



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien.
Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und
postmoderner Perspektive
Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering“**

Dissertation vorgelegt von Benjamin Herzog

Erstgutachter: Prof. Dr. Christian Baldus

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme

Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft

Die Arbeit unterteilt sich in eine Einleitung, vier Themenkapitel und ein Ergebniskapitel, welche von einem Prolog und einen Epilog umschlossen werden.

1. Der Prolog beschreibt kurz den Anlass des Forschungsprojekts – die teilweise unberechtigte Kritik der deutschen Rechtswissenschaft an der Methodik des Europäischen Gerichtshofes bei der Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere den Vorwurf, nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung zu unterscheiden.

2. In der Einleitung erfolgt eine umfassende Einführung in die der Arbeit zugrunde liegenden Methodik und die Ziele der Arbeit.

a) Dabei wird zunächst der Gegenstand „Anwendung und Auslegung von Recht“ als die Auflösung des Spannungsverhältnisses von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit identifiziert. Dieses Spannungsverhältnis kann in verschiedenen Realisierungskonzeptionen aufgelöst werden: der Rechtsquellenlehre, der normgebundenen Auslegungslehre und dem inneren System. Im Laufe der Arbeit wird immer wieder auf diese drei Konzeptionen Bezug genommen. Schon hier erfolgt der Hinweis, dass in den zu betrachtenden Rechtsordnungen die Realisierungskonzeptionen unterschiedlich stark gewichtet werden. Während in der deutschen Rechtsordnung die normgebundene Rechtsordnung eine bedeutende Stellung einnimmt, spielt zum Beispiel in Portugal das innere System eine größere Rolle.

b) Nach der Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes erfolgt sodann eine Einführung in die Methodik der Rechtsvergleichung. Die funktionale und postmoderne (Jayme) Methode der Rechtsvergleichung werden vorgestellt. Im Kern handelt es sich bei der funktionalen Methode um eine, die nach Gemeinsamkeiten sucht. Bei der postmodernen hingegen handelt es sich um eine Vorgehensweise, die das Aufspüren der Unterschiede von Rechtsordnungen in den Vordergrund stellt. Die Arbeit will sich bewusst nicht für einen der Ansätze entscheiden. Vielmehr sollen beide Ansätze im Blick behalten werden – um am Ende festzustellen, dass beide Ansätze zu (unterschiedlichen) Ergebnissen führen, die für die Rechtsvergleichung von Bedeutung sind.

c) Schließlich verfolgt die Arbeit neben der ausführlichen Darstellung der portugiesischen und brasilianischen Rechtsordnungen auf dem Gebiet der Anwendung und Auslegung von Recht ein weiteres Ziel: Sie will der Frage nachgehen, ob Recht transplantierbar ist, d.h. von einer in eine andere Rechtsordnung übertragen werden kann. Dieser – als genetische Perspektive bezeichneter – Aspekt ist in der Theoriedebatte umstritten. Auf der einen Seite steht Alan Watsons „legal transplant“-Theorie, nach der eine solche Transplantation als Erklärungsmuster für Entwicklung beschrieben wird, auf der anderen Seite steht Pierre Legrands kategorische Ablehnung der Möglichkeit von Verpflanzbarkeit von Recht.

d) Schließlich werden noch kurz Fragen der Rechtskreislehre behandelt, u.a. die bestrittene Zuordnung Portugals und Brasiliens zum romanischen Rechtskreis sowie die Frage, ob die portugiesischsprachigen Rechtsordnungen nach Jayme einer lusitanischen Rechtsfamilie zugeordnet werden können.

3. Die ersten beiden Themenkapitel legen die Grundlage für die Frage nach der genetischen Perspektive sowie die funktionale und postmoderne Rechtsvergleichung.

Im ersten Grundlagenkapitel wird kritisch die Anwendungs- und Auslegungslehre im deutschen Sprachraum seit Savigny untersucht. Die Schwerpunktsetzung erfolgt nach der Debatte in Brasilien in Portugal, insbesondere der Diffamierung des 19. Jahrhunderts als vom sog. Positivismus gekennzeichnetes Zeitalter. Eine Unterteilung erfolgt in zwei Unterkapitel mit den Titeln: „Von Savigny zum BGB: Zeitalter des Positivismus?“ und „Von Jhering zur Interessenjurisprudenz: Gegenbe-

wegungen zum Positivismus-Phantom“. Die Gegenüberstellung von Savigny und Jhering ist bewusst gewählt und zieht sich in der Folge durch die gesamte Arbeit. Nach ausführlicher Auseinandersetzung auch mit den philosophischen Grundlagen beider Rechtswissenschaftler wird Savignys Auslegungslehre als eine sich an der Freiheitsethik Kants orientierende, zweckfreie Theorie charakterisiert, während die Anwendungs- und Auslegungslehre Jherings vor dem Hintergrund der Entwicklungen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts als zweckgeleitet beschrieben wird. In der Rezeption haben sich beide Sichtweisen in gewisser Weise verselbständigt und verstärkt. Savignys Lehre wurde als lebensfremder Positivismus diffamiert. Jherings Zweckdenken hingegen wurde dankend aufgenommen, um eine vom Wortlaut losgelöste und an politischen und verfassungsrechtlichen Zielen ausgerichtete Anwendungs- und Auslegungslehre zu begründen.

4. Das zweite Themenkapitel behandelt als Grundlagenuntersuchung verschiedene Aspekte, die für ein umfassendes Verständnis der portugiesischen und brasilianischen Anwendungs- und Auslegungslehre unerlässlich sind.

a) Zunächst werden verfassungsrechtliche Vorgaben für die Anwendung und Auslegung zivilrechtlicher Normen nach dem Grundgesetz dargelegt. Während die Lehre von der Gewaltenteilung eine bedeutende Rolle spielt, gibt es keine materiellen Vorgaben für die Anwendung und Auslegung zivilrechtlicher Normen. Das ist aus nationaler Sicht eine Selbstverständlichkeit, wenn man den Prozess der Verfassungsgebung betrachtet, allerdings womöglich eher historischer Zufall. Der spätere Vergleich mit Portugal und Brasilien zeigt, dass das Grundgesetz vielleicht eher die Ausnahme als die Regel ist.

b) Sodann wird auf das innere System eingegangen. Der Begriff wird historisch als die Notwendigkeit beschrieben, nach dem Inkrafttreten des BGB 1900 der als in gewisser Weise defizitär empfundenen äußeren Struktur der Kodifikation explizit ein inneres System lockerer Kasuistik gegenüberzustellen. Die Konzeptionen dieser Unterscheidung von Philipp Heck, Karl Larenz und Claus-Wilhelm Canaris werden referiert. Dabei wird auch erörtert, inwiefern sich diese drei Autoren an Savignys im 19. Jahrhundert entwickelten System der Rechtsverhältnisse orientieren. Während Hecks inneres System der Interessenkonflikte noch an Savignys (zweckfreies) Verständnis der Rechtsverhältnisse anknüpft, erscheint Larenz' Typuslehre als inneres System mit einem der nationalsozialistischen Ideologie dienenden Manipulationspotential. Canaris' allgemeine Rechtsprinzipien, die im lusophonen Ausland aufgrund ihrer Nähe zum „principles“-Begriff der angloamerikanischen Rechtstheorie und zu Alexys rechtstheoretischen Prinzipien eine gewisse Beliebtheit erfahren haben, erscheinen eher zweckorientiert und sind im Ergebnis erst im Zusammenspiel miteinander eine Entscheidungsgrundlage für die Auflösung von Konflikten. Sie sind daher für sich genommen kein tragfähiges Gerüst in der Anwendungs- und Auslegungslehre und schaffen durch ihre Einbettung in ein „offenes System“ eher mehr Probleme, als sie zu Lösungen beitragen.

c) Schließlich wird abschließend in die Hermeneutik und Topik sowie die Debatte um „Rechtsgrundsätze und Prinzipien“ im Sinne Dworkins und Alexys überblicksartig eingeführt. Diese rechtstheoretischen Grundsatzfragen spielen in der portugiesischen und brasilianischen Rechtswissenschaft eine gewisse Rolle. Insbesondere das theoretische Konzept der „Rechtsgrundsätze und Prinzipien“ erfreut sich einer gewissen Beliebtheit in Brasilien. Die Arbeit nimmt eine kritische Grundhaltung zu dieser Konzeption ein. Nach Auffassung des Verfassers dienen Prinzipien eher der Verschleierung von Eigenwertungen des Rechtsanwenders als dass sie einen echten gesetzlichen Wertmaßstab darstellen. Das von den Vertretern der Prinzipientheorie kritisierte Regelgeflecht von „Ausnahmen und Gegen- ausnahmen“ dient demgegenüber der Rechtssicherheit. Es kommt gerade den Juristen die Aufgabe zu, herauszuarbeiten, was Grundsatz und was Ausnahme ist. Eine davon losgelöste Diskussion darüber, was von Fall zu Fall gerecht oder ungerecht ist, kann jeder Laie führen.

5. Das dritte und vierte Themenkapitel nehmen, ausgehend von den ersten beiden Themenkapiteln, die portugiesische und brasilianischen Anwendungs- und Auslegungslehre in den Blick. Das erste Unterkapitel versteht sich jeweils als rechtshistorische Untersuchung der Anwendungs- und Auslegungslehre von den Anfängen (d.h. ab der Staatlichkeit – für Portugal ab dem 12. Jahrhundert und für Brasilien ab dem frühen 19. Jahrhundert) bis zum geltenden Recht. Ein besonderes Augenmerk wird auf die Normen zur Anwendung und Auslegung von Recht gelegt, welche in beiden Rechtsordnungen in die Kodifikationen gefunden haben. Im zweiten Unterkapitel stehen dann wieder jeweils methodologisch-funktionale und –postmoderne Betrachtungen im Vordergrund, insbesondere Verfassungsvorgaben für die Anwendung und Auslegung der Normen des Zivilrechts sowie Fragen des inneren Systems.

Für Portugal wird zunächst gezeigt, dass die Verfestigung der aufklärerischen Ideen der Vernunft nicht im Wege der Gesetzgebung erreicht worden ist, sondern über das Anwendungs- und Auslegungsverständnis verwurzelt wurde (insbesondere durch die sog. *Lei da boa razão*). Damit erfuhr der Vorgang der Interpretation insgesamt eine Aufwertung. Die Realisierungskonzeption für die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit war zunächst die Rechtsquellenlehre, später (im Zuge des Inkrafttretens der Kodifikation) erfolgte eine Hinwendung zur Realisierungskonzeption „normgebundene Auslegung“. Die Auslegungsnormen der Zivilrechtskodifikation von 1867 orientieren sich aber noch an der lusitanischen Tradition der Rechtsquellenlehre, insbesondere durch die Schlüsselvorschrift des Art. 16, wonach im Lückenfall auf die „*princípios do direito natural*“ zurückgegriffen werden konnte. Diese Prinzipien tragen den aufklärerischen Naturrechtsgedanken in sich, wurden aber später unter anderem im Sinne Savignys, d.h. im Sinne eines organischen Systems, interpretiert. Um die Jahrhundertwende wird der Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft in Portugal immer größer und mündet schließlich in die Verabschiedung eines neuen, am BGB orientierten Zivilgesetzbuches (1966). Die heute geltenden Anwendungs- und Auslegungsvorschriften Art. 9 f. sind eng mit der Rezeption deutschen Rechtsdenkens verbunden. Systematische Widersprüche ergeben sich aus der Notwendigkeit, zwischen Auslegung (*interpretação*) und Lückenfüllung (*integração das lacunas da lei*) zu unterscheiden, weil damit der lusitanischen Rechtstradition, die der Rechtsquellenlehre traditionelle eine große Rolle einräumt, die Grundlage entzogen wird. Verstärkt wird dies durch die in Deutschland immer noch geläufige und in Portugal teilweise übernommene Forderung, eine Wortlautgrenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung zu etablieren. Konsequenterweise wendet sich ein Teil der Rechtswissenschaft von den gesetzlichen Normen ab.

Hingegen scheint das ursprünglich auf Savigny zurückgehende Rechtsverhältnis in Gestalt der „*relação jurídica*“ als Träger des inneren Systems einen größeren Anklang in der Rechtswissenschaft gefunden zu haben. Aufgrund seiner prominenten Stellung im Allgemeinen Teil der Zivilrechtskodifikation dient es zumindest als Ausgangspunkt für eine Debatte, in der die materiellen Grundlagen des Privatrechts gesucht werden, um sie für die Anwendungs- und Auslegungspraxis fruchtbar zu machen. Neuerdings wird explizit wieder die Verbindung zu Savigny hergestellt. Die Bedeutung des Verfassungsrechts ist für das Zivilrecht verhältnismäßig begrenzt, obwohl die Verfassung von 1976, anders als das Grundgesetz, Anknüpfungspunkte für einen stärkeren materiellen Einfluss des Verfassungsrechtes auf das Zivilrecht böte.

6. Für Brasilien wird zunächst die Entwicklung des Zivilrechts ab der Unabhängigkeit 1822 dargestellt. Da die portugiesischen Gesetze bis zum Inkrafttreten des ersten brasilianischen Zivilgesetzbuches 1916 für Brasilien Geltung behielten, erfolgt die Analyse der brasilianischen Anwendungs- und Auslegungslehre zunächst vor dem Hintergrund der portugiesischen Rechtsquellenlehre. Zwar werden die Ideen Savignys in Brasilien früher als in Portugal rezipiert, die Anwendungs- und Auslegungsvorschriften der Einführung zum Zivilgesetzbuch von 1916 haben jedoch zunächst französische und lusitanische Wurzeln. Später wurden sie teilweise pandektistisch interpretiert. Dies führte,

ähnlich wie in Portugal, zu Widersprüchen, die in eine Abkehr von den Anwendungs- und Auslegungsvorschriften insgesamt mündeten. Als Folge verschiebt sich schon im frühen 20. Jahrhundert in Brasilien der Schwerpunkt von einer prinzipiell ergebnisoffenen formalen Auslegungsdogmatik hin zu einer materiellen, an wertgetragenen Prinzipien orientierten Anwendungslehre. Die Reform der Anwendungs- und Auslegungsvorschriften im Jahr 1942, also zu Zeiten der Diktatur, führte dann auch zu einer Anwendungsnorm, die keine Vorbilder hat, Art. 5 des Einführungsgesetzes: „Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum.“ Während der Ursprung dieser Norm ungeklärt ist, wird heute neben einer Interpretation als narrative Norm (Jayme) auch auf Jhering zurückgegriffen, um sie zu fassen. Savignys Konzeption einer ergebnisoffenen, systemgebundenen Auslegung, die einem Teleologismus kritisch gegenübersteht, war damit endgültig der Boden entzogen.

Ausgehend von einer von Europa zu unterscheidenden gesellschaftlichen Situation in Brasilien hat man sich jenseits des Atlantiks nach der Revolution in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts 1988 eine Verfassung gegeben, die als maßgebliches Ziel beschreibt, die Ungleichheit im Land zu beseitigen und die Armut zu bekämpfen. Diese verfassungsrechtliche Zielvorgabe wird in einem ausdifferenzierten Kapitel zur Wirtschaftsverfassung konkretisiert, aus welchem wiederum Verfassungsprinzipien hergeleitet werden. Mithilfe verschiedener importierter Rechtskonzepte wie der auf Theodor Viehweg zurückgehenden Topik, Dworkins und Alexys Rechtsprinzipien, Canaris' allgemeinen Rechtsprinzipien und Konrad Hesses (auf Gedanken Ferdinand Lassalles aufbauenden) Theorie einer „normativen Kraft der Verfassung“ wird eine zivilrechtlich-verfassungsrechtliche Theorie von Prinzipien entwickelt, die nicht im Ansatz mit Savignys Konzeption von Anwendung und Auslegung von Recht einhergeht. Verfassungsrechtliche Prinzipien werden direkt auf zivilrechtliche Fälle angewendet, wobei mitunter die über Jahrhunderte gewachsene Zivilrechtsdogmatik missachtet wird.

7. a) Die Versuchung ist groß, hierin kritikwürdige Exzesse von Rezeption zu sehen. Allerdings können solche Entwicklungen nach dem Verständnis einer toleranten Rechtsvergleichung nur für die eigene Rechtsordnung als abschreckendes Beispiel dienen. Im Ergebniskapitel wird daher zunächst, geschult an den Beobachtungen in Portugal und Brasilien, für die eigene Rechtsordnung ein Mehr an Savigny und ein Weniger an Jhering gefordert. Savignys Anwendungs- und Auslegungslehre steht im Zeichen der Freiheit, Jherings hingegen im Zeichen des Zwecks. Savigny setzt im Anschluss an Kant auf die Vernunft der Rechtssubjekte. Das Rechtsverhältnis ist daher konsequent das „Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens“. Savigny dachte lediglich begrenzt teleologisch. Im Gegensatz dazu sieht Jhering den Zweck als „alleinigen Schöpfer des ganzen Rechts“. In der Folge wurde das Rechtsverhältnis nicht willens-, sondern interessengetragen erklärt. Mit diesem Zweckgedanken geht jedoch ein gewisses Manipulationspotential einher, weil Eigenwertungen im Schein der Objektivität dargestellt werden und somit die Anwendung und Auslegung von Recht zu einer Einbruchsstelle von Rechtspolitik werden kann. Mit der Übersteigerung des Zweckgedankens wird zudem der eigentliche Stoff, das über Jahrhunderte gewachsene Zivilrecht, verdrängt.

b) In einem zweiten Teil des Ergebniskapitels werden die Besonderheiten der portugiesischen und brasilianischen Anwendungs- und Auslegungslehre zusammenfassend dargestellt und der deutschen gegenübergestellt. In beiden Rechtsordnungen spielt die Rechtsquellenlehre historisch bedingt eine große Rolle. Obwohl sie formal mit Inkrafttreten der Zivilrechtskodifikationen in den Hintergrund gerückt ist, lebt sie in der Terminologie beider Rechtsordnungen weiter. In beiden Rechtsordnungen ist zudem zu beobachten, wie schwer es fällt, eine Wortlautgrenze zu akzeptieren. Nicht zuletzt unter Zuhilfenahme der Terminologie der lusitanischen Tradition („espírito“, „razão“) ist in Portugal wie in Brasilien eine Auslegung gegen den Wortlaut nicht unbedingt als Überschreitung einer Grenze zu sehen, sondern findet sich im Bereich zulässiger Anwendung und Auslegung von Recht. Die „relação jurídica“ dient in Portugal – trotz berechtigter Debatte hinsichtlich ihrer genauen dogmatischen Einbettung – als Träger des inneren Systems, welches als mittlere Abstraktionsebene einen Feld für den Ausgleich von gesetzlichen Normen und systemgebundener Kasuistik darstellt.

c) Wie bereits angedeutet, führen sowohl die funktionale als auch die postmoderne Methode der Rechtsvergleichung zu tragfähigen Ergebnissen. Die funktionale Methode der Rechtsvergleichung hat es ermöglicht, die Realisierungskonzeption in der portugiesischen und brasilianischen Rechtsordnung aufzuspüren, mithilfe derer das Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit am ehesten ausgestaltet wird. Der Erkenntnisgewinn der funktionalen Methode besteht in der Offenlegung der verschiedenen Realisierungskonzeptionen. Mit allen drei Realisierungskonzeptionen wird das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit ausgestaltet. Alle drei Ansätze sind demnach „Methode“ im weiteren Sinne. Die funktionale Methode leistet damit einen Beitrag zur Akzeptanz des fremden Rechts.

Aber auch die postmoderne Methode der Rechtsvergleichung kommt insofern zu Ergebnissen, als die Unterschiede etwa zwischen der deutschen und brasilianischen Rechtsordnung deutlich zu Tage treten. Dies ist für beide Rechtsordnungen von Bedeutung. Die deutsche Rechtsordnung kann – mit Blick auf die klar herausgearbeiteten Unterschiede – besser nach ihren eigenen Wurzeln fragen. Wenn hier von der Materialisierung des Privatrechts gesprochen wird, kann dies für ein Mehr an Jhering und ein Weniger an Savigny stehen. Materialisierung bedeutet auch „Verzwecklichung“, mit der die beschriebenen Gefahren einhergehen. Aber auch für Brasilien ist das Ergebnis der postmodernen Methode der Rechtsvergleichung fruchtbar. Die Offenlegung der Unterschiede kann die brasilianische Privatrechtswissenschaft darin bestärken, Minderwertigkeitskomplexe abzulegen, sich gegen kulturimperialistische Angriffe zur Wehr zu setzen und sich zu ihrem eigenen Weg zu bekennen.

d) Ein weiteres Ergebnis der Arbeit ist die am praktischen Beispiel gewonnene Erkenntnis, dass es problematisch ist, im Rezeptionsprozess von „legal transplants“ zu sprechen. Die Bezeichnung suggeriert, dass eine bestimmte Idee von einer Rechtskultur unverfälscht in eine andere Rechtskultur übertragen werden kann. In derart pauschaler Weise muss dies als falsch bezeichnet werden. Die Gründe für diese Schlussfolgerung sind vielfältiger Natur: Nicht selten gehen mit der Rezeption dogmatische Folgeprobleme einher. Oft sind Verflechtungen verschiedener Rezeptionsprozesse zu beobachten. Rezeption fördert zudem Zerr- und Feindbilder, wie sich insbesondere am Begriff „Positivismus“ in der portugiesischen und brasilianischen Rechtsordnung zeigt. Im Wege der Übertragung kann es aufgrund der Sprachbarriere und beschränkter Möglichkeiten der Überprüfung von Rezeptionsprozessen leichter sein, Ideen ausländischer Rechtsordnungen für eigene Zwecke zu manipulieren.

e) Schließlich mag die Arbeit die These unterstützen, dass es eine lusitanische Rechtsfamilie gibt. Die portugiesische wie die brasilianische Rechtsordnung sind von der *Lei da boa razão* so sehr geprägt, dass die Begrifflichkeiten der Blütezeit des portugiesischen Rechts noch heute in beiden Rechtsordnungen weiterleben. Für die Zuordnung zu einer gemeinsamen Rechtsordnung spricht auch, dass sich beide Rechtsordnungen bis heute gegenseitig beeinflussen.

8. Im Epilog wird schließlich die Kritik der deutschen Rechtswissenschaft am EuGH, er trenne nicht zwischen Ausbildung und Rechtsfortbildung, wieder aufgegriffen und vor dem Hintergrund der lusitanischen Erfahrung für eine Aufgabe der genannten Unterscheidung plädiert. Es wird gefragt, ob eine Zurückbesinnung auf Savigny nicht tatsächlich mehr Rechtssicherheit bringen könnte. Savigny wollte nicht den Zweck eines Gesetzes als Auslegungselement in den Vordergrund rücken oder ihn gar zu ihrem Ziel stilisieren. In Europa sollte sich Anwendung und Auslegung auf das beschränken, was sie leisten kann: nicht jede Ungerechtigkeit zu beseitigen, sondern zivilrechtliche Konflikte systemgerecht mithilfe des gewachsenen zivilrechtlichen Erfahrungsschatzes zu lösen.