Einleitung

"Prozedurales Recht. Das hat etwas mit Prozeßrecht zu tun, oder?"
(Eigentlich gar nicht) "Nur am Rande, eher mit der Rationalität des Rechts."
"Ach so, Legitimation durch Verfahren und so?"
(Auch das nicht) "Ja, so ungefähr."
"Ah verstehe, interessant."

So und ähnlich fallen die Reaktionen von Juristen auf das Thema dieser Arbeit in der Regel aus. Offensichtlich ist der Begriff *prozedurales Recht* erklärungsbedürftig. Für den Juristen liegt der Verweis auf *Verfahren* zwar auf der Hand, aber in dem hier verwendeten Sinne muß das Wort prozedural erst noch im juristischen Wortschatz verankert werden. Als Adjektiv wird *prozedural* hier in einem vergleichbaren Sinne dem Substantiv *Recht* zugeordnet, wie dies für die Adjektive *formal* und *material* üblich ist.

Das Begriffspaar formal/material (bzw. formell/materiell) ist eine dem Juristen gut bekannte Unterscheidung.[1] Formelles Recht umfaßt Regeln über Zuständigkeit, Form und Verfahren rechtlich verbindlichen Entscheidens, während durch materielles Recht ein Rechtsverhältnis inhaltlich bestimmt wird. In diesem Sinne hat H.L.A.Hart[2] zwischen *secondary* und *primary rules* unterschieden. Dementsprechend prüft der Jurist regelmäßig getrennt nach formeller und materieller Rechts- bzw. Verfassungsmäßigkeit. Prozedurales Recht i.S.v. Verfahrensregeln wird nach dieser Unterscheidung vom formellen Recht umfaßt, fügt der Unterscheidung formell/materiell also nichts Neues hinzu. Dafür spricht etwa, daß der Begriff formelles Recht im Englischen mit *procedural law* übersetzt wird.

Herrscht auf der Ebene der Normen und Regeln also anscheinend begriffliche Klarheit, so entstehen erste Probleme, wenn die Unterscheidung auf abstraktere Rechtsgrundsätze angewandt oder zur Kennzeichnung bestimmter Strukturen eines Rechtssystems benutzt wird. Was heißt formal oder material, wenn etwa zwischen formalem und materiellem Rechtsstaat[3], Gesetz im formellen oder materiellen Sinne[4], formaler und materialer Allgemeinheit des Gesetzes[5], formaler und materialer Gleichheit[6], materiellen (inhaltlichen) und formellen (prozeduralen) Rechtsprinzipien[7] unterschieden wird?[8]

---

1 Eine Übersicht bei K.Engisch, Form und Stoff in der Jurisprudenz (1967), in: ders., Beiträge zur Rechtstheorie, Ffm 1984, S.251-285.

2 H.L.A.Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, S.79, 91ff., wobei er die "secondary rules" in "rule of recognition", "rules of change" und "rules of adjudication" unterteilt.

3 U.Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland (1960), in: E.Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, S.461-508.

4 C.Starck, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, Baden-Baden 1970, S.80ff.

5 H.Hofmann, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: C.Starck (Hrsg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes, Göttingen 1987, S.9-48; W.G. van der Velden, Die formale Allgemeinheit des materiellen Gesetzes, Rechtstheorie 1991, S.329-343.

6 R.Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Ffm 1994, S.357ff., 362.

7 R.Dreier, Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht (1985), in: ders., Recht-Staat-Vernunft, Ffm 1991, S.73-94, 86; R.Alexy, Grundrechte, S.120 sowie für formale und materiale Prinzipien a.a.O., S.321ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261430_12, am 16.08.2024, 22:38:36
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Dualismus von Form und Inhalt ist auch aus der Philosophie etwa als Gegensatz zwischen Kants formaler Ethik[9] und Schelers materialer Wertethik[10] bekannt, was für den Juristen und Rechtsphilosophen relevant wird, wenn zwischen materialem und formalem[11] (bzw. prozeduralem[12]) Naturrecht oder materialen und formalen[13] (bzw. prozeduralen[14]) Theorien der Gerechtigkeit unterschieden wird.

Eine weitere Variation erfährt diese Unterscheidung, wenn aus rechtssoziologischer "Recht-in-der-Gesellschaft"-Perspektive ein Rechtssystem als Ganzes als formal-rational oder material-rational gekennzeichnet wird und Veränderungen in der Rationalitätsstruktur des Rechts auf Veränderungen in der Gesellschaft zurückgeführt werden. In diesem Sinne hat Max Weber die Entwicklung der westlichen Rechtssysteme in der Moderne als Umstellung von materialer auf formale Rationalität beschrieben, wobei er vor anti-formalistischen Tendenzen warnte[15].

