

Schriften zur Rechtstheorie

Band 300

Soziale Grundrechte ohne Prinzipien und Abwägungen

Entwickelt am Beispiel des Rechts auf
Sozialversicherung in Brasilien

Von

Pablo Miozzo



Duncker & Humblot · Berlin

PABLO MIOZZO

Soziale Grundrechte ohne Prinzipien und Abwägungen

Schriften zur Rechtstheorie

Band 300

Soziale Grundrechte ohne Prinzipien und Abwägungen

Entwickelt am Beispiel des Rechts auf
Sozialversicherung in Brasilien

Von

Pablo Miozzo



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.
hat diese Arbeit im Jahr 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D 25

Alle Rechte vorbehalten

© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach

ISSN 0582-0472

ISBN 978-3-428-18486-6 (Print)

ISBN 978-3-428-58486-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

*Zum Gedenken an
Umberto Miozzo*

Vorwort

Die vorliegende Schrift ist von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Sommersemester 2021 als Dissertation angenommen und mit *summa cum laude* bewertet worden.

Auf dem Weg zu diesem Ergebnis haben mich viele Menschen begleitet und mir geholfen. Ein besonderer Dank gilt meinem akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Ralf Poscher, für die vielfältige Förderung und die zahlreichen Impulse und Anregungen, die in dieses Buch eingegangen sind.

Auch bei Herrn Prof. Dr. Matthias Jestaedt möchte ich mich bedanken, dass er die Mühe des Zweitgutachtens auf sich genommen hat.

Für die Durchsicht von Entwürfen und Manuskripten danke ich Herrn Prof. Dr. Friedrich Müller und Dr. Benjamin Rusteberg sowie Frau Gerda Wagner und Herrn Gert Müller, die mir bei der deutschen Sprache geholfen haben.

Von den Freunden und Kollegen an der Fakultät danke ich besonders Rodrigo Cadore und Rafael Dalla Barba, die zuverlässige und konstruktive Gesprächspartner waren.

Auch bei Frau Sabine Bennemann möchte ich mich für die ständige Hilfe bei bürokratischen Fragen bedanken.

Nicht zuletzt gilt mein Dank sowohl dem Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD), der mit einem Stipendium meinen Aufenthalt in Deutschland gefördert hat, und der Bundesstaatsanwaltschaft Brasiliens (AGU), bei der ich beruflich tätig bin und die mir die Erlaubnis erteilte, in Deutschland zu promovieren.

Meiner Ehefrau Michele und meinem Sohn Lucca will ich ein herzliches DANKE sagen, weil sie so viele Stunden und Tage auf meine Gegenwart verzichten, mich aber immer unterstützt und ermutigt haben. Ihnen ist daher dieses Buch gewidmet.

Pelotas-RS, Brasilien, im Juli 2021

Pablo Miozzo

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
I. Gegenstand der Untersuchung	17
II. Gang der Untersuchung	19
B. Die Theorie der Grundrechte von Robert Alexy und die Problematik der sozialen Grundrechte	23
I. Die Grundpfeiler des Alexyschen Denkens	23
1. Der Rechtsbegriff: die Doppelnatur des Rechts	23
a) Das Richtigkeitsargument	26
b) Das Unrechtsargument	27
c) Das Prinzipienargument	27
aa) Die Inkorporationsthese	29
bb) Die Moralthese	30
cc) Die Richtigkeitsthese	30
2. Die juristische Interpretation, die Rechtsfortbildung und die juristische Argumentation	31
a) Die juristische Interpretation als hermeneutische Frage	31
b) Die Rechtsfortbildung	34
c) Die juristische Argumentation und die Sonderfallthese	34
3. Die Begriffe der Verfassung, des Grundrechts und des Konstitutionalismus ..	37
a) Die Verfassung als Grundordnung der Gemeinschaft und als Wertordnung ..	38
b) Der nichtpositivistische Begriff der Grundrechte	42
c) Die Interpretation der Grundrechte	43
d) Konstitutionalismus vs. Legalismus	45
4. Die Theorie der Grundrechte als interpretatives Modell einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik für das Grundgesetz	51
a) Die Beziehung zwischen dem Begriff der Dogmatik und dem der Theorie der Grundrechte	51
b) Der Begriff der Grundrechtsnorm	53
c) Die Struktur der Grundrechtsnormen	55
aa) Prinzipien und Werte	56
bb) Der Unterschied zwischen Prinzipien und Regeln	56

