

# Verfassungsvoraussetzungen

Gedächtnisschrift für Winfried Brugger

Herausgegeben von

Michael Anderheiden, Rainer Keil,  
Stephan Kirste und Jan Philipp Schaefer

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

*Winfried Brugger* (1950–2010) war Professor für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Allgemeine Staatslehre an der Universität Heidelberg und häufig als Gastprofessor an Rechtsfakultäten der USA tätig.

*Michael Anderheiden* ist Professor für Europäisches Öffentliches Recht und seine Grundlagen an der deutschsprachigen Andrassy Universität Budapest und Außerplanmäßiger Professor für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Medizinrecht an der Universität Heidelberg.

*Rainer Keil* ist Fakultätsreferent der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg.

*Stephan Kirste* ist Universitätsprofessor für Rechts- und Sozialphilosophie an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Paris Lodron Universität Salzburg.

*Jan Philipp Schaefer* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie der Universität Heidelberg.

ISBN 978-3-16-152577-3

ISSN 1869-3075 (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	1
------------------	---

## I. Zur Würdigung Winfried Bruggers

*Peter Häberle*

Gedächtnisblatt für Winfried Brugger (1950 bis 2010) .....	21
--	----

*Donald P. Kommers*

Wissenschaftliche Partnerschaft über den Atlantik hinweg .....	27
--	----

*Edward J. Eberle*

Commemorative Studies for Winfried Brugger .....	37
--	----

## II. Rechtsphilosophische Voraussetzungen

*Robert Alexy*

Rechtssicherheit und Richtigkeit .....	49
--	----

*Mark S. Weiner*

Verbraucherkultur und die Amerikanische Bürgerrechtsbewegung. Rasse, Rechtswissenschaft und die bürgerliche Bedeutung der Nahrung .	63
--	----

*Matthias Jung*

Das Menschenbild der Verfassung und der Naturalismus .....	87
--	----

*Jan Philipp Schaefer*

Die Farben der Freiheit. Der Kommunitarismus als Farbenlehre politischer Kultur .....	107
--	-----

*João Maurício Adeodato*

Rechtspaternalismus und das Problem des Gesundheitsrechts in der Bioethik .....	125
--	-----

*Walter Pauly*

The Dark Side of Law. Ansätze einer psychoanalytischen  
Rechtstheorie bei Freud, Lacan und Žižek . . . . . 143

*Rainer Keil*

Recht und demokratische Tugend. Uralte und jüngere Gesichtspunkte,  
Abgründe und rechtspolitische Anregungen für Staat und Europa . . . . . 161

*Martin Borowski*

Sein und Sollen am unteren Ende des Stufenbaus der Rechtsordnung . . . . . 183

*Stephan Kirste*

Die Zeit im Kreuz der Entscheidung – Recht und Rhythmus . . . . . 203

### III. Methodische, historische und religiöse Voraussetzungen

*Andreas Piekenbrock*

Heck liest Scalia . . . . . 227

*Ulfrid Neumann*

Rechtswissenschaft und Rechtspraxis – verschiedene Welten? . . . . . 249

*Christian Baldus*

Verfassungsvoraussetzungen in Rom?  
Über Privatrecht, Ruhm und (interdisziplinäre) Erkenntnis . . . . . 265

*Rolf Grawert*

Herders Einheit der Nation . . . . . 283

*Heiner Bielefeldt*

„Lasset niemanden in euren Staaten Herzenskündiger sein“.  
Moses Mendelssohn als Vordenker der Religionsfreiheit . . . . . 315

*Hans Michael Heinig*

Religion als Verfassungsvoraussetzung?  
14 Thesen aus protestantischer Perspektive . . . . . 327

#### IV. Gerechtigkeit und Gemeinwohl als Verfassungsvoraussetzungen

*Peter Axer*

Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen  
Existenzminimums und die Sicherung sozialer Grundrechts-  
voraussetzungen ..... 335

*Thomas Lobinger*

Mindestlohn und Menschenwürde ..... 355

*Michael Anderheiden*

Winfried Bruggers Verständnis des Gemeinwohls ..... 387

*Eberhard Schmidt-Aßmann*

„Gemeinwohl im Prozess“ ..... 411

*Stefan J. Geibel*

Gemeinnützigkeitsrecht als Gemeinwohlförderung: eine Skizze ..... 429

#### V. Verfassungstheoretische Voraussetzungen

*Paul Kirchhof*

Der Antwortcharakter der Verfassung ..... 447

*Rolf Gröschner*

Reziprozität: Voraussetzung des Verfassungsstaates ..... 463

*Ekkehart Reimer*

Verfassungspluralität als Verfassungsvoraussetzung ..... 483

*Josef Isensee*

Sicherheit als Voraussetzung und als Thema einer freiheitlichen  
Verfassung ..... 499

*Wolf-Rüdiger Schenke*

Integration und oberste Staatsorgane. Die Verfassungsorganantreue  
als Motor verfassungsrechtlicher Fortentwicklungen ..... 523

*Ute Mager*

Die Gewissensfreiheit im liberalen Verfassungsstaat ..... 559

*Hanno Kube*

Demokratische Teilhabe als subjektives Recht ..... 571

*Bernd Grzeszick*Die Voraussetzungen demokratischer Legitimation der Verwaltung  
und deren Konzeptualisierung in der Verfassungsrechtsdogmatik ..... 601

## VI. Prozedurale Voraussetzungen der Verfassung

*Gerhard Dannecker*

Narrativität im Recht.

Zur Gestaltung der Sachverhalte durch die Gerichte ..... 621

*Rudolf Bernhardt*

Die Unabhängigkeit des Richters – eine Verfassungsvoraussetzung? ..... 643

*Dieter Dölling*

Täter, Opfer und Verfassung ..... 649

## VII. Supranationale, internationale und rechtsvergleichende Voraussetzungen der Verfassung

*Wolfgang Kahl*

Schlüsselbegriffe einer „Internationalen Staats- und Verfassungslehre“ .. 663

*Peter-Christian Müller-Graff*Entscheiden und Entscheidungen im Verständnis Winfried Bruggers  
aus Sicht eines europarechtlichen Konflikts ..... 683*Dagmar Richter*

Dynamik und Potential der Menschenrechte ..... 693

*Peter E. Quint*Caroline of Monaco and the Three Constitutional Courts –  
an American Perspective ..... 727

*Charles H. Gustafson*

Constitutional Topography of Income Tax Law in the United States:  
A Varied (But Interesting) Course ..... 759

*Ingo Wolfgang Sarlet*

Die Menschenwürde und die sogenannte Offenheit  
des Grundrechtskatalogs, behandelt am Beispiel der brasilianischen  
Verfassungsordnung ..... 771

*Gilmar Ferreira Mendes*

Supremo Tribunal Federal und die brasilianische  
Verfassungsgerichtsbarkeit ..... 789

*Mônia Clarissa Hennig Leal*

*Amicus Curiae* als Instrument der Mitbestimmung,  
der Demokratisierung und der Legitimation der brasilianischen  
Verfassungsgerichtsbarkeit. Eine Analyse aus der Perspektive  
der Statustheorie ..... 805

Autorenverzeichnis ..... 819

Personenverzeichnis ..... 825

Stichwortverzeichnis ..... 827

# Die Menschenwürde und die sogenannte Offenheit des Grundrechtskatalogs, behandelt am Beispiel der brasilianischen Verfassungsordnung

*Ingo Wolfgang Sarlet*

## I. Einleitende Bemerkungen

Es ist bisher unumstritten, dass eine der bekannten Funktionen der Menschenwürde ist, dass sie der gesamten Rechtsordnung zugrunde liegt und ihr eine entsprechende Sinnes-Einheit verleiht.<sup>1</sup> Dies gilt in gleicher Weise für Brasilien, wo die Menschenwürde als Grundlage des demokratischen Rechtsstaats seit Verkündung der gegenwärtigen Verfassung (05.10.1988) ausdrücklich im Verfassungstext aufgenommen wurde. In Anlehnung an Artikel 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte geht die brasilianische Verfassung davon aus, dass eine Gesellschaft, welche die Menschenwürde nicht anerkennt und schützt, keine Verfassung hat.<sup>2</sup> „Die gegenwärtige Verfassung von Brasilien, welche das Ende einer etwa zwei Jahrzehnte langen Militärdiktatur<sup>3</sup> besiegelte, zeigt den Gedanken auf, dass der Staat und das Recht für den Menschen existieren und nicht umgekehrt. Sie ist – wie auch andere moderne Verfassungen – zumindest dem Text nach der freien Entwicklung und Erfüllung der menschlichen Persönlichkeit verpflichtet. Freilich vermag das nichts an der Tatsache zu ändern, dass im Alltag immer wieder sowohl die Menschenwürde als auch die Menschen- und Grundrechte verletzt werden.“

Wie auch *Winfried Brugger* zutreffend betont hat, wird die Menschenwürde (sowohl deren Schutz als auch deren Anerkennung und Förderung) zu Recht als ein wichtiges Kriterium für die substantielle Legimität der Verfassungsordnung herangezogen, da sie mit deren Fundamenten und Zielen stark verbunden

---

<sup>1</sup> Vgl. statt vieler *Miranda*, Manual de Direito Constitucional, Bd. IV, 2. Aufl. 1993, S. 180.

