

Prozeduralisierung des Rechts

Herausgegeben von
TATJANA SHEPLYAKOVA

Mohr Siebeck

Prozeduralisierung
des Rechts



Prozeduralisierung des Rechts

Herausgegeben von
Tatjana Sheplyakova

Mohr Siebeck

Tatjana Sheplyakova ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

ISBN 978-3-16-155184-0 / eISBN 978-3-16-156188-7
DOI 10.1628/978-3-16-156188-7

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck aus der Stempel Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt. Es wurde von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

„Prozeduralisierung des Rechts“ lenkt den Blick weg von materiellen Determinierungen durch Recht hin zur Reflexion über die Verfahren und Prozesse der Normerzeugung. In Abkehr vom regulativen Paradigma eines Wohlfahrts- und Interventionsstaates versprach Prozeduralisierung in der Debatte der 1980er und 1990er Jahre adäquate Verfahren und Beurteilungsmaßstäbe zu generieren, die auch unter den Bedingungen polyzentrischer Rechtserzeugung die Legitimität des Rechts sichern können. Was aber besagt und leistet Prozeduralisierung heute?

Die vielgestaltigen Ausprägungen dieses Konzepts werden im vorliegenden Band aus der Perspektive der Philosophie, der Rechtstheorie, der Soziologie und der Politischen Theorie beleuchtet. Die Autorinnen und Autoren wenden sich zum einen den Urszenen und der Evolution der prozeduralen Elemente des Rechts zu. Zum anderen wird über die Aktualität von Prozeduralisierung entlang einzelner Problemfelder – der Konstitutionalisierung, Demokratie und Multinormativität – nachgedacht. Dabei steht auch das Rationalitäts- und Gerechtigkeitsversprechen der Prozeduralisierung auf dem Prüfstand.

Die hier versammelten Beiträge gehen auf eine Tagung zurück, die im Dezember 2015 am Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ der Goethe-Universität Frankfurt am Main stattgefunden hat. Allen Autorinnen und Autoren, Referentinnen und Referenten, Moderatorinnen und Moderatoren sowie allen Tagungsteilnehmenden möchte ich für ihre engagierte Mitwirkung und für anregende Diskussionen sehr herzlich danken. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft verdanke ich, dass dieses Vorhaben realisiert werden konnte. Gefördert wurde die Tagung ebenfalls von der Goethe-Universität Frankfurt am Main, bei der ich mich auch für die Finanzierung der Drucklegung dieses Bandes herzlich bedanke. Mein herzlicher Dank gilt auch Norbert Axel Richter, der die redaktionellen Arbeiten an diesem Band mitgetragen und die Erstellung des Personenregisters übernommen hat. Franz-Peter Gillig bin ich für die Aufnahme des Bandes in das Programm des Verlags Mohr Siebeck zu Dank verpflichtet, Rebekka Zech für die Betreuung der Herstellung des Buches.

Frankfurt am Main, im Juli 2018

Tatjana Sheplyakova

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Tatjana Sheplyakova</i> Prozeduralisierung des Rechts. Tema con Variazioni	1
<i>Hauke Brunkhorst</i> Die Verschränkung von Repression und Emanzipation in der Evolution des modernen Rechts	55
<i>Karl-Heinz Ladeur</i> Prozeduralisierung zweiter Ordnung – Am Anfang war das Verfahren. Überlegungen zur Bedeutung der prozeduralen Rationalität des Rechts vom griechischen Recht bis zur Postmoderne	73
<i>Thomas Vesting</i> Instituierte und konstituierte Normativität. Prozeduralisierung und multi-normative Systeme	101
<i>Esther Neuhann</i> Reflexives Recht aus Perspektive prozeduraler Gerechtigkeit – fortschrittliches oder angepasstes Recht?.	123
<i>Chris Thornhill</i> Legal proceduralization and the fictions of the political	161
<i>Tatjana Sheplyakova</i> Das Klagerecht und die Prozeduralisierung des Rechts	191
<i>Catherine Colliot-Thélène</i> Politische Subjektivierung im Kontext der Pluralisierung des Rechts. . .	229
<i>Kolja Möller</i> Drohung und Verfahren. Zur Prozeduralisierung demokratischer Willensbildung im Schatten der Macht.	245
<i>Samantha Ashenden</i> Dilemmas of proceduralisation: cross-border surrogacy, the French Republic and the European Court of Human Rights	265
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	289
Personenregister	291

Prozeduralisierung des Rechts

Tema con Variazioni*

Tatjana Sheplyakova

„Prozeduralisierung“ ist ein schillernder Begriff im Schnittfeld von Recht, Politik und Gesellschaft, dessen Bedeutungsgehalte vielfältig sind. Die Rede von „Prozeduralisierung des Rechts“ löst ein diffuses Set an Konnotationen aus. Zu denken ist etwa an Verfahrensbezogenheit des Rechts, an Recht als diskursive Praxis, an reflexives und plurales Recht oder auch an mediales, netzwerkgerechtes und flexibles Recht. Die Diskurslage ist unübersichtlich, und es wäre verwunderlich, würde man bei der Reflexion über dieses Phänomen bzw. diese Tendenz im Recht je nach Disziplin, Erkenntnisinteresse oder theoretischem Hintergrund nicht auch zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen.

Im Folgenden wird der Versuch unternommen, diesem Begriff und Konzept aus philosophischer Perspektive Konturen zu geben. In einem ersten Schritt wird jedoch der Zugang zur Prozeduralisierung von der Rechtswissenschaft her gesucht, denn der Begriff wird derzeit überwiegend in der Rechtswissenschaft verwendet; dabei soll es insbesondere um Ortsbestimmungen dieses Begriffs gehen (I). So wird Prozeduralisierung zunächst als Reaktion auf den Wandel rechtlicher Steuerung verortet, wobei die damit verbundene Problematik der sogenannten „Entmaterialisierung“ zu diskutieren sein wird (I 1). Davon ausgehend werden weitere Kontexte in die Betrachtung einbezogen, die für die Prozeduralisierung eine wichtige Rolle spielen: Dazu gehören der Prozess der Konstitutionalisierung, der Wandel der demokratischen Partizipation und die Bezugnahme auf den parallel verlaufenden Diskurs um den Neoliberalismus (I 2).

Überlegungen, ob es sich bei Prozeduralisierung möglicherweise um eine Kompensationsstrategie handelt und wie ihr normativer Anspruch zu bewerten ist (I 3), machen wiederum einen Blick auf die schon etwas länger zurückliegende Diskussion um Prozeduralisierung unumgänglich, die in den 1980er und 1990er Jahren geführt wurde. Diese Diskussion wird in einem zweiten Schritt in ihren Grundzügen rekapituliert (II). Auf die Erörterungen zur Programmatik des neuen Rechtsparadigmas der Prozeduralisierung (II 1) folgt dabei eine

* Der Untertitel ist gewählt in Reminiszenz an ein Gespräch mit Rudolf Wiethöler im Februar 2015.

Skizzierung der jeweiligen Positionen und Konzepte von Jürgen Habermas (II 2), Karl-Heinz Ladeur (II 3) und Ingeborg Maus (II 4). Rudolf Wiethölters Idee eines „Recht-Fertigungs-Rechts“ (II 5) wird mit Bezügen zu der in der politischen Theorie und Philosophie ausgetragenen Debatte um die Kritik des Liberalismus diskutiert (II 6). Der Ertrag dieser Kritik – die reflexive Wendung der für den Liberalismus grundlegenden Figur der Gleichheit – führt wiederum zu einer Bezugnahme auf Gunther Teubners Konzept der Gegensteuerung durch „reflexives Recht“ (II 7). Inwieweit Prozeduralisierung an die moderne Form des bürgerlichen Rechts anzuknüpfen hat, in der das Recht – nach Niklas Luhmanns Deutung – selbstreflexiv geworden ist (II 8), oder nicht vielmehr doch als Symptom für eine Krise dieses Rechts zu werten ist (II 9), bildet den Gegenstand der darauffolgenden Überlegungen.

Nach diesem Blick zurück auf die Theorien der Prozeduralisierung gilt der dritte Teil des vorliegenden Beitrags schließlich den Fragestellungen des Tagungsprojekts, dessen Ergebnisse in diesem Band vorgestellt werden: Hier werden zunächst die im Vorfeld der Tagung formulierten Frageperspektiven umrissen (III 1), bevor im Anschluss ein Überblick über die in diesem Band versammelten Perspektiven auf die Prozeduralisierung des Rechts gegeben wird (III 2).

I. Prozeduralisierung des Rechts: Ortsbestimmungen

1. Postregulatorisches Recht – Entmaterialisierung – prozedurales Recht

Prozeduralisierung des Rechts¹ lässt sich als ein Trend oder eine Tendenz im Recht verstehen, den immer komplexer werdenden gesellschaftlichen Herausforderungen und damit verbundenen Regelungs- und Entscheidungsproblemen durch *Verfahren* und nicht (jedenfalls nicht primär) durch Zunahme an vorweggenommenen materiellen Determinierungen Rechnung zu tragen. Diese Entwicklung ist mit einem Wandel der Steuerung durch Recht² verbun-

¹ Im Folgenden wird nicht unterschieden zwischen der „Prozeduralisierung *im* Recht“ (als Indikator der Zunahme verfahrensmäßiger und organisatorischer Regelungsmechanismen im Recht) und der „Prozeduralisierung *des* Rechts“ (als Prozeduralität des Rechts, die ihm strukturell eingeschrieben ist); zu dieser Unterscheidung: Frank Saliger, Prozeduralisierung im (Straf-)Recht, in: Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann/Frank Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 434–452, hier: S. 434 f. – Für Anregungen und Kritik zu den nachstehenden Ausführungen danke ich Carsten Kremer.

