

Die Interpretation der Verfassung in Brasilien nach 1988: Verfehlte Rezeption von Interpretationsparadigmen

By *Lenio Luiz Streck**

Abstract: *Since the end of the military rule in Brazil (1985), when law was deemed illegitimate as a whole, and the introduction of a new, democratic constitution in 1988, new and old theories, most of them imported from other countries, have tried to solve the problem of interpretation of law. These theories, from Robert Alexy's **Theorie der Grundrechte** to old juridical theories as well, reminiscent of the old legalism of the XIX century, don't take into account the peculiar aspects of Brazil's condition as a late modern nation. This paper, following the trail of Hans-Georg Gadamer's philosophical hermeneutics and Ronald Dworkin's theory of law as integrity, advances a critique of those theories, based on what Prof. Lenio Streck called his **Crítica Hermenêutica do Direito** (CHD – Hermeneutical Critique of Law). His CHD follows the lessons of Prof. Luis Alberto Warat, a pioneer in the study of jurisprudence and the relationship between language and law, stating that the innermost problems of jurisprudence trace back to the problems of philosophy of language, as well as to other sociopolitical dilemmas. Grounded on those premises, we set forth a harsh critique to the importation of Robert Alexy's **Theorie der Grundrechte**, whose **Abwägung** was misunderstood by lawyers and judges all around Brazil. In the same way, principles were understood as simple rhetorical assertions, used in every way to legitimate illegitimate and discretionary judicial rulings, again based on a misreading of Alexy's theories. Judicial activism also has been a problem, putting democracy and the democratic legitimation of judicial decisions in question. In the end, we demonstrate the necessity of a way to control judicial decisions in Brazil; judges have to feel bound by the constructions set forth by the jurisprudence.*

A. Einführung – Brasilien und Verfassung: Eine nötige Kontextualisierung

Trotz der großen Bedeutung, welche die Verabschiedung der Verfassung von 1988 für das Vorankommen der brasilianischen Politik gehabt hat, kann noch nicht behauptet werden, dass das von ihr etablierte Gesellschaftsprojekt schon den nötigen Konkretisierungsraum gefunden

* Doktor des Staatsrechts (UFSC [Bundesuniversität von Santa Catarina]); Postdoktorale Rechtsforschung (Universität Lissabon); Hauptamtlicher Professor an der UNISINOS, im Bundesstaat Rio Grande do Sul, Brasilien; Staatsanwalt des Bundesstaates Rio Grande do Sul, Brasilien. E-Mail: lenios@globo.com.

habe. In Wahrheit leidet auch es an der Krankheit, die den in Brasilien erfolgten sozialen und politischen Veränderungen innewohnt. Gewiss ist die neue Verfassung, sowie vorher der Militärputsch¹, das Resultat eines Reifungsprozesses, der sich mindestens über ein Jahrzehnt erstreckte. Sie entstand aufgrund des stark verbreiteten Gefühls, dass ein neuer sozialer Vertrag nötig sei.

Es kann stattdessen behauptet werden, dass die juristische Dogmatik, auch angesichts der von der Verfassung eingebrachten Innovation, weiter mit dem alten in Brasilien schon immer herrschenden Interpretationsmodell operiert.

Zwar hat der brasilianische Konstitutionalismus, inspiriert von der durch die europäischen Verfassungen nach dem zweiten Weltkrieg errichteten konstitutionalistischen Bewegung, eine Verfassung entworfen, die reich an Rechten ist (sie enthält sogar ausdrücklich eine lange Liste von Sozialrechten), welche eine wahrhafte „Neugründung“ eines historisch ausgrenzenden und zentralisierenden Landes mit sich bringen.²

Die Verfassung von 1988, so wie die oben genannten europäischen Verfassungen, hält sich für genauso dirigistisch (da sie die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers begrenzt, und zwar mittels programmatischen Regeln, die das sozialpolitische Handeln des Staates bestimmen) und setzt den demokratischen Rechtsstaat als Modell eines Staates ein, der gegründet wird, um die Konkretisierung der sozialen Grundrechte zu fördern.

Jedoch ist sogar zwei Jahrzehnte nach der „Neugründung“ des brasilianischen Staates durch die Verabschiedung der Verfassung von 1988 die Umsetzung der Verfassung (immer noch) ein Thema, das eine effektive Antwort seitens der brasilianischen Juristen verlangt. Dieses Problem entspringt größtenteils einem ganz einfachen Grund: *Eine Verfassung ope-*

- 1 Aus der soziologischen Perspektive ist es möglich, eine Parallele zwischen der Existenz eines Reifungsprozesses des Militärregimes und der schrittweisen Einführung der Verfassung von 1988 zu ziehen. Celso Furtado – einer der einflussreichsten Intellektuellen Brasiliens in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts – berichtet über eine spezielle Besonderheit in Bezug auf die Dynamik der politischen Kräfte in der brasilianischen Gesellschaft. Für ihn war es einfach zu sehen, wie in Brasilien den gesamten Prozess der politisch-gesellschaftlichen Wandel verlangsamt ist. (Cf. *Celso Furtado*, *Os Ares do Mundo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 21). Dies bedeutet, dass in der Regel der politisch-rechtliche Bereich in Brasilien auf radikale Brüchen, die eine signifikante Veränderung der sozialen Strukturen ermöglichen, beruht. Zum Beispiel installiert das Aufkommen des Militärputsches im Jahr 1964 ein diktatorisches Regime, das 20 Jahre lang als Regierungsform bestand, bis die politische Öffnung – im Jahr 1980 – und die sozialen Bewegungen, die für die Wiederherstellung eines demokratischen Regimes gekämpft haben, zur Verkündung einer neuen Verfassung führen. Trotz der Entwicklung der brasilianischen Politik nach der Verkündung der Verfassung von 1988, ist es noch nicht möglich, zu sagen, dass das von ihr etablierte Gesellschaftsprojekt Raum für seine vollständige Umsetzung gefunden hat. So ist zu beobachten, dass auch die Verfassung in einem sozialen und politischen Reifungsprozess ihren Ursprung hat, in dem die Entstehung von Mindestbedingungen für ihre Einrichtung möglich war. Siehe *Thomas Skidmore*, *The politics of military rule in Brazil*, New York 1988.
- 2 Es gibt eine einflussreiche Interpretation der Geschichte Brasiliens, welche die Existenz eines – im Sinne Webers – bürokratischen Standes aufweist, der den patrimonialen brasilianischen Staat regiert (siehe *Raymundo Faoro*, *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, São Paulo 1995).

rationalisiert sich nicht selbst. Sie hängt von der Konstruktion eines theoretischen Überbaus ab, der die Bedingungen gewährt, um ihre Inhalte auf der Ebene der Interpretation wirksam werden zu lassen. So etwas gab es dennoch nicht. Der von der Rechtslehre und der Rechtsprechung gefundene Ausweg bestand im Import von Theorien, die auf rechtsvergleichenden Erfahrungen beruhten. Damit entstand eine ebenso neue wie problematische Frage: *Unter welchen Bedingungen ist dieses „Importieren“ möglich?*

B. Die Verfassung und die Forderung nach neuen Interpretationsparadigmen. Die verfehlten theoretischen Rezeptionen

Eine neue Verfassung macht also neue analytische Herangehensweisen erforderlich: Mindestens eine neue Quellentheorie, eine neue Normentheorie, eine neue hermeneutische Theorie. Die Frage, die sich dabei stellte, war: Wie kann man das Neue mit neuen Augen betrachten? Unsere juristische Tradition fußte doch auf einem individualistisch-liberalen Modell (das mit Begriffen operiert, die von den Erfahrungen der Entwicklung des französischen und deutschen Privatrechts herkommen), das keinen Platz hatte für Rechte der zweiten und dritten Generation. Ebenso gab es keine den Anforderungen des neuen juristischen Paradigmas angemessene konstitutionelle Theorie.

Diese Mängel warfen die brasilianischen Juristen in die Arme fremdartiger Theorien. Somit wurden solche Theorien mehrheitlich in unkritischer Weise aufgenommen, *wobei den betreffenden Einstellungen größtenteils gemeinsam ist, dass sie auf den Protagonismus der Richter setzen.* Es gab aber tatsächlich einen effektiven doktrinen Anreiz der von den folgenden drei wichtigsten Einstellungen oder Theorien ausging: Von der *Wertjurisprudenz*, vom *nordamerikanischen Realismus* (mit Betonung auf den gerichtlichen Aktivismus) und von *Robert Alexys Theorie der Argumentation*. Wir werden im Folgenden diese verfehlten Rezeptionen einzeln untersuchen, wobei wir aufgrund der Art und Weise, wie beide in Brasilien gehandhabt werden, die Wertjurisprudenz und Robert Alexys Theorie der Argumentation zusammennehmen.