cc) Abwägung als argumentatives Modell bei der Anwendung von Prinzipien	59
dd) Die formellen Prinzipien	62
d) Die Theorie der rechtlichen Grundpositionen	63
5. Das Verhältnis von Verfassung und Gesetzgebung im prinzipientheoretischen Konstitutionalismus	64
a) Der Konflikt zwischen Grundrechten und Demokratie	64
b) Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber: die Verfassungsgerichtsbarkeit als argumentative Repräsentation des Volkes	65
c) Die Dogmatik der Spielräume	66
II. Die Problematik der sozialen Grundrechte in Deutschland	68
1. Der Begriff des sozialen Grundrechts	71
2. Soziale Grundrechte im Grundgesetz?	74
a) Der theoretische Einwand	77
b) Der dogmatische Einwand	77
c) Der methodologische Einwand	78
d) Der funktionell-rechtliche Einwand	79
e) Die herrschende Meinung	79
f) Die Position des BVerfG	81
g) Die Stellungnahme Alexys: Soziale Grundrechte als Optimierungsgebote	82
C. Die Rezeption der Prinzipientheorie Alexys in Brasilien: kritische Anmerkungen bezüglich der Dogmatik der sozialen Grundrechte	85
I. Die Vorgeschichte der brasilianischen Verfassung von 1988	85
1. Die Verfassung von 1824	85
2. Die Verfassung von 1891	87
3. Die Verfassung von 1934	89
4. Die Verfassung von 1937	90
5. Die Verfassung von 1946	91
6. Die Verfassung von 1967	92
II. Die brasilianische Verfassung von 1988: wichtige Merkmale	94
1. Die Positivierung sozialer Grundrechte in der Verfassung: faktische und normative Probleme	96
a) Der Unterschied zwischen dem in der Verfassung idealisierten Sozialprojekt und der Realität	96
b) Die diffuse Positivierung der Sozialstaatsklausel und der vielfältigen Staatsaufträge: Der „programmatische Charakter“ der Verfassung	97

c) Der Katalog der Grundrechte und die Verankerung sozialer Rechte in der Verfassung	99
d) Die Notwendigkeit, die Normativität der Verfassung gegen alte Traditionen zu stärken	100
aa) Die Theorie der „Anwendbarkeit der Verfassungsnormen“ als herrschendes dogmatisches Modell	101
bb) Die Rezeption der Prinzipientheorie und die „Überwindung“ der „Verfassungsschriften mit beschränkter oder reduzierter Wirksamkeit“ ...	104
e) Die sozialen Grundrechte in der wissenschaftlichen Diskussion	105
aa) Die sogenannte „unmittelbare Anwendbarkeit“ der sozialen Grundrechte	106
bb) Die sozialen Grundrechte als subjektive Rechte	111
2. Besondere Merkmale des Verfassungsgerichtsbarkeitsmodells	113
a) Die „dezentrierte“ oder „diffuse“ Normenkontrolle	114
b) Die „konzentrierte“ oder „zentralisierte“ Normenkontrolle	115
c) Die Kontrolle der verfassungswidrigen Unterlassungen: Modalitäten ...	115
d) Die Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofs (STF) in Bezug auf die Kontrolle der verfassungswidrigen Unterlassungen: die „Mandado de Injunção-Klage“	119
aa) Die anfängliche Position	119
bb) Die geänderte Sichtweise	120
cc) Die aktuelle gesetzliche Regulierung der „Mandado de Injunção-Klage“	121
III. Die Untauglichkeit der Prinzipientheorie als interpretatives Modell der sozialen Grundrechte in Brasilien	122
1. Die Prinzipientheorie von Alexy: rechtstheoretische, verfassungsrechtliche, rechtsmethodologische und grundrechtsdogmatische Einwände	122
a) Der Rechtsbegriff: Zirkelschluss oder <i>regressus ad infinitum</i> ?	122
b) Der Begriff der juristischen Interpretation aus linguistisch-hermeneutischer Sicht	130
c) Der Rechtsbegriff und das Problem der Interpretation und der Rechtsfortbildung	135
d) Der Zirkelschluss in der Theorie der juristischen Argumentation	137
e) Die ideale Verfassung und die idealen Grundrechte	139
f) Die falsche Dichotomie zwischen Konstitutionalismus und Legalismus ...	141
g) Der Begriff der Dogmatik aus der Sicht der doppelten Natur des Rechtes	143
aa) Die undurchsichtige Relation zwischen Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie	143
bb) Das potenzielle Übergewicht der normativen Dimension der Dogmatik	144
h) Der semantische Begriff der Norm	146

