

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 228

Theorie der Rechtsprinzipien

Von

Humberto Bergmann Ávila



Duncker & Humblot · Berlin

HUMBERTO BERGMANN ÁVILA

Theorie der Rechtsprinzipien

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 228

Theorie der Rechtsprinzipien

Von

Humberto Bergmann Ávila



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2006 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 3-428-12080-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

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

*Meiner Mutter Teresinha Bergmann Ávila
in Liebe gewidmet*

Geleitwort

I.

Seit einigen Jahrzehnten kommen auf den Gebieten der Rechtsphilosophie und der Rechtstheorie die wichtigsten Impulse überwiegend aus dem angloamerikanischen Rechtskreis. Dies gilt in besonderem Maße für die Thematik der allgemeinen Rechtsprinzipien, wo im Anschluss an die Arbeiten von *Ronald Dworkin* die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien auch im deutschsprachigen Rechtskreis Epoche gemacht und, bei mancherlei Varianten und Weiterentwicklungen im einzelnen, vielfältige Gefolgschaft gefunden hat. Dass es im iberoamerikanischen Rechtskreis ebenfalls eine intensive Diskussion über diese Thematik gibt, ist hierzulande noch nicht hinreichend ins Bewusstsein gedrungen.

So ist es ein Glücksfall, dass Humberto Bergmann Ávila, der mit der deutschen Rechtswissenschaft bestens vertraut ist und die deutsche Sprache vorzüglich beherrscht, eine Version seiner „Theorie der Rechtsprinzipien“ auch als deutschsprachige Monographie vorlegt. Der im Jahre 1970 geborene Autor ist Professor für Steuer-, Finanz-, Wirtschafts- und Verfassungsrecht an der Bundesuniversität Rio Grande do Sul und Rechtsanwalt in Porto Alegre in Brasilien. Der deutschen Rechtswissenschaft ist er vor allem dadurch verbunden, dass er im Jahre 2002 an der Ludwig-Maximilians-Universität München mit einer Dissertation über „Materiell verfassungsrechtliche Beschränkungen der Besteuerungsgewalt in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz“ (Baden-Baden, 2002) promoviert hat.

II.

Bei aller Aufgeschlossenheit des Autors für die bisher entwickelten Positionen und bei aller Bereitschaft zur Übernahme und Bewahrung fruchtbarer Ansätze anderer Autoren zeichnet sich das vorliegende Werk durch scharfes eigenes Profil und konzeptionelle Eigenständigkeit aus. Eine zentrale Ausgangsthese geht dabei dahin, dass der Gegensatz zwischen Regel und Prinzip, die der Autor beide gleichermaßen als Normen versteht, nicht im Sinne kontradiktorischer Exklusivität verstanden werden darf, sondern dass ein und dieselbe Rechtsnorm sowohl als Regel wie auch als Prinzip fungieren kann. Darüber hinaus sieht der Autor es nicht als Spezifikum der Prinzipien an, dass sie der Abwägung fähig und bedürftig sind und dass sie eine Gewichtsdimension besit-

zen, sondern erbringt den Nachweis, dass gleiches grundsätzlich auch für die Regeln gilt. Demgemäß sucht er den Unterschied zwischen Regeln und Prinzipien in anderer Richtung und findet ihn in erster Linie darin, dass Regeln unmittelbar die Beschreibung eines Verhaltens oder die Zuerkennung einer Kompetenz zum Gegenstand haben und nur mittelbar auf die Erreichung eines Zweckes gerichtet sind, wohingegen Prinzipien genau umgekehrt unmittelbar auf die Erreichung eines Zweckes abzielen und nur mittelbar die dazu erforderlichen Verhaltensweisen oder Kompetenzzuweisungen beeinflussen. Vor diesem Hintergrund entwickelt der Autor unter Anreicherung durch weitere Kriterien einen eigenen differenziert ausgearbeiteten Vorschlag für die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien.

