

Schriften zum Portugiesischen und
Lusophonen Recht

10

Kirste/Gonzaga De Souza/Sarlet (Hrsg.)

Menschenwürde im 21. Jahrhundert

Dignidade Humana no Século XXI

Untersuchungen zu den philosophischen, völker- und verfassungsrechtlichen
Grundlagen in Brasilien, Deutschland und Österreich

Investigações sobre os fundamentos filosóficos e jurídicos no direito internacional e
constitucional no Brasil, Alemanha e Áustria.



Nomos

© NOMOS Verlagsgesellschaft

Schriften zum Portugiesischen und Lusophonen Recht

Herausgegeben von

Dr. Stephanie Müller-Bromley,
Institut für deutsch-portugiesische Rechtsbeziehungen

Band 10

Stephan Kirste/Draiton Gonzaga De Souza
Ingo Wolfgang Sarlet (Hrsg.)

Menschenwürde im 21. Jahrhundert

Dignidade Humana no Século XXI

Untersuchungen zu den philosophischen, völker- und verfassungsrechtlichen
Grundlagen in Brasilien, Deutschland und Österreich

Investigações sobre os fundamentos filosóficos e jurídicos no direito internacional e
constitucional no Brasil, Alemanha e Áustria.



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-4588-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-8836-9 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

Einleitung <i>Stephan Kirste, Salzburg</i>	7
Zur Autonomie und Würde von Menschen mit schwersten geistigen Behinderungen: Eine kantianische Interpretation <i>Ana Paula Barbosa, Rio de Janeiro, UFRJ</i>	15
Menschenwürde und Freiheit in Hegels Philosophie des Rechts <i>Thadeu Weber, Porto Alegre, PUCRS</i>	33
Absolute Rechte und Verhältnismäßigkeit <i>Martin Borowski, Universität Heidelberg</i>	47
Die Würde des Menschen als Leitidee des Grundgesetzes und Rechtsnorm. Ein zweifaches Scheitern. <i>Christoph Enders, Universität Leipzig</i>	95
Die Dogmatik der Würde der Menschen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts <i>Stephan Kirste, Universität Salzburg</i>	117
Menschenwürde und soziale Grundrechte in der brasilianischen Verfassung am Beispiel des Existenzminimums <i>Ingo Sarlet, Porto Alegre, PUCRS</i>	143
»Menschenwürde« und »Existenzminimum« in der Rechtsprechung des brasilianischen Supremo Tribunal Federal im Kontext der Ver- rechtlichung von Recht und Politik <i>Monia Hennig-Leal, Santa Cruz do Sul, UNISC</i>	175
Die Rolle der Menschenwürde im österreichischen Recht und im Bereich der Medizinethik <i>Silvia Traunwieser, Universität Salzburg</i>	199
Menschenwürde im Völkerrecht <i>Robert Kogler/Kirsten Schmalenbach, Universität Salzburg</i>	227
Autoren	247
Stichworte	253

Menschenwürde und soziale Grundrechte in der brasilianischen Verfassung am Beispiel des Existenzminimums

Ingo Wolfgang Sarlet

1. Einleitende Bemerkungen

Soziale Rechte sind integraler Bestandteil der brasilianischen Verfassungstradition seit ihrem Ursprung, obwohl ihre tatsächliche Relevanz sich im Laufe der Zeit beträchtlich geändert hat. In der kaiserlichen Verfassung von 1824, die vom französischen Revolutionsprojekt des ausgehenden 18. Jahrhunderts inspiriert war, wurde ein Recht der Bedürftigen auf öffentliche Hilfe und ein Recht auf kostenlose und öffentliche Ausbildung verankert, obwohl von echten Grundrechten noch nicht die Rede sein konnte. Das lag an der fehlenden Verbindlichkeit dieser Verfassungsnormen. In der ersten Verfassung der Republik von 1891, die dem nordamerikanischen Modell folgte, waren soziale Rechte nicht vorgesehen, und nicht einmal Normen, die die Zwecke des Staates im sozialen Bereich bestimmten. Das hat sich erst mit der Verfassung von 1934 geändert, die als erste Verfassung eines brasilianischen Sozialstaates gelten kann. Sie sah nämlich – durch eine praktisch buchstäbliche Kopie der Weimarer Verfassung – nicht nur vor, dass die Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung so organisiert sein sollte, dass sie eine menschenwürdige Existenz für alle ermöglichen sollte (Artikel 119), sondern enthielt auch Bestimmungen über die Familie, die Ausbildung, die Kultur und den Schutz der Arbeiter.

Die Verfassung von 1946, die unmittelbar nach dem 2. Weltkrieg erlassen wurde, hatte als Reaktion auf die Diktatur von Getúlio Vargas und seine Verfassung des sog. »Neuen Staates« von 1937 einen eher demokratisch-liberalen Charakter. Sie enthielt deshalb auch lediglich eine Option für einen Sozialstaat in Form eines sozialen und demokratischen Staates. Dieses Prinzip war auch in den folgenden Verfassungen, einschließlich derjenigen von 1967 und 1969, die während der Militärdiktatur entstanden waren, ständig präsent. Es dauerte jedoch bis zum 5. Oktober 1988, als die jetzt in Kraft stehende Verfassung erlassen wurde, bis die sozialen Rechte zu echten Grundrechten erstarkten. Gleichwohl gibt es nach wie vor eine bedeutende Kontroverse über den Umfang des Begriffs der Sozialrechte

sowie deren Wirksamkeit und Schutz, besonders in Bezug auf die Möglichkeit ihrer Einklagbarkeit. Es muss auf jeden Fall betont werden, dass die Begriffe »Grundrechte« und »Grundgarantien« zum ersten Mal in der Verfassung von 1988 verwendet wurden.

Darüber hinaus hat sich der Verfassungsgeber von 1988 dem Grundrechtskonzept angeschlossen, das sich besonders in der westlichen Welt und durch die Inspiration des deutschen Grundgesetzes (1949) nach und nach in der Zeit nach dem 2. Weltkrieg herauskristallisierte.

Um diesen Aspekt zu illustrieren, sei die Tatsache erwähnt, dass der Verfassungsgeber von 1988 (Artikel 5, Absatz 1) den Normen der Grundrechte den Charakter von unmittelbar anwendbaren Normen verlieh. Außerdem fügte er die Grundrechte (die individuellen Rechte und Garantien) in die Liste der materiellen Grenzen einer Verfassungsreform ein (Artikel 60, Absatz 4, IV), obwohl, wie bereits gesagt, es keinen Konsens darüber gibt, ob und wie solche Prädikate auf die sozialen Rechte anwendbar sind. Auf diese Fragen wird deshalb unten kurz einzugehen sein.

Im Rahmen dieser Einleitung hervorzuheben ist noch die innovative Einfügung der Menschenwürde (Artikel 1, III) in die Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates unter dem Titel »Grundprinzipien«. Die Menschenwürde hat nicht nur den Charakter eines allgemeinen und strukturierenden Prinzips der Verfassungsordnung, sondern stellt auch ein Teilprinzip in dem Abschnitt über die Wirtschaftsordnung (Artikel 170) dar, wo behauptet wird, dass der Zweck der Wirtschaftsordnung die Sicherung einer menschenwürdigen Existenz für alle nach den Vorgaben der sozialen Gerechtigkeit ist.

Menschenwürde und soziale Grundrechte sind also integrale Bestandteile der in Kraft stehenden formellen und materiellen brasilianischen Verfassung, obwohl die Verbindung zwischen beiden häufig missverstanden wird, sei es auf der Ebene der Rechtswissenschaft oder der Rechtsprechung. Es wird selbst die Vorstellung diskutiert, dass die Grundrechte, besonders die sozialen Rechte, ihren Grund in der Menschenwürde haben, besonders angesichts des Reichtums des Katalogs von Rechten, die in der Verfassung verankert sind. Ebenfalls hoch kontrovers ist die besondere Rolle der Menschenwürde in der Definition des Inhalts der verschiedenen Rechte (einschließlich der sozialen) und selbst ihre Bedeutung für die Deutung und Anwendung anderer Grundrechte. Das gilt zum Beispiel für die Verwendung des Existenzminimums in Zusammenhang mit den sozialen Rechten.

Deshalb wird – unter Berücksichtigung des vom positiven Verfassungsrecht skizzierten Bildes – in diesem Text zunächst versucht, die Umrisse

der Auffassung der sozialen Rechte als Grundrechte in der Verfassung von 1988 nachzuzeichnen (2). In einem weiteren Schritt wird unter Rückgriff auf das Beispiel eines menschenwürdigen Existenzminimums eine besondere Form der Verbindung zwischen den sozialen Grundrechten und dem Gedanken der Menschenwürde untersucht, besonders nach dem in Lehre und der Rechtsprechung geltenden Verständnis. In diesem Zusammenhang wird die Entscheidungspraxis des Obersten brasilianischen Bundesgerichtshofes (Supremo Tribunal Federal, im Folgenden abgekürzt: STF) herausgehoben, der – obwohl ursprünglich nach dem Modell des amerikanischen Supreme Court konzipiert – immer mehr zu einem Verfassungsgericht geworden ist, da ihm sowohl auf der Ebene der abstrakten und konzentrierten Kontrolle als auch auf der Ebene der diffusen (konkreten) Kontrolle die Rolle des Hüters der Verfassung obliegt, der in letzter Instanz und verbindlich über die Anwendung der Verfassungsnormen entscheidet (3).

Der damit angezeigte Weg verzichtet also auf eine philosophische und auch soziologische Analyse und konzentriert sich auf eine vornehmlich juristisch-dogmatische Perspektive. Aus diesem Grund wird hier nicht auf die faszinierende, aber auch schwierige Frage der Bestimmung und Begründung der Menschenwürde eingegangen. Das gilt auch für die Theorien, die die sozialen Rechte als Grundrechte auf der Grundlage der Menschenwürde rechtfertigen. Hier kommt es uns darauf an, eine Übersicht der Art und Weise anzubieten, wie die auf der Menschenwürde basierende Vorstellung eines Existenzminimums im Kontext der sozialen Grundrechte in der gegenwärtigen brasilianischen Verfassung verstanden und angewendet wird, auch um eventuelle Entstellungen und Perspektiven zu identifizieren und zu beurteilen.

Außerdem, obwohl hier keine streng vergleichende Methode angestrebt wird, werfen wir auch einen Blick auf die Entwicklung der Rechtslehre und der Rechtsprechung in Bezug auf dieses Thema in Deutschland, besonders weil der brasilianische Konstitutionalismus – und das sieht man mit besonderer Deutlichkeit in der geltenden Auffassung von Grundrechten und in Bezug auf das Existenzminimum – von der deutschen Erfahrung in diesem Bereich stark beeinflusst wurde. Dadurch lassen sich außerdem einige Kritiken bekräftigen und auf mögliche Lösungen für die Dilemmata hinweisen, die in Brasilien erlebt werden.

