

Ulrike A. C. Müller

## Recht als Graswurzelpraxis

### Die Notwendigkeit von Praxisbeobachtung für Kritik und von Recht für emanzipatorische Gesellschaften<sup>1</sup>

Der Titel dieses Beitrags lässt schon erkennen, dass hier zwei Themen miteinander verbunden werden: Das sind zum einen die Thesen, dass Recht als Graswurzelpraxis gesellschaftlich emanzipatorisch wirken kann und notwendig ist für eine emanzipatorische Gesellschaft. Und zum anderen die These, dass Rechtskritik einer starken und gleichberechtigten Verknüpfung von theoretischen Aussagen mit systematischen und ergebnisoffenen empirischen Analysen bedarf, bei der Empirie und Theorie sich gegenseitig ernst nehmen und weiterentwickeln. Eine systematische Analyse von alltäglicher Rechtspraxis zeigt, dass „radikale“ Rechtskritiken Gefahr laufen, emanzipatorisches Potenzial im Recht zu verschenken.

#### *I. Notwendigkeit von Praxisbeobachtung für Kritik*

Die Beziehung zwischen kritischer Rechtstheorie und Rechtspraxis beschreiben Economides und Hansen für Großbritannien 1992 als „at best problematical and at worst non-existing“.<sup>2</sup> Die gegenwärtige deutsche Situation erscheint etwas besser, was auch diese Konferenz bestätigt, auf der sich erfreulicherweise akademische und rechtspraktische Perspektiven ergänzen. Eine Schwachstelle im Dialog sehe ich weniger auf der Seite der Praktiker\_innen, sondern eher auf der Seite der Wissenschaft, die zu wenig empirische Informationen systematisiert. Meine erste These lautet daher, dass *theoretische Kritik von Recht ohne systematische Analyse von Rechtspraxis nicht zu tragfähigen Ergebnissen führt*, sondern im ungünstigsten Fall zur Bestätigung von Glaubenssätzen. Dazu kann Audre Lorde's „The master's tool will never dismantle the master's house“<sup>3</sup> werden, wenn es zitiert wird, ohne zu untersuchen, ob und wann Recht ein herrschaftliches Werkzeug darstellt und wann Recht vielleicht gerade einen guten Ansatzpunkt abgibt. Zu

1 Dieser Beitrag basiert auf dem Vortrag „Recht als inklusive Graswurzelpraxis“ auf der Tagung „Praxen der Rechtskritik“ vom 7.-9. April 2016 an der HU Berlin im Panel „Recht als Forum politischer Konflikte“. Ich bedanke mich bei Sonja Buckel, Liza Mattutat, Katrin Niedenthal und der KJ-Redaktion für hilfreiche Anregungen.

2 Kim Economides/Ole Hansen, Critical Legal Practice: Beyond Abstract Realism, in: Grigg-Spall/Ireland (Hrsg.), The Critical Lawyers' Handbook, London 1992, 142 (142).

3 Audre Lorde, The Master's Tool Will Never Dismantle the Master's House, in: dies. (Hrsg.), Sister Outsider: Essays and Speeches, Berkeley 2007, 110 (110).

eher allgemeinen Äußerungen lädt auch der Tagungscall ein, wenn er fragt, „ob echte Emanzipation gar die Freisetzung von der Herrschaft des Rechts bedeuten müsste.“<sup>4</sup>

Aussagen auf diesem höchstem Abstraktionsniveau sollten, um fundierte Rechtskritik zu produzieren,

- a) über gesellschaftliche Organisation ohne Recht nachdenken (dazu weiter unten III.) und
- b) die konkreten Bezüge zwischen Rechtspraxis und gesellschaftlichen Entwicklungen beleuchten (dazu II.).

Ein hohes Abstraktionsniveau klingt zwar gerade in linken Kreisen oft sexy. Diese Wolkenhöhe muss aber verlassen werden, um eine Überprüfung zu ermöglichen; Theorie benötigt systematische Empirie. Um nicht missverstanden zu werden: Es geht dabei nicht um das Verhältnis zwischen Theorie und Praxis, sondern von Theorie und Empirie entlang der Unterscheidung zwischen Abstraktion und Konkretheit von Aussagen. Beispielsweise ließe sich theoretisch Audre Lordes allgemeinem Satz auch die umgekehrte Logik entgegenen: Um das Haus des Herrn auseinanderzunehmen, passt gerade das Werkzeug des Herrn am besten, denn wenn ich eine 8er-Schraube lösen will, nehme ich ja auch einen 8er-Schlüssel.

Auseinandersetzungen auf Theorie-Ebene sind notwendig und wichtig; sie genügen jedoch nicht. Jede Theorie enthält – zwangsläufig – einen Bezug zu gesellschaftlichen Realitäten und Machtverhältnissen, nicht immer aber einen systematischen, sondern manchmal nur einen illustrativen. Für einen systematischen Wirklichkeitsbezug braucht es kleinteilige empirische Daten über konkrete historische Situationen und Orte, zum Beispiel: Welche Unterschiede bestehen zwischen Common Law- und Civil Law-Rechtssystemen? Wie verändert Prozesskostenhilfe den Zugang zu Gerichten, und wie beeinflusst das die Rechtsprechung? Wie sieht die Kommunikation zwischen Anwältin und Mandantin aus? Wie reagieren Gerichte auf neue Argumente? Bezogen auf einen Klassiker der Rechtskritik: Inwiefern verhüllen Gerichtsurteile die darin enthaltenen gesellschaftlichen Wertentscheidungen? Verstehen Nicht-Jurist\_innen richterliche Entscheidungen tatsächlich als neutral oder sind Annahmen von Klassenjustiz verbreitet? Derartige Detailuntersuchungen<sup>5</sup> sind manchmal etwas unsauber und zwischendurch oft langweilig. Ohne Empirie und deren wissenschaftliche Systematisierung besteht aber die Gefahr, dass akademische Rechtskritik unrealistische und damit unpraktikable Kritiken formuliert.

