Schriften zur Rechtstheorie

Band 304

Normative Legitimität von Recht, Moral und Menschenrechten im Lichte der positivistischen Trennungsthese

Von

Moritz Blöchlinger

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

MORITZ BLÖCHLINGER

Normative Legitimität von Recht, Moral und Menschenrechten im Lichte der positivistischen Trennungsthese

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schriften zur Rechtstheorie

Band 304

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Normative Legitimität von Recht, Moral und Menschenrechten im Lichte der positivistischen Trennungsthese

Von

Moritz Blöchlinger

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

Die Druckkosten dieser Publikation wurden vom Rektorat der Universität Luzern übernommen.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Luzern hat diese Arbeit im Jahr 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Die E-Book-Version dieses Titels ist im Open Access auf Basis einer CC BY-NC-ND 4.0-Lizenz (s. http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0) eröffentlicht und unter http://elibrary.duncker-humblot.com/978-3-428-58660-8 abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Fotosatz Voigt, Berlin
Druck: CPI books GmbH, Leck

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-18660-0 (Print)
ISBN 978-3-428-58660-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier entsprechend ISO 9706 ♾

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

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vorwort

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Klaus Mathis, dessen Schriften mir in Form und Inhalt immer ein Vorbild waren. In der angeregten und offenen Atmosphäre seines Lehrstuhls konnte stets mit grossem Vergnügen gearbeitet werden. Herrn Professor Dr. Oliver Diggelmann danke ich für die rasche und kompetente Erstellung des Zweitgutachtens. Dank gebührt weiter den Verantwortlichen des Verlags Duncker & Humblot für die sorgfältige Drucklegung.

Zu danken habe ich ferner Lorenz Pachmann für das gründliche Lektorat sowie Bruno Fuchs für dessen initiale Unterstützung. Meine liebe Frau Karin Blöchlinger hat mich in allen Jahren des Doktorats begleitet und mich in vieler Hinsicht geduldig unterstützt, wofür ihr mein ganz besonderer Dank gebührt.

St. Gallen, im Mai 2022 *Moritz Blöchlinger*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung 15

1. Teil

Recht, Moral und Menschenrechte 18

§ 2 Recht und Moral im Rechtspositivismus 18
A. Die positivistische Trennungsthese 18
B. Das Zerrbild vom Rechtspositivismus 21
I. Die Gehorsamsthese 21
II. Die Subsumtionsthese 22
C. Das Klarheitsargument 24
D. Fazit 26

§ 3 Formale Bestimmung von Menschenrechten 27
A. Die umstrittene Natur der Menschenrechte 27
B. Menschenrechte als moralische Rechte 31
I. Eine Teilklasse moralischer Rechte 31
II. In welchem Sinn ist ein moralisches Recht als „Recht“ zu verstehen? 33
C. Menschenrechte als juridische Rechte 37
I. Menschenrechte im nationalen und internationalen Recht 37
II. Rechtsquellen der internationalen Menschenrechte 39
1. Formelle und materielle Rechtsquellen 39
2. Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut und Staatenkonsens 41
3. Formelle Rechtsquellen nach Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut 46
a) Internationale Übereinkünfte 46
b) Internationales Gewohnheitsrecht 47
c) Ius cogens 50
d) Allgemeine Rechtsgrundsätze 52
4. Rechtserkenntnisquellen: Rechtsprechung und Lehre 55
5. Sekundärrecht und Soft Law 57
a) Beschlüsse internationaler Organisationen 57
b) Arbeit von Vertragsorganen 58
c) Weiteres Soft Law 60
D. Fazit 62

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Teil

Legitimität von normativen Ordnungen 64

§ 4 Die Begriffe der Geltung, Gültigkeit und Legitimität ... 64
A. Zweckmässigkeit von Definitionen ... 64
B. Geltung und Gültigkeit ... 66
I. Doxastische Geltung und objektive Gültigkeit ... 66
II. Geltungstheorien zu Normen ... 68
III. Gültigkeit von Normen ... 70
C. Legitimität ... 72
I. Zwei Forschungstraditionen ... 72
II. Legitimität im empirisch-deskriptiven Sinn ... 75
III. Legitimität im normativ-ethischen Sinn ... 77
IV. Integration der Forschungstraditionen? ... 80
D. Differenzierte Begriffsverwendung ... 82
I. Legitime Normen und gültige Normen ... 82
II. Attributive Verwendungsweise von „Legitimität“ ... 85
III. Formelle und materielle Legitimität? ... 86
E. Fazit ... 87

§ 5 Normative Ordnungen und ihre Rechtfertigungen ... 88
A. Der Mensch als rechtfertigendes Wesen ... 89
I. Animal rationale ... 89
II. Rechtfertigung als soziale Praxis und als normativer Anspruch ... 90
III. Der Mensch als Rechtfertigungsautorität ... 92
IV. Zweifel an der Vernunftfähigkeit des Menschen ... 92
V. Normen als Handlungsmotive und Wertmassstäbe ... 93
B. Herausbildung normativer Prinzipien aus Rechtfertigungsnarrativen ... 95
I. Narrative Quellen der Legitimität ... 95
II. Historische Entwicklung legitimierender Narrative ... 96
III. Legitime Begründungen in und von Geltungstheorien ... 100
C. Das Problem der Begründung ... 102
I. Der Satz vom zureichenden Grund ... 102
II. Das Münchhausen-Trilemma ... 104
III. Mögliche Auswege aus dem Trilemma ... 105
IV. Entscheidung statt Erkenntnis ... 107
D. Fazit ... 111

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Teil

Legitimität von Recht und Moral 112

§ 6 Legitimität von positivem Recht ... 112
A. Rechtsbegriff und Geltungsgrund ... 112
I. Legitime Geltung als „Recht“ ... 112
II. Der positivistische Rechtsbegriff ... 113
B. Empirische Legitimität kraft positiver Satzung nach Max Weber ... 119
C. Normative Legitimität durch eine Grundnorm ... 122
I. Die Idee einer Grundnorm als Geltungsgrund ... 122
II. Die Grundnorm bei Hans Kelsen ... 124
III. Die Rule of Recognition bei H. L. A. Hart ... 129
IV. Der Geltungsstatus der Kelsen'schen Grundnorm ... 131
1. Die Grundnorm als Hypothese ... 131
2. Die Grundnorm als Fiktion ... 133
3. Die Grundnorm als Axiom ... 136
V. Inwiefern kann die Grundnorm ein *legitimer* Geltungsgrund sein? ... 138
VI. Kritik an der positivistischen Vorstellung legitimer Rechtsgeltung ... 143
1. Der Rechtsbegriff als dynamisches Normsystem ... 143
2. Eine Umdeutung des Sollens-Begriffs? ... 146
a) Recht als anerkanntes Sollen ... 146
b) Eine spezifisch-juristische Normativität ... 149
D. Legitime Geltung im Völkerrechtspositivismus ... 153
I. Der Stellenwert theoretischer Grundannahmen im Völkerrecht ... 153
II. Entwicklung des positivistischen Ansatzes im Völkerrecht ... 156
1. Klassischer Völkerrechtspositivismus ... 157
a) Wesenszüge des Völkerrechtspositivismus im 19. Jahrhundert ... 157
b) Das Dilemma der voluntativen Grundlegung ... 159
2. Skepsis und Erneuerung in den Zwischenkriegsjahren ... 163
3. Neo-Positivismus bei Hans Kelsen ... 169
a) Das „reine“ Recht als variables Gestaltungsmedium ... 169
b) Methodische Kritik über die Identitätsthese ... 171
c) Rechtsquellen im Stufenbau ... 175
d) Völkergewohnheitsrecht ... 178
e) Völkervertragsrecht ... 180
f) Internationale Gerichtsurteile ... 181
III. Die Grundnorm des Völkerrechts ... 184
1. Die Stellung einer Grundnorm im Dualismus und im Monismus ... 185
2. Die Grundnorm des Völkerrechts bei Hans Kelsen ... 187
3. Grundnormen bei anderen Völkerrechtlern? ... 189

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

E. Fazit ... 191

§ 7 Legitimität von Moral ... 192
A. Legitime Moralgeltung durch Begründung ... 192
B. Die Begründungsfragen der Moral (Systematisierung nach Ernst Tugendhat) ... 194
I. Die interne und die externe Begründungsfrage ... 194
II. Begründung innerhalb einer Konzeption von Moral ... 195
III. Begründung der Geltung eines Moralkonzepts als solches ... 197
IV. Relativität der Geltungsgründe ... 202
V. Plausibilität der Geltungsgründe ... 205
C. Kritik an Tugendhats Systematisierung von Moralkonzepten ... 211
D. Fazit ... 214

4. Teil

Legitimität von Menschenrechten 215

§ 8 Besonderheiten der Geltung von Menschenrechten ... 215
A. Universalität und relativistische Kritik ... 215
I. Universelle Geltung als essentielles Charakteristikum ... 215
II. Ethischer Relativismus ... 217
III. Universalismus ohne Absolutismus? ... 220
B. Menschenrechte oder -pflichten? ... 222
I. Korrelativität zwischen Rechten und Pflichten ... 222
II. Primat der Rechte ... 223
III. Primat der Pflichten ... 225
IV. Rechte als mögliche Gründe für Pflichten ... 229
C. Fazit ... 231

§ 9 Legitimität von Menschenrechten als moralische und als juridische Rechte ... 232
A. Legitimität von Menschenrechten als moralische Rechte ... 232
I. Legitime Geltung durch spezifische Begründung ... 232
II. Anerkennungswürdigkeit bei kultureller Differenz ... 234
1. Abstraktion: ein Dilemma universeller Begründungen ... 234
2. Abstrakte Minimaltheorien als einziger Weg zu universeller Moral? 237
a) Abgrenzung zu politischen Minimaltheorien ... 237
b) Es gibt kein moralisches Esperanto ... 238
c) Verfahren als moralisches Minimum? ... 239
d) Andere Wege zum Konkreten ... 240
B. Legitimität von Menschenrechten als juridische Rechte ... 243
I. Juridische Legitimität erfordert keine Universalität ... 243

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Die Herausforderung, dennoch universelle juridische Geltung herzuleiten . . . 245
C. Fazit . . . 251

§ 10 Begründungstheoretische Hürden am Beispiel anthropologischer Argumente . . . 252
A. Anthropologische Elemente in Begründungstheorien . . . 252
I. Die universelle Achtungsmoral als Ausgangspunkt von Begründungen 252
II. Anthropologische Konstanten als Argumente . . . 253
III. Kritik an politischer Anthropologie . . . 254
B. Angeborene und unveräusserliche Interessen bei Otfried Höffe . . . 255
I. Höffes Idee im Grundsatz . . . 255
II. Die anthropologischen Prämissen . . . 256
III. Die ethischen Prämissen . . . 258
IV. Die partielle Konfliktnatur des Menschen . . . 259
V. Kritik . . . 259
C. Menschliche Grundfähigkeiten bei Martha Nussbaum . . . 260
I. Befähigungen als Forderung . . . 260
II. Eine Liste menschlicher Grundfähigkeiten . . . 261
III. Die menschliche Natur als wertendes Konzept . . . 262
IV. Nussbaums Neoaristotelismus und ihre Theorie des guten Lebens . . . 264
V. Kritik . . . 265
D. Fazit . . . 266

§ 11 Schlussfolgerungen . . . 267

Literaturverzeichnis . . . 276

Personen- und Sachverzeichnis . . . 302

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abkürzungsverzeichnis

Bezeichnungen von internationalen Organisationen, Institutionen, Übereinkommen oder dergleichen werden, soweit üblich, in ihrer deutschen Form verwendet. Sind Bezeichnungen oder auch Abkürzungen auf Deutsch nicht gebräuchlich, wird die englische Form verwendet.

AA	Akademie-Ausgabe der gesammelten Schriften von Immanuel Kant, hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 1. Dezember 2009
AwskR	UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zum UN-Sozialpakt (engl.: Committee on Economic, Social and Cultural Rights, CESCR)
BGHSt	Deutscher Bundesgerichtshof in Strafsachen
BGHZ	Deutscher Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BVerfG	Deutsches Bundesverfassungsgericht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950
Fn.	Fussnote
HRC	United Nations Human Rights Council (dt.: Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen)
IACommHR	Inter-American Commission on Human Rights
ICJ Rep.	Reports of judgements, advisory opinions and orders of the International Court of Justice (Systematische Sammlung der Urteile, Stellungnahmen und Verfügungen des Internationalen Gerichtshofs)
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
IDI	Institut de Droit International
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission, United Nations
m.w.V.	mit weiteren Verweisen
MRA	UN-Menschenrechtsausschuss zum UN-Zivilpakt (engl.: Human Rights Committee), auch als Ausschuss für bürgerliche und politische Rechte bezeichnet (engl.: Committee on Civil and Political Rights, CCPR)
OHCHR	Office of the High Commissioner for Human Rights
Res.	Resolution

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
U. S. App.	United States Court of Appeals
UN	United Nations
UN-Sozialpakt	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, abgeschlossen am 16. Dezember 1966
UN-Zivilpakt	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen am 16. Dezember 1966
UPR	Universal Periodic Review of the Human Rights Council
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, auch als Wiener Vertragsrechtskonvention bezeichnet

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 1 Einleitung

Die Idee der Legitimität wurde Jahrhunderte hindurch mit teilweise sehr heterogenen philosophischen und politischen Inhalten in Verbindung gebracht.[1] Heute unterscheidet man vor allem zwischen empirisch-deskriptiver und normativ-ethischer Legitimität. Letztere bezeichnet die Geltung von Normenordnungen als anerkennungswürdig und mit guten Gründen gerechtfertigt. Diese normative Legitimität ist Gegenstand der vorliegenden rechtstheoretischen und -philosophischen Studie.

Normative Legitimität wird häufig mit moralischer Anerkennungswürdigkeit gleichgesetzt, worin jedoch eine Verkürzung zu sehen ist. Eine Normenordnung kann auch nach anderen als nur nach moralischen Kriterien als legitim gelten, wie zum Beispiel nach rechtlichen oder religiösen Massstäben. Um hier analytische Klarheit zu schaffen, wird von der begrifflichen Trennung von Recht und Moral ausgegangen; der ganzen Studie wird somit die *rechtspositivistische Trennungsthese* zugrunde gelegt. Neben dem Klarheitsargument spricht für den positivistischen Standpunkt auch, dass er bei der Analyse von Recht heute vorherrschend ist:

> „Positivism is the school of legal thought underlying our contemporary system of law and international law."[2]

Ausgehend von der rechtspositivistischen Position werden vertiefte Antworten auf die Hauptfrage gegeben: *Inwiefern können staatliches Recht, Völkerrecht, Moral und Menschenrechte als normativ legitim gelten, und was bedeutet diese Legitimität jeweils?* Dabei geht es nicht um bestimmte materielle Kriterien von Legitimität wie bspw. demokratische Verfahren, Konsenstheorien oder bestimmte Gerechtigkeitsvorstellungen. Vielmehr wird grundsätzlicher nach den formalen Bedingungen von rechtlicher, moralischer und menschenrechtlicher Legitimität gefragt. Es stellen sich sodann eine Reihe konkreterer Forschungsfragen:

– Was sagt der Begriff der Legitimität aus, und wie ist er sinnvoll und differenziert anzuwenden? Wie kann Legitimität im normativen Kontext eingeordnet werden neben Begriffen wie Geltung und Gültigkeit?
– Worin kann rechtliche und insb. auch völkerrechtliche Legitimität bestehen, wenn dabei nicht auf moralische Kriterien zurückgegriffen werden soll? Welcher Natur ist die Sollens-Forderung des Rechts? Worin besteht ihre Verbindlichkeit?

---

[1] Vgl. *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 73 ff. und *Wiesner/Harfst*, S. 15 ff.
[2] *Wouters/Ryngaert*, S. 119.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

– Wie sind die Begründungsfragen zur legitimen Geltung von Moral zu stellen? Worin besteht der normative Gehalt der moralischen Legitimität? Wann gelten Gründe für die Anerkennungswürdigkeit einer Moralordnung als gute und plausible Gründe?
– Welche begründungstheoretischen Hürden stellen sich der legitimen Geltung moralischer Menschenrechte? Welche Geltungsansprüche müssen juridische Menschenrechte erfüllen, um als legitim zu gelten?

Die Arbeit ist in vier Teile gegliedert. Der Gang der Untersuchung führt jeweils vom Grundsätzlichen zum Konkreten, und zwar sowohl unter den einzelnen Kapiteln als auch innerhalb der Kapitel.

Der *erste Teil* legt die theoretische Ausgangslage dar und bringt die Begriffe des Rechts, der Moral und der Menschenrechte unter den rechtspositivistischen Prämissen in einen kohärenten Zusammenhang. Dabei sollen vor allem auch weitverbreitete Missverständnisse zum Rechtspositivismus ausgeräumt werden, wie etwa die Auffassung, dass die begriffliche Trennung von Recht und Moral auch eine inhaltliche Trennung im Hinblick auf die tatsächliche Ausgestaltung von Recht sei. Bei den Menschenrechten ist vorab die grundlegende und umstrittene Frage nach ihrer normativen Natur zu klären: Inwiefern gelten Menschenrechte aus positivistischer Sicht als juridische Rechte und inwiefern als moralische Rechte?

Der *zweite Teil* setzt sich mit der Legitimität von normativen Ordnungen im Allgemeinen auseinander. Nach der Begriffsbestimmung und -abgrenzung wird ein Vorschlag für eine differenzierte Verwendungsweise von „Legitimität“ vorgelegt. Dabei wird der Begriff nicht neu gedeutet, sondern der vorherrschende Sprachgebrauch abgebildet, zumindest dort wo er reflektiert und präzise genutzt wird. Wie sich zeigt, hängt die Legitimität von Normen eng mit der Rechtfertigung bzw. den Gründen ihrer Geltung zusammen. Im Zentrum steht dabei der Mensch, der sein Handeln an Gründen ausrichten können muss, sofern man ihn als autonomes und vernunftfähiges Wesen ernstnimmt. So wie jede Letztbegründung muss sich auch diejenige der legitimen Geltung dem sog. Münchhausen-Trilemma stellen. Dabei stösst man auch auf die Frage, ob es sich bei normativen Gründen um Erkenntnisse handeln kann oder ob am Ende der Begründungsketten immer Entscheidungen stehen.