<sup>2</sup> Vgl. *Pavia/Revet*, La dignité de la personne humaine, 1999, S. 105, trotz Hinweis auf die späte Anerkennung der Menschenwürde als objektiver und verbindlicher Verfassungsgrundsatz im Rahmen der französischen Rechtsordnung.

<sup>3</sup> Es sollte jedoch bemerkt werden, dass, wenn auch die erste nicht militärische Bundesregierung 1985 gewählt wurde, zumindest seit 1979 eine Redemokratisierung im Gang war und die „Härte“ der Diktatur – deren Höhepunkt zwischen 1968–69 und 1975 liegt – stark nachgelassen hat. Abgesehen davon wurden Demokratie und Rechtsstaatlichkeit erst mit der Verfassung vom 05.10.1988, auch „Verfassung des Bürgers“ (Constituição Cidadã) genannt, endgültig wieder eingeführt.

ist.<sup>4</sup> Obwohl im Detail weiterhin über den konkreten Inhalt der Menschenwürde gerungen wird und obwohl ein etwas anderer Zusammenhang vorliegt, ist es nach der hier vertretenen Auffassung möglich zu behaupten, dass die Menschenwürde immer (auch) eine politische (normative) Funktion ausübt, nämlich als Referenz für den politischen und rechtlichen Entscheidungsprozess. Dies ist damit zu begründen, dass sie (im Sinne einer „absoluten Metapher“) die Kontroverse über die Entscheidung hinsichtlich der Anerkennung der Menschenwürde als solche, nicht aber deren Verletzung als grundsätzlich ungerecht ausschließt.<sup>5</sup>

Nicht nur in Deutschland, wo die verschiedenen Positionen bekannt sind und daher hier keiner Erörterung bedürfen, ist weiterhin umstritten, inwieweit der Menschenwürde eine Rechtsqualität zukommt. Die zu klärende Frage ist also, ob sie nur als objektiver Rechtsgrundsatz (so fundamental er auch sein mag) zu verstehen ist oder auch als Grund- bzw. Menschenrecht verstanden werden kann. Dieser Thematik hat sich *Winfried Brugger* intensiv und in origineller Weise gewidmet.<sup>6</sup> Allerdings geht es hier weniger um diese spezifische Auseinandersetzung als um den Zusammenhang zwischen Menschenrechten und Grundrechten, aber auch deren jeweiligen Bezug zur Menschenwürde an sich. Es ist zu betonen, dass man sich auch in Brasilien nicht einig ist, was den Gehalt an Menschenwürde der Grundrechte betrifft, aber auch und vor allem was der Unterschied zwischen Menschenrechte und Grundrechte bedeutet.<sup>7</sup> Wegen ihres engen Bezugs zu dieser Auseinandersetzung wird im Folgenden ein wichtiger Teilaspekt behandelt werden, nämlich die Problematik der Offenheit des Grundrechtskatalogs und der entsprechenden Ableitung aus dem Grundsatz der Menschenwürde von Grundrechten, die als solche nicht ausdrücklich vom Verfassungsgeber verbürgt worden sind.

Mit der Auswahl des Themas wollen wir auch Werk, Leben und Wirkung *Winfried Bruggers* Rechnung tragen, da er der Menschenwürde und den Grundrechten – mit starker Berücksichtigung rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Aspekte – einen erheblichen Anteil seiner Forschung, Lehre und Schrifttum gewidmet hat. Es ist bekannt, dass *Winfried Brugger*, neben seiner anstehenden Leidenschaft für das öffentliche Recht und die Rechtsphilosophie der USA<sup>8</sup>, mit der Zeit auch ein begeisterter Freund Brasiliens und der brasilianischen Rechtskultur wurde, was mehrere Vortragsreisen, die Anzahl seiner in Brasilien veröffentlichten Beiträge, aber auch die Zahl der brasi-

<sup>4</sup> Vgl. vor allem *Brugger*, Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, 1997, S. 5 e ss.

<sup>5</sup> So etwa *Baer*, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2005, 571 (572–75).

<sup>6</sup> Vgl. vor allem *Brugger* (Fn. 4).

<sup>7</sup> Vgl. insbesondere *Sarlet*, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 10. Aufl. 2009, S. 29–35.

<sup>8</sup> Man braucht hier nur an die Habilitationsschrift *Winfried Bruggers* zu erinnern (Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987), der viele weiteren Monographien und Aufsätzen gefolgt wurde.

lianischen Freunde und Schüler verdeutlichen.<sup>9</sup> Die Verbindung zwischen Menschenwürde, Menschenrechten und Grundrechten spielt in Brasilien nicht nur für die Ableitung ungeschriebener Grundrechte eine wichtige Rolle, sondern auch als Kriterium für die Bestimmung von Grundrechten, die außerhalb des Grundrechtskatalogs aufzufinden sind, obwohl sie im Text der Verfassung ausdrücklich positiviert wurden. Darüber hinaus spielt die Menschenwürde wegen ihres grenzüberschreitenden Charakters und ihrer Funktion als Grund und Inhalt der Menschenrechte (abgesehen von der Diskussion um die Intensität dieser Verbindung), auch was die Anwendung (mit dem Status verfassungsrechtlicher Grundrechte) von Menschenrechten aus internationalen Abkommen betrifft, eine gewichtige und aktuelle Rolle.

Weil es sich um eine Arbeit zum brasilianischen Verfassungsrecht handelt, wird hier hauptsächlich auf brasilianische Literatur und Rechtsprechung zurückgegriffen. Was den Aufbau der Arbeit betrifft, wird mit einigen Bemerkungen über die Stellung der Menschenwürde, der Menschenrechte und Grundrechte in der brasilianischen Verfassungsordnung begonnen, vor allem was das Verhältnis (Unterschiede und Gemeinsamkeiten) zwischen den drei unten erwähnten Kategorien angeht. Danach wird die Funktion der Menschenwürde im Rahmen der sogenannten Offenheit des Grundrechtskatalogs behandelt.

## II. Menschenwürde, Menschenrechte und Grundrechte in der brasilianischen Verfassungsordnung

Die brasilianische Verfassungsrechtsdogmatik hat sich – von wenigen Ausnahmen abgesehen und insbesondere seit der Entstehung der Verfassung von 1988 – nicht intensiv mit der „Rechtsnatur“ der Menschenwürde befasst. Das ist auch deshalb überraschend, weil im Allgemeinen kaum bestritten wird, dass sie zugleich ein objektiver fundamentaler Rechtsgrundsatz und ein Grundrecht (auch im Sinne eines subjektiven Rechts) ist. Zudem kann diese Einstellung nicht ohne weiteres aus dem Verfassungstext entnommen werden, schon weil die Menschenwürde nicht im Grundrechtskatalog (Titel II, Artikel 5 ff.), sondern in erster Linie als Fundament des brasilianischen Verfassungsstaates (Artikel 1, III) – im Rahmen der Verfassungsgrundsätze (Princípios Fundamentais) ausdrücklich

---

<sup>9</sup> *Brugger*, *Revista Direitos Fundamentais e Democracia* 2010, 14; *Brugger*, in: Sarlet, *Direitos Fundamentais Informática e Comunicação Algumas Aproximações*, 2007; *Brugger*, *Revista do Direito*, *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado da Unisc* 2007, 123; *Brugger*, *Revista Direitos Fundamentais e Justiça* 2010, página inicial do artigo; *Brugger*, in: Reis/Leal, *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, Bd. VII, 2003; *Brugger*, *Revista da Ajuris* 2007, 325; *Brugger*, *Direito público*, 2007, 117; *Brugger*, *RDE* 2008, 55; *Brugger*, *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil* 2005, 255.

