

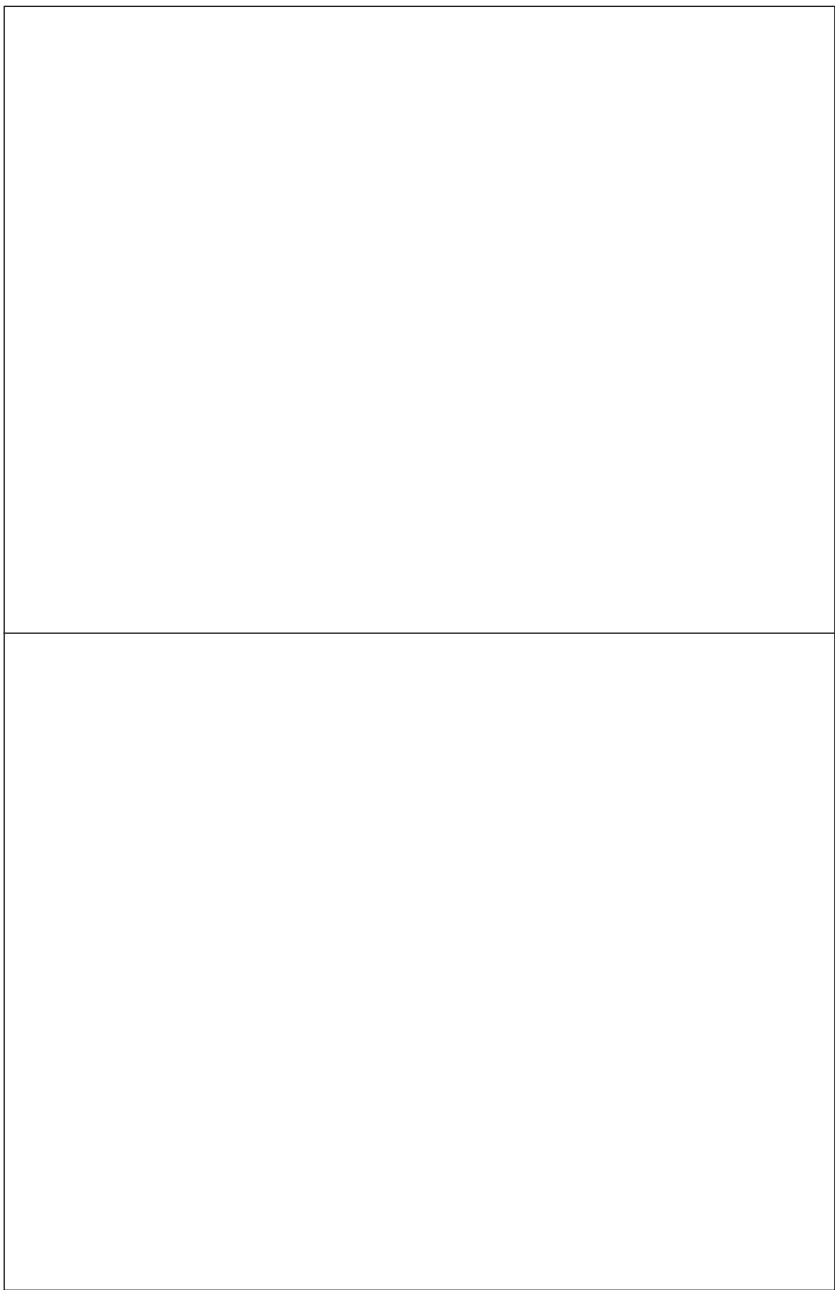
Eros Roberto Grau

Das Verhältnis der Richterschaft zum Recht

Auslegung und Anwendung des Rechts
und der Rechtsgrundsätze



Nomos



Eros Roberto Grau

Das Verhältnis der Richterschaft zum Recht

Auslegung und Anwendung des Rechts
und der Rechtsgrundsätze



Nomos

Aus dem Portugiesischen ins Deutsche übersetzt von Volkhart Hanewald.

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

ISBN 978-3-8487-4837-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-9055-3 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

In Gedenken an FRANZ NEUMANN
– gehörten wir derselben Generation an, wären wir
sicherlich Freunde geworden.

Vorwort zur deutschen Übersetzung

Das vorliegende Buch ist die deutsche Übersetzung des in Brasilien mittlerweile in der 9. Auflage erschienenen Werks *Por que tenho medo dos juízes* des emeritierten Professors der Rechtsfakultät der Universität São Paulo und ehemaligen Verfassungsrichters Eros Roberto Grau. Der Wunsch, diese Arbeit auf Deutsch zu übersetzen und zu veröffentlichen, wurde an mich herangetragen, nachdem sie 2014 in Frankreich unter dem Titel *Pourquoi j'ai peur des juges* erschienen war.