2. Kurzer Überblick über die sozialen Grundrechte und deren Bedeutung in der brasilianischen Verfassung von 1988

Da es hier um eine Erörterung aus der dogmatisch-juristischen Perspektive geht, die eine verfassungsrechtlich angemessene Lektüre der Begründung sowie des Inhalts und der Reichweite der sozialen Rechte als Grundrechte erfordert, dürfen die Parameter des Verfassungstexts selbst nicht unberücksichtigt bleiben. Es muss auch über die Verpflichtungen reflektiert werden, die der Verfassungsgeber ausdrücklich und/oder implizit eingegangen ist, sei es in Bezug auf die Übernahme bestimmter Auffassungen von Gerechtigkeit, besonders der Vorstellung von sozialer Gerechtigkeit (die ausdrücklich in die Verfassung – nämlich in Artikel 170, caput^{1 2} – als im Bereich der Wirtschaftsordnung zu erreichendes Ziel eingefügt wurde), oder auch in Bezug auf eine bestimmte Ordnung von Werten, die nach einer weit verbreiteten Auffassung auch und vor allem durch die Prinzipien und Grundrechte zum Ausdruck kommt.³

-
- 1 Zu den die allgemeine Wirtschaftsordnung Brasiliens gestaltenden Grundsätze s. den bereits klassischen Beitrag von Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 3. Aufl., São Paulo: Malheiros, 1997 (es gibt eine neuere Ausgabe). Unter der neueren Literatur s. u.a. Lafayette Josué Petter, *Princípios constitucionais da ordem econômica*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, sowie Gilberto Bercovici, *Constituição econômica e desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2005.
 - 2 Nach der in Brasilien üblicher Weise ist der »caput« des Artikels der Kopf, im Sinne des Hauptsatzes. Anschließend kommen dann die Paragraphen (parágrafo), die sogenannten incisos (I, II, III, etc.) und/oder die alíneas (a, b, c, etc). Oft werden die Artikel auch von einem einzigen Paragraphen gefolgt (parágrafo único).
 - 3 Zu diesem Thema in der ausländischen Literatur s. pars pro toto Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 1995, S. 133 ff. In der portugiesischsprachigen Literatur s. neben meinem Buch *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9. Aufl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, S. 158 ff., wo ich diese Dimension der Grundrechte ausführlicher erörtere im Licht einer umfangreichen brasilianischen und ausländischen Rechtslehre, auch u.a. Daniel Sarmento, *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, in Ricardo Lobo Torres und Celso Albuquerque Mello (Hg.), *Arquivos de Direitos Humanos*, Bd. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, S. 63-102 und in jüngerer Zeit Dimitri Dimoulis und Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo: RT, 2007, S. 116 ff., sowie Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho und Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, S. 255 ff.

In diesem Zusammenhang muss von vornherein in Erinnerung gebracht werden, dass, bei der Festlegung einer Reihe von grundlegenden Prinzipien, die brasilianische Bundesverfassung in der Bestimmung, welche die sogenannten Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates auflistet (Artikel 1), die sozialen Werte der Arbeit und der freien Initiative in demselben Absatz (IV) verankert, und zwar mit der gleichen Relevanz und Position in der Wertehierarchie. Dadurch besitzt sie eine Verpflichtung auf eine Symmetrie zwischen Kapital und Arbeit, schließt jedoch jede einseitige und extremistische Auslegung aus.

Eine eventuelle Priorisierung der Menschenwürde, die ausdrücklich im vorangegangenen Absatz (Artikel 1, III) vorgesehen ist, darf also mit anderen Worten nicht zu einer Verneinung des Charakters von Grundvorschriften sowohl der sozialen Werte der Arbeit als auch der freien Initiative führen. Diese Vorschriften müssen in Verbindung mit der Hochschätzung der menschlichen Arbeit und der Suche der Vollbeschäftigung (Artikel 180, caput und Absatz VIII der Verfassung) in einer teleologisch-systematischen Weise berücksichtigt und konkretisiert werden, sei es seitens des Gesetzgebers, sei es seitens der Verwaltung und der Gerichte.

Das schließt natürlich – im Blick auf eine »praktische Übereinstimmung« von grundrechtlichen Positionen, die unter Umständen in Konflikt stehen – nicht aus, dass der eine oder andere der genannten Werte eventuell Vorrang gewinnt, besonders wenn es um offensichtliche Mängel in Bezug auf den Schutz und die Förderung der Menschenwürde geht. Dieser Aspekt wird hier nicht weiter verfolgt, aber er erhellt gerade das Verständnis der sozialen Rechte als Grundrechte.

Eine erste Feststellung, die sich aufdrängt und sich bereits aus einer oberflächlichen Betrachtung des Verfassungstexts ergibt, besteht darin, dass die verfassungsgebende Gewalt von 1988 unter dem Titel »soziale Rechte« eine heterogene und umfassende Sammlung von (Grund)Rechten anerkannte. Dies bringt – unbeschadet der Einsicht in das Bestehen verschiedener Probleme, die mit einer prekären gesetzgebenden Technik und unzulänglichen Systematisierung zusammenhängen (die übrigens keine Besonderheit des Verfassungstextes im Rahmen der gesamten brasilianischen Gesetzgebung darstellt) – relevante Konsequenzen für das Verständnis dessen mit sich, was dann soziale Rechte als Grundrechte sind.

Das hat auch mit der Tatsache zu tun, dass das Recht auf Arbeit (das in Artikel 6 zusammen mit den Rechten auf Gesundheit, Wohnung, Ausbildung, Ernährung, Freizeit, Sicherheit, Sozialversicherung, Schutz von Mutterschaft und Kindheit und Sozialhilfe als soziales Recht aufgelistet ist) und die Rechte der Arbeiter (Artikel 7 ff.) in das Kapitel über die sozi-

alen Recht aufgenommen wurden. Damit kann in der Tat von sozialen Grundrechten der Arbeiter die Rede sein, auch wenn dies – je nach dem Sinn, den man dem Begriff der sozialen Rechte gibt – sogar widersprüchlich zu sein scheint. Besonders wenn man soziale Rechte als bloße Rechte auf Leistungen von sozialer Gerechtigkeit (auf materielle Leistungen) universalen Charakters auffasst, als Rechte von allen, die darauf abzielen, faktische Ungleichheiten zu kompensieren und ein Mindestniveau von Freiheit und substantieller Gleichheit sicherzustellen.

Bei der Definition der sozialen Rechte in Brasilien muss man also die Besonderheiten des positiven Verfassungsrechts berücksichtigen. Die Bezeichnung »sozial« kann nicht ausschließlich (!) an eine positive Tätigkeit des Staates in der Förderung und Garantie von sozialem Schutz und sozialer Sicherheit gebunden werden. Sie ist nicht lediglich ein Instrument der Kompensation von offensichtlichen faktischen Ungleichheiten und der Sicherstellung – durch materielle Leistungen – eines Mindestniveaus faktischer Bedingungen für ein menschenwürdiges Leben. Dies aber verweist uns auf das Problem des Inhalts der sozialen Rechte und ihres Charakters als Grundrechte, was nachstehend behandelt wird.

Im Licht dieser Betrachtungen kann man behaupten, dass auch diejenige Rechte, die einen Freiraum sichern und schützen oder mit dem Schutz bestimmter Rechtsgüter für bestimmte Segmente der Gesellschaft zusammenhängen, soziale Rechte sein können. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn sie Personen wegen ihrer größeren sozialen und ökonomischen Vulnerabilität schützen. Das trifft gerade auf den Fall der Rechte der Arbeiter zu, welche in der brasilianischen Verfassung in Artikel 7 ff aufgelistet sind und im Abschnitt der sozialen Grundrechte verankert wurden.⁴

Dabei gehen wir gar nicht auf die Tradition ein, die grundsätzlich die Rechte der Arbeiter an die Vorstellung von sozialen Rechten bindet. Diese Tradition findet man in verschiedenen Momenten der Entwicklung – im internationalen und internen Bereich – der rechtlichen Anerkennung der Menschen- und Grundrechte. Sie zeigt sich in einigen Ländern, wie Portugal und selbst Spanien, obwohl ein Großteil der Rechte der Arbeiter, die in den entsprechenden Verfassungen verankert sind, nicht im Kapitel über

4 Zu einer ausführlicheren Darstellung des Begriffs und der Einordnung der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassungsordnung s. besonders meinen Aufsatz *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*, in Ingo Wolfgang Sarlet (Hg.), *Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, S. 140 ff.

die sozialen Rechte enthalten sind. Im Fall der gewerkschaftlichen Freiheit sowie des Streikrechts und/oder der Tarifverhandlung lässt sich dies in manchen anderen Fällen feststellen, wie etwa im deutschen Grundgesetz. Ohne dass hier auf verschiedene Einwände eingegangen werden kann, die im Rahmen der Rechtswissenschaft anzutreffen sind, muss von vornherein jedwedes reduktionistisches Verständnis, welches das Konzept der Grundrechte betrifft, zurückgewiesen werden. Damit ist gemeint, dass alle von der Verfassung ausdrücklich verankerten Grundrechte auch als solche ernst genommen werden sollten, weshalb der irrtümliche Einwand, dass eine solche Auffassung einem lediglich formalen Grundrechtsverständnis entspricht, verneint werden sollte.⁵

Diese Behauptung bedeutet, dass alle Rechte die in der Verfassung ausdrücklich als Grundrechte verankert wurden, als solche verstanden und angewandt werden sollen, nicht aber, dass es nicht auch andere Grundrechte gibt. Dies schon deshalb, weil man die bereits genannte Öffnungsklausel ernst nehmen muss, die in Artikel 5, Absatz 2 der brasilianischen Bundesverfassung (und für die Rechte der Arbeiter die Sonderklausel, die in Artikel 7, caput steht) enthalten ist. Laut dieser gibt es neben den in der Verfassung ausdrücklich verankerten Rechten auch andere Rechte, die sich aus dem System der Verfassung und den Prinzipien ergeben und daraus abgeleitet werden können. Sie treten neben diejenigen Rechte, die in den von Brasilien ratifizierten internationalen Verträgen stehen. Gerade in dieser Perspektive ist aufgrund der Menschenwürde ein implizites Grundrecht auf eine menschenwürdige Existenz anerkannt worden, was unten im dritten Teil ausgeführt wird.

Die Verteidigung des Grundrechtscharakters aller im Verfassungstext so bezeichneten Rechte (das schließt den gesamten Titel II »Von den Grundrechten und -Garantien«, sowie die sozialen Rechte von Artikel 6 und die so bezeichneten Rechte der Arbeiter ein)⁶ hat auch die Anerken-

5 Vgl. den Einwand von Alceu Mauricio Júnior, *Direitos prestacionais, concepções de direitos fundamentais e modelos de Estado*, in Celso Albuquerque Mello und Ricardo Lobo Torres (Hg.), *Arquivos de Direitos Humanos*, Bd. 7, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, S. 4 ff.

6 Artikel 6 enthält u.a. die Rechte auf Arbeit, Ernährung, Wohnung, Gesundheit, Ausbildung, Sozialhilfe und Sozialversicherung. In Artikel 7 verankert die Bundesverfassung eine bedeutsame Liste von Rechten und Garantien der Arbeiter, vom (vom Gesetzgeber noch nicht geregelten) Schutz gegen willkürliche Kündigung bis zur Garantie eines Mindestlohnes, Schutz der Frau, Verbot der Diskriminierung in Arbeitsbeziehungen, unter anderem, sowie die Rechte auf Streik und gewerkschaftliche Freiheit, Beteiligung der Arbeitnehmer am Gewinn and an der Verwaltung der Unternehmen (Artikel 8 ff.).

nung ihrer – zumindest präsuntiven – materiellen Grundsätzlichkeit zur Folge. Das gilt auch dann, wenn man je nach der jeweils vertretenen ideologischen Orientierung und philosophischen Auffassung gute Gründe aufführen kann, um diesen Charakter in Frage zu stellen. Solche Einwände pflegen etwa bei einem Teil der Rechte der Arbeiter erhoben zu werden. Das illustrieren die Beispiele der Kündigungsmitteilung, des zusätzlichen Urlaubsgeldes und des 13. Monatsgehalts. Hier bekräftigt das Fehlen eines offensichtlichen Zusammenhangs mit der Menschenwürde (zumindest in dem Sinn, dass es sich um verbindliche Forderungen handelt, die jene Menschenwürde universalisieren)⁷ und dem sog. Existenzminimum die These, dass es sich nicht um in materieller Hinsicht »wahrhaft« grundsätzliche Rechte handelt.

