. 25 ff.; kritisch zur Überhöhung des Gedankens *Karl Popper*, The Myth of the Framework, 1994, 55 ff.

⁵² Noch 1988 wurde die Rechtsvergleichung allerdings zumindest vereinzelt erst im “prä-paradigmatischen” Stadium verortet – siehe *van der Helm/Meyer* (Anm. 39), 42 f., m.w.N.

⁵³ Siehe *Dick Hebdige*, Hiding in the Light: On Words and Images, 1988, 181 f.; ähnlich *Jennifer Wicke*, Postmodern Identity and the Legal Subject, U. Colo. L. Rev. 62 (1991), 455 (456); ferner *Pierre Schlag*, Foreword: Postmodernism and Law, U. Colo. L. Rev. 62 (1991), 439 (452); *Frederic*

merkt, für die postmoderne Theorie des Rechts lasse sich keine dieser Definitionen anwenden.⁵⁴

Auch der Rückgriff auf die Moderne als Referenz hilft nur wenig weiter. So uneinheitlich nämlich der Begriff der Postmoderne definiert wird, so heterogen ist auch der Begriff der Moderne.⁵⁵ Hinzu kommt, dass sich das postmoderne Denken in den Einzeldisziplinen nicht unbedingt gegen die gleiche Moderne absetzt: So kann beispielsweise im Bereich der Architektur die als Referenz dienende Moderne ungefähr mit der ersten Hälfte des 20. Jh. identifiziert werden, nämlich mit "Bauhaus" und "Internationalem Stil".⁵⁶ Im Allgemeinen allerdings – insbesondere in der Philosophie – ist für den Begriffsinhalt der Moderne die sogenannte Neuzeit ausschlaggebend,⁵⁷ also ungefähr die Zeit seit Descartes⁵⁸.

Formal betrachtet lässt sich mit dem Terminus "Postmoderne" jedenfalls zweierlei beschreiben:⁵⁹ So kann der Begriff eine behauptete grundlegende Veränderung der sozialen und technischen Rahmenbedingungen des Lebens bezeichnen, hier ist es gewissermaßen die Realität selbst, die als postmodern angesehen wird⁶⁰ und die möglicherweise eine Neuorientierung im (philosophischen) Denken fordert.

Oft wird jedoch auch erst diese Neuorientierung des Denkens als postmodern beschrieben.⁶¹ Die Fragen, die das postmoderne Denken beschäftigt, sind vor al-

Jameson, Postmodernism or The Cultural Logic of Late Capitalism, XXII, 55, behauptet gar, der Begriff der Postmoderne entziehe sich wegen seiner Heterogenität ganz der Definition. In fast jedem Buch oder Aufsatz zum Thema taucht in verschiedenen Variationen zumindest der Satz auf: "Postmoderne ist ein höchst problematischer Begriff." – vgl. z.B. Hans Bertens, The Idea of the Postmodern, 1995, 3; Simona Andrini, Post-Modernism and Sociological-Juridical Theories, Rechtstheorie, Beiheft 19, 145; Peters/Schwenke (Anm. 5), 801; Janet Ainsworth, Categories and Culture: On the "Rectification of Names" in Comparative Law, Cornell L. Rev. 82 (1996), 19 (24 f.); Mattei/di Robilant (Anm. 9), 1054, Fn. 9, und 1057.

⁵⁴ Siehe Brendan Edgeworth, Legal Postmodernization, Rechtstheorie, Beiheft 19, 109.

⁵⁵ Siehe Wolfgang Welsch, Unsere postmoderne Moderne, 4. Aufl. 1993, 45 ff.; ebenso Dale Jameson, The Poverty of Postmodernist Theory, U. Colo. L. Rev. 62 (1991), 577 (577 f.).

⁵⁶ Siehe z.B. Bertens (Anm. 53), 12.

⁵⁷ Genaugenommen müssten wir also von der Post-Neuzeit sprechen, vgl. Welsch (Anm. 55), 79 ff.; in der internationalen Postmoderne-Diskussion ist allerdings zu beachten, dass in den meisten anderen Sprachen eine Unterscheidung zwischen Moderne und Neuzeit nicht gemacht wird, siehe hierzu erneut *ibid.*, 66.

⁵⁸ Siehe Welsch (Anm. 55), 68, mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁵⁹ Siehe David Nelken, The Postmodern Frontiers of Law: Regionalism, Globalization and Crime, Rechtstheorie, Beiheft 19, 123 (124); vgl. auch Andrini (Anm. 53), 145 f.; sowie im Einzelnen Zygmunt Baumann, Ansichten der Postmoderne, 1995, 5 f.

⁶⁰ So insbesondere Ana Julia Bozo de Carmona, Postmodernism, Political Philosophy and Philosophy of Law, Rechtstheorie, Beiheft 19, 89 (90), die das Verständnis von "postmodernism" sogar auf diesen "state of affairs" beschränken will; aber auch Welsch (Anm. 55), 4; sowie ferner Miguel Caldani, Iusphilosophical Understanding of Postmodernity, Rechtstheorie, Beiheft 19, 99 (99 ff.), der "postmodernity" [sic!] u.a. durch oberflächlichen Pluralismus charakterisiert sieht.

⁶¹ So u.a. Bertens (Anm. 53), 9, mit der Aussage, nicht die Welt sei postmodern, sondern nur unsere Perspektive dieser Welt; zurückhaltender Baumann (Anm. 59), 5, der die Postmoderne "vielleicht mehr als alles andere" für einen veränderten "Geisteszustand" hält; vgl. auch Mattei/di Robilant (Anm. 9), 1076, die die Postmoderne "an intellectual mood" nennen, die alle Wissensbereiche durchdringt.

lem: Was können wir wissen? Was sollen wir tun?⁶² Es handelt sich hier um zwei der drei Hauptfragen der Philosophie.⁶³

Dem Wesen nach ist der Begriff der Postmoderne somit ein Begriff der Philosophie – auch wenn er dort in der wissenschaftlichen Literatur erst relativ spät aufgegriffen wurde.⁶⁴

Der Klarheit halber ist es daher zweckmäßig, von “Postmoderne” nur dann zu sprechen, wenn es um das postmoderne Denken geht; wenn von einer behaupteten postmodernen Realität die Rede ist, mag man den Terminus “Postmodernität” verwenden.⁶⁵

2. Ist nichts mehr wie es war? – Die Postmodernität der Welt

Als typisch postmoderne Phänomene – also Erscheinungen, die so anders sind, dass sie nicht mehr in die Moderne “passen” – werden z.B. die Beschleunigung gesellschaftlichen Lebens, neue (Kommunikations-)Technologien und *consumerism* genannt.⁶⁶ Darüber hinaus wird behauptet, die politischen Projekte der Moderne hätten sich durch Erfolglosigkeit selbst delegitimiert: Das politische Versagen, sowohl des Sozialismus/Kommunismus wie des Sozialstaats, und das ökonomische Versagen des Liberalismus⁶⁷ ließen den Ruf nach einem neuen Paradigma erschallen.⁶⁸

⁶² Vgl. etwa Baumann (Anm. 59), 50 ff.; Behan McCullagh, *The Logic of History*, 2004, 5 ff.; John Stur, *Pragmatism, Postmodernism and the Future of Philosophy*, 2003, 96 ff.

⁶³ Siehe Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 2. Aufl. 1787, B 833; ferner z.B. Joachim Lenge, *Wie juridisch ist die Vernunft?*, ARSP 76 (1990), 203 (209).

⁶⁴ Dem Wortlaut nach lässt sich der Begriff der Postmoderne bis ins 19. Jh. zurückverfolgen, siehe hierzu etwa Welsh (Anm. 55), 12; eine breitere Wirkung erzielte die Idee des Post-Modernen ab Ende der 1950er Jahre im Bereich der US-Literatur, später dann in der Architekturdebatte, siehe *ibid.*, 14 ff.; sowie Bertens (Anm. 53), 3 ff.; über die Soziologie und Literaturkritik fand die Postmoderne schließlich auch in der Philosophie Eingang, siehe Bertens (Anm. 53), 17; sowie Welsh (Anm. 55), 31; noch später in der Rechtswissenschaft, vgl. hier etwa Boaventura de Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, *Journal of Law and Society* (Oxford) 14 (1987), 279 ff.; Karl-Heinz Ladeur, *Postmoderne Rechtstheorie*, 2. Aufl. 1995; sowie Richard Sherwin, *When Law Goes Pop*, 2000, insbes. 107 ff.

⁶⁵ Siehe Bertens (Anm. 53), 10, der im Englischen zwischen “*postmodernism*” einerseits und “*postmodernity*” andererseits unterscheidet; vgl. auch Edgeworth (Anm. 54), 110, der dem noch “*postmodernization*” als soziologisch-historisches Konzept hinzufügt; speziell für den Bereich des Rechts unterscheidet etwa Erik Jayme, *Rechtsvergleichung – Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne*, 2000, 107, Fn. 26, zwischen einer “postmodernen Rechtstheorie” und dem “postmodernen Recht”.

⁶⁶ Siehe Baumann (Anm. 59), 5; David Kennedy, *Some Comments on Law and Postmodernism: A Symposium Response to Professor Jennifer Wicke*, *U. Colo. L. Rev.* 62 (1991), 475 (477); Wicke (Anm. 53), 456, mit weiteren Bsp.; Welsh (Anm. 55), 4; krit. Nelken (Anm. 59), 124.

⁶⁷ Es handelt sich hier allerdings um Behauptungen, die einer sehr ausführlichen Begründung bedürften, und jedenfalls nicht um offenkundige Tatsachen. Denn auch wenn es gute Gründe geben mag, Liberalismus und Sozialstaatlichkeit in der Krise zu sehen, die Feststellung eines offensichtlichen Versagens (de Carmona [Anm. 60], 90: “*failure*”) erscheint dann doch voreilig; vgl. hierzu auch Andrini (Anm. 53), 147.

⁶⁸ De Carmona (Anm. 60), 90.

Auch wenn man annimmt, das postmoderne Denken entstehe nicht zufällig aus sich selbst heraus, sondern gewissermaßen als notwendige Folge veränderter Umweltbedingungen, so stellt sich allerdings dennoch die Frage: welches neue Denken?

3. Das postmoderne Denken

a) Inhalte postmodernen Denkens

Notwendige Bedingung postmodernen Denkens ist das Bewusstsein, nicht mehr durch eine der Meta-Erzählungen legitimiert zu sein, also den Glauben an jeden "tröstenden Mythos"⁶⁹ verloren zu haben.⁷⁰ Gemeint ist Folgendes: In der Neuzeit existierten innerhalb der westlichen Zivilisation bestimmte Leitideen und Letztbegründungen⁷¹, die (von der Mehrheit) für universell gehalten wurden (sog. Meta-Erzählungen⁷²) und die den Handlungen dieser Zivilisation daher eine "objektive" Legitimation verschaffen konnten.⁷³ Diese Leitideen bestehen auch heute fort und geben Einzelnen oder sogar Gruppen weiterhin Orientierung – aber ihre allgemeine Verbindlichkeit und Legitimationskraft haben sie eingebüßt.⁷⁴ Daraus folgt auch die "Inkommensurabilität differenter Rationalitätsformen"⁷⁵; es bestehen also unterschiedliche Ideen dessen, was vernünftig ist, die sich nicht mehr auf einen Nenner bringen lassen. Daher sei auch "der Konsens ein veralteter und suspekter Wert geworden"⁷⁶.

Ferner tritt in der Postmoderne an die Stelle eines erkenntnistheoretischen Realismus⁷⁷ ein erkenntnistheoretischer Konstruktivismus.⁷⁸ Das heißt, unser Denken

⁶⁹ Martha-Marie Kleinhans/Roderick Macdonald, What Is a Critical Legal Pluralism?, Canadian Journal of Law and Society 25 (1997), 25 (44).

⁷⁰ Siehe Welsch (Anm. 55), 172; in Anlehnung an Jean-Francois Lyotard, Das postmoderne Wissen, 3. Aufl. 1994, 13.

⁷¹ Unter Letztbegründungen werden hier Sätze folgender Art verstanden: Weil alle Menschen A anerkennen (müssen), folgt daraus für alle Menschen a, b, c ...

⁷² Im Einzelnen wird bezüglich dieser "großen Ideen" kategorial recht Unterschiedliches genannt: Lyotard (Anm. 70), 13, fasst darunter zunächst "Dialektik des Geistes", "Hermeneutik des Sinns" und "Emanzipation des vernünftigen oder arbeitenden Subjekts"; Douglas Litowitz, Postmodern Philosophy and Law, 1997, 4 f., nennt dann unter anderem Gott und Nutzenmaximierung; Andriani (Anm. 53), 148, zählt dazu Aufklärung, Idealismus und Marxismus; und Ziauddin Sardar, Postmodernism and the Other, 1998, 8, sieht in seiner Kritik Wahrheit, Vernunft, Moral, Gott, Tradition und Geschichte in Auflösung begriffen.