² Vgl. zur Steuerungstheorie insb. Renate Mayntz, Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme – Anmerkungen zu einem theoretischen Paradigma, in: Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft 1 (1987), S. 89–110; siehe ferner Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., München 2012, § 4, S. 179–257; zur Verdrängung der Steuerungsperspektive durch „Global Governance“: Renate Mayntz, Von der Steuerungstheorie zu Global

den³, dessen genaue zeitliche Verortung nicht einfach vorzunehmen ist. Immerhin lässt sich sagen, dass sich dieser Wandel bereits seit den 1970er Jahren, vor allem aber seit den 1990er Jahren vollzieht.⁴ In dieser Zeit kommt es (im Unterschied zu den klassischen Steuerungsformen des Gesetzesstaates) zu einer Zunahme von indirekten Formen der Steuerung. Dabei scheint dieser Trend – diese Wendung zum „postregulatorischen Recht“⁵ – keine zufällige Entwicklung zu sein, deren Vektor sich auch wieder ändern kann, sondern eine solche, die den Gesetzesbegriff selbst betrifft. Die Tragweite und normative Bewertung dieser Veränderungen ist umstritten und wird noch zu diskutieren sein.⁶

Für die kontinentalen Rechtskulturen zentral ist (schematisch gesprochen) das – idealtypische – klassisch-rechtsstaatliche Verständnis des *Gesetzes*, wonach das Gesetz inhaltliche Maßstäbe vorgibt, die von den rechtsanwendenden Instanzen nur noch umzusetzen sind. Der eingetretene Wandel rechtlicher Steuerung lässt dieses Gesetzesverständnis hinter sich: Es wird nun wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass Gesetze nicht lediglich vollzogen oder auf die zu regulierende Materie angewendet werden, sondern dass sie in der Rechtsanwendung ihrerseits Konkretisierungen und weiteren Ausgestaltungen unterliegen. Einer der zentralen Schauplätze dieser Entwicklung ist die Verwaltung, deren exekutivischer Handlungsrahmen sich zu einem gestalterischen erweitert. Ein weiterer Schauplatz ist die Rechtsprechung, die im Zuge der Prozeduralisierung immer mehr an Bedeutung gewinnt.

Unter den Bedingungen des postregulatorischen Rechts wird die Differenz zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung unscharf. Zwar wird die Gesetzesbindung nicht ausgehebelt, die Bindungsverhältnisse werden aber gelo-

Governance, in: Gunnar Folke Schuppert/Michael Zürn (Hrsg.), *Governance in einer sich wandelnden Welt*, Wiesbaden 2008.

³ Zu den Verbindungslinien siehe in diesem Beitrag insb. I 3 (im Kontext der Diskussion um den Neoliberalismus), II 7 (in Bezug auf Gunther Teubners Begriff des „reflexiven Rechts“) sowie II 8 (im Kontext von Niklas Luhmanns Kritik am Konzept des „reflexiven Rechts“).

⁴ Vgl. zu diesem Periodisierungsvorschlag etwa *Felix Eckardt*, *Information, Partizipation, Rechtsschutz. Prozeduralisierung von Gerechtigkeit und Steuerung in der Europäischen Union* – unter besonderer Berücksichtigung der Aarhus-Konvention, 2. Aufl., Münster 2010, S. 13.

⁵ „Postregulatorisches Recht“ lässt die Vorstellung von einer regulativen Macht des Staates, der als Steuerungssubjekt auf die Gesellschaft einwirkt, hinter sich. Zur Unterscheidung von „regulatorischem“ und „postregulatorischem Recht“ vgl. *Klaus Eder*, *Die Autorität des Rechts. Eine soziale Kritik prozeduraler Rationalität*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 8 (1987), S. 193–230, hier: S. 195–199.

⁶ So wird etwa in systemtheoretischer Perspektive mit dem Ausdruck „postregulatorisches Recht“ die Steuerungsfähigkeit des Rechts überhaupt infrage gestellt, vgl. *Gunther Teubner/Helmut Willke*, *Kontext und Autonomie. Gesellschaftliche Selbststeuerung durch Reflexives Recht*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1984), S. 4–35; *Helmut Willke*, *Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer sozietaalen Steuerungstheorie*, Königstein am Taunus 1983; vgl. auch *Gunther Teubner*, *Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft*, in: *Dieter Simon/Manfred Weiss* (Hrsg.), *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden 2000, S. 437–453.

ckert.⁷ So verzichtet der Gesetzgeber etwa auf eine exakte Programmierung der Entscheidungen der Verwaltung und gibt oftmals nur einen Rahmen vor, dem sich bestimmte Zielvorgaben entnehmen lassen, die bei Prozessen der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen sind. Dahinter steht die Überlegung, „daß das Recht lediglich Entscheidungsprämissen (z.B. durch Verfahrensnormen) festlegt und die inhaltlichen Entscheidungen den konkreten Verhandlungsarrangements in jeweils betroffenen gesellschaftlichen Teilbereichen überläßt“.⁸

Diese Tendenz im Recht lässt sich als eine Reaktion auf die Komplexität der gesellschaftlichen und technischen Herausforderungen verstehen, die die gesetzliche Regulierungspraxis an ihre Grenzen führen. Man denke nur an die aktuellen Herausforderungen der Digitalisierung, die unter dem Stichwort „Big Data“ und „Cloud Computing“ diskutiert werden und Fragen des Umgangs mit (sensiblen) Daten aufwerfen, an neuartige Formen von Sharing Economy, deren Regulierung, wenn überhaupt, nur reaktiv und *ex post* zu gelingen scheint, oder an die soziale Steuerung durch Algorithmen, die außerhalb von rechtlichen Normen erfolgt und das Recht vor neue Aufgaben stellt. In dieser Situation scheint der Gesetzgeber immer weniger in der Lage zu sein, materielle Standards gesetzlich vorzugeben.

In den Rechtswissenschaften wird der Trend zur Prozeduralisierung daher unter dem Stichwort *Entmaterialisierung* diskutiert. Die „Entmaterialisierung“ berührt unmittelbar Aspekte der Verarbeitung von Wissen und des Umgangs mit Ungewissheit im Recht⁹: „Rechtliche Steuerung setzt die (Annahme der) Existenz fester Parameter voraus. Ein System, das von der Rationalität des Legalismus [der sich etwa im Primat des Gesetzgebers gegenüber anderen Staatsgewalten äußert; T.S.] geprägt ist, muss die Illusion des Wissens zugrunde le-

⁷ Zu einer solchen „Flexibilisierung trotz Bindung“ in Bezug auf das Verwaltungsrecht vgl. *Andreas Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip. Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung – Zur Flexibilisierung des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts, Tübingen 1999, S. 1–9.

⁸ So in Bezug auf „reflexives Recht“ *Ingeborg Maus*, Perspektiven ‚reflexiven Rechts‘ im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen, in: *Kritische Justiz* 19 (1986), S. 390–405, hier: S. 390.

⁹ Vor allem die verwaltungsrechtliche Literatur beschäftigt sich seit einiger Zeit eingehend mit der Bedeutung des Wissens im und für das Recht, siehe beispielsweise *Marion Albers*, Information als neue Dimension im Recht, *Rechtstheorie* 33 (2002), S. 61–89; *Burkard Wolensschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, Tübingen 2009, insb. S. 180–186; *Indra Spiecker gen. Döhmman*, Wissensverarbeitung im Öffentlichen Recht, in: *RW* 1 (2010), S. 247–282; *Thomas Vesting*, Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung, in: *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 2, 2. Aufl., München 2012, § 20, S. 1–34; *Carsten Kremer*, Ungewissheit im Sicherheitsverwaltungsrecht, in: *Ino Augsberg* (Hrsg.), *Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht. Analysen und Perspektiven*, Tübingen 2013, S. 195–216; *ders.*, *Vorsorge im allgemeinen Sicherheitsverwaltungsrecht*, unv. Ms. 2015; *Ino Augsberg*, *Informationsverwaltungsrecht. Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen*, Tübingen 2014.

gen. Das Rationalitätsparadigma wird durch die aufkommende Nichtwissensdiskussion jedoch zunehmend erschüttert.¹⁰ In den Bereichen, in denen man es mit risikoreichen Materien zu tun hat, so etwa im Medizin-, Umwelt- oder Technikrecht, ist eine derartige durch Ungewissheit ausgelöste „Erschütterung“ besonders offensichtlich. Atomkraft, Gentechnik, Nanotechnologie etc. bergen stets ein Restrisiko, das gewissermaßen nicht unter Kontrolle zu bringen ist. Plakativ gesagt lässt sich niemals völlig ausschließen, dass ein Atomkraftwerk in die Luft geht. In einer „Risikogesellschaft“¹¹ kann sich eine staatliche Regulierung daher nicht mehr alleine auf gesichertes Wissen, etwa über eine konkrete Gefahr, stützen, wie es bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts noch weitgehend der Fall war. Vielmehr ist zunehmend von der Situation des Nichtwissens und von Konstellationen der Ungewissheit auszugehen, die der Gesetzgeber – mangels materieller Standards, die hier überhaupt erst zu definieren sind – nicht ohne Weiteres regeln kann.

Konstellationen der rechtlichen Ungewissheit lassen sich allerdings neben dem Problem der Komplexität der zu regulierenden Materien noch viel allgemeiner auf den gegenwärtigen gesellschaftlichen Zustand beziehen. In einer gesellschaftlichen Situation, in der „weiche“ und „harte“ Interessen und schlicht Zwänge – die Interessen der Ökologie, der Kultur und der Kommunikation und die der Ökonomie, der Bürokratie und der Technik¹² – unvereinbar aufeinander treffen, wird es immer weniger wahrscheinlich, einen Konsens zu unterstellen, geschweige denn herzustellen. Die Einigung auf Verfahrensvorschriften erscheint hier gewissermaßen als Konsensersatz.

