

Zusammenfassung und Ausblick

Im folgenden soll ein Rückblick auf die drei vorangehenden Kapitel mit dem Versuch verbunden werden, den Gegenstand dieser Arbeit wertend in einen Kontext zu stellen.

Prozedurales Recht hat nur am Rande etwas mit Verfahrensrecht zu tun. *Recht* meint hier nicht eine bestimmte Art von Normen, sondern das Recht als Handlungs- und Kommunikationssystem in der Gesellschaft. *Prozedural* meint weniger Verfahren im rechtstechnischen Sinne als eine bestimmte Weise der Selbstorganisation des Rechts; auf deskriptiver Ebene werden jene reflexiven Prozesse der Normierung des Normierens bezeichnet, die bei prinzipieller Änderbarkeit der materiellen Rechtsinhalte den organisatorisch-strukturellen Kern eines Rechtssystems bilden; normativ werden solche Strukturen eines Rechtssystems als prozedural ausgewiesen, die am Ideal einer diskursiven Rationalität ausgerichtet sind und auf ein an Freiheit und Autonomie orientiertes Menschenbild verweisen. Damit ist ein prozedurales Rechtsparadigma bezeichnet, welches als im Rechtssystem wirksames Bild des Rechts von seiner Umwelt (Fremdbild) verstanden wird, anhand dessen das Recht seine Grenzen (Selbstbild) bestimmt.

Prozedurales Recht bezeichnet das Recht als ein *Kommunikationssystem*, dessen Komponenten darauf gerichtet sind, die Rationalität des Rechts durch Verfahren zu steigern. Zu den Komponenten eines prozedural-rationalen Rechts gehören (1) alle rationalitätsfördernden Normen, durch die das Recht sich als System konstituiert einschließlich derer, die die Kopplung des Rechts an seine Umwelt regeln (*strukturelle Komponente*), (2) alle Kommunikationen, die einen Anspruch auf richtige Verwendung des Rechtscodes erheben einschließlich derer, die sich auf die diskursive Einlösung dieses Anspruchs richten (*operative Komponente*) und (3) ein prozedurales Rechtsparadigma, das bei allen Rechtsoperationen zur Bestimmung von Identität und Grenzen des Rechts mitzuführen und beständig zu überarbeiten ist (*reflexive Komponente*).

Gegenstand dieser Arbeit ist die Frage, wie sich das Recht auf die Herausforderungen einer sich ändernden Welt einstellen kann und welche Rolle dem Recht in der modernen Gesellschaft zukommt. Die allerorten vorgeschlagene und auch hier vertretene Antwort besteht - in Kürze - in der Ablösung des materialen Rechtsparadigmas durch ein - auch tatsächlich im Vordringen begriffenes - prozedurales Rechtsparadigma. Die Konturen eines solchen prozeduralen Paradigmas sind allerdings noch recht unscharf. Zur Präzisierung wird hier deshalb der Begriff des prozeduralen Rechtsstaats eingeführt.

Der Begriff *prozeduraler Rechtsstaat* bringt zum Ausdruck, daß sich die hier vorgeschlagene Antwort normativ in die Tradition der Aufklärung stellt. Eine Rechtstheorie muß im Gegensatz zu einer Rechtssoziologie normativ sein, da eine teilnehmende Position im "Ring um Gerechtigkeit" eingenommen wird. Eine solche normative Rechtstheorie macht nur dann Sinn, wenn sie nicht nur von Menschen, sondern auch für Menschen entworfen ist, diesen also dient. In Abgrenzung von anderen wissenschaftlichen Ansätzen stellt sich damit die Frage, wie unter modernen gesellschaftlichen Bedingungen Recht und Staat in einer Weise organisiert werden können, die die Würde des Menschen in den Begriffen Autonomie, Freiheit und Selbstgesetzgebung zur Entfaltung bringt.

Die spezifische Antwort der Aufklärungszeit, die Verbindung von Recht und Politik im Rechtsstaat, trägt heute nicht mehr. Die "Herrschaft des Gesetzes" setzt einen Staat

voraus, der aufgrund eines Minimalkatalogs an Staatsaufgaben mit wenigen, auf Dauer angelegten, allgemeinen und inhaltlich bestimmten Normen auskommt, die eine einfach strukturierte, relativ statische Gesellschaft so regeln, wie etwa die Gesetze der Mechanik die Natur bestimmen. Demgegenüber ist die moderne Risikogesellschaft hochkomplex, funktional ausdifferenziert, dynamisch und vernetzt und der korrespondierende Präventionsstaat wird vom Prinzip der offenen Staatsaufgaben geleitet.