verschrieben wurde. Davon abgesehen wurde die Menschenwürde auch in weiteren Verfassungsbestimmungen vorgesehen, diese befinden sich jedoch gerade nicht im sogenannten Grundrechtskatalog (Titel II). Als Beispiel ist hier die Sicherung einer menschenwürdigen Existenz, welche im Anschluss an die auf das Vorbild der Weimarer Verfassung gestützte Verfassung von 1934 (wurde auch in allen weiteren Verfassungen verbürgt) als Ziel der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung erhoben wurde (Artikel 170), zu nennen. Da jedoch die Menschenwürde (obwohl nicht immer im gleichen Umfang) zugleich als Fundament und Inhalt der Grundrechte<sup>10</sup>, aber auch als Grundlage subjektiver grundrechtlicher Ansprüche und in diesem Sinne auch als autonomes Grundrecht verstanden wird, ist ihre Grundrechtsqualität im Allgemeinen anerkannt, obwohl die verfassungsrechtlichen Folgen dieser Auffassung und vor allem die verschiedenen Aspekte des Verhältnisses zwischen der Menschenwürde und den Grundrechten auch in Brasilien immer mehr umstritten sind. An dieser Stelle sollten hier einige zusätzliche Bemerkungen helfen, die Problematik der sogenannten Offenheit des Grundrechtskatalogs in der brasilianischen Verfassungsordnung zu verstehen. Vor allem der Unterschied zwischen Menschen- und Grundrechten und der Grundrechtsbegriff, welcher der brasilianischen Verfassung zugrunde liegt, wird zumindest in groben Zügen dargestellt.

Menschenwürde, Menschenrechte und Grundrechte sind eng verbunden und haben vieles gemeinsam, sie können jedoch und werden auch nicht (und dies hat für den brasilianischen Fall eine besondere Bedeutung) als gleichwertige und vollkommen austauschbare Begriffe behandelt. Dies ist bereits aus dem positiven Verfassungsrecht zu entnehmen, da im Rahmen der Grundsätze, welche die internationalen Beziehungen betreffen, die Verfassung von 1988 den Vorrang der Menschenrechte vorsieht (Art. 4, II). Die Grundrechte (im portugiesischen: *Direitos Fundamentais*) werden hingegen zum ersten Mal als solche in der brasilianischen Verfassungsentwicklung genannt und in einem eigenen Titel der Verfassung ausdrücklich verbürgt (Titel II). Die brasilianische Verfassung knüpft deshalb in erster Linie an eine Unterscheidung zwischen Menschenrechten und Grundrechten, welche seitens der positivrechtlichen Grundlage dieser Rechte bestimmt wird und nicht unbedingt und ausschließlich an irgendwelche Werte oder andere materielle Kriterien gebunden ist. In dieser Hinsicht werden die Menschenrechte (*Direitos Humanos*) als diejenigen Rechte verstanden, welche jedem Menschen auf Grund eines internationalen Abkommens (im Rahmen des internationalen Rechts der Menschenrechte) und davon abgesehen in einer verfassungsrechtlichen Verbürgung zustehen. Deswegen handelt es sich auch bei den Menschenrechten um Rechte, welche durch das positive Recht anerkannt und geschützt werden, während es sich bei den Grundrechten lediglich

---

<sup>10</sup> Vgl. vor allem Waldron, Dignity and Rank, *European Journal of Sociology* 2007, 201 (203–204).

um diejenigen Rechte handelt, welche den entsprechenden verfassungsrechtlichen Voraussetzungen entsprechen. Mit anderen Worten handelt es sich also um Rechte, welche vom Verfassungsgeber als Grundrechte statuiert werden.<sup>11</sup> Da alle übernationalen (internationale und regionale) Menschenrechtsverträge (Abkommen) einer formalen Transformation durch den nationalen Gesetzgeber und der Exekutive bedürfen, ist ein Menschenrecht nicht immer auch ein Grundrecht, es sei denn, es wurde auch als solches durch den Verfassungsgeber verbürgt oder es erlangt den Grundrechtsstatus auf dem Weg der Transformation durch den nationalen Gesetzgeber.

In diesem Fall ergibt sich jedoch ein Problem, weil das brasilianische oberste Gericht (Supremo Tribunal Federal), welches hauptsächlich die Funktion eines Verfassungsgerichts ausübt, den internationalen Menschenrechtsabkommen lediglich einen übergesetzlichen Rang zuerkannt hat (und selbst dies erst vor relativ kurzer Zeit) und davon ausgeht, dass auch solche internationalen Verträge weiterhin am Maßstab der Verfassung zu prüfen sind. Diese können also im Rahmen einer Normenkontrolle als verfassungswidrig erkannt werden.<sup>12</sup> Dies bedeutet jedoch, dass die Menschenrechte grundrechtsfreundlicher sein müssen als die Grundrechte menschenrechtsfreundlich! Grundrechte, welche Verfassungsrang haben, sind also weiterhin – zumindest nach Auffassung des obersten Gerichtshofes – nicht den internationalen Menschenrechten gleichgestellt, obwohl dies im Rahmen des Schrifttums seit langer Zeit gefordert wird.<sup>13</sup> Da es sich hier auch um einen Teilaspekt der Problematik der Offenheit des Grundrechtskatalogs handelt, wird nachstehend erneut auf diesen Punkt eingegangen.

Die hier nur in groben Zügen dargestellte Unterscheidung zwischen Grund- und Menschenrechten zeigt jedoch auch, dass trotz der von der institutionellen und positivrechtlichen Grundlage bestimmten Unterschiede ein Menschenrecht zugleich ein Grundrecht sein kann, dies aber nicht immer der Fall ist. Gerade am Beispiel der brasilianischen Verfassung wird dies besonders sichtbar, weil nach dem positiven Verfassungsrecht einige Rechtspositionen grundrechtlich verbürgt wurden, die jedoch in keinem internationalen Abkommen als Menschenrechte (sei es auf direkte, sei es auf indirekte Weise) enthalten sind. Beispiele hierfür sind etwa ein Recht der Arbeitnehmer auf ein 13. Gehalt (Art. 7, VIII) oder auch das Recht auf Zahlung eines Urlaubszuschlags im Werte von 1/3 des Gehalts (Art. 7, XVII). Allerdings ist auch das Recht auf 30 Tage Urlaub verfassungsrechtlich verbürgt (Art. 7, XVII), obwohl ein Grundrecht auf Urlaub (unabhängig davon, ob dieser 30 Tage oder auch weniger dauern muss,

<sup>11</sup> Vgl. *Sarlet* (Fn. 7).

<sup>12</sup> Vgl. zu dem Thema, in deutscher Sprache, *Maliska*, Verfassung und Recht in Übersee 2011, 316.

<sup>13</sup> Vgl. insbesondere *Piovesan*, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13. Aufl. 2012, S. 99 ff.

um den Anforderungen der Menschenwürde zu entsprechen) relativ leicht mit der Menschenwürde zu verknüpfen ist; dies ist jedoch eine Thematik, auf die hier nicht einzugehen ist.

Gerade die genannten Beispiele eignen sich besonders für die Behandlung eines Bezuges zwischen Menschenwürde und Grund- und Menschenrechten. Wenn alle Grundrechte einen Menschenwürdeinhalt aufweisen und bzw. oder in der Menschenwürde ihre jeweilige Grundlage finden, so würden alle Grundrechte auch als Menschenrechte gelten, zumindest nach einer bestimmten Idee der Menschenrechte, nach der es sich bei ihnen gerade um Rechte, welche jedem Menschen auf Grund und zur Achtung und Schutz seiner – auch jedem Menschen zustehenden – Würde, zukommen. In dieser Hinsicht, nach einem sogenannten materiellen Grundrechtsbegriff, müsste dann zwischen „echten“ Grundrechten (mit einem Menschenwürdebezug) und „unechten“ Grundrechten unterschieden werden. „Unechte Grundrechte“ wären demnach Rechte, welche zwar vom Verfassungsgeber als Grundrechte verbürgt worden sind, aber tatsächlich eher „einfache“ verfassungsrechtliche Rechtspositionen sind oder wegen ihrer fehlenden oder schwächeren „Würde“ einen differenzierten (einen reduzierten) Schutz erhalten. Eine solche Differenzierung zwischen den verschiedenen Grundrechten (was ihren rechtlichen Schutz betrifft) wird zumindest im brasilianischen Recht weiterhin und vorwiegend nicht angenommen. Sie wäre jedoch mit dem Ansatz eines mehr oder weniger starken Menschenwürdeinhalts im Einklang und auch mit der (hier vertretenen) Unmöglichkeit, alle Grundrechte auf die Menschenwürde zurückzuführen, leicht zu versöhnen, weil ein größerer Menschenwürdeinhalt einen entsprechend stärkeren Grundrechtsschutz verlangen würde.<sup>14</sup> Auch die Auffassung, dass der (in der brasilianischen Verfassung offensichtlich nicht immer vorhandene!) Menschenwürdegehalt der Grundrechte sich nicht mit dem sogenannten Wesensgehalt der Grundrechte ohne weiteres gleichstellen lässt, sollte hier betont werden. Auch wenn die brasilianische Verfassung eine Wesensgehaltsgarantie der Grundrechte nicht ausdrücklich vorgesehen hat, wird diese seitens der wohl herrschenden Lehre aus der Verfassung und dem Grundrechtsschutz abgeleitet.<sup>15</sup>

