

# Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts

## Einige begriffliche Klärungen

### I. Vorbemerkung

Die Vorstellung, daß "prozedurales Recht" etwas "Neues" sei, ist irreführend. Was neu ist, ist die "Prozeduralisierung des Rechts". Es geht nicht um die Behauptung einer neuen Rechtsform, sondern um Annahmen über zwei voneinander unabhängige, wenn auch in ihrer Entwicklung miteinander verschränkte, empirische Phänomene:

- Einmal geht es um Veränderungen in den Legitimitätsgrundlagen des modernen Rechts; die Rationalität des modernen Rechts gründe - so die erste Annahme - zunehmend in "prozeduraler Rationalität".
- Dann geht es um die quantitative bzw. qualitative Ausdehnung prozeduralen Rechts im Prozeß zunehmender Verrechtlichung moderner Gesellschaftssysteme; die Reproduktion des Rechts werde - so die zweite Annahme - zunehmend von prozedurem Recht abhängig.

Beide Annahmen sind strittig. Und wie beide Annahmen miteinander zusammenhängen, ist ebenfalls unklar. Ob sie überhaupt zusammenhängen, ist strittig. Um diese strittigen Behauptungen "empirisch" entscheiden zu können, muß das empirische Phänomen erst einmal zureichend begrifflich gefaßt werden. Erst dann kann es gemessen und seine Bedeutung empirisch entschieden werden. Die folgenden Überlegungen sind ein Versuch, diese Überprüfbarkeit herzustellen. Sie suchen Begrifflichkeiten zu entfalten, die die empirische Beschreibung der *Prozeduralisierung des Rechts* ermöglichen.

### II. Zwei Thesen zur Explikation des Begriffs der "Prozeduralisierung des Rechts"

#### 1. Die Thematisierung der Funktion prozeduralen Rechts

Rule of law, due process, Öffentlichkeit des Verfahrens usw. gehören zu den klassischen Beständen *prozeduralen Rechts*. Davon zu unterscheiden ist das *regulative*

*Recht*. Letzteres reguliert und kontrolliert Strukturbildungsprozesse in sozialen Systemen. Es zielt dabei auf die Sicherung von *Kollektivgütern*. Procedurales Recht dagegen koordiniert die Handlungen sozialer Akteure. Es zielt auf Konfliktlösung durch rechtlich geregelte Koordination. Es sichert nicht mehr und nicht weniger als *Kommunikation im Rechtssystem*. Und diese Funktion ist es, die thematisiert wird, die von Rechtsinteressenten eingeklagt, von Rechtstheoretikern beschrieben und für politische Legitimierungsstrategien verwendet wird.<sup>1</sup>

Das prozedurale Recht unterscheidet sich vom regulativen Recht dadurch, daß es rechtliche Regeln für die rechtliche Normierung sozialer Verhältnisse (für ihre Regulierung) formuliert. Es ist also regulativem Recht logisch vorausgesetzt. Procedurales Recht regelt die Beteiligung der Rechtsinteressenten (der Umwelt) am "systeminternen Prozessieren rechtlicher Ansprüche", also an rechtlicher Kommunikation. Es sichert so die Selbstreproduktion des Rechtssystems in einer gesellschaftlichen Umwelt. Procedurales Recht ist jenes Recht, das es erlaubt, das Rechtssystem in einer Handlungsumwelt zu reproduzieren.<sup>2</sup> Die spezifische Leistung prozeduralen Rechts ist die Lösung des Problems der Koordination individueller bzw. kollektiver Akteure in einer sich differenzierenden und zunehmend antagonistischen sozialen Welt.<sup>3</sup>

Die Ausweitung regulativer Funktionen ohne die parallele Ausgestaltung prozeduraler Funktionen hat sich inzwischen als eine Form der *Pathogenese des modernen Rechts* herausgestellt. Die Korrektur dieser Pathogenese wird in mehr "Partizipation" gesucht. Die Einklagen sozialer Akteure, an den zu regelnden sozialen Problemen beteiligt zu werden, manifestieren sich darin, daß die professionelle Selbstreproduktion des Rechts<sup>4</sup> nicht mehr unwidersprochen bleibt. Das Schlüsselproblem sich modernisierender Rechtssysteme läßt sich als *Integration* des Publikums in die laufende Rechtskommunikation bestimmen.

Damit hängt eine weitere Funktion zusammen. Die Prozeduralisierung des Rechts macht deutlich, daß das institutionelle Handeln (das "Staatshandeln") selbst bereits prozedural geregelt ist. Hinter der Fassade substantieller Rechtssetzung wird ein Handeln, der "Eisberg kooperativen Staatshandelns", sichtbar, ein Handeln, das nicht contingent, sondern nach festgelegten, bislang jedoch vorrechtlichen Regeln abläuft. Dieser rechtsfreie Raum wird in dem Maße thematisiert und damit Gegenstand rechtlicher Kommunikation, wie die Beteiligungsrechte an Entscheidungsprozessen geregelt und rechtlich fixiert werden müssen.<sup>5</sup> Neu ist, daß hoheitliches Staatshandeln durch kooperatives Staatshandeln ersetzt wird.<sup>6</sup> Es entstehen multilaterale Verhandlungssysteme, die ihrerseits einen neuen Typus von "soft law" hervorbringen.<sup>7</sup> Das eröffnet auch Chancen für eine Bandbreite von Formen informeller Steuerung, die nun "legalisiert" werden: Bestechung, Bezie-

hungen, Appelle usw. Insofern liegt es nahe, Informalisierung und Delegalisierung begrifflich eng miteinander zu verknüpfen.

Dieses Graufeld an Rechtskommunikation<sup>8</sup> muß das Rechtssystem normieren, wenn es sich reproduzieren will. Die spezifischen Leistungen prozeduraler Rechtsnormen für dieses Problem sind Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen, Öffentlichkeitspflichten und Begründungspflichten. Verfahren im traditionellen Sinne arbeiten nur ab.<sup>9</sup> Verfahren im normativen Sinne mobilisieren nunmehr Akteure und geben ihnen Interventionschancen in laufende Diskussions- und Entscheidungsprozesse. Sie sichern die Reproduktion des Rechtssystems (und die in es eingebaute Rationalität!). Ein solches Recht nimmt sich selbst in seinen sozialen Funktionen zurück. Ziele sind negativ gesetzt. Rechtlich geschützte Handlungsgüter werden eingegrenzt. Und es werden Verfahren entwickelt, die die Lernfähigkeit von Akteuren und/oder Institutionen auszunutzen versuchen.<sup>10</sup>

Prozeduralisierung des Rechts heißt also zunächst Kommunikation über prozedurales Recht. Sie ist zunächst Steigerung der Effizienz prozeduraler Selbstregulierung des Rechts. Prozeduralisierung des Rechts ist aber noch mehr: Sie beinhaltet über eine Ausdehnung prozedural geregelter Lebensbereiche auf Kosten regulativen Rechts hinaus eine verstärkte Abhängigkeit der Legitimität des Rechts von Gesichtspunkten *prozeduraler Rationalität*. Die Prozeduralisierung des Rechts führt auch zu einer Abkehr von traditionellen Vorstellungen rechtlicher Rationalität. Das regulative Recht hat die Differenz von Rechtssystem und Gesellschaft bereits dadurch relativiert, daß das Recht soziale Funktionen übernahm. Materiale Rationalität implizierte die Einführung von Gerechtigkeitsvorstellungen in rechtliche Kommunikation. Das prozedurale Recht treibt diesen Prozeß weiter. Es macht deutlich, daß Recht ein Versuch ist, soziale Beziehungen zu konstruieren, und daß prozedurale Rationalität der Versuch der Korrektur eines abstrakten Gerechtigkeitsbegriffs ist, der soziale Differenzen nicht angemessen fassen kann. *Prozeduralisierung heißt letztlich, die genuin soziale Natur des Rechts zum Thema und zur Struktur des Rechts zu machen.*

## 2. Normative Aspekte der "Prozeduralisierung des Rechts"

Jedes Rechtssystem kann sich über seine selbstregulativen Leistungen<sup>11</sup> hinaus auf eine spezifische legitimierende Beschreibung seiner selbst berufen. Im Hinblick auf seine regulativen Funktionen reklamiert es für sich, rational im Sinne von allgemein, formal und berechenbar für alle Beteiligten zu sein. Die die Selbstlegitimierung sichernde Beschreibung dieses Rechtssystems beruft sich traditionellerweise auf "formale Rationalität". Das reicht aber nur bedingt dafür, die Rationali-

tät prozeduraler Regelungen zu begründen. *Prozedurale Rationalität* ist deshalb als eines jener Themen, deren Kommunikation den Sinn hat, weitergehende Rationalitätsstandards hervorzuheben.<sup>12</sup>

Der Hintergrund dieser Debatte ist unschwer auszumachen. Die Ausweitung juristischer Regelungskompetenz<sup>13</sup> und die damit verbundene Beanspruchung (bzw. gar Überbeanspruchung) der Regelungsfähigkeit hat die formale Rationalität des Rechtssystems in Frage gestellt.<sup>14</sup> Ein Indikator dafür ist die zunehmende Professionalisierung des Rechtshandelns, die allein es ermöglicht, daß formale Rationalität noch gewährleistet werden kann. Doch die Kosten bestehen darin, daß Recht nicht mehr kommuniziert werden kann. Die Rechtsinteressenten werden zum Publikum professionalisierter Selbstreproduktion des Rechtssystems.<sup>15</sup> Die damit verbundenen Legitimitätsverluste verstärken den Verlust der Regulierungsfähigkeit des Rechts. Das regulative Recht verliert nicht nur Effizienz, sondern auch Legitimität. Die Gegenstrategie auf der Ebene praktischen Rechtshandelns und kognitiver Thematisierung des Rechts heißt *Prozeduralisierung des Rechts*.

Der Begriff der *prozeduralen Rationalität* nimmt eine Schlüsselstellung für das theoretische Verständnis der "Prozeduralisierung des Rechts" ein. Denn er liefert einen nicht beliebigen normativen Bezugspunkt für die empirische Analyse von Prozeduralisierung. Daraus ergeben sich zwei methodische Implikationen:

- Prozedurale Rationalität ist der Begriff für ein rational konstruiertes prozedurales Recht. Der Begriff der Rationalität hat die Funktion, die Abweichung von einem Ideal prozeduralen Rechts beschreibbar zu machen.
- Die normative Gültigkeit der Rationalitätsunterstellung ist davon unabhängig. Der Begriff prozeduraler Rationalität ist selbst ein kontextabhängiger Begriff.

