

Schriften zum Prozessrecht

Band 98

**Materielle und formelle
Verfahrensgerechtigkeit im
demokratischen Rechtsstaat**

Von

Prof. Dr. Wilfried Botke



Duncker & Humblot · Berlin

WILFRIED BOTTKE

**Materielle und formelle Verfahrensgerechtigkeit
im demokratischen Rechtsstaat**

Schriften zum Prozessrecht

Band 98

Materielle und formelle Verfahrensgerechtigkeit im demokratischen Rechtsstaat

Von

Prof. Dr. Wilfried Bottke



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Bottke, Wilfried:

Materielle und formelle Verfahrensgerechtigkeit im
demokratischen Rechtsstaat / von Wilfried Bottke. – Berlin:
Duncker und Humblot, 1991

(Schriften zum Prozessrecht; Bd. 98)

ISBN 3-428-07042-9

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1991 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0219

ISBN 3-428-07042-9

Vorwort

Die vorliegende Arbeit verbindet in essayhafter Form die Suche nach Kriterien ergebnisrichtiger Rechtsgewinnung mit der Frage nach der prozessualen Ausgestaltung und Verortung solcher Rechtsgewinnung. Die Arbeit entstand aus der Teilnahme an einem interdisziplinären Kolloquium, das unter dem Titel „Gerechtigkeit als zentrales Problem der Rechts-, Wirtschafts- und Sozialethik“ im Wintersemester 1989/90 an der Universität Augsburg veranstaltet wurde. Mein Dank gilt auch an dieser Stelle dem Inhaber des Lehrstuhles für Christliche Gesellschaftslehre, Herrn Professor Dr. Anton Rauscher, sowie dem Inhaber des Lehrstuhles für Volkswirtschaftslehre, Herrn Professor Dr. Heinz Lambert. Nicht minder herzlich danken möchte ich sodann allen anderen Teilnehmern an dem Kolloquium. Und schließlich seien auch bedankt die Mitarbeiter an meinem Lehrstuhl, insonderheit Frau Colleen Wunsch und Herr Markus Mayer, für die Erstellung des Typoskripts und der Register.

Augsburg den 1. 10. 1990

Wilfried Bottke

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	9
A. Materielle Verfahrensgerechtigkeit der Einzelfallentscheidung ...	13
I. Wahrheit des Werturteilsbasissatzes	13
II. Selektion bei der Aufstellung des Werturteilsbasissatzes	13
III. Die Vierheit von ‚Norm‘, ‚Regel‘, ‚Fall‘ und ‚Lebenssachverhalt‘ sowie die normgerechte Konstituierung des ‚Falles‘	14
IV. Methodengerechte Konstituierung der fallrelevanten ‚Regel‘ ..	15
V. Erstes Zwischenergebnis	32
B. Kriterien formeller Verfahrensgerechtigkeit	33
I. Effektive Teilhabe als Chancen der Einflußnahme und Gegen- wehr	34
II. Zweites Zwischenergebnis	63
C. Verfahrensgerechtigkeit der Normensetzung	65
I. ‚Wahrheit‘, normative ‚Richtigkeit‘ und Konsens in einer Demo- kratie	65
II. Kriterien der Rechtsnormsetzung in demokratischen Rechts- staaten	68
III. Drittes Zwischenergebnis	77
D. Fazit und Ausblick	78
Literaturverzeichnis	80
Stichwortregister	87

Einleitung

Das Stichwort ‚Verfahrensgerechtigkeit‘¹ bedarf, um in ein diskutables Thema eingehen zu können, der präzisierenden Ergänzung. Denn obschon Verfahrensgerechtigkeit allgemein mit der Angemessenheit oder Sachrichtigkeit des Vorgehens oder der Art und Weise einer Entscheidungsfindung gleichgesetzt werden mag², so wird dem Doppelwort ‚Verfahrensgerechtigkeit‘ doch von keinen anerkannten Gebrauchsregeln jene Festdeutigkeit verliehen, die es zum paraten Begriffsträger werden ließe. Sicher, ein Strafrechtler wird qua professione bei ‚Verfahrensgerechtigkeit‘ an den Strafprozeß und die Gerechtigkeit denken, die das geltende Recht den von einem Tatverdacht und seiner Aufklärung Betroffenen verspricht³. Juristen anderer Rechtsgebiete werden bei ‚Verfahrensgerechtigkeit‘ andere Verfahrensarten samt den in ihnen obwaltenden Besonderheiten in den Sinn kommen⁴. Verfahrenstheoretiker, die

¹ Die Literatur zur Verfahrensgerechtigkeit ist unüberschaubar. Vgl. nur die bibliographischen Angaben bei *Alexy*, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in: *Rechtstheorie*, 1981, Beiheft 2, S. 177 ff.; *Dörr*, Faires Verfahren, 1984; *Habermas*, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, 1983; *Habermas*, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns, 1984; *Heubel*, Der fair-trial – Ein Grundsatz des Strafverfahrens?, 1981; *Arthur Kaufmann*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1989; *Kern / Müller* (Hrsg.), Gerechtigkeit, Diskurs oder Markt?, 1986; *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969; *Neumann*, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, *ZStW* 101 (1989), S. 52 ff.; *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975.

² Nur wenig wird gewonnen, wenn formal exakter definiert würde, Verfahrensgerechtigkeit heiße der Inbegriff jener Regeln, die die Angemessenheit oder Sachrichtigkeit des Vorgehens oder der Art und Weise einer Entscheidungsfindung befördern.

³ Vgl. dazu etwa *Schreiber*, Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzptionen, in: *ZStW* 94 (1982), S. 279 ff.

⁴ Vgl. etwa zur Gerechtigkeit des Zivilprozesses *Dörr*, Faires Verfahren, 1984, S. 157 ff.; *Vollkommer*, Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren im Zivilprozeß, in: *Gedächtnisschrift für Bruns*, 1980, S. 195 ff.

der Rechtsprozeßlehre ein Mindestmaß an Wissenschaftlichkeit sichern wollen, werden nach Gemeinsamkeiten suchen und in ein System integrieren⁵. Wer an den Methoden akzeptabler Gesetzgebung interessiert ist, mag sich des *Procedere* des Aufstellens rechtsverbindlicher Allsätze zu vergewissern wünschen, das mit seiner Gerechtigkeit die der *lex ferenda*, des zukünftigen Rechts und seiner Verhaltensregeln, befördert⁶. Jeder, der Normensetzung und -applikation als werturteilendes Handeln begreift, das in einem Rechtsstaat allüberall der *Iustitia* verpflichtet ist⁷, wird sich von einer Explikation dessen, was Verfahrensgerechtigkeit (ver-)heißt, mehr als den Aufweis dezisionistischen Geschehens erhoffen; er wird sich von ‚gerechten Verfahren‘ erwarten, daß sie die Akzeptabilität der an ihrem Ende stehenden Entscheide steigern, und Kriterien der Verfahrensgerechtigkeit benannt wissen wollen, deren Beachtung und Realisierung Entscheidannahme legitimiert. Und rechtsphilosophisch Denkende werden darüber reflektieren, welche Regeln jenseits des positiven Rechts oder positivrechtlicher Bestätigung das Lösen von Konflikten zwischen verschiedenen Interessenträgern zu einem Verfahren erhebt, in dem die Konflikte nicht durch die realen Kräfteverhältnisse entschieden werden, sondern so, daß auch der Schwächere zu seinem Recht kommt⁸.

Um durch das Gestrüpp einander überwuchernder Vorverständnisse hindurchzufinden, sei dem, was einem Juristen ‚Verfahrensgerechtigkeit‘ heißen kann, in drei Schritten nachgegangen. *Erstens* sei erörtert, welche Gebote ‚materiell verfahrensgerechten‘ Handelns das juristische Urteilen über einen Einzelfall zu leiten beanspruchen (A). *Zweitens* sei diskutiert, welche Kriterien ‚formeller

⁵ Zum „Systemcharakter“ einer Wissenschaft vgl. *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, B 806. Vgl. dazu *Lambert*, Abhandlungen zum Systembegriff, in: *Diemer* (Hrsg.), System und Klassifikation, 1968, S. 161 ff.

⁶ Zur Gerechtigkeit des Gesetzgebungsverfahrens vgl. *Robbers*, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip, 1980, S. 45, S. 51 u. ö. Aus der Rechtsprechung des BVerfG vgl. BVerfGE 6, S. 389 ff., S. 439; 25, S. 269 ff.; S. 286.

⁷ Vgl. Art. 20 III GG, § 35 I 2 BRRG.

⁸ Vgl. *Joerden*, Drei Ebenen des Denkens über Gerechtigkeit, in: ARSP 1988, S. 307 ff., 308.

Verfahrensgerechtigkeit‘ in rechtlich geregelten Verfahren sozialer Konfliktlösung bestehen (B). Und *drittens* sei bedacht, welche Momente der Verfahrensgerechtigkeit das Setzen von Rechtsnormen für eine unbestimmte Anzahl von Fällen leiten mögen (C).

Dabei sei von vorneherein konzediert, daß die genannte Fragentrias das, was an Themen der Verfahrensgerechtigkeit in den Sinn kommen kann, weder zu erschöpfen beansprucht noch – trotz der Fokussierung der Verfahrensgerechtigkeit im demokratischen Rechtsstaat – auf einen Punkt zu bringen sucht, von dem aus sich stringent dezidieren ließe, was Verfahrensgerechtigkeit jenseits einer bloß formalen Begriffsannäherung materiell sei. Verfahrensgerechtigkeit sei hier als normativer Typusbegriff für alle jene Entscheidakzeptabilität vermittelnden Regeln rechtlich geordneter sozialer Konfliktlösung gedeutet, für die wegen der objektiven Umstreitbarkeit der involvierten Wertfragen und des Versperrens eines direkten Zugriffs auf das, was in der konkreten Situation konfligierender Interessen objektiv gerecht ist, Feststellungsbedarf besteht; dabei wird von der Konfliktdeziehung erhofft, sie sei dank der Art und Weise ihres Zustandekommens protestabsorbierend⁹, dürfe begründet Akzeptanz der Interessenträger erwarten und nehme so an dem Ziel jedes materiellen, den Menschen- und Bürgerrechten verpflichteten Rechtsstaats teil, das freiheitlich-friedliche Zusammenleben aller Mitglieder des Gemeinwesens und deren individuelle Selbstverwirklichung zu ermöglichen. Der Inbegriff von Regeln, die die rechtsrichtige Rechtsgewinnung inner- oder außerhalb eines Prozesses ergebnisorientiert zu steuern beanspruchen, heiße materielle Verfahrensgerechtigkeit; materiell verfahrensgerecht zustandegekommen heißen der Entscheid eines Einzelfalles oder die Regelung unbestimmt vieler Sachverhalte, wenn der Entscheider oder Normsetzer die für sie jeweils verbindlichen Standards der juristischen Rechtsgewinnungslehre eines demokratischen Rechtsstaats beachtet haben und insofern die Richtigkeit oder Vertretbarkeit des Ergebnisses verbürgt ist. Der Inbegriff von Regeln, die die prozessuale Gewinnung verbindlicher Entscheide

⁹ Vgl. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969.