Aufgrund der Verkopplung von Recht und Politik über den rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt ist mit dem Anwachsen der Staatsaufgaben in der Vergangenheit auch das Recht mitgewachsen. Der Komplexität der Gesellschaft wird das Recht allerdings selbst mit immer spezielleren Normen, die immer häufiger geändert werden, nicht mehr gerecht. Der Versuch, die Herrschaft des Gesetzes durch eine Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auf alle neu hinzugekommenen Staatsaufgaben zu retten, kann als gescheitert betrachtet werden. Der Gesetzgeber ist der Komplexität der Probleme und der Geschwindigkeit des sozialen Wandels nicht mehr gewachsen. Weit entfernt vom Ideal des allgemeinen, inhaltlich bestimmten und auf Dauer angelegten Gesetzes wird heute nurmehr eine ständig in Überarbeitung befindliche Flut von sich widersprechenden Normen produziert, Gesetzgebung hat den Status von "work in progress" angenommen.

Gleichzeitig werden nicht formale Gesetze, sondern bloße Gesetzesattrappen erstellt, die weder dem demokratischen noch dem rechtsstaatlichen Sinn des Gesetzesvorbehalts dienen. Moderne Normen sind weitgehend unbestimmt und können daher keine Rechtssicherheit gewährleisten. Zudem enthalten viele Gesetze Zielformeln und Generalklauseln, die es den rechtsanwendenden Instanzen überlassen, im Zweifelsfall auch gegen den Wortlaut einzelner Vorschriften des Gesetzes zu entscheiden. Die Geltung der Gesetze steht damit unter dem generellen Vorbehalt der Überprüfung ihrer Gerechtigkeit im Einzelfall. Die bloße Quantität an Gesetzen darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß diese aufgrund ihrer mangelhaften Qualität rechtsstaatliche Funktionen nicht mehr erfüllen. Die Herrschaft des Gesetzes ist ersetzt worden durch die Herrschaft der Richter, an die Stelle des Rechtsstaats ist der Justizstaat getreten. Insbesondere das Verständnis der Grundrechte als materiale Werteordnung hat in Verbindung mit dem richterlichen Prüfungsrecht dazu geführt, daß weder Gesetzgeber noch Verwaltung, sondern die demokratisch nicht zur Normsetzung legitimierte Rechtsprechung das Letztentscheidungsrecht darüber hat, was inhaltlich als Recht gelten soll.

Diese Materialisierung des Rechts, die auf philosophisch-theoretischer Ebene als Rückfall hinter Kants Kritizismus zu werten ist, ist auf menschlich-praktischer Ebene ein verständlicher Ausdruck der Hilflosigkeit des Rechts im Umgang mit dem national-sozialistischen gesetzlichen Unrecht sowie - heute - mit den Herausforderungen des rapiden sozialen Wandels und den neuen Risiken der modernen Kommunikationsgesellschaft. Für das Rechtssystem insgesamt stellt die Materialisierung allerdings einen Rückschritt vom elaborierten System des Rechtsstaats in Richtung eines voraufläuterischen Common Law Systems, in welchem Rationalität und Gerechtigkeit nicht strukturell gesichert sind, sondern auf die Weisheit einzelner Personen vertraut wird, dar. Der Fortschritt der Aufklärung bestand aber gerade darin, das Prinzip Hoffnung ("Wenn Philosophen Könige und Könige Philosophen wären") durch eine rationalitätssichernde Struktur des politischen und rechtlichen Systems zu ersetzen, die ohne Rücksicht auf persönliche Bekanntschaft und dadurch begründetes Vertrauen funktioniert. Der Komplexität der modernen Kommunikationsgesellschaft wird ein derart auf durch persönli-

chen Kontakt begründetes Vertrauen angewiesenes materiales Rechtsparadigma auch nicht gerecht.