Die Rationalität des prozeduralen Rechts besteht darin, einen normativen Begriff des Politischen im Kontext komplexer Umwelten zu formulieren. Prozeduralisierung lässt sich dann empirisch daran messen, wieweit politische Kommunikation über rechtlich geregelte Handlungsbereiche im Recht selbst möglich oder gar durch Recht in Gang gesetzt wird. Prozedurale Rationalität unterstellt damit, daß die kommunikative Verflüssigung rechtlicher Normen das Rationalitätspotential dieses Rechts erhöht.<sup>16</sup>

Mit solchen Entwicklungen sind weitergehende *normative* Erwartungen verbunden - und das in den unterschiedlichen ideologischen Lagern. So ist den Liberalen die Idee nicht fern, in der Prozeduralisierung ein Zurückdrängen des Staates und eine Form der Realisierung eines modernen Individualismus zu sehen.<sup>17</sup> So findet sich bei den Demokraten die Idee einer "Wiedergewinnung des Politischen"

aus der Reflexionsfähigkeit der Individuen.<sup>18</sup> Auch von den "neuen" politischen Strömungen läßt sich diese Idee aneignen. Sie nimmt Elemente der beiden anderen Lager auf und baut sie in eine Defensivposition zur Verteidigung von Lebenswelt ein.<sup>19</sup>

Diese unterschiedlichen ideologischen Lager konvergieren in einigen grundlegenden Problemwahrnehmungen und -erfahrungen. Prozeduralisierung ist einmal objektiv erzwungen. Über kollektive Güter kann man nur im individuellen Vorgriff entscheiden (und sich auch gewaltig täuschen). Über die Zukunft kann man nur im moralisch motivierten Vorgriff entscheiden. Prozedurale Rationalität antwortet insofern auf moralisch relevante Probleme, deren empirische Bedeutung quer durch ideologische Lager weitgehend unbestritten ist.<sup>20</sup> Die Idee einer Kollektivgütergemeinschaft wie die Idee einer Sicherung der Lebensbedingungen zukünftiger Generationen, über deren Präferenzen nichts bekannt ist, überschreiten den Horizont individueller Interessenverfolgung und individueller moralischer Bewertung. Bereits die Problemdefinition ist mit "uncertainties" verbunden, die niemand mehr individuell verantworten kann. Prozeduralisierung heißt dann Vergesellschaftung von Unsicherheit, eine rechtlich auf Dauer gestellte Verteilung möglicher Kosten von Vergesellschaftung auf möglichst viele.<sup>21</sup>

Die Verwendung dieses Begriffs wird durch die zunehmende Erosion kultureller Traditionen und naturrechtlicher Vorstellungen, die das Rechtsdenken bislang beherrscht haben, erzwungen. Wo es keine substantiellen Grundlagen mehr für Rationalitätsannahmen gibt, müssen diese in der Gesellschaft selbst gesucht werden. Die Ethik hat darauf mit der Radikalisierung der Kantischen Ethik in Richtung auf eine prozeduralistische Ethik reagiert.<sup>22</sup> Damit verbinden sich Postulate kommunikativer Verflüssigung gerade im politischen Bereich, etwa die kommunikative Verflüssigung substantieller Vorstellungen eines Volkes oder von kollektiver Identität.<sup>23</sup> Ein prozedural-rationales Recht muß dann mehr als die Herstellung eines Markts von Meinungen, mehr als ein Marktmodell argumentativer Auseinandersetzung (im legislativen wie justitiellen Bereich) und mehr als die Herstellung egalitärer "politischer Tauschchancen" (wie etwa in korporatistisch verfaßten Systemen) ermöglichen. Es muß eine - in einem nicht nur normativ, sondern vor allem soziologisch zu klarenden Sinne - *komunikative Rationalität* verkörpern.

Damit sind soziologische Desillusionierungen verbunden, die gleichermaßen die aufklärerische Kraft von Kommunikation wie die autopoietische Geschlossenheit rechtlicher Kommunikation betreffen. Die Prozeduralisierung des Rechts verbindet sich notwendig mit einem Affekt gegen den Juridismus, gegen die Vorstellung einer substantiellen Geschlossenheit des Rechtssystems.<sup>24</sup> Sie forciert demgegenüber die Vorstellung eines interessengebundenen, durch Kooperationsregeln

gezähmten Handlungszusammenhangs, in dem Kommunikation in und über das Rechtssystem stattfindet. Sie verbindet sich auch mit einem Affekt gegen die theoretischen Durchgriffe von Großtheorien.<sup>25</sup> Wo die Einheit fehlt, wird der großtheoretische Zugriff auf das Recht obsolet. Wir müssen Desillusionierungen über solche Reifikationen des Rechts und der diese reproduzierenden Prozesse einbauen.

Eine soziologische Analyse der Rationalität prozeduralisierter Rechtssysteme setzt voraus, daß man rechtlich geregelte und sich zugleich selbst regelnde Kommunikationsprozesse im Recht zeigen kann. Solche Begriffe betreffen das Rechtssubjekt, die Grundrechte und die Idee des Rechts. Sie verändern sich im Kontext der Prozeduralisierung des Rechts. Das Ergebnis möchte ich in den Begriffen des *politischen Bürgers*, der *reflexiven Repräsentation* und des *Rechtssystems als einer Arena sozialer Auseinandersetzungen* fassen.<sup>26</sup>

### III. Zur soziologischen Analyse der Prozeduralisierung des Rechts

#### 1. Zum Begriff des "politischen Bürgers"

Mit dem Begriff prozeduraler Rationalität hängt der Begriff des politischen Bürgers eng zusammen.<sup>27</sup> Denn kommunikative Verflüssigung substantieller Rechtsnormen provoziert politische "agency", den politischen Bürger als Medium und Träger von Prozeduralisierung. Dieser Begriff läßt sich historisch einführen:

- Der *Citoyen* ist das Ideal der bürgerlichen Gesellschaft (genauer: der bürgerlichen Marktgemeinschaft). Er konstituiert die politische Öffentlichkeit des Bildungsbürgertums. Er organisiert sich im Medium politischer Kommunikation, zunächst in Assoziationen, in denen egalitär-diskursive Verständigung eingeübt wird. Die damit entstehende politische Öffentlichkeit wird zur Grundlage (zum institutionellen Rahmen) der bürgerlichen Gesellschaft.<sup>28</sup>
- In der Arbeitsgesellschaft findet der politische Bürger im *Bourgeois* seine Grenzen. An die Stelle der bürgerlichen Öffentlichkeit tritt das *collective bargaining*, der Kampf kollektiver Akteure um die Teilhabe an der Macht. Das politische Feld wird durch Verfahren "rationalisiert". Wahlverfahren und Beteiligungsverfahren erlauben die Neutralisierung von moralischen Forderungen und ihre Substitution durch Kollektivgüter, die die korporativ organisierte Arbeitsgesellschaft bereitstellt. Die korporatistisch verfaßte Arbeitsgesellschaft wird zur Assoziation der Facharbeiter und Unternehmer. Sie wird zur Superassoziation.<sup>29</sup>

- In der Kommunikationsgesellschaft entsteht der seine bourgeoisen Interessen reflektierende Citoyen. Der neue politische Bürger verhält sich reflexiv zu seinen Interessen; er ist nicht mehr abhängig von kollektiven Akteuren, die für ihn die Erzeugung öffentlicher Güter ermöglichen; er sieht seine privaten Interessen in Abhängigkeit von anderen. Dieser politische Bürger ist, wie Offe (zit. nach Preuß 1989a) es formuliert hat, tatsachen-, zukunfts- und folgenorientiert. Die Bedingungen dieser Reflexionsfähigkeit erfordern kollektives Handeln jenseits rationaler Kalkulation, nämlich die Koordination von moralischen Perspektiven. Diese Reflexivität impliziert also die gegenseitige Abstimmung von Perspektiven.<sup>30</sup>

Mit dem Begriff der Prozeduralisierung ist also auch ein *Begriff des Politischen* konstruiert, der über das Recht hinausgeht und den Kontext des Rechts reorganisiert. Diese Politisierung des Rechts lässt sich nicht mehr durch substantielle Festlegungen des Rechts kontrollieren. Das Recht muß in dem Maße, wie die in ihm kommunizierenden Akteure politische Bürger sind, seinen Kommunikationsmodus darauf einstellen. Und eine wichtige Implikation ist, sich auf rechtskritisches oder gar rechtsbrechendes Verhalten angemessen einstellen zu können.<sup>31</sup>

## 2. Zum Begriff reflexiver Repräsentation

Der Begriff der Repräsentation dient - dank seiner positiven Geschichte in der bürgerlichen Emanzipationsbewegung gegen den absolutistischen Staat - der Naturalisierung der Trennung zwischen aktiven und passiven politischen Akteuren. Repräsentation konstituiert zwei unterschiedliche Typen von Citoyens. Repräsentation ist eine Form politischer Arbeitsteilung mit dem Effekt einer *politischen Klassenteilung* der Gesellschaft (Bourdieu 1981, 1987). Politische Repräsentation führt - gerade im Wohlfahrtsstaat - zur Akkumulation politischen Kapitals bei gleichzeitiger Enteignung des "politischen Volkes". Wahlverfahren, Volksbefragungen in Form monatlicher Umfragen haben diese Enteignung zugleich befördert und fetischisiert.<sup>32</sup>

Die Analyse politischer Repräsentation als einer Form der politischen Klassenteilung stellt zunächst vor das Problem einer "gerechten" Teilung der politischen Arbeit. Das Lösungs- und Losungswort hieß "Partizipation".<sup>33</sup> Doch Partizipation stellt sich nicht von selbst her. Sie muß erst instituiert werden. Und dabei entstehen Probleme, die mit der differentiellen Sichtbarkeit und Organisierbarkeit von Interessen zu tun haben. Die institutionelle Lösung solcher Probleme benutzt entweder das Mittel des prozeduralen Rechts, oder sie zieht sich auf autoritäre Lösungen zurück. Angesichts dieser Option eröffnet die Prozeduralisierung des

Rechts Möglichkeiten einer nichtautoritären Form der Konstruktion und Institutionalisierung eines Systems politischer Repräsentation.

Prozedurales Recht regelt die Repräsentation der Mitglieder der Gesellschaft an den sie betreffenden Entscheidungen, indem es den Präferenzen des "politischen Volkes" eine institutionelle Ausdrucksmöglichkeit gibt. Dafür sind die bestehenden Formen zunehmend weniger ausreichend. Zur territorialen Repräsentation (durch Parteien) und zur funktionalen Repräsentation (durch Verbände) tritt ein neuer Typus hinzu: die *reflexive Repräsentation*. Prozedurale Regelungen eröffnen Arenen (etwa die Gerichte), die die Repräsentation nichtorganisierbarer Interessen ermöglichen. Damit erhält der Minoritätenschutz eine reale Basis in der sozialen Organisation von Repräsentation.<sup>34</sup>

Zu dieser Form reflexiver Repräsentation kommt es, sobald organisierte Gruppen nicht mehr Interessen "repräsentieren". Das zwingt zur rechtlichen Korrektur und auf diesem Weg zur Herstellung politischer Öffentlichkeit jenseits negativer Freiheitsrechte und/oder materieller Subventionierung dieser Öffentlichkeit.<sup>35</sup> Prozeduralisierung bringt nun im Prozeß der Rekonstruktion einer politischen Öffentlichkeit ein Rationalitätskriterium ins Spiel, nämlich eine kommunikative Grundlegung von Kriterien der Repräsentation. Prozeduralisierung hat dann weitgehende demokratiepolitische Implikationen. Das Bild einer "neopluralistischen" Gesellschaft erscheint dann auch nicht mehr als ausreichend - denn es geht nicht nur um die Bereitstellung eines politischen Handlungsfelds (bzw. eines Teilstücks davon), sondern um die Konstitution dieses Handlungsfeldes als eines "Systems koordinierten Dissenses".<sup>36</sup>

### *3. Zum Begriff der Rechtsarena*

Die Vorstellung des Rechtssystems als eines ausdifferenzierten und funktional spezifizierten Kommunikationssystems wird durch die Prozeduralisierung des modernen Rechts verändert: Die Elemente, die den Aufbau und die Reproduktion dieses Systems sichern, lassen sich nicht mehr auf "innerjuristische" Elemente beschränken. Das war schon immer eine Fiktion, die so lange funktionierte, wie die realen Rechtsakteure das Feld rechtlicher Handlungen und Praktiken den professionellen Rechtsakteuren überließen. Diese Professionalisierung ist überzogen worden. Sie hat - anstatt das Feld des Rechts zu schließen - dieses geöffnet.