1. Wertjurisprudenz und Theorie der Argumentation: Rezeptionsfehler

Es ist bekannt, dass im deutschen Fall die *Wertjurisprudenz* dazu diente, die aufgrund der Oktroyierung des Grundgesetzes seitens der Alliierten im Jahr 1949 ausgelöste Spannung zu lockern. In der Tat hat sich in den Jahren nach der Einführung des Grundgesetzes das Bundesverfassungsgericht stark darum bemüht, eine Charta zu legitimieren, die nicht durch breite Beteiligung des deutschen Volkes konstituiert worden war. Daher die Behauptung eines von der *lex* unterschiedenen *jus*, d. h., die Berufung auf Argumente, die es dem Gericht erlaubten, auf Entscheidungskriterien zurückzugreifen, die außerhalb der starren Legalitätsstruktur lagen. So trat der Verweis auf *Werte* als ein Mechanismus auf, der die „Öffnung“ einer extrem geschlossenen Legalität fördern sollte.

Die These der Wertjurisprudenz ist bis heute in jenem Gericht in gewisser Hinsicht vorherrschend, was geschichtlich auf der Ebene der konstitutionellen Theorie harte Kritik am Interventionsmodus des deutschen Gerichts hervorgerufen hat.³ Es ist allerdings als wichtig festzuhalten, dass die genannte Spannung nach dem zweiten Weltkrieg eine grundsätzliche Rolle bei der Ausformulierung der zeitgenössischen konstitutionellen Theorie, zum Beispiel in Portugal, Spanien und Brasilien, gespielt hat.

Dennoch – und hier ist Kritik an der Art und Weise der Rezeption der These anzubringen – haben die brasilianischen Juristen nicht die unterschiedlichen Wirklichkeiten (die brasilianische und die deutsche) beachtet. Spezifisch im Fall Brasiliens, wo sich geschichtlich sogar die bürgerliche Legalität damit schwer tut, akzeptiert zu werden, besteht die große Herausforderung darin, Bedingungen für die Konsolidierung eines demokratischen Raumes des Legalitätsaufbaus zu schaffen, der am konstitutionellen Text geformt wird.

Von der Wertjurisprudenz haben die brasilianischen Theoretiker ihre Hauptthese geliehen – und zwar, die These, dass die Verfassung eine konkrete Werteordnung sei, wobei es die Rolle ihrer Ausleger ist, diese Interessen oder Werte ausfindig zu machen und zu bekunden. Die spezifischste Weise ihrer Implementierung bestand in der Theorie der Argumentation von Robert Alexy, mit welcher sich ein beträchtlicher Teil der Rechtsprechung⁴ und der Gerichte jedoch nur oberflächlich auseinander setzte. Insofern wurde das konstitutionelle Recht von den Theorien der juristischen Argumentation besetzt, wobei nur selten Verfassungsrechtler zu finden sind, „die der von Alexy vorgebrachten strukturellen Unterscheidung zwischen Regel und Prinzip sowie seiner Idee der Abwägung Genüge tun“.⁵ Von diesem Fehler ausgehend wurden verschiedene, manchmal miteinander unvereinbare Theorien/Thesen entwickelt und befolgt. Mehrheitlich bedenken die Anhänger der Abwägung nicht den bedeutenden Umstand, dass es nicht möglich ist, eine Abwägung anzustellen, anhand derer der Fall direkt gelöst werden kann. Bei der Abwägung – im Sinne ihres Schöpfers, Robert Alexy – handelt es sich nicht um eine Prozedur, bei der zwei Prinzipien auf die Waage gelegt werden und dann auf jenes gedeutet wird, das stärker ins Gewicht fällt, etwa derart, dass sich der Ausleger zwischen zwei kollidierenden Prinzipien eins auswählt. In dieser Hinsicht, muss Alexy richtig verstanden werden: Seine These über die Abwägung beinhaltet diese „direkte Auswahl“ nicht.

Es ist wichtig zu bemerken, dass die brasilianischen Gerichtshöfe mit ihrem kriterienlosen Gebrauch der alexyschen Theorie die Regel der Abwägung in ein Prinzip verwandelt haben.

3 Cf. *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main 1992. S. 292-349.

4 Cf. *Luis Roberto Barroso*, „Novos paradigmas e categorias da Interpretação Constitucional“, in Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.) *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica*, Salvador 2010, S. 189. Hier zeigt sich deutlich, wie die Idee der „Verfassung als Wertordnung“ buchstäblich unter der alexyschen Theorie der Prinzipienkollision subsumiert wird, ohne dass dabei jedoch im Mindesten die dieser Theorie zugrunde liegenden logischen Voraussetzungen beachtet werden.

5 Vgl. *Robert Alexy*. Theorie der Grundrechte. Berlin 1994. Siehe Kapitel 3.

Während in der von Alexy vorgeschlagenen Formulierung die Abwägung zur Bildung einer Regel – die mittels Subsumtion angewandt wird – führt, gebrauchen die brasilianischen Gerichtshöfe dieses Konzept im Sinne eines rhetorisches Argument, als eine Art theoretisches Alibi zur Begründung der verschiedensten Stellungnahmen (ein gutes Beispiel dafür ist der „Fall Ellwanger“, der weiter unten behandelt wird)⁶. Diese fehlerhafte Behandlung durch die brasilianischen Gerichte, lässt sich mittels einfacher Nachforschungen bestätigen.⁷ Es sei als Letztes noch vermerkt, dass sich dieser Gebrauch der Abwägung aus einem der brasilianischen Realität ganz eigentümlichen Phänomen ergibt, für das ich den Ausdruck *Panprinzipienlogismus* [*panprincipiologismo*] geprägt habe.⁸ Dieser *Panprinzipienlogismus* bewirkt – unter dem Vorwand der Anwendung konstitutioneller Prinzipien – die Entstehung einer unkontrollierten Wucherung von rechtlichen Aussagen, die bestimmte konkrete Probleme oft gar an der konstitutionellen Legalität vorbei lösen wollen.

Ein sehr aufschlussreiches Beispiel dieser Art theoretischer Vermischung (von Theorie der Argumentation und Wertjurisprudenz) ist die Gerichtsverhandlung des *Habeas-Corpus-Antrages* Nr. 82424, vom 17. September 2003, die als *Fall Ellwanger* bekannt wurde. Betrachten wir in groben Zügen den vorgetragenen Fall: Bei dieser Verhandlung hat der brasilianische Oberste Bundesgerichtshof [Supremo Tribunal Federal] den Antrag zur Einstellung des Strafverfahrens und zur Nichtstrafbarkeitserklärung zugunsten von Siegfried Ellwanger abgelehnt, der wegen Diskriminierung von Juden angeklagt worden war. Ellwanger war verantwortlich für die Herausgabe, Verteilung und den Verkauf antisemitischer, selbst verfasster (*Holocausto: judeu ou alemão? – Nos bastidores da mentira do século* [*Holocaust: Jüdischer oder deutscher? – Hinter den Kulissen der Lüge des Jahrhunderts*]) und von anderen brasilianischen Autoren geschriebener Bücher. Ellwangers Verhalten war strafbar nach Art. 20 des Gesetzes Nr. 7.716/89, wofür eine Strafe von zwei bis fünf Jahren Haft verhängt werden konnte. Er ist in erster Instanz freigesprochen worden und nach Berufung vor dem Gerichtshof [Tribunal de Justiça] des Bundesstaates Rio Grande do Sul verurteilt worden. Vor dem Obersten Bundesgerichtshof [Supremo Tribunal Federal] behauptete die Verteidigung, dass die ihrem Klienten angelastete Tat schon verjährt sei, da die Diskriminierung von Juden – anders als die Diskriminierung aufgrund der Hautfarbe – nicht in den Schutzbereich der konstitutionellen Unverjährbarkeit des Rassismusverbrechens fallen würde (Art. 5, XLII der brasilianischen Verfassung).

Der Berichterstatter, Richter Moreira Alves, sprach sich für die Bewilligung des *Habeas Corpus* mit der Begründung aus, dass Juden unmöglich Opfer von Rassismus sein könnten, da sie eben keine Rasse bildeten. Er basierte sein (konstitutionell unangemessenes) Votum

6 Oberster Gerichtshof – STF: HC 82424/RS.

7 Im spezifischen Fall des Obersten Bundesgerichtshofes [Supremo Tribunal Federal = STF] ist an die ADPF Nr. 130/DF, aus dem Jahr 2009 zu erinnern. ADPF steht für *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* = Anfrage zur Nichterfüllung einer (konstitutionellen) Grundvorschrift, etwa im Sinne einer Verfassungsbeschwerde. Siehe weiter unten im Text.

8 Vgl. *Lenio Luiz Streck*, *Verdade e consenso*, Rio de Janeiro 2011, bes. das Nachwort.

auf politische Argumente, und zwar vor allem auf dieses: Die verfassungsgebende Versammlung habe einzig das Rassismusvergehen gegen Schwarze als unverjährbar betrachten wollen.