Freilich gibt es aus demselben Grund kein Zurück zur "Herrschaft des Gesetzes" im frühliberalen Sinne. Die gegenwärtige Situation ist vielmehr durch eine Entwicklung gekennzeichnet, die eine nationalstaatlich zentrale, allgemeine und gleichzeitig inhaltlich bestimmte Gesetzgebung unmöglich macht. Zum einen entwickelt sich die Gesellschaft durch zunehmende Spezialisierung und funktionale Ausdifferenzierung auseinander. Die gegenwärtige Gesetzgebung wird dementsprechend immer spezieller. Sie betrifft immer weniger Menschen in immer mehr hochkomplexen und ausdifferenzierten Subsystemen der Gesellschaft. Diese Subsysteme generieren eigene Regeln und Strukturen, die sich angesichts des gesellschaftlichen Entwicklungstempos rapide wandeln oder gar erstmals für bisher unbekannte Gebiete erstellt werden. Der zentrale nationalstaatliche Gesetzgeber kann diese hochspeziellen Entwicklungen nur unzureichend nachvollziehen, geschweige denn beeinflussen.

Darüber hinaus werden die gesellschaftlich benötigten und produzierten Regeln aber auch internationaler. Die ausdifferenzierten Subsysteme der Gesellschaft wachsen über die Grenzen der Nationalstaaten hinweg zusammen und generieren so international verbindliche Standards oder setzen solche voraus. Das gilt nicht nur für die globalisierte Weltwirtschaft, sondern auch für Wissenschaft, Kunst, Erziehung und Bildung, Gesundheit, Sport, Medien, ja eigentlich für alle traditionell nicht-staatlichen Systeme. Durch die Entwicklung moderner Transportinfrastruktur sowie neuer Informations- und Kommunikationstechniken wächst die Welt zusammen. Lediglich die staatlichen Systeme Recht und Politik hinken dieser Entwicklung hinterher. Aufgrund der hohen Flexibilität und Mobilität der international vernetzten Systeme treten die verschiedenen nationalen Rechtssysteme zueinander in Konkurrenz, Recht wird als Standortfaktor zu einem zunehmend frei wähl- und verfügbaren Gut.

Wie kann sich das Recht nun auf die so veränderte Welt einstellen?

Zunächst muß von dem absolutistischen Gedanken Abstand genommen werden, daß Recht immer staatlich gesetztes Recht sein muß. Soziologisch betrachtet produziert jedes Kommunikationssystem automatisch Regeln, die man neutral als Strukturen bezeichnen kann. Das Problem für das Rechtssystem ist, wie eine Übereinstimmung von staatlich gesetzten Regeln und gesellschaftlichen Strukturen erzeugt werden kann. Der Ausweg liegt im Modell der strukturellen Kopplung: Dem zu steuernden System wird die Freiheit eingeräumt, innerhalb eines äußeren Rahmens und unter Beachtung bestimmter prozeduraler Bedingungen das staatliche Recht zu ändern und so nach selbstgesetzten Regeln zu leben (Autonomie). Klassische Beispiele sind die Verkopplung von Wirtschaft und Recht über das Institut des Vertrags (Privatautonomie) und die Verkopplung von Politik und Recht über das Institut der Gesetzgebung (demokratischer Rechtsstaat). In beiden Modellen ist Autonomie unter unverfügbaren prozeduralen Bedingungen gewährleistet. Freiheit als Autonomie als Selbstgesetzgebung: Diese Denkstruktur der Philosophie der Aufklärung gilt es unter modernen Bedingungen zu entfalten.

Wenn man das Recht als Kommunikationssystem in einer Kommunikationsgesellschaft versteht, verlagert sich der Schwerpunkt des Interesses von der Rechtsstruktur auf die Rechtsoperation, von der Norm zur Kommunikation. Die Rationalität des Rechtssystems kann dann nicht mehr statisch als "Herrschaft des Gesetzes" verstanden, sondern

muß dynamisch an der Art und Weise, wie Recht in der Gesellschaft prozessiert wird, festgemacht werden. Die formale Rationalität allgemeiner, inhaltlich bestimmter Gesetze sowie die materiale Rationalität des individuell abwägenden Richterspruchs werden durch die prozedurale Rationalität der Verfahren, in denen über das materielle Recht entschieden wird, überformt. Materielle Entscheidungen werden nicht generell bevorzugt in diesem oder jenem Gremium, sondern grundsätzlich in dem Verfahren getroffen, das nach Zusammensetzung, Funktion, institutioneller Verankerung, Ablauf etc. einerseits und unter Berücksichtigung der sachlichen, zeitlichen und sozialen Beschränkungen andererseits ein Höchstmaß an Rationalität gewährleistet.

