

Sind Menschenrechte moralische oder juridische Rechte?

Are Human Rights Moral or Juridical Rights?

von Lorenz Engi¹

translated by Gareth Norbury

Zusammenfassung

Die Menschenrechte haben eine rechtliche und eine moralische Seite. Im Kontext des Beitrages und unter rechtsphilosophischem Aspekt sind zwei Merkmale hinsichtlich der Unterscheidung von Recht und Moral besonders wichtig: Das Recht ist in formalisierter Weise erlassen und gesetzt, während die Moral in informeller Weise wirksam wird; und das Recht ist gedeckt durch ein institutionelles System, das eine hinreichende Verlässlichkeit der Durchsetzung sicherstellt (während die Moral durch spontane soziale Prozesse zur Geltung kommt). In Bezug auf die Einordnung der Menschenrechte ist zwischen einem innerstaatlichen, einem europäischen und einem globalen Geltungsbereich zu unterscheiden: Innerhalb westlicher Verfassungsstaaten sind die Menschenrechte als Grundrechte voll verrechtlicht; sie sind damit juridische und moralische Rechte. Ebenso haben sie im europäischen Rahmen – insbesondere durch das EMRK-System – juridischen Charakter angenommen (während sie gleichzeitig moralische Rechte bleiben). Auf globaler Ebene weist das Durchsetzungsregime im Vergleich dazu noch erhebliche Defizite auf. In einem bereits länger anhaltenden Prozess werden die Durchsetzungsmechanismen aber fortlaufend verstärkt. Die Menschenrechte sind auf globaler Ebene daher moralische Rechte, die mehr und mehr juridische Geltung erlangen.

Summary

Human rights have a legal and a moral side. In the context of this contribution and from the legal-philosophical aspect, two characteristics are particularly important in the distinction between law and morals. Law is enacted and set forth in a formalised manner, while morals take effect in an informal way; and law is backed by an institutional system that guarantees sufficient dependability of enforcement (while morals are enforced by means of spontaneous social processes). As regards the classification of human rights, we must differentiate between their domestic, European and global spheres of application: in western constitutional states, human rights are fully juridified as fundamental rights; they are thus both juridical and moral rights. They have likewise assumed a juridical character in the European framework, in particular through the ECHR system, while at the same time remaining moral rights. At a global level, in contrast, there are still substantial deficits in their enforcement. In a long and continuing process, however, the enforcement mechanisms are being progressively strengthened. Human rights are thus at global level now moral rights that are increasingly attaining juridical validity.

1 Für wertvolle Hinweise danke ich Prof. Dr. Silja Vöneky.

1 For valuable comments, I would like to thank Prof. Dr. Silja Vöneky.

I. Einleitung

Die Menschenrechte werden üblicherweise als Rechte mit vor- oder überpositiver Geltung verstanden². Als solche liegen sie der positiven Rechtsordnung voraus. Sie gelten unabhängig von rechtlicher Kodifizierung und Durchsetzung. Diese vorrechtliche Geltung wird in der Regel als eine moralische verstanden³. Die Menschenrechte sind aus dieser Sicht moralische Rechte.

Indes, Menschenrechte haben durchaus auch einen juristischen Charakter. Sie sind in Verträgen verankert, werden durch nationale und internationale Gerichtshöfe durchgesetzt usw. Sie sind Thema des Völkerrechts, und nicht nur der Ethik. Menschenrechte haben mithin sowohl eine rechtliche wie eine moralische Seite. Jürgen Habermas verwendet für diese normative Struktur das Bild eines Janusgesichts: „Menschenrechte tragen ein Janusgesicht, das gleichzeitig der Moral und dem Recht zugewandt ist. Ungeachtet ihres moralischen Inhalts haben sie die Form juristischer Rechte. Sie beziehen sich *wie* moralische Normen auf alles, ‚was Menschenantlitz trägt‘, aber *als* juristische Normen schützen

I. Introduction

Human rights are usually understood as rights that have a pre- or super-positive validity². As such they are antecedent to the positive legal order. Their validity does not depend on their legal coding or enforcement. Such pre-legal validity is usually understood as a moral validity³. In this view, human rights are moral rights.

Meanwhile, human rights have also taken on a legal character. They are embodied in agreements, enforced by national and international courts, etc. They are a matter, not only of ethics, but of international law. Human rights therefore have both a legal and a moral side. Jürgen Habermas uses the image of a Janus face for this normative structure: “Human rights have a Janus face that is simultaneously turned towards morals and the law. Regardless of their moral content, they have the form of legal rights. They refer *like* moral standards to everything

2 Vgl. nur *Otfried Höffe*, Die Menschenrechte als Legitimation und kritischer Maßstab der Demokratie, in: Schwartländer (Hrsg.), Menschenrechte und Demokratie (1981), 241–274, 250 („Die Menschenrechte sind vorpositive, genauer: überpositive Grundsätze von Recht und Staat.“).

3 Vgl. *Stefan Gosepath*, Sinn der Menschenrechte, in: Lohmann/Gosepath/Pollmann/Mahler/Weiß, Die Menschenrechte: unteilbar und gleichgewichtig? (2005), 21–27, 23: „Als *moralische* Rechte gelten Menschenrechte auch unabhängig von ihrer faktischen Anerkennung und Befolgung. Wenn wir sie als moralische Verpflichtung anerkennen, dann gelten sie *vor* aller positiven Rechtssetzung.“

2 See only *Otfried Höffe*, Die Menschenrechte als Legitimation und kritischer Maßstab der Demokratie, in: Schwartländer (ed.), Menschenrechte und Demokratie (1981), 241–274, 250 (“Die Menschenrechte sind vorpositive, genauer: überpositive Grundsätze von Recht und Staat.” [*Human rights are pre-positive or, more precisely, super-positive fundamentals of law and state.*]).

3 See *Stefan Gosepath*, Sinn der Menschenrechte, in: Lohmann/Gosepath/Pollmann/Mahler/Weiß, Die Menschenrechte: unteilbar und gleichgewichtig? (2005), 21–27, 23: “Als *moralische* Rechte gelten Menschenrechte auch unabhängig von ihrer faktischen Anerkennung und Befolgung. Wenn wir sie als moralische Verpflichtung anerkennen, dann gelten sie *vor* aller positiven Rechtssetzung.” [*“Human rights have validity as moral rights irrespective of their actual recognition and observance. If we recognise them as a moral obligation, they have validity in priority to all positive lawmaking.”*]

sie einzelne Personen nur insoweit, wie sie einer bestimmten Rechtsgemeinschaft angehören – in der Regel die Bürger eines Nationalstaates.“⁴

Was aber bedeutet es genau, dass Menschenrechte sowohl juristische wie moralische Rechte sind? Inwiefern sind sie das eine, inwiefern das andere? Wo liegt der Schwerpunkt der Menschenrechtsgeltung, eher im juristischen oder im moralischen Bereich? Dieser Beitrag geht diesen Fragen nach und versucht, den normativen Status von Menschenrechten zu klären.

Die im Folgenden eingenommene Perspektive ist in erster Linie eine philosophische/rechtsphilosophische. Die grundlegenden Kategorien von Recht und Moral

‘that has a human face’, but *as* legal norms they protect individuals only to the extent that they belong to a certain legal community – usually the citizens of a nation state.”⁴

What exactly does it mean, however, when we say that human rights are both juridical and moral rights? To what extent are they one or the other? Where is the validity of human rights focused: more in the legal or in the moral field? This contribution pursues these questions and attempts to clarify the normative status of human rights.

The following perspective is primarily of a philosophical/legal-philosophical nature. The fundamental categories of law and morals are determined in a philosophical sense.

4 Jürgen Habermas, Zur Legitimation durch Menschenrechte, in: Die postnationale Konstellation. Politische Essays (1998), 170–192, 177. Ähnlich betrachtet Rainer Forst die Menschenrechte als „zugleich moralische und juristische Rechte“ (Das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Zu einer konstruktivistischen Konzeption von Menschenrechten, in: Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann [Hrsg.], Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik [1999], 66–105, 94; vgl. auch *ders.*, Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik [2011], 53 ff.). Habermas stellt an anderer Stelle den juristischen Charakter in den Vordergrund: „Der Begriff des Menschenrechts ist nicht moralischer Herkunft, sondern eine spezifische Ausprägung des modernen Begriffs subjektiver Rechte, also einer juristischen Begrifflichkeit. Menschenrechte sind *von Haus aus* juridischer Natur. Was ihnen den Anschein moralischer Rechte verleiht, ist nicht ihr Inhalt, erst recht nicht ihre Struktur, sondern ein Geltungssinn, der über nationalstaatliche Rechtsordnungen hinausweist.“ (Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren, in: *ders.*, Die Einbeziehung des Anderen [1999], 192–236, 222).

4 Jürgen Habermas, Zur Legitimation durch Menschenrechte, in: Die postnationale Konstellation. Politische Essays (1998), 170–192, 177. Rainer Forst has similar views on human rights as “*simultaneously* moral and juridical rights” (Das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Zu einer konstruktivistischen Konzeption von Menschenrechten, in: Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann [ed.], Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik [1999], 66–105, 94; see also *id.*, Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik [2011], 53 ff.). Habermas elsewhere emphasises the legal nature: “Der Begriff des Menschenrechts ist nicht moralischer Herkunft, sondern eine spezifische Ausprägung des modernen Begriffs subjektiver Rechte, also einer juristischen Begrifflichkeit. Menschenrechte sind *von Haus aus* juridischer Natur. Was ihnen den Anschein moralischer Rechte verleiht, ist nicht ihr Inhalt, erst recht nicht ihre Struktur, sondern ein Geltungssinn, der über nationalstaatliche Rechtsordnungen hinausweist.” [“The concept of human rights is not moral in origin, but rather a specific occurrence of the modern concept of subjective rights, i.e. a legal conceptuality. Human rights have an *innately* juridical nature. What gives them the appearance of moral rights is not their content, nor even their structure, but a sense of validity that applies beyond nation-state legal orders.”] (Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren, in: *id.*, Die Einbeziehung des Anderen [1999], 192–236, 222).

werden in einem philosophischen Sinn bestimmt. Zur Einordnung der Menschenrechte sind dann freilich juristische Informationen in weitem Umfang beizuziehen, wie auch der Frage Beachtung zu schenken ist, inwiefern der völkerrechtliche Begriff des Rechts vom verwendeten abweicht, und welche Schwierigkeiten interdisziplinärer Verständigung zwischen Jurisprudenz, insb. Völkerrechtswissenschaft, und Philosophie sich damit verbinden.

II. Die Unterscheidung von Recht und Moral

Die Unterscheidung von Recht und Moral ist ein großes Thema, das Gegenstand eigener Abhandlungen, ja von Büchern bilden würde⁵. An dieser Stelle kann das Problem nicht in seiner ganzen Tiefe behandelt werden. Eine grundlegende Verständigung über die Begriffe von Recht und Moral ist aber unabdingbar. Ausgangspunkt dazu bildet die Theorie Kants, der *locus classicus* zur Unterscheidung von Recht und Moral.

A. Ausgangspunkt: Kant

Kant entwickelt die Unterscheidung von Recht und Moral entlang der Differenz von äußerlich erkennbarem Verhalten und innerer Motivation. Nach Kant ist die Rechtslehre der Inbegriff der Gesetze, für die eine äußere Gesetzgebung möglich ist⁶. „Die Pflichten nach der rechtlichen Gesetzgebung können nur äußere Pflichten sein.“⁷

The classification of human rights requires the use of a wide range of legal information, however, while we must also bear in mind the extent to which the concept of law in international law differs from that used here, and what are the related difficulties of interdisciplinary comprehension between jurisprudence – in particular the study of international law – and philosophy.

II. The distinction between law and morals

The distinction between law and morals is a broad topic that could of itself form the subject of papers and indeed books⁵. The problem cannot be addressed here in its full depth; a fundamental understanding of the concepts of law and morals is however indispensable. The starting point is the theory of Kant, the *locus classicus* for the distinction between law and morals.

A. The starting point: Kant

Kant develops his distinction of law and morals along the difference between outwardly recognisable behaviour and internal motivation. According to Kant, legal doctrine is the embodiment of those laws for which external legislation is possible⁶. “Duties in accordance with rightful lawgiving can be only external duties.”⁷ All law is

5 Vgl. für eingehende aktuelle Diskussionen etwa *Matthias Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie (2008), 27 ff.; *Silja Vöneky*, Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien (2010), 24 ff.; *Dietmar von der Pfordten*, Rechtsethik, 2. Aufl. (2011), 63 ff., 81 ff.

6 *Immanuel Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Band VIII, hrsg. von Wilhelm Weischedel (1977), 336.

7 *Kant*, *ibid.*, 324.

5 See for pertinent current discussions e.g. *Matthias Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie (2008), 27 ff.; *Silja Vöneky*, Recht, Moral und Ethik – Grundlagen und Grenzen demokratischer Legitimation für Ethikgremien (2010), 24 ff.; *Dietmar von der Pfordten*, Rechtsethik, 2nd ed. (2011), 63 ff., 81 ff.

6 *Immanuel Kant*, Die Metaphysik der Sitten [The Metaphysics of Morals], Vol. VIII, ed. by Wilhelm Weischedel (1977), 336.

7 *Kant*, *ibid.*, 324.

Alles Recht fußt nämlich auf der Möglichkeit, mit den Mitteln des äußeren Zwanges durchgesetzt werden zu können⁸. „Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten also einerlei.“⁹

Dagegen ist die ethische Gesetzgebung nach Kant jene, die nicht äußerlich sein kann¹⁰. Die Ethik befasst sich mit den inneren Beweggründen des Handelns und damit mit dem Bereich, in dem physischer Zwang erfolglos bleibt – kann man jemanden doch zu einem bestimmten Handeln, nicht aber zu einem bestimmten Denken zwingen¹¹. Moralität kann nur auf freiem Selbstzwang beruhen¹². Die Ethik legt ihr Augenmerk daher auf die Motivation, auf die „Triebfeder“ des Handelns, während sich das Recht dafür nicht interessiert: „Diejenige [Gesetzgebung], welche eine Handlung zur Pflicht, und diese Pflicht zugleich zur Triebfeder macht, ist *ethisch*. Diejenige aber, welche das

based on the possibility of its being implemented by means of external force⁸. “Law and the authorisation to use coercion therefore mean one and the same thing.”⁹

On the other hand, for Kant ethical law-giving is something that cannot be external¹⁰. Ethics is concerned with the internal motives for acting and thus with an area where physical coercion will have no effect, as we can force someone to act in a certain way, but not to think in a certain way¹¹. Morality can only be based on free self-constraint¹². Ethics thus focuses on the motivation or incentive for acting, while the law is not interested in this: “That lawgiving which makes action a duty and also makes this duty the incentive is *ethical*. But that lawgiving

8 Vgl. *Kant*, *ibid.*, 339.

9 *Kant*, *ibid.*, 340.

10 *Kant*, *ibid.*, 326.

11 Vgl. schon *Baruch de Spinoza*, Politischer Traktat III § 8 (Sämtliche Werke Band 5.2, hrsg. von Wolfgang Bartuschat [1994], 41, 43): „Daraus folgt, daß all die Handlungen, zu denen niemand durch Belohnungen oder Drohungen gebracht werden kann, nicht Gegenstand der Rechtsgesetze eines Gemeinwesens sind. Beispielsweise kann niemand seine Urteilsfähigkeit aufgeben; denn welche Belohnungen oder Drohungen können einen Menschen zu dem Glauben bringen, daß das Ganze nicht größer sei als einer seiner Teile, oder daß Gott nicht existierte oder daß ein Körper, dessen Begrenztheit sichtbar ist, ein unbegrenztes Seiendes sei, allgemein gesprochen, dazu bringen, daß er das Gegenteil von dem, was er fühlt und denkt, glaubte?“

12 Vgl. *Kant* (Anm. 6), 508 ff.

8 See *Kant*, *ibid.*, 339.

9 *Kant*, *ibid.*, 340.

10 *Kant*, *ibid.*, 326.

11 See here *Baruch de Spinoza*, Politischer Traktat III § 8 (Collected Works Vol. 5.2, ed. by Wolfgang Bartuschat [1994], 41, 43): “Daraus folgt, daß all die Handlungen, zu denen niemand durch Belohnungen oder Drohungen gebracht werden kann, nicht Gegenstand der Rechtsgesetze eines Gemeinwesens sind. Beispielsweise kann niemand seine Urteilsfähigkeit aufgeben; denn welche Belohnungen oder Drohungen können einen Menschen zu dem Glauben bringen, daß das Ganze nicht größer sei als einer seiner Teile, oder daß Gott nicht existierte oder daß ein Körper, dessen Begrenztheit sichtbar ist, ein unbegrenztes Seiendes sei, allgemein gesprochen, dazu bringen, daß er das Gegenteil von dem, was er fühlt und denkt, glaubte?“ [“Whence it follows, that such things, as no one can be induced to do by rewards or threats, do not fall within the rights of the commonwealth. For instance, by reason of his faculty of judgment, it is in no man’s power to believe. For by what rewards or threats can a man be brought to believe, that the whole is not greater than its part, or that God does not exist, or that that is an infinite being, which he sees to be finite, or generally anything contrary to his sense or thought?“].

