

Guido Martin / Heidemarie Renk / Margaretha Sudhof*

Maßstäbe, Foren, Verfahren: Das Prozeduralisierungskonzept Rudolf Wiethölters

*»Die durchgehende Darstellung via indirecta ist ange-
sichts des Gegenstandes und der Methode unvermeid-
lich.«*

I. Das Arbeiten am, nicht im Paradigma

Flugplatz Washington, 1. 11. 1949, im Kontrollturm Fluglotse Glenn D. Tigner. Um 11.37 Uhr startet eine bolivianische P 38 mit dem Piloten Bridoux von Landebahn 3 zum Probeflug. Um 11.38 Uhr meldet sich, von New York kommend, eine Eastern DC 4 mit 55 Personen an Bord. Sie ist noch 15 Meilen entfernt und bittet um Landeanweisung. Tigner leitet sie in eine Schneise für Landebahn 3 mit der Weisung, sich nochmals zu melden. Bei der nächsten Meldung um 11.44 Uhr gibt Tigner die Landebahn 3 frei. Dann sieht er die P 38 in großer Höhe südlich mit Richtung auf den Flugplatz. Tigner fragt den Bolivianer, ob er um Landeanweisung bitte, der bejaht und Tigner gibt ihm die Schneise für Landebahn 3. Dann sieht er den Bolivianer schnell und steil niedergehen. Er warnt – es ist jetzt 11.45 Uhr – die DC 4, daß der Bolivianer in der Schneise ist, und ruft diesem zu: »Machen Sie eine Linkskurve, Sie landen als zweiter; erster ist eine DC 4, die vorn unter Ihnen zum Landen ansetzt!« Bridoux schweigt. Tigner ruft: »Bolivianer, Sie sind zweiter hinter einer Eastern DC 4, die vorn unter Ihnen zum Landen ansetzt!« Bridoux röhrt sich nicht. Jetzt ruft Tigner die DC 4: Eastern, gehen Sie nach links! Vorrang hat P 38 hinter Ihnen!« Die Eastern reagiert sofort, wird aber über dem Potomac von der P 38 gestreift und zerbricht. Der Bug stürzt in den Potomac, der zum District of Columbia gehört, das Heck aufs Ufer von Virginia; alle Insassen sind tot. Auch der Bolivianer stürzt in den Potomac, klettert jedoch, verwundet, aus der Kanzel. Der Flugplatz von Washington liegt nicht wie die Stadt und wie der Potomac im District of Columbia, sondern in Virginia. Gilt für eine etwaige Fahrlässigkeit Tigners und eine aus ihr folgende Haftung der USA das Recht des Handlungsortes (Virginia) mit Haftungsbeschränkung auf 15 000 \$ pro Person oder das Recht des Erfolgsortes (District of Columbia) mit unbeschränkter Haftung?*

Auf der Ebene der Sachnorm (Haftungsbeschränkung ja/nein) ist der Fall nicht entscheidbar. Zunächst ohne erkennbare Gewichtsunterschiede kollidieren die Rechte von Virginia und Columbia. Gesucht ist eine »Kollisionsnorm«:

»Kollisionsnorm ist ein Teil der Rechtsordnung, der als Rechtssatz formuliert ... einen anderen Rechtssatz für anwendbar erklärt. Die übrigen Teile der Rechtsordnung sind Sachnormen ... Eine Kollisionsnorm gibt an, welche Sachnormen anzuwenden sind, wenn sich die

* Unter Mitarbeit von Ralph Bünger/Rainer Nickel.

† Frei nach G. Kegel, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 1987, S. 1.

Sachnormen unterscheiden ... Die Kollisionsnorm entscheidet nicht selbst. Aber sie fördert die Entscheidung, indem sie die zuständige Sachnorm nennt.²

Münchhausen lässt grüßen. In allgemeinerer Fassung ließe sich in diesem augenzwinkernden Begründungsabbruch auch das Verhältnis von Methodologie zu Rechtsdogmatik abbilden.

1. Recht-Fertigung und Gerechtigkeit

Die Ausdifferenzierung von Recht führt notwendig zum Vorhandensein von Recht und Nichtrecht (= der ganze Rest: Politik, Wirtschaft etc.). Verortung eines autonomen Rechts scheint sich dabei darzustellen als Ergebnis paradoxaler Strukturierung (Münchhausen, s. o.). Als Selbstzweck trägt diese den aktuellen Herausforderungen an Recht als kompatibilisierendes und stabilisierendes Ausgleichsinstrument in hochkomplexen Gesellschaften schwerlich Rechnung.

Insoweit ist absehbar, daß Pflege solch selbstzufrieden-zirkulärer Isolation die Einbahnstraße in die gesellschaftliche Nische aufzeigt. Kompensierende Interventionen »von außen« (z. B. politische oder ökonomische) sind nicht zu erwarten, eher wahrscheinlich ist die Suche nach nichtrechtlichen »funktionalen Äquivalenten« (N. Luhmann) zum Recht.³

Ein autonomes Recht hat keinen Eigenwert, sondern muß sich als kultureller Gewinn immer wieder beweisen. Genau hierin begründet sich der »Beruf unserer Zeit« (F. C. v. Savigny), als Jurist/in Rechtstheorie zu betreiben. Rechtstheorie ist auf Verzahnung des Rechts mit seiner Umwelt (= Nichtrecht) in der Form wissenschaftlicher Beratung von Gesetzgeber, Bürokratie, Justiz und Rechtsbürger angelegt, indem sie die Recht-Fertigungsmöglichkeiten von Rechtsverhältnissen als Gesellschaftsverhältnissen (wieder) aufgreift. Hintergrund theoretischer Anleitung von Rechtsarbeit ist das immer noch/stets »unvollendete Projekt der Moderne« (J. Habermas), Programmstück: Recht, mit dem Ziel einer rechtlich verfaßten gerechten Gesellschaft. Nichts weniger als die Stiftung von Sozialverträglichkeit der Gesellschaftsverhältnisse unter Rechtsbedingungen wird erhofft.

Nach wie vor besteht die Einheit von Rechtswissenschaft, Rechtsdogmatik, Rechtssystem als Legitimationsrahmen der Handlungsweisen von »Juristen als solchen« (B. Windscheid). Bezugsorientierungen des wissenschaftlich gebildeten Juristen sind nicht allein Rechtssetzung oder Rechsanwendung, sondern sind Volksgeist und Rechtswissenschaft (»die zuständige Sachnorm«, s. o.). »Volksgeist« (F. C. v. Savigny) oder *lex artis* haben aber nicht den Status wissenschaftlicher Anleitung von Recht-Fertigungsarbeit, sondern sind selbstzweckhaft unaufgedeckte Prämissen im Rang von »Vorverständnis und Methodenwahl« (J. Esser). Es kann also keine Rede davon sein, daß »der Jurist als solcher«, wie vorgeblich, unpolitisch und wissenschaftlich handelt. Die Herausforderung heute ist die Umstellung (»Paradigma-Wechsel«) des vorsindbaren Rechtskonzepts als Konzept (uneingestanden) »politischer Jurisprudenz« auf das Konzept politischer Rechtstheorie und -praxis mit explizierten rechtstheoretischen und sozialphilosophischen Grundlagen.