Allerdings war ein Teil der Gerichtsmitglieder der Ansicht, dass man es dabei mit einer Kollision konstitutioneller Prinzipien zu tun habe. Diese Prinzipien wiederum würden auf unter sich widerstreitenden Werten fußen. In diesem Sinn sah Richter Carlos Ayres Britto im genannten Fall einen „Widerspruch zwischen juristischen Prinzipien“ unter „normativ-prinzipienlogischen Modellen, die sich im Stand der Reibung befinden und sogar in einen gegenseitigen Ausschluss ausarten“⁹ und verstand gemäß eines Verhältnismäßigkeits-Urteils, dass die Ellwanger zugeschriebenen Taten angesichts der Meinungsfreiheit nicht strafbar seien. Richter Marco Aurélio de Mello legte ebenfalls die Meinungsfreiheit und das Rassismusverbot auf die Waage und die Abwägung der auf dem Spiel stehenden Werte vollziehend (sogar mit ausdrücklichem Zitat aus Alexy und Bezugnahme auf den Fall Lüth, der vom Bundesverfassungsgericht 1958 verhandelt worden ist und als bahnbrechend für die Prinzipienabwägung gilt) sprach er sich für das Primat der Freiheit aus.

Obwohl der Fall Gegenstand unzähliger Debatten und einer lange andauernden Auseinandersetzung im Obersten Gerichtshof war (der Urteilsspruch hat nicht weniger als 488 Seiten!), muss gesagt werden, dass die Lösung der Kontroverse doch peinlich einfach ist. Es gibt in dem Fall überhaupt nichts abzuwägen, und zwar aus einem ganz einfachen Grund: Die Freiheit des Gedankenausdruckes umfasst nicht die Freiheit, eine rassistische Denkweise auszudrücken. Rassismus ist ein Verbrechen. Ein unverjährbares Verbrechen. In diese Richtung ging das Votum des Richters Celso de Mello. Einer ähnlichen Linie folgend, erinnerte Richter Gilmar Mendes, dass die demokratischen Gesellschaften auch im Rahmen von Hassreden (*hate speeches*) keine Äußerungsfreiheit gewähren, und zwar aus dem ganz einfachen Grund, dass solche Äußerungen die Demokratie selbst kompromittieren würden.

Wie schon gesagt, wurde der Habeas-Corpus-Antrag abgelehnt.¹⁰ Dennoch zeigten die unterlegenen, entweder auf politischen Argumenten oder auf Abwägungsurteilen fußenden Voten die Gefahren auf, die von einer alexyschen Theorie der Argumentation nach brasilianischer Art (welche die von Alexy aufgestellte formale Vorgehensweise ignoriert und letztendlich die alexysche Abwägung mit dem der Wertjurisprudenz eigenen Interpretationsmodell vermengt) ausgehen. Mit anderen Worten: Der Rückgriff auf den abwägenden Relativismus verdunkelt den Wert der Tradition als Leiterin der Interpretation, d. h., die Abwägung öffnet dem freien Ermessen das Tor.

II. Der gerichtliche Aktivismus: Ein Beispiel fehlgeleiteter Diskussion in Brasilien

In Brasilien wird ebenfalls der Ausdruck „gerichtlicher Aktivismus“ in der Art einer *tabula rasa* gebraucht. Man merke: In den Vereinigten Staaten – und das ist/war die dritte fehlerhafte

9 Oberster Gerichtshof – STF: HC 82424/RS, S. 787.

10 Außer der schon erwähnten Richter Mauricio Corrêa, Celso de Melo und Gilmar Mendes, stimmten für die Ablehnung auch noch die Richter Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso und Sepúlveda Pertence.

Rezeption – ist die Diskussion über das Walten der Richter und über den gerichtlichen Aktivismus mehr als zweihundert Jahre alt. Man darf nicht vergessen, dass in den Vereinigten Staaten der gerichtliche Aktivismus zunächst ein negativer Aktivismus war (der Aktivismus kann also nicht immer als etwas Positives angesehen werden). Der typische Fall eines umgekehrten Aktivismus war die Einstellung des Obersten Bundesgerichtes der Vereinigten Staaten zum New Deal: Dieser klammerte sich an die Postulate eines ökonomischen Liberalismus in der Art des *laissez faire* und sperrte die von der Regierung Roosevelt ergriffenen interventionistischen Maßnahmen auf Grund von Verfassungswidrigkeit.¹¹ Die interventionistische Haltung zugunsten der Grundrechte des Menschen entstand in einem Kontext, der eher von der individuellen Handlung einer etablierten Mehrheit als vom Ergebnis einer eigentlich aktivistischen Vorstellungswelt abhing. So ist z.B. der Fall des Warren-Gerichtes zu nennen, bei dem sich aus der persönlichen Vorstellung einer gewissen Zahl von Richtern und nicht aus einem konstitutionellen Gefühl in Bezug auf diese Problematik eine derartige Haltung ergab.

In Brasilien dagegen nimmt dieses Thema dramatische Konturen an. In dieser Hinsicht reicht es hier darauf hinzuweisen, dass der gerichtliche Aktivismus als Prinzip im Vorentwurf der brasilianischen Kollektivprozessordnung [Código Brasileiro de Processo Coletivo] (Art. 2, i) auftrat. Dieser Gesetzentwurf ist zwar noch nicht von der gesetzgebenden Gewalt behandelt worden, aber die bloße Nennung des gerichtlichen Aktivismus als ein „leitendes Prinzip“ (*sic!*) des brasilianischen Kollektivprozesses zeugt schon vom tiefen theoretischen Dilemma, das in der Rechtsdoktrin herrscht.

Ein gutes Beispiel für die flache Art des gerichtlichen Aktivismus, der die Vorstellungswelt der brasilianischen Juristen durchzieht, kann der in der Anfrage zur Nichterfüllung einer (konstitutionellen) Grundvorschrift (ADPF)¹² Nr. 178 vorgebrachten Frage entnommen werden. Diese Maßnahme ist im Jahr 2009 von der Bundesstaatsanwaltschaft eingebracht worden, um die Anerkennung von dauerhaften gleichgeschlechtlichen Verbindungen und die Gewährung der Gleichberechtigung mit heterosexuellen Verbindungen zu erlangen. Das Verfahren zielte zunächst auf Anerkennung und Behebung einer angeblichen Reglementierungsunter-

11 Cf. Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-made Law*, New York 1994.

12 Allgemein betrachtet, kann man sagen, dass die Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (= ADPF) mit der *Verfassungsbeschwerde* vergleichbar ist. Letztendlich hat jedoch das Gesetz Nr. 9882/1999, das § 1 des Art. 102 der brasilianischen Verfassung reglementierte, – verfassungswidrig – die Zahl jener eingeschränkt, die befugt sind, sich dieses wichtigen Instruments der Konkretisierung von Grundrechten zu bedienen. Die Debatten um die ADPF Nr. 54 (welche die Verfassungsmäßigkeit der Kriminalisierung der Abtreibung bei Aneuploidie diskutiert), die ADPF Nr. 130 (die das Problem der Pressefreiheit und der [Un-]Möglichkeit der Vorzensur untersuchte) und die ADPF Nr. 153 (welche die Möglichkeit der gerichtlichen Verfolgung und Bestrafung der während des Militärregimes geschehenen Folterverbrechen zum Thema hatte) beweisen die große Bedeutung dieses Mechanismus für die Interpretation der Verfassung. Es sei hier festgehalten, dass der Oberste Bundesgerichtshof [STF] die ADPF Nr. 130 als berechtigt beurteilt und darum die Nicht-Rezeption des Pressegesetzes dekretiert hat (Gesetz Nr. 5.250/1967). Die ADPF Nr. 153 dagegen wurde als nicht berechtigt zurückgewiesen. Die ADPF Nr. 54 wartet noch auf das Urteil.

lassung der Rechte homosexueller Partner seitens der gesetzgebenden Macht, obwohl der Wortlaut der Verfassung selbst, in Art. 226, § 3, in eine andere Richtung weist: „Mit Wirkung für den Staat und seine Schutzpflicht wird die dauerhafte Verbindung zwischen Mann und Frau als Familieneinheit anerkannt, deren Umwandlung in die Ehe durch Gesetz erleichtert.“ Durch eine einstweilige Verfügung zwar abgelehnt, wurde das Gesuch neu vorgelegt, jetzt aber mit dem Ziel, eine verfassungskonforme Auslegung des Art. 1723 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)¹³ zu erreichen, die den homoaffektiven/homosexuellen Verbindungen integralen Schutz gewähren sollte.