Um diesen Sachverhalt zu fassen, ist der Begriff des Rechtssystems zu dünn. Der Begriff der *Rechtsarena* öffnet den Systembegriff für kommunikative Auseinandersetzungen, für sozialen Konflikt im Rechtssystem.<sup>37</sup> Ein für die Explikation dieses Begriffs nutzbarer Ansatz findet sich in Bourdieus Kritik systemtheoreti-

scher Beschreibungen des Rechts und der von ihm vorgeschlagenen Konzeption des Rechts als eines spezifischen "Feldes sozialer Auseinandersetzungen". Das Rechtssystem erscheint zunehmend als ein sozial strukturiertes System, das positive oder negative Bedingungen für Kommunikation im Recht setzen kann.<sup>38</sup>

Diese - auf empirische Forschung ausrichtbare - Konzeptualisierung eines Rechtssystems beruht auf der Annahme, daß rechtliche Kommunikation mit steigender Komplexität der Umwelt nicht spezifischer, sondern komplexer wird. Mit steigender Prozeduralisierung haben wir es mit der Ausdehnung des Rechts der Anwälte und Richter, der Berufspolitiker und Syndici, der (öffentlichen wie privaten) Verwaltung und vor allem mit dem Recht der Rechtsakteure zu tun. Diese Vervielfältigung von Kommunikation im Rechtssystem muß in den Prozeß rechtlicher Kommunikation eingebaut werden. Und das ist nicht mehr mit "Konsens" möglich. Konsens war die klassische Lösung: Recht wurde als ein widerspruchsfreies, konsistentes Regelwerk konstruiert, das im Idealfall nichts anderes zu tun hatte, als die Realität diesem so organisierten Kommunikationsprozeß zu subsumieren. Diese Subsumtionslogik war zwar empirisch nicht haltbar; doch das wirkte nicht auf die Grundannahme der Widerspruchsfreiheit zurück. Das Problem wurde vielmehr zu einem "second-order-Problem" der "Anwendung" gemacht.<sup>39</sup> Das legt es nahe, das Rechtssystem nicht mehr als ein widerspruchsfreies System, sondern als ein umkämpftes soziales Feld zu thematisieren.<sup>40</sup>

Das bedeutet, mit einem soziologisch aufgeklärten Rechtsbegriff Ernst zu machen. "Die Einheit in der Differenz zu denken" ist eine häufig benutzte Formel, die die Richtung einer Reformulierung der klassischen Grundannahmen andeutet. Es geht darum, rechtliche Kommunikation als - um eine Formel von Miller (1984) zu verwenden - *Koordination von Dissens* zu organisieren. Das ermöglicht es, normative Auseinandersetzungen nicht als Bedrohung, sondern als Konstitutionsbedingung für die Reproduktion des Rechts zu sehen. Und das ist wiederum die Bedingung dafür, die Lernfähigkeit des Rechts zu steigern, ohne daß das Recht contingent gesetzt werden müßte. Allerdings sind solche Theorien erst noch weiter auszubauen.<sup>41</sup>

#### 4. Zwischenbemerkung

Der Begriff der Prozeduralisierung des Rechts geht über die Idee eines neuen Rechtstyps oder einer neuen Rechtfertigungsgrundlage des Rechts hinaus. Er führt zu einem Umbau der Vorstellung eines modernen Rechtssystems. Es handelt sich dabei nicht um ein postmodernes Recht.<sup>42</sup> Es handelt sich vielmehr um die Modernisierung des modernen Rechts. Der reflexive Citoyen, die reflexive Repräsentation,

das reflexive Rechtssystem sind Begrifflichkeiten, die die Anforderungen an das Recht klären. Wie das Recht sich auf diese Anforderungen einstellt, wie es die interne rechtliche Kommunikation umbaut, ist eine mit "Reflexivität" noch nicht beantwortete Frage. Prozeduralisierung ist auch nur ein Begriff für etwas zu Klärendes.

Darauf lässt sich in einer doppelten Weise reagieren. Man kann den Ideologieverdacht radikalisieren und "Prozeduralisierung" als Fortsetzung der politischen Klassenspaltung mit neuen Mitteln zu analysieren und zu erklären versuchen. Man kann aber auch versuchen, das Phänomen der Prozeduralisierung des Rechts dahingehend zu befragen, ob es in der Lage ist, mit der Selbstillusionierung des Rechts umzugehen, ob es Reflexivität so weit radikalisieren kann, daß es seine eigene Fetischisierung durchschauen kann.

Letzteres zur Diskussion zu stellen, ist die Absicht im folgenden. Es wird zunächst der Versuch gemacht, die Idee einer Modernisierung des modernen Rechts durch Prozeduralisierung historisch wie systematisch genauer zu fassen (Abschnitt IV). Es lassen sich dann die Möglichkeiten abschätzen, inwieweit eine solche Thematisierung der Prozeduralisierung des Rechts zu dieser radikalen Reflexivität beitragen kann.

## IV. Ein Entwicklungsmodell zunehmender Prozeduralisierung

### 1. Der Ausgangspunkt

Prozedurales Recht ist der zentrale Mechanismus der Herstellung einer *bürgerlichen Gesellschaft* gewesen. Prozedurales Recht diente dazu, hierarchische Strukturen und korporative Strukturen zu ersetzen und damit einen Freiraum für Assoziationsbildung (= bürgerliche Gesellschaft) zu schaffen. Prozedurales Recht ermöglichte also einen neuen Typus von Kommunikation.<sup>43</sup> Die prozedurale Rechtfertigung rechtlicher Regeln beschränkte sich auf den engeren Bereich verfassungsrechtlicher Regeln der Sicherung politischer Freiheitsrechte. Die Spezifizierung auf Politik schließlich ermöglichte die Konstitution der Gesellschaft aus der Frontstellung gegen den Staat. Der Gegensatz von Staat und Gesellschaft bezeichnete die Schnittlinie, an der Prozeduralisierung nur ansetzen konnte. Die Binnenverhältnisse von Staat und Gesellschaft blieben naturrechtlich geregelt.<sup>44</sup>

Dies erklärt, warum der Schlüssel zur Analyse dieser bürgerlichen Gesellschaft die *politische Öffentlichkeit* geworden ist.<sup>45</sup> Politische Öffentlichkeit ist der Versuch, einen Bereich gesellschaftlicher Kommunikation freizusetzen und ihm

eine prozedurale Begründung zu geben. Mit dem Versuch der Herstellung politischer Öffentlichkeit ist der Ausbau prozeduralen Rechts notwendig verbunden.<sup>46</sup>

Vermittelt über prozedurales Recht ist auch der Ausbau materialen Rechts an diese erste Stufe der Prozeduralisierung gebunden. Denn die soziale Ordnung, die mit solchen Rechtsformen hergestellt werden soll, ist ihrerseits prozedural gedacht und damit prozedural geregelten Begründungs- und Entscheidungswängen unterworfen.<sup>47</sup> Doch dieser Ausbau gewinnt in der Phase wohlfahrtsstaatlicher Entwicklungen eine Eigendynamik, die seine prozeduralen Wurzeln zunehmend verdecken.

Der Begriff, mit dem diese prozedurale Rationalität gedacht wurde, bleibt aber auf dieser Stufe moderngesellschaftlicher Entwicklung sehr allgemein. Es reichte der Rekurs auf *formale Rationalität* aus. Dies gelingt aber nur so lange, wie der *Kontext* dieser Rationalität mit der Entgegensetzung von Staat und Gesellschaft angemessen beschrieben werden kann. Dies aber ist in dem Moment nicht mehr der Fall, wo die bürgerliche Gesellschaft ein sich selbst reproduzierendes System wird und im bloßen Gegensatz zum Staat nicht mehr angemessen gefaßt werden kann.

## 2. Der Übergang in die *Arbeitsgesellschaft*

In dem Maße, wie die Organisation gesellschaftlicher Arbeit in der bürgerlichen Gesellschaft zum Zentralproblem moderner Vergesellschaftung wird, muß das Recht Prozeduren der Koordination antagonistischer kollektiver Interessen bereitstellen. Es muß kollektive Akteure konstituieren und ihre Kooperation reproduzieren, d.h. den entstehenden "Klassenkampf" institutionalisieren. Unternehmerverbände, Gewerkschaften und der Staat als kollektiver Akteur werden durch Recht hergestellt und reproduziert.<sup>48</sup>

Das prozedurale Recht gewinnt mit dem Übergang von der bürgerlichen Gesellschaft in die *Arbeitsgesellschaft* eine neue Rolle. Denn mit der Dominanz arbeitszentrierter Vergesellschaftungsformen gewinnt der Bourgeois gegenüber dem Citoyen an Bedeutung. Das prozedurale Recht wird in einem bestimmten Sinne "realistischer". Es verläßt sich nicht mehr auf den tugendhaften Bürger. Prozedurales Recht heißt, die staatsbürgerlichen Freiheiten selbstsüchtiger Individuen, also ihre Interessen, so zu koordinieren, daß kollektive Güter entstehen können. Es ist also das Problem der Transformation von individuellen Vorteilen in kollektive Vorteile ins Zentrum prozeduraler rechtlicher Regelungen gerückt.<sup>49</sup> Dafür werden im Rechtssystem Einrichtungen, Verfahren, Befugnisse, Kompetenzen und Pflichten normiert, die dazu dienen, Interessen zu einem kollektiven Gut zu aggregieren.

gieren. Das erfordert es, individuelle Interessen in kollektive Interessen zu transformieren und damit Interessengegensätze handhabbar zu machen.

Prozedurales Recht hat dann die Funktion, diese Konstitution kollektiver Akteure zu ermöglichen und zugleich die Auseinandersetzungen zwischen diesen kollektiven Akteuren zu strukturieren. Die zentralen prozeduralen Regelungen betreffen (zumindest in den westlichen kapitalistischen Arbeitsgesellschaften) die Konstitution und Koordination von kollektiven Akteuren, die mit der kapitalistisch organisierten Arbeitsgesellschaft entstanden sind, also Unternehmerverbände und Gewerkschaften sowie staatliche Verwaltungsbürokratien.<sup>50</sup> Prozedurales Recht wird in der Arbeitsgesellschaft ein Mechanismus der Konstitution von "Klassenakteuren" und der Institutionalisierung des Klassenkampfs.

Das prozedurale Recht der Arbeitsgesellschaft kann folglich seine Legitimität nicht mehr zureichend in den Prinzipien formaler Rationalität finden, die auf die Sicherung der Freiheitsrechte von Individuen ausgerichtet sind. Das hinter dieser Vorstellung stehende Marktmodell gesellschaftlicher Beziehungen ist bereits institutionell ausgehebelt. Es muß einen neuen Rationalitätsanspruch reklamieren: nämlich gerecht zu sein, kollektive Güter, nicht mehr individuellen Nutzen, eine kollektive Moral, nicht mehr nur eine individuelle Moral herzustellen. Und das wurde dann *materiale Rationalität* genannt.

Dieses Modell materialer Rationalität verlegt die prozeduralen Rationalitätsbedingungen weg von der politischen Öffentlichkeit in die Sphäre gesellschaftlicher Auseinandersetzungen um Interessen, also in die Gesellschaft selbst. Dies ist die evolutionäre Entwicklungschance für den *Staat* geworden. Denn der Staat wird nun zum Garanten prozeduraler Rationalität, indem er materiale Rationalität garantiert. Der Wohlfahrtsstaat ist das logische Ende dieser Entwicklung. Er ist damit auch zu Ende.<sup>51</sup> Der Wohlfahrtsstaat gerät mit dem regulativen Recht, auf das er baut, in Schwierigkeiten. Offensichtlich reicht seine prozedurale Rationalität der Koordination kollektiver Akteure nicht aus, um Kollektivgüter zu erzeugen. Seine "prozedurale Rationalität" sichert nicht die Herstellung von Kollektivgütern jenseits arbeitszentrierter Interessenlagen. Dafür gibt es zwei - miteinander zusammenhängende - Gründe.