Prozeduralisierung des Rechts lässt sich also als ein Mechanismus verstehen, der es erlaubt, mit jener Unsicherheit umzugehen, die mit der Entmaterialisierung und dem fehlenden Konsens angesichts unvereinbarer Positionen und Konflikte verbunden ist. Dabei setzt man auf *prozedurales Recht* – ein Recht, das sich weder als Gegenbegriff des materiellen Rechts erfassen lässt noch mit der Gesamtheit des formellen oder des Prozessrechts zusammenfällt, sondern als eine Rechtskategorie *sui generis* zu verstehen ist. Prozedurales Recht bezeichnet die Gesamtheit jener „Kompetenz-, Organisations- und Verfahrens-

¹⁰ Daniela Winkler, Handlungsstrategien der legalistischen Verwaltung in Ungewissheitssituationen, in: Klaus König/Sabine Kropp/Sabine Kuhlmann/Christoph Reichard/Karl-Peter Sommermann/Jan Ziekow (Hrsg.), Grundmuster der Verwaltungskultur. Interdisziplinäre Diskurse über kulturelle Grundformen der öffentlichen Verwaltung, Baden-Baden 2014, S. 81–104, hier: S. 81, Fn. 1.

¹¹ Vgl. die unter dem Eindruck der Atomkatastrophe von Tschernobyl veröffentlichte Studie von Ulrich Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main 1986. Zur Diskussion der Prozeduralisierung vor dem Hintergrund der Beck'schen Diagnose: John Paterson, Trans-science, Trans-law and Proceduralization, in: Social and Legal Studies 12 (2003), S. 525–545.

¹² Vgl. Guido Martin/Heidemarie Renk/Margaretha Sudhof, Maßstäbe, Foren, Verfahren: Das Prozeduralisierungskonzept Rudolf Wiethölters, in: Kritische Justiz 22 (1989), S. 244–257, hier: 257.

vorschriften, die einen Bezug zur Richtigkeit (Rationalität, Gerechtigkeit, Legitimation) der durch sie ermöglichten Entscheidungen aufweisen“, wie es Graf-Peter Calliess aus rechtswissenschaftlicher Sicht formuliert hat.¹³ Mit dem Vorrang des „Wie“ vor dem „Was“, der im prozeduralen Recht impliziert ist, verbindet sich der Anspruch, unter Ungewissheitsbedingungen die Rationalität des Rechts zu gewährleisten und seine Lernfähigkeit zu steigern. Dabei zeichnet sich prozedurales Recht nicht (mehr) primär durch seine Funktion der Umsetzung von vorausgesetzten materiellen Prinzipien, Werten oder Zwecken der jeweiligen Regulierungspraxis aus. Vielmehr rückt die Perspektive der Genese von Rechtsnormen ins Zentrum, einschließlich der Reflexion über die Prinzipien und Kriterien ihrer Beurteilung. Die in der klassischen Rechtsdogmatik formulierte Aufgabenteilung – die Schaffung von Recht durch die Gesetzgebung und die Anwendung von Recht durch die Rechtsprechung – wird dabei transzendiert. Nicht die Ergebnisorientierung, sondern die Bestimmung der Bedingungen der Einwirkung auf das Entscheidungsergebnis steht im Vordergrund, nicht primär der Regelungszweck, sondern die Bedingungen der Einbeziehung – oder der Limitierung des Zugangs – verschiedener Akteure zu den Prozessen der Entscheidungsfindung und der Rechtserzeugung.

Das moderne Umweltrecht etwa ist ein prozedurales Recht in diesem Sinne. Es setzt auf die Stärkung der Beteiligung von Privaten und Mitgliedern der Zivilgesellschaft an Entscheidungs- und Normsetzungsprozessen¹⁴ und darauf, Räume zu schaffen, in denen, um es mit Rainer Forst zu sagen, das „Recht auf Rechtfertigung“ ausgeübt werden kann.¹⁵ Zu erwähnen ist hier z.B. die Aarhus-Konvention, die Individuen und Nichtregierungsorganisationen Zugangsrechte zu Umweltinformationen gewährt.¹⁶ Der andere Modus, prozedurale Rationalität freizusetzen, beruht auf dem Mechanismus, die Durchsetzung von Rechtsnormen bewusst in die Hände der Kläger zu legen, die ein über die Eigenbetroffenheit hinausgehendes Interesse vertreten und sich gleichsam zu Agenten der öffentlichen Zwecke machen. Dazu gehört die advokatorische Funktion der Verbandsklage, die im Ergebnis das Profil des öffentlichen Rechts selbst verändert – vom „Sonderrecht des Staates“ zum „Sonderrecht öffentlicher Aufgabenträger“.¹⁷

¹³ Vgl. *Graf-Peter Calliess*, Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999, S. 177.

¹⁴ Vgl. *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main 1992.

¹⁵ Vgl. *Rainer Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 2007.

¹⁶ Vgl. *Anne Peters*, Jenseits der Menschenrechte. Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht, Tübingen 2014, S. 426.

¹⁷ Vgl. *Andreas Fischer-Lescano*, Transnationales Verwaltungsrecht. Privatverwaltungsrecht, Verbandsklage und Kollisionsrecht nach der Aarhus-Konvention, JuristenZeitung 63 (2008), S. 373–383.

Fasst man zusammen, so lautet das Versprechen der Prozeduralisierung, Steuerungsdefizite des materiellen Rechts, die bei komplexen Entscheidungsproblemen aufkommen, durch geeignete verfahrensrechtliche Mechanismen zu kompensieren. Dies schließt auch den Ausbau des Rechtsschutzes mit ein. In den hier – insbesondere in Bezug auf das Umweltrecht – umrissenen Beobachtungen sind zwei weitere Entwicklungen impliziert, die bei der Diskussion um Prozeduralisierung berücksichtigt werden müssen. Zum einen verbindet sich der Trend zur Prozeduralisierung mit dem Prozess der *Konstitutionalisierung*, insbesondere im überstaatlichen Recht. Und zum anderen ist die Prozeduralisierung auf nicht einfache Weise auch mit *Demokratisierungsprozessen* verknüpft. Auf diese beiden Komplexe ist nun in aller Kürze einzugehen.

2. Konstitutionalisierung – Demokratisierung – Neoliberalismus

Was das innerstaatliche Recht angeht, versteht man unter „Konstitutionalisierung“ die „Durchdringung des nationalen Rechts durch das Verfassungsrecht“.¹⁸ Während dieser Begriff der innerstaatlichen Konstitutionalisierung weitgehend klar konturiert ist, ist die Diskussion über „Konstitutionalisierung“ in einem überstaatlichen Rahmen, zumal des Völkerrechts, noch im Gang, es werden unterschiedliche Positionen vertreten. Im Hinblick auf die Prozeduralisierung des Rechts erscheinen die Analysen, in denen der Vorgang der Konstitutionalisierung in der Europäischen Union zum Thema gemacht wird, als besonders vielversprechend. Bei diesem Vorgang spielen nicht nur die Einwirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eine Rolle,¹⁹ sondern auch die wechselseitigen Verschränkungen des nationalen Rechts mit dem EU-Recht.²⁰

Wird unter Prozeduralisierung verstanden, dass der Regelungsgegenstand für das Recht erst im Verfahren gewonnen werden soll, so lässt sich die Prozeduralisierung gerade mit dem Prozess der Konstitutionalisierung der nationalen Rechtsordnungen in der EU (zumindest auf den ersten Blick) besonders gut in Verbindung bringen.²¹ Wie Katharina Mangold und Rainer Wahl feststellen, lasse sich vor allem im EU-Recht „eine sichtbar werdende Tendenz“ beobach-

¹⁸ Vgl. *Gunmar Folke Schuppert/Christian Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, Baden-Baden 2000, S. 25.

¹⁹ Vgl. hierzu *Samantha Ashenden*, Dilemmas of proceduralisation: cross-border surrogacy, the French Republic and the European Court of Human Rights (in diesem Band), S. 265–288.

²⁰ Vgl. *Claudio Franzini*, Recht und Politik in der transnationalen Konstellation, Frankfurt am Main/New York 2014, S. 74.

²¹ Andeutungsweise dazu bereits *Tatjana Sheplyakova*, Das Recht der Klage aus demokratietheoretischer Perspektive, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 64 (2016), S. 45–67, hier: S. 61–64.

ten, „die Einhaltung von reinen Verfahrenspositionen klagbar zu machen“. ²² So können sich Betroffene etwa bei gesundheitsgefährdenden mitgliedstaatlichen Maßnahmen auf die zwingenden Vorschriften des EU-Rechts berufen, darunter die Trinkwasserrichtlinie, die Feinstaubrichtlinie usw., um ihre Rechte geltend zu machen – und zwar ohne dass es auf der Ebene des nationalen Rechts so etwas wie einen „abstrakten (materiellen) Anspruch auf ‚Volksgesundheit‘“ gäbe, den man einklagen könnte. ²³

Die Rede von „Prozeduralisierung“ ist in diesem Kontext zweideutig. Der Ausbau der Verfahrensrechte sorgt dafür, dass die Einzelnen ihre materiellen Rechte auch dann geltend machen können, wenn auf der Ebene des nationalen Rechts kein materieller Anspruch vorliegt. Es ist das Verfahrensrecht selbst, das die materiellen Regelungen der EU verwirklicht, und nicht der nationale Gesetzgeber. ²⁴ Zugleich ist evident, dass die Einzelnen durch den Ausbau der Verfahrensrechte befähigt werden (sollen), zur Implementierung der EU-Normen auf nationalstaatlicher Ebene beizutragen. ²⁵ Insofern kann eine Prozeduralisierung gerade einer *Zunahme* von materiellen Determinierungen Vorschub leisten, und zwar ohne dass letztere vom Gesetzgeber initiiert werden müssen. Diese „materielle Komponente“ der Prozeduralisierung hebt auch Andreas Voßkuhle hervor, wenn er den „Leitgedanken“ der Prozeduralisierung, worin sie über die Verfahrenslogik hinausgeht, darin sieht, dass „[a]uch die Norminhalte [...] überwiegend im Verfahren selbst gewonnen werden [sollen]“, die Bedeutung des Verfahrens also nicht auf die „Umsetzung abstrakt-genereller Vorgaben im konkreten Einzelfall“ beschränkt bleibe. ²⁶

Dabei lässt sich der Ausbau des Rechtsschutzes, den man als Element der Prozeduralisierung auffassen kann, überhaupt als Motor der Entstehung einer „unsichtbaren Europäischen Verfassung“ begreifen. So formuliert es Hauke Brunkhorst, demzufolge die Justizialisierung auf europäischer Ebene einen unverzichtbaren Beitrag zur immerwährenden „re-foundation“ und „revision“ der Verträge von Paris und Rom leistet. ²⁷ Die „invisible constitution of Europe“ verdanke sich einem Prozess der Justizialisierung, der durch unzählige individuelle Klagehandlungen und richterliche Entscheidungen veranlasst wurde.