aa)	Die unmittelbar statuierte (Grundrechts-)Norm	146
bb)	Die zugeordnete (Grundrechts-)Norm als Regel	148
i)	Der Begriff der Regel als Chimäre	149
aa)	Der Begriff der Regel als vom Normsatz unmittelbare statuierte (Grundrechts-)Norm	150
bb)	Der Begriff der Regel als zugeordnete (Grundrechts-)Norm	151
j)	Einwände gegen den Prinzipienbegriff von Alexy	152
aa)	Rechtstheoretische Einwände	152
bb)	Rechtsmethodologische Einwände	157
cc)	Grundrechtsdogmatische Einwände	159
2.	Funktionell-rechtliche Einwände gegen die Prinzipientheorie: die Rolle der Legislative und der Exekutive im Bereich der Leistungsgrundrechte und die Hypertrophie der Justiz	163
a)	Das Verhältnis zwischen den Leistungsgrundrechten und der Gesetzgebung: Konflikt zwischen Demokratie und Grundrechten?	164
b)	Die Judikative als primärer Adressat des Gebots, die Leistungsgrundrechte zu konkretisieren	166
c)	Die unmittelbare Anwendbarkeit der Verfassung und die Konfusion zwischen den Ebenen der Rechtsordnung	166
d)	Die Unsichtbarmachung der in der Verfassung verankerten Normenkontrolle gegen verfassungswidrige Unterlassungen	167
3.	Die Prinzipientheorie von Alexy als Dogmatik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung: Kritische Anmerkungen	168
a)	Kontextuelle Unterschiede zwischen der brasilianischen Verfassung und dem deutschen Grundgesetz als interpretatives Problem	168
b)	Der Begriff der (brasilianischen) Verfassung als Grund- und Rahmenordnung?	169
c)	Soziale Grundrechte sind keine Prinzipien	170
d)	Interpretation und Anwendung von Verfassungsvorschriften mit verschiedener Regulierungsdichte durch die Prinzipientheorie und die Methode der Abwägung	174
e)	Zur Notwendigkeit eines dogmatischen Modells, das nicht von der Idee der Kollision ausgeht	177
f)	Die Eingriffs- und Ausgestaltungsdogmatik aus der Sicht der Prinzipientheorie	179
D. Entwicklung einer Dogmatik der sozialen Grundrechte ohne Prinzipien und Abwägungen am Beispiel des Rechts auf Sozialversicherung in Brasilien		
I.	Die Dogmatik der „Ausgestaltung“ als geeignete Kategorie im Zusammenhang der Sozialen Grundrechte	180
1.	Die Problematik des Begriffs „Ausgestaltung“ in Deutschland	180