Die Grenze prozeduraler Rationalität besteht einmal darin, daß die Herstellung von Kollektivgütern angesichts der Irreversibilität von zu treffenden Entscheidungen schwierig geworden ist. Der entscheidende Engpaß besteht dann darin, daß die Koordination von kollektiven Akteuren angesichts solcher Probleme zu versagen beginnt. Es entstehen interne Koordinationsprobleme; es kann nicht mehr auf die Zustimmung von Entscheidungen gerechnet werden; Dissens wird zum Normalzustand in gesellschaftlichen Kommunikationsprozessen. Somit bleibt

nur die Wahl: autoritäre Herstellung von Konsens oder Restrukturierung der Logik politischer Kommunikation jenseits von Konsensunterstellungen.<sup>52</sup>

### 3. Auf dem Weg in die Kommunikationsgesellschaft

Das entscheidende Phänomen, auf das die Theorie reagieren muß, ist die *Multiplikation kollektiver Akteure und die kommunikative Verflüssigung von Standards materialer Rationalität*. Partikulare Interessengruppen, moralische Kreuzzügler, gegenkulturelle Bewegungen intervenieren in die staatliche Reproduktion gesellschaftlicher Verhältnisse. Das ist der Beginn der *Kommunikationsgesellschaft*.<sup>53</sup>

In dieser Kommunikationsgesellschaft muß das Recht seine prozedurale Rationalität umbauen. Es geht einmal um die Überlastung der Regulierungsfunktion. Dieses Problem verstärkt sich in dem Maße, wie das Rechtssystem am Maßstab materialer Rationalität festhält. Hinzu kommt aber noch ein weiteres - und vielleicht entscheidendes - Problem: nämlich die Überlastung des Rechts mit Konflikten, die "litigation explosion". Diese litigation explosion wird um so prekärer, je mehr das Rechtssystem an traditionellen Standards rechtlicher Rationalität, hier formaler Rationalität, festhält. Je mehr beides, die Überlastung formaler wie materialer Rationalitätsannahmen des Rechts, zunimmt, um so mehr sind die Rechtsakteure gezwungen, einen strategischen Gebrauch vom Recht zu machen. Das tun sie zwar immer<sup>54</sup>, aber doch unter restriktiver Bedingung. Wenn diese restringierende Bedingung, nämlich die Aufrechterhaltung der Idee einer Rationalität des Rechts, fällt, dann entsteht der Kampf aller gegen alle - und das Recht kann Konfliktlösung nur mehr kontingent setzen.

Das in der Entwicklung der Arbeitsgesellschaft entstehende Problem lautet also: Wie läßt sich die Ausdifferenzierung kollektiver Akteure und deren problemspezifische und problemgeneralisierende Sichtweise *koordinieren*? Und wie kann diesen Koordinationsversuchen Rationalität unterstellt werden? Die Antwort lautet: Das Recht muß Kommunikation über Bedeutung sicherstellen. Es muß die symbolische Darstellung von Interessen in politischen Kommunikationszusammenhängen ermöglichen.<sup>55</sup>

Die Begründung einer Rationalität des Rechts unter solchen Bedingungen hat auf zwei Herausforderungen zu reagieren. Eine erste betrifft die Frage der soziokulturellen Grundlagen:

- Kollektivgüter lassen sich, wenn ihre Nichtbereitstellung irreversibel ist, nicht mehr mit "Gerechtigkeitsformeln" bestimmen; denn sie betreffen das gute Leben des Kollektivs als Ganzes.

- Mit Hilfe von Leistungsrechten läßt sich keine Solidarität herstellen (der Ersatz ist gerade die rechtliche Konstitution kollektiver Akteure!); kollektive Güter können nur mehr dann auf Dauer zur Verfügung stehen, wenn "Reziprozitätsinteressen" rechtsfähig werden, wenn Recht also über materiale Rationalität hinaus moralisiert wird.

Eine zweite betrifft die institutionellen Reproduktionsbedingungen:

- Die fehlende Solidarität führt zur Ausdehnung des Staates, der nun auch die Funktion der Herstellung und staatlichen Durchsetzung einer "kollektiven Haltung" übernimmt. Das führt potentiell in den Sicherheits- und Präventionsstaat (Denninger 1988).
- Die politische Repräsentation von Interessen kann nicht mehr auf territoriale (Wahlrecht) oder funktionale (Verbände) Repräsentation beschränkt werden; jenseits dieser Formen der Herstellung kollektiver Akteure finden sich heute neue kollektive Akteure, die neuen sozialen Bewegungen, die in das rechtlich geregelte Feld politischer Aushandlungen und Tauschbeziehungen eingreifen und es zu moralisieren beginnen.

Prozedurales Recht, verstanden als Rechtsschutz gegen den Staat für das Individuum (Freiheitsrechte) oder für soziale Klassen (Recht auf kollektive Interessenvertretung), reicht heute nicht mehr aus, um das Feld sozialer Auseinandersetzungen rechtlich zu normieren. Prozedurales Recht in der Kommunikationsgesellschaft muß auf die Folgen der alten und neuen "Korporierung" der Gesellschaft durch kollektive Akteure und organisierte Handlungssysteme reagieren.<sup>56</sup>

Das läßt einen Strukturwandel des prozeduralen Rechts erwarten. Prozedurales Recht verliert den Konnex zu Vorstellungen regulatorischer Effektivität. Es wird auf seine symbolischen Funktionen reduziert. Recht wird nicht mehr benutzt, um zu Entscheidungen zu gelangen. Es dient nun als Mechanismus der Konstitution freier und effizienter kollektiver Akteure. Die Kommunikationsgesellschaft konstituiert sich als Streitgesellschaft.<sup>57</sup>

Die Entwicklung des prozeduralen Rechts bringt seinerseits neues material-rationales Recht hervor. Doch der Kontext material-rationaler Rechtsproduktion ist verändert. Er ist bestimmt von antagonistischer Professionalisierung (Experten versus Gegenexperten). Er gibt den Minoritäten die Macht der Machtlosen.<sup>58</sup> Er moralisiert Probleme in antagonistischer Weise (wie die Beispiele, Ethikkommisionen und Gegen-Hearings zeigen). Diese materiale Rationalität unterscheidet sich also dadurch von ihren klassischen Formen, daß sie sich selbst in Prozeduren sozialer Auseinandersetzungen konstituiert. Prozedurale Rationalität ist der Schlüssel zur Rationalität des Rechts geworden.

#### 4. Zur Entwicklungslogik der Prozeduralisierung

Man kann die Entwicklungslogik der "Prozeduralisierung" nicht an der Entwicklung von Rechtsformen festmachen. Das führt nur zu parallelen, mehr oder weniger plausiblen Klassifikationen. So läßt sich etwa für das regulative Recht zeigen, daß die Entwicklung vom konditionalen Recht (für die, die Geld haben, sowie für die, die keines haben = BGB und Armen-/Polizeyrecht) über das zweckorientierte Recht (Korrektur von Verteilungen) bis hin zu einem moralorientierten Recht (Bereitstellung von Kollektivgütern für ein gutes Leben) reicht. Die Entwicklungslogik des Rechts ist mit solchen (oder an alternativen Rechtsformen gezeigten) Klassifikationen nicht zu fassen. Sie muß auf der Ebene von Strukturen gesucht werden, die das Verhältnis dieser Rechtsformen bestimmten. Den Schlüssel dafür suche ich in der *kommunikativen Struktur des Rechts*.

Diese kommunikative Struktur ist zunächst nur negativ bestimmt worden. Das Recht setzt zunächst nur Kommunikation frei. Dafür eignet sich der Begriff des *virtuellen Diskurses*: Das Recht der bürgerlichen Gesellschaft koordiniert dadurch, daß es Kommunikation im Kontext von Macht und Tausch freisetzt. Es verknüpft exekutivischen Staat und Marktgemeinschaft, indem es Beziehungen der Macht und des Tausches in solche "negativen" Rechtsbeziehungen umdeutet. Es ist jene Institution, die den Staat begrenzt und Gesellschaft konstituiert. Dem Recht wird dann auf Grund seiner Formqualitäten kommunikative Rationalität zugeschrieben. Die Rationalität des Rechts kann sich dabei auf die Idee eines qua Recht ermöglichten Diskurses berufen. Das Recht sichert also in seiner frühbürgerlichen Form einen "virtuellen Diskurs".<sup>59</sup>

Mit der Konfliktualisierung sozialer Beziehungen im Zuge der Durchsetzung der Arbeitsgesellschaft erweist sich der virtualisierte Diskurs als hilflos. Er endet in Klassenkampf und bzw. oder imperialen Machtformen. Das Recht muß Funktionen der Zähmung dieser Konflikte übernehmen. Das Recht institutionalisiert Kommunikation in Form *repräsentativer/advokatorischer Diskurse*. Es entsteht der Verbände- und Justizstaat, dessen Probleme parlamentarisch, justitiell und administrativ abgearbeitet werden. Es entsteht ein "advocacy market", der traditionelle Formen politischer Öffentlichkeit ersetzt. Es entstehen neue effiziente "free riders", die sich des administrativen Systems zu bedienen wissen. Der repräsentative/advokatorische Diskurs entwickelt sich bis hin zum *korporativen Diskurs*. Es entsteht ein intermediärer Bereich im Hinblick auf Interessenartikulation wie im Hinblick auf Interessenbefriedigung: Korporative kollektive Akteure und ein "dritter Sektor" jenseits von Markt und Staat zwingen das Recht dazu, seine Funktion der Institutionalisierung von Kommunikation zu erweitern.<sup>60</sup>

Dieser Diskurs koordiniert nicht mehr, sobald die free riders der Arbeitsgesellschaft und des Wohlfahrtsstaats jene Schwelle überschreiten, die von der exogenen Mobilisierung zu einer endogenen Mobilisierung führt. Exogen blieb Mobilisierung, solange die Koordination von Akteuren über rechtliche Regelungen vermittelt wurde und entstehende Konflikte über parlamentarische bzw. justizielle Verfahren geregelt wurden. Endogen wird Mobilisierung, sobald die Definition von Kollektivität ein selbstorganisierter Prozeß geworden ist.<sup>61</sup> Das Recht sieht sich angesichts dieser endogenen Mobilisierung in *reale Diskurse* verwickelt. Es wird selbst zum Thema und damit zur Disposition gestellt. Dies zwingt zur Institutionalisierung realer Diskurse, die die Verknüpfung von moralischen Perspektiven mit Interessen erlauben (Reziprozitätsinteresse: ich möchte, daß es dem anderen ebenso gut geht wie mir!). Hier gewinnt prozedurale Rationalität eine neue Qualität. Denn Recht wird nun zu einem Mechanismus der Herstellung politischer Kommunikation. Es stellt die Bedingung der Möglichkeit von meta-politischer Öffentlichkeit her. Es wird zu einem Mechanismus der Formierung von Feldern sozialer Auseinandersetzungen. Das Recht institutionalisiert die Gruppengesellschaft als Streitgesellschaft.<sup>62</sup> Es kann nun die prozedurale Rationalität reklamieren, die kommunikativen Beziehungen implizit ist.

Damit ist ein Modell formuliert, das den engen Zusammenhang der Prozeduralisierung des modernen Rechts mit der Entwicklungsdynamik des prozeduralen Rechts zeigt. Es läßt sich folgendermaßen schematisch darstellen:

Abb.: Entwicklungslinien des prozeduralen Rechts:

prozedurales Recht:	Selbst-beschreibung:	Koordinations-probleme:	Diskursformen:
negative Rechte, Rechtsstaat	formal-rationales prozedurales Recht	Marktmodell kommunikativer Verständigung	virtueller Diskurs
Konstitution kollektiver Akteure	material-rationales prozedurales Recht	oligarchische Formen kommunikativer Einigung	repräsentativer advokatorischer Diskurs
symbolischer Gebrauch des Rechts	prozedural-rationales Recht	Kampfmodell kommunikativer Einigung	realer Diskurs

## 5. Pathologische Lernprozesse im prozeduralisierten Recht

Die Problematik neuartiger Rechtsformen kann in seinen nichtrationalen Folgen sichtbar gemacht werden, wenn wir einen Begriff prozeduraler Rationalität haben.<sup>63</sup> Folgende Kontrastprogramme zur Evolution prozeduraler Rationalität sind denkbar:

- Prozeduralisierung als Involution des Rechts,
- Prozeduralisierung als Devolution des Rechts.