Als Juristin, die sich zwischen den Rechtskulturen Deutschlands und Brasiliens bewegt, bin ich zwar geübt, portugiesische Übersetzungen deutscher Autoren in Brasilien zu veröffentlichen. Eine deutsche Übersetzung eines brasilianischen Autors ins Deutsche zustande zu bringen, stellte sich jedoch als eine neue und große Herausforderung dar. Sie war nur Dank der Mitwirkung von Herrn Volkhart Hanewald möglich, deutscher und brasilianischer Rechtsanwalt, der den originalen Text ins Deutsche übersetzte. Ohne seine Mitwirkung wäre dieses Projekt nicht möglich.

Manche mögen sich fragen, warum ich ausgerechnet das Buch von Professor Grau, meinem Vater, auswählte. Die brasilianische Veröffentlichung ist ein fachlicher Erfolg in Brasilien. Es scheint deshalb gerechtfertigt zu sein, in anderen Ländern vorgestellt zu werden.

Dr. Karin Grau-Kuntz

Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	15
<i>Einführung</i>	17
1. Recht, Sicherheit und der Markt	17
2. Sicherheit und der Markt	19
3. Die Justiz, heute	20
4. Gerechtigkeit und Recht	20
5. Rechtmäßigkeit und positives Recht	24
6. Die Richter und Sartre	25
7. Werte	26
8. Grundsätze sind Regeln	27
9. Abwägung zwischen Grundsätzen	27
10. Die Objektivität des Gesetzes und Franz Neumann	29
<i>I Die Auslegung</i>	30
11. Eingangsbemerkungen	30
12. Die Auslegung bis in die Siebzigerjahre und die Subsumtion	32
13. Auslegen/Verstehen	35
14. Fälle von Isomorphie und Auslegungsfälle	35
15. Warum zwingt sich die Auslegung des Rechts auf?	37
16. Auslegung und Konkretisierung des Rechts	38
17. Die Zusammenhänge der Auslegung	40
18. Verstehen und Wiedergeben	40
19. Wesentliches und seine Bedeutung	41
20. Autografische und allografische Künste	41
21. Der normative und der allografische Text	42

22. Die Bestimmung des Inhalts der Norm	43
23. Text und Norm (die Norm als Ergebnis der Auslegung)	44
24. Die Auslegung des Rechts nach Ascarelli	45
25. Gegenüberstellung des Rechtsschutzes und der Freiheit des Einzelnen und der Funktion der Auslegung in der Entwicklung des Rechts	47
26. Gegenüberstellung der legislativen und normativen Dimensionen des Rechts	47
27. Gegenüberstellung und Zusammenstellung	48
28. Der Scheingegensatz zwischen Alt und Neu	48
29. Gewaltentrennung, Text und Norm	49
30. Der Auslegende schafft die Norm	50
31. Die Metapher der Venus von Milo	52
32. Der authentische Interpret	53
33. Auslegung = Anwendung	54
34. Auslegung in concreto und in abstracto	56
35. Die authentische Auslegung	60
36. Auslegung der Texte und der Tatsachen	61
37. Die Auslegung von Tatsachen und die Hypothese Durrells	62
38. Die Hypothese Durrells und Thomas von Aquin	63
39. Rechtsdiskurs / juristischer Diskurs und die Ideologie(n) des Rechts	65
40. Kontrapunkt	66
41. Der Text und die Tatsachen, die Rechtsnorm und die Entscheidungsnorm	66
42. Auslegung ist eine Prudenz; zur Unmöglichkeit einer einzigen richtigen Lösung	68
43. Kanons der Auslegung	72
44. Das Verständnis	74
45. Das Vorverständnis und der hermeneutische Zirkel (Gadamer)	75