a) Die Grundlinien zur Entwicklung einer Dogmatik: „Begrenzung“ und „Ausgestaltung“ von Grundrechten	181
b) Der Begriff der „Ausgestaltung“	183
c) Dogmatische Versuche, die Figur „Ausgestaltung“ zu umreißen	184
aa) Häberle	185
bb) Alexy	187
cc) Bumke	188
dd) Gellermann	190
ee) Cornils	192
d) Die Rezeption der Ausgestaltung in der Rechtsprechung des BVerfG: das Existenzminimum als ausgestaltungsbefürdigtes Grundrecht	193
2. Die mögliche Rolle der Kategorie der Ausgestaltung in Bezug auf die sozialen Grundrechte in Brasilien	197
a) Zurück zur Theorie der „Anwendbarkeit der Verfassungsnormen“?	198
b) Die Grundrechte in der brasilianischen Verfassung: der abwehrrechtliche und der leistungsrechtliche Gehalt der sozialen Grundrechte	200
c) Kollidieren die sozialen Grundrechte mit anderen Grundrechten oder mit Kompetenzen?	201
d) Die Reflexivität der sozialen Grundrechte: Gesetzgebungsgebot statt Optimierungsgebot	203
e) Ausgestaltungsbedürftigkeit als gemeinsames Merkmal aller sozialen Grundrechte: Einheit in der Vielfalt	204
f) Der Gesetzgeber nicht als Gegner, sondern als Bedingung der Möglichkeit der sozialen Grundrechte: Die harmonische Beziehung zwischen Grundrechten und einfachem Recht	205
g) Die sozialen Grundrechte, der objektiv-rechtliche Gehalt der Grundrechte und das Ausgestaltungsgebot	206
h) Parameter für den ausgestaltenden Gesetzgeber: Kernbereich, Mindeststandard oder Mindestmaß statt Maximierung	209
II. Normtextzentrierte Grundrechtsdogmatik: der Fall des Grundrechts auf Sozialversicherung in der brasilianischen Verfassung	212
1. Die Multidimensionalität der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung. Fragen eines allgemeinen Teils der Grundrechtsdogmatik	215
a) Soziale Grundrechte als bloß programmatische Verfassungsvorschriften ..	216
b) Die sozialen Grundrechte als Abwehrrechte	217
c) Der leistungsrechtliche Gehalt der sozialen Grundrechte	218
d) Die sozialen Grundrechte als Staatszielbestimmungen bzw. als Handlungsgebote	218
e) Soziale Grundrechte als normative-, faktische-, originäre- und derivative Leistungsrechte	222