²² Anna Katharina Mangold/Rainer Wahl, Das europäisierte deutsche Rechtsschutzkonzept, in: Die Verwaltung 48 (2015), S. 1–28, hier: S. 11 (mit Nachweisen, Fn. 34).

²³ Vgl. ebd., S. 8.

²⁴ Ebd. in Bezug auf das deutsche Verfahrensrecht.

²⁵ Zur Kritik der instrumentellen Dimension des Prozeduralisierungsbegriffs, die darin impliziert ist: Tatjana Sheplyakova, Das Klagerecht und die Prozeduralisierung des Rechts (in diesem Band), S. 191–228.

²⁶ Vgl. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip (Fn. 7), S. 63 (Herv. im Orig.).

²⁷ Dazu Hauke Brunkhorst, Europe in crisis – an evolutionary genealogy, in: Mikael Rask Madsen/Chris Thornhill (Hrsg.), Law and the Formation of Modern Europe. Perspectives from the Historical Sociology of Law, Cambridge 2014, S. 308–348; ders., Critical Theory of Legal Revolutions. Evolutionary Perspectives, New York 2014, S. 446–454.

Dieser Prozess ist nach wie vor in Gang, und es sind dabei vor allem die nationalen Gerichte, die – in Kooperation mit dem Europäischen Gerichtshof – mit ihren Urteilen für die Harmonisierung des nationalen Rechts mit den EU-Normen Sorge tragen – und weniger die Initiative der nationalen Gesetzgeber.²⁸

Die Bewertung dieses Justizialisierungsprozesses fällt ambivalent aus. So betrachtet Hauke Brunkhorst die Justizialisierung als eine Kompensation für den Zustand, der sich in der EU als Folge der ordoliberalen Doktrin der „Economic Constitution“ etabliert hat: „Go European, go global with the economy“, so fasst Brunkhorst diese Doktrin zusammen, „but make sure that all political powers of regulation and taxation remain within the borders of the national state!“²⁹ Zur *juridischen* Konstitutionalisierung sei es nur gekommen, weil die *politische* Konstitutionalisierung auf europäischer Ebene verpasst oder verhindert wurde.³⁰ Im Ergebnis konnten sich die „staatseingebetteten Märkte“, so lautet Brunkhorsts im Anschluss an Wolfgang Streek formulierte Diagnose, ungehindert in „markteingebettete Staaten“ verwandeln.³¹

Das Verhältnis zwischen juridischer und politischer Konstitutionalisierung ist eine komplexe Frage, die an dieser Stelle nicht angemessen diskutiert werden kann.³² Bringt man Prozeduralisierung des Rechts mit der *juridischen* Konstitutionalisierung in Verbindung, so ist durchaus anzunehmen, dass Prozeduralisierung als neuartige Entwicklung im Recht zugleich auch das Primat der politischen Konstitutionalisierung, von dem Brunkhorst in seiner Analyse ausgeht, infrage stellt. Dies berührt unmittelbar demokratietheoretische Fragen, insbesondere die nach der *Legitimität* des durch Prozeduralisierung überformten Rechts, zumal es gewaltenteilig organisierte Rechtsverhältnisse geradezu umzukehren scheint: Der demokratische Gesetzgeber kommt hier gewissermaßen immer zu spät, indem er die durch Richtersprüche konkretisierten Regelungen lediglich *ex post* bestätigt, sie nur noch nachträglich validiert. Unnötig zu sagen, dass dies hinsichtlich der demokratischen Partizipation und der Kontrolle der Regierung durch die Bürger Probleme aufwirft.

Umgekehrt betrachtet könnte man aber auch nach der Legitimität *durch* Prozeduralisierung – nach der legitimierenden Wirkung, die von ihr ausgeht – fragen. Deutet man Prozeduralisierung nämlich als eine eigenständige Entwicklung und nicht lediglich instrumentell, als Kompensation für den Mangel an politischer Gestaltungskraft – ob nun vor dem Hintergrund des Diktats der ökonomischen Liberalisierung, wie in Brunkhorsts Deutung, oder aus Grün-

²⁸ Vgl. *Brunkhorst*, Europe in crisis (Fn. 27), S. 324.

²⁹ Ebd., S. 330 (Herv. weggelassen, T. S.).

³⁰ Ebd.; zum Unterschied und Verhältnis von politischer und rechtlicher Konstitutionalisierung: *Franzius*, Recht und Politik (Fn. 20), S. 71–76.

³¹ Vgl. auch *Hauke Brunkhorst*, Die Verschränkung von Repression und Emanzipation in der Evolution des modernen Rechts (in diesem Band), S. 55–72.

³² Vgl. hierzu *Chris Thornhill*, Legal proceduralization and the fictions of the political (in diesem Band), S. 161–189.

den der Steuerungsproblematik angesichts der Entmaterialisierung, wie eingangs umrissen (I 1) –, so stellt sich die Frage nach der eigentümlichen politischen Funktion von Prozeduralisierung selbst, die eigens zu explizieren wäre. So wäre etwa zu diskutieren, ob es sich nicht tatsächlich so verhält, dass die prozeduralen Elemente des Rechts, die es den Berechtigten erlauben, an der Normerzeugung (zum Beispiel indirekt, auf dem Weg der Klage) zu partizipieren, im Hinblick auf die Rechtsordnung als ganze *legitimatorisch* wirken. Im Lichte der durch die Prozeduralisierung veränderten Rechtsstruktur wäre demokratische Partizipation neu zu fassen.

An dieser Stelle tritt ein weiterer Zusammenhang in den Blick: Ob man nun die Veränderungen der Verwaltung vor Augen hat, die nicht mehr rein exekutivisch tätig ist, sondern gestalterisch-aktiv werden kann, oder die Tätigkeit der Gerichte, die die Funktion der Präzisierung der gesetzlichen Regelungen übernehmen oder aber den materiellen Gesetzen überhaupt erst vorarbeiten³³ – beides geht einher mit einer fallabhängigen Öffnung des Rechts für gesellschaftlich-autonome Normproduktion. Mit der Prozeduralisierung ist die Beobachtung verbunden, dass die Positionen individueller Akteure und Gruppen gestärkt werden: Bürgerinnen und Bürger werden für die Durchsetzung des Rechts mobilisiert.³⁴ Die demokratisch-partizipatorische Dimension von Prozeduralisierung äußert sich dabei nicht nur in der Tendenz, bei komplexen Entscheidungen die Anhörungsrechte verschiedener (Interessen-)Gruppen zu stärken und die Öffentlichkeit an Entscheidungsprozessen zu beteiligen. Auch die zu verzeichnende Zunahme an gerichtlicher Aktivität ist unter den Bedingungen des prozeduralen Rechts nicht mehr lediglich dem „Infantilismus der Justizgläubigkeit“ zuzurechnen, wie es Ingeborg Maus noch gesehen hat,³⁵ son-

³³ Bleibt man beim Umweltrecht, so lässt sich dies etwa am Beispiel des Bundesbodenschutzgesetzes verdeutlichen. Das Gesetz ist 1999 in Kraft getreten und begegnet dem Problem der Verunreinigung des Bodens, z.B. durch Altlasten. Es regelt im Einzelnen, welche Maßnahmen von den Behörden ergriffen werden können und wer etwa für eine Bodensanierung verantwortlich ist. Bis zum Erlass dieses Bundesgesetzes wurden diese Fragen durch die Rechtsprechung geklärt, die sich dabei auf die allgemeinen Polizeigesetze des Länder gestützt hat, die jedoch zu vielen wichtigen Aspekten des Bodenschutzes keine zureichenden Regelungen enthalten. Insoweit hat also die Rechtsprechung die Funktion der Präzisierung und Konkretisierung von allgemeinen Regeln übernommen, bevor ein neues Gesetz verabschiedet wurde, um dieser Unsicherheit entgegenzuwirken.

³⁴ *Johannes Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, Berlin 1997.

³⁵ So *Ingeborg Maus*, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Funktion von Rechtsprechung in der ‚vaterlosen Gesellschaft‘, in: Werner Faulstich/Gunter E. Grimm (Hrsg.), *Sturz der Götter? Vaterbilder im 20. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1989, S. 121–149, hier: S. 129: „Forderungen nach sozialer Gerechtigkeit und Umweltrecht kommen oft weniger im eigenen Wahlverhalten, geschweige denn in der Beteiligung an nichtinstitutionalisierten gesellschaftlichen Willensbildungsprozessen zum Ausdruck, sondern in der Hoffnung auf Zuteilung dieser Güter durch das höchste Gericht“. Gerade die verfassungsrichterliche Gewalt stelle wegen der Gefahr der „gerechtigkeitsexpertokratischen“ Souveränität der Richter, die dazu neigten,

dern verbindet sich mit dem Schutz und der Freisetzung demokratischer Autonomie – als Inanspruchnahme des Rechtswegs als eines der unverstellten Kanäle der individualisierten oder gruppenspezifischen Willensbildung.³⁶

