



Sources of Language and Law

www.legal-linguistics.net

This text is a preprint of:

Ralph Christensen, Einleitung des Herausgebers. Rechtsstaatliche Demokratie: Vom legalistischen zum sprachreflexiven Verständnis, in: Friedrich Müller, Demokratien der Defensive, Duncker & Humblot, Berlin 2001, S. 5 – S. 12.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph (2001): "Einleitung des Herausgebers. Rechtsstaatliche Demokratie: Vom legalistischen zum sprachreflexiven Verständnis" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Friedrich Müller, Demokratien der Defensive, Duncker & Humblot, Berlin (2001): S. 5 – S. 12.)

Vom legalistischen zum sprachreflexiven Rechtsstaatsverständnis

Grundlegende Antriebskraft für die Strukturierende Rechtslehre ist das Problem ein realistisches Konzept rechtsstaatlicher Demokratie zu entwickeln. Die direkte Demokratie als Selbstherrschaft des Volkes findet, wie Friedrich Müller in seiner frühen Auseinandersetzung mit Rousseau zeigt, ihre Schranke nicht nur an der Größe heutiger Gemeinwesen, sondern vor allem daran, daß wir kein Volk von Göttern voraussetzen können.¹Die indirekte Demokratie weist demgegenüber das Risiko auf, daß das Volk auf dem Weg zu seiner Herrschaft verloren geht, daß also die Verbindung zwischen dem Volkswillen und der schließlich im Einzelakt ausgeübten staatlichen Vollstreckung reißt. Zur Lösung dieses Problems versucht Friedrich Müller rechtsstaatliche Form und demokratische Politik zusammen zu denken.²Wenn Selbstherrschaft nicht als direkte Demokratie durchgängig möglich ist, muß man jedenfalls sicherstellen, daß das Volk über die Gesetze sich selbst codiert. Dieser Gedanke wird aber bei Friedrich Müller nicht ikonisch verwendet zur Rechtfertigung bestehender Herrschaft, sondern es wird die Möglichkeit einer solchen Selbstcodierung konkret untersucht.

Die Problematik rechtsstaatlicher Demokratie wird damit auf eine neue Ebene gehoben. Bisher wurde das Verständnis demokratischer Selbstcodierung legal-

¹Vgl. dazu Friedrich Müller, *Entfremdung*, Berlin 1970; derselbe, *Der Denkansatz der Staatsphilosophie bei Rousseau und Hegel*, in: *Der Staat* 10 (1970) S.215 ff.

²So programmatisch als Titel bei Friedrich Müller, *Rechtsstaatliche Form-demokratische Politik*, Berlin 1977

istisch verkürzt: das Volk gibt sich im demokratischen Prozeß Gesetze. Wenn der Richter den Inhalt dieser Gesetze ausspricht und anwendet, kommt der Volkswille zum einzelnen zurück. Man verläßt sich damit allein auf das Gesetz als Text. Das Verfahren und die dort vorgebrachten Argumente, der Richter und seine Ausbildung, die kritische Kommentierung der Praxis durch Wissenschaft und Öffentlichkeit und viele weitere Umstände spielen in diesen Modell keine prinzipielle Rolle. Es ist der objektive Inhalt des Gesetzes, der sicherstellt, daß die Selbstcodierung des Volkes in der staatlichen Praxis einlösbar bleibt. Eine auf ihre Bedeutungsinhalte vollkommen durchsichtige und problemlos beherrschbare Sprache wird damit zur Grundvoraussetzung rechtsstaatlicher Demokratie. Damit mündet eine legalistische Verkürzung der Demokratietheorie in eine idealistische Verkürzung der Sprachtheorie und beide verbinden sich zur Ikone rechtsstaatlicher Demokratie, welche weit abgehoben und anschlußlos über der staatlichen Praxis schwebt.

Die für die Einlösung dieses Modells nötige Grundvoraussetzung ist gerade nicht verfügbar. Sprache ist nie vollkommen transparent und die Bedeutung von Texten verschiebt sich bei ihrer Übertragung auf neue Kontexte. Und diese sind wegen ihrer Unendlichkeit nie vollkommen beherrschbar. In ihrer Kritik des herkömmlichen Gesetzespositivismus und der klassischen Hermeneutik Gadamerischer Provenienz hat die Strukturierende Rechtslehre herausgearbeitet, daß die Vorstellung endlicher Kontexte, die noch zur Sinnmitte des Textes zusammengefaßt werden können, einer realistischen Analyse der Rechtspraxis nicht standhält.³ Deswegen war sie gezwungen nach der Verabschiedung idealistischer Sprachtheorien das Problem rechtsstaatlicher Demokratie neu zu denken.

Wenn man davon ausgeht, daß der Richter Recht nicht anwendet, sondern erzeugt, scheint damit der Faden zwischen Volk und Gesetz, zwischen Rechtsstaat und Demokratie zu reißen. Das Ziel Friedrich Müllers ist es diese Verbindung unter realistischer Einschätzung der tatsächlichen und sprachlichen Bedingungen neu zu knüpfen. Um das Postulat rechtsstaatlicher Demokratie einzulösen, muß man den Prozeß der Herstellung von Rechtsnormen im Rahmen einer Rechtserzeugungsreflexion zu überprüfbar Strukturen entwickeln. Ansatzpunkt sind dabei die in der Begründung von Gerichtsentscheidungen erkennbaren Standards der Praxis, welche im Rahmen einer Theorie der Praxis⁴ zu verallgemeinerungsfähigen Strukturen fortentwickelt werden. Mit diesem Ansatz eines die Rechtserzeugung im Hinblick auf die Demokratie reflektierenden Rechtsstaatsverständnisses war die Strukturierende Rechtslehre in den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts zunächst isoliert. Nicht nur von konservativer Seite wurde ihr die Auflösung der festen Gewissheiten des Gesetzes zum Vorwurf gemacht, sondern auch von kritischer Seite wurde ihr unterstellt, emanzipatorische Gehalte des Rechtsstaatsgedankens ohne Not aufzugeben. War es doch gerade eine der großen Errungenschaften der damaligen Zeit den bloß formalen Rechtsstaat

³Vgl. dazu Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, seit der ersten Auflage 1971

⁴Dazu schon Friedrich Müller, *Fragen einer Theorie der Praxis*, in: *AöR* 95 (1970), S.154 ff, sowie derselbe, *Juristischer Methodik und politisches System*, Berlin 1976, S.33 ff zum Stichwort *Explikation*; derselbe, *Juristische Methodik*, 7.Auflage 1997, Randnummer 536 ff

mit seiner Exklusion großer Teile des Volkes aus dem Recht zum materialen Rechtsstaat erweitert zu haben. Heute dagegen sind die Grenzen dieser in seiner Notwendigkeit nicht zu bestreitenden Erweiterung des Rechtsstaatsgedankens klar erkennbar.

Die Krise⁵ dieses Modells knüpft vor allem an zwei Momente an: einmal die verstärkte Rolle der Justiz mit dem Stichwort Richterstaat⁶ und dann die Überforderung des Gesetzes⁷ als sozialstaatliches Steuerungsinstrument.⁸ Durch ein Vollzugsdefizit produziert die Legislative nur noch symbolische Gesetzgebung,⁹ wodurch eine Delegitimierung von Recht und Politik sowie eine Desintegration

⁵Vgl. zu diesem Stichwort mit weiteren Nachweisen Ernst Benda, *Der soziale Rechtsstaat*, in: derselbe, Werner Maihofer, Hans-Joachim Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Auflage 1994, Berlin, New York 1994, S. 746ff. sowie Eberhard Schmidt-Aßmann, *Rechtsstaat*, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band 1, Heidelberg 1987, § 24, S. 987ff.; Ingeborg Maus, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats*, in: Mehdi Tohidipur (Hrsg.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Band 1, Frankfurt am Main 1978, S. 13ff.; dieselbe, *Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen*, in: dieselbe, *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München 1986, S. 277ff.; Klaus Günther, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts*, in: Dieter Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben*, Frankfurt am Main 1990, S. 51ff.

⁶Vgl. dazu Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main 1991; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992, Kapitel VI.

⁷Vgl. dazu Franz Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, in: derselbe, *Demokratischer und autoritärer Staat*, Wien, Frankfurt 1967, S. 31ff. sowie Klaus Günther, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts*, in: Dieter Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben*, Frankfurt am Main 1990, S. 51ff.; Dieter Grimm, *Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention*, in: *KritV* 1986, S. 38ff.; Ernst-Wilhelm Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen*, in: derselbe, *Recht, Freiheit, Staat*, Frankfurt am Main 1991, S. 189ff.; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992, S. 519ff.; insbesondere zum Verlust normativer Autorität ebenda, S. 521f. sowie Eberhard Denninger, *Der Präventions-Staat*, in: *KJ* 1988, S. 1ff., 7 sowie die Beiträge in dem Band *Gesetzesflut - Gesetzesperfektionismus*, Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages, Band II, Sitzungsbericht Q, München 1980 sowie *VVDStRL Heft 40* (1982) und grundsätzlich Rainer Holtschneider, *Normenflut und Rechtsversagen: wie wirksam sind rechtliche Regelungen?* Baden-Baden 1991

⁸Vgl. dazu Werner Schönig (Hrsg.), *Sozialstaat wohin? Umbau, Abbau oder Ausbau der sozialen Sicherung*, Darmstadt 1996; Alfred Zaenker, *Der bankrotte Sozialstaat. Wirtschaftsstandort Deutschland im Wettbewerb*, München 1994; für die amerikanische Diskussion Ulrike Wössner, *Die Debatte um den amerikanischen Sozialstaat*, Frankfurt am Main 1995). In dem als Folge von Vollzugsdefizit (Fn. Vgl. dazu Renate Mayntz (Hrsg.), *Implementation politischer Programme. Empirische Forschungsberichte*, Königstein/Taunus 1980; dieselbe (Hrsg.), *Implementation politischer Programme II. Ansätze zur Theoriebildung*, Opladen 1983; Rainer Holtschneider, *Normenflut und Rechtsversagen: wie wirksam sind rechtliche Regelungen?* Baden-Baden 1991

⁹Vgl. dazu Peter Noll, *Symbolische Gesetzgebung*, in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 1981, S. 347ff.; Harald Kindermann, *Symbolische Gesetzgebung*, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. XIII, Opladen 1988, S. 222ff. sowie Monika Voß, *Symbolische Gesetzgebung, Fragen zur Rationalität von Gesetzgebungsakten*, Ebelsbach 1989

der betroffenen Sozialsysteme droht.¹⁰ Das regulatorische Trilemma¹¹ der sozialstaatlichen Verrechtlichungsflut ist aber nur ein Faktor, der zu einem Neudurchdenken der Rechtsstaatstheorie führt. Neben die Überforderung des Gesetzes tritt noch die Überforderung der Justiz. Wenn man der Justiz die Aufgabe zuweist, soziale Probleme durch Rechtserkenntnis zu lösen, muß diese richterliche Erkenntnis unterfüttert werden mit Maßstäben, die hinter den Errungenschaft des formalen Rechtsstaatsbegriffs zurückfallen.¹² Eine solche Rematerialisierung des Rechtsstaats, wie sie etwa unter Rückgriff auf die sogenannten objektiven Werte in der Wertungsjurisprudenz vollzogen wurde,¹³ führt nur dazu, eine absolutistische Entscheidungsmacht des Richters hinter der rhetorischen Fassade von Werten zu verstecken.

Die Krise des Rechtsstaats liegt nun darin, daß man trotz der begrenzten Steuerungsfähigkeit des Gesetzes und trotz der fehlenden Zugriffsmöglichkeit der Gerichte auf objektive Werte nicht einfach zur altliberalen Vorstellung einer Herrschaft des Gesetzes zurückkehren kann. Vielmehr müssen die auf der materiellen Stufe des Rechtsstaats entstandenen Aufgaben von wachsender Staatstätigkeit und erhöhter Steuerungsanforderung an die Gerichte bewältigt werden, ohne hinter die technischen Standards des formalen Rechtsstaats zurückzufallen.

Die Lösung dieses Problems verlangt einen Neuansatz, für den verschiedene Bezeichnungen vorgeschlagen werden: prozedurales Recht,¹⁴ mediales Recht,¹⁵ reflexives Recht¹⁶ usw.¹⁷ Die Rechtsprechung wird danach nicht mehr als Rechtsanwendung begriffen, sondern als Rechtsproduktion.¹⁸ Das Rechtssystem erscheint dann nicht mehr als Gesamtheit der Normen, sondern als Gesamtheit

¹⁰Vgl. dazu Gunther Teubner, Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um postinstrumentale Rechtsmodelle, 13 Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno (1984), S. 109ff. sowie derselbe, Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Friedrich Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Vergleichende Analysen, Baden-Baden 1984, S. 289ff.

¹¹Vgl. dazu auch Alexander Somek, Rechtssystem und Republik, Wien, New York 1992, S. 464 mit einem für den Verfasser typischen "Fußnotenaufsatz" in Fn. 1033.

¹²Vor einer solchen Rematerialisierung des Rechtsstaats warnt schon Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Teil 2, 5. Auflage, Tübingen 1972, Kapitel VII, § 8, S. 503ff.

¹³Vgl. zur Kritik an diesem Ansatz Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main 1992, Kapitel V.

¹⁴Vgl. dazu Rudolf Wiethölter, Entwicklung des Rechtsbegriffs, in: Volker Gessner, Gerhard Winter (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Opladen 1982, S. 38ff.; derselbe, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung, in: KritV 1988, S. 1ff.), prozeduralistisches Rechtsparadigma (Fn. Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main 1992, Kapitel IX).

¹⁵Axel Görlitz, Mediales Recht als politisches Steuerungskonzept, in: derselbe (Hrsg.), Politische Steuerung sozialer Systeme, Pfaffenweiler 1989, S. 13ff.

¹⁶Gunther Teubner, Reflexives Recht, in: ARSP 1982, S. 13ff.; derselbe, Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main 1989, Kapitel 5; derselbe, Helmut Willke, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, in: ZfRSoz 1984, S. 4ff.; Helmut Willke, Ironie des Staates, Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft, Frankfurt am Main 1992.

¹⁷Vgl. zu einem Überblick von weiteren Begriffen Axel Görlitz (Hrsg.), Postinterventionistisches Recht, in: Jahrbuch für Rechtspolitologie 1, Pfaffenweiler 1989.

¹⁸Vgl. Gralf-Peter Calliess, Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999, S. 136.

der Handlungen, die Normen erzeugen und das heißt als Kommunikationssystem.¹⁹ Von dieser Voraussetzung aus kann man die Rechtsprechung als Rechtserzeugung in Zusammenarbeit mit dem Gesetzgeber und eben nicht mehr als bloße Rechtserkenntnis aus dem Gesetzestext begreifen. Dann stellt sich für den Rechtsstaatsgedanken ein neues Problem: das Normieren des Normierens.²⁰ Das war aber gerade das Ausgangsproblem der Strukturierenden Rechtslehre. Der Rechtsstaat greift zu kurz, wenn er die Anwendung des Rechts fordert, denn dieses wird vom Richter und dem Verfahren mit geschaffen. Weder das Gesetzbuch noch die Methodik kann das Recht vorgeben. Erst im Prozeß gewinnt es seine Bestimmtheit. Deswegen muß dieser Vorgang der Rechtserzeugung überformt werden von den verfassungsrechtlichen Vorgaben her. Damit bleibt im Prozeß die Widerständigkeit des materiellen Rechts als Argumentationsinstanz erhalten. Das Verfahren stellt unter Ausnutzung der Konfliktperspektive der Beteiligten sicher,²¹ daß die bessere Lesart des Gesetzes sich durchsetzt. Weil die Einheit der Rechtsordnung als stabiles Sinnzentrum weder methodisch noch im Verfahren verfügbar ist, bleibt der zum Verfahren relative Stand der Argumente das Beste, was erreicht werden kann.

Der verfassungstheoretische Neuansatz der Strukturierenden Rechtslehre läßt sich damit als (sprach)reflexiver Rechtsstaatsbegriff kennzeichnen. Der Richter muss sprachlich gesehen einen Bedeutungskonflikt entscheiden, indem er eine Sprachnorm aufstellt. Fraglich ist, ob er bei dieser Sprachnormierung selbst unter normativen Anforderungen steht. Der Bedeutungskonflikt führt uns zu einem Paradox: "Entscheidungen gibt es nur, wenn etwas prinzipiell Unentscheidbares (nicht nur: Unentschiedenes!) vorliegt. Denn andernfalls wäre die Entscheidung schon entschieden und müsste nur noch 'erkannt' werden."²² Was kann also an einer Entscheidung über sich ausschließende Lesarten normiert werden? Beide Lesarten sind verständlich und gehören damit zur Sprache. Zu entscheiden ist, welche von beiden die bessere ist. Es geht nicht um die Auffindung einer Sprachregel, sondern um eine Sprachnormierung. Welche von beiden verständlichen Lesarten des Gesetzes ist vorzuziehen?

Genau hier liegt nun der Ansatzpunkt der verfahrensbezogenen Normen aus dem Umkreis des Rechtsstaatsprinzips.²³ Die aus dem Rechtsstaatsprinzip und anderen methodenbezogenen Normen abgeleitete Forderungen nach Kontrollierbarkeit und Nachvollziehbarkeit juristischen Handelns beziehen sich auf den mit

¹⁹Vgl. dazu übereinstimmend für die Diskurstheorie Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main 1981; derselbe, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992 und zum anderen aus der Sicht der Systemtheorie: Niklas Luhmann, *Soziale Systeme*, Frankfurt am Main 1984; derselbe, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993 und Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main 1989.

²⁰Vgl. dazu Graf-Peter Calliess, *Prozedurales Recht*, Baden-Baden 1999, S. 149.

²¹Vgl. dazu grundlegend Niklas Luhmann, *Konflikt und Recht*, in: derselbe, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main 1999, S. 92ff.

²²Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1993, S. 308

²³Als Maßstab für die Beurteilung der Frage, was Praxis zu leisten hat, sind in interner Betrachtung die Anforderungen der Verfassung heranzuziehen. Vgl. *Müller* 1997: 208 ff.; und jetzt auch *Brink*, 1999: 46 ff.

der Formulierung von Sprachregeln verknüpften Prozess der Sprachnormierung. Die Notwendigkeit der Sprachnormierung, welche sich aus dem Konflikt der Lesarten ergibt, setzt auch die Möglichkeit einer Sprachkritik als metakommunikative Auseinandersetzung über die Sprachnorm. Wenn Kommunikation kein durch vorgegebene Regeln automatisierter Vorgang ist, sondern Raum für sinnkonstitutive Akte enthält, dann beinhaltet sie auch die Möglichkeit einer kommunikativen Ethik, die diese gestalterischen Eingriffe kritisierbar macht. Die linguistische Diskussion kann somit jedenfalls die strukturelle Möglichkeit von Bindungen beim Prozess der Regelerzeugung dartun, indem sie auf die Sprachreflexionen als Ermöglichungsbedingung für die Entwicklung einer kommunikativen Ethik hinweist. Das Rechtsstaatsprinzip mit seinen Anforderungen an die Begründung juristischer Entscheidungen kann insoweit als ein kodifizierter Sonderfall kommunikativer Ethik angesehen werden. Es kodifiziert eine bestimmte Kultur des Streitens, welche als Auseinandersetzung über sprachliche Normierung auch im alltäglichen Handeln vorkommt, im juristischen Bereich aber durch Rechtsprechung und Lehre eine spezifische Ausprägung erfahren hat. Zur Konkretisierung seiner Maßstäblichkeit muss der Ist-Zustand der praktischen Rechtsarbeit an seinen Soll-Maßstäben gemessen werden und dort, wo erforderlich, zu begrifflich verallgemeinerungsfähigen Strukturen fortentwickelt werden.

Wenn man also die Steuerungskraft des Gesetzes und die Rolle der Gerichte realistisch einschätzt, muß man den Rechtsstaatsgedanken von der zu einfachen Vorstellung bloßer Rechtsanwendung ablösen, das legalistische Rechtsstaatsverständnis verabschieden²⁴ und als sprachreflexives Rechtsstaatsverständnis reformulieren.²⁵ Nur eine vom Rechtsstaatsprinzip her geprägte Rechtserzeugungslehre kann den Anforderungen gerecht werden, die im Rahmen einer Wissensgesellschaft an Gesetz und Gerichte gestellt werden, ohne durch vorschnelle Rematerialisierungen hinter den technischen Stand des formalen Rechtsstaatsbegriffs zurückzufallen.

Im Einzelnen ergeben sich aus dem Ansatz einer Rechtserzeugungsreflexion viele Einsichten, von denen hier nur ganz wenige angesprochen werden sollen. So läßt sich z.B. die Rolle der Präjudizien für die Herstellung einer Entscheidung wesentlich präziser bestimmen. Präjudizien binden die Gerichte nicht wie Normtexte, aber sie sind zu beachten. D.h. sie müssen nicht wie Normtexte in die Argumentation integriert werden, sondern können durch bessere Argumente widerlegt werden (vom Sonderfall des § 31 BVerfGG abgesehen). Überhaupt kann die Strukturierende Rechtslehre, dort wo die herkömmliche Lehre sprachlich vorgegebene Gewißheiten sieht, Argumentationslasten sichtbar machen. Das genau ist auch die Aufgabe der juristischen Methodik als Selbstbeobachtung der Disziplin. Damit trifft sich die Strukturierende Rechtslehre mit Einsichten der allgemeinen philosophischen Argumentationstheorie. Auch dort begreift man, wie die Strukturierende Rechtslehre im Recht, die eigene Tätigkeit als

²⁴Programmatish für eine nachpositivistische Rechtstheorie formuliert bei Alexander Somek, Nikolaus Forgó, Nachpositivistisches Rechtsdenken, Wien 1996, S. 357ff.

²⁵Vgl. dazu auch Alexander Somek, Rechtssystem und Republik, Wien, New York 1992, S. 475ff.

aufstufende Selbstreflexion der jeweiligen Praxis. Daher kann auch juristische Methodik nie die Anwendung einer philosophischen Argumentationstheorie sein. Aber natürlich können beide Disziplinen voneinander lernen. Es bedarf für eine wirkliche Theorie der Praxis auch einer begleitenden Außenperspektive, wobei sich Linguistik, Rhetorik und philosophische Argumentationstheorie zur Ergänzung anbieten. Diese Möglichkeit hat die Strukturierende Rechtslehre auch im vorliegenden Band beständig war genommen ohne aber, daß die genannten Disziplinen die juristische Methodik ersetzen könnten.

Ein zentraler Punkt, der wiederum zum Ausgangsproblem einer rechtsstaatlichen Demokratie zurückführt, ist die Entwicklung der Struktur Konstitutionalität-Legalität-Legitimität, welche geeignet ist die Formtypik einer Verfassung zu kennzeichnen. Danach genügt es für eine Verfassung nicht positiviert zu sein, sie muß auch in praktischen Fällen *lege artis* angewendet werden (Legalität) und die wesentlichen Grundfragen der Gemeinschaft diskursiv offenhalten (Legitimität).

Im Horizont dieser Fragestellung wird etwas sichtbar, was bisher im Recht noch nicht thematisiert wurde: das Problem der Exklusion. Diesem Grundproblem einer alt gewordenen Moderne ist die abschließende Studie gewidmet. Heute wird schon in den Metropolen sichtbar, was man früher als ein Randphänomen der dritten Welt abqualifizieren wollte: der Mechanismus nämlich, daß der Ausschluß aus einem Funktionssystem generalisiert wird und als Ausschluß aus allen Funktionssystemen die Folge hat, daß Menschen nur noch als Körper existieren. Gegenüber diesem stetig wachsenden Problem genügt es nicht mit Luhman auf die Religion zu vertrauen, daß sie die Auswirkungen mildern möge. Es handelt sich um ein politisches Problem. Die Demokratie, von Friedrich Müller nicht als homogene Gemeinschaft, sondern als Erschwerung von Herrschaft über das Volk verstanden, ist eine inklusive Gemeinschaft, die offen ist für das Entstehen neuer Differenzen. Deswegen ist Exklusion im Recht ein politisches Problem und als solches wird es von Friedrich Müller formuliert.

Der vorliegende Teil VIII der 'Elemente einer Verfassungstheorie', stützt sich in seinem Beobachtungsmaterial auch auf Länder der peripheren Moderne wie Brasilien und Südafrika. Gefahren für die Demokratie werden dabei anhand konkreter Probleme wie Wahlrecht und präsidialer Notverordnung diskutiert, aber immer mit grundsätzlicher Perspektive. Diese mündet dann mit dem Problem der Exklusion in die Einschätzung einer Demokratie in der Defensive, gerade dort wo eine Offensive nötig wäre.