

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 264

**Essais zur Theorie
von Recht und Verfassung,
von Methodik und Sprache**

Von
Friedrich Müller



Duncker & Humblot · Berlin

FRIEDRICH MÜLLER

Essais zur Theorie von Recht und Verfassung,
von Methodik und Sprache

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 264

Essais zur Theorie von Recht und Verfassung, von Methodik und Sprache

2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage
von „Essais zur Theorie von Recht
und Verfassung“ (1990)

Von
Friedrich Müller



Duncker & Humblot · Berlin

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.

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 978-3-428-14025-1 (Print)

ISBN 978-3-428-54025-9 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84025-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort zur zweiten Auflage

Das Korpus der ersten Auflage wurde durchgehend bearbeitet. Inhaltlich ist es teils ausgebaut, teils durch zusätzliche Kapitel erweitert worden. Die neu hinzutretenden Texte betreffen weiterführende Fragen zu Methode und Methodik, ferner methodologische Aspekte der Gerechtigkeit, zentrale Punkte des strukturierenden Paradigmas sowie Sinn und Notwendigkeit der Rechtslinguistik: nicht als eines die Forschungsfelder im Überschneidungsbereich bloß addierenden Vorgehens, sondern als eines Unternehmens, das von hier wie dort ungelöst anstehenden *Problemen* voran bewegt wird, das in diesem offenen Sinn *interdisziplinär* zu nennen ist. Angesichts dieser Offenheit eines neuen Wissenschaftszweigs kommt auch ausgearbeiteten Studien zu linguistischen Fragen der Rechtswelt noch der Status von „Versuchen“ zu, von *Essais*; während andere der Texte dieses Bandes schon von ihrer Form her, als theoretische Entwürfe, aphoristische Widerhaken oder philosophische Anstöße, diesem Namen gerecht werden können.

Heidelberg, im November 2012

F. M.

Vorwort zur ersten Auflage

Von einem Vorwort mag man erwarten, dass es das „Zuvor“ der veröffentlichten Texte angibt. Was ist das Thema des Autors, was konstituiert seinen spezifischen Blick, welches sind die Autoritäten, die ihn legitimieren?

Diese Erwartung kann vorliegend nicht erfüllt werden. Zu komplex sind Thema und Arbeitsweise der Texte, als dass die „richtige“ oder mindestens „beste“ Verständnisweise dem Leser von vornherein mit auf den Weg gegeben werden könnte. Zwar lässt sich das Thema „Recht“ knapp benennen. Aber in den Texten Friedrich Müllers erscheint das Recht nicht als stabiler Referent juristischen Sprechens, als „Sache“ Recht. Nicht *über* das Recht wird gesprochen, sondern das Sprechen des Rechts wird in einem sich selbst verdoppelnden Sinn vorgeführt. Sichtbar werden „die Strategien geräuschloser Ausgrenzung sowie die Stilistik der Wörterpartituren mit Fußnotenarmada, die vorweggenommene Ergebnisse zu rechtfertigen haben“¹. Nicht Recht und Sprache als äußere Verknüpfung in Momenten juristischer Besinnlichkeit, sondern Recht als Sprache und Sprache als Recht stehen auch dort zur Debatte, wo sie nicht eigens erwähnt werden. Es ist die Lust an der Sprache und die Erfahrung ihrer Macht, die diese Texte sensibilisiert für die verschwiegenen Strategien des semantischen Kampfs und für die von der Sprache des Rechts nicht nur gebändigte, sondern auch ausgeübte Gewalt.

Der behutsame und zugleich leidenschaftliche Umgang mit der Sprache führt in der genauen Wiederholung der von der Rechtsprechung produzierten Argumentationsketten zu etwas Neuem: die Einheit des textuellen Gewebes zerreißt, und eine weiße, noch unbeschriebene Fläche wird sichtbar. Die Auseinandersetzung mit der juristischen Argumentationsfigur der „*Einheit der Rechtsordnung*“ führt diese Bewegung vor. Die scheinbar festgefügte Ganzheit löst sich auf, indem sie zu Begründungslasten entfaltet wird. Die exakte Geduld des Wissenschaftlers ist hier geschärft durch das ästhetische Feingefühl für die textuelle Unebenheit der Lüge. Aber wissenschaftliche Analyse und ästhetisches Empfinden haben ein verborgenes Movens: die kritische Frage nach der Legitimation von Herrschaft und Recht gibt den Texten eine Ungeduld, die gerade in den nüchtern technischen Formulierungen, in der knapp kennzeichnenden Benennung zu spüren ist.