Sodann erweitert er seine Konzeption um eine weitere Ebene, indem er zu den Regeln und Prinzipien die Postulate hinzufügt. Es geht ihm dabei um Kriterien wie Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit, Effizienz und Rechtssicherheit, die üblicherweise und oft ziemlich unreflektiert ebenfalls als Prinzipien bezeichnet werden. Diesem Sprachgebrauch und dieser Sichtweise tritt der Autor mit dem Argument entgegen, dass diese Postulate nicht wie die Prinzipien i. e. Sinne unmittelbar auf die Erreichung eines Zweckes gerichtet sind, sondern vielmehr die andersartige Funktion erfüllen, bestimmte Denk- und Argumentationsweisen vorzuschreiben und zu leiten und dadurch die Anwendungsweise der Regeln und Prinzipien zu strukturieren. Die Postulate stehen daher nicht auf derselben Ebene wie diese, sondern sind auf einer Metaebene angesiedelt, weshalb der Autor sie als Normen zweiter Stufe oder Anwendungsnormen qualifiziert.

So abstrakt und hochgespannt Sprache und Gedankenführung des Autors über weite Strecken sind, so anschaulich wird seine Darstellung immer wieder durch praktische Beispiele bereichert. Diese sind sowohl aus dem brasilianischen als auch aus dem deutschen Recht entnommen und entstammen vorwiegend dem Verfassungs- und dem Steuerrecht, wie es den materiellrechtlichen Schwerpunkten der wissenschaftlichen Arbeit des Autors entspricht. Zugleich zeigt sich daran, dass dessen rechtstheoretisches Interesse sich mit einem breiten dogmatischen Fundament verbindet – eine Kombination, die sich auch in diesem Werk einmal mehr als fruchtbar erweist.

So wünsche ich dem Buch, dass es in der deutschen rechtstheoretischen Diskussion mit Interesse aufgenommen werden und die gebührende Resonanz finden möge.

München, im August 2005

Claus-Wilhelm Canaris

Danksagung

Unbeschadet ihrer geringen Ausdehnung und ihres großen Ehrgeizes, ist jede Arbeit auf die Hilfe und Anregungen vieler Menschen angewiesen. Diese Untersuchung ist von dieser Regel ebenfalls nicht ausgenommen. Ich habe also das Bedürfnis und die Genugtuung, mich zu bedanken

- bei meiner Frau Ana Paula, sowohl für die ständige Unterstützung bei meiner akademischen Tätigkeit als auch, insbesondere, für die aufmerksame und kritische Lektüre der Originalfassungen dieser Studie;
- bei meinem Freund und Meister José Souto Maior Borges, einem Juristen von großer Statur, der seine Unabhängigkeit und seine Überzeugungen nicht dem billigen und oberflächlichen Erfolg opfert, für die ersten und bis heute anhaltenden Anregungen;
- bei meinen kleinen Kindern Georgia und André, diesen wunderbaren Stöpseln, die mich grenzenlos glücklich machen, da sie meiner Bemühung einen Sinn geben;
- bei den Professoren Almiro do Couto e Silva und Ricardo Lobo Torres, Meister aufgrund ihres Wissens, nicht aufgrund ihres Status, und wahre Vorbilder in Gelehrsamkeit, Menschlichkeit und Großzügigkeit, denen die brasilianische Ausgabe gewidmet ist;
- bei Prof. Claus-Wilhelm Canaris, den ich nicht nur als brillanten Juristen, sondern als großherzigen Menschen kennenlernen durfte, für wichtige Anregungen in der Wissenschaft, wertvolle Empfehlungen zum Ausbau und zur Korrektur dieser Arbeit und für die sofortige Empfehlung zur Publikation – ohne seine Hilfe und Beratung wäre diese Arbeit nicht in deutscher Sprache erschienen;
- bei Prof. Eros Roberto Grau, der nicht nur das Geleitwort der brasilianischen Auflage dieser Arbeit geschrieben, sondern mir auch durch ihre akademische Unterstützung eine unschätzbare Hilfe gegeben hat.