Trotz anhaltender Kritik[16] haben sich eben diese Tendenzen zu einer Rematerialisierung des Rechts heute durchgesetzt, was insbesondere auf die Entwicklung des Sozialstaats zurückgeführt wird[17]. Neuere Evolutionstheorien des Rechts beschreiben die generelle Entwicklung des Rechts in modernen Gesellschaften daher in einem Zwei-Pha-

---

8 Einen Überblick über die vielfältige, oft gegensätzliche und widersprüchliche Verwendung des Begriffspaars formal/material in Rechtswissenschaft und Philosophie findet sich bei K.Engisch, Form und Stoff, S.253ff.

9 Zum Formalismus des kategorischen Imperativs vgl. I.Maus, Zur Aufklärung der Demokratietheorie, Ffm 1992, S.261ff.; im Gegensatz dazu bezeichnet R.Dreier Kants Ethik als material-prozedurale Gerechtigkeitstheorie: R.Dreier, Recht und Gerechtigkeit (1982), in: ders., Recht-Staat-Vernunft, Studien zur Rechtstheorie 2, Ffm 1991, Kap.1, S.8-38, 22, 27; ders., Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants (1979), in: ders., Recht-Moral-Ideologie, Studien zur Rechtstheorie, Ffm 1981, Kap.10, S.286-315.

10 M.Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik (1921), 5.Aufl., Bern/München 1966.

11 M.Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie, (1921), 5.Aufl., besorgt von J.Winckelmann, Studienausgabe, Tübingen 1972, (zit.: WuG), Teil 2, Kap.VII, § 7, S.498.

12 I.Maus, Aufklärung, Kap.8.

13 H.Kelsen, Das Problem der Gerechtigkeit, in: ders., Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, Anhang; C.Perelman, Über die Gerechtigkeit, München 1967; R.Alexy, Grundrechte, S.361.

14 R.Dreier, Gerechtigkeit, S.18ff; A.Kaufmann, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, München 1989.

15 M.Weber, WuG, Teil 2, Kap. VII § 8, S.503ff.

16 Z.B. J.W.Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933; F.Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft (1937), in ders., Demokratischer und autoritärer Staat, Wien, Frankfurt 1967, S.31ff.; E.Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für C.Schmitt, hg. v. H.Barion/ E.Forsthoff/ W.Weber, Berlin 1959, S.35-62; N.Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974, S.31ff; I.Maus, Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: M.Tohidipur, Der bürgerliche Rechtsstaat, Ffm 1978, Bd. 1, S.13-81.

17 Für die Entwicklung vom formalen zum materiellen Rechtsstaat vgl. U.Scheuner, Entwicklung des Rechtsstaats, S.470ff.; Zur Materialisierung des Privatrechts vgl. F.Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1967, S.514ff.; K.Eder, Zur Rationalisierungsproblematik des modernen Rechts, Soziale Welt 1978, S.247-256; R.Wiethölter, Entwicklung des Rechtsbegriffs, in: Gessner/Winter (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Opladen 1982, S.38ff.; für das amerikanische Recht vgl. R.Unger, Law in Modern Society, New York 1976, S.192ff.

https://doi.org/10.5771/9783845261430_12, am 16.08.2024, 22:38:36
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sen-Modell[18]: Einer Phase der zunehmenden *Formalisierung* des Rechts, in der zunächst materiales Naturrecht auf formales Vernunftrecht umgestellt wird (18.Jahrhundert), das Recht sodann mit seiner Positivierung auch von den vernunftrechtlichen Grundlagen und damit generell von Moral und Politik getrennt wird und sich zunehmend auf rein formal-logische Qualitäten konzentriert (19. Jahrhundert), folgt eine Phase der *Rematerialisierung*, in der sich das Recht gegenüber Politik, Moral und Gesellschaft öffnet und die Frage der materiellen Gerechtigkeit ins Zentrum des Interesses rückt (20. Jahrhundert). Diese Entwicklung kann für den Bereich des Zivilrechts als "Materialisierung des Privatrechts" ebenso wie für den Bereich des öffentlichen Rechts als Entwicklung vom formellen zum materiellen Rechtsstaat beschrieben werden. Die Rematerialisierung wird dabei als Reaktion auf die Blindheit des Formalrechts gegenüber sozialer Ungerechtigkeit bzw. auf die Hilflosigkeit des formellen Rechtsstaats gegenüber gesetzlichem Unrecht verstanden. Die Materialisierung des Rechts findet ihre positivrechtliche Grundlage im Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes sowie in der verfassungsgerichtlich überprüfbaren Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Die Rematerialisierung des Rechts wird als Rückbesinnung auf die vernunftrechtlichen Grundlagen des Rechts verstanden und gerechtfertigt.[19]