⁷³ Siehe Bertens (Anm. 53), 124.

⁷⁴ Siehe Welsch (Anm. 55), 172; vgl. auch Baumann (Anm. 59), 17.

⁷⁵ Welsch (Anm. 55), 198; vgl. auch Michel Foucault, Analytik der Macht, 2005, 189: Das "wesentliche Problem" im Gespräch mit anderen ist immer, "auf welchen Typ von Rationalität sie sich beziehen".

⁷⁶ Lyotard (Anm. 70), 190.

⁷⁷ Die Dinge sind grundsätzlich so, wie wir sie sehen, hören, fühlen etc.; vgl. z.B. Karl Popper, Objektive Erkenntnis, 1993, 37 ff.

konstruiert die Wirklichkeit lediglich⁷⁹ – wie sie “tatsächlich” aussieht, wissen wir nicht und können wir auch nicht wissen.⁸⁰ Wissen ist in der Postmoderne nicht (zumindest näherungsweise bzw. vorläufiges⁸¹) Wissen über ein reales Objekt. Es ist das (subjektive) Wissen über eine Projektion, die bei der Betrachtung eines (vorgestellten) Objekts entsteht.⁸²

Die Konsequenz postmoderner Denker⁸³: Wahrheit, Gerechtigkeit und Menschlichkeit stehen fortan im Plural⁸⁴, man könnte auch sagen: Alles wird relativ⁸⁵. Der Relativismus ist damit gewissermaßen die neue Meta-Erzählung im Zeitalter der Postmodernität.⁸⁶

Und genau das werfen die Gegner der Postmoderne deren Vertretern auch vehement vor:⁸⁷ Über Ethik können postmoderne Denker eigentlich nichts mehr sagen.⁸⁸ Sie tun es dennoch.

⁷⁸ Siehe André-Jean Arnaud, Some Challenges to Law Through Post-Modern Thought, Rechts-theorie, Beiheft 19, 157 (157, 160); zu den unterschiedlichen erkenntnistheoretischen Auffassungen siehe ausführlich Gerhard Schurz, Einführung in die Wissenschaftstheorie, 2006, 12 ff.; ferner etwa Menski (Anm. 1), 12 f.

⁷⁹ Siehe Schurz (Anm. 78), 56; ferner Menski (Anm. 1), 12 f.; sowie Pierre Legrand, Sur l'Analyse Différentielle des Jurisprudences, RIDC 1999, 1053 (1057).

⁸⁰ Eine Parabel von Bertrand Russell mag das Dilemma anschaulich machen: “Der Mann, der das Huhn zeit seines Lebens täglich gefüttert hat, dreht ihm zuletzt stattdessen den Hals um und beweist damit: differenziertere Ansichten über die Gleichförmigkeit der Natur wären für das Huhn nützlich gewesen.” – Bertrand Russell, The Problems of Philosophy, 1912, 6. Kap., 98, (zit. in der Übers. v. Rafael Ferber, Philosophische Grundbegriffe, 6. Aufl. 1999, 62). Wir sind alle Hühner. Und wir irren uns. Immer wieder.

⁸¹ In diese Richtung Popper (Anm. 77), 47 ff.

⁸² Siehe Arnaud (Anm. 78), 159, 162.

⁸³ Es ist nicht die einzig denkbare Konsequenz. Denn die Postmoderne vernachlässigt die dritte Hauptfrage der Philosophie: Was dürfen wir hoffen? – vgl. Kant (Anm. 63), B 833. Vielleicht ist dies aber die wichtigste Frage. Darüber hinaus: Die Unmöglichkeit sicheren Wissens ist unbeweisbar, da im Falle eines gültigen Beweises gerade sicheres Wissen gewonnen würde. Andere, ausführlichere Entgegnungen zur relativistischen Erkenntnistheorie finden sich bei Schurz (Anm. 78), 56 ff.; allgemein zum Induktionsproblem siehe z.B. Ferber (Anm. 80), 61 ff.

⁸⁴ Welsch (Anm. 55), 5; ähnlich Arnaud (Anm. 78), 159; sowie Legrand (Anm. 79), 1062; vgl. auch Tom Campbell, Consensus and Pluralism, ARSP Beiheft Nr. 68 (1998), 19, der Werte-Relativismus und epistemische Zweifel für die entscheidenden Kennzeichen der Postmoderne hält.

⁸⁵ Pluralität und Relativismus sind zwei Seiten derselben Medaille – wer aber von “Relativismus” spricht, wird dieser Medaille gegenüber eher negativ eingestellt sein, vgl. aus rechtsvergleichender Sicht Peters/Schwenke (Anm. 5), 811 ff., wohingegen Pluralität eine stärker positive Konnotation hat; gelegentlich wird für das Problem auch der Ausdruck “Kontingenz” verwandt, so z.B. bei de Carmona (Anm. 60), 89; bzw. “Konstruktivismus”, bei Arnaud (Anm. 78), 157, 160 u.a.

⁸⁶ Siehe Welsch (Anm. 55), 172 f.; kritisch zu diesem universellen Anspruch Nelken (Anm. 59), 124, der fragt, ob die Postmoderne nicht vielleicht eine “local story” sei, “whose moral is not for wider consumption”.

⁸⁷ Exemplarisch sei hier genannt die umfassende traditionelle Kritik von Sardar (Anm. 72), dort besonders deutlich 10.

⁸⁸ Ähnlich Jamieson, (Anm. 55), 593, unter Verweis auf ein möglicherweise so zu verstehendes Wort von Ludwig Wittgenstein (vgl. Tractatus logico-philosophicus, in: ders., Werkausgabe, Bd. 1, 1989, 7, Nr. 6.42), der oft als “Urahn” der Postmoderne bemüht wird – siehe etwa Lyotard (Anm. 70), 121 f.; Welsch (Anm. 55), 80.

b) Die Ethik der Postmoderne oder: Wird trotzdem alles gut?

Meist wird nämlich – wenn auch auf unterschiedlichen Wegen – eine ethische Verantwortung für die friedliche Aufrechterhaltung der “Verfassung radikaler Pluralität”⁸⁹ postuliert, also gewissermaßen eine konstruktive Postmoderne⁹⁰ eingefordert.⁹¹ Baumann spricht hier vom “ethische[n] Paradox”⁹² der Postmoderne.

Umstritten ist innerhalb der postmodernen Bewegung der Weg zu diesem Ziel, also die Richtung, die die Philosophie und die übrigen Wissenschaften einschlagen sollen. So erwarten Mattei/di Robilant unter Berufung auf Feyerabend⁹³ am Ende der Auseinandersetzung eine Auflösung der Ideen von Wissenschaft und Vernunft und eine Renaissance von Mythologie, Theologie, Metaphysik und Kunst⁹⁴ – gewissermaßen eine neue Mystik, eine “Wiederverzauberung der Welt”⁹⁵. Welsh hingegen will anhand einer “transversalen Vernunft”⁹⁶ die Kakophonie der Vielheit doch noch mit einem einheitlichen Dach der Rationalität überspannen – mit anderen Worten: einen Weg finden, um beim Widerstreit⁹⁷ mehrerer Positionen noch eine begründete Entscheidung treffen zu können. In eine ähnliche Richtung gehen Rufe nach einer neuen pragmatischen Philosophie⁹⁸. Als “pragmatisch” definiert wird dabei eine Philosophie, die es aufgibt, nach letzten Gründen und abstrakten Argumentationen zu verlangen⁹⁹ und die stattdessen nahe an den (wirklichen) Problemen menschlichen Lebens bleibt¹⁰⁰.

B. Rechtsvergleichung postmodern

Auch wenn das postmoderne Paradigma teilweise uneinheitlich und oft in sich widersprüchlich zu sein scheint, so zeigt sich doch zumindest eine deutliche

⁸⁹ Welsh (Anm. 55), u.a. 4, 39 ff.

⁹⁰ Sherwin (Anm. 64), 126 ff., unterscheidet zwischen skeptischer und bejahender Postmoderne; dieser Gegensatz firmiert z.T. auch unter dem Begriffspaar “Postmoderne versus Posthistoire”, vgl. Welsh (Anm. 55), 17 f. sowie v.a. 40, Fn. 90.

⁹¹ Vgl. nur Welsh (Anm. 55), 39 ff. m.w.N.; Baumann (Anm. 59), 22 ff.; ferner die Problematisierung bei Bertens (Anm. 53), 187 ff.; kritisch Jamieson (Anm. 55), 581: “*Be tolerant or die*”.

⁹² Baumann (Anm. 59), 22.

⁹³ Vgl. Paul Feyerabend, *Wider den Methodenzwang*, 5. Aufl. 1995, 11, insbes. 385 ff.

⁹⁴ Mattei/di Robilant (Anm. 9), 1077.

⁹⁵ Baumann (Anm. 59), 10.

⁹⁶ Welsh (Anm. 55), 295; vgl. auch 263 ff.

⁹⁷ Als “Widerstreit” bezeichnen postmoderne Autoren einen “Konfliktfall zwischen (wenigstens) zwei Parteien, der nicht angemessen entschieden werden kann, da eine auf beide Argumentationen anwendbare Urteilsregel fehlt” (Jean-Francois Lyotard, *Der Widerstreit*, 2. Aufl. 1989, 9); vgl. auch Welsh (Anm. 55), 233 ff.

⁹⁸ Siehe etwa de Carmona (Anm. 60), 89, 92 ff.

⁹⁹ *Ibid.*, 92.

¹⁰⁰ *Ibid.*, 89.

Grundtendenz: epistemologische Skepsis, gepaart mit einer weitgehenden Abkehr von Werten der Aufklärung. Wie wirkt sich diese Haltung nun im Bereich der Rechtsvergleichung aus?

I. Allgemeines

Zunächst wird hier eine neue Unübersichtlichkeit offenbar. Mindestens ein halbes Dutzend unterschiedlicher Positionen versucht dem bis dato wohl herrschenden funktionalen Ansatz¹⁰¹ den Rang abzulaufen,¹⁰² und man kommt nicht umhin, seitens der *Mainstream*-Rechtsvergleichung eine gewisse Hilflosigkeit zu beobachten: So sprechen etwa Schlesinger/Baade/Herzog/Wise nur ganz vage von einem "Knäuel von Ansätzen"¹⁰³, und ähnlich wenig systematisierungsfreudig belassen es Peters/Schwenke dabei, einen Teil der Selbstbezeichnungen dieser neuen Ansätze ungeordnet aufzuzählen¹⁰⁴.

Und auch nicht immer wird klar, inwieweit die neueren Strömungen überhaupt von bestehenden Auffassungen deutlich abgegrenzt werden können. Als wenig trennscharf erweist sich hier etwa Jaymes vorläufige Definition postmoderner Rechtsvergleichung: Diese forsche "nach Unterschieden der Rechtsordnungen und zwar insbesondere im Hinblick auf die verschiedene Haltung zu zeitgenössischen Ausdrucksformen, Denkstilen und Werten"¹⁰⁵.

¹⁰¹ Siehe Zweigert/Kötz (Anm. 9), 33 f.; Rheinstein (Anm. 41), 15; David Gerber, *Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Facade of Language*, in: Annelise Riles (Hrsg.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, 2001, 190; vgl. ferner Schlesinger/Baade/Herzog/Wise (Anm. 9), 49; sowie Peters/Schwenke (Anm. 5), 809; anders Bermann (Anm. 21), 1046, Fn. 16: Er nennt als "*high profile*"-Ansätze, "*common core*" (Schlesinger), "*legal transplants*" (Watson) und "*legal formants*" (Sacco). Diese Einteilung vermag jedoch nicht zu überzeugen: Bei den drei genannten Ansätzen handelt es sich eher um Hypothesen über die Natur des Rechts, denn um Methoden zur Erforschung dieser Natur; das zeigt sich praktisch nicht zuletzt daran, dass sowohl Schlesinger/Baade/Herzog/Wise, (vgl. Anm. 9, 47 f.), als auch Sacco, (vgl. Anm. 16, 128 f.) der funktionalen Rechtsvergleichung zumindest nahe zu stehen scheinen – siehe zum Ganzen Béatrice Jaluzot, *Méthodologie du Droit Comparé: Bilan et Prospective*, RIDC 2005, 29 (41 f.).

¹⁰² Siehe neben der Postmoderne die unter B. III. aufgeführten Konzeptionen.

¹⁰³ Schlesinger/Baade/Herzog/Wise (Anm. 9), 49; weiter heißt es a.a.O. wenig erhellend, diese Ansätze würden "in unterschiedlicher Weise betonen, dass das Recht nicht einfach als Ergebnis oder als Grund anderer sozialer Phänomene verstanden werden kann, dass es auch ein Bedeutungs-System ist, ein Weg, soziale Erfahrungen zu strukturieren, ein semi-autonomer Bereich, der von anderen Elementen sozialen Lebens trotz seiner Verschiedenheit nicht abgetrennt werden kann, und eine komplexe, dynamische, heterogene Vielheit einander überlappender und teilweise miteinander konfligierender normativer Sub-Systeme und Diskursarten" (Übers. d. Verf.).

¹⁰⁴ Vgl. Peters/Schwenke (Anm. 5), 800 f.; ferner auch Bermann (Anm. 21), 1044 ("Kritik [...] aus verschiedenen Ecken" [Übers. d. Verf.]). Zur angeblichen "*malaise*" der Rechtsvergleichung siehe z.B. Catherine Valcke, *Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems*, AJCL 52 (2004), 713, mit zahlreichen weiteren Nachweisen; ferner, bereits 1983, Constantinesco (Anm. 37), 19 ff.

¹⁰⁵ Jayme (Anm. 65), 107.

Nun mag die Verwirrung zum Teil an den Autoren der neuen Ansätze selbst liegen. So bemerkt beispielsweise Markesinis bei einigen Vertretern neuerer Richtungen “eine ‘Sprache’, die für alle außer die Erleuchteten undurchsichtig”¹⁰⁶ sei – eine im Grundsatz leider richtige Beobachtung¹⁰⁷.

Dennoch soll im Folgenden versucht werden, den konkreten Inhalt postmoderner Rechtsvergleichung im Einzelnen und die wesentlichen Grundzüge einiger weiterer neuerer Ansätze in den Grundzügen kritisch herauszuarbeiten.

II. Postmoderne Theorien – organisch, skeptisch, relativistisch

1. Grundannahmen

Vor allem drei Merkmale prägen die Theorie postmoderner Rechtsvergleichung – “organische” Rechtsauffassung, erkenntnistheoretischer Skeptizismus und moralischer Relativismus.¹⁰⁸

a) Organische Rechtsauffassung

aa) Natur des Rechts

Für die Vertreter der Postmoderne ist das Recht ein unauflösbares¹⁰⁹ Bündel verschiedener “Praktiken, Diskurse und Institutionen”¹¹⁰, ein “komplexes Amalgam staatlicher, religiöser und sozialer Regeln”, die “systemisch interagieren”¹¹¹. “Recht” im Sinne der Postmoderne ist also jeder beliebige intersubjektive Satz, der für den Einzelnen ein “Sollen” begründet,¹¹² eine Trennung zwischen Recht und

¹⁰⁶ Markesinis (Anm. 4), 52 (Übers. d. Verf.); ähnlich Jamieson (Anm. 55), 581.

¹⁰⁷ Als Negativbeispiele herhalten mögen hier Auszüge aus Arbeiten von Nathaniel Berman, Aftershocks: Exoticization, Normalization, and the Hermeneutic Compulsion, Utah L. Rev. 1997, 281 (284): “Strategic re-exoticization thus involves both a refusal of normalization within ‘The Tradition’ and a challenge to the inevitability of the mainstream’s projects – while forcing the re-exoticizer to taking a stand within her [sic] own split, hybrid and contested tradition.”; und Kleinhans/Macdonald (Anm. 69), 38: “Legal subjects are not wholly determined; they possess a transformative capacity that enables them to produce legal knowledge and to fashion the very structures of law that contribute to constituting their legal subjectivity.”

¹⁰⁸ Vgl. insbes. Menski (Anm. 1), 12.

¹⁰⁹ Siehe Ainsworth (Anm. 53), 29.

¹¹⁰ Alan Hunt/Gary Wickham, Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance, 1994, 39, – eine Definition, deren einzelne Merkmale noch unschärfer sind als das *definiendum* selbst; bei Menski (Anm. 1), 18, findet sie sich dennoch unter Zustimmung wieder.

¹¹¹ Menski (Anm. 1), 18 (Übers. d. Verf.); ähnlich Ainsworth (Anm. 53), 28.

¹¹² Also nicht nur eine staatliche Gesetzesnorm oder etwa ein unter dem Regime solcher Normen geschlossener Vertrag zwischen mehreren Parteien, sondern u.a. auch gesellschaftliche Erwartungen an den Einzelnen, z.B. bescheidenes Auftreten, Zurückhaltung beim Essen etc. – vgl. Clifford Geertz, Local Knowledge, 3. Aufl. 2000, 212.

Politik findet ebenfalls nicht statt¹¹³. Dies wird z.T. auch als *Legal Pluralism* (am ehesten: “plurale Normativität”¹¹⁴) beschrieben und als Kernstück postmodernen Rechtsdenkens bezeichnet.¹¹⁵

Der Rechtspositivismus¹¹⁶ ist damit ein exaktes Gegenstück des organischen¹¹⁶ Denkens.¹¹⁷ Rechtsnormen sind nach rechtspositivistischem Verständnis alle (aber auch: nur alle) Normen, die formell wie materiell im Einklang mit der geltenden staatlichen Verfassung¹¹⁸ erlassen wurden und in der Regel Zwangscharakter haben.¹¹⁹ Individuen können danach nur dann Recht setzen, wenn sie von der staatlichen Rechtsordnung dazu ermächtigt wurden.¹²⁰ Daraus folgt u.a., dass “das Recht” von den Begriffen der Moral und der Sitte zu unterscheiden ist. Zumindest auf diese letzte Feststellung können sich – jedenfalls in der Praxis des *civil law* – die meisten modernen Juristen einigen.¹²¹

Will man nun zwischen den genannten Extremen eine Richtungsentscheidung treffen, so sind zwei Fragen zu beantworten: Kann das Recht überhaupt von anderen Formen der Normativität geschieden werden? Und wenn ja, ist eine solche Unterscheidung sinnvoll?

¹¹³ Siehe Valcke (Anm. 104), 719, Fn. 36. Für das deutsche Rechtsdenken ist dieser Ansatz übrigens weitaus problematischer als etwa für das US-amerikanische, vgl. Uwe Kischel, Vorsicht Rechtsvergleichung!, ZVglRWiss 104 (2005), 10 (22).

¹¹⁴ Der Ausdruck “Rechtspluralismus” erscheint zumindest für den hier beschriebenen *Legal Pluralism* nicht als treffend, da mit dem Begriff des Rechts im Deutschen weitaus stärker der Abschluss anderer sozialer Normen verbunden wird, vgl. Anm. 113. Der Begriff des Rechtspluralismus ist daher enger zu verstehen, vgl. hierzu etwa jüngst Johannes König, Privatisierung des Rechts, AcP 2006, 477 ff.

¹¹⁵ Siehe de Sousa Santos (Anm. 64), 297; ähnlich Menski (Anm. 1), 17; in der vorliegenden Untersuchung wird eine etwas andere Terminologie verwandt und *Legal Pluralism* als eigener Ansatz verstanden – siehe unten B. III. 4.

¹¹⁶ Siehe zu dieser Bezeichnung den Organik/Mechanik-Vergleich bei Otto Kahn-Freund, On Uses and Misuses of Comparative Law, *Modern Law Review* 37 (1974), 1 (5 ff.).

¹¹⁷ Vgl. Arnaud (Anm. 78), 162; ferner Legrand (Anm. 79), 1061, der sich Sand im Getriebe der “großen positivistischen Maschine” (Übers. d. Verf.) wünscht; sowie Menski (Anm. 1), 17 ff., 575 f. u. insbes. 586, 588 f., der den Positivismus für den Rechtsmissbrauch vieler Diktaturen verantwortlich machen will. Dieses sog. “Hitler-Argument” ist allerdings beileibe nicht neu – siehe ausführlich Walter Ott, *Der Rechtspositivismus*, 2. Aufl. 1992, 188 ff., m.w.N.

¹¹⁸ Der Begriff der “Verfassung” ist in diesem Zusammenhang weit zu verstehen. Ihm unterfallen jedenfalls nicht nur die geschriebenen Verfassungen neuzeitlichen Typs.

¹¹⁹ Siehe zusammenfassend etwa Norbert Hoerster, *Verteidigung des Rechtspositivismus*, 1989, 21 f.; grundlegend Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, Nachdruck der 1. Aufl. 1985, insbes. 15 f.; sowie ders., *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, insbes. 18, 115, 122. Im Gegensatz dazu ist für das Naturrecht das “richtige” Recht transzendental vorgegeben und objektiv erkennbar – siehe z.B. Arthur Kaufmann, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 1994, 40.

¹²⁰ Siehe Kelsen, (Anm. 119 *Allgemeine Theorie*), 124, Fn. 98.

¹²¹ Siehe ausführlich Manfred Rehbinder, *Rechtssoziologie*, 5. Aufl. 2003, 48 ff.; sowie Thomas Raier, *Das lebende Recht*, 2. Aufl. 1995, 189 ff.; vgl. außerdem Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, 29 ff.; sowie umfassend und kritisch Kaufmann (Anm. 119, 191 ff.); dass die Betrachtung des Rechts als “komplexes Aggregat sozialer, kultureller, linguistischer und normativer Praktiken” (Übers. d. Verf.) in den USA derzeit eher üblich ist, zeigen Mattei/di Robilant (Anm. 9), 1060.

Jedenfalls in "westlichen" Rechtskulturen ist es in der Praxis kaum je erforderlich etwa über die Abgrenzung von Gewohnheitsrecht zur Sitte zu philosophieren.¹²² In Gemeinschaften mit weniger klar definierter Staatlichkeit kann die Abgrenzung von "Recht" und (Noch-) "Nicht-Recht" zweifellos mehr Probleme bereiten; hier wird der Rechtsvergleicher in vielen Fällen nicht umhin kommen, entweder die Frage nach der Rechtsqualität einer Norm dahinstehen zu lassen – oder aber eine differenzierte Antwort zu finden.

Ist dann jedoch eine Unterscheidung des Rechts von anderen Formen der Normativität in der Wissenschaft, insbesondere in der Rechtsvergleichung, überhaupt noch sinnvoll? Letztlich geht es bei der Bestimmung des Rechtsbegriffs "nur" um eine Frage der Definition, die nach Zweckmäßigkeitserwägungen zu beantworten ist; zu fragen ist also, ob eine Eingrenzung des Rechtsbegriffs zu besonders interessanten und zugleich wissenschaftlich handhabbaren Fragestellungen in der Rechtsvergleichung führt.¹²³ Hier ist zunächst festzuhalten, dass zumindest im Bereich der allgemeinen nationalen Rechtswissenschaft ein offensichtlicher praktischer Bedarf für einen eingegrenzten Begriff des Rechts besteht.¹²⁴ Dies lässt sich auch auf die Rechtsvergleichung übertragen: In der angewandten Rechtsvergleichung sind meist vor allem diejenigen Regeln interessant, die mit staatlicher Autorität versehen sind. Aber selbst für eine mehr theoretisch ausgerichtete Rechtsvergleichung ist eine Selbstbeschränkung zumindest im Ausgangspunkt sinnvoll. Dies gilt selbst dann, wenn "exotische" Kulturen Gegenstand eines Vergleichs sind.¹²⁵ Zwar mag die Abgrenzung zwischen Recht und Nicht-Recht in diesen Kulturen zuweilen schwieriger sein; dafür kann es hier aber unter anderem besonders interessant sein, inwieweit Interessenkonflikte durch nicht-rechtsförmige Regelungen in gleicher Weise wie durch rechtliche Instrumente gelöst werden können. Darüber hinaus darf auch nicht übersehen werden, dass mit einem organisch-weiten Rechtsbegriff zugleich die Komplexität der Materie um ein Vielfaches steigt. Das Unternehmen der Rechtsvergleichung bedeutet dann eine "riesige methodologische, intellektuelle Anstrengung"¹²⁶ und sollte (daher) besser von Nicht-Juristen durchgeführt werden¹²⁷. Gefordert wäre also nicht nur ein "Indiana Jones des

¹²² Vgl. Klaus Röhl, Auflösung des Rechts, in: FS Andreas Heldrich, 2005, 1169.

¹²³ Siehe *ibid.*, 1163.