Involution des Rechts ist dann zu erwarten, wenn die litigation explosion das Recht dazu zwingt, eine Form symbolischer Macht jenseits von politischer Legitimation zu suchen. Seine letzte Rationalität bleibt dann Autopoiesis mit den klassischen Mitteln - und das bedeutet das Ende einer Evolution des Rechts.<sup>64</sup> Recht (rechtliche Autopoiesis, Reproduktion des Feldes rechtlicher Kommunikation - wie die begrifflichen Spezifizierungen dann immer lauten mögen) reduziert sich in diesem Fall auf das klassische Nachtwächtermodell gesellschaftlicher Steuerung.<sup>65</sup>

Devolution des Rechts findet dann statt, wenn das Recht beginnt, sich nur mehr mit den eigenen symbolischen Produktionen zu beschäftigen, sich in einer "simulierten Welt" einrichtet. Der Begriff der Autopoiesis - kritisch gerichtet - macht genau darauf aufmerksam: *Das Recht wird zu sehr autopietisch!* Die Bedeutung des Problems der symbolischen Organisation der Gesellschaft durch das Recht eröffnet die Möglichkeit der Verselbständigung und Ritualisierung des rechtlichen Handelns. Rechtliche Praxis als bloße Symbolisierungsstrategie ist ein wahrscheinliches Ergebnis eines prozeduralen Rechts; denn die Beteiligten am Rechtssystem werden mit Symbolen professionelle Politik machen. "From advocacy to symbolism" (Gates/McIntosh 1988) - das ist der Ausgang, der hier eröffnet wird. Recht wird zum Medium symbolischer Auseinandersetzungen, ohne selbst noch strukturierend in diese Auseinandersetzungen eingreifen zu können. Damit verliert das Recht seine spezifische Form als "Institution" in einer komplexen modernen Gesellschaft.

Evolution des Rechts (bzw. seiner Autopoiesis) ist deshalb nur mehr denkbar als rechtliche Institutionalisierung einer Kommunikations- und Streitgesellschaft. Das aber heißt nichts anderes, als prozedurale Regelungen zu finden, die die Herstellung (bzw. Wiederherstellung) eines öffentlichen Raumes ermöglichen. Die Rechtstheorie kann diesen Prozeß nicht mehr nur normativ zu steuern versuchen. Dabei wird sie notwendig scheitern.<sup>66</sup> Sie muß sich selbst als Teil eines Kommunikationszusammenhangs sehen, in dem sie qua Beteiligung die prozeduralen Regeln zu setzen und prozedurale Rationalität durchzusetzen versucht - und das immer in der Auseinandersetzung mit denen, die nicht nur mehr oder weniger

Kommunikation wollen, sondern auch mit denen, die gar keine Kommunikation und fachlich-professionelle Rationalität wollen. Das Sich-Einlassen auf solche Auseinandersetzungen bedeutet aber, den Zweifel dem anderen gegenüber auch sich selbst gegenüber gelten zu lassen und zugleich das "Spiel" zu durchschauen, das in sozialen Auseinandersetzungen mit dem Zweifel getrieben werden kann. *Das Ergebnis ist eine soziale Welt, die nicht nur objektiv risikoreicher, sondern auch kommunikativ risikoreicher geworden ist.*

## V. Schlußfolgerungen

In der Entwicklung eines "postregulatorischen Rechts" geht es um ein Recht, das die faktische Regulation durch das Recht (und die komplementäre Gegenregulation, nämlich den Gebrauch des Rechts) selber noch rechtlich kontrollierbar macht. Der Engpaß ist nicht Regulation, sondern die Auswahl von Alternativen.<sup>67</sup> Und das leistet prozedurales Recht. An die Stelle interventionistischer Strategien des Staates tritt ein prozedurales Recht, das die normativen Voraussetzungen für Auseinandersetzungen um Selektionen herstellt. Man kann das Formen indirekter Steuerung nennen. Prozedurales Recht ist also ein Recht, das nicht die Regulierung von Systemproblemen (Recht als Problemlösung), sondern die Herstellung einer symbolischen Ordnung, einer "Verfassung" der Gesellschaft oder ihrer Teilbereiche, ermöglicht (Recht als Konfliktlösung).

Für die Analyse dieses Zusammenhangs ist die Unterscheidung von *Recht als Institution* und *Recht als Medium* nützlich. Regulatorisches (interventionistisches) Recht konstituiert Recht als Medium und verläßt sich dabei auf die vorgegebenen institutionellen Randbedingungen. Prozedurales Recht sichert Recht als Institution. Die Entwicklung des regulatorischen Rechts (bedingt durch die Logik kollektiven Handelns und durch funktionale Differenzierung) führt notwendig zur Überlastung von Recht als Institution (die Kolonialisierungsthese benennt nur die komplementäre Perspektive der davon Betroffenen!). Recht als Institution muß evolvieren, will es Recht als Medium (also die regulativen Funktionen) nicht einfach zusammenbrechen lassen und sich einigen.<sup>68</sup> Prozedurale Rationalität ist gerade deswegen ein Problem, weil Regulierungsleistungen durch das Recht weiter zunehmen werden. Es erhöht sich *gleichzeitig* Regulierungsbedarf und Kommunikationsbedarf. Was sich verändert, ist der Ort, die Struktur des sozialen Feldes, das auf Entscheidungsprozesse spezifiziert wird.

Die Rede vom reflexiven Recht (Teubner/Willke 1984, Luhmann 1985) macht diesen Machtaspekt nur bedingt sichtbar. Sie offeriert eher ein platonisches Ideal:

Die weisen Philosophenkönige werden zu reflexiven Gesetzgebern reflexiven Rechts. Das soll die Selbstregulation von Systemen ermöglichen. Eine soziologische Lesart dieser Idee wäre: Das Recht versucht, Gruppenbildung, die Bildung kollektiver Akteure in systemspezifischen Kontexten zu fördern und damit die Fähigkeit der Selbstorganisation durch Auseinandersetzung bzw. Kooperation dieser kollektiven Akteure zu fördern. Reflexives Recht ist der Versuch, auf das Phänomen der *"Interessengruppenexplosion"* zu reagieren. Doch die Vorschläge gehen nicht über das hinaus, was das Recht bereits in der Arbeitsgesellschaft an prozeduralen Regelungen vorgesehen hat. Es verfehlt damit den spezifischen Strukturwandel, den das Recht deswegen durchmacht, weil ein explodierender Gebrauch von ihm gemacht wird. Das Recht wird zum Medium symbolischer Darstellung und zum Medium der Machtakkumulation konkurrierender Interessengruppen (im weitesten Sinne).<sup>69</sup>

Dem "ökologischen" Recht (Blanke, Ladeur) geht es um die rechtliche Herstellung eines gesellschaftlichen Naturzustandes und einer dazu passenden Umweltethik. Ökologisches Recht führt zur Hyper-Moralisierung des Rechts. Es stellt eine neuartige Variante materialer Rationalität dar, auf die die Kritik prozeduraler Rationalität weiterhin zutrifft. Es unterschätzt damit das Problem, daß ethische Überzeugungen prinzipiell strittig sind. Es geht nicht um die Herstellung einer neuen Moral, sondern darum, die Bedingungen für die Diskussion einer neuen Umweltethik unter Bedingungen herzustellen, die ich als *"Betroffenengruppenexplosion"* bezeichnen möchte. Das ökologische Recht bricht unter der Macht der Betroffenen zusammen. Es versucht es beidem: dem regulativen wie dem prozeduralen Recht recht zu machen. Die Folgen wären selbstdestruktiv: weder Kommunikation noch Regulation.

Die hier verteidigte Idee einer weiteren Evolution des modernen Rechts bestünde in der Spezifizierung auf seine kommunikativen Funktionen. Prozeduralisiertes prozedurales Recht zwingt dazu, die Machtfrage in die Evolution des modernen Rechts einzubauen. Das prozedurale Recht gewinne in diesem Evolutionsprozeß eine Schlüsselrolle. Es wäre jener Erfahrungszusammenhang, an dem sich Kommunikation und Macht kreuzen und miteinander verbinden. Das Ergebnis wäre ein Recht, das die Koordination selbstbewußter kollektiver Akteure so regelt, daß Kommunikation auch eine Macht werden kann und mit Gegenmacht sich auseinandersetzen kann. In der Rede von der Prozeduralisierung des Rechts ginge es dann um nicht mehr und nicht weniger als um eine sekundäre Absicherung kommunikativer Rationalität im "wirklichen" sozialen Leben.

## Anmerkungen

- 1 Diese Funktion ist das Thema der Analysen und Forschungen zu "litigation" und "dispute settling". Vgl. dazu vor allem den Überblick bei Griffiths (1982).
- 2 Es geht also nicht nur um die Sicherung von Anschlußhandlungen im System, sondern um eine Form der Sensibilität solcher Systembildungsprozesse im Kontext einer Umwelt, die aus Handlungen (affirmativen wie kritischen) besteht. Diese Umwelt redet, und für dieses Reden müssen Verfahren der Selektion solcher Kommunikationen eingerichtet werden. Auf dieser abstrakten Ebene besteht kein grundlegender Unterschied zu Luhmanns Konzept der Funktion von Prozeduren. Sie sollen Kommunikation ermöglichen. Siehe Luhmann (1969). Die Frage ist nur: welche? Eine interessante Diskussion genau dieser Frage findet sich in Lawrence (1976), einer der seltenen Untersuchungen über die politische Funktion prozeduraler Normen.
- 3 Das impliziert bereits eine Reformulierung des Zentralproblems soziologischer Theoriebildung, das klassischerweise als das Problem der sozialen Ordnung bestimmt worden war (Parsons 1954). An dieser Festlegung ändert auch Luhmanns Versuch einer Dynamisierung des Ordnungsproblems als einer autopoietischen Prozeßstruktur nichts; vgl. Luhmann (1981b).
- 4 Dies zeigt sich etwa in Aktionärsversammlungen, wo sich Aktionäre nicht mehr länger mit der Publikumsrolle abspeisen lassen. Am Beispiel des Konkurrenzrechts hat Dezelay (1989) die Bedeutung professioneller Verselbständigung und ihrer Implikationen für die Reproduktion des Rechts gezeigt.
- 5 Am Umweltrecht zeigt sich, wie die Ungewißheit über Wirkungszusammenhänge und die Irreversibilität von Entscheidungen dazu führen, daß Unsicherheit durch Dauerkommunikation in den politischen Institutionen bearbeitet und Entscheidung zum by-product von Kommunikationsprozessen wird. So kann die Reversibilität von politischen Entscheidungen institutionalisiert werden. Ein Beispiel ist das Umwelthaftungsrecht (Brüggemeier 1989).
- 6 Hier ist der objektive Grund für die jüngeren Theorien "politischen Tausches" zu suchen. Vgl. dazu Traxler (1988) und allgemeiner Elchardus (1988). Das wichtigste "Gesetz" kooperativen Staatshandelns ist das "Gesetz des Wiedersehens". Wer mit von der Partie bleiben will, muß auch in Zukunft wieder gern gesehen werden!
- 7 Die Bandbreite zwischen soft law und hard law reicht von gentlemen's agreements über institutionalisierte Planungen (wie etwa Stadtsanierungen) bis hin zu kontraktuellen Abstimmungen (etwa Erschließungsverträgen). Prozeduralisiertes Recht kann sich also sehr verschieden manifestieren.
- 8 Dieses Graufeld ist Gegenstand der Forschungen zur "informal justice" (Abel 1980a), zum "communal law" (Galanter 1980) und zum "unofficial law" (Griffiths 1986). Daß es sich überhaupt um ein "Graufeld" handelt, zeigt, daß die Mittel der Selbstbeschreibung des Rechtssystems nicht mehr so recht reichen. Grau ist, was durch die offiziellen Rechtsbegriffe nicht mehr beleuchtet werden kann.
- 9 Das ist von Luhmann (1969) betont worden, gehört aber zur alltagspraktischen Logik professionellen Rechtshandelns, die jedem Rechtsakteur intuitiv bekannt ist. Diese Wahrnehmung und Erfahrung der "Enttäuschungsabwicklung" läßt sich allerdings nur so lange durchhalten, wie Kommunikation im Rechtssystem diese Illusion nicht zum Thema macht. Die Substantialisierung des Rechts hat es bislang erlaubt, diese Kommunikationsblockierung mit Verweis auf die "Komplexität" von Sachverhalten festzuschreiben. Dies gelingt

allerdings dann nicht mehr, wenn diese Verfahrensabarbeitung faktisch nicht mehr funktioniert. Die "litigation explosion" erweist sich als ein selbstdestruktiver Mechanismus. Siehe dazu das aufschlußreiche Szenario über "The day after the litigation explosion" von Galanter (1986).

