

# Marcelo Neves<sup>\*</sup>

## Zwischen Subintegration und Überintegration: Bürgerrechte nicht ernstgenommen

*Aufbau und Erweiterung der Bürgerrechte sind in westeuropäischen Ländern ein zwar nicht beendeter, aber doch institutionalisierter Prozeß. Ganz anders stellt sich die Situation in lateinamerikanischen Ländern dar. Der Autor zeigt am Beispiel Brasiliens, wie die Bürgerrechtsdiskussion nach dem Ende der Militärdiktatur 1984 zur entscheidenden Triebkraft für die Versuche der Demokratisierung des Landes wurde. Ohne Verrechtlichung der Bürgerrechte und die Autonomie des Rechtssystems gegenüber gesellschaftlichen Interessen kann, so die These von Neves, der Prozeß der Demokratisierung der Gesellschaft jedoch nicht erfolgreich sein.*

*Die Red.*

Die Bürgerrechte – hier nicht in ihrem rechtstechnischen Sinne, sondern als politisch-rechtlicher Mechanismus der sozialen Inklusion verstanden – sind zu einem der häufigsten Themen der politischen Rhetorik und des sozialwissenschaftlichen Diskurses in Brasilien ab den achtziger Jahren, also mit dem Ende des Militärautoritarismus (1964–1984), geworden. Der Bürgerrechtsdiskurs geht auf den Kampf gegen die Militärdiktatur und ihre an der »sozialen Exklusion« breiter Bevölkerungsgruppen orientierte Politik zurück und wurde von der demokratischen Opposition getragen, so daß er einer spezifischen Wert- und Interessenkonstellation entsprach. Aber nach der Verkündung der Verfassung von 1988, die als »Bürgerverfassung« (»Constituição Cidadã«) bezeichnet wurde, haben verschiedene politische und sozialwissenschaftliche Strömungen den Bürgerrechtsdiskurs aufgenommen. In diesem neuen Kontext impliziert die Ausweitung der Diskussion über die Bürgerrechte keine Eindeutigkeit des Terminus. Im Gegenteil: Je mehr man von »cidadania« (citizenship, Staatsbürgerschaft) bzw. »direitos de cidadania« (citizenship rights, staatsbürgerliche Rechte) spricht, desto zweideutiger werden die Ausdrücke. Es scheint, als ob in Brasilien die Bürgerrechtsrhetorik ihre Stilmittel intensiviert und sich immer stärker ausdehnt, je schwächer die strukturellen und konjunkturellen Bedingungen der Verwirklichung der Bürgerrechte sind. Aus diesem Grund ist »cidadania« (im sozialwissenschaftlichen Sinne der angloamerikanischen Debatte über *citizenship* bzw. im politisch-rechtlichen Sinne eines Ensembles von Bürgerrechten, das die soziale Inklusion von Personen und Gruppen ermöglicht) vor allem ein Problembegriff der symbolischen Politik, selbst wenn die Bürgerrechtssemantik der Verfassungsurkunde durch die umfassende Deklaration der Grundrechte einverleibt ist, denn er wird dann zu einem Terminus der symbolischen Konstitutionalisierung.

<sup>\*</sup> Für die sprachliche Revision bin ich Alexander Masic und Franz von Weber sehr dankbar.

Im folgenden werde ich zunächst den Versuch unternehmen, anhand eines Hinweises auf die Entwicklungssemantik des Begriffs die Bedeutung der »Bürgerrechte« als politisch-rechtlicher Mechanismus der sozialen Inklusion einzugrenzen (I). Im Anschluß daran werde ich dann den Aufbau und die Ausweitung der Bürgerrechte als Verrechtlichungsprozeß behandeln (II) und in Zusammenhang damit der Frage der Autonomie des Rechtssystems als Bedingung der Möglichkeit ihrer Verwirklichung nachgehen (III). Darauf folgt eine kurze Bemerkung über die politisch-rechtlichen Momente der Schaffung und Erweiterung der Bürgerrechte (IV). Schließlich werde ich den Mangel an effektiven Bürgerrechten im Kontext der Beziehungen von *Subintegration* und *Überintegration* von Personen und Gruppen in die sozialen Systeme, insbesondere in das Rechts- und Verfassungssystem als zentrales Thema behandeln; dabei handelt es sich nicht genau um »Exklusion versus Inklusion«, sondern es geht sowohl bei der Sub- als auch bei der Überintegration um Formen der einseitigen, unzureichenden Inklusion (und also teilweise Exklusion), sei es, weil der »Subbürger« keinen Zugang zum Recht und zum Rechtsschutz (keine positive Integration) hat, aber den Handlungs- und Kommunikationsbeschränkungen des Rechtssystems (Verpflichtungen, Verantwortungen, Strafen usw.) unterworfen ist (negative Integration), sei es, weil der »Überbürger« dagegen Zugang zum Recht und zum Rechtsschutz (positive Integration) hat, ohne den vom Rechtssystem auferlegten Verpflichtungen, Verantwortungen, Strafen usw. unterworfen zu werden (Mangel an negativer Integration) (V). Bei diesem Anlaß werde ich dann einige spezifische Aspekte dieses Problems erörtern: (faktische) Entrechtlichung als Negation der Bürgerrechte (VI); fehlende Autonomie des Rechts (VII); symbolische Funktion des Verfassungstextes in Brasilien (VIII). Zum Schluß wird hervorgehoben, daß die Verallgemeinerung und Konkretisierung der Bürgerrechte in Brasilien die Konstruktion eines öffentlichen Legalitätsraums im Rahmen der Konkretisierung einer Verfassungsordnung erfordert.

### *I. Vom engsten Begriff zum umfassenden Verständnis der Bürgerrechte*

In der Semantik der bürgerlichen Revolutionen der Neuzeit hatte die Vorstellung von »Bürgerrechten« eine eng gefaßte Bedeutung: Sie verwies spezifisch auf das Recht auf Beteiligung am Prozeß der Staatswillensbildung. So unterschieden sich die *droits de l'homme* (Menschenrechte) als vorstaatliche Individualrechte von den *droits du citoyen* (Bürgerrechten), die den Aufbau des Staats als einer politischen Institution voraussetzten. Die *citoyenneté* (Staatsbürgerschaft) blieb auf die »politischen Rechte« beschränkt.<sup>1</sup>

Diese strikte Semantik ist allerdings über die liberalen Theoriemodelle hinausgegangen und wurde von Marx in seiner Schrift *Zur Judenfrage* übernommen, in der zwischen den »als die Rechte des *Mitglieds der bürgerlichen Gesellschaft*, d. h. des egoistischen Menschen« definierten *Menschenrechten* (*droits de l'homme*) und den politischen Rechten (*droits du citoyen*), welche die Teilnahme am Staat als »politischem Gemeinwesen« implizieren, unterschieden wird.<sup>2</sup> Die *droits de l'homme* (Menschenrechte) wurden kritisch als Ergebnis der »Trennung des Menschen von seinem *Gemeinwesen*,

<sup>1</sup> In diesem engeren Sinne gehören die zivilen Rechte genommen nicht zum Bereich der (politischen) *droits du citoyen* (Bürgerrechte), sondern sie bilden eher die staatlich organisierte Form der präexistenten *droits de l'homme* (Menschenrechte).

<sup>2</sup> Karl Marx, *Zur Judenfrage*, in: Karl Marx u. Friedrich Engels, *Werke*, Bd. I, 15. Aufl., Berlin 1988, S. 347–377, 361 ff., insbes. 362 u. 364 (zuerst in: *Deutsch-Französische Jahrbücher*, Paris 1944).

von sich und den andern Menschen« angesehen,<sup>3</sup> während die *droits du citoyen* (Staatsbürgerrechte) als politisch integrative Rechte verstanden wurden.

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hat diese Semantik, welche die citizenship (Staatsbürgerschaft) auf das Recht der politischen Partizipation einschränkt, in der Sprache der Geisteswissenschaften an Einfluß verloren. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang der Beitrag von T. H. Marshall im Sinne einer weiteren semantischen Ausweitung des Begriffs. In dieser Blickrichtung erkennt man eine »evolutionäre« Ausdehnung des Begriffs, der die zivilen, die politischen und die sozialen Rechte, deren Entstehungszeit jeweils in das 18., 19. und 20. Jahrhundert fällt, aufgenommen hat.<sup>4</sup> Demnach wäre die den Bürgerrechten innewohnende Gleichheit nur erreicht, wenn sie sich gleichzeitig auf die (zivile) Freiheit, auf die (politische) Partizipation und auf die Befriedigung der (sozialen) Bedürfnisse ausdehnen würde. Und in diesem umfassenden Sinn stünden die Bürgerrechte im 20. Jahrhundert mit dem auf Ungleichheit gegründeten kapitalistischen Klassensystem »in Krieg«.<sup>5</sup>

Die Entwicklung der am Gleichheitssatz ausgerichteten Bürgerrechte erschöpft sich aber nicht in den drei von Marshall untersuchten Phasen, in denen Rechte erobert und ausgedehnt wurden, deren Trägerschaft letztlich beim Individuum lag. Die klassischen politischen Rechte behaupteten die Freiheit des *Individuums* zur politischen Teilnahme an der Machtausübung, einschließlich der Freiheit, sich zu diesem Zweck mit anderen *Individuen* zu vereinigen bzw. zu versammeln. Und selbst die Sozialrechte als »*droits-créances*« im Gegensatz zu den *droits-libertés*<sup>6</sup> beziehen sich auf die Forderung einer Leistung des Staats an das Individuum. In den letzten Jahrzehnten hat sich die citizenship (Staatsbürgerschaft) im Sinne einer Eroberung und Erweiterung der auf kollektive und diffuse Interessen bezogenen Rechte entwickelt, der sog. Rechte der »dritten Generation«.<sup>7</sup> Zwar stimmt es, daß während des Aufkommens der Arbeitsgesetzgebung auch Kollektivrechte wie etwa das Streikrecht und die aus den Tarifverhandlungen hervorgehenden Rechte entstanden sind. Aber die allgemeinere Forderung nach der Integration der Kollektivrechte in die Wirklichkeit der Staaten ist ein Phänomen, das sich erst in den letzten drei Jahrzehnten manifestiert.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Ebd., S. 356. Vgl. auch ebd., S. 364.

<sup>4</sup> T. H. Marshall, *Class, Citizenship, and Social Development*, Westport, Connecticut 1976 (Nachdruck der Auflage von New York 1964), S. 71 ff. Im Anschluß an ihn siehe Reinhard Bendix, *Nation-Building and Citizenship. Studies of our changing social order*, Garden City, New York 1969, S. 92 ff. (1. Aufl.: 1964). Obwohl sich die lineare Formulierung der Perioden der Emergenz der zivilen, politischen und sozialen Rechte in Marshalls Modell kritisieren läßt, indem man die politischen Kämpfe und die soziale Bewegung bei der Eroberung und Ausdehnung der Bürgerrechte hervorhebt (vgl. Anthony Giddens, *Class division, class conflict and citizenship rights*, in: ders., *Profiles and Critiques in Social Theory*, London 1982, S. 164–80, 171–73 u. 176; J. M. Barbalet, *Citizenship: Rights, Struggle and Class Inequality*, Milton Keynes 1988; David Held, *Citizenship and Autonomy*, in: ders., *Political Theory and the Modern State*, Cambridge 1989, S. 214–242; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main 1992, S. 103 ff.; Danilo Zolo, *Democratic Citizenship in a Postcommunist Era*, in: David Held (Hg.), *Prospects for Democracy: North, South, East, West*, Cambridge 1993, S. 254–268.), ist die Bedeutung der trichotomischen Klassifizierung der Bürgerrechte für ein besseres Verständnis des demokratischen Rechtsstaats nicht zu verkennen.

<sup>5</sup> Marshall (Fn. 4), S. 84.

<sup>6</sup> Luc Ferry u. Alain Renaut, *Philosophie politique 3 – Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, 3. Aufl., Paris 1992, S. 26–32.