Dieses Risiko, das mit dem Stereotyp des Elfenbeinturms verbunden wird, betont der Politologe McCann. Seine Forschung über die Nutzung von Recht durch soziale Bewegungen bringt ihn dazu, einige Punkte der Critical Legal Studies zu relativieren: „my

4 Praxen der Rechtskritik. Call for Papers. Tagung am 8./9. April 2016, <http://www.nomos-elibrary.de/e/10.5771/0023-4834-2015-2-133.pdf> (letzter Abruf: 15.6.2016).

5 Als Beispiele für empirische Arbeiten mit starken Bezügen zu Theorien gesellschaftlicher Transformation seien hier genannt: die Beiträge in Blankenburg/Reifner/Gorges u.a. (Hrsg.), Rechtsberatung. Soziale Definition von Rechtsproblemen durch Rechtsberatungsangebote, Neuwied/Darmstadt 1982, ferner in Cain/Harrington (Hrsg.), Lawyers in a Postmodern World: Translation and Transgression, New York 1994, und in McCann (Hrsg.), Law and Social Movements, Aldershot 2006, außerdem ders., Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization, Chicago 1994; s.a. Hubert Rottleuthner, Zur Ausdifferenzierung der Justiz – Einige theoretische Folgerungen, 313, sowie die weiteren Beiträge in: ders. (Hrsg.), Rechtssoziologische Studien zur Arbeitsgerichtsbarkeit, Wiesbaden 1984.

work has led me to wonder whether the standards that we scholarly critics frequently invoke to measure 'real' change are realistic and whether our commitments to debunking liberal myths do not distort our sensitivity to aspirations and struggles of oppressed citizens in our society.“<sup>6</sup> McCann erkennt an, dass rechtliche Verfahren *allein* keinen sozialen Wandel voranbringen, zeigt gleichzeitig aber auch auf, dass sie eine wichtige Ressource für kollektive Organisation und kollektives Handeln sein können. Dieser Forschungsansatz ist zunächst für die USA und andere Länder mit Common Law-Rechtsystemen und Mehrheitswahlssystemen aussagekräftig, in denen strategische Prozessführung eine größere Rolle spielt, lässt sich aber als genauer Blick auf das *Zusammenspiel* von rechtlichen und nicht-rechtlichen Handlungsformen auch auf Civil Law-Systeme übertragen, in denen Recht auch als Graswurzelpraxis mit politischen Kämpfen verbunden ist.

## II. Recht als emanzipatorische Graswurzelpraxis

Ein empirischer Blick zeigt, und das ist meine *zweite These*, dass *Rechtspraxis gerade auch gesellschaftlich emanzipatorisch wirken kann*. Im Arbeitsrecht, Familienrecht usw. fanden und finden Aushandlungsprozesse statt, die Erfolge in Richtung des Ausgleichs von Machtverhältnissen bedeu(ten).

### 1. Kämpfe und Erfolge entlang class – race – gender

Das Beispiel des Arbeits- und Sozialrechts zeigt dies im breiten historischen Rahmen: Gewerkschaften sind wesentlich über das Angebot von Rechtsberatung entstanden; die Arbeitersekretariate im Kaiserreich und in der Weimarer Republik fungierten auch als Rechtsschutzbüros<sup>7</sup> und waren „regelrechte Beschwerdevereine“.<sup>8</sup> Ihre Einzelfallarbeit trug dazu bei, Arbeiter\_innen zu organisieren und politischen Druck aufzubauen, sodass Sozialversicherungen geschaffen und Nicht-Besitzende sozio-ökonomisch inkludiert werden mussten. Auch gegenwärtig ist Rechtsschutz wichtig für gewerkschaftliche Organisation.<sup>9</sup> Rechtspraxis *erleichtert* damit gerade kollektive Organisation, indem nicht nur ein individueller Nutzen von Organisation geschaffen wird, sondern auch lebensweltliche Informationen für die Organisationsspitze generiert werden.

Im Familienrecht, im Strafrecht und im Arbeitsrecht hat Rechtspraxis zur gesellschaftlichen Gleichstellung von Frauen beigetragen: Schon die erste,<sup>10</sup> stärker vielleicht noch

6 Michael McCann, Legal Mobilization and Social Reform Movements: Notes on Theory and Its Application, *Studies in Law, Politics, and Society* 11 (1991), 225 (226).

7 Vgl. Hiroki Kawamura, Die Geschichte der Rechtsberatungshilfe in Deutschland. Von der Wilhelminischen Zeit bis zur Entstehung des Beratungshilfegesetzes von 1980, Berlin 2014, 138 ff.

8 Klaus Westermann, 10 Jahre DGB Rechtsschutz GmbH, in: Reinold Mittag/Edzard Ockenga/Karlheinz Schierle/ Reinhard-Ulrich Vorbau/Hans-Martin Wischnath (Hrsg.), Die Sicherung von Arbeitnehmerrechten: 10 Jahre DGB Rechtsschutz GmbH, Baden-Baden 2008, 335 (335).