¹ Vgl. „Gleichheit und Gleichheitssätze“.

Diese Komplexität der Texte erschwert eine Einordnung in den Rahmen der herkömmlichen Disziplinen von Rechtstheorie, Rechtssoziologie und neuestens Rechtslinguistik. Gesellschaft, Recht und Sprache, durch die Verschiedenheit ihrer Namen nur scheinbar säuberlich getrennt, verbinden sich in einer textuellen Strategie, welche die gesellschaftliche Bedingtheit des Rechts gerade in der Sprache sichtbar macht. Das durchgängige Motiv der Sprachkritik lässt sich deswegen von der Reflexion der gesellschaftlichen Rolle des Rechts nicht abtrennen. Insoweit stehen die Texte Friedrich Müllers nach Wittgenstein, aber auch nach Rousseau und Marx, um einige wichtige Bezugspunkte der vorgelegten Essays zu benennen. Aber sie wenden niemals eine philosophische Theorie auf das Recht deduktiv an. Ihr kritischer Maßstab ist vielmehr ein sprachspielimmanenter. Die methodenbezogenen Normen der Verfassung definieren im bürgerlichen Rechtsstaat eine Erkenntnisregel von Recht, deren Formulierung, Verteidigung und Präzisierung Aufgabe einer sich als Wissenschaft verstehenden Rechtstheorie ist.

Die Anforderungen der Wissenschaft an die Jurisprudenz werden von Friedrich Müller stark akzentuiert: „Die Rechtswissenschaft wird methodisch rational und redlich oder sie wird nicht sein. Es wird sie geben; nur nicht als Wissenschaft, sondern in ihrem *dogmatischen* Teil als sammelnde, sichtende, Herrschaft entschuldigende, Einwände beschwichtigende Rechtskunde; auf ihrem *rechtspolitischen* Feld als Wochenendjournalismus mit Fußnoten, als die Publizistik des Meinens und die Jurisprudenz der Interessenten. Die Chance, Rechtswissenschaft zu sein, hat, was durch die Federstriche der Gesetzgeber nicht Makulatur wird.“²

Mit diesem kritischen Anspruch steht die Arbeit von Friedrich Müller nach Kelsen und nach dem Gesetzespositivismus. Jedoch auch hier heißt „nach“ nicht Anwendung oder unkritische Fortschreibung. Denn die vom Positivismus beanspruchte Wissenschaftlichkeit war in praktischer Rechtsarbeit nicht einlösbar. Das positivistische Wissenschaftsverständnis geriet zur rhetorischen Fassade einer dezisionistischen und machtverfallenen Praxis. Der weiterentwickelte Anspruch auf Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz und die Frage nach dem tatsächlichen Funktionieren der Praxis bilden das Spannungsverhältnis, in welches Friedrich Müller seine Texte einschreibt. Erst auf diesem Feld entfaltet die sprachkritische Reflexion des Rechts ihre konkrete Wirksamkeit.

Friedrich Müller resümiert seine Auseinandersetzung mit dem Gesetzespositivismus und der Reinen Rechtslehre folgendermaßen: „Es sollte nicht,

² Vgl. „Gerechtigkeit und Genauigkeit“. – In der Neuausgabe (2013) jetzt: „Methodologische Aspekte der Gerechtigkeit“.