<sup>7</sup> Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo 1988, S. 131 ff. Mit Einwänden gegen die »normative inflation of the concept of citizenship« deutet Zolo (Fn. 4, S. 259) auf »the risk of diluting its historical and functional significance« hin. Vgl. auch Norberto Bobbio, *The Age of Rights*, engl. Übers. von Allan Cameron, Cambridge 1996, S. XI u. S. XVI f., Anm. 9.

<sup>8</sup> Vgl. Mauro Cappelletti, *Formaciones Sociales e Interesses de Grupo frente a la Justicia Civil*, in: Boletín Mexicano de Derecho Comparado (N. F.), Jg. XI, Nr. 31–32 (México 1978), S. 1–40; ders. u. Bryant Garth, *Access to Justice and the Welfare State: An Introduction*, in: M. Cappelletti (Hg.) unter Mitarbeit von J. Weisner et M. Seccombe, *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn/Bruxelles/Stuttgart/Firenze 1981, S. 1–24, 11–14.

Die Bedeutung der auf kollektive und diffuse Interessen bezogenen Rechte bzw. Klagen liegt darin begründet, daß sie konkrete und wirksame Aktionen gegen die rechtswidrigen und sozial schädlichen Praktiken der großen unpersönlichen Organisationen, die in der heutigen Welt immer stärker werden, ermöglichen. Das wäre in der Periode der individualistischen Auffassung der Rechte nicht möglich gewesen. Mit anderen Worten: Die kollektiven Bürgerrechte sind gerade angesichts der Unfähigkeit des Individuums, einzeln dem Staat bzw. den großen Privatorganisationen entgegenzutreten, erforderlich.

Schließlich und als fünfte Phase der Entwicklung der Bürgerrechte kommt es zu den aus den sogenannten »umgekehrten Diskriminierungen« resultierenden Rechten. So argumentiert Dworkin in seiner rekonstruktiven Analyse der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der USA, daß diese positiven Diskriminierungen in bezug auf die Benachteiligten durchaus mit dem – für ihn axiomatischen – Recht auf gleiche Rücksicht und Achtung übereinstimmen können.<sup>9</sup> Diese Orientierung wird in der Praxis politischer Gruppen, in der Rechtsprechung und auch im Bereich der Gesetzgebung befolgt und bezweckt die Kompensation von negativen sozialen Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, des Geschlechts, der sexuellen Orientierung oder der körperlichen Behinderung. Die positiven Diskriminierungen brechen mit der universalistischen Konzeption der Bürgerrechte, indem sie sich fragmentarisch in Richtung der besonderen Unterschiede und Bedingungen von Minderheiten öffnen, ohne daß daraus eine Negation des Gleichheitsprinzips hervorgeht.<sup>10</sup> Hier erfolgt nur die Pluralisierung der Bürgerrechte.<sup>11</sup>

## II. Aufbau und Ausweitung der Bürgerrechte als Verrechtlichungsprozeß

Die Vermehrung der juridifizierbaren Themen im Rahmen der Positivierung des Rechts<sup>12</sup> hat die Verrechtlichung zu einem kritischen Problem des modernen Staats gemacht. »Nach außen« als Ausdehnung des Rechts und »nach innen« als dessen Detaillierung und Spezialisierung (Verdichtung) verstanden,<sup>13</sup> wurde das Phänomen

9 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), 6. Aufl., London 1991, S. 223–239 (dt.: Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt am Main 1990, S. 364–389).

10 Hier ist nicht der Ort, auf die kontroverse Debatte über die umgekehrten Diskriminierungen (affirmative action) in den USA einzugehen (siehe hierzu den deutschsprachigen Überblick bei Beate Rossler [Hg.], *Quotierung und Gerechtigkeit: Eine moralphilosophische Kontroverse*, Frankfurt am Main 1993; vgl. auch Rainer Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit: politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt am Main 1996, S. 122 ff.). Was hier interessiert, ist, daß die umgekehrten Diskriminierungen sich mit dem Kern des Gleichheitssatzes als Norm (nicht nur als Form) der Gleich-/Ungleichbehandlung vereinbaren lassen: »Gleichbehandlung gilt dann als die Regel, von der Ausnahmen möglich sind, wenn die Ungleichheit der Fälle sich aufdrängt. Gleichbehandlung ist für sich selbst Grund genug, Ungleichbehandlung dagegen begründungsbedürftig. Die Symmetrie der Zwei-Seiten-Form wird durch das Regel/Ausnahme-Schema asymmetrisiert« (Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, S. 111 f.).

11 Die umgekehrten Diskriminierungen, die Konkurrenzvorteile für die sozial diskriminierten Gruppen einführen (Dworkin [Fn. 9], S. 224 [dt. S. 365], besonders im Hinblick auf die Frage der ethnischen Minderheiten in den Vereinigten Staaten), sollen nicht mit den sozialen Rechten im klassischen Sinne als allgemeinen Mechanismen des Ausgleichs sozialer Ungleichheiten gleichgesetzt werden. In einer Analyse der Schwierigkeiten der sozialen Rechte in der letzten Zeit – im umfassenderen Rahmen einer Kritik der individualistischen Konzeption der Rechte – weist z. B. Günter Frankenberg (Why Care? – The Trouble with Social Rights, in: Cardozo Law Review, Vol. 17, Nr. 4–5, New York, März 1996, Part II, S. 1365–1390) auf deren enge Verknüpfung mit den auf kollektive Interessen bezogenen Rechten und den Rechten der diskriminierten Minderheiten hin (insbes. S. 1389).

12 Niklas Luhmann, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, in: ders., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main 1981, S. 113–153, 129; ders., *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main 1983, S. 144; ders., *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., Opladen 1987, S. 211.

13 Rudiger Voigt, *Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft*, in: ders. (Hg.), *Verrechtlichung: Analysen zu*



der Verrechtlichung im Rahmen einer lebhaften Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland der achtziger Jahre nach drei Grundtypen klassifiziert: Legalisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung.<sup>14</sup> Die verrechtlichenden Wirkungen auf die Gesellschaft wurden einerseits negativ bewertet (als Entfremdung, Bürokratisierung, »Kolonialisierung der Lebenswelt«), andererseits positiv (Freiheits- und Statussicherung).<sup>15</sup> Hinsichtlich des positiven Aspekts kann man behaupten, daß der Aufbau und die Ausweitung der Bürgerrechte einen Verrechtlichungsprozeß der Machtverhältnisse implizieren.

Der Verrechtlichungsprozeß hat sich im modernen Staat in vier Phasen (»Schüben«) entwickelt,<sup>16</sup> von denen jeder eine spezifische Bedeutung für den Aufbau der Bürgerrechte zukommt.

In der ersten Periode führt die Verrechtlichung zu den klassischen subjektiv-privaten Rechten und ist an den Begriff des »bürgerlichen Staats« der absolutistischen Epoche gebunden. Insofern diese Rechte nicht gegenüber dem Souverän ausgeübt werden konnten, sondern nur gegenüber anderen Untertanen, sollte man strenggenommen nicht von Bürgerrechten sprechen. Die asymmetrische Beziehung zwischen dem Souverän und den Untertanen, die aus Befugnissen und Vorrechten am oberen Pol und aus Gehorsam und Pflichten am unteren Pol bestand, war mit dem der Vorstellung von *citizenship* zugrunde liegenden Gleichheitssatz unvereinbar.

In der zweiten Phase führt die Verrechtlichung zur Positivierung der subjektiv-öffentlichen Rechte liberalen Zuschnitts, die dem »bürgerlichen Rechtsstaat« entsprechen. Die Privatpersonen verfügen nun über Rechte, die sie gegenüber dem »Souverän« einklagen können. Letzterer ist seinerseits verpflichtet, die positivrechtlich vorausbestimmte Handlungssphäre der Privatpersonen anzuerkennen. Die Bürgerrechte entstehen so als Behauptung der negativen Freiheiten in der Form der klassischen zivilen Rechte.

Später, mit der Entstehung des demokratischen Rechtsstaats, kommen die demokratischen subjektiv-öffentlichen Rechte (Verrechtlichung des Legitimationsprozesses) »in Form des allgemeinen und gleichen Wahlrechts sowie der Anerkennung der Organisationsfreiheit für politische Verbände und Parteien« auf.<sup>17</sup> In der Sprache von Rawls wird das Prinzip der gleichen Freiheit dann »Prinzip der (gleichen) Partizipation« genannt.<sup>18</sup> Freiheit als Autonomie weicht der Freiheit als Partizipation.<sup>19</sup> Die Bürger-

Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse, Königstein/Ts. 1980, S. 15–37, 16; ders., Politik und Recht: Beiträge zur Rechtspolitologie, 3. Aufl., Bochum 1993, S. 77 u. 130; Axel Gorlitz/Rüdiger Voigt, Rechtspolitologie: Eine Einführung, Opladen 1985, S. 119 f.; Jürgen Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1982, Bd. 2, S. 524; Raymond Werle, Aspekte der Verrechtlichung, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 3 (1982), S. 2–13, 4.

<sup>14</sup> Voigt, Verrechtlichung (Fn. 13), S. 18–23; ders., Politik und Recht (Fn. 13), S. 80 ff. u. 130; Gorlitz/Voigt (Fn. 13), S. 134 f. Werle (Fn. 13, S. 5 ff.) plädierte für Beschränkung des Verrechtlichungsbegriffes auf die Zunahme von Gesetzen und Rechtsverordnungen in einem bestimmten Zeitraum. Vgl. dagegen Voigt, Gegentendenzen zur Verrechtlichung: Verrechtlichung und Entrechtlichung im Kontext der Diskussion um den Wohlfahrtsstaat, in: ders. (Hg.), Gegentendenzen zur Verrechtlichung (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 9), Opladen 1983, S. 17–41, 18 ff., unter Berücksichtigung der »qualitativen Aspekte« der Verrechtlichung.

<sup>15</sup> Voigt, Verrechtlichung (Fn. 13), S. 30.

<sup>16</sup> Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns (Fn. 13), Bd. 2, S. 524 ff., dem ich mich im folgenden anschließe. Vgl. auch Gunther Teubner, Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Friedrich Kubler (Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität: Vergleichende Analysen, Baden-Baden 1984, S. 289–344, 301 f.; Voigt, Gegentendenzen zur Verrechtlichung (Fn. 14), S. 21 f.; ders., Politik und Recht (Fn. 13), S. 130 f.; Gorlitz/Voigt (Fn. 13), S. 121 ff.; Werle (Fn. 13), S. 9 f.

<sup>17</sup> Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns (Fn. 13), Bd. 2, S. 529.

<sup>18</sup> John Rawls, A Theory of Justice, 10. Aufl., Oxford 1990, S. 221 (1. Aufl.: 1972).