Neben der Problematik der Entmaterialisierung und der Konstitutionalisierung verbindet sich Prozeduralisierung mithin auch mit einem dritten Komplex – dem *Wandel der demokratischen Partizipation*. Offenkundige Berührungspunkte sind hier beispielsweise zu der in der politischen Theorie entfachten Diskussion um sogenannte *Mini-Publics* und deren Relevanz für die partizipative Demokratie zu sehen. *Mini-Publics* sind meist zahlenmäßig kleine Gruppen, deren Zusammensetzung teils nach dem Zufallsprinzip erfolgt. Sie finden sich zusammen, um über konkrete Sachfragen und Interessenkonflikte auf regionaler und lokaler Ebene, z.B. über Bürgerhaushalte, Stadtplanung etc., zu beraten, mit dem Ziel, Entscheidungshilfen für die öffentliche Verwaltung bereitzustellen oder sogar konkrete Entscheidungen herbeizuführen.³⁷ Eine offene Debatte, in der persönliche Präferenzen der Beteiligten auf lokaler Ebene zur Sprache kommen können, soll auch auf allgemeiner Ebene kollektive Entscheidungsprozesse informieren und die Ergebnisse mit der Vermutung gesteigerter Rationalität versehen. Dabei werden in diesem Rahmen nicht nur spezielle Sachfragen von begrenzter Tragweite diskutiert. Auch bei normativ aufgeladenen Fragen von allgemeiner Relevanz, etwa Fragen des Klimawandels, der Technikfolgenabschätzung, der Gendiagnostik etc., gewinnt diese Form der deliberativen Bürgerbeteiligung an Bedeutung.³⁸

Doch auch dieser Trend zu *Mini-Publics* als Modus der demokratischen Partizipation ist nicht unumstritten. So gibt Cristina Lafont angesichts des florierenden Diskurses um *Mini-Publics* zu bedenken, dass dort, wo sie generalisierend eingesetzt werden, die Legitimität des deliberativen Systems als ganzen

das Recht durch Rückgriffe auf Wertentscheidungen unzulässigerweise zu entformalisieren, ja sogar zu entrechtlichen, ein doppeltes Übel dar, vgl. *dies.*, Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant, Frankfurt am Main 1992, S. 235 ff., 298–302.

³⁶ Vgl. *John Hart Ely*, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA/London 1980; *Christoph Möllers*, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford 2013; vgl. auch *Sheplyakova*, Das Klagerecht und die Prozeduralisierung des Rechts (Fn. 25).

³⁷ Zu dieser empirischen Wendung des *deliberative turn* der 1990er Jahre siehe die kritische Einschätzung von *Cristina Lafont*, *Deliberation, Participation, and Democratic Legitimacy: Should Deliberative Mini-publics Shape Public Policy?*, in: *The Journal of Political Philosophy* 23 (2015), S. 40–63. Für den Hinweis auf Lafonts Kritik dieser aktuell diskutierten Form der deliberativen Beteiligung danke ich Esther Neuhann.

³⁸ Vgl. *Sabine Bossert*, *Deliberative Bürgerbeteiligung in der deutschen Debatte um Priorisierung in der medizinischen Versorgung. Eine explorative Analyse von Potenzialen, Qualitätsanforderungen und Kontextbedingungen am Beispiel der Lübecker Bürgerkonferenz*, Dissertation Leuphana Universität Lüneburg 2015 (abrufbar unter <https://d-nb.info/1099707366/34>), S. 6–7.

keineswegs erhöht, sondern geschmälert werde.³⁹ Dies sei vor allem dann der Fall, wenn die Empfehlungen der *Mini-Publics* in politische Entscheidungsprozesse auf *direktem* Wege Eingang finden, in Umgehung der Deliberation in der breiten Öffentlichkeit.⁴⁰ Gegen den Vorschlag, die „formal power of public decision“ dem „microcosm of the people“ zu übertragen,⁴¹ gibt sie zu bedenken, dass die Einzelnen, die sich an solchen *Mini-Publics* beteiligen, weder autorisiert sind, als Repräsentanten der anderen oder der Allgemeinheit aufzutreten, noch den anderen Bürgern außerhalb der Gruppe oder der Allgemeinheit gegenüber für verantwortlich gehalten (und dementsprechend auch zur Verantwortung gezogen) werden können.⁴² Setze man umstandslos auf *Mini-Publics*, so komme es daher zu der problematischen Konsequenz, dass die öffentliche Meinung der Bürgerschaft sich von den politischen Maßnahmen, denen sie unterworfen ist, immer mehr entkoppele.⁴³ Daher sei die Herstellung der Legitimation über Massenpartizipation ebenso unumgänglich wie die Bemühungen darum, dass sich die öffentliche Meinung durch institutionelle Innovationen zu einer besser informierten, reflektierten usw. hin transformiert.⁴⁴ Darin hält sich Lafont an Habermas, auf den sogleich (II 2) noch näher einzugehen ist: Auf deliberative Prozesse in der breiten Öffentlichkeit könne man keineswegs zugunsten der Mikroebene verzichten.

Mit der Skepsis gegenüber den *Mini-Publics* wird der Einwand gegen die zu befürchtende Inkongruenz von Autoren und Adressaten des Rechts⁴⁵ wiederbelebt, die mit den durch eine Prozeduralisierung veränderten Partizipationsformen einhergeht. Besonders prägnant hat diesen Einwand Ingeborg Maus formuliert, als sie vor einem Zustand warnte, in dem „wenige über wenige [...] Besonderes [entscheiden]“.⁴⁶ Die Befürchtung ist, dass unter den Bedingungen der Prozeduralisierung des Rechts eher die „ökonomisch starken Ellenbogen-Egoisten“ zum Zuge kommen und begünstigt werden, die sich in den jeweiligen Verfahrenskonstellationen auf Kosten der sozial Benachteiligten durch-

³⁹ Lafont, *Deliberation* (Fn. 37), S. 41.

⁴⁰ Ebd., S. 41, 42, Lafont diskutiert diese Frage vor dem Hintergrund des Problems der Spannung zwischen Deliberation und Partizipation.

⁴¹ Ebd., S. 47, mit Bezug auf *James Fishkin*, *When the People Speak*, Oxford 2009, S. 157.

⁴² Vgl. Lafont, *Deliberation* (Fn. 37), S. 52.

⁴³ Vgl. ebd., S. 53: „over time the actual public opinion of the citizenry would become more and more disconnected from the policies to which they are subject“.

⁴⁴ Zu diesen Innovationen zählt Lafont die Vielfalt der Massenmedien, Unabhängigkeit der politischen Parteien von konzentriertem Reichtum und wirtschaftlicher Macht, Reformierung politischer Kampagnen usw. (ebd., S. 59f.).

⁴⁵ Zur Relevanz dieser Doppelstruktur für die Demokratie: *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 14); zur Kritik an der „Inkongruenz“ unter Verrechtlichungsbedingungen in einer globalisierten Welt: *Regina Kreide*, *Die verdrängte Demokratie. Essays zur politischen Theorie*, Baden-Baden 2016, S. 53f.

⁴⁶ *Ingeborg Maus*, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie* (Fn. 35), S. 221f.; zu diesem Komplex: *Calliess*, *Prozedurales Recht* (Fn. 13), S. 117f.

setzen.⁴⁷ Dem steht die Hoffnung gegenüber, dass prozedurales Recht durch das „Gleichgewicht der Verhandlungschancen“ im Gegenteil gerade als Korrektiv für faktisch vorhandene Ungleichheit fungieren kann.⁴⁸

Ob das eine oder andere zutrifft – und auch wirklich eintritt –, lässt sich allgemein nicht beantworten. Fest steht aber, dass Prozeduralisierung auf die Forderung reagiert, „dass der Zugriff des Rechts auf die gesellschaftliche ‚Wirklichkeit‘ nicht länger theoretisch ungefiltert sein dürfe, sondern rechtlich reflektiert werden müsse“.⁴⁹ Unabhängig davon, wie man sich zum prozeduralen Recht verhält, darf nicht übersehen werden, dass Prozeduralisierung zugleich ein emanzipatorisches Versprechen aussendet: Es ist das Versprechen, das „in der Rechtsform aufgespeicherte Wissen sowie die Verfahren seiner Herstellung [zu] demokratisier[en], so dass die Subalternen dazu in die Lage versetzt würden, die strategische Selektivität [des Rechts, das immer nur gegenüber *bestimmten* Einflussnahmen und Kommunikationsformen offen ist, während es für *andere* unempfindlich bleibt; T. S.] in Anspruch zu nehmen und sie [die dem Recht eigene Selektivität; T. S.] damit zugleich zu verschieben“.⁵⁰

Schon in den 1980er Jahren wurde das prozedurale Recht, jedenfalls dem Anspruch nach, mit der Aufgabe der „reflexiven Repräsentation“ verbunden: „Das prozedurale Recht“, so Klaus Eder, „unterstützt nicht nur die Transformation von Privatinteressen in Kollektivinteressen, sondern sucht auch die Vertretung derjenigen Interessen zu ermöglichen, die normalerweise nicht repräsentiert sind.“⁵¹ Ganz in diesem Sinne hat Rudolf Wiethölter unter Prozeduralisierung einen Prozess verstanden, der sich durch zunehmende „Sozialisierung der rechtlichen Maßstäbe“ auszeichnet: Die Quintessenz dieses Prozesses hat Wiethölter darin gesehen, dass Bedingungen dafür bereitgestellt werden, die „Grundregeln des laissez-faire“, die auf die Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts zurückgehen, immer wieder neu der Kritik zu unterwerfen und zu reformieren (oder zu reformulieren), und zwar so, dass es dabei zumindest wahrscheinlicher wird, dass die Rechtsfolgen den traditionell benachteiligten oder bis dahin nicht oder nur schwach repräsentierten Gruppen zugute kommen.⁵² Ob sich dieses

⁴⁷ Vgl. *Calliess*, Prozedurales Recht (Fn. 13), S. 139.

⁴⁸ Vgl. ebd., S. 140, hierzu: *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 14), S. 493 ff. am Beispiel der emanzipatorischen Gleichstellungspolitik.

⁴⁹ *Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano*, Einleitung: Neue Theoriepraxis des Rechts, in: dies. (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. IX–XIX, hier: S. XI.

⁵⁰ *Sonja Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts, Weilerswist 2007, S. 322; zu diesem Punkt in *Buckels* Materialisierungstheorie: *Felix Hanschmann*, Eine Rehabilitierung materialistischer Rechtstheorie, in: *Kritische Justiz* 41 (2008), S. 82–94, hier: S. 91 f.