f) Eine funktionell-rechtliche Interpretation der sozialen Grundrechte: Denken von der Kompetenz her	224
g) Zwischenfazit	231
2. Die Notwendigkeit einer Bereichsdogmatik der unterschiedlichen sozialen Grundrechte: Vielfalt in der Einheit	232
3. Der (leistungsrechtliche) Gehalt des Grundrechts auf Sozialversicherung – Bereichsdogmatik als Vielfalt in der Einheit	233
a) Das Verhältnis zwischen den sozialen Grundrechten und der Sozialen Ordnung in der brasilianischen Verfassung: die horizontale Regulierungsdichte als Richtlinie	234
b) Das Grundrecht auf Sozialversicherung als Teil der Sozialen Sicherheit: Gesundheit, Sozialversicherung und Sozialhilfe	236
c) Teleologie des Grundrechts auf Sozialversicherung (immanente Teleologie)	237
d) Konstitutionalisierung, Gesetzmäßigkeit der Verfassung und Historizität des Rechts auf Sozialversicherung	238
e) Das Grundrecht auf Sozialversicherung und das Existenzminimum	240
f) Das Recht auf Sozialversicherung und die Garantie von Freiheit und faktischer Gleichheit (Chancengleichheit)	242
g) Das Recht auf Sozialversicherung und der Vorbehalt des Möglichen	243
h) Die Rechtsprechung der Fachgerichtsbarkeit im Bereich der sozialen Grundrechte. Das Recht auf Sozialversicherung und der Prinzipientheorie	245
aa) Verlängerung des Mutterschaftsgelds	246
bb) Renten-/Pensions-Zusatzbestimmung über eine Erhöhung um 25 % ..	249
cc) „Desaposentação“/Rücktritt aus dem Rentenstatus – „Ent-Rentung“ ..	253
i) Die Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofs (STF) zur „Ent-Rentung“: die Nichtanerkennung der Annahmen der Prinzipientheorie	256
j) Zwischenfazit	259
4. Die Ausgestaltung des Grundrechts auf Sozialversicherung	262
5. Die Umgestaltung des Rechts auf Sozialversicherung	268
III. Die horizontale- und vertikale Regulierungsdichte: die Bindung an die Verfassung und an die Gesetzgebung und das Problem der verfassungsgerichtlichen Kontrolle	274
1. Die Verfassungsgerichtbarkeit aus der Sicht des Verhältnisses zwischen dem Recht auf Sozialversicherung und den verfassungsrechtlichen Kompetenzen ..	275
a) Wann findet eine verfassungswidrige Unterlassung statt? Das Problem der Lücken im Bereich des Rechts auf Sozialversicherung	275
b) Kontrolle der verfassungswidrigen Unterlassung: Wer ist dafür zuständig?	278
c) Die Mandado de Injunção-Klage und das Recht auf Sozialversicherung als originäres und derivatives Leistungsrecht	282
d) Untermaßverbot und die Kontrolle von Unterlassungen: der Fall der sozialen Rechte in Brasilien	283

e) Die Evidenzkontrolle und die Verfassungswidrigkeit wegen Unterlassung im Bereich der sozialen Grundrechte	287
2. Die Bindung der Leistungsverwaltung und der Fachgerichtsbarkeit an das hierarchisch organisierte Sozialversicherungsrecht	293
a) Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen der Rolle der Leistungsverwaltung und der Fachgerichtsbarkeit	293
b) Die richterliche Normenkontrolle der Fachgerichte im Bereich des Grundrechts auf Sozialversicherung	294
c) Interpretation und Rechtsfortbildung des Grundrechts auf Sozialversicherung	296
E. Zusammenfassung	298
Literaturverzeichnis	303
Sachverzeichnis	318

A. Einleitung

I. Gegenstand der Untersuchung

Die Prinzipientheorie von Robert Alexy, die im Rahmen seiner Theorie der Grundrechte¹ entwickelt wurde, beeinflusste und beeinflusst in verschiedenen Ländern die Debatte im Bereich der Rechtsphilosophie und des Verfassungsrechts.² Brasilien ist eines der Beispiele für den Erfolg dieser Theorie. Seit spätestens Mitte der 1990er Jahre wird Alexys Werk nicht nur im akademischen Bereich studiert und gewinnt immer mehr an Sichtbarkeit und Anhängerschaft, sondern Alexys Gedanken und Vorstellungen werden auch in der Praxis von den Gerichten angewandt, wenn auch nur teilweise und in der Regel nur in den allgemeineren Aspekten, wie z. B. die Unterscheidung zwischen Regel und Prinzip sowie die Verwendung der Abwägungsmethode – insbesondere bei Grundrechtsfragen im Allgemeinen und bei den sozialen Grundrechten im Besonderen.

Die brasilianische Verfassung, die seit 1988 in Kraft ist, repräsentiert den Bruch mit einem mehr als 20 Jahre dauernden autoritären Militärregime, in dem die individuellen Freiheiten und die politischen Rechte der Bürger systematisch missachtet wurden. Hervorzuheben ist daher die umfangreiche Liste von Grundrechten, die als Reaktion auf die autoritäre Zeit in der Verfassung von 1988 vorgesehen sind, einschließlich einer breiten Palette sozialer Grundrechte.