- 10 Daß dies auch funktional ist, zeigt sich daran, daß das klassische Ordnungsrecht angesichts nichtkalkulierbarer Folgen von Entscheidungen überlastet werden muß. Andererseits erlaubt das neue Recht, den informellen Unterbau zu reformalisieren (wieder zu "verrechtlichen"). Der wichtigste Mechanismus ist die Beteiligung Dritter: Öffentlichkeitsbeteiligung, verbunden mit der Ersetzung von Rechtsschutz durch Teilhabe. Man braucht dann auch nicht mehr schwierig bereitzustellende und immer prekäre substantielle Legitimation zu mobilisieren; es reicht die durch Beteiligung hergestellte Akzeptanz.
- 11 Der Terminus "selbstregulative Leistungen" indiziert die Differenz des prozeduralen zum regulativen Recht. Zugleich reagiert er darauf, daß auch prozedurales Recht steuernde Funktionen übernimmt, nämlich "selbstregulative".
- 12 Das ist das zentrale Argument in meinem Aufsatz zur "Autorität des Rechts" (Eder 1987). Die Konjunktur prozeduraler Rationalität antwortet nur auf eine "Krise" der Rationalitätsunterstellungen regulativen Rechts.
- 13 Deren Apotheose finden wir in Deutschland und Frankreich, den klassischen Ländern mit kontinentalen Rechtsformen. Im angelsächsischen Bereich stellen sich die mit der Ausdehnung von rechtlicher Regelungskompetenz verbundenen Rationalitätsprobleme nicht in diesem Maße - was nicht heißt, daß solche Probleme dort nicht bestünden. Im Gegenteil! Sie werden nur langsamer kommuniziert, was sich u.U. auch als evolutionärer Engpaß erweisen kann.
- 14 Diese suggestive Luhmannsche Formel (Luhmann 1983: 354 ff., 1985) heißt nichts anderes, als daß das Recht Normierungen produziert, die rechtliche Kommunikation auf Dauer stellen. Daß dafür prozedurales Recht eine Schlüsselrolle besitzt, ist offensichtlich. Weiterführend und paradigmatisch stabilisierend Nelken (1988) und Teubner (1989b).
- 15 Und das bei abnehmender Leistungsfähigkeit des Rechts! Die Klagen über die Entmündigung der Klienten im Rechtsstreit durch professionelle Vertretung sind alt. Sie haben nur ein neues Ausmaß - gerade dank der Effekte von Rechtsschutzversicherungen - gefunden und damit dem Problem eine höhere Kommunikationsdichte vermaßt. Vgl. dazu Bertilsson (1989) mit weiteren Hinweisen. Die aktuellen Klagen über fehlendes Rechtsbewußtsein bzw. über fehlende "Akzeptanz" des Rechts gehen in dieselbe Richtung. Sie klagen über Selbstproduziertes: nämlich ein von rechtlicher Kommunikation abgehängtes Publikum.
- 16 Daß eine solche Annahme unter Juristen Widerspruch erregen muß, ist offensichtlich. Ernst zu nehmen ist allerdings der Einwand selbstdestruktiver Folgen kommunikativer Verflüssigung für kommunikative Rationalität. Gerade das kann aber durch diese kommunikative Verflüssigung thematisch gemacht werden. Und das spricht wieder - und dies aus funktionalen Gründen! - für kommunikative Verflüssigung.
- 17 Ein Beispiel sind die "Selbsthilfe" und Selbstorganisationsvorstellungen jenseits von Markt und Staat. Vgl. etwa die Arbeiten von Schuppert (1989a, 1989b). Eine theoretische Fundierung findet sich in Pizzorno (1986a, 1986b).
- 18 Das ist eine Formel von Preuß (1989). Bereits die Formel verrät den Rückgriff auf ein verlorenes und idealisiertes Vergangenes. Prozeduralisierung ist insoffern auch ein Prozeß, der auch die Selbstbeschreibung des Rechtssystems dynamisiert und ideologische Auseinandersetzungen animiert.

- 19 So ist die Idee einer Umweltethik im Recht verbunden mit einer Anerkennung dessen, was dem Staat entgegengesetzt ist: Natur und Gesellschaft. In der Herstellung eines rechtlich garantierten Rahmens für die Vergesellschaftung von Natur ist die spezifische Funktion der Prozeduralisierung des Rechts und seine Selbstlegitimierung zu lokalisieren. Diese Form der rechtlichen Sicherung einer von Markt und Staat unbeherrschten Natur hat natürlich gewisse konervative Züge.
- 20 Das Beispiel der Umweltethik ist das frappierendste. Hier treffen sich Spaemann und Gorz. Vgl. auch die Diskussion um Konservatismus und Traditionalismus bei den Grünen. Die Effekte auf die Rechtstheorie sind noch schwer auszumachen. Doch die Idee eines "ökologischen Rechts" gibt zu denken.
- 21 Insofern gehen Prozeduralisierungen über das Modell rationalen Handelns hinaus. Beide Vorstellungen machen zugleich deutlich, daß eine nur strategische Deutung der Vorteile von Prozeduralisierungen unzureichend ist. Was kann Strategie heißen in einer Situation, in der die Zukunft prinzipiell offen ist? Dann hilft nur noch der "Klassenstandpunkt", also die Verfolgung von objektivierten individuellen Interessen ohne Rücksicht auf Nebenfolgen.
- 22 Dazu vor allem Habermas (1983: 55 ff.). Vgl. auch Eder (1978, 1985). Die Gegenkritik setzt entweder auf ewige "Werte" (das ist die konservative Variante) oder auf "community" (die radikale Variante).
- 23 Dazu Habermas (1989), Eder (1990). Die Implikation lautet: politische Kommunikation im allgemeinen, ökologische oder Identitätskommunikation im besonderen. Eine andere - konkurrierende? - Implikation formuliert Teubner (1989b).
- 24 Das betrifft vor allem aktuelle Theorien einer autopoietischen Geschlossenheit des Rechtssystems (Teubner 1989a). Denn nicht die Autopoiese ist das Problem, sondern, auf welche Mittel ("Elemente") sich diese Autopoiese stützt. Insofern sind bislang die Kritiken am Autopoiese-Konzept zu formalistisch geblieben.
- 25 Das ist die Botschaft der Dekonstruktivisten. Vgl. dazu Frankenberg (1987) sowie die Diskussion bei Joerges (1989).
- 26 Die folgenden Bemerkungen können nur andeuten, in welche Richtung eine soziologische Desillusionierung klassischer Begriffe prozeduraler Rationalität führt. Sie sind deshalb eher programmatischer Natur.
- 27 Ich wähle hier absichtlich nicht den Begriff des Staatsbürgers, weil dieser ein zu weites Assoziationsfeld enthält. Citoyen wäre der beste Begriff, um dieses Problem zu fassen. Die aktuelle Debatte um citoyenneté in Frankreich bzw. citizenship in England zeigt die Angemessenheit dieses Begriffs.
- 28 Zum Modell siehe Eder (1985). Zur klassischen Kritik vgl. MacPherson (1967).
- 29 Die Vorstellung einer Superassoziation beherrschte vor allem die Sozialisten. Sie wurde im Zuge der Rationalisierung der Arbeitsgesellschaft durch den Wohlfahrtsstaat durch Vorstellungen strategischer Kooperation korporativer Akteure ersetzt. Sie taucht wieder auf in der Diskussion um den "dritten Sektor" neben Staat und Markt. Ein Überblick findet sich bei Streeck/Schmitter (1985) sowie bei Schuppert (1989a). Vgl. zur Idee der Koordination strategischer korporativer Akteure neben vielen anderen Pizzorno (1978), Offe/Wiesenthal (1980) und aus jüngerer Zeit Traxler (1988). Bereits ein wenig überholt, aber grundsätzlich wichtig die Diskussion um den Neokorporatismus (Schmitter 1974).

- 30 Die Literatur dazu ist noch unübersichtlich. Sie verbindet den Begriff des korporativen Akteurs mit Gesichtspunkten kollektiver Identität (Offe 1984) oder sozialer/moralischer Kompetenz (Preuß 1989). Vgl. auch Blanke (1986: 416 ff.), der das Modell des neuen politischen Aktivbürgers zeichnet.
- 31 Hier hat die Diskussion um das Widerstandsrecht einen systematischen Platz (Frankenberg 1984). Denn an ihm läßt sich zeigen, daß rechtliche Kommunikation mit der bloßen Differenz von Recht/Unrecht nicht mehr auskommt. Es muß "flexibler" kommunizieren - und das heißt, seine eigenen Unterscheidungen noch einmal reflexiv auf sich beziehen (wie immer das dann aussehen mag).
- 32 Diese Analyse knüpft an die Bourdieusche politische Soziologie an. Als Überblick und ausgezeichnete Diskussion vgl. Raphael (1989). Die zu erwartende Kritik an einem politischen Soziologismus hat sich natürlich sofort erhoben (allerdings eher in Frankreich).
- 33 Die - theoretische wie empirische - Literatur dazu ist inzwischen Legion. Siehe vor allem die klassischen empirischen Arbeiten von Rokkan (1969), Verba/Nie (1972) und Verba/Nie/Kim (1978). Sie sind allerdings bislang unzureichend gewesen, einen angemessenen Begriff politischer Partizipation empirisch einzulösen.
- 34 Zur Diskussion dieses Problemfeldes vgl. Offe (1988). Insbesondere die Idee der "Staatsbürger-Vouchers", die auch diffusen, nicht-organisierbaren Interessen eine Chance zur "Partizipation" geben, sucht auf das Problem der Kommunikation der Benachteiligung von Interessen zu reagieren. Siehe in diesem Zusammenhang auch Schmitter (1988).
- 35 Dazu jetzt den Essay von Rödel/Dubiel/Frankenberg (1989). Vgl. im Kontrast dazu auch die rationalistischen Argumente von Olson (1968) und Coleman (1982, 1986a, 1986b).
- 36 Ob dieses System koordinierten Dissenses der Logik politischer Klassenteilung entkommt, ist damit allerdings nicht entschieden. Zumaldest ist ein Gegenmechanismus denkbar geworden.
- 37 Der Begriff der Arena hat Konjunktur im Rahmen der "Bewegungsforschung"; vgl. Rucht (1988a, 1988b).
- 38 Ein solcher Begriff des Rechtssystems wird von Bourdieu (1986) vorgeschlagen. Im Gegensatz zur bloßen Frontstellung zur Systemtheorie, wie sie Bourdieu praktiziert, läßt sich sein Ansatz als Reformulierung des Gedankens eines Rechtssystems sehen. Man könnte so auch Teubner (1989b) lesen.
- 39 Die Rechtspraxis hat darauf schon lange reagiert; die Juristenausbildung spaltete sich in eine theoretische (in den Fakultäten) und eine praktische (bei den Repetitoren). Bei Hart (1961) wird diese Differenz auf rechtstheoretischer Ebene aufgegriffen. Die jüngste theoretische Formulierung dieser Zwei-Ebenen-Theorie findet sich in Günther (1989), der Anwendungsdiskurse des Rechts von Begründungsdiskursen trennt und so die Basisannahme eines widerspruchsfreien Rechtssystems beibehält.
- 40 Schweden liefert hierzu wieder besten Anschauungsunterricht! Vgl. Hetzler (1987).
- 41 Man kann hier an die "theories of litigation" anschließen (Abel 1980b, 1980c; Griffiths 1982). Zur klassischen sozial- und kulturanthropologischen Literatur vgl. Moore (1972); Gulliver (1977); Nader/Todd (1978); Hutchins (1980). Eine systematische Reinterpretation solchen Materials bietet Miller (1987).