9 Vgl. Mittag/Ockenga/Schierle/Vorbau/Wischnath (Fn. 8), sowie Buschmann/Fraunhofer/Schierle/Vorbau (Hrsg.), Unsichere Arbeits- und Lebensbedingungen in Deutschland und Europa, Baden-Baden 2014.

10 Vgl. Beatrix Geisel, Klasse, Geschlecht und Recht: vergleichende sozialhistorische Untersuchung der Rechtsberatungspraxis von Frauen- und Arbeiterbewegung (1894-1933), Baden-Baden 1997.

die zweite<sup>11</sup> Welle der Frauenbewegung arbeitete intensiv mit feministischen Anwält\_innen zusammen. Diese Verbindung zwischen Bewegung und Jurist\_innen hat zur Ausweitung von formeller und materieller Gleichstellung der Geschlechter in den Lebensbereichen Familie und Erwerbsarbeit beigetragen. Auch hier sind politische Fortschritte vor dem Hintergrund von Druck und Organisation durch Einzelfallarbeit erreicht worden. Das Wissen, auf Recht zurückgreifen zu können, erleichtert Individuen auch nicht-rechtliche Widerstandsformen.

Im Migrationsrecht<sup>12</sup> wiederum wirken Einzelfälle inklusiv im buchstäblichen Sinn: Auch ohne das Vorhandensein einer ausdrücklichen sozialen Bewegung haben sich Migrant\_innen als Bevölkerungsanteile in der Bundesrepublik verankert. Dabei war auch vielfache individuelle Rechtsverfolgung und die Zusammenarbeit von politischen Initiativen mit Anwält\_innen wirksam.<sup>13</sup> Derzeit entwickelt sich an der Schnittstelle von Sozialrecht und Aufenthaltsrecht ein europäisches Sozialrecht – jenseits von Parlamenten, vorangetrieben durch Individualkläger\_innen und Jurist\_innen.

In diesen klassischen Ungleichheitskategorien – Klasse, Geschlecht und Nation bzw. ethnische Zuschreibung – gestaltete der Kampf von Betroffenen und deren engagierte Rechtsvertretung die bundesdeutsche Gesellschaft egalitärer. Individuelle Rechtsmobilisierung trägt entscheidend dazu bei, eine „Krise zur Krise zu machen“,<sup>14</sup> aus der Kritik entsteht.

## 2. Die rechtliche Graswurzelpraxis

Beim Blick auf Rechtspraxis entlang gesellschaftlicher Machtverhältnisse wird also das parallele Verhältnis von Recht zu Politik deutlich. Das führt mich zu meiner *dritten These, dass Rechtspraxis eine gerade aus linker Perspektive attraktive Graswurzelpraxis bildet*. Mit Preuß lässt sich Rechtspraxis als „mikropolitisch[e]“ Tätigkeit<sup>15</sup> beschreiben – politisch, weil damit, genau wie mit Gesetzgebung, gesellschaftliche Interessenkonflikte entschieden werden. Dies geschieht zwar nur auf den Einzelfall bezogen – im Gegensatz zur Gesetzgebung als Makropolitik –, aber trotzdem mit allgemeiner Gültigkeit aufgrund der Durchsetzbarkeit mittels staatlich monopolisierter Gewalt. Mit einer anderen Semantik möchte ich dies als Graswurzelpraxis bzw. als Graswurzelpolitik bezeichnen. Zwar

- 11 Vgl. Gesine Fuchs, Recht als feministische Strategie? Überlegungen anhand von Lohngleichheitskämpfen in der Schweiz, *Streit. Feministische Rechtszeitschrift* 31 (2013), 3; Sibylla Flügge, 25 Jahre feministische Rechtspolitik – eine Erfolgsgeschichte?, *Streit* 21 (2003), 51, sowie Ulrike A. C., Müller, Professionelle Direkte Aktion. Linke Anwaltstätigkeit ohne kollektive Mandantschaft, *KJ* 44 (2011), 448, und dies. Politics of the Waiting Room and Professional Direct Action: Cause Lawyering in Private Practice in Berlin, 2007, <http://www.iisj.net/iisj/de/politics-of-the-waiting-room-and-professional-direct-action-cause-lawyering-in-private-practice-in-berlin.asp?cod=4010&nombre=4010&nodo=&orden=True&sesion=1347> (letzter Abruf: 12.9.2016).
- 12 Vgl. auch Sonja Buckel, 'Welcome to Europe' – juristische Kämpfe um das Staatsprojekt Europa. Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts. Kämpfe um das Staatsprojekt Europa, Bielefeld, 2013, 71, sowie dies., Rechtskritik, *KJ* 49 (2016) 289 (299ff).
- 13 Vgl. Müller (Fn. 11), 2011 und 2007.
- 14 Sonja Buckel, Rechtskritik, *KJ* 49 (2016), 289 (298).
- 15 Ulrich K. Preuß, Anwaltliches Handeln im demokratischen Rechtsstaat, in: Fabricius-Brand/Isermann/Seifert/Spoo (Hrsg.), Rechtspolitik mit „aufrechtem Gang“. Werner Holtfort zum 70 Geburtstag, Baden-Baden 1990, 17 (22).

sind es Richter\_innen – und keine gewählten Vertreter\_innen –, die den Ausgang eines Verfahrens bestimmen. Aber ob ein Verfahren überhaupt betrieben wird oder nicht, ob ein bestehender Zustand hingenommen oder eine gerichtliche Änderung versucht wird, diese Entscheidung obliegt den Betroffenen.