<sup>19</sup> Bernardette Pedrosa, Estado de Direito e Segurança Nacional, in: Anais da VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Curitiba-PR (Brasilien), 07–12 Mai 1978, S. 185–201, 193.

rechte werden durch die Behauptung der positiven Freiheiten in Form politischer Rechte ausgedehnt.<sup>20</sup>

Schließlich kommt das Problem der Verrechtlichung im Rahmen des demokratischen und sozialen Rechtsstaats zur Geltung, der die Positivierung der sozialen Rechte, den kompensatorischen Eingriff in die Klassenstruktur und in die Wirtschaft, die staatliche Sozialpolitik und die rechtliche Regulierung der Familien- und Erziehungsverhältnisse mit sich gebracht hat. Dieser Phase gilt Habermas' Verrechtlichungskritik, die auf der Unterscheidung zwischen dem »Medium Recht« und dem »Recht als Institution« gegründet ist. Im ersten Fall wird »das Recht mit den Medien Geld und Macht so kombiniert, daß es selber die Rolle eines Steuerungsmediums übernimmt«, wie im Bereich des Wirtschafts-, Handels- und Verwaltungsrechts.<sup>21</sup> Unter »Rechtsinstituten« versteht Habermas »Rechtsnormen, die durch den positivistischen Hinweis auf Verfahren nicht zureichend legitimiert werden können.«<sup>22</sup> Indem sie »den legitimen Ordnungen der Lebenswelt« (Horizont der kommunikativ Handelnden) zugehören, bedürfen sie »einer materiellen Rechtfertigung«.<sup>23</sup> Nach diesem analytischen Modell hat das Recht als Medium »konstituierende Kraft«, das Recht als Institution nur »regulative Funktion«.<sup>24</sup> In dem Maße, wie das Recht als systemisches Medium in die informell geregelten Sphären der »Lebenswelt« eindringt, hat die Verrechtlichung negative, sozial desintegrative, freiheitsentziehende Wirkungen. In diesem Kontext spricht Habermas von innerer Kolonialisierung der Lebenswelt: »Die These der inneren Kolonialisierung besagt, daß die Subsysteme Wirtschaft und Staat infolge des kapitalistischen Wachstums immer komplexer werden und immer tiefer in die symbolische Reproduktion der Lebenswelt eindringen.«<sup>25</sup> Das Medium Recht, systemischer Ausdruck der Zweckrationalität, im Dienst der Wirtschaft und der Macht stehend, dringt in den auf Verständigung beruhenden Bereich des kommunikativen Handelns ein und beeinträchtigt damit den Aufbau einer intersubjektiven Vernunft.<sup>26</sup>

Habermas behauptet jedoch, daß die Verrechtlichung, auch in der Phase des sozialen und demokratischen Rechtsstaats, positive Ergebnisse zeitigt, wenn das Recht als Institution eine regulative Rolle zugunsten des an Verständigung orientierten Handlungszusammenhangs der Lebenswelt spielt oder als Steuerungsmedium der wirtschaftlichen und staatlichen Handlungssysteme dient.<sup>27</sup> Sieht man von Habermas'

20 Zur Unterscheidung zwischen negativen und positiven Freiheiten siehe *Isaiah Berlin*, *Two Concepts of Liberty* (1958), in: ders., *Four Essays on Liberty*, London/Oxford/New York: 1975 (Nachdruck der 1. Aufl. von 1969), S. 118–172; *Alessandro Passerin D'Entrèves*, *La Dottrina dello Stato: Elementi di Analisi e di Interpretazione*, Torino 1962, S. 279–310; *C. B. Macpherson*, *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, 6. Aufl., Oxford 1990, S. 95 ff.; *Charles Taylor*, *Der Irrtum der negativen Freiheit*, in: ders., *Negative Freiheit? Zur Kritik des neuzeitlichen Individualismus*, dt. Übers. v. H. Kocyba, Frankfurt am Main 1988, S. 118–144; *Jürgen Habermas* (Fn. 4), S. 325 ff., der sie jeweils auf die Bürgerrechtsbegriffe der im Rahmen der Verfassungsdebatte in den USA rivalisierenden »Liberalen« und »Republikaner« bezieht (S. 327 f.).

21 *Habermas* (Fn. 13), S. 536.

22 Ebd.

23 Ebd.

24 Ebd., S. 537.

25 Ebd., S. 539.

26 Später nimmt *Habermas* (Fn. 4) zwar – bei einer Verstärkung seines normativen Anspruches im Hinblick auf den demokratischen Rechtsstaat – von der dichotomischen Konzeption »Recht Medium versus Recht als Institution« Abstand, indem er das Recht als Transformator zwischen System und »Lebenswelt« definiert (S. 77 f., 108 u. 217); aber das Problem der Verrechtlichung als »Kolonialisierung der Lebenswelt« wird damit bei der Diskurstheorie nicht ausgeschlossen: Es taucht in den Fällen auf, in denen bei dem Spannungsverhältnis zwischen Instrumentalität und Unverfügbarkeit des Rechts (S. 583 ff.; ders., *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, in: *Kritische Justiz* [1987], S. 1–16.) sich jene auf eine destruktive Weise gegen diese durchsetzt.

27 *Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns* (Fn. 13), Bd. 2, S. 536 ff. So rechtfertigte sich die Kritik von *Peter Nahamowitz* (»Reflexives Recht«: Das unmögliche Ideal eines post-interventionistischen

konsensualistischem Anspruch ab, ist jedenfalls nicht zu leugnen, daß die sozialen Rechte, insofern sie aus der Einwirkung des Rechtssystems auf die Wirtschaftsstruktur und die Klassenverhältnisse hervorgehen, eine sozialintegrative Funktion erfüllen. Man kann nach wie vor behaupten, daß die *droits-libertés* ohne die sozialen Rechte als *droits-créances* nicht verallgemeinerungsfähig sind. Die Bürgerrechte als Mechanismen der generalisierten Integration in die gesellschaftlichen Teilsysteme auf der Grundlage des Rechts erfahren also eine beträchtliche Ausdehnung mit der Eroberung der sozialen Rechte, selbst wenn diese aus einem kritisch-theoretischen Blickwinkel angesichts der »Massenloyalität« im Wohlfahrtsstaat negativ beurteilt werden könnten.<sup>28</sup>

Neben den vier obengenannten Phasen läßt sich die Institution der auf kollektive und diffuse Interessen bezogenen Rechte und der umgekehrten Diskriminierungen als neuer Schub des Verrechtlichungsprozesses interpretieren. Durch erstere reagiert das positive Recht auf die Unfähigkeit des wirksamen Handelns von einzelnen Individuen gegen das Vorgehen der großen Organisationen. Die Klagen zum Schutz der »kollektiven und diffusen Interessen« ermöglichen den einzelnen und den Gruppen einen breiteren und wirksameren Zugang zu den Leistungen und Vorteilen der sozialen Systeme und stärken somit die Bürgerrechte. Die umgekehrten Diskriminierungen institutionalisieren über ihre Funktion der rechtlichen Sicherstellung der Integration von Minderheiten in die sozialen Systeme hinaus das Recht auf Anderssein. Indem sie rechtlich diskriminieren, orientieren sie sich am Gleichheitsprinzip der Bürgerrechte (*citizenship*).

### III. Autonomie des Rechtssystems als Bedingung der Möglichkeit der Bürgerrechte

Wenn einerseits der Aufbau und die Erweiterung der Bürgerrechte als Verrechtlichungsprozeß interpretiert werden kann, ist es andererseits möglich, die Autonomie des Rechtssystems als Bedingung der Möglichkeit ihrer Verwirklichung vorzustellen.

Am radikalsten wird die Frage der Autonomie des Rechts von der Systemtheorie behandelt. In dieser Perspektive wird die Positivität als »Selbstbestimmtheit« des

Steuerungskonzepts, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 [1985], S. 29–44, insbes. 42) an G. Teubner und H. Willke, insofern diese in ihrem früheren Versuch, Habermas' Diskursethik und Luhmanns Systemtheorie zusammenzuführen, neoliberale Folgerungen aus der Habermasschen Verrechtlichungskonzeption gezogen haben (vgl. Gunther Teubner u. Helmut Willke, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1984), S. 4–35, 24 und 29; Gunther Teubner, Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 68 (1982), S. 13–59, 26 f. u. 41–44, der später in dieser Hinsicht seine Position geändert hat: ders., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main 1989, S. 81 f. u. 85 f.

- <sup>28</sup> Zur Konzeption der »Massenloyalität« im Wohlfahrtsstaat siehe Wolf-Dieter Narr u. Claus Offe (Hg.), *Wohlfahrtsstaat und Massenloyalität*, Köln 1975. Der Argumentationslinie von Offe folgend, bezieht sich Preuß (Perspektiven von Rechtsstaat und Demokratie, in: *Kritische Justiz* 22 [1989], S. 1–12, 2) auf die »Domestizierung des Klassenkampfes durch die Verrechtlichung des Arbeitskampfes«. Die Vorstellung einer »Massenloyalität« ist eng mit der Konzeption von Bendix (Fn. 4, S. 89) verknüpft, der zufolge die Kämpfe der Arbeiterklasse in den entwickelten westlichen Ländern sich eher an der Bemühung um Integration (»Partizipation«) in das System als am Aufbau einer »Neuen Gesellschaftsordnung« ausgerichtet haben und somit als Ausdruck eines konservativen Geistes gekennzeichnet werden können. In kritischer Haltung gegenüber dem Konzept der »Massenloyalität« unterstreicht Niklas Luhmann (*Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München 1981, S. 10) den ständigen Wandel der »typisch erwartbare[n] Motivlage der Menschen« im Wohlfahrtsstaat, wobei man also »nicht mit konstanten Einstellungen der Genußbereitschaft und Dankbarkeit und entsprechender politischer ›Loyalität‹ rechnen kann.«

Rechts bzw. als operative Autonomie des Rechtssystems gegenüber den Determinationen seiner Umwelt definiert.<sup>29</sup> Der aus der biologischen Theorie stammende Begriff der »Autopoiesis«<sup>30</sup> wird hier rekonstruiert,<sup>31</sup> behauptet wird sodann, daß das positive (moderne) Recht sich primär gemäß seinen eigenen Kriterien und seinem Präferenzcode (Recht/Unrecht) reproduziert.<sup>32</sup> So wie in bezug auf die anderen ausdifferenzierten sozialen Systeme handelt es sich hier nicht um Autarkie, (quasi) Umweltlosigkeit.<sup>33</sup> Das Recht wird als »ein *normativ geschlossenes*, aber *kognitiv offenes* System« gesehen.<sup>34</sup> Dementsprechend kommt die Formulierung hinzu, »daß das Rechtssystem die Selbstreferenz über Begriffe, die Fremdreferenz dagegen über Interessen »faktorialisiert.«<sup>35</sup> Die selbstreferenzielle Geschlossenheit, die Normativität für das Rechtssystem, ist demnach kein Selbstzweck des Systems, sondern eher Bedingung seiner Offenheit.<sup>36</sup>

In diesem Kontext kann das Rechtssystem entsprechend seinen eigenen Kriterien die Umweltfaktoren assimilieren, ohne direkt von ihnen beeinflusst zu werden. Die Rechtsgeltung der normativen Erwartungen wird nicht unmittelbar durch wirtschaft-

29 Niklas Luhmann (Fn. 10), S. 38 ff.; ders., Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts, in: *Rechtstheorie* 19 (1988), S. 11–27; ders., Die Einheit des Rechtssystems, in: *Rechtstheorie* 14 (1983), S. 129–154; ders., Einige Probleme mit »reflexivem Recht«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985), S. 1–18; ders., Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: ders., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main 1981, S. 419–450. Indessen betrachtet Luhmann (Fn. 10, S. 38 f.) den Begriff der Positivität selbst theoretisch als nicht ausreichend, insofern dieser dem »Vorwurf des »Dezisionismus« unterliegt oder als Gegenbegriff zum Naturrechtskonzept aufgefaßt werden kann, d. h. nicht streng auf die operative Geschlossenheit des Rechtssystems hinausläuft.

30 Etymologisch kommt das Wort Autopoiesis vom griechischen *autos* (»selbst«) und *poiësis* (das »Schaffen«, das »Produzieren«) (Humberto R. Maturana und Francisco J. Varela, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Dordrecht 1980, S. XVII). Es bezieht sich zunächst auf die Qualität eines Systems, die Komponenten, aus denen es besteht, selbst zu konstruieren. Die Lebenssysteme werden dementsprechend als autopoietische Maschine definiert. Vgl. dazu dies., ebd., S. 73 ff.; dies., *Der Baum der Erkenntnis*, 3. Aufl., Bern/München/Wien 1987, insbes. S. 55–60; Humberto R. Maturana, *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit. Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*, Braunschweig/Wiesbaden 1982, insbes. S. 141 f., 157 ff. u. 279 f.

31 Hier geht es nicht mehr um Lebewesen (siehe oben Fn. 30), sondern um soziale Systeme als operativ geschlossene Kommunikationszusammenhänge. Vgl. dazu vor allem Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1987; Hans Haferkamp und Michael Schmid (Hg.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt am Main 1987; Dirk Baecker et al. (Hg.), *Theorie als Passion: Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag*, Frankfurt am Main 1987, insbes. 394 ff.; Gunther Teubner (Hg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin/New York 1987; Gunther Teubner und Alberto Febbraro (Hg.), *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and autonomy in a new perspective* (EYSL – European Yearbook in the Sociology of Law 91/92), Milano 1992. Zur Kritik an der sozialwissenschaftlichen Rezeption des Begriffs der Autopoiesis siehe Walter L. Buhl, *Grenzen der Autopoiesis*, in: *Kolner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 39 (1989), S. 225–253, unter besonderer Berücksichtigung des Luhmannschen Paradigmas (S. 229 ff.); und in einer umfassenden Perspektive über Luhmanns Systemtheorie siehe Werner Krawietz und Michael Welker (Hrsg.), *Kritik der Theorie sozialer Systeme: Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1992. Zur diskurstheoretischen Kritik Jürgen Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt am Main 1988, S. 426 ff. Danilo Zolo bezeichnet die Autopoiesis als ein konservatives Paradigma (Autopoiesis: un paradigma conservatore, in *Micro Mega* 1/86, S. 129–173).

