

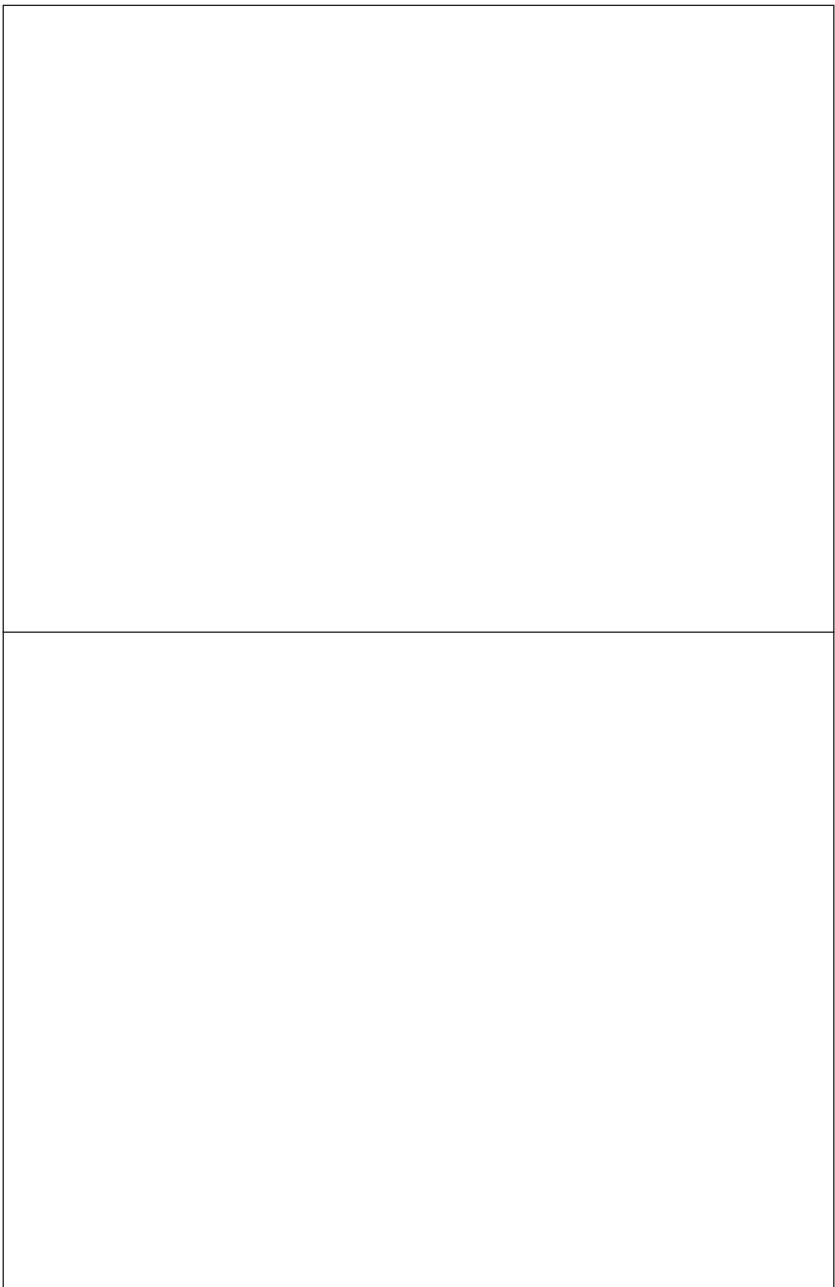
Eros Roberto Grau

# 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 |

## *Inhaltsverzeichnis*

|  |    |
|--|----|
| 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>  | 108 |
| 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 |

## *Inhaltsverzeichnis*

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| 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 Tyrannie 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 |

*Inhaltsverzeichnis*

|   |            |
|---|------------|
| 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<br>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 Doppia Destruzione 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*,<sup>1</sup> 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* vorschlagen, 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.

---

<sup>1</sup> 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).

## *Vorwort*

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, vorhave.<sup>2</sup> 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*

---

<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> Wir definieren „*Sicherheit*“ durch sein genaues Gegen teil. 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