46. Ereignisse, welche die richterliche Entscheidung beeinflussen und von ihr berücksichtigt werden	80
47. Die unzähligen richtigen Lösungen; Tatsachenfragen	80
48. Die Aktualisierung des Rechts	82
49. Die Ideologien der Auslegung und die Aktualisierung des Rechts	84
50. Der „Wille des Gesetzgebers“	87
51. Weiter zur Aktualisierung des Rechts	89
52. Das Recht ist eine Dynamik	90
53. Man legt das Recht nicht scheibchenweise aus	92
54. Der Zweck des Rechts und der objektiven Normen	93
55. Die Auslegung der Verfassung	95
56. Formelle und materielle Verfassung	95
57. Der Diskurs des Normentextes, der normative Diskurs und die Aktualisierung der Verfassung	96
58. Verfassung und Dynamik des politisch-gesellschaftlichen Lebens	97
59. Ablehnung richterlichen Ermessens	98
60. Die Untergrabung des Textes	100
61. Die normative Kraft des Rechts	101
62. Der so genannte „Fall Belgien“	104
63. Die Grundsätze	106
<i>II Die Grundsätze</i>	<i>108</i>
64. Die Grundsätze, heute	108
65. Grundsätze transzendieren nicht	109
66. Kelsen und die Grundsätze	113
67. Grundsätze: Entdeckung und Positivierung	114
68. Grundsätze und Regeln, Gattung und Art	115
69. Das Werk von Antoine Jeammaud	116
70. Normentext, Rechtsnorm und Grundsätze	122

71. Auslegung, Ermessen und Abwägung zwischen Grundsätzen	124
72. Abwägung zwischen Grundsätzen und Entscheidungsnormen	124
73. Abwägung zwischen Grundsätzen und Ermessen nach Riccardo Guastini	125
74. Abwägung als Urteil nicht der Legalität und die Sterilisierung der normativen Eigenschaft der Grundsätze	125
75. Herausforderung und Gefahr der Abwägung und der Rechtsunsicherheit	126
76. Derrida und die richterliche Entscheidung	127
77. Weiter zur Rechtsunsicherheit	128
78. Juristische Rationalität und Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit des Verhaltens	128
79. Die Tyrannei der Werte (Carl Schmitt)	129
80. Die Flexibilisierung des Systems	130
81. Die Ebene des Sollen-Seins ist ein Spiegel der Ebene des Seins; modernes Recht und Übertretung	131
82. Markt, Kapitalismus und Übertretung	132
83. Die Stabilität, Regelmäßigkeit, Normalität sowie die Harmonie des Rechtssystems hängen von der Übertretung ab	134
84. Die Ausnahme	134
85. Noch zum „Fall Belgien“: Ausnahme, Anwendungsfall, höhere Gewalt und Normalzustand	136
86. Die Ausnahme und das Recht; das Wunder und die Theologie (Carl Schmitt)	139
87. Der brasilianische Oberste Gerichtshof und die Behandlung des Ausnahmefalles	140
89. Verhältnismäßigkeit, Zumutbarkeit und der Ausschluss von Situationen aus dem Rechtssystem	142
90. Die so genannten Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Vernunft	142
91. Gerechtigkeit, Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit	143
92. Verhältnismäßigkeit, Zumutbarkeit und die Übertretung des Rechtssystems	145

93. Warum ich Angst vor Richtern habe	147
<i>Anhang ZUR RECHTSSPRACHE UND DEN RECHTSBEGRIFFEN</i>	<i>150</i>
94. Zur Rechtssprache	150
95. Begriff und Rechtsbegriff	155
96. Ascarelli und die Rechtsbegriffe	160
97. Weiter zu den Rechtsbegriffen	163
98. Rechtsbegriffe und -definitionen	165
99. Die so genannten „unbestimmten Begriffe“, die Typen der Rechtsbegriffe und die Auslegung	166
100. Begriff und Vorstellung	168
<i>LITERATURVERZEICHNIS</i>	<i>173</i>

Vorwort

Seit einiger Zeit beschäftige ich mich mit dem Thema Rechtsauslegung und Rechtsprinzipien. Mario Losano, ein großzügiger Freund, hat die Veröffentlichung einer meiner Arbeiten in Italien ermöglicht, die aus den Aufzeichnungen meiner Vorlesungen in der “Pos-Graduation Kurs” an der Rechtsfakultät der Universität São Paulo (USP) entstanden ist – *La Dop-pia Destrutturazione del Diritto*, Milano, Edizioni Unicopli, 1996. Diese Arbeit wurde später ebenfalls ins Spanische übersetzt und mit dem Titel *La Doble Desestructuración y la Interpretación del Derecho*, Barcelona, Editorial M. J. Bosch, 1998, veröffentlicht.