Im demokratischen Rechtsstaat ergibt sich dabei aus den Grundrechten ein prinzipieller Vorrang für autonome Entscheidungen. Die Freiheit, nur nach selbstgesetzten Gesetzen zu leben, darf nur unter dem Gesichtspunkt der Abstimmung dieser Freiheit mit der Freiheit aller anderen beschränkt werden. Das gilt nicht nur für individuell ausübbarer und ausgeübter Freiheit, sondern auch für die gemeinschaftliche Ausübung von Freiheit als Selbstgesetzgebung in jeder Form von Sozialautonomie: von den privatrechtlichen Gesellschaften und Vereinen über Verbände und Körperschaften bis hin zum demokratisch organisierten Staat. Das gilt auch für neue Formen von Sozialautonomie, die unter dem dominierenden gesellschaftlichen Organisationsprinzip der funktionalen Differenzierung in gesellschaftlichen Teilbereichen entstehen und den Anspruch erheben, mehr als nur Partikularinteressen - wenn auch weniger als die Allgemeinheit - zu vertreten.

Von einem Rechtssystem aber, das den gesteuerten gesellschaftlichen Bereichen rechtsintern generierte Strukturen sozial-autoritär aufzwingt, ist keine Freiheit zu erwarten. Rechte auf Freiheit können den Rechtssubjekten *nicht* nach "objektiven" Kriterien paternalistisch *zugeteilt* werden, *sondern* müssen als zuallererst prozedurale Rechte auf Teilhabe am Prozeß der Generierung der geltenden materiellen Standards *ausgeübt* werden. Dieses prozeduralistische Verständnis von Rechten gilt es im Kontext einer einerseits in funktional ausdifferenzierte Subsysteme zerfallenden, andererseits international zunehmend vernetzten Gesellschaft zu entfalten.

Die international vernetzten Funktionssysteme Wissenschaft, Wirtschaft, Kunst, Erziehung, Religion, Gesundheit und in Ansätzen auch Politik und Recht generieren je systemintern Strukturen, die von den nationalen Rechtssystemen ohnehin nur noch um den Preis der Auszehrung des geregelten Systems ignoriert werden können. Bietet die materielle nationale Rechtsstruktur keinen befriedigenden Rahmen, so wandert der Schwerpunkt der betroffenen Systemoperationen aufgrund der internationalen Mobilität in andere, vorteilhaftere "Rechts-Settings" ab.

Das Recht kann dem nur durch eine Doppelstrategie begegnen, die hier als Aufbau prozeduraler struktureller Kopplungen zwischen Recht und zu regelndem System bezeichnet wird. Die Gerechtigkeit des materiellen Rechts im Sinne der Angemessenheit der in einem gesellschaftlich ausdifferenzierten Bereich geltenden Regeln wird dabei durch die Gewährung von Selbstgesetzgebungsrechten (Autonomie) gesichert. Die vom zu regelnden System selbst generierten Strukturen werden im Rechtssystem als materiell verbindlich anerkannt, aber nur um den Preis der Beachtung bestimmter prozeduraler Bedingungen, die eine materiell gerechte Lösung systeminterner Interessenkollisionen sowie die Beachtung systemexterner Allgemeinwohlintereessen garantieren. Solches weniger im räumlichen als im funktionalen Sinne "vor Ort" gemachtes Recht bietet eine hohe Gewähr für sach- und zeitnahe Lösungen der materiellen Regelungsprobleme. Als

selbstgesetzes Recht ist es aus der Teilnehmerperspektive legitim und deshalb (!) aus der Beobachterperspektive als "selfenforcing arrangement" zugleich auch effizient.

Die prozedurale strukturelle Kopplung des Rechts mit solchen autonomen gesellschaftlichen Selbststeuerungsprozessen bedarf der Ausformung durch reflexives Recht. Der Gesetzgeber muß den sozialen Systemen deshalb eine prozedurale Verfassung geben, die diesen eine gleichzeitig für sich selbst und die Allgemeinheit effiziente Form von Selbststeuerung ermöglicht. Effekt einer solchen Entlastung des Gesetzgebers durch Konzentration auf das prozedurale "Kerngeschäft" wäre neben einer zu erwartenden Qualitätssteigerung der Gesetze eine Renaissance der Rechtssicherheit auf der Metaebene der Prozeduren. Wenn in der modernen Gesellschaft die materiellen Regeln derart komplex und kurzlebig werden, daß weder deren Kenntnis erwartet noch auf deren Fortgeltung vertraut werden kann, so müssen wenigstens die Prozeduren, in denen über die Inhalte entschieden wird, transparent sein, und die Rechte der Subjekte auf Teilnahme an der Definition der sie betreffenden Rechtsinhalte müssen unverbrüchlich garantiert sein.