Die aufkommende Ratlosigkeit ist folgender Frage zu verdanken: Wie sollte man von Unterlassung reden können, wenn die Verfassung selbst dem Staat den Schutz der Verbindung zwischen Mann und Frau verordnet? Man beachte: Wir können hier auf keinen Fall von einer Hierarchie der Verfassungsnormen reden, sonst würden wir Otto Bachofs These der möglichen Existenz verfassungswidriger Verfassungsnormen akzeptieren¹⁴. Das Erstaunlichste an der genannten ADPF ist, dass sie dazu noch die verschiedenen Entscheidungen, die wortwörtlich den genannten Verfassungsbefehl vollzogen haben, aufheben will. Es handelt sich also um einen Hyperaktivismus.

Sogleich fällt folgendes Problem auf: Die effektive Einführung einer solchen gewichtigen Maßnahme verlangt (oder würde verlangen), dass das Gericht in ein zur Verfassungsänderung permanent befugtes Organ umgewandelt wird. Sodann würde jedoch eine veraltete Art der Verfassungsänderung eingeführt werden, die in den für die verfassungsgebende Macht reservierten Handlungsspielraum eingreift.

Die daraus resultierende Gefahr ist, dass ein solcher Eingriff der judikativen Gewalt in den Kern der Gesellschaft schwere Nebeneffekte mit sich bringt. Das heißt: Es gibt Probleme, die einfach nicht durch eine derart fehlerhafte Vorstellung von gerichtlichem Aktivismus gelöst werden können. Die Judikative kann nicht an die Stelle des Gesetzgebers treten (vergessen wir hier nicht den Unterschied zwischen Aktivismus und Judizialisierung: richterlicher Aktivismus ist schädlicher Natur und schwächt die Autonomie des Rechtes).

Neben den drei schon behandelten Einstellungen – die auf der Ebene der Rechtsdoktrin und der Anwendung des Rechts in Brasilien vorherrschend wurden – sind noch andere pragmatische Theorien zu erwähnen, welche z.T. als unsystematische und widersprüchliche Mischungen zu betrachten sind und sich u.a. der Grundzüge der argumentativen Theorien (insbesondere der alexyschen) bedienen.¹⁵

13 Art. 1723. „Es wird als Familieneinheit die dauerhafte Verbindung zwischen Mann und Frau anerkannt, die sich als öffentliches, ununterbrochenes und andauerndes Zusammenleben gestaltet und zum Zweck der Familiengründung konstituiert“.

14 Vgl. Otto Bachof. *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*. Tübingen 1951.

15 In diesem Sinne, lässt sich unschwer erkennen, wie Abwägung, Rationalität und Verhältnismäßigkeit sich allmählich in performativen Aussagen verwandelten. Einige wenige Beispiele: Oberster Gerichtshof STF – RCL 2126; AGR 395662; Oberlandesgericht Rio Grande do Sul – TJRS 70027526524, 70027525898, 70032218398; STF-HC 97197; HC 97677; RMS 27920; ADPF 101; ADI 2240; STJ-HC 68397.

C. Der Widerstand des Establishments gegen den gerichtlichen Aktivismus, den Panprinzipienlogismus und die Fragmentierung der Rechtsprechung

Das sogenannte „Zeitalter der Prinzipien“, dem die Entstehung von Verfassungstexten mit sozialleitenden Merkmalen zu verdanken ist, trifft jedoch – und dies insbesondere in Brasilien – auf eine noch stark von der herkömmlichen Methodologie und ihren Variationen geprägte juristische Vorstellungswelt, welche von den Normativisten (Formalisten) bis zu Anhängern des alternativen Rechts (Realisten) reicht. Einerseits unterhielten die mit der traditionellen juristischen Dogmatik noch verbundene Rechtsdoktrin und Rechtslehre weiterhin normativistische Praktiken und fand es ungeheuer schwer, die Ankunft einer neuen Quellentheorie minimal zu verstehen. Andererseits engagierten sich Sektoren aber auch für die Konkretisierung der Verfassung unter Leitung der Judikative; leider ohne über die Bedingungen dieser Führungsrolle entsprechend zu reflektieren.

Der Mangel an geeigneten Theorien gestattete folglich das Erstarken der Judikative. Das Erstaunliche dabei ist, dass die Rechtsanwender selbst in der brasilianischen Verfassung – und dies trotz ihres Reichtums an sozialen Grundrechten – noch nach „verborgenen Werten“ suchen.

Das Fundament des vorgenannten gerichtlichen Aktivismus bildet das Phänomen des *Panprinzipienlogismus*. „Die Werte wurden positiviert“; so pflegt man die Verfassungsprinzipien anzukündigen. Der Panprinzipienlogismus führte zur erleichtert die Schaffung von Prinzipien aller Art, als ob das Paradigma des demokratischen Rechtsstaates der Stein der Weisen der prinzipienlogischen Legitimität sei, aus dem alle nötigen Prinzipien zur Lösung schwieriger Fälle oder zur Korrektur der Sprachunbestimmtheiten entnommen werden könnten. Hunderte von Prinzipien drangen in das Universum der Interpretation und der Rechtsanwendung ein und schwächten so den Autonomiegrad des Rechts und die normative Kraft der Verfassung. Folgende Prinzipien können als Beispiele angeführt werden: Das Prinzip der Symmetrie, das Prinzip der Nicht-Überraschung, das Prinzip des Vertrauens, das Prinzip der Affektivität, das Prinzip der vollendeten Tatsache, das Prinzip der prozessualen Instrumentalität, das Prinzip des Vertrauens auf den Richter des betreffenden Rechtsfalles, das Prinzip des Abgeleiteten und des Ableitbaren.¹⁶

Dieser Aktivismus lässt auch deutlich erkennen, dass seine Ratio eine solipsistische Herkunft hat, was insofern problematisch ist, als dass die Demokratie und ihre Fortschritte in die Abhängigkeit von richterlichen und gerichtlichen Stellungnahmen geraten. Auf jeden Fall –

16 Das Prinzip der Symmetrie wird in 39 Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs zitiert: Zum Beispiel, siehe Oberster Gerichtshof – STF: ADI 2192/ES, 858/RJ, 3647/MA, 3853/MS, 2857/ES; P.d.Nicht-Überraschung: STF SS-AgR 1015/SP; P.d.Vertrauens: STF MS 25693/DF, 24927/RO, 22357/DF, 24260/MG, ADI 3316/MT; P.d.Affektivität: 3. Bundesregionalergerichtshof – TRF AC 200551010202610/RJ, 200451010202230/RJ, 200251010195768/RJ, 9702352894/RJ; P.d.vollendeten Tatsache: STF ADI 3689/PA, 3316/MT, 2240/BA, 3489/SC; P.d.prozessualen Instrumentalität: Oberlandesgericht Rio Grande do Sul – TJRS AI 70028380491; P.d.Vertrauens auf den Richter des betreffenden Rechtsfalles: Oberlandesgericht Santa Catarina – TJSC HC 29828, STF RHC 7096/RJ; P.d.Abgeleiteten und des Ableitbaren: 5.TRF AC 163455/RN, 4.TRF AC 990513309-7/RS.

und dies muss ganz klar werden – erst mit der Konsolidierung einer effektiven Verfassungsgerichtsbarkeit wird eine sinnvolle Behandlung des Problems des gerichtlichen Aktivismus möglich sein.

Andererseits muss in Betracht gezogen werden, dass der nach dem Zweiten Weltkrieg entstandene Konstitutionalismus grundsätzlich nachpositivistisch ist; die – nun prinzipienlogischen – Verfassungstexte beschützen diese neue Perspektive des Rechts. In diesem Zusammenhang ist die normative Kraft ständig in der Gefahr, durch das verfehlte Setzen auf diese angebliche „Interpretationsöffnung“ geschwächt zu werden. Diese üppige Prinzipienlogik – und das ist der Ort, an dem im philosophischen Bereich der Übergang vom Subjekt-Objekt-Schema zum Subjekt-Subjekt-Verhältnis stattfindet – ist nämlich gerade entstanden, um die von den verschiedenen positivistischen Einstellungen gelöschte praktische Welt wieder in das Recht einzuführen. In den Grenzen dieses Ansatzes wird der Positivismus¹⁷ von seiner wichtigen, von Dworkin in der Debatte mit Hart¹⁸ aufgezeigten Charakteristik her verstanden: Dem Ermessen, womit den Richtern die Macht zur Lösung schwerer Rechtsfälle „delegiert“ wird. Unzweifelhaft besteht hier ein Verhältnis zwischen dem Ermessen, das dem Richter von Hart delegiert wird, und Kelsens Dezisionismus. Das Ermessen ist die dem Richter/Ausleger zuerkannte Macht, unter verschiedenen Alternativen eine Bestimmte zu wählen. Das Problem besteht darin zu wissen, ob die Alternativen legitim sind und ob die getroffene „Wahl“ sich in den fraglichen Umstand einfügt.