- 42 Das ist vermutlich auch nur eine Formel zur Distanzierung, ohne substantiell viel festzulegen. Zu solchen Vorstellungen vgl. im Überblick (und bezogen auf die "critical legal studies group") Frankenberg (1987) und Trubek (1986).
- 43 Ich habe dieses "EDV-Modell" bürgerlicher Vergesellschaftung im einzelnen beschrieben und seine Folgen diskutiert (Eder 1985). Die Grenzen dieses Modells liegen darin begründet, daß es ein Marktmodell argumentativer Auseinandersetzung implizit voraussetzt und deshalb die Herstellung von Kollektivgütern nicht sicherstellen kann. Das erweist sich dann als problematisch, wenn die Bereitstellung oder Sicherung von Kollektivgütern zum zentralen Problem gesellschaftlicher Reproduktion wird.
- 44 Das muß nicht heißen, daß sie traditionalistisch geregelt waren, obwohl auch dies, wie etwa Thompsons Analyse der moral economy gezeigt hat, nicht unbedeutend war. Entscheidend ist eher die negative Bestimmung: Diese Bin nenverhältnisse standen nicht unter einem spezifisch modernen Rationalisierungsdruck. Sie blieben allerdings ambivalent: Die Natur, die natürliche Ordnung und das Naturrecht haben nur zu leicht zu Mißbrauch eingeladen.
- 45 Zur Analyse der politischen Öffentlichkeit in der bürgerlichen Gesellschaft vgl. die klassische Arbeit von Habermas (1962). In dieser Tradition weiterarbeitend Eder (1985). Der Wandel politischer Öffentlichkeit ist weiterhin ein strittiges und zugleich zentrales Thema für das Verständnis moderner Vergesellschaftungsformen. Siehe dazu Eder (1989) mit weiteren Literaturhinweisen.
- 46 Dies hat die gängige Verwechslung von Prozeduralisierung und prozedurellem Recht provoziert. Prozedurales Recht ist kein unmittelbarer Indikator für Prozeduralisierung, auch wenn es damit zu tun hat. Vgl. dazu auch Teubner (1989b: 83 ff.).
- 47 Die immanennten "diskursiven Zwänge" der "Materialisierung" des Rechts wurden nur in Nischen thematisiert, aber nicht in das Selbstverständnis des Rechts eingebaut. Auch die Kritik der Freirechtsschule am Formalrecht hat dies nicht zugunsten der Thematisierung der diskursiven Grundlagen der Materialisierung verändert. Im Gegenteil: Sie hat das Modell auf strategische Interessenkämpfe und letztlich auf eine utilitaristische menschliche Natur reduziert. Das "Diskursive" blieb in korporatistisch verfaßten Interaktionssystemen hängen.
- 48 Es geht dann auch weg vom Marktmodell zum Modell der Oligarchisierung. Trilaterale Verhandlungssysteme eignen sich dafür bestens. Sie sichern Kollektivgüter - doch zugleich müssen sie die Grenze zum Publikum scharf ziehen. Und dieses nichtdemokratische Moment ist der verwundbare Punkt: Sie können nur auf Akzeptanz hoffen, niemals auf mehr.
- 49 Wo dies nicht gelingt, müssen Kollektivgüter autoritativ hergestellt werden. Das ist die strukturelle Basis für einen neuen Typus pathogener gesellschaftlicher Entwicklungen. Sie besteht in der nicht-prozeduralen, monologisch-antizipatorischen Definition von Kollektivgütern.
- 50 Es geht hier also um die Folgen der Entstehung trilateraler Verhandlungssysteme. Vgl. für einen Engpaß dieser Entwicklung und für das damit verbundene pathogene Potential die Diskussion um den Neokorporatismus (Streeck/Schmitter 1985).
- 51 Das Ende wird in der Entstaatlichungsdebatte beschworen; vgl. Schmid (1988), Blanke (1986).
- 52 Dies bedeutet auch, daß Theorien politischen Tausches, die in Mode gekommen sind, eine Rationalität beschwören, die bereits in Auflösung begriffen ist. Denn sie setzen jene Unterstellung materialer Rationalität bei den Beteiligten

bereits voraus, die erst herzustellen wäre. Die politischen Akteure wissen gar nicht, was material-rational wäre, und können deshalb gar nicht mehr "austauschen". Zu dieser Diskussion vgl. Traxler (1988) und Elchardus (1988). Das würde auch bedeuten, daß Konsenstheorien eine soziale Welt beschwören, die nicht mehr wiederhergestellt werden kann (Habermas 1962). Dennoch kann man aus diesen Begrenzungen nur lernen.

- 53 Die Begrifflichkeiten reichen von "postindustrieller Gesellschaft" (Bell 1975; Touraine 1973) über "Risikogesellschaft" (Beck 1986) bis hin zu "Kulturgesellschaft". Touraines Reformulierung der postindustriellen Gesellschaft als "programmierter Gesellschaft" weist in die richtige Richtung, ist aber zu technizistisch konzeptualisiert. Der Begriff "Kommunikationsgesellschaft" scheint dem Phänomen am angemessensten.
- 54 Das ist Bourdieus generelles Argument gegen die Rationalitätsunterstellungen im Recht; vgl. Eder (1987). Dagegen kann man nur das Argument halten, daß man hier differenzieren muß, daß es unterschiedliche Grade strategischen Gebrauchs gibt.
- 55 Die symbolische Politik und die symbolischen Klassenkämpfe gehören inzwischen zum Inventar soziologischer und politikwissenschaftlicher Analysen. Im Recht - wo eine solche Perspektive naheliegt - beginnt diese Diskussion erst. Vgl. dazu vor allem Gates/MacIntosh (1988). Die professionell inszenierte Symbolisierung von rechtlichen Fragen ersetzt - so deren These - zunehmend die traditionelle Form professioneller Rechtsberatung und -vertretung. Sie sichern so "visibility" and "posture".
- 56 Eine Lösung ist das, was man "reflexive Repräsentation" genannt hat. Das prozedurale Recht unterstützt nicht nur die Transformation von Privatinteressen in Kollektivinteressen, sondern sucht auch die Vertretung derjenigen Interessen zu ermöglichen, die normalerweise nicht repräsentiert sind.
- 57 Ein Beispiel ist die Ansiedlung von Industrie in Wohnnähe. Die praktische Logik der Durchsetzung solcher Projekte läßt sich folgendermaßen charakterisieren: Zunächst werden "Fakten" in Form halb- oder vorlegaler Industriebauten geschaffen. Darauf reagiert kollektiver Protest, der "visibility" durch Medien und Gerichte erhält. Die administrative Reaktion besteht schließlich in der nachträglichen Legitimierung mit zusätzlichen "umweltschützenden" Auflagen (auf der Grundlage einer mehr oder weniger extensiven Ausnutzung der TA Luft etc.).
- 58 Vgl. dazu Guggenberger (1983). Das ermöglicht eine nichtpaternalistische Form des Minoritätenschutzes (einschließlich des Schutzes zukünftiger Generationen)!
- 59 Diese Struktur erlaubt es diesem Recht dann auch, kompatibel mit aufklärerischem Absolutismus oder ständestaatlichen Varianten politischer Organisation zu sein. Denn wieweit der virtuelle Diskurs real wird, ist nicht in die Hand rechtlicher Institutionen gegeben. Dies impliziert eine Korrektur zu schematischer Auffassungen in Eder (1985).
- 60 Die Rolle assoziativer Strukturen bleibt ein ambivalentes Thema. Sie gehören einerseits zur historischen Grundausstattung aufklärerischer Geschichte in modernen Gesellschaften (Eder 1985). Sie sind zugleich aber auch der Ausgangspunkt der Entwicklungsprozesse politischer Kultur gewesen. Sie zwingen mit zunehmender Komplexität zu stellvertretendem Handeln und setzen damit die Dynamik politischer Klassenteilung in Gang. Es entsteht das Phänomen der "symbolic advocacy" (Gates/McIntosh 1988), deren Funktion ambivalent bleibt: einmal den nicht-repräsentierten Interessen eine Stimme zu leihen, zum anderen die Logik politischer Klassenteilung zu reproduzieren. Eine posi-

tive Deutung gibt etwa Calhoun (1980). Doch in der Regel überwiegen neomachiavellistische Theorien seit Michels.

- 61 Dieser Gesichtspunkt der Selbsterzeugung ist im Zusammenhang mit den neuen sozialen Bewegungen mehrfach betont worden. Vgl. Japp (1984), Eder (1986) und natürlich Touraine (1973).
- 62 Ein gutes Beispiel sind die schwedischen open-ended laws, die wiederum Be schwerdeboards etwa über die Höhe von Sozialleistungen notwendig machen; vgl. Hetzler (1987).
- 63 Nebenbemerkung: Wir sollten uns aber immer im klaren sein, daß auch dieser Begriff für Symbolisierungspolitiken verwendet werden kann, daß er Teil der Legitimierung eines pathologischen Lernprozesses im Rechtssystem werden kann. Hier kann die Argumentationsstrategie von Bourdieu wieder aufgenommen werden, der Illusionierung zum Schlüssel der Reproduktion sozialer Systeme macht. Es geht dann um eine normative Deutung von Illusionierungsstrategien.
- 64 Man könnte auch formulieren: das Ende der Evolution der Autopoiesis des Rechts. Dies ist mit Blick auf Teubner (1988) formuliert.
- 65 Vermutlich ist dies auch die einzige Lösung für das Problem, autopoietische Systeme durch autopoietische Systeme steuern zu können, außer man ist in der Lage, öffentliche Kommunikation wiederum als autopoietisches System zu konstruieren.
- 66 Das ist die systematische Implikation der soziologischen Analyse des Rechts bei Bourdieu!
- 67 Das ist besonders deutlich am Umweltrecht zu beobachten. Mit der Zunahme an empirischem Wissen bleibt den Rechtsakteuren auch gar nichts anderes mehr übrig.
- 68 Nebenbemerkung: Der Rechtsstaat führt - aufgrund der Entwicklung der Umwelt des Rechtssystems und der Ausweitung regulativer Funktionen - zur Demokratie und nicht umgekehrt!
- 69 Reflexives Recht soll letztlich auch noch die autopoietische Geschlossenheit des Rechts sicherstellen. Welche soziale Gruppe aber steht für dieses System? Die Juristen, die Anwälte, die Richter. Autopoietische Geschlossenheit könnte damit leicht heißen: Sicherung der professionellen Interessen der Juristenzunft. Und dafür würde sich eine Struktur besonders eignen, die auf Konditionalprogrammen aufbaut.

## Literaturverzeichnis

- Abel, Richard L., 1980a: Delegalization: A Critical Review of Its Ideology, Manifestations, and Its Consequences. In: Erhard Blankenburg/Ekkehard Klaus/Hubert Rottleuthner (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 6. Opladen: Westdeutscher Verlag, 27-46.
- Abel, Richard L., 1980b: Redirecting Social Studies of Law. Law & Society Review 14, 805-829.
- Abel, Richard L., 1980c: Theories of Litigation in Society - "Modern" Dispute Institutions in "Tribal" Society and "Tribal" Institutions in "Modern" Society. In: Erhard Blankenburg/Ekkehard Klaus/Hubert Rottleuthner (Hrsg.), Al-

- ternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 6. Opladen: Westdeutscher Verlag, 165-191.
- Beck, Ulrich, 1986: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Bell, Daniel, 1975: Die nachindustrielle Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Fischer.
- Bertilsson, Margareta, 1989: The Legal Profession and Law in the Welfare State (Manuskript, Universität Lund).
- Blanke, Thomas, 1986: Autonomie und Demokratie. In: Kritische Justiz 19, 406-422.
- Bourdieu, Pierre, 1981: La représentation politique. Eléments pour une théorie du champ politique. In: Actes de la recherche en sciences sociales Nr. 36/37, 2-24.
- Bourdieu, Pierre, 1986: La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique. In: Actes de la recherche en sciences sociales Nr. 64, 3-19.
- Bourdieu, Pierre, 1987: La délégation et le fétichisme politique. Choses dites. Paris: Minuit.
- Bourdieu, Pierre, 1988: On Interest and the Relative Autonomy of Symbolic Power (Working Papers and Proceedings of the Center for Psycho-Social Studies 20).
- Brüggemeier, Gert, 1989: Umwelthaftungsrecht - Ein Beitrag zum Recht der "Risikogesellschaft"? In: Kritische Justiz 22, 209-230.
- Calhoun, Craig J., 1980: Democracy, Autocracy, and Intermediate Associations in Organizations: Flexibility or Unrestrained Change? In: Sociology 14, 345-361.
- Coleman, James S., 1982: The Asymmetric Society. Syracuse: University Press.
- Coleman, James S., 1986a: Forms of Rights in Economic and Political Systems (DOC IUE 242/86 (col 112), Badia Fiesolana).
- Coleman, James S., 1986b: Social Structure and the Emergence of Norms Among Rational Actors. In: A. Dickmann/P. Mitter (Hrsg.), Paradoxical Effects of Social Behavior: Essays in Honor of Anatol Rapoport, Bd. 59, Supplement. Wien: Physica Verlag, 365-369.
- Denninger, Erhard, 1988: Der Präventionsstaat. In: Kritische Justiz 21, 1-15.
- Dezalay, Yves, 1989: Le droit des faillites: du notable à l'expert. La restructuration du champ des professionnels de la restructuration des entreprises. In: Actes de la recherche en sciences sociales Nr. 76/77, 2-29.
- Eder, Klaus, 1978: Zur Rationalisierungsproblematik des modernen Rechts. In: Soziale Welt 29, 247-256.
- Eder, Klaus, 1985: Geschichte als Lernprozeß? Zur Pathogenese politischer Modernität in Deutschland. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Eder, Klaus, 1986: Prozedurale Legitimität. Moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalisierung. In: Zeitschrift für Rechtssoziologie 7, 1-30.
- Eder, Klaus, 1987: Die Autorität des Rechts. Eine soziale Kritik prozeduraler Rationalität. In: Zeitschrift für Rechtssoziologie 8, 193-230.
- Eder, Klaus, 1989a: Institutionenwandel und Demokratie. Zur Desillusionierung über die Rationalität politischer Institutionen. In: Hans-Hermann Hartwich (Hrsg.), Macht und Ohnmacht politischer Institutionen. Opladen: Westdeutscher Verlag, 110-126.
- Eder, Klaus, 1989b: Politik und Kultur. Zur kultursoziologischen Analyse politischer Partizipation. In: Axel Honneth/Thomas McCarthy/Claus Offe/

- Albrecht Wellmer (Hrsg.), *Zwischenbetrachtungen. Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 563-592.
- Eder, Klaus, 1990: Kollektive Identität, historisches Bewußtsein und politische Bildung. In: Ansgar Klein (Hrsg.), *Umbrüche in der Industriegesellschaft - Herausforderungen für die politische Bildung*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.
- Elchardus, Mark, 1988: Austauschtemporalitäten. Selbstorganisation zum Zweck gesellschaftlicher Steuerung. In: *Journal für Sozialforschung* 28, 391-416.
- Frankenberg, Günter, 1984: Ziviler Ungehorsam und rechtsstaatliche Demokratie. In: *Juristenzeitung* 39, 266-275.
- Frankenberg, Günter, 1987: Der Ernst im Recht. In: *Kritische Justiz* 20, 281-307.
- Frankenberg, Günter, 1989: Down by Law: Irony, Seriousness, and Reason. In: Christian Joerges/David M. Trubek (Hrsg.), *Critical-Legal Thought. An American-German Debate*. Baden-Baden: Nomos, 315-352.
- Galanter, Marc, 1980: Legality and its Discontents: A Preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization. In: Erhard Blankenburg/Ekkehard Klaus/Hubert Rottleuthner (Hrsg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 6. Opladen: Westdeutscher Verlag, 11-26.
- Galanter, Marc, 1986: The Day After the Litigation Explosion. In: *Maryland Law Review* 46, 3-39.
- Gates, John B./Wayne V. McIntosh, 1988: Interest Group Litigation: From Advocacy to Symbolism (Manuskript, University of Maryland).
- Griffiths, John, 1982: The General Theory of Litigation - a First Step. In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 3, 145-201.
- Griffiths, John, 1986: What is Legal Pluralism. In: *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 24, 1-55.
- Guggenberger, Bernd, 1983: Die neue Macht der Minderheit. In: *Merkur* 37, 123-133.
- Gulliver, Philip H., 1977: On Mediators. In: Ian Hamnett (Hrsg.), *Social Anthropology and Law*. London: Academic Press, 15-52.
- Habermas, Jürgen, 1962: *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Neuwied: Luchterhand.
- Habermas, Jürgen, 1983: *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen, 1989: Volkssouveränität als Verfahren. Ein normativer Begriff von Öffentlichkeit. In: *Merkur* 43, 465-477.
- Hart, Herbert L.A., 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press (dt. Der Begriff des Rechts, 1973).
- Hetzler, Antoinette, 1987: *Alternative Dispute Resolution in Sweden* (Manuskript, Universität Lund).
- Hutchins, Elisabeth, 1980: *Culture and Inference*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Japp, Klaus Peter, 1984: Selbsterzeugung oder Fremdverschulden? Thesen zum Rationalismus in den neuen sozialen Bewegungen. In: *Soziale Welt* 35, 313-329.

- Joerges, Christian, 1989: Politische Rechtstheorie und Critical Legal Studies. Points of Contact and Divergencies. In: Christian Joerges/David M. Trubek (Hrsg.), *Critical-Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden: Nomos, 597-643.
- Lawrence, David G., 1976: Procedural Norms and Tolerance: A Reassessment. In: *The American Political Science Review* 70, 80-100.
- Luhmann, Niklas, 1969: Legitimation durch Verfahren. Neuwied: Luchterhand.
- Luhmann, Niklas, 1981a: Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas, 1981b: Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Bd. 2. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas, 1983a: Die Einheit des Rechts. In: *Rechtstheorie* 14, 129-154.
- Luhmann, Niklas, 1983b: Rechtssoziologie, 2. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, Niklas, 1985: Einige Probleme mit "reflexivem Recht". In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6, 1-18.
- Macpherson, Crawford B., 1967: Die politische Theorie des Besitzindividualismus. Von Hobbes bis Locke. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Miller, Max, 1984: Zur Ontogenese des koordinierten Dissens. In: Wolfgang Edelstein/Jürgen Habermas (Hrsg.), *Soziale Interaktion und soziales Verstehen. Beiträge zur Entwicklung der Interaktionskompetenz*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 220-250.
- Miller, Max, 1987: Culture and Collective Argumentation. In: *Argumentation* 1, 127-154.
- Moore, Sally F., 1972: Legal Liability and Evolutionary Interpretation: Some Aspects of Strict Liability, Self-Help and Collective Responsibility. In: Max Gluckman (Hrsg.), *The Allocation of Responsibility*. Manchester: Manchester University Press, 51-107.
- Nader, Laura/H.F. Todd, 1978: Introduction. In: dies. (Hrsg.), *The Disputing Process - Law in Ten Societies*. New York: Columbia University Press, 1-40.
- Nelken, David, 1988: Changing Paradigms in the Sociology of Law. In: Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter, 191-216.
- Offe, Claus, 1984: Politische Legitimation durch Mehrheitsentscheidung? In: Bernd Guggenberger/Claus Offe (Hrsg.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie. Politik und Soziologie der Mehrheitsregel*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 150-183.
- Offe, Claus, 1988: Questions and Proposals Concerning Representation Vouchers (Manuscript, Stanford).
- Offe, Claus/Helmut Wiesenthal, 1980: Two Logics of Collective Action: Theoretical Notes on Social Class and Organizational Form. In: Maurice Zeitlin (Hrsg.), *Political Power and Social Theory*, Bd. 1. Greenwich, CT: JAI Press, 67-115.
- Olson, Mancur, 1968: Die Logik kollektiven Handelns. Tübingen: Mohr (engl.: *The Logic of Collective Action*, 1965).
- Parsons, Talcott, 1954: *The Social System*. New York: Free Press.

- Pizzorno, Alessandro, 1978: Political Exchange and Collective Identity in Industrial Conflict. In: Colin Crouch/Alessandro Pizzorno (Hrsg.), *The Resurgence of Class Conflict in Western Europe since 1968*, Bd. 2. Mailand: Holmes and Meier, 277-298.
- Pizzorno, Alessandro, 1986a: Some Other Kinds of Otherness: A Critique of "Rational Choice" Theories. In: Alejandro Foxley/M.S. McPherson/G. O'Donnell (Hrsg.), *Development, Democracy and the Art of Trespassing: Essays in Honor of Albert O. Hirschman*. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 355-372.
- Pizzorno, Alessandro, 1986b: Sur la rationalité du choix démocratique. In: Pierre Birnbaum/J. Leca (Hrsg.), *Sur l'individualisme. Théories et méthodes*. Paris: Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 330-360.
- Preuß, Ulrich K., 1989a: Perspektiven von Rechtsstaat und Demokratie. *Kritische Justiz* 22, 1-18.
- Preuß, Ulrich K., 1989b: Rationality Potentials of Law - Allocative, Distributive and Communicative Rationality. In: Christian Joerges/David M. Trubek (Hrsg.), *Critical-Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden: Nomos, 525-556.
- Raphael, Lutz, 1989: Klassenkämpfe und politisches Feld. *Plädoyer für eine Weiterführung Bourdieuscher Fragestellungen in der Politischen Soziologie*. In: Klaus Eder (Hrsg.), *Klassenlage, Lebensstil und kulturelle Praxis*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 71-107.
- Rokkan, Stein, 1969: The Comparative Study of Political Participation: Notes Toward a Perspective on Current Research. In: Charles F. Cnudde/Deane E. Neubauer (Hrsg.), *Empirical Democratic Theory*. Chicago: Markham Publishing Company, 333-369.
- Rucht, Dieter, 1988a, Gegenöffentlichkeit und Gegenexperten. Zur Institutionalisierung des Widerspruchs in Politik und Recht. In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 9, 290-305.
- Rucht, Dieter, 1988b: Themes, Logics, and Arenas of Social Movements. A Structural Approach. In: Bert Klandermans/Hanspeter Kriesi/Sidney G. Tarrow (Hrsg.), *International Social Movement Research*, Bd. 1. Greenwich, CT: JAI Press, 305-328.
- Schmitter, Philippe C., 1974: Still the Country of Corporation. In: Jon Elster (Hrsg.), *Rational Choice*. Oxford: Basil Blackwell, 60-81.
- Schmitter, Philippe C., 1988: Corporative Democracy: Oxymoronic? Just Plain Moronic? Or a Promising Way out of the Present Impasse? (Manuskript, Stanford).
- Schuppert, Gunnar Folke, 1989a: Markt, Staat, dritter Sektor - oder noch mehr? Zur Rolle nichtstaatsunmittelbarer Aufgabenerledigung. Bielefeld: Preprintserie der ZiF-Forschungsgruppe 'Staatsaufgaben' Nr. 6.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1989b: Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation - Zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens. Bielefeld: Preprint-Serie der ZiF-Forschungsgruppe 'Staatsaufgaben' Nr. 4.
- Streeck, Wolfgang/Philippe C. Schmitter, 1985: Community, Market, State and Associations? The Prospective Contribution of Interest Governance to Social Order. In: Wolfgang Streeck/Philippe C. Schmitter (Hrsg.), *Private Interest Government. Beyond Market and State*. London: Beverly Hills, 1-29.

- Teubner, Gunther (Hrsg.), 1988a: *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter.
- Teubner, Gunther, 1988b: Evolution of Autopoietic Law. In: Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter, 217-241.
- Teubner, Gunther, 1989a: How the Law Thinks (Manuskript EUI, Florenz).
- Teubner, Gunther, 1989b: *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt a.M: Suhrkamp.
- Teubner, Gunther/Helmut Willke, 1984: Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht. In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 5, 4-35.
- Touraine, Alain, 1973: *Production de la société*. Paris: Seuil.
- Traxler, Franz, 1988: Politischer Tausch, kollektives Handeln und Interessenregulierung. Zu einer Theorie der Genesis verbandlicher Tarifbeziehungen und korporatistischer Steuerungssysteme. In: *Journal für Sozialforschung* 28, 267-285.
- Trubek, David M., 1986: Where the Legal Action is: Critical Studies and Empiricism. In: Terence Daintith/Gunther Teubner (Hrsg.), *Contract and Organization: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*. Berlin: de Gruyter, 68-106.
- Verba, Sidney/Norman H. Nie, 1972: *Participation in America. Political Democracy and Social Equality*. New York: Harper & Row.
- Verba, Sidney/Norman H. Nie/Jae-On Kim, 1978: *Participation and Political Equality. A Seven-Nation Comparison*. Cambridge: Cambridge University Press.

