

Gralf-Peter Calliess

Prozedurales Recht



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

**Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie**

herausgegeben von
Prof. Dr. Robert Alexy und
Prof. Dr. Ralf Dreier

Band 19

Gralf-Peter Calliess

Prozedurales Recht



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Calliess, Gralf-Peter:

Prozedurales Recht / Gralf-Peter Calliess. – 1. Aufl. – Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 1999

(Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie ; Bd. 19)

Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-7890-5864-5

1. Auflage 1999

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Wissenschaft ist für mich untrennbar verbunden mit Spaziergängen durch stille Landschaften und der Einkehr an verwunschenen Orten. Nur in solcher Umgebung findet sich Gelegenheit zu jenen seltenen Momenten des intensiven persönlichen Austauschs, die ich als Glanzlichter der Wissenschaft erlebt habe.

Die Idee zu dieser Arbeit ist während meines Studiums in Göttingen im Umfeld der zahlreichen Blockseminare in Reinhäusen, im Kloster Bursfelde und an vergleichbaren Orten entstanden. Ich danke den Professoren Robert Alexy, Fritz Loos, Hans-Ludwig Schreiber und Christian Starck sowie deren Mitarbeitern, die durch ihren persönlichen Einsatz diese fruchtbare Atmosphäre geschaffen und erhalten haben. Meinem Doktorvater Ralf Dreier möchte ich besonders für das in mich gesetzte Vertrauen danken. Er hat das Thema noch vor Bekanntwerden der Ergebnisse des ersten Staatsexamens zur Betreuung angenommen. Auf seine Unterstützung konnte ich seitdem jederzeit zählen. Gleiches gilt für den Mitberichterstatter Hans-Ludwig Schreiber, der mir in verschiedenen Situationen mit Rat und Tat zur Seite stand.

In der Badia Fiesolana, einem ehemaligen Kloster, habe ich während des akademischen Jahres 1993/94 am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz eine besondere Stätte der kulturellen Begegnung und des wissenschaftlichen Austauschs gefunden. Gunther Teubner, der die Arbeit im Rahmen des dortigen PhD-Programms betreute, lehrte mich bei Spaziergängen durch die Olivenhaine um Florenz, immer noch einen Schritt weiter zu fragen, zu lesen und zu denken. Die hohen Standards, die er setzte, haben zu Umfang und Dauer dieser Arbeit nicht unerheblich beigetragen, obwohl gerade er zur Kürze drängte.

Ralf Dreier, der mich in Gesprächen und zahlreichen Briefen immer wieder ermutigte, ist es zu verdanken, daß die Arbeit nach der Rückkehr aus Florenz Form und Struktur annahm. Seine unnachgiebige Kritik hat im Rahmen der Endüberarbeitung zu einer Vielzahl von Präzisierungen, insbesondere zu einer Verbesserung der Definition des prozeduralen Rechts geführt.

Für die Zeit meines Referendariats in Konstanz möchte ich den Professoren Philippe Mastronardi, Roger Zäch und Christian Starck, in deren Seminaren ich über Teilespekte der Arbeit berichten durfte, und Kay Hailbronner danken.

Für Gespräche, Anregungen und Korrekturen danke ich Boike Rehbein, Jörn Mätzring, Stefan Halikowski-Smith, Gonzalo Fernandez de Cordoba, Christian Calliess und Rolf-Peter Calliess.

Dank für Betreuung schulde ich auch Herrn Christian Däubler von der Friedrich-Naumann-Stiftung. Schließlich bin ich dem deutschen Staat, der nicht nur Universitäten und Bibliotheken an sich finanziert, sondern vermittelt über Stipendien der Friedrich-Naumann-Stiftung und des DAAD auch mir persönlich geholfen hat, verpflichtet.

Den größten Anteil an dieser Arbeit in fachlicher und persönlicher Hinsicht hat meine Frau Iris genommen.