⁵¹ *Klaus Eder*, Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts. Einige begriffliche Klärungen, in: Dieter Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990, S. 155–185, hier: S. 179, Fn. 56.

⁵² So die Reformulierung dieses Anliegens durch *Duncan Kennedy*, Comment on Rudolf

Anliegen durch Prozeduralisierung des Rechts tatsächlich verwirklichen lässt, ist allerdings eine offene Frage.

Skeptisch mag gestimmt sein, wer die Flexibilisierung der rechtlichen Steuerung, mit der die Prozeduralisierung einhergeht, mit einem anderen viel diskutierten politischen Kurs und Programm verbindet – mit der „schleichenden Revolution“ des *Neoliberalismus*.⁵³ Die Kritik am Neoliberalismus ist ein Angriff auf die Selbstpreisgabe und Anpassung der politischen Gestaltungsmacht an die Logik des Marktes.⁵⁴ Wie der Vorgang der Prozeduralisierung, so geht auch der Neoliberalismus – versteht man darunter nicht lediglich eine Theorie oder Denkrichtung, sondern (auch) eine real existierende Gestalt der Politik – mit einem Wandel des Staats- und Demokratieverständnisses einher: In dem Maße, wie der Staat von der imperativen Steuerung Abstand nimmt und auf indirekt wirkende Mechanismen der Steuerung setzt, die unter dem Stichwort „regulierte Selbstregulierung“ oder „von government zu governance“ diskutiert werden,⁵⁵ kommt es zu einer doppelten Entwicklung: einerseits zur Auslagerung der Staatsaufgaben (etwa im Bereich der Sicherheit, des Umweltschutzes, der Energieversorgung und Infrastruktur, im Gesundheitswesen und in der Altersversorgung etc.) und andererseits zur Einbeziehung nichtstaatlicher Akteure (privater Unternehmen und Investoren, NGOs, Wirtschafts- und Finanzorganisationen etc.) in politische Entscheidungs- und Aushandlungsprozesse.⁵⁶ Ein „schlanker Staat“ – ein Staat, der sich vom vormaligen Leistungsstaat in

Wiethölter's ‚Materialization and Proceduralization in Modern Law‘, and ‚Proceduralization of the Category of Law‘, in: Christian Joerges/David M. Trubek (Hrsg.), *Critical Legal Thought. An American-German Debate*, Baden-Baden 1989, S. 511–524, hier: S. 514: „We assume that proceduralization follows the full ‚socialization‘ of legal criteria, meaning the subjection of the 19th century classical groundrules of laissez-faire to critique and reform designed to make outcomes more favorable to traditionally oppressed, exploited or simply weak parties.“

⁵³ Vgl. die Streitschrift von *Wendy Brown*, *Die schleichende Revolution. Wie der Neoliberalismus die Demokratie zerstört*, Berlin 2015 (Orig.: *dies.*, *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York 2015).

⁵⁴ Vgl. ebd.; zu den theoretischen Grundlagen der Neoliberalisierung und spezifischen Unterschieden der Neoliberalisierungsprozesse zwischen Großbritannien, USA und Deutschland vgl. *Thomas Biebricher*, *Neoliberalismus zur Einführung*, Hamburg 2012, Kap. 2 und 3; zur Kritik am Neoliberalismus, der als Erosion des Sozialstaates bzw. als sein Umbau in eine ausschließlich wettbewerbsbasierte Hochleistungsgesellschaft untersucht wird, vgl. die Beiträge in: *Christoph Butterwegge/Bettina Lösch/Ralf Ptak* (Hrsg.), *Neoliberalismus. Analysen und Alternativen*, Wiesbaden 2008.

⁵⁵ Vgl. etwa *Katerina Sideri*, *Law's Practical Wisdom: The Theory and Practice of Law Making in New Governance Structures in the European Union*, Aldershot 2007, S. 1–3. Während mit „government“ traditionelle (nationalstaatliche) Regierungspraktiken gemeint sind, wird „governance“, in Gunther Teubners Bestimmung, „als das Resultat von sozial-politisch-administrativen Interventionen angesehen, in denen öffentliche und private Akteure gesellschaftliche Probleme lösen“ (*Gunther Teubner*, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin 2012, S. 23).

⁵⁶ Vgl. *Biebricher*, *Neoliberalismus* (Fn. 54), S. 157.

einen kooperativen, verhandelnden und moderierenden Staat⁵⁷ transformiert hat – delegiert seine Aufgaben an die Zivilgesellschaft und den Markt. Der Staat agiert dabei als Rahmengerber, der „Systeme ‚intelligenter‘ Selbstregulierung“ etabliert, indem er nur die Ziele vorgibt und die Auswahl der Mittel und geeigneten Verfahren zu deren Umsetzung den beteiligten Akteuren überlässt.⁵⁸

Diese veränderte Regierungstechnik stellt den Vektor der Regierungspraxis von sanktionierender Kontrolle auf Selbstverpflichtung um – mit erheblichen Auswirkungen auf die Adressaten des Rechts: „Im selben Maß, wie der Staat auf den Einsatz imperativer Steuerungsmittel verzichtet“, so beschreibt Dieter Grimm diese Entwicklung, „entbindet er freilich auch die Steuerungsadressaten von ihrer Gehorsamspflicht. Die Erfüllung seiner Aufgaben hängt dann von ihrer freiwilligen Folgebereitschaft ab.“⁵⁹ Während das klassische Ordnungsrecht noch mit Verboten und Geboten operierte, vertraut das gewandelte politische System auch auf Verhandlungen und Kooperationen. „Es nimmt neokorporative Züge an.“⁶⁰ Denn die beteiligten Akteure sind „eben nicht alle Mitglieder der Gesellschaft, sondern hauptsächlich Vertreter der Wirtschaft, die selbst Formen, in denen das gesetzgeberische Qualitätsziel erreicht wird, finden und die Zielerreichung auch selbst überwachen sollen.“⁶¹

Es fällt schwer, bei diesem beidseitigen Zusammenhang der autonomen Selbstverpflichtung bei gleichzeitiger Selbstüberwachung nicht an Michel Foucaults Analysen der neoliberalen Regierungstechnik zu denken, in deren Zentrum das „Selbstregieren“ der Individuen durch Selbstermächtigung bei gleichzeitiger Selbstkontrolle – kurzum, die paradoxe Figur des Regierens durch Freiheit – steht.⁶² Die damit verbundenen Subjektivierungsformen werden schon im Hinblick auf die Akteure selbst als höchst ambivalent beurteilt. Was das Recht angeht, so scheint die neue Lage hier aber noch mehr Anlass zur Kritik und Sorge zu geben: Die größte Gefahr des „neoliberalen Umbaus“ des Rechts wird darin gesehen, dass ein Vorgang, der zuvor *außerhalb* des Gesetzes (oder *neben* dem Gesetz) stattfand, nun völlig legal – als Teil des Gesetzesvoll-

⁵⁷ Vgl. ebd., S. 158.

⁵⁸ Vgl. hierzu am Beispiel des Umweltrechts: *Andreas Fisahn*, Die neoliberale Umformung des Umweltrechts, in: Christoph Butterwegge/Bettina Lösch/Ralf Ptak (Hrsg.), *Neoliberalismus. Analysen und Alternativen*, Wiesbaden 2008, S. 164–180, insb. S. 176 f., mit Bezug auf die grundlegenden Ansätze zur Selbstregulierung: *Teubner/Willke*, Kontext und Autonomie (Fn. 6); *Gunther Teubner*, Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main 1989, S. 81 ff.

⁵⁹ Vgl. *Dieter Grimm*, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: ders. (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990, S. 291–306, hier: S. 297 f.

⁶⁰ Vgl. ebd., S. 297 f.

⁶¹ *Fisahn*, Die neoliberale Umformung (Fn. 58), S. 177, der den so verstandenen Trend zur Prozeduralisierung am Beispiel der Umsetzung der EU-Richtlinie zur Wasserpolitik in Deutschland untersucht (hierzu weiter unten Fn. 64).

⁶² *Michel Foucault*, *Geschichte der Gouvernementalität II. Die Geburt der Biopolitik*, Frankfurt am Main 2004.

zugs selbst – praktiziert wird. Andreas Fisahn hat dies am Beispiel der Umweltschutznormen erläutert: In der Vergangenheit zeichneten sich diese Normen durch ein Vollzugsdefizit aus; sie waren zwar vorhanden, konnten in der Praxis aber oftmals nicht durchgesetzt werden, ohne dass es zu informellen Aushandlungsprozessen zwischen Behörden und Betreibern oder Vertretern der Wirtschaft kam (so konnten Zielvereinbarungen beispielsweise unter der Drohung des Verlusts von Arbeitsplätzen revidiert und angepasst werden⁶³). Informelle Beratungen galten vormals als Zeichen des Vollzugsdefizits. Dies habe sich nun verändert: Ein Staat, der darauf verzichtet, Umweltnormen autoritativ durchzusetzen und stattdessen „mit den Unternehmen in einen ‚Dialog‘ eintritt, in dem sie die Einhaltung der eigentlich verbindlichen Normen aushandeln“, gibt dem vormals informellen „bargaining“ von Anfang an den Anschein von formalisierten Beziehungen.⁶⁴ Ungleiche Machtverhältnisse können sich so ungehindert ausbreiten.

Ist diese Beobachtung zutreffend, dass Rechtsordnungen durch Transformationen des Verständnisses von Demokratie und Staatlichkeit, die mit dem postregulatorischen Recht verbunden sind, den Charakter des Informellen annehmen, so drängt sich erneut die Frage auf, ob Prozeduralisierung des Rechts dieser Verschiebung von formellen zu informellen Rechtsordnungen Vorschub leistet oder nicht vielmehr doch das Mittel der Wahl ist, um auf die damit verbundenen Machtasymmetrien flexibel zu reagieren und ihnen entgegenwirken zu können. Eine rein empirische Bestandsaufnahme stößt hier an ihre Grenzen.