12 See *Kant* (note 6), 508 ff.

letztere nicht im Gesetze mit einschließt, mithin auch eine andere Triebfeder, als die Idee der Pflicht selbst, zulässt, ist *juridisch*.¹³

Für das Recht wesentlich erscheint in dieser Bestimmung sein Zwangscharakter¹⁴. Eine Norm gehört zum Bestand des Rechts, wenn sie die spezifische Verbindlichkeit hat, die auf der Möglichkeit zwangsweiser Durchsetzung beruht. Das Recht ist gedeckt durch einen Apparat der Erzwingung (Gerichte, Polizei, allgemein: Staat), der sich wiederum auf eine erfolgreiche Gewaltmonopolisierung stützt. In diese Richtung geht auch die Begriffsbildung Max Webers: „Eine Ordnung soll heißen (...) *Recht*, wenn sie äußerlich garantiert ist durch die Chance [des] (physischen oder psychischen) *Zwanges* durch ein auf Erzwingung der Innehaltung oder Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines *eigens* darauf eingestellten *Stabes* von Menschen.“¹⁵

Bezugnahme auf äußerlich erkennbares Verhalten und Potentialität zwangsweiser Durchsetzung erscheinen demnach als die wesentlichsten Eigenschaften des Rechts. Diese Annahmen sind durch vielfältige Argumente, die in der Diskussion seit Kant vorgebracht wurden, zu prüfen und weiter zu entwickeln. Noch einmal ist darauf hin-

ing which does not include the incentive of duty in the law and so admits an incentive other than the idea of duty itself is *juridical*“.¹³

In this definition it is the coercive character of the law that appears fundamental¹⁴. A norm will be part of law if it contains a specific obligation based on the possibility of coercive enforcement. The law is backed by an enforcement apparatus (the courts, police, in general terms: the state), that is in turn based upon the effective monopoly of force. Max Weber's concept formation also tends in this direction: "An order will be called (...) *law* if it is externally guaranteed by the probability [that] (physical or psychical) *coercion* will be applied by a *staff* of people *specifically* engaged in order to bring about compliance or avenge violation."¹⁵

A reference to outwardly recognisable behaviour and the potential for coercive enforcement thus appear to be the most fundamental characteristics of law. These assumptions are examined and further developed by various arguments that have been deployed in discussions since the time of Kant. It should again here be stressed that

13 Kant, *ibid.*, 324.

14 In der aktuellen Literatur betonen diesen zum Beispiel Bernd Rütters und Christian Fischer (Rechtstheorie, 5. Aufl. [2010], 271): „Recht und Moral unterscheiden sich in der Art der Verbindlichkeit und Erzwingung ihrer Normen. Rechtsnormen werden durch staatlichen Zwang gewährleistet oder können gewährleistet werden. Moralnormen zielen – trotz möglicher sozialer (nicht-staatlicher) Sanktionen – auf die innere Freiheit (‚Moralität‘) des Handelnden zur Einsicht.“

13 Kant, *ibid.*, 324.

14 This is emphasised in current literature by e.g. Bernd Rütters and Christian Fischer (Rechtstheorie, 5th ed. [2010], 271): "Recht und Moral unterscheiden sich in der Art der Verbindlichkeit und Erzwingung ihrer Normen. Rechtsnormen werden durch staatlichen Zwang gewährleistet oder können gewährleistet werden. Moralnormen zielen – trotz möglicher sozialer (nicht-staatlicher) Sanktionen – auf die innere Freiheit (‚Moralität‘) des Handelnden zur Einsicht." ["Law and morals differ in the nature of the binding nature and enforcement of their norms. Legal norms are or can be guaranteed by state coercion. Moral norms – in spite of possible social (non-state) sanctions – aim at influencing the internal freedom (‘morality’) of the agent to act reasonably."]

zuweisen, dass der Diskurs zum Thema an dieser Stelle nicht annähernd umfassend aufgenommen und keine eingehende Analyse der Recht-Moral-Differenz geleistet werden kann, sondern nur begriffliche Vorüberlegungen erfolgen.

B. Irritationen

Zusätzliche Gesichtspunkte können als Irritationen des Kantischen Verständnisses aufgefasst werden. Solche Irritationen vermitteln insbesondere ein (auch) inhaltlicher Rechtsbegriff, eine Problematisierung des Zwangselements und ein stärker empirisches Verständnis von Moral.

the discourse on this topic cannot be regarded as even remotely comprehensive, nor will any detailed analysis of the difference between law and morals be offered; only some initial conceptual considerations will appear.

B. Irritations

Additional criteria can be understood as irritations to the Kantian understanding. Such irritations in particular entail a legal concept that (also) relates to content, a critical discussion of the coercive element and a more strongly empirical understanding of morals.

15 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. (1972), 17. Auf den „Rechtsstab“ nehmen auch aktuelle Deutungen Bezug; vgl. etwa Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl. (2008), 77: „Als Rechtsnormen können (...) diejenigen Normen bezeichnet werden, die von einem speziellen Rechtsstab angewendet werden, der innerhalb territorialer Grenzen für sich die Kompetenz-Kompetenz in Anspruch nimmt und diese im wesentlichen auch faktisch durchzusetzen in der Lage ist.“; Matthias Mahlmann, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (2010), 238: „Recht ist eine spezifisch gesetzte, veränderliche, sozial wirksame, äußerlich durch Sanktionen bewehrte Ordnung aus Normen, die sich auf äußeres Verhalten von Menschen richten, deren innere Verbindlichkeit für die Rechtsgenossen möglich, aber nicht zwingend ist, die durch einen speziellen Stab von Menschen ausgelegt und durchgesetzt wird und inhaltlich vielfältig, z. B. auch zweckrational motiviert sein kann, aber auf die Verwirklichung des Guten und Gerechten gerichtet ist.“

15 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5th ed. (1972), 17. Current interpretations also refer to the “legal staff”; see e.g. Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 3rd ed. (2008), 77: “Als Rechtsnormen können (...) diejenigen Normen bezeichnet werden, die von einem speziellen Rechtsstab angewendet werden, der innerhalb territorialer Grenzen für sich die Kompetenz-Kompetenz in Anspruch nimmt und diese im wesentlichen auch faktisch durchzusetzen in der Lage ist.” [“Legal norms are those that are used by a special legal staff that assumes within territorial borders the competence-competence, which it can also actually implement.”]; Matthias Mahlmann, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (2010), 238: “Recht ist eine spezifisch gesetzte, veränderliche, sozial wirksame, äußerlich durch Sanktionen bewehrte Ordnung aus Normen, die sich auf äußeres Verhalten von Menschen richten, deren innere Verbindlichkeit für die Rechtsgenossen möglich, aber nicht zwingend ist, die durch einen speziellen Stab von Menschen ausgelegt und durchgesetzt wird und inhaltlich vielfältig, z. B. auch zweckrational motiviert sein kann, aber auf die Verwirklichung des Guten und Gerechten gerichtet ist.” [“Law is a specifically set forth, variable, socially effective order of norms that is protected externally by sanctions and applicable to the external behaviour of human beings; whereby its internal binding nature is possible, but not coercive, for members of a legal community; this order is interpreted and implemented by a special staff of people, can have multifarious content and can also be motivated to serve a rational purpose, but is aimed at the realising of the good and the fair.”]

1. Inhaltliche Richtigkeit

Ein Problem des Kantischen Rechtsverständnisses wird darin gesehen, dass es sich allein an formelle Gesichtspunkte hält und inhaltliche Momente außer Acht lässt. Inhaltlich kann unter diesen Voraussetzungen eigentlich alles Recht sein, solange es sich nur auf äußerliches Handeln bezieht und mit hoheitlichem Zwang durchsetzbar ist¹⁶. Dagegen wenden sich Interpretationen, die dem Recht auch begrifflich einen minimalen materialen Gehalt zuschreiben.

So argumentiert Robert Alexy, dass ein Anspruch auf Richtigkeit notwendiges Element des Begriffs des Rechts sei. Ein Verfassungsgeber etwa, der nämlich den Satz aufstellte „X ist eine souveräne, föderale und ungerechte Republik“, beginge seiner Ansicht nach einen performativen Widerspruch. Analog verhielte es sich bei einem Richter, der äußerte: „Der Angeklagte wird, was eine falsche Interpretation des geltenden Rechts ist, zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.“¹⁷ Es gibt nach Alexy daher begrifflich notwendige Zusammenhänge zwischen Recht und Moral¹⁸.

Neben einer elementaren inhaltlichen Richtigkeit sind nach Alexy zwei weitere Elemente wesentlich für Begriff und Geltung des Rechts: eine minimale soziale Wirksamkeit und eine ordnungsgemäße Gesetztheit der Normen¹⁹. Bezüglich der Wirksamkeit wird das Zwangsmoment ein-

1. Rightness of content

One problem of the Kantian understanding of law is that it adheres solely to formal criteria and ignores content. Under these conditions anything can in fact be law in terms of content provided it refers only to external actions and can be implemented via sovereign coercion¹⁶. Against this are interpretations that in conceptual terms also attribute a minimum material content to law.

Robert Alexy thus argues that a claim to rightness is a necessary element of the concept of law. For instance, the drafter of a constitution who states: “X is a sovereign, federal and unjust republic” would, according to Alexy, be uttering a performative contradiction. The same would apply to a judge who said: “The accused, in a wrong interpretation of current law, is sentenced to lifelong imprisonment”.¹⁷ Alexy thus holds that there are conceptually necessary connections between law and morals¹⁸.

Apart from an elementary rightness of the content, there are according to Alexy two further essential elements for the concept and validity of law: norms must have a minimum social effectiveness and be set forth in a due and proper manner¹⁹. As regards effectiveness, the property of coercion is

16 Kants Deutung lässt damit die Möglichkeit eines „positivistischen“ Rechtsverständnisses offen, das aber nicht dasjenige von Kant war; zur inhaltlichen Verbundenheit von Rechts- und Moralphilosophie bei Kant zum Beispiel Ralf Dreier, Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants – Kants Rechtsphilosophie im Kontext seiner Moralphilosophie, in: ders., Recht – Moral – Ideologie (1981), 286–315.

17 Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (1992), 62, 64 ff.

18 Kritische Diskussion dieser Position bei Dietmar von der Pfordten (Anm. 5), 189 ff., 206 ff.

19 Alexy (Anm. 17), insb. 139, 201.

16 Kant’s interpretation thus leaves open the possibility of a “positivistic” understanding of law, which was not however Kant’s view; on the content-related linkage between legal and moral philosophy in Kant see e.g. Ralf Dreier, Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants – Kants Rechtsphilosophie im Kontext seiner Moralphilosophie, in: id., Recht – Moral – Ideologie (1981), 286–315.

17 Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (1992), 62, 64 ff.

18 A critical discussion of this position appears in Dietmar von der Pfordten (note 5), 189 ff., 206 ff.

19 Alexy (note 17), esp. 139, 201.

gebracht, denn die Wirksamkeit rechtlicher Normen ist durch dieses charakterisiert: „Das Merkmal des Zwanges enthält dieser Begriff deshalb, weil die soziale Wirksamkeit einer Norm darin besteht, dass sie entweder befolgt oder ihre Nichtbefolgung sanktioniert wird, und weil die Sanktionierung der Nichtbefolgung von Rechtsnormen die Ausübung von physischem Zwang einschließt, der in entwickelten Rechtssystemen staatlich organisierter Zwang ist.“²⁰

Hinsichtlich der Einordnung der Menschenrechte zwischen Recht und Moral haben die inhaltlichen Gesichtspunkte, die damit eingeführt werden, keine zentrale Bedeutung, weshalb von einer weiteren Diskussion in unserem Zusammenhang abgesehen werden kann. Es ist unstrittig, dass die Menschenrechte einen inhaltlichen Anspruch auf Richtigkeit (erfolgreich) vertreten – ja die Berücksichtigung elementarer Menschenrechte wird gerade als inhaltliche Voraussetzung rechtlicher Geltung thematisiert²¹. Auch unter Prämissen inhaltlicher Richtigkeit können die Menschenrechte also Rechtsqualität annehmen; ebenso erfüllen sie unter inhaltlichen Gesichtspunkten die Voraussetzungen moralischer Geltung. Für die entsprechende Einordnung ergibt sich aus der Verbindung des Rechts mit inhaltlichen Grundvoraussetzungen demnach nichts. Zudem dient das Kriterium inhaltlicher Richtigkeit stärker der Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht als der von Recht und Moral. Am inhaltlichen Anspruch scheitert das Nicht-Recht, kaum aber die Moral. Es ist zwar denkbar (mit einem bestimmten Moralbegriff), dass eine partikuläre Moral gegen elementare Gerechtigkeitsprinzipien verstößt. Doch ist das bei der Moral der Menschenrechte nicht der Fall. So ergibt sich aus der inhaltlichen Anreicherung des Rechtsbegriffs *für die Zwecke dieser*

introduced because this characterises the effectiveness of legal norms: “This term therefore contains the characteristic of coercion because the social effectiveness of a norm consists in the fact that it is either obeyed or its disregard is sanctioned, and because the sanctioning of the disregard of legal norms includes the practice of physical coercion, which in developed legal systems is state-organised coercion”.²⁰

As regards the classification of human rights between law and morals, the content-related criteria introduced thereby do not have a central significance and so need no further discussion in our context. It is indisputable that human rights (successfully) make a content-related claim to rightness: indeed, observance of elementary human rights is even put forward as a content-related condition for legal validity²¹. Human rights can thus also assume the quality of law under premises of rightness of content; similarly, they meet the conditions of moral validity under content-related criteria. Nothing is thus to be gained as regards the appropriate classification of human rights by linking law to content-related basic conditions. The criterion of the rightness of content is in any case more useful in demarcating law and non-law than in demarcating law and morals. Non-law fails the content-related requirement, something that morals will hardly do. It is conceivable (with a certain concept of morals) that one particular moral may offend against elementary principles of justice; but this is not the case with the morals of human rights. Thus nothing is achieved *for the purposes of this investigation* by enhancing the concept of law in regard to

20 Alexy (Anm. 17), 203; vgl. auch 141.

21 Vgl. den Hinweis auf Radbruch bei Alexy (Anm. 17), 94.

20 Alexy (note 17), 203; see also 141.

21 See note on Radbruch in Alexy (note 17), 94.

Untersuchung nichts – die Menschenrechte genügen jedem inhaltlichen Anspruch von Recht und Moral und können unter diesem Aspekt beiden Normordnungen zugeordnet werden.

Bezüglich der sozialen Wirksamkeit wurde das spezifische Charakteristikum juridischer Geltung, das Alexy nennt, der staatlich organisierte Zwang, von den zuvor erwähnten Theorien bereits eingeführt und berücksichtigt. Als wichtiges neues Element des Rechtsbegriffs bleibt dessen Setzung in formellen, verfassungskonformen Verfahren zu berücksichtigen. Dies ist bei der Moral nicht der Fall – es gibt keine Instanz, die das moralisch Gültige festlegte. Dieses Unterscheidungsmerkmal ist daher im Auge zu behalten.

2. *Zwang*

Das Kantische Rechtsverständnis betont das Element des Zwanges. Auch dieses wirft aber Fragen auf. Insbesondere die Rechts-
theorie H. L. A. Harts stellt das Zwangsmoment als begrifflich notwendiges in Frage. Hart legt in der Auseinandersetzung mit Theorien, welche dem Recht den Charakter eines Befehls zuschreiben (Imperativtheorie), dar, dass gewisse rechtliche Normen diesen Kennzeichnungen nicht entsprechen. Das gilt insbesondere für Regeln, die Befugnisse zusprechen, oder für Regeln, die für jene gelten, die Recht erlassen²². Um dem gerecht zu werden, führt Hart die Unterscheidung von primären und sekundären Regeln ein: Während die primären Regeln zu einem Verhalten verpflichten, sind die sekundären Regeln „Regeln über Regeln“²³. Sie legen insbesondere fest, was als primäre Regel gilt, wer über die primären Regeln entscheidet, wie sie geändert werden etc.²⁴

content – human rights meet every content-related requirement of law and morals and can in this respect be assigned to both orders of norms.

As regards social effectiveness, the specific characteristic of juridical validity, which Alexy calls state-organised coercion, has already been introduced and considered by the above-mentioned theories. As an important new element in the concept of law, its setting forth in formal, constitution-compliant procedures will be considered. This is not the case with morals: there is no instance that specifies what is morally valid. This distinguishing feature must therefore be borne in mind.

2. *Coercion*

The Kantian understanding of law stresses the element of coercion. This however also raises certain questions. The legal theory of H. L. A. Hart in particular questions whether the property of coercion is conceptually necessary. Hart argues against theories that attribute the character of an order to law (the imperative theory), in that certain legal norms do not have such a characteristic. This holds true in particular for rules that grant powers, or for rules that apply to those that enact law²². To cover such cases, Hart distinguishes between primary and secondary rules: while primary rules require a certain conduct, secondary rules are rules about rules²³. They specify in particular what in fact is a primary rule, who decides about primary rules, how they are changed, etc.²⁴

22 Vgl. H. L. A. Hart, *Der Begriff des Rechts* (1973), 45 ff.

23 Hart, *ibid.*, 135.

24 Vgl. Hart, *ibid.*, 115 ff.

22 See H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), 26 ff.

23 Hart, *ibid.*, 92.

24 See Hart, *ibid.*, 77 ff.

Für eine Auseinandersetzung mit Harts Theorie ist hier nicht der Ort. Ihre Berücksichtigung verbietet aber einen unkritischen Umgang mit dem „Zwang“ als Begriffselement des Rechts. Zumindest in Bezug auf einige Elemente der Rechtsordnung erscheint fraglich, ob sie einen strengen Zwangscharakter haben²⁵. Schwierigkeiten in Bezug auf den Zwangscharakter des Rechts werden auch unter dem – nun zu erörternden – Aspekt deutlich, dass auch die Moral gewisse Mechanismen der Durchsetzung kennt.

3. *Moral und Sanktionen*

Nach Kant ist für die Moralität typisch, dass sie über das äußere Verhalten hinaus auch innerliche Zustände betrifft und namentlich ein Handeln um des ethischen Gesetzes willen, aus Pflicht, gebietet²⁶. Diese Charakterisierung erfolgt in einer normativen Theorieumgebung. Kant will zeigen, dass nur ein Tun, das nicht allein äußerlich korrekt, sondern auch richtig motiviert ist, den Forderungen der Moral genügt.

Diese Anlage der Theorie führt dazu, dass sie dem nur teilweise gerecht zu werden vermag, was tatsächlich als Moral zu beobachten ist. Sozialempirisch ist Moral nicht primär etwas „Innerliches“. Vielmehr bezieht sich die Moral – hier wäre insbesondere von Sozialmoral zu sprechen – in der gesellschaftlichen Wirklichkeit durchaus auf das Verhalten selbst. Wenn von jemandem gesagt wird, er habe sich unmoralisch ver-

This is not the place to address Hart's theory. Its consideration however prevents an uncritical approach to "coercion" as a conceptual element of law. It appears questionable whether at least some elements of the legal order have a strictly coercive character²⁵. Difficulties in relation to the coercive character of law also become clear under the aspect, to be discussed below, that morals too dispose of certain enforcement mechanisms.

3. *Morals and sanctions*

According to Kant, it is typical of morality to concern itself not just with external behaviour but also internal states, in particular demanding action out of duty on the grounds of ethical law²⁶. This characterisation is made as part of a normative theory. Kant wishes to show that only deeds that are not just outwardly correct, but also have the right motivation, will meet the requirements of morals.

This construction of the theory means however that it can only partially address what are actually observed as morals. In socio-empirical terms, morals are not primarily something "internal": rather, in real society, morals (in particular social morals) refer to behaviour. If we say of someone that he has behaved immorally, because for exam-

25 Es lässt sich etwa an programmatische Normen in Verfassungen oder abstrakte gesetzliche Zielnormen denken.

26 „Diese Gesetze der Freiheit heißen, zum Unterschiede von Naturgesetzen, *moralisch*. So fern sie nur auf bloße äußere Handlungen und deren Gesetzmäßigkeit gehen, heißen sie *juridisch*; fordern sie aber auch, daß sie (die Gesetze) selbst die Bestimmungsgründe der Handlungen sein sollen, so sind sie *ethisch*, und alsdann sagt man: die Übereinstimmung mit den ersteren ist die *Legalität*, die mit den zweiten die *Moralität* der Handlung.“ (Kant [Anm. 6], 318).

25 Programmatic norms in constitutions or abstract legal target norms for example can be imagined here.

26 "The Laws of Freedom, as distinguished from the Laws of Nature, are *moral laws*. So far as they refer only to external actions and their lawfulness, they are called *juridical*; but if they also require that, as laws, they shall themselves be the determining principles of our actions, they are *ethical*. The agreement of an action with juridical laws is its *legality*; the agreement of an action with ethical laws is its *morality*." (Kant [note 6], 318).

halten, weil er zum Beispiel gelogen oder ein Versprechen nicht gehalten hat, dann bezieht sich diese Aussage in erster Linie auf äußerliche Manifestationen, nicht primär auf innere Einstellungen²⁷.

Auch hat die Moral durchaus eine gewisse Durchsetzungsmacht hinter sich: Es gibt einen – mehr oder weniger starken – sozialen Druck, die moralischen Normen zu befolgen. Auch die Moral bildet ein Sanktionssystem. Wer gegen moralische Gebote verstößt, wird mit sozialer Missbilligung, Exklusion, Verachtung usw. sanktioniert²⁸.

Allerdings sind doch Unterschiede zwischen rechtlicher und moralischer Durchsetzung zu erkennen. Die jeweilige Normdurchsetzung ist anders organisiert. Im Fall des Rechts erfolgt sie durch ein institutionelles System, im Fall der Moral nur informell. Die institutionalisierte Durchsetzung des Rechts impliziert dabei eine erhöhte Verbindlichkeit. Rechtliche Normen werden mit anderer Zuverlässigkeit und Intensität vollstreckt als moralische Normen.

Wer das Recht nicht befolgt, hat in letzter Konsequenz Gefängnisstrafen zu gewärtigen. Diese Strafen kommen zur sozialen Ächtung, die den Straffälligen trifft, noch dazu (und verstärken diese) und bedeuten einen realen Ausschluss aus der menschlichen Gemeinschaft mit erheblichen Conse-

quences. If he lied or did not keep a promise, this statement primarily refers to external manifestations, not primarily to his internal attitudes²⁷.

Morals are also backed by a certain power of enforcement: There exists a fairly strong social pressure to obey moral standards. Morals also have their own system of sanctions: those who offend against moral commandments are sanctioned with social disapproval, exclusion, contempt, etc.²⁸.

There are however recognisable differences between legal and moral enforcement. The enforcement of their respective norms is organised differently: via an institutional system in the case of law, only informally in the case of morals. The institutionalised enforcement of law thereby implies a greater binding force. Legal norms are executed with a different dependability and intensity than moral standards.

Those who do not obey the law can ultimately expect a term of imprisonment. Such punishment is in addition to (and strengthens) the social ostracism facing the guilty, entailing actual exclusion from human society and significant consequences as regards for example their employment options.

27 Klaus F. Röhl und Hans Christian Röhl unterscheiden Sozialmoral (Sitte) und Moral im engeren Sinne (Sittlichkeit). Erstere ist erzwingbar und bezieht sich auf äußeres Verhalten; die zweite ist nicht erzwingbar und betrifft Verstöße gegen Glauben, Gesinnung oder guten Willen (*Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl* [Anm. 15], 303 f.). Vgl. auch die Diskussion der verschiedenen Verständnisse von Moral bei Günter Ellscheid, *Recht und Moral*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Aufl. (2011), 214–250, 216 ff.

28 Zur Moral als einem System von Sanktionen insb. *Peter Stemmer*, *Handeln zugunsten anderer – Eine moralphilosophische Untersuchung* (2000).

27 Klaus F. Röhl and Hans Christian Röhl distinguish social morality (convention) from morals in the narrower sense (morality). The former is enforceable and relates to external behaviour; the latter are not enforceable and relate to violations of beliefs, ethos or good will (*Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl* [note 15], 303 f.). See also the discussion of the various understandings of morals in Günter Ellscheid, *Recht und Moral*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (ed.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8th ed. (2011), 214–250, 216 ff.

28 On morality as a system of sanctions see esp. *Peter Stemmer*, *Handeln zugunsten anderer – Eine moralphilosophische Untersuchung* (2000).

quenzen etwa für berufliche Optionen. Wer gegen die Moral verstößt, verliert dagegen (lediglich) an sozialer Akzeptanz, wird schließlich zum sozialen Außenseiter. Diese Sanktionierungen werden zumindest teilweise als nicht so gravierend empfunden, ja gewisse Kleingemeinschaften verstehen sich bewusst als gegen die Mehrheitsgesellschaft gerichtet und integrieren entsprechende Ausschlussmechanismen in ihr (positives) Selbstbild.

Diese Betrachtungen lassen auf einen eher graduellen Unterschied zwischen rechtlicher und moralischer Normdurchsetzung schließen. Allerdings haben wir ein griffiges Abgrenzungsmerkmal immerhin darin, dass im Fall des Rechts ein institutionelles System bereitsteht, an das der Betroffene (in seinem Recht Verletzte) sich wenden kann und das ihm eine gewisse Wahrscheinlichkeit erfolgreicher Rechtsrealisation vermittelt. Im Fall des moralisch Verletzten bleibt nur der Appell an die Mitbürger und allenfalls öffentlich aufgebauter Druck; es stehen aber keine formellen Verfahren der Durchsetzung zur Verfügung.

Moralische Ansprüche, beispielsweise aus einem Versprechen, können eingefordert, aber nicht – wie die juristischen – eingeklagt werden²⁹. Es gibt keine Gerichtshöfe, an denen man moralisch zu seinem Recht kommen kann. Weniger als das Stichwort des Zwanges scheint damit die Organisation der Durchsetzung hinsichtlich der Unterscheidung von Recht und Moral wesentlich zu sein, wobei die institutionell gestützte Durchsetzung des Rechts einen höheren Grad an Verbindlichkeit impliziert.

Those who violate morals on the other hand (merely) lose in terms of social acceptance, ultimately becoming social outsiders. Such sanction is at least in some cases not taken too seriously, with certain small communities consciously seeing themselves as being against the majority of society and integrating appropriate exclusion mechanisms into their own (positive) self-image.

These observations suggest a rather gradual difference between the enforcement of legal and moral norms. We can nevertheless perceive a useful demarcation in the fact that, in the case of law, an institutional system exists to which the injured party (i.e. the party whose rights have been breached) can turn, offering him at least the chance of successfully enforcing his rights. Those suffering moral injury can only appeal to their fellow citizens and if necessary apply public pressure; no formal enforcement procedures are however available.

Moral claims, for example those arising from a promise, may be invoked, but they cannot be the subject of a petition in the same way as legal claims²⁹. There are no courts where we can obtain our moral rights. It is not so much the key term “coercion” but rather the organisation of enforcement that seems to be fundamental in the distinction of law and morals, with the institutionally supported enforcement of law implying its more binding nature.

29 Vgl. auch *Peter Schaber*, *Menschenwürde* (2012), 123: „Unter ‚moralischen Rechten‘ werden Forderungen verstanden, die Menschen geltend machen können, die aber – anders als juristische Rechte – nicht durch staatliche Gewalt erzwungen werden können.“

29 See also *Peter Schaber*, *Menschenwürde* (2012), 123: “Unter ‘moralischen Rechten’ werden Forderungen verstanden, die Menschen geltend machen können, die aber – anders als juristische Rechte – nicht durch staatliche Gewalt erzwungen werden können.” [“The term ‘moral rights’ is understood to mean demands which can be made by human beings, but which – in contrast to juridical rights – cannot be enforced by the state.”]

4. Äußerlichkeit

Schließlich ist auch der Bezug auf äußerliches Verhalten, der bei Kants Bestimmung des Rechts eine große Bedeutung besitzt, nicht unproblematisch. So hält es Dietmar von der Pfordten für nicht ausgeschlossen, dass sich das Recht auch auf innere Präferenzen bzw. Willensakte zweiter Ordnung beziehen könnte. Die Rechtsordnungen religiös ausgerichteter Gemeinwesen hätten das zu allen Zeiten getan. Und auch im modernen Recht fänden sich einzelne entsprechende Normen, etwa bezüglich des subjektiven Tatbestands im Strafrecht³⁰.

Mit Blick auf die Einordnung der Menschenrechte zwischen Recht und Moral braucht diese Frage nicht vertieft zu werden. Denn die Menschenrechte beziehen sich auf äußerliches Verhalten. Sie können damit dem Recht zugeordnet werden, aber auch der Moral, die darüber hinaus in einem kantischen Verständnis innere Einstellungen verlangt³¹. Das Kriterium der Bezugnahme auf äußerliches Verhalten kann deshalb im Folgenden außer Acht gelassen werden.

4. Externality

Finally, the reference to outward behaviour, which has great importance in Kant's notion of law, is not without its problems. Dietmar von der Pfordten holds that it is possible that law could also refer to internal preferences or second-order acts of volition. The legal orders of religious communities in his view have always done this and in modern law, too, similar individual norms exist, for instance those concerning subjective elements in criminal law cases³⁰.

We do not need to address this question further in the classification of human rights between law and morals, as human rights refer to outward behaviour. They can thus be assigned to law but also to morals, which in the Kantian understanding also demands internal attitudes³¹. The criterion of a reference to outward behaviour can now therefore be disregarded.

30 Dietmar von der Pfordten (Anm. 5), 73 ff., insb. 75 (es ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass der Begriff der „äußeren Handlung“ bei Kant nach von der Pfordten mentale und emotionale Vorgänge nicht ausschließt (ibid., 388 ff., insb. 396 f.)).

31 Bezieht man die Moral *nur* auf innerliche Einstellungen, könnte das hinsichtlich der moralischen Geltung der Menschenrechte (die diesen Bereich ja offenkundig überschreiten) ein Problem sein. Ein solch enges Moralverständnis hat sich aber bereits als unzulänglich erwiesen (Ziff. 3). Es ist auch nicht dasjenige Kants, bei dem Moralität *zusätzlich* zur äußeren eine motivationale Dimension einschließt (vgl. die Zitate bei Anm. 13 und in Anm. 26).

30 Dietmar von der Pfordten (note 5), 73 ff., esp. 75 (note here that the term “external behaviour” used by Kant does not, according to von der Pfordten, exclude mental and emotional processes (ibid., 388 ff., esp. 396 f.)).

31 If we relate morality *only* to internal attitudes, this could pose problems for the moral validity of human rights (which are obviously outside this sphere). Such a narrow understanding of morality has however already proven inadequate (see point 3 above). Nor is this Kant's understanding: for him morality *also* includes a motivational dimension towards the external (see quotations in notes 13 and 26).

C. *Zwischenergebnis*

Schlussfolgernd erweisen sich für die Zwecke dieser Untersuchung zwei Elemente in Bezug auf die Differenz von Recht und Moral als besonders wichtig. Das erste bezieht sich primär auf die Setzung, das zweite auf die Durchsetzung von Normen:

- Das Recht ist in formalisierter Weise erlassen und gesetzt. Es wird in der Regel durch offizielle Organe in formellen Verfahren erlassen. Dazu ist allerdings ein Vorbehalt hinsichtlich des Gewohnheitsrechts zu machen³². Das Recht ist in Rechtssammlungen vorzufinden. Dagegen ist die Moral nirgends kodifiziert, sie wirkt nur informell.
- Das Recht hat eine besondere Durchsetzungsintensität für sich. Diese äußert sich darin, dass es durch ein institutionelles System gedeckt ist und realisiert wird, das regelmäßig die Möglichkeit legitimer physischer Gewaltanwendung erfolgreich für sich beansprucht und so eine hinreichende Verlässlichkeit der Rechtsdurchsetzung sicherstellt. Die Moral ist durch keinen solchen Apparat gedeckt und wird durch spontane soziale Prozesse zur Wirkung gebracht.

D. *Weiter Rechtsbegriff in der Völkerrechtswissenschaft*

Die gefundenen Bestimmungen verstehen sich als rechtsphilosophisch. Es ist nun zu beachten, dass die Völkerrechtslehre eine andere Terminologie verwendet. Das Völkerrecht kennt, anders als das staatliche Recht, keine Durchsetzungsinstanz mit einem Gewaltmonopol. Die Völkerrechtslehre, die vom Rechtscharakter ihres Gegenstandes ausgehen muss³³, verwendet daher besonders offene und weite Begriffe des Rechts. Auch durchsetzungsschwaches Recht, heißt es in der völkerrechtlichen Lite-

C. *Interim conclusion*

Thus, for the purposes of this investigation, two elements appear particularly important with regard to the difference between law and morals. The first refers primarily to the setting forth and the second to the enforcement of norms:

- Law is enacted and set forth in a formalised manner and is usually enacted by official bodies in formal procedures: one caveat however must be made in the case of customary law³². Law is to be found in collections of laws: morals on the other hand are not codified anywhere and have only informal effect.
- Law has its own special intensity of enforcement. This is expressed by the fact that it is backed and realised by means of an institutional system that effectively claims the possibility of the legitimate use of physical force for itself on a regular basis and thus ensures the sufficient dependability of law enforcement. Morals are not backed by any such apparatus and rely for their effect on spontaneous social processes.

D. *The further concept of law in the study of international law*

The above definitions are to be understood in legal-philosophical terms. We must however note that the doctrine of international law uses another terminology. Unlike national law, international law does not have an enforcement authority with a monopoly of force. International *legal* doctrine, which must proceed from the legal character of its object³³, therefore uses particularly open and wide-ranging legal concepts. Even where the enforcement of the law is weak it is still, according to interna-

32 Es spielt im völkerrechtlichen Bereich eine große Rolle und ist als Völkerrechtsquelle anerkannt (vgl. insb. Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut).

32 This plays a major role in international law and is recognised as a source of international law (see esp. Art. 38 (1) (b) of the Statute of the ICJ).

ratur, sei Recht³⁴. Faktische Erzwingbarkeit wird von Völkerrechtlern nicht als unverzichtbar für eine Rechtsordnung betrachtet³⁵. Besonders die faktisch hohe Wirksamkeit des Völkerrechts, auch ohne Deckung durch eine konzentrierte globale Macht, gilt als Zeichen der Rechtsqualität des Völkerrechts³⁶.

Es ist insbesondere die Kategorie des „soft law“, die eine erhebliche Distanz der völkerrechtlichen Terminologie zur zuvor entwickelten Begrifflichkeit anzeigt. „Soft law“ sind Regelungen, die nicht einer der formellen Völkerrechtsquellen entstammen und deshalb keine rechtliche Verbindlichkeit im strengen Sinn aufweisen, dennoch aber gewisse rechtliche Wirkungen entfalten³⁷. Obgleich nicht unumstritten³⁸, wird die Kategorie in der Völkerrechtswissenschaft breit akzeptiert. Es besteht damit also Recht („law“) ohne strenge juristische Verbindlichkeit. Daniel Thürer weist auf die

tional law literature, law³⁴. International law experts do not regard actual enforceability as indispensable for a legal order³⁵. Its high degree of actual effectiveness, even without the backing of a concentrated global power, is considered in particular to be an indication of the legal quality of international law³⁶.

It is especially in the category of soft law that a substantial distance can be seen in the terminology of international law compared to the prior conceptuality. The term “soft law” means regulations that do not originate from one of the formal sources of international law and therefore have no legally binding force in the strict sense, but that nevertheless have a certain legal effectiveness³⁷. While not undisputed³⁸, this category is broadly accepted in the study of international law. There thus exists “law” without any strict legally binding force. Daniel Thürer indicates the substantial conceptual

33 Hinweise zur alten Kontroverse, ob das Völkerrecht Recht sei, geben zum Beispiel *Karl Doehring*, *Völkerrecht – Ein Lehrbuch*, 2. Aufl. (2003), 19 in Fn. 55; *Wolfgang Graf Vitzthum*, *Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Völkerrechts*, in: *Graf Vitzthum* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. (2010), 1–71, 6 in Fn. 1.

34 *Wolfgang Graf Vitzthum*, *ibid.*, 6 in Fn. 2.

35 *Karl Doehring* (Anm. 33), 19; *Torsten Stein/Christian von Buttlar*, *Völkerrecht*, 12. Aufl. (2009), 4.

36 Vgl. *Matthias Herdegen*, *Völkerrecht*, 10. Aufl. (2011), 7 ff.; auch *Malcolm N. Shaw*, *International Law*, 6. Aufl. (2008), 5: Wenn die Staaten sich nicht verpflichtet fühlten, in Übereinstimmung mit den Regeln des Völkerrechts zu handeln, existierte kein System des internationalen Rechts, das diesen Namen verdiente. Skeptischere Einschätzungen zum Rechtscharakter des Völkerrechts (im Gegensatz zum entstehenden „Weltrecht“) bei *Angelika Emmerich-Fritsche*, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht* (2007), 148: Das Völkerrecht sei wesensgemäß unvollkommen und unausgereift. „Es dient nicht der vollständigen und systematischen Verwirklichung des Rechtsprinzips, sondern lediglich notdürftig dem zwischenstaatlichen, äußeren Frieden.“

33 References to the old controversy as to whether international law is in fact law appear in e.g. *Karl Doehring*, *Völkerrecht – Ein Lehrbuch*, 2nd ed. (2003), 19 in Fn. 55; *Wolfgang Graf Vitzthum*, *Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Völkerrechts*, in: *Graf Vitzthum* (ed.), *Völkerrecht*, 5th ed. (2010), 1–71, 6 in Fn. 1.

34 *Wolfgang Graf Vitzthum*, *ibid.*, 6 in Fn. 2.

35 *Karl Doehring* (note 33), 19; *Torsten Stein/Christian von Buttlar*, *Völkerrecht*, 12. Aufl. (2009), 4.

36 See *Matthias Herdegen*, *Völkerrecht*, 10th ed. (2011), 7 ff.; also *Malcolm N. Shaw*, *International Law*, 6th ed. (2008), 5: if states do not feel obligated to act in compliance with the rules of international law, no system of international law that is worthy of the name would exist. More sceptical views on the legal character of international law (contrary to the developing “world law”) appear in *Angelika Emmerich-Fritsche*, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht* (2007), 148: international law is by its nature imperfect and poorly conceived. “Es dient nicht der vollständigen und systematischen Verwirklichung des Rechtsprinzips, sondern lediglich notdürftig dem zwischenstaatlichen, äußeren Frieden.” [“Its aim is not any complete and systematic realisation of legal principle; it is simply a makeshift way of upholding external peace between states.”]

erheblichen begrifflichen Schwierigkeiten hin, die damit verbunden sind: „Thus, the term ‚soft law‘ does not – legally speaking – make any sense, because a norm is either a postulate, or it is hard law in its strict sense.“³⁹

Die Kategorie des „soft law“ zeigt besonders deutlich, dass die entwickelte Unterscheidung von Recht und Moral nicht direkt im Bereich des Völkerrechts angewendet werden kann. Wir wollen im Weiteren den gewonnenen Unterscheidungsmerkmalen dennoch folgen. Dabei muss aber bewusst sein, dass im Bereich des Völkerrechts und seiner Begrifflichkeit andere Einordnungen möglich sind⁴⁰. Es wird an späterer Stelle

difficulties in this regard: “Thus, the term ‘soft law’ does not – legally speaking – make any sense, because a norm is either a postulate, or it is hard law in its strict sense.”³⁹

The category of “soft law” shows particularly clearly that the distinction developed between law and morals cannot directly be used in the sphere of international law. We now wish nevertheless to pursue the distinguishing features we have established: it must however be borne in mind that other classifications are possible in the sphere of international law and its conceptuality⁴⁰. We

37 Daniel Thürer, *Soft Law – Norms in the Twilight between Law and Politics*, in: ders., *Völkerrecht als Fortschritt und Chance – International Law as Progress and Prospect* (2009), 159–178, 161, 163; *Silja Vöneky*, *Völkerrecht und Ethik – Ethisierung des Völkerrechts*, in: *Ancilla Iuris, Spezialausgabe „Internationales Recht und Ethik“ / Special Issue „International Law and Ethics“* (2012), 1–15, 3.

38 Ablehnend zum Beispiel *Anne Rausch*, *Responsibility to Protect – Eine juristische Betrachtung* (2011), 48; mit starken Vorbehalten auch *Wolfgang Heusel*, *„Weiches Völkerrecht“ – Eine vergleichende Untersuchung typischer Erscheinungsformen* (1991), 313: „Zwar wird sich der eingebürgerte Ausdruck ‚soft international law‘ kaum mehr abschaffen lassen, aber seine Verwendung in Bezug auf außerrechtliche Normen ist schon deshalb irreführend und falsch, weil diese gerade kein Recht darstellen. Als ‚soft law‘ sollte man daher ausschließlich ‚weich‘ formulierte förmliche Verträge bezeichnen, während außerrechtliche Normen treffend in dieser Weise negativ oder positiv als politische oder moralische Verpflichtung zu kennzeichnen sind.“

39 *Daniel Thürer* (Anm. 37), 169 f. Vgl. auch *Malcolm N. Shaw* (Anm. 36), 117: „Soft law‘ is not law.“

37 *Daniel Thürer*, *Soft Law – Norms in the Twilight between Law and Politics*, in: id., *Völkerrecht als Fortschritt und Chance – International Law as Progress and Prospect* (2009), 159–178, 161, 163; *Silja Vöneky*, *Völkerrecht und Ethik – Ethisierung des Völkerrechts*, in: *Ancilla Iuris, Spezialausgabe „Internationales Recht und Ethik“ / Special Issue „International Law and Ethics“* (2012), 1–15, 3.

38 Rejected by e.g. *Anne Rausch*, *Responsibility to Protect – Eine juristische Betrachtung* (2011), 48; with considerable reserves *Wolfgang Heusel*, *„Weiches Völkerrecht“ – Eine vergleichende Untersuchung typischer Erscheinungsformen* (1991), 313: “Zwar wird sich der eingebürgerte Ausdruck ‚soft international law‘ kaum mehr abschaffen lassen, aber seine Verwendung in Bezug auf außerrechtliche Normen ist schon deshalb irreführend und falsch, weil diese gerade kein Recht darstellen. Als ‚soft law‘ sollte man daher ausschließlich ‚weich‘ formulierte förmliche Verträge bezeichnen, während außerrechtliche Normen treffend in dieser Weise negativ oder positiv als politische oder moralische Verpflichtung zu kennzeichnen sind.” [“The generally established term ‘soft international law’ can hardly now be abolished, but its use in regard to extra-legal norms is in fact misleading and wrong, because these do not represent any law. Thus ‘soft law’ should only be used for ‘soft’ formulations of formal contracts, whereas extra-legal norms should as appropriate be identified negatively or positively as political or moral obligations.”]

39 *Daniel Thürer* (note 37), 169 f. See also *Malcolm N. Shaw* (note 36), 117: “Soft law‘ is not law.”

auf das Problem zurückzukommen und zu erörtern sein, inwiefern die Einordnung der Menschenrechte zwischen Recht und Moral sich in Philosophie und Völkerrecht unterscheidet⁴¹.

III. Innerstaatliche Geltung: Die Menschenrechte als Grundrechte

In Bezug auf Menschenrechte und ihr Status zwischen Recht und Moral ist eine Unterscheidung zwischen innerstaatlichem und internationalem Bereich wichtig. Die Geltungsweise der Menschenrechte unterscheidet sich im staatlichen Bereich und auf supranationaler Ebene wesentlich. Zunächst sei die innerstaatliche Geltung betrachtet.

Die Idee verfassungsrechtlich garantierter Grundrechte wird in den USA im 18. Jahrhundert realisiert und dann in Europa, zuerst in Frankreich, aufgegriffen. Das Konzept der Konstitution verbreitete sich, und heute verfügt fast jede westliche Nation – und im Grunde alle Länder der Erde – über eine Verfassung mit einem Grundrechtsteil. Diese konstitutionell garantierten Menschenrechte sind mit höchster Verbindlichkeit ausgestattet und durch den vollen Rechtsschutz des Staates gedeckt. Es besteht kein Zweifel, dass sie Recht im juristischen Sinn darstellen. Gleichzeitig entsprechen sie inhaltlich auch den Menschenrechten in einem moralischen Sinn.

will return to the problem later and discuss to what extent the classification of human rights between law and morals differs in philosophy and in international law⁴¹.

III. Domestic validity: human rights as fundamental rights

As regards human rights and their status between law and morals, it is important to draw a distinction between the domestic and the international sphere. The applicability of human rights differs substantially at national and at supranational level. We will first consider domestic validity.

The idea of constitutionally guaranteed fundamental rights took hold in the USA in the 18th century and was then taken up in Europe, first in France. The concept of the constitution spread and today nearly every western nation – and practically every country on earth – has a constitution with a section governing fundamental rights. These constitutionally guaranteed human rights have the highest binding force and are backed with the full legal protection of the state. There is no doubt that they represent law in the juridical sense. At the same time their content also corresponds to human rights in a moral sense.

40 Die tiefen disziplinären Unterschiede schon bei der Verwendung der Grundbegriffe, die damit deutlich werden, sind in dieser Reihe schon früher erkennbar geworden: *Anna Goppel/Anne Schwenkenbecher*, *Philosophy and International Law: Reflections on Interdisciplinary Research into Terrorism – Philosophie und Völkerrecht: Überlegungen zu interdisziplinärer Terrorismusforschung*, in: *Ancilla Iuris*, Spezialausgabe „Internationales Recht und Ethik“ / Special Issue „International Law and Ethics“ (2012), 111-134.

41 Der hier verwendete Begriff „juristisch“ signalisiert insofern auch eine Differenz zur völkerrechtlichen Geltung, die als eine *juristische* zu verstehen ist.

40 The deep disciplinary differences apparent in the use of the basic terms have already been discussed in this series: *Anna Goppel/Anne Schwenkenbecher*, *Philosophy and International Law: Reflections on Interdisciplinary Research into Terrorism – Philosophie und Völkerrecht: Überlegungen zu interdisziplinärer Terrorismusforschung*, in: *Ancilla Iuris*, Spezialausgabe „Internationales Recht und Ethik“ / Special Issue „International Law and Ethics“ (2012), 111-134.

41 The term “juridical” as used here also indicates a difference from validity in international law, which is to be understood as *legal*.

Es empfiehlt sich, in dieser Hinsicht eine (gut etablierte) begriffliche Unterscheidung zwischen Menschen- und Grundrechten vorzunehmen: *Grundrechte* sind verfassungsrechtlich garantierte Rechte⁴². Sie sind die elementaren Rechte der Bürger eines Staates, die diese mittels der Gerichtsinstanzen durchsetzen können⁴³. *Menschenrechte* sind dagegen (auch) international gültige Rechte. Sie stehen dem Menschen als Menschen zu, ohne Koppelung an ein einzelstaatliches System⁴⁴. Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland nimmt diese Unterscheidung in seinem Art. 1 relativ deutlich vor, wenn es bezüglich der Menschenrechte im zweiten Absatz sagt: „Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“, und davon in Abs. 3 die Grundrechte absetzt, die durch das GG selbst garantiert werden („Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“)⁴⁵.

It is advisable here to make a (well established) conceptual distinction between human and fundamental rights: *Fundamental rights* are constitutionally guaranteed rights⁴². They are the elementary rights of the citizens of a state, who can enforce them through the courts⁴³. *Human rights* are on the other hand (also) internationally valid rights. They are granted to human beings as human beings, without being linked to a system of individual states⁴⁴. The second paragraph of Article 1 of the Basic Law (Constitution) of the Federal Republic of Germany makes this distinction relatively clearly as regards human rights: “The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world”, while the third paragraph sets forth the fundamental rights guaranteed by the Basic Law (“The following basic rights shall bind the legislature, the executive, and the judiciary as directly applicable law.”)⁴⁵.

42 Vgl. K. Peter Fritzsche, *Menschenrechte. Eine Einführung mit Dokumenten* (2004), 22; Otfried Höffe, *Vernunft und Recht. Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs* (1996), 49 ff.; Ludger Kühnhardt, *Die Universalität der Menschenrechte. Studie zur ideengeschichtlichen Bestimmung eines politischen Schlüsselbegriffs* (1987), 32.

43 Von den Grundrechten können wiederum die Bürgerrechte unterschieden werden, die nur den Angehörigen des betreffenden Staates, und nicht allen Einwohnern des jeweiligen Territoriums, zustehen (so die Systematik etwa der schweizerischen Bundesverfassung: Art. 7 ff., Art. 37 ff. BV).

44 Vgl. Otfried Höffe, *Transzendentaler Tausch. Eine Legitimationsfigur für Menschenrechte?*, in: Gosepath/Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte* (1998), 29–47, 31.

42 See K. Peter Fritzsche, *Menschenrechte. Eine Einführung mit Dokumenten* (2004), 22; Otfried Höffe, *Vernunft und Recht. Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs* (1996), 49 ff.; Ludger Kühnhardt, *Die Universalität der Menschenrechte. Studie zur ideengeschichtlichen Bestimmung eines politischen Schlüsselbegriffs* (1987), 32.

43 Fundamental rights can be differentiated from civil rights, which only affect citizens of the state concerned, not all inhabitants of the territory in question (this is systematised in e.g. the Swiss Federal Constitution: Art. 7 ff., Art. 37 ff. BV [Federal Constitution]).

44 See Otfried Höffe, *Transzendentaler Tausch. Eine Legitimationsfigur für Menschenrechte?*, in: Gosepath/Lohmann (ed.), *Philosophie der Menschenrechte* (1998), 29–47, 31.

Die Grundrechte sind, ihrem materiellen Gehalt nach, *auch* Menschenrechte. Doch tritt dieser Aspekt ob ihrer juristischen Verankerung zurück, da der rechtliche Schutz stärker ist als der moralische. Erst wenn der Verfassungsgeber etwa das Recht auf freie Meinungsäußerung aufheben würde, käme das Grundrecht wieder in seiner moralischen Form zum Tragen. Es müsste dann wieder in der unsicheren und unzuverlässigen Weise der moralischen Forderung sozial gesichert werden, dass jede Person ihre Meinung frei äußern kann.

Innerhalb des Verfassungsstaates sind die Menschenrechte als moralische Rechte demnach in den juristischen Geltungsmodus überführt und als Grundrechte rechtlich verbindlich gemacht worden. Freilich haben sie damit nur eine partikulare Geltung erlangt: Sie gelten nur für die Einwohner bzw. Bürger des betreffenden Staates. Das steht in Spannung zur Idee universaler Geltung, die in der Vorstellung der *Menschenrechte* mit enthalten ist⁴⁵. Auch deshalb ist zwischen Grund- oder Bürgerrechten und Menschenrechten zu unterscheiden. Während die Grundrechte im Staat realisiert werden, ist das eigentliche Feld der Menschenrechte ein überstaatliches⁴⁷.

In terms of their substantive content, fundamental rights are *also* human rights. But this aspect is overlaid by their juridical embodiment, since legal protection is stronger than moral protection. Only if those drafting the constitution were to abolish the right to freedom of speech, for instance, would the fundamental right take effect in its moral form. It would then have to be secured in society by the uncertain, unreliable means of a moral claim that everyone be free to express their opinion.

In constitutional states, therefore, human rights as moral rights have been given juridical validity and made legally binding as fundamental rights. They have in fact only attained a particular validity, as they apply only to the inhabitants and/or citizens of the state concerned. That is in contrast to the idea of universal application contained in the notion of *human rights*⁴⁶. For this reason too a differentiation is to be made between fundamental or civil rights and human rights. While fundamental rights are realised within the state, the actual sphere of human rights is supranational⁴⁷.

45 Auch die Französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 unterscheidet entsprechend bereits im Titel. Kritisch zu dieser Differenzierung, gerade bezüglich der Französischen Erklärung, *Etienne Balibar*, „Menschenrechte“ und „Bürgerrechte“ – Zur modernen Dialektik von Freiheit und Gleichheit, in: ders., *Die Grenzen der Demokratie* (1993), 99–123.

46 Vgl. *Norberto Bobbio*, *Das Zeitalter der Menschenrechte – Ist Toleranz durchsetzbar?* (1998), 12; *Georg Lohmann*, *Menschenrechte zwischen Moral und Recht*, in: Gosepath/Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte* (1998), 62–95, 91 f.; *Albrecht Wellmer*, *Menschenrechte und Demokratie*, im gleichen Band 265–291, 266.

47 Der Geltungsgrund bleibt im Menschenrechtsbegriff unbestimmt: Sowohl völkerrechtlich garantierte wie überpositive Rechte werden als Menschenrechte bezeichnet.

45 The 1789 French declaration of human and civil rights differentiates accordingly in its very title. Critical of this differentiation, particularly concerning the French declaration, *Etienne Balibar*, „Menschenrechte“ und „Bürgerrechte“ – Zur modernen Dialektik von Freiheit und Gleichheit, in: *ibid.*, *Die Grenzen der Demokratie* (1993), 99–123.

46 See *Norberto Bobbio*, *Das Zeitalter der Menschenrechte – Ist Toleranz durchsetzbar?* (1998), 12; *Georg Lohmann*, *Menschenrechte zwischen Moral und Recht*, in: Gosepath/Lohmann (ed.), *Philosophie der Menschenrechte* (1998), 62–95, 91 f.; *Albrecht Wellmer*, *Menschenrechte und Demokratie*, in the same vol. 265–291, 266.

47 The basis of validity remains undefined in the concept of human rights: rights guaranteed under international law and super-positive rights are both designated as human rights.

IV. Internationaler Geltungsbereich

Auf überstaatlicher Ebene gestalten sich die Verhältnisse komplizierter als im nationalen Bereich. Es gibt hier keine Verfassung, die die Menschenrechte in eindeutiger Weise rechtsverbindlich gewährleisten würde⁴⁸. Doch bestehen zahlreiche internationale Verträge und Abkommen, in denen sie verankert sind. Ausgehend von diesen Vereinbarungen hat ein Kernbestand der Menschenrechte völkergewohnheitsrechtliche Geltung erlangt.

A. Menschenrechtserklärung, Völkergewohnheitsrecht und *ius cogens*

Der Grundstein für den modernen internationalen Menschenrechtsschutz wurde mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) vom 10. Dezember 1948 gelegt⁴⁹. In 30 Artikeln legt sie die elementaren Rechte des Menschen nieder. Über die klassischen Abwehrrechte hinaus garantiert die AEMR auch einige positive Anspruchsrechte wie das Recht auf soziale Sicherheit (Art. 22), auf Arbeit und gleichen Lohn (Art. 23), auf Erholung und Freizeit (Art. 24) oder auf Bildung (Art. 26).

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte wurde in der Form einer Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen erlassen⁵⁰ und hat damit keine direkte Verbindlichkeit. Indes haben nach allgemeiner Auffassung zumindest einige ihrer Bestimmungen eine völkergewohn-

IV. International scope of application

At the supranational level relations become more complicated than on the national stage. Here there is no constitution to guarantee human rights in a clearly binding manner⁴⁸. There are however numerous international conventions and agreements in which they are embodied. These agreements form the basis for a core of human rights that now has validity in international customary law.

A. Declarations of human rights, customary international law and *ius cogens*

The foundation stone for the modern international protection of human rights was laid with the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) on 10 December 1948⁴⁹. Its thirty articles lay down the elementary rights of human beings. As well as classical defensive rights, the UDHR also guarantees certain positive entitlements such as the right to social security (Art. 22), to work and equal wages (Art. 23), to rest and leisure (Art. 24) or to education (Art. 26).

The Universal Declaration of Human Rights was issued in the form of a resolution of the General Assembly of the United Nations⁵⁰ and thus has no direct binding force. In the general view, meanwhile, at least some of its clauses have attained validity in customary international law⁵¹. A

48 Zum Thema der globalen Konstitutionalisierung unten Ziff. VI.

49 Diese wiederum hat Grundlagen in der Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945, in der insbesondere das Ziel definiert wird, „eine internationale Zusammenarbeit herbeizuführen, um internationale Probleme wirtschaftlicher, sozialer, kultureller und humanitärer Art zu lösen und die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion zu fördern und zu festigen“ (Art. 1 Abs. 3).

50 GA Res. 217 (III).

48 See VI below on the topic of global constitutionalisation.

49 This in turn is based on the Charter of the United Nations of 26 June 1945, which in particular sets as a goal: “To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion” (Art. 1 (3)).

50 GA Res. 217 (III).

heitsrechtliche Geltung erlangt⁵¹. Eine Reihe fundamentaler Menschenrechte gehört nach allgemeiner Auffassung auch zum *ius cogens*, über das völkervertragsrechtlich nicht disponiert werden kann⁵². Es ist im Einzelnen allerdings schwer, diese Rechte zu benennen⁵³.

Als gewohnheitsrechtlich anerkannte Menschenrechte werden beispielsweise genannt:

- das Recht, von einer systematischen staatlichen Praxis der Folter, der Sklaverei, des Mordes, der willkürlichen Haft, des Verschwindenlassens von Personen, der Rassendiskriminierung und anderer grober und brutaler Rechtsverletzungen verschont zu bleiben⁵⁴;

number of fundamental human rights are also generally held to belong to *ius cogens*, where international law has no dispensation⁵². Detailing these rights is however difficult⁵³.

Examples of human rights recognised under customary law are:

- the right to freedom from the systematic state practice of torture, slavery, murder, arbitrary detention, disappearance of persons, racial discrimination and other gross and brutal breaches of the law⁵⁴;

51 Vgl. *Thomas Buergenthal/Daniel Thürer*, Menschenrechte – Ideale, Instrumente, Institutionen (2010), 31; *Kay Hailbronner*, Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. (2010), 147–261, 227; *Matthias Herdegen* (Anm. 36), 334 f.; *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (Anm. 35), 363; *Christian Tomuschat*, Einführung, in: ders. (Hrsg.), *Menschenrechte. Eine Sammlung internationaler Dokumente zum Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl. (2002), 13–32, 17.

52 *Jochen Abr. Frowein*, *Jus Cogens*, in: *Encyclopedia of Public International Law*, Volume 3 (1997), 65–69, 67; *Antonio Gómez Robledo*, *Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions*, *Recueil des Cours* 172 (1981 III), 9–217, 179.

53 *Karl Doehring* (Anm. 33), 434; *ders.*, *Die undifferenzierte Berufung auf Menschenrechte*, in: *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung – Festschrift für Rudolf Bernhardt* (1995), 355–364, 357; *Antonio Gómez Robledo* (Fn. 52), 180 ff.; *Juan Antonio Carillo Salcedo*, *Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law*, in: *European Journal of International Law* 8 (1997), 583–595, 591; *Prosper Weil*, *Le droit international en quête de son identité*, *Recueil des Cours* 237 (1992 VI), 9–370, 269 („la difficulté, confinant à l'impossibilité, d'identifier les règles de *ius cogens*“).

54 *Juliane Kokott/Karl Doehring/Thomas Buergenthal*, *Grundzüge des Völkerrechts*, 3. Aufl. (2003), 115.

51 See *Thomas Buergenthal/Daniel Thürer*, *Menschenrechte – Ideale, Instrumente, Institutionen* (2010), 31; *Kay Hailbronner*, *Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte*, in: Graf Vitzthum (ed.), *Völkerrecht*, 5th ed. (2010), 147–261, 227; *Matthias Herdegen* (note 36), 334 f.; *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (note 35), 363; *Christian Tomuschat*, Einführung, in: *ibid.* (ed.), *Menschenrechte. Eine Sammlung internationaler Dokumente zum Menschenrechtsschutz*, 2nd ed. (2002), 13–32, 17.

52 *Jochen Abr. Frowein*, *Jus Cogens*, in: *Encyclopedia of Public International Law*, Volume 3 (1997), 65–69, 67; *Antonio Gómez Robledo*, *Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions*, *Recueil des Cours* 172 (1981 III), 9–217, 179.

53 *Karl Doehring* (note 33), 434; *id.*, *Die undifferenzierte Berufung auf Menschenrechte*, in: *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung – Festschrift für Rudolf Bernhardt* (1995), 355–364, 357; *Antonio Gómez Robledo* (Fn. 52), 180 ff.; *Juan Antonio Carillo Salcedo*, *Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law*, in: *European Journal of International Law* 8 (1997), 583–595, 591; *Prosper Weil*, *Le droit international en quête de son identité*, *Recueil des Cours* 237 (1992 VI), 9–370, 269 (“la difficulté, confinant à l'impossibilité, d'identifier les règles de *ius cogens*“).

54 *Juliane Kokott/Karl Doehring/Thomas Buergenthal*, *Grundzüge des Völkerrechts*, 3rd ed. (2003), 115.

- das Recht auf Leben und Freiheit der Person, das Verbot unmenschlicher Behandlung, das Folterverbot, das Gebot, ein ordentliches Gerichtsverfahren vor Verurteilung vorzunehmen, und vor allem das Gebot, wegen Religion, Rasse und Geschlecht nicht zu diskriminieren⁵⁵;
 - das Verbot von Genozid und Folter, das Verbot rassistischer Diskriminierung, die Anerkennung des Menschen als Rechtsperson, das Verbot willkürlicher Verhaftung und das Verbot völliger Rechtsschutzverweigerung, wohl auch das Verbot der Diskriminierung aus religiösen oder Glaubensgründen⁵⁶;
 - Genozid, Sklaverei und Sklavenhandel, Ermordung oder das Verschwindenlassen von Personen, Folter oder andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung, langer willkürlicher Freiheitsentzug und systematische Rassendiskriminierung⁵⁷.
- the right to life and freedom of the person, the prohibition of inhuman treatment, the prohibition of torture, the requirement to a fair trial before judgment and above all the requirement not to be discriminated against on account of religion, race and sex⁵⁵;
 - the prohibition of genocide and torture, the prohibition of racial discrimination, the recognition of human beings as legal persons, the prohibition of arbitrary arrest and the prohibition of any refusal of full legal protection, as well as the prohibition of discrimination for reasons of religion or faith⁵⁶;
 - genocide, slavery and slave trading, murder or the disappearance of persons, torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, long arbitrary deprivation of freedom and systematic racial discrimination⁵⁷.

Die *ius-cogens*-Qualität wird etwa folgenden Menschenrechten zugesprochen:

- Verbot der Sklaverei, des Völkermordes, der Diskriminierung, der Geiselnahme und der Kollektivstrafung, der Folter und der willkürlichen Tötung⁵⁸;
 - Recht auf Leben, Schutz vor Folter, Freiheit vor Sklaverei und Menschenhandel, Verbot von Kollektivstrafen, Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit in der Strafverfolgung; als Gruppenrechte
- The quality of *ius cogens* is assigned to the following human rights:
 - the prohibition of slavery, of genocide, of discrimination, of the taking of hostages and collective punishment, of torture and arbitrary killing⁵⁸;
 - the right to life, protection against torture, freedom from slavery and slave trading, prohibition of collective punishment, the principle of personal responsibility in criminal proceedings; as group rights, furthermore, the prohibition of

55 Karl Doehring (Anm. 33), 429.

56 Eckart Klein, Menschenrechte. Stille Revolution des Völkerrechts und Auswirkungen auf die innerstaatliche Rechtsanwendung (1997), 15.

57 Restatement of the Foreign Relations Law of the United States, in: American Law Institute Publishers, Washington 1987, 161–175.

58 Lauri Hannikainen, Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law – Historical Development, Criteria, Present Status (1988), 436 f.

55 Karl Doehring (note 33), 429.

56 Eckart Klein, Menschenrechte. Stille Revolution des Völkerrechts und Auswirkungen auf die innerstaatliche Rechtsanwendung (1997), 15.

57 Restatement of the Foreign Relations Law of the United States, in: American Law Institute Publishers, Washington 1987, 161–175.

58 Lauri Hannikainen, Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law – Historical Development, Criteria, Present Status (1988), 436 f.

ferner Verbot des Völkermordes, Schutz vor kollektiver Diskriminierung sowie in begrenztem Umfang das Selbstbestimmungsrecht der Völker⁵⁹;

- dem Sklavereiverbot, dem Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung sowie dem Schutz des Rechts auf Leben gegen willkürlichen Entzug ohne Verfahren⁶⁰;
- dem Gewaltverbot, dem Verbot des Völkermordes, dem Prinzip der Nicht-Diskriminierung, den Verboten des Sklavenhandels und der Piraterie, dem Verbot der Verbrechen gegen die Menschlichkeit⁶¹;
- zumindest dem Recht auf Leben, dem Verbot der Folter, dem Verbot der Sklaverei, der Nichtrückwirkung des Strafrechts⁶²;
- dem Verbot des Völkermordes und des Sklavenhandels; wohl auch dem Schutz des Lebens als Schutz vor willkürlicher Tötung, dem Verbot von Folter und unmenschlicher Behandlung und von extremer Rassendiskriminierung⁶³.

genocide, protection against collective discrimination as well as (to a limited extent) the right of self-determination of peoples⁵⁹;

- the prohibition of slavery, the prohibition of torture or inhuman or degrading punishment or treatment as well as the protection of the right to life against its arbitrary deprivation without due process⁶⁰;
- the prohibition of force, the prohibition of genocide, the principle of racial non-discrimination, prohibition of the slave trade and piracy, prohibition of crimes against humanity⁶¹;
- at least the right to life, the prohibition of torture, the prohibition of slavery, the non-retroactivity of the criminal law⁶²;
- the prohibition of genocide and the slave trade; furthermore, the protection from arbitrary killing, prohibition of torture and inhuman treatment and of extreme racial discrimination⁶³.

59 *Stefan Kadelbach*, *Zwingendes Völkerrecht* (1992), 284, 314 f.

60 *Juliane Kokott*, *Der Schutz der Menschenrechte im Völkerrecht*, in: *Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann* (Hrsg.), *Recht auf Menschenrechte* (1999), 176–198, 182.

61 *Ian Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. (2008), 511.

62 *Teraya Koji*, *Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights*, in: *European Journal of International Law* 12 (2001), 917–941, 927; unter Hinweis auf einen Bericht von *Nicole Questiaux* an die (damalige) UN-Subkommission zur Verhinderung von Diskriminierung und zum Schutz von Minderheiten (E/CN.4/Sub.2/1982/15).

59 *Stefan Kadelbach*, *Zwingendes Völkerrecht* (1992), 284, 314 f.

60 *Juliane Kokott*, *Der Schutz der Menschenrechte im Völkerrecht*, in: *Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann* (ed.), *Recht auf Menschenrechte* (1999), 176–198, 182.

61 *Ian Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7th ed. (2008), 511.

62 *Teraya Koji*, *Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights*, in: *European Journal of International Law* 12 (2001), 917–941, 927; with reference to a report by *Nicole Questiaux* to the (then) UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (E/CN.4/Sub.2/1982/15).

B. Menschenrechtspakte, weitere Konventionen

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte war von Anfang an darauf angelegt, in völkerrechtlich verbindliche Verträge überführt zu werden, die von den einzelnen Staaten zu ratifizieren sind. 1966 wurde diese Absicht verwirklicht und der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte sowie der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte beschlossen. Beide Pakte sind unterdessen von etwa drei Viertel der Staaten ratifiziert worden⁶⁴.

Der Pakt über bürgerliche und politische Rechte garantiert die klassischen Freiheitsrechte⁶⁵. Der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vermittelt Anspruchsrechte wie das Recht auf Arbeit (Art. 6), auf einen angemessenen Lebensstandard (Art. 11) oder auf Bildung (Art. 13). Seine Verbindlichkeit ist dadurch gemin-

B. Human rights covenants, other conventions

The Universal Declaration of Human Rights was from the outset intended to be converted into binding contracts of international law that were to be ratified by individual states. In 1966 this aim was realised and the International Covenant on Civil and Political Rights as well as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights were decided. Both pacts have meanwhile been ratified by some three quarters of all states⁶⁴.

The Covenant on Civil and Political Rights guarantees classical civil rights and liberties⁶⁵. The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights contains entitlements such as the right to work (Art. 6), an appropriate standard of living (Art. 11) or to education (Art. 13). Its binding force is reduced by the fact that states only obligate

63 *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (Anm. 35), 360. Vgl. ferner die von der International Law Association im Hinblick auf Ausnahmesituationen entwickelten „Minimum Standards“ mit sechzehn nicht-derogierbaren Rechten: Report of the Sixty-First Conference Held at Paris, August 26th to September 1st, 1984, London 1985, 71 ff. (dazu *Subrata Roy Chowdhury*, Rule of Law in a State of Emergency. The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency [1989], 146 ff.).

64 *Matthias Herdegen* (Anm. 36), 341; *Knut Ipsen*, Völkerrecht, 5. Aufl. (2004), 787; *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (Anm. 35), 363; *Christian Tomuschat* (Anm. 51), 18; zum aktuellen Ratifikationsstand siehe <http://treaties.un.org>.

65 Er verpflichtet Staaten, nicht Individuen; vgl. Art. 2 Abs. 1 IPbPR: „Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen ohne Unterschied wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status zu gewährleisten.“

63 *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (note 35), 360. See in addition the Minimum Standards featuring sixteen non-derogable rights developed by the International Law Association with regard to exceptional situations: Report of the Sixty-First Conference Held at Paris, August 26th to September 1st, 1984, London 1985, 71 ff. (see also *Subrata Roy Chowdhury*, Rule of Law in a State of Emergency. The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency [1989], 146 ff.).

64 *Matthias Herdegen* (note 36), 341; *Knut Ipsen*, Völkerrecht, 5th ed. (2004), 787; *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (note 35), 363; *Christian Tomuschat* (note 51), 18; for current ratification status see <http://treaties.un.org>.

65 It binds states rather than individuals; see Art. 2 (1) ICCPR: “Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”

dert, dass die Staaten sich nur verpflichten, nach ihren Möglichkeiten Maßnahmen zu ergreifen, um die im Pakt verankerten Rechte zu gewährleisten⁶⁶. Seine Bestimmungen haben daher mehr den Charakter von politischen Programmsätzen als von konkreten Individualrechten⁶⁷.

Bezüglich der Umsetzung der Vereinbarungen wurde ein Berichtssystem eingeführt: Jeder Staat hat die Pflicht, über Maßnahmen zur Verwirklichung der im Pakt anerkannten Rechte und dabei erzielte Fortschritte periodisch Bericht zu erstatten⁶⁸. Die Berichte werden bezüglich des Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte vom UN-Menschenrechtsausschuss geprüft; bezüglich des Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte wurde 1985 ein entsprechender Ausschuss für wirtschaftliche und kulturelle Rechte geschaffen⁶⁹. Der Menschenrechtsausschuss gibt nach Beendigung der Prüfung *General Comments* zu einzelnen Bestimmungen ab⁷⁰. Er erlässt aber keine verbindlichen Entscheidungen, und es findet keine justizförmige Streiterledigung statt⁷¹. Das gilt auch bezüglich der Individualbeschwerden, die nach dem Ersten Zu-

themselves to take measures according to their means in order to guarantee the rights contained in the convention⁶⁶. Its provisions thus have more the character of political statements than concrete individual rights⁶⁷.

A reporting system was introduced to monitor implementation of the agreements: each state has the duty to introduce measures for the enforcement of the rights recognised in the pact and to report periodically on the progress achieved⁶⁸. The UN Human Rights Committee examines the report on the Covenant on Civil and Political Rights, while a special committee for economic and cultural rights was created in 1985 to study the report on the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights⁶⁹. Following its examination, the Human Rights Committee delivers "General Comments" on individual provisions⁷⁰. It however makes no binding decisions, nor is there any justice-like settlement of disputes⁷¹. This also applies to individual complaints that may be submitted

66 Vgl. Art. 2 Abs. 1 IPwskr: „Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, einzeln und durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, insbesondere wirtschaftlicher und technischer Art, unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Maßnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Maßnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen.“

67 A. H. Robertson/J. G. Merrills, *Human Rights in the World*, 3. Aufl. (1989), 230; *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (Anm. 35), 365.

68 Art. 40 Abs. 1 IPbpr, Art. 16 Abs. 1 IPwskr.

69 ECOSOC Res. 1985/17, 28. Mai 1985; vgl. *Kay Hailbronner* (Anm. 51), 228 f.; *Knut Ipsen* (Anm. 64), 792; *Walter Kälin/Jörg Künzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl. (2008), 240 f. 2008 ist ein Zusatzprotokoll verabschiedet worden, das eine Individualbeschwerdemöglichkeit vorsieht; es ist aber noch nicht in Kraft getreten.

66 See Art. 2 (1) ICESCR: "Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures."

67 A. H. Robertson/J. G. Merrills, *Human Rights in the World*, 3rd ed. (1989), 230; *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (note 35), 365.

68 Art. 40 (1) ICCPR, Art. 16 (1) ICESCR.

69 ECOSOC Res. 1985/17, 28 May 1985; see *Kay Hailbronner* (note 51), 228 f.; *Knut Ipsen* (note 64), 792; *Walter Kälin/Jörg Künzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2nd ed. (2008), 240 f. In 2008 an optional protocol was adopted that provides for individual complaints; it is however yet to enter into force.

satzprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte bezüglich der Vertragsparteien dieses Protokolls eingereicht werden können⁷².

Über die Menschenrechtspakte hinaus gibt es auf dem Gebiet der Menschenrechte zahlreiche weitere völkerrechtliche Verträge mit meist hohem Ratifikationsstand⁷³. Zu erwähnen sind etwa die Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes von 1948, das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1951, das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung von 1966, das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau von 1979, das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe von 1984 sowie das Übereinkommen über die Rechte des Kindes von 1989. Einzelne dieser Verträge sehen ebenfalls die Möglichkeit von Individualbeschwerden vor Expertenausschüssen vor⁷⁴.

according to the first supplementary protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights regarding states that are party to the protocol⁷².

As well as the human rights covenants, there are numerous other human rights agreements in international law, usually with high rates of ratification⁷³. For instance, there are the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948, the Convention relating to the Status of Refugees of 1951, the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 1966, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 1979, the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1984 and the Convention on the Rights of the Child of 1989. Some of these conventions also permit individuals to submit complaints to expert committees⁷⁴.

70 Art. 40 Abs. 4 IPbpr. Zur Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses *Dominic McGoldrick*, *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights* (1994); *Torkel Opsahl*, *The Human Rights Committee*, in: *Alston, The United Nations and Human Rights* (1992), 369–443; *Wolf von der Wense*, *Der UN-Menschenrechtsausschuss und sein Beitrag zum universellen Schutz der Menschenrechte* (1999).

71 *Karl Doehring* (Anm. 33), 438; *Eckart Klein* (Anm. 56), 18; *Christian Tomuschat*, *Individueller Rechtsschutz: das Herzstück des „ordre public européen“ nach der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 30 (2003), 95–100, 95.

72 Vgl. *Knut Ipsen* (Anm. 64), 793 f.; *Thomas Schaber*, *Internationale Verrechtlichung der Menschenrechte* (1996), 204 ff.; *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (Anm. 35), 364; *Christian Tomuschat* (Anm. 51), 29 f.

73 Vgl. *Walter Kälin/Jörg Künzli* (Anm. 69), 49 ff.; *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (Anm. 35), 366 ff.

74 Vgl. z.B. Art. 22 der Folterkonvention, Art. 14 des Rassendiskriminierungsabkommens; dazu *Katrin Weschke*, *Internationale Instrumente zur Durchsetzung der Menschenrechte* (2001), 19 ff.

70 Art. 40 (4) ICCPR. On the activities of the Human Rights Committee see *Dominic McGoldrick*, *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights* (1994); *Torkel Opsahl*, *The Human Rights Committee*, in: *Alston, The United Nations and Human Rights* (1992), 369–443; *Wolf von der Wense*, *Der UN-Menschenrechtsausschuss und sein Beitrag zum universellen Schutz der Menschenrechte* (1999).

71 *Karl Doehring* (note 33), 438; *Eckart Klein* (note 56), 18; *Christian Tomuschat*, *Individueller Rechtsschutz: das Herzstück des „ordre public européen“ nach der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 30 (2003), 95–100, 95.

72 See *Knut Ipsen* (note 64), 793 f.; *Thomas Schaber*, *Internationale Verrechtlichung der Menschenrechte* (1996), 204 ff.; *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (note 35), 364; *Christian Tomuschat* (note 51), 29 f.

73 See *Walter Kälin/Jörg Künzli* (note 69), 49 ff.; *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (note 35), 366 ff.

74 See e.g. Art. 22 of the Convention on Torture, Art. 14 of Convention on Racial Discrimination; see *Katrin Weschke*, *Internationale Instrumente zur Durchsetzung der Menschenrechte* (2001), 19 ff.

Von diesen Ausschüssen, namentlich dem UN-Menschenrechtsausschuss, ist wiederum die UN-Menschenrechtskommission zu unterscheiden, die 2006 in den UN-Menschenrechtsrat überführt wurde⁷⁵. Bei Hinweisen auf systematische und schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen ist dieses Gremium befugt, Untersuchungen gegen Staaten durchzuführen⁷⁶. Wichtig in unserem Zusammenhang ist wiederum, dass es sich dabei um ein Berichtsverfahren ohne rechtliche Bindungswirkung handelt⁷⁷.

C. Europäische Menschenrechtskonvention, andere regionale Abkommen

Einen weitgehenden Menschenrechtsschutz auf supranationaler Ebene gibt es in Europa auf der Grundlage der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) von 1950⁷⁸. Die EMRK eröffnet, gemäß den Regeln des Elften Zusatzprotokolls von 1994, nach Ausschöpfung der nationalen Rechtsmittel die Möglichkeit der Individualbeschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Dessen

These committees, in particular the UN Human Rights Committee, must be differentiated from the UN Human Rights Commission, which in 2006 was replaced by the UN Human Rights Council⁷⁵. The Council is authorised to carry out investigations against states in regard to systematic and serious violations of human rights⁷⁶. Its significance for our purposes is that such action involves a reporting procedure with no legally binding effect⁷⁷.

C. European Convention on Human Rights, other regional agreements

Europe has extensive human rights protection at supranational level based on the European Convention on Human Rights (ECHR) of 1950⁷⁸. In accordance with the rules of the eleventh supplementary protocol of 1994, the ECHR allows individual complaints to be brought before the European Court of Human Rights following the exhaustion of national legal remedies. According to Art. 46 (1) of the ECHR, its rul-

75 Vgl. *Thomas Buergenthal/Daniel Thürer* (Anm. 51), 76 ff.; *Wolfgang S. Heinz*, Der neue UN-Menschenrechtsrat, in: *Internationale Politik* 61 (2006), 100–105; *ders.*, Von der Menschenrechtskommission zum Menschenrechtsrat, in: *Friedens-Warte* 81 (2006), 129–144.

76 Zur Praxis der früheren Menschenrechtskommission *Philip Alston*, The Commission on Human Rights, in: *ders.* (Hrsg.), *The United Nations and Human Rights* (1992), 126–210; *Thomas Schaber* (Anm. 72), 113 ff.; *Howard Tolley*, The U.N. Commission on Human Rights (1987).

77 *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (Anm. 35), 369. Zu erwähnen ist ferner der Internationale Strafgerichtshof in Den Haag (sowie die Internationalen Strafgerichte für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda). Er leistet indes keinen umfassenden Menschenrechtsschutz, sondern verfolgt nur bestimmte Delikte (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen); insoweit dient er aber auch dem Schutz elementarer Rechte. Unter Menschenrechtsgesichtspunkten ist zudem zu beachten, dass er nur über Individuen, nicht aber über Staaten richtet.

75 See *Thomas Buergenthal/Daniel Thürer* (note 51), 76 ff.; *Wolfgang S. Heinz*, Der neue UN-Menschenrechtsrat, in: *Internationale Politik* 61 (2006), 100–105; *id.*, Von der Menschenrechtskommission zum Menschenrechtsrat, in: *Friedens-Warte* 81 (2006), 129–144.

76 On the practice of the former Human Rights Commission see *Philip Alston*, The Commission on Human Rights, in: *id.* (ed.), *The United Nations and Human Rights* (1992), 126–210; *Thomas Schaber* (note 72), 113 ff.; *Howard Tolley*, The U.N. Commission on Human Rights (1987).

77 *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (note 35), 369. Mention should also be made of the International Criminal Court in the Hague (as well as the International Criminal Courts for the former Yugoslavia and for Rwanda). This offers no comprehensive protection of human rights, but only pursues certain crimes (genocide, crimes against humanity, war crimes); to that extent it also serves to protect elementary rights. As regards human rights it should furthermore be noted that its rulings concern only individuals, not states.

Urteile sind nach Art. 46 Abs. 1 EMRK für die Vertragsparteien verbindlich. Sie haben freilich keine unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung, sondern bedürfen der innerstaatlichen Umsetzung⁷⁹. Bezüglich einer allfälligen Konventionsverletzung haben sie feststellenden Charakter⁸⁰. Regelmäßig werden die Urteile von den Staaten befolgt⁸¹.

Nach dem Vorbild des EMRK-Systems wurden auch in Amerika⁸² und Afrika⁸³ Menschenrechtskonventionen mit zugehörigen Kommissionen und Gerichten etabliert. Diese Systeme bleiben allerdings in vieler Hinsicht hinter dem Europäischen Standard zurück, insbesondere aufgrund des Fehlens einer Individualbeschwerdemöglichkeit vor

ings are binding on the parties to the convention. Such rulings do not have any directly constitutive effect, but do require implementation in domestic law⁷⁹. Rulings are final as regards any breaches of the convention⁸⁰. Judgments are regularly obeyed by the states⁸¹.

Human rights conventions with associated commissions and courts, based on the ECHR model, have also been established in America⁸² and Africa⁸³. These systems however lag behind the European standard in many respects, notably that it is not possible to bring individual complaints before the respective courts. A truly effective protec-

78 Vgl. *Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar, 3. Aufl. (2009); *Christoph Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. (2011); *David Harris/Michael O’Boyle/Colin Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl. (2009); *Francis G. Jacobs/Robin C. A. White*, The European Convention on Human Rights, 5. Aufl. (2010); *Anne Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention (2003); *Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl. (2006); *Mark E. Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. Aufl. (1999).

79 *Karl Doehring* (Anm. 33), 440; *Jörg Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1993), 22.

80 *Walter Kälin/Jörg Künzli* (Anm. 69), 261; *Wolf Okressek*, Die Umsetzung der EGMR-Urteile und ihre Überwachung, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 30 (2003), 168–174, 169. Über die Feststellung der Konventionswidrigkeit hinaus kann der EGMR nach Art. 50 EMRK Entschädigungen zusprechen.

81 Vgl. *Juliane Kokott/Karl Doehring/Thomas Buergenthal* (Anm. 54), 124; *Georg Ress*, Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 23 (1996), 350–353, 353. *Kälin/Künzli* (Anm. 69) beobachten indes eine Tendenz, „unliebsame“ Urteile nicht oder nicht vollständig umzusetzen (262).

78 See *Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar, 3rd ed. (2009); *Christoph Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5th ed. (2011); *David Harris/Michael O’Boyle/Colin Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, 2nd ed. (2009); *Francis G. Jacobs/Robin C. A. White*, The European Convention on Human Rights, 5th ed. (2010); *Anne Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention (2003); *Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th ed. (2006); *Mark E. Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2nd ed. (1999).

79 *Karl Doehring* (note 33), 440; *Jörg Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1993), 22.

80 *Walter Kälin/Jörg Künzli* (note 69), 261; *Wolf Okressek*, Die Umsetzung der EGMR-Urteile und ihre Überwachung, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 30 (2003), 168–174, 169. As well as identifying breaches of the agreement, the European Court of Human Rights may also award compensation under Art. 50 of the ECHR.

81 See *Juliane Kokott/Karl Doehring/Thomas Buergenthal* (note 54), 124; *Georg Ress*, Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 23 (1996), 350–353, 353. *Kälin/Künzli* (note 69) have noted a tendency for “disagreeable” rulings not to be implemented (or not in full) (262).

dem jeweiligen Gerichtshof. Ein wirklich effizientes Sicherungssystem ist bislang nur im Rahmen der EMRK entwickelt worden⁸⁴. Dieses System kann im Hinblick auf die Entwicklung des Menschenrechtsschutzes als etwas Revolutionäres bezeichnet werden, da hier erstmals der Einzelne auf völkerrechtlicher Ebene Rechtsschutz gegen seinen eigenen Heimatstaat suchen kann⁸⁵.

D. Humanitäre Intervention, Responsibility to Protect

Im Hinblick auf die internationale Durchsetzung der Menschenrechte sind auch die Themen der humanitären Intervention und der „Responsibility to Protect“ anzusprechen. In Bezug auf die humanitäre Intervention hat vor allem im Zuge der Kosovo-Intervention von 1999 die Auffassung an Akzeptanz gewonnen, dass bei

tion system has so far only been developed in the context of the ECHR⁸⁴. This system may be regarded as somewhat revolutionary in the development of human rights protection: for the first time, the individual may seek legal protection at the level of international law against his or her own state⁸⁵.

D. Humanitarian intervention, Responsibility to Protect

We must also address the topics of humanitarian intervention and the “Responsibility to Protect” in regard to the international enforcement of human rights. Concerning humanitarian intervention, particularly in the course of the Kosovo intervention of 1999, the view has gained acceptance that intervention is permitted in a state

82 Vgl. *Thomas Buergenthal/Dinah Sheldon*, *Protecting Human Rights in the Americas – Cases and Materials*, 4. Aufl. (1995); *Scott Davidson*, *The Inter-American Human Rights System* (1997); *David J. Harris/Stephen Livingstone* (Hrsg.), *The Inter-American System of Human Rights* (1998); *Juliane Kokott*, *Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte* (1986); *Jo M. Pasqualucci*, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights* (2003).

83 *Matthias Bortfeld*, *Der Afrikanische Gerichtshof für Menschenrechte* (2005); *Malcolm D. Evans/Rachel Murray* (Hrsg.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice, 1986–2000* (2002); *Nico Krisch*, *The Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 58 (1998), 713–732; *Konstantinos D. Magliveras/Gino J. Naldi*, *The African Court of Justice*, *ZaöRV* 66 (2006), 187–213; *Mutoy Mubiala*, *Le système régional africain de protection des droits de l'homme* (2005); *Rachel Murray*, *Human Rights in Africa. From the OAU to the African Union* (2004); *Vincent O. Orlu Nmehielle*, *The African Human Rights System. Its Laws, Practice, and Institutions* (2001); *U. Oji Umzurike*, *The African Charter on Human and Peoples' Rights* (1997).

84 *Matthias Herdegen* (Anm. 36), 337; *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (Anm. 35), 378.

85 *Matthias Herdegen* (Anm. 36), 347.

82 See *Thomas Buergenthal/Dinah Sheldon*, *Protecting Human Rights in the Americas – Cases and Materials*, 4th ed. (1995); *Scott Davidson*, *The Inter-American Human Rights System* (1997); *David J. Harris/Stephen Livingstone* (ed.), *The Inter-American System of Human Rights* (1998); *Juliane Kokott*, *Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte* (1986); *Jo M. Pasqualucci*, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights* (2003).

83 *Matthias Bortfeld*, *Der Afrikanische Gerichtshof für Menschenrechte* (2005); *Malcolm D. Evans/Rachel Murray* (ed.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice, 1986–2000* (2002); *Nico Krisch*, *The Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 58 (1998), 713–732; *Konstantinos D. Magliveras/Gino J. Naldi*, *The African Court of Justice*, *ZaöRV* 66 (2006), 187–213; *Mutoy Mubiala*, *Le système régional africain de protection des droits de l'homme* (2005); *Rachel Murray*, *Human Rights in Africa. From the OAU to the African Union* (2004); *Vincent O. Orlu Nmehielle*, *The African Human Rights System. Its Laws, Practice, and Institutions* (2001); *U. Oji Umzurike*, *The African Charter on Human and Peoples' Rights* (1997).

84 *Matthias Herdegen* (note 36), 337; *Torsten Stein/Christian von Buttlar* (note 35), 378.

85 *Matthias Herdegen* (note 36), 347.

schwerwiegenden Menschenrechtsverstößen in einem Staat interveniert werden dürfe. Freilich bleibt die Frage der humanitären Intervention in der Völkerrechtslehre hoch umstritten⁸⁶. Und auch in der Praxis liegen eine allgemeine Akzeptanz und eine zuverlässige Handhabe dieses Mittels in weiter Ferne. Die Vornahme humanitärer Interventionen bleibt einstweilen zufällig und unstet und betrifft faktisch insbesondere mächtige Staaten nicht, denen gegenüber auch massive Menschenrechtsverstöße letztlich toleriert werden.

In jüngster Zeit gewinnt das Konzept der „Responsibility to Protect“ an Bedeutung⁸⁷. Es erlaubt es, die Bedingungen des internationalen Menschenrechtsschutzes in Notlagen subtiler zu bestimmen, als es im Rahmen des Konzepts der humanitären Intervention der Fall ist⁸⁸. Freilich bedarf es auch hier des politischen Willens, die rechtlichen Forderungen tatsächlich umzusetzen, und bleibt die Realisation einstweilen selektiv und punktuell⁸⁹. Ungeachtet dieser Mängel zeigt die Entwicklung in Bezug auf humanitäre Interventionen und „Responsi-

in the event of serious breaches of human rights. The question of humanitarian intervention of course remains hotly disputed in international law doctrine⁸⁶. General acceptance and its dependable application are still also very remote in practical terms. Humanitarian intervention meanwhile remains random and erratic in its application and in fact does not affect powerful states in particular, where even major human rights abuses are ultimately tolerated.

In recent times the concept of “Responsibility to Protect” has gained in significance⁸⁷. This permits the stipulations of international human rights protection to be determined more subtly in emergency situations than is the case for the concept of humanitarian intervention⁸⁸. Here too the political will is also necessary to actually implement the legal requirements, with realisation still selective and inconsistent⁸⁹. Regardless of such failings, developments in relation to humanitarian intervention and

86 Vgl. die Hinweise bei Lorenz Engi/Katrin Ehrensperger, Sind humanitäre Interventionen zulässig?, in: Jusletter vom 24. April 2006.

87 Von fundamentaler Bedeutung war „The Responsibility to Protect“, der Bericht der „International Commission on Intervention and State Sovereignty“ von 2001. Die Literatur zum Thema wächst rasch an, vgl. etwa die aktuellen Buchpublikationen (aus den letzten drei Jahren) Alex J. Bellamy, Responsibility to Protect – The Global Effort to End Mass Atrocities (2009); Alex J. Bellamy/Sara E. Davies/Luke Glanville (Hrsg.), The Responsibility to Protect and International Law (2011); James Pattison, Humanitarian Intervention and Responsibility to Protect (2010); Anne Rausch (Anm. 38); Christopher Verlage, Responsibility to Protect. Ein neuer Ansatz im Völkerrecht zur Verhinderung von Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit (2009).

88 R2P betrifft weit mehr Maßnahmen als gewaltsame Interventionen: Alex J. Bellamy (Anm. 87), 197 f.

86 See notes in Lorenz Engi/Katrin Ehrensperger, Sind humanitäre Interventionen zulässig?, in: Jusletter of 24 April 2006.

87 Of fundamental importance was “The Responsibility to Protect”, the 2001 report by the “International Commission on Intervention and State Sovereignty”. The literature on this subject is growing rapidly, see e.g. current book publications (from the last three years) Alex J. Bellamy, Responsibility to Protect – The Global Effort to End Mass Atrocities (2009); Alex J. Bellamy/Sara E. Davies/Luke Glanville (ed.), The Responsibility to Protect and International Law (2011); James Pattison, Humanitarian Intervention and Responsibility to Protect (2010); Anne Rausch (note 38); Christopher Verlage, Responsibility to Protect. Ein neuer Ansatz im Völkerrecht zur Verhinderung von Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit (2009).

88 R2P concerns considerably more measures than armed interventions: Alex J. Bellamy (note 87), 197 f.

blity to Protect“ eine verstärkte Bereitschaft der internationalen Gemeinschaft an, massive Menschenrechtsverstöße in Staaten zu unterbinden.

V. Die Verrechtlichung der Menschenrechte auf internationaler Ebene

Betrachten wir diese – vielschichtige und komplexe – Situation⁹⁰ des internationalen Menschenrechtsschutzes nun unter dem Aspekt juridischer oder moralischer Geltung, so finden sich die Antworten nicht leicht. Zunächst sei an die Charakteristika juridischer Geltung erinnert, die sich als in unserem Zusammenhang besonders wichtig herausgestellt haben: Juridische Rechte sind formal gesetzt, und sie werden in organisierter Weise durchgesetzt durch ein institutionelles System, das eine hinreichende Verlässlichkeit der Rechtsbeachtung gewährleistet⁹¹. Das erste Kriterium erscheint in Bezug auf die Menschenrechte auf internationaler Ebene wenig problematisch: Die Menschenrechte sind in den formalen Prozeduren des Völkerrechts erlassen und in offiziellen Dokumenten verankert. Hervorzuheben sind namentlich die beiden UN-Pakte von 1966. Auch das Völkergewohnheitsrecht ist anerkannte Rechtsquelle des Völkerrechts; die gewohnheitsrechtliche Anerkennung vieler Menschenrechte ist damit auch ein formal-rechtlich vorgesehe-

the “Responsibility to Protect” indicates a greater readiness on the part of the international community to prevent major state abuses of human rights.

V. The juridification of human rights at international level

If we now consider the multilayered and complex situation⁹⁰ of the international protection of human rights under the aspect of juridical or moral validity, the answers are not easy to find. We must first recall the characteristics of juridical application, which are in our context particularly important: juridical rights are formally set forth and enforced in organised fashion by an institutional system that ensures sufficiently dependable observance of the law⁹¹. The first criterion appears to pose few problems in regard to human rights at international level: human rights are enacted in the formal procedures of international law and embodied in official documents. Here we can highlight the two UN conventions of 1966 in particular. Customary international law is also a recognised source of international law; the recognition of many human rights in customary international law is thereby also a prior ground in legally formal terms for their

89 Vgl. *Rausch* (Anm. 38), 243: „Das Hauptproblem der Responsibility to Protect ist daher nicht im gegenwärtigen Stand des Völkerrechts zu sehen, sondern vielmehr am mangelnden politischen Willen der Staaten festzumachen.“

90 Natürlich konnte der internationale Menschenrechtsschutz nicht umfassend, sondern nur in einigen Facetten, die für unser Thema besonders relevant erscheinen, dargestellt werden; für eine eingehendere Darstellung des institutionellen Systems vgl. etwa *Thomas Buergenthal/Daniel Thürer* (Anm. 51), insb. 66 ff.

91 Oben Ziff. II.

89 See *Rausch* (note 38), 243: “Das Hauptproblem der Responsibility to Protect ist daher nicht im gegenwärtigen Stand des Völkerrechts zu sehen, sondern vielmehr am mangelnden politischen Willen der Staaten festzumachen.” [“The main problem of the Responsibility to Protect therefore cannot be seen in the current status of international law, but rather in the lack of political will on the part of states.”]

90 It is of course not possible here to give a comprehensive picture of the international protection of human rights, but simply to show some aspects that appear particularly relevant for our purpose; for a more detailed presentation of the institutional system see e.g. *Thomas Buergenthal/Daniel Thürer* (note 51), esp. 66 ff.

91 See II above.

ner Grund internationaler Geltung. Die Menschenrechte sind auf internationaler Ebene in rechtsförmigen und rechtsgültigen Verfahren gesetzt und weisen unter diesem Aspekt volle Rechtsqualität auf.

Schwieriger ist die Frage bezüglich der Durchsetzung. Juristische Rechte sind, wie gesehen wurde, durch ein institutionelles System gedeckt, das ihre effektive Realisation im jeweiligen Geltungsbereich sicherzustellen in der Lage ist. Aus der Betroffenen-Perspektive erlaubt es dieses System insbesondere, bei Verletzungen gerichtliche Instanzen anzurufen, deren Entscheide eine gewisse Verbindlichkeit besitzen. Zur Prüfung, ob diese Voraussetzung bezüglich der Menschenrechte auf internationalem Niveau erfüllt ist, sei zwischen supranational-europäischem und supranational-globalem Bereich unterschieden:

Durch die Europäische Menschenrechtskonvention ist in Europa für die Mitglieder des Europarates ein Menschenrechtssystem mit ausgebauter institutioneller Deckung entstanden. Die Entscheidungen des EGMR haben für die Staaten aufgrund deren Verpflichtungserklärung hinsichtlich ihrer Befolgung einen verbindlichen Charakter. Die Bürger können ihre in der EMRK verankerten Rechte vor dem EGMR einklagen. Zwar sind die europäischen Menschenrechtsinstitutionen nicht in der Weise durch eine Zwangsmacht gedeckt, wie dies bei nationalen Gerichten der Fall ist. Wenn ein Staat ein Urteil nicht befolgt, gibt es *de facto* wenig Mittel, dieses gegen seinen Willen umzusetzen. Gleichwohl ist bezüglich der Mitgliedstaaten des Europarates ein institutionelles System etabliert, das eine Verbindlichkeit der Menschenrechte schafft, die auf einen juristischen Charakter derselben schließen lässt⁹².

international application. Human rights are set forth at international level in procedures that possess the form and validity of law: in this respect they have the full quality of law.

The question of enforcement is more difficult. Juridical rights are, as we have seen, backed by an institutional system, able to ensure their effective implementation in their respective areas of application. From the perspective of the plaintiff suffering prejudice, this system in particular permits the petitioning of judicial instances whose decisions possess a certain binding force. In examining whether this condition is met for human rights at international level, we must distinguish between the supranational-European and the supranational-global spheres:

The European Convention on Human Rights has in Europe created a human rights system with extensive institutional backing for the members of the Council of Europe. The decisions of the European Court of Human Rights are binding on states owing to their declarations of observance. Citizens can petition the Court regarding their rights as embodied in the ECHR. European human rights institutions, unlike national courts, have no actual power of coercion; if a state refuses to obey a judgment, there is *de facto* little that can be done to implement a ruling against its will. Nevertheless, an institutional system has been established that creates, with regard to the member states of the Council of Europe, a binding force for human rights that suggests that they have a juridical character⁹².

92 In Bezug auf die EU ist zudem die Durchsetzung der Europäischen Grundrechtecharta durch den EuGH zu berücksichtigen.

92 As regards the EU, note also the implementation of the European Charter of Fundamental Rights by the European Court.

Schwieriger zu beurteilen ist die Situation auf globaler Ebene. Hier fallen *einerseits* die Defizite des Durchsetzungsregimes gegenüber nationalem und europäischem Geltungsbereich auf: Zwar wird ein Kernbestand der Menschenrechte als völkerrechtlich verbindlich betrachtet. Es existiert auch ein gewisser Vollzugsmechanismus, namentlich mit dem Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen. Indes bleiben dessen *Comments* unverbindlich. Die Durchsetzung der Menschenrechte durch den UN-Sicherheitsrat bleibt punktuell und von politischen Interessenlagen abhängig. Von einem institutionellen System, das die Realisation der Menschenrechte mit hinreichender Sicherheit garantierte, kann (noch) kaum gesprochen werden. Gegenüber Staaten, welche die Menschenrechte nicht beachten, wird zwar weltzivilgesellschaftlicher Druck aufgebaut, doch gibt es keinen Mechanismus, der eine Durchsetzung der Menschenrechte auch in diesen Staaten garantieren würde⁹³.

Die Defizite hinsichtlich der globalen Durchsetzung zeigen sich vor allem in zwei Beziehungen – in der Beziehung zwischen der Weltgemeinschaft und einzelnen Staaten und in der Beziehung zwischen Individuum und Staat:

– Nach wie vor gibt es viele Staaten, die die Menschenrechte nicht oder nur eingeschränkt gewähren. Sie können dies in der Regel nach wie vor tun, ohne ein Eingreifen der internationalen Gemein-

It is more difficult to judge the situation at global level. Here, *on the one hand*, the deficits in the enforcement regime are obvious in comparison to national and European spheres of application, although it is true that a core of human rights is seen as binding under international law. A certain execution mechanism also exists, namely the United Nations Human Rights Committee, whose comments are nevertheless non-binding. The enforcement of human rights by the UN Security Council remains inconsistent and dependent on political interests. We can hardly (yet) speak of an institutional system that guarantees the realisation of human rights with sufficient certainty. States that do not observe human rights indeed face pressure from world civil society, but there exists no mechanism that also guarantees enforcement of human rights in such states⁹³.

The deficits in global enforcement are obvious in two relationships in particular – the relationship between the world community and individual states, and the relationship between the individual and the state:

– There are still many states that do not accord human rights, or only grant them in limited form. They can usually continue to do this without fear of interven-

93 Vgl. *Jack Donnelly*, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2. Aufl. (2003), 135: „There is no international enforcement.“; *Katrin Weschke* (Anm. 74), 369: „Allen Durchsetzungsinstrumenten ist jedoch gemein, dass ihre Wirksamkeit vom Willen der Staaten zur effektiven Menschenrechtssicherung abhängt.“

93 See *Jack Donnelly*, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2nd ed. (2003), 135: “There is no international enforcement.“; *Katrin Weschke* (note 74), 369: “Allen Durchsetzungsinstrumenten ist jedoch gemein, dass ihre Wirksamkeit vom Willen der Staaten zur effektiven Menschenrechtssicherung abhängt.” [“Common to all enforcement mechanisms is however the fact that their effectiveness depends on the will of states to ensure the effective protection of human rights.”]

schaft befürchten zu müssen. Erst im Falle ganz extremer Lagen steigt das Risiko massiver Sanktionen oder gar von Interventionen.

- Der einzelne Bürger, die einzelne Bürgerin eines solchen Staates hat keine Möglichkeit, die Menschenrechte vor internationalen Instanzen so einzuklagen, dass mit deren Durchsetzung gerechnet werden könnte. Der politische Häftling in Nordkorea oder die diskriminierte Frau in Saudi-Arabien haben keine Möglichkeit der rechtsverbindlichen Durchsetzung ihrer Rechte auf einer internationalen Ebene. Aus ihrer Sicht bleiben die Menschenrechte moralische Ansprüche.

Das Durchsetzungsregime wirkt insofern noch defizitär. *Andererseits* sind Entwicklungen zu beachten, welche die internationale Realisation der Menschenrechte stetig verstärken. Nach den Greueln des Zweiten Weltkrieges ist eine Entwicklung in Gang gekommen, die den Menschenrechtsschutz auf globaler Ebene langsam, aber doch stetig intensiviert. Der Rechtfertigungsdruck für Regime, die die Menschenrechte missachten, erhöht sich⁹⁴. Mittel und Maßnahmen, durch die den Menschenrechten Achtung verschafft wird, nehmen an Bedeutung zu. Potentaten und Regimes, die die Menschenrechte massiv verletzen, können sich immer weniger sicher sein, durch die Grundsätze der Souveränität und der Nichteinmischung geschützt zu sein.

Man kann im Hinblick auf diese Tendenzen von einer Verrechtlichung der Menschenrechte sprechen⁹⁵. Dieser Prozess hat bereits eine längere Geschichte: Er setzte nach dem Zweiten Weltkrieg ein und erreichte wichtige Entwicklungsstadien bereits in den 1960er Jahren (als beispielsweise die UN-Pakte verabschiedet wurden).

tion by the international community. Only in the case of totally extreme situations will the risk increase of massive sanctions or interventions.

- Individual citizens of such states cannot petition international instances as regards their human rights in a way that would ensure their enforcement. Political prisoners in North Korea or women facing discrimination in Saudi Arabia have no legally binding way of enforcing their rights at international level. From their point of view, human rights remain moral claims.

In this regard, the enforcement regime shows even greater deficits. *On the other hand* we can see developments that constantly strengthen the international implementing of human rights. Following the atrocities of the Second World War, a development began that has slowly but surely intensified the protection of human rights at global level. There is increasing pressure on regimes that ignore human rights to justify their actions⁹⁴. Resources and measures that draw attention to human rights are growing in significance. Potentates and regimes that commit substantial breaches of human rights can be less and less sure of being protected by the principles of sovereignty and non-interference.

These tendencies can be described as a juridification of human rights⁹⁵. This process has a long history: it began after the Second World War and had already reached an important development stage in the 1960s (for example with the UN conventions). Human rights in the global context are slowly transiting from the sphere of morals

94 Vgl. *Juliane Kokott* (Anm. 60), 198.

95 So der Buchtitel bei *Thomas Schaber* (Anm. 72) (Verrechtlichung im Sinne von „Juridifizierung“ der Menschenrechte).

94 See *Juliane Kokott* (note 60), 198.

95 This (in translation) is the title of a book by *Thomas Schaber* (note 72).

Langsam wandern die Menschenrechte im globalen Kontext vom Feld der Moral in dasjenige des Rechts über. Sie werden auch im internationalen Bereich immer stärker zu verbindlichen und durchsetzbaren Ansprüchen. Das Durchsetzungsregime erscheint noch nicht so schlagkräftig, dass vorbehaltlos von einer vollen juristischen Geltung der Menschenrechte (im Sinn der hier verwendeten Begriffe) auf globaler Ebene gesprochen werden könnte. Die Menschenrechte werden auf globaler Ebene noch stärker durch kommunikativen Druck und moralische Ächtung (*colère public*) als im Wege formalisierter rechtlicher Verfahren realisiert. Doch nehmen sie mehr und mehr den Charakter verbindlicher juristischer Rechte an⁹⁶.

Wiederum ist zu berücksichtigen, dass diese Einordnung unter den eingangs entwickelten rechtsphilosophischen Begriffen von Recht und Moral erfolgt und aus völkerrechtswissenschaftlicher Sicht anders zu treffen wäre. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 ist eines der bedeutendsten *Soft-Law*-Dokumente nach dem Zweiten Weltkrieg⁹⁷. In den Begriffen

to that of law. Internationally too, they are turning more and more into binding and enforceable claims. The enforcement regime is not yet so powerful in appearance that we can unreservedly speak of the full juridical validity of human rights (in the sense used here) at global level. Human rights are more strongly realised at global level through communicative pressure and moral proscription (*colère public*) than by means of formalised legal procedures, but they are increasingly assuming the character of binding juridical rights⁹⁶.