Die Positivierung von Recht (im 19. Jahrhundert) erfolgte unter der Voraussetzung der schon als eingerichteter empfundenen Komplementarität der Gesellschaftsverhältnisse. Recht als Formkategorie schien nebenwirkungsfrei Recht als Mittel zu freien privaten Zwecken sichern zu können. Dieser Traum von Recht als Freiheit/Freiheit als Recht stellte sich schnell als Alptraum heraus.

² Kegel, IPR, S. 37, 35.

³ Stichwort: »Deregulierung«.

»Die Befreiung des bäuerlichen Eigentums konnte zur Befreiung des Landes vom Bauern (M. Weber), die Gewerbefreiheit zur wirtschaftlichen Vernichtung des Wettbewerbsschwächeren, der ‚freie‘ Arbeitsvertrag zur Ausbeutung werden. In der Sache bedeutet also die formale Freiheit und Rechtsgleichheit ... eine Privilegierung der über mobilisiertes Kapital und liquide Produktionsmittel verfügenden Wirtschaftssubjekte und eine Unterprivilegierung der davon ausgeschlossenen Gruppen. Eben damit entsprach sie genau der Struktur der frühliberalen Unternehmergeellschaft.«⁴

Die klassische utopische Vision des bürgerlichen Rechts war konzipiert zur Überwindung einer feudalistisch-verkrusteten sozialen Realität. Es galt, den für bestimmte gesellschaftliche Schichten (vor allem das Großbürgertum) sehr merklichen Nachteil der Immobilität zu überwinden. Nicht berücksichtigt wurde, daß die feudalistische Wirklichkeit für ganz andere gesellschaftliche Schichten paternalistische Versorgung gegen Gehorsam bereithielt. Auf Dauer mußte bürgerliches Recht deshalb ebenso wie die »nur« bürgerliche Gesellschaft an den eigenen Voraussetzungen scheitern.

Kompensierende Materialisierungen der Rechtskategorie (im 20. Jahrhundert) instrumentalisierten demgegenüber Rechte als Mittel (so – konsensgetragen – nicht zu habender) normativer Großzwecke, lösten damit Kollisionen von Berechtigungen durch hierarchisierende Bewertung auf. Als eingesetzte Mittel nur bedingt geeignet, letztlich untauglich erwiesen sich Zweckjurisprudenz, Folgenreflexion, Finalprogramm als Rechtsprogramm-Teilstücke. Ein umfassender gesellschaftlicher Materialisierungsentwurf, bei dem Recht als Implementationsinstrument neben anderen (Politik, Wirtschaft, Kultur) einsetzbar wäre, ist unter der Bedingung von Freiheit(en) als Recht(e) nicht zu haben. Gleichwohl gesellschaftlich nachgefragte Ersatzvornahmen, die als Rechtsbegriffe die Titel »Abwägung« oder »Grundsatz der Verhältnismäßigkeit« tragen,⁵ laufen an jenem Dilemma auf.

Materialisierungen setzen also komplexe Groß- und Überzweckprogramme voraus, für die alle Rechte ihrerseits zu Mitteln werden. Für die Einstellung kollidierender Interessen in derartige Zweckprogramme gibt es als »Recht« weder Maßstäbe noch Foren noch Verfahren.

2. Rechtstheorie als Annexprojekt zu gesellschaftlicher Großtheorie

Recht als Recht muß sein eigenes gesellschaftliches Rechtfertigungsverhältnis – als Einheit wie als Differenz von Recht und Nichtrecht – zugleich anbieten wie auch nachfragen.

Die Anerkennung gesellschaftlicher Unverfügbarkeiten sowie die abwägende Auflösung bzw. Verzeitlichung von Kollisionen derselben ist die von Rechtstheorie zu bewältigende Aufgabe in Erfüllung der gesellschaftlichen Funktion des Rechts: »Verhandelt wird heute darüber, ob sog. ‚Marktversagen‘ und/oder sog. ‚Politikversagen‘ im Kern nicht Rechtsversagen sei.«⁶ Rechtstheorie ist deshalb notwendig Gesellschaftstheorie.

Umgekehrt sind Gesellschaftstheorien Rechtstheorien, soweit sie sich auf eine Verhältnisbestimmung von Recht als Recht zur rechtlich verfaßten Gesellschaft einlassen. Sie sind dann, als politische Theorien, trotz hoher Abstraktion auf Verwirklichung gegen Widerstand angelegt. In Übereinstimmung wird der »Jurist als solcher«, seit F. C. v. Savigny Verwalter der Rechismaßstäbe, Herr des Forums

4 F. Wieacker, Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution, in: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, S. 55 ff. (60).

5 Vgl. R. Wiehöfer, Proceduralization of the Category of Law, in: Joerges/Trubek (Hrsg.), Critical Legal Thought: An American-German Debate, 1989, S. 501 ff. (504).

6 R. Wiehöfer, Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?, FS Habermas 1989, S. 833 ff. (844).

und Leiter des *Verfahrens*, auf die anlagebedingten Grenzen der ihm verliehenen Rechtsmacht hingewiesen. Mit Blick auf das vergesellschaftete – verarmte, überforderte – Subjekt werden Verfügbarkeiten/Unverfügbarkeiten von Berechtigungen für Gesetzgeber, Bürokratie, Justiz und Gesellschaft von Rechtsbürgern neu bestimmt.

Stilisiert setzt dabei politische Ökonomie auf den »politischen Unternehmer«, der Versorgung gegen Gehorsam leistet, Systemtheorie auf den »wissenschaftlichen Unternehmer«, der Sicherheit gegen Internalisierung normativer Erwartungen verspricht, und Kritische Philosophie rückt den moralischen Bürger ins Zentrum, der eine ungerechte, aber veränderbare Gesellschaft gegen Belastung und Entlastung auszuhalten vermag.⁷

Unterschiedliche Anforderungen an abnehmbare Recht-Fertigungsarbeit im Zusammenspiel von Gesellschafts- und Rechtstheorien veranschaulicht der Flugzeugabsturz zwischen Virginia und Columbia:

Politische Jurisprudenz (at its best) am Potomac:

»Meines Erachtens entscheidet: Die Sympathie mit dem Opfer ist im allgemeinen größer als die mit dem Täter; deshalb darf der Täter selbst dann noch haftbar gemacht werden, wenn er dort, wo er gehandelt hat, ... zwar rechtmäßig gehandelt hat, aber nicht [oder nur beschränkt] haftet ... Das dem Verletzten günstigste Recht entscheidet.«⁸

Ökonomische Analyse am Potomac:

Bei der Frage nach der Haftungsbeschränkung ist zunächst die moralische Wertung (»gut/böse«) als »verstaubte Distinktion«⁹ zu vernachlässigen. Der Blick ist statt dessen auf die Funktionen des Unfall- und Schadensrechts zu richten. Relevant werden damit nicht allein die Umstände und »Primärkosten« des konkreten Vorfalls, sondern z. B., viel allgemeiner, die insgesamte Verminderung von Unfallkosten durch Ersatz unsafräicher Aktivitäten durch sicherere Alternativen. Diese finden allerdings ihrerseits in der Höhe der insgesamten Unfallprimärkosten wiederum eine ökonomisch rationale Grenze:

»Wir benutzen Flugzeuge und Autos statt sicherer aber langsamerer Transportmittel. Und was vielleicht am aufschlußreichsten ist: wir benutzen relativ sicheres Gerät statt des denkbar sichersten, weil – und dies ist kein schlechter Grund – das sicherste zu teuer ist.«¹⁰

Am Potomac ist die Haftungsbeschränkung dann nicht zu rechtfertigen und setzt sich deshalb auch im Kollisionsfall nicht durch, wenn durch die konkrete Belastung der Geschädigten (Schadensinternalisierung jenseits der Haftungsbeschränkung) insgesamt höhere soziale Kosten und/oder Allokationskosten verursacht werden als durch die unbegrenzte Haftung der USA. Als soziale Kosten wären insoweit etwa zu berücksichtigen:

- die Höhe der Landegebühren mit oder ohne beschränkte Haftung der Fluglotsen in Bezug auf Unfallschäden,
- die Kosten von Sicherheitsvorrichtungen zur Vermeidung von Unfallschäden,
- die Konditionen einer Versicherung des jeweiligen Risikos.

⁷ Vgl. R. Wiethölter, *Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?*, FS Habermas 1989, S. 833 ff. (845–847).

⁸ G. Kegel, IPR, S. 456/457, 459 (Klammerzusatz von den Verfassern).

⁹ G. Calabresi, *Die Entscheidung für oder gegen Unfälle: Ein Ansatz zur nichtverschuldensbezogenen Allokation von Kosten*, in: Mertens/Kirchner/Schanze (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1978, S. 259 ff. (260).

¹⁰ G. Calabresi, *Die Entscheidung für oder gegen Unfälle*, in: Mertens/Kirchner/Schanze, *Ökonomische Analyse*, S. 259 ff. (262).

Je massenhafter sich vermeidbare Flugzeugabstürze ereignen, desto untragbarer ist eine beschränkte Haftung, je massenhafter sich unvermeidbare Flugzeugabstürze ereignen, desto angezeigter wird eine Haftungsbeschränkung.

Systemtheorie am Potomac:

Systemtheorie nimmt Bewertungen ebenfalls nicht nach dem Muster moralischer Differenzierung von »gut« und »böse« vor. Das Rechtssystem, konstituiert durch die binäre Codierung Recht/Unrecht, würde, in den Augen des Systemtheoretikers, durch die Berücksichtigung moralischer Wertungen auch überfordert:

»Der durch den Code von Recht und Unrecht ausgeschlossene dritte Wert, also das, was im Augenblick weder Recht noch Unrecht ist, erscheint im Rechtssystem nun als Politik.“¹¹

Und damit als Nichtrecht. *Tertium non datur.*

Nach dem Kriterium der weitestmöglichen Erhaltung »generalisierten Systemvertrauens« ist die geringstmögliche Verletzungsquote »normativer Erwartungen« zu suchen. Die Interessen, deren Vernachlässigung die geringeren »Geräusche« (noise) verursacht, haben zurückzustehen.

»Man muß Menschen behandeln, als ob sie zuverlässig wären, und zugleich Erwartungen gegen Enttäuschungen absichern. Man kann schließlich auch riskante Erwartungen bilden, wenn man sicherstellen kann, daß Enttäuschungen punktuell auftretende Ereignisse bleiben und nicht sicherheitsgefährdende Akkumulation auslösen.“¹²

Die Zulässigkeit (Abnehmbarkeit) einer Variation von beschränkter und unbeschränkter Haftung ist für Systemtheorie nicht (nur) eine Frage ökonomischer, sondern eine Frage »ökologischer Rationalität«, d. h. danach, ob das »Nein« lediglich im Rechtssystem seinen Ort findet, nicht aber in dessen Umwelt. Die Antworten müssen deshalb verschieden ausfallen, je nachdem, ob es den Hinterbliebenen der Opfer – eher unwahrscheinlich – gelingen sollte, mehr sozialen »Lärm« zu machen als der zur Leistung heranzuziehenden Staatskasse.

Je cher die Haftungsbeschränkung »normativ« Erwartbares für den Fall eines Absturzes abdeckt (Beerdigungskosten einschließlich einmaliger Bewirtung der Hinterbliebenen) oder zumindest nicht ausschließt (öffentliches Versprechen künftiger Verschärfung der Sicherheitsmaßstäbe), desto leichter ist sie zu rechtfertigen.

Prozeduralisierung am Potomac?

Prozeduralisierung ist kein Praxiskonzept im Sinne einer durchgearbeiteten Universaltheorie, das sich demgemäß an den Potomac zerren lassen müßte. Prozeduralisierung beinhaltet zugleich ein »Rationalitätsangebot« für praktische Jurisprudenz und ein »Vermittlungsangebot« für große Theorie (»mittlere Theorieebene«). Insoweit sympathisiert der Prozeduralist Wiethölter unter »Respekt vor dem Gewicht der anderen Lager« mit kritischer Philosophie als Konzept positiver und allgemeiner Utopie.

II. Prozeduralisierung als theoretisches Konzept

Prozeduralisierung von Recht zielt als Theorieprogramm auf Jurisprudenz, die das Bewußtsein, das Orientierungsverhalten und das methodologische Instrumentarium

¹¹ N. Luhmann, Ökologische Kommunikation, 1986, S. 143.

¹² N. Luhmann, Soziale Systeme, 1984, S. 420/421.

von Juristen als Entwicklungszusammenhang, der zu Krisen geführt hat, rekonstruiert und sich zugleich prospektiv auf Bedingungen möglicher Krisenüberwindungen einläßt.¹³

1. Kollisionsregeln nach internationalprivatrechtlichem Muster als Meta-Sachnormen

Anknüpfungspunkt des Prozeduralisierungskonzeptes ist die IPR-spezifische Differenzierung nach Sachnormen und Kollisionsnormen.¹⁴ Bei IPR handelt es sich um nationales Recht mit internationalem Bezug. Die Funktion des IPR besteht darin, vorgeblich ohne Hierarchisierung (jenseits des »ordre public«), die Kollision verschiedener, als solcher unverfügbarer, nationaler Rechte aufzuheben. Insofern liegt der Gedanke nicht fern, die dogmatischen Grundgedanken und die Methodik des IPR als allgemeines Kollisionsrecht auszuweiten und dabei Unverfügbarkeiten (»Kindeswohl, Betriebsfrieden, Unternachmensinteresse, Sozialparität usw.«) mit »quasi-völkerrechtlichem Status« einzurichten. Kollisionsnormen sind in aller Regel als streitentscheidend nicht im Sinne einfacher Subsumtionsgeeignetheit vorauszusetzen, sondern im Kollisionsfalle erst herzustellen, d. h. situativ zu recht-fertigen. Als leitende, praktisch den Anwendungsbereich von Rechtssätzen bestimmende Rechtsobergrundsätze sind Kollisionsregeln nicht im klassischen Sinne konditional, weil sie trotz ihres Anspruches auf wiederholbare Anwendung unbestimmtes »Recht« sind, das seine