Das Original dieser ursprünglich auf Portugiesisch geschriebenen Arbeit wurde von Peter Naumann übersetzt, dem ich für seine vorzügliche Arbeit meinen Dank ausspreche. Einige marginale redaktionelle Änderungen habe ich selbst vorgenommen. Außerdem hat Prof. Claus-Wilhelm Canaris, bei dem ich mich hier noch einmal bedanke, mehrere Änderungen inhaltlicher und formaler Art vorgeschlagen.

Humberto Bergmann Ávila

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitende Bemerkungen	15
B. Normen erster Stufe: Anzuwendende Normen	20
I. Einleitende Unterscheidungen	20
1. Text und Norm	20
2. Beschreibung, Konstruktion und Rekonstruktion	21
II. Kurzer Rückblick auf die Entwicklung der Unterscheidung von Prinzipien und Regeln	24
III. Kriterien der Unterscheidung zwischen Prinzipien und Regeln	29
1. Kriterium des hypothetisch-konditionalen Charakters	29
a) Inhalt	29
b) Kritische Analyse	30
2. Kriterium des finalen Anwendungsmodus	33
a) Gehalt	33
b) Kritische Analyse	34
3. Kriterium des normativen Konflikts	41
a) Inhalt	41
b) Kritische Analyse	42
IV. Vorschlag zur Dissoziierung von Prinzipien und Regeln	55
1. Grundlagen	55
a) Rechtfertigende Dissoziierung	55
b) Abstrakte Dissoziierung	56
c) Heuristische Dissoziierung	59
d) Dissoziierung in inklusiven Alternativen	59
2. Dissoziierungskriterien	62
a) Kriterium der Natur des vorgeschriebenen Verhaltens	62
b) Kriterium der Natur der geforderten Rechtfertigung	64
c) Kriterium des Maßes des Beitrags zur Entscheidung	67
d) Schematische Darstellung	69
3. Konzeptueller Vorschlag für Regeln und Prinzipien	69
4. Richtlinien zur Analyse der Rechtsnormen	75
a) Maximale Spezifizierung der Zwecke: Je weniger spezifisch der Zweck, desto weniger wird seine Erreichung kontrollierbar sein ..	75

b) Erforschung paradigmatischer Fälle, die diesen Prozess der Aufklärung der Bedingungen, die den durch zwecknotwendige Verhaltensweisen zu erreichenden Idealzustand ausmachen, einleiten könnten	75
c) Untersuchung der Ähnlichkeiten zwischen diesen Fällen zwecks Bildung von Fallgruppen, die sich ihrerseits mit der Lösung eines zentralen Problems befassen	76
d) Feststellung des Vorliegens von Kriterien, die in der Lage sind, eine Abgrenzung vorzunehmen: Aus welchen Rechtsgütern setzt sich der Idealzustand zusammen und welche sind die Verhaltensweisen, die zu seiner Verwirklichung als notwendig erachtet werden?	76
e) Zurücklegung des umgekehrten Wegs: Nachdem der Zustand und die zu seiner Förderung notwendigen Verhaltensweisen ermittelt sind, müssen andere Fälle ermittelt werden, die auf der Grundlage des untersuchten Prinzips hätten entschieden werden müssen	77
5. Beispiel des Prinzips der Moralität der staatlichen Verwaltung	77
6. Wirkungsweise der Prinzipien	80
a) Interne Wirkungsweise	80
aa) Gehalt	80
bb) Unmittelbare interne Wirkungsweise	80
cc) Mittelbare interne Wirkungsweise	81
b) Externe Wirkungsweise	82
aa) Objektive externe Wirkungsweise	82
bb) Subjektive externe Wirkungsweise	84
7. Wirkungsweise der Regeln	85
a) Interne Wirkungsweise	85
aa) Unmittelbare interne Wirkungsweise	85
bb) Mittelbare interne Wirkungsweise	85
b) Externe Wirkungsweise	88
C. Normen zweiter Stufe: Anwendungsnormen	89
I. Definition des normativen Anwendungspostulats	89
II. Richtlinien für die Untersuchung der normativen Anwendungspostulate ..	92
1. Notwendigkeit der Erfassung der Fälle, deren Lösung aufgrund eines normativen Postulats ausgearbeitet worden ist	92
2. Untersuchung der Begründung der Entscheidungen, um festzustellen, welche Elemente geordnet worden sind und welches die Art und Weise ihrer wechselseitigen Beziehung ist	92
3. Feststellung der Normen, die Gegenstand der Anwendung waren, und der bei der Wahl einer bestimmten Anwendung verwendeten Grundlagen	93