Im *dritten Teil* der Arbeit geht es um die jeweils spezifische Legitimität von Recht und von Moral. Die Geltung einer Rechtsnorm stützt sich für den Rechtspositivisten auch in letzter Instanz nicht auf Moral. So stellt sich die Frage, aus welchem normativen Kriterium die Geltung denn sonst abgeleitet wird und inwiefern diese dann als legitim gelten kann. Dabei dringt man unweigerlich zum Charakter der rechtlichen Normativität vor, zur Natur von Rechtsgeltung und -verbindlichkeit. Letztlich stehen dahinter definitorische Entscheide, die je nach Rechtsschule anders getroffen werden können. Hier wird ein Schwerpunkt

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auf die Rechtslehre von Hans Kelsen gelegt, aber etwa auch auf die Theorie von H. L. A. Hart eingegangen. Die beiden bedeutendsten Rechtspositivisten des 20. Jahrhunderts leiten die normative Geltung des Rechts aus einer Grundnorm ab.[3] In welchem Sinne dies als legitimer Geltungsgrund dienen kann, wird vertieft untersucht. Gerade auch im Völkerrecht hängen mit der Legitimität der Rechtsgeltung ganz fundamentale Fragen zusammen:

> „*How* do rights and duties come into existence, and *why* are States and other subjects of law legally bound to comply with obligations so created? These are the two most fundamental and crucial questions of the international legal community.“[4]

Hinsichtlich der legitimen Geltung von Moral wird auf Ernst Tugendhats Systematik von Moralkonzepten zurückgegriffen. Dabei geht es nicht um sein eigenes Moralkonzept, sondern um seine allgemeine Systematisierung von Moralbegründungen. Die Absicht ist dabei, dass unterschiedliche Moralkonzepte analytisch durchdrungen und systematisch nach ihren jeweiligen Legitimitäts- und Geltungsgründen befragt werden können.

Im *vierten Teil* werden die Legitimitätsbedingungen von Menschenrechten dargelegt. Aus rechtspositivistischer Sicht ist zuerst zwischen deren Geltung als Recht oder Moral zu unterscheiden. Danach kann auf ihre besonderen Anforderungen an die Legitimität eingegangen werden, wie etwa die universelle Geltung. Mögliche begründungstheoretische Hürden werden am Beispiel anthropologischer Argumentationen aufgezeigt, einmal in der Variante von Otfried Höffe und einmal in jener von Martha Nussbaum. Zuletzt werden aus den gewonnenen Erkenntnissen die Schlussfolgerungen gezogen, die sich für ein differenziertes Verständnis des Legitimitätsbegriffs aus rechtspositivistischer Perspektive ergeben.

---

[3] Harts *Rule of Recognition* wird auch als „empirische Grundnorm“ bezeichnet, so bei *Alexy*, Begriff, S. 155, 194 f.; vgl. zu dieser Einordnung auch *Hart*, Concept, S. 292 f.

[4] *Mosler*, S. 67.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

1. Teil

Recht, Moral und Menschenrechte

§ 2 Recht und Moral im Rechtspositivismus

A. Die positivistische Trennungsthese

Der wesentliche Streitpunkt bei der Definition von Recht liegt in seinem Verhältnis zur Moral. Die Diskussion um dieses Verhältnis wird schon seit der Antike geführt.[1] Heute stehen sich zwei Grundpositionen gegenüber: die positivistische und die nichtpositivistische. Während alle positivistischen Theorien die Trennungsthese vertreten, stehen alle nichtpositivistischen Theorien hinter der Verbindungsthese.[2]

> „[Die Trennungsthese] sagt, dass der Begriff des Rechts so zu definieren ist, dass er keine moralischen Elemente einschliesst. Die Trennungsthese setzt voraus, dass es keinen begrifflich notwendigen Zusammenhang zwischen dem Recht und der Moral, zwischen dem, was das Recht gebietet, und dem, was die Gerechtigkeit fordert, oder zwischen dem Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein soll, gibt."[3]

Der positivistische Rechtsbegriff definiert sich nur durch zwei Elemente: das der ordnungsgemässen Gesetztheit und das der sozialen Wirksamkeit.[4] Aus der je unterschiedlichen Interpretation und Gewichtung dieser beiden Definitionselemente entstanden so die zahlreichen Varianten des Rechtspositivismus.[5] Gemeinsam ist ihnen allen aber, dass das, was Recht ist, ausschliesslich davon abhängt, was gesetzt und/oder was wirksam ist.[6] Eine inhaltliche Richtigkeit spielt keine

---

[1] M. w. V. *Mahlmann*, Elemente, S. 30 ff.

[2] *Alexy*, Begriff, S. 15, 17.

[3] *Alexy*, Begriff, S. 15.

[4] *Kelsen*, Positivismus, S. 465; siehe *§ 6 A. II. Der positivistische Rechtsbegriff.*

[5] Vgl. *R. Dreier*, Begriff, S. 96; die positivistischen Rechtsbegriffe lassen sich in zwei Hauptgruppen einteilen: in primär wirksamkeitsorientierte und primär setzungsorientierte Rechtsbegriffe. Robert Alexy verortet die primär wirksamkeitsorientierten vor allem im Umkreis von soziologischen und realistischen Rechtstheorien, z. B. bei Max Weber, Theodor Geiger, Ernst Rudolf Bierling oder Niklas Luhmann. Die primär setzungsorientierten Rechtsdefinitionen liessen sich vor allem im Bereich der analytischen Rechtstheorie finden, z. B. bei John Austin, Hans Kelsen und H. L. A. Hart, *Alexy*, Begriff, S. 16, 29, 31 ff.

[6] *Alexy*, Begriff, S. 16 f.; Walter Ott bietet eine differenzierte Gesamtdarstellung der Varianten des Rechtspositivismus, *Ott*, Rechtspositivismus, S. 32 ff.; auch für Ott liegt das massgebende Kriterium für die Einteilung der verschiedenen Varianten darin, worin diese die sog. Positivität im weiteren Sinne, d. h. die tatsächliche Existenz, die Wirklich-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rolle – für den Rechtspositivisten kann jeder beliebige Inhalt Recht sein.[7] In diesem Sinne ist das Verhältnis zwischen Recht und Moral *kontingent*, d. h. möglich, aber nicht notwendig.[8]

Nichtpositivisten sehen das hingegen anders: Für sie tritt eben jenes Element der inhaltlichen Richtigkeit notwendig zu den beiden anderen Elementen hinzu. Sie vertreten daher die Verbindungsthese:

> „[Die Verbindungsthese] sagt, dass der Begriff des Rechts so zu definieren ist, dass er moralische Elemente enthält."[9]

H. L. A. Hart beschreibt dies so:

> „This is the general contention that between law and morality there is a connection which is in some sense ‚necessary', and that it is this which deserves to be taken as central, in any attempt to analyse or elucidate the notion of law."[10]

Auch der Nichtpositivismus ist in ganz unterschiedlichen Varianten möglich, je nach Interpretation und Gewichtung seiner Definitionselemente. Eine der anschaulichsten Interpretationen – vielleicht deshalb, weil sie der wohl kompromissloseste Ausdruck des nichtpositivistischen Standpunktes ist – ist diejenige, die sich mit Theorien des *Naturrechts* verbindet.[11] Dabei wird die Auffassung vertreten, dass es gewisse Prinzipien der wahren Moral oder Gerechtigkeit gibt, dass diese Prinzipien vom Menschen erkannt werden können und dass – dies ist der entscheidende Punkt – die vom Menschen gemachten Gesetze, die diesen Prinzipien widersprechen, kein gültiges Recht sind: „Lex iniusta non est lex."[12] Diese Auffassung charakterisiert den Nichtpositivismus im Kern, so dass im Streit um die Definition des Rechtsbegriffs die Gegner der Rechtspositivisten früher oft einfach nur „Naturrechtler" genannt wurden.[13]

Eine heute verbreitete nichtpositivistische Definition von Recht stammt von Gustav Radbruch. In seinem berühmten Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und über-

---

keit, die Faktizität des Rechts erblicken, *Ott*, Rechtspositivismus, S. 19; Ott definiert als Positivismus im engeren Sinne den „etatistischen" Positivismus, bei dem die faktische Geltung auf der Setzung bzw. dem Erlass von Normen durch eine staatliche Autorität beruht. Ist die Positivität hingegen abhängig von der Wirksamkeit der Normen, unterscheidet er des Weiteren zwischen einem „psychologischen" Positivismus, der jenen Normen die Geltung abspricht, die von einer Mehrheit nicht anerkannt werden, und einem „soziologischen" Positivismus, der lediglich jene Normen als positives Recht gelten lässt, die befolgt bzw. durchgesetzt werden, vgl. *Ott*, Rechtspositivismus, S. 32 ff., S. 59 ff., S. 76 ff.; *Watkins-Bienz*, Hart-Dworkin, S. 64.

[7] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 201.

[8] *Vernengo*, S. 465; vgl. auch *Von der Pfordten*, Differenzierung, S. 46.

[9] *Alexy*, Begriff, S. 17.

[10] *Hart*, Concept, S. 155.

[11] Hart führt hier insb. die thomistische Tradition des Naturrechts an, *Hart*, Concept, S. 156; zur Naturrechtslehre von Thomas von Aquin siehe *Mahlmann*, Elemente, S. 34 ff.

[12] *Thomas von Aquin*, ST I–II q96 a4 c.

[13] Siehe etwa *Hart*, Concept, S. 185.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gesetzliches Recht“ (1946) unterscheidet er drei Stufen.[14] Die erste Stufe stellt den Grundsatz auf, dass auch ein Verstoss gegen die Prinzipien der Gerechtigkeit nichts ändere am Vorliegen von Recht und an der Gehorsamspflicht. Die zweite Stufe bezeichnet eine Ausnahme davon, nämlich für Normen, die in „unerträglichem“ Mass gegen die Gerechtigkeit verstossen und darum nicht gelten würden. Die Literatur bezeichnet diese zweite Stufe der Radbruch'schen Formel als „Unerträglichkeitsformel“. Auf der dritten Stufe schliesslich geht es um Normen, in denen „Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird“ und die folglich gar kein Recht seien, was auch als „Verleugnungsformel“ bezeichnet wird.[15] Die zentrale geltungstheoretische Aussage ist also: Normen mit extremem Unrechtsgehalt werden nicht nur als wertwidriges, unmoralisches oder pervertiertes Recht angesehen, sondern ihnen wird der Rechtscharakter überhaupt abgesprochen – kurz: *extremes Unrecht mutiert zu Nichtrecht.*[16] Diese Formel gilt trotz einiger Kritik für viele als praktikabel, so dass sie einer Reihe von Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zugrunde gelegt wurde, u. a. um die umstrittene Frage zu beantworten, ob gewisse Normen und Verordnungen unter dem NS-Regime als Recht galten oder nicht.[17]

Vom Rechtspositivismus ist heute hingegen ein Zerrbild verbreitet.[18] Vor dessen Hintergrund sehen sich viele Rechtspositivisten dazu gedrängt, ihren Posi-

---

[14] *Radbruch*, S. 107.

[15] *H. Dreier*, Radbruch, S. 423.

[16] Angewendet auf konkrete Fälle wird gemeinhin allein auf die „Unerträglichkeitsformel“ abgestellt wird, da die „Verleugnungsformel“ einen praktisch nie belegbaren Gerechtigkeitsbeugungsvorsatz verlangt, m. w. V. *H. Dreier*, Radbruch, S. 423.

[17] Siehe folgende Auflistung bei *Alexy*, Begriff, S. 53 f.: BVerfG 3, 58 (119); BVerfG 3, 225 (233); BVerfG 6, 132 (198); BVerfG 6, 309 (332); BVerfG 6, 389 (414 f.); BVerfG 54, 53 (67 f.); BGHZ 3, 94 (107); BGHZ 23, 175 (181); BGHSt 2, 173 (177); BGHSt 2, 234 (238 f.); BGHSt 3, 357 (362 f.); kritisch explizit zur Anwendung der Radbruch'schen Formel durch die deutschen Gerichte, *Hart*, Positivism, S. 620 f.; ähnlich *Hoerster*, Lehre, S. 187 f.; bei den Mauerschützen-Prozessen gegen die DDR-Grenzsoldaten spielte die Radbruch'sche Formel ebenfalls eine zentrale Rolle, siehe m. w. V. *Sieckmann*, S. 496 ff. sowie *H. Dreier*, Radbruch, S. 421 ff.; Robert Alexy erörtert ausführlich das nichtpositivistische Unrechtsargument, so wie es in der Radbruch'schen Formel Ausdruck findet, indem er eine ganze Reihe Argumente, die dagegen sprechen, aufgreift und zu entkräften versucht. Im Ergebnis sind für Alexy die *für* das Unrechtsargument sprechenden Gründe stärker als die Einwände, *Alexy*, Begriff, S. 71 ff., S. 106 f.; für eine Zusammenstellung von Argumenten pro und contra die Radbruch'sche Formel siehe *Ott*, Radbruch'sche, S. 335 ff.

[18] Die Rede vom „Zerrbild“ ist massgeblich geprägt von Horst Dreier, *H. Dreier*, Zerrbild, S. 61 ff.; auch Norbert Hoerster macht auf die verbreiteten Missverständnisse und Vorurteile gegenüber dem Rechtspositivismus aufmerksam und versucht ihn gegen diese zu verteidigen, siehe *Hoerster*, Verteidigung, S. 7 ff.; schon Hart klagte darüber, wie abwertend die Bezeichnung „Legal Positivism“ gebraucht würde und fälschlicherweise herhalten müsse für „a baffling multitude of different sins.“, *Hart*, Positivism, S. 595; nach Jörg Kammerhofer und Jean D'Aspremont könne man gar von einer systematischen Verurteilung des Rechtspositivismus in der Amerikanischen Jurisprudenz reden, m. w. V. *Kammerhofer/D'Aspremont*, Introduction, S. 3, Fn. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tionen Erklärungen oder gar Vorbehalte anzufügen.[19] Einige Aspekte, die diesem Zerrbild zugrunde liegen, kann man dabei jedoch nur als Missverständnisse bezeichnen, die im Folgenden richtiggestellt werden sollen.

B. Das Zerrbild vom Rechtspositivismus

Eines der fundamentalsten Missverständnisse zum Rechtspositivismus liegt darin, dass die *begriffliche* Trennung von Recht und Moral so verstanden wird, dass bei der tatsächlichen Ausgestaltung von Recht auch eine *inhaltliche* Trennung zur Moral bestehen müsse. Walter Ott klärt diesen Irrtum auf:

> „Die positivistische Forderung einer Trennung von Recht und Moral bedeutet natürlich keinesfalls [...], dass die tatsächlichen Einflüsse von moralischen Vorstellungen über das Recht, wie es sein sollte, auf die inhaltliche Ausgestaltung des positiven Rechts geleugnet werden. Was abgelehnt wird, ist die These, inhaltliche Kriterien in den Begriff des Rechts aufzunehmen [...].“[20]

Im genannten Zerrbild werden dem Rechtspositivisten auch zwei weitere Positionen zugeschrieben, die mit diesem Missverständnis verbunden sind. So erstens die These, dass dem positiven Recht unter allen Umständen Gehorsam geschuldet sei, wie auch immer es inhaltlich beschaffen sei.[21] Zweitens die These, wonach die Auslegung und Anwendung des Rechts im Wege rein logischer Schlussverfahren ohne eigene Wertung erfolge.[22] Kein relevanter Rechtspositivist hat je eine dieser beiden Positionen vertreten.

I. Die Gehorsamsthese

Der Grundfehler der ersten These, der Gehorsamsthese, liegt in der Vermengung von zwei ganz unterschiedlichen Fragen: der einen Frage, wie das positive Recht inhaltlich ausgestaltet ist, und der anderen Frage, ob man diesem so beschriebenen Recht auch Gehorsam leisten oder ob man dagegen revoltieren

---

[19] Vgl. *Rödl*, S. 29.

[20] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 113; für Norbert Hoerster steht deshalb auch die von ihm so genannte „Neutralitätsthese“ im Zentrum des Rechtspositivismus, die besagt, dass der Begriff des Rechts inhaltlich neutral zu definieren sei: „Der Rechtspositivist plädiert mit seiner Neutralitätsthese also für eine strikte Trennung zwischen der Zuschreibung rechtlicher Geltung und der Vornahme normativ-moralischer Bewertung.“, *Hoerster*, Verteidigung, S. 11.

[21] *H. Dreier*, Zerrbild, S. 63 f., der diese These „Gehorsamsthese“ nennt; Hoerster nennt diese These erst „Legalismusthese“, später dann „Befolgungsthese“, *Hoerster*, Verteidigung, S. 16 f., *Hoerster*, Recht, S. 70; besonders wirkmächtig wurde diese These von Gustav Radbruch formuliert: „Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung ‚Gesetz ist Gesetz‘ den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts“, *Radbruch*, S. 107.