»... Steuerung« aus Funktionsbestimmungen bezieht, die ihrerseits Selbstlauf-Freiheiten wie strukturierende Organisationen, Verfahren, Kompetenzen, Personalrekrutierungen, Ausbildungsprozesse bestimmbar machen. Auf solche Funktionsbestimmungen zielen im Kern alle rivalisierenden gesellschaftlichen Großtheorien; sie alle – je auf ihre Weise natürlich – wollen tradierte Bestände gegen Gefährdungen sichern und für angemessene Veränderungen lernfähig machen.«¹⁵

Prozeduralisierung zielt deswegen auf die Konzeption und Praxis einer Einheit von Kollisionsnormordnung und einbeziehbarer Sachnorm-Ordnung: Natürlich sind auch Kollisionsnormen unverzichtbar an Präferenzentscheidungsordnungen geknüpft. Orientierungen bieten kann dabei jedoch nicht eine Ordnung von inhaltlicher Rechtssatzqualität, sondern von Gesellschaftstheorie-Qualität als immer schon eingerichteter und ausgeübter sozialer Praxis selbst, mit zwar begrenzten Entwicklungsmöglichkeiten, aber jedenfalls stets mit mehr Möglichkeiten, als bereits verwirklicht sind:

»Jedes Kollisionsrecht ist prinzipiell in der Gefahr, statt der Güter-Abwägung: schlicht ‚Guts-‘-Abwägung zu betreiben, d.h. allgemeiner: ein Interesse avanciert zugleich – als allgemeines (jedenfalls allgemeineres) – zum Schiedsrichter über sich selbst und die Konkurrenten. In unserer Zeit wäre es aber zumindest erforderlich, solche Welt selbstgerechter Kollisionsnormen genauer zu durchschauen und ein unverzichtbares ‚selbstgerechtes Metasystemrecht‘ zu legitimieren. Das ist die methoden-theoretische Aufgabe. Die inhaltliche Aufgabe ist es, den sozialen Kampf um homogene Interessen, um verallgemeinerungsfähige Interessen zumindest, unter Bedingungen zu bringen und zu halten, in denen nicht die selbsternannten Schiedsrichter von gestern bestimmen, welche Spiele wie stattzufinden haben. Geltungsbedingungen für die Verallgemeinerungsfähigkeit von Interessen wären darum das Geschäft der Wissenschaft.«¹⁶

¹³ Vgl. R. Wiethölter, *Proceduralization of the Category of Law*, in: Joerges/Trubek (Hrsg.), *Critical Legal Thought*, S. 501 ff. (503).

¹⁴ S. o., I. 1.

¹⁵ R. Wiethölter, *Rechtsstaatliche Demokratie und Streitkultur*, KJ 1988, S. 405.

¹⁶ R. Wiethölter, *Begriffs- oder Interessenjurisprudenz*, FS Kegel 1977, S. 232, vgl. auch S. 256.

Die im Wiethölterschen Prozeduralisierungskonzept zentrale »Verfahrensneutralität« ist nach alledem von der üblichen Differenzierung nach Verfahrensrecht und materiellem Recht beträchtlich entfernt. Prozeduralisierung hat nicht nur reine Spielregelqualität, hat nicht einmal einen verfahrensrechtlichen Schwerpunkt.

2. Rechtlicher Komplementärbestandteil zu Kritischer Philosophie der Frankfurter Schule

Vor dem Hintergrund dreier verschiedener Konzepte von Gesellschaftstheorie-Qualität nimmt das Wiethöltersche Prozeduralisierungsprojekt von der kritischen Philosophie seinen Ausgang. Unter Respekt vor unhintergehbaren Entwicklungen geht es darum, eine universalisierbare Normativität zu retten, die angewiesen ist auf »Anerkennung«, »Konsens«, »Verständigung«, »Kommunikation«. Als deren rechtlicher Komplementärbestandteil versteht sich das Prozeduralisierungsprojekt. Als Prozeduralisierung des Rechts lässt sich die Transformation eines gesellschaftlichen Zusammenhangs von Rechts-Freiheiten (verbunden mit Regel-Ausnahme- oder Interessen-Abwägungs-Entscheidungsmustern) in ein System von Rechtfertigungen eines jeweiligen neuen gesellschaftlichen Zusammenhangs von »Ideen« und »Interessen« begreifen. Wegen der inhaltlichen Nichtentscheidbarkeit historisch-sozialer Entwicklungen werden dabei Kompetenzen eingerichtet für Prognosen und Verantwortlichkeiten. Prozeduralisierung zielt damit auf *Bedingungen der Möglichkeit* von Gewährleistungen und Gewährungen integrierbarer Interessenabstimmungen. Es geht um rechtliche Verhaltensordnungen, um Sozialbereichs-Grundsätze zur Anleitung und Entwicklung spezifischer Dogmatik(en) und um die Interpretation positiver Normbestände. So könnten Kindeswohl, Betriebsfrieden, Unternehmensinteresse, Sozialparität usw. Umschreibungen für auszuarbeitende Metaregeln abgeben, die als Begründungsregeln für die Gültigkeit praktischer Rechtssätze den Maßstab und die Richtlinien rechtlicher Politik und Dogmatik bestimmen.¹⁷ Genausowenig, wie die Gleichsetzung mit Verfahrensrecht dem Prozeduralisierungskonzept angemessen wäre, setzen prozedural aufzulösende Kollisionen allerdings »Institute« von Lebenswelt-Qualität im Sinne der Theorie des kommunikativen Handelns voraus.¹⁸ Als weiterer Konkretisierung bedürftige und zugängliche »Problemschwerpunkte und Arbeitsgebiete« hebt Prozeduralisierung – ähnlich der W. Heisenberg'schen Unschärferelation der Schwierigkeit, daß allein Beobachtung bereits das Untersuchte verändert, unterliegend – heraus:

Vergesellschaftung der Rechtsmaßstäbe

Neben der politischen ist die gesellschaftliche Disposition des Rechts und die rechtliche der Politik und Gesellschaft zunächst zur Kenntnis zu nehmen. Die Übersetzungsleistungen zwischen Recht und Gesellschaft sind heute nicht einmal vordergründig auf das Verhältnis von Legislativanweisung und Rechtsanwendung reduzierbar. Mit zunehmender Brisanz ist schon gesellschaftliches Konfliktpotential immer weniger auf die Binnenstruktur eines abgrenzbaren gesellschaftlichen Teilbe-

¹⁷ Frei nach R. Wiethölder, Proceduralization of Law, in: Joerges/Trubek (Hrsg.), Critical Legal Thought, S. 501 ff. (insb. 507 ff.).