3. Prozeduralisierung: Kompensationsstrategie mit normativem Anspruch?

Nach diesem überblicksartigen Versuch, das Feld der Prozeduralisierung entlang bestimmter Linien – Strukturwandel der Steuerung durch Recht, Entmaterialisierung, Konstitutionalisierung, Demokratisierung und Neoliberalismus – zu ordnen, fällt zweierlei auf: Bemerkenswert ist zum einen, dass Prozeduralisierung des Rechts, ob man sich nun affirmativ oder kritisch darauf bezieht,

⁶³ Siehe zu diesem Muster *Kolja Möller*, Drohung und Verfahren. Zur Prozeduralisierung demokratischer Willensbildung im Schatten der Macht (in diesem Band), S. 245–264.

⁶⁴ Vgl. *Fisahn*, Die neoliberale Umformung (Fn. 58), S. 178 f., S. 174 f., am Beispiel der Umsetzung der EU-Wasserrahmenrichtlinie (Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2000) in Deutschland, die die Einrichtung von Wasserräten zur Erstellung von Wasserplänen vorsieht, die unter Beteiligung der Öffentlichkeit Ziele und Umsetzungswege für die Wasserwirtschaft formulieren sollen, allerdings ohne dass die Richtlinie Konkretes zu Organisationsformen dieser Beteiligung an die Hand gibt. Bei der Umsetzung dieser Richtlinie seien in den meisten Ländern in Deutschland Gremien installiert worden, die überwiegend aus Vertretern der Exekutive und der Wirtschaftsverbände bestehen (ebd., S. 175): „Was im ‚informalen Rechtsstaat‘ (Eberhard Bohne) zwischen Behörden und Betreibern oder Vertretern der Wirtschaft neben dem Gesetz ausgehandelt wurde, wird nun ein Aushandlungsprozess innerhalb eines rechtlich institutionalisierten Gremiums, die Öffentlichkeit jedoch weiterhin erst dann eingeschaltet, wenn fertige Pläne vorliegen.“ Vgl. zu dieser Entwicklung auch *Kreide*, Die verdrängte Demokratie (Fn. 45), S. 51–80.

im Wesentlichen als eine Kompensationsstrategie verstanden wird. Zum anderen hat sich aber auch immer wieder gezeigt, dass man zwangsläufig auf implizite normative Annahmen und Wertungen stößt, die die Rede von Prozeduralisierung jeweils transportiert. Angesichts des Phänomens der Entmaterialisierung des Rechts sollen durch Prozeduralisierung etwa die Risiken der „Selbstgefährdung des Rechts“ minimiert werden, „das seinem Anspruch, Erwartungssicherheit zu gewähren, [...] nicht mehr gerecht zu werden vermag“.⁶⁵ Im Hinblick auf den Ausbau der Beteiligungsrechte verspricht Prozeduralisierung, mehr Effizienz in der Administration zu erzielen, während zugleich bei der Durchsetzung politischer Ziele die Akzeptanz auf Seiten der Rechtsadressaten vergrößert werden soll. Außerdem wird – neben der Funktion der Rechtsicherheit und der Gewährleistung von Partizipation – auch die Funktion der Rechtserzeugung in der Rechtsanwendung und die der Stärkung der Legitimität des Rechts an die Prozeduralisierung herangetragen.⁶⁶

Interpretiert man alles das, was Prozeduralisierung zu leisten verspricht, lediglich als kompensatorische Maßnahme, so wird man sich – je nach dem, was man unter Kompensation versteht – zu diesem Trend im Recht unterschiedlich positionieren: Wird Kompensation nur funktional, im Hinblick auf andere zu erreichende Zwecke verstanden, so wird auch Prozeduralisierung als eine besondere Technik, als Instrument und Mittel aufgefasst, diese Zwecke zu realisieren. Traut man Kompensationsleistungen aber mehr zu, so kann man ihnen nicht absprechen, dass sie auch subversives Potential für das zu Kompensierende entfalten können, denn „kompensieren kann nur, was die Geltung dessen, [...] das es kompensieren soll, suspendiert“.⁶⁷ Von einer nicht-instrumentellen Dimension der Prozeduralisierung ausgehend gelangt man schnell zu normativen Fragen, die nicht mehr innerhalb der Felder, die bislang diskutiert wurden – Steuerungsinnovationen, Konstitutionalisierung, Demokratisierung – jeweils geklärt werden können, sondern die die Prozeduralisierung des Rechts als Prozess *sui generis* betreffen. Dieser Frage nach normativen Implikationen soll nun nachgegangen werden.

In der bisherigen Diskussion der Bereiche, in denen Prozeduralisierung eine Rolle spielt, ließ sich ein implizit erhobener normativer Anspruch stets erahnen. Das hängt schon damit zusammen, dass Prozeduralisierung des Rechts heute nicht allein als eine unvermeidliche (und gleichsam alternativlose) Reaktion auf die Krise des regulativen Rechts betrachtet wird. Vielmehr wird im Allgemeinen wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass sie auch als ein Fortschritt in der Rechtsentwicklung zu bewerten sei. Dabei bleibt allerdings vage und ungeklärt, was der Anspruch von Prozeduralisierung letztlich ist. Geht es um die

⁶⁵ Vgl. Winkler, Handlungsstrategien (Fn. 10), S. 99f.

⁶⁶ Vgl. Saliger, Prozeduralisierung (Fn. 1), S. 444f.

⁶⁷ So, allerdings in Bezug auf die entlastende und kompensierende Funktion der Kunst: Christoph Menke, *Souveränität der Kunst*, Frankfurt am Main 1991, S. 201.

Aufgabe (oder die Bewältigung) einer fortschreitenden Demokratisierung auf allen Ebenen der Rechtsetzung oder doch primär um eine effizientere Technik des Rechts?⁶⁸ Lässt sich mit der Abkehr vom regulativen Recht ein Gewinn an Freiheit registrieren oder handelt es sich (lediglich) um eine andere Form der Herrschaftsausübung? Und nicht zuletzt: Ist Prozeduralisierung ein Phänomen jüngerer Datums oder muss nicht vielmehr davon ausgegangen werden, dass das Recht, zumal in seiner modernen Form, seit der Positivierung des Rechts, immer schon prozedural verfasst war?

Man könnte denken, dass die Rechtsphilosophie und die politische Theorie geeignete disziplinäre Adressen wären, um diese Fragen zu erhellen. Schließlich gehört bei diesen Disziplinen die Frage nach legitimem – gerechtem und rationalem – Recht zu den zentralen Erkenntnisinteressen. Doch diese Erwartung wird schnell enttäuscht. Zwar ist es auch innerhalb der Rechtsphilosophie selbstverständlich, das Recht als einen Ausschnitt menschlichen Denkens und Handelns aufzufassen, der nach einer ihm eigenen immanenten Logik verfährt und eigenen Maßstäben folgt. Die Reflexion über die Rationalität der dem Recht eigenen Verfahren steht aber überraschenderweise nicht im Zentrum des Erkenntnisinteresses. Jenseits des instrumentellen Zwecks, Gerechtigkeit oder Sicherheit zu fördern, bleibt der Eigenwert von Verfahren und Institutionen unterbelichtet.⁶⁹ Auch dort, wo die gegenwärtigen rechtsphilosophischen Positionen autonomie- und handlungstheoretisch argumentieren, verbindet sich die normative Idee der Freiheit durch Recht nicht primär mit der Reflexion über die institutionellen und prozeduralen Bedingungen der Freiheit.⁷⁰

Ähnliches trifft auf die politische Philosophie und Theorie zu: Auch hier ist nicht so sehr die Prozeduralität des Rechts im Fokus, sondern die Frage, unter welchen Bedingungen Normen als gerecht begründet und beurteilt werden können. Im Zentrum steht dabei die Begründung und Rechtfertigung von politischen Entscheidungen – welchen Einfluss prozedurale Arrangements darauf haben (sollten), bleibt dagegen unterbestimmt: Probleme der legitimen Organisation des öffentlichen Handelns stehen jedenfalls nicht im Zentrum der normativen politischen Philosophie.⁷¹ Mangels aktueller Stellungnahmen zu der Fra-

⁶⁸ Vgl. hierzu *Julia Black*, Proceduralizing Regulation. Part I, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 20 (2000), S. 597–614.

⁶⁹ Zu einem Gegenentwurf, der den nicht-instrumentellen Stellenwert des Rechts unterstreicht: *Alon Harel*, *Why Law Matters*, Oxford 2014.

⁷⁰ Prominente Positionen wie die von *Ronald Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, London 1977, oder *Joseph Raz*, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, klammern diese Fragen aus; dazu kritisch: *Möllers*, *The Three Branches* (Fn. 36), S. 3.

⁷¹ Zu diesem Desiderat: *Möllers*, *The Three Branches* (Fn. 36), S. 2; auch Habermas' Rekonstruktion des demokratischen Verfassungsstaats sei davon nicht frei, so Möllers' Einwand, vermag sie doch nicht die „Spezifik rechtlicher Institutionen zu erklären, also etwa zu begründen, warum Gerichte unabhängig entscheiden sollten“ (*ders.*, *Demokratie und Recht*, in: *Hauke Brunkhorst/Regina Kreide/Cristina Lafont* [Hrsg.], *Habermas-Handbuch*, Stuttgart/Weimar 2009, S. 255–263).

ge, welcher normative Anspruch sich mit der Prozeduralisierung eigentlich verbindet, bietet es sich daher an, zur älteren Diskussion um die Prozeduralisierung zurückzugehen. Dabei sollen einige sachlichen Bezüge dieser Diskussion zur politischen Philosophie und Rechtsphilosophie in aller Kürze wenigstens markiert werden.⁷²

II. Rückblick: Theorien der Prozeduralisierung

1. Zur Programmatik des neuen Rechtsparadigmas

Eine intensive theoretische Auseinandersetzung mit der Prozeduralisierung verweist in die 1980er und 1990er Jahre und ist mit den Namen Rudolf Wiethölter, Jürgen Habermas, Klaus Eder, Ingeborg Maus, Gunther Teubner und Karl-Heinz Ladeur verbunden. Damals stellte prozedurales Recht eine Antwort auf das Problem „wachsender Staatsaufgaben“⁷³ dar, die angesichts der Krise des regulativen Rechts im Wohlfahrts- und Interventionsstaat unausweichlich schien. Als ein neues „Paradigma des Rechts“⁷⁴ war Prozeduralisierung mit dem Versprechen verbunden, das sozialstaatliche materialisierte und zweckgeleitete bzw. gebundene Recht von seinem technokratischen und expertokratischen Charakter zu befreien. Insbesondere sollten durch eine Stärkung der Beteiligungs- und Anhörungsrechte von Individuen oder Gruppen, die durch politisch-administrative Entscheidungen betroffen sind, inklusivere und demokratischere Formen des Regierens etabliert werden. Dies sollte dem Zusammenschluss von administrativen Entscheidungsträgern mit wirtschaftlicher Macht und der Tendenz zum „informellen Rechtsstaat“⁷⁵ entgegenwirken.