Auf dem indirekten Wege der Steuerung von Selbststeuerung kann der Staat also auf autonome gesellschaftliche Prozesse Einfluß nehmen. Als relativ gelungenes Beispiel für eine prozedurale strukturelle Kopplung kann die Entwicklung von medizinisch-ethischen Standards im Bereich der medizinischen Neulandmethoden durch die Institutionalisierung von medizinischen Ethikkommissionen angesehen werden, während die Kommissionen für Biologische Sicherheit im Bereich der Gentechnik unter diesem Gesichtspunkt eher schlecht abschneiden. Recht scheint um so besser zu funktionieren, je eher es sich als Ergebnis eines quasi naturwüchsigen Evolutionsprozesses zwischen Recht und *sich regelndem* System darstellt, während - auf den Punkt gebracht - jede sozialtechnische Steuerungsabsicht eine tatsächliche Steuerungswirkung zu vereiteln scheint. Eine reflexive Gesetzgebung - so scheint es - müßte intelligenter sein als bei der gegenwärtigen Organisationsform demokratischer Politik erwartet werden darf. Dem politischen System fehlt es insofern an Einsichtsfähigkeit in seine strukturellen Grenzen.

Der prozedurale Rechtsstaat bezeichnet ein Rechtssystem, in dessen Zentrum sich die Rechtsprechung durch ihre Einbettung in den juristischen Diskurs legitimiert und gleichzeitig dessen spezifische Blindheiten mitreflektiert, um so die Grenzen des Rechts im Zusammenspiel mit anderen gesellschaftlichen Diskursen zu bestimmen. Im Lichte des prozeduralen Rechtsparadigmas kommt dem Recht die Funktion eines Supervisors autonomer gesellschaftlicher Selbststeuerungsprozesse zu, der mit der notwendigen Distanz und Neutralität die Einhaltung der prozeduralen Spielregeln überwacht, ohne selbst als Mitspieler Partei zu ergreifen. Rechtsprechung kann zwar mitunter als Auslöser und Katalysator für Selbständerungsprozesse anderer Systeme dienen, darf aber die Selbststeuerung nicht durch Fremdsteuerung ersetzen. Im prozeduralen Rechtsstaat gilt daher als Prinzip die rechtliche Selbstbeschränkung in materiellen Fragen. Für das Verhältnis des Verfassungsgerichts zum Gesetzgeber bedeutet dies eine Selbstbeschränkung in inhaltlichen Fragen, soweit nicht offensichtliche Verfassungsverstöße in Rede stehen. Demgegenüber könnte das Verfassungsgericht dem politischen System in prozeduraler Hinsicht durchaus Anstöße zur derzeit unmöglich erscheinenden Selbständerung geben, etwa um die Rationalität der Entscheidungsabläufe zu optimieren. Gleiches gilt auch für das Verhältnis der Rechtsprechung zur autonomen Rechtsetzung in anderen gesellschaftlichen Diskursen.

Abschließend bleibt festzustellen, daß von einem prozeduralen Rechtsparadigma geleitetes juristisches Handeln, sei es in der Gesetzgebung oder in der Rechtsprechung, beobachtbar zunimmt. Das hängt nicht zuletzt mit der Internationalisierung der juristischen Probleme zusammen. Viele neue Regelungen erfolgen nach internationalen Vorgaben und Standards. Wenn etwa die Gesetzgeber aus Hilflosigkeit weltweit voneinander abschreiben, dann ist entscheidend, wer als erster Standards setzt. Häufig sind das die USA, wie dies etwa bei der Gentechnologie der Fall war. Und bei der Formulierung von EG-Richtlinien kommt es darauf an, wer zuerst die Initiative ergreift und damit die "Drafting Hoheit" innehat. Seit die Engländer Europa entdeckt haben, wird etwa deren Rechtsstil über EG-Richtlinien exportiert. Da ein eher prozedurales Denken in den Common Law Systemen tief verwurzelt ist, werden so zunehmend prozedurale Steuerungskonzepte ins deutsche Recht importiert. Die Prozeduralisierung des Rechts, die in dieser Arbeit als theoretisch richtig und faktisch der modernen Gesellschaft einzig angemessen befürwortet wird, stellt sich damit auch als Ergebnis der zaghaften Globalisierung des Rechts dar.