¹⁸ Insofern ist hier die Habermas'sche Dichotomisierung der Rechtskategorie in »Institut« und »Medium« als nicht verfehlungsvoll bewertet, vgl. J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, 1981, Bd. 2, S. 522 ff.

reiches (Unternehmen, Presse, Familie) reduziert, das komplementärer rechtlicher Programmatik entspräche (eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb, Medienrecht, ungeteilte Erbgemeinschaft). Die Bewertung der *Kollisionen* pluraler Freiheiten und Wirklichkeiten, entsprechend gleichzeitig abgerufener juristischer Arsenalen, bewegt sich auf einer in der bürgerlichen Rechtskategorie selbst nicht angelegten Abstraktionshöhe. Hierbei nehmen die Voraussetzungen und Änderungen der Rahmenbedingungen von Berechtigungen eine zentrale Stelle ein. Als Beispiel aus der neueren Judikatur des BGH lässt sich etwa die »Antiseptica«-Entscheidung¹⁹ heranziehen. In Streit stand ein zweipoliges Rechtsverhältnis, inhaltlich zur Debatte ein dreischichtiges Problem. Ganz auf der Höhe der Zeit reproduzierte der BGH hier Warenkritik (Verbraucherschutz), Meinungskampf (Boykottaufruf) und Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Markenschutz) als situativ-wechselseitige, erst herzustellende Verschränkung, insgesamt an § 823 Abs. 1 BGB fixiert. Eine Problembearbeitung in dieser Weise ist allerdings noch keineswegs an der Tagesordnung.

Dezentrale Makrosteuuerungen

Auf Bewährung angelegte, widerruffliche Kompetenzen für Prognosen und Repräsentationen spiegeln eine Art von »Rechts-Verwaltung« wider,

»... für die es weniger auf Anwendungs- oder Implementationsregeln als vielmehr auf Kriterien für Erfolgsgarantien und für Verfahren einer Ablösung von Mannschaften und Instrumentarien bei Nickerfolg ankommt ...«²⁰

Dezentrale Makrosteuuerungen kommen damit ohne Zuschreibung auf bestimmte Personengruppen nicht aus. Sie beinhalten jedoch ein – vielleicht notwendiges – ambivalentes Moment: Auf der einen Seite steht die Verhüllung einer Demokratisierbarkeit von Bürokratie (Verwaltung und Justiz) und Ökonomie (Eigentum und Mitbestimmung), auf der anderen die Befürchtung einer Elitetheorie, vermeintlich in bester Absicht.

Verbotsnormorientierung

Juristisches Denken ist orientiert an Regeln und Ausnahmen, Rechtsbeständen und zu rechtfertigenden Eingriffen. Daraus bedingt sich – schon von der Einlassungslast her – eine konstruktive Benachteiligung »neuer« Berechtigungen gegenüber bereits eingerichteten Freiheiten. Je vielschichtiger eine Gesellschaft, mit entsprechendem Problemdruck, sich darstellt, desto schwieriger wird es, dieses Potential in überkommenem juristischen Regel- und Ausnahmedenken zu verorten.

Inhaltliche Kollisionen werden nicht aufgenommen, sondern – allenfalls – in juristisch-technische Argumentationsschemata umgeleitet; die schon auf der Regel-ebene ansetzenden Regel-Ausnahme-, Schranken-Schranken- oder Beschränkungs-Beschränkungen-Schematisierungen bilden insoweit unzureichende methodologische Konservierungsleistungen ab: Der Konstruktion von Rechten als grundsätzlich schon beschränkten Freiheiten wie auch der Beschränkung von Tatbeständen über eine Angemessenheitsbewertung der Rechtsfolgen ist das Ergebnis auf die Stirn

¹⁹ Vgl. BGH JZ 1987, S. 414 ff. mit Anm. Brüggemeier; anlässlich einer erhöhten Formaldehydkonzentration in der Raumluft von Kindergarten hatte die ARD in der Tagesschau ein formaldehydhafuges Desinfektionsmittel abgebildet. Das Produkt stand untreug in keinerlei ursächlichem Zusammenhang mit der konkret durch Preßspanplatten verursachten Luftbelastung.

²⁰ R. Wieshöfer, Materialization and Proceduralization in Modern Law, in: G. Teubner (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, 1986, S. 221 ff. (246).

geschrieben. Immerhin ist auch der Mut zur Kollision nachweisbar: Einschlägige Emanzipationsbestrebungen werden nicht erst neuerdings gewagt (Herstellung praktischer Konkordanz, Abwägung). Es ist angebracht, diese Ansätze nicht aktueller Zufälligkeit der zu entscheidenden Konfliktkonstellation anheimzustellen, sondern den kollisionsrechtlichen Aspekt schon im Wege überfälliger Rekonstruktion der Rechtskategorie in die Rechtsbestände und Berechtigungen einzubauen.

3. Prozeduralisierung als über Jurisprudenz hinausweisendes Theorieprogramm: »Streitkultur« versus Zivilreligion

»Es gibt Rechtstheorie, die sich auf soziale Inhalte einläßt, nur als ›politisches‹ Rechtstheorie ... Probiersteine für Theorien sind Krisen in der Verarbeitung praktischer Probleme. Probierstein einer jeden Sozialtheoriebewährung ist deshalb heute die ausgearbeitete und durchsetzbare soziale Krisentheorie.«²¹

Sie ist als Theorie mittlerer Reichweite wissenschaftliches Anwendungsprogramm; als zunächst offener Ansatz ist sie auf reziproke Adoptionsgeeignetheit gegenüber Gesellschaft, Politik und angewandtem Recht angelegt und angewiesen. Prozeduralisierung hat sich dabei allerdings als »normativ-historischer David« im Wettbewerb mit »systemtheoretisch-ökonomischen Goliaths« zu bewähren:

- Für Politische Ökonomie ist in Form der ökonomischen Analyse des Rechts längst ein »rechtliches Annexprogramm« ausgearbeitet worden, das in diesem Sinne Erfolg verspricht.
- Systemtheorie verdankt ihren (un)heimlichen Erfolg dem Angebot moralischer Entlastung durch radikale Auslagerung des Problempotentials von Orientierungsverlusten. Diese finden ihren Ort in Konzepten von Zivilreligionen.
- Die Bezugnahme auf kritische Theorie ist demgegenüber auf eine eingerichtete und ausgeübte Streitkultur angewiesen, in der gleichsam die prozedurale Vernunft das Rechtskonzept der Moderne aufgreift, nämlich

»... eine Arbeits- und Wirtschaftsgesellschaft poliisch organisiert in Form und mit dem Inhalt einer Rechtsskulturverfassung.«²²

Prozeduralisierung erweist sich nach alledem in der Bestandsaufnahme als ebenso ausbaufähiges wie -bedürftiges Konzept. Sie stellt nicht nur Fragen an jene Großtheorien, von denen ausgehend sie sich abhebt, sondern wirkt ihrerseits modifizierend auf deren spezifische Verknüpfung von Gesellschaft und Recht. Dies in doppelter Hinsicht: Zum einen durch Reflexion der internen Voraussetzungen des jeweiligen Theoriekonzepts und zum zweiten durch Sensibilisierung der Aufnahme veränderter Sichtweisen rechtlicher und nichtrechtlicher Kontexte. Insofern muß Prozeduralisierung ihren Ausgangspunkt als lediglich rechtliches Annexprogramm der Kritischen Theorie hinter sich lassen, um sich Entwicklungsmöglichkeiten zu eröffnen.

