

## BUCHBESPRECHUNGEN

*Hagen Henry*

### **Kulturfremdes Recht erkennen**

Ein Beitrag zur Methodenlehre der Rechtsvergleichung

Dissertation, Helsinki: Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Helsinki 2004, ca. 428 S., ISBN 952-10-0912-8; ISSN 1456-842X

Die hier zu besprechende Dissertation handelt von der Theorie der Rechtsvergleichung. Im Allgemeinen sind Gegenstand der Rechtsvergleichung die Rechtssysteme der westlichen Industrieländer. Dagegen hat die vorliegende Arbeit den Vergleich radikal unterschiedlicher Rechte zum Gegenstand. Bereits der Titel zeigt dies mit dem Begriff „Kulturfremdes Recht“ an. Die staatlichen Boden- und Genossenschaftsgesetze der Länder Afrikas südlich der Sahara (mit Ausnahme der Republik Südafrika) dienen dem Autor als Anschauungsmaterial für seine theoretischen Ausführungen. Diese Einschränkung entspricht der Erfahrung des Autors – er war in vielen dieser Länder für unterschiedliche Auftraggeber als Gesetzgebungsberater tätig – und sie ist aus praktischen Gründen notwendig, denn die Darstellung des vielfältigen, neben den staatlichen Gesetzen geltenden Rechts würde den Rahmen einer solchen Arbeit sprengen.

Die Arbeit baut auf acht deutschsprachigen Aufsätzen und einem französischsprachigen Aufsatz des Autors auf, die dieser davor in einschlägigen Zeitschriften veröffentlicht hatte. Diese Aufsätze sind in dem Buch reproduziert. Die Zusammenfassung der Aufsätze zu Beginn macht die Arbeit auch ohne vorhergehende Lektüre derselben verständlich.

Für das Verständnis des Buches ist es angebracht, seinen Titel bereits als Programm zu verstehen. Der Autor gibt nicht vor, eine geschlossene Methodenlehre vorlegen zu können. Er möchte lediglich einen „Beitrag“ leisten zur Erschließung eines seines Erachtens vernachlässigten Gebietes. Die zweite Einschränkung steckt in dem Wort „erkennen“. Der Autor gebraucht es in seinem ursprünglichen Sinne von „wahrnehmen“. Freilich taucht darin bereits ein Doppelsinn auf, nämlich der des Bemerkens und der des Anerkennens. Das Wort weist auf ein zentrales, im Buch dann näher entwickeltes Anliegen des Autors. Es hängt eng mit dem der überkommenen Rechtsvergleichung zugrunde liegenden Begriff des Rechts zusammen. Zu unkritisch werde angenommen, auch kulturfremdes Recht läge dem Rechtsvergleicher als Material vor, das es ‚nur‘ zu verstehen und dann zu vergleichen gelte. Kaum werde danach gefragt, wie wir in kulturübergreifender Situation dieses Material konstituieren.

Die klar strukturierte Untersuchung geht systematisch zwei miteinander verknüpften Fragen nach: Warum/wozu brauchen wir die Kenntnis kulturfremden Rechts und wie können wir kulturfremdes Recht erkennen?

Der Verfasser geht von seinen eigenen Erfahrungen in Afrika aus. Der dortige Rechtspluralismus, den er in einem der abgedruckten Aufsätze als spezifisch afrikanisch begründet, stelle eines der größten rechts-, sozial- und wirtschaftspolitischen Probleme dar. Die seit Beginn der Kolonialzeit meist aus Europa importierten staatlichen Gesetze zerstörten ersatzlos bestehendes Recht, dessen einzige verbleibende Kraft darin liege, sich der Geltung des staatlichen Rechts entgegen zu stemmen. Staatliche Gesetzesreformen ohne Kenntnis des vorhandenen (kulturfremden) Rechts müssten erfolglos bleiben. Weitere, nur erwähnte Ziele, wie Entwicklung, Gerechtigkeit und Friede rückten dadurch in noch weitere Ferne.

Der Verfasser hält es jedoch nicht für ausreichend, nur einen historischen Grund für die Notwendigkeit, kulturfremdes Recht zu kennen, anzuführen, jedenfalls nicht in Zeiten faktischer Rechtsvereinheitlichung wie der unsrigen. Deshalb führt er noch eine zweite Begründung an, und zwar die reziproke genetische Verknüpfung von kultureller Vielfalt und Artenvielfalt. Erstere sei für die Entwicklung so unabdingbar wie Biodiversität für die Natur. Er schreibt (S.99): „Ohne bewusste Entwicklung der Fähigkeit, andere Denkwege und damit anderes Denken zu verstehen, gibt es keine Erhaltung der Artenvielfalt und umgekehrt, denn Artenvielfalt ist Denkvieffalt ... Kulturvielfalt ist ein Zeichen von Artenvielfalt. Artenvielfalt ist Leben. Dieses ist in Rechtsvielfalt zu konkretisieren.“