Vor 1988 hatte Brasilien zwar verschiedene Verfassungsregime durchlaufen, aber die Diskussion um die Grundrechte und ihre Rolle im Rechtsstaat war in der Dogmatik des Verfassungsrechts nie in den Vordergrund gerückt worden. Denn, obwohl alle früheren Verfassungen Rechte enthielten und Freiheiten garantierten, wurden diese bis zur Verfassung von 1988 nicht als für alle Staatsgewalten verbindliche Grundrechte behandelt.

Vor der aktuellen Verfassung herrschte in Theorie und Praxis die Auffassung, dass bestimmte Verfassungsvorschriften, insbesondere solche, die vom Staat zu verfolgendem Zweck oder Ziele vorsehen, nicht mit ausreichender normativer Kraft ausgestattet waren, um eine unmittelbare Vollstreckbarkeit ihres Inhalts juristisch verfolgen zu können. Mit anderen Worten: Bestimmte Rechte, die in den

¹ Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

² In diesem Sinn zu Abwägungslehre und Theorie der Grundrechte bei Alexy siehe: *Jestaedt*, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Deppenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee. C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007, S. 1–2.

Verfassungen der gesamten brasilianischen Verfassungsgeschichte vorgesehen waren, wurden nicht als subjektivierbar betrachtet. Diese Tatsache wurde mit der Verfassung von 1988 in normativer Hinsicht verändert, indem sie – inspiriert vom europäischen Konstitutionalismus der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg – den genannten Grundrechtekatalog einschließlich eines umfangreichen und vielfältigen Bündels sozialer Rechte ausdrücklich positiviert, mit einer unmittelbaren Anwendbarkeit (Art. 5 § 1 der brasilianischen Verfassung) ausgestattet und damit für die drei Staatsgewalten verbindlich gemacht hat.

Was die sozialen Grundrechte betrifft, begann in Lehre und Rechtsprechung eine ausführliche Diskussion über die Möglichkeiten und Grenzen dieser Subjektivierbarkeit. Grundrechte, wie das auf Gesundheit (Art. 6 der brasilianischen Verfassung), wurden in den Anfangsjahren der Verfassung noch als Programmsätze verstanden,³ obwohl schon damals eingeräumt wurde, dass sie zumindest hinsichtlich ihres negativen Inhalts, d. h. als Grenzen des staatlichen Handelns, Verbindlichkeit besaßen. Der leistungsrechtliche Gehalt dieser Grundrechte wurde jedoch nicht als verbindlich akzeptiert.

Genau in diesem Zusammenhang gewinnt die Prinzipientheorie als ein das bisherige Verständnis überwindendes Modell an Bedeutung, um die Verbindlichkeit der sozialen Grundrechte auch im Hinblick auf ihren leistungsrechtlichen Gehalt zu operationalisieren. Das von der Prinzipientheorie vertretene Konzept der (sozialen) Grundrechte als Prinzipien hat daher immer mehr Anhänger gewonnen, bis es zum vorherrschenden dogmatischen Modell in Brasilien wurde. Darüber hinaus haben Gerichte bestimmte (soziale) Grundrechte, wie das Grundrecht auf Gesundheit oder das auf Sozialversicherung, auf der Grundlage einiger Annahmen dieser Theorie als subjektive Rechte angewandt.

Ohne Übertreibung kann gesagt werden, dass die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien, die Konzeption der Grundrechte als Prinzipien und die Verwendung der Abwägung als Methode der Anwendung der Grundrechte, die von der Prinzipientheorie Alexys vorgeschlagen werden, allmählich axiomatisch und zu als absolut richtig anerkannten wissenschaftlichen Ausgangspunkten für die Diskussion im Bereich der Grundrechte in Brasilien wurden. Das Ziel der vorliegenden Untersuchung besteht nun zunächst darin, die Rezeption der Prinzipientheorie als dogmatisches Modell für die sozialen Grundrechte in Brasilien und vor allem ihre Axiomisierung in Frage zu stellen und ihre Unangemessenheit aufzuzeigen.

³ In Brasilien gab es schon vor der Verfassung von 1988 wichtige Stimmen in der Lehrmeinung, die die Verbindlichkeit der verfassungsrechtlichen Programmsätze verteidigten. Diese normativen Gattungen wurden nicht im Sinne bloßer positiver Ziele, sondern als Normen mit juristischer Verbindlichkeit konzipiert, allerdings nur hinsichtlich ihres Abwehrgehalts gegenüber dem Staat. Ausführlicher dazu unter C. II. 1. d), e).

Ausgehend von einem Dialog zwischen der Tradition der brasilianischen Dogmatik des Verfassungsrechts, über die Funktionen der Verfassungsvorschriften⁴ im Allgemeinen und die der Grundrechte im Besonderen, und der Kategorie der Grundrechtsausgestaltung, die im deutschen Rechtsdenken auf dem Gebiet der Dogmatik der Grundrechte, insbesondere bezüglich des Gehalts dieser Grundrechte, der über deren Rolle als Abwehrrechte hinausgeht, entwickelt wurde, werden die allgemeinen Grundlagen einer Dogmatik des leistungsrechtlichen Gehalts der sozialen Grundrechte der brasilianischen Verfassung dargestellt werden, ohne mit den rechtstheoretischen Annahmen und mit den zitierten dogmatischen Kategorien der Prinzipientheorie zu arbeiten. Das Grundrecht auf Sozialversicherung wird dabei als Beispiel verwendet.

II. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit ist in drei Kapitel unterteilt. Im ersten, das einen überwiegend deskriptiven Aspekt hat, werden die Theorie der Grundrechte von Robert Alexy und die Problematik der sozialen Grundrechte in Deutschland analysiert. Die Alexysche Theorie der Grundrechte und sein Verständnis der Grundrechte als Prinzipien werden in einem breiteren Kontext betrachtet: in der Verbindung der von ihm entwickelten Prinzipientheorie mit dem übrigen (rechtstheoretischen und philosophischen) Denken, in seinem Verhältnis zum von ihm vorgeschlagenen Begriff des Rechts, mit seinen Konzepten der Interpretation, Rechtsfortbildung und juristischen Argumentation und mit den Begriffen der Verfassung und des Konstitutionalismus. Zudem werden die Vorstellungen von Alexy zum Verhältnis von Verfassung und Gesetzgebung sowie von Gesetzgeber und Verfassungsgerichtsbarkeit beleuchtet.

Diese Form der Annäherung ist einerseits durch die Existenz einer starken Verbindung zwischen diesen Themen sowie durch die Tatsache gerechtfertigt, dass diese Beziehung untrennbar mit der Art und Weise verbunden ist, wie Alexy das Rechtsphänomen aus einem Dualismus zwischen einem idealen Recht und einem realen Recht versteht. Dieser Dualismus ist wesentlich, um sein Konzept der Grundrechte zu verstehen. In diesem Zusammenhang wird auch das klare Anliegen Alexys sowohl an der Systematik und inneren Kohärenz seiner Argumentation innerhalb der Theorie der Grundrechte als auch an der äußeren Kohärenz dieser Theorie mit den ihr zugrundeliegenden rechtsphilosophischen Prämissen

⁴ Der Ausdruck „Verfassungsvorschriften“ wird hier als Synonym für das verwendet, was Friedrich Müller in der von ihm propagierten Unterscheidung zwischen Normtext und Norm als „Verfassungstexte“ bezeichnet. Vgl. dazu Müller, Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik. Entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation. Berlin: Duncker & Humblot, 1966, S. 147 ff., Müller, Strukturierende Rechtslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 1984, S. 263 ff. und Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band I. Grundlegung für die Arbeitsmethoden des Rechtspraxis. 10. Aufl. Berlin, Duncker & Humblot, 2009, S. 183 ff. und *passim*.