mit Kelsen, die Rechtslehre sich selbststilierend einmauern. Besser ist es, die Bewegung dessen, was real existiert und damit von Wissenschaft zu erfassen ist, in seinen alltäglichen Vorgängen aufzunehmen. Dazu gehört, es wissenschaftlich soweit zu strukturieren, als der Sache damit nicht Gewalt angetan wird. Dem, was der Positivismus erarbeitet hat, ist die gebührende Ehre zu geben: soweit es nötig ist, um das Erreichbare an Wissenschaftlichkeit, Objektivität und Präzision zu leisten. Im Übrigen ist der Positivismus zu überschreiten, und zwar von der Wurzel aus; von dort her, wo er sich dem *Kontinuum* aus Wirklichkeit und Sprache willkürlich versperrt. Sein Wissenschaftsziel, soweit unverzichtbar, ist beizubehalten, aber das Arbeitsfeld in die uns umgebende Realität des Lebens zu verlagern.“³

Die Einlösung des Anspruchs einer wissenschaftlichen Jurisprudenz in der Wirklichkeit praktischer Rechtsarbeit geht bei Friedrich Müller von der Frage aus, *was tatsächlich geschieht, wenn eine Rechtsordnung in Geltung ist*. Dieses tatsächliche Geschehen wird ausgehend von den methodenbezogenen Normen der Verfassung und des einfachen Rechts in vierfacher Weise strukturiert. Der Begriff der *Normstruktur* schafft für die juristische Methodik eine rechtsnormtheoretische Grundlage. In den vorliegenden Texten wird dieses Konzept dadurch präzisiert, dass die der Unterscheidung von Sprach- und Realdaten beziehungsweise primär und sekundär sprachlich konstituierten Daten zugrunde liegenden sprachwissenschaftlichen Überlegungen ausführlich durchgespielt werden. Die in der bisherigen Debatte nicht zureichend bestimmte Geltung des Rechts wird im Begriff der *Geltungsstruktur* entfaltet und in den vorgelegten Essays historisch für das Bürgertum und seinen Staat analysiert. Der Begriff der *Textstruktur* reflektiert die Rolle der Sprache im rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesen der Moderne. In dem Text „*Notiz zur Strukturierenden Rechtslehre*“ wird der bisher in unterschiedlichen rechtstheoretischen und verfassungstheoretischen Problemzusammenhängen entwickelte Begriff zusammenfassend dargestellt. Erstmals entwickelt wird hier das Konzept der *Legitimationsstruktur*, welches die Textstruktur der Legalität ergänzt als Textstruktur der Legitimität.

Die verfassungstheoretischen Arbeiten diskutieren als historische Voraussetzungen des heutigen bürgerlichen Verfassungsverständnisses die Theorien des klassischen Naturrechts. Neben Hobbes und Rousseau bildet dabei die Lehre von Locke einen wichtigen Bezugspunkt, der zu einer systematischen Kritik der liberalen Theorie entfaltet wird. Eine neue Perspektive ergibt sich dabei vor allem aus der Reformulierung der Gewaltfrage: „Menschliche Verbände erzeugen kollektive, aufgespeicherte, dadurch vervielfältigte Gewalt. Fragen der Herrschaftsgewalt als ‚Freiheits‘fragen zu besprechen, ist

³ Vgl. „Reine Sprachlehre – Reine Rechtslehre – Aufgaben einer Theorie des Rechts“.

möglich, wird ständig getan. Es ist aber idealistisch und nicht der einzige Weg, sie zu begreifen. Die täglichen Vorgänge zeigen, dass Herrschaft konkret situativ auf der Ungleichheit der Gewaltpotentiale, auf einem Gewaltgefälle beruht. Herrschaft ist, so gesehen, kein Zwangs-(d.h. Unfreiheits-)phänomen, sondern eines von Ungleichheit im Rahmen der Gewaltverhältnisse. Statt von Freiheit und Zwang als Attributen idealtypischer Subjekte sollte von Gleichheit und Ungleichheit in den Rollenausstattungen tatsächlicher Rechtsträger ausgegangen werden.⁴ Die damit gewonnene Präzisierung der Beziehung von Freiheit und Gleichheit erlaubt auch die Rolle von Recht und Verfassung für die in Großverbänden akkumulierte Gewalt genauer zu bestimmen. Ausgehend von Rousseau und in kritischer Auseinandersetzung mit der marxistischen Rechtstheorie kann dabei eine freiheitsfunktionale Bedeutung von Recht und Verfassung herausgearbeitet werden.