III. Beiträge zur eingerichteten und ausgeübten Streitkultur: »begrenzte Unmöglichkeiten«

(Rechts-)Verfahren und Angelegenheit des Rechts kann Prozeduralisierung also allein nicht sein, diese bliebe Recht ohne den gelungen-gesicherten Einbau von

²¹ R. Wiethölter, FS Kegel, S. 235, 242.

²² R. Wiethölter, KJ 1988, S. 407.

Nichtrecht. »Abwägung« und »Verhältnismäßigkeit« bleiben gleichfalls Recht ohne Nichtrecht: Sie lassen freie Räume, zu deren Ausfüllung kein strukturiertes Verarbeiten von Nichtrecht zwingend erforderlich ist. Die gesellschaftlich nachgefragte Ersatzvornahme ist Antwort auf ein – im Recht selbst nicht näher spezifizierbares – Umwelt-Bedürfnis, zu deren eigener Maßstabsbildung gesellschaftliche Angebote nicht oder jedenfalls (noch) nicht in systematisierbarer Weise zur Verfügung stehen. Der Jurist ist auf Rechtsschöpfung nach Maßgabe subjektiver Rechtschaffenheit angewiesen. Hierfür genügt der (verdeckt) politische Jurist. Prozeduralisierung als interne Reflexion der Jurisprudenz verfängt sich in den eigenen Voraussetzungen: das Äußere im System selbst zu suchen.

Prozeduralisierung als Rekonstruktion der Rechtskategorie unter Belebung der Kritischen (Gesellschafts)Theorie – das auf diesen Begriff gebrachte Suchprogramm umfaßt Erwartung und Enttäuschung zugleich. Erwartung: Kritische Theorie als für Recht anschlußfähige und rück-anschlußbereite Gesellschaftstheorie möge Parameter bereitstellen zur Bearbeitung des Nichtrechlichen im Recht. Enttäuschung: Daß jeder zu jedem Wort solle kommen können, ist als Versprechen zu abstrakt, um noch für eine von Visionen orientierte Praxis handlungsanleitend zu wirken. Den Verlockungen erliegend, die Schlüsselkonzepte allemal in sich bergen, versuchte einerseits R. Alexy, diskursive Verständigung als idealtypischen Entwurf praktisch werden zu lassen; andererseits galten frühere Bemühungen G. Teubners dem Versuch, Diskursethik und Systemrationalität zu einem Konfliktmodell in verkleinertem Maßstab zusammenzubinden.²³ Beide Ansätze verstellten sich den Blick auf das Mögliche durch ihre Fixiertheit auf eine und diese Idee. Die Diagnose »begrenzter Unmöglichkeiten«, d. h. die Feststellung der widersprüchlichen Verknüpfung von Recht/Nichtrecht, Einheit/Differenz, Subjekt/Wirklichkeit, verweist auf das Nichtvorhandensein jenes einen Punktes, an dem die Welt aus den Angeln zu heben wäre. Sie zeigt zugleich, daß zwar nicht die Welt, wohl aber Teilbereiche der Gesellschaft und des Rechts die Anstrengung lohnten, da deren Unbeweglichkeit nicht von vornherein ausgemacht ist. Relative Letztbegründungen müssen in einer begrenzt offenen Gesellschaft helfen, sich schrittweise vorwärts zu bewegen in dem Bemühen um universale Maßstäbe angesichts partikularisierter »System«bereiche. »Relative Letztbegründung« meint vor der Entwicklungsgeschichte des Prozeduralisierungskonzepts *relativ* bezogen auf das Bewußtsein der Beschränktheit aller zur Diskussion gelangenden Ansätze und *letztbegründet* hinsichtlich der prinzipiell unbeschränkt kritisierbaren Richtigkeitsannahmen, die solchen Ansätzen zugrundeliegen.

Prozeduralisierung erscheint daher als das Stichwort für eine Suchformel: »Verfahren + X«, die in verschiedenen Bereichen und mit verschiedenen Größen für »X« zu haben sein könnte.

Die Anforderungen an »X« sind bekannt: »X« muß all jene Hoffnungen ersetzen, die einstmals unter dem Stichwort »materiale Gerechtigkeit/Sozialstaatlichkeit« versammelt wurden. Der historische Durchgang ging vom Recht als Gottesspruch (materiell) zum Recht als Verwirklichung des fair trial (prozessual) zur Erkenntnis der Begrenztheit beider Wege, solange deren Verknüpfung durch ein faßbares Drittes nicht gewährleistet werden kann. Bloße Addition kann nicht nur nicht genügen, sie ist auch nicht möglich, findet man nicht das Zauberwort, mit dem virtuell inkompatible Maximen in eine gemeinsame Sprachform gebracht werden

²³ S. R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1978; s. G. Teubner, Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege; in: Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1985, S. 289 ff.

können. Für Übersetzungsleistungen dieser Art stehen viele Versuche (angelegt in und ausgehend von jenen Großtheorien Systemtheorie, Kritische Theorie, ökonomische Analyse), doch keine Erfolge.

Utopie, unverzichtbare Grundlage und Fernziel zugleich (modern: Paradigma) ist justizförmige Kontrolle gesellschaftlicher Prozesse in gesellschaftlicher Ausgleichsfunktion. Rechtliche Mittel reichen dafür nicht aus, nichtrechtliche finden jedoch als solche keinen Eingang in das Recht.

Es geht letztlich um Transformationsprozesse, bei denen zu sichern ist, daß extern-gesellschaftliche Elemente auf dem Wege ihres Eingangs in intern-juristische Bearbeitung nicht verloren gehen oder in ihrer Bedeutung und Gewichtung verkehrt werden. Jenes gesuchte Plus kann ohne solche Übersetzungsarbeit nicht eingebaut werden, weil für materiale »Gerechtigkeitsimplikate« Beurteilungsparameter, die deren Einbeziehung in rationaler, systematisierbarer, voraussehbarer und wiederholbarer Form erlauben würden, nicht zur Verfügung stehen. Auf das Erkannte, Erworbene, Erkämpfte kann nicht verzichtet werden (Wiethölter: »Es geht nicht ohne Recht«); das Erkannte, Erworbene, Erkämpfte reicht nicht aus (Wiethölter: »Es geht nicht mit Recht«).