So unterschiedlich die jeweiligen Konzeptualisierungen auch sind – ob sie nun aus Sicht der Diskurstheorie, der Systemtheorie oder aber im Anschluss an die kritische Philosophie autonomietheoretisch formuliert bzw. entwickelt wurden –, ein gemeinsamer Nenner zwischen diesen Positionen lässt sich dennoch ausmachen. Neben der allen gemeinsamen Annahme über Prozeduralität des Rechts, wonach Letztere als eine Reaktion auf den „Zerfall des bürgerlichen Formalrechts und seiner sozialstaatlichen Kompensationen“⁷⁶ zu deuten sei, ist für Prozeduralisierungsdiskurse wesentlich, dass in ihnen verschiedene Ange-

⁷² Vgl. *Esther Neubann*, Reflexives Recht aus Perspektive prozeduraler Gerechtigkeit – fortschrittliches oder angepasstes Recht? (in diesem Band), S. 123–159, die auf die Schwierigkeit verweist, dass die Diskurse trotz sachlicher Berührungspunkte gewissermaßen nebeneinander herlaufen.

⁷³ Vgl. den gleichnamigen Sammelband von *Dieter Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990.

⁷⁴ Vgl. *Habermas*, *Faktizität und Geltung* (Fn. 14), Kap. IX: „Paradigmen des Rechts“.

⁷⁵ Vgl. *Eberhard Bohne*, *Der informale Rechtsstaat*, Berlin 1981.

⁷⁶ *Thomas Vesting*, *Prozedurales Rundfunkrecht. Grundlagen – Elemente – Perspektiven*, Baden-Baden/Hamburg 1997, S. 101.

bote gemacht wurden, *wie* eine Öffnung des Rechts auf die Gesellschaft gedacht und in der Rechtspraxis vollzogen werden kann. Eingefordert wurde, dass die interne Rationalität des Rechts sich nun auch auf das ihr Externe, ihr „Außen“ oder: das Nicht-Recht beziehen und die Weisen dieses Bezugs reflektieren sollte.⁷⁷ Das für das Recht *relevante* Außen sollte aber als solches überhaupt erst bestimmt werden. Es ging mithin darum, zu erkennen, welche nicht-rechtlichen Sachverhalte, Normen und Handlungsgründe im Recht mitreflektiert werden *müssen* und welchen gegenüber das Recht sich (nach wie vor) indifferent verhalten kann.⁷⁸ Im Grunde wurde damit gefordert, dass die Rechtsdogmatik selbstreflexiv werden muss, indem sie „Rechtstheorie als Gesellschaftstheorie“⁷⁹ in sich aufnimmt.

Bei der Prozeduralisierung geht es – mit Gunther Teubner formuliert – um „die Verfahren der Verknüpfung gesellschaftlicher und rechtlicher Wissensproduktion“.⁸⁰ Dies hat, wie eingangs (I 1) bereits erwähnt, Konsequenzen, zum einen für den Status des Gesetzes – für den Inhalt des geltenden Rechts –, und zum anderen für den Umgang mit rechtlichem Wissen. Mit Alexander Somek lassen sich diese Konsequenzen folgendermaßen umreißen: „[S]obald das vorgeblich Geltende nicht mehr unter schlichtem Rekurs auf Geltendes, sondern im Lichte konkurrierender moralischer, sozialpsychologischer, pragmatischer, ethischer oder ökonomischer Gründe *problematisierbar* und damit *bestimmbar* wird“, wird der „*Inhalt* des geltenden Rechts“, der Inhalt der Gesetze, „als *unbestimmt* bestimmt“ – und in seiner Unbestimmtheit bejaht. „Das Geltungssymbol“, so Somek, „verwandelt sich damit in den logischen Ort, an welchem der Streit solcher Gründe auszutragen ist.“⁸¹ Dies hat wiederum zur Folge, dass „[d]as Recht [...] als etwas [gesehen wird], das aus einem deliberativen Prozess emaniert, in den mannigfaltige Gesichtspunkte eingehen“.⁸² Oder aber das Recht wird als Ergebnis der Entscheidung auf Basis von „Kollisionsnormen“ gesehen, die – in Wiethölter's Variante nach dem Muster des Internationalen

⁷⁷ Zur Verbindung dieses Ansatzes mit der Frage nach der Rechtslegitimität: *Sheplyakova*, Das Klagerecht und die Prozeduralisierung des Rechts (Fn. 25), S. 195–200.

⁷⁸ Zu dieser „externen Indifferenz“ des Rechts: *Alexander Somek*, Rechtliches Wissen, Frankfurt am Main 2006, S. 99.

⁷⁹ In Anlehnung an *Rudolf Wiethölter*, Privatrecht als Gesellschaftstheorie, in: Peer Zumbansen/Marc Amstutz (Hrsg.), Recht in Recht-Fertigungen. Ausgewählte Schriften von Rudolf Wiethölter, Berlin 2014, S. 335–372 (Wiederabdruck von: *ders.*, Privatrecht als Gesellschaftstheorie? Bemerkung zur Logik der ordnungspolitischen Rechtslehre, in: Fritz Baur/Josef Esser/Friedrich Kübler/Ernst Steindorff [Hrsg.], Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 645–695).

⁸⁰ Vgl. *Gunther Teubner*, Die Episteme des Rechts. Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 115–154, hier: S. 117.

⁸¹ *Somek*, Rechtliches Wissen (Fn. 78), S. 101 (Herv. im Orig.).

⁸² Ebd.

Privatrechts als Meta-Sachnormen⁸³ – im Kollisionsfall erst hergestellt und jeweils fallbezogen und situativ gerechtfertigt werden. Wie immer man sich zum Phänomen der Prozeduralisierung verhalten mag, fest steht, dass hier, wie es Thomas Vesting formuliert hat, die „Vernunft des Provisorischen“ am Werk ist, „deren Meta-Regel die Suche nach Regeln“ ist.⁸⁴ Dabei sollen Geltungsfragen jedoch keineswegs nivelliert, sondern auf neuartige Weise aufgeworfen werden.

Keht man an dieser Stelle zu der Frage zurück, ob Prozeduralisierung als Phänomen jüngerer Datums einzustufen ist oder ob diese Tendenz in der modernen Form des Rechts nicht immer schon angelegt war, so lässt sich die Prozeduralisierungsdiskussion (im Sinne der letzteren Sichtweise) auch so verstehen, dass das moderne Recht in seiner prozeduralen Gestalt gewissermaßen zu sich selbst kommt. Und zwar in dem Sinne, dass es als „die Arena“ erkannt wird, „in welcher der *Streit* um die Rationalität [und Gerechtigkeit, T.S.] sozialen Handelns ausgetragen wird“.⁸⁵ Ohne die Einsicht, dass die „*soziale Vermittlung* rechtlichen Wissens“ zu den Geltungsbedingungen von juristischen Behauptungen dazugehört, ist der Reflexionsgewinn, den Prozeduralisierung einzubringen verspricht, nicht zu fassen: „Zu den Existenzbedingungen von Rechtssystemen gehören die sozialen Umstände, unter denen eine solche [juristische, T.S.] Behauptung verifizierbar ist, wie etwa das Faktum, dass das Recht in autoritätsgespeisten und ökonomisch bedingten Diskursen gewusst wird. Diese *Faktizität* rechtlichen Wissens ist dem Recht immanent.“⁸⁶

Nimmt man diese im Recht ausgetragene Dialektik von „Faktizität und Geltung“ – um sich des Titels von Habermas’ Werk zu bedienen – ernst, so lässt sich das Programm der Prozeduralisierung folgendermaßen umreißen: Es gilt, mit der Illusion zu brechen, dass die Rechtsproduktion ohne materiale Gehalte und Wertungen auskommt, die sie mittransportiert, und zugleich dafür zu sorgen, dass Letztere nicht schlicht unbefragt vorausgesetzt werden, sondern im Prozess der Rechtserzeugung bzw. Produktion selbst zum Thema (gemacht) werden und sich wandeln können. Dabei geht es auch darum, die Bedingungen mitzureflektieren, unter denen materielle Gehalte und Wertungen ins Recht Eingang finden.

2. Jürgen Habermas: *Diskursive „Verflüssigung“ der Materialisierung des Rechts*

Ein wichtiges Theorieangebot, wie die Dialektik von Faktizität und Geltung zu denken ist, liefert das Prozeduralisierungskonzept von Jürgen Habermas.⁸⁷ Das

⁸³ Vgl. *Martin/Renk/Sudhof*, Maßstäbe (Fn. 12), S. 249 ff.

⁸⁴ *Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht (Fn. 76), S. 99.

⁸⁵ *Somek*, Rechtliches Wissen (Fn. 78), S. 96.

⁸⁶ Ebd., S. 18 (Herv. im Orig.).

⁸⁷ Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 14), Kap. IX; zur Diskussion und Kritik