Noch eine Bemerkung zum Anlass dieses Sammelbands. Friedrich Müller hat sich vorerst von der Wissenschaft zurückgezogen. Dabei entschloss er sich, eine Reihe von Manuskripten aus dem Verkehr zu nehmen⁵. Doch war er damit einverstanden, einige seiner kürzeren Arbeiten aus den Siebziger und Achtziger Jahren im vorliegenden Rahmen herausbringen zu lassen. Die Texte sind ganz überwiegend unveröffentlicht.

Ralph Christensen (1990)

⁴ Vgl. „Diesseits von ‚Freiheit und Gleichheit‘“.

⁵ Es handelt sich um je einen zweiten Band zu „Juristische Methodik“ und zu „Fallanalysen“; um weitere Teile der „Elemente einer Verfassungstheorie“, darunter „IDOLA CONSTITUTIONIS“; je eine Monographie zur Normbereichsanalyse und zur Theorie der juristischen Methodik; schließlich um eine Studie zur Verfassungsgeschichte des Alten Orients („Die sumerische Polis“) und um ein Lehrbuchmanuskript („Einführung in die Rechtswissenschaft“).

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Rechtstheorie

Positivismus	15
Einheit der Rechtsordnung	22
Über Richtigkeit und Konsens (1975)	29
Methodologische Aspekte der Gerechtigkeit	34
Zu Platon und Heidegger anlässlich § 31 der Hegelschen Rechtsphilosophie (1975)	46
Hegelsche Dialektik umkehren (1972)	49
Ist eine marxistische Rechtstheorie möglich? Ein Streitgespräch zu Rousseau, Marx und Bloch	56
Reine Sprachlehre – Reine Rechtslehre – Aufgaben einer Theorie des Rechts. Notizen zu Kelsen und Wittgenstein (1975)	83
Notiz zur Strukturierenden Rechtslehre. Operationsfelder – Strukturgesichtspunkte – Strukturierungsebenen – interdisziplinäre Anschlussstellen	100

Zweiter Teil

Verfassungstheorie

Über Naturzustände (1975)	117
Diesseits von ‚Freiheit und Gleichheit‘ (1972)	124
Über Verfassungen (1974)	136
Das Schweigen der Verfassung (1975)	143
Gleichheit und Gleichheitssätze (1978)	162

*Dritter Teil***Fragen von Methodik und Sprachlichkeit**

Fragen zu Methode und Methodik	177
Von „Recht und Sprache“ zur Rechtslinguistik	187
Namenverzeichnis	207
Sachverzeichnis	211

Erster Teil

Rechtstheorie

Positivismus*

A. Zum Begriff

Der Ausdruck „Positivismus“ wurde von A. Comte geprägt, dessen „Cours de la philosophie positive“ zwischen 1830 und 1842 erschienen. Vor dem Hintergrund des Vormarschs der Naturwissenschaften erhob der Positivismus den Anspruch, alles menschliche Wissen durch exakte empirische Methodik, befreit von aller metaphysischen Interpretation, zusammenzufassen. Wissenschaft hat nur von den realen Erscheinungen auszugehen. Philosophie untersucht nur die Beziehungen der Einzelwissenschaften und ihrer Methoden zueinander und arbeitet Gesetze heraus (so das Comtesche „Dreistadiengesetz“). Die Tatsachen der Erfahrung haben sich nicht länger vor der Instanz der Vernunft zu rechtfertigen. Letzte Instanz ist das schlechthin Gegebene, dessen wissenschaftliche Kritik dadurch zugleich blockiert wird.

Die Positivisten des 19. Jahrhunderts (neben Comte z. B. H. Taine, J. St. Mill, H. Spencer, E. Mach, R. Avenarius) nahmen damit wichtige Thesen der französischen Enzyklopädisten (d’Alembert, Turgot, Condorcet) und der englischen Empiristen des 17. und 18. Jahrhunderts (Locke, Hume) wieder auf. Teils formalistische, teils sensualistische Vorbilder gibt es bereits im Altertum (z. B. Protagoras). Der Rückgriff auf die griechische Sophistik ist jedoch insoweit zwiespältig, als diese gleichzeitig den nichtempiristischen, metaphysischen Gedanken des Naturrechts eingeführt hatte.