Preuß bezieht den Begriff „mikropolitisch“ nur auf Anwaltstätigkeit. Er kann aber erweitert für jede Beteiligung an Rechtspraxis verwendet werden. Dieses politische Verständnis von Einzelfällen findet sich schon bei Jhering, der um 1870 herum in seinem Vortrag „Der Kampf um's Recht“ die Bedeutung individueller Rechtsverfolgung für die Gestaltung von Gesellschaft herausarbeitet: „Recht ist unausgesetzte Arbeit, und zwar nicht bloß der Staatsgewalt, sondern des ganzen Volkes. Jeder Einzelne, der in die Lage kommt, sein Recht behaupten zu müssen, übernimmt an dieser nationalen Arbeit seinen Anteil, trägt sein Scherflein bei zur Verwirklichung der Rechtsidee auf Erden.“<sup>16</sup> Der Charme von Rechtspraxis liegt dabei darin, dass die gesellschaftspolitische Wirkung keiner ausgefeilten politischen Motivation bedarf. Machtverhältnisse werden ausgehandelt – automatisch, in jedem Einzelfall, und auch ohne ausdifferenziertes klassenkämpferisches Bewusstsein der Kläger\_innen. Dieser Effekt zeigt sich gegenwärtig im Sozialgesetzbuch II, das seit der Einführung von Hartz IV ein hohes Klageniveau<sup>17</sup> zeigt. Die Sozialgerichtsbarkeit mit ihrem klägerfreundlichen Prozessrecht<sup>18</sup> erfüllt hier politisch eine Aufgangfunktion, indem sie kontinuierlich soziale Sicherung thematisiert und Erwerbslose zumindest mittelbar in gesellschaftliche Aushandlungsprozesse einbezieht. Eine Aufgangfunktion deshalb, weil Erwerbslose sich kaum kollektiv organisieren und eine niedrige Wahlbeteiligung<sup>19</sup> zeigen. Diese klassischen Formen von politischer Partizipation haben offensichtlich für sie wenig zu bieten, das bestätigte sich auch in Interviews mit Alg II-Kläger\_innen.<sup>20</sup>

Kurz zurück zur ersten These: Es genügt als Rechtskritik also nicht, Ausschlüsse in Gesetzestexten aufzuzeigen, ohne zu berücksichtigen, welche unterprivilegierten Menschen sich trotzdem und mit welchen Effekten an das Recht wenden. Die historische Empirie zeigt, dass der Abbau von Herrschaftsverhältnissen in den letzten 200 Jahren fast immer mit Rechtspraxis verbunden war, sofern er nicht revolutionär erfolgte.

### 3. Ungleichheiten und Ausschlüsse im Recht und in anderen Konfliktforen

Stehen die Ungleichheiten und Ausschlüsse, die mit Rechtspraxis zwingend verbunden sind, per se einer Verwendung von Recht als emanzipatorischer Praxis entgegen? Wie der

16 Rudolf von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, Freiburg/Berlin 1992 (9).

17 SGB II-Klageeingänge 2005: 38.960, Gerichtsverfahren. Klageverfahren bei den Sozialgerichten, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Rechtspflege/Gerichtsverfahren/Tabellen/Sozialgerichte.html> (letzter Abruf am 28.4.2014); 2010: 177.343, Statistisches Bundesamt, *Rechtspflege – Sozialgerichte*. 2010, [https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Sozialgerichte2100270107004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Sozialgerichte2100270107004.pdf?__blob=publicationFile), 83 (letzter Abruf am 5.9.2016); 2014: 140.194, Statistisches Bundesamt, *Rechtspflege – Sozialgerichte*. 2014, <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Sozialgerichte2100270147004.html>, 95 (letzter Abruf am 5.9.2016).

18 Eberhard Eichenhofer, *Sozialrecht*, Tübingen 2012, 142.

19 Vgl. Armin Schäfer, *Der Verlust politischer Gleichheit: warum die sinkende Wahlbeteiligung der Demokratie schadet*, Frankfurt/New York 2015.

20 Die Interviews entstanden im Rahmen meiner Dissertation, vgl. [www.uni-kassel.de/go/gwi](http://www.uni-kassel.de/go/gwi).