Der Verfasser sieht diese Vielfalt durch eine Reihe offener und verdeckter, nicht nur das Recht direkt betreffender Verfahren und Mechanismen bedroht. Die bereits in den 30er Jahren des vorigen Jahrhunderts von Carl Schmitt vorausgesagte Amerikanisierung des Rechts wird heute als globale Tendenz von jüngeren Rechtsvergleichern als Faktum postuliert.<sup>1</sup> Zur Vermeidung häufiger Missverständnisse weist der Verfasser nachdrücklich darauf hin, dass es ihm nicht um die Erhaltung einer bestimmten, geschichtlichen Vielfalt, sondern um die Möglichkeit von Vielfalt im existentiellen Sinne geht.

Dieser Gedanke überführt Hegels Idee der abstrakten Freiheit zu konkreter Freiheit, die in der aktuellen Vernichtung von Wahlmöglichkeiten durch mannigfache Vereinheitlichungsprozesse unterzugehen droht.

Der Verfasser begründet diesen hochinteressanten Gedanken ausgesprochen gut in Kapitel D.III (mit dem Titel „Wozu kulturfremdes Recht erkennen?“). Insbesondere dieses Kapitel zeugt von seiner Belesenheit, die er insgesamt mit einer ausführlichen und sachkundigen Bibliographie belegt. Er erinnert damit an eine deutschsprachige Kultur- und Gesellschaftswissenschaft, deren Vertreter, z.B. Georg Jellinek und Hans Kelsen in den Rechtswissenschaften, Max Weber und Werner Sombart in der Soziologie und Josef Schumpeter in den Wirtschaftswissenschaften, durch Bezüge auf die Nachbarwissenschaften und die

<sup>1</sup> So meint z.B. *Mattei, Hugo*, (An Opportunity Not to Be Missed: The Future of Comparative Law in the United States, in: *The American Journal of Comparative Law* 1998, 709 – 718 (712)): „... it is clear that the only significant meaning of globalization in the law today is Americanization“. So a. *Nader, Laura*, Comments, in: *The American Journal of Comparative Law* 1998, 751 – 756 (754); *Peters, Anne / Heiner Schwenke*, *Comparative Law Beyond Post-Modernism*, in: *International and Comparative Law Quarterly* 2000, 800 – 834 (810)

Geschichte früh praktizierten, was heute nicht selten lediglich noch wortreich mit Interdisziplinarität gefordert wird. Die Arbeit liegt im Bereich zwischen Rechtsvergleichung, Anthropologie, Rechtstheorie und allgemeiner Gesellschaftslehre und hebt sich damit von der herrschenden Rechtsvergleichung ab. Sie argumentiert gut und anregend. Was die Rechtsgeschichte betrifft, so fallen einem Savignys „System des heutigen römischen Rechts“ sowie der Methodenstreit zwischen Savigny und Thibault ein, in dem es um die Stellung des von Napoleon nach Deutschland eingeführten, Anspruch auf Universalität erhebenden Rechts ging. Aus heutiger Sicht stellt sich mit diesem Gedanken die Verbindung zu der in den sogenannten Transformationsländern, insbesondere in der Russischen Föderation, viel diskutierten Frage ein, welche Richtung sie in der Rechtsentwicklung einschlagen sollen. Sollen sie einen eigenen Weg gehen oder westliche Modelle übernehmen?

In Kapitel D.IV. schlägt der Verfasser, nachdem er für die Einbeziehung der Problematik in die Rechtsvergleichung plädiert, fünf Schritte zur Erkenntnis kulturfremden Rechts vor.

Als ersten Schritt fordert er die Anerkennung des Erkennens (kultur)fremden Rechts als Vergleichsvorgang, denn wir sehen Fremdes(Recht) so wie wir es in unserer Prägung durch unsere eigenen kulturellen Postulate sehen bzw. nur sehen können. Es reiche nicht, sich von dieser (Vor)Prägung loszusagen, sondern der Vergleichler habe sich ihrer bewusst zu werden und während des gesamten Prozesses bewusst zu halten.

Handelt es sich bereits bei der Erkenntnis um einen vergleichenden Vorgang, dann sei mit dem zweiten Schritt eine gemeinsame Erkenntnisbasis zu suchen, die nur außerhalb des eigenen Rechts und hinter der eigenen Kultur liegen könne. Der Verfasser geht davon aus, dass alle Menschen anthropologische Universalien teilen – er legt seinen Ausführungen Zeit, Raum und die Beziehung des einzelnen Menschen zu seiner Gruppe als solche Universalien zugrunde –, dass aber deren diesbezügliche Erfahrungen unterschiedliche kulturelle Postulate begründen. Darin unterscheidet er sich von Kant, der einen gleichen Inhalt der anthropologischen Universalien annimmt. Der letzte vom Verfasser der Untersuchung zugrunde gelegte Aufsatz mit dem Titel „Les conceptions du temps et de l'espace derrière les lois foncières en Afrique noire“ erhellt diesbezügliche Unterschiede zwischen Afrika und Europa (im kulturellen Sinne) treffend und verdeutlicht, welche Folgen dies für die Gesetzesreformen in Form von Rechtsübertragungen hat.