Der hier zugrunde gelegte Begriff der Grundrechte, der die in einem weiten Sinn verstandenen sozialen Rechte einschließt, weist einen Zusammenhang mit materiellen Kriterien auf. Denn es geht in diesem Fall um Positionen, die – unbeschadet anderer Gründe, welche die Grundrechtlichkeit auf materieller und werthafter Ebene rechtfertigen könnten – auf der Basis des »Verfassungsgründungspaktes« den eigentümlichen und gestärkten Schutz der Grundrechte erhalten haben. Dies ergibt sich aus der Relevanz solcher Rechtsgüter nach der Ansicht der »Väter« der Verfassung. Sie vermittelt diesen Rechten zugleich eine demokratische, prozedurale und deliberative (aber auch substantielle!) Legitimation. Die Verfassung bindet alle Staatsgewalten an diese Rechte und verpflichtete sie, diese Entscheidung des Verfassungsgebers ernst zu nehmen und die vorgegebene Grundrechtsqualität zu respektieren und nicht durch andere Wertvorstellungen oder Gründe zu ersetzen um diese zu verneinen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass – zumindest im Rahmen der Brasilianischen Verfassung – alle subjektiven Rechte, seien sie explizit oder implizit verbürgt oder seien sie unter Titel II der Bundesverfassung (»Von den Grundrechten und -garantien«) sowie in anderen Teilen

7 Es muss jedoch unterstrichen werden, dass dadurch die Möglichkeit eines Zusammenhangs mit der Menschenwürde und selbst mit dem sog. Existenzminimum je nach den konkreten Umständen und den Trägern von Grundrechten ausgeschlossen wird. In dieser Hinsicht s. zuletzt Alceu Maurício Júnior, *Direitos prestacionais, concepções de direitos fundamentais e modelos de Estado*, in Celso Albuquerque Mello und Ricardo Lobo Torres (Hg.), *Arquivos de Direitos Humanos*, Bd. 7, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, S. 4 ff., obwohl ich mit der Auffassung des Autors bezüglich einer Begründung des Existenzminimums in einer Theorie der Bedürfnisse nicht ganz einverstanden bin.

der Verfassung enthalten, Grundrechte sind.⁸ Übrigens zeigt sich auch die vom Obersten Bundesgerichtshof in puncto Sozialrechte angewendete Auffassung offen für die Anerkennung der sozialen Rechte als Grundrechte.⁹ Das gilt auch für das Recht auf Arbeit und die verschiedenen anderen Rechte der Arbeiter, wie etwa der emblematische Fall des Streikrechts der Staatsbeamten beispielhaft erweist. Dies wurde vom Obersten Bundesgerichtshof entweder bestätigt oder kann im Umkehrschluss daraus begründet werden, dass er es unterlassen hat, den Grundrechtscharakter der unter Titel II der Verfassung verankerten Rechte der Arbeiter zu verneinen. Das Beispiel des im Kapitel über die öffentliche Verwaltung verankerten Streikrechts der Staatsbeamten zeigt ferner, dass der Oberste Gerichtshof sogar Rechte der Arbeiter als Grundrechte anerkannte, die durch eine ausdrückliche Bestimmung des Verfassungsgebers nicht im Titel II aufgenommen wurden.

Gerade die Rechtsprechung hat also den Charakter dieser Rechte als Grundrechte gestärkt und eine Entleerung des Verfassungstextes vermieden. Insbesondere in diesem Bereich lassen sich andere Probleme finden, mit denen es sich auseinanderzusetzen gilt, da es im Ganzen oder zum Teil kontrovers ist, ob die sozialen Grundrechte (oder zumindest einige von denen) von dem den Grundrechten vom Verfassungsgeber zugeschriebenen Rechtsregime umfasst worden sind, was von einem Teil der Lehre abgelehnt wird. Abgesehen davon, gibt es auch noch diejenigen welche die Grundrechtsqualität akzeptieren, jedoch den genauen Inhalt dieses Regimes im Bereich der sozialen Rechte in Frage stellen.

8 Zur allgemeinen Problematik der materiellen Offenheit der Grundrechte in der brasilianischen Verfassungsordnung s. mein Buch *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11. Aufl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, S. 90 ff.

9 Es genügt, u.a. auf die Entscheidungen über die Rechte auf Ausbildung, Gesundheit und Wohnung, Sozialhilfe und -versicherung zu verweisen, in denen der Gerichtshof sie nicht nur als Grundrechte anerkannte, sondern auch die Auffassung bekräftigte, dass solche Rechte den Charakter von subjektiven und daher einklagbaren Rechten haben, was im nächsten Kapitel dargestellt wird. S. in dieser Hinsicht – und lediglich als Illustration – die Entscheidung in der Aufhebung der einstweiligen Verfügung Nr. 175 vom März 2010 im Sinn der Grundsätzlichkeit des Rechts auf Gesundheit und dessen Einklagbarkeit als eines subjektiven Rechts auf staatliche Leistungen.

3. Notizen zur Wirkungskraft und zum Schutz der sozialen Grundrechte

Ein auf die Wirksamkeit und Wirkungskraft (einschließlich den Schutz und die Förderung) der sozialen Grundrechte bezogenes zentrales Problem besteht darin, die Konturen des ihnen entsprechenden, vom Verfassungegeber explizit oder implizit zugeschriebenen Rechtsregimes innerhalb der brasilianischen Verfassung festzulegen. Dieses Rechtsregime ist Gegenstand einer fruchtbaren, aber weithin umstrittenen Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann. Worum es uns hier zunächst geht, ist die Betonung der Einsicht, dass, trotz der bedeutsamen Verschiedenheit der Grundrechte, einschließlich der (im strengen Sinn) grundlegenden sozialen Rechte und der Rechte der Arbeiter, es nicht nur möglich, sondern nötig ist, die These der Anerkennung eines wesentlich einheitlichen Rechtsregimes für die Grundrechte weiterhin aufrechtzuerhalten – natürlich unbeschadet der bestehenden Besonderheiten.

Einer verfassungsrechtlichen Forderung entsprechend und eine bekannte Formulierung von Robert Alexy aufgreifend, werden die Grundrechte als relevante rechtliche Positionen verstanden, die nicht lediglich unter die Verfügungsgewalt der einfachen Parlamentsmehrheiten fallen dürfen.¹⁰ Auch aus diesem Grund müssen die Grundrechte – damit ihre bevorzugte und privilegierte Position garantiert bleibt – gegen eine Aufhebung oder willkürliche Entleerung durch die Staatsgewalten geschützt sein. Außerdem muss ihre Normativität voll garantiert sein, was die Anerkennung dessen impliziert, was man die doppelte formale und materielle Grundsätzlichkeit zu nennen pflegt.¹¹ In dieser Perspektive und in Anlehnung an die zeitgenössische verfassungsrechtliche Tradition hat auch die brasilianische Verfassung von 1988 dieses Modell übernommen, indem sie die Grundrechte ausdrücklich oder implizit in die Liste der sog. »Ewigkeitsklauseln«¹² einfügte und sie dadurch zu materiellen Grenzen der Möglichkeit einer Verfassungsänderung machte (Artikel 60, Absatz 4, IV der Bundesverfassung).¹³ Außerdem legt sie fest, dass die Normen, die Grund-

10 Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 406.

11 Vgl. ebd., S. 473 ff.

12 Auf Portugiesisch eigentlich «Cláusulas Pétreas» (Versteinerungsklauseln).

13 Nach Artikel 60, Absatz 4 der Bundesverfassung sollen Änderungsvorschläge nicht erwogen werden, die darauf zielen, Folgendes abzuschaffen: 1. die föderale Staatsform; 2. die direkte, geheime, universale und periodische Stimmabgabe; 3. die Gewaltenteilung; 4. die individuellen Rechte und Garantien. Es

rechte und -garantien festlegen, unmittelbar anwendbar sind (Artikel 5, Absatz 1).¹⁴ Auf dieser Basis nimmt Jorge Novais Reis, in Anlehnung an Aussagen von Ronald Dworkin,¹⁵ die sich allerdings nicht auf die sozialen Rechte beziehen, an, dass auch die sozialen Grundrechte als »Trümpfe gegen die Mehrheit« fungieren.¹⁶

Obwohl diese Auffassung nicht einhellig akzeptiert wird, ist sie doch weiterhin herrschende Meinung und auch von der Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofes rezipiert. Danach kommt den sozialen Rechten auch in deren Dimension als Leistungsrechte der Charakter von subjektiven, also rechtlich einklagbaren Rechten zu, die die öffentlichen Gewalten, einschließlich der legislativen, binden. Trotz dieser prinzipiell anerkannten Auffassung, welche zu einer großen Anzahl an Gerichtsverfahren in allen Instanzen der Landes- und Bundesgerichtsbarkeit führte, ist die konkrete Anwendung des Grundsatzes der unmittelbaren Verbindlichkeit der Grundrechtsnormen vor allem im Bereich der sozialen Grundrechte sehr umstritten. Unter anderen Aspekten wird auf einem zunehmenden gerichtlichen Aktivismus hingewiesen, der die Grenzen der Gewaltenteilung überschreitet und den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und der Exekutive durch Richterspruch ersetzt. Auch wird die Rechtsunsicherheit infolge der fehlenden Durchschaubarkeit und Kontrollierbarkeit der gerichtlichen Entscheidungen und der zugrundeliegenden Argumente problematisiert. Auf diese und weitere Einwände kann jedoch nicht eingegangen werden.

Darüber hinaus versteht der Oberste Bundesgerichtshof die sog. »Ewigkeitsklauseln« so, dass soziale Rechte und selbst Rechte der Arbeiter von ihnen umfasst sind. Es muss auf jeden Fall berücksichtigt werden, dass der Oberste Bundesgerichtshof nicht isoliert zu allen sozialen Rechten Stellung genommen hat. Bis jetzt gibt es jedoch keine Entscheidung von ihm,

muss erwähnt werden, dass wegen der genannten Verfassungsbestimmung die präventive (gerichtliche) Kontrolle – allerdings in außerordentlichen Fällen – der Verfassungsmäßigkeit von Verfassungsänderungen zulässig ist, da sogar die Unterbreitung von Änderungsentwürfen an das Parlament blockiert werden kann.

14 In diesem Sinn und ausführlicher s. mein bereits erwähntes Buch *A eficácia dos direitos fundamentais*, S. 86 ff.

15 Vgl. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Übersetzung ins Spanische von Marta Guastavino), Barcelona: Editorial Ariel, 1999, bes. S. 276 ff.

16 Vgl. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora – Wolters Kluwer, 2010, S. 319 ff.

die eine substantielle Anwendung des vollen Regimes der Grundsätzlichkeit auf die sozialen Rechte zurückweist.