In Brasilien, finden wir dass sich sowohl bei der Operationalität *stricto sensu* als auch bei der Doktrin mehrere Manifestationsweisen des Subjektivitätsparadigmas bemerkbar machen, das genau die Fragen des Aktivismus, des Dezisionismus und der Annahme einer Ermessenskraft impliziert. Die wichtigste davon behandelt die Frage in einer expliziteren Weise, indem sie „zugibt“, dass der Akt des Richtens ein Willensakt ist (vgl. das achte Kapitel von Kelsens *Reine Rechtslehre*);¹⁹ zu dieser ersten Gruppe gehören auch noch die Entscheidungen,

17 Es sei hier betont, dass ich im Blick auf das, was im Text besprochen wird, den exegetischen oder legalistischen Positivismus als überwunden betrachte, und zwar darum, weil man sagen kann, dass mit Kelsen eine *semantische Wende* im Rechtsbereich geschehen ist: Die isomorphe Identität zwischen den Wörtern des Gesetzes und der Wirklichkeit der Fakten gibt es nicht mehr. Für den Positivismus kelsenischen Schnittes ist die Interpretation des Rechtes ein Willensakt, der sich innerhalb einer offenen, metaphorisch als *Rahmen der Norm* bezeichneten Struktur bewegt (Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*. Tübingen 2008, S. 100-138). Genau an diesem Punkt befindet sich der Ermessensraum des normanwendenden Auslegers und ich ziehe eben auf die Begegnung mit dieser Dimension des Problems.

18 Siehe Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts 1978, p. 14-80.

19 Man beachte, dass die Frage des kelsenischen Positivismus in Brasilien noch nicht überwunden ist. Einer der ältesten Richter des Bundesgerichtshofs [STF] behauptet oft in seinen Stellungnahmen, dass die Interpretation ein Willensakt sei (auf der Linie von Kelsens Aussage im achten Kapitel seiner *Reinen Rechtslehre*). Neulich äußerte sich der Minister dahingehend, dass die Urteilsfindung ein aufgeteilter Akt sei, dessen erste Etappe die „ideale“ (*sic!*) Konstruktion der Lösung für den Rechtsfall darstellt und erst in einem zweiten Moment eine Begründung des schon Entschiedenen in der Rechtsordnung gesucht wird. In den Worten des Richters Marco Aurélio de Mello: „*Ich idealisiere die gerechteste Lösung für den konkreten Fall und erst danach wende ich mich an die normative Rahmenordnung, an die Dogmatik, um jene Lösung zu stützen. Und da die Interpretation vor allem ein*

die die Interpretation im Endeffekt implizit auf eine solipsistische Weise behandel(te)n. Es geht dabei um Entscheidungen, die auf einer Gesamtheit von unter sich manchmal unvereinbaren oder nicht kohärenten Methoden oder auch auf fehlerhaften Deutungen von Autoren wie Ronald Dworkin oder sogar Hans-Georg Gadamer fußen und die „Überwindung“ der Methoden mit einer „freien Sinngebung“ verwechseln.²⁰

Demnach sind die Verteidigung aktivistischer Rechtseinstellungen, die Zunahme der Panprinzipienlogik und die Fragmentierung der Rechtsprechung Phänomene, die letztendlich aus demselben Problemkern entspringen, und zwar: Der untergründigen Erhaltung des Paradigmas der Bewusstseinsphilosophie beim Aufbau der Rechtstheorien und -lehren. Man greift auf einen primitiven Pragmatismus zurück, um die individuellen Entscheidungen zu rechtfertigen. Diese Entscheidungen führen nicht zu einem kohärenten System. Stattdessen stellt sich am Ende das interpretative Chaos ein, eine Situation, die mit dem hobbesischen Naturzustand, mit einer Art hermeneutischem Naturzustand verglichen werden kann.

Nun also mit diesem geißelnden Prozess der Urteilsfragmentierung konfrontiert, reagierte das juristische Establishment mit der Schaffung bürokratischer Mechanismen, die angeblich eine Antwort auf dieses Urteilsgewirr bieten und gleichzeitig den Zugang zur Justiz rationaler gestalten könnten, zumal dieser Zugang kraft der konstitutionellen Ausweitung der Klagen das bestehende System total überforderte. Demnach hat die aufgrund des konstitutionellen Zusatzartikels [Emenda Constitucional] Nr. 45/2004 vollzogene Reform (die als „Reform der Judikative“ bekannt wurde) u.a. die folgenden Mechanismen geschaffen: Den Leitsatz mit bindender Wirkung²¹ und die allgemeine Auswirkung.²²

Willensakt ist, finde ich in den meisten Fällen auch die unerlässliche Stütze“ (vgl. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154675>; siehe auch <http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>. Beide am 6. Juli 2010 eingesehen).

20 Siehe *Hans-Georg Gadamer*. Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register. Tübingen 1992, S. 330-360.

21 „*Súmulas vinculantes*“ sind vom Obersten Bundesgerichtshof [STF] ausgehende Aussagen, die dann formuliert werden, wenn es zu wiederholten gerichtlichen Entscheidungen über ein bestimmtes dem Gericht zur Verhandlung vorgebrachtes Thema kommt. Die Eigenart des brasilianischen Systems ist, dass diese zusammenfassenden Aussagen bindend sind für den Obersten Bundesgerichtshof [STF] selbst, die unteren Gerichtshöfe und die Organe der öffentlichen Verwaltung (cf. Art. 103-A der brasilianischen Verfassung). Allerdings handelt es sich bei solchen Leitsätzen weder um Präzedenzfälle (da nur allgemein und abstrakt gehaltene Aussagen vorgebracht werden, die zukünftige Fälle lösen sollen, während die Präzedenzfälle des *common law* von Einzelerfahrungen ausgehen und das primäre Ziel haben, den aktuellen Streitfall zu lösen, und sich nur indirekt auf zukünftige Entscheide auszuwirken), noch um Gesetze (da sie von einem Hauptorgan der Judikative stammen). Die Leitsätze mit bindender Wirkung waren eine alte Forderung eines bedeutenden Teils der brasilianischen Juristen. Die Rechtfertigungen zur Annahme solcher Mechanismen waren stets pragmatischer Art: Die exzessive Zahl der sich wiederholenden Klagen – deren Ursache dann immer in der Verfassung selbst gesehen wird (Art. 5, XXXV) – und die Schwierigkeit, den Sinn der von den Richtern vollzogenen Interpretationen zu kontrollieren.

22 Der Mechanismus der „*Repercussão Geral*“ wirkt als eine Schranke gegen die Einreichung neuer Berufungen, die vom Obersten Bundesgerichtshof [STF] untersucht und verhandelt werden müssen.

Kurzum: Beide Mechanismen sind strukturelle Antworten auf ein Problem paradigmatischer Art. Die Leitsätze und alle weiteren bindenden Mechanismen – wie der der allgemeinen Auswirkung – sind am Ende gegenstandslos, wenn nicht den Ursachen des gegenwärtigen Zustands des Rechts, nämlich Fragmentierung, Relativismus und Subjektivismus, begegnet wird. Das heißt: Es müssen die Bewusstseinsphilosophie und ihre Kreatur, das solipsistische Subjekt (der Selbstsüchtige), überwunden werden.

D. Die hermeneutische Antwort auf den Mangel an einer Theorie der rechtliche Entscheidungsfindung in Brasilien

Anstelle des wertenden Relativismus, der von einer fehlerhaften (an die Theorie der Argumentation alexyschen Musters anknüpfenden) Rezeption der Wertjurisprudenz verursacht worden ist, und anstelle des pragmatischen Aktivismus der Gerichtshöfe – Faktoren, die zusammen genommen letztendlich in einen Panprinzipienlogismus und eine Fragmentierung der Rechtslehre einmünden – möchte ich eine Hermeneutik vorschlagen, die sich deutlich gegen Relativismus und Ermessen richtet. Diese Handhabung geht von zwei Faktoren aus, welche die Überwindung des Paradigmas der Bewusstseinsphilosophie ermöglichen. Es handelt sich in der Tat um zwei im 20. Jh. geschehene kopernikanische Revolutionen, die Recht und Philosophie dazu gebracht haben, ihren Kurs radikal zu ändern. Auf dem juristischen Feld, hat die kopernikanische Revolution des öffentlichen Rechts das Gravitationszentrum des Rechts verschoben: Es sind jetzt nicht mehr die Privatrechtsbücher, sondern die Verfassungen, die für die Kapillarwirkung der Rechtsordnung sorgen. Diese radikale Änderung implizierte auch eine methodische Revolution: *Die traditionellen – von der Bewusstseinsphilosophie durchdrungenen – Methoden des Privatrechts waren zur Handhabung der neuen konstitutionellen Texte ungeeignet*, da letztere ja dazu entworfen worden waren, einer demokratischen Ordnung Geltung zu verschaffen, welche, über jeden Solipsismus hinausgehend, eine öffentliche und intersubjektive Legitimationssphäre der Gewaltakte des Staates als Folge haben sollte. Zudem trat eine weitere – ebenfalls kopernikanische – Revolution auf den Plan: Es handelt sich um das, was als *linguistic turn* bekannt wurde und eine Neubestimmung der Rolle der Sprache im Erkenntnisprozess bewirkte und neue Wege der methodischen Diskussion im Rechtsbereich erschlossen hat.

Somit soll einer potentiellen Überforderung des Systems aufgrund der Anzahl der zu verhandelnden Berufungs- und Revisionsverfahren begegnet werden. Insofern werden die vorgebrachten außerordentlichen Berufungen erst angenommen, wenn sie – in der Begründetheit der Klage – das Bestehen einer im Voraus vom Gerichtshof anerkannten allgemeinen Auswirkung nachweisen können.

Im Gefolge dieser von der sprachlichen Wende – die ich ontologisch-sprachliche Wende nenne –²³ bewirkten Umwälzung erscheint Hans-Georg Gadamers Hermeneutik.²⁴ Aus Wahrheit und Methode gehe²⁵ klar hervor, dass die Wahrheit der Humanwissenschaften oder Geisteswissenschaften ein Ereignis ist, das man über Kunst, Geschichte und Sprache wahrnehmen kann. Auf diese Weise hat Gadamer einen treffenden Schlag gegen den in der Epistemologie dieser Wissenschaften vorherrschenden Methodologismus geführt, indem er behauptete, dass die Wahrheit letztendlich etwas der Methode Entgegengesetztes sei. In der Tat, statt die Objektivität der Interpretation zu gewährleisten, führt die Methode – als Höhepunkt der Subjektivität – am Ende zu aller Art von Relativismus (siehe z.B. die Frage der Abwägung im Bereich des Rechts).

Deswegen findet m. E. dieser gadamersche Einwand gegen den methodologischen Relativismus ein deutliches Echo in Ronald Dworkins Kritik an der Ermessenskraft der Richter, was in der Debatte mit Herbert Hart emblematisch zum Ausdruck kommt. Der von mir gemachte Lösungsvorschlag stellt sich also als eine Verschränkung von Gadamers und Dworkins Positionen dar. Auf dem von Dworkin betretenen Pfad, der auf seine Weise von der

23 Vgl. in diesem Sinn *Lenio Luiz Streck*, *Hermenêutica Jurídica em Crise*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

24 Einige kritische Stellungnahmen zur juristischen Hermeneutik – hauptsächlich die philosophische Hermeneutik Hans-Georg Gadamers – wurden ganz deutlich von der grundsätzlichen Ontologie heideggerianischer Herkunft beeinflusst, und zwar von seinen zwei Haupttheorien: dem hermeneutischen Zirkel und der ontologischen Differenz. Wie ich in anderen Texten schon bemerkt habe (vgl. *Lenio Luiz Streck*, *Abbau der Richtermodelle*, *Archiv für Recht- und Sozialphilosophie* 98 (Heft 3) (2012), S. 317-331), konstituiert das gesamte Werk Heideggers eine grundlegende Basis für eine neue Sicht der rechtlichen Hermeneutik, obschon – dies sei bemerkt – der Philosoph in seinen Werken keinen spezifischen Raum für das Recht vorgesehen hatte. Heideggers Bedeutung für das Gebiet der rechtlichen Hermeneutik ist jedoch leicht auf Basis der von seinem Schüler Hans Georg Gadamer vorgenommene *ontologische Wendung* festzustellen. Gadamers Vorstellungen wurzeln nämlich sehr tief in den durch den Philosophen des Schwarzwaldes erarbeiteten grundsätzlichen Theoremen. Die durch die Veröffentlichung von Martin Heideggers *Sein und Zeit* (1927) und von Hans-Georg Gadamers *Wahrheit und Methode* (1960) herbeigeführte ontologisch-hermeneutische Wendung ist grundlegend für eine neue Sicht der rechtlichen Hermeneutik gewesen. Ausgehend von dieser *ontologischen Wendung* beginnt der Prozess der Überwindung metaphysischer Paradigmen objektivistischer, aristotelisch-thomistischer und subjektivistischer Art (Bewusstseinsphilosophie), welche in der einen oder anderen Weise bis heute die exegetisch-deduktiven-subsumptiven vorherrschenden Thesen der gegenwärtig so genannten rechtlichen Hermeneutik untermauern. Die hermeneutische Phänomenologie ermöglicht die Überwindung des Subjekt-Objekt-Schemas, welches geschichtlich das juristische Denken zur Geisel des objektivistischen und des aristotelisch-thomistischen Paradigmas und der Subjektivität gemacht hat. Der hermeneutische Zirkel durchdringt das Subjekt-Objekt-Verhältnis von der Vorwegnahme des Sinnes aus, welche den dem metaphysischen Denken eigenen Objektivismus und Subjektivismus verhindert. Das Verstehen vollzieht sich im Innern dieses positiven hermeneutischen Zirkels. Jede zum Verstand beitragende Deutung muss schon vorher verstanden haben, was zu deuten ist, würde Heidegger sagen. Man darf nicht vergessen, dass das Immer-schon-gewesen-sein und die Geschichtlichkeit des *Daseins* die Merkmale unserer Faktizität sind. Diese Vor-Struktur projiziert unser Verstehen und nimmt die Sinngebungen, die wir von der Welt haben, vorweg. Siehe *Streck*, Fn. 25.

25 Siehe *Gadamer*, Fn. 21, S. 301-319.

einzig richtigen Antwort spricht, bringe ich die These vor, das jeder unter dem Mantel des demokratischen Rechtsstaates lebende Bürger das Grundrecht hat, von den Gerichten eine konstitutionell angemessene Antwort zu erhalten.

Mein Vorschlag fixiert dennoch keine methodische Prozedur, um diese angemessene Antwort zu gewährleisten. Im Gegenteil lehnt sie jede Art von Prozeduralisierung des Entscheidungsverfahrens ab. Um die Bedingungen einer konstitutionell angemessenen Antwort besprechen zu können, benötigen wir zuvor eine Theorie der Entscheidung. Diese Theorie der Entscheidung muss imstande sein, die vom brasilianischen Konstitutionalismus aufgrund theoretischer Fehlimporte begangenen Irrtümer herauszudestillieren und einen strengen *Begründungsprozess* der Rechtsentscheidungen zustande zu bringen. Dieser Prozess muss durch die Unterlassung von Vor-Urteilen durch den Ausleger gekennzeichnet sein (im hermeneutischen Sinn: Wer über die rechtlich-politischen Fragen Entscheidungen trifft, muss zuvor die Begriffe klären, die er bei der Entscheidung handhabt), und sich im Rahmen der die konkreten Fälle konstituierenden Umstände sowie der kohärenten Neugestaltung der institutionellen Rechtsgeschichte (eine Gesetzgebung, eine Rechtslehre und eine Rechtsdoktrin beinhaltend) bewegen.

Werden die Prozeduren und Methoden durch einstweilige Verfügungen abgelehnt, kann die Geltung der These einzig durch die Rekonstruktion eines konkreten Falles nachgewiesen werden, bei der die konstitutionell angemessene Antwort ihren Ausdruck findet. Nehmen wir als Beispiel also einen vom Obersten Bundesgerichtshof [STF] verhandelten Fall, in dem dieser das Untermaßverbot geltend machte.

Der Oberste Bundesgerichtshof [STF] diskutierte zum ersten Mal über das Untermaßverbot anlässlich der Verhandlung der außerordentlichen Berufung Nr. 418.376, bei der die Strafbarkeitsaufhebung gem. des (heute abgeschafften²⁶) Art. 107, VII des Strafgesetzbuches erörtert worden ist. Das Verfahren hat eine einmalige symbolische Bedeutung, denn es handelt sich um die erstmalige Anwendung des Untermaßverbotes, welches im Votum des Richters Gilmar Mendes enthalten ist. Art. 107, VII hob die Strafbarkeit der Verbrechen gegen die in Kapiteln I, II und III des VI. Untertitels des Sonderteils des Strafgesetzbuches genannten Sitten (Vergewaltigung und gewaltsamen unsittlichen Angriff) auf, falls das Opfer in die Heirat mit dem Angeklagten einwilligt. Abschnitt VIII schrieb die Aufhebung der Strafbarkeit sogar für den Fall vor, dass das Opfer eine dritte Person heiratet.

