

DIE DEBATTE ZWISCHEN ROBERT ALEXY UND RALF POSCHER:

EINE EINFÜHRENDE ANALYSE

THE DEBATE BETWEEN ROBERT ALEXY AND RALF POSCHER:

AN INTRODUCTORY ANALYSIS

Victor Lucas Silva da Conceição de Souza¹

ZUSAMMENFASSUNG: Die Grundrechtstheorie von Professor Robert Alexy ist weltweit als ein Meilenstein in der Grundrechtsdogmatik anerkannt. Vor allem in Brasilien wurde diese Theorie von der juristischen Gemeinschaft aufgegriffen und eingehend untersucht, wobei ein kritischer Ansatz zumeist fehlte. In diesem Sinne will der vorliegende Aufsatz dem Leser einen argumentativen Ansatz bieten, der einen kritischen Zugang zur Theorie von Robert Alexy darstellt. Damit erfüllt die Arbeit ihr Hauptziel: theoretische Alternativen für die Annäherung an die Theorie der Prinzipien aufzuzeigen und dem Leser Wege für eine breitere Debatte über die Theorie der Grundrechte zu eröffnen. Die Forschung hatte als wichtigste bibliographische Referenz die Werke und Artikel beider Autoren, die im gesamten Text zitiert werden. Auf diese Weise kann der Leser einen ersten Kontakt mit den Hauptgedanken der Prinzipientheorie Alexys herstellen und sie mit der von Poscher vorgetragenen Kritik vergleichen.

Schlüsselwörter: Grundrechtstheorie; Prinzipientheorie; Robert Alexy; Ralf Poscher.

ABSTRACT: Professor Robert Alexy's theory of fundamental rights is recognized worldwide as a milestone in fundamental rights dogmatics. Especially in Brazil, this theory has been taken up and studied by the legal community, mostly lacking a critical approach. In this sense, this essay aims to offer the reader an argumentative approach that presents a critical approach to the theory of Robert Alexy. In doing so, the paper fulfills its main objective: to present theoretical alternatives for approaching the theory of principles and to provide the reader alternative paths for a wider debate on the theory of fundamental rights. The research had as its main bibliographic reference the works and articles of both authors, which are mentioned throughout the text. In this way, the reader can make a first contact with the main ideas of Alexy's theory of principles and compare them with the criticism presented by Poscher.

Key-words: Theory of fundamental rights; Theory of Principles; Robert Alexy; Ralf

¹Masterstudent (LL.M.) an der juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen. Stipendiat der Konrad-Adenauer-Stiftung. Mitglied der Deutschen Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie (IVR - Deutsche Sektion). Master in Philosophie an der philosophischen Fakultät der Bundesuniversität von Pará - Brasilien (PPGFIL - UFPA). Bachelorstudium in Rechtswissenschaften an der Universität von Amazonien – UNAMA. Email: victorsouza464@gmail.com; v.desouza@stud.uni-goettingen.de. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6831269541256640>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2359-5708>.

Poscher.

Inhalt: 1. Einleitung; 2. Die Rechtsnorm nach Robert Alexys *Theorie der Grundrechte*; 2.1. Text und Norm; 2.2. Regeln und Prinzipien als Normen; 2.3. Der *prima facie*-Charakter der Prinzipien; 3. Die Rolle der Prinzipien in der Prinzipientheorie: die Debatte zwischen Robert Alexy und Ralf Poscher; 3.1: „Debatte I“; 3.2: „Debatte II“; 3.3: „Debatte III“; 4. Schluss; 5. Literaturverzeichnis

1. EINLEITUNG

Die vorliegende Arbeit zielt in erster Linie auf die Analyse der Debatte zwischen Robert Alexy und Ralf Poscher über die Rolle der Prinzipien in der Prinzipientheorie, zu deren größten Vertretern und Verbreitern Robert Alexy gehört. Diese Arbeit wird sich auf die Analyse der Schriften konzentrieren, die die Debatte ausmachen, sowie auf die Thesen, die in Alexys Hauptwerk *„Theorie der Grundrechte“* aufgestellt werden. Für die Darstellung der Hauptgedanken von Robert Alexy werden die Begriffe der Rechtsnorm, der Regeln und der Rechtsprinzipien erörtert. Anschließend wird die Entwicklung der Debatte zwischen den beiden Autoren über die Rolle der Prinzipien dargelegt. Obwohl in der Debatte zwischen diesen Autoren die Rolle der Regeln nicht im Mittelpunkt steht, soll hier behandelt werden, was Alexy unter einer Rechtsregel versteht, um dem Leser, der Alexys klassische Klassifizierung der Regeln nicht kennt, eine Erklärung näherzubringen.

Die vorliegende Arbeit ist expositorisch und zugleich propedeutisch angelegt. Es soll den Leser in das Gedankengut von Professor Robert Alexy einführen und richtet sich daher an Jurastudenten, die einen ersten Kontakt mit dem Werk des deutschen Juristen suchen. Darüber hinaus soll sie den Leser dazu einladen, die hier vorgestellten Ideen aus der Debatte zwischen Poscher und Alexy kritisch zu überdenken.

