

Graf-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

Graf-Peter Calliess

# Prozedurales Recht



Nomos Verlagsgesellschaft  
Baden-Baden

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Calliess, Galf-Peter:**

Prozedurales Recht / Galf-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 Reinhausen, 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 Teilaspekte der Arbeit berichten durfte, und Kay Hailbronner danken.

Für Gespräche, Anregungen und Korrekturen danke ich Boike Rehbein, Jörn Mätzing, 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

Graf-Peter Calliess



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	11
<b>1. Kapitel: Formale, materiale und prozedurale Rationalisierung des Rechts: ein Entwicklungsmodell</b>	17
<b>I. Rechtsinterne Kriterien zur Abgrenzung eines formal-rationalen von einem material-rationalen Rechtssystem</b>	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
<b>II. Theorien der Gerechtigkeit</b>	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
<b>III. Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffs</b>	39
1. Der liberale Rechtsstaat	40
2. Der formale Rechtsstaat	42
3. Der materielle Rechtsstaat	45
<b>IV. Gesellschaft und Staatsaufgaben</b>	49
1. Bürgerliche Gesellschaft und liberaler Staat	51
2. Industriegesellschaft und Sozialstaat	53
3. Risikogesellschaft und Präventionsstaat	55
<b>V. Krisen des Rechts</b>	60
1. Die Krise des Rechtsstaats	60
<i>Exkurs: Generalklausel und Maßnahmegesetz 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
<b>VI.</b>	<b>Auswege: Prozedurale Rationalisierung des Rechts</b>	<b>83</b>
<b>2. Kapitel:</b>	<b>Prozedurales Recht: ein Konzept im Begriffsdreieck von Recht, Rationalität und Gesellschaft</b>	<b>91</b>
<b>I.</b>	<b>Zu einigen Theorien der Prozeduralisierung des Rechts</b>	<b>91</b>
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

<b>II.</b>	<b>Recht als Kommunikations- und Handlungssystem</b>	<b>145</b>
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	157
	(1) Kultur: Recht und Moral als Wissenssysteme	157
	(2) Gesellschaft: Recht als Handlungssystem	159
c)	Diskurse, Rechtsverfahren und Legitimität	161
<b>III.</b>	<b>Recht, Rationalität und Gesellschaft</b>	<b>164</b>
1.	Gesellschaft	165
2.	Rationalität	169
3.	Recht	172
<b>IV.</b>	<b>Dimensionen prozeduralen Rechts: ein Definitionsversuch</b>	<b>175</b>
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
<b>3. Kapitel:</b>	<b>Zur Theorie des prozeduralen Rechtsstaats</b>	<b>181</b>
<b>I.</b>	<b>Strukturelle Kopplungen</b>	<b>181</b>
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

<b>II.</b>	<b>Der prozedurale Rechtsstaat</b>	202
1.	Prozedurale Kopplung von Politik und Recht	203
2.	Neue Kopplungen zwischen Recht, Politik und Gesellschaft: reflexive Gesetzgebung und reflexives Recht	214
<b>III.</b>	<b>Reflexives Recht: das Beispiel der Kommissionskontrolle in Gentechnik und Humangenetik</b>	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
	<b>Zusammenfassung und Ausblick</b>	267
	<b>Literaturverzeichnis</b>	273