Der Fall, der zu einem Berufungsverfahren Anlass gegeben hat, betraf die Vergewaltigung eines elfjährigen Mädchens (die libidinöse Handlung hatte zwar schon im Alter von neun Jahren begonnen, gipfelte aber erst im elften Lebensjahr in der Vergewaltigung). Der Täter ist zwar in der ersten Instanz freigesprochen, aber dann doch in der zweiten Instanz des Bundesstaates Mato Grosso do Sul verurteilt worden. Unter Rückgriff auf die Verfassungsvorschrift Art. 226, § 3, welche die ständige Verbindung der Ehe gleichstellte, ersuchte der Berufungskläger schließlich die Gewährung der Gunst des Gesetzes [*favor legis*], da er mit dem Opfer seit dessen neunten Lebensjahr in eheähnlicher Verbindung zusammenlebte und das

26 Das Gesetz Nr. 11.106/05 hat beide Abschnitte des Art. 107 des Strafgesetzbuches aufgehoben.

zur damaligen Zeit geltende Strafgesetz eine Strafbarkeitsaufhebung im Fall der „Heirat“ des Opfers mit dem Täter gestattete.²⁷ Man achte auf den *hard case*: Bis zu diesem Zeitpunkt hatten die brasilianischen Gerichtshöfe aufgrund einer analogen Anwendung den Konkubinatsfällen und den ständigen Verbindungen die Gunst des Gesetzes [*favor legis*] zugute kommen lassen.

Innerhalb des Obersten Gerichtes bildeten sich daraufhin drei verschiedene Stellungen aus: Die erste verteidigte die analoge Anwendung der Vorschrift, was ihr höchste Wirksamkeit verleihen würde. Drei Richter stimmten zu.

Die zweite, von der Mehrheit verteidigte Position besagte, dass die Tatumstände (Vergewaltigung eines elfjährigen Mädchens) die Gewährung der Gunst des Gesetzes [*favor legis*] nicht gestatten würden und darum die Interpretation der Rechtsprechung, die – zur Zeit der Tat – den Begriff der „Heirat“ auf Konkubinatsfälle und ständige Verbindungen erstreckte, für diesen Fall keine Anwendung habe.

Aber erst die dritte Position traf den Kern des Problems, indem sie eben die Geltung der Strafbarkeitsaufhebung gestattenden Vorschrift selbst in Frage stellte, und sie tat es durch den – bei dem Obersten Bundesgerichtshof [STF] erstmalig auftretenden – Rückgriff auf die prinzipienlogische Garantie, dass keinem Gesetz gestattet sei, ein Grundrecht unzureichend zu schützen. Das diese Position untermauernde Votum wurde von Richter Gilmar Mendes ausgearbeitet, der die Ansicht vertrat, dass die Annahme der Strafbarkeitsaufhebung aufgrund der im Strafgesetz vorgesehenen Gunst des Gesetzes [*favor legis*] dazu führe, dass „eine unbestreitbar von der Gesellschaft mit Abscheu abgelehnte Tat mittels einer günstigen Strafnorm abgeschottet wird, was die typische Hypothese des Untermaßverbotes allgemein seitens des Staates und spezifisch seitens der Judikative charakterisiert (...)“²⁸. So gesehen, sagte er, „jenseits des gewöhnlichen Verständnisses der Proportionalität als Übermaßverbot, hat dieses Prinzip noch eine andere Facette“²⁹.

Andererseits ermöglicht uns der fragliche Fall, ein besseres Verständnis der Verfassung als *locus* zu gewinnen, der die richtige (angemessene) Antwort begünstigt. Dabei geht die Verfassung weit über den o.g. zweiten Ansatz (nur keine analoge Anwendung der Vorschrift im *konkreten* Fall), welcher keine angemessene Reaktion auf die Verfassungswidrigkeit des Rechtstextes darstellte, hinaus. Oder besser: Wenn Art. 107, VII des Strafgesetzbuches noch nicht aufgehoben wäre, würde seine konstitutionelle Geltung wohl nicht in Frage gestellt werden und eben in dieser Hinsicht ist das Votum von Richter Gilmar Mendes, *lato sensu* von Richter Ayres Brito gefolgt, von größter Wichtigkeit.

27 Der Urteilsspruch wurde wie folgt ergänzt: Außerordentliche Berufung. Vergewaltigung. Danach Konvivenz von Täter und Opfer. Strafbarkeitsaufhebung aufgrund des Art. 107, VII des Strafgesetzbuches. Nicht zutreffend beim konkreten Fall. Absolute Unfähigkeit der Selbstbestimmung des Opfers. Berufung nicht stattgegeben.

28 RE 418.376 STF.

29 Ibidem.

Zuletzt: Dieser Fall wurde in Brasilien aus zwei Gründen wichtig: Erstens, weil es ein Urteil gegen Rassismus und zweitens weil es deutlich macht, wie schlecht die Abwägung von der brasilianischen Lehre aufgenommen wurde.

E. Hermeneutik und die Anwendung gestaltender Prinzipien im demokratischen Rechtsstaat

Eine neue hermeneutische Perspektive wird also allmählich innerhalb der brasilianischen Rechtsdoktrin geschmiedet, und zwar ausgehend von zwei paradigmatischen Brüchen: Die Revolution des Konstitutionalismus, die eine hochgradige Autonomie des Rechts institutionalisiert, und die von der ontologisch-sprachlichen Wende ausgelöste kopernikanische Revolution. Auf der einen Seite fordert die Existenz der Verfassung die Bestimmung der den aufklärerisch-liberalen Konstitutionalismus übersteigenden, substantiellen Pflichten der öffentlichen Mächte, wobei die Ermessenskraft der gesetzgebenden Macht sowie der judikativen Macht im Hinblick auf die *hard cases* eingeschränkt wird. Auf der andere Seite ist es in der Gegenwart aufgrund der in der Rechtstheorie erzielten Fortschritte möglich zu behaupten, dass es keine Antworten über den Sinn eines bestimmten Gesetzes geben kann, die aus den Prozeduren und Auslegungsmethoden *a priori* entstehen. In diesem Sinn bewirken „Begriffe“, die sich anmaßen, im Voraus alle Anwendungshypothesen zu umfassen, nichts weiter als die Interpretation auf einen analytischen Prozess zu reduzieren, der sich dann durch den „systematischen“ Gebrauch der logischen Sprachanalyse auszeichnet, sich auf die Suche nach dem Sinn der Vokabeln und der Aussagen begibt und so Geisel des von Dworkin sogenannten „semantischen Stachels“ wird.

Insofern wir also damit einverstanden sind, dass der Verfassung besondere, aus einem tiefen paradigmatischen Wechsel stammende Merkmale eigen sind, übernimmt die Hermeneutik grundsätzlich die Rolle, die normative Kraft der Verfassung zu wahren und den Autonomiegrad des Rechtes vor den usurpatorischen Angriffen seitens des politischen Prozesses (*lato sensu*) zu schützen. In diesem Zusammenhang besteht die große Kunst darin, einerseits der Verfassung die normative Kraft zu erhalten und andererseits die Politik nicht ins Schlepptau des Rechtes zu nehmen.

So gesehen, wird hier eine minimale Anzahl von hermeneutischen, vom Ausleger zu befolgenden Prinzipien vorgelegt. Solche Prinzipien, die auf der Geschichtlichkeit des Verständnisses und der Konsolidierung dieser Prinzipienlogik basieren, manifestieren sich nur wenn sie in einen Reflexionsbereich gestellt werden, der radikal konkret-praktisch ist, denn sie stellen einen Zusammenhang von historischen, einer bestimmten politischen Gemeinschaft gemeinsamen Sinngewebungen dar. Die Interpretation des Rechtes hat nur dann einen guten Sinn, wenn sie eine strenge Kontrolle der gerichtlichen Entscheidungen impliziert, denn es handelt sich dabei im Wesentlichen um eine Frage, die den Kern des neuen Paradigmas trifft: Die der Demokratie. Und darüber scheint es keine Uneinigkeit zu geben.

I. Prinzip Nr. 1: Die Wahrung der Autonomie des Rechts

Dieses Interpretationsprinzip, welches von höchster Bedeutung ist, umfasst verschiedene Standards, die sich nach dem zweiten Weltkrieg im Rahmen des Verfassungsrechts entwickelten und die Methoden oder Prinzipien hießen. So ist z.B. zu nennen: Das Prinzip der funktionalen Richtigkeit als selbstständiges Prinzip bezeichnet, das die Änderung der verfassungsmäßig geregelten Verteilung der Funktionen seitens der Entscheidungsinstanz verhindert), das Prinzip der Strenge des Verfassungstextes (das das Recht gegen die revolutionären Überzeugungen von der Unfehlbarkeit des Gesetzgebers abschottet), das Prinzip der normativen Kraft der Verfassung und das der maximalen Effektivität (es geht hier um den der Verfassung ihre höchste Wirksamkeit verleihenden Sinn, wie er repräsentativ von Pérez Luño und Gomes Canotilho vertreten wird). Mehr als bloße Stütze des demokratischen Staates, ist die Wahrung des vom Recht erkämpften hohen Grades an Autonomie, die Bedingung seiner eigenen Möglichkeit zu betrachten und wird darum hier in den Status eines grundlegenden Prinzips erhoben, das die innere und äußere Perspektive des Rechtes inhaltlich vereint. Es handelt sich dazu noch um eine „Garantie wider die gegenmehrheitliche Macht“, welche die Garantie der Jurisdiktionslegalität umfasst.

II. Prinzip Nr. 2: Die hermeneutische Kontrolle der Verfassungsinterpretation – Überwindung der Ermessenskraft

Angesichts der Verkürzung des Gestaltungsspielraums des Gesetzesgebers und der daraus resultierenden Erhöhung des Schutzes gegen (eventuelle oder nicht eventuelle) Mehrheiten – was den Kern der Bestrebungen gegen eine zu totale Herrschaft der Mehrheiten ausmacht, scheint selbstverständlich zu sein, dass es zur Wahrung des vom Recht erlangten Autonomielevels absolut notwendig ist, eine Kontrolle jener Elemente einzuführen, die den Spannungspols von der Gesetzgebung zur Jurisdiktion verschieben könnten: Die Urteilsfindungen. Mit anderen Worten: Die Autonomie des Rechts und ihre innige Verbindung mit der Dichotomie „Demokratie-Konstitutionalismus“ verlangen von der konstitutionellen Theorie eine Reflexion hermeneutischer Prägung.

Außerdem ist es wichtig festzuhalten, dass die Verteidigung einer effektiven hermeneutischen Kontrolle der Rechtsentscheidungen ausgehend von der Grundpflicht der Rechtfertigung und der Respektierung der Autonomie des Rechts, keineswegs bedeutet, dass eine propositionale Handlung seitens der Judikative (Verfassungsjustiz) nicht doch manchmal ratsam und notwendig sei, zumal wenn man an die unverzichtbare verfassungsmäßige Kontrolle denkt, der sogar die öffentlichen Politiken im Extremfall unterzogen werden müssen. Die Verteidigung substantieller und konkretisierender. Haltungen bezüglich der Anwendung der Verfassungsjurisdiktion – die einen unaufhaltsamen Fortschritt im Vergleich zu den traditionellen *self-restraining*-Einstellungen repräsentieren – darf jedoch nicht mit Dezisionismen und pragmatischen Verhaltensweisen verwechselt werden, bei denen die Judikative den Platz

des Gesetzgebers einnimmt und einen ungebremsten Protagonisten darstellt. D.h., der „Aktivismus“ muss vermieden werden.

II. Prinzip Nr. 3: Respektierung der Integrität und der Kohärenz des Rechts

Als eine Form, Barrieren gegen die der pragmatischen Theorien eigene Fragmentierung zu setzen, umfasst die Respektierung der Integrität und der Kohärenz Prinzipien (die manchmal mit Interpretations-„Methoden“ verwechselt werden), die im Laufe der Zeit von der Verfassungstheorie erarbeitet worden sind. Zu nennen ist bspw.: Das Prinzip der Einheit der Verfassung, das Prinzip der praktischen Übereinstimmung der Normen oder das Prinzip der Harmonisierung, das Prinzip der integrierenden Wirksamkeit oder das Prinzip des integrierenden Effekts, und sogar das Prinzip der Proportionalität (trotz seiner kriterienlosen Anwendung). Ihre Funktionalität hängt von einer weiteren Verfassungsgarantie ab, und zwar, von der Begründungsnotwendigkeit der Rechtsentscheidungen (Art. 93, X der brasilianischen Verfassung), hier in den Status einer Grundpflicht des Richters und eines Grundrechtes des Bürgers erhoben.

IV. Prinzip Nr. 4: Die Grundpflicht der Entscheidungsbegründung

Wenn wir darin übereinstimmen, dass die im demokratischen Rechtsstaat zu praktizierende Hermeneutik den demokratisch erarbeiteten konstitutionell-rechtlichen *Text nicht entlegitimieren kann*, besteht dementsprechend offensichtlich eine große politische Verantwortung von Richtern und Gerichtshöfen, dass diese die Bedingungen ihres Verständnisses explizit machen sollen. Dies fand schon im Verfassungstext Aufnahme und zwar spezifisch im Art. 93, IX.

Die Pflicht zur Entscheidungsbegründung (und zwar nicht nur der Endentscheidung, sondern ebenso des Entscheidungsweges) fußt auf einem neuen Niveau der Teilnahme der Parteien am Entscheidungsprozess.

V. Prinzip Nr. 5: Das Grundrecht auf eine konstitutionell angemessene Antwort

Es besteht ein Grundrecht auf Erfüllung der Verfassung. Mehr noch: Es handelt sich um ein Grundrecht auf eine angemessene Antwort auf Basis der Verfassung oder, wenn man so will, auf eine verfassungsmäßige Antwort (oder auch auf eine in Bezug auf die Verfassung hermeneutisch richtige Antwort). Bevor jede weitere Untersuchung vorgenommen wird, muss stets die Vereinbarkeit der Rechtsnorm mit der Verfassung und die Existenz eines eventuellen Widerspruchs festgestellt werden. Als erstes muss dann gefragt werden, ob sich die Norm im Lichte der Prinzipien und der Verfassungsvorschriften auf den Fall anwenden lässt. Außerdem muss gefragt werden, in welche Richtung das *Vor-Verständnis* als Bedingung des Verständnisses des Phänomens hinweist. Um zu interpretieren, muss man das zu Interpretierenden

zuerst *verstehen*. Dieses „*Vor-Verstehen*“ ist Bedingung der Möglichkeit des juristischen Handelns und wird von der Verfassung dargestellt.

Das Grundrecht auf eine verfassungsmäßige Antwort impliziert keine systematische Ausarbeitung von endgültigen Antworten, und zwar deswegen, weil der Anspruch, endgültige Antworten zu suchen, an sich schon antihermeneutisch ist, da er einer Erstarrung des Sinnes mit sich bringen würde.

F. Abschließende Bemerkungen

Es ist nicht zu leugnen, dass die brasilianische Verfassung die Gesamtheit der verschiedenen, den Nachkriegskonstitutionalismus prägenden Merkmale umfasst. Folglich muss sie auf eine neue hermeneutische Ebene gehoben werden. Das Verständnis dieser neuen Phänomenologie hängt also von einer rechtlichen Interpretation ab, die auf Prinzipien basiert, welche im Innern des Paradigmas entwickelt werden, das dieses neue Recht geschaffen hat.

Solche nicht ausgiebig behandelten Prinzipien – die Modelle und nicht Regel oder Metaregel darstellen – weisen über die traditionellen Prinzipien (die allgemeinen Prinzipien des Rechts oder konstitutionell-juristische Prinzipien, die als bloße Kriterien oder Standards verstanden werden) und ebenso über die zeitgenössischen Interpretationsmethoden hinaus, die wenn auch um die Effektivität/Konkretisierung der Verfassung besorgt von der Dichotomie Methode-Anwendung abstammen und in einigen Fällen das Problem des Repräsentationsparadigmas noch nicht überwunden haben. Der deontologische Charakter der Prinzipien entfernt in der gleichen Weise solche als Prinzipien verkleidete Kriterien, Standards und *Prêt-à-Porters*, die *ad-hoc*-Erfindungen darstellen und die normative Kraft des demokratisch hergestellten Rechts schwächen.

Auf dieser Linie sei abschließend noch hervorgehoben, dass diese Prinzipien weder eine Gesamtheit von argumentativen Topoi darstellen, noch als Komponente einer auf der Topik oder der neuen Rhetorik (als Beispiel etwa: Theodor Viehweg) basierenden neuen (Jurisprudenz-)Hermeneutik zu sehen sind, und auch nicht bei ihrer Anwendung von den Formeln zur Lösung von „schweren Fällen“ abhängig sind (wie z.B. der Abwägung von Werten, die der ungemein starken Kritik seitens Autoren wie Friedrich Müller und Jürgen Habermas nicht entgehen). Das Prinzip ist so die Bedingung der Möglichkeit jeder Interpretation und ist in transzendentaler Weise in jeder Regel-Prinzip-Beziehung anwesend (weswegen es keine strukturelle Unterscheidung zwischen Regel und Prinzip gibt). Aus diesem Grund funktioniert das Prinzip als eine hochgradige „Abschottung“ gegen hermeneutische Umwege (politische Zweckmäßigkeiten, moralische Argumente usw.).

Im Kontext einer im demokratischen Rechtsstaat eingebetteten Hermeneutik des Rechts, stellen solche Prinzipien die Struktur einer *normativ-praktischen Auffassung des Rechts* dar, welche zu jeder Zeit darauf aus ist, die Demokratie zu bevorzugen, indem sie der Anwendung des Rechts eine Rolle zuschreibt, die dieses nicht von den urteilenden Reden oder den Begleitresultaten normativer Folgerungen abhängig macht sowie gleichermaßen eine gewisse Flexibilität des Rechts erhält.