Call schon formuliert, „perpetuiert das Recht [...] oft patriarchale, koloniale und andere gesellschaftliche Machtstrukturen“.<sup>21</sup> Ja, natürlich tut es das. Das ist aber kein Argument gegen die Verwendbarkeit von Recht. Hier komme ich zu meiner *vierten These*, dass *Recht nicht per se mehr oder weniger emanzipatorisch wirkt als andere Handlungsformen*. Zum einen trifft der Vorwurf der Perpetuierung von Machtverhältnissen auch auf andere politische Praxen zu, außer auf revolutionäre. Zum anderen ist doch zu hoffen, dass in einer selbstbestimmten Gesellschaft die – selbstgesetzten – Regeln weitgehend mit informellen gesellschaftlichen Überzeugungen übereinstimmen, selbst wenn die Überzeugungen einem\_einer nicht passen. Demokratisch gesetztes Recht ist ein „Medium gesellschaftlicher Selbststeuerung“.<sup>22</sup> Und wenn eine Mehrheit in einer Bevölkerung latent rassistisch oder eigentumsorientiert denkt, dann findet sich das fast zwingend auch in der Regelungslage. Recht ist kein Allheilmittel, und Rechtspraxis führt nicht zwingend zu emanzipatorischen Ergebnissen – wie auch kollektive Organisation nicht immer erfolgreich und auch nicht immer progressiv ist. Aber oft genug schwächt Rechtspraxis gesellschaftliche Machtverhältnisse, und sie tut das nicht generell seltener als andere gesellschaftliche Praxen. Letztendlich handelt es sich zumeist um ein Zusammenspiel von rechtlichen und politischen Handlungsformen, das langfristig zu analysieren ist. Ein deutliches Beispiel ist das Sexualstrafrecht: Seit den 1970er-Jahren ist hier ein komplexes Wechselspiel politischer und rechtlicher Mobilisierungen zu verzeichnen. Gesellschaftliche Bewegung hat Rechtsdurchsetzung angestoßen, diese wurde durch legislative Änderungen im Strafprozessrecht mit besseren Bedingungen – in Form der Nebenklage – ausgestattet, was erneut die Rechtsnutzung durch Gewaltbetroffene intensiviert hat. Ohne die Vielzahl an gerichtlichen Anrufungen wiederum und die Verdeutlichung eines ungeklärten gesellschaftlichen Konflikts wäre es kaum zu den materiell-rechtlichen Änderungen gekommen, mit denen 1997 Vergewaltigung von männlichen Opfern und in der Ehe fassbar gemacht wurde und in diesem Jahr alle nicht-einverständlichen sexuellen Handlungen kriminalisiert wurden.

Sozialwissenschaftliche Empirie zeigt dabei auch Interessantes über die Meta-Ebene, nämlich über die Beteiligung an gesellschaftlichen Debatten, in denen diese Interessenkonflikte bearbeitet werden, die unter II.2. schon kurz angesprochen wurde: Die Zugangsmöglichkeiten zum Recht sind oft besser als die zu politischen Foren. Zwar bestehen ökonomische und informationsbezogene Barrieren vor Gerichten. Ähnliche Barrieren behindern aber auch den Zugang zu politischen Foren und Akteuren – also zu Parlamenten, Medien, Parteien, Bewegungen. Die Beteiligung daran ist anspruchsvoll und scheitert bei marginalisierten Menschen besonders häufig. Selbst Wahlbeteiligung ist sozio-ökonomisch sehr ungleich, wobei diese Ungleichheit sich seit 1980 vervielfacht hat.<sup>23</sup>

Die Funktionalität von Recht für marginalisierte Menschen zeigt sich dabei deutlich am Beispiel des Alg II: Die Klagequote von Erwerbslosen ist hoch, die Wahlbeteiligung jedoch niedrig und die kollektive Organisation gering und instabil. Im Aufenthaltsrecht als weiteres Beispiel bestehen Klagemöglichkeiten für Personen, die zu Wahlen keinen Zugang haben. Der Vergleich der Handlungsmöglichkeiten in rechtlichen – also mikropolitischen – Foren und in makropolitischen Foren macht die Graswurzeigenschaft von Rechtspraxis deutlich: Recht bringt individuelle Handlungsmacht mit sich. Rechtsdurch-

21 S. Fn. 4.

22 Preuß (Fn. 15), 20.

23 Schäfer (Fn. 19), 97.

setzung steht auch Minderheiten zur Verfügung, selbst atomisierten Einzelnen, und erlaubt damit eine Emanzipation nicht nur von Staat und Familie, sondern auch von der Community, der Gewerkschaft usw. Das wird von linker Seite oft zu einseitig kritisiert, denn gerade schwache Personen verfügen oft nicht über die Ressourcen, um eine Partei, eine Gewerkschaft oder ähnliches zu gründen. Im Recht ist ein Individuum wirklich ein Subjekt, weil es auf staatliche Zwangsgewalt zugreifen kann und nicht auf das Wohlwollen eines Kollektivs angewiesen ist. Preuß setzt diese individuelle Handlungsmacht mit der „Doppeldeutigkeit der [...] Verrechtlichung“ in Verbindung: „Zum einen befreit das Recht die Individuen aus der Naturwüchsigkeit sozialer, ökonomischer und bürokratischer Abhängigkeit [...], vermindert damit zugleich aber auch die Chancen nicht-rechtlicher Formen gesellschaftlicher Solidarität und Konfliktbewältigung und treibt so die von Max Weber für die Moderne konstatierte Entzauberung der Welt wieder ein Stück voran.“<sup>24</sup> Diese Entzauberung lässt sich einerseits nicht zurückdrehen und kann andererseits gerade für marginalisierte Menschen sinnvoll sein.

#### 4. Bildung, Klasse und Transparenz durch Tatbestandsmerkmale

Ein überaus heikler und weiter zu beobachtender Punkt zeigt sich beim Blick auf neu entstehende Ausschlüsse und Ungleichheitsverhältnisse. Für deren Analyse ist immer noch der klassische Aufsatz von Marshall „Staatsbürgerrechte und soziale Klassen“ hilfreich. Marshall zeigt auf, dass Verrechtlichung zu zunehmender staatsbürgerlicher Gleichheit in modernen westlichen Staaten führt, indem bürgerliche und politische Freiheitsrechte mit sozialstaatlichen Sicherungsrechten verbunden werden. Gleichzeitig wird der Bildungsgrad als Kategorie von Ungleichheit wichtiger: Bildungsunterschiede sind aufgrund ihrer Bedeutung für Erwerbstätigkeit relevanter geworden und werden durch die Existenz staatsbürgerrechtlicher Gleichheit legitimiert. In den Worten Marshalls: „Der durch die Bildung erlangte Status, der in die Welt hinausgetragen wird, trägt den Stempel der Legitimität, weil er durch eine Institution [die staatliche Schule, U.M.] verliehen wird, die eingerichtet wurde, dem Bürger seine ihm zustehenden Rechte zu erfüllen.“<sup>25</sup> Auch wenn diese idealistische Zweckbestimmung von Schule eine Fiktion ist, ist sie gesellschaftlich wirksam: Bildungsbasierte Unterschiede, die sich auf ökonomische und politische Macht auswirken, werden demokratisch kaum in Frage gestellt; allenfalls ungleiche Bildungschancen werden kritisiert. Dadurch, so Marshall, ist „der Staatsbürgerstatus in gewisser Hinsicht selbst zum Architekten legitimer sozialer Ungleichheit geworden“.<sup>26</sup> Und diese Form der Ungleichheit kann durch Antidiskriminierungsrecht in einer kapitalistischen Ordnung nur ausgeblendet werden.

Aber beruht diese Verstärkung eines Machtverhältnisses, das eng an die Kategorie der Klasse angeknüpelt ist, gerade auf der Rechtsförmigkeit? Würde eine antidiskriminierungsrechtliche Kategorie „Bildungsgrad“ oder „Klasse“ an der Rechtsform scheitern? Das ist nicht ersichtlich, wohl eher wäre sie derzeit politisch nicht mehrheitsfähig, gerade weil sie mit der Systematik einer kapitalistischen Leistungs- und Marktordnung radikal brechen würde. Insofern ist dem Call zuzustimmen: „Sich des Rechts zu bedienen ist [...]

24 Preuß (Fn. 15), 21.

25 Thomas H. Marshall, Staatsbürgerrechte und soziale Klassen, in: Rieger (Hrsg.) Bürgerrechte und soziale Klassen. Zur Soziologie des Wohlfahrtsstaates, Frankfurt/New York 1992, 33 (81).

26 Ebd., 39.



oft widersprüchlich, denn Subjekte, soziale Räume und gesellschaftliche Verhältnisse unter die Herrschaft dieses Rechts zu stellen, kann neue Ausschlüsse erzeugen.“<sup>27</sup> Aber welche Handlungsform produziert keine potenziellen neuen Ausschlüsse, welche Praxis ist nicht widersprüchlich und gleichzeitig „praktisch“, also real von Betroffenen anwendbar?

Ungleichheiten und Ausschlüsse sind vor allem dann ein Problem, wenn sie implizit erfolgen, also nicht erkennbar und damit schwer kritisierbar sind. Ein Spezifikum von rechtlichen Handlungsformen liegt indes darin, dass Recht ausdrücklich mit Bedingungs-sätzen, Tatbestandsmerkmalen und damit Ausschlüssen arbeitet. Rechtlich gefasste Ausschlüsse benennen die Linien von Ungleichbehandlung und ermöglichen konkrete Debatten. Diese Konkretheit ist für gesellschaftliche Transformation auch notwendig. Was ist denn „echte Emanzipation“?<sup>28</sup> Forderungen wie „Jedem nach seinen Bedürfnissen, jeder nach seinen Fähigkeiten“ oder „Inklusion für alle!“ wären nicht nur nicht justiziabel, sondern ergäben auch politisch keinen Sinn: Inklusion von wem in was? Wer entscheidet über die Berechtigung von Bedürfnissen? Von linker Seite wird die Inklusion von Neonazis in Polizei und Verfassungsschutz üblicherweise kritisiert und ein Ausschluss aus bestimmten Bereichen der Erwerbsarbeit gefordert – mit guten Gründen. Gewalttätige heterosexuelle Männer werden zunehmend von sexueller Intimität ausgeschlossen – ebenfalls: gut so!

Für die Aufdeckung von impliziten Privilegien braucht es einen empirischen Blick und die Verknüpfung mit den Sozialwissenschaften, teilweise auch die Anleitung durch Theorie. Selbst dieser multi-disziplinäre Ansatz findet sich manchmal in der Rechtspraxis, gegenwärtig in der Angreifbarkeit von mittelbarer Diskriminierung, die von Teilen der bundesdeutschen Rechtswissenschaft immer noch als systemsprengender Fremdkörper betrachtet wird. Auch hier zeigen sich selbstverständlich die schon benannten Grenzen, die das Ungleichheitsverhältnis der Klasse betreffen und von der materialistischen Rechtstheorie aufgezeigt wurden: Klassenbasierte Ungleichbehandlung ist nicht verboten, sondern einfachgesetzlich und durch Verfassungsrechtsprechung abgesichert. Die Aneignung von Mehrwert, die kommerzielle Vermietung von Wohnraum, allgemein die gewinnorientierte Nutzung von menschlichen Grundbedürfnissen sind nicht als Diskriminierung verboten. Hier benötigt ein Systemwechsel sicherlich vor allem ausdrücklich politische Handlungsformen. Die Ungleichheiten, um die es geht, sind im Recht jedoch transparent: Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Vermieter und Mieter, Verkäufer und Käufer sind ausdrückliche Tatbestandsmerkmale. Die Rechtsförmigkeit verschleiert hier wenig.

## 5. Die Rolle von Jurist\_innen

Bei der Verfolgung ihrer Rechte sind Individuen in der Regel auf professionelle Rechtsberatung und -vertretung angewiesen. Die Jurist\_innen, die diese liefern können, sind mit einem Verständnis von Rechtspraxis als Graswurzelpolitik bzw. als Mikropolitik als Mikropolitiker\_innen zu begreifen und lassen sich auch mit dem Gramscianischen Konzept der „kleinen Intellektuellen“ beschreiben. Kleine Intellektuelle organisieren gesellschaftliche Hegemonien und gesellschaftlichen Konsens. Für linke, emanzipatorische Praxis

27 S. Fn. 4.

28 Ebd.



kommt innerhalb der Jurist\_innenschaft den Anwalt\_innen eine besondere Rolle zu, weil sie ausdrücklich parteilich agieren und den hegemonialen Konsens verschieben dürfen. Sie haben verstanden, dass die Unbestimmtheit des Rechts „weder ein Problem ist, das wir mit den Mitteln der Theorie lösen könnten, noch ein Skandal, den wir immer wieder ausstellen müssten.“<sup>29</sup> Vielmehr bildet die Unbestimmtheit des Rechts einen politischen Handlungsspielraum für konservative wie für progressive Jurist\_innen.

Preuß verzeichnet dabei eine Tendenz von Anwaltstätigkeit, subjektive Rechte zu stärken, also über eine objektiv-rechtliche Dimension hinauszugehen. Natürlich birgt diese Vorgehensweise Risiken, insbesondere begründet die Abhängigkeit von Expert\_innen ein Machtgefälle. Dieses besteht aber bei den meisten Handlungsformen in einer arbeitsteiligen Gesellschaft. Rechtsberatung und -vertretung wird gerade auch von Menschen in unterlegenen gesellschaftlichen Positionen nachgefragt, anders als politische Vertretung. In meiner aktuellen Forschung zu Alg II-Klagen haben Kläger\_innen ausgedrückt, dass sie sich durch die prominente Rolle von Anwalt\_innen nicht entmündigt fühlen, sondern dadurch eine Last abgeben können.<sup>30</sup>

Die Tätigkeit von Jurist\_innen, Gestaltungsspielräume zu nutzen, beschreiben u.a. Cain und Harrington, Buckel sowie Preuß als Übersetzungsleistung.<sup>31</sup> Als kleinen Intellektuellen kommt ihnen dabei auch die Rolle zu, „Erfindungen“ – so Cain<sup>32</sup> – zu machen, mit denen die Interessen ihrer Klientel überhaupt erst rechtlich erfasst werden können. Eine solche aktuelle diskursive Erfindung ist die schon erwähnte Figur der mittelbaren Diskriminierung, deren Potenzial zur Aufdeckung impliziter rechtlicher Ausschlüsse noch nicht ausgeschöpft ist. Aber auch dann, wenn keine großen Innovationen entstehen, sondern alltäglich übersetzt wird, verändert sich sukzessive etwas, weil ein hegemonialer Konsens veränderlich ist. Anwalt\_innen, die engagierte konventionelle Rechtsvertretung mit einer moderaten Preispolitik verbinden, erweitern den Zugang zum Recht. Sie haben politische Spielräume vor allem bei der Wahl von Rechtsgebiet und Mandat. Diese Möglichkeit hängt selbstverständlich entscheidend davon ab, wie zugänglich Rechtsberatung ist. Das gegenwärtige bundesdeutsche System von Prozesskostenhilfe hat den Vorteil, unterprivilegierten Personen Subjekthaftigkeit zu verleihen, indem sie Nachfrage nach unverteilend wirkender Anwaltstätigkeit generieren.

Trotz Prozesskostenhilfe bleibt der Zugang zu Rechtsberatung selbstverständlich extrem ungleich. Auch neo-liberal orientierte Großkanzleien betreiben rechtliche Graswurzelarbeit, die von mächtigen Marktakteuren nachgefragt wird, und sind dabei ungleich besser ausgestattet als die vielen kleinen linken Büros. Aber diese ungleichen Kräfteverhältnisse finden sich bei der Beteiligung an *jedem* gesellschaftlichen Konfliktforum und bei der Nachfrage nach *jeder* professionellen Dienstleistung dafür, auch im parlamentarischen und Lobbyismusbereich sowie in den Medien. Die notwendigen „[k]ritische[n] Lageinschätzungen, strategische[n] und taktische[n] Überlegungen“ über progressive juristische Handlungsspielräume müssen daher nicht nur fragen, „wie die Macht in der Gemeinschaft der Jurist\*innen verteilt ist“, sondern auch, „wie die parlamentarischen und

29 Liza Mattuat in diesem Heft, 505.

30 Vgl. Fn. 20.

31 Maureen Cain/Christine B. Harrington, Introduction, in: dies. (Fn. 5), 2; Sonja Buckel, Zwischen Schutz und Maskerade, 2008, 128; Preuß (Fn. 15), 21.

32 Maureen Cain, The symbol traders in: Cain/Harrington (Fn. 5), 31.

außerparlamentarischen Kräfteverhältnisse gestaltet sind.“<sup>33</sup> In einem Rechtssystem mit Prozesskostenhilfe ist, wie schon beschrieben, Rechtsmobilisierung bzw. rechtliche Graswurzelpraxis gerade für marginalisierte Menschen manchmal oft erfolgversprechender als kollektive Organisation. Marginalisierte Menschen würden keine anwaltliche Übersetzungsleistung nachfragen, wenn sie ihnen nicht nutzen würde. Darin findet sich die Rolle von emanzipatorischen Jurist\_innen: Marginalisierten Menschen und Gruppen ein konkret unterstützendes Angebot zu machen und damit ihre Handlungsmacht in einer hoch arbeitsteiligen Gesellschaft, in der auch politische Meinungsbildung von Profis betrieben wird, zu stärken.

### *III. Notwendigkeit von Recht? Überlegungen zum Verhältnis von Demokratie und Recht*

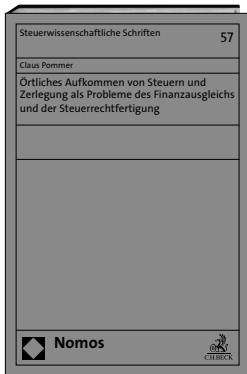
Recht als Alltagspraxis kann also dazu beitragen, Gesellschaften egalitärer zu gestalten. Aber ist dies auch notwendig oder könnte Recht in einer emanzipatorischen Gesellschaft ersetzt werden? Oder müsste das sogar geschehen? Hier ist der Bereich an Fragen erreicht, der nicht empirisch beantwortet werden kann; hier lässt sich nur noch mit theoretischen Ableitungen arbeiten. Dabei stellt sich die grundsätzliche Frage, wie denn gesellschaftliche Selbstbestimmung ohne „Recht“, verstanden als abstrakt formulierte und durchsetzbare Regeln, erfolgen soll. Demokratie in jeglicher Form – ob nun repräsentativ, direkt oder als Räte Demokratie – ist, so scheint es, auf Recht angewiesen. Das Phänomen, dass Recht zur gezielten gesellschaftlichen Gestaltung eingesetzt wird, hat gerade mit der Begrenzung von monarchischer Macht, der Teilung staatlicher Gewalten und der Etablierung von Demokratien zugenommen. Es ist schwer vorstellbar, wie Gesellschaften sich selbst bestimmen könnten, ohne dass die Einhaltung von selbstgesetzten Normen im Konfliktfall überprüft werden kann – überprüft gerade auch auf Initiative von ressourcenschwachen Einzelnen hin. Diese Frage stellt sich schon für kleine, homogene Gruppen, umso mehr in großen, ausdifferenzierten Gesellschaften. Daher halte ich, und das ist meine *fünfte These, Recht für notwendig in einer emanzipatorischen Gesellschaft*, bin aber auch interessiert an entgegenstehenden Überlegungen über selbstbestimmte Vergesellschaftung ohne Recht.

### *IV. Fazit*

Das Fazit dieses Beitrags ist also, dass Recht *auch* als emanzipatorische Praxis wirkt und dass es aufgrund seiner individualisierten Verfahrenspositionen als Graswurzelpraxis genutzt wird. Rechtliches Handeln schafft nicht per se mehr Ungleichheiten und Ausschlüsse als andere Handlungsformen, insbesondere als traditionelle Formen von kollektivem politischen Handeln. Wenn Rechtskritik diese Phänomene übersieht, führt sie zu unzutreffenden Aussagen. Eine utopische Rechtskritik, die für gesellschaftliche Emanzipation gerade die Überwindung von Recht fordert, müsste die Beziehung zwischen gesellschaftlicher Selbstbestimmung und Einzelfallkonflikten mitdenken und Ideen in diese Richtung entwickeln.

33 Mattutat (Fn. 29), 506.

Aus emanzipatorischer Sicht dringender erscheint es, die Verbindungen zwischen Theorie und Empirie vom Recht weiterzuentwickeln, um sowohl Kritiken als auch Strategien präziser zu formulieren: Wo bestehen Spielräume für alltägliche rechtliche Graswurzelarbeit, wo nicht? Wie können sie am wirkungsvollsten eingesetzt werden? Theorie und Empirie benötigen sich wechselseitig und sollten als emanzipatorisches Projekt häufiger auf Augenhöhe miteinander sprechen. Die „Verankerung in den Alltagspraxen, ja letztlich im Alltagsverstand“, die erst eine „gegenhegemoniale Weltanschauung“ ermöglicht,<sup>34</sup> darf nicht nur anekdotisch erfolgen, sondern benötigt einen systematischen Charakter – wofür gerade der Theorie-Empirie-Dialog notwendig ist. Die „Praxen der Rechtskritik“-Konferenz hat einen wertvollen Beitrag geleistet und war insofern in vielerlei Hinsicht „überfällig“. <sup>35</sup> Diese Verständigung über die *Spezifika* von Rechtspraxis und Rechtsförmigkeit gilt es beizubehalten und fortzuentwickeln, sowohl was die Inhalte als auch was die Sprachfähigkeit zwischen „kleinen Intellektuellen“ in verschiedenen Berufsfeldern angeht.



## Örtliches Aufkommen von Steuern und Zerlegung als Probleme des Finanzausgleichs und der Steuerrechtfertigung

Von MinR Dr. Claus Pommer

2016, 329 S., brosch., 86,- €

ISBN 978-3-8487-3207-4

eISBN 978-3-8452-7571-0

(Steuerwissenschaftliche Schriften, Bd. 57)

[nomos-shop.de/27658](http://nomos-shop.de/27658)

Der Autor legt dar, dass und unter welchen Modalitäten Art. 107 Abs. 1 Satz 1 GG dem ertragsberechtigten Land im Bundesstaat einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Erstattung (örtlich) zu Unrecht vereinnahmter Einkommensteuer gewährt. Wo verläuft die Grenzlinie zum einfachen Zerlegungsrecht?



Unser Wissenschaftsprogramm ist auch online verfügbar  
unter: [www.nomos-elibrary.de](http://www.nomos-elibrary.de)

Portofreie Buch-Bestellungen unter  
[www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**

34 Buckel (Fn. 14), 299.

35 Ebd., 289.