¹²⁴ Gerichte entscheiden grds. nur nach Recht im positivistischen Sinne. Eine Eingrenzung des Rechtsbegriffs in der Wissenschaft dient also u.a. der Vorhersage gerichtlicher Entscheidungen.

¹²⁵ Ähnlich Röhl (Anm. 122), 1163.

¹²⁶ Menski (Anm. 1), 574 (Übers. d. Verf.); ähnlich, auf das Verhältnis von Recht und Gesellschaft bezogen, William Ewald, Comparative Jurisprudence II: The Logic of Legal Transplants, *AJCL* 43 (1995), 489 (509 f.); zum Selbstbild der Kontextualisten vgl. außerdem Annelise Riles, *Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information*, *Harvard Int. L. J.* 40 (1999), 221 (240 ff.).

¹²⁷ Siehe Menski (Anm. 1), 578.

Rechts”¹²⁸, sondern mindestens ein geistes- und sozialwissenschaftlicher Kapitän Nemo.

Es darf ernsthaft bezweifelt werden, ob die Inaugenscheinnahme der vollen Komplexität einer fremden Gesellschaft¹²⁹ in diesem Sinne jemals geleistet werden kann¹³⁰ – und muss.¹³¹

bb) Kulturgebundenheit des Rechts

“*La comparaison des droits sera CULTURELLE [sic] ou ne sera pas.*”¹³² Dieser Programmsatz Legrands ist kennzeichnend für das postmoderne Denken: Aus der Annahme einer unauflösbaren Verwobenheit des Rechts mit seinem sozialen Kontext folgt für die Anhänger postmoderner Theorien auch die feste Eingebundenheit von Normen in einen bestimmten kulturellen Rahmen.¹³³ Eine wichtige Rolle spielen hier Vorstellungen, die den Konzepten von Identität und Tradition generellen Vorrang einräumen.¹³⁴

Auch an dieser Stelle sind Parallelen zu Debatten der Vergangenheit unübersehbar. Die Auffassung von der Kulturgebundenheit des Rechts kann sich auf ei-

¹²⁸ Kischel (Anm. 113), 11, in Anlehnung an einen berühmten Ausspruch von Ernst Rabel, *Deutsches und Amerikanisches Recht*, *RabelsZ* 16 (1951), 340, wiederabgedruckt in: Hans Leser (Hrsg.), *Ernst Rabel: Gesammelte Aufsätze*, Bd. III, 1967, 342.

¹²⁹ Ein eindrucksvolles Bild dieser Komplexität in Bezug auf das Recht zeichnete bereits Rabel (Anm. 16), 283.

¹³⁰ Vgl. Robert Weimar, *Neuroscience Before the Gates of Jurisprudence*, in: Martin Usteri (Hrsg.), *Gene, Kultur und Recht*, 2000, 39 (45 f.); ferner Ewald (Anm. 126), 509; Riles (Anm. 126), 280; sowie auch Kischel (Anm. 113), 30, der daher folgert: “Rechtsvergleichung macht bescheiden”; ähnlich Marie-Claire Ponthoreau, *Le Droit Comparé en Question(s) entre Pragmatisme et Outil Épistémologique*, *RIDC* 2005, 7 (25).

¹³¹ Siehe zum Ganzen Elmar Holenstein, *Kulturphilosophische Perspektiven*, 1998, 281, nach dessen Auffassung dem Menschen die nötigen kognitiven Fähigkeiten fehlen und der darüber hinaus ein gewisses Maß an “Ignoranz” für meist unschädlich, manchmal sogar nützlich erachtet; ferner Palmer (Anm. 4), 263 ff.; sowie Zweigert/Kötz (Anm. 9), 35.

¹³² Legrand (Anm. 1), 119 (Übers. d. Verf.: “Rechtsvergleichung – entweder kulturell oder gar nicht!”)

¹³³ Siehe Ainsworth (Anm. 53), 28; ähnlich Legrand (Anm. 79), 1055, 1064. Allerdings anerkennt auch die moderne Rechtsvergleichung, dass rechtliches Denken kulturell verschieden ist und die Argumentation unterschiedlichen Rationalitäten folgt, siehe Rheinstein (Anm. 41), 35; Philippe Mastroradi, *Recht und Kultur: Kulturelle Bedingtheit und universaler Anspruch des juristischen Denkens*, *ZaöRV* 61 (2001), 61 (68); Kischel (Anm. 113), 22 ff.; noch weiter gehend bereits Anfang der 1980er Jahre, Lawrence Rosen, *Equity and Discretion in a Modern Islamic Legal System*, *Law & Society Review* 15 (1980/81), 217, wiederabgedruckt in: Csaba Varga, *Comparative Legal Cultures*, 1992, 419 (445); speziell auf das islamische Recht bezogen Wael Hallaq, *Legal Reasoning in Islamic Law and the Common Law: Logic and Method*, *Cleveland State L. Rev.* 34 (1985/86), 79 ff., wiederabgedruckt in: Csaba Varga, *Comparative Legal Cultures*, 1992, 401 ff.

¹³⁴ Siehe hierzu instruktiv Mattei/Robilant (Anm. 9), 1065 ff., die auf die Genealogie dieser Konstrukte aufmerksam machen und auch darauf hinweisen (1069 f.), dass der Weg von der Erhaltung kultureller Identität bis hin zur Segregation nicht sehr weit ist; vgl. ferner Legrand (Anm. 79), 1055 f.

nen würdigen Stammbaum berufen:¹³⁵ Die dem Ganzen zugrunde liegende “Volksgeistlehre” wird meist auf Montesquieu, v. Savigny sowie Herder zurückgeführt¹³⁶ und reicht in Wirklichkeit, über Hegel hinaus, noch wesentlich weiter zurück¹³⁷.

Daher konnte Rabel bereits im Jahr 1924 urteilen: “Die Lehre Savigny’s [sic] übertrieb den richtig erkannten Zusammenhang des Rechts mit dem Volksleben dahin, daß ein eigentümlicher Volksgeist die Entwicklung beherrsche. Umgekehrt irrten [sic] Vico in der Annahme einer ursprünglichen gemeinsamen Natur und eines ebensolchen natürlichen Rechts wie Tarde, indem er allzuviel aus der Nachahmung erklären wollte.”¹³⁸

b) Erkenntnistheoretischer Skeptizismus

aa) Erkenntnisvermögen

Der erkenntnistheoretische Skeptizismus postmoderner Rechtsvergleicher gründet sich – wenn auch nie mit letzter Konsequenz – auf die oben (A. III. 3. a)) beschriebenen Grundannahmen postmodernen Denkens.¹³⁹

An der Existenz “neutraler” Begriffe wird auch in der modernen Rechtsvergleichung unter Hinweis auf kulturelle sowie nationale juristisch-dogmatische Vorverständnisse gezweifelt,¹⁴⁰ weshalb dort ebenfalls die Überzeugung vertreten wird,

¹³⁵ Dass die meisten Ideen der (rechtsvergleichenden) Postmoderne und der *Critical Legal Studies* für sich genommen nicht neu sind, wird zum Teil durchaus eingestanden – vgl. etwa Mattei/di Robilant (Anm. 9), 1061 f., die kritisch anmerken, der “Export” von ehemals europäischen Ideen durch US-Rechtslehrer auf den alten Kontinent, “könnte dort als ultimative Arroganz aufgefasst worden sein” (Übers. d. Verf.); sowie ferner Menski (Anm. 1), 12, in Fn. 26; die philosophische Debatte zwischen Moderne und Postmoderne kann man etwas vereinfacht sogar als Neuauflage des antiken Streits zwischen Platonikern und Sophisten beschreiben (diesen Hinweis verdanke ich Prof. Erk Volkmarm Heyen).

¹³⁶ Siehe Peters/Schwenke (Anm. 5), 805; sowie William Ewald, *The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to “Rats”*, *AJCL* 46 (1998), 701 (702); ferner Mattei/di Robilant (Anm. 9), 1068, mit weiteren Namensnennungen.

¹³⁷ Ausführlich zum Ganzen Jan Schröder, *Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre. Gesetzgebungs- und Rechtsquellentheorie im 17. und 18. Jahrhundert*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt.* 109 (1992), 1 ff.; siehe außerdem Holenstein (Anm. 131), 257 ff., der drei Positionen unterscheidet: die platonische These, nach der alle Menschen es im Wesentlichen mit denselben Themen und Problemen zu tun haben, d.h. sie machen sich von denselben Dingen dieselben Vorstellungen, nur der Ausdruck variiert; die romantische (und postmoderne) Gegenthese, wonach Verständigung nur innerhalb ein und derselben Lebensform und Sprache möglich ist, d.h. diese sind “inkommensurabel”; sowie eine Synthese, nach der es Aussagen gibt, die für alle Menschen gelten ebenso wie Aussagen, die nur für einzelne Gruppen/Kulturen/Subkulturen etc. gelten; zum Verhältnis von Romantik und Postmoderne siehe Welsh (Anm. 55), 36.

¹³⁸ Rabel (Anm. 16), 283 f. Mit den postmodernen Rechtsvergleichern, den verbliebenen Anhängern naturrechtlicher Vorstellungen (vgl. z.B. Anm. 34) sowie den Verfechtern der *Legal Transplants* (siehe unter B. III. 2.) sind die hier genannten Positionen zur Diskussion um die Kulturgebundenheit des Rechts neu besetzt.

¹³⁹ Vgl. Legrand (Anm. 79), 1057 f.

¹⁴⁰ Siehe Weigert/Kötz (Anm. 9), 11; ferner Kischel (Anm. 113), 14 f.

für den Einzelnen sei völlige Objektivität nie erreichbar.¹⁴¹ Dabei geht es jedoch im Wesentlichen nur darum, dass wir mit einem rechtlichen (genauer: rechtstechnischen) Vorverständnis an die Dinge herangehen.¹⁴²

Das Problem des Vorverständnisses stellt sich nach der Postmoderne aber schon früher, nämlich bei der Einbeziehung bzw. Auslassung von Tatsachen, gewissermaßen bei der Sachverhaltserfassung. Man mag das vereinfacht so darstellen: Ein moderner funktionaler Rechtsvergleicher R_f aus der Kultur K_f fragt (in möglichst verständlicher Alltagssprache): „Wie löst man in der Kultur K_2 das Problem P ?“¹⁴³ Ein postmoderner Rechtsvergleicher R_p aber wendet ein: „Diese Frage stellen Sie in Wirklichkeit gar nicht. In Wirklichkeit fragen Sie nach dem Problem P_{KP} , also nach einer Lösung des Problems P , so wie dieses in Ihrer K_f -Kultur aufgefasst wird.“¹⁴⁴ Die Liste der Vorverständnis-Elemente ist dabei prinzipiell unendlich – genannt wird u.a. das Verständnis des Subjekts/Individuums¹⁴⁵ sowie der Begriff des Rechts als solcher¹⁴⁶.

Der Erkenntnisgewinn kann allenfalls dann gelingen, wenn der Rechtsvergleicher sich über seine eigenen Vorverständnisse und seine eigene Rechtskultur klar wird.¹⁴⁷ Ansonsten gewinnt er keine Erkenntnisse über das fremde Recht, sondern nur über das von ihm auf die fremde Kultur projizierte Recht¹⁴⁸ – der Rechtsvergleicher wird zum „kulturellen Bauchredner“¹⁴⁹.

bb) Verständnisvermögen

Dass die Sprache ein recht offensichtliches Hindernis der Rechtsvergleichung ist, erkannte schon Rabel¹⁵⁰, und seine Erben haben es nicht vergessen.¹⁵¹ Ernsthaftere Probleme entstehen vor allem dann, wenn Bezeichnungen für Rechtsinstitute

¹⁴¹ Siehe ausführlich Palmer (Anm. 4), 269 f.; weniger bescheiden Zweigert/Kötz (Anm. 9), 44.

¹⁴² Also z.B. bei „*proportionality*“ an „geeignet, erforderlich, angemessen“ denken – Bsp. angelehnt an Kischel (Anm. 113), 25; zum rechtlichen Vorverständnis vgl. auch Ponthoreau (Anm. 130), 11.

¹⁴³ Vgl. Zweigert/Kötz (Anm. 9), 33.

¹⁴⁴ Vgl. Legrand (Anm. 79), 1058 ff.; ders., (Anm. 1), 56 ff.; sowie Frankenberg (Anm. 44), 415 f., 440.

¹⁴⁵ Mastronardi (Anm. 133), 62 ff. – daran anschließend das Problem subjektiver Rechte, vgl. *ibid.*, 65 ff.

¹⁴⁶ Siehe Legrand (Anm. 1), 22.

¹⁴⁷ Nora Demleitner, Challenge, Opportunity and Risk: An Era of Change in Comparative Law, *AJCL* 46 (1998), 647 (655).

¹⁴⁸ Legrand (Anm. 79), 1057.

¹⁴⁹ Frankenberg (Anm. 44), 415.

¹⁵⁰ Vgl. Rabel (Anm. 16), 299.

¹⁵¹ Vgl. z.B. Sacco (Anm. 16), 33 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen; sowie Kischel (Anm. 113), 11 ff.

übersetzt werden müssen, obwohl nur annähernd vergleichbare Rechtsinstitute im Vergleichsstaat existieren.¹⁵²

Doch die Bedenken der Postmoderne gehen erneut weiter: Sprache und die durch sie ausgedrückten Gedanken sind nach Auffassung einiger postmoderner Rechtsvergleicher gänzlich kulturgebunden: Intersubjektivität gibt es danach nur auf der Ebene einer Kultur.¹⁵³ Recht ist dann unübersetzbar.¹⁵⁴ Wenn aber Recht nicht übersetzt werden kann, dann wird ein Rechtsvergleich unweigerlich zum aussichtslosen Unterfangen.¹⁵⁵ Allenfalls könnte man so noch seinen Geist von der Erfahrung einer anderen Rechtsordnung stimulieren lassen.¹⁵⁶

Neben aktuellen kulturphilosophischen Studien¹⁵⁷ zeigen allerdings praktische Anwendungsbeispiele, nicht zuletzt das vielzitierte Schulbeispiel Schweiz¹⁵⁸, dass interlinguale und zumindest auch mäßige interkulturelle Grenzen keine absoluten Hindernisse der Verständigung sind.

Zur Beschreibung der Problematik wird seitens der Postmoderne daher oft ein linguistischer Spagat versucht.¹⁵⁹ So erklärt beispielsweise Ainsworth zunächst nicht nur, es sei unmöglich, alle Nuancen zu übersetzen, die in einer fremden Sprache enthalten sind.¹⁶⁰ Sie vergleicht darüber hinaus die (Rechts-)Übersetzung mit der Arbeit eines Kochs, der ein fremdes Gericht nachkochen will, dabei aber die meisten ursprünglichen Zutaten durch ähnliche Zutaten ersetzen muss. Das entstandene Gericht sei dann vielleicht als Produkt guten Willens anzuerkennen, die einzelnen Geschmacksnuancen würden aber jedenfalls verfehlt.¹⁶¹ Wenig später im selben Aufsatz heißt es dann allerdings doch: Der Sinn eines Wortes, auch eines Rechtsbegriffs, lässt sich mit einigem Aufwand weitestgehend in eine andere Sprache übertragen;¹⁶² eine fremde Rechtsordnung kann durchaus verstanden werden,

¹⁵² Vgl. Kischel (Anm. 113), 12.

¹⁵³ Siehe Legrand (Anm. 79), 1064; ähnlich Ainsworth (Anm. 53), 25.

¹⁵⁴ Siehe Legrand (Anm. 79), 1069 f.; deutlich zurückhaltender ders. (Anm. 1), 25 f.

¹⁵⁵ Siehe Demleitner (Anm. 147), 655.

¹⁵⁶ Legrand (Anm. 79), 1060.

¹⁵⁷ Siehe die einzelnen Beiträge in: Notker Schneider/Ram Mall/Dieter Lohmar (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt*, 1998; ferner etwa Holenstein (Anm. 131), 257 ff.

¹⁵⁸ Siehe hierzu erneut Holenstein (Anm. 131), 11 ff.; sowie Kötz (Anm. 6), 263, der zudem noch das Beispiel von Bayern und Preußen nennt, die sich im Zuge der deutschen Rechtsvereinheitlichung durch das BGB ebenfalls mit den jeweils anderen Mentalitäten arrangieren mussten.

¹⁵⁹ Die Postmoderne scheint in der Tat zu dem Versuch zu neigen, „*to wash the fur without wetting it*“ (Peters/Schwenke [Anm. 5], 813), indem sie zunächst mit markigen Ankündigungen auf sich aufmerksam macht, um dann wieder eilig zurückzurudern. Symptomatisch dafür steht die Haltung Paul Feyerabends, der mit dem Ausspruch „*anything goes*“ zunächst einen Ansturm der Entrüstung lostrat, um dieses Wort dann später den Gegnern in die Schuhe zu schieben und zu erklären, er sei missverstanden worden – siehe Welsch (Anm. 55), 135; vgl. auch Feyerabend (Anm. 93), 11.

¹⁶⁰ Ainsworth (Anm. 53), 26 f.; ähnlich Vivian Grosswald Curran, *Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, *AJCL* 46 (1998), 43 (49).

¹⁶¹ Ainsworth (Anm. 53), 26 f.

¹⁶² Siehe *ibid.*, 34 f.; erneut ähnlich Grosswald Curran (Anm. 160), 50.

wenn man ihren kulturellen Hintergrund versteht.¹⁶³ Für das Verständnis dieses Hintergrunds schlägt Ainsworth eine Kombination von etischer (universeller, „objektiver“, äußerlicher) und emischer (*gone-native*) Perspektive¹⁶⁴ vor. Dabei soll die Innensicht der fremden Kultur mit ihren Ideen und ihrem Vokabular gewissermaßen in die Außensicht integriert werden.¹⁶⁵

c) Moralischer Relativismus oder: Gibt es Gründe für ein besseres Recht?

Mit der Grundannahme, dass Wahrheit, Wissen und Realität kulturell relativ sind¹⁶⁶, nehmen postmoderne Rechtsvergleicher zumindest insoweit eine Moralrelativistische Position ein, als dass sie von einander abweichende Problemlösungen in den Rechtssystemen unterschiedlicher Kulturen als gleichberechtigt ansehen¹⁶⁷. Vor allem aus der Außenperspektive wird dieser Relativismus als prägendes Merkmal postmodernen Denkens angesehen: So berufen sich einerseits heute islamische Fundamentalisten auf postmodernes Denken, um ihr Widerstreben gegenüber der Übernahme „westlich“-modernen Rechtsdenkens zu begründen¹⁶⁸, andererseits wird die Postmoderne wegen ihrer relativistischen Grundhaltung aber von Angehörigen anderer Kulturen auch als Bedrohung angesehen¹⁶⁹.

aa) Relevanz des Problems

Man könnte allerdings bezweifeln, dass moralischer Relativismus auf die praktische rechtsvergleichende Arbeit überhaupt einen Einfluss hat.¹⁷⁰ Das Problem von „Wertungsaporien“¹⁷¹ wird in der modernen Rechtsvergleichung gelegentlich für ein Randproblem u.a. des Familienrechts gehalten.¹⁷² Es wird dann angenommen,

¹⁶³ Ainsworth (Anm. 53), 29: „*To understand the Chinese legal order, one must understand more generally the categories of meaning through which the Chinese make sense of their lives and experiences.*“; insofern schießen Peters/Schwenke (Anm. 5), 812, über das Ziel hinaus, wenn sie den postmodernen Rechtsvergleichern unterstellen, sie würden generell von inkommensurablen kulturellen Rahmen ausgehen. Eine solche Annahme dürfte in ganzer Schärfe allenfalls auf Legend (vgl. Anm. 79, 1064, 1069 f.) zutreffen.

¹⁶⁴ Siehe Ainsworth (Anm. 53), 33; ähnlich auch Frankenberg (Anm. 1), 270.

¹⁶⁵ Vgl. Ainsworth (Anm. 53), 33.

¹⁶⁶ Menski (Anm. 1), 12.

¹⁶⁷ Siehe z.B. Demleitner (Anm. 147), 647; Frankenberg (Anm. 1), 261; vgl. auch Schlag (Anm. 53), 451 f.; sowie Jayme (Anm. 65), 108.

¹⁶⁸ Siehe Wanda Capeller, (Dé)Colonisation culturelle ou « L’habitude de singer tout ce qui est étranger »: Réflexions sur le postmodernisme dans un pays tropical, *Rechtstheorie*, Beiheft 19, 305 (318).

¹⁶⁹ So betrachtet etwa Sardar (Anm. 72), u.a. 291, den postmodernen Relativismus als Kriegserklärung des Westens; ähnlich kritisch (aus westlicher Sicht) Peters/Schwenke (Anm. 5), 819.

¹⁷⁰ Siehe Peters/Schwenke (Anm. 5), 819 – die das Problem zuvor allerdings dennoch über zwei Druckseiten hinweg diskutieren.

¹⁷¹ Zweigert/Kötz (Anm. 9), 39.

¹⁷² Siehe *ibid.*, 39.

dass “jede Gesellschaft ihrem Recht im Wesentlichen die gleichen Probleme aufgibt”¹⁷³ – darauf beruht der funktionale Ansatz der Rechtsvergleichung.¹⁷⁴ Daher könne man “an jede Rechtsordnung der Welt [...] dieselben Maßstäbe anlegen; selbst dann wenn es sich um Länder verschiedener Gesellschaftsformen oder gar verschiedener Entwicklungsstufen handelt”¹⁷⁵.

Auch wenn man entgegen der Postmoderne (siehe oben B. II. 1. a)) annimmt, dass Recht, Politik und Moral nicht unauflöslich miteinander verwoben sind, so vermag diese Auffassung dennoch nicht zu überzeugen. Zwar dürfte es “technische” Regeln geben, bei denen moralische Implikationen eher fern liegen (man denke an die Frage: Rechts- oder Linksfahrgebot im Straßenverkehr?). Aber oft gilt – auch im Privatrecht – das Gegenteil.¹⁷⁶ Scheinbar “rein rationale” gesetzliche Entscheidungen, wie die über das Maß an Vertragsautonomie, sind alles andere als wertneutral.¹⁷⁷ Alle diese Regeln bewegen sich zumindest im Spannungsfeld zwischen Freiheit des Einzelnen und sozialem Ausgleich. Zugespitzt lässt sich daher folgern: *Morals matter* – auch in der Rechtsvergleichung.

bb) *Morals matter* – darf das sein?

Im Fall von Wertungsaporien im Recht soll sich eine Entscheidung des Rechtsvergleichers zugunsten einer “besseren” Lösung verbieten. Dieses Credo ist nicht originär postmodern, sondern wird zumindest zuweilen auch von modernen Rechtsvergleichern vertreten.¹⁷⁸ Allerdings ist dort die praktische Bedeutung der Aussage gering, wenn gleichzeitig angenommen wird, “kritische, rechtspolitische Überlegungen”¹⁷⁹ ließen sich meistens wertfrei durchführen (siehe oben B. II. 1. c) aa)).¹⁸⁰

¹⁷³ *Ibid.*, 33; bezüglich der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht modifiziert bei John Bell, *Comparing Public Law*, in: Harding/Örücü (Anm. 21), 236.

¹⁷⁴ Siehe Zweigert/Kötz (Anm. 9), 33; eine umfassende Kritik findet sich bei Constantinesco (Anm. 37), 61 ff., insbes. 63 ff.

¹⁷⁵ Zweigert/Kötz (Anm. 9), 45; a.A. wohl Kischel (Anm. 113), 20 f., der darauf hinweist, dass Funktion und Ansehen des Rechts je nach Staat unterschiedlich ausgeprägt sein können; vgl. zum Ganzen auch Sacco (Anm. 16), 26 ff.

¹⁷⁶ Siehe Constantinesco (Anm. 37), 182 f.; sowie George Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, *AJCL* 46 (1998), 683 (694).

¹⁷⁷ Zu Wertentscheidungen des BGB siehe z.B. Reinhard Zimmermann, *Schuldrechtsmodernisierung?*, in: Wolfgang Ernst/ders. (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, 1 (11 f.) m.w.N.; vgl. ferner im selben Band etwa den Diskussionsbericht Pfeiffer und Heß, 549 (550 f.). Man beachte: Es geht hier nicht um die (rechtsdogmatische) Frage der Auslegung derartiger Regelungen, sondern allein um die (rechtspolitische) Frage, welche Regelung vorzuziehen ist.

¹⁷⁸ Vgl. etwa Zweigert/Kötz (Anm. 9), 38 f.

¹⁷⁹ So eine Forderung von *ibid.*, 6, an den Rechtsvergleicher.

¹⁸⁰ Durchaus noch (bzw. wieder) aktuell ist daher die Anregung Ernst Rabels, zwischen rechtswissenschaftlicher Vergleichung und rechtspolitischer Bewertung stärker zu trennen – vgl. ders., *Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht*, wiederabgedruckt in: Hans Leser (Hrsg.), *Ernst Rabel: Gesammelte Aufsätze*, Bd. III, 1967, 180 (185 f.).