4. Zurücklegung des umgekehrten Weges: Ermittlung der bei der Anwendung des Postulats geforderten Struktur, Feststellung des Vorliegens anderer Fälle, die auf deren Grundlage hätten entschieden werden müssen	94
III. Arten der Anwendungsnormen (Postulate)	94
1. Allgemeine Erwägungen	94
2. Unspezifische Postulate	95
a) Abwägung	95
b) Praktische Konkordanz	97
c) Übermaßverbot	98
3. Spezifische Postulate	102
a) Gleichheit	102
b) Zumutbarkeit	104
aa) Allgemeines	104
bb) Typologie	105
(1) Zumutbarkeit als Billigkeit	105
(2) Zumutbarkeit als Kongruenz	108
(3) Zumutbarkeit als Äquivalenz	110
(4) Unterscheidung von Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit	111
c) Verhältnismäßigkeit	113
aa) Allgemeine Bemerkungen	113
bb) Anwendbarkeit	115
(1) Beziehung zwischen Mittel und Zweck	115
(2) Interne und externe Zwecke	116
cc) Verhältnismäßigkeitsimmanente Prüfungen	118
(1) Geeignetheit	118
(2) Erforderlichkeit	123
(3) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn	126
dd) Intensität der Kontrolle anderer Gewalten durch die Judikative	126
D. Zusammenfassung der Ergebnisse	129
Literaturverzeichnis	132
Sachverzeichnis	138

A. Einleitende Bemerkungen

Die Anregung zur Abfassung der vorliegenden Arbeit verdankt sich dem Echo der Veröffentlichung von einigen Arbeiten über Rechtsprinzipien in der Fachwelt.¹ Hinzu kam ein weiterer Grund: die ständige Hervorhebung der Unterscheidung zwischen Prinzipien und Regeln in der Diskussion, in der Wissenschaft wie in der Rechtsprechung.

Die staatsrechtliche Forschung hat, ganz besonders im Bereich des Verfassungsrechts, signifikante Fortschritte in der Auslegung und Anwendung der Verfassungsnormen erzielt. Heute kommt es mehr denn je auf die Konstruktion der Bedeutung und die Begrenzung der Funktion der Rechtsprinzipien als derjenigen Normen, die über die Setzung von zu erreichenden Zwecken hinaus die Grundlage für die Anwendung der Verfassungsordnung bilden, an. Es ist sogar plausibel, zu behaupten, dass die Verfassungslehre sich heute in einem euphorischen Zustand, der schon als *prinzipienbegründeter Staat* bezeichnet worden ist, befindet. Hervorzuheben ist jedoch, dass bemerkenswerte Ausnahmen die Regel bestätigen, derzufolge die Euphorie des Neuen schließlich zu einigen Übertreibungen und theoretischen Problemen führt, welche die Rechtsordnung in ihrer Effektivität selbst behindern. Es handelt sich insbesondere und paradoxerweise um die Effektivität der Elemente, die grundlegend genannt werden, nämlich der Rechtsprinzipien. In diesem Zusammenhang sorgen einige Probleme für Ratlosigkeit.

Das erste bezieht sich auf die Unterscheidung von Prinzipien und Regeln. Einerseits verstehen die Unterscheidungen, die Prinzipien von Regeln aufgrund der Struktur und der Anwendungs- und Kollisionsmodi trennen, diejenigen Eigenschaften als *notwendig*, die in den jeweiligen Normarten nur *kontingent* sind. Außerdem unterstreichen diese Unterscheidungen die Bedeutung der Prinzipien, was zu einer Vernachlässigung der Funktion der Regeln führt. Andererseits haben diese Unterscheidungen den Prinzipien den Status von Normen zugeschrieben. Da diese auf Werte bezogen sind, die vom Anwender subjektive Evaluierungen verlangen, sind sie nicht in der Lage, intersubjektiv kontrollierbar erforscht zu werden. Im Ergebnis weicht die unverzichtbare Entdeckung der

¹ *Ávila*, Humberto Bergmann, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo (215):151–179, Rio de Janeiro, Renovar, Januar/März 1999; *ders.*, Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista Trimestral de Direito Público (24):159–180, São Paulo, Malheiros, 1999.

für die Konkretisierung der Prinzipien zu wählenden Verhaltensweisen einer Forschung, die auf die bloße, zuweilen verzweifelte und nicht konsequente Behauptung ihrer Bedeutung beschränkt bleibt. Man huldigt den Prinzipien als *Grundlagen* oder *Säulen* der Rechtsordnung, ohne dieser Verehrung Elemente hinzuzufügen, die sie besser zu verstehen und anzuwenden erlauben.

Die zweite Frage, welche zur Kritik herausfordert, ist der Mangel an einer wünschenswerten begrifflichen Klarheit bei der Handhabung der Normarten. Dies erfolgt nicht nur deswegen, weil verschiedene, eigentlich unterschiedliche Kategorien synonym verwendet werden, wie im Fall der unkritischen Bezugnahme auf *Prinzipien*, die hier und da mit *Regeln*, *Axiomen*, *Postulaten*, *Ideen*, *Maßnahmen*, *Maximen* und *Kriterien* vermengt werden, sondern auch, weil mehrere Postulate unterschiedlicher Art (wie zu zeigen sein wird) so verwendet werden, als ob sie vom Interpreten dieselbe Prüfung erfordern, wie im Fall der unkritischen Anspielung auf die *Verhältnismäßigkeit*, die nicht selten mit der *gerechten Proportion*, mit der *Pflicht zur Billigkeit*, mit dem *Übermaßverbot*, mit der *Äquivalenzbeziehung*, mit der *Forderung der Abwägung*, mit der *Pflicht zur praktischen Konkordanz* oder selbst mit der *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn* verwechselt wird.

Natürlich kommt es nicht darauf an, die korrekteste Bezeichnung dieses oder jenes Prinzips zu kennen. Entscheidend ist, welches die sicherste Weise der Gewährleistung seiner Anwendung und Geltung ist. Die Anwendung im Recht hängt jedoch von diskursiven und institutionellen Prozessen ab, ohne welche sie nicht Wirklichkeit wird. Der vom Interpreten benutzte Rohstoff – der Normtext – stellt eine bloße Möglichkeit des Rechts dar. Die Verwandlung normativer Texte in Rechtsnormen hängt von der Konstruktion der Sinngehalte durch den Interpreten selbst ab. Die Begründungspflicht erfordert, dass diese Sinngehalte von denen, die mit ihnen umgehen, verstanden werden, schon weil sie anders nicht von ihren Adressaten verstanden werden können. Eben deshalb gewinnt die Unterscheidung der vom Rechtsanwender benutzten Kategorien an Bedeutung. Die maßlose Verwendung von Kategorien widerstrebt nicht nur dem wissenschaftlichen Gebot der Klarheit, ohne die sich keine diesen Namen verdienende Wissenschaft begründen lässt, sondern kompromittiert auch zwei unverzichtbare Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips, die Klarheit und Vorhersehbarkeit des Rechts.

Es ist leicht ersichtlich, dass hier nicht der bloßen analytischen Forderung der Dissoziierung nur zum Zweck der Trennung das Wort geredet wird. Wie die Kategorien vom Interpreten benannt werden, ist von sekundärer Bedeutung. Die Notwendigkeit der Unterscheidung entsteht nicht wegen des Nichtvorliegens unterschiedlicher Bezeichnungen für zahlreiche Kategorien. Sie entspringt vielmehr der Notwendigkeit verschiedener Bezeichnungen für unterschiedliche Phänomene.² Es handelt sich also nicht nur um eine rein terminologische Unter-

scheidung, sondern um eine Forderung nach begrifflicher Klarheit: wenn mehrere Untersuchungsweisen auf der konkreten Ebene existieren, empfiehlt sich, dass sie auch unterschiedlich gekennzeichnet werden.³ Die Verfassungsdogmatik muss sich auch deswegen um Klarheit bemühen, da sie stärkere Mittel zur Kontrolle der staatlichen Aktivität bereithält.⁴

Die vorliegende Arbeit versucht also einen Beitrag zu einer besseren Bestimmung und Anwendung von Prinzipien und Regeln zu leisten. Ihre Zielsetzung ist klar: es geht darum, die Unterscheidung zwischen Prinzipien und Regeln aufrechtzuerhalten, sie jedoch im Hinblick auf die gemeinhin von der Rechtslehre gewählten abweichenden Grundlagen anders zu strukturieren. Einerseits wird bewiesen werden, dass die Prinzipien nicht nur Werte explizieren, sondern mittelbar auch bestimmte Arten von Verhaltensweisen; andererseits wird der Nachweis erbracht, dass die Einführung von Verhaltensweisen durch Regeln auch Gegenstand der Abwägung sein kann, obwohl das eingangs vorgesehene Verhalten von der Erfüllung einiger Bedingungen zu seiner Überwindung abhängt. Damit wird sowohl die bloße Lobpreisung von Werten ohne die Setzung von Verhaltensweisen als auch die automatische Anwendung von Regeln überwunden. Vorgeschlagen wird ein Modell der Erklärung der Normarten, das über die Einfügung einer strukturierten Abwägung in den Anwendungsprozess hinaus noch materiale Gerechtigkeitskriterien in die Argumentation aufnimmt, vermittels der analytischen Rekonstruktion der konkreten Verwendung der normativen Postulate, besonders des Postulats der Zumutbarkeit und der Verhältnismäßigkeit, all dies natürlich ohne die Aufgabe der Fähigkeit zur intersubjektiven Kontrolle der Argumentation, die gewöhnlich in einen kapriziösen Dezisionismus verfällt.

Die Unterscheidung zwischen Prinzipien und Regeln ist heutzutage Mode geworden. Von seltenen Ausnahmen abgesehen bedienen sich staatsrechtliche Arbeiten ihrer, als ob sie aufgrund ihrer Selbstverständlichkeit von jeder eindringlicheren Behandlung dispensiert seien. Die Trennung zwischen den Normarten scheint sich allgemeiner Übereinstimmung zu erfreuen. Und diese Übereinstimmung verbreitet am Ende nicht mehr das kritische Wissen von den Normarten, sondern den Glauben, dass diese einfach so sind, wie man üblicherweise annimmt.

² *Ávila*, Humberto Bergmann, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. RDA (215):151–2, Rio de Janeiro, Renovar, Januar/März 1999.

³ *Huster*, Stefan, Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes. Berlin, Duncker & Humblot, 1993, S. 134, 144 und 145.

⁴ *Vogel*, Klaus/*Waldhoff*, Christian, Grundlagen des Finanzverfassungsrechts, in: Sonderausgabe des Bonner Kommentars zum Grundgesetz (Vorbemerkungen zu Art. 104a bis 115 GG). Heidelberg, Müller, 1999, Rdnr. 342, S. 232.