Dieses Buch beginnt als eine andere Version meines Werkes *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*,¹ in einer Art, allerdings, die es zu einem anderen Buch werden lässt. Als ich begonnen habe, an dem zu arbeiten, was die sechste Auflage hätte werden sollen, ist mir klar geworden, dass ich es ganz neu schreiben muss. Zum einen, weil die sechsjährigen Erfahrungen als Verfassungsrichter am STF nicht nur ausgesprochen bedeutend, sondern auch praktischer Art in der *Rechtsauslegung und -anwendung* gewesen sind. Zum anderen, weil alles, was ich in Sachen der *Grundsätze* gedacht habe, der Überprüfung bedarf. Vor allem aber, weil ich wahrhaftig begonnen habe, Richter zu fürchten, die, selbige Grundsätze ge- und missbrauchend *ohne zu wissen, was Recht ist, ihre eigenen Gesetze schaffen*, wie es in dem Lied von Roberto Carlos treffend heißt.

Álvaro Malheiros hat die Veröffentlichung eines *neuen Aufsatzes* vorgeschlagen, der hier nun vorliegt.

Man wird sagen, dass meine Bibliografie nur bis zu Beginn des 21. Jahrhunderts und nicht darüber hinausgehe. Es ist richtig, dass meine Zugehörigkeit zu einem mit entscheidungsreifen Verfahren überfüllten Gericht meine Forschungsfreiheit eingeschränkt hat. Ich habe viele Jahre nicht nach demjenigen geforscht, was mich intellektuell angezogen hätte, sondern nach dem, um konkrete Fragen vieler Einzelfälle lösen zu können.

1 São Paulo, Malheiros Editores, 2002, mit Neuauflagen 2003, 2005, 2006 und 2009; 2007 ist die Übersetzung ins Spanische veröffentlicht worden (*Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid, Editorial Dykinson, 2007).

Nach meinem Ausscheiden vom Gericht in den Ruhestand bin ich mir darüber klar geworden, dass die Autoren, deren ich mich in meinem Werk *Ensaio e discurso* zur Entscheidungsfindung bedient habe, ausreichen, um das ausdrücken zu können, was ich für dieses Werk, welches ein *neues* Buch sein soll, vorhabe.² Wenn ich es objektiv beschreiben soll, so ist es eine Verteidigung des positiven Rechts geworden. Aus diesem Grund komme ich ohne die Lektüre komplexer Texte über Grundsätze und Abhandlungen über dieselben, wie zum Beispiel betreffend das Neu-Denken, aus.

Positives Recht ist in sich widersprüchlich: es steht als dominantes Mittel sozialer Produktion zur Verfügung, und gleichzeitig stellt es die letzte Sicherheit der Verteidigung der subalternen Bevölkerungsschichten. In der heftigen Verteidigung der positiven Natur des Rechts soll dieses Buch ein militantes sein. Wenn aber, geführt durch die Hand der Geschichte, eine andere Zeit kommen wird, wird ein deutlicher qualitativer Wandel stattfinden. Das Recht der Zeiten, die da kommen werden, wird andere Grundlagen haben, welche sich deutlich von denen unterscheiden, die uns Identität und Eigenschaft dessen verleihen, was wir heute *positives Recht*, *modernes Recht*, *formelles Recht* nennen. Es wird ein anderes sein. Ich weiß nicht, welche Lieder wir singen werden. Es kann eine Hymne an die Freude sein – wenn der Mensch also gelernt hat, glücklich zu sein; vielleicht himmlische Gesänge; oder eine internationale Hymne. Es wird eine andere Zeit mit neuen Wegen sein. Bis sie kommt, wird mein Buch für die Verteidigung des positiven Rechts kämpfen.

Honfleur, im Januar 2013

2 Zum Ende füge ich noch einen Anhang betreffend den Sprachgebrauch und die Rechtsbegriffe der fünf Auflagen des Werkes *Ensaio und discurso sobre a interpretação/aplicação do direito* an.

Einführung

1. *Recht, Sicherheit und der Markt*

Um die Angst, die Richter in mir erwecken, zu erklären – was gleichzeitig den folgenden Vortrag zur Auslegung/Anwendung des Rechts rechtfertigt –, beginnen meine Ausführungen mit der *Rationalität* des modernen Rechts. Ich bediene mich dabei ohne Scheu vor Wiederholungen dessen, was ich in anderen Aufsätzen geschrieben habe.

Das so genannte *moderne Recht* ist insoweit rational, als es in Bezug auf das menschliche Verhalten *vorherseh-* und *berechenbar* ist – soll heißen: *Sicherheit* schaffend. Heute ersetzen wir unsere Unsicherheit durch Unterwürfigkeit.³ Wir definieren „Sicherheit“ durch sein genaues Gegenteil. Hier und heute – im so genannten *modernen Staat* – akzeptieren wir die *Macht* wegen seiner Mindestgarantie an *Sicherheit*, die sie recht oder schlecht bietet.