Berlin, im September 1998

Gralf-Peter Calliess

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Einleitung | 11 |
| 1. Kapitel: Formale, materiale und prozedurale Rationalisierung des Rechts: ein Entwicklungsmodell | 17 |
| I. Rechtsinterne Kriterien zur Abgrenzung eines formal-rationalen von einem material-rationalen Rechtssystem | 18 |
| 1. Norm | 18 |
| a) Die Geltung der Rechtsnorm | 18 |
| b) Normstruktur: Regeln und Prinzipien | 19 |
| 2. Normanwendung | 20 |
| a) Norminterpretation (Juristische Methodenlehre) | 20 |
| b) Richterliche Rechtsfortbildung | 21 |
| c) Tatsachenermittlung | 22 |
| II. Theorien der Gerechtigkeit | 23 |
| 1. Formale Theorien der Gerechtigkeit | 25 |
| 2. Materiale Theorien der Gerechtigkeit | 26 |
| 3. Prozedurale Gerechtigkeitstheorien | 29 |
| a) Normen und Fakten | 30 |
| b) Ideale Verfahren | 31 |
| c) Konsens und Vernunft | 33 |
| d) Angewandte Verfahren | 35 |
| III. Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffs | 39 |
| 1. Der liberale Rechtsstaat | 40 |
| 2. Der formale Rechtsstaat | 42 |
| 3. Der materielle Rechtsstaat | 45 |
| IV. Gesellschaft und Staatsaufgaben | 49 |
| 1. Bürgerliche Gesellschaft und liberaler Staat | 51 |
| 2. Industriegesellschaft und Sozialstaat | 53 |
| 3. Risikogesellschaft und Präventionsstaat | 55 |
| V. Krisen des Rechts | 60 |
| 1. Die Krise des Rechtsstaats | 60 |
| <i>Exkurs: Generalklausel und Maßnahmengesetz als materiale Normen</i> | 63 |
| 2. Krise des Sozialstaats | 69 |
| 3. Steuerungskrise des Rechts | 73 |
| a) Vollzugsdefizite | 74 |
| b) Symbolische Gesetzgebung | 76 |

| | | |
|--|--|-----|
| c) | Negative Folgen und Nebenwirkungen | 77 |
| d) | Gesetzesfolgenabschätzung: Kosten/Nutzen-Analysen | 78 |
| 4. | Das regulatorische Trilemma | 80 |
| a) | Desintegration der Politik | 81 |
| b) | Desintegration des Rechts | 81 |
| c) | Desintegration des regulierten Systems | 81 |
| VI. | Auswege: Prozedurale Rationalisierung des Rechts | 83 |
| 2. Kapitel: Prozedurales Recht: ein Konzept im Begriffsdreieck von Recht, Rationalität und Gesellschaft | | 91 |
| I. | Zu einigen Theorien der Prozeduralisierung des Rechts | 91 |
| 1. | Prozedurale Rationalität und juristische Argumentation: das Regel/Prinzipien/Prozedur-Modell des Rechtssystems | 93 |
| a) | Der Ausgangspunkt: die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation | 94 |
| b) | Regeln und Prinzipien | 98 |
| c) | Das Regel/Prinzipien/Prozedur-Modell des Rechts | 100 |
| d) | Einige Probleme | 101 |
| e) | Festzuhaltendes: der juristische Diskurs | 106 |
| 2. | Prozedurale Rationalität und politischer Diskurs: Volkssouveränität als Verfahren | 106 |
| a) | Die Ausgangslage: Demokratie und Rationalität | 107 |
| b) | Volkssouveränität als Verfahren | 109 |
| c) | Das prozeduralistische Paradigma | 112 |
| d) | Probleme: Krise des Rechtsstaats und Prozeduralisierung | 114 |
| e) | Festzuhaltendes: der politische Diskurs | 121 |
| 3. | Prozedurale Rationalität und gesellschaftliche Diskursvielfalt: Reflexives Recht und Prozeduralisierung | 122 |
| a) | Die Ausgangslage: neue Metaphern zur Beschreibung der Gesellschaft und die Entzauberung des Staates | 122 |
| b) | Kontext und Autonomie: Steuerung von Selbststeuerung | 126 |
| c) | Gesetzgebung | 129 |
| d) | Verwaltung | 133 |
| e) | Rechtsprechung | 136 |
| f) | Einige Probleme | 139 |
| g) | Festzuhaltendes: die Kollision gesellschaftlicher Diskurse | 141 |
| 4. | Probleme einer Theorie prozeduralen Rechts | 142 |
| a) | Probleme der Vergleichbarkeit der Ansätze zur Prozeduralisierung | 142 |
| b) | Rechtstheorie: Beobachter vs. Teilnehmer | 143 |
| c) | Recht: Norm, Handlung und Kommunikation | 144 |