32 Niklas Luhmann, *Die Codierung des Rechtssystems*, in: *Rechtstheorie* 17 (1986), S. 171–203; ders. (Fn. 10), S. 165 ff.

33 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main 1983, S. 69; Gunther Teubner, *Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 68 (1982), S. 13–59, 20. »Autonomie des Rechts bezieht sich auf die Zirkularität seiner Selbstreproduktion und nicht auf seine kausale Independenz von der Umwelt« (Teubner, *Recht als autopoietisches System* [Fn. 27], S. 47). Es geht also nicht um (kausale) Abgeschlossenheit (N. Luhmann, *Probleme mit operativer Schließung*, in: ders., *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch*, Opladen 1995, S. 12–24, 15; ders., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1997, Teilband 1, S. 68; ders. [Fn. 10], S. 43 f.).

34 Luhmann, *Die Einheit des Rechtssystems* (Fn. 29), S. 139.

35 Luhmann, *Interesse und Interessenjurisprudenz im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 12 (1990), S. 1–13, 10. Vgl. ders. (Fn. 10), S. 393 ff.

36 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1987, S. 606; ders. (Fn. 10), S. 76.

liche Interessen, politische Kriterien, ethische Vorstellungen und auch nicht durch wissenschaftliche Sätze bestimmt,<sup>37</sup> sie hängt von selektiven begrifflichen Filterungsprozessen innerhalb des Rechtssystems ab.<sup>38</sup>

Besonders in diesem Punkt brechen die Divergenzen zwischen Luhmanns Theorie der Positivität und Habermas' verfahrensethischer bzw. -moralischer Konzeption des Rechts auf. Für Luhmann ist der Positivität des Rechts nicht nur die Aufhebung der unmittelbaren Determination des Rechts durch die politischen Interessen, Willen und Kriterien der Machthaber, sondern auch die Moralneutralisierung des Rechtssystems innewohnend. Habermas erkennt an, daß Grenzen zwischen Recht und Moral bestehen, indem er argumentiert, daß die Verfahrensrationalität der moralischen, rechtlich nicht geregelten Diskurse unvollständig ist, weil diesen ein zur regelrechten Entscheidung der Streitigkeiten zwischen den Beteiligten institutionell zuständiger Unbeteiligter fehlt.<sup>39</sup> Aber obwohl er die Autonomie des Rechtssystems nicht verneint, schreibt er ihr eine ethische bzw. moralische Begründung zu: »Autonomie erwirbt ein Rechtssystem nicht nur für sich alleine. Autonom ist es nur in dem Maße, wie die für Gesetzgebung und Rechtssprechung institutionalisierten Verfahren unparteiliche Urteils- und Willensbildung garantieren und auf diesem Wege einer ethischen Verfahrensrationalität gleichermaßen in Recht und Politik Eingang verschaffen. Kein autonomes Recht ohne verwirklichte Demokratie.«<sup>40</sup> In diesem Sinne behauptete Habermas bereits früher, daß Positivierung nicht Beseitigung der Begründungsproblematik, sondern Verlagerung der Begründungsprobleme bedeutet.<sup>41</sup>

Obwohl es sich um unterschiedliche theoretische Konzeptionen der Autonomie des Rechtssystems handelt, die eine verfahrensethisches bzw. -moralisch begründet, die andere systemfunktionaler Natur, ist es nicht allein Habermas, der die Autonomie des Rechts mit der Demokratie verbindet. Für Luhmann ist die Demokratie im politischen System Voraussetzung der Positivität des Rechts.<sup>42</sup> In beiden Theorien kann also die Autonomie des Rechts als Möglichkeitsbedingung der Verwirklichung der Bürgerrechte angesehen werden. Bei Habermas bedeutet dies »private Autonomie« in Verbindung mit »öffentlicher Autonomie«, d. h. Menschenrechte und Volkssouveränität als sich wechselseitig voraussetzende Elemente des demokratischen Rechtsstaates.<sup>43</sup> Im Luhmannschen Modell können die Bürgerrechte als politisch-rechtlicher Mechanismus der Einbeziehung der Gesamtbevölkerung in die sozialen Systeme (*Inklusion*) gesehen werden, was Zugang zu ihren Leistungen und zugleich Abhängigkeit von ihnen impliziert.<sup>44</sup> So verstanden, sind sie mit der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft verknüpft und also untrennbar an die Selbstreferenz des politischen und Rechtssystems gebunden.<sup>45</sup>

37 Vgl. Luhmann, Einige Probleme mit »reflexivem Recht« (Fn. 29), S. 17; ders., Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1990, S. 593 f. u. 663 f.; und im Hinblick auf die Interdependenz von Recht und Wissenschaft ders. (Fn. 10), S. 86 u. 91 f.

38 »Externe Entwicklungen«, so betont Teubner (Reflexives Recht [Fn. 27], S. 21), »werden einerseits nicht ignoriert, noch werden sie andererseits nach dem »Stimulus-response-Schema« direkt in interne Wirkungen umgesetzt, sondern sie werden nach Kriterien eigener Selektivität in die Rechtsstrukturen gefiltert und eingepaßt in die interne Logik normativer Entwicklung.« Vgl. oben Fn. 33.

39 Habermas, Faktizität und Geltung (Fn. 4), S. 565.

40 Habermas, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? (Fn. 26), S. 16; vgl. ähnlich ders. (Fn. 4), S. 599, wo die Ausdrücke »Urteils-« und »ethischen« jeweils durch die Worte »Meinungs-« und »moralischen« ersetzt werden.

41 Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns (Fn. 13), Bd. 1, S. 354.

42 Luhmann, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft (Fn. 12), S. 147.

43 Habermas (Fn. 4), S. 111 ff.

44 Luhmann (Fn. 28), S. 25 ff., im Anschluß an Marshall (Fn. 4).

45 Vgl. Luhmann (Fn. 28), S. 26 f., 35 u. 118; ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Frankfurt am Main, Bd. 1, 1980, S. 31 f. u. 168; Bd. 2, 1981,



Definiert man die Bürgerrechte als Institution der öffentlichen und privaten Autonomie oder als Inklusionsmechanismus, setzen sie jedenfalls also die Autonomie des Rechtssystems gegenüber der konkreten Macht von Individuen und Organisationen voraus, d. h. ihr Aufbau und ihre Erweiterung erfordert die »Entwischung« von Recht, Macht und Wissen.<sup>46</sup> Dies besagt nicht, daß die Rechtssphäre nicht durch wirtschaftliche und politische Faktoren bedingt ist, sondern nur daß die Verallgemeinerung der Bürgerrechte mit blockierenden und destruktiven Einmischungen von politischen und wirtschaftlichen Partikularismen in die Reproduktion des Rechts unvereinbar ist. Die politischen und wirtschaftlichen Einflüsse auf das Rechtssystem sollen sich dann den von diesem selbst festgesetzten Kriterien und Programmen anpassen, um einen neuen, spezifisch rechtlichen Sinn zu erhalten und somit Rechtswirkungen zeitigen zu können. Das impliziert eine auf die Inklusion der Gesamtbevölkerung gerichtete Verallgemeinerung des Rechts und bedeutet mithin sowohl Zugang zu seinen Leistungen und Vorteilen als auch Abhängigkeit von seinen Kriterien. Anders gewendet, setzen die Bürgerrechte als politisch-rechtlicher Mechanismus der sozialen Inklusion nicht nur Gleichheit bei den Rechten, sondern auch Gleichheit bei den Pflichten voraus.<sup>47</sup> Und diese Bipolarität ist nur möglich, wenn das Rechtssystem sich autonom reproduziert.

#### *IV. Rechtspolitische Momente des Aufbaus und der Ausdehnung der Bürgerrechte*

Der Aufbau neuer Bürgerrechte und ihre Ausdehnung durchlaufen drei rechtspolitische Momente. Erstens tritt die Semantik der Menschenrechte auf den Plan, als moralbezogene Forderung nach Anerkennung und Erfüllung von bestimmten normativen Erwartungen, die in der Gesellschaft auftauchen und als unverzichtbar für die Integration der Individuen und Gruppen in die sozialen Systeme evaluiert werden. Die Semantik der Menschenrechte setzt unleugbar die Entwicklung von moralischen Vorstellungen im Sinn des Aufbaus und der Ausdehnung verallgemeinerter Bürgerrechte voraus, wie auch die Komplexitätssteigerung und die Differenzierung der Gesellschaft in autonome Kommunikationsbereiche.

In einem zweiten Moment wird die Semantik der Menschenrechte vom Staat anerkannt und dem Verfassungssystem in Form von Grundrechten einverleibt. Es handelt sich also um eine Antwort des Rechtssystems auf die Forderungen nach Integration in das Gesellschaftssystem, wodurch sie zu Inhalten der Verfassungsnormen werden.

S. 239. Später hat *Luhmann* (Die Gesellschaft der Gesellschaft [Fn. 33], Teilband 1, S. 169 f., Teilband 2, S. 628–34; Inklusion und Exklusion, in: Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch, Opladen 1995, S. 237–264; Das Recht der Gesellschaft [Fn. 10], S. 582 ff.; Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 4, Frankfurt am Main 1995, S. 146 ff.) seine Position hinsichtlich der Differenz »Inklusion/Exklusion« verändert, indem er zur Auffassung gekommen ist, daß sie als eine Meta-Differenz bzw. ein Metacode fungiert, der die Codes aller Funktionssysteme mediatisiert (Die Gesellschaft der Gesellschaft, S. 632; Das Recht der Gesellschaft, S. 583). Aber wenn dem so ist, scheint es mir sehr umstritten, weiter zu behaupten, daß die moderne Gesellschaft durch einen Primat funktionaler Differenzierung charakterisiert ist und daß die Differenz von System und Umwelt innergesellschaftlich die Hauptdifferenz ist. Um mit der Behauptung konsequent zu sein, daß die Differenz von Inklusion und Exklusion als ein die anderen Codes medialisierender Metacode dient, könnte man m. E. daraus sogar – zuspitzend – die Folge ziehen, daß die Weltgesellschaft primär nach dieser Meta-Differenz differenziert ist; bei Inklusion/Exklusion versus die (funktional orientierte) Differenz System/Umwelt geht es jedoch eher um konkurrierende Unterscheidungen in der modernen Weltgesellschaft.

<sup>46</sup> *Claude Lefort*, *Droits de l'homme et politique*, in: ders., *L'Invention Démocratique: Les limites de la domination totalitaire*, Paris 1981, S. 45–83, 64.

<sup>47</sup> *Marshall* (Fn. 4), S. 112 f.



Die verfahrensethische bzw. -moralische Lesart der Grundrechte versucht diese als Ergebnis der Öffnung der Rechtsverfahren auf die Evolution des moralischen Bewußtseins in Richtung der »postkonventionellen« Stufe hin zu definieren,<sup>48</sup> wobei ein konsensualistischer Anspruch unter den Bedingungen starker Heterogenität fragwürdig bleibt; die systemfunktionale Lesart interpretiert sie als Antwort des positiven Rechts auf die Differenzierung der Gesellschaft und auf die Forderung nach Inklusion in die verschiedenen sozialen Systeme.<sup>49</sup> Obwohl die jeweiligen theoretischen Begründungen antagonistisch sind, ergänzen sich beide, indem sie die Entstehung der Menschen- und Grundrechte als Errungenschaft der Moderne betrachten. Selbstverständlich bedeutet die bloße Deklaration der Grundrechte in der Verfassung nicht den Aufbau bzw. die Verwirklichung der Bürgerrechte. Dafür ist die normative Kraft der Verfassung,<sup>50</sup> d. h. ihre Integration in das Erleben und Handeln der Bürger und der staatlichen Akteure in Form von wechselseitigen Rechten und Pflichten unentbehrlich. Die *citizenship* erfordert also die Konkretisierung der auf die Grundrechte bezogenen Verfassungsnormen. Falls sich diese Konkretisierung nicht vollzieht, verbleibt der Text ohne seine verallgemeinerte normative Bedeutung. Nur wenn die Verfassung ein »Spiegel der Öffentlichkeit« ist,<sup>51</sup> bestehen und entwickeln sich die Bürgerrechte als politisch-rechtlicher Mechanismus der sozialen Inklusion; wenn hingegen der Prozeß der Verfassungskonkretisierung durch politische, wirtschaftliche und kulturelle Faktoren blockiert wird, findet die autonome Reproduktion des Rechts nicht statt. Die Grundrechte bilden dann im Verfassungstext die schöne Fassade einer bürgerrechtsfremden »Verfassungswirklichkeit«.

#### V. Die vermißten Bürgerrechte: Beziehungen von Subintegration und Überintegration

Versteht man die Bürgerrechte als Institution der gleichen rechtlichen Integration in die Gesellschaft, so läßt sich behaupten, daß sie nicht vorhanden sind, wenn Beziehungen der Subintegration und Überintegration in das Verfassungssystem verallgemeinert werden, wie es in peripheren Ländern geschieht, wie beispielhaft in Brasilien. In diesem Fall wird die Inklusion als Zugang zum und zugleich als Abhängigkeit vom positiven Recht nicht verwirklicht. Streng genommen handelt es sich jedoch nicht um allopatrische Beziehungen zwischen Menschengruppen im sozialen Raum.<sup>52</sup> Seitens der Subintegrierten verallgemeinern sich die konkreten Beziehungen, in denen sie keinen Zugang zu den Leistungen des Rechtssystems haben, obwohl sie abhängig von ihnen sind. Die Subbürger sind also nicht ganz exkludiert. Obwohl es ihnen an realen Bedingungen zur Ausübung der in der Verfassung erklärten Grundrechte fehlt, sind sie nicht von den Verpflichtungen und Verantwortungen befreit, die ihnen die staatliche Zwangsordnung auferlegt. Vielmehr bleiben sie der Bestrafungsstruktur des »Staatsapparates« streng unterworfen. Die Grundrechte spielen keine relevante Rolle im Horizont ihres Handelns und Erlebens, nicht einmal hinsichtlich

<sup>48</sup> Habermas, Theorie des Kommunikativen Handelns (Fn. 13), Bd. 1, S. 353 ff.; ders. (Fn. 4), insbes. S. 138 ff.

<sup>49</sup> Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965, insbes. S. 23–25.

<sup>50</sup> Konrad Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, in: ders., Ausgewählte Schriften, hrsg. von P. Haberle u. A. Hollerbach, Heidelberg 1984, S. 3–18.

<sup>51</sup> Peter Haberle, Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Königstein/Ts. 1980, S. 87.

<sup>52</sup> Marcelo Neves, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien, Berlin 1992, S. 94 ff. u. 155 ff.

der Sinnidentifikation der jeweiligen Verfassungsnormen. Für die Subintegrierten sind die Verfassungsbestimmungen fast ausschließlich in ihren freiheitsbeschränkenden Wirkungen relevant. Und dies gilt für das Rechtssystem im Ganzen: Die Angehörigen der in vieler Hinsicht und in verschiedenen Graden »marginalisierten« Unterschichten (in Brasilien die Mehrheit der Bevölkerung) werden in der Regel als Verpflichtete, Beschuldigte, Angezeigte, Angeklagte, Verurteilte usw. in das System integriert, nicht als Träger von Rechten, Gläubiger bzw. Kläger. Im Bereich der Verfassung gewinnt das Problem der Subintegration jedoch eine spezielle Tragweite in dem Maße, wie in bezug auf die Angehörigen der Unterschichten die Grundrechtsverletzungen besonders im Rahmen der repressiven Tätigkeit des »Staatsapparates« begangen werden.<sup>53</sup>

Die Subintegration der Massen ist von der Überintegration der privilegierten Gruppe nicht zu trennen, die vor allem mit Unterstützung der Staatsbürokratie ihre Aktivitäten zur Blockierung der Reproduktion des Rechts durchführen. Im Prinzip sind die Überintegrierten Träger von Rechten, Befugnissen, Ermächtigungen und Vorrechten, aber nicht regelmäßig der bestrafenden Tätigkeit des Staates hinsichtlich ihrer Pflichten und Verantwortungen unterworfen. Zwar greifen die Überbürger regelmäßig auf den demokratischen Verfassungstext zurück – im Prinzip, soweit dies ihren Interessen bzw. dem Schutz der »sozialen Ordnung« dienlich ist. Sofern die Verfassung aber ihrem politischen und wirtschaftlichen Handlungsspielraum bedeutende Grenzen setzt, wird sie tendenziell außer acht gelassen. Sie fungiert dann nicht als *Horizont* des politisch-rechtlichen Handelns und Erlebens der »Machthaber«, sondern als ein je nach der konkreten Interessenkonstellation von ihnen zu gebrauchendes, nicht zu gebrauchendes oder zu mißbrauchendes Angebot. So ist die Sicherheit, im Fall eines Vergehens nicht bestraft zu werden (impunidade, illegale Straflosigkeit), eines der markantesten Merkmale der »Überbürgerschaft«.<sup>54</sup>

Ausgehend primär von der Abhängigkeit und nicht vom Zugang, definiert Luhmann in der späteren Entwicklung seines Werkes anders als ich den »Inklusionsbereich« (in dem »Menschen als Person zählen«) als weniger integriert und den »Exklusionsbereich« (in dem »Menschen nicht mehr als Person, sondern als Körper erfaßt werden«) als hochintegriert;<sup>55</sup> dabei wird Integration einseitig »als die Reduktion der Freiheitsgrade von Teilsystemen« bzw. »als Einschränkung der Freiheitsgrade für Selektionen«,<sup>56</sup> also negativ als Abhängigkeit und nicht positiv als Zugang verstanden.<sup>57</sup> Nach

53 Vgl. hierzu u. a. Luciano Oliveira, Do nunca mais ao eterno retorno: uma reflexão sobre a tortura, São Paulo 1994. Unter diesen Umständen ist es nicht angebracht, nach der »republikanischen« Verfassungskonzeption von »constant reach for inclusion of the other, of the hitherto excluded« (Michelman, Frank, Law's Republic, in: Yale Law Journal, Vol. 97, N. 8, July 1988, S. 1493–1537, S. 1529; vgl. Habermas, Jürgen, Faktizität und Geltung [Fn. 4], S. 334) zu sprechen, geschweige denn hat die normative Vorstellung von »differenzempfindlicher Inklusion« (Habermas, Jürgen, Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie, Frankfurt am Main 1996, S. 172–175) Kontextreferenz.

54 In der hochkomplexen modernen Weltgesellschaft gibt es freilich die absolut, durchgängig Überintegrierten bzw. Subintegrierten nicht, denn die entsprechenden Stellungen beruhen nicht auf festen Prinzipien oder Normen wie in den vormodernen Gesellschaften, sondern hängen von konkreten faktischen Bedingungen der Kommunikationsreproduktion ab. Aber es gibt Individuen bzw. Bevölkerungsteile, die sich in der Regel in dem privilegierten Pol der Beziehungen von Überintegration und Subintegration befinden, so daß sie bei ihrer Erwartungsorientierung und Verhaltenssteuerung mit der Wahrscheinlichkeit rechnen können, im Fall eines Vergehens unbestraft zu bleiben.

55 Luhmann (Fn. 10), S. 584 f.; ders., Inklusion und Exklusion (Fn. 45), S. 259 ff. (262); ders., Die Gesellschaft der Gesellschaft (Fn. 33), Teilband 2, S. 631 ff.

56 Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft (Fn. 33), Teilband 2, S. 603 u. 631.

57 Luhmann unterscheidet zwar die (System-)Integration von der Inklusion als »Chance der sozialen Berücksichtigung von Personen« und will so das sich auf das Verhältnis von Personen und sozialen Systemen beziehende Thema Sozialintegration »durch die Unterscheidung Inklusion/Exklusion ersetzen« (Die Gesellschaft der Gesellschaft [Fn. 33], Teilband 2, S. 618 ff.). Er spricht aber von »nur Negativ-Integration« im Exklusionsbereich und von »Integration von Individuen und Gesellschaft« im Inklusionsbereich (Gesellschaftsstruktur und Semantik [Fn. 45], Bd. 4, S. 148) sowie von »Existenz nichtinte-

meiner Formulierung hingegen implizieren Subintegration und Überintegration jeweils unzureichende »Inklusion« (und so teilweise Exklusion), sei es mangels Zugangs (positiver Integration) zu den systemischen Leistungen, sei es mangels Abhängigkeit (negativer Integration) von ihnen. Ebendaher fehlt dem Subbürger und dem Überbürger die *citizenship*. Möchte man auf dem Terminus »Exklusion« bestehen, wären nicht nur die Subintegrierten »exkludiert«, sondern auch die Überintegrierten: Diese stünden »über« dem Recht, jene »unter« ihm. Aber genau genommen sind hier faktisch bedingte, nicht an Prinzipien orientierte, hierarchische Stellungen gegenüber den Funktionssystemen gemeint, d. h. in diese »von oben« bzw. »von unten« integriert zu sein, mit der Folge, daß deren autonome Reproduktion blockiert wird.

Das sog. Prinzip der Nicht-Identifikation der Verfassung,<sup>58</sup> das eng mit dem Prinzip der Unverfügbarkeit des Rechts und der Unparteilichkeit des Rechtsstaats<sup>59</sup> verbunden ist, verliert im Kontext der Beziehungen von Subintegration und Überintegration in das Verfassungssystem an jeder ernst zu nehmenden Bedeutung.<sup>60</sup> In gewissem Maße wird die Verfassung nur konkretisiert, wenn die Interessen von privilegierten Gruppen nicht in Mitleidenschaft gezogen werden. Verfassungsmäßigkeit gegen die Interessen der Überbürger »ist nicht empfehlenswert«, »ist umweltlich inadäquat«. (Daraus darf keine vereinfachende Schematisierung abgeleitet werden, da zwischen den Überbürgern Rechtskonflikte auch auf der Verfassungsebene stattfinden, die nicht selten nach den Verfassungsvorschriften ausgetragen werden. Wenn aber der *Status quo* dadurch bedroht wird, neigen sie zu »verfassungsaushöhlenden« und »verfassungsdurchbrechenden« Versöhnungsformeln.)<sup>61</sup> Soziale Reformen im Rahmen der »Verfassungsordnung« werden häufig als subversiv dargestellt, sobald sie die Abschaffung von Privilegien bzw. die eventuelle Einführung ausgleichender Maßnahmen zugunsten der »Subbürgerschaft« auf die Tagesordnung setzen. Der formalen Nicht-Identifikation des gesetzten Verfassungstextes liegt die Identität der Verfassungswirklichkeit mit den privilegierten Klassen und Gruppen zugrunde, so daß die Institutionalisierung der Grundrechte strukturell verzerrt wird. Das normative Handeln und Erleben des Subbürgers und des Überbürgers führt zur Implosion der Verfassung als Grundordnung der rechtlichen Kommunikation.<sup>62</sup> Unter diesen Be-

grierbarer Personen oder Gruppen« in bezug auf die Exklusion (Die Gesellschaft der Gesellschaft [Fn. 33], Teilband 2, S. 621). Jedenfalls wird bei Luhmanns späteren Werken der Ausdruck »Integration« auf das Problem der Inklusion/Exklusion angewendet, ohne daß dabei begriffliche Eindeutigkeit herrscht.

<sup>58</sup> Herbert Kruger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1996, S. 178–85; Alexander Hollerbach, Ideologie und Verfassung, in: Werner Mathofer (Hg.), Ideologie und Recht, Frankfurt am Main 1969, S. 37–61, 52–57. Luhmann (Fn. 10, S. 96) bringt Einwände gegen dieses Prinzip vor, indem er behauptet, daß die Nicht-Identität der Verfassung eine Option für die Werte des Pluralismus bedeutet. Wenn aber vom »Prinzip der Nicht-Identifikation« die Rede ist, versucht man nur darauf hinzuweisen, daß sich Verfassung strikte als Errungenschaft der Moderne (ebd., S. 470 ff.; ders., Verfassung als Evolutionäre Errungenschaft, in: Rechtshistorisches Journal 9 [1990], S. 176–220, 193 ff.) weder mit einem totalitären Wert noch mit einer herrschenden sozialen Gruppe, der sie als ein bloßes Instrument dient, verbinden läßt.

<sup>59</sup> Habermas, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? (Fn. 26); ders. (Fn. 4), S. 583 ff.

<sup>60</sup> Neves (Fn. 52), S. 53 ff. u. 95 ff.

<sup>61</sup> Ich greife hier auf Grimms Unterscheidung zwischen einerseits der »verfassungsausfüllenden Verfassungswirklichkeit« und andererseits der »verfassungsaushöhlenden« und der »verfassungsdurchbrechenden Verfassungswirklichkeit« zurück (Dieter Grimm, Verfassung, in: Staatslexikon: Recht · Wirtschaft · Gesellschaft, hrsg. v. der Gorres-Gesellschaft, 7. Aufl., 5. Bd., Freiburg/Basel/Wien 1989, Sp. 633–643, 637).

<sup>62</sup> Man beachte, daß ich die Termini »Subbürger« und »Überbürger« den Ausdrücken »Bürger erster, zweiter und dritter Klasse« vorziehe (Gilberto Velho, Violência e Cidadania, in: DADOS – Revista de Ciências Sociais, Bd. 23, Nr. 3, Rio de Janeiro 1980, S. 361–364, 362; Francisco Corrêa Weyffort, A cidadania dos trabalhadores, in: Bolívar Lamounier, Francisco C. Weyffort u. Maria Victoria Benevides (Hg.), Direito, cidadania e participação, São Paulo 1981, S. 139–150, 141–144), die zur irreführenden Vorstellung führen können, daß nur den Subintegrierten die *citizenship* fehlt. Andererseits unterscheidet sich das von mir vorgeschlagene Begriffspaar – trotz der Analogie – deutlich von der anthropologischen Dichotomie von Subbürger und Superbürger, auf die sich Roberto DaMatta bezieht (A Casa & a Rua, 4. Aufl., Rio de Janeiro 1991, S. 100), indem er den ersten mit dem rechtlosen Raum der »Straße« und den zweiten mit der

dingungen wirkt die Verfassung nicht als Mechanismus operativer Autonomie des Rechts und wird während des Konkretisierungsprozesses kraft Überlagerung durch partikularistische politische Pressionen und spezifische wirtschaftliche Interessen deformiert. Dies stellt uns vor das Problem der (faktischen) Entrechtlichung.

## VI. Entrechtlichung als Negation der Bürgerrechte

Die Diskussion um Verrechtlichung versus Entrechtlichung in der peripheren Moderne muß aus einem anderen Blickwinkel angegangen werden als demjenigen, aus dem sie in den Ländern der zentralen Moderne entwickelt wird.<sup>63</sup> Ausgehend von Blankenburgs Unterscheidung zwischen Verrechtlichung auf der Erwartungsebene (Aufstellung von »mehr« Rechtsregeln »an Stelle informeller Regelungen«) und Verrechtlichung auf der Handlungsebene (»mehr« Wirksamkeit des Rechts)<sup>64</sup> wäre dann zu formulieren, daß in den peripheren Ländern der Verrechtlichung im Sinn der Aufstellung von mehr staatlichen, positiven Rechtsnormen die Entrechtlichung auf dem Niveau der Verhaltenssteuerung entgegentritt. Von diesem Standpunkt aus würde die Entrechtlichung nur auf der Ebene des Handelns (Wirksamkeit) betrachtet; unter den Reproduktionsbedingungen der Weltgesellschaft in den peripheren Staaten beziehen die entrechtlichenden Tendenzen jedoch, besonders im Hinblick auf das Verfassungsrecht, das »Erleben« des Rechts (die Verhaltenserwartungen) mit ein.<sup>65</sup> Der angeblichen Filterung der Verhaltenserwartungen durch die verfassungsgebende Normierung folgt auf keinen Fall die verallgemeinerte Ausrichtung der normativen Erwartungen an der Verfassungsurkunde, d. h. die kongruente Generalisierung normativer Verfassungserwartungen.<sup>66</sup>

Gegen die Vorstellung einer entrechtlichenden Verfassungswirklichkeit könnte man im Rahmen des Rechtspluralismus den Einwand vorbringen, andere Rechtsformen fungierten an Stelle des positiven Rechts bei der Konfliktlösung.<sup>67</sup> Hinsichtlich dieser Restriktion ist darauf hinzuweisen, daß die Debatte um Verrechtlichung und Entrechtlichung sich auf das positive Recht als ausdifferenziertes Teilsystem der Gesellschaft bezieht.<sup>68</sup> Die Alternativen zum unbefriedigenden Funktionieren des positiven

Sphere der hauslichen Privilegien (»Rechte ohne Pflichten«) verknüpft. M. E. übertreiben die anthropologischen Analysen in Brasilien, wenn sie im Blick auf die brasilianische Wirklichkeit den Heimbereich der Subintegrierten (Marginalisierten) mit der Vorstellung von Privilegien in Verbindung bringen, und verkennen, daß die »Welt der Straße« zum Raum von Privilegien der Überintegrierten werden kann.

63 Zur Unterscheidung einer peripheren von einer zentralen Moderne eingehend Neves (Fn. 52), insbes. S. 72 ff. Ich komme darauf im nächsten Abschnitt zurück.

64 Erhard Blankenburg, Recht als gradualisiertes Konzept – Begriffsdimensionen der Diskussion um Verrechtlichung und Entrechtlichung, in: ders., E. Klaus u. H. Rottleuthner (Hg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht* (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 6), Opladen 1980, S. 83–98, 84.

65 Zur Unterscheidung von »Handeln« und »Erleben« siehe Niklas Luhmann, »Erleben und Handeln«, in: ders., *Soziologische Aufklärung 3: Soziales System, Gesellschaft, Organisation*, 2. Aufl., Opladen 1991, S. 67–80. Und zur entsprechenden Unterscheidung von Verhaltenssteuerung und Erwartungssicherung als Funktionen des Rechts siehe ders., *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung*, in: ders., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main 1981, S. 73–91.

66 Über den Begriff des Rechts als »kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen« siehe Luhmann, *Rechtssoziologie* (Fn. 12), S. 94–106.

67 Vgl. z. B. Boaventura de Sousa Santos, *The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada*, in: *Law & Society Review* 12 (1977), S. 5–126; ders., *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasargada*, in: Cláudio Souto u. Joaquim Falcão (Hg.), *Sociologia e Direito: Leituras Básicas de Sociologia Jurídica*, São Paulo 1980, S. 109–117; ders., *O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Porto Alegre 1988.

68 Vgl. Voigt, *Gegentendenzen zur Verrechtlichung* (Fn. 14); S. 20, *Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns* (Fn. 13), Bd. 2, S. 534, der aber den Ausdruck »geschriebenes Recht« benutzt.

Rechts implizieren in peripheren Staaten sowohl einen »ethisch-sozialen« Diskurs<sup>69</sup> als auch die nicht rechtlich vermittelte Einwirkung des Machtcodes und des Wirtschaftscodes auf die Mechanismen der Konfliktlösung. Der Umstand, daß innerhalb dieses sozialen Kontexts viele »soziale Einheiten« einer hochkomplexen Gesellschaft über unterschiedliche Codes »Recht/Unrecht« verfügen,<sup>70</sup> führt keineswegs zu einer topischen Rechtsrationalität, wie es bei einem postmodernen Recht der Fall wäre,<sup>71</sup> sondern eher zu einer extremen Rechtsunsicherheit, deren Aufrechterhaltung widersprüchlicherweise mit der Beibehaltung von Privilegien zusammenhängt, also vor allem für die sozial »Behinderten« (die »Subintegrierten«) schädlich ist. Derartige Situationen stellen keinen Pluralismus als Alternative zum *Legalismus* dar,<sup>72</sup> wohl aber diffuse Reaktionen auf das Nichtvorhandensein von *Legalität*.

Unter diesen Bedingungen ist das postmoderne Rechtsmodell – zu dem Sousa Santos sich bekannt hat, um seine rechtsppluralistische Konzeption zu stützen<sup>73</sup> – nicht anwendbar, welches bei der Negation der Einheit des Rechts als operativ geschlossener Kommunikationskette behauptet, daß das Rechtssystem sich pluralistisch als ein Kommunikationsnetz konstruiert und damit (*de*)konstruktive Ungewißheit und Instabilität in sich einbezieht.<sup>74</sup> Das Problem der Entrechtlichung impliziert in der Situation der peripheren Länder die *destruktive Unsicherheit* im Hinblick auf die Praxis der Konfliktlösung und auf die Orientierung der normativen Erwartungen. Die Vorstellung eines postmodernen Konstitutionalismus<sup>75</sup> bezieht sich auf die Offenheit der Verfassung zur Fragmentierung der Gesellschaft und setzt das Nichtvorhandensein von universalistischen Regulierungskriterien der Öffentlichkeit voraus. Die Verfassung erweist sich dann als ein die »Kontextautonomie« vorantreibender Mechanismus<sup>76</sup> oder als »Steuerung von Beziehungsnetzen« zwischen topischen Handlungssystemen, ohne oktroyierend deren Entwicklung und Reproduktion Schranken zu ziehen.<sup>77</sup> Im Fall der peripheren Moderne kann von einer Verfassung, welche die Autonomieentwicklung von fragmentarischen und instabilen Kontexten in ihrer sozialen Umwelt fördert, nicht die Rede sein, insofern die Umwelt als Funktionierens- und Konkretisierungsbedingung der Verfassung destruktiv auf diese wirkt. Das Problem liegt im Fehlen der Verwirklichung der Verfassung als rechtlicher Raum der Bürgerrechte oder, wie die postmodernen Rechtstheoretiker sagen würden, als Netzwerk einer Pluralität von Bürgerrechten.

69 Sousa Santos, O discurso e o poder (Fn. 67), S. 25.

70 Sousa Santos (Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada [Fn. 67], S. 116) benutzte den Ausdruck »possessive Privatisierung des Rechts«.

71 Vgl. Karl-Heinz Ladeur, Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie: Zur Auseinandersetzung mit N. Luhmanns Konzept der »Einheit des Rechtssystems«, in: Rechtstheorie 16 (1985), S. 383–427; ders., Postmoderne Rechtstheorie, Berlin 1992.

72 Vgl. anders Sousa Santos, The Law of the Oppressed (Fn. 67), S. 89 ff.; ders., O discurso e o poder (Fn. 67), S. 25.

73 Boaventura de Sousa Santos, Law: A Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law, in: Journal of Law and Society 14 (1987), S. 279–302.

74 Vgl. Ladeur, Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie (Fn. 71); ders., Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozeduralisierung des Rechts: Von der Schrankenziehung zur Steuerung von Beziehungsnetzen, in: Dieter Grimm (Hg.) unter Mitwirkung v. Evelyn Hagenah, Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 187–216; ders., Gesetzinterpretation, »Richterrecht« und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive – Handeln unter Ungewißheitsbedingungen und richterliches Entscheiden, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 77 (1991), S. 176–194; ders., Postmoderne Rechtstheorie (Fn. 71).

75 Hierzu Ladeur, Postmoderne Verfassungstheorie, in: Ulrich K. Preuß (Hg.), Zum Begriff der Verfassung: Die Ordnung des Politischen, Frankfurt am Main 1994, S. 304–331.

76 Teubner u. Willke, Kontext und Autonomie (Fn. 27); Teubner, Reflexives Recht (Fn. 27); ders., Recht als autopoietisches System (Fn. 27), S. 81 ff.; ders., Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungsalarm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Rechtssetzung, in: D. Grimm u. W. Maihofer (Hg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13), Opladen 1988, S. 45–64.

77 Ladeur, Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozeduralisierung des Rechts (Fn. 74).



Ich habe schon darauf hingewiesen, daß einerseits der Aufbau und die Ausdehnung der Bürgerrechte als Verrechtlichungsprozeß ausgelegt werden können und daß es andererseits möglich ist, die Autonomie des Rechtssystems als Bedingung der Möglichkeit ihrer Verwirklichung zu verstehen. *E contrario* impliziert die Entrechtlichung als negative Bedingung der Bürgerrechte einen Mangel an Autonomie des Rechtssystems. Mit anderen Worten: Solange sich die auf eine verallgemeinerte Verfassungskonkretisierung angewiesene Identität der Rechtssphäre nicht bildet, gibt es keinen Spielraum für die Bürgerrechte. Auf der Ebene der Gesellschaftstheorie ist dies eines der spezifischen Probleme der peripheren Moderne, die als »negative Moderne« gekennzeichnet werden kann, ausgehend sowohl von dem systemtheoretischen Ansatz als auch vom Modell mit verfahrensethischem bzw. -moralischem Anspruch.

Nach der Systemtheorie beruht die moderne Gesellschaft auf der Hochkomplexität der sozialen Beziehungen, die letztendlich auf die funktionale Differenzierung der Kommunikationszusammenhänge hinausläuft. Sie impliziert den Untergang der traditionellen, hierarchischen, für alle Handlungs- und Erlebensbereiche unmittelbar geltenden Inhaltsmoral sowie die Emergenz operativ autonomer sozialer Systeme, die sich bei allen Einflüssen und Bedingungen ihrer entsprechenden Umwelt nach Maßgabe ihrer eigenen Codes und Kriterien reproduzieren (Autopoiesis).<sup>78</sup> In der »peripheren Moderne« folgt auf die gesellschaftliche Hochkomplexität und die Auflösung des die hierarchische Differenzierung begründenden »Moralismus« keine Konstruktion sozialer Systeme, die sich trotz ihrer Interpenetration und sogar Interferenz funktional autonom in ihren jeweiligen Reproduktionsbereichen entwickeln. Das bringt eine unstrukturierte und entstrukturierende Komplexität mit sich. Daraus ergeben sich soziale Probleme, die viel komplizierter sind als diejenigen, die die Länder der »zentralen Moderne« kennzeichnen. Die Beziehungen zwischen »Handlungsfeldern« nehmen selbst- und fremddestruktive Formen an, mit allen in Brasilien wohlbekannten Folgen. In diesem Kontext bildet sich die Moderne also nicht positiv als Überwindung der Tradition durch die Entstehung autonomer Funktionssysteme, sondern eher negativ als den traditionell-hierarchischen Moralismus auflösende Hochkomplexität der Gesellschaft.

Habermas' verfahrensethischer bzw. -moralischer Auffassung nach resultiert die Moderne aus der Entwicklung der Bewußtseinsstrukturen von der präkonventionellen über die konventionelle hin zur postkonventionellen, universalistischen Moralvorstellung.<sup>79</sup> Das bedeutet die Differenzierung von System und Lebenswelt,<sup>80</sup> jenes als selbstgeregelte Sphäre der Vermittlung zweckrationalen (instrumentellen und strategischen) Handelns, diese als Horizont des kommunikativen, verständigungsorientierten Handelns.<sup>81</sup> In dieser Perspektive erfordert die Modernität die

<sup>78</sup> Dazu vgl. oben die Hinweise in Fußnote 31.

<sup>79</sup> Vgl. Jürgen Habermas, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1982, insbes. S. 12 ff.; ders., *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main 1983, S. 127 ff.

<sup>80</sup> Die soziale Evolution selbst wird von Habermas (*Theorie des Kommunikativen Handelns* [Fn. 13], Bd. 2, S. 229 ff.) als Differenzierungsvorgang von System und Lebenswelt definiert.

<sup>81</sup> Hierzu siehe in unterschiedlichen Phasen der Entwicklung der »Theorie des kommunikativen Handelns« Habermas, *Technik und Wissenschaft als »Ideologie«*, Frankfurt am Main 1969, S. 62–65; ders., *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt am Main 1973, S. 9 ff.; ders., *Theorie des Kommunikativen Handelns* (Fn. 13), Bd. 1, insbes. S. 384 ff., Bd. 2, S. 182 ff.; ders., *Erläuterungen zum Begriff des kommunikativen Handelns* (1982), in: ders., *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1986, S. 571–606; ders., *Nachmetaphysisches Denken: Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main 1988, S. 68 ff. Wenn ich von System als Sphäre der Vermittlung zweckrationalen Handelns spreche, erkenne ich nicht, daß sich in Habermas' Modell der System- und der Handlungsbegriff sehr deutlich unterscheiden, sowie daß sich von Systemrationalität nur in einem



Konstruktion der Öffentlichkeit als eines demokratischen, gegenüber den Medien Macht und Geld diskursiv autonomen gesellschaftlichen Topos. Wenn sich auch für diesen normativen Anspruch Indizien in der zentralen Moderne finden ließen (aber immerhin bleibt Habermas' Konsensualismus unter den Bedingungen systemischer Hochkomplexität und normativer Heterogenität in der heutigen Weltgesellschaft sehr fragwürdig), fehlt ihm m.E. jeder Rückhalt in den sozialen Beziehungen der peripheren Moderne. Hier bildet sich die Modernität negativ als Auflösung der »konventionellen« (und auch »präkonventionellen«) »Moralbewußtseins«, ohne daß daraus die hinreichende Strukturierung eines »postkonventionellen« bzw. »universalistischen Moralbewußtseins« und einer »autonomen Öffentlichkeit« folgt.

Selbst wenn man von der fragmentarischen Konzeption der Postmoderne ausgeht, ist festzustellen, daß die Emergenz postmoderner Bedingungen in den peripheren Ländern immer noch einen negativen Sinn hat. Die bedeutendsten Theorien der Postmoderne entwickeln nämlich – im Gegensatz zur generalisierten Systemrationalität und zur universalistischen Vernunft – die Vorstellung lokaler Rationalitäten. Eine solche Situation impliziert Wechselbeziehungen von (de)konstruktiver Unbestimmtheit zwischen topischen Kommunikationssystemen (Ladeur).<sup>82</sup> Im Falle der peripheren (Post-)Moderne neigen die Wechselkopplungen von den Handlungsfeldern unberechenbar zu blockierenden und destruktiven Verwirrungen. Diese Situation sozialen Durcheinanders von Codes und Kriterien bringt Schwierigkeiten beim Aufbau der Identität des Rechtssystems mit sich, die sich unmittelbar vom Autonomiemangel des jeweiligen Handlungsbereichs herleiten.

Was die verfahrensethische bzw. -moralische Theorie anbelangt, habe ich oben schon bemerkt, daß die Auflösung der präkonventionellen und konventionellen Moralvorstellungen in der peripheren Moderne die Konstruktion und Entwicklung des postkonventionellen Moralbewußtseins nicht herbeigeführt hat. Deswegen findet die moralische Grundlage der Unparteilichkeit des Rechtsstaats bzw. der Unverfügbarkeit des Rechts als Gegengewicht zu dessen systemischer Instrumentalisierung<sup>83</sup> keinen Platz in den intersubjektiven Rechtsbeziehungen. Die Tendenz ist dann die politische Instrumentalisierung des Rechts, sei es mittels kasuistischer Veränderungen der normativen Strukturen, besonders während der autoritären Perioden, oder durch das Spiel der partikularistischen Interessen, die den rechtsnormativen Konkretisierungsprozeß entstellen bzw. blockieren. In diesem Kontext werden die »private Autonomie« (Menschenrechte) und die »öffentliche Autonomie« (Volkssouveränität) trotz ihrer Erklärung im Verfassungstext durch die Mechanismen der politischen Verzerrung bzw. Zerstörung des Prozesses der Verfassungskonkretisierung zurückgewiesen.

Ebenso ist Luhmanns Auffassung der Autopoiesis auf die Rechtswirklichkeit der peripheren Moderne, besonders in Brasilien, nicht übertragbar. Die partikularistischen Überlagerungen der Rechtsfragen durch den politischen und den wirtschaftlichen Code machen die Konstruktion der systemischen Identität des Rechts un-

übertragenen Sinn sprechen läßt: »Zustandsänderungen eines selbstgeregelten Systems lassen sich als Quasiaktionen so verstehen, als ob sich darin die Handlungsfähigkeit eines Subjekts äußert« (*ders.*, Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus [Fn. 79], S. 261). Aber es ist unleugbar, daß der Systembegriff in Habermas' Werk mit dem der Zweckrationalität in engem Zusammenhang steht (vgl. z. B. Technik und Wissenschaft als »Ideologie«, S. 63–65; Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus, S. 261; Erläuterungen zum Begriff des kommunikativen Handelns, S. 578 f.), während das Konzept der Lebenswelt sich mit dem des kommunikativen Handelns innerlich verbindet (vgl. z. B. Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, S. 182; Erläuterungen zum Begriff des kommunikativen Handelns, insbes. S. 593).

<sup>82</sup> Dazu siehe oben Hinweise in Fußnoten 70 u. 73.

<sup>83</sup> Habermas, (Fn. 4), S. 583 ff.; *ders.*, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? (Fn. 26).

möglich. Anstelle der Autopoiesis tritt die Allopoiesis des Rechts.<sup>84</sup> Das bedeutet, daß sich keine »Rechtssphäre« bildet, welche dazu fähig wäre, nach ihren eigenen Kriterien und in kongruent generalisierter Weise die von ihren politischen, ökonomischen und kulturellen Kontexten herkommenden Einflüsse »umzuschalten«. Die Verwicklung des Rechtscodes mit anderen sozialen Präferenz-Codes wirkt selbst- und fremddestruktiv auf die Systemintegration. Das systemische Problem besteht primär nicht in dem Mangel an kognitiver Offenheit (Fremdreferenz), sondern in der unzureichenden operativen Geschlossenheit (Selbstreferenz), was die Konstruktion der eigenen Identität des Rechtssystems verhindert. Obwohl solche Identität sich eventuell auf der Ebene der normativen Textstrukturen schon läßt, wird sie im Laufe des rechtlichen Konkretisierungsprozesses allmählich zerstört bzw. entstellt.<sup>85</sup> Eben- deshalb fehlt es in weiterem Maße an kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen auf der Basis der Gesetzes- und Verfassungstexte. Daraus ergibt sich, daß die Differenz Recht/Unrecht selbst gesellschaftlich verschwimmt, sei es mangels Institutionalisierung (Konsens) oder mangels Sinnidentifikation.<sup>86</sup> Dabei ist die gravierendste Folge die destruktive Unsicherheit in den auf Interessenkonflikten beruhenden Beziehungen.

Der letzte Rekurs bestünde darin, aus postmoderner Rechtsperspektive die Autonomie/Identität von rechtsppluralistischen Handlungsbereichen zu behaupten. In diesem Fall wird jedoch eine auf die topische Kongruenz normativer Erwartungen zurückgehende Rechtsrationalität sowie eine (de)konstruktive Kompatibilisierung des Dissenses zwischen lokalen Handlungssystemen vorausgesetzt. Und es sind gerade die selbstdestruktiven Inkongruenzen der normativen Erwartungen und die fremddestruktiven Inkompatibilitäten der Dissense zwischen Handlungsfeldern, die den Identitätsaufbau der Sphäre(n) des Rechtlichen in der peripheren Moderne verhindern.

In diesem Kontext des Mangels an kongruent generalisierten oder, zumindest, topisch kongruenten Rechten sind der Aufbau und die Ausdehnung der Bürgerrechte nicht möglich. Diese implizieren nämlich genau die gleiche rechtliche Integration in die Gesellschaft und bilden Rechte, welche die wirtschaftlichen und politischen Ungleichheiten neutralisieren. Wo dies nicht eintritt, herrschen die Beziehungen von »Subbürgerschaft« und »Überbürgerschaft« vor, welche die Identität des Rechtssystems zerstören.