Trotz der ziemlich großzügigen Auslegung des Rechts auf Gesundheit und der umfassenden und vielleicht sogar hypertrophierten Interpretation des Rechts auf ein Existenzminimum, geht der oberste Bundesgerichtshof – trotz der bereits erwähnten Einwände, welche zumindest zum Teil zutreffend sind – in der Regel nicht von einem absoluten Charakter der sozialen Rechte aus. Vielmehr bestätigt er, dass sie verfassungsrechtliche Grenzen haben und Gegenstand von einschränkenden Eingriffen sein können. So nimmt er für sich u.a. die gerichtliche Kontrolle von Eingriffen mit Rücksicht auf deren Verhältnismäßigkeit, Rechtssicherheit und der Garantie des wesentlichen Kerns in Anspruch. Dies wird Gegenstand einer Erörterung im nächsten Abschnitt anhand des Beispiels des Existenzminimums sein, das sogar als Parameter für die Anerkennung eines originären subjektiven Rechts auf Leistungen verstanden wurde.¹⁷

Neben den Prärogativen der unmittelbaren Anwendbarkeit und des gestärkten Schutzes gegen Eingriffe des Gesetzgebers (auch gegenüber Verfassungsänderungen) und der anderen Staatsgewalten, ist die sogenannte materielle Offenheit des Grundrechtskatalogs eines der zentralen Elemente ihres verfassungsrechtlichen Regimes, welches auch auf die sozialen Rechte Anwendung finden kann und in Artikel 5, §§ 2 und 3 der Bundesverfassung verankert ist. Hauptkriterium für die Begründung von in der Verfassung nicht als solche ausdrücklich verbürgten Grundrechte ist das Prinzip der Menschenwürde. Wichtig ist hier zu betonen, dass in genau diesem Kontext das sog. Recht auf ein Existenzminimum eine bedeutende Rolle für die Auseinandersetzung um die sozialen Grundrechte und deren entsprechenden Inhalt und Grenzen zu spielen begann.

Außerdem stellt das Existenzminimum (neben einer Übernahme dessen, was in der Weimarer Verfassung festgelegt war) eine direkte Verbindungslinie zwischen der Verfassungsentwicklung von Brasilien und Deutschland dar. Dies, obwohl im Grundgesetz – als Regel – soziale Rechte im eigentlichen Sinn, nämlich die als subjektive Rechte auf materielle Leistungen (von sozialer Gerechtigkeit) verstandenen Rechte, nicht enthalten sind. Die Rechtslehre und die Rechtsprechung begannen das Recht auf eine menschenwürdige Existenz jedoch anzuerkennen, was wiederum Einfluss auf die jüngsten Entwicklungen im brasilianischen Verfas-

17 Wir verwenden hier die von Wolfgang Martens und Peter Häberle vorgeschlagene Definition von originären Rechten (subjektiven, von der Verfassung unmittelbar abgeleiteten Rechten).

sungsrecht ausübte und weiterhin ausübt, und zwar auch (aber nicht ausschließlich) im Hinblick auf die sozialen Rechte. Darauf wird unten zurückzukommen sein.

4. Die Menschenwürde und das sogenannte Recht auf ein Existenzminimum und dessen Verhältnis zu den sozialen Grundrechten

4.1. Allgemeine Bemerkungen zum Begriff der Menschenwürde und des sogenannten Existenzminimums

Das Thema »Grundrecht auf ein Existenzminimum« ist zu facettenreich, um es hier umfassend behandeln zu können. Begrifflich meint dieses Recht einen Anspruch auf staatliche Leistungen die jeder Person ein menschenwürdiges Leben sichern. Es beruht auf dem Grundgedanken, dass jeder bedürftige Mensch, der nicht imstande ist, von sich aus oder mit Hilfe seiner Familie, seinen Lebensunterhalt zu sichern, ein Recht auf Hilfe seitens des Staates oder der Gesellschaft haben soll. Historisch gesehen hat das Existenzminimum eine Beziehung zum Prinzip der Wohltätigkeit und der Bekämpfung der Armut – auch wenn es darin nicht voll aufgeht – so wie dieser sich bereits im Laufe des 19. Jahrhunderts durchgesetzt hat,¹⁸ obwohl die Hilfe an Bedürftige schon seit längerer Zeit als Aufgabe der Kirche und teilweise des Staates angesehen wurde.¹⁹ Es sei auch daran erinnert, dass bereits im Anfangsstadium des modernen Konstitutionalismus, insbesondere aber im Rahmen der revolutionären Erfahrung Frankreichs, die Diskussion um die Anerkennung eines Rechts auf Lebensunterhalt eine gewisse Relevanz erhielt. In diesem Zusammenhang entstand sogar die Redewendung »Rechte des armen Menschen« als Versuch eines

18 Vgl., u.a. Andreas von Arnould, Das Existenzminimum, in: ders., Andreas Musil (Hrsg.), *Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, S. 253 ff., der darauf hinweist, dass bereits die preußische Gesetzgebung von 1794 vorsah, dass der Staat die Pflicht hatte, für die Ernährung und Wohlfahrt derjenigen Bürger zu sorgen, die nicht in der Lage waren, ihren eigenen Lebensunterhalt zu bestreiten, oder dann durch andere Private, aufgrund besonderer Rechtsbestimmungen.

19 In Brasilien vgl. (im monographischen Bereich), Ricardo Lobo Torres, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, S. 3 ff. Eurico Bitencourt Neto, *O direito ao mínimo para uma existência condigna*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, S. 23 ff. und Karine Cordeiro, *Direitos Fundamentais Sociais, Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, S. 92 ff.

Bruches mit einer durch den Gedanken der Wohltätigkeit geprägten Tradition, welche die herrschende Strategie in der Bekämpfung der Armut durch die Gesellschaft war. Aus dieser Debatte ergab sich dann die Einführung eines Rechtes der Bedürftigen auf staatliche Hilfeleistung in den Text der französischen Verfassung von 1793, auch wenn diese Bestimmung eher symbolischen Charakter hatte.²⁰

Unabhängig davon wie der Gedanke eines Rechts auf den Lebensunterhalt und/oder eine entsprechende staatliche Pflicht sich im Laufe der Zeit entwickelt hat, da unterschiedliche Erfahrungen in verschiedenen Orten in dieser Hinsicht gemacht wurden, hat sich in zunehmendem Maße die entsprechende Vorstellung durchgesetzt – und zwar selbst in stark liberal geprägten Verfassungsstaaten –, dass Armut und soziale Ausgrenzung Sachverhalte sind, für die der Staat irgendwie zuständig ist und für die er sorgen muss. Das gilt auch dann, wenn die Gründe nicht immer und überall von allen geteilt werden und es selbst auf der Ebene der philosophischen Begründung in Verbindung mit einer Theorie der Gerechtigkeit verschiedene Alternativen gibt.²¹

Aber auch in begrifflicher Hinsicht gibt es nicht immer Übereinstimmung, denn während einige (und das ist in Brasilien meistens der Fall) den Ausdruck Existenzminimum vorziehen, reden andere von sozialem Minimum, Subsistenzminimum oder auch Lebensminimum. Diese Ausdrücke haben zwar Überschneidungen etwa im Recht auf materielle Mindestleistungen des Staates, können aber nicht immer als Synonyme benutzt werden, da sie mit mehr oder weniger unterschiedlichen Inhalten verbunden sein können.

Unbeschadet ihrer Einführung (auch wenn mit einer anderen Bezeichnung) in die Ebene des internationalen Rechts der Menschenrechte – wie etwa in Artikel 25 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, die allen Menschen ein Recht auf einen Lebensstandard zuerkennt, der genügend ist, um die Gesundheit und das Wohlbefinden des Einzelnen und seiner Familie zu sichern –, fand die unmittelbare und ausdrückliche Verbindung des sogenannten Existenzminimums mit der Menschenwürde

20 Vgl. zu dieser Debatte, stellvertretend für alle, Carlos Miguel Herrera, *Les droits sociaux*, Paris, PUF, 2009, S. 39 ff.

21 Vgl. etwa die von Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, S. 123 ff. verglichenen und kommentierten Theorien von John Rawls und Michael Walzer. Zu den unterschiedlichen Begründungen eines Rechtes auf das Existenzminimum in der brasilianischen Rechtslehre vgl. zuletzt Ricardo Lobo Torres, *O direito ao mínimo existencial*, aaO., S. 13-34 und 54-81.

ihren ersten verfassungsgemäßen Niederschlag im Text der Weimarer Verfassung von 1919. Nach Artikel 151 dieser Verfassung, muss »die Ordnung des Wirtschaftslebens den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen«. Diese Vorstellung wurde seit 1934 in die brasilianische Verfassungstradition einverleibt, und zwar auch in den Bereich der Wirtschaftsordnung. So bestimmt etwa Artikel 170 der brasilianischen Verfassung, dass »die Wirtschaftsordnung auf der Förderung der menschlichen Arbeit und der freien Initiative beruht. Sie dient der Aufgabe, jedem, entsprechend den Grundnormen der sozialen Gerechtigkeit ... ein würdiges Dasein zu gewährleisten«. Es muss jedoch daran erinnert werden, dass das Existenzminimum – als Zweck oder Aufgabe des Staates im Rahmen der objektiven Grundsätze der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung –, d.h. die Pflicht, allen ein menschenwürdiges Dasein zu gewährleisten, nicht notwendigerweise eine vom Einzelnen unmittelbar einklagbare Position einräumte, was je nach dem auch heute noch nicht immer der Fall ist. Dies jedoch mit Ausnahme der auf der Gesetzesebene (insbesondere auf dem Gebiet der Sozialen Fürsorge und der Sicherung eines Mindestlohnes) bereits verbürgten Leistungsansprüche. Die Erhebung des Existenzminimums auf den Stand eines Grundrechtes und seine stärkere Bindung an die Menschenwürde und andere Grundrechte erfuhr angeblich ihre erste dogmatische Ausarbeitung in Deutschland, wo ein Existenzminimum übrigens auch von der Rechtsprechung relativ früh anerkannt wurde.

Obwohl es im deutschen Grundgesetz mit Ausnahme der Bestimmung über den Schutz der Mutterschaft und der Kinder, sowie über die positive Tätigkeit des Staates auf dem Feld des Ausgleichs faktischer Ungleichheiten in Bezug auf die Diskriminierung von Frauen und Menschen mit Sonderbedürfnissen (Rechte und Pflichten, die für viele nicht als soziale Rechte im eigentlichen Sinn gelten) grundsätzlich keine typischen sozialen Rechte gibt (besonders was Recht auf staatlichen soziale Leistungen angeht), nahm die Diskussion um die Gewährleistung des für ein menschenwürdiges Dasein unentbehrlichen Minimums eine herausragende Stellung ein. Dies nicht nur im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten im Vorfeld des verfassungsgebenden Verfahrens, sondern auch nach der Inkraftsetzung des Grundgesetzes von 1949, wo sie von der Rechtslehre entwickelt wurde, aber auch im Bereich der Gesetzgebung, der Verwaltungspraxis und in der Rechtsprechungsentwicklung.

In der Literatur nach dem Zweiten Weltkrieg war der Öffentlichrechtler Otto Bachof einer der ersten, der die Möglichkeit der Anerkennung eines subjektiven Leistungsanspruchs auf die Gewährleistung der für ein men-

schenwürdiges Dasein nötigen Mittel, befürwortete. Bereits am Anfang der 50er Jahre äußerte er die Meinung, dass der Grundsatz der Menschenwürde (Art. 1, Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes [GG]) nicht nur die Sicherung der Freiheit, sondern auch ein Mindestmaß an sozialer Sicherheit fordert, da ohne die materiellen Mittel für ein würdiges Dasein die Menschenwürde selbst beeinträchtigt wird. Aus diesem Grunde darf das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2, Abs. 2 GG) nicht bloß als Verbot der Zerstörung des Lebens, d.h. als Abwehrrecht begriffen werden. Es verlangt, im Gegenteil, eine aktive Haltung im Sinne der Gewährleistung des Lebens.²² Etwa ein Jahr nach der paradigmatischen Formulierung von Bachof und bereits im ersten Jahr seines Bestehens hat das Bundesverwaltungsgericht einen subjektiven Anspruch des bedürftigen Individuums auf materielle staatliche Hilfe anerkannt und aufgrund des Postulats der Menschenwürde, des allgemeinen Rechts auf Freiheit und des Rechts auf Leben argumentiert, dass der Einzelne, als selbständige und verantwortliche Person, als Träger von Rechten und Pflichten anzuerkennen sei, was vor allem die Aufrechterhaltung seiner Daseinsbedingungen impliziert.²³ Nur wenige Jahre später hat dann der Gesetzgeber einen Anspruch auf Leistungen auf dem Gebiet der Sozialfürsorge auf einfachgesetzlicher Ebene geregelt hat (Art. 4, Abs. 1 des Bundessozialhilfegesetzes). Schließlich, zwei Jahrzehnte nach der genannten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts hat auch das Bundesverfassungsgericht ein Grundrecht auf die Gewährleistung der Mindestbedingungen für ein menschenwürdiges Dasein anerkannt, obwohl zu diesem Zeitpunkt der subjektivrechtliche (einklagbare) Gehalt dieses Existenzminimums nicht deutlich gemacht wurde. Aus der für diese erste Entscheidung entwickelte Argumentation sei hier folgende Stelle zitiert: »Gewiß gehört die Fürsorge für Hilfsbedürftige zu den selbstverständlichen Pflichten eines Sozialstaates ... Dies schließt notwendigerweise die soziale Hilfe für die Mitbürger ein, die wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen an ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung gehindert und außerstande sind, sich selbst zu unterhalten. Die staatliche Gemeinschaft muß ihnen jedenfalls die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sichern und sich darüber hinaus bemühen, sie soweit wie möglich in die Gesellschaft einzugliedern,

22 Vgl. Otto Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Nr. 12, 1954, S. 42-43.

23 Vgl. BVerwGE Nr. 1, S. 159 (161ff.), Entscheidung vom 24. Juni 1954.

ihre angemessene Betreuung in der Familie oder durch Dritte zu fördern sowie die notwendigen Pflegeeinrichtungen zu schaffen.«²⁴

Trotz einiger Änderungen in der Begründung und dem Gegenstand des Gerichtsverfahrens wurde diese Entscheidung in ihrem Wesen von anderen Urteilen des Bundesverfassungsgerichts bestätigt, woraus sich die endgültige Anerkennung der Verfassungsmäßigkeit der staatlichen Gewährleistung des Existenzminimums ergab.²⁵ Außerdem vertritt die deutsche Rechtslehre den Standpunkt, dass die Sicherung der Mindestbedingungen für ein menschenwürdiges Dasein Bestandteil des wesentlichen Inhaltes des Grundsatzes des sozialen Rechtsstaats ist und eine seiner wichtigsten Aufgaben und Pflichten darstellt.²⁶ In dieser Hinsicht wird behauptet, dass der Einzelne ein Leben führen können muss, das den Erfordernissen des Grundsatzes der Menschenwürde entspricht. Aus diesem Grunde hat der Anspruch auf Sozialhilfe – der zumindest in Deutschland und in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Allgemeinen als der Hauptausdruck der Gewährleistung des Existenzminimums gilt – den

24 BVerfGE Nr. 40. S. 121 (13car3).

25 S. dazu BVerfGE Nr. 78, S. 104, wiederholt in BVerfGE Nr. 82, S. 60 und Nr. 87, S. 53. Es sei hervorgehoben, dass es in den zwei letztgenannten Entscheidungen um die Problematik der Steuergerechtigkeit ging. Es wurde dem Einzelnen und seiner Familie die Garantie zuerkannt, dass die Besteuerung nicht die für ein menschenwürdiges Dasein unentbehrlichen Mindestwerte betreffen darf. Dabei handelt es sich jedoch eigentlich nicht um einen Anspruch auf Leistungen, sondern um eine Begrenzung des staatlichen Eingriffs in den Bereich des Daseins. In diesem Fall wird auch eine abwehrrechtliche Dimension des Grundrechtes auf ein für ein menschenwürdiges Dasein erforderliches Mindestmaß hervorgehoben. In dieser Hinsicht wird der Grundsatz der Menschenwürde zu einer materiellen Grenze der staatlichen Besteuerungsmacht (unter dieser Perspektive vgl., stellvertretend für alle, Humberto Ávila, *Sistema constitucional tributário*, 3. Aufl., São Paulo, Saraiva, 2008, S. 498ff.). Am 9. Februar 2010 traf das Bundesverfassungsgericht eine Entscheidung (deren Gegenstand die Untersuchung der Verfassungsmäßigkeit einer umfassenden Reform der Sozialgesetzgebung war, nämlich die polemische Hartz-IV Reform, unter Betonung der Höhe der als Arbeitslosengeld zu zahlenden Beträge), die ebenfalls die staatliche Pflicht in Bezug auf die Gewährleistung des Existenzminimums und die Anerkennung eines entsprechenden individuellen und unverfügbaren subjektiven Rechtes implizierte. Für weitere Einzelheiten vgl., unter anderen, die Bemerkungen über das Verfahren von Stephan Rixen, Grund-sicherung für Arbeitssuchende: Grundrecht auf Existenzminimum, in: *Sozialgerichtsbarkeit*, Nr. 4, 2010, S. 240ff.

26 Siehe dazu, stellvertretend für alle, Hans-Friedrich Zacher, Das soziale Staatsziel, in: Isensee-Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR)*, Bd. I, Heidelberg, CF Müller, 1987, S. 1062ff.

Charakter einer Hilfe zur Selbsthilfe und zielt nicht auf die Herstellung der Menschenwürde an sich, sondern auf ihren Schutz und ihre Förderung ab.²⁷

In der Entfaltung der genannten Aspekte behauptet jetzt die deutsche Verfassungsrechtslehre (aber auch die Rechtsprechung), dass – und im Prinzip konvergieren die Meinungen in dieser Hinsicht – die Menschenwürde an sich nicht quantifiziert werden kann, wohl aber die individuellen Bedürfnisse, die mit ihr zusammenhängen und durch Leistungen befriedigt werden müssen.²⁸ Dabei wird jedoch davon ausgegangen, dass die notwendige Festlegung des Wertes der Hilfeleistung zur Sicherung der Mindestbedingungen eines menschenwürdigen Daseins, unbeschadet ihrer Durchführbarkeit, nicht nur räumlich und zeitlich bedingt ist, sondern auch von dem herrschenden sozialökonomischen Standard abhängt.²⁹

Es steht auf jeden Fall fest, dass man aus dem Gehalt der Menschenwürde den Schluss ziehen kann, dass die staatliche Pflicht hinsichtlich der tatsächlichen Sicherung eines würdigen Daseins mehr als nur die Gewährleistung des bloßen körperlichen Daseins (welches das sogenannte Lebensminimum betrifft) beabsichtigt und übrigens jenseits der Grenze der absoluten Armut liegt. In diesem Sinne behauptet man, dass, wenn ein Leben ohne Alternativen den Forderungen der Menschenwürde nicht entspricht, das menschliche Leben nicht auf das bloße Dasein reduziert werden darf.³⁰ Gerade in diesem Zusammenhang sei hier auf den Gedanken Heinrich Schollers hingewiesen, nach dem die Menschenwürde nur dort gesichert ist, »wo ein Dasein möglich ist, welches sich grundrechtlich ent-

27 Das ist eine gelungene Formulierung von Volker Neumann, Menschenwürde und Existenzminimum, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1995, S. 425. In Brasilien, unter einer ähnlichen Perspektive, unter Ausschluss des Gedankens der Wohltätigkeit und unter Betonung der Vorstellung, dass »das Recht auf ein Existenzminimum dem Recht auf Lebensunterhalt entspricht, von welchem schon Pontes de Miranda sprach«, vgl. José Felipe Ledur, *Direitos fundamentais sociais. Efetivação no âmbito da democracia participativa*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, S. 109ff.

28 Vgl. einmal mehr, und stellvertretend für alle, Volker Neumann, Menschenwürde und Existenzminimum, aaO., S. 428-429.

29 Vgl. Christian Starck, Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zur Grundrechtsverwirklichung?, in: ders. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. II (BVerfG und GG II), Tübingen, J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, S. 522, sowie, unter vielen anderen, Volker Neumann, Menschenwürde und Existenzminimum, aaO., S. 428.

30 Vgl., stellvertretend für alle, Volker Neumann, Menschenwürde und Existenzminimum, aaO., S. 428 ff.

falten kann, insbesondere wo die Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung besteht«. ³¹ Eine solche Begründungslinie wird auch im brasilianischen Verfassungsrecht verwendet, mit der Ausnahme einer gewissen Kontroverse in Bezug auf eine liberale oder soziale Begründung des Existenzminimums und auf Probleme, die mit der Bestimmung seines Inhaltes verbunden sind. Das sind jedoch Aspekte, die hier nicht vertieft werden können. ³²

Im Kontext der deutschen verfassungsrechtlichen Debatte (wenn auch im Bereich der Rechtslehre nicht einhellig) wird darüber hinaus zwischen einem sogenannten physiologischen Minimum, welches die Befriedigung der Grundbedürfnisse des Daseins sicherzustellen versucht, und einem sogenannten soziokulturellen Minimum, dass, über den bereits erwähnten Grundschutz hinaus, dem Einzelnen ein Minimum an Eingliederung in das soziale, politische und kulturelle Leben (in Hinblick auf eine tendenzielle Gleichheit) sicherstellen soll, unterschieden. ³³ Unter dieser Perspektive wird der wesentliche Inhalt des Existenzminimums unmittelbar aus dem Recht auf Leben und der Menschenwürde begründet (und z.B. Grundleistungen in puncto Ernährung, Kleidung, Wohnung, Gesundheit oder die un-

31 Heinrich Scholler, Die Störung des Urlaubsgenusses eines »empfindsamen Menschen« durch einen Behinderten, in: *Juristenzeitung*, 1980, S. 676.

32 Hierzu vgl., neben den bereits genannten Beiträgen von Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos und Eurico Bitencourt Neto (s. oben Anmerkungen 3 und 5), vgl. noch den Artikel von Fernando F. Scaff, Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos, in *Revista Interesse Público*, Jg. 32, 2005, S. 213ff., unter Aufnahme des Begriffs und der Begründung von Ricardo Lobo Torres, und in jüngerer Zeit die Gedanken zum Thema von Rogério Gesta Leal, *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, S. 72 ff. Zur Verbindung von Begriff und Inhalt des Rechts auf das Existenzminimum und einer Theorie der Grundbedürfnisse, die aber, der genannten deutschen Tradition entsprechend, mit einer umfassenderen, mit dem Existenzminimum kompatiblen Auffassung in Einklang steht, die neben dem körperlichen Dasein eine soziokulturelle Dimension einbezieht, vgl. im brasilianischen Recht Paulo Gilberto Cogo Leivas, *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, bes. S. 123 ff., und LEAL, Mônia Clarissa Hennig; Bolesina, Iuri. «Mínimo existencial versus mínimo vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional das políticas públicas», in: Alexy, Robert; Baez, Narciso Leandro Xavier; Sandkühler, Hans Jörg; Hahn, Paulo (Org.), *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais: um dilema Brasil e Alemanha*, Joaçaba: Editora UNOESC, 2013, p. 543 e ss.

33 Illustrativ in dieser Hinsicht ist José Martínez Soria, Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums, in: *Juristenzeitung*, Nr. 13, 2005, bes. S. 647-648.

entbehrlichen Mittel zu ihrer Befriedigung umfasst). Das sogenannte soziokulturelle Minimum wird hingegen auf dem Grundsatz des Sozialstaates und auf dem Grundsatz der Gleichheit hinsichtlich seines materiellen Inhalts basiert.³⁴

Aber selbst ein Recht auf das Existenzminimum muss in erster Linie durch den Gesetzgeber definiert werden, welcher die Leistungsform, die Höhe der Beträge, die Bedingungen für ihren Genuss usw., regelt, so dass die Gerichte über diesen Mindeststandard lediglich in Versäumnisfällen oder bei Zweckentfremdungen seitens des Gesetzgebers entscheiden können.³⁵ Sie nehmen also im Wesentlichen eine Untermaßkontrolle vor. Danach findet die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers dort ihre Grenze, wo der Mindeststandard um die für ein würdiges Dasein unentbehrlichen materiellen Bedingungen zu gewährleisten nicht eingehalten wird, d.h. wo der Gesetzgeber unter dieser Grenze bleibt.³⁶ Für den Fall Brasiliens sei hier lediglich auf die zunehmende Zahl von Veröffentlichungen und Entscheidungen verwiesen, die von höheren Gerichten (besonders vom Obersten Bundesgerichtshof) verkündet wurden und sich vor allem auf den Bereich der Gesundheit beziehen, neben Äußerungen zu anderen Gebieten.³⁷

34 Vgl. ders., ebd.

35 So die Stellung von Rüdiger Breuer, aaO., S. 97, und in jüngerer Zeit von Isabel Moreira, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais*, Coimbra, Almedina, 2007, S. 143 ff. Auch der Bundesverfassungsgerichtshof spricht dem Gesetzgeber die Hauptbefugnis zu, über den Inhalt der Leistung zu entscheiden. Siehe in dieser Hinsicht, BVerfGE, Nr. 40, S. 121 (133) und Nr. 87, S. 153 (170-171), sowie die Entscheidung vom 9. Februar 2010.

36 Vgl. das bereits genannte »leading case« des Bundesverfassungsgerichtshofes (BVerfGE, Nr. 40, S. 121 [133]).

37 Vgl. hier, unter anderen und stellvertretend für alle, die emblematische Entscheidung des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes, unter Berichterstattung von Richter Celso de Mello (Nr. 271.286/RS, veröffentlicht im »Diário da Justiça da União« [Entscheidungsregister der Bundesgerichtshöfe] vom 24. November 2011), wo festgehalten wurde – im Rahmen eines Verfahrens, in dem es um die Versorgung von Medikamenten seitens des Staates (der Patient war HIV-Träger) ging –, dass die Gesundheit ein subjektives öffentliches Recht ist und nicht auf ein »folgenloses verfassungsmäßiges Versprechen« reduziert werden darf. Vgl. ebenfalls, unter vielen anderen Urteilen, die auch verglichen werden könnten, die paradigmatische monokratische Entscheidung des STF in ADPF Nr. 45, auch von Richter Celso de Mello verfasst, in der er – obwohl es keine Entscheidung in der Sache gegeben hat – die politische Dimension der Verfassungsgerichtsbarkeit und die Möglichkeit der Kontrolle von public policies durch die Justiz bekräftigte, besonders wo es sich um

Auch wenn der Ableitung des Existenzminimums von dem Recht auf Leben und der Menschenwürde grundsätzlich gefolgt werden kann, begegnet doch die oben erwähnte Unterscheidung (zumindest so wie sie formuliert wurde) zwischen einem physiologischen und einem soziokulturellen Existenzminimum gewissen Bedenken. Diese resultieren insbesondere aus einer möglichen Beschränkung des wesentlichen Kernes des Rechts auf das Existenzminimum auf das physiologische Minimum im Sinne einer bloßen Sicherung der materiellen Mindestbedingungen. Sie kann als Vorwand benutzt werden, das Existenzminimum auf ein bloßes »Lebensminimum« (d.h. Sicherung des bloßen physischen Überlebens) zu reduzieren. Das würde jedoch den Intentionen der Verfassung (auch in Brasilien) widersprechen. Diese Unterscheidung behält jedoch ihre Bedeutung, wenn es darum geht, Schutzbereiche des Existenzminimums, wie es bei anderen Grundrechten der Fall ist, mit einiger Rationalität und Universalisierungsfähigkeit zu sichern.

Worauf es in diesem Zusammenhang also ankommt, ist die im Allgemeinen geteilte Auffassung, dass das Recht auf ein Existenzminimum nicht von einer ausdrücklichen Aufnahme in den Verfassungstext abhängt, um anerkannt werden zu können, da es sich ja schon aus dem Schutz des Lebens und der Würde des Menschen ergibt. Im Falle Brasiliens, wo es auch keine entsprechende ausdrückliche Bestimmung gibt, haben die spezifischen sozialen Rechte (wie soziale Fürsorge, Gesundheit, Wohnung, Sozialversicherung, Nahrung, Mindestlohn u.a.) letztendlich die wichtigsten Dimensionen des Existenzminimums umfasst, obwohl sie (sc. die sozialen Rechte) nicht einfach auf Konkretisierungen und Gewährleistungen des Existenzminimums reduziert werden können oder sollten. Aber es ist ja gerade der Fall Brasiliens und anderer Länder, die eine Reihe von sozialen Grundrechten auf Verfassungsebene zusichern, der zeigt, dass die Beziehung zwischen dem Existenzminimum und den Grundrechten nicht immer klar ist und wie viele Aspekte und Probleme diese Beziehung aufweist. Sie bedürfen tiefergehender Überlegung, beginnend mit der Notwendigkeit eines Zurückgreifens auf das Existenzminimum, wenn die Palette der sozialen Rechte alle möglichen Erscheinungsformen des Existenzminimums abdeckt.

die Implementierung der Garantie des Existenzminimums handelt. In jüngerer Zeit s. STA 241/RJ, unter Berichterstattung von Richter Gilmar Mendes, entschieden am 10. August 2008 (Recht auf Erziehung) und STA 175/CE, ebenfalls unter Berichterstattung von Richter Gilmar Mendes, entschieden am 17. März 2010 (Recht auf Gesundheit).

So wie auch die Menschenwürde nicht einfach als eine Ersatzkategorie der Grundrechte gehandhabt werden darf, kann auch das Existenzminimum nicht (oder sollte zumindest nicht) im Hinblick auf seine Beziehung mit den sozialen Rechten als gänzlich ersetzbar betrachtet werden, selbst wenn es sich dabei um eine Verfassungsordnung handelt, die mehrere oder sogar einen umfangreichen Katalog sozialer Rechte enthält. Es soll dadurch eine partielle und immer relative Autonomie behalten, die ihm gerade durch seine Verbindung mit der Menschenwürde zukommt. Welchen möglichen Autonomiegrad (im Sinne eines eigenen Schutzgegenstandes) ein Recht auf ein Existenzminimum in der Bundesverfassung von 1988 hat, die alle sozialen Rechte aufführt, die gewöhnlich auf irgendeiner Art mit dem Existenzminimum in Beziehung gesetzt werden, ist eine Frage, die weiter untersucht werden müsste, was aber hier nicht geleistet werden kann. Dabei wäre auch zu berücksichtigen, dass nicht alle Verfassungen, die soziale Rechte anerkennen, sie so breit auffassen wie die brasilianische.

Sowohl aus einem theoretischen Gesichtspunkt als auch aus einer praktischen Perspektive ist die Beziehung zwischen dem Existenzminimum und den verschiedenen sozialen Grundrechten durch eine Literatur und Rechtsprechung geprägt worden, die zu einem großen Teil die These unterstützen, dass das Existenzminimum – verstanden als die Gesamtheit der materiellen Leistungen, die für jede Person unentbehrlich sind, um ein würdiges Leben zu sichern – den wesentlichen Kern der sozialen Grundrechte darstellt. Dieser Kern ist gegen jeglichen Eingriff seitens des Staates und der Gesellschaft abgeschirmt.³⁸

Diese Auffassung hat sicherlich den (scheinbaren) Vorteil, zur Definition des Inhalts der sozialen Rechte beizutragen. Das gilt besonders für diejenigen Aspekte, die einschränkenden Eingriffen der staatlichen Organe und sogar Eingriffen von Privatpersonen entzogen sind. Sie verhindert jedoch nicht den Verlust der Autonomie der sozialen Grundrechte. Denn wenn der wesentliche Kern der Rechte und das Existenzminimum in ihrem ganzen Umfang identisch sind, wäre selbst die Grundrechtsqualität der sozialen Rechte im Blick auf deren Inhalt auf das Existenzminimum

38 Vgl. auf dieser Argumentationslinie z.B. Patrícia do Couto V. A. Martins, A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico, in Emerson Garcia (Hrsg.), *A efetividade dos direitos sociais*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, S. 412 ff. Die Autorin bezieht sich jedoch auf die Vorstellung der Grundbedürfnisse als des wesentlichen Kernes der sozialen Rechte (eine Vorstellung, die der des Existenzminimums ähnlich ist), der gegen rückschrittliche Maßnahmen abgeschirmt ist.

reduziert. Dieser Gesichtspunkt findet auch die Zustimmung einiger wichtiger Stimmen in der Literatur. Sie übernimmt dieses Kriterium sogar in einigen Fällen als Unterscheidungsfaktor zwischen den Grundrechten und den weiteren sozialen Rechten. Soziale Rechte sollen danach in denjenigen Aspekten, in denen sie über das Existenzminimum hinausgehen,³⁹ keine Grundrechte sein. Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden, da Grundrechte (und das gilt auch für die sozialen Rechte) als solche gelten, die in der Bundesverfassung aufgenommen sind und die mit einem speziellen und verstärkten Rechtsstatus ausgestattet sind, der ihnen durch die Verfassungsordnung zugeteilt wurde, was zumindest im Fall Brasiliens – noch! – von der herrschenden Meinung vertreten wird, wie oben bereits erwähnt.

Deshalb und um jeglichen Zweifel darüber auszuschließen, teilen wir die aus Deutschland stammende Meinung, dass alle Grundrechte einen sogenannten Wesensgehalt besitzen. Dieser Kern ist allerdings nicht mit der Menschenwürde (oder, im Falle der sozialen Rechte, mit dem Existenzminimum) identisch, obwohl die mehr oder weniger auf der Menschenwürde basierenden sozialen Grundrechte einen bestimmen (nicht in jedem Recht gleichen) Inhalt an Menschenwürde und/oder eine Verbindung mit dem Existenzminimum aufweisen.⁴⁰ Daraus können und sollen auch Konsequenzen für die Durchsetzung und den Schutz der Grundrechte gezogen werden.

4.2. Der subsidiäre Charakter des Existenzminimums gegenüber den einzelnen sozialen Grundrechten

Gerade was die brasilianische Verfassung betrifft, welche eine breite Palette von sozialen Rechten enthält, muss der subsidiäre Charakter der Si-

39 Diese ist z.B. die Position, die Ricardo Lobo Torres, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, S. 40-43, 53-54 vertritt.

40 Vgl. In diesem Sinne SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9. Aufl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, S. 141 ff. und jüngstens auch Leal, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. «Mínimo existencial versus mínimo vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional das políticas públicas», in: Alexy, Robert; Baez, Narciso Leandro Xavier; Sandkühler, Hans Jörg; Hahn, Paulo (Org.), *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais: um dilema Brasil e Alemanha*, Joaçaba: Editora UNOESC, 2013, p. 543 e ss.

cherung des Existenzminimums (als eines eigenständigen Rechts) betont werden. Teilt man jedoch nicht die Meinungen in der brasilianischen Lehre und Rechtsprechung, die den wesentlichen Kern der sozialen Rechte und das Existenzminimum identifizieren, kann das Existenzminimum als Auslegungskriterium der sozialen Rechte herangezogen werden. Dies gilt auch für die Entscheidung (die in vielen Fällen ein Abwägungsurteil impliziert) in Bezug auf die Frage, wieviel an sozialen Leistungen durch den Staat zwingend zugesichert werden muss. Bei der Kontrolle der legislativen und administrativen Entscheidungen darf jedoch nicht vergessen werden, dass der »existentielle Inhalt« nicht bei jedem sozialen Recht (Erziehung/Bildung, Wohnung, Sozialfürsorge, Freizeit, etc.) gleich ist. Deshalb ist eine Kontextualisierung immer dann notwendig, wenn es darum geht, eine konkrete rechtliche Konsequenz hinsichtlich eines negativen oder positiven Schutzes der sozialen Rechte und ihres wesentlichen Inhaltes zu ziehen, sei er mit irgendeiner konkreten Forderung der Menschenwürde unmittelbar verknüpft oder nicht.

Diese Auslegungslinie vieler ordentlicher Gerichte scheint auch vom brasilianischen Obersten Bundesgerichtshof bevorzugt zu werden, obwohl dieser nicht immer eine klare Stellung über die Beziehung zwischen dem Wesensgehalt der sozialen Rechte und dem Existenzminimum nahm. Das zeigte sich insbesondere bei der Frage, ob es sich um ersetzbare Kategorien handelt oder nicht. Auf jeden Fall muss unterstrichen werden, dass, in Bezug auf die vom Obersten Bundesgerichtshof angenommene Orientierung, die sozialen Rechte und das Existenzminimum erfordern, die Besonderheiten des Falles eines jeden Menschen zu berücksichtigen, da es sich um Rechte handelt, die eine individuelle und eine kollektive Dimension haben, welche sich nicht gegenseitig ausschließen. Es obliegt jedoch der öffentlichen Hand, unter Beachtung des Verbots des unzureichenden Schutzes, zumindest die sozialen Leistungen, die sich auf das Existenzminimum beziehen, zu gewährleisten.⁴¹ Noch in Bezug auf das Verhältnis zwischen dem Existenzminimum und den sozialen Rechten, muss daran erinnert werden, dass die sozialen Rechte, obwohl sie ausdrücklich im Verfassungstext enthalten sind und unbeschadet ihrer direkten Anwendbarkeit als Grundrechtsnormen (in dem Sinne, dass die Justizorgane solche Normen anwenden können, auch wenn sie von der Legislative noch nicht geregelt wurden), in großem Maße von einer Konkretisierung durch

41 Vgl. zuletzt und paradigmatisch in der Entscheidung im Rechtsverfahren STA 175, unter der Berichterstattung von Richter Gilmar Mendes, getroffen am 17 März 2010.

den Gesetzgeber und die öffentliche Verwaltung abhängen. Sie sind also ein komplexes und dynamisches Geflecht von gesetzgebenden Akten, normativen Akten der Exekutive, public policies, usw. Die Bestimmung des Wesensgehalts der sozialen Rechte setzt die Berücksichtigung solcher Regelungen voraus, die im unterverfassungsrechtlichen Bereich die sozialen Rechte mit Inhalt und Leben füllen. Das gilt aber auch für die anderen Grundrechte, besonders wenn der Verfassungstext wenig oder überhaupt nichts über den Inhalt des Rechtes sagt, wie im Falle der Rechte auf Wohnung, Ernährung, Freizeit und jüngstens auch hinsichtlich des in der brasilianischen Bundesverfassung eingefügten Rechtes auf Transport. Im Falle der Rechte auf Gesundheit, Bildung, Sozialversicherung und Sozialfürsorge, wie auch im Falle des Arbeiterschutzes, enthält die Bundesverfassung selber einige Richtlinien, die die staatlichen Akteure auf positive und negative Weise binden.

Im Rahmen der Diskussion um ein eventuelles Rückschrittverbot, wo Eingriffe in den aktuellen Gewährleistungsstandart sozialer Grundrechte hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit geprüft werden, geht es beispielsweise meistens nicht um den Ausschluss des entsprechenden Rechtes aus dem Verfassungstext, sondern um die Reduzierung oder den Ausschluss (in irgendeiner Form) der gesetzlich geregelten und bereits zur Verfügung stehenden sozialen Leistungen, die also nicht künstlich aus dem Rechtsentscheidungsverfahren und aus den Überlegungen, inwieweit sie zum Wesensgehalt der sozialen Grundrechte gehören, ausgeschlossen werden dürfen. Es ist nicht ohne gewichtigen Grund, dass angesehene Autoren wie etwa der portugiesische Verfassungsrechtler Gomes Canotilho seit langem behaupten, dass der gesetzgeberisch konkretisierte Wesensgehalt eines verfassungsmäßig anerkannten sozialen Rechts, wie ein wahrhaftiges Abwehrrecht gegen seinen Entzug oder seine willkürliche und unverhältnismäßige Einschränkung wirkt, besonders wenn andere Mittel zur Sicherung eines solchen wesentlichen Inhaltes nicht vorhanden sind.⁴²

Schließlich ist es in Bezug auf das Verständnis der verfassungsrechtlichen Begründung und des Inhalts eines Rechts auf das Existenzminimum, unmöglich, aprioristisch und vor allem pauschal eine Liste der wesentlichen Elemente des Existenzminimums festzulegen, im Sinne einer geschlossenen Aufstellung von negativen und positiven subjektiven Positionen (subjektiven Rechten), die dem Existenzminimum entsprechen. Dies

42 Vgl. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. Aufl., Coimbra, Almedina, 2003, S. 339-340.

schließt selbstverständlich nicht die Möglichkeit aus, die Gesamtheit der Errungenschaften aufzulisten, die bereits feststehen und die, prinzipiell und ohne weitere Möglichkeiten auszuschließen, als eine Art Wegweiser fungieren, an dem sich die Interpreten und im Allgemeinen die mit der Konkretisierung der Sicherung des Existenzminimums beauftragten Staatsorgane orientieren können.⁴³

Es sei daran erinnert, dass im Falle Brasiliens die sozialen Rechte, besonders unter Berücksichtigung der Aufnahme der Rechte auf Wohnung, Sozialhilfe, Gesundheit und Ernährung, im Allgemeinen die auf ein Existenzminimum zurückgeführten Aspekte einschließen. So erweist sich einmal mehr, dass die Vorstellung eines Existenzminimums eine differenzierte Behandlung von Ort zu Ort erfordert (auch was gewichtige regionale Unterschiede in einem selben Verfassungsstaat betrifft, was gerade in Brasilien von erheblicher Relevanz ist), insbesondere wenn es sich um Verfassungsordnungen mit oder ohne soziale Grundrechte handelt. Das verdeutlicht gerade auch der Vergleich zwischen Brasilien und Deutschland.

5. Das Existenzminimum im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit und einige Schlussfolgerungen

In Anbetracht des bisher Dargestellten, liegt es auf der Hand, dass die Anerkennung eines Rechts auf ein Existenzminimum, vor allem in einer menschenwürdekonformen Fassung, welche die soziale Eingliederung und die Teilnahme am politischen und kulturellen Leben umfasst, eine Bedingung und zugleich Grenze für die Demokratie (besonders im Rahmen eines sozialen Rechtsstaates) darstellt. Indem die Garantie des Existenzminimums insbesondere im Wirkungsbereich der sogenannten Verfassungsgerichtsbarkeit als Grenze für den Gesetzgeber wirkt – was sogar die Möglichkeit der Erklärung der materiellen Verfassungswidrigkeit eines gesetzgebenden Aktes einschließt –, wird sie im Kontext des Verfassungsstaates zu einem Bestandteil dessen, was als »Trümpfe« gegen die Mehr-

43 Genau in diesem Sinne verstehen wir den Vorschlag von Ana Paula Barcellos, aaO., S. 247 ff., in das Existenzminimum die Garantie auf Grundausbildung, Grundgesundheitspflege, Hilfe für Bedürftige und Zugang zur Justiz aufzunehmen, denn sonst sperren wir auf eine verfassungswidrige (oder zumindest problematische) Weise den Zugang zur Befriedigung der Grundbedürfnisse, die an die von der Autorin angeführten Kriterien eigentlich nicht (zumindest nicht direkt) gebunden sind.

heit bezeichnet worden ist.⁴⁴ Es handelt sich nämlich um etwas, das der freien Verfügung der konstituierten Gewalten, einschließlich des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, entzogen ist.

Auch in Bezug auf das Existenzminimum lässt sich feststellen, dass ein verfahrensrechtlicher und ein substantialistischer Ansatz vereinbar sein können. Sie können so wirken, dass sie sich gegenseitig stärken und auf diese Weise eine Art »praktische Konkordanz« (Konrad Hesse) zwischen den Forderungen des demokratischen Prinzips und der Sicherung und Förderung der sozialen Grundrechte garantieren, besonders wenn es um die materiellen Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Leben geht.

Ein bemerkenswertes Beispiel, das aus der dynamischen Erfahrung der Verfassungsrechtsprechung genommen wurde, ist die Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 9. Februar 2010. Trotz der Wiederaufnahme der Vorstellung, dass jede Person Inhaber eines (subjektiven) Rechts auf die materiellen Mindestbedingungen ist, um ein würdiges Leben genießen zu können, wird dem Gesetzgeber ein beachtlicher Spielraum zur Definition der Natur der entsprechenden Leistungen eingeräumt. Diese Gestaltungsfreiheit findet ihre Grenzen genau in dem Mindestmaß an Sicherung des Existenzminimums. Deshalb erklärte das BVerfG in derselben Entscheidung das Gesetz, das ihm zur Prüfung vorgelegt wurde, für partiell verfassungswidrig. Das Gericht fordert dabei auch, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist Inhalt und Ausmaß der Leistungen, die der Bürger verlangen kann, mit Rücksicht auf das Existenzminimum zu bestimmen und in einem kontrollierbaren, auf vertrauenswürdigen Daten und klaren Rechnerkriterien basierenden Verfahren in verantwortlicher und transparenter Weise zu bestimmen. Die gerichtliche Zurückhaltung (und damit auch eine Gefälligkeit) gegenüber dem Gesetzgeber endet jedoch nicht damit. Frühere Entscheidungen wiederholend, hat das BVerfG unter Berücksichtigung des sogenannten *judicial self-*

44 In diesem Sinne, in der Folge der bereits als klassisch geltenden Bemerkungen von Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*), siehe im Bereich der deutschen Rechtslehre Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, wo er die Bildung des Staatswillens erörtert und sowohl auf den Zusammenhang als auch auf die Spannung zwischen Grundrechten und demokratischem Prinzip hinweist (S. 498-99), und im portugiesischsprachigen Raume, mit besonderer Berücksichtigung der sozialen Rechte, Jorge Reis Novais, *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, Wolters Kluwer und Coimbra Editora, 2010, bes. S. 319 ff.

*restraint*⁴⁵ die Gesetzesbestimmungen nicht für nichtig erklärt, welche es für Übertretungen des von der Verfassung garantierten und geforderten Existenzminimums hielt, sondern dem Gesetzgeber eine Frist auferlegt, damit er im Rahmen des politischen und demokratischen Prozesses die notwendigen Änderungen bzw. Korrekturen vornimmt, um sein eigenes Werk zu korrigieren und den Verfassungsparametern anzupassen. Die wenigen Appellentscheidungen des BVerfGs zeigen die Ernsthaftigkeit der deutschen Tradition in diesem Bereich, da Urteile des Gerichts durch die gesetzgebenden Organe, unbeschadet starker Kritiken, rezipiert werden. Der Gesetzgeber betonte seine Gestaltungsfreiheit, entsprach aber den Appellen und revidierte seine vorigen Optionen oder übernahm sogar in Unterlassungsfällen die von dem BVerfG geforderte Regelung. Im Übrigen hatte sich auch hier die anfängliche (oben beschriebene, inklusive unter Erwähnung der Beschlüsse der höheren Gerichtshöfe) Entwicklung der Anerkennung der Sicherung des Existenzminimums bereits als fruchtbar erwiesen. Denn gerade das Fehlen einer gesetzgeberischen Bestimmung einer staatlichen Leistung, die zur Gewährleistung eines würdigen Lebens für diejenigen, die über keine eigene Mittel verfügen, dienen würde, führte dazu, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit eingeschaltet wurde, um den Gesetzgeber anzuregen, solche Leistungen in die deutsche soziale Gesetzgebung einzufügen.

Ungeachtet der wesentlichen Erhaltung und Einhaltung der oben angeführten Prämissen, hat auch das BVerfG einen eher »aggressiveren« Weg eingeschlagen. In dem am 18. Juli 2012 entschiedenen Fall, hat das Gericht, außer der nochmaligen allgemeinen Bekräftigung des oben bereits Ausgeführten, besonders bezüglich des Begriffs und Inhaltes des Existenzminimums, auch die Unvereinbarkeit der gesetzlichen Lage mit dem Grundgesetz (in diesem Fall mit dem Recht auf das Existenzminimum und dessen Sicherung und mit der Menschenwürde) erklärt. Der Gesetzgeber hatte nämlich seit 1993 den Wert von Hilfeleistungen für ausländische Asylbewerber nicht mehr aktualisiert. Das BVerfG hat den Gesetzgeber aufgefordert, diesen Sachverhalt sofort zu korrigieren. Weiters – und hier liegt das Novum der Entscheidung – ging er darüber hinaus, indem er eine Übergangsregel ausarbeitete. In dieser bestimmte das Gericht, dass, solange die gesetzliche Änderung nicht vorgenommen wäre, der im Einklang mit gesetzlichen Kriterien – die im Gesetzbuch des sozialen Schutzes be-

45 Zu diesem Thema siehe in Brasilien besonders Cláudio Ari Mello, *Democracia constitucional e direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

reits vorhanden sind und mit widerruflichem Charakter an diesen Fall anzuwenden seien – vorgesehene und kalkulierte Wert als soziale Leistung gezahlt werden sollte.

Gerade diese letzte Entscheidung weist – trotz wichtiger Unterschiede – eine starke Beziehung mit der Entscheidungstechnik auf, die der brasilianische STF angewandt hat, als er seine ursprüngliche Stellung zum Streikrecht von Angestellten des öffentlichen Dienstes änderte. Bei dieser Gelegenheit hat der brasilianische Gerichtshof, mangels einer spezifischen Gesetzgebung, angeordnet, dass, so wie es in der brasilianischen Verfassung vorgegeben, die geltende Gesetzgebung für den Streik im Bereich der privaten Unternehmen angewandt werden sollte, allerdings unbeschadet der seitens der Judikative von Fall zu Fall vorgenommenen Anpassungen, um widersprüchliche Interessen und Rechte zu schützen.

Die Frage, inwieweit dieser Weg sich als produktiv für den brasilianischen Fall erweist, sei es in Bezug auf die Definition des Existenzminimums (einschließlich der Definition seines Inhaltes und der entsprechenden rechtlichen Folgen), sei es in Bezug auf die Verhaltensweise der Verfassungsgerichtsbarkeit auf diesem Gebiet, ist noch weit davon entfernt, zufriedenstellend geklärt zu sein. Die Entscheidungspraxis der brasilianischen Gerichtshöfe – besonders in Bezug auf das, was uns in diesem Text vor allem interessiert, nämlich die Entscheidungspraxis des STF – zeigt, dass dies ein Thema ist, das sich in qualitativer und quantitativer Hinsicht noch in einem Ausbaustadium befindet, das aber eine spezielle Berücksichtigung des brasilianischen Verfassungsmodells und des entsprechenden sozialen, wirtschaftlichen und politischen Kontextes erfordert. Es erfordert auch den Aufbau einer verfassungsmäßig adäquaten Dogmatik, die im Einklang mit den anderen Grundrechten steht. Gerade auf diesem Gebiet sind übrigens die Herausforderungen besonders dringend, denn, wie bereits gesagt, das Existenzminimum sollte, unbeschadet seiner wichtigen Rolle, für das Verständnis und zur Verwirklichung der sozialen Grundrechte, nicht einfach den Platz dieser Rechte einnehmen.

Andererseits zeigt schon ein flüchtiger Blick auf andere Rechtsordnungen, unter Hervorhebung der Fälle Deutschlands und Portugals, dass die Organe der brasilianischen Verfassungsgerichtsbarkeit sich nicht immer (was an sich nicht notwendigerweise negativ oder positiv ist) der Grenzen der Vorstellung des Existenzminimums in unserer eigenen Verfassungsordnung bewusst sind. Abgesehen davon, wenn man sich auf die Vorstellung des Existenzminimums mit der Absicht berief, die These des Rückschrittverbots an die Beiträge der pensionierten, sehr gut bezahlten Beamten anwandte – besonders indem man sich auf einen Präzedenzfall des

portugiesischen Verfassungsgerichtshofes stützte, in dem es um Zahlungen eines selbst für brasilianische Verhältnisse niedrigen Wertes der Sozialfürsorge ging⁴⁶ –, kann man einen manchmal inflationären und sogar rhetorischen Gebrauch der Vorstellung eines Existenzminimums kritisieren.

In Brasilien ist der Gedanke, dass das Existenzminimum der Verfügung der konstituierten Gewalten immer entzogen ist und dass die Definition seines Inhaltes eine Aufgabe ist, die der Verfassungsgerichtsbarkeit zukommt, gleichfalls in verschiedenen Fällen nicht sehr gut akzeptiert und vor allem oft mangelhaft gehandhabt. Obgleich die Situation in Brasilien anders ist, darf stets daran erinnert werden, dass sowohl in Deutschland als auch in Portugal (nur um zwei in Brasilien sehr einflussreiche Verfassungsordnungen zu erwähnen) selbst die Definition des Inhalts des Existenzminimums in der Regel und in erster Linie dem Gesetzgeber zukommt, der außerdem klare, allgemeine und gleiche Kriterien festlegen muss. Dies obwohl die Gesetzgebung gleichzeitig (wie es in der oben erwähnten jüngsten Entscheidung des deutschen BVerfG deutlich wurde) die persönlichen Umstände jedes Individuums bzw. Rechtsträgers berücksichtigen muss, denn die Bedürfnisse jedes Einzelnen sind unterschiedlich. Es ist auch wahr, dass, nur in außerordentlichen Fällen, die Verfassungsgerichtshöfe in Deutschland und Portugal die Optionen des Gesetzgebers auf diesem Gebiet nicht durch ihre eigenen ersetzt haben. Ob der Weg, der von der brasilianischen Verfassungsgerichtsbarkeit, insbesondere vom STF⁴⁷ eingeschlagen worden ist, richtiger oder weniger richtig ist als das, was die hier zusammengefasst dargestellte ausländische Erfahrung zeigt, ist nicht unser Thema, obwohl in diesem Zusammenhang die unterschiedlichen Realitäten und die verschiedenen rechtlichen und politischen Traditionen, auch was die Befugnisse der Verfassungsgerichtsbarkeit betrifft, nicht vernachlässigt werden sollten. Unser Anliegen hier war darzulegen, dass die größere Richtigkeit (oder auch nicht) der Art und Weise, wie (seitens der Gerichte) in die Entscheidungen des Gesetzgebers und der Staats-

46 Vgl. das Votum von Richter Celso de Mello über den gerichtlichen Unterlassungsbefehl Nr. 24. 875-1/Distrito Federal, über den am 11. Mai 2006 entschieden wurde.

47 Es sei hier daran erinnert, dass obwohl der brasilianische Supreme Court (Supremo Tribunal Federal _STF) das letzte Wort in Sachen Verfassungsauslegung hat, jeder einzelne Richter und jedes Spruchorgan der ordentlichen und der Bundesgerichtsbarkeit für die Verfassungsmässigkeitsprüfung von Akten der Staatsgewalt zuständig ist, so dass man nach der Verfassung von 1988 von einem gemischten System der Verfassungsmässigkeitskontrolle sprechen kann.

verwaltung eingegriffen wird, zunehmend Gegenstand einer eingehenden Reflexion und stetigen Verbesserung sein sollte.

6. Zusammenfassung

Menschenwürde und soziale Grundrechte sind ein besonders wichtiger Bestandteil der brasilianischen Verfassung von 1988. Vor allem die sozialen Grundrechtsnormen haben, nach herrschender Lehre und Rechtsprechung, neben den Grundfreiheiten und den Gleichheitsrechten, einen besonders starken rechtlichen Status, welcher vor allem durch die unmittelbare Bindung aller Staatsgewalten und ihre Eingliederung in den Katalog der sogenannten «Ewigkeitsklauseln» («cláusulas pétreas») ausgezeichnet ist.

Obwohl die Sicherung eines Existenzminimums nicht ausdrücklich im Grundrechtskatalog verbürgt wurde, sondern lediglich als Staatszielbestimmung im Rahmen der Wirtschaftsordnung (seit 1934 nach dem Vorbild der Weimarer Reichsverfassung) normiert wurde, haben Lehre und Verfassungsgerichtsbarkeit ein ungeschriebenes Recht, im Sinne eines impliziten Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, aus dem Grundsatz (und Grundrecht) der Menschenwürde und des Rechtes auf Leben abgeleitet. Wie auch in der Deutschen Rechtsordnung wird das Existenzminimum zugleich als ein physiologisches und soziokulturelles Recht verstanden und hat sowohl eine leistungsrechtliche als auch abwehrechtliche Funktion.

Was den konkreten Inhalt und die rechtliche Wirksamkeit des Existenzminimums betrifft, sind jedoch verschiedene Probleme aufzuzeichnen, vor allem hinsichtlich des Verhältnisses zu den sozialen Grundrechten. Zunächst wird oft der Wesensgehalt der sozialen Grundrechte mit dem Existenzminimum gleichgestellt, was schon problematisch ist, weil damit zumindest deren relative Autonomie und Funktion ausgehöhlt wird. Darüber hinaus wird damit nicht selten der Inhalt des Existenzminimums (und damit der sozialen Grundrechte), vor allem weil dieser in der Regel nicht gesetzlich bestimmt, durch Richterspruch festgelegt, wobei der demokratisch legitimierte Gesetzgeber hier Vorrang haben sollte. Gerade weil der Verfassungsgeber von 1988 einen sehr umfangreichen Katalog sozialer Grundrechte ausdrücklich anerkannte (u.a. die Rechte auf Arbeit, Wohnung, Gesundheit, Nahrung, Freizeit, Sozialversicherung, Sozialhilfe und jüngstens auch auf Transport), sollte das Existenzminimum als Grundrecht einen subsidiären Charakter haben. Dies erweist sich als besonders wich-

tig, weil der oberste brasilianische Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal) den Inhalt des Existenzminimums relativ beliebig auslegt und als Kriterium für die Anerkennung eines subjektiven – gerichtlich durchsetzbaren – Leistungsrechts benutzt und dies auch im Sinne eines originären Leistungsrechts.

Abschließend ist zu unterzeichnen, dass die wachsende Kritik gegenüber der Art und Weise der Auslegung und Anwendung des Existenzminimums durch die Verfassungsgerichtsbarkeit ernstgenommen werden sollte und auch hier ein Blick auf eine im Allgemeinen zurückhaltende Praxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts – der meistens an den Gesetzgeber appelliert – nützlich sein könnte.