Der *moderne Staat* ist mit der Berufung zur Tätigkeit im wirtschaftlichen Bereich erschienen und hat sich im Laufe der Zeit lediglich in seiner Handlungsweise verändert. In den Worten von Habermas [1973:77–79] *begründet, erhält, ergänzt, ersetzt und gleicht* er die kapitalistische Produktionsweise *aus*, und zwar von den Grundrechten auf Eigentum und Vertragsfreiheit, bis hin zum *Ausgleich* der Fehler der Anhäufung (zum Beispiel Umweltrecht, Verbraucherschutz, Legitimation).

Denn der Staat setzt das moderne Recht ein, um den Markt zu *erhalten*. Deshalb ist das moderne Recht ein Mittel, dessen der Staat sich zur Verteidigung des Kapitalismus der Kapitalisten bedient ... Er schafft Kalkulierbarkeit und Vorhersehbarkeit, denn ohne diese Faktoren könnte der Markt nicht existieren.

Weber [1969:238], für den die Erfordernisse der *Kalkulierbarkeit* und des *Vertrauens* in das Funktionieren der Rechtsordnung und der so genannten Verwaltung wichtige Voraussetzung für das Funktionieren des rationalen Kapitalismus sind, weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der industrielle Kapitalismus von der Möglichkeit sicherer Prognosen

3 Die exekutive, legislative und rechtsprechende Gewalten.

abhängig ist. Er müsse sich daher auf die *Stabilität, Sicherheit und Objektivität* des Funktizonierens der Rechtsordnung sowie der Eigenschaften der Rationalität und grundsätzlichen Vorhersehbarkeit der Gesetze und der Verwaltung verlassen können. Das Kleinbürgertum – so Ferdinand Lassalle [1985:34–35] – strebt gegen Ende des Absolutismus „zum Wohle des Handels und der sich einsetzenden Industrialisierung die Ordnung und öffentliche Ruhe, und gleichzeitig die Aufstellung einer korrekten Justiz im Lande“ an.

Es handelt sich daher um die *öffentliche Ordnung*, bestehend aus den juristischen Normen, die den ausgeprägtesten Kern dessen ausmachen, was Nicos Poulantzas [1965:326] als *le besoin de calcul de prévision* bezeichnet: die Wirtschaftssubjekte innerhalb eines extrem komplexen Marktes, in dem der Gewinn als Mittel der Anhäufung von Kapital die wichtigste Rolle spielt, benötigen eine *Justiz* und eine Verwaltung, deren Funktion grundsätzlich *rational kalkulierbar* ist. Und – so weiter Poulantzas [1965:323 ff.] –, es ist neben der Allgemeinheit des Gesetzes die öffentliche Ordnung, welche die Ausführung der Verträge gewährleistet. Da ein bestimmter Grad von Gewissheit, so Franz Neumann [1969:49 ff.], dass Verträge auch eingehalten werden, für den unternehmerischen Erfolg unabdingbar ist.

Vorher hat Hermann Heller [1987:208] bereits ausgeführt: „Verkehrssicherheit oder Rechtssicherheit wird ermöglicht durch eine erhöhte Berechenbarkeit und Planmäßigkeit der gesellschaftlichen Beziehungen. Denn solche Berechenbarkeit lässt sich nur dadurch erreichen, dass die gesellschaftlichen, vor allem die wirtschaftlichen Beziehungen in wachsendem Maße einer einheitlichen Ordnung unterstellt, d.h. von einem Gebietsmittelpunkt aus normiert werden. Das vorläufige Endergebnis dieses gesellschaftlichen Rationalisierungsprozesses ist der moderne Rechtsstaat.“

Es ist nun mal so, dass die Vertragserfüllung nicht unter Billigkeitserwägungen sichergestellt werden kann, die mit der Kalkulierbarkeit, der ersten Voraussetzung des modernen Rechts, unvereinbar sind.

Es war daher notwendig, die *Billigkeit* in ein *rigides Normensystem* umzuwandeln, um die wegen der wirtschaftlichen Transaktionen notwendige *Kalkulierbarkeit* sicherstellen zu können.

Diese Notwendigkeit begründete dann auch die Beschränkung der Macht der Monarchien und der Feudalherrschaft und gipfelte schließlich in der Einführung der Gesetzgebungsmacht der Parlamente. Vorrangige Aufgabe des Staates war die *Schaffung einer Rechtsordnung, welche die*