84 Etymologisch kommt das Wort Allopoiesis vom griechischen *allos* (»anderer«, »fremd«) und *poiēsis* (»das Schaffen«, »das Produzieren«); es bezieht sich auf die (Re-)Produktion eines Systems durch Kriterien, Programme und Codes seiner Umwelt. Vgl. *Neves* (Fn. 52), insbes. S. 81 ff. u. 182 ff.; *ders.*, Symbolische Konstitutionalisierung, Berlin 1998, S. 116 ff.; *ders.*, De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho, in: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho* 19 (1996), S. 403–420; *ders.*, A Crise do Estado: Da Modernidade Central à Modernidade Periférica – Anotações a partir do Pensamento Filosófico e Sociológico Alemão, in: *Revista de Direito Alternativo* 3 (São Paulo 1994), S. 64–78, 72 f.

85 Kelsens Konzept der Selbsterzeugung des Rechts (*Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, insbes. S. 73, 228 u. 283) bleibt auf der strukturellen Ebene des Stufenbaus der Rechtsordnung, also läßt es sich – im Gegensatz zur Interpretation von *François Ost* (*Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit*, in: *Archives de Philosophie du Droit* 33 [1986], S. 133–162, 141–44) – nicht mit dem Autopoiesis-Paradigma verbinden, das sich primär auf die operative Ebene und auf die Zirkularität der Reproduktion des Rechts bezieht. Deswegen kann das erstere sehr abstrakt auf unterschiedliche Staaten übertragen werden, während das letztere spezifische konkrete soziale Bedingungen voraussetzt.

86 Über Institutionalisierung, Sinnidentifikation und Normierung als Generalisierungsmechanismen des Rechts, siehe *Luhmann*, Rechtssoziologie (Fn. 12), S. 94 ff.

Ich habe schon vorher darauf hingewiesen, daß zum Aufbau und Ausbau der Bürgerrechte die Übernahme der moral- bzw. wertbezogenen Semantik der Menschenrechte im Verfassungstext in Form von Grundrechten nicht ausreicht. Für die Verwirklichung der Bürgerrechte als politisch-rechtlicher Mechanismus der sozialen Inklusion ist die Konkretisierung der sich auf die Grundrechte beziehenden Verfassungsnormen unerlässlich.

In der rechtspolitischen Erfahrung Brasiliens hatte die Ausdehnung der die Grundrechte betreffenden Verfassungsbestimmungen keine Relevanz im Konkretisierungsprozeß. So verbergen die angeblich im Innern der Verfassungstexte aufgebauten und ausgedehnten »Bürgerrechte« nach wie vor eine bürgerrechtsfremde (und in vieler Hinsicht -feindliche) Wirklichkeit. Unter schematisierender Ausblendung der autoritären Perioden der Negation der Bürgerrechte auf der Ebene selbst der Verfassungsschartas und Gesetze bzw. Verordnungen mit Verfassungskraft (1937–1945 und 1964–1984) läßt sich eine steigende Ausdehnung der Grundrechte in den Verfassungstexten feststellen, ohne daß im Bereich der Verfassungswirklichkeit eine entsprechende Antwort im Sinne des Aufbaus der Bürgerrechte als Inklusionsmechanismus zu konstatieren ist. Von der Beschränkung der zivilen Rechte auf die freigebornen (*ingênuos*) und befreiten (*libertos*) Staatsangehörige in der kaiserlichen Verfassung von 1824 bis zur weitgehenden Anerkennung der zivilen, politischen, sozialen und kollektiven Rechte in der Verfassung von 1988 hätte sich demnach ein intensiver Prozeß der Eroberung und Erweiterung der Bürgerrechte vollzogen. Aber diese auf der Verfassungsbühne entwickelte Semantik war nicht besonders relevant für die politisch-rechtliche Praxis.<sup>87</sup>

Es fragt sich also, worin der Sinn der Verfassungserklärungen der Bürgerrechte liegt, wenn diesen Erklärungen unleugbar ein sehr geringer Grad an Rechtswirksamkeit verbleibt. Die Antwort scheint mir in ihrer politisch-symbolischen Bedeutsamkeit zu liegen. Paradoxerweise verstärkt sich bei einer Reduktion der rechtsnormativen Wirksamkeit der Verfassungsdeklarationen der Rechte ihre symbolische Funktion. Es erfolgt eine Art Hypertrophie ihrer politisch-symbolischen Dimension zu Lasten ihrer rechtsnormativen Funktion.<sup>88</sup>

In diesem Kontext entstehen die Bürgerrechte als symbolischer Topos des Verfassungsdiskurses. Seitens des Machthabers haben die Verfassungsdeklarationen der Bürgerrechte eine Alibifunktion.<sup>89</sup> Der Staat und die jeweiligen Gesetzgeber oder Regierenden stellen sich rhetorisch als identifiziert mit den Werten der Bürgerrechte vor und schieben der »Gesellschaft« die Schuld für die Hindernisse ihrer Verwirklichung zu. Seitens der Kritiker des Status quo dient die Deklaration der Bürgerrechte als symbolischer Bezugspunkt des Diskurses für die Veränderung der realen Machtverhältnisse. Indem sie Verfassungstexte mit weiter reichenden Grundrechtskatalogen vorschlagen und verteidigen, rechtfertigen sie symbolisch vor dem Publikum ihre Tätigkeit im Sinne des Einsatzes für die Bürgerrechte. Auf beiden Seiten gehören die Bürgerrechte als symbolischer Topos zum konstitutionalistischen Diskurs. Je mehr man über sie im politischen Bereich spricht, desto mehr nehmen die Hindernisse für ihre Verwirklichung zu.

In gewisser Hinsicht dient der symbolische Diskurs für die Bürgerrechte der Verdek-

87 Neves (Fn. 52), insbes. S. 110 ff.; ders., *Symbolische Konstitutionalisierung* (Fn. 84), S. 143 ff.

88 Neves (Fn. 52), S. 61–65; ders., *Symbolische Konstitutionalisierung* (Fn. 84).

89 Neves, *Symbolische Konstitutionalisierung* (Fn. 84), S. 38–41 u. 87–90.

kung der Tatsache, daß die Strukturprobleme der Subintegration und Überintegration in die Gesellschaft, also die Situationen von »Subbürgerschaft« und »Überbürgerschaft«, untrennbar an Positionen und Beziehungen der jeweiligen politischen Akteure gebunden sind. Das symbolische Alibi des Bürgerrechtsdiskurses überwälzt auf einen anderen die Verantwortung für die Hindernisse der Verwirklichung der Bürgerrechte und erschwert in gewisser Weise die Entwicklung einer effektiven Selbstkritik der einzelnen und Gruppen hinsichtlich ihrer Positionen in den Beziehungen von Subintegration und Überintegration. So gesehen, mag der symbolische und ideologische Topos »cidadania« (citizenship) mehr der Erhaltung des Status quo als der verallgemeinerten und gleichen rechtlichen Integration in die Gesellschaft dienen, d. h. gegen die Verwirklichung selbst der Bürgerrechte als Inklusionsmechanismus wirken.

### *Schluß*

Im Bereich der Sozialwissenschaften und der rechtswissenschaftlichen Untersuchungen mit sozialwissenschaftlichem Anspruch, die gegenwärtig in Brasilien durchgeführt werden, läßt sich eine Tendenz dazu feststellen, einen starken, am Legalismus ausgerichteten Staat der Schwäche der »Zivilgesellschaft« und der Bürgerrechte gegenüberzustellen. Diesem Problemverständnis liegt die irreführende Vorstellung zugrunde, daß sich die staatliche Rechtsordnung, auch im Falle Brasiliens, konsistent durch die verallgemeinerte Legalität der Aktivitäten ihrer Akteure reproduziert. In der Tat ist vielmehr die minimale rechtliche Voraussetzung des Aufbaus der Bürgerrechte, die Legalität als die auf Inklusion gerichtete Generalisierung des Rechts, nicht vorhanden. So verallgemeinert sich in den Machtverhältnissen die Illegalität der Praxis der staatlichen Akteure, der gesellschaftlichen Gruppen und der einzelnen, freilich zugunsten der Überbürger und zum Nachteil der Subbürger.

Es scheint mir klar zu sein, daß es in einem derartigen Kontext des Mangels an operativer Autonomie der staatlichen Rechtsordnung unzulässig ist, von einem starken Staat zu sprechen, der sich dem Aufbau der Bürgerrechte entgegenstemmt. Der Staat wird ständig durch die Partikularismen der konkreten wirtschaftlichen und politischen Interessen blockiert, was sowohl aus den Privilegien der Überbürger als auch aus den Bedrängnissen der Subbürger hervorgeht. Die eigene Identität eines Staatsbereichs gegenüber den privaten Partikularismen wird nicht konsistent aufgebaut, weil keine verfassungsmäßige und legale Filterung der Einwirkung der Wirtschaft und der Macht auf die staatlichen Praktiken erfolgen. Bei dieser Lage wirken die generalisierten Codes »Geld« und »Macht« nicht nur als Bedingungen des Rechts, sondern sie überlagern es mit destruktiven Folgen.

Der Aufbau und die Ausdehnung der Bürgerrechte erfordern also, im brasilianischen Fall, die Konstruktion eines auf einer demokratischen Verfassungsordnung beruhenden, öffentlichen Raums der Legalität, der einerseits die Identität des Staats vor den privaten Interessen fördert und andererseits die gleiche rechtliche Integration der Bevölkerung in die Gesellschaft (Inklusion) ermöglicht. Zwar geht das Problem weit über die politisch-rechtlichen Variablen hinaus, es beruht auf umfassenden sozialen Voraussetzungen und ist nicht zuletzt von weltgesellschaftlichen Bedingungen abhängig. Auf jeden Fall läuft dessen Lösung nicht auf die Suche nach Alternativen zur Legalität hinaus, denn diese – verstanden als effektives und allgemeines Strukturmodell der rechtlichen und politischen Handlungen bzw. Kommunikationen – ist in Brasilien nach wie vor nicht vorhanden (Mangel an Allgemeinheit des Gesetzes in

bezug auf die Praxis der Staatsakteure, Privatleuten und Organisationen). Aber man könnte im Gegenteil behaupten, daß die (effektive, nämlich auf die Konkretisierung einer demokratischen Verfassungsordnung angewiesene) Legalität eine Alternative zur herrschenden Kultur der Illegalität bildet; allerdings eine Alternative, deren Durchsetzung im brasilianischen Kontext einen gesellschaftlichen Strukturwandel erfordern bzw. implizieren würde.

577

Felix Herzog

## Rechtspflege – Sache des ganzen Volkes?

**Studien zur Ideologie und Praxis der Gesellschaftsgerichte in der DDR  
mit dem Schwerpunkt der nachbarschaftlichen Sozialkontrolle  
durch die Schiedskommissionen in den Wohngebieten**

Unter der Parole »Rechtspflege – Sache des ganzen Volkes« galt der Aufbau von gesellschaftlichen Gerichten in der DDR als ein wesentlicher Schritt zur Überwindung der »Volksfremdheit des bürgerlichen Rechts« und zur Errichtung einer sozialistischen Gerichtsbarkeit, die den »Kampf gegen alle Erscheinungen der Kriminalität« zur »gemeinsamen Sache der sozialistischen Gesellschaft ihres Staates und aller Bürger« machte.

Mitte der 80er Jahre waren 280.000 Bürgerinnen und Bürger als Mitglieder von gesellschaftlichen Gerichten an dieser Aufgabe beteiligt. In der westdeutschen Strafrechtsreformdiskussion der 60er und 70er Jahre galten die Gesellschaftsgerichte der DDR als ein durchaus beachtenswertes Modell des Umgangs mit sogenannter Bagatelldelinquenz. Es wurde aber auch warnend auf die politische Lenkung, auf ihre ideologische Einbindung und ihre Instrumentalisierung durch den sozialistischen Staat hingewiesen. Mit seinen Studien zur Ideologie und Praxis der gesellschaftlichen Gerichte ermöglicht der Verfasser eine differenzierte Einschätzung.

1999, 224 S., brosch., 68,- DM, 496,- öS, 62,- sFr,  
ISBN 3-7890-6210-3



**NOMOS Verlagsgesellschaft  
76520 Baden-Baden**