Die Materialisierung des Rechts ist schon frühzeitig als Krise der spezifisch formalen Rationalität des Rechts beschrieben worden (Krise des Rechtsstaats)[20], etwaige Empfehlungen zu einer Reformalisierung des Rechts blieben allerdings folgenlos[21]. Dies änderte sich erst, als das interventionistische Recht des Sozialstaats selbst in eine doppelte Krise geriet. Zum einen wurde Ende der siebziger Jahre eine zunehmende Steuerungskrise des Rechts konstatiert[22], zum anderen geriet der Wohlfahrtsstaat als Legitimationsgrundlage der Materialisierung des Rechts selbst in die Krise[23]. Vor dem Hintergrund dieser dreifachen Krise des materialen Rechts ist eine umfangreiche Debatte um einen Übergang zu einem neuen Rechtsparadigma jenseits von formaler und materialer Rationalität ausgebrochen[24]. Diese Debatte knüpft an den aus der Philosophie bekannten Begriff der prozeduralen Rationalität[25] an und stellt eine gemischt normativ-empirische

18 Vgl. dazu FN 15, 17 sowie eine gute Zusammenfassung bei K.Günther, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts, in: D.Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben - Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S.51-68.

19 R.Dreier, Gerechtigkeit, S.25f., 31-37; ders., Rechtsstaat, S.75-78; ders., Konstitutionalismus und Legalismus, Zwei Arten des juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat, in: Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrift für W.Maihofer, hg. v. A.Kaufmann u.a., Ffm 1988, S.87-107.

20 Vgl. FN 16

21 D.Grimm, Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?, JuS 1980, S.704-709.

22 D.Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben - Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990; R.Voigt, Abschied vom Recht?, Ffm 1984; A.Görlitz/R.Voigt (Hrsg.), Grenzen des Rechts, Pfaffenweiler 1987; G.Teubner (Hrsg.), Dilemmas of Law in the Welfare State, Berlin/New York 1986; ders. (Hrsg.), Juridification of Social Spheres, Berlin/New York 1987.

23 J.Habermas, Die Krise des Wohlfahrtsstaats und die Erschöpfung utopischer Energien, in: ders., Die neue Unübersichtlichkeit, Ffm 1985, S.141ff; ders., Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Ffm 1992, (zit.: FuG), S.493ff.; C.Sachße/H.T.Engelhardt (Hrsg.), Sicherheit und Freiheit, Zur Ethik des Wohlfahrtsstaates, Ffm 1990.

24 Von einer dritten Phase spricht G.Teubner, Reflexives Recht, ARSP 1982, S.13ff.

25 Insbes. J.Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, (1981), 2 Bde., 4.Aufl., Ffm 1987; aber auch J.Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit (1971), deutsch Ffm 1979. Zu den prozeduralen

https://doi.org/10.5771/9783845261430_12, am 16.08.2024, 22:38:36
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

These des Paradigmenwechsels im Recht auf, nach der einerseits die Umstellung auf prozedurale Rationalität anhand aktueller Entwicklungen im Recht beschrieben, andererseits die Umstellung normativ begründet und insofern erst "herbeigeredet" werden soll[26].

Die Diskussion um eine *Prozeduralisierung des Rechts* befindet sich nun in einer doppelten Problemlage. Zum einen versammeln sich unter ihrem Dach unter Titeln wie *reflexives Recht*[27], *Prozedurales Recht*[28], *Prozeduralistisches Rechtsparadigma*[29], *mediales Recht*[30] usw.[31] ganz unterschiedliche Vorstellungen über die Konturen eines prozedural-rationalen Rechts, je nachdem, ob der Ausgangspunkt eher in der Steuerungskrise oder der Krise des Rechtsstaats gesehen wird, ob als Hintergrundtheorie die Systemtheorie oder die Diskurstheorie Verwendung findet. Zum anderen wurde bereits darauf hingewiesen, daß in der juristischen und teilweise auch in der philosophischen Diskussion die Begriffe prozedural und formal als inhaltsgleich und deshalb austauschbar benutzt werden. Ein prozedurales Rechtsparadigma muß sich deshalb hinreichend vom formalen, aber auch vom materialen Rechtsparadigma abgrenzen.