Bei *J. Grimm* war es der *Zufall*, der den Eigentümer des Baumes mit dem Eigentümer des Bodens sich versöhnen ließ: hing die Frucht noch am Strauch oder war sie schon in des Nachbarn Garten gefallen?²⁴

Die Rolle von »X«, unserer Variablen für einen legitimen Nachfolger des *Grimmschen Zufalls*, ist noch immer unbesetzt. Das Dilemma des Rechts, »vorauszusetzen, was es zu bewirken hat«, wird zum Dilemma, etwas suchen zu müssen, was schon immer stattfindet, ohne das Maß gegebener Komplexität zu übersteigen oder zu unterlaufen. Das politische der Rechtstheorie: im Gegensatz zu politischer Jurisprudenz die eigenen Voraussetzungen zu kennen, erfordert Analytik und zugleich Normativität.

Selbstverständlich stehen Lösungen in diesem »Zwischenraum von (diagnostischer) Theorie und (alltäglicher) Praxis nicht zur Verfügung. Auch sind die richtigen Fragen bereits gestellt. Zu suchen ist also in der Mitte zwischen Frage und Antwort: Auf welchem Weg könnte es gelingen, materiale Kriterien in die Rechts(satz)produktion einfließen zu lassen unter benennbaren Kriterien *nicht* ihrer Materialität, sondern ihres Zugangs? Wir wollen vorläufige Suchrichtungen angeben:

1. Maßstäbe

Rechtsverhältnisse: Gesellschaftsverhältnisse und Rechtsprogramm

Das subjektive Recht als Schlüsselkategorie muß infrage gestellt werden durch Konzeptionierung von Rechtsverhältnissen jenseits normierter Zugangsschwellen durch »Beschwer« oder »Klagbefugnis« (als rechtliche termini für Betroffenheit). Das Individuum ist es nie ganz und nie allein; Individualrechte, die diesen Namen auch verdienen, sind uninteressant; sie verfehlten den Ort, an dem Gesellschaft als Gesellschaft entsteht. Gesellschaft ist keine Vereinigung freier Bürger, die sich jeweils als ganze Subjekte einbringen. Weder handelt es sich um die Summe einzelner Subjekte noch gehen diese als ganze in Gesellschaft auf.

Indes: Wo kein Kläger ist, da ist heute auch in der Regel kein Richter. Durch

²⁴ Vgl. Wiethölter, KJ 1988, S. 404.

weniger rigide Ausgrenzung konkret-subjektiv vorgetragener, jedoch materiell nicht (nur) an ein Individuum gebundener Klagen könnten Themen rechtlich bearbeitet werden, die bislang im Recht daran scheitern mußten, daß ihnen kein Träger-Subjekt zur Verfügung stand (Stichwort: Robbenklage).

Insoweit schlagen wir statt einer *rechtsnormorientierten* Ausgrenzung von Interessen eine *rechtsverhältnisorientierte* Bewertung von Rechten vor. »Rechtsverhältnis« ist nichts weiter, aber auch nicht weniger, denn ein Lebens(Gesellschafts-)Verhältnis als Gegenstand rechtlicher Bewertung. Als solche setzen Rechtsverhältnisse nicht (nur und schon) bestimmte anwendbare Rechтssätze voraus, sondern produzieren ihrerseits die Anwendbarkeit von Rechtssätzen. Es geht dann um – rechtsstaatsgemäße – Nachholung von Partizipationschancen durch Entwicklung neuer Aktionsrechte, die mehrseitige Rechtsverhältnisse interessengerecht abzubilden in der Lage sind und sich in ihrem Anwendungsbereich nicht auf die zweiseitige Abbildung der gesellschaftlichen Imagination des »gerechten Tauschs« beschränken müssen). Das Virulentwerden neuartiger Probleme in jenem mehrpoligen Feld von Gesellschaft/Natur/Person (Stichwort: Schadensersatz für Waldsterbefolgen) bedarf neuer und eben auch: verschiedener Anschlußmöglichkeiten.

Maßstabsbildung im Kontext analytischer Vorarbeiten

Auf das Recht bezogene Vorschläge verschiedenen Abstraktionsgrades, als Theoriekonzept oder als dogmatische Ausarbeitung, sind normativ, insofern sie im Anschluß an die Diagnose und Benennung des eigenen Ausgangspunktes ohne Anleitungsprogramme nicht auszukommen glauben. Die Suche allein nach Voraussetzungen gilt als unerlaubt, steht unter dem Verdacht der mangelnden Seriosität.

Suchrichtung für Maßstabsbildung könnte vielleicht aber auch die thematische Eröffnung von Spielräumen der Analyse sein: statt Modellbildung vernünftiger Verfahren Analyse der Genesis (gesellschaftlicher) Konfliktentstehung, (rechtlicher) Konfliktbearbeitung und (gesellschaftlicher) Konfliktbewältigung. Rechtliche Bearbeitung ist dabei in Zusammenhang mit ihrem Ursprung und ihrer Folge im nichtrechtlichen Bereich zu sehen: Die Frage ist nicht allein die nach einer angemessenen Rechтisentscheidung, sondern auch die nach einer funktional äquivalenten nichtrechtlichen (und welchem Bereich des Nichtrechts entstammenden) Entscheidung bzw. Auflösung (etwa das begründungsorientierte und grundsätzlich zwanglose Konfliktbearbeiten z. B. im therapeutischen Diskurs). Welche Probleme werden (ob sinnvoll oder nicht) rechtlichen Verfahren unterzogen? Was besagt diese keinem Akteur freistehende Wahl in Bezug auf das Zusammenspiel von Recht und Gesellschaft? Und schließlich: Was für ein Gebilde von Recht insgesamt formt sich, wenn sowohl Einzelentscheidung(en) wie punktuell generalisierte normative Theorie(n) zugleich in den Blick genommen werden?

Auch das ist Grimm'scher Zufall, den es nachzuzeichnen gilt: Analyse faktisch erzeugter Unordnung mit der Absicht, die Ordnungszahl im Nichtgleichgewicht (*I. Prigogine, H. v. Foerster*) zu finden, mithilfe derer sich das nächste Stadium eingrenzend bestimmen läßt. Ordnungsüberschreitende Analytik müßte einen neuen Stellenwert bekommen, der Diagnosen des sich Vollziehenden, des Tatsächlichen, des unreflektiert Faktischen mit Prognoseziel einer nicht im technischen Sinne zu verstehenden Steuerung zuließe.