Der Unterschied zwischen Grund- und Menschenrechten und die zumindest partielle Abkoppelung des verfassungsrechtlichen Grundrechtsbegriffs von der Menschenwürde wird natürlich auch in Brasilien hin und wieder kritisiert. Beanstandet wird vor allem die angebliche Reduzierung der Grundrechte auf eine

<sup>14</sup> So auch *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 2003, (11 e ss.), der die direkte Ableitung des gesamten Grundrechtssystems aus der Menschenwürde kritisiert, jedoch anerkennt, dass die Grundrechtsordnung im Wesentlichen mit Elementen der Menschenwürde imprägniert ist, darüber befürwortet er auch einen unterschiedlichen Grundrechtsgehalt der verschiedenen einzelnen Grundrechten (S. 14).

<sup>15</sup> Vgl. zum Thema des Wesensgehalts der Grundrechte in Brasilien vor allem *Afonso da Silva*, *Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2009.

positiv-rechtliche Grundlage, da es sich – so die Kritiker – um ein rein formales Grundrechtsverständnis handle, welches davon ausgehe, dass als Grundrechte nur solche Rechte gelten, welche vom Verfassungsgeber als solche verbürgt worden sind. Dies sei bereits ein Missverständnis, weil (vorausgesetzt es handelt sich um ein demokratischer Rechtsstaat) die Entscheidung des Verfassungsgebers, gewisse Rechtspositionen der freien Entscheidung des Gesetzgebers teilweise zu entziehen, dem Willen einer üblicherweise qualifizierten Mehrheit entsprechen und deswegen den Anforderungen der demokratischen Legitimation genügen, obwohl hier die Spannung zwischen Verfassungsgebung und der ordentlichen Gesetzgebung (vor allem wenn es um die Durchsetzung individueller subjektiver Recht geht), aber auch die Anforderungen der Demokratie als solche nicht einfach umgangen werden können. Die Entscheidung des brasilianischen Verfassungsgebers, ausdrücklich soziale Grundrechte und Rechte der Arbeitnehmer zu verbürgen, könnte ansonsten im Einzelfall vom Obersten Gerichtshof wegen der (nach unterschiedlichen Auffassungen) fehlenden inhaltlichen Relevanz, vor allem jedoch wegen eines fehlenden vertretbaren Bezugs zur Menschenwürde, verneint werden. Die ‚Grundrechtsqualität‘ könnte dann mehr eine Entscheidung des Richters als des Verfassungsgebers sein.

Damit wird nicht verkannt, dass die fehlende inhaltliche Relevanz einer seitens des Verfassungsgebers verbürgten Grundrechtsposition (hier im Sinne einer bloß formellen Grundrechtsqualität) mit einem Defizit an Effektivität und/oder Legitimität verbunden sein kann, was andererseits der normativen Kraft der Verfassung (*Hesse*) nicht unbedingt zu Gute kommt. Weiters kann vor allem in Hinsicht auf den jeweiligen (unterschiedlichen) Bezug der Menschenwürde zu den Grundrechten die mehr oder weniger große Distanz zur Menschenwürde im Rahmen der Grundrechtsbeschränkung und im Prozess der Abwägung zum Ausdruck kommen. Da nicht die Möglichkeit besteht, diese Problematik zu vertiefen, reicht es, wenn hier festgehalten wird, dass die Menschenwürde nicht unbedingt der Grund und Inhalt aller Grundrechte (zumindest was das positive brasilianische Verfassungsrecht betrifft) ist, sie jedoch als wichtiges materielles Kriterium für die sogenannte Offenheit des Grundrechtskatalog fruchtbar wird. Dabei kommt auch die vorrangige Funktion der Menschenwürde als objektiver Grundsatz und Maßstab für die Auslegung und Anwendung der gesamten Rechtsordnung zum Ausdruck. Ihre Funktion als Grundrecht wird dadurch jedoch nicht verdrängt.

### III. Inhalt und Bedeutung der sogenannten „Offenheitsklausel“ des Grundrechtskatalogs – allgemeine Bemerkungen zu Art. 5 § 2 der brasilianischen Verfassung vom 05.10.1988

Auch eine stark analytische Verfassung wie die brasilianischen Bundesverfassung von 1988, welche mehr als 120 ausdrücklich verbürgte Grundrechtsbestimmungen beinhaltet, schließt die Existenz weiterer Grundrechte, die vom Verfassungsgesetzgeber nicht ausdrücklich verbürgt sind, nicht aus, was mit der Kontroverse über die Möglichkeiten und Grenzen der sogenannten Offenheit des Grundrechtskatalogs verbunden ist. Dass auch hier die besonderen Merkmale einer konkreten Verfassungsordnung zu berücksichtigen sind, zeigt die brasilianische Verfassungsordnung deutlich auf, obwohl der Ansatz einer Offenheit des Grundrechtssystems an sich sehr verbreitet ist.

In der brasilianischen Verfassungsentwicklung, die auch in diesem Aspekt von der nordamerikanischen Erfahrung sehr beeinflusst wurde (insbesondere ist hier das IX Amendment von 1791 zu erwähnen<sup>16</sup>), war es die erste bundesstaatliche Verfassung (1891) die erstmals eine ausdrückliche Bestimmung enthielt, nach deren Wortlaut die Verbürgung anderer ausdrücklicher Rechte und Garantien durch die Regierungsform und die Prinzipien nicht ausgeschlossen wird.<sup>17</sup> In ähnlicher Weise beinhalten auch die nachfolgenden Verfassungen diese Bestimmung. Diese wurde von der herrschenden Lehre als eine allgemeine und inklusive Norm verstanden, welche die Anwendung des bekannten hermeneutischen Auslegungskriteriums, *inclusius unius alterius est exclusius*, ausschließt. Damit wurde (und wird auch weiterhin) vertreten, dass die Verfassung auch Inhalte hat, die nicht ausdrücklich vorgesehen sind, die jedoch auf indirekte (implizite) Weise abgeleitet werden können.<sup>18</sup> Abgesehen von diesem allgemeinen Befund, wurde im Schrifttum kaum weiter auf diese Problematik eingegangen, was sich jedoch mit der Verfassung von 1988 änderte. Hauptgrund für eine Wiederaufnahme der Diskussion über die materielle Offenheit des Grundrechtskatalogs war vor allem die Formulierung des Artikel 5 § 2 des Verfassungsgebers von 1988. Demnach können neben der Ableitung von Grundrechten aus den Grundsätzen der Verfassung (unter denen die Menschenwürde eine privilegierte Stellung erreicht) auch Grundrechte, welche in den von Brasilien ratifizierten internationalen Abkommen enthalten sind, in den Grundrechtskatalog eingeschlossen werden. Gerade die ausdrückliche Einbeziehung der internationalen (Menschenrechts-)Abkommen sicherte, dass das Verhältnis zwischen den in-

<sup>16</sup> “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.

<sup>17</sup> Art 78 Verfassung von 1891: A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

<sup>18</sup> Vgl. statt vieler Sarlet (Fn. 7), S. 78 ff.

ternationalen Menschenrechten und den Grundrechten der Verfassung (aber auch mit dem nationalen Recht im Allgemeinen) nach 1988 sehr intensiv behandelt und diskutiert wurde, obwohl im Gerichtswesen nur einige Beispiele zu finden sind. In dieser Hinsicht scheint die Kontroverse immer noch einen vorwiegend akademischen Akzent zu haben, während im Bereich des „lebendigen“ Rechts – wahrscheinlich auch (aber nicht nur) wegen des umfangreichen und ausdrücklich verbürgten Grundrechtskatalogs der Verfassung noch wenig auf die internationalen Menschenrechtsabkommen zurückgegriffen wird. Auch wenn sich in diesem Bereich die Literatur schon lange stapelt, wurden die weiteren Dimensionen des Artikels 5 § 2 der brasilianischen Verfassung kaum und wenn, dann ohne größere Sorgfalt behandelt. Gerade hier aber, was die Ableitung nicht ausdrücklich verbürgter Grundrechte aus der Verfassung angeht, finden sich einige interessante und wichtige Beispiele, welche seitens der Rechtsprechung im Laufe der Zeit anerkannt worden sind. Bevor aber auf diese Aspekte eingegangen wird, sollen einige generelle Ansätze erörtert werden, damit auch der volle Umfang des Art. 5 § 2 der brasilianischen Verfassung von 1988 verstanden werden kann.

Bereits der Wortlaut der sogenannten „Offenheitsklausel“ schließt jede Auslegung aus, welche der Bestimmung einen lediglich deklaratorischen Charakter zuerkennt. Obwohl die Ableitung „ungeschriebener“ Grundrechte, vor allem wenn es sich um eine interpretatorische Rekonstruktion des Schutzbereiches der vom Verfassungsgeber ausdrücklich-normierter Grundrechte handelt, nicht unbedingt von einer ausdrücklichen „Offenheitsklausel“ im Sinne von Art. 5 § 2 b.V. abhängt, wird davon ausgegangen, dass es sich nicht nur um eine lediglich „fakultative“ Ableitung durch die Gerichte handelt. Vielmehr geht es auch um einen vom Verfassungsgeber ausdrücklich bestimmten Verfassungsauftrag, der bestimmt, dass die Verfassung weitere Grundrechte garantiert, die jedoch nicht im Grundrechtskatalog aufscheinen. Richter und Gerichte, vor allem aber die Verfassungsgerichtsbarkeit, müssen deswegen solche „weiteren“ Grundrechte identifizieren und ihnen die entsprechende Grundrechtsnormativität und den entsprechenden Schutz verleihen.<sup>19</sup> Abgesehen davon bezieht sich Art. 5 § 2 auch auf die internationalen Menschenrechtsabkommen, und ist deshalb auch für deren besonderen rechtlichen *Status* in der nationalen Rechtsordnung konstitutiv.

Noch im Vorfeld sollte betont werden, dass im Bereich der sogenannten „Offenheit des Grundrechtskatalogs“ die Grundrechte auf eine durch Art. 5 § 2 bestimmte Weise eingeteilt werden können. So wird zwischen ausdrücklich verbürgten und nicht ausdrücklich verbürgten (oder auch „ungeschriebenen“) Grundrechten unterschieden. Die ausdrücklich verbürgten Grundrechte können wiederum in drei Untergruppen aufgeteilt werden, nämlich Grundrechte

---

<sup>19</sup> Vgl. hier vor allem *Sarlet* (Fn. 7), S. 89–91.

welche als solche im Titel II der Verfassung von 1988 vom Verfassungsgeber statuiert wurden (a), Grundrechte, welche in anderen Teilen der Verfassung ausfindig zu machen sind (b), und Grundrechte, die in den von Brasilien unterzeichneten Menschenrechtsabkommen enthalten sind und in diesem Sinne auch ausdrücklich anerkannt wurden (c). Alle drei Untergruppen weisen unterschiedliche theoretische und praktische Probleme auf, welche wiederum mehr oder weniger mit der Menschenwürde verknüpft sind. Selbst die im Titel II verbürgten Grundrechte (welche vom Verfassungsgeber im Grundrechtskatalog als solche eingefügt worden sind) werden weiterhin diskutiert, da, wie oben angedeutet, nicht alle deren Grundrechtsqualität anerkennen. Dies ändert nichts daran, dass die Mehrheit (trotz wichtiger Ausnahmen) im Schrifttum und im Allgemeinen auch die Rechtsprechung hier die „Grundrechtsqualität“ an sich nicht generell und grundsätzlich bestreiten. Dahingegen bedürfen die Grundrechte, welche sich in anderen Teilen der Verfassung befinden, einer entsprechenden Anerkennung, was auch die Diskussion um ihren rechtlichen Status einschließt, vor allem, ob sie auch gegen eine Aufhebung durch eine Verfassungsänderung geschützt sind. Dass hier der Grundsatz der Menschenwürde eine gewichtige Rolle spielt, wird nachstehend näher behandelt. Schließlich müssen bei den Menschenrechtsabkommen auch besondere Aspekte berücksichtigt werden, da Artikel 5 § 2 der Verfassung in Hinsicht auf die Qualifizierung der Menschenrechtsabkommen alles andere als deutlich ist. Darüber hinaus müssen, wie bereits angesprochen, weitere Regeln über die Ratifizierung und die Umsetzung dieser Abkommen wahrgenommen werden, obwohl die Kontroverse vor allem den Rang dieser Abkommen und der dort enthaltenen Menschenrechtsverbürgungen im Rahmen der nationalen Rechtsordnung betrifft. Auf jeden Fall ist die Geltung und Wirkung der internationalen Menschenrechtsabkommen weiterhin umstritten und wirft spezifische Probleme auf, welche hier nicht ausführlich beschrieben und diskutiert werden können.

Dagegen liefert die Problematik der sogenannten „ungeschriebenen“ Grundrechte, welche aus den ausdrücklich verbürgten Grundrechtsbestimmungen und den Grundsätzen der Verfassung abgeleitet werden, auch einige spezifische Herausforderungen. Diese betreffen vor allem die Kriterien für die Bestimmung dieser Grundrechte. Auch die Legitimation der Richter ist in diesem Bereich nicht unbedingt unumstritten, wie zum Beispiel die nordamerikanische Entwicklung zeigt.<sup>20</sup> Davon abgesehen können hier auch Unterschiede gezogen werden, nämlich zwischen der Ableitung von „neuen“ Grundrechten und der lediglichen Rekonstruktion des Schutzbereiches von Grundrechten, welche in der Verfassung ausdrücklich implizit verbürgt wurden.

Was die Allgemeinen Aspekte des Artikel 5 § 2 b. V. betrifft, sollte noch kurz zu der Problematik des Umfangs der sogenannten Offenheitsklausel Stellung

---

<sup>20</sup> Vgl. statt vieler *Farber*, *Retained by the People*, 2007.

genommen werden, vor allem um eine restriktive Auslegung zu vermeiden. Wegen der Stellung der einschlägigen Verfassungsbestimmung im Verfassungstext, welche einen direkten Bezug mit den in Artikel 5 aufgelisteten individuellen und kollektiven Rechten und Pflichten aufweist, ist die Einbeziehung weiterer Grundrechte, vor allem die sogenannten sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechte (aber auch der Umweltschutz) nicht völlig unproblematisch, weshalb es sich lohnt, zumindest einige Ausführungen zu diesem Thema zu machen.

Dass ein lediglich topographisches Kriterium nicht ausreichend ist, um den Umfang der Offenheitsklausel des Grundrechtskatalogs zu bestimmen, ist bereits aus dem Wortlaut von Artikel 5 § 2 zu entnehmen, der sich im Allgemeinen auf die Rechte und Garantien der Verfassung („os direitos e garantias expressos nesta Constituição...“) bezieht und deshalb nicht mit dem Kapitel der individuellen und kollektiven Rechte und Pflichten (Artikel 5) gleichgestellt werden kann. Davon abgesehen wurde im Kapitel der sozialen Rechte, nämlich im Bereich der Rechte der Arbeitnehmer, eine Art besondere Offenheitsklausel ausdrücklich vorgesehen (Art. 7), in der von anderen Rechten, welche die Besserung der sozialen Umstände der Arbeiter bezwecken, die Rede ist („são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social“).

Von einer Auslegung, die sich nach dem offensichtlich offenen Wortlaut bereits richten könnte, ist eine Ausgrenzung der sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und ökologischen (Grund-)Rechte nicht mit der brasilianischen Verfassungsidentität zu vereinbaren. Die Ratifizierung des internationalen Abkommens über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 würde schon für sich ausreichen, damit diese Rechte in den brasilianischen Grundrechtskatalog aufgenommen werden müssten, gerade da Artikel 5 § 2 der b.V. auch hinsichtlich der Menschenrechtsabkommen keine Ausnahmen macht. Das genaue Gegenteil ist der Fall: Menschenrechtsabkommen, unter denen sich auch der oben genannte Pakt für soziale und wirtschaftliche Menschenrechte befindet, sind Bestandteil der verfassungsrechtlichen Grundrechtsordnung. Darüber hinaus ist die gesamte Verfassung von sozialen Elementen geprägt, was sich an Hand der im Artikel 3 enthaltenen fundamentalen Zielen der brasilianischen Staatlichkeit feststellen (z.B. die Abschaffung der Armut und Reduzierung der Ungleichheiten), jedoch vor allem infolge eines umfangreichen Katalogs sozialer Rechte (Artikel 6 ff.) nicht ernsthaft ablehnen lässt. Auch wenn im Kapitel der sozialen Rechte die wichtigsten sozialen Grundrechte enthalten sind (mittels zweier Verfassungsänderungen wurden noch die Rechte auf Wohnung und Nahrung in Artikel 6 eingefügt) und im Bereich des Arbeitnehmerschutzes manche Stimmen sogar eine Reduzierung der Grundrechtsverbürgungen fordern, ist auch hier die Anzahl der ausdrücklich verbürgten Grundrechte kein hinreichender Grund, um eine mögliche Offenheit zugunsten weiterer sozialer

Grundrechte völlig abzuweisen. Das Beispiel eines menschenwürdigen Existenzminimums, welches nicht als ein Grundrecht, sondern als ein Ziel der Wirtschaftsordnung der Verfassung (Artikel 170) und nicht im Titel der Grundrechte verankert wurde, ist hier besonders relevant, aktuell und wird sehr oft von der Gerichtsbarkeit als ein autonomes Grundrecht anerkannt. Außerdem ist davon auszugehen, dass eine Verfassungsordnung, welche die Freizügigkeit und den sozialen Wert der Arbeit in Verbindung mit der Menschenwürde gemeinsam als Grundlagen des Verfassungsstaates erklärt, den sozialen Grundrechten nicht den Weg einer dynamischen Offenheit zu den nicht als solche ausdrücklich verbürgten sozialen Grundrechtspositionen versperren darf, vor allem dann, wenn es sich um Anforderungen der gleichen Würde aller Menschen handelt. Eine nähere Erörterung dazu erfolgt im nächsten Abschnitt.

#### IV. Die Funktion Menschenwürde als Kriterium für die Bestimmung der „Grundrechtsqualität“ im Bereich der Offenheit des Grundrechtskatalogs

Wie in anderen Rechtsordnungen, so wird auch in Brasilien der Menschenwürde eine gewichtige Rolle im Offenheitsbereich des Grundrechtskatalogs zugeschrieben. Wegen des beschränkten Umfangs des Beitrags und der Breite des Themas muss hier auf eine Vertiefung der Analyse verzichtet werden; es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass, wie bereits erörtert, der brasilianische Verfassungsgeber keinen einheitlichen und ausschließlich auf der Menschenwürde basierten Grundrechtsbegriff in die Verfassung aufgenommen hat. Schon die Vielfältigkeit der im Titel II enthaltenen Grundrechtspositionen und einige weitere prägnante Beispiele sollten hier keine besonderen Zweifel erwecken. Die hier vertretene These, dass alle vom Verfassungsgeber ausdrücklich als solche verbürgten Grundrechtspositionen auch ohne einen direkten Menschenwürdebezug als Grundrechte gelten und in dieser Hinsicht auch von dieser „Grundrechtsqualität“ profitieren (da allen Grundrechten zumindest ein stärkerer Schutzanspruch zukommt), schließt jedoch nicht aus, dass für die Identifizierung weiterer Grundrechte bestimmte materielle Kriterien unumgebar sind. Mit anderen Worten: Wenn es vertretbar ist, dass zugunsten der im Titel II verbürgten Rechtspositionen eine Vermutung hinsichtlich ihrer materiellen Grundrechtsqualität besteht, muss die „Grundrechtlichkeit“ weiterer Rechtspositionen, vor allem in Hinsicht auf die anderen Teile der Verfassung, in jedem Fall anhand materieller Kriterien sorgfältig und im Lichte und Rahmen der konkreten Verfassungsordnung begründet werden. Diese Problematik ist wiederum mit der Diskussion um einen verfassungskonformen Grundrechtsbegriff stark verknüpft, wobei der Menschenwürde auch in Brasilien – wie schon angedeutet – eine gewichtige Rolle zukommt.

Da jedoch die brasilianische Verfassung nicht nur an die Menschenwürde knüpft, wenn es um Grundrechte geht, ist es auch nicht leicht zu vertreten, dass selbst für den Zweck der Begründung einer Grundrechtsqualität von Grundrechten, welche sich außerhalb des Titel II der brasilianischen Verfassung befinden, oder wenn es beispielsweise um die interpretatorische Ableitung von Grundrechtspositionen geht, die Menschenwürde vielleicht als wichtigste Grundlage und Kriterium, aber auf jeden Fall nicht als ausschließlicher und einziger Schlüssel für diesen Zweck gelten kann. Ein bloß auf der Menschenwürde basierender Grundrechtsbegriff (anders könnte es jedoch mit einem Menschenrechtsbegriff der Fall sein) würde der geltenden brasilianischen Verfassung nicht völlig genügen, es sei denn, man verzichtet auf die Grundrechtsqualität mancher vom Verfassungsgeber positivierten Rechte.

Dass die Menschenwürde nicht als einziges Kriterium herangezogen werden kann, ist auf jeden Fall schon in Art. 5 § 2 selbstausdrücklich enthalten, da hier von Rechten die Rede ist, welche von den Regimen und den Prinzipien (Plural) der Verfassung abgeleitet werden („direitos decorrentes do regime e dos princípios“). Es sei hinzugefügt, dass die Menschenwürde in der Verfassung von 1988 nicht in einem selbständigen Text enthalten ist, sondern, gemeinsam mit anderen Grundsätzen, zu den Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates gehört, wie z.B. der politische Pluralismus, die Souveränität, die Freizügigkeit und die sozialen Werte der Arbeit (Artikel 1). Sie ist deshalb – und dies sollte betont werden – nur eine von mehreren Grundsätzen und Grundlagen des Staates. Schon deshalb und wegen der Breite des Grundrechtskatalogs ist eine ausschließliche Berufung auf die Menschenwürde, auch hinsichtlich der Offenheit des Grundrechtskatalogs, nicht unbedingt der einzige Weg für die Begründung der Grundrechtsqualität von Rechtspositionen, welche in anderen Teilen der Verfassung enthalten sind (außerhalb des Titel II) und/oder auf dem Weg der Auslegung (im Sinne impliziter Grundrechtsnormen) abgeleitet werden. Wie aber die Menschenwürde sich mit den weiteren Verfassungsgrundsätzen und Grundlagen (Fundamente) verbindet und verhält, ist damit natürlich nicht gesagt. Selbst was den Inhalt der Menschenwürdeklausele betrifft, bleibt offen, was eigentlich unter der Menschenwürde zu verstehen ist. Dies ändert sich auch dann nicht, wenn davon ausgegangen werden kann, dass eine bestimmte Rechtsposition offensichtlich den Anforderungen der Menschenwürde entspricht und ihre Grundrechtsposition auf jeden Fall zu bejahen ist.

Die ausschließliche Berufung auf die Menschenwürde ist darüber hinaus wegen ihrer Begriffsoffenheit und Mehrdeutigkeit problematisch, so dass das Risiko besteht, eine ausufernde Anzahl von Verfassungsbestimmungen in einen dann unüberschaubar werdenden Grundrechtskatalog einzuordnen. Man sollte nicht vernachlässigen, dass auf Grund verschiedener konkreten Erfahrungen festgestellt wurde, dass, je höher man den Wert der Menschenwürde

ansetzt, umso trivialer die Fälle sind, in denen auf sie zurückgegriffen wird.<sup>21</sup> Die ohnehin nicht selten praktizierte Banalisierung der Menschenwürde<sup>22</sup> wäre dann auch ein anfälliges Einfallstor für die leichtsinnige Ausdehnung (Inflation) der Grundrechte. Deshalb sind auch hier die Worte von *Laurence Tribe* und *Michael Dorf* zu den Grenzen der Verfassungsauslegung ernst zu nehmen, nämlich dass die Verfassungsklauseln (vor allem die Menschenwürde!) kein Spiegel ist, in dem jeder sieht, was er sehen will.<sup>23</sup> Auch deswegen sollte auf jeden Fall die *Maxime* gelten, dass auch im Namen der Menschenwürde nicht alles gesagt oder gemacht werden kann.<sup>24</sup>

Obwohl davon ausgegangen werden kann, dass im Falle eines eindeutigen Bezugs zur Menschenwürde die Grundrechtsqualität zu bejahen ist, bedeutet dies nicht, dass die Menschenwürde das einzige sichere Kriterium darstellt. Darüber hinaus ist eine sorgfältige Argumentation erforderlich, da hier ein hoher Begründungsbedarf besteht.

Damit ist aber die mögliche Bedeutung der Menschenwürde für die Offenheit des Grundrechtskatalogs noch nicht ausgelotet. Auch die Ableitung sogenannter impliziter Grundrechtsnormen und die entsprechende Anerkennung subjektiver Rechte auf Grund der Menschenwürde werden von Seiten der brasilianischen Rechtsprechung und Literatur befürwortet, obwohl gewichtige Einwände gegen eine solche Lösung vorliegen. Solche wurden auch von *Winfried Brugger* besprochen.<sup>25</sup>

Obwohl auch für den brasilianischen Fall davon ausgegangen werden sollte (was oft nicht berücksichtigt wird), dass die Menschenwürde vor allem in Hinsicht auf die prioritäre Anwendung der einzelnen Grundrechtsverbürgungen die Funktion einer Art *lex generalis* ausübt, so bedeutet dies auch, dass, gerade wenn es sich nicht um die Rekonstruktion des Schutzbereiches eines speziellen Grundrechts handelt, die Menschenwürde als Grundlage autonomer Grundrechtspositionen herangezogen werden sollte. Darüber hinaus ist es nicht zu verkennen, dass – *Geddert-Steinacher* folgend – das Verhältnis zwischen Menschenwürde und den einzelnen Grundrechten ein besonderes ist. Dies ist vor allem damit zu begründen, dass die Menschenwürde zugleich Inhalt (obwohl nicht immer und nicht auf gleicher Weise) und Grenze der Grundrechte ist, so dass oft eine Verletzung eines Grundrechts mit einer Verletzung der Men-

<sup>21</sup> Vgl. z.B. *Frankenberg*, *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, 2003, S. 272–3 mit Hinweis auf einige Beispiele des deutschen Gerichtsalltags.

<sup>22</sup> Was diesen Punkt betrifft, sollte man Peter Häberles Warnung ernst nehmen (*Häberle*, in: *Isensee/Kirchhof*, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, 1987, S. 317 (823)).

<sup>23</sup> Vgl. *Tribe/Dorf*, *On Reading the Constitution*, 1991, S. 7 (“Is the Constitution simply a mirror in which one sees what one wants to see?”).

<sup>24</sup> Vgl. im brasilianischen Schrifttum *Streck*, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 1999, S. 310 e ss, obwohl ohne Hinweis auf die Menschenwürde.

<sup>25</sup> Vgl. *Brugger* (Fn. 4), S. 19 e ss.

schonwürde einhergeht.<sup>26</sup> Dies beraubt die Menschenwürde jedoch nicht ihrer normativen Selbstständigkeit, da sie als autonome Grundlage subjektiver Rechte dennoch relevant werden kann.<sup>27</sup> Außerdem sollte mit Blick auf die Lehren von *Peter Häberle* auch die Bedeutung der Menschenwürde als gewichtige Grundlage für subjektive Rechtspositionen gegenüber neuen Gefährdungen, die nicht oder nicht ausdrücklich unter den Schutzbereich einer ausdrücklich verbürgten Grundrechtsbestimmung fallen, betont werden.<sup>28</sup>

Aus dieser Perspektive kann hier auf die Bedeutung der Menschenwürde als Argument für eine inklusive Auslegung der Grundrechtsträgerschaft hingewiesen werden, obwohl es sich nicht um die Anerkennung spezifischer Grundrechtsnormen handelt. Trotz des eindeutigen Ausschlusses der Grundrechtsträgerschaft von Ausländern, welche nicht in Brasilien leben (Artikel 5 b.V.), werden diese dennoch als Grundrechtsträger angesehen. Begründet wird dieses Phänomen durch den Universalitätsgrundsatz, nach dem alle Grundrechte, die einen Menschenwürdeinhalt aufweisen, als Jedermannsrechte anzusehen sind. Diese Ansicht ist sowohl auf die herrschende Meinung im Schrifttum<sup>29</sup> als auch auf ständige Rechtsprechung des brasilianischen Höchstgerichts<sup>30</sup> zurückzuführen.

Dass der Grundsatz der Menschenwürde einen lückenlosen Schutz der menschlichen Persönlichkeit verlangt, ist auch mit ihrer (der Menschenwürde!) Funktion als Grundlage von nicht ausdrücklich verbürgten Persönlichkeitsrechten zu erklären. Gerade in Bezug auf die Offenheit des Grundrechtskatalogs wird die Menschenwürde als Grundlage eines ungeschriebenen (im Sinne eines impliziten) Allgemeinen Persönlichkeitsrechts herangezogen.<sup>31</sup> Dieses wiederum gebietet eine inklusive Auslegung von Artikel 11 des brasilianischen Zivilgesetzbuches (Código Civil) in jenem Sinne, dass auch der einfachgesetzliche Katalog der Persönlichkeitsrechte kein *numerus clausus* ist.<sup>32</sup>

---

<sup>26</sup> Vgl. *T. Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 166.

<sup>27</sup> Vgl. insbesondere *Udo Di Fabio*, Der Schutz der Menschenwürde durch Allgemeine Programmgrundsätze, 2000, S. 38.

<sup>28</sup> Vgl. *Häberle* (Fn. 22), S. 844.

<sup>29</sup> Vgl. vor allem *Mendes/Branco*, Curso de Direito Constitucional, 6. Aufl., 2011, S. 161–162.

<sup>30</sup> Aus der Rechtsprechung des brasilianischen Supremo Tribunal vgl. das Auslieferungsverfahren (Processo de Extradicação) Nr. 633, Berichterstatter Celso de Mello, Brasília/DF, 28.08.1996. und das Habeas-Corpus-Verfahren – HC 102041/SP, 20.04.2010, Berichterstatter Celso de Mello.

<sup>31</sup> Im brasilianischen Recht, vgl. vor allem *Tepedino*, Temas de Direito Civil, 1999, S. 48–49, der auf Grund der Menschenwürde von einer allgemeinen Klausel des Schutzes und Förderung der menschlichen Persönlichkeit spricht.

<sup>32</sup> Diesbezüglich vgl. u.a. *Mello*, Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade und Andrade, Considerações sobre a tutela dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002, beide veröffentlicht in: Sarlet (Org), O Novo Código Civil e a Constituição, 2. Aufl., 2006, jeweils S. 69–100 und 101–118.

Im Rahmen eines Rechts auf persönliche Identität wird auch die Ableitung eines Grundrechts auf die genetische Identität (man könnte hier auch – in einem weiteren Sinn – von einem Recht auf bioethische Selbstbestimmung sprechen) des Menschen befürwortet.<sup>33</sup> Ein solches Recht wäre grundsätzlich nicht im Verfassungstext verbürgt. Obwohl der Bereich der persönlichen Identität tangiert wird, finden sich sowohl im Schrifttum als auch in der Rechtsprechung Hinweise auf ein Recht auf Kenntnis der persönlichen Abstammung<sup>34</sup>, aber auch ein Recht auf den Namen.<sup>35</sup> Mit Rückgriff auf die Achtung und den Schutz der Menschenwürde und dem Gleichheitsgebot wird in der brasilianischen Rechtsordnung auch ein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und – so eine der letzten wichtigen Entscheidungen des brasilianischen obersten Gerichtshofes<sup>36</sup> – auch ein Recht auf Gleichstellung der homosexuellen Lebenspartnerschaften befürwortet. Diese werden ebenfalls unter einen besonderen Schutz gestellt, welcher ursprünglich nach dem Wortlaut der Verfassung (Artikel 226) nur den Lebenspartnerschaften zwischen Männer und Frauen gewährt wurde.<sup>37</sup>

Aber auch im Bereich der sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Grundrechte, sei es nun in ihrer abwehrrechtlichen oder in ihrer leistungsrechtlichen Dimension, wird die Menschenwürde als Grundlage nicht ausdrücklich verbürgter Grundrechte fruchtbar. Geht man davon aus, dass eine der elementaren Aufgaben des demokratischen und sozialen Rechtsstaats auch der Schutz des Menschen gegen materielle Not ist, wird man daraus folgern müssen, dass auf Grund der Menschenwürde und der ausdrücklichen Aufgabe und Ziel der Wirtschaftsordnung der Verfassung (Artikel 170) jedem Menschen eine würdige Existenz zu sichern ist. Deshalb wird auch in Brasilien ein Grundrecht auf Sicherung eines soziokulturellen Existenzminimums seitens der Literatur<sup>38</sup> und der Rechtsprechung<sup>39</sup> anerkannt, obwohl sowohl die Begründung als auch der Inhalt und die konkrete Bedeutung dieses Grundrechts (als Abwehrrecht und Leistungsrecht) weiterhin nicht unumstritten sind. Auch das Verhältnis zu den verschiedenen einzelnen im Verfassungstext verbürgten sozialen Grundrechten

<sup>33</sup> Hierzu vgl. vor allem *Loureiro*, O Direito à Identidade Genética do Ser Humano, 2000, S. 351 ff., und *Petterle*, O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira, 2007.

<sup>34</sup> Vgl. in der brasilianischen Literatur vor allem *Almeida*, DNA e Estado de Filiação à Luz da Dignidade Humana, 2004, S. 117 ff.

<sup>35</sup> Vgl. *Sarlet/Marinoni/Mitidiero*, Curso de Direito Constitucional, 2012, S. 380.

<sup>36</sup> Vgl. ADI 4257 und ADPF 132, entschieden am 05.05.11, Berichterstatter Carlos Britto.

<sup>37</sup> Im Schrifttum, vgl. *Rios*, A homossexualidade no Direito, 2001; *Dias*, União Homossexual. O Preconceito & a Justiça, 2. Aufl., 2001.

<sup>38</sup> Über das Existenzminimum vgl. in Brasilien *Sarlet* (Fn. 7), S. 309 e ss; *Torres*, O Direito ao Mínimo Existencial, 2008; *Bittencourt Neto*, O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna, 2010; *Cordeiro*, Direitos Fundamentais Sociais – Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial, 2012.

<sup>39</sup> Vgl. vor allem die Entscheidung 639337, entschieden am 23.08.2011, Berichterstatter Celso de Mello, Segunda Turma, zugänglich unter <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

ist Gegenstand der Diskussion. Darauf kann an dieser Stelle jedoch nicht eingegangen werden, da die Absicht des Autors lediglich die Darstellung eines Überblicks der Ableitung von Grundrechten aus der Menschenwürde ist.

## V. Abschließende Bemerkungen

Aus den bis jetzt aufgezeigten Argumenten lässt sich entnehmen, dass selbst die große Zahl ausdrücklicher Grundrechtsverbürgungen die Funktion des Artikel 5 § 2 der brasilianischen Verfassung nicht beeinträchtigt. Die sogenannte „Offenheitsklausel“ bestätigt die Auffassung, dass die Verfassung (auch) als ein Prozess der permanenten Entwicklung neuer Grundrechte verstanden werden kann.<sup>40</sup> Die Offenheit des Grundrechtskatalogs ist in dieser Hinsicht mit der Tatsache verknüpft, dass es keine abgeschlossene Liste von Gefahren und Risiken für die Menschen und deren Würde und Rechte gibt; daher stehen Möglichkeiten einer grundrechtlichen Verbürgung auch offen.<sup>41</sup> Deshalb ist die Aussage von *Rui Medeiros*, dass es im Bereich der Grundrechte eigentlich kein Ende der Geschichte gibt<sup>42</sup>, tatsächlich ernst zu nehmen.

Die oben erwähnten Beispiele aus der brasilianischen Verfassungsentwicklung nach 1988 zeigen, dass eine produktive Handhabung der Offenheitsklausel des Grundrechtskatalogs nicht zu einer Banalisierung der Grundrechte führen muss und sich im Bereich des vom Verfassungsgeber bestimmten Verfassungsbildes halten lässt. Andererseits ist es nicht zu übersehen, dass gerade die Anzahl der interpretativ abgeleiteten Grundrechte (oder impliziten Grundrechte) und der in anderen Teilen der Verfassung gefundenen Grundrechtsbestimmungen die Auffassung bestätigt, dass die im Titel II ausdrücklich als solche verbürgten Grundrechte nicht allgemein und auf gleiche Weise auf die Menschenwürde zurückgeführt werden können. Selbst als materielles Kriterium für die Bestimmung der Grundrechtsqualität der im Verfassungstext zerstreuten Rechte ist es schwer, die Menschenwürde als ausschließliches Kriterium heranzuziehen (gerade damit der subjektive Gehalt der Menschenwürde nicht zu sehr betont wird), obwohl sie hier die gewichtigste Rolle spielt. Abgesehen davon bedeutet die Offenheitsklausel eine permanente Herausforderung an die Verfassungs-

---

<sup>40</sup> Vgl. hierzu Carvalho Neto, in: Sampaio, *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2003, S. 154.

<sup>41</sup> Vgl. *Queiroz*, *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, 2002, S. 49 und, aus dem nordamerikanischen Verfassungsrecht, auch *L. Tribe*, *American Constitutional Law*, S. 34/5, welcher – mit Hinweis auf die berühmte IX Emendement (1791) – die Stellung vertritt, dass diese eine Auslegungsnorm beinhaltet, da die Unterlassung einer ausdrücklichen Verbürgung im Text der Verfassung nicht unbedingt zu der Unmöglichkeit (gerade im Gegenteil!) führt, nicht ausdrücklich normierte Grundrechte abzuleiten, gerade wegen der Offenheit des verfassungsrechtlichen Grundrechtskatalogs.

<sup>42</sup> Vgl. *Medeiros*, *Anuário Português de Direito Constitucional* 2002, 71 (25).

auslegung, also nicht nur an die Richter und Gerichte, sondern im Sinne einer offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (*Häberle*) und öffnet den Weg für eine kreative, aber verfassungskonforme Rekonstruktion des Grundrechtskatalogs. Andererseits stellt sich jedoch weiterhin die Frage, inwiefern damit in das Demokratieprinzip eingegriffen wird und welche Grenzen vor allem den Gerichten gezogen wurden oder werden können (oder sollten) wenn es sich um die „Entdeckung“ von Grundrechten handelt, insbesondere wenn diese nicht im Verfassungstext ausdrücklich verbürgt wurden. Hier ist der brasilianische Weg nicht gerade dem Vorbild der Verfassung der Vereinigten Staaten treu. Obwohl der Verfassungsgeber von 1891 sich auf das „IX Emendment“ (rights retained by the people) gestützt hat, wurde die Möglichkeit einer richterlichen Ableitung von Grundrechtspositionen nie richtig in Frage gestellt. Heute sind vielmehr die Begründung einer solchen Ableitung und die konkreten Beispiele als die Problematik einer demokratischen Legitimation der rechtsprechenden Gewalt in diesem Bereich Mittelpunkt der Diskussion. Ebenfalls in Brasilien diskutiert werden die Grenzen einer richterlichen Durchsetzung bereits bestehender Grundrechte, vor allem der sozialen Grundrechte, gerade wenn dies zur Gefährdung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit und der staatlichen Finanzen führt. Abgesehen davon und von der Relevanz des Themas (Legitimation der Gerichte im Bereich der Grundrechtsschutzes), soll hier betont werden, dass in Bereichen, in denen die Achtung und der Schutz der Menschenwürde im Spiel sind, man grundsätzlich eher der Inklusion als der Ausgrenzung den Vorzug geben mag, da nur so ein lückenloser Grundrechtsschutz sichergestellt wird. Deswegen gehört die Offenheit des Grundrechtskatalogs zu den ständigen Herausforderungen des Verfassungsstaates, was im Fall Brasiliens auch mit dem noch entwicklungsbedürftigen Dialog zwischen den Grundrechten und den internationalen Menschenrechtsverbürgungen verbunden ist, vor allem weil diesen lediglich übergesetzlicher Rang (aber kein Verfassungsrang) zugesprochen wird. Auch deshalb ist die Ableitung ungeschriebener (impliziter) Grundrechte aus der Verfassung ein wichtiges Instrumentarium, weil hier der Verfassungsrang und die entsprechende Grundrechtsqualität mit all ihren Folgen nicht bestritten werden.