2. DIE RECHTSNORM NACH ROBERT ALEXYS *THEORIE DER GRUNDRECHTE*.

Die Rechtsnorm als einer der Untersuchungsgegenstände der allgemeinen Rechts- und Verfassungstheorie wird seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, nach dem Zweiten Weltkrieg, neu diskutiert und untersucht. Bei dieser Untersuchung wird unermüdlich nach der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien gesucht. In den heutigen Rechtssystemen und in einem viel komplexeren sozialen Umfeld reiche die Rechtsnorm in den Modellen, die der klassische Rechtspositivismus (auch bekannt als

ideologischer Positivismus) aufgestellt hat, nicht mehr aus, um die meisten Sachverhalte zu lösen, da die positivierten normativen Instrumente allein in den meisten Fällen keine angemessene, fertige oder gar gerechte Lösung darstellen (STRECK, 2014, S. 20).

Als wichtigster Aspekt der intersubjektiven Beziehungen hat die Rechtsnorm das vorrangige Ziel, eine politisch und rechtlich organisierte Gesellschaft zu harmonisieren. Vom klassischen Rechtspositivismus bis hin zu dem, was die Lehre heute als Neo-Positivismus bezeichnet, hat die Lehre von den juristischen Regeln mehrere Analysen und Klassifizierungen durchlaufen. Hans Kelsen hat zu Beginn des 20. Jahrhunderts in seiner „*Reinen Rechtslehre*“ die Rechtsnorm als ein hypothetisches Urteil bezeichnet, das einen Sachverhalt und eine Rechtsfolge der Verwirklichung dieses Sachverhalts vorhersieht (REALE, 2011, S. 93).

Aus dieser vom klassischen Positivismus vorgeschlagenen Idee der Rechtsnorm ergibt sich ihre Struktur: Es gibt eine abstrakte Hypothese und eine Rechtsfolge, wenn diese hypothetische Situation eintritt. Wenn also beispielsweise eine Person auf brasilianischem Staatsgebiet jemanden tötet, handelt es sich um eine Handlung, die nach dem geltenden Strafgesetzbuch (Art. 121 brasil. StGB) verboten ist. So wird nach einer subsumtiven Argumentation (Hauptprämisse: Norm; Nebenprämisse: Tatsache) eine gesetzliche Sanktion verhängt (Freiheitsstrafe von sechs bis zwanzig Jahren).

Es ist wichtig, daran zu erinnern, dass dieses von Hans Kelsen formulierte Modell der Rechtsnorm nur eine der bestehenden Klassifizierungen von Rechtsnormen ist. In den heutigen Rechtssystemen lassen sich die Rechtsnormen nach ihrer Hierarchie, ihrem zwingenden Charakter und ihrer Struktur klassifizieren.

Hierarchisch lässt sich eine Unterteilung in verfassungsrechtliche und unterverfassungsrechtliche Rechtsnormen vornehmen. Erstere werden von dem ursprünglichen verfassungsrechtlichen Gesetzgeber geschaffen und in einer förmlichen Verfassung niedergelegt und stehen in der Hierarchie über allen anderen Regeln, während unterverfassungsrechtliche Regeln alle anderen rechtlichen Regeln sind, die eine niedrigere Hierarchie besitzen.

Aus der oben genannten Argumentation ergibt sich, dass die Rechtsnormen der unteren Hierarchie in einer gegebenen, gültigen und kohärenten Rechtsordnung mit der

Verfassungsnorm übereinstimmen müssen, wobei deren Voraussetzungen zu beachten sind, da sie aus ihr ihre Gültigkeitsgrundlage beziehen.

Die Rechtsnormen werden nach dem Grad ihres zwingenden Charakters in Regeln der privaten Ordnung und Regeln der öffentlichen Ordnung unterteilt. Die erste legt Rechte, Pflichten und Garantien in privaten Rechtsbeziehungen fest. Die zweite hingegen bezieht sich auf das öffentliche Interesse. Diese Regeln können die Willensautonomie der Staatsbürger einschränken und auf das Kollektiv abzielen.

Rechtliche Vorschriften können ihrer Art nach in erlaubende, verbietende und zulassende Vorschriften eingeteilt werden. Erlaubende Regeln legen ein positives Verhalten fest, das ausgeübt werden muss. Wenn Art. 14, § 1, I des brasilianischen Grundgesetzes festlegt, dass das Wählen obligatorisch ist und dass alle Bürger über 18 Jahre bei jeder Wahl wählen müssen, handelt es sich um eine Wahrnehmungsnorm, d.h. eine Norm, die eine Verpflichtung zu einem aktiven Handeln darstellt. Bei den Verbotsregeln wird eine Verpflichtung ausgesprochen, ein bestimmtes Verhalten zu unterlassen. Ein Beispiel: Artikel 19, III des brasilianischen Grundgesetzes schreibt vor, dass es der öffentlichen Gewalt verboten ist, Unterschiede zwischen Brasilianern zu machen. Bei den erlaubenden Regeln schließlich handelt es sich um solche, die dem Einzelnen Rechte und Handlungen zugestehen, so dass er entscheiden kann, ob er die vom Gesetz vorgesehenen Wirkungen entfaltet oder nicht. Art. 14, § 1, e, des brasilianischen Grundgesetzes schreibt vor, dass Personen, die älter als sechzehn und jünger als achtzehn Jahre sind, wählen dürfen. Es ist also klar, dass diese Gruppe die Wahl hat, zu wählen oder nicht.

Schließlich lassen sich die Rechtsnormen ihrer Art nach in Verhaltens- und Organisationsnormen einteilen. In den heutigen Rechtssystemen überwiegen die Verhaltensregeln. Diese Regeln sind dafür gedacht, ein „Soll“, ein vom Gesetz erwartetes Verhalten, vorzuschreiben. Es handelt sich um Vorschriften, die ein hypothetisches Urteil darstellen, das nach dem ideologisch-positivistischen Modell der Rechtsnormen gedacht ist: eine binäre Struktur, in der sich das auszuübende Verhalten und eine entsprechende Rechtswirkung finden. Die organisatorischen Regeln hingegen enthalten im Gegensatz zu den Verhaltensregeln Verfahren, die einzuhalten sind, und schreiben bestimmte

Kompetenzen vor. Die Regeln, die die Organisation der Befugnisse von Gewerkschaften festlegen, sind Beispiele für Organisationsregeln.

2.1. Text und Norm

Eine weitere sehr umstrittene Frage im Zusammenhang mit der Untersuchung der Rechtsnorm im Besonderen und der allgemeinen Rechtstheorie ist der Unterschied zwischen Rechtstext und Rechtsnorm. In der Praxis werden die beiden Nomenklaturen synonym verwendet. Für die vorliegende Arbeit ist es notwendig, zwischen der Rechtsnorm und dem Rechtstext zu unterscheiden (COELHO, 2011, S. 77).²

In diesem Sinne ist die Auslegung eine Tätigkeit, die die "Rechtsnorm" zum Gegenstand hat, wobei die Ausdrücke „Rechtsnorm“ und "normative Aussagen" als Synonyme behandelt werden.

Aus der Theorie Alexys geht hervor, dass der Richter im Lichte eines konkreten Falles - und natürlich vor einem normativen Instrument - die Aufgabe hätte, den Sinn des positiven Textes zu enthüllen (ALEXY, 2020, S. 43).

Daher entspricht die normative Aussage dem schriftlichen Text im Gesetzestext, der keine Auslegung enthält. Die Rechtsnorm ist das Ergebnis, das sich aus dem Konflikt zwischen dem Gesetzestext und dem konkreten Sachverhalt ergibt, den der Richter zu lösen hat (BARROSO, 2011, S. 217).

Das heißt, die Rechtsnorm ist das Ergebnis der Auslegung des Richters angesichts eines konkreten Sachverhalts, wobei die normative Aussage Gegenstand seiner hermeneutischen Arbeit ist. Die Rechtsnorm ist das Wesen der normativen Aussage. Es ist das, was im konkreten Sachverhalt angewendet wird.

Zunächst ist zu betonen, dass es kein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Rechtstext und Rechtsnorm gibt (ÁVILA, 2014, S. 50). Es gibt Sachverhalte, in denen der Text eines bestimmten Gesetzes eine Rechtsvorschrift enthält, während das Gegenteil völlig akzeptabel ist. Es kann auch vorkommen, dass mehrere Normen aus ein und demselben

² “A interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua – estabelecendo o seu sentido –, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas.”

Text hervorgehen, ebenso wie mehrere Rechtsnormen aus ein und demselben textlichen Mittel hervorgehen können.

2.2. Regeln und Prinzipien als Normen

Die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien ist nicht neu. Mit dem Entstehen des Neopositivismus und der Wiederaufnahme der Beziehung zwischen Rechtswissenschaft und Philosophie spielen die Rechtsprinzipien eine entscheidende Rolle bei der Lösung konkreter Sachverhalte, wodurch sie den Status einer Rechtsnorm erlangten und an Wirksamkeit gewannen.

Da es sich jedoch um ein eher unumstrittenes Thema handelt, ist es nur natürlich, dass die Diskussion über diese Unterscheidung zu hitzigen und endlosen Debatten innerhalb der allgemeinen Rechtstheorie führt und mehrere Klassifizierungen und Unterscheidungskriterien hervorbringt. Vor allem in der brasilianischen Rechtslehre gibt es eine Reihe von Diskussionen zu diesem Thema.

José Afonso da Silva stellt fest, dass die Prinzipien eine entscheidende Rolle spielen, die die verfassungsmäßigen Werte auf das gesamte Rechtssystem ausstrahlen und somit die Grundlage der Rechtsnormen bilden (SILVA, 2003, S. 93).

Nach diesem Verständnis werden Prinzipien nicht als Rechtsnormen verstanden. Prinzipien verhalten sich in dieser Klassifizierung eher wie Gültigkeitsgründe von Normen.

Ronald Dworkin, der die Unzulänglichkeit des klassischen positivistischen Modells erkannt hat, das als normative Arten nur die Rechtsnorm akzeptiert, schreibt neben den Normen auch den Rechtsprinzipien normative Kraft zu, da er davon ausgeht, dass der Richter bei der gegenwärtigen Komplexität der konkreten Alltagssituationen keine angemessene und gerechte Antwort für die Lösung dieser konkreten Sachverhalte findet und dann auf die Ressource des Ermessens zurückgreifen muss, die dem Richter einen Spielraum innerhalb der Grenzen des Gesetzes zur Schaffung von Recht einräumt (SILVA, 2003, S. 610). Dworkin verwendet auch ein Kriterium der logischen Unterscheidung:

The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule

stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision (DWORKIN, 1978, S. 24).

Nach dieser Klassifizierung sind die Regeln sofort und vollständig anwendbar. Regeln haben einen „All or nothing“ Charakter. Doch Prinzipien besitzen Rechtsgültigkeit. Sie unterscheiden sich von Regeln dadurch, dass sie in der Dimension des Gewichts angewendet werden. Unter bestimmten Umständen kann ein Prinzip Vorrang vor dem anderen haben. Es liegt auf der Hand, dass das unterliegende Prinzip weiterhin seine Rechtsgültigkeit nach außen trägt und unter anderen Umständen einen eventuellen Konflikt gewinnen kann.

Robert Alexy, der eine Studie über diesen Unterschied erstellte und in dieser die Bedeutung dieser Unterscheidung für die Untersuchung der Grundrechte hervorhebt, stuft die Regeln und Prinzipien jedoch als Rechtsnormen ein. Das heißt, es handelt sich um normative Unterarten, die ein Sollen vorschreiben, bei dem die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien einem qualitativen Charakter hat, und nicht einem graduellen, was die Notwendigkeit eines präzisen Unterscheidungskriteriums unterstreicht (ALEXY, 2020, S. 72).

Nach Alexy sind Prinzipien Optimierungsgebote, d.h. sie verlangen, dass etwas im Rahmen der rechtlichen und faktischen Möglichkeiten in seiner Gesamtheit durchgeführt wird. Es liegt auf der Hand, dass der Vollstrecker einer Rechtsnorm bei ihrer Anwendung einige Kriterien beachten und einige Besonderheiten des konkreten Falles berücksichtigen muss, um ein zufriedenstellendes Ergebnis zu erzielen.

Unter Berücksichtigung dieser Besonderheiten kann es also bei der Lösung konkreter Fälle zu normativen Konflikten kommen. In einem Rechtssystem kann es auch zu einem Konflikt zwischen Regeln oder einer Kollision zwischen Prinzipien kommen. Wenn es einen Konflikt zwischen Rechtsnormen gibt, liegt das daran, dass es zwei widersprüchliche Beurteilungen des Sollens gibt. Würden diese Regeln einzeln analysiert und angewandt, käme man zu zwei unterschiedlichen rechtlichen Ergebnissen (ALEXY, 2020, S. 77).

Bei einem möglichen Normenkonflikt kann die Lösung darin bestehen, dass eine der Regeln für ungültig erklärt wird oder eine Ausnahmeklausel eingeführt wird, da es

logisch unmöglich ist, dass zwei Regeln, die entgegengesetzte Rechtsfolgen vorschreiben, im selben konkreten Sachverhalt gelten. Alexy präsentiert ein sehr didaktisches Beispiel zur Lösung dieser Art von Konflikten: Bevor der Alarm läutet, dürfen die Schüler den Klassenraum nicht verlassen; wenn der Feueralarm ertönt, müssen die Schüler den Raum verlassen. In der ersten Situation besteht die von der Vorschrift vorausgesetzte Pflicht darin, eine Handlung zu unterlassen. In der zweiten Situation besteht die Verpflichtung, den Raum zu verlassen. Es gibt zwei rechtliche Ergebnisse, die einander entgegengesetzt sind. Daher ist die Einfügung einer Ausnahmeklausel in die erste Regel (Auslösung des Feueralarms) geeignet, den Konflikt zu lösen. Besteht keine Möglichkeit, dass eine Ausnahmeklausel existiert, muss eine der Regeln für ungültig erklärt werden (*Lex posterior derogat legi priori und Lex specialis derogat legi generali*) (ALEXY, 2020, S. 77).

Es wird darauf hingewiesen, dass Regeln, die eine Art von Rechtsnormen darstellen, auf der Ebene der Gültigkeit stehen: Entweder erfüllen die Regeln genau das, was sie vorschreiben, oder sie erfüllen es nicht (Alles-oder-Nichts Gesetz). Der Charakter von Rechtsnormen ist nicht abstufbar. Bei ihrer Anwendung wird keine Abwägung vorgenommen (ALEXY, 2020, S. 77).

Die Prinzipien hingegen befinden sich in der Dimension des „Gewichts“. Bei dieser normativen Unterart gibt es weder eine Ungültigkeit noch eine Hierarchie. Kollisionen zwischen Prinzipien werden nach einer völlig anderen Methode gelöst als Konflikte zwischen Regeln (ALEXY, 2020, S. 82).

Wenn in einem bestimmten Sachverhalt ein Konflikt zwischen den Prinzipien besteht, ist es für die Lösung des konkreten Sachverhalts erforderlich, dass eines der Prinzipien Vorrang vor dem anderen hat. Im Gegensatz zu Vorschriften wird das besiegte Prinzip jedoch nicht für ungültig erklärt, sondern genießt volle Gültigkeit und normative Kraft. Nichts spricht dagegen, dass unter anderen Umständen das unterliegende Prinzip über das siegende Prinzip sich durchsetzen kann (ALEXY, 2020, S. 83).

Anhand von Alexys Überlegungen zum Konflikt von Regeln und zur Kollision von Prinzipien ist es jedoch angebracht, nach der Möglichkeit eines möglichen Konflikts zwischen den beiden normativen Unterarten zu fragen. Für die Zwecke dieses Beitrags ist

die von Alexy in seiner Grundrechtstheorie verwendete Klassifizierung ausreichend. Daher wird diese Art von Konflikten hier nicht weiter erörtert.

2.3. Der *prima facie*-Charakter der Prinzipien

Ein weiterer wichtiger Punkt in der Grundrechtstheorie von Alexy ist der *prima facie*-Charakter der beiden Unterarten von Normen. Wie bereits erwähnt, werden die Regeln in definitiver Weise angewandt, die in der Gültigkeitsstufe festgehalten werden, wodurch auf die Abwägung verzichtet wird. Die Prinzipien hingegen sollten auf der Ebene der Abwägung angewendet werden, die bei einem eventuellen Konflikt mit anderen Normen derselben Art abgewogen werden müssen.

Dies setzt die Überprüfung des normativen Charakters zwischen Regeln und Prinzipien voraus. Damit die Vorschriften nicht mehr endgültig angewendet werden, muss eine Ausnahmeklausel eingeführt werden, die ihren *prima facie*-Charakter stärkt. Prinzipien hingegen erfordern eine argumentative Belastung für den Regeldurchsetzer. Dieser argumentative Vorwurf hat die Funktion, die juristische Entscheidung zu kontrollieren und sie vor Willkür und Irrationalität zu schützen. Der Richter muss rational begründen, warum er sich unter den Bedingungen „X“ für einen Grundsatz P1 zum Nachteil des Grundsatzes P2 entschieden hat (ALEXY, 2020, S. 88).

3. DIE ROLLE DER PRINZIPIEN IN DER PRINZIPIENTHEORIE: DIE DEBATTE ZWISCHEN ROBERT ALEXY UND RALF POSCHER

Dieser letzter Abschnitt des Aufsatzes wird sich mit der Debatte zwischen den bereits vorgestellten deutschen Autoren (Robert Alexy und Ralf Poscher) befassen. Bevor auf den Inhalt der Debatte eingegangen wird, sind einige Bemerkungen zu dieser Debatte erforderlich.

Zunächst ist festzustellen, dass die Debatte nicht nur eine Phase der Entwicklung kennt. Im Gegenteil: Die Debatte wird allgemein in drei Phasen gegliedert.

Die erste Phase ist gekennzeichnet durch die Artikel „*Zur Struktur der Rechtsprinzipien*“ (Jahr 2000) und „*Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie*“ (Jahr 2007), verfasst von Professor Robert Alexy bzw. Ralf Poscher.

Die zweite Phase der Debatte beginnt mit der Veröffentlichung des Artikels „*Ideales Sollen*“, den Professor Alexy im Jahr 2009 verfasst hat. Als Antwort auf diesen Artikel veröffentlicht Poscher 2010 die „*Theorie eines Phantoms - Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand*“.

Schließlich findet die Debatte in einem dritten Moment statt, der 2017 mit der Veröffentlichung von Robert Alexy mit dem Titel „*Ideal 'Ought' and Optimization*“ beginnt. Dies wiederum wird von Poscher im Jahr 2020 in dem Artikel „*Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's latest Attempt to save his Concept of Principle*“.

Die zweite Bemerkung bezieht sich auf den Gegenstand der Debatte. Man sollte bedenken, dass es in der Debatte nicht um Fragen der Abwägung oder gar um Optimierungsaufträge geht. Gegenstand der Debatte ist ausschließlich die Erörterung des Begriffs des Rechtsprinzips in der Prinzipienlehre von Robert Alexy. In diesem Sinne muss man feststellen, dass die hier behandelten Autoren über die Rolle der Prinzipien in der Theorie von Alexy erörtern. Wir haben es hier mit einer theoretischen Meinungsverschiedenheit zu tun, die sich zwischen einer qualitativen Unterscheidung (Alexy) und einer graduellen (Poscher) über den Begriff der Prinzipien aufbaut.

Aus didaktischen Gründen werden in diesem Aufsatz die Bezeichnungen „Debatte I“, „Debatte II“ und „Debatte III“ verwendet, um die drei oben beschriebenen Phasen zu bezeichnen.

3.1. „Debatte I“

In dieser ersten Phase der Debatte, die im Jahr 2000 mit der Veröffentlichung von *Zur Struktur der Rechtsprinzipien* begann, greift Alexy die in seinem Werk „*Theorie der Grundrechte*“ dargelegten Ideen auf. Rechtsnormen können entweder als Regeln oder als Prinzipien dargestellt werden. In der Bedingung von Prinzipien, müssen sie von der Optimierungsthese beherrscht werden. Das heißt, sie sollten so weit wie möglich unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände des konkreten Falles durchgeführt werden.

In diesem Sinne sagt Alexy Folgendes:

Nach der Standarddefinition der Prinzipientheorie sind Prinzipien normen, die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die tatsächlichen und rechtlichen

Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird. Prinzipien sind demnach *Optimierungsgebote*, die dadurch charakterisiert sind, daß sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und daß das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von der rechtlichen Möglichkeiten abhängt. (ALEXY, 2000, S. 32)

So verteidigt Alexy erneut die Idee, dass die Prinzipien in unterschiedlichem Maße erfüllt werden können und auch durch die Abwägung angewendet werden.

Andererseits sind Regeln Definitionsgebote, die durch Subsumtion angewendet werden. Außerdem muss in einem Konflikt zwischen Regeln eine der Regeln für ungültig erklärt oder eine Ausnahmeklausel eingeführt werden, damit die andere angewendet werden kann. Dazu sagt Alexy Folgendes:

Ein Konflikt zwischen zwei Regeln kann nur dadurch gelöst werden, daß entweder eine Ausnahmeklausel in eine der beiden Regeln eingefügt oder mindestens eine der Regeln für ungültig erklärt wird (ALEXY, 2000, S. 33).

Daraus wird ersichtlich, dass Alexy weiterhin Regeln und Prinzipien als Arten von Normen darstellt, die nach der Logik der Gültigkeit und des Gewichts angewandt werden.

Im Gegensatz zu dieser These veröffentlicht Poscher im Jahr 2007 den Artikel *Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie*. In diesem Aufsatz verteidigt Poscher die Idee, dass Regeln die einzige Art von Normen sind. Diese werden wiederum in Definitions- und Optimierungsgebote unterteilt. Definitionsgebote werden durch Subsumtion angewandt. Optimierungsaufträge hingegen werden durch Abwägen umgesetzt. Dazu sagt Poscher Folgendes:

Eine Analyse des Umgangs der Rechtsordnung mit Normkollisionen zeigt hingegen, dass Regeln und Prinzipien identisch strukturiert sind und sich nicht in ihrer Struktur, sondern nur in den kontingenten Inhalten einer einheitlichen Struktur unterscheiden. Dies wird deutlich, wenn in den Blick genommen wird, wie und wie unterschiedlich Normkollisionen bewältigt werden. Auf Normkollisionen reagiert die Rechtsordnung mit Kollisionsregeln, die ganz unterschiedliche Inhalte haben und je nach Darstellung als selbstständige Regeln gedacht oder als Ausnahmetatbestände in die Regeln integriert werden können. Diese Kollisionsregeln führen dann dazu, dass entweder eine der kollidierenden Normen außer Kraft tritt, oder in eine der Normen oder in beide Ausnahmetatbestände eingearbeitet werden, die die Normkollision vermeiden. Das Gebot der optimierenden Abwägung ist dabei nur ein möglicher Inhalt eines solchen Ausnahmetatbestandes. Die optimierende Abwägung unterscheidet sich inhaltlich von anderen Ausnahmetatbeständen, wie sich auch andere

Ausnahmetatbeständen, wie sich auch andere Ausnahmetatbestände inhaltlich voneinander unterscheiden. Die unterschiedlichen Inhalte der Ausnahmetatbestände lassen jedoch die Struktur der Normen unberührt. So wie der Lex-posterior-Grundsatz keinen strukturell eigenen Normtyp prägt, so zeichnet auch der Abwägungsgrundsatz keinen strukturell eigenen Normtyp aus. (POSCHER, 2007, S. 65-66)

In diesem Sinne bestehen die Rechtsnormen für Poscher nur aus Regeln, die Optimierungs- oder Definitionsgebote sein können. Optimierungsgebote unterscheiden sich von Definitionsgeboten nicht durch ihre normative Struktur. Prinzipien haben ihrerseits keine normative Kraft.

3.2. „Debatte II“

Die zweite Phase der Debatte begann mit der Veröffentlichung des Artikels von Professor Alexy *Ideales Sollen* im Jahr 2009. In dieser Arbeit möchte Alexy auf Ralf Poscher eingehen, indem er seine These deutlich umstrukturiert. Offensichtlich übernimmt Alexy den von Poscher vorgestellten Begriff der Norm, mit dem Unterschied, dass Prinzipien weiterhin einen normativen Charakter haben.

Der Logik dieser von Alexy vorgestellten neuen Formulierung folgend, haben Normen als Arten nur Regeln, die in Definitions- und Optimierungsgebote unterteilt sind. Regeln als „Alles oder Nichts“ Gebote beziehen sich auf konkrete Sachverhalte. In diesem Sinne werden sie weiterhin nach der Subsumtionsmethode angewendet.

Andererseits können Regeln auch optimierende Gebote sein. Und hier finden wir die wichtigste Umformulierung der Theorie von Alexy: Die Objekte der Regeln als optimierende Gebote sind die Prinzipien. Letztere wiederum beziehen sich auf eine ideale Pflicht zum Sein, die nach dem Abwägungsgesetz angewandt wird. Diesbezüglich argumentiert Alexy wie folgt:

Sieckmann und Aarnio haben zu Recht hervorgehoben, daß Optimierungsgebote insofern Regeln, also definitive Gebote, sind, als sie definitiv die Optimierung und nicht ein durch Abwägung je nach den Umständen zu bestimmendes optimales Maß der Optimierung fordern. Poscher glaubt hier eine „rechtstheoretische (Selbst-) Widerlegung“ der Prinzipientheorie sehen zu können. Ich habe versucht, das Problem durch die Unterscheidung zwischen *zu optimierenden Geboten* und *Geboten zu optimieren* zu lösen. Die Optimierungsgebote als Gebote zu optimieren drücken ein definitives und in diesem Sinne reales Sollen aus. Demgegenüber enthalten die Prinzipien als zu optimierende Gebote nur ein ideales oder *Prima-facie*-Sollen. (ALEXY, 2009, S.

22)

In diesem Sinne verteidigt Alexy die Idee, dass Prinzipien eine ideale Dimension beinhalten. Das heißt, die Prinzipien bieten eine mögliche Richtung an. Die Prinzipien können also nicht auf konkrete Fälle angewandt werden. Das heißt, Prinzipien sind Gebote, die es zu optimieren gilt, und nicht Optimierungsgebote.

Als Antwort auf Alexys neue These veröffentlichte Poscher 2010 die *Theorie eines Phantoms - Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand*. In diesem Aufsatz versucht Poscher zu zeigen, dass Normen nicht ein ideales Sollen besitzen, sondern normative Inhalte, die auf konkrete Sachverhalte ausgerichtet sind. Poscher bleibt bei seiner Position, dass Regeln die einzige Art von Normen sind, entweder als Definitionsgebote oder als Optimierungsgebote. Ihr Inhalt ist immer eine echte Pflicht. Dazu sagt Poscher Folgendes:

Nach der von Alexy vorgeschlagenen Rekonstruktion ist der Gegenstand des Optimierungsgebots seinerseits ein Gebot, ein Gebot mit idealem Charakter, ein „ideales Sollen“. Der Rekonstruktionsversuch verkennt jedoch, dass der Gegenstand von Optimierungsgeboten regelmäßig nicht auf, Normen zu optimieren, sondern richten sich auf faktische Gegenstände. Optimierungsgebote sind in der Regel nicht reflexiv in dem Sinn, dass sie Gebote zur Optimierung von Geboten - geschweige denn von idealen Geboten - zum Ausdruck bringen. Ein auf die Meinungsäußerungsfreiheit bezogenes Optimierungsgebot gibt auf, den empirischen Sachverhalt der Freiheit der Meinungsäußerung zu optimieren; es gibt nicht auf, das Gebot der Freiheit der Meinungsfreiheit zu optimieren. Optimierungsgeboten geht es in der Regel um die Verbesserung empirischer Sachverhalte, nicht reflexiv um die Verbesserung der Normen. Sie fordern Meinungsfreiheit, nicht eine Verbesserung der Meinungsfreiheit. (POSCHER, 2020, S. 355)

In diesem Sinne lässt sich schlussfolgern, dass Poscher die These vertritt, dass Rechtsnormen nicht ein „ideales Sollen“ zum Gegenstand haben, sondern ein „reales Sollen“. Die Prinzipien wiederum werden überflüssig, da sie nicht mehr Gegenstand von Rechtsnormen sind. Daher auch der Name „Theorie eines Phantoms“.

3.3. „Debatte III“

Die dritte Phase der Debatte begann im Jahr 2017, als Professor Robert Alexy sein Papier mit dem Titel „Ideal 'Ought' and Optimization“ veröffentlichte. In diesem Beitrag vertritt Professor Alexy die These, dass Prinzipien nach wie vor eine normative Funktion

haben.

In diesem Aufsatz bestätigt Professor Alexy die These, dass Regeln die einzige Art von Normen sind. Regeln können die Optimierungsgebote und Definitionsgebote stellen ein „reales Soll“ dar. Andererseits stellen Optimierungsregeln ein ideales „Soll“ dar. In dieser letzten Unterkategorie sind die Prinzipien zu finden.

Der Unterschied besteht also darin, dass Regeln keine Kollisionen zwischen Prinzipien erklären können. Prinzipien hingegen können die bestehenden Kollisionen erklären. Dazu sagt Alexy Folgendes:

Rules aside, the legal possibilities are determined essentially by opposing principles. For this reason, principles, each taken alone, always comprise merely *prima facie* requirements. The determination of the appropriate degree of satisfaction of one principle relative to the requirements of other principles is brought about by means of balancing. Thus, balancing is the specific form of the application of principles. By contrast, rules are norms that require something determinate. They are definitive commands. Their form of application is subsumption. (ALEXY, 2017, S.190)

Als Antwort auf diese These veröffentlichte Poscher im Jahr 2020 den oben genannten Artikel. In dieser Arbeit vertritt Poscher die These, dass Prinzipien keinen normativen Charakter besitzen, da sie nur ein ideales Sollen postulieren.

Wie bereits festgestellt, erkennt Poscher Prinzipien nicht als Normen an; Regeln sind die einzige Art von Rechtsnormen.

In diesem Aufsatz erklärt Poscher, dass Regeln in Definitions- und Optimierungsgebote unterteilt werden. Beide postulieren ein reales Sollen. Der Unterschied liegt darin, dass Definitionsgebote durch Subsumtion angewendet werden. Auf der anderen Seite werden die Optimierungsgebote durch Abwägung angewendet.

Laut Poscher setzen die Optimierungsgebote keine widersprüchlichen Objekte voraus. Darin liegt kein logischer Widerspruch (formales Argument). Die Prinzipien ihrerseits stellen nur ein ideales Sollen. Auf diese Weise beschäftigen sie sich nicht mit Normen oder einem realen Sollen (wesentliches Argument) (POSCHER, 2020, S. 142).

4. SCHLUSS

Die Theorie der Prinzipien von Professor Robert Alexy ist nach wie vor aktuell und

stellt einen Meilenstein in der Theorie der Grundrechte dar. Dies zeigt die gegenwärtige Debatte mit Professor Ralf Poscher, welcher wichtige und entscheidende Kritik an der Theorie von Alexy übt. Der vorliegende Text wurde verfasst, weil insbesondere im brasilianischen Kontext ein kritischer Beitrag zu Robert Alexys Theorie der Prinzipien fehlte. Die vorliegende Debatte zwischen den beiden Autoren ist daher von entscheidender Bedeutung, da sie der interessierten Öffentlichkeit alternative Wege zum Nachdenken über die Grundrechtstheorie aufzeigt und die Entwicklung neuer Ideen auf dem Gebiet der Grundrechtsdogmatik anregt.

5. LITERATURVERZEICHNIS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 9. Auflage. Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2020.

ALEXY, Robert. Ideales Sollen. In: Clerico, Laura; Sieckmann, Jan-Reinard (Orgs.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 21 -38.

ALEXY, Robert. Zur Struktur der Rechtsprinzipien. In: Schilcher, Bernd; Koller, Peter; Funk, Bernd - Christian (Orgs.). **Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts**. Viena: Verlag Österreich, 2000, S. 31 - 52.

ALEXY, Robert. Ideal ‚Ought‘ and Optimization (Ideales Sollen und Optimierung). In: Saliger, Frank; Kim, Young-Whan; Mylonopoulos, Christos; Yamanaka, Keiichi; Zheng, Yongliu.; Tyavares, Juarez (Orgs.). **Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid neumann zum 70. Geburtstag**. Heidelberg: C. F. Müller, 2017, S. 17 - 30.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Harvard university press. Cambridge, 1978.

POSCHER, Ralf. Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie. In: Sieckmann, Jan- Reinard (Org.). **Die Prinzipientheorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 2007 S. 59 - 80.

POSCHER, Ralf. **Theorie eines Phantoms** : Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand. *Rechtswissenschaft*, v. 4. N. 1, S. 349-378, 2010.

POSCHER, Ralf. **Resuscitation of a Phantom?** On Robert Alexy's latest attempt to save his concept of principle. *Ratio Juris*, v. 33, n. 2, S. 134-149, 2020

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais** 1 (2003): 607-630.

STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

Data da submissão: 15/02/2023

Data da primeira avaliação: 27/04/2023

Data da segunda avaliação: 17/05/2023

Data da aprovação: 20/05/2023