It must nevertheless be borne in mind that this classification is made under the legal-philosophical terms of law and morals as described at the outset, and would be viewed differently under international law. The Universal Declaration of Human Rights of 1948 is one of the most important 'soft law' documents to emerge after the Second World War⁹⁷. In terms of international law,

96 Diese Betrachtungen rufen nach Präzisierungen bezüglich des eingangs (bei Anm. 4) zitierten Worts vom „Janusgesicht“ der Menschenrechte und der Aussage, dass die Menschenrechte „[u]ngeachtet ihres moralischen Inhalts [...] die Form juristischer Rechte“ haben. In diesen Äußerungen werden Menschenrechte mit Grundrechten identifiziert. Für diese ist die Verbindung von moralischer und juristischer Geltung, wie sie das Zitat zum Ausdruck bringt, in der Tat typisch. Bezüglich der Menschenrechte auf globaler Ebene ist die juristische Geltung, wie gesehen wurde, jedoch fraglich. Habermas anerkennt das, wenn er sagt, dass die Menschenrechte als juristische Rechte nur die Angehörigen einer bestimmten Rechtsgemeinschaft schützen (ebenfalls zit. bei Anm. 4). Für diesen Geltungsbereich sollte aber der Begriff der Grundrechte verwendet werden.

97 *Silja Vöneky* (Anm. 37), 3.

96 These views require clarification regarding the term of the “Janus face” (quoted at the beginning in note 4) of human rights and the statement that human rights “(r)egardless of their moral content [...] have the form of legal rights”. Human rights are here identified with *fundamental* rights. It is the connection between moral and juridical validity, as expressed by the quotation, that in fact typifies them. However, the juridical validity of human rights at global level is (as has been seen) questionable. Habermas recognises this when he says that human rights as legal rights only protect the members of a certain legal community (also quoted in note 4). For this area of application, however, the term “fundamental rights” should be used.

97 *Silja Vöneky* (note 37), 3.

der Völkerrechtswissenschaft, die „Soft Law“ als Recht anerkennt, kann eine volle juristische Geltung der Menschenrechte folglich viel leichter angenommen werden.

VI. Die moralische Verpflichtung zur legalen Institutionalisierung

Oben wurde unterschieden zwischen Menschen- und Grundrechten⁹⁸. Die Grundrechte haben ihren Ort im innerstaatlichen Bereich. Wenn wir von Menschenrechten sprechen, denken wir eher an einen überstaatlichen Anwendungsbereich. Das entspricht dem universalen Begriff des Menschen. Die Menschenrechte betreffen nicht die Bürger eines Staates, sondern den Menschen an sich. Sie haben ihren Anwendungsbereich daher eher in Zusammenhängen, die von staatlichen Zugehörigkeiten absehen. Und sie bekommen besonderes Gewicht gerade dann, wenn die staatliche Macht sie missachtet.

Auf der globalen, universalen Ebene, auf die sich der Begriff der Menschenrechte demnach vor allem bezieht, besteht nach dem Gesagten noch keine Durchsetzung der Menschenrechte, die hinreichend sicher und verlässlich wäre, um von juristischen Ansprüchen im vollen Sinne sprechen zu können⁹⁹. Prozesse der Verrechtlichung sind, wie erwähnt, jedoch seit längerem im Gange. Diese Positivierung der Menschenrechte kann als Postulat formuliert werden¹⁰⁰. Die *rechtliche* Transformation der Menschenrechte erscheint als *moralisches* Gebot. Ernst Tugendhat sieht eben darin die starke Seite der moralischen Grundrechtsforderung: „Man kann nun sagen: aus meinem Recht, z. B. auf körperliche Unversehrtheit, ergibt sich außer der Forderung, die ich

which recognises soft law as law, the full legal validity of human rights can therefore be much more easily accepted.

VI. The moral obligation for legal institutionalisation

A distinction is drawn above between human and fundamental rights⁹⁸. Fundamental rights are a part of domestic law. When we speak of human rights, we think instead primarily of a supra-national area of application, corresponding to the universal concept of human beings. Human rights apply not to the citizens of a state, but to humans as such. Their application is thus in contexts that do not concern national affiliation – and they take on a special gravity when the power of the state ignores them.

At the global, universal level, to which the term of human rights thus above all refers, there is still (as stated) no enforcement of human rights that is sufficiently sure and dependable enough to allow us to speak of juridical claims in the full sense⁹⁹. As mentioned, however, juridification processes have been in existence for some time. This positivisation of human rights can be formulated as a postulate¹⁰⁰. The *legal* transformation of human rights appears as a *moral* requirement. Ernst Tugendhat sees therein the strong aspect of the moral demand for fundamental rights: “We can now say that from my right (e.g. to physical inviolacy), in addition to the claim that I have against *all individuals* (to refrain), there arises a claim against *all jointly*, namely to

98 Ziff. III.

99 Dies gilt – wie nochmals zu verdeutlichen ist – nicht allgemein für die völkerrechtliche, sondern nur für die globale Ebene: Durch die EMRK ist *völkerrechtlich*, aber *regional* ein Rechtsschutz etabliert, der die Charakteristika juristischer Geltung aufweist.

98 See III above.

99 It should once more be clarified that this does not generally apply at the international law level, but only at the global level: the ECHR establishes legal protection in *international law* that is however *regional* in scope, with such protection having the characteristics of juridical validity.

gegenüber *allen einzelnen* habe (sich zu enthalten), eine Forderung an *alle gemeinsam*, nämlich mich zu schützen und zusammen eine Instanz zu bilden, bei der ich mein Recht einklagen kann und das ihm Nachdruck verleiht. Es bestünde also eine *moralische* Verpflichtung zur Schaffung einer *legalen* Instanz, als einheitliche Vertretung aller, und das heißt, es ergäbe sich eine moralische Forderung zur Schaffung eines (in seinen Aufgaben von daher zu definierenden) Staates. Das moralische Recht lässt sich also durchaus im starken Sinn verstehen, aber nur so, dass sich daraus eine kollektive moralische Pflicht ergibt, eine entsprechende legale Rechtsinstanz zu institutionalisieren.“¹⁰¹

Die verheißungsvollen Potentiale, die sich mit dem Begriff der Weltverfassung und dem Konzept der globalen Konstitutionalisierung¹⁰² verbinden, liegen hier. Im Zuge der völkerrechtlichen Konstitutionalisierung sind Menschenrechte möglichst so zu gewährleisten, wie der Nationalstaat seinen Bürgern die Grundrechte gewährt. Die

protect me and together to create an instance where I can demand my right and that will lend it force. There would thus be a *moral* obligation to create a *legal* instance as a standardised representative of all, and that means that a moral demand would arise for the creation of a state (whose tasks in this respect would have to be defined). Moral rights can thus be understood fully in their strong sense, but only in that a collective moral duty arises to institutionalise a suitable legal instance of law.”¹⁰¹

The promising potentials linked to the notion of a world constitution and the concept of global constitutionalisation¹⁰² are to be found here. Human rights are, in the course of the constitutionalisation of international law, as far as possible to be guaranteed in the same way as nation states grant their citizens fundamental rights. The consti-

100 Vgl. Robert Alexy, Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Gosepath/Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte (1998), 244–264, 254 ff.; ders., Diskurstheorie und Menschenrechte, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie (1995), 127–164, 144 f.; Stefan Gosepath, Zur Begründung sozialer Menschenrechte, in: Gosepath/Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte (1998), 146–187, 152 f.; Georg Lohmann (Anm. 46), 89 ff.; Albrecht Wellmer (Anm. 46), 282; Andreas Wildt, Menschenrechte und moralische Rechte, im gleichen Band 124–145, 133.

101 Ernst Tugendhat, Vorlesungen über Ethik (1993), 349 f. Anzumerken ist, dass die Durchsetzungsinstanz auf globaler Ebene kaum die Form eines Staates haben kann. Vgl. zur Pflicht, effektive Institutionen der Menschenrechtsverwirklichung zu schaffen, auch Thomas Pogges Plädoyer für ein institutionelles Menschenrechtsverständnis: Thomas W. Pogge, World Poverty and Human Rights, *Cosmopolitan Responsibilities and Reforms* (2002), insb. 44 ff., 170 ff.

100 See Robert Alexy, Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Gosepath/Lohmann (ed.), Philosophie der Menschenrechte (1998), 244–264, 254 ff.; id., Diskurstheorie und Menschenrechte, in: id., Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie (1995), 127–164, 144 f.; Stefan Gosepath, Zur Begründung sozialer Menschenrechte, in: Gosepath/Lohmann (ed.), Philosophie der Menschenrechte (1998), 146–187, 152 f.; Georg Lohmann (note 46), 89 ff.; Albrecht Wellmer (note 46), 282; Andreas Wildt, Menschenrechte und moralische Rechte, in the same volume 124–145, 133.

101 Ernst Tugendhat, Vorlesungen über Ethik (1993), 349 f. It should be noted that an enforcement instance at global level can hardly take the form of a state. On the obligation to create effective institutions for the implementation of human rights, see also the arguments by Thomas Pogge for an institutional understanding of human rights: Thomas W. Pogge, *World Poverty and Human Rights, Cosmopolitan Responsibilities and Reforms* (2002), esp. 44 ff., 170 ff.

Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts ist gleichsam auf eine globale Ebene zu heben. Das Postulat der rechtlichen Sicherung basaler Rechte hat sich vom national-staatlichen Rahmen zu lösen und auf die Menschheit an sich zu beziehen¹⁰³.

Gewisse Tendenzen dazu sind unverkennbar. Die Ausgangsfrage nach dem Verhältnis der Menschenrechte zu Recht und Moral ist daher zweifach zu beantworten: Im Verfassungsstaat sind die Menschenrechte als Grundrechte moralische *und* juristische Rechte; entsprechend sind sie im europäischen Rahmen einzuordnen. Staatsunabhängig, global betrachtet sind die Menschenrechte moralische Ansprüche, die mehr und mehr auch juristische Verbindlichkeit erlangen.

tional movement of the 19th century is as it were to be raised to the global level. The postulate of the legal protection of basic rights must detach itself from the nation-state context and refer to humanity as such¹⁰³.

There are certain unmistakable tendencies at work here. The initial question of the relationship of human rights to law and morals must therefore be answered twice: human rights in constitutional states are, as fundamental rights, both moral *and* juridical rights; they should be so placed in the European framework. Independent of the state and from a global perspective, human rights are moral claims that are also gaining more and more juridical binding force.

102 Vgl. etwa *Brun-Otto Bryde*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, in: *Der Staat* 42 (2003), 61–75; *Andreas Fischer-Lescano*, Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 88 (2002), 349–378; *Jochen A. Frowein*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 39 (1999), 427–447; *Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein*, The Constitutionalization of International Law (2009); *Anne Peters*, Global Constitutionalism in a Nutshell, in: *Weltinnenrecht – Liber amicorum Jost Delbrück* (2005), 535–550; *Gunter Teubner*, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Verfassungsrecht* 63 (2003), 1–28; *Christian Walter*, Constitutionalizing (Inter)national Governance – Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law, in: *German Yearbook of International Law* 44 (2001), 170–201.

103 Auf die damit verbundenen Schwierigkeiten, die sich besonders daraus ergeben, dass auf globaler Ebene (sinnvollerweise) kein Staat entstehen kann, ist hier nicht einzugehen.

102 See e.g. *Brun-Otto Bryde*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, in: *Der Staat* 42 (2003), 61–75; *Andreas Fischer-Lescano*, Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 88 (2002), 349–378; *Jochen A. Frowein*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 39 (1999), 427–447; *Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein*, The Constitutionalization of International Law (2009); *Anne Peters*, Global Constitutionalism in a Nutshell, in: *Weltinnenrecht – Liber amicorum Jost Delbrück* (2005), 535–550; *Gunter Teubner*, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Verfassungsrecht* 63 (2003), 1–28; *Christian Walter*, Constitutionalizing (Inter)national Governance – Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law, in: *German Yearbook of International Law* 44 (2001), 170–201.

103 We will not here address the particular difficulties associated with the fact that (practically speaking) it is not possible for a state to develop at global level.

VII. Schlussbetrachtung: Ein Primat der Moral in der Weltgesellschaft

In seiner Schrift „De Otio“ („Von der Seelenruhe“) stellt Seneca die Menschen als Bürger zweier Welten vor: „Zwei Staaten wollen wir betrachten“, schreibt er, „den einen großen und wirklich allgemeinen, durch den Götter und Menschen verbunden werden, in dem wir uns nicht nach diesem oder jenem Winkel umschauen, sondern die Grenzen unseres Gemeinwesens mit der Sonne durchmessen, den anderen, dem uns das Los der Geburt eingeschrieben hat.“¹⁰⁴ Die Menschen gehören, in dieser Sicht, nicht nur dem politischen Gemeinwesen an, sondern auch einer universalen Republik des Geistes. Und diese geistige Sphäre ist es, in der sie sich – aus dieser philosophischen Sicht – in erster Linie bewegen. Zunächst sind die Menschen Vernunftwesen und moralische Wesen und damit einer universalen Ordnung verpflichtet. Erst in zweiter Linie sind sie Bürger einer partikularen Gemeinschaft, in der sie sich um die Realisation des Guten und Richtigen, das sie zuvor theoretisch eingesehen haben müssen, bemühen¹⁰⁵.

Die Gegenwart ist überwiegend anders orientiert als dieses stoische Denken. Sie stellt die Politik ins Zentrum und erwartet von ihr die wichtigsten Veränderungen. Neben der Politik wird vor allem der Wirtschaft zentrale Bedeutung beigemessen. Moral, Philosophie, Kunst und dergleichen gelten eher als nachrangig; bestenfalls als schöner Schmuck und wünschbare Ergänzung zu dem, was eigentlich zählt.

VII. Final consideration: a primacy of morals in the world community

In his work “De Otio” (“On leisure”), Seneca sees human beings as citizens of two worlds: “Let us grasp the idea that there are two commonwealths – the one, a vast and truly common state, which embraces alike gods and men, in which we look neither to this corner of earth nor to that, but measure the bounds of our citizenship by the path of the sun; the other, the one to which we have been assigned by the accident of birth”.¹⁰⁴ In this view, humans belong not simply to the political community, but also to a universal republic of the spirit. And, in this philosophical view, it is in this spiritual sphere in which they primarily move. People are first of all rational and moral beings and thus bound to a universal order. Only secondarily do they belong to a particular community in which they strive for the realisation of the good and the right that they must have theoretically appreciated beforehand¹⁰⁵.

The present is very differently oriented from this stoical way of thinking. It places politics at the centre and expects it to implement the most important changes. Alongside politics it is the above all economy to which the greatest meaning is attached. Morals, philosophy, art and the like are considered instead to be lower-ranking, at best as a beautiful adornment and a desirable addition to what really counts.

104 Seneca, De Otio, IV 1.

105 Ein bei den Stoikern verbreiteter Topos; vgl. z.B. auch Epiktet, Wege zum glücklichen Handeln (1997), 145: „Oder soll der in der athenischen Volksversammlung über Steuern und Zölle sprechen, der mit der ganzen Menschheit verhandeln muss, nicht über Steuern und Zölle oder über Krieg und Frieden, sondern über Gottseligkeit und Verdammnis, Heil und Unheil, Knechtschaft und Freiheit?“.

104 Seneca, De Otio, IV 1.

105 A topos that was widespread among the Stoics; see e.g. also Epictetus: “Or would you have someone in Athens step forwards and discourse about revenues or income, when he is the person who ought to talk with all men, not of revenues or income, or peace or war, but about happiness and unhappiness, success and failure, slavery and freedom?”.

Mit dem Globalisierungsprozess, und besonders im Hinblick auf die Menschenrechte, ist dieses Verhältnis freilich in Frage gestellt. Denn während basale Rechtsansprüche eine universelle Form haben, bleibt die Politik grundsätzlich national verankert. Deshalb artikulieren sich Menschenrechtsforderungen primär in weltzivilgesellschaftlich-moralischen Diskursen. Die Empörung über Menschenrechtsverletzungen und deren (welt)öffentliche Thematisierung treibt den Ausbau des internationalen Rechtsschutzes an¹⁰⁶.

Es sind mithin primär moralische Grundlagen, von denen aus der Menschenrechtsschutz sich entfaltet. Die Moral ist gleichsam das Zugpferd, das die institutionelle Realisation voranbringt. Moralisch werden – zum Ersten – konkrete Menschenrechtsverstöße verurteilt; und die Moral motiviert – zweitens – dazu, ein wirksames internationales Rechtsschutzsystem aufzubauen¹⁰⁷. Um dieses System effektiv zu realisieren und die Rechte verbindlich durchzusetzen, bedarf es der Politik. In erster Linie aber ist es die Moral, die den globalen Grundrechtsschutz vorantreibt und inhaltlich orientiert. Deshalb kann unter den Bedingungen der Globalisierung in Bezug auf die globalen Menschenrechte von einem Primat der Moral gesprochen werden¹⁰⁸.

With the process of globalisation, particularly as regards human rights, this relationship is certainly being challenged as, while basic legal claims have a universal form, politics remains in principle anchored in national concerns. Demands for human rights are therefore primarily articulated in the moral discourses of world civil society. Outrage against breaches of human rights and the (world) public debate on such matters is driving the development of international legal protection¹⁰⁶.

As a consequence, it is primarily on moral bases that the protection of human rights is developing. Morals are the driving force behind institutional implementation. First, actual breaches of human rights are morally condemned; second, morals motivate us to create an effective international system of legal protection¹⁰⁷. The effective realisation of this system and the binding implementation of rights both require the assistance of politics. It is however primarily morals that are advancing the global protection of fundamental rights and orienting it towards content. Under the conditions of globalisation, therefore, we can speak of a primacy of morals as regards global human rights¹⁰⁸.

106 Vgl. *Andreas Fischer-Lescano* (Anm. 102), 356 ff.

107 Oben Ziff. VI.

108 Vgl. *Martha Nussbaum*, Kant and Stoic Cosmopolitanism, in: *The Journal of Political Philosophy* 5 (1997), 1–25, 18.

106 See *Andreas Fischer-Lescano* (note 102), 356 ff.

107 See VI above.

108 See *Martha Nussbaum*, Kant and Stoic Cosmopolitanism, in: *The Journal of Political Philosophy* 5 (1997), 1–25, 18.