[22] *H. Dreier*, Zerrbild, S. 64, der diese These wie auch Hoerster „Subsumtionsthese“ nennt; *Hoerster*, Verteidigung, S. 12.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sollte. Die Rechtsgeltungsfrage ist mit der Rechtsgehorsamsfrage eben nicht identisch.[23] Eine solche Vermengung wird – entgegen der Vorurteile – von den Rechtspositivisten ganz unmissverständlich abgelehnt. Hart macht etwa darauf aufmerksam, dass schon Jeremy Bentham und John Austin – beides Ahnherren des Rechtspositivismus – der Überzeugung waren,

> „[…] that if laws reached a certain degree of iniquity then there would be a plain moral obligation to resist them and to withhold obedience."[24]

Die Einstufung einer Norm als „geltendes Recht" sagt also noch gar nichts über ihre Befolgungspflicht aus. Diese liegt auf einer anderen Ebene als jene, weil für die Frage nach dem Rechtsgehorsam naturgemäss politische, moralische, religiöse oder andere Werturteile eine entscheidende Rolle spielen.[25] So stellt auch Hart den Rechtsgehorsam im konkreten Fall dem persönlichen Gewissen anheim; das Widerstandsrecht ist für ihn somit eine moralische Frage.[26] Für den Rechtspositivisten ist es zwar selbstverständlich, dass eine Rechtsnorm *rechtlich* gilt und verbindlich ist, jedoch ist es für ihn eine völlig andere Frage, ob diese Rechtsnorm auch vom *moralischen* Standpunkt aus Verbindlichkeit beanspruchen und Befolgung verlangen darf.[27] Diese Unterscheidung führt auf die grundsätzliche Idee des Rechtspositivismus zurück, an die wir uns mit John Austins vielzitierter Aussage von 1832 erinnern:

> „The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation."[28]

Der Entscheidung, ob man der Rechtsordnung „gehorchen oder ob man gegen sie revoltieren soll", wird mit der rechtswissenschaftlichen Qualifizierung als „Recht" also in keiner Weise vorgegriffen.[29] Sie bleibt vielmehr dem Urteil des Einzelnen überlassen; keine Rechtslehre kann sie ihm abnehmen.[30]

II. Die Subsumtionsthese

Die zweite Zerrbild-These besagt, dass die Anwendung des Rechts in allen Fällen im Wege wertungsfreier Subsumtion erfolge, dass also der Rechtsanwender stets als eine Art Subsumtionsautomat fungiere, der mit ausschliesslich logi-

---

[23] *H. Dreier*, Zerrbild, S. 66.
[24] *Hart*, Positivism, S. 617.
[25] *H. Dreier*, Zerrbild, S. 67.
[26] *Hart*, Concept, S. 207 ff.
[27] *Hoerster*, Verteidigung, S. 17.
[28] *Austin*, Province, S. 184.
[29] *Walter*, Rechtslehre, S. 342.
[30] *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 231 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schen Mitteln das in concreto zu setzende Recht ermitteln könne.[31] Diese These wurde zwar in den Ursprungszeiten der Lehre von der Gewaltenteilung vertreten sowie später von den wenigen Verfechtern des sog. Gesetzespositivismus, heute gilt sie jedoch als widerlegt.[32] So hat auch kein führender Rechtspositivist im letzten Jahrhundert diese Position noch vertreten.[33]

Vielmehr anerkennt man auch unter Rechtspositivisten die Interpretationsbedürftigkeit des Rechts, die Offenheit und Unbestimmtheit des sprachlichen Ausdrucks und damit die unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten. H. L. A. Hart hat dies etwa in seinem berühmten Kapitel „The Open Texture of Law"[34] beschrieben. Er betont ausserdem, dass die Rechtsordnung niemals in der Lage sei, alle sich ergebenden Einzelfälle präzise vorzuentscheiden, wodurch dem Richter zwingend eine rechtserzeugende Rolle zufalle.[35] Hans Kelsen fasste es kurz: „*Rechtsanwendung ist zugleich Rechtserzeugung.*"[36]

Üblicherweise wird daher ein richterlicher Spielraum in der Rechtsanwendung angenommen, den der Richter nach eigenem „freien Ermessen"[37] zu füllen hat.[38] Dass diese Annahme mit dem Rechtspositivismus vereinbar ist, erklärt Kelsen so, dass das zu interpretierende Recht einen „Rahmen"[39] darstellt, innerhalb dessen es mehrere Möglichkeiten der Anwendung gebe; mehrere Entscheidungsmöglichkeiten also, die alle gleichwertig seien, wenn auch nur eine einzige von ihnen im

---

[31] *Hoerster*, Verteidigung, S. 12.

[32] Zur Rechtsanwendung im Gesetzespositivismus siehe *Ott*, Rechtspositivismus, S. 43.

[33] Ausführlich zu den Positionen von Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Hans Kelsen, H. L. A. Hart und Felix Somló siehe *H. Dreier*, Zerrbild, S. 81 ff.; *Rödl*, S. 29; *Hoerster*, Verteidigung, S. 12.

[34] *Hart*, Concept, S. 124 ff.

[35] *Hart*, Concept, S. 204 f.

[36] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 240, Hervorhebung hinzugefügt.

[37] Der Ermessensbegriff wird hier im Sinne Hans Kelsens weiter gefasst als der heute in Deutschland, Österreich und der Schweiz verbreitete verwaltungsrechtlich-dogmatische Begriff des Ermessens. Ersterer schliesst auch die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen mit ein, während bei Letzterem die Auslegung als Rechtsfrage abgrenzt wird von der Ermessensausübung. Kelsen lehnte es grundsätzlich ab, Rechtsanwendung und Ermessensausübung als Gegensatzpaar zu verstehen: Beides seien Ausformungen eines Rechtskonkretisierungsprozesses, siehe dazu *§ 6 A. II. Der positivistische Rechtsbegriff* sowie *Schindler*, S. 209 f.; zur Einordnung der rechtspositivistischen Positionen von Hans Kelsen und Adolf Merkl bezüglich des Ermessensbegriffs siehe *Schindler*, S. 74 ff.

[38] Dieses Postulat bildete gerade den Ausgangspunkt der Kritik Ronald Dworkins am Rechtspositivismus von H. L. A. Hart; zur ganzen Hart-Dworkin-Debatte siehe *Watkins-Bienz*, Hart-Dworkin; spezifisch zum richterlichen Ermessen siehe *Watkins-Bienz*, Hart-Dworkin, S. 155 f.; *Watkins-Bienz*, Rechtspositivismus, S. 67 f.; siehe auch *Ott*, Rechtspositivismus, S. 178 ff.

[39] So lautet in Kelsens „Reine Rechtslehre" (1934, neu bearbeitet 1960) auch der Titel des entsprechenden Kapitels: „Das anzuwendende Recht ein Rahmen, innerhalb dessen mehrere Möglichkeiten der Anwendung", *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 348.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Akt des richterlichen Urteils positives Recht werde.[40] Die richterliche Tätigkeit bestehe darin, diesen Rahmen festzustellen; ihn dann zu füllen erfolge dann nicht mehr durch Erkenntnis des positiven Rechts, sondern durch andere Werturteile und Normen der Moral:

> „Sofern bei der Gesetzesanwendung über die dabei nötige Feststellung des Rahmens, innerhalb dessen sich der zu setzende Akt zu halten hat, hinaus noch eine Erkenntnistätigkeit des rechtsanwendenden Organs Platz greifen kann, ist es nicht eine Erkenntnis des positiven Rechts, sondern anderer Normen, die hier in den Prozess der Rechtserzeugung einmünden können; Normen der Moral, der Gerechtigkeit, soziale Werturteile, die man mit den Schlagworten Volkswohl, Staatsinteresse, Fortschritt usw. zu bezeichnen pflegt.“[41]

Die Subsumtionsthese gehört also genauso wie die Gehorsamsthese in keiner Weise zur rechtspositivistischen Position. Nachdem dieses Zerrbild nun gerade gezogen wurde, kann ein unverfälschter Blick auf die eigentlichen Stärken des Rechtspositivismus geworfen werden.[42] Gerade im wissenschaftlichen Kontext ist hier das Klarheitsargument zu erwähnen.

C. Das Klarheitsargument

Bei der Frage nach dem Rechtsbegriff – ob positivistisch oder nichtpositivistisch – geht es nicht um Wahrheit oder Unwahrheit der Theorien, sondern um ihre Fruchtbarkeit zur Erreichung theoretischer und praktischer Ziele. Was es zu erfassen gilt, ist folglich die Leistungsfähigkeit einer Theorie bei der Behandlung bestimmter theoretischer oder praktischer Probleme.[43]

Ein positivistischer Rechtsbegriff, der auf jeden Einschluss moralischer Elemente verzichtet, ist einfacher und insofern klarer als ein Rechtsbegriff, der sich auf moralische Elemente stützt.[44] Alexy bezeichnet das als „Klarheitsargument“[45] (das *für* den Rechtspositivismus spreche), Ott spricht hingegen vom „Argument der Verwirrung“[46] (das *gegen* den *Nicht*positivismus spreche), beide meinen damit aber das gleiche. Die klassische Formulierung stammt dabei von Hart:

---

[40] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 349.

[41] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 351.

[42] Für eine Analyse verschiedener „Vorteile der positivistischen Trennungsthese“ siehe *Ott*, Rechtspositivismus, S. 175 ff.; für „die übrigen Vor- und Nachteile der rechtspositivistischen Theorien“ siehe *Ott*, Rechtspositivismus, S. 224 ff.

[43] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 165, 171.

[44] *Alexy*, Begriff, S. 77.

[45] *Alexy*, Begriff, S. 75 ff.

[46] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 199 f.; Ott räumt an dieser Stelle jedoch ein, dass das „Argument der Verwirrung“ jedenfalls für den Juristen nicht zutreffe, weil dieser sich gewohnt sei, mit viel schwierigeren Konzeptionen arbeiten zu müssen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„For if we adopt Radbruch's view, and with him and the German courts make our protest against evil law in the form of an assertion that certain rules cannot be law because of their moral iniquity, we confuse one of the most powerful, because it is the simplest, forms of moral criticism. If with the Utilitarians we speak plainly, we say that laws may be law but too evil to be obeyed. This is a moral condemnation which everyone can understand and it makes an immediate and obvious claim to moral attention. If, on the other hand, we formulate our objection as an assertion that these evil things are not law, here is an assertion which many people do not believe, and if they are disposed to consider it at all, it would seem to raise a whole host of philosophical issues before it can be accepted. So perhaps the most important single lesson to be learned from this form of the denial of the Utilitarian distinction is the one that the Utilitarians were most concerned to teach: when we have the ample resources of plain speech we must not present the moral criticism of institutions as propositions of a disputable philosophy."[47]

An anderer Stelle schreibt Hart:

„Instead we criticized the attempt to narrow the class of valid laws by the extrusion of what was morally iniquitous, on the ground that to do this did not advance or clarify either theoretical inquiries or moral deliberation."[48]

Hoerster spricht sich aus diesem Grund für einen wertneutralen Begriff des Rechts aus, nur schon deshalb, weil wir – als Rechtswissenschaftler wie als Bürger – primär daran interessiert seien, zu wissen, ob eine bestimmte Norm in einem völlig wertneutralen Sinn geltendes Recht ist oder nicht.[49] Wer hingegen Gerechtigkeitsvorstellungen als konstitutiv für die Definition von Recht ansieht, läuft Gefahr, angesichts unterschiedlicher Wertungen mit unterschiedlichen Rechtsbegriffen zu arbeiten und damit aneinander vorbeizureden. Er veranschaulicht dies an folgendem Beispiel:

„Ein homosexuelles Paar etwa, das eine Südamerikareise plant, wird vernünftigerweise vor Reiseantritt wissen wollen, in welchen Staaten Südamerikas das geltende Recht homosexuelles Verhalten unter Strafe stellt. Die Belehrung durch den liberalen Moralisten, eine staatliche Bestrafung der Homosexualität sei ‚Unrecht', nützt dem Paar nichts."[50]

Der Positivist behandelt *das Recht, wie es ist, nicht aber das Recht, wie es sein sollte*.[51] Und in dieser Unterscheidung liegt schon die ganze bestechende Einfachheit. Hart wiederholt dies in aller Kürze und Klarheit immer wieder: Der Rechtspositivist unterscheide zwischen Recht und Moral, indem er das eine als „law as it is" und das andere als „law as *morally* it ought to be" begreift.[52] Er beruft sich dabei auf Jeremy Bentham und John Austin – die beiden Utilitaristen,

[47] *Hart*, Positivism, S. 620 f.
[48] *Hart*, Concept, S. 214.
[49] *Hoerster*, Verteidigung, S. 11 f.
[50] *Hoerster*, Verteidigung, S. 23.
[51] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 175.
[52] *Hart*, Positivism, S. 614.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die er in seinem eben zitierten längeren Diktum gemeint hat[53] –, die auch schon mit Nachdruck auf die Notwendigkeit hingewiesen hätten, kompromisslos und mit grösstmöglicher Klarheit zu unterscheiden zwischen dem Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein sollte.[54] Nur wenn das Recht von Gerechtigkeit unterschieden wird, ist es überhaupt möglich, das eine im Lichte des anderen zu sehen:

> „Denn nur wenn man die Rechtsordnung als ein verbindliches und wirksames, d. h. geltendes, Normengefüge begreift, dem kein moralischer Wert an sich zukommt, wird es möglich, die Vereinbarkeit des Rechts mit Moralnormen zu überprüfen. Wer sich gegen ungerechtes Recht auflehnt, leugnet nicht seine Geltung, sondern bekämpft es gerade wegen dieser Geltung, um es zu verändern."[55]

Hält man diese begriffliche Unterscheidung zwischen Recht und Moral – und damit die positivistische Trennungsthese – konsequent ein, ist für das wissenschaftliche Arbeiten viel gewonnen. Eine analytische Trennschärfe ist insbesondere dort fruchtbar, wo rechtliche bzw. moralische Grenzbereiche untersucht werden. Würde man nämlich annehmen, dass der Begriff des Rechts gewisse materielle Gerechtigkeitskriterien enthalte, hätte dies zur Folge, dass allem Recht, das diese Kriterien nicht erfüllt, der Rechtscharakter abgesprochen würde. So müssten etwa das antike Sklavenrecht, das Recht der Nationalsozialisten oder die afrikanischen Apartheid-Normen aus dem Untersuchungsbereich der Rechtssoziologen sowie der Rechtshistoriker fallen, obwohl diese Erscheinungen doch gerade ihnen nicht gleichgültig sein können.[56] Sie müssten dann für diese Normen Ersatzbegriffe finden und wären vor argumentatorische Hürden gestellt, wenn sie diese Normen mit juristischen Instrumenten analysieren wollten.

Für Menschenrechte stellen sich aufgrund ihrer besonderen Rechtsnatur gewisse Herausforderungen, wenn die positivistische Trennungsthese auch in diesem Bereich durchgehalten werden soll. Anstatt jedoch begrifflich saubere Definitionen vorzulegen, wird hier allzu oft eine intransparente Vermischung vorgenommen, die den Juristen wie den Moralphilosophen zu fraglichen Ergebnissen verleiten kann. Nachfolgend soll der umstrittene Menschenrechtsbegriff daher kurz in seinen juridischen und moralischen Dimensionen nachgezeichnet werden, um für die mögliche begriffliche Klarheit zu sorgen.

D. Fazit

Sowohl der positivistische als auch der nichtpositivistische Standpunkt kann mit guten Gründen eingenommen werden. Insbesondere bei Grenzfällen von extrem ungerechtem Recht kann eine nichtpositivistische Sicht näher am allgemei-

---

[53] *Hart*, Positivism, S. 620 f.
[54] *Hart*, Positivism, S. 595.
[55] *Jesch*, S. 436.
[56] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 175; *Ott*, Radbruch'sche, S. 344.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nen praktischen Diskurs sein. In den meisten anderen Fällen bietet der Rechtspositivismus jedoch konzeptuell und epistemologisch mehr Klarheit, weshalb er hier als methodischer Ansatz überzeugender erscheint. Viele rechtsphilosophische Überlegungen setzen die positivistische Logik voraus, wonach Recht und Moral als unterschiedliche Normenordnungen betrachtet werden, die sich zwar faktisch beeinflussen können, aber begrifflich getrennt sind.[57]

§ 3 Formale Bestimmung von Menschenrechten

A. Die umstrittene Natur der Menschenrechte

Menschenrechte bilden eine besondere Kategorie von Rechten. Ihrem Begriff nach beanspruchen sie, dass sie für alle Menschen gelten und insofern *universell* sind, dass sie für alle in gleicher Weise gelten und insofern *egalitär* sind und dass sie keinem Menschen abgesprochen werden können und insofern *kategorisch* oder *unbedingt* sind.[58] Ausserdem gelten sie als *fundamental*, da eine Verletzung entweder schweres Leid oder den Tod bedeutet oder den Kernbereich der Autonomie trifft.[59] Dies sind einige der Bestimmungen, mit denen die gängige Rhetorik der Menschenrechte operiert.[60] Damit herrscht aber noch keine Einigkeit über die normative Natur der Menschenrechte.[61]

Verstünde man die Menschrechte als rein juridische Rechte, könnte ihr wesensmässiger Anspruch auf universelle Geltung nicht ohne Weiteres erklärt werden, denn selbst die grundlegendsten Menschenrechtsverträge wurden nicht von allen Staaten ratifiziert, geschweige denn in positives Landesrecht transformiert.[62] Verstünde man die Menschenrechte hingegen als rein moralische An-

---

[57] Vgl. etwa *Mathis*, S. 536.

[58] *Lohmann*, Moral, S. 63; zur Unterscheidung zwischen universeller und kategorischer Geltung siehe *Pollmann*, Universalismus, S. 45, wo die kategorische Geltung so verstanden wird, dass sie keinen Bedingungen unterliegt, also selbst Schwerverbrecher und Terroristen ihre Menschenrechte nicht verlieren.

[59] *Alexy*, Institutionalisierung, S. 251; *Lohmann*, Begründungsaufgaben, S. 194 ff.

[60] Für weitere Elemente, mit denen Menschenrechte definiert werden siehe *§ 8 Besonderheiten der Geltung von Menschenrechten.*

[61] Vgl. *Tasioulas*, Nature, S. 32.

[62] Bspw. wurden der UN-Zivilpakt sowie der UN-Sozialpakt nicht unterzeichnet von Singapur, Malaysia, Saudi-Arabien und weiteren Staaten, unterzeichnet aber nicht ratifiziert wurde der UN-Zivilpakt u. a. von China und Kuba, unterzeichnet aber nicht ratifiziert wurde der UN-Sozialpakt u. a. von den USA und Kuba, siehe *OHCHR*, Status, Stand: 1.12.2021; für Walter Kälin und Jörg Künzli betrifft die Frage, ob die internationalen Menschenrechte universell gelten, deshalb auch nicht das rechtliche Sein, sondern das Sollen, den normativen Geltungsanspruch, oder mit den Worten der Positivisten: nicht das Recht wie es ist, sondern das Recht, wie es sein soll, also die Moral, *Kälin/Künzli*, S. 21; *Hart*, Positivism, S. 595; es gibt jedoch durchaus Möglichkeiten, die Universalität der Menschenrechte aus rein juridischer Sicht zu begründen, vgl. *Simma/Alston*, S. 82 ff.; *Kälin/Künzli*, S. 23; *§ 9 B. II. Die Herausforderung, dennoch universelle juridische Geltung herzuleiten*.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sprüche, könnte nicht erklärt werden, wie sie wirksam durchgesetzt werden können.[63] Die zahlreichen Versuche, die Natur der Menschenrechte (rechts-)theoretisch zu fassen, bewegen sich mehrheitlich innerhalb des weiten Spektrums, das zwischen der rein juridischen und der rein moralischen Position liegt. Hinzu kommen zunehmend Ansätze mit einem Fokus auf die politische Rolle der Menschenrechte.[64] Als bestimmendes Element werden bei Letzteren die politische Praxis und die tatsächliche Einbindung in Recht und Politik angesehen.[65]

Jede dieser Sichtweisen ist für sich genommen einseitig und als umfassende Bestimmung der Menschenrechte ungenügend. So scheint sich eine Auffassung zu etablieren, die die Menschenrechte als sog. komplexe Rechte versteht, das heisst als Rechte mit einer notwendig moralischen, juridischen und politischen Dimension.[66] Demzufolge seien alle diese Dimensionen wesentlich und müssten in einer umfassenden philosophischen Theorie der Menschenrechte auf die richtige Weise integriert werden.[67] In diesem Sinne seien auch alle drei Dimensionen begrifflich notwendig und keine von ihnen könne auf eine andere reduziert werden.[68] Diese Auffassung entspricht im Grunde einer nichtpositivistischen Position und ist nicht kompatibel mit der positivistischen Trennungsthese.

Folgt man der positivistischen Trennungsthese, müssen Menschenrechte primär als moralische Rechte angesehen werden.[69] Menschenrechte sind nämlich durch mehr Elemente charakterisiert als nur durch die der ordnungsgemässen Gesetztheit und einem Minimum an Wirksamkeit bzw. sozialer Geltung.[70] Zum vollständigen Begriff der Menschenrechte gehört zweifellos auch der Aspekt eines übernationalen moralischen Massstabs, an dem konkrete Rechtsordnungen, aber auch konkrete politische Verhältnisse auf ihre moralische Qualität zu prüfen sind. Dieses Moment ginge verloren, wenn die Menschenrechte nicht einen vom positiven Recht unabhängigen normativen Gehalt hätten.[71] Als moralische

---

[63] Das Durchsetzungsargument ist für Robert Alexy einer der Hauptgründe für die Notwendigkeit der Transformation der Menschenrechte in positives Recht; daneben nennt er noch das Erkenntnis- und das Organisationsargument, *Alexy*, Institutionalisierung, S. 254 ff.

[64] Siehe *Hörnle*, S. 34 f.

[65] Bezeichnend für einen Ansatz, der die politische *Praxis* ins Zentrum stellt, ist derjenige von Charles Beitz: „A practical approach does more than notice that a practice of human rights exists; it claims for the practice certain authority in guiding our thinking about the nature of human rights.“, *Beitz*, S. 10.

[66] *Lohmann*, Dimension, S. 135 ff.; *Forst*, Kritik, S. 53, der ausserdem noch eine historische Dimension hinzufügt; vgl. auch *Kettner*, S. 245 und *Koller*, Geltungsbereich, S. 96.

[67] *Forst*, Kritik, S. 53.

[68] *Lohmann*, Dimension, S. 136.

[69] M. w. V. *Borowski*, S. 39.

[70] Vgl. *§ 2 A. Die positivistische Trennungsthese.*

[71] *Pauer-Studer*, Menschenrechte, S. 155.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechte werden Menschenrechte nur dann zu juridischen Rechten, wenn sie durch Positivierung in das Recht einbezogen werden. Menschenrechtliche Normen sind daher nicht ohne Weiteres Rechtsnormen.[72]

Mit der positivistischen Trennlinie kann somit auch bei Menschenrechten begrifflich sauber zwischen ihren juridischen Aspekten und ihren moralischen Aspekten unterschieden werden. Die politische Dimension wird dabei ausgeklammert, weil es sich bei ihr nicht um eine normative Kategorie, wie Recht oder Moral, handelt, sondern um eine empirisch orientierte Sichtweise auf die Menschenrechte, bei der Fragen zur Geltungsbegründung keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielen.[73] Menschenrechte müssen aus positivistischer Sicht also in ihrem umfassenden Sinne als moralische Rechte angesehen werden, die nur dort als juridische Rechte gelten, wo sie positiviert wurden. Demgemäss wird im Folgenden der einfachen Bestimmung von Peter Koller zur Natur der Menschenrechte gefolgt:

> „Sofern angenommen wird, dass diese Rechte jedem Menschen zukommen, gleichgültig, ob sie durch das positive Recht garantiert werden oder nicht, sind sie primär moralische Rechte, also solche, die auf moralischen Überzeugungen, nicht auf rechtlichen Normen beruhen. Insoweit sie jedoch auch durch das positive Recht gewährleistet sind, haben sie überdies den Status legaler Rechte.“[74]

Auch Robert Alexy differenziert hier in seiner gewohnten Klarheit zwischen der rechtlichen und der moralischen Geltung der Menschenrechte:

> „[Den Menschenrechten] wird durch die Positivierung lediglich die rechtliche Geltung als weiterer Geltungsgrund hinzugefügt, der dann freilich in der juristischen Diskussion der entscheidende Geltungsgrund ist. Der moralische Charakter der Menschenrechte steht damit ihrer Institutionalisierung als positiv-rechtliche Rechte nicht entgegen.“[75]

Welche Relevanz hat die Bestimmung der Natur der Menschenrechte überhaupt? Es ergeben sich aus jener Uneinigkeit hinsichtlich eines überzeugenden Verständnisses von Moral und dessen Verhältnis zum Recht ganz wesentlich die vielen divergierenden Auffassungen darüber, was Bedeutung, Umfang, Begründbarkeit und Legitimität von Menschenrechten angeht – ja man spricht dabei gar von einem „andauernden internationalen Streit um ein angemessenes Verständnis der Menschenrechte“.[76] Je nach Position bei der einen Frage, ergeben sich unterschiedliche Auffassungen bei der anderen. Die Fragen nach der Natur der Men-

---

[72] *Borowski*, S. 40.

[73] Ausführlich zu den Unterschieden, *Ringkamp*, S. 110 ff.; zu einer Unterteilung in drei verschiedene Varianten der „Political View“ siehe *Tasioulas*, Nature, S. 44 ff.

[74] *Koller*, Geltungsbereich, S. 96; ähnlich *Tasioulas*, Human, S. 359.

[75] *Alexy*, Institutionalisierung, S. 250; Alexy vertritt insgesamt eine nichtpositivistische Position, auch bei den Menschenrechten, dennoch kann hier seiner Differenzierung gefolgt werden.

[76] *Gosepath/Lohmann*, S. 9.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schenrechte können somit auch nicht wirklich abgesondert werden von jenen nach dessen Geltungsgründen.[77] Georg Lohmann hält fest:

> „Philosophisch gesehen scheint einer der Hauptstreitpunkte zu sein, als was Menschenrechte aufzufassen sind, welches ihr Status ist, ob sie moralische Rechte oder juridische Rechte (oder Rechte des Völkerrechts) sind. Viele andere Fragen, die sich im Zusammenhang mit der unter Philosophen neuerdings wieder geführten Menschenrechtsdiskussion stellen, scheinen von einer Stellungnahme zu diesen Fragen abhängig zu sein.“[78]

Was konkret daraus folgt, wenn man Menschenrechte eher als moralische denn als juridische Rechte versteht, oder umgekehrt, lässt sich ein Stück weit veranschaulichen, indem man zeigt, worin sich moralische und juridische Rechte materiell unterscheiden. Gemeint ist diesmal nicht die formale begriffliche Unterscheidung nach dem Kriterium der Positivität, sondern die inneren charakteristischen Unterschiede zwischen moralischen und juridischen Normen. Lohmann zählt vier solcher Unterschiede auf:[79]

(1) Die *Träger* von universellen moralischen Rechten sind alle moralischen Subjekte; bei legalen Rechten sind die Träger immer nur die Mitglieder des jeweiligen Rechtssystems. (2) Die *Sanktionen* sind bei moralischen Rechten vor allem interne Sanktionen, wie die durchlebte Scham als Reaktion auf das moralische Missbilligen und Empörtsein der anderen. „Intern“ deshalb, weil sie voraussetzen, dass eine betreffende Moralauffassung von den Beteiligten geteilt wird.[80] Bei legalen Rechten sind die Sanktionen vor allem externe Sanktionen, die unabhängig von den jeweiligen Überzeugungen der Beteiligten wirken können. (3) Die *Klageinstanz* ist im Falle legaler, positiver Rechte eine besondere staatliche Instanz, die auch über Durchsetzungsmacht verfügt. Bei moralischen Rechten fehlt eine solche besondere Instanz, weshalb es unklar ist, welche Bedeutung hier das Charakteristikum der Einklagbarkeit hat. (4) Ein wesentlicher Unterschied liegt schliesslich in der *Begründung* der Befugnis, ein Recht einzuklagen: Ein moralisches Recht gilt als begründet, wenn es eine korrespondierende moralische Pflicht gibt, die ihrerseits als legitim begründet gilt.[81] Ein legales Recht gilt hingegen als begründet, wenn es Bestandteil einer positiven Rechtsordnung ist, die als solche Legitimität beanspruchen kann.[82]

Gerade dieser letzte Punkt, die fundamentale Frage nach der Legitimität der Geltung von Menschenrechten, steht im Zentrum jahrzehntealter Debatten, die

---

[77] Vgl. *Tasioulas*, Nature, S. 19 f.

[78] *Lohmann*, Moral, S. 63.

[79] *Lohmann*, Moral, S. 66; hier in anderer Reihenfolge.

[80] Vgl. *Tugendhat*, Ethik, S. 339 ff.; ausführlich in *§ 7 B. III. Begründung der Geltung eines Moralkonzepts als solches*.

[81] Siehe *§ 7 Legitimität von Moral*.

[82] Siehe *§ 6 Legitimität von positivem Recht*.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht selten ihren Ausgangspunkt in einem unsauber definierten Verhältnis moralischer und juridischer Wesenszüge der Menschenrechte finden. Eindeutige Abgrenzungen, wie die hier vorgeschlagenen von Koller oder Alexy, stellen die Weichen für die Beantwortung manch einer weitreichenden Folgefrage.

Nachfolgend wird auf einige offene Punkte je zur moralischen und zur juridischen Dimension der Menschenrechte eingegangen. Da es in dieser Arbeit um die legitimatorischen Grundlagen von Menschenrechten geht, wird die politische Dimension hier ausgeklammert. Denn politische Ansätze lehnen es zugunsten politischer Praktikabilität weitgehend ab, Menschenrechte mit (starken) normativ-ethischen Legitimationsgrundlagen zu fundieren.[83] Statt an Begründungsfragen orientieren sie sich vielmehr an empirisch-deskriptiven Faktoren wie der Verwirklichung der Menschenrechte in der politischen Praxis.[84]

B. Menschenrechte als moralische Rechte

I. Eine Teilklasse moralischer Rechte

In ihrer moralischen Dimension werden Menschenrechte auch als „Teilklasse“[85] oder „Untermenge“[86] moralischer Rechte bezeichnet.[87] Innerhalb der moralischen Rechte zählen sie zu den sog. generellen Rechten, die Menschen aufgrund ihres Menschseins haben, und die im Gegensatz stehen zu den sog. speziellen Rechten, die sich aus einer bestimmten Beziehung zu anderen Menschen ergeben.[88] Der Status als Menschenrecht hängt demnach nicht notwendig von vorhergegangenen Handlungen (z. B. Versprechen) oder Einwilligungen (z. B. Verträgen) oder anderen sozialen Beziehungen (z. B. Mitgliedschaft in einer partikulären Gemeinschaft) ab.[89] Auch Joel Feinberg kategorisiert moralische

---

[83] Charles Beitz dazu: „[A] practical conception prescinds from taking any philosophical view about the nature or basis of human rights […].“, *Beitz*, S. 103.

[84] In diesem Sinne argumentiert etwa Joseph Raz für einen „politischen“ Ansatz in Bezug auf Menschenrechte „ohne Grundlagen“ – so auch der Titel seines Aufsatzes: „Human Rights without Foundations“ (2007) –, dabei würden Menschenrechte „insofern einer Grundlage entbehren, als sie nicht auf fundamentalen moralischen Anliegen gründen, sondern von den Zufälligkeiten des gegenwärtigen Systems internationaler Beziehungen abhängen“, *Raz*, Foundations, S. 336, übers. in *Forst*, Kritik, S. 57.

[85] *Lohmann*, Moral, S. 89.

[86] *Gosepath*, Begründungen, S. 149.

[87] Auch in der angelsächsischen Literatur geht man allgemein davon aus, dass Menschenrechte eine besondere Art (oder Unterart) von moralischen Rechten sind, siehe etwa *Shue*, Basic, S. 13; *Feinberg*, Social, S. 85; m. w. V. *Wildt*, Menschenrechte, S. 125, Fn. 1; für eine Typisierung moralischer Rechte siehe *Koller*, Begründung, S. 76 f.

[88] *Gosepath*, Begründungen, S. 149; der sich bei der Unterscheidung zwischen „special rights“ und „general rights“ auf die Ausführungen von H. L. A. Hart stützt, siehe *Hart*, Natural, S. 183 ff.; vgl. auch *Tugendhat*, Ethik, S. 338; vgl. *Tasioulas*, Nature, S. 36 ff.

[89] *Gosepath*, Begründungen, S. 149.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechte auf eben diese Weise, jedoch nennt er das Gegenstück zu den speziellen Rechten nicht „generelle Rechte“, sondern direkt „human rights“:

> „[W]e should distinguish between moral rights that some human beings have because of their special properties, offices, or relations to others – the special rights of children and the aged, of students, of criminal defendants, of promisees, and of citizens, and the more abstract rights said to belong to all human beings as such, simply by virtue of their humanity. The former group can be called special rights and the latter are commonly called ‚human rights‘. Both are equally moral rights [...], and both are frequently included in conventional moral codes and systems of jural law.“[90]

Unter diesen generellen Rechten sollte noch weiter differenziert werden, um den expansiven Tendenzen der Menschenrechtsdefinitionen einen klareren Rahmen zu geben.[91] Zu unterscheiden ist zumindest zwischen berechtigten moralischen Ansprüchen im Allgemeinen und der engeren Gruppe der Ansprüche, die als Menschenrechte gelten sollen.

Im Allgemeinen erhebt eine moralische Norm den Anspruch auf inhaltliche Richtigkeit im Hinblick auf die ethische Grundfrage „Was soll ich tun?“.[92] Moralische Geltung erlangt diese Norm, wenn sie gegenüber jedem, der sich auf eine rationale Begründung einlässt, entsprechend gerechtfertigt werden kann.[93] Zur Bestimmung der inhaltlichen Richtigkeit werden von den verschiedenen Moraltheorien unterschiedliche Kriterien und Verfahren vorgeschlagen.[94]

Menschenrechte, als Subkategorie der moralischen Rechte, müssen diese Voraussetzung der Begründbarkeit grundsätzlich auch erfüllen, um Geltung zu erlangen. In Menschenrechtstheorien werden jedoch noch weitere Kriterien zur Abgrenzung in Anschlag gebracht: So wird zum Beispiel vorgebracht, dass nur die „*Mindestvoraussetzungen* von Leben überhaupt“[95] zu schützen seien oder dass sich Menschenrechte immer aus der *Menschenwürde* ableiten liessen.[96] Die Ansätze unterscheiden sich in ihren Argumenten teilweise erheblich voneinander, weshalb bisher auch umstritten ist, welche moralischen Rechte nun konkret zur Teilklasse der Menschenrechte gehören.[97] Das ist das „Problem der Begründung der Menschenrechte“, Alexy nennt dies „das wichtigste und schwierigste Problem der Menschenrechtsdiskussion“.[98]

---

[90] *Feinberg*, Defense, S. 202.

[91] Dazu *Hörnle*, S. 37; vgl. *Tasioulas*, Nature, S. 18.

[92] Vgl. *Meyer*, S. 56.

[93] Dazu *Alexy*, Diskurstheorie, S. 127 ff.; *§ 7 A. Legitime Moralgeltung durch Begründung*.

[94] *Borowski*, S. 40.

[95] *Ignatieff*, Human Rights, S. 322, im Original: „[...] the minimum conditions for any kind of life at all.“

[96] Vgl. *Spaemann*, S. 296 f.

[97] Vgl. *Benhabib*, S. 94 f.

[98] *Alexy*, Institutionalisierung, S. 250.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Trotz Streitigkeit darüber, wie genau die moralische Idee der Menschenrechte zu bestimmen ist, herrscht eine ursprüngliche Übereinkunft über den allgemeinen Anspruch der Menschenrechte: Sie setzen einen Minimalstandard für institutionelles und individuelles Verhalten im globalen Massstab und garantieren den Schutz besonders grundlegender Dimensionen des Menschen, in denen er verletzlich ist.[99] Prinzipiell existieren moralische Menschenrechte genau dann, wenn sie im dargelegten Sinne gegenüber jedem gerechtfertigt werden können.[100] Soviel zu einer formalen, ganz generellen Bestimmung von Menschenrechten als moralische Normen. Welche Fragen eine solche Rechtfertigung konkret zu beantworten hat, damit Menschenrechte legitim moralische Geltung beanspruchen können, wird in den nachfolgenden Teilen behandelt.[101]

II. In welchem Sinn ist ein moralisches Recht als „Recht" zu verstehen?

Eine andere Frage ist, in welchem Sinn ein moralisches Menschenrecht als Recht verstanden werden kann. Die Antwort liegt zunächst hinter einer semantischen Doppeldeutigkeit versteckt. Anschaulich wird dies in der durchaus üblichen Bezeichnung von moralischen Menschenrechten als „vorpositive Rechte".[102] Folgt man der rechtspositivistischen Terminologie müsste in der Bezeichnung „vorpositives *Recht*" ein Widerspruch gesehen werden. Ein Recht gelte als Recht erst durch seine Positivierung und eben nicht schon davor.[103] Im gleichen Masse widersprüchlich wäre dann auch die Rede von einem „moralischen Recht".[104] In diesem Sinne müsste gar die Rede von „Menschen*rechten*" als Widerspruch gesehen werden, weil sie ja zu einem bedeutenden Teil als moralische Normen verstanden werden.

Was hier vorliegt, ist eine sprachliche Verwechslung, die durch den doppelten Gebrauch des Begriffes „Recht" in der deutschen Sprache entsteht: einmal nämlich als objektives bzw. geltendes Recht („law") in einem juridischen Sinne und einmal als subjektives Recht („right") im Sinne eines (moralischen oder juri-

---

[99] *Gosepath*, Universalität, S. 197.

[100] *Alexy*, Institutionalisierung, S. 249; im gleichen Sinne *Sumner*, S. 143 ff.

[101] Insb. in *§ 7 Legitimität von Moral* und *§ 9 A. Legitimität von Menschenrechten als moralische Rechte.*

[102] So z. B. *Höffe*, Menschenrechte, S. 250; *Engi*, Human, S. 136; *Ringkamp*, S. 45; gemeint ist damit, dass moralische Menschenrechte unabhängig von jeder Rechtsetzung gelten und so ein moralisches Korrektiv diverser faktischer legaler Rechtssysteme darstellen, vgl. *Pauer-Studer*, Menschenrechte, S. 154; in diesem Sinne sind sie aus der Sicht des klassischen Rechtspositivismus Normen der Moral, vgl. *Hart*, Positivism, S. 617.

[103] Vgl. *Ott*, Rechtspositivismus, S. 19.

[104] Auf diese Kritik weisen etwa *Hörnle*, S. 23 f. und *Pauer-Studer*, Menschenrechte, S. 152 hin.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dischen) Anspruchs, wie bspw. das Recht einer Schwangeren auf einen Sitzplatz im Bus. Norbert Hoerster beschreibt diese Verwechslung wie folgt:

> „Die falsche Annahme, dass das subjektive Recht auf etwas notwendig im geltenden Recht verankert sein müsse, wird u. a. dadurch suggeriert, dass die deutsche Sprache beide Phänomene – das subjektive Recht auf etwas und das geltende Recht – mit demselben Begriff belegt, nämlich eben mit dem Begriff ‚Recht'. In der englischen Sprache beispielsweise ist das anders. Der Engländer nennt nur das geltende Recht ‚law', das subjektive Recht, den Anspruch eines Individuums auf etwas, dagegen ‚right' – wobei er dann problemlos zwischen einem ‚legal right' und einem ‚moral right' differenzieren kann.
>
> Die im Deutschen sogenannten Menschenrechte sind dementsprechend im Englischen nicht etwa ‚human laws', sondern ‚human rights'."[105]

Dieses semantische Problem weist somit über die positivistische Perspektive hinaus. Der Positivist trennt nämlich lediglich zwischen Recht („law" bzw. „legal rights") und Moral („moral rights"). Von der allgemeineren Kategorie der subjektiven Rechte („rights") macht er in der Regel keine Abgrenzungen.[106] Wenn man nun fragt, in welchem Sinne ein moralisches Menschenrecht als „Recht" zu verstehen ist, kann die Antwort nur lauten: als subjektives Recht. In diesem Sinne kann auch der Positivist durchaus von einem moralischen Recht reden.[107]

Die Definition eines subjektiven Rechts ist bis heute umstritten.[108] John Stuart Mill hat es 1861 wie folgt versucht:

> „When we call anything a person's right, we mean that he has a valid claim on society to protect him in the possession of it, either by the force of law, or by that of education and opinion."[109]

Vor rund hundert Jahren hat Wesley N. Hohfeld eine Begriffsanalyse vorgelegt, die die Diskussion von da an stark geprägt hat.[110] Darin unterscheidet er zwischen vier Funktionen des subjektiven Rechts (Anspruch, Freiheit, Kompetenz, Immunität) und setzt diesen jeweils ihre rechtlichen Gegensätze sowie Korrelate (Kein-Anspruch, Pflicht, Keine-Kompetenz, Subjektion) entgegen.[111] Subjektive Rechte können in diesem Sinne als Bündel der Hohfeld'schen Positionen gesehen werden.[112] Hohfelds Analyse diente ferner als Ausgangspunkt von zwei Konzep-

---

[105] *Hoerster*, Verteidigung, S. 18.

[106] Siehe aber die Ausführungen zu subjektiven Rechten in *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 130 ff.

[107] Siehe etwa *Hart*, Natural, S. 182 oder auch *Hoerster*, Verteidigung, S. 19.

[108] M. w. V. *Mathis*, S. 540.

[109] *Mill*, S. 250.

[110] *Schnüriger*, S. 23 f.

[111] Im englischen Original: „Right (Claim)", „Privilege", „Power", „Immunity" und „No-right", „Duty", „Disability", „Liability", *Hohfeld*, S. 710; deutsche Übersetzung gemäss *Schnüriger*, S. 29 ff.; im sog. Hohfeld-Schema werden diese Positionen zusammengetragen.

[112] *Sumner*, S. 143.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ten, die heute in der internationalen rechtsphilosophischen Literatur vorherrschend sind bei der Definition von subjektiven Rechten: Einerseits sind dies Modelle von geschützten Interessen („interest theory"), andererseits Modelle von geschütztem Willen („will theory" oder „choice theory").[113] Vereinfacht gesagt gilt in der Interessentheorie – je nach Interessenbegriff – ein subjektives Recht als etwas, was „im Interesse", „von Vorteil" oder „gut" für den Rechtsträger ist.[114] In der Willenstheorie impliziert ein subjektives Recht die Fähigkeit, die Pflichten anderer zu kontrollieren.[115] Beide Konzepte werden zum Teil auch miteinander kombiniert.[116]

Problematisch kann es dann werden, wenn in einer Definition für subjektive Rechte („rights") schon moralische oder juridische Aspekte einfliessen. So weist Ernst Tugendhat auf Begriffsnuancen wie „richtig" oder „rechtens" hin, die im Deutschen wie im Englischen mitschwingen, und die fernzuhalten seien, wenn man von subjektiven Rechten spreche.[117] Soll dann nämlich eine solche Definition Ausgangspunkt sein für die Definition von moralischen Rechten („moral rights") oder juridischen Rechten („legal rights"), kommt es leicht zu Inkohärenzen und Verwirrung. Joel Feinberg macht auf die Gefahren einer solchen Vermischung aufmerksam: Wenn man dann in die Sprache der moralischen Rechte falle, könne man etwa zur Annahme verleitet werden, dass das, was ein juridisches Recht in einem Rechtssystem *sein sollte*, bereits ein subjektives Recht sei, das in „some ghostly cosmic system of laws" in Kraft sei.[118] Schon für Bentham sei daher „all such language […] at any rate false […] or at the best an improper and fallacious way of indicating what is true".[119]

Von hier wäre es dann auch nicht mehr weit zur Idee, dass moralische Rechte „juridische Rechte in Vorbereitung" seien.[120] Feinberg nennt das die „‚there ought to be a law' theory of moral rights".[121] Demzufolge sei der Satz „A hat ein moralisches Recht auf X" gleichbedeutend mit dem Satz „A *sollte* ein legales Recht auf X haben".[122] Auch Bentham hat sich eingehend mit diesem Argument

---

[113] *Mathis*, S. 538 ff.; *Koller*, Rechte, S. 152 f.; ausführlich dazu *Schnüriger*, S. 95 ff., 121 ff.; vgl. dazu auch *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 137 ff.

[114] *Mathis*, S. 540.

[115] *Mathis*, S. 538.

[116] *Mathis*, S. 541.

[117] *Tugendhat*, Ethik, S. 336.

[118] *Feinberg*, Defense, S. 212, 216 ff.

[119] *Bentham*, Philosophy, S. 333.

[120] *Kervégan*, S. 56.

[121] *Feinberg*, Defense, S. 205 f.

[122] Übers. aus dem Englischen: „A has a moral right to do (have or be) X" und „A *ought* to have a *legal* right to X", *Feinberg*, Defense, S. 206; zur Diskussion über diese Auffassung insb. in Bezug auf Menschenrechte siehe m.w.V. *Wildt*, Menschenrechte, S. 130 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auseinandergesetzt und in der Folge den Begriff „moralisches Recht“ verworfen. In seiner einprägsamen Rhetorik bringt er es auf den Punkt:

> „But reasons for wishing there were such things as rights, are not rights; – a reason for wishing that a certain right were established, is not that right – want is not supply – hunger is not bread.“[123]

Bentham – als Vordenker des Rechtspositivismus – richtete seine Worte freilich noch ganz gegen die naturrechtliche Idee von natürlichen Rechten.[124] Das zeigt, wie schnell die Diskussion um die Definition von subjektiven Rechten übergehen kann in die klassische Diskussion zwischen Positivisten und Nichtpositivisten. Dies, obwohl es bei Letzterer ja um das Verhältnis zwischen Recht („law“) und Moral geht und kaum um die Definition von subjektiven Rechten („rights“) an sich. Eine Lösung wäre es natürlich, man entschiede sich von Anfang an, bei subjektiven Rechten ausschliesslich legale Rechte zu meinen und moralische Ansprüche nicht als „Rechte“, sondern konsequent als „Ansprüche“ zu bezeichnen. Aber selbst in der Wissenschaft scheint ein solch einheitlicher Sprachgebrauch nur schwer durchzuhalten sein. So bemüht sich etwa Jürgen Habermas zunächst um klare Verhältnisse, weicht dann aber regelmässig davon ab.[125] Habermas:

> „Dabei suche ich aber eine in philosophischen Gerechtigkeitsdiskursen verbreitete Zweideutigkeit zu vermeiden, die durch den Sprachgebrauch von ‚Recht‘ und ‚Rechten‘ nahegelegt wird. Von ‚Rechten‘ sprechen wir sowohl im moralischen wie im juristischen Sinne. Ich möchte statt dessen Recht und Moral von vornherein unterscheiden […]. Unter ‚Recht‘ verstehe ich das moderne gesatzte Recht […].“[126]

Was spricht denn dagegen, anstatt von „moralischen Rechten“ von „moralischen Ansprüchen“ zu reden?[127] Eine mögliche Antwort scheint in der „Rechtspolitik“[128] zu liegen: Der Kampf für die Menschenrechte würde ein gutes Stück seiner Wirksamkeit verlieren, wenn er sich nicht als „Kampf ums Recht“[129] präsentieren würde, wie Rudolf von Jhering es formulierte. In modernen politischen Debatten ist die Rede von Rechten ein Instrument, um starke Emotionen und

---

[123] *Bentham*, Anarchical S. 501; H. L. A. Hart kommt zum gleichen Schluss. Er macht auf die inhärente Tautologie aufmerksam, die in der „there ought to be a law“-Moraltheorie stecke: „If it were not so distinct, the statement that the fact that a moral right exists is a reason why there ought to be a legal right, would when spelt out, amount to the statement that the reason why there ought to be a certain legal right is that there ought to be a legal right.“, *Hart*, Essays, S. 92.

[124] Vgl. *Bentham*, Anarchical, S. 500 ff.

[125] Für Verweise auf entsprechende Stellen bei Habermas siehe *Wildt*, Menschenrechte, S. 126.

[126] *Habermas*, Faktizität, S. 106.

[127] Eine Differenzierung zwischen „rights“ und „claims“ findet sich in *Feinberg*, Nature, S. 249 ff.

[128] *Kervégan*, S. 58.

[129] *Jhering*, S. 59 ff.; dass sich auch Jhering hier über den doppelten Gebrauch vom Begriff „Recht“ Gedanken gemacht hat, wird deutlich in *Jhering*, S. 64.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

politische Überzeugungen auszudrücken, weshalb der „rights talk“ auch geradezu inflationäre Ausmasse annimmt.[130] Leonard W. Sumner formuliert das noch drastischer: „[…] the escalation of rights rhetoric is out of control.“[131] Indem einige moralische Menschenrechte die Gestalt eingeforderter juridischer Rechte angenommen haben, haben sie eine Anerkennung erfahren können, die ihnen nicht von vornherein zuteil wurde.[132] Der Begriff des „moralischen Rechts“ wird somit auch zu dem Zweck verwendet, Menschenrechte mit einem höherstufigen und prioritären Geltungsprofil auszustatten.[133] Im Sinne wissenschaftlicher Klarheit ist dies freilich nicht.

Abschliessend kann hier festgehalten werden, dass bei der Rede von „moralischen Rechten“ ein semantisches Missverständnis auftreten kann: Mit „Rechten“ ist dabei nämlich die allgemeine Kategorie der subjektiven Rechte („rights“) gemeint und nicht ein Bezug auf das objektive Recht („law“). Aus Gründen der Eindeutigkeit jedoch auf die Verwendung des Begriffs „moralisches Recht“ zu verzichten, ist in der Umgangssprache sowie in der Wissenschaft kaum mehr möglich. Aufgrund seiner mobilisierenden Kraft wird der Begriff einen hohen rhetorischen Wert bewahren: Die Achtung eines *Rechts* zu fordern, entfaltet offensichtlich eine ganz andere Kraft, als einen *Anspruch* zu haben.[134]

C. Menschenrechte als juridische Rechte

I. Menschenrechte im nationalen und internationalen Recht

Menschenrechte gelten auf zwei Ebenen als juridische Rechte: einmal auf der Ebene des internationalen Rechts und einmal auf der Ebene des nationalen Rechts.[135]

Auf der Ebene des nationalen Rechts werden die Menschenrechte vor allem in Form von Grundrechten garantiert. Die Staaten sind grundsätzlich frei, wie sie die Menschenrechte in ihrem Land umsetzen, solange sie dabei in Übereinstimmung mit ihren internationalen Verpflichtungen stehen.[136] Grundrechte charakterisieren sich daher unter anderem dadurch, dass sie beanspruchen, die Menschenrechte in das positive nationale Recht zu transformieren.[137] Deutlich wird dies in der verbreiteten Bezeichnung von Grundrechten als „transformierte Menschen-

---

130 *Mathis*, S. 541.

131 *Sumner*, S. 1.

132 *Kervégan*, S. 58.

133 *Mohr*, S. 64; vgl. *Mahlmann*, Rechtsphilosophie, S. 306.

134 *Kervégan*, S. 59.

135 „Internationales Recht“ und „Völkerrecht“ werden synonym verwendet, ebenso „nationales Recht“ und „Landesrecht“.

136 *Kamminga*, S. 13; EGMR: Marckx v. Belgien, 6833/74, Urteil, 13.06.1979, Abs. 58.

137 *Borowski*, S. 44.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechte".[138] So ist weitgehend anerkannt, dass es die nationalen Gerichte sind, die an vorderster Front bei der Durchsetzung von Menschenrechten stehen und dass internationale Menschenrechtsverträge nur wenig nützen würden, wenn sie keinen Einfluss auf das nationales Recht hätten.[139] Was die internationalen Menschenrechte von den Grundrechten unterscheidet ist somit nicht ihr Inhalt oder ihre Funktion, sondern, dass sie eine völkerrechtliche Grundlage haben.[140] Die rechtsgültig in Landesrecht transformierten Menschenrechte lassen aus juridischer Perspektive keine Zweifel offen an ihrer Qualität als positives Recht und damit an ihrer juridischen Legitimität.[141]

Im internationalen Recht ist die juridische Legitimität von Menschenrechten jedoch weniger eindeutig. Einerseits ist der Rechtscharakter von Teilen des Völkerrechts bis heute umstritten, insbesondere dort, wo es keine Möglichkeiten zu seiner Durchsetzung gibt.[142] Andererseits nehmen die Menschenrechte innerhalb des Völkerrechts eine besondere Stellung ein. Einige Völkerrechtswissenschaftler sehen darin gar ein „Herausfordern" von völkerrechtlichen Grundsätzen durch die internationalen Menschenrechte.[143] Um den Rechtscharakter des Völkerrechts beurteilen zu können, müssen die unterschiedlichen völkerrechtlichen Quellen auf ihre Legitimität als Recht untersucht werden. Was die Stellung der Menschenrechte im Völkerrecht angeht, so ist von einer gewissen Dialektik auszugehen:

Auf der einen Seite sind die Menschenrechte stets versucht, vom klassischen Völkerrecht abzuweichen und „nach ihren eigenen Regeln zu spielen", manchmal gar das Völkerrecht zu überwinden und zu dominieren.[144] Der völkerrechtliche Voluntarismus – also die Idee, dass Staaten nur durch etwas gebunden sind, dem sie zugestimmt haben – steht dabei in einem Spannungsverhältnis mit der menschenrechtlichen Immanenz – also der Idee, dass Menschenrechte in irgendeiner Weise durchsetzbar sind, auch wenn sie nicht formell ratifiziert wurden.[145] In diesem Sinne sind internationale Menschenrechte oft der Ort von unorthodoxen normativen Praktiken; zumindest aus der Sicht der klassischen Völkerrechtspraxis.[146]

---

138 M. w. V. *Borowski*, S. 44.

139 M. w. V. *Mégret*, Theory, S. 225.

140 *Kälin/Künzli*, S. 35; differenziert zum Zusammenhang zwischen Grundrechten und Menschenrechten siehe *Borowski*, S. 44 ff.

141 Siehe *§ 6 Legitimität von positivem Recht*.

142 M. w. V. *Giersch*, S. 13 f.

143 *Mégret*, Theory, S. 218, im engl. Original: „challenge"; siehe dazu auch die umfassende Analyse in „The Impact of Human Rights Law on General International Law" (2009) von Menno T. Kamminga und Martin Scheinin, *Kamminga/Scheinin.*

144 *Mégret*, Theory, S. 219, im engl. Original: „play by its own rules".

145 *Mégret*, Theory, S. 219; siehe dazu auch *§ 6 D. II. 1. b) Das Dilemma der voluntativen Grundlegung*.

146 *Koskenniemi*, Pull, S. 1948 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Auf der anderen Seite ist es seit 200 Jahren das Ziel der allermeisten Menschenrechtsbefürworter, menschenrechtliche Ansprüche in die harte Währung des positiven Rechts zu giessen. In diesem Sinne sollen die Erfolge repliziert werden, die mit den *nationalen* liberalen Revolutionen erzielt wurden und die etwa in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte oder dergleichen gipfelten.[147] Menschenrechte müssen sich heute auf die Regeln des internationalen Rechts einlassen, daran führt kein erfolgsversprechender Weg vorbei. Viele Juristen auf dem Gebiet der Menschenrechte geben sich daher selber als orthodoxe – wenn auch progressive – Völkerrechtler.[148] Die Menschenrechte konnten sich formal erst als Resultat ihrer historischen Allianz mit dem Völkerrecht global so weit entwickeln.

Diese beiden Seiten widerspiegeln sich in den beiden Ansätzen, mit denen die Beziehung zwischen dem allgemeinen Völkerrecht und den internationalen Menschenrechten klassischerweise untersucht wird: Im ersten Ansatz, dem sog. *fragmentation approach*, wird der besondere, eigene Charakter der internationalen Menschenrechte betont und angenommen, dass einige der allgemeinen völkerrechtlichen Regeln und Prinzipien auf sie nicht anwendbar seien.[149] Der zweite Ansatz, der sog. *reconciliation approach*, geht hingegen davon aus, dass die internationalen Menschenrechte Teil des allgemeinen Völkerrechtes seien, sozusagen als „besonderes Recht" oder *lex specialis* und dass sie so weit wie möglich mit den völkerrechtlichen Regeln und Prinzipien in Einklang gebracht werden sollen.[150] Die Menschenrechtswissenschaftler der International Law Association sprechen sich für den „reconciliation approach" aus, nur schon weil dies konform mit der überwältigenden Mehrheit der internationalen Praxis sei.[151] Will man so die internationalen Menschenrechte als juridische Rechte fassen, muss man bei den herkömmlichen Rechtsquellen des Völkerrechts ansetzen.[152]

II. Rechtsquellen der internationalen Menschenrechte

1. Formelle und materielle Rechtsquellen

Als „Quelle" einer bestimmten Vorschrift bezeichnet man zweierlei Aspekte: einerseits den Grund, weshalb diese Vorschrift als verbindlich anzuerkennen ist, andererseits ihre historische Grundlage.[153] Zur Unterscheidung dieser beiden

---

[147] Für eine kurze Übersicht über wichtige Daten der Menschenrechtsgeschichte auf nationaler Ebene siehe *Bates*, S. 21 ff.

[148] *Koskenniemi*, Pull, S. 1954 f.

[149] *Kamminga*, S. 1.

[150] *Kamminga*, S. 1.

[151] So der Ergebnisreport der Rio de Janeiro-Konferenz (2008) des ILA-Komitees für „International Human Rights Law and Practice", *ILA*, S. 2.

[152] Differenziert dazu *Thirlway*, S. 173 ff.

[153] *Thirlway*, S. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Aspekte differenziert man üblicherweise zwischen der formellen Quelle und der materiellen Quelle einer Norm. Für das Recht definiert „Oppenheim's International Law" (1992) das wie folgt: Eine formelle Rechtsquelle ist „the source from which the legal rule derives its legal validity", während eine materielle Rechtsquelle „denotes the provenance of the substantive content of the rule".[154] An einem Beispiel veranschaulicht:

> „[T]he formal source of a particular rule may be custom, although its material source may be found in a bilateral treaty concluded many years previously, or in some state's unilateral declaration."[155]

Unter formellen Rechtsquellen – auch als „Rechtsentstehungsquellen" bezeichnet – versteht man demnach die Verfahren, in denen die Normen des positiven Rechts entstehen, sowie die Formen, in denen die Normen erscheinen. Die materiellen Rechtsquellen sind hingegen jene Elemente, die auf den Inhalt der Normen einwirken, ohne selbst Recht zu sein, wie soziale Normen und Werte oder etwa auch römisch-rechtliche Rechtsbegriffe.[156] Materielle Rechtsquellen sind nicht nur von historischem Interesse, sondern auch für die Auslegung von Verträgen und Gewohnheitsrecht von Bedeutung.[157] Mit Gerald Fitzmaurice wird dies deutlich:

> „The essence of the distinction therefore is between the thing which inspires the content of the law, and the thing which gives that content its obligatory character as law."[158]

In vorliegendem Zusammenhang relevant sind in erster Linie die formellen Rechtsquellen. Durch sie lässt sich bestimmen, welche Praktiken *rechtliche* Verpflichtungen konstituieren, im Gegensatz zu moralischen, politischen oder anderen sozialen Verpflichtungen.[159] Formelle Rechtsquellen verschaffen uns demnach eine anerkennungswürdige Grundlage von rechtlichen Verpflichtungen: Sie sagen uns, wie neue juridische Regeln entstehen und wie existierende Regeln aufgehoben werden.[160]

Die Bedeutung von rechtlicher Verpflichtung bzw. Verbindlichkeit darf dabei nicht mit Durchsetzbarkeit verwechselt werden. Die Rechtsverbindlichkeit und

---

[154] *Oppenheim*, 9. Aufl. (Jennings/Watts), S. 23.

[155] *Oppenheim*, 9. Aufl. (Jennings/Watts), S. 23.

[156] *Verdross/Simma*, S. 321.

[157] *Jaenicke*, S. 767.

[158] *G. G. Fitzmaurice*, Problems, S. 154.

[159] *Chinkin*, S. 75.

[160] Das traditionelle Konzept der Rechtsquellen hat sich heute im internationalen Recht zweifellos durchgesetzt. Es gilt jedoch nicht als einziges mögliches Konzept. Neben der Quellendoktrin werden durchaus alternative Ansätze entwickelt, um zu bestimmen, was als internationales Recht Geltung beanspruchen kann und was nicht. Für eine Einführung in einige solcher Ansätze, wie bspw. in diejenigen von Andrew T. Guzman, Jean D'Aspremont oder Matthias Goldmann, siehe *Thirlway*, S. 199 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Durchsetzbarkeit von Recht sind unabhängig voneinander zu beurteilen.[161] Als „rechtlich verbindlich" wird eine Norm bezeichnet, wenn ihr *juristische Geltung* zukommt, wenn aus ihr also eine Sollens-Forderung mit rechtlichem Charakter abgeleitet werden kann.[162]

Werden die internationalen Menschenrechte als besonderes Recht innerhalb des allgemeinen Völkerrechts aufgefasst, dann unterscheiden sich ihre formellen Rechtsquellen nicht von denen anderer Gebiete des Völkerrechts, wie bspw. denen des internationalen Umweltrechts, Handelsrechts oder Seerechts.[163]

2. Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut und Staatenkonsens

Bei nationalen Rechtssystemen wird das Konzept der Rechtsquellen normalerweise kaum aufgegriffen, obgleich es freilich auch dort präsent ist, wie insbesondere positivistische Theorien festhalten.[164] Die primäre nationale Rechtsquelle im formellen Sinn ist die Legislatur oder – je nach Rechtssystem – auch die Judikatur. Dem Völkerrecht fehlen jedoch eine zentrale Legislative sowie ein allgemeines Gericht mit verpflichtender Rechtsprechung.[165] Daher leitet sich das, was als internationales Recht anerkannt wird, aus anderen Quellen als denen des nationalen Rechts ab.

Trotz Abwesenheit eines einheitlichen Gesetzgebers und eines obersten Gerichtes hat sich nämlich ein Rechtssystem entwickelt, das als internationales Recht Anerkennung gefunden hat. Ausgangspunkt waren eine stetig wachsende Zahl von Staatsverträgen, bilateral und multilateral, in denen sich die Parteien gegenseitig zusicherten, ihre Streitigkeiten vor gemeinsame Streitschlichtungsinstanzen bringen zu können. Um diesen Schiedsgerichten eine sinnvolle Grundlage für ihre Entscheidungen zu geben und damit eine gewisse internationale

---

[161] Dazu *Hart*, Concept, S. 216 ff., der sich ausdrücklich von Imperativentheorien distanziert, wie sie von Bentham und Austin vertreten wurden und die noch der Ansicht mancher früherer Arten des Positivismus entsprachen, *Hart*, Concept, S. 244 f.; auch *Arnauld*, S. 4; siehe dazu auch *§ 6 D. II. 2. Skepsis und Erneuerung in den Zwischenkriegsjahren*.

[162] Vgl. *Meyer*, S. 24, 38 ff.; die Kategorie der juristischen Verbindlichkeit kann unterschiedlich gedeutet und begründet werden und ist Gegenstand von Stephan Meyers Forschungsarbeit „Juristische Geltung als Verbindlichkeit" (2011) in der es heisst: „Es ist dieser Verbindlichkeitsanspruch, der das Recht als spezifische gesellschaftliche Institution ausweist und es so von sonstigen Befehlen bzw. Normanmassungen unterscheidet. Die Grundfrage der Rechts- und Staatsphilosophie gilt der Begründetheit des Anspruchs.", *Meyer*, S. 54; grundsätzlich dazu auch Rainer Forst: die Durchsetzbarkeit bzw. die Sanktion „kann also nicht selbst die Normativität des Handeln-Sollens begründen.", *Forst*, Kontexte, S. 38.

[163] *Chinkin*, S. 75.

[164] Vgl. *Hart*, Concept, S. 95 ff.; vgl. *Potacs*, S. 55 ff.

[165] *Thirlway*, S. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechtssicherheit schaffen zu können, fanden zunehmend Bemühungen statt, bestimmte formelle Rechtsquellen als solche anzuerkennen.[166] Als der damalige Völkerbund 1920 plante, einen Ständigen Internationalen Gerichtshof (StIGH) zu errichten, haben sich die Mitgliedstaaten und weitere Staaten auf ein entsprechendes Statut geeinigt, dessen Artikel 38 festlegte, welches formelle Recht von dem neuen Gerichtshof angewendet werden soll. Heute spricht man davon als einer „Kodifikation der Quellen des internationalen Rechts"[167], die im Jahr 1920 mit jenem Statut des StIGH entstanden ist. Der Artikel 38 wurde im Jahr 1946 nahezu unverändert in das Statut der Nachfolgerinstitution, des Internationalen Gerichtshofs (IGH), aufgenommen.[168]

Heute gilt Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut als die massgebliche Norm betreffend Rechtsquellen im Völkerrecht. Dies, obwohl das Wort „Quelle" im Artikel selber nicht vorkommt: Das Statut beansprucht nicht, festzusetzen, was Völkerrecht *ist*, sondern nur, was der IGH als Völkerrecht *behandelt.*[169] Namentlich sind das „internationale Übereinkünfte" und „internationales Gewohnheitsrecht" als primäre Völkerrechtsquellen, gefolgt von „allgemeinen Rechtsgrundsätzen". Als „Hilfsmittel zur Feststellung der Rechtsnormen" – also als Rechtserkenntnisquellen – sind die „gerichtlichen Entscheide" und die „Lehren der anerkanntesten Autoren der verschiedenen Nationen" anerkannt.[170] Der Wortlaut dieser zentralen Bestimmung:

„1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c) the general principles of law recognized by civilized nations;

d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law."[171]

---

166 Vgl. *Mälksoo*, S. 146 ff.

167 *Mälksoo*, S. 154, übers. durch den Verfasser.

168 Für eine Analyse der Entstehungsgeschichte und des heutigen Status von Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut siehe *M. Fitzmaurice*, History, S. 179 ff. sowie *Spiermann*, S. 165 ff.

169 Vgl. *Diggelmann*, Unschärfen, S. 383.

170 So die Übersetzungen in der dt. Fassung von Art. 38 Abs. 1 IGH-Status, siehe nachfolgende Fn.

171 Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut; der dt. Wortlaut, wie er für die Schweiz in Kraft ist, in der aktuellen Fassung vom 22. November 2017: „1. Der Gerichtshof, dessen Aufgabe es ist, die ihm unterbreiteten Streitigkeiten nach Völkerrecht zu entscheiden, wendet an: a. die internationalen Übereinkünfte, allgemeiner oder besonderer Natur, in denen von den streitenden Parteien ausdrücklich anerkannte Normen aufgestellt worden sind; b. das internationale Gewohnheitsrecht als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung; c. die allgemeinen, von den Kulturstaaten anerkannten Rechtsgrundsätze; d. un-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Auch ohne zentrales Gesetzgebungsorgan haben sich mit den drei Formen von Rechtsquellen, die in lit. a–c aufgezählt werden, bestimmte formalisierte Verfahren der Rechtserzeugung herausgebildet. Dem positivistischen Gedanken entsprechend, gelten diese Formen in dem Sinne als Völkerrechtsquellen, dass „der Entstehungsvorgang als solcher bereits ein hinreichender Geltungsgrund für die daraus sich ergebenden Rechte und Pflichten ist.“[172] Das IGH-Statut ist nach Art. 92 UN-Charta Bestandteil der Charta und nach Art. 93 Abs. 1 UN-Charta sind alle Mitglieder der Vereinten Nationen ohne weiteres Vertragsparteien des IGH-Statuts, weshalb fast alle Staaten der Welt an diesen völkerrechtlichen Quellenkatalog gebunden sind.[173] Es dürfte die Auffassung der Vertragsstaaten sein, dass damit alle wesentlichen Rechtsquellen erfasst sind.[174]

Dennoch sind grundsätzlich weitere formelle Völkerrechtsquellen neben denjenigen in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut denkbar. Ob und auf welche Weise weitere Quellen vorstellbar sind, hängt wesentlich von der jeweils zugrunde gelegten rechtstheoretischen Grundkonzeption ab. Auch innerhalb der positivistischen Theorie gibt es verschiedene Varianten, die bei dieser Frage zu je anderen Ergebnissen führen.[175]

Stellt man ganz auf die *positivistische Gesetztheit* der Rechtserzeugungsverfahren ab, muss verlangt werden, dass das IGH-Statut – oder eine sonstige anerkannte Völkerrechtsnorm mit entsprechender Geltung – um weitere Entstehungsverfahren ergänzt wird, wenn daraus hervorgegangene Sätze auch als legitimes Recht gelten sollen.[176] Dies ist beispielsweise hinsichtlich des Sekundärrechts internationaler Organisationen geschehen, wie etwa bei Resolutionen des UN-Sicherheitsrats nach Art. 25 UN-Charta oder bei Verordnungen der EU nach Art. 288 AEUV. Die Verbindlichkeit dieses Sekundärrechts beruht auf vertraglicher Vereinbarung.[177]

---

ter Vorbehalt der Bestimmung des Artikels 59, die gerichtlichen Entscheide und die Lehren der anerkanntesten Autoren der verschiedenen Nationen als Hilfsmittel zur Feststellung der Rechtsnormen.“

[172] *Jaenicke*, S. 767.

[173] *Fastenrath*, Lücken, S. 89.

[174] *Oppenheim*, 8. Aufl. (Lauterpacht), S. 30.

[175] *Fastenrath*, Lücken, S. 89 f., vgl. auch *§ 6 D. I. Der Stellenwert theoretischer Grundannahmen im Völkerrecht*.

[176] M. w. V. *Fastenrath*, Lücken, S. 90 f.; darunter fallen jene Theorien, die Walter Ott unter die Kategorie des „etatistischen Positivismus“ fasst und die darin übereinstimmen, dass sie die Positivität des Rechts in der Setzung von Vorschriften durch eine soziale Autorität erblicken – in den ganz überwiegenden Fällen durch eine staatliche Instanz. Er zählt auch Kelsens „Reine Rechtslehre“ dazu. Dass die Bezeichnung dieser Kategorie hinsichtlich völkerrechtlicher Bezüge als unpassend empfunden werden könnte, spricht Ott selbst an, *Ott*, Rechtspositivismus, S. 32.

[177] *Kelsen*, Principles, S. 507 f., 556.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Stellt man hingegen auf empirische *Anerkennungstheorien* des Positivismus ab, liegen für die Annahme weiterer Rechtsquellen die Hürden tiefer.[178] Dieser Auffassung gemäss kennt das Völkerrecht – im Gegensatz zum innerstaatlichen Recht – nämlich keinen Numerus Clausus der Rechtserzeugungsarten.[179] Die Staaten würden durch die bestehenden formalisierten Verfahren nicht daran gehindert, das Völkerrecht einvernehmlich ausserhalb dieser Quellen weiterzuentwickeln. Christian Tomuschat hält in diesem Sinne fest, dass im Völkerrecht grundsätzlich keine Bindung an ein bestimmtes Verfahren der Rechtserzeugung bestehen könne:

> „Die übliche Einteilung der Rechtsquellen nach Vertrag und Gewohnheitsrecht bedeutet keine Fixierung der Wege der Rechtserzeugung auf diese beiden Modalitäten, sondern beschreibt lediglich empirisch die äusseren Formen, auf die der Rechtswille der Völkergemeinschaft bisher im wesentlichen beschränkt gewesen ist. Die Förmlichkeiten sind lediglich Indikatoren für die Existenz eines echten Rechtswillens, der jederzeit auch ein anderes Erscheinungsbild annehmen kann und damit jenes Merkmal der Unmittelbarkeit besitzt, wie es dem pouvoir constituant zugeschrieben wird.“[180]

Ausgehend von dieser Grundannahme wurden sog. *Konsenstheorien* entwickelt, die den formlosen zwischenstaatlichen Konsens zum Teil als weitere originäre Völkerrechtsquelle ansehen, zumindest aber als Validator, mittels dessen man eine Norm als zum Recht gehörig erkennen kann.[181] Dabei ist Recht das, was von den Staaten übereinstimmend als Recht anerkannt wird. Je nach Theorievariante wird unter „übereinstimmender Anerkennung“ etwas anderes verstanden, etwa ein psychologisches Faktum oder in einem soziologischen Sinne eine in der Gesellschaft bestehende Konvention über die Existenz einer bestimmten Norm.[182] Auch die internationale Rechtsprechung zeigt, dass sich die Staaten *neben* der formalisierten Rechtsetzung gemäss Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut einer unmittelbareren Rechtserzeugung durch (formlosen) Konsens bedienen: Durch ein ständiges Ringen um Anerkennung, Duldung und Bestreitung von Ansprüchen und Situationen versuchen sie, geltendes Völkerrecht festzustellen und wei-

---

[178] Zu verschiedenen Konzepten von positivistischen Anerkennungstheorien siehe *Ott*, Rechtspositivismus, S. 60 ff.; auch die Theorie von Hart, die als Mischform die Elemente verschiedener positivistischer Kategorien in sich vereinigt, gilt als „Anerkennungstheorie“, *Eckmann*, S. 97; vgl. *Hart*, Concept, S. 225 f.

[179] *Verdross/Simma*, S. 323.

[180] *Tomuschat*, S. 111 f.

[181] Als eigenständige Völkerrechtsquelle gilt der Konsens für *Verdross/Simma*, S. 323; nicht als eigenständige Völkerrechtsquelle, sondern als Validator von Völkerrechtsnormen gilt der Konsens für *D'Amato*, S. 121.

[182] Ulrich Fastenrath führt drei wesentliche Varianten von Konsenstheorien auf und ordnet sie folgenden Rechtstheoretikern zu: Anthony D'Amato, Bin Cheng, Nicholas Onuf, Alfred Verdross, Bruno Simma, Godefridus J. H. van Hoof, siehe *Fastenrath*, Lücken, S. 110 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

terzubilden.[183] Freilich sind dabei die Grenzen zu den formalisierten Quellen fliessend und die Anerkennung als Recht selten sowie umstritten.[184]

Der formlose Konsens, der in diesem Prozess sichtbar wird, bildet für manche gar die *ursprüngliche* Quelle des Völkerrechts.[185] Schon historisch sei es nämlich ein formloser Konsens gewesen, der der gegenseitigen Anerkennung der Staaten als gleichberechtigte Völkerrechtssubjekte zugrunde lag. Ein solcher formloser Staatenkonsens sei auch Ausgangspunkt gewesen zur Anerkennung von Verträgen, Gewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen als weitere formelle Erzeugungsarten von Völkerrecht.[186] Die Festlegung dieser Quellen im Statut des StIGH von 1920 stellte nur die Kodifizierung eines lange zuvor bestehenden Konsenses dar. Die Normen, die dieser originäre Staatenkonsens umfasste, bezeichnen Simma und Verdross auch als „Verfassung der nichtorganisierten Staatengemeinschaft".[187] Diese sei als Verfassung im materiellen Sinne zu verstehen.[188]

Was wir heute als die juridisch geltenden Menschenrechte im internationalen Recht betrachten, geht auf die Verabschiedung der UN-Charta von 1945 zurück, auch wenn die zugrundeliegenden Ideen natürlich weit älter sind.[189] Was seit 1945 geschah, ist die Legalisierung der Menschenrechte innerhalb globaler und regionaler institutioneller Rahmenwerke. Heute ist es weitgehend anerkannt, dass die internationalen Menschenrechte auf den wiederholt gefundenen Staatenkonsensen der letzten Jahrzehnte basieren, und zwar in den Formen, wie sie in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut genannt werden.[190] Das erste der dort aufgeführten

---

[183] Exemplarisch dafür hält das Urteil des IGH in den Nordsee-Festlandsockel-Fällen fest, dass ein Staat durch ein „very definite, very consistent course of conduct" auch ohne Ratifikation Partei eines ratifikationsbedürftigen multilateralen Vertrags werden könne, wenn auch eine solche Absicht nicht vermutet werden dürfe, IGH: North Sea Continental Shelf Cases (FRG v. Denmark/Netherlands), Urteil, 20. Februar 1969, ICJ Rep. 1969, 3, Abs. 27; weitere Beispiele bei *Mosler*, S. 74 ff.

[184] M. w. V. auf kritische Stimmen siehe *Giersch*, S. 177; m. w. V. *Verdross/Simma*, S. 324 f., 347 f.

[185] *Verdross/Simma*, S. 324; *Mosler*, S. 74; Robert Jennings und Arthur Watts sehen einen „common consent" in diesem Sinne als „the basis of international law as a legal system" an, *Oppenheim*, 9. Aufl. (Jennings/Watts), S. 14; siehe dazu auch *§ 6 D. III. 3. Grundnormen bei anderen Völkerrechtlern?*

[186] *Verdross/Simma*, S. 324, 59.

[187] Zu dieser „Verfassung der nichtorganisierten Staatengemeinschaft" zählen sie Normen über die Erzeugung des positiven Völkerrechts, über die Anerkennung als Völkerrechtssubjekt sowie den Grundsatz der „bona fides", da diese Normen die *Voraussetzungen* der weiteren Erzeugung des Völkerrechts bildeten, *Verdross/Simma*, S. 59; für den Begriff einer „Verfassung" des Völkerrechts siehe *Diggelmann/Altwicker*, S. 632 ff. sowie m. w. V. *Fastenrath*, Lücken, S. 60 f.

[188] *Verdross*, Quellen, S. 21.

[189] Vgl. *Bates*, S. 15 ff.

[190] *Chinkin*, S. 77.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Instrumente ist der unbestrittenste und somit der primäre Weg auf dem die Staaten ihren Konsens ausdrücken: die Verabschiedung von internationalen Übereinkünften bzw. von Staatsverträgen.[191]

3. Formelle Rechtsquellen nach Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut

a) Internationale Übereinkünfte

Eine Vereinbarung zwischen Staaten kann als Vertrag, Konvention, Charta, Abkommen oder Pakt bezeichnet werden. Zwischen diesen Bezeichnungen besteht kein rechtlicher Unterschied.[192] Üblicherweise können nur Staaten Vertragsparteien sein, wobei durch Ausnahmeregelungen auch andere Akteure als Parteien vorgesehen werden können.[193] Die bestimmende Funktion von internationalen Übereinkünften ist es, den Vertragsparteien die vereinbarten Pflichten aufzuerlegen.[194] Sie sind daran gebunden, sofern sie ihre formelle Zustimmung dazu gegeben haben, was grundsätzlich durch Ratifikation oder Akzession geschieht.[195]

Menschenrechtsverträge unterscheiden sich von den meisten anderen Verträgen dadurch, dass der reziproke Austausch von Rechten und Pflichten zwischen den Staaten nur eine untergeordnete Rolle spielt. Stattdessen akzeptieren Staaten durch Menschenrechtsverträge, gewisse rechtliche Einschränkungen in der Behandlung von Individuen innerhalb ihres Territoriums und ihrer Rechtsprechung vorzunehmen. Der besondere Charakter von internationalen Verpflichtungen aus Menschenrechtsverträgen besteht demnach darin, dass sie in erster Linie nicht gegenüber anderen Staaten bestehen, sondern gegenüber Menschen, die unter ihrer Rechtsprechung stehen.[196]

---

[191] Vgl. *Koskenniemi*, Pull, S. 1946 f.

[192] *Chinkin*, S. 77.

[193] So sieht Art. 43 UN-Behindertenrechtskonvention vor, dass bestimmte regionale Organisationen Vertragspartei sein können; Art. 59 Abs. 2 EMRK erlaubt der EU, Vertragspartei zu sein.

[194] *Thirlway*, S. 7; *Mosler*, S. 95.

[195] „Ratifikation“ ist die nach aussen gerichtete, völkerrechtlich verbindliche Erklärung eines Staates, durch eine vorgängig unterzeichnete internationale Übereinkunft gebunden zu sein; „Akzession“ bezeichnet den Beitritt zu einem bestehenden Vertrag auf dieselbe Weise und mit demselben Ergebnis wie bei der Ratifikation, *Arnauld*, S. 86; für einen Drittstaat können ohne dessen Zustimmung keine Rechte oder Pflichten durch einen Vertrag begründet werden, Art. 34 WVK.

[196] Zum besonderen Charakter von internationalen Menschenrechtsverpflichtungen siehe *Mégret*, Nature, S. 96 ff.; gegen diese mehrheitlich vorherrschende Auffassung von objektiven Verpflichtungen von Staaten gegenüber den Individuen wird jedoch die Position vertreten, dass auch bei Menschenrechtsverträgen – wie bei den übrigen internationalen Verträgen – die entscheidenden rechtlichen Verpflichtungen zwischen den Staaten verbleiben, siehe *Simma*, S. 871 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Charta der Vereinten Nationen von 1945 hielt die ersten internationalen Menschenrechtsgarantien und Grundfreiheiten fest, wenn auch in sehr unbestimmter Weise.[197] In direkter Folge wurde 1948 die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) verabschiedet. Als Resolution der UN-Generalversammlung stellt die AEMR zwar keinen bindenden Völkerrechtsvertrag dar, ihre Bedeutung sollte jedoch nicht unterschätzt werden: Zum ersten Mal wurden auf internationaler Ebene konkrete Definitionen von Rechten aller Menschen festgeschrieben, Definitionen, die global anerkannt wurden.[198] Die AEMR legte den Grundstein für die Vertragsstrukturen, die in den folgenden Jahrzehnten errichtet wurden. Die wichtigsten Pfeiler waren dabei der UN-Zivilpakt mit seinem ersten Zusatzprotokoll sowie der UN-Sozialpakt, die beide zeitgleich 1966 verabschiedet wurden und den wesentlichen Inhalten der AEMR zu rechtlich verbindlicher Form verhalfen.[199] Diese drei Instrumente – die AEMR, der UN-Zivilpakt und der UN-Sozialpakt – werden oft als „*International Bill of Rights*“ bezeichnet.[200] Sie gelten heute als universell sowie als sachlich umfassend.[201]

Seither folgte eine grosse Zahl an multilateralen Übereinkommen, die die International Bill of Rights ergänzten und vor allem Einzelaspekte des Menschenrechtsschutzes aufgriffen, indem neue Rechte hinzukamen, bestehende Rechte weiterentwickelt oder Kategorien von besonders verletzlichen Menschen gebildet wurden.[202] Regionale Institutionen entwickelten in den letzten Jahrzehnten ihre eigenen Menschenrechtssysteme, unabhängig von den Vereinten Nationen und begrenzt auf die Staaten innerhalb einer jeweiligen Region. Heute gelten die Europäische Menschenrechtskonvention, die Amerikanische Menschenrechtskonvention und die Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker als Hauptquellen menschrechtlicher Verpflichtungen für die jeweiligen Vertragsstaaten.[203]

b) Internationales Gewohnheitsrecht

Während internationale Übereinkommen nur für Staaten verbindlich sind, die sich ausdrücklich entschieden haben, daran teilzunehmen, gilt Völkergewohn-

---

[197] So hält etwa Art. 1 Abs. 3 UN-Charta als eines der Ziele der UN fest: „[t]o achieve international cooperation in […] promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.“, siehe ausserdem die Art. 55 und 56.

[198] Die AEMR gilt heute zum grossen Teil als verbindliches Gewohnheitsrecht, *Verdross/Simma*, S. 822 f.

[199] OHCHR, Treaty, S. 6 f.

[200] Vgl. *Henkin*, International, S. 1 ff.

[201] Ratifikationen des UN-Zivilpaktes: 173, des UN-Sozialpaktes: 171, Stand: Juni 2022.

[202] Für eine Auflistung der wichtigsten Verträge des UN-Menschenrechtsvertragssystems siehe *Chinkin*, S. 78.

[203] *Chinkin*, S. 79.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

heitsrecht mit wenigen Ausnahmen für alle Staaten und ist in diesem Sinne überwiegend universell.[204] Daneben kann es aber auch regionales Gewohnheitsrecht geben.[205] Gewohnheitsrecht ist ungeschrieben, kann aber nachträglich als Übereinkommen festgeschrieben werden.[206] Umgekehrt können auch bestehende Übereinkommen als Gewohnheitsrecht anerkannt werden.[207]

Internationales Gewohnheitsrecht setzt zwei Komponenten voraus, wie der IGH mehrfach bestätigt hat: eine Staatenpraxis von einiger Dauer, Einheitlichkeit und Verbreitung (*consuetudo*) und eine diese Praxis tragende Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*).[208] Das Vorliegen beider Komponenten kann nicht leicht belegt werden und die Bestimmung des Inhalts von Völkergewohnheitsrecht ist jeweils eine praktische und theoretische Herausforderung.[209]

So besteht ein Problem darin, aus den täglichen Handlungen und Aussagen von Staaten, diejenigen auszuwählen, die einen Beleg für eine Staatenpraxis oder eine Rechtsüberzeugung darstellen können. Solche Belege finden sich etwa in diplomatischen Korrespondenzen, Regierungserklärungen, Presseerklärungen, Stellungnahmen von Regierungsberatern, offiziellen Leitfäden oder Anmerkungen von Regierungen zu internationalen Vertragsentwürfen.[210] Im Bereich der Menschenrechte kommen weitere Materialien hinzu, wie die Staatenberichte der UN-Vertragsorgane, das zugrundeliegende Material für die Universelle Periodische Überprüfung (UPR) des UN-Menschenrechtsrats oder die Dokumentation von nationalen Menschenrechtsinstitutionen.[211] Dass daraus aber oft keine eindeuti-

---

[204] Die bedeutendste Ausnahme ist die Regel des *beharrlichen Widerspruchs* (engl.: „persistent objector") bei der ein Staat durch wiederholten Protest eine im Entstehen begriffene Gewohnheitsrechtsnorm nicht gegen sich gelten lassen will. Diese Rechtsfigur ist jedoch in vielen Punkten umstritten und findet im Bereich der Menschenrechte nur wenig Anwendung. So wurde Südafrika in Bezug auf die Apartheid der Status eines persistent objector nicht zuerkannt, weil das Prinzip der Rassentrennung gegen zwingendes Völkerrecht verstiess, *Arnauld*, S. 109 f.

[205] Siehe *Akehurst*, S. 28 ff.

[206] So ist insb. die UN-Völkerrechtskommission (ILC) mit der Ausarbeitung internationaler Übereinkommen befasst, die zu einem grossen Teil bereits gewohnheitsrechtlich geltendes Völkerrecht kodifizieren; vgl. auch *Jennings*, S. 63 ff.

[207] Dazu *Akehurst*, S. 42 ff.

[208] IGH: North Sea Continental Shelf Cases (FRG v. Denmark/Netherlands), Urteil, 20. Februar 1969, ICJ Rep. 1969, 3, Abs. 77.

[209] Die Lehre ist bislang zu keiner unbestrittenen Lösung in der Deutung des gewohnheitsrechtlichen Entstehungsvorganges gelangt, *Rub*, S. 346; vgl. die Übersicht dazu bei *Verdross/Simma*, S. 346 ff., 550 ff.; eine treffliche Analyse zur Staatenpraxis und *opinio iuris* bietet der grundlegende Aufsatz von Michael Akehurst, *Akehurst*, S. 1 ff.

[210] *Chinkin*, S. 82.

[211] Anders als bei der Berichterstattung zu Staatsverträgen, beschränkt sich die UPR nicht auf bestimmte Verträge, sondern umfasst die allgemeinen Menschenrechtsverpflichtungen eines Staates, wozu auch das Völkergewohnheitsrecht gehört, *Chinkin*, S. 82.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gen Ergebnisse resultieren, zeigt sich z. B. daran, dass gegen Gewohnheitsrecht verstossen werden kann (nicht darf) und diese – auch wiederholten – Fälle von Nichtbeachtung gemäss IGH noch keinen Grund darstellen, das Bestehen einer gewohnheitsrechtlichen Pflicht zu verneinen.[212] Daher ist die gewohnheitsrechtliche Geltung bei zahlreichen Regeln umstritten.[213]

In Bezug auf die Menschenrechte stellt sich noch ein grundsätzlicheres Problem: Völkergewohnheitsrecht entsteht für gewöhnlich aus einer konstanten Interaktion zwischen Staaten, also aus Forderungen und Duldungen, die souveräne Staaten sich *gegenseitig* stellen. Bei vielen Menschenrechtsverpflichtungen fehlt dieses Element der Interaktion im eigentlichen Sinne jedoch: Es spielt nicht zwischen den Staaten, sondern betrifft vielmehr das Verhalten der Staaten gegenüber Individuen innerhalb ihres Territoriums, was bis voreinigen Jahrzehnten ohnehin noch eine domaine réservé der Staaten war.[214] Bis zu einem gewissen Grad kann darin eine Verletzung der etablierten formellen Kriterien des Gewohnheitsrechts gesehen werden und ein Grund, weshalb die Existenz von vielen Menschenrechtsverpflichtungen unter Gewohnheitsrecht für einige nicht überzeugend erscheint.[215] Dennoch haben internationale und nationale Gerichte in einigen Fällen das Gewohnheitsrecht als Quelle für Menschenrechte anerkannt.[216]

Völkergewohnheitsrecht birgt zwar eine ganze Reihe von Unschärfen, darin liegt jedoch gleichzeitig ein Potential dieser Rechtsquelle, das Völkerrecht auch ohne oder gegen den Willen einzelner Staaten fortzuentwickeln.[217] Während das Vertragsrecht ohne Einwilligung nicht bindend ist und Widerstände einzelner Staaten nur im Rahmen vertraglicher Ermächtigung überwunden werden können, wie z. B. durch das Sekundärrecht internationaler Organisationen oder durch satzungsgemässe Mehrheitsbeschlüsse, eröffnet im Gegensatz dazu das Gewohnheitsrecht gewisse Spielräume, um einzelne Abweichler unter die Geltung von Völkerrechtsnormen zu stellen. Andreas von Arnauld nennt folgende Möglichkeiten:

> „[…] durch die Unklarheit über die genauen Inhalte und die Rechtswirkungen zwingenden Völkerrechts […]; über die Möglichkeit, den Geltungsbereich vertraglicher Normen durch einen Übergang ins Gewohnheitsrecht zu erweitern, dessen Vorausset-

---

212 IGH: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Urteil (Merits), 27. Juni 1986, ICJ Rep. 1986, 14, Abs. 186; dazu auch *Simma/Alston*, S. 96 f.

213 *Arnauld*, S. 111.

214 *Thirlway*, S. 177.

215 *Simma/Alston*, S. 99; *Wouters/Ryngaert*, S. 119 f.

216 U. S. App.: Filartiga v. Peña-Irala, 30. Juni 1980, 630 F.2d 876; House of Lords: R v. Jones, 29. März 2006, [2007] 1 AC 136; IGH: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Urteil (Merits), 27. Juni 1986, ICJ Rep. 1986, 14, para. 186 ff.

217 *Arnauld*, S. 113.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zungen nicht präzise zu benennen sind; durch das Abstellen auf die Praxis und Rechtsüberzeugung lediglich einer überwiegenden Zahl der Staaten; durch offene Fragen rund um den persistent objector; durch Verrechnungen des objektiven und subjektiven Elements. Hinzu tritt, dass neu entstehende Staaten in das zum Zeitpunkt ihrer Entstehung existierende Völkergewohnheitsrecht hineintreten."[218]

Solche Unschärfen befeuern den Streit über die Existenz bzw. den Inhalt von Gewohnheitsrechtsnormen. Deswegen kommt hier den internationalen Gerichten – eine Rechtserkenntnisquelle gemäss Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut – eine nicht zu unterschätzende Rolle bei der Fortentwicklung des Völkerrechts zu. Es ist gar die Rede von einer „Konkretisierungsmacht"[219] der Fachexperten und Rechtsinterpreten, die in der Grundstruktur des Völkerrechts gründet.

c) Ius cogens

Auch die Regeln des sogenannten *ius cogens*, des zwingenden Völkerrechts, sind dem Willen der Staaten weitgehend entzogen. Weil sie aber dennoch für alle Staaten gelten, ganz unabhängig von vertraglichen Bindungen, stellen sie ebenfalls universelles Gewohnheitsrecht dar.[220] Arnauld meint gar: „Sie markieren das Herzstück des universellen Völkerrechts."[221] Sie gelten darüber hinaus nicht nur für, sondern auch gegenüber allen Staaten, was man als Geltung erga omnes bezeichnet. Art. 53 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) nennt weitere Wirkungen von zwingenden Normen, indem *ius cogens* definiert wird als:

„[…] eine Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann."[222]

Der Bestand zwingenden Rechts sei bis zum Aufkommen des Rechtspositivismus unbestritten gewesen, wie bei Verdross und Simma steht, und zwar weil die naturrechtliche Schule die Auffassung vertreten habe, dass dem positiven Völkerrecht ein notwendiges und unveränderliches Völkerrecht zugrunde liege, also gewisse Prinzipien der wahren Moral und Gerechtigkeit.[223] Ein von Menschen gemachtes Recht, das diesen Prinzipien entgegenstehe, sei kein Recht: „Lex iniusta non est lex."[224] Hingegen behaupteten Rechtspositivisten, dass ein

---

218 *Arnauld*, S. 114.

219 *Diggelmann*, Unschärfen, S. 385.

220 Philip Alston und Bruno Simma argumentieren jedoch, dass die Voraussetzungen für das Entstehen von *ius cogens* besser durch allgemeine Rechtsgrundsätze anstatt durch Gewohnheitsrecht erfüllt werden können, *Simma/Alston*, S. 103 f.

221 *Arnauld*, S. 126.

222 Art. 53 WVK.

223 *Verdross/Simma*, S. 328.

224 *Thomas von Aquin*, ST I–II q96 a4 c.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

völkerrechtlicher Vertrag jeden beliebigen Inhalt haben könne. Der damals führende italienische Völkerrechtler Dionisio Anzilotti versuchte 1929, in der Hochblüte des Rechtspositivismus, die nicht verstummten Stimmen ernst zu nehmen, die sich nach wie vor gegen die völkerrechtliche Gültigkeit unsittlicher Verträge aussprachen. Er lehrte, dass ein völkerrechtlicher Vertrag ungültig sei, wenn er „auf etwas rechtlich Verbotenes gerichtet" ist, wozu „auch der Fall der sittenwidrigen Handlung" gehöre, „weil auch die Gebote der Ethik rechtliche Beachtung gewinnen können, insofern sie ausdrücklich oder stillschweigend vom Recht übernommen worden sind".[225] Vierzig Jahre später wird der bereits angeführte Art. 53 WVK geschaffen, dessen erster Satz seine naturrechtlichen Ursprünge vermuten lässt:

> „Ein Vertrag ist nichtig, wenn er im Zeitpunkt seines Abschlusses im Widerspruch zu einer zwingenden Norm des allgemeinen Völkerrechts steht."[226]

Ergänzend dazu führt Art. 64 WVK aus:

> „Entsteht eine neue zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts, so wird jeder zu dieser Norm im Widerspruch stehende Vertrag nichtig und erlischt."[227]

Materiell stellen die Regeln des *ius cogens* unverbrüchliche Verfassungsprinzipien der internationalen Gemeinschaft dar, sie werden auch als deren „ordre public" bezeichnet.[228] Der IGH verwendet in seinen Urteilen die Formel für *ius cogens* als „elementare Erwägungen der Menschlichkeit".[229] Als völkerrechtliches *ius cogens* werden üblicherweise folgende Normen aufgezählt: das Gewaltverbot, das Verbot des Völkermordes, das Verbot der Sklaverei und des Sklavenhandels, das Folterverbot, das Verbot systematischer Rassendiskriminierung sowie Kerngewährleistungen von Menschenrechten.[230]

An diesem Kanon wird deutlich, dass zwischen dem völkerrechtlichen *ius cogens* und den Menschenrechten eine „immanente Beziehung" besteht.[231] Nur gerade das Gewaltverbot betrifft das klassische Verhältnis zwischen den Staaten, die übrigen Normen zielen auf den Schutz der Menschen.[232] Insgesamt herrschen einige Kontroversen darüber, welche Menschenrechte als zwingendes Völ-

---

[225] *Anzilotti*, Lehrbuch, S. 257.

[226] Art. 53 WVK.

[227] Art. 64 WVK.

[228] M.w.V. zum Begriff des „ordre public" in diesem Zusammenhang, *Verdross/Simma*, S. 328.

[229] Im engl. Original: „elementary considerations of humanity", IGH: Corfu Channel Case (UK v. Albania), Urteil (Merits), 9. April 1949, ICJ Rep. 1949, 4, S. 22, IGH: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Urteil (Merits), 27. Juni 1986, ICJ Rep. 1986, 14, Abs. 218.

[230] Eingehend dazu *Mik*, S. 27 ff.

[231] Im engl. Original: „There is an almost intrinsic relationship between jus cogens and human rights", *Bianchi*, S. 491.

[232] Vgl. *Bianchi*, S. 495.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kerrecht gelten und welche nicht. Während etwa das Verbot des Völkermordes unbestritten anerkannt wird, erlangen andere verbreitete Normen nicht vor allen Gremien Anerkennung, wie z. B. das Verbot der Todesstrafe, ja nicht einmal das der Todesstrafe für Minderjährige.[233]

d) Allgemeine Rechtsgrundsätze

Als dritte Völkerrechtsquelle, neben Vertragsrecht und Gewohnheitsrecht, sieht Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut allgemeine Rechtsgrundsätze vor. Ursprünglich wurde diese Quelle als Vorkehrung in den Katalog aufgenommen, um sog. non-liquet-Urteile zu vermeiden, das heisst: Fälle, in denen das Gericht einen Rechtsstreit nicht lösen kann, weil das anwendbare Vertrags- oder Gewohnheitsrecht keine Antwort bietet.[234] Dies widerspiegelt sich auch in der Definition von „Oppenheim's International Law" (1992), wo allgemeine Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquelle angesehen werden, die erstens

> „enables rules of law which can fill gaps or weaknesses in the law which might otherwise be left by the operation of custom or treaty",

und zweitens

> „provides a background of legal principles in the light of which custom and treaties have to be applied and as such it may act to modify their application. […]
>
> General principles […] do not just have a supplementary role, but may give rise to rules of independent legal force."[235]

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze werden gemäss vorherrschender Auffassung als *übereinstimmende Grundsätze staatlicher Rechtsordnungen* angesehen.[236] Ihre Anwendung setzt voraus, dass (1) der betreffende Grundsatz „von den Kulturstaaten"[237] – also in *foro domestico* – anerkannt ist und dass er (2) sinnvoll über-

---

[233] Vgl. IACommHR: Douglas Christopher Thomas v. US, Case 12.240, Urteil, 29. Dezember 2003, IACommHR Report 100/03, Abs. 52.

[234] *Thirlway*, S. 111 ff.; dies vor dem Hintergrund, dass zur Zeit, als die Norm in das Statut des StIGH aufgenommen wurde, noch sehr viel weniger Vertragsrecht als heute bestand; grundlegend zur Verhinderung eines *non liquet* und zur Vollständigkeit des Völkerrechts siehe *Lauterpacht*, Non Liquet, S. 196 ff.; Bruno Simma und Alfred Verdross lehnen die verbreitete Auffassung jedoch ab, dass der ursprüngliche Zweck der allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Verhinderung eines *non liquet* bestand, *Verdross/Simma*, S. 387 f.; ebenso sieht Robert Jennings die ursprüngliche Absicht von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut vielmehr darin, den Ermessensspielraum der Richter einzuschränken, um zu bewirken, dass weniger subjektive Ansichten in ihre Urteile einfliessen, *Jennings*, S. 71 f.; vgl. *Koskenniemi*, General, S. 132 f.

[235] *Oppenheim*, 9. Aufl. (Jennings/Watts), S. 40.

[236] Vgl. *Arnauld*, S. 114; gemäss einer alternativen Interpretation zählen auch Rechtsgrundsätze dazu, die sich direkt aus internationalen Rechtsbeziehungen ableiten, ohne in staatlichen Rechtsordnungen vorliegen zu müssen, *Thirlway*, S. 95 f.; vgl. auch *Wouters/Ryngaert*, S. 120 f.

[237] Art. 53 Abs. 1 lit. c IGH-Statut.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tragbar auf die internationale Ebene ist.[238] Wenn sich ein solcher allgemeiner Rechtsgrundsatz auf der internationalen Ebene etabliert, kann er durchaus auch in Gewohnheitsrecht übergehen und wird folglich als solches angewendet.[239]

Zu belegen, ob ein Grundsatz von den Kulturstaaten anerkannt ist, erfordert teilweise einen umfangreichen Rechtsvergleich von nationalen Rechtsordnungen.[240] Die Bezeichnung „Kulturstaaten" oder im englischen Original „civilized nations" in Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut scheint heute aus der Zeit gefallen. Im letzten Jahrhundert wurden jedoch einige Rechtssysteme als zu wenig entwickelt angesehen, um als Vergleichsstandard dienen zu können.[241] Heute zählen nach überwiegender Auffassung alle Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen zu den Kulturstaaten; andere wollen auch darauf abstellen, ob die universell anerkannten Menschenrechte von den fraglichen Staaten geachtet werden.[242] In der Praxis muss nicht in sämtlichen Staaten nach der Anerkennung von Rechtsgrundsätzen gefahndet werden. Es genügt, wenn die repräsentativen Rechtsordnungen aus den grossen Rechtskreisen berücksichtigt werden. Beim IGH wird dies organisatorisch erreicht, indem die Zusammensetzung des Gerichts Angehörige aller grossen Rechtskreise erfassen muss.[243]

Welche Grundsätze werden nun konkret auf die internationale Ebene übertragen? Das sind etwa Grundbedingungen jeder Rechtsordnung, wie der Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind (*pacta sunt servanda*). Auch Grundsätze der Rechtslogik gehören dazu, wie der Vorrang der speziellen Rechtsnorm vor der allgemeinen (*lex specialis derogat legi generali*), der neueren vor der älteren (*lex posterior derogat legi priori*), der höherrangigen vor der niederrangigen (*lex superior derogat legi inferiori*). Neben Grundsätzen des Prozessrechts, wie der Rechtskraft von Urteilen (*res iudicata*) oder der Gewährung des rechtlichen Gehörs, sind es v. a. dem Privatrecht entstammende Grundsätze, die den Weg in das Völkerrecht geschafft haben: Treu und Glauben (*bona fide*), das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) oder der Rechtsverlust durch Zeitablauf, also die Verjährung.[244] Dass solche Prinzipien oft als lateinische Formeln bekannt sind, lässt auf ihre lange Tradition im allgemeinen Rechtsdenken schliessen.[245]

---

238 *Verdross/Simma*, S. 384.

239 *Thirlway*, S. 94.

240 Vgl. z. B. IGH: Case concerning oil platforms (Islamic Republic of Iran v. US), Sondervotum, 6. November 2003, ICJ Rep. 2003, 324, Abs. 66.

241 *Thirlway*, S. 95.

242 *Arnauld*, S. 114.

243 Art. 9 IGH-Statut; *Arnauld*, S. 115.

244 *Arnauld*, S. 115.

245 *Thirlway*, S. 100.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Als allgemeine Rechtsgrundsätze gelten nicht einfach übereinstimmende Rechtsnormen der verschiedenen Staaten *als solche*, sondern nur jene Rechtsgrundsätze, die die *Grundlage* des übereinstimmenden innerstaatlichen Rechts bilden.[246] Auf Englisch ist die Rede von „general principles of law".[247] Die Kategorie von „Prinzipien", die in einem Rechtssystem die „Regeln" ergänzen, wurde bekannterweise von Ronald Dworkin eingeführt und seither in verschiedenen Varianten aufgegriffen und umgeformt.[248] Wie man Prinzipien auch definiert, einig ist man sich darüber, dass sie im Vergleich zu den übrigen Rechtsregeln genereller und fundamentaler sind.[249] Bei Dworkin unterscheiden sich die Prinzipien von den Regeln dadurch, dass sie gegeneinander gewichtet werden können:

> „Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance."[250]

Konkreter auf das Völkerrecht bezogen unterscheidet Gerald Fitzmaurice:

> „By a principle, or a general principle, as opposed to a rule, even a general rule, of law is meant chiefly something which is not itself a rule, but which underlies a rule, and explains or provides the reason for it. A rule answers the question ‚what'; a principle in effect answers the question ‚why'."[251]

Ein leicht abweichender Ansatz in Bezug auf das Völkerrecht ist der des Rechtspositivisten Prosper Weil:

> „Règles et principes sont des termes juridiquement synonymes, sous la réserve que l'on a l'habitude de qualifier de principes des normes de caractère plus général et plus fondamental, relevant plus ou moins de la technique des standards."[252]

Nicht nur im Bereich der Menschenrechte, sondern in der ganzen völkerrechtlichen Gerichtspraxis wurde bisher nur selten auf allgemeine Rechtsgrundsätze abgestellt; vom IGH gar erst in einem einzigen Fall.[253] In einem vielbeachteten Aufsatz von 1992 haben Bruno Simma und Philip Alston jedoch dafür argumentiert, dass allgemeine Rechtsgrundsätze eine zeitgemässe Quelle für Menschenrechte sein können und sollten.[254] Dies einerseits in Anbetracht des begrenzten

---

246 *Verdross/Simma*, S. 384.

247 Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut.

248 So etwa einflussreich von Robert Alexy, vgl. *Alexy*, Theorie, S. 71 ff.; *Alexy*, Begriff, S. 119 f.; zur Unterscheidung von „Principles, Rules and Orders" im Völkerrecht siehe auch *Mosler*, S. 69 ff.

249 Eingehend zu Prinzipien im Völkerrecht *Koskenniemi*, General, S. 120 ff.

250 *Dworkin*, S. 27.

251 *G. G. Fitzmaurice*, Principles, S. 7.

252 *Weil*, Droit, S. 150.

253 IGH: Corfu Channel Case (UK v. Albania), Urteil (Merits), 9. April 1949, ICJ Rep. 1949, 4, S. 22; für eine lose Übersicht von Anwendungen allgemeiner Rechtsgrundsätze in der völkerrechtlichen Judikatur siehe *Verdross/Simma*, S. 390 ff.

254 *Simma/Alston*, S. 102 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und lückenhaften Bestandes von internationalen Übereinkommen im Bereich der Menschenrechte und andererseits aufgrund der unbefriedigenden Versuche, das Gewohnheitsrecht über sein herkömmliches Verständnis hinaus umzuformen, damit es auf die Menschenrechte angewendet werden kann.[255]

4. Rechtserkenntnisquellen: Rechtsprechung und Lehre

Nach Aufzählung der drei formellen Völkerrechtsquellen in Art. 38 Abs. 1 lit. a bis c IGH-Statut, werden in lit. d die „gerichtlichen Entscheide" sowie „die Lehren der anerkanntesten Autoren der verschiedenen Nationen" aufgeführt. Sie werden als „Hilfsmittel zur Feststellung der Rechtsnormen" bezeichnet, gelten also als Rechtserkenntnisquellen zur Ermittlung von Völkerrecht.[256]

Entscheide des IGH und grundsätzlich auch aller anderen Gerichte sind nur für die Streitparteien im jeweiligen Fall verbindlich.[257] Diese Urteile stellen demnach nur *inter partes* und nur für den konkreten Fall eine formelle Völkerrechtsquelle dar.[258] Darüber hinaus kennt das IGH-Statut keine starre Bindung des Gerichtshofs an seine Vorentscheidungen nach Art des anglo-amerikanischen Rechts.[259] Dennoch berufen sich der IGH und andere Gerichte häufig auf frühere Entscheidungen und haben zu zahlreichen Völkerrechtsfragen eine ständige Spruchpraxis entwickelt.[260] Dieser Judikatur kommt eine Autorität zu, über die sich die Staatenpraxis nicht leicht hinwegsetzen kann. Es ist eine Realität, dass erst durch die gerichtliche Interpretation und Anwendung von Verträgen, Gewohnheitsrecht und der Rechtsprechung das internationale Recht entwickelt und erläutert wird. Dies gilt umso mehr in einem dezentralen Rechtssystem ohne Legislative, in dem ungeschriebenes Recht durch amorphe Prozesse von Staatenpraxis und *opinio juris* entwickelt werden.[261] Gerade bei Fragen des Gewohnheitsrechts wird die richterliche Erkenntnis zu einem rechtsschöpferischen Akt.[262] In diesem Sinne stellt die Rechtsprechung eine *materielle* Völkerrechtsquelle dar.[263] Dazu eine anschauliche Passage von Gerald Fitzmaurice:

---

[255] *Simma/Alston*, S. 82, 88 ff.

[256] Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut: „[…] as subsidiary means for the determination of rules of law."

[257] Gemäss Art. 59 IGH-Statut, auf den in Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut verwiesen wird.

[258] M. w. V. *Verdross/Simma*, S. 395; vgl. auch *G. G. Fitzmaurice*, Problems, S. 170 f.

[259] Eine bindende Präzedenzwirkung für andere Gerichte könne es im Völkerrecht nur schon deshalb nicht geben, weil dort keine Hierarchie von Gerichten vorliege, *Jennings*, S. 74.

[260] *Verdross/Simma*, S. 395; vgl. *Kelsen*, Principles, S. 540 Fn. 115; dies nur schon aus Gründen der Gleichbehandlung, vgl. *Schachter*, S. 18.

[261] *Chinkin*, S. 86.

[262] *Jennings*, S. 74.

[263] M. w. V. *Verdross/Simma*, S. 397.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„When an advocate before an international tribunal cites juridical opinion, he does so because it supports his argument, or for its illustrative value, or because it contains a particularly felicitous or apposite statement of the point involved, and so on. When he cites an arbitral or judicial decision he does so for these reasons also, but there is a difference – for, additionally, he cites it as something *which the tribunal cannot ignore*, which it is bound to take into consideration and (by implication) which it ought to follow unless the decision can be shown to have been clearly wrong, or distinguishable from the extant case, or in some way legally or factually inapplicable. Equally the tribunal, while it may well treat juridical opinion as something which is of interest but of no direct authority, and which the tribunal is free to disregard, will not usually feel free to ignore a relevant decision, and will normally feel obliged to treat it as something that must be accepted, or else – for good reason – rejected, but which must in any event be taken fully into account.“[264]

Auch die *Lehrmeinungen der anerkanntesten Autoren* sind keine formelle Rechtsquelle. Allerdings stellten sie in den Anfängen des modernen Völkerrechts eine materielle Völkerrechtsquelle von einiger Bedeutung dar, weil damals die Meinungen von angesehenen Rechtsgelehrten ein viel grösseres Gewicht hatten als heute.[265] Heute zitiert der IGH – im Gegensatz zu anderen internationalen und nationalen Gerichten – in seinen Urteilen praktisch nie Werke einzelner Autoren, auch wenn diese freilich von den Richtern wahrgenommen werden und hintergründig Einfluss auf die Entscheidungen erlangen. Heute haben Institutionen, die gebündelten völkerrechtlichen Sachverstand repräsentieren, eine deutlich grössere Bedeutung als die „anerkanntesten“ Einzