

Vorwort

„Strukturierende Rechtslehre“ heißt ein Ensemble aus Vorschlägen in Rechts (norm) Theorie und Juristischer Methodik, in Rechtsdogmatik und Verfassungslehre. Diese Sichtweisen arbeiten an notwendigen Bedingungen, dank deren sich die Jurisprudenz als Einzelwissenschaft im Kreis der anderen ausweisen kann. Im ausdifferenzierten Rechtssystem des (nach) industriellen Verfassungsstaats ist die Praxis des Rechts als Ganzes nicht mehr die „Kunst des Billigen und Gerechten“, nicht länger eine *Ars*, wenn auch die Lösung von Einzelfällen nach wie vor dieser Kunst verdankt sein mag.

Das Vorhaben des Positivismus war es gewesen, sich von hergebrachter Metaphysik zu befreien, allein beim *positiv Gegebenen* anzusetzen. Doch verstand der Gesetzespositivismus darunter nur den geltenden Normtext in der Kodifikation und nicht auch die Sach-, Fall- und Normbereiche. Eine Rechtslehre ist aber nur dann wirklichkeitsfest, wenn sie auch diesem positiv Gegebenen Raum gibt, auch dieses zur Sprache kommen lässt. Ein erster Schritt dabei besteht im Unterscheiden von Rechtsnorm und Normtext, linguistisch: von Text und Textformular. Auf dieses neue Strukturkonzept passt die Benennung „nachpositivistisch“.

Das Konzept ist eine *realistische Theorie*, weil es *sozialwissenschaftliche* Arbeit einfordert. Recht ist nur in Bezug auf Wirklichkeit zu verstehen. Sachbereich, Fallbereich und Normbereich gehören, auf empirischen Daten beruhend, mit in die Rechtsarbeit. Auch ist der Ansatz *handlungstheoretisch* begründet. Handlungstheorie und Sozialwissenschaft sind dieser Rechtslehre nichts nur bei Bedarf zu Addierendes. Sie strukturieren sie immanent mit, ebenso wie ihre *sprachwissenschaftlichen* Komponenten. Sie ist ein transdisziplinäres Rahmenkonzept; nicht unterstellt sie ein „autonom rechtliches“ Handeln, das sich der Sprache für seine Zwecke nur noch nachfolgend zu bedienen hätte. Sie meint Handeln mit und in Sprache, auch Handeln „der“ Sprache. Denn sobald natürliche Sprache im Spiel ist, gibt es nichts „Reines“ mehr. Sie ist zusammengewürfelt, ein Mischwesen, bezaubernd, verwirrend, verhexend. Immer ist sie für eine Überraschung gut; wenn Du meinst, sie im Griff Deiner Faust zu haben, lacht sie sich schon ins Fäustchen.

In der Dreierbande *Recht – Sprache – Gewalt* sind das Zweite und das Dritte ursprüngliche Elemente menschlicher Gesellschaften; das Recht erscheint dabei als die

Arena ihres Zusammentreffens, im demokratischen Rechtsstaat als der Ort ihrer rationalen Verarbeitung.

Der Wechsel des Paradigmas seit *Normstruktur und Normativität* (1966) brachte keinen plötzlichen Umschwung. Er geschieht nach wie vor allmählich, diffus. Der erste Leser des Manuskripts dieser „Zukunftsmusik“ (so Konrad Hesse, Anfang 1966) hat mindestens vierzig Jahre für den Beginn eines Verständnisses seitens der Zunft veranschlagt. Die heutige junge Generation von Forschern kann Stand und Diskussionsklima der Fünfziger und frühen Sechziger Jahre im deutschen Sprachraum wissenschaftsgeschichtlich rekonstruieren, sich aber nicht ohne Weiteres in die Zähigkeit des damaligen Festhaltens am Hergebrachten zurückversetzen. Und zwar auch deshalb, weil nicht wenige Vorschläge des Strukturkonzepts seit damals und weiterhin dabei sind, inhaltlich nach und nach zu Gemeingut zu werden.

Schmitt behält seine militanten Bewunderer, Smend seine getreue Schule, Heller wird nach wie vor unterschätzt, für Kelsen regt sich anhaltendes Interesse – all das vor einem fast anonym sich wandelnden, sich sacht verschiebenden Hintergrund diffuser Wirkungsgeschichte. Das gilt etwa für das verschränkende Überwinden der archaischen Opposition von „Sein“ und „Sollen“ (gegen Ende ihrer Wege auch bei Luhmann und Derrida flüchtig auftauchend); für die mit-normative Wirkung der Realdaten neben den Sprachdaten; den Übergang von „Auslegen“ zu Konkretisieren; das Konzept der Rechtsarbeit und das Hervorbringen der im Codex nicht vorgegebenen Rechtsnorm durch Arbeit am aktuellen Fall; für das Einbeziehen methodenerheblicher Vorschriften von Gesetz und Verfassung; den Abschied von der Zwangsvorstellung einer punktgenau einzig richtigen Entscheidung; die Abkehr von der Einheitsmethodik hin zu Methodiken der Teilrechtsgebiete auf einem ausgearbeiteten Sockel erneueter Grundannahmen; das Anstreben von vertretbarem Arbeitskonsens anstatt eines „richtig abgeleiteten“ bloßen Ergebniskonsenses; nicht zuletzt für das Anerkennen der unentrinnbaren Textualität des juristischen Tuns – mit allem, was hieraus in Zusammenarbeit mit einer pragmatisch gewendeten (Rechts) Linguistik folgt. Denn nicht länger spekulativ nach der Art des sich doch so nüchtern gebenden alten Positivismus, sondern pragmatisch und induktiv sieht sich der Ansatz dieser Rechts- und Verfassungslehre, Methodik und Dogmatik – aus Beobachtung der Praxis kommend, wieder zur Praxis führend, für erneute Beobachtung offen.

„Strukturieren“ benennt ein praktisches Arbeitsprogramm, das theoretisch zu begründen war. Auf dieser Ebene wird es durch Abfolgen wie „Normtext ungleich Rechtsnorm“ oder „Sachbereich > Fallbereich > Normbereich“ dargestellt; auf der dogmatischen durch das Vorhaben einer *Bereichsdogmatik* (zum Beispiel der Grundrechte), dem die Verfassungsjustiz in der Sache schon gefolgt ist.

„Strukturieren“ als Arbeitsbegriff für Praxis macht einen Teil dieses induktiven Ansatzes aus: Das Umsetzen des Rechts wird auf der realen Zeitschiene abgebildet, auf der Achse zwischen Normtext und Fall. Es wird, neben dem statischen Modell der Normstruktur, zum Ablaufmodell dynamisiert. Eines der Ergebnisse ist die Ent-

faltung der Textstufen: Normtext > Text des Normprogramms > (sekundärer) Text des Normbereichs sowie > die Texte von Rechts- und Entscheidungsnorm. Das zeigt, dass *Konkretisieren* nicht wie herkömmlich das Individualisieren einer im Gesetzbuch scheinbar vorgegebenen Rechtsnorm meint, sondern *Normkonstruktion*.

Auch die klassische Crux „Sein versus Sollen“ wird aufgelöst, praktisch strukturierend auf der Achse Norm – Wirklichkeit. „Sein“ taucht, abstrakt typisiert, schon in den Tatbestandsbegriffen der Normtexte auf, es begründet sie inhaltlich mit. Später wird es im Rechtsstreit durch die Arbeitsbegriffe „Sachbereich > Fallbereich > Normbereich“ *differenziert*. Ferner wird es für methodische Kleinarbeit *operationalisiert* und schließlich zwischen Realdaten und Sprachdaten *hierarchisiert* – auf Grund der methodenrelevanten Vorschriften von Demokratie und Rechtsstaat im Zweifel zugunsten der Sprachdaten.

Diese Art von Strukturieren hat einen doppelten Stellenwert. Im Fall, der zu entscheiden ist, wird mit Hilfe des Normprogramms *die* Teilmenge von Fakten ausgesucht, die das Urteil *von Rechts wegen* inhaltlich mittragen wird, der Normbereich. Und bei methodologischen Konflikten, wenn einzelne Elemente der Konkretisierung zu abweichenden Teilergebnissen führen, wird durch Vorzugsregeln zu Gunsten der jeweils normtextnäheren Argumente nochmals hierarchisiert.

Strukturieren heißt also, anders gesagt: *Normen* als zusammengesetzte Modelle zu begreifen und *Normativität* als zeitlichen Vorgang, der abschichtbar ist; sodann in diesem Rahmen *Realität* in die Normproduktion einzubeziehen – schon in den Normtexten wie dann auch in den Texten der Rechts- und Entscheidungsnorm – und sie für Andere einsichtig zu bearbeiten; Konkretisierung unter dem Namen *Rechtsarbeit* als gesellschaftliche Praxis zu verantworten; ferner die methodenerheblichen Vorschriften zu befolgen und sich schließlich über die innere Dimension der *Zeitlichkeit* dieser Abläufe keine Illusionen zu machen (so etwa *différance* als Aufschub, Nicht-Endgültigkeit selbst rechtskräftiger Entscheide vor dem Hintergrund des *doppelten Diskurses* in der Gesellschaft, des formellen wie des informellen).

Das dazu gehörende Verständnis vom Rechtsstaat ist ein inhaltliches, ist historisch-politisch. Methodik soll helfen, demokratische Entscheidungen sich zuverlässig auswirken zu lassen: den Rechtsstaat beim Wort zu nehmen, damit Demokratie nicht nur ein Wort bleibe. Die Methodik des Strukturkonzepts ist eine *Argumentationslehre für eine Verfassungsordnung wie die des Grundgesetzes* – für diese Konstitution und diese Verfassungsfamilie.

Nur insoweit demokratisch erzeugte Vorschriften in der Praxis auch ankommen, handelt es sich um „Demokratie“. Deren Verwirklichen ist Sache nicht zuletzt jedes einzelnen Rechtsentscheids, seiner nachvollziehbar argumentierten Rückbindung an Ergebnisse demokratischer Verfahren. In diesem Sinn geht es in jedem Einzelfall (auch) um das Ganze. Da für Juristen noch kein Gegenstück zum Hippokratischen Eid geläufig ist, sei als berufsethische Messlatte, als *Juridischer Imperativ* formuliert: *Arbeite so, dass zugleich mit Deinem Entscheidungsfall die ganze demokratische Rechtsordnung auf dem Spiel stehen kann!*

Zu diesem Imperativ gehört es, das Mögliche zu tun und es, im Tun selber, genauer zu fassen und auszuweiten; sowie das Unmögliche zu umschreiben und es dabei gegebenenfalls einzuschränken.

Demokratische Herrschaft, da schon nicht durch das Volk ausgeübt, sollte als Ensemble von Institutionen und Normen zum Teilen, Behindern und Kontrollieren der tatsächlichen Herrschaft der Oligarchien verstanden werden. Das erfordert einen täglichen Einsatz der Grund- und Menschenrechte und eine methodisch rationale Rechtsarbeit.

Die demokratisch erstellten Normtexten methodisch zurechenbare Rechtsnorm ist der legitime Bezugspunkt für das Tun und Lassen der Rechtsarbeiter und darüber hinaus für Alle (Betroffene, Anwälte, Gerichtsinstanzen, ausführende Funktionäre), die weiterhin mit dem Fall oder mit dem Durchsetzen der Entscheidung rechtsförmig befasst sind.

Die Grenzen der Leistungsfähigkeit juristischen Handelns, vor allem auf Grund jener der natürlichen (Fach-) Sprache und der Zwänge einer vielfach beengten Praxis, lassen keinen Überschwang aufkommen. Immerhin kann ehrliche Rechtsmethodik einen andernfalls nur noch ikonischen Bezug auf „das Volk“ im rechtlichen Alltag aufdecken und so die Arbeit höherer Instanzen, der kommentierenden Wissenschaft und die Sicht des interessierten Publikums aufklären helfen.

Die Aufgaben, für die im Umkreis dieser Gedanken Antworten gesucht werden, sind ernst genug: Menschen menschlich zu behandeln. Auch der Staatsapparat einer demokratischen Republik ist ein weit überlegener „Stärkerer“, der auf das bloße „Recht“ des Stärkeren herabzusinken sich verbieten muss. Auf die Gegenfrage, was denn in aller Welt unter „menschlich“ zu verstehen sei, gibt es eine Antwort: der Anspruch der nationalen, supranationalen und internationalen Grund- und Menschenrechte. Diese haben Funktionen des alten Naturrechts übernommen, nach dem seit jeher ein tief verwurzelttes Bedürfnis bestanden hat.

Die folgende Auswahl aus den Luzerner Vorträgen, der diese Bemerkungen gewidmet sind, vermittelt die Freude daran, Wissenschaftler der nächsten und übernächsten Generation bei der Arbeit zu beobachten: wie sie, eigenwillig und kreativ, strukturierende Denkanstöße aufgreifen und weiterführen.

Preface*

Structuring Legal Theory is the name of an ensemble of proposals concerning legal (norm) theory and legal methodology, legal doctrine (*Rechtsdogmatik*) and constitutional theory. These perspectives work on the necessary conditions due to which jurisprudence is able to establish itself as an individual science among others. In the differentiated legal system of the (post-)industrial constitutional state, the practice of law as a whole is no longer the “art of goodness and equity” (“*ars boni et aequi*”) as understood by Publius Juventius Celsus, no longer an *Ars*, even though the solution of individual cases may still be owed to this art.

Positivism’s proposal was to free itself from traditional metaphysics and to solely address what was *positively given*. However, legislative positivism conceived this only as the applicable norm-text (*Normtext*) present in the codification and not as the subject matter, factual and normative domains (*Sachbereich*, *Fallbereich* and *Normbereich*, respectively) as well.

But a legal doctrine (*Rechtslehre*) can only be realistic if it also reserves space to what was positively given, when it brings these subjects forward for discussion. A first step consists of the differentiation between legal norm (*Rechtsnorm*) and norm-text (*Normtext*), linguistically: between text and formal sources (*Textformular*). The designation “post-positive” is suitable for this new structural concept.

The concept is a *realistic theory* because it requires social-scientific work. Law can only be understood in relation to reality. The subject matter, factual and normative domains appertain, based on empirical data, to the legal work.

This approach is also justified in terms of the Action Theory. Action Theory and social science are not to be added to this legal doctrine only when necessary. Both are an inherent part of the doctrine’s structure, in the same way as their linguistic components are.

* Translation from German to English by Ferdinando Morresi (University of Macerata), with additional revision by Victor O.A.D. Goes (Federal University of Paraná, Brazil). Both are grateful to Prof. Dr. F. Müller for his helpful comments.

The Structuring Legal Theory is a transdisciplinary conceptual framework; it does not assume an “autonomously legal” action that would only resort successively to language for its own purposes. It means acting with and within language, as well as the acting “of” language.

Because as soon as natural language is involved, there is nothing “pure” anymore. For language is a ragged patchwork, a hybrid, enchanting, confusing, and bewitching. It is always ready to surprise; when one believes to have it in its grip, it will already be laughing up the sleeve.

In the gang of three *law – language – violence* (*Recht–Sprache–Gewalt*)¹, the second and the third are original elements of human societies; law emerges as the arena where they gather, while in democratic constitutional states (*Rechtsstaat*) it is the place of their rational processing. The paradigm shift since *Normstruktur und Normativität* [Norm-structure and normativity] (1966) did not bring any sudden changes. It happens gradually and diffusely, now as before. The first reader of the manuscript of this “future music” (according to Konrad Hesse, early 1966)² estimated that it would take at least 40 years for the scientific community’s so called “guild” to start forming and understanding of the matter.

Today’s young generation of researchers can reconstruct the status and discussion climate of the fifties and early sixties in the German-speaking world in terms of the history of science, but will have difficulties conceiving the then practiced tenacity in clinging to traditions.

This is also because more than a few proposals from this structural concept have been and are still in the process of gradually becoming common property in terms of content. Schmitt retains his militant admirers, Smend his faithful school, Heller is as underestimated as always, and Kelsen continues to arouse interest – all this against an almost anonymously transforming, gently shifting background of diffuse *Wirkungsgeschichte* [history of influence].

This applies, for example, to the interlocked overcoming of the archaic opposition of “is” (“*sein*”, how things are) and “ought” (“*sollen*”, how things ought to be) (also briefly appearing in Luhmann and Derrida towards the end of their path); to the co-normative effect of the factual data (*Realdaten*) in addition to the linguistic data (*Sprachdaten*); to the transition from “interpreting” to concretisation; to the concept of legal work and to the creation of a legal norm not preexisting in the codex, through

1 N. d. T.: This is a reference to Müller’s book “Recht – Sprache – Gewalt” [Law – Language – Violence]. Berlin: Duncker&Humblot, 1975. It still does not have a translation into English.

2 N. d. T.: This is a reference to Müller’s book “Normstruktur und Normativität” [Norm-structure and Normativity]. Berlin: Duncker&Humblot, 1960. It still does not have a translation into English, but this book is the first part of Friedrich Müller’s “O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito”, translated into Portuguese by Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; and also into Spanish by Rossana Ingrid Jansen dos Santos and (as collab.) Mónica Gutiérrez de la Fuente, Ricardo D. Rabinovich-Berkman, “Teoría estructuradora del derecho”. Buenos Aires: Editora Astrea, 2020, with a prologue by Ricardo D. Rabinovich-Berkman.

work on actual cases; to the inclusion of method-relevant provisions from the law and the constitution; to the farewell to the obsessive idea of just one possible pin-point decision; to the departure from an unitary methodology in favor of methodologies of partial fields of law, carefully based on renewed fundamental assumptions; to the strive for a justifiable work-consensus instead of a mere “correctly derived” consensus from results; and, not least, to the recognition of the inescapable textuality of the legal conduct – with everything that results from all these elements while in cooperation with a pragmatic-oriented (legal) linguistics.

For the approach of this legal and constitutional theory, of this methodology and doctrine (*Dogmatik*) is no longer speculative in the manner of the – allegedly – sober, old positivism, but pragmatic and inductive. It comes from the observation of practice, leads back to practice, and is open to renewed observation.

“Structuring” describes a practical working programme that has been supported by a theoretical foundation. At this level, it is represented by successions such as “norm-text unequal to legal norm” or “subject matter domain > factual domain > normative domain”; on a doctrinal level, it is represented by the proposition of a doctrine emphasizing specific areas (*Bereichsdogmatik*) (e. g. in fundamental rights). This proposal has already been succeeded by constitutional justice regarding this matter.

“Structuring” as an operational concept for practice makes up part of this inductive approach: the implementation of the law is mapped on the real timeline, on the axis between the norm-text and the case.

Aside from the static model of the norm-structure, this implementation is dynamized into an operating model.

One of the results is the development of the text levels: norm-text > text of the norm-programme (*Normprogramm*) > (secondary) text of the normative domain and also > the texts of legal and judgment norms. This shows that *concretisation* does not mean, as the usual interpretation, the individualisation of a legal norm seemingly prescribed in the code of law, but *norm-construction*.

The classic dilemma of “is versus ought” (“*sein* versus *sollen*”) is resolved as well, structuring in practical terms on the axis norm-reality. “*Sein*” appears, abstractly typified, already in the norm-texts’s terms regarding the statement of facts, and it also substantiates them in terms of content. Later it is *differentiated* in the legal dispute by the operational concepts subject matter domain > factual domain > normative domain.

In addition, it is *operationalized* for methodical detail work and finally *hierarchized* between factual data and linguistic data – due to the method-relevant regulations of democracy and of the Constitutional State (*Rechtsstaat*), in case of doubt in favor of linguistic data.

This way of “structuring” has a double significance. In the case that is to be decided, *the* set of facts that legally supports the judgment will be selected with the help of the norm-programme, that is, the normative domain. And in the case of methodological conflicts, if individual elements of the concretisation lead to deviating partial results,

preference rules are used to again hierarchize in favor of the arguments closer to the norm-text.

In other words, “*structuring*” means: understanding norms as composite models and normativity as a consecutive process (*Vorgang*) that can be layered; then, in this context, it means to include *reality* in the norm production – already in the norm-texts as well as in the texts of the legal and decision norms – and to process them in a way that is understandable for others; to make concretisation, under the name of *legal work*, accountable as a social practice; additionally, to follow the method-relevant regulations and finally to have no illusions about the inner dimension of the *temporality* involved in these processes (e. g. *Différance* as postponement, non-finality even of legally binding decisions against the background of the *double discourse* in society, the formal as well as the informal).

The associated understanding of the constitutional state is based on content, it is historical-political.

Methodology shall help to ensure that democratic decisions have a reliable effect: to make the constitutional state stand by its word, so that democracy does not remain merely a word. The methodology of the structural concept is a *doctrine of argumentation* (*Argumentationslehre*) that pertains to a constitutional order such as the one based on a German Basic Law (*Grundgesetz*) – for this specific constitution and for this constitutional family.

Only insofar as democratically generated regulations come to fruition in actual practice that can be said that a “democracy” is in place. Its substantiation is a relevant matter for every individual legal decision, which in turn must be bound to the conclusions of past democratic procedures by a clearly understandable argumentation. In this sense, every individual case is (also) related to the whole.

Since jurists are not yet familiar with any counterpart to the Hippocratic Oath, may the following be formulated as a professional-ethical benchmark, as a *legal imperative*: Work in such a way that the entire democratic legal system can be at stake with your decision-making!

A constitutive part of this imperative is to do whatever is possible and, in the very doing, to more clearly comprehend what is possible, and to broaden it; as well as to circumscribe the impossible and to narrow it if applicable.

Democratic sovereignty, since it is not anymore exercised by the people, should be understood as an ensemble of institutions and norms for sectioning, hindering and controlling the *de facto* dominion of the oligarchies. This requires a daily commitment to basic and human rights and a methodologically rational legal work.

A legal norm that is methodically attributable to norm-texts created in a democratic context is the legitimate reference point for the do-and-let-do of the jurists and beyond that for all those (affected persons, lawyers, court instances, executing officials) still legally involved with the case or with the enforcement of the decision.

The limits of the efficiency of legal action, especially due to limits of natural (technical) languages and the constraints of a practice in many ways restricted, do not allow any exuberance to emerge.

After all, an honest legal methodology can uncover an otherwise merely iconic reference to “the people” in everyday legal routine and thus help to clarify the work of higher authorities and of commenting science, as well as the sight of the interested public.

The tasks to which answers are sought in the vicinity of these considerations are serious enough: to handle people with humanity. Even the state apparatus of a democratic republic is a far superior “stronger entity”, which must forbid itself of descending into the mere “right” of the stronger. There is an answer to the counter-question of what on earth does “with humanity” mean: the claim to national, supranational and international fundamental and human rights. These rights have taken over features from the old law of nature, which in turn gave place since time immemorial to a deeply rooted basic need.

The following selection from the Lucerne lectures, to which these remarks are dedicated, conveys the joy present in observing scientists of the next generation, and of the following next, at work: how they, with creativity and willfulness, set out to seize and carry forward structuring, thought-provoking ideas.

Heidelberg, 2020

Friedrich Müller