Der *Neopositivismus* des 20. Jahrhunderts entsteht aus dem *Empiriokritizismus* und verstärkt sich durch die Wirkung des sogenannten Wiener Kreises (Schlick, Carnap, Reichenbach u. a.), der sich vor allem der Begriffswissenschaftskritik zuwandte.

Dieser im Kern philosophische *Positivismus der Wissenschaftshaltung* ist, speziell von der Jurisprudenz her gesehen und zugleich in enger Verbindung mit dem philosophischen Positivismus, eine Einstellung, die „*Positivismus der Rechtsgeltung*“ genannt werden kann. Auch sie setzt in der Antike ein (Sophistik), verschwindet nie ganz aus der Diskussion (Nominalismus) und beginnt gleichfalls um die Mitte des 19. Jahrhunderts, sich in einem historischen Schub weithin durchzusetzen. Angeknüpft wird auch hier an etwas

* Ergänzbares Lexikon des Rechts, 2/400, S. 1 ff. (1986).

unbestreitbar Tatsächliches, an das „positiv Gegebene“. Die Frage ist, worin die *Positivität des Rechts* bestehen soll. Hier werden der psychologische Positivismus (z. B. Bierling, Merke!, Jellinek, Beling), der soziologische Positivismus (Ehrlich, Weber, Geiger) und der etatistische Gesetzespositivismus unterschieden. Dieser sieht die Positivität des Rechts in der Tatsache seiner Setzung und zwangsgestützten Garantie durch eine staatliche Machtinstanz. Recht ist identisch mit den korrekt zustande gekommenen staatlichen Gesetzen. Inhaltsfragen dürfen für diesen Begriff des positiven Rechts keine Rolle spielen, natürliche oder ethische Normen sind dafür ohne Interesse. Diesen rigorosen Abschied vom Naturrecht formulierte das *Reichsgericht* 1928 so: „Der Gesetzgeber ist selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden als diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung oder in anderen Gesetzen gezogen hat“ (RGZ 118, 327). Auch Kelsens „Reine Rechtslehre“ schaltet jede Wertung und jedes Richtigkeitskonzept als wissenschaftlich nicht sinnvoll aus der Jurisprudenz aus. Diese kann nach Kelsen nur als eine Lehre von den „reinen Formen“ des Rechts Wissenschaft werden; daher „kann jeder beliebige Inhalt Recht sein“. Mit dem Schwinden der naturrechtlichen Axiomatik und damit jeder überempirischen Würde des positiven Rechts wurde zugleich, vor allem im Kreis der praktischen Juristen, „die faktische Fügsamkeit in die nunmehr nur noch utilitarisch gewertete Gewalt der jeweils sich als legitim gebärdenden Mächte“ im Ganzen gesteigert (Max Weber).

Der philosophische Positivismus ist von *Wissenschaftstheorie* und Wissenschaftsgeschichte zu diskutieren. Der Rechtsgeltungspositivismus ist die herrschende Grundhaltung der Juristen geblieben; die angeblich „ewige Wiederkehr des Naturrechts“ blieb auf die Jahre nach dem Ende des 2. Weltkriegs und auf ein Aufflackern beschränkt, das keinen nennenswerten Eindruck hinterlassen hat. Dagegen ist der methodische Rechtspositivismus, der „*Positivismus der Normbehandlung*“, ein immer noch abzuarbeitendes Problem der Rechtswissenschaft. Er allein wird im Folgenden als „Positivismus“ bezeichnet.