Daher gehen die Vertreter postmoderner Theorien dann doch einen Schritt weiter, wenn sie einen “*better-solution-comparativism*”¹⁸¹ generell ablehnen, um die Gefahr zu vermeiden, eigene Werturteile anderen Kulturen aufzuzwingen¹⁸². Kritik entzündet sich in der Postmoderne auch an der “pseudo-modernistischen Phrase der ‘rule of law’” und allgemein an “Menschenrechts-Argumente[n]”¹⁸³, wobei betont wird, vor allem “Dritte-Welt”-Staaten könnten sich gegen Rechtsimperialismus nicht wehren¹⁸⁴.

Will man nicht auf Evidenzargumente¹⁸⁵ zurückgreifen¹⁸⁶, so erfordert eine theoretische Entkräftung der Moral-Relativismusthese erheblichen argumentatorischen Aufwand.¹⁸⁷ Ein praktischer Einwand soll allerdings doch genannt werden: Wenn es keinen letzten Grund gibt, der unsere Werte zu universellen zu machen vermag – dann gibt es auch keinen universellen Grund, die Werte anderer zu achten und auf “Rechtsimperialismus” zu verzichten.¹⁸⁸ So relativiert sich der Relativismus gewissermaßen selbst.¹⁸⁹

2. Konsequenzen

a) Allgemeines

Betrachtet man das rechtsvergleichende Schrifttum der vergangenen 20 Jahre unter dem Gesichtspunkt der Postmoderne, so fällt eines unmittelbar ins Auge: ein eklatanter Unterschied zwischen Theorie und Praxis, zwischen Anspruch und

¹⁸¹ Frankenberg (Anm. 1), 261.

¹⁸² Demleitner (Anm. 147), 647.

¹⁸³ Menski (Anm. 1), 21 f. (Übers. d. Verf.); vgl. auch 575, 591.

¹⁸⁴ Vgl. David Kennedy, *New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance*, Utah L. Rev. 1997, 545 (591).

¹⁸⁵ Evidenz-Argumente sind allenfalls als *Prima-facie*-Kriterium akzeptabel, siehe Ferber (Anm. 80), 97 f.

¹⁸⁶ So aber Peters/Schwenke (Anm. 5), 819. Will sie keine Evidenz-Argumentation sein, so ist folgende (vereinfachte) Argumentation zirkulär: “Wer Werte für relativ erklärt, unterstützt Verbrecher. Also ist Relativismus böse.” Diese Argumentation setzt voraus, was sie (inzident) zu beweisen sucht, nämlich dass “Verbrecher” gegen universelle Werte verstoßen.

¹⁸⁷ Und erscheint selbst dann als höchst fraglich, wie von nicht postmoderner Seite jüngst die sehr instruktive Untersuchung von Gerhard Schurz zur Sein-Sollens-Problematik in der analytischen Philosophie gezeigt hat – siehe ders., *The Is-Ought Problem*, 1997, insbes. 3, 31, 236 f., 274 f., 284.

¹⁸⁸ An dem Argument zeigt sich allerdings, dass die postmodernen Ansätze in der Tat mit dem modernen Paradigma und dessen Forderung nach zwingend logischer Begründbarkeit von (ethischen) Handlungsanweisungen brechen – postmoderne Denker würden diesen formalen Einwand nämlich ablehnen, vgl. hierzu oben A. II. 3.

¹⁸⁹ Ähnlich Mastronardi (Anm. 133), 75 f. Nicht zugestimmt werden kann ihm allerdings darin, dass die Anerkennung der Andersartigkeit nur aus der Leitidee der Menschenrechte folgen kann: Eine solche Forderung kann sich im Gegenteil auch aus religiösen Vorstellungen ergeben oder aus einem Menschenrechtskatalog mit einem (ansonsten) anderen Inhalt; siehe auch Peters/Schwenke (Anm. 5), 814.

Wirklichkeit.¹⁹⁰ Während im Bereich der rechtsvergleichenden Grundlagenarbeit mittlerweile eine ganze Reihe von Autoren explizit oder implizit die Wende zur Postmoderne fordert, existieren nur sehr wenige Arbeiten, die sich mit einem konkreten rechtsvergleichenden Projekt beschäftigen und sich dabei eindeutig dem Spektrum der Postmoderne zuordnen lassen^{191 192}.

Auffallend ist auch, dass diejenigen praktischen Arbeiten, die sich postmodern nennen, die postmodernen Lehrmeinungen überaus "wohldosiert" einsetzen.¹⁹³ Als eines von mehreren "tools"¹⁹⁴, als methodisches Werkzeug, innerhalb des allgemeinen juristischen Diskurses wird der postmoderne Ansatz dann verstanden¹⁹⁵, um "the Other"¹⁹⁶ zu beschreiben. Durch den Rückzug auf eine solche Werkzeugkammer-Haltung soll der Gefahr des "postmodernen Nihilismus"¹⁹⁷ (also der Feststellung: "Nothing goes!") entkommen bzw. eine bestimmte Politik oder Ethik verfolgt¹⁹⁸ werden.

Dieser "shopping-mall approach"¹⁹⁹ setzt sich darüber hinweg, dass es bei der Debatte "Postmodernism vs. Mainstream" nicht lediglich um die rein praktische Frage geht, wie ein fremdes Rechtssystem am effizientesten und effektivsten mit dem heimischen Recht verglichen werden kann. Zur Diskussion stehen zwei widerstreitende Paradigmen (vgl. oben, u.a. A. II. 3.), deren Differenzen sich nicht einfach durch ein munteres "sowohl als auch" überbrücken lassen.²⁰⁰

Im Folgenden sollen nun die Konsequenzen dargestellt werden, die von den übrigen Vertretern postmoderner Rechtsvergleichung aus ihren theoretischen Grundannahmen gezogen werden. Das Spektrum reicht dabei von der relativ moderaten

¹⁹⁰ In diese Richtung auch Palmer (Anm. 4), 271.

¹⁹¹ Am ehesten noch Rebecca French, *The Golden Yoke*, 1995, eine umfassende Studie zu Recht und Gesellschaft in Tibet; sowie die ebenfalls umfangreiche Arbeit von Menski (Anm. 1) zur hinduistischen Rechtsordnung; in Ansätzen außerdem noch die Skizzen von Geertz (Anm. 112), 175 ff.

¹⁹² Noch weiter gehend Palmer (Anm. 4), 271, dem gar kein praktisches Arbeitsergebnis bekannt ist.

¹⁹³ Darunter auch French (Anm. 191), die sich zwar zur überzeugten Anhängerin des postmodernen Ansatzes erklärt (siehe insbes. 346 f.), deren Arbeit im Wesentlichen jedoch nur in der Darstellung von "konventionellen" Analysen vergleichbar "exotischer" Rechtskulturen abweicht.

¹⁹⁴ Peters/Schwenke (Anm. 5), 801.

¹⁹⁵ Siehe insbes. Menski (Anm. 1), 17, der von einer "skilful application", einer gekonnten Anwendung der Postmoderne durch den Rechtslehrer spricht, um den Gefahren eines "apathetic nihilism" auszuweichen.

¹⁹⁶ Von "the Other" sprechen die Vertreter der meisten neueren Strömungen der Rechtsvergleichung fast einheitlich, wenn sie sich abstrakt mit der Analyse fremder Rechtskulturen befassen – besonders auffällig etwa bei Berman (Anm. 107).

¹⁹⁷ Menski (Anm. 1), 575.

¹⁹⁸ Siehe Schlag (Anm. 53), 451; sowie Wicke (Anm. 53), 471.

¹⁹⁹ Martti Koskeniemi, Letter to the Editors of the Symposium, *AJIL* 93 (1999), 351 (352); dagegen Anne Peters, *There is Nothing More Practical than a Good Theory: An Overview of Contemporary Approaches to International Law*, *GYIL* 44 (2001), 25 (36 f.), die stattdessen von "reasoned eclecticism" sprechen will.

²⁰⁰ Im Ergebnis ebenso Koskeniemi (Anm. 199).

Ausgangshaltung Frankenberg's aus dem Jahr 1985²⁰¹ bis hin zu etwas jüngeren und deutlich weitgehenderen, praxisferneren²⁰² Auffassungen. Bei rein formaler Betrachtung lassen sich etwas verallgemeinert zwei verschiedene Ansätze unterscheiden: mehr oder weniger pragmatischer Kontextualismus einerseits und Diskurs-Analyse andererseits.

b) Kontextualismus

Auch die Vertreter moderner Rechtsvergleichung fordern, für die Lösung eines Problems müsse immer nicht nur die Einzelnorm, sondern die gesamte Rechtsordnung im Zusammenhang betrachtet werden²⁰³ – und zwar nicht nur *“the law in the books”*²⁰⁴. Auch auf außerrechtliche Lösungen sei zu achten – wie etwa am Beispiel der *title insurance* als funktionalem Äquivalent zum Grundbuch beim Erwerb von Grundstücken gezeigt wird.²⁰⁵

Bei postmodernen Autoren geht die Kontext-Sensibilität jedoch meist noch deutlich weiter²⁰⁶ – freilich nicht bei allen mit gleicher Radikalität. So hält Frankenberg (1985) zwar eine *“objektive”* rechtsvergleichende Betrachtung für ausgeschlossen²⁰⁷; die skeptische Auffassung, Rechtsvergleichung sei unmöglich, weil die Sicht des Vergleichers vollständig durch eigene soziale Erfahrungen determiniert sei, lehnt er (damals) aber ebenso ab.²⁰⁸ Rechtsvergleichende *“Lernerfahrungen”* seien möglich im Rahmen eines dialektischen Prozesses zwischen dem Selbst und dem Anderen.²⁰⁹ Diese Auffassung ist noch nicht sonderlich weit entfernt von der ur-modernen Feststellung, die Subjektivität des einzelnen Rechtsvergleichers lasse sich durch internationale Zusammenarbeit überwinden.²¹⁰

Die eben beschriebene Aussage postmoderner Kontextualisten wandelt sich dann allerdings relativ rasch um in eine Aufforderung zu einem Verhalten, das man

²⁰¹ Vgl. Frankenberg (Anm. 44), 455, mit der Forderung nach *“Selbstkritik, Non-Legozentrismus, Toleranz für Mehrdeutigkeit”* (Übers. d. Verf.); gut zehn Jahre später scheint allerdings auch Frankenberg eine weitaus kritischere Haltung eingenommen zu haben, vgl. nur ders. (Anm. 1), 260 f.

²⁰² Vgl. Legrand (Anm. 79), 1060, mit dem Verzicht auf jegliche Zweck-orientierte Rechtsvergleichung; siehe auch die Bewertung von Kötz (Anm. 6), 264; sowie Markesinis (Anm. 4), 52.

²⁰³ So bereits Rabel (Anm. 16), 281.

²⁰⁴ Zweigert/Kötz (Anm. 9), 11.

²⁰⁵ Siehe hierzu *ibid.*, 37 f.; sowie Kischel (Anm. 113), 24 f.

²⁰⁶ Siehe Palmer (Anm. 4), 264 f.; sowie Riles (Anm. 126), 228.

²⁰⁷ Siehe Frankenberg (Anm. 44), 415 f.; seitens der modernen Rvgl. jüngst ausführlich auch Palmer (Anm. 4), 269 f.

²⁰⁸ Siehe Frankenberg (Anm. 44), 415.

²⁰⁹ *Ibid.*, 415.

²¹⁰ Siehe Rabel (Anm. 128), 362.

abschätzig “*going native*”²¹¹ nennen würde – Teil der fremden (Rechts-)Kultur werden, bis man die eigene als gänzlich fremd empfindet²¹².