Eine solche Abgrenzung ist nur möglich, wenn zuvor das formale und das materiale Rechtsparadigma hinreichend deutlich herausgearbeitet werden. Insbesondere ist der traditionell unscharfe Begriff formaler Rationalität gegenüber dem der prozeduralen Rationalität abzugrenzen. Im *ersten Kapitel* dieser Arbeit wird deshalb zunächst die Verwendung der Adjektive formal und material im Zusammenhang mit verschiedenen Rechtsbegriffen geklärt und die Evolution des Rechts durch seine zunächst formale und dann materiale Rationalisierung wird nachgezeichnet. Sodann wird der gesellschaftspolitische Hintergrund beleuchtet, vor dem die Diskussion um eine prozedurale Rationalisierung des Rechts stattfindet. Das erste Kapitel dient also der Definition von Begriffen und führt zu einer Fragestellung, auf die ein prozedurales Rechtsparadigma eine Antwort geben soll.

Das *zweite Kapitel* führt in verschiedene Ansätze zur Prozeduralisierung des Rechts ein. Sodann wird eine Theorie des Rechts als Kommunikationssystem in einer Kommunikationsgesellschaft entworfen, innerhalb der sich die verschiedenen Ansätze zur Prozeduralisierung zu einer übergreifenden Theorie prozeduralen Rechts zusammenfügen lassen. Das zweite Kapitel mündet in einer Definition prozeduralen Rechts.

Theorien der Gerechtigkeit vgl. R.Dreier und A.Kaufmann a.a.O. FN 14.; vgl. auch K.Eder, Prozedurale Rationalität, ZfRSoz 1986, S.1-30.

26 Vgl. dazu G.Teubner, Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um postinstrumentale Rechtsmodelle, 13 Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, S.109-149.

27 G.Teubner, Reflexives Recht, S.13ff.; ders., Recht als autopoietisches System, Ffm 1989, insbes. Kap. 5; ders./H.Willke, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, ZfRSoz 1984, S.4-35; H.Willke, Ironie des Staates, Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft, Ffm 1992.

28 R.Wiethölter, Entwicklung, S.38ff; ders., Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung, KritV 1988, S.1-28; vgl. ferner die Beiträge von E.H.Ritter, K.Eder und K.H.Ladeur, in: D.Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben, 1990.

29 J.Habermas, FuG, Kap. IX.

30 A.Görlitz, Mediales Recht als politisches Steuerungskonzept, in: ders. (Hrsg.), Politische Steuerung sozialer Systeme, Pfaffenweiler 1989, S.13ff.

31 Ein Überblick in: A.Görlitz (Hrsg.), Postinterventionistisches Recht, Jahrbuch für Rechtspolitologie 1, Pfaffenweiler 1989.

https://doi.org/10.5771/9783845261430_12, am 16.08.2024, 22:38:36
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im dritten Kapitel gilt es dann, die abstrakte Definition anhand konkreter Rechtsprobleme zu entfalten. Schrittweise werden eine Reihe von grundlegenden Rechtsfragen im Lichte des prozeduralen Rechtsparadigmas betrachtet. Im Kern geht es dabei jeweils um das Verhältnis von Autonomie und Kontrolle in der Kommunikationsgesellschaft. Ein prozedurales Verständnis der Rechte wird zunächst an den Begriffen Autonomie und Selbstbeschränkung entfaltet und dann zu einer Theorie des prozeduralen Rechtsstaats ausgebaut. Beispielhaft wird dabei die Auswirkung eines prozeduralen Rechtsverständnisses auf den Streit um das Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber gezeigt.

Versteht man Recht als Kommunikationssystem in einer Kommunikationsgesellschaft, so stellt sich die Frage nach der Rechtstaatlichkeit nicht mehr statisch als Frage nach den "herrschenden" Gesetzen, sondern dynamisch als Frage nach dem *Wie* des Prozessierens von Recht. Das *Wie* entscheidet dann über das *Wo*, also über die Kompetenzfrage. Das gilt nicht nur für das Verhältnis des Gesetzgebers zum Verfassungsgericht, sondern generell für mit je verschiedenem Systembezug institutionalisierte, konkurrierende gesellschaftliche Entscheidungsprozesse.

Daß das Verhältnis von Autonomie und Kontrolle in der modernen Kommunikationsgesellschaft neu bestimmt wird, weil die selbstproduzierten Risiken und Probleme der Gesellschaft mit traditionellen Mitteln nicht zu bewältigen sind, wird schließlich am Beispiel der relativ autonomen Selbstregulierung der Wissenschaft im Bereich der Gentechnik und Humangenetik durch sogenannte Ethikkommissionen gezeigt. Ethik als eine Kommunikationsweise, die nicht an einem bestimmten gesellschaftlichen Ort institutionalisiert ist, scheint in einer funktional differenzierten Gesellschaft das geeignete Vehikel zu sein, über das die Integration der Gesellschaft in dezentrierten Diskursen organisiert wird.

https://doi.org/10.5771/9783845261430_12, am 16.08.2024, 22:38:36
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783845261430_12, am 16.08.2024, 22:38:36
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb