

# Friedrich Müller's Theory of Law

29<sup>th</sup> World Congress of the International Association for  
Philosophy of Law and Social Philosophy in Lucerne,  
Switzerland, 2019

Edited by Natalina Stamile, Nestor Castilho Gomes  
and Dennis José Almanza Torres

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

Beiheft 170

**Franz Steiner Verlag**





Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy

Archives de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale

Archivo de Filosofía Jurídica y Social

Herausgegeben von der Internationalen Vereinigung für Rechts-  
und Sozialphilosophie (IVR)

Redaktion: DR. ANNETTE BROCKMÖLLER, LL. M.

Beiheft 170

# FRIEDRICH MÜLLER'S THEORY OF LAW

## ZUR RECHTSTHEORIE FRIEDRICH MÜLLERS

Proceedings of the Special Workshop held  
at the 29<sup>th</sup> World Congress of the International  
Association for Philosophy of Law and Social  
Philosophy in Lucerne, Switzerland, 2019

Edited by Natalina Stamile, Nestor Castilho Gomes  
and Dennis José Almanza Torres

Franz Steiner Verlag

Umschlagbild: Justitia, Landgericht Ulm

Quelle: shutterstock.com / Georg\_89

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist unzulässig und strafbar.

© Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2021

Layout und Herstellung durch den Verlag

Satz: DTP + TEXT Eva Burri, Stuttgart

Druck: Beltz Grafische Betriebe, Bad Langensalza

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier.

Printed in Germany.

ISBN 978-3-515-13059-2 (Print)

ISBN 978-3-515-13060-8 (E-Book)

## Table of Contents

|                                                                                                |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| NATALINA STAMILE / NESTOR CASTILHO GOMES / DENNIS JOSÉ ALMANZA TORRES                          |    |
| Introduction .....                                                                             | 7  |
| <br>FRIEDRICH MÜLLER                                                                           |    |
| Vorwort .....                                                                                  | 11 |
| <br>FRIEDRICH MÜLLER                                                                           |    |
| Preface .....                                                                                  | 15 |
| <br>JOÃO MAURÍCIO ADEODATO                                                                     |    |
| From the Dissociation Between Text and Norm to the Pulverization<br>of Legal Decisions. ....   | 21 |
| <br>GIANLUCA ANDRESANI / NATALINA STAMILE                                                      |    |
| Mulling Over Hermeneutics. ....                                                                | 29 |
| <br>MIKHAIL ANTONOV                                                                            |    |
| Law, State, and Human Rights in Russian Legal Lexicon. ....                                    | 39 |
| <br>RODRIGO BORNHOLDT                                                                          |    |
| On Valuation in Legal Interpretation<br><i>A Study Based on Structuring Legal Theory</i> ..... | 61 |
| <br>THOMAS COENDET                                                                             |    |
| Restructuring Structuring Legal Theory .....                                                   | 71 |

ADRIANO SANT'ANA PEDRA  
Changes in constitutional interpretation and their limits  
*A Friedrich Müller's theory based approach* ..... 89

FLORIAN WINDISCH /RALPH CHRISTENSEN  
Friedrich Müller's Experimental Turn of Legal Positivism ..... 105

FLORIAN WINDISCH  
Towards a Structuring Method of Balancing in Fundamental Rights Law ..... 119

## Introduction

Friedrich Müller, professor emeritus in the Faculty of Law at the University of Heidelberg (Germany) is one of the most important theoretical and constitutional lawyers of the 20<sup>th</sup> century, whose works are celebrated for their originality and wide reach. Müller's books and articles have been translated into several languages and cover many fields of law, such as: Constitutional History and Fundamental Rights, Philosophy of Law and Political Philosophy, State and Constitutional Law, Legal Methodology, Theory of Law and Theory of the Constitution. Already in the 1960s, Friedrich Müller noticed the interrelationship between legal dogmatics, legal methodology and the theory of norm. According to Müller, issues present in the legal doctrine originated from methodical problems, which were themselves rooted in flaws from legal norm's theory. In relation to the latter, Müller tried to develop a new theory of the legal norm, moving from the practice of law. Thus, in the early 1970s, Müller called this new paradigm "post-positivist". The post-positivist theory of norm seeks to break with the neo-Kantian dualism between is (*sein*) and ought (*sollen*), norm and reality. In a nutshell, the theory of norm formulated by Müller is based on the difference between: (i) is and ought; (ii) legal norm and normative text. The main claim is that the normative text is only a preliminary form and for this it is crucial to develop methodologically the passage from the text to the norm. It is realized by the new understanding of the structure of the legal norm, based on two central components: the norm-programme and the normative domain.

In the "vorwort" to the present volume, Prof. Dr. Friedrich Müller points to some characteristics of the Structuring Legal Theory, defining it as a realistic theory, since it requires contributions from social sciences, especially through the concept of normative domain. It is also a theory of action and is inherently composed of elements originating from linguistics.

Müller details, in a concise manner, the process of structuring the norm, making the supposed opposition from "is" and "ought" relative. It is essential to observe that the concept of rule of law (*Rechtsstaat*) is a historical-political one, and therefore such a theory, in our days, has strong ties with an effective concept of democracy. With his very creative verve, Müller presents, to paraphrase Kant, a "legal imperative" for law



operators (*Rechtsarbeiter*): “work in such a way that the entire democratic legal system can be at stake with your decision-making”.

This volume presents reflections on all areas of Müller’s work. Specifically, it contains contributions from: João Maurício Adeodato focuses on the separation between norm and text by Müller to suggest three further theses: the overload of the legal text, the overload of the judiciary power in the concretization of the norm, and the increasing pulverization of the instances which decide about this concretization; Gianluca Andresani and Natalina Stamile address the relation between the hermeneutic tradition and specific characteristics of the Structuring Legal Theory, and point to some critical aspects of the theory; Mikhail Antonov examines how the perception of the concepts “state” and “law” in Russian legal culture impacts on the interpretation and application of human rights in Russian legal system and this analysis is carried out from the perspective of Friedrich Müller’s structural theory of law; Rodrigo Borholdt, moving from a post-positivistic frame, specifically that of the Structuring Legal Theory, presents the concept of value based upon an unreflective level, developed by the phenomenological ontology of J. P. Sartre; Thomas Coendet undertakes a critical review of the Structuring Legal Theory, using the text *Rechtstext und Textarbeit* as its backdrop, by showing that the Structuring Legal Theory focuses on how judges are working with statutory texts within a democracy under the rule of law. What escapes this theoretical focus are therefore phenomena such as law beyond the state or the text practice of law firms; Adriano Sant’Ana Pedra analyzes the informal changes caused by constitutional interpretation and examines the limitations to which they are subjected, while considering that the constitutional norm results from a concretization process, methodologically structured; Florian Windisch and Ralph Christensen discuss how we can adopt external knowledge without losing our identity, by highlighting that legal linguistics, on the one hand, allows for differentiated analysis of the relevant relationship between language, reality and law, and on the other, it also offers empirical tools, such as the method of co-occurrence analysis; finally, Florian Windisch reconstructs the process of balancing under the regime of proportionality *stricto sensu* in classic cases of fundamental rights restrictions, by highlighting that it is characterised best as a laying out task, in the sense that all relevant factual and normative issues and aspects of the case are as thoroughly and conscientiously laid out as possible.

The authors of the essays published here participated in the special workshop “Friedrich Müller’s Theory of Law” at the 29<sup>th</sup> World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), held in Lucerne, Switzerland on 7–13 July 2019. Researchers from different countries were present at the Special Workshop, such as: Brazil, Germany, Italy, Peru, Russia, Switzerland, United Kingdom, etc., which demonstrates the existence of a network of researchers whose object of study is the structuring theory of law. In a context in which it is recognized that the legal norm is realized by the Judiciary Power, that there is no meaning given beforehand, the fundamental of the decision, that is, the content of the legal norm and

the norm of the decision, must be discussed, indeed disputed. The structuring theory and method presents a set of criteria that can be used to solve specific cases based on positive law. The aim is to rationalize the decision-making process in the Constitutional State. Although it recognizes the creative character of the decision, the structuring method imposes an argumentative burden on the operators of the law, through the institution of methodical rules and methodical procedures. While the authors represented here emphasize the importance of the structuring theory for current legal and political challenges, and recognize the uncommon significance of Müller's work, they have not settled for a mere restatement of his views. Rather, they engage in criticism and the exploration of new approaches. The editors of the present volume wish to express their gratitude to all these authors, to Gianluca Andresani, Rodrigo Borholdt and Victor O.A.D. Goes for their comments, to Ferdinando Morresi and Victor O.A.D. Goes for the translation and revision from German to English of Müller's preface, to the ARSP, and especially to Prof. Dr. Friedrich Müller for constant academic dialogue.

Italy, Brasil, Peru, 2020

Natalina Stamile  
Nestor Castilho Gomes  
Dennis José Almanza Torres



## 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!*