Als dritten Schritt schlägt der Verfasser die dia-logale Durchdringung des eigenen Rechts und die dia-tope Durchdringung des Rechts zu den dahinter liegenden kulturellen Postulaten vor. Er sieht darin eine Möglichkeit, wenigstens annäherungsweise den Prozess der Enkulturation zurückzurollen um so die freie Sicht eines Kindes auf das Fremde wiedererlangen zu können. Er weist damit wiederum aus der Rechtswissenschaft hinaus, hier auf Themen der Sprachwissenschaften, der kognitiven Anthropologie und der Kindespsychologie.

Diese Annäherung müsse in einem vierten Schritt zur Anerkennung der relativen Position des eigenen Rechts als eines unter vielen führen. Diese ergebe sich aus der Erkenntnis der Inkommensurabilität unterschiedlicher Rechte, im Sinne von ‚unvereinbar‘ hinsichtlich

ihrer kulturellen Postulate und im Sinne von ‚unzureichend‘ in Bezug auf die (ganze) Wahrheit des Rechts.

Schließlich sei in einem fünften Schritt die gewohnte Prüfungsreihenfolge – Verstehen und Vergleichen von Rechtsregeln und -institutionen – umzukehren. Der das kulturfremde Recht zu erkennen suchende Jurist habe als erstes durch sein eigenes Recht hindurch zur gemeinsamen Erkenntnisbasis zu gehen. Von dort könne er dann nicht sogleich zum Verstehen des fremden Rechts gehen, sondern er müsse zunächst das fremde Recht suchen. Dieser Suche habe eine Klärung der kulturellen Postulate des Fremden (nicht: des fremden Rechts) vorauszugehen. Die kulturellen Postulate sind also nicht nur Interpretationshilfen, sondern sie dienen zunächst der Definition des kulturfremden Rechts, seiner Gegenstände, seiner Rechtsträger etc.

In seiner Zusammenfassung geht der Verfasser auf die Schwierigkeiten ein, auf die in einer Welt der Globalisierung und der allgemeinen Vereinheitlichung der Rechte der Versuch stößt, die Möglichkeit des Andersseins zu erhalten.

Neben dem Kern der Arbeit, der die Theorie der Rechtsvergleichung betrifft, enthält die Untersuchung auch eine rechtsvergleichende Darstellung zum Boden- und Genossenschaftsrecht und sie interessiert unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Rechtstheorie. Unter praktischen Gesichtspunkten enthält die Arbeit neben dem bereits erwähnten Beitrag zur Transformationsdebatte in den osteuropäischen Ländern und den ehemaligen Sowjetrepubliken auch abgewogene Argumente für die Debatte um die Globalisierung und ihre Folgen. Zu nennen sind auch die Fragen der Gleichbehandlung von Minderheiten und der Schutz indigener Völker. Ihre Ergebnisse sind also über den Rahmen der Beispiele (Afrika und Boden- und Genossenschaftsrecht) hinaus von Interesse.

Insgesamt handelt es sich um einen originellen Beitrag zur Entwicklung des Rechts weltweit. Er liefert mit ausgewogenen Begründungen nicht nur Argumente gegen Vereinheitlichungsbestrebungen, sondern er schlägt auch vor, wie Vielfalt erhalten werden könnte.

Die Dissertation wirft, was sie auch sollte, zumindest zwei weiterführende Fragen auf: Stehen am Ende des realen Sozialismus und damit angeblich am Ende der Geschichte wirklich eine einheitliche Form von Demokratie, Marktwirtschaft und Rechtsstaat oder führt uns der Glaube, diese Einheitlichkeit sei segensreich, dem Ende der Geschichte zu? Und: Wie kann die heutige auf die Vereinheitlichung aller Lebensformen ausgerichtete Wirtschafts- und Gesellschaftsrationalität verändert werden?

Wünschenswert wäre gewesen, der Verfasser hätte die Auswirkungen seiner theoretischen Erörterungen auf die von ihm angeführten Gesetzesreformen in Afrika noch mehr exemplifiziert. Zu bedauern ist, dass die Sprache der Arbeit diesem originellen Beitrag zur Rechtsvergleichung nicht die ihm gebührende breite Leserschaft bringen wird.

*Juha Tolonen, Vaasa, Finnland*