Juristenausbildung

Soweiit Prozeduralisierung als Aufgabe der Entwicklung eines systematisch-strukturell gesicherten Zugangs des Nichtrechts zum Recht zu verstehen ist, bedarf es neben der Suche nach geeigneten Verfahren und Maßstäben der (person- und entwicklungsorientierten) Suche nach Foren. Tauchte im Laufe der Geschichte des Prozeduralisierungskonzepts, in Verbindung mit dem Savigny'schen »Volksgeist«, der Gedanke an eine Renaissance des kultivierten Juristenstandes auf, so muß sich doch die Erwartung, im Reflexionstrend der Höchstrichterschaft könne solcher Paradigma-Wechsel aufgefunden werden, mit der Einsicht konfrontieren, daß dies zwar durchaus der Fall sein könne, keineswegs aber müsse, schon garnicht: dauern müsse. Es bedarf zur Sicherung neuerer Ansätze der Recht/Nichtrecht-Verknüpfung anderer Einflußgrößen als politisch-personeller, etwa der Parteiennähe oder -zugehörigkeit. Eine auf früher Stufe ansetzende Einflußgröße ist die Juristenausbildung, deren Reform unter Auseinandersetzung mit bereits um und nach 1968 diskutierten Konzepten (wieder) zum Thema gemacht werden muß. Von R. Wietholter in starkem Maße bestimmt,²⁵ stellte sich die Debatte um die Ausbildungsreform zunächst als Entwicklungsschritt, ex post betrachtet mehr als dies: als ein Teilstück des Prozeduralisierungskonzepts dar.

Expertendiskurs

Die paradoxe Struktur des Rechts, die eigenen Voraussetzungen zuerst schaffen zu müssen, findet sich wieder in der dilemmatischen Situation, die Unmöglichkeit eines globalen Erklärungs- und Handlungsansatzes ebenso zu sehen wie die Notwendigkeit zur näherungsweisen Entwicklung dessen. Es gilt, einen eingreifenden Expertendiskurs zu entwickeln, der aus der Einsicht, daß Recht beliebig bestimmt, aber nicht beliebig bestimmbar ist, dazu verhilft, Rechtspolitik als bewußtes Tun zu gestalten, bei dem Intervention (Re)Konstruktion ist, nicht (nur) Destruktion. Vernetzungsmodelle sind zu suchen: Wissenschaft, verstanden als Element der Praxis, praktisch gewendet, als Ort nicht nur der Produktion von Erkenntnis, sondern auch als Forum der Vermittlung zwischen Erkennen und Tun. Auch dies kann als eine Suchrichtung für »X« angegeben werden: eine mittlere Ebene der Verknüpfung von Recht mit Nichtrecht herzustellen durch das Hineinragen rechtlich-systematischer Gesichtspunkte in gesellschaftliche Auseinandersetzungen. Als zwar ein Expertendiskurs, jedoch nicht nur unter Experten, wäre dies eine weitere Transformationsleistung unter dem Gesichtspunkt, Geltung und Begründung in zeitweilig stabiles Gleichgewicht zu bringen. Professionalisierung des politischen Handelns durch akzeptierte thematische Beschränkung ist sowohl erforderlich wie hoffnungsträchtig als zumindest gedanklicher Austausch des Bedürfnisses danach, Stellung zu beziehen im Meer begrenzter Unmöglichkeiten.

3. Verfahren

Beteiligungsrechte müßten in den Blick geraten, und zwar nicht als legalitätsgestifteter Ausschluß, sondern als legitimitätsstiftender Einschluß demokratischer Kon-

²⁵ Siehe dazu R. Wietholter, z. B. Sanierungskonkurs der Juristenausbildung?, *KritV* 1986, S. 21 ff.

trolle: Es sind öffentlichkeitsgarantierende Beteiligungsverfahren zu entwickeln, denen es aufgrund ihrer Struktur zukommt, den durch Einführung auf der Zeitschiene institutionalisierten Partizipationsausschluß zu überwinden.

Politik- und Rechtsversagen, die keineswegs neue »Unübersichtlichkeit«, sind nicht gruppiert um zu hohe Komplexität (widerständige Materie, unbeherrschbare Natur), sondern um nicht unterstellbaren Konsens: »weiche« (Ökologie, Kultur, Kommunikation) wie »harte« (Ökonomie, Bürokratie, Technik) Interessen und/oder Zwänge stoßen unvereinbar aufeinander; soziale Gruppierungen erhalten gleiches, vielleicht aber wenigstens ernstzunehmend angenähertes Gewicht. Ein sicherer Ausgang des Streits ist nicht mehr prognostizierbar. Weder Bürokratie noch Ökonomie sind von vorneherein geeignet, streitentscheidend übergewichtig zu werden oder zu bleiben. Beiden stehen erhebliche, im Kontext Recht neu zu thematisierende Kräfte gegenüber, die sich als weder über »Sozialstaatlichkeit« noch über »Betroffenheit« geschweige denn über »subjektive Rechte« realisierbar erwiesen haben.

Beteiligungsverfahren der bisher bekannten Art (die sattsam bekannte Unzulänglichkeit der Mitwirkungsrechte etwa an Planfeststellungsverfahren) dienten eher der Präklusion denn dem Einschluß der »anderen« Optionen: Vorrangiges Ziel war Reduktion von Widerspruchskomplexität unter Verleugnung des Zwangsmoments von Verwaltung (= Staatshandeln). Einbindung des als mündig apostrophierten Bürgers statt Berücksichtigung überindividueller Rechte war dabei, wenn nicht Ziel (im Falle jenes Doppelblindversuchs, bei dem staatliches Handeln sich selbst dabei ernstlich gerechtfertigt sieht), so doch (hochwillkommenes) Ergebnis.

Demgegenüber wären radikal, d.h. von der Wurzel her, demokratisierte Verfahren zu entwickeln, die das Risiko von Änderungen suchen/aufsuchen. Weiterzudenken in diesem Kontext sind exekutivimmanent:

- Personalisierungen wie Daten-, Umweltbeauftragter;
 - Internalisierungen wie die bereits im behördlichen Vorverfahren statuifindenden Umweltverträglichkeitsprüfungen;
- aber auch und gerade Kontrolle jenseits des Bereiches hoheitlichen Handelns:
- Externalisierungen wie Öffentlichkeitsbeteiligungen ohne Rückbindung an subjektive Rechte.

»Probleme anders einzuschätzen als eine paradigmatisch ›geregelter‹ Wissenschaftsgemeinschaft es tut, stempelt den Kritiker im günstigsten Falle zum respektierten Außenseiter, dem dann in einsamen Fußnotenfriedhöfen das Grab geschaufelt wird, im ungünstigsten, also dem ›normalen‹ Falle zum Systemfeind, der Ausbootung erlebt oder selbst bewirkt. ›Rationale Kritik‹ am Paradigma selbst hat folglich nur sehr begrenzte Chancen, weil sie entweder als nicht rational oder als nicht konstruktiv sanktioniert werden kann.«²⁶

Alle Vorschläge also nicht ohne Risiko: »Sisyphos, nicht (mehr?) Prometheus, (noch?) nicht Kassandra«.²⁷

²⁶ R. Wiehölter, FS Kegel 1977, S. 223.

²⁷ R. Wiehölter, FS Habermas 1989, S. 851.