| | | |
|--|--|-----|
| II. | Recht als Kommunikations- und Handlungssystem | 145 |
| 1. | Recht als Kommunikations- und Handlungssystem in der Systemtheorie | 145 |
| a) | Mensch und Gesellschaft | 145 |
| b) | Gesellschaft als Kommunikationssystem | 146 |
| c) | Recht als Kommunikationssystem | 147 |
| d) | Kommunikation und Handlung | 148 |
| e) | Recht als Handlungssystem | 149 |
| f) | Recht und Gesellschaft: strukturelle Kopplungen | 149 |
| 2. | Recht als Kommunikations- und Handlungssystem in der Diskurstheorie | 153 |
| a) | Handlung, Kommunikation und kommunikative Vernunft | 153 |
| b) | Recht, Lebenswelt und System (1) Kultur: Recht und Moral als Wissenssysteme | 157 |
| | (2) Gesellschaft: Recht als Handlungssystem | 159 |
| c) | Diskurse, Rechtsverfahren und Legitimität | 161 |
| III. | Recht, Rationalität und Gesellschaft | 164 |
| 1. | Gesellschaft | 165 |
| 2. | Rationalität | 169 |
| 3. | Recht | 172 |
| IV. | Dimensionen prozeduralen Rechts: ein Definitionsversuch | 175 |
| 1. | Normebene: Prozedurale Normen | 175 |
| a) | Prozedurales Recht im weiteren Sinne | 175 |
| b) | Prozedurale Normen und prozedurale Rationalität | 176 |
| 2. | Normanwendung: Prozedurale Rationalität des juristischen Diskurses | 177 |
| 3. | Reflexion: ein prozedurales Rechtsparadigma | 179 |
| 4. | Definition | 180 |
| 3. Kapitel: Zur Theorie des prozeduralen Rechtsstaats | 181 | |
| I. | Strukturelle Kopplungen | 181 |
| 1. | Der Begriff der strukturellen Kopplung | 181 |
| 2. | Formale, materiale und prozedurale Kopplungen | 183 |
| 3. | Strukturelle Kopplung, Autonomie und Grundrechte | 186 |
| 4. | Bedingungen struktureller Kopplungen | 191 |
| 5. | Prozedurale Kopplung: das Tetralemma des Rechts | 193 |

| | | |
|-------------------------------------|---|-----|
| II. | Der prozedurale Rechtsstaat | 202 |
| 1. | Prozedurale Kopplung von Politik und Recht | 203 |
| 2. | Neue Kopplungen zwischen Recht, Politik und Gesellschaft: reflexive Gesetzgebung und reflexives Recht | 214 |
| III. | Reflexives Recht: das Beispiel der Kommissionskontrolle in Gentechnik und Humangenetik | 224 |
| 1. | Grenzen von Recht und Politik in der Risikogesellschaft im Bereich der Regulierung von Gentechnik und Humangenetik | 225 |
| 2. | Die rechtliche Regelung der Biotechnologie in den USA, in Europa und in Deutschland | 228 |
| | a) Regelung der Gentechnik | 230 |
| | b) Regelung von Humangenetik und Reproduktionsmedizin | 236 |
| 3. | Kommissionskontrolle als reflexives Recht | 248 |
| | a) Selbststeuerung des Wissenschaftssystems durch Ethik | 249 |
| | b) Die Evolution struktureller Kopplungen | 254 |
| | c) Bedingungen und Grenzen struktureller Kopplung | 257 |
| 4. | Reflexives Recht im demokratischen Rechtsstaat | 262 |
| Zusammenfassung und Ausblick | | 267 |
| Literaturverzeichnis | | 273 |