B. Diskussion des methodischen Rechtspositivismus

Wie das Vernunftrecht, gegen das er sich zugleich in der Frage des Geltungsgrunds von Recht richtet, denkt der Positivismus axiomatisch, will er die Kodifikationen als geschlossenes System erfassen, dem *Einheit* sowie *Geschlossenheit* als Vollständigkeit wie als Freiheit von Widersprüchen zukommen sollen. Aus dem lückenlosen Ganzen des Gesetzessystems wird logisch deduziert – in nichts anderem soll Rechtsanwendung bestehen. Dem Vernunftrecht erschien noch alles menschliche Sozialverhalten normierbar und vorwegnehmbar. Pandektenwissenschaft, Positivismus und *Begriffsju-*

jurisprudenz fassten dann nicht länger naiv das positive Recht, wohl aber ihr eigenes Begriffssystem als geschlossen, ableitungsfähig und widerspruchsfrei auf. Alle Rechtsfälle erschienen als durch syllogistische Subsumtion lösbar, die Rechtsbegriffe sollten eine geschlossene Zahl von Axiomen zur Verfügung stellen. Schon Puchtas Genealogie der Begriffe und seine „Begriffspyramide“ nahmen den Systemgedanken im Sinn einer Ergänzung der vorhandenen Normen durch wissenschaftliche Grundsätze und Begriffe vorweg. Sowohl diese als auch die positiven Vorschriften werden mit unmittelbaren Gegebenheiten im Sinn von Naturdingen verwechselt. Was nur die Leistung abstrahierenden Denkens sein kann, gerät ungewollt zur schiefen Ontologie, zur pseudonaturrechtlichen Unterstellung. Das vorgeblich geschlossene, lückenlose, harmonische, das abstrakt verdinglichte Rechtssystem lässt sich unter Vernachlässigen seiner historischen und politischen Voraussetzungen und Funktionen selbstgenügsam formalistisch handhaben. Besonders klar zeigte sich die *legitimistische Funktion des Positivismus* zugunsten politischer Restauration und antiliberaler Reaktion nach 1848/49 im *Staatsrecht*; v. Gerber hat deutlich genug die sichere Gewährleistung des politisch Bestehenden als Zweck der positivistisch-konstruktiven Behandlungsart des Staatsrechts genannt. Auch bei Autoren wie Zachariä, Mohl und Bluntschli ist die „juristische Methode“ sowohl Ausdruck als auch Instrument einer bestimmten inhaltlichen Position. Nach 1870 bestand diese vor allem darin, das monarchisch-konservative Staatsverständnis, antiliberale Politik und insgesamt die bestehenden politischen und sozialen Verhältnisse gegen mögliche Kritik abzusichern. So können etwa auch für Laband offene Rechtsfragen nicht auftauchen. Jedes neue Problem ist vom System denknotwendig bereits gelöst, Lücken in der ausdrücklichen Regelung – genauer: Normtextlücken – sind mit pseudonaturgesetzlicher Notwendigkeit durch juristische Konstruktion aus leitenden Grundsätzen und Prinzipien auszufüllen. Gesellschaftliche Zusammenhänge werden nicht abgestritten, aber als die Rechtswissenschaft nicht interessierend abgedrängt. Die Dogmatik ist von Geschichte, Philosophie, Politik und Ökonomie, also von allen „nichtjuristischen“ Elementen zu befreien. Dieses Ergebnis antwortet auf die Ausgangsfrage des Positivismus: Wie kann die Jurisprudenz eine autonome Wissenschaft sein? Ihm zufolge dürfen rechtliche Normen nicht als mit gesellschaftlichen Gegebenheiten zusammenhängend behandelt werden. Alles das, aufgrund dessen das Tun der Juristen überhaupt gebraucht wird und funktioniert, findet sich verdrängt. Die „wissenschaftliche Selbständigkeit“ der Jurisprudenz sollte sich in deren Eigenschaft erweisen, „die Grundlage sicherer juristischer Deduktion“ abzugeben (v. Gerber). Dass dabei nur Normtexte, nur Sprachdaten, nicht aber Normen erfasst wurden, blieb unerkannt. Das Pochen des Positivismus auf den positiven Rechtsstoff scheitert bereits im ersten Ansatz an seinem Mangel an Wirklichkeitsbezug, wenn als der „positive Rechtsstoff“ nur die Sprachgestalt von Normen,