Noch eine Stufe weiter vertreten postmoderne Kontextualisten – insbesondere in Europa – dann die These, einzelne Rechtskulturen seien völlig “inkommensurabel”²¹³, *legal transplants* daher gänzlich unmöglich.²¹⁴

c) Diskurs-Analyse

Die Anhänger des formal betrachteten zweiten postmodernen Ansatzes – die “Diskurs-Analysten”²¹⁵ – haben zwar vielleicht nicht den “Kampf um’s Recht”²¹⁶ aufgegeben, aber doch zumindest den Anspruch, etwas zur Lösung “echter” weltlicher Probleme beizutragen.²¹⁷ Stattdessen widmen sich die Anhänger dieser Strömung vornehmlich der “tieferen[n], kritische[n] und einsichtsvollere[n] Analyse der sozialen Konstruktion des Wissens und der Vernunft”²¹⁸ bei der Lektüre juristischer, insbesondere rechtsvergleichender Texte.²¹⁹ Wesentliche Absicht ist dabei die Dekonstruktion²²⁰ von Bedeutungen, Wertungssystemen und kultur-spezifischen Vorverständnissen, die unseren Vorstellungen von Realität, Wahrheit und Wissen zugrunde liegen.²²¹ Letztlich angestrebt wird u.a. die Entdeckung versteckter (politischer) Ziele im Bereich der *Mainstream*-Rechtsvergleichung und die Offenlegung bestimmter Vorverständnisse, die den Blick der nur scheinbar neutralen Rechtsvergleicher lenken.²²² Nicht selten werden dabei am Ende die Ergebnisse der *Mainstream*-Rechtsvergleichung als Projektionen subjektiver Auffassungen auf die fremde Kultur charakterisiert.²²³

So konsequent das Vorgehen der Diskurs-Analysten nach den Prämissen der Postmoderne auf den ersten Blick scheint, so widersprüchlich ist es auf den zweiten. Denn wenn die Diskurs-Analysten behaupten, Vorverständnisse und *politics*

²¹¹ Frankenberg (Anm. 44), 415; Kennedy (Anm. 184), 547.

²¹² Siehe insbesondere Legrand (Anm. 79), 1060 f.; sowie Grosswald Curran (Anm. 160), 51 f.; ähnlich Frankenberg (Anm. 1), 270 (vgl. allerdings auch noch ders. [Anm. 44], 415); vgl. außerdem die Arbeiten von Menski (Anm. 1) und French (Anm. 191), die diesen Ansatz praktisch umzusetzen versuchen, deren Werke jedoch genau genommen als “bloße” Auslandsrechtskunde bezeichnet werden müssen; vgl. schließlich die Kritik von Palmer (Anm. 4), 271 f.

²¹³ Legrand (Anm. 79), 1070.

²¹⁴ So insbes. *ibid.*, 1063 m.w.N.; siehe auch Mattei/di Robilant (Anm. 9), 1072 f.; sowie ferner Peters/Schwenke (Anm. 5), 802.

²¹⁵ Riles (Anm. 126), 246.

²¹⁶ So der Titel einer Schrift von Rudolf von Jhering aus dem Jahr 1872.

²¹⁷ Siehe Riles (Anm. 126), 247; vgl. auch Legrand (Anm. 79), 1060.

²¹⁸ Menski (Anm. 1), 14 (Übers. d. Verf.).

²¹⁹ Siehe Riles (Anm. 126), 248; vgl. Legrand (Anm. 79), 1061 f.

²²⁰ Zur Geschichte der Dekonstruktion und zu ihrer Anwendung auf juristische Texte vgl. etwa Françoise Michaut, *Deconstruction and Legal Theory*, Rechtslehre, Beiheft 19, 181 ff.

²²¹ Siehe Menski (Anm. 1), 11; vgl. auch Berman (Anm. 107), insbes. 281 ff.

²²² Siehe Riles (Anm. 126), 246 f.; sowie Legrand (Anm. 1), 60 ff.

²²³ Siehe Riles (Anm. 126), 248; vgl. Legrand (Anm. 79), 1057.

lenkten den Blick und die Wertung der *Mainstream*-Rechtsvergleicher, dann müssen sie sich unweigerlich den gleichen Vorwurf gefallen lassen.²²⁴ Mit anderen Worten: Wer subjektive Texte “dekonstruiert”, der produziert unweigerlich neue subjektive Texte – ein endloser Regress.

III. Abgrenzung und Überschneidungen

Mit der allgemein-funktionalen Herangehensweise in der Rechtsvergleichung konkurriert derzeit nicht nur das postmoderne Denken im oben beschriebenen Sinne. Unter dem Oberbegriff “Neuere Strömungen”²²⁵ lassen sich weitere aktuelle Forschungsansätze in der Rechtsvergleichung auflisten,²²⁶ die sich von der bisherigen Methodik zumindest teilweise deutlich abwenden. Beim Blick auf diese Ansätze gewinnt – gewissermaßen in einer Negativdefinition – die Position postmodernen Denkens weitere Konturen.

1. *Comparative Law and Economics*

Ansätze unter dem Stichwort *Comparative Law and Economics*²²⁷ stehen dem bislang herrschenden funktionalen Ansatz deutlich am nächsten.²²⁸ In den letzten Jahren scheinen sie zunehmend an Bedeutung gewonnen zu haben.²²⁹ Durch die Annahme eines universellen, rationalen, individualistischen Menschen als Grundmodell der Analyse²³⁰ stehen Vertreter ökonomischer Rechtsvergleichung zu den

²²⁴ Siehe Paolo Carozza, Continuity and Rupture in “New Approaches to Comparative Law”, Utah L. Rev. 1997, 657 (662); sowie Riles (Anm. 126), 249.

²²⁵ Mit diesem Begriff soll hier keine bestimmte politische Ausrichtung verbunden werden, anders als es bei dem parallelen Begriff der *New Approaches* der Fall ist: Letzterer ist tendenziell politisch “links” besetzt, weshalb etwa *Legal Transplants* und *Comparative Law and Economics* wohl nicht darunter zu fassen wären – vgl. insbes. die Beiträge zum Symposium “New Approaches to Comparative Law”, veröffentlicht in: Utah L. Rev. 1997, 259 ff.; ferner Peters/Schwenke (Anm. 5), 801; sowie Schlesinger/Baade/Herzog/Wise (Anm. 9), 49; vgl. außerdem unten B. III. 5.

²²⁶ Üblich ist hier bisher lediglich eine Einteilung in “traditionelle”, “spezialisierte” und “*New approaches*”-Rechtsvergleicher (siehe Riles [Anm. 126], 225), bzw. in “funktionalistische” und “*Economics*”-Rechtsvergleichung sowie eine nur sehr umständlich beschreibbare dritte Gruppe (vgl. Schlesinger/Baade/Herzog/Wise [Anm. 9], 49). Die hier vorgenommene Auflistung erhebt keinen Anspruch auf restlose Vollständigkeit – insbesondere (z.T. gewichtige) Einzelauffassungen mussten unberücksichtigt bleiben, z.B. der “Einzelfall-orientierte” Ansatz von Riles (Anm. 126), 276 ff.; für eine Übersicht über verschiedene traditionelle rechtsvergleichende Ansätze siehe Jaluzot (Anm. 101), 31 ff.

²²⁷ Vgl. hierzu Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, 1997; ferner etwa Fabio Morosini, *Globalization and Law: Beyond Traditional Methodology of Comparative Legal Studies and an Example from Private International Law*, Cardozo J. Int'l & Comp. L., 541 (insbes. 546 ff.).

²²⁸ Siehe Peters/Schwenke (Anm. 5), 809, die von einer spezifischen, verengten Version des funktionalen Ansatzes sprechen.

²²⁹ Siehe Schlesinger/Baade/Herzog/Wise (Anm. 9), 49.

²³⁰ Siehe Mattei (Anm. 227), insbes. 227 ff.

postmodernen Strömungen in noch schärferem Kontrast als ihre *Mainstream*-Kollegen.

2. *Legal Transplants*

Legal Transplants bezeichnet einen Ansatz, der aufgrund historischer Forschung davon ausgeht, dass sich das Recht vor allem durch Verpflanzung von Rechtsinstituten (*transplants*) aus einer Kultur in andere Kulturen weiterentwickelt.²³¹ Dem liegt eine Vorstellung vom Recht als einem sozial größtenteils²³² autonomen kulturellen System zugrunde.²³³

Der Ansatz der *Legal Transplants* nahm bereits Anfang der 1970er Jahre Gestalt an²³⁴, hat aber erst jüngst durch einen Aufsatz von Ewald²³⁵ wieder auf sich aufmerksam gemacht. Interessant ist er auch deshalb, weil er mit seinen Annahmen über die "Verpflanzbarkeit" rechtlicher Regelungen ein exaktes Gegenstück zur kontextualistischen Rechtsauffassung bildet²³⁶.

3. *Comparative Jurisprudence*

Anders als die übrigen hier vorgestellten aktuellen rechtsvergleichenden Theorien könnte man die Konzeption der *Comparative Jurisprudence* als einen Ansatz bezeichnen, der sich der (Rechts-)Philosophie der europäischen Tradition verpflichtet weiß.²³⁷

Law as Jurisprudence ist weder *law in books* noch *law in action*, sondern *law in minds*²³⁸ – das Recht in den Köpfen, und zwar in den Köpfen der Juristen²³⁹. Rechtsvergleichung ist dann vor allem der Versuch, "die Prinzipien, Begriffe, Glaubenssätze und Argumentationen, die den fremden Rechtsregeln und Institutionen zugrunde liegen"²⁴⁰, zu verstehen. Ganz ähnlich ausgedrückt haben sich u.a.

²³¹ Siehe Ewald (Anm. 126), 489 ff.

²³² Über das Maß der Autonomie wird gestritten, vgl. ausführlich die instruktiven Darstellungen bei *ibid.*, 489 ff.; sowie bei Peter de Cruz, *Legal Transplants: Principles and Pragmatism in Comparative Family Law*, in: Harding/Örücü (Anm. 21), 101 (102 ff.).

²³³ Siehe die Darstellung in Schlesinger/Baade/Herzog/Wise (Anm. 9), 14.

²³⁴ Vgl. Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1974.

²³⁵ Vgl. Ewald (Anm. 126), 489 ff.

²³⁶ Vgl. die Nachweise in Anm. 214.

²³⁷ Vgl. Valcke (Anm. 104), 716, Fn. 22, die den Ansatz der *Comparative Jurisprudence* auf die Grundgedanken des deutschen Idealismus (Fichte, Schelling, Hegel etc.) zurückführt; sowie Ewald (Anm. 136), 704, der u.a. Vico und Dilthey nennt; für eine Kritik der *Comparative Jurisprudence* siehe etwa Joachim Zekoll, *Kant and Comparative Law: Some Reflections on a Reform Effort*, *Tulane L. Rev.* 70 (1996), 2719 ff.

²³⁸ William Ewald, *Comparative Jurisprudence I: What Was It Like to Try a Rat?*, *Penn. L. Rev.* 143 (1995), 1889 (2111); ders. (Anm. 136), 704; sowie Valcke (Anm. 104), 717.

²³⁹ Siehe Ewald (Anm. 136), 706.

²⁴⁰ *Ibid.*, 705 (Übers. d. Verf.); siehe auch Valcke (Anm. 104), 717 f.

auch schon Geertz²⁴¹ und Legrand²⁴². Damit zeigt sich zwischen der *Comparative Jurisprudence* und den postmodernen Theorien zwar eine gewisse Verwandtschaft. Einmal abgesehen von den verschiedenen erkenntnistheoretischen Standpunkten, besteht aber jedenfalls ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Konzeptionen darin, dass die Postmoderne nicht zwischen Recht, politischem Handeln, Sitte und Moral trennen will (plurale Normativität), wohingegen die *Comparative Jurisprudence* die Rolle des staatlich gesetzten Rechts betont.²⁴³

4. *Legal Pluralism*

In praktischer Hinsicht zeigen sich zwischen *Legal Pluralism* und postmodernem Kontextualismus (vgl. oben B. II. 2. b)) nur geringe Unterschiede. Die These, dass neben dem Staat auch Gruppen und Individuen Normen setzen können,²⁴⁴ steht beim *Legal Pluralism* allerdings noch deutlicher im Mittelpunkt. Und während die Theoretiker der Postmoderne ihre pluralistische Haltung mehr oder weniger ausführlich mit erkenntnistheoretischem Skeptizismus begründen, beschränken sich Anhänger des *Legal Pluralism* meist auf eine bloße Neudefinition des Ausgangs- und Schwerpunkts rechtsvergleichender Forschung.²⁴⁵ Deutlich wird dies unter anderem dann, wenn die behauptete Tatsache pluraler Normativität zugunsten bestimmter politischer Ziele betont wird – und Ablehnung erfährt, sobald sie diesen Zielen im Weg steht.²⁴⁶ Dennoch: Die Grenzen zwischen *Legal Pluralism* und Elementen postmoderner Rechtstheorie sind fließend, insbesondere

²⁴¹ Geertz (Anm. 112), 218, sieht die Rechtsvergleichung als kulturelle Übersetzung an, als Versuch, die Vorverständnisse, Probleme und Handlungsrahmen, die für ein bestimmtes Rechtsempfinden charakteristisch sind, in den Begriffen eines anderen Rechtsempfindens auszudrücken; und in der Tat sieht sich Ewald (Anm. 136), 704, in derselben gedanklichen Tradition wie Geertz.

²⁴² Siehe Legrand (Anm. 1), 32 f.

²⁴³ Siehe Valcke (Anm. 104), 717, Fn. 23, sowie 719, Fn. 36.

²⁴⁴ Siehe Kleinhans/Macdonald (Anm. 69), 30 ff.; vgl. auch Gunther Teubner, *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems*, *AJCL* 45 (1997), 149 ff.; in der begrenzten Form des Rechtspluralismus (d.h. bei Ausscheidung sozialer, ethischer u.ä. Normen) kann dieser Gedanke über Otto von Guericke bis zum Rechtsdenken im Mittelalter verfolgt werden – siehe hierzu ausführlich Rehinder (Anm. 121), 53 ff.

²⁴⁵ Siehe Riles (Anm. 126), 240 ff., die von den Anhängern dieser Richtung als „Kontextualisten“ spricht, deren philosophischer Hintergrund weiter fest in der Moderne verankert sei (244 f.). *Pluralist* sind übrigens auch so unspektakuläre Feststellungen wie die, dass es in föderalen Systemen mehrere geltende Rechtsordnungen (mit möglicherweise kollidierenden Einzelnormen) im Bereich eines einzigen Hoheitsgebiets gibt oder die, dass in einem Staat unterschiedliche Rechtsauffassungen der Gerichte tatsächlich zu verschiedenen geltenden Bestimmungen des Rechts führen können – siehe etwa Kleinhans/Macdonald (Anm. 69), 31 f.; wenig aufschlussreich auch de Sousa Santos (Anm. 64), 297 f.; wesentlich instruktiver Köndgen (Anm. 114), 477 ff., mit einer Untersuchung zur *Private Governance* u.a. in Bezug auf AGB, Internetrecht und *lex mercatoria*.

²⁴⁶ Siehe Röhl (Anm. 122), 1163; vgl. im Übrigen insbes. Mattei/di Robilant (Anm. 9), 1089, die sich eigentlich ins genuin postmoderne Spektrum einordnen wollen: „*Pluralism* und *difference* dürfen nur dann betont werden, wenn sie nicht zu nostalgischen Sicherungen des *status quo* werden.“ (Übers. d. Verf.).

dann, wenn einer lediglich instrumentalisierten Postmoderne (“Werkzeugkammerhaltung”, siehe oben B. II. 2. a)) der stärker theoriebeladene Ansatz des sogenannten *Critical Legal Pluralism*²⁴⁷ gegenübersteht.

5. *Critical Approaches*

Critical Approaches to Comparative Law ist ähnlich wie *New Approaches* (vgl. oben Anm. 225) bzw. neuerdings die “*Utah Group*”²⁴⁸ ein Sammelbegriff, unter dessen Dach sich verschiedene rechtsvergleichende Ansätze versammeln, die bezüglich des politischen Impetus eher im linken Spektrum angesiedelt sind.²⁴⁹ Dazu zählen insbesondere *Gender*-Theorien und postkoloniale Theorien.²⁵⁰ Auch Gedanken des oben beschriebenen *Legal Pluralism* finden sich hier teilweise wieder.

Ideengeschichtlich sind die “*Crits*”²⁵¹ in der Rechtsvergleichung ein *offspin* der allgemeinen *Critical Legal Studies*²⁵², die ihrerseits verschiedene Ansätze (feministische, Frankfurter Schule etc.) beinhalten.²⁵³

Zu den postmodernen Theorien stehen die “*Crits*” in einem gewissen Spannungsverhältnis:²⁵⁴ Einerseits teilen sie mit ihnen häufig einzelne gedankliche Positionen, andererseits denken sie generell vom politischen Ergebnis her, nicht von den (philosophischen) Grundannahmen. Mit anderen Worten: Eine Theorie wird nur dann befürwortet, wenn ihre Anwendung zum gewünschten politischen Ergebnis führt.²⁵⁵ Speziell bezogen auf das postmoderne Denken ist aus Sicht der “*Crits*” unter anderem der postmoderne Begriff des Rechts problematisch: Postmoderne Rechtsvergleicher betrachten das Recht als etwas gleichsam urwüchsiges (siehe oben B. II. 1. a)). Das kann implizieren, dass einzelne Kulturen als weitgehend homogen betrachtet werden;²⁵⁶ vor allem aber werden aufgrund des organi-

²⁴⁷ Siehe dazu Kleinhans/Macdonald (Anm. 69), 37 ff.

²⁴⁸ Demleitner (Anm. 147), 650.

²⁴⁹ Siehe Mattei/di Robilant (Anm. 9), 1080; Berman (Anm. 107), 283, spricht von “*engaged comparativism*”.

²⁵⁰ Instruktiv hierzu Brenda Cossman, *Turning the Gaze Back on Itself: Comparative Law, Feminist Legal Studies, and the Postcolonial Project*, *Utah L. Rev.* 1997, 525 ff.; siehe ferner etwa Menski (Anm. 1), 14 f.

²⁵¹ Mattei/di Robilant (Anm. 9), u.a. 1082.

²⁵² Für eine unpolemische Außenbetrachtung der “*Crits*” siehe Mark Tushnet, *Critical Legal Studies: A Political History*, *Yale L. J.* 100 (1991), 1515 ff.

²⁵³ Siehe zum Ganzen, insbes. zur ideengeschichtlichen Entwicklung, den instruktiven Überblick bei Mattei/di Robilant (Anm. 9), 1054 ff.

²⁵⁴ Wenn also Markesinis (Anm. 4), 51, die Postmoderne als “wieder aufgewärmte *Critical Legal Studies*” (Übers. d. Verf.) beschreibt, so kann dem nicht uneingeschränkt gefolgt werden.

²⁵⁵ Vgl. erneut Mattei/di Robilant (Anm. 9), 1089; ferner auch Berman (Anm. 107), 281, 286, auf der Suche nach “*critical resources*”, die für “emanzipatorische Zwecke” (Übers. d. Verf.) eingesetzt werden können. Diese Betonung von Befreiung, Aufklärung zeigt, dass die kritische Rechtsvergleichung durch und durch ein Projekt der Moderne ist.

²⁵⁶ So zumindest Peters/Schwenke (Anm. 5), 814; sowie ferner Mattei/di Robilant (Anm. 9), 1072 f.

schen Rechtsbegriffs Veränderungen von außen – etwa die Forderung nach Gleichberechtigung von Mann und Frau – tendenziell abgelehnt. Postmoderne Theorie verringert daher auch das “emanzipatorische Potential” rechtsvergleichender Arbeit.

C. Einige Schlussfolgerungen

“Wahr/Unwahr” ist nach Luhmann der “Code” des Funktionssystems Wissenschaft.²⁵⁷ Für Wahrheiten – und seien sie auch nur vorläufig oder näherungsweise – ist jedoch kein Platz im postmodernen Universum. Ohne eine Auflösung der traditionellen Idee von Wissenschaft als solcher kann daher die Postmoderne ihre eigene Meta-Erzählung nicht durchsetzen.

Dies gilt auch in der Rechtsvergleichung. Der Begriff der “Wahrheit” ist in der vergleichenden Rechtswissenschaft zwar generell prekär. Die Grundannahmen moderner und postmoderner Vertreter des Fachs gehen hier dennoch weit auseinander. Soll also das postmoderne Denken mehr sein als nur theoretischer Sand im Getriebe²⁵⁸ der angewandten Rechtsvergleichung, so müssen einige Kern-Prämissen postmoderner Theorie teilweise wieder zurückgenommen werden – das Ergebnis ist eine “Postmoderne *light*”. Die Rezeption postmoderner Theorie in der Rechtsvergleichung wird dann aber oftmals nur noch als bloße Modeerscheinung wahrgenommen.

Dabei vermag das postmoderne Denken auch für den modernen Rechtsvergleicher durchaus neue Horizonte zu eröffnen – und sei es nur ein etwas kritischerer Blick auf Vorhaben des *nation building* oder der europäischen Rechtsvereinheitlichung. Fruchtbar sind die Texte postmoderner Autoren nämlich dann, wenn sie freimütig (bisweilen allerdings überzogen) Kritik an den tradierten Ansätzen der modernen Rechtsvergleichung üben. Eine größere Sensibilität im Umgang mit fremden Rechtskulturen sowie vor allem ein erweitertes “Gesichtsfeld” der Rechtsvergleichung könnte die Folge sein. Zu nennen ist hier insbesondere eine verstärkte Fokussierung auf nicht-westliche bzw. hybride Rechtssysteme sowie auf soziale Problemlösungen außerhalb dessen, was die moderne Rechtsvergleichung “Recht” nennt. Zudem hat das postmoderne Denken mit darauf aufmerksam gemacht, dass Wertungsproblematiken in der vergleichenden Rechtswissenschaft ein wesentlich höherer Stellenwert eingeräumt werden muss als bislang geschehen.

In diesem Zusammenhang sollte man allerdings der Versuchung widerstehen, sich vom modernen Rechtsbegriff zugunsten eines mehr organischen Verständnisses gänzlich zu verabschieden. Zwar beschränkt sich auch die moderne Rechtsver-

²⁵⁷ Siehe Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1992, ausdrücklich z.B. 194 f., ausführlicher 271 ff.; eine kurze Kritik postmodernen Rechtsdenkens findet sich übrigens auch bei Luhmann selbst, vgl. ders., *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 538 ff.

²⁵⁸ Vgl. Legrand (Anm. 79), 1061, der im Hinblick auf den Rechtspositivismus genau dies fordert.

gleichung nicht auf rein rechtliche Betrachtungen; aber nur die Existenz eines klar eingegrenzten Rechtsbegriffs ermöglicht es überhaupt, zwischen rechtsförmigen und nicht-rechtsförmigen Lösungsmodellen für soziale Konflikte zu unterscheiden. Darüber hinaus vermag dieser eingegrenzte Rechtsbegriff im Ausgangspunkt einer Untersuchung Komplexität zu reduzieren. Wer den modernen Rechtsbegriff aufgibt, der entzieht damit zugleich der Rechtsvergleichung ihren spezifischen Forschungsgegenstand.

Auf die rechtsvergleichende Praxis hat das postmoderne Denken bislang allerdings ohnehin nur wenig Einfluss gehabt. Für die Bedürfnisse von Rechtspolitikern, Richtern, Anwälten und einzelnen Wirtschaftsteilnehmern hat sich der funktionale Ansatz der modernen Rechtsvergleichung als besonders fruchtbar erwiesen. Es ist daher zu vermuten, dass die Debatte um postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung im Wesentlichen eine rein akademische Auseinandersetzung bleiben wird.

Summary²⁵⁹

Post-Modern Theory in Comparative Law?

Modern comparative law often seems to be vacillating between practical needs and pathos. However, many of the mainstream's comparative law texts against which post-modern authors are reacting, are either outdated or written only with respect to civil and common law (A. I.). In the main, the post-modern criticism therefore fails to convince. The general concept of postmodernism itself can be understood in at least two different ways (A. II. 1.): either as a concept describing factual post-modern phenomena (e.g. new ways of communication and other technological innovations), here one may speak of postmodernity (A. II. 2.); or as a concept describing intellectual post-modern phenomena (e.g. the loss of belief in universal truths or in the possibility of intercultural knowledge), here we may speak of postmodernism in a narrower sense (A. II. 3.). Postmodernism (in the narrower sense) is living with a paradox. Its proponents are highly sceptical of consensus and truth, yet they lay claim to a stable pluralist universe (A. II. 3. b)).

Post-modern theory in comparative law is characterized by an organic view of law, epistemological scepticism and moral relativism (B. II. 1.): Law is seen as a product of its culture, there is no distinctive line between law, morals and politics (B. II. 1. a)); intercultural knowledge is hardly possible at all, "objectivity" is an illusion (B. II. 1. b)); in the same way, moral claims are strictly local (B. II. 1. c)). For most modern comparative lawyers on the other hand, "law" is clearly distinct from other forms of normativity; the general "code" of modern science is "true/untrue". Therefore communication between modern and post-modern scholars of comparative law is hardly ever without complications. Post-modern authors also clearly oppose the approaches of Comparative Law and Economics (B.

²⁵⁹ Summary by the author.

III. 1.) and Legal Transplants (B. III. 2.). Post-modern legal thought is also less close to the various Critical Approaches (B. III. 5.) than one might suppose.

As radical as post-modern theory seems to be, the practical consequences are rather disappointing (B. II. 2.): There are only very few studies actually concerned with a concrete practical comparative law project. Those that do exist use the post-modern ideas as “tools”, not as a broad theoretical approach (B. II. 2. a)). The lack of practical applicability is the main reason why – apart from some of its critical input – the post-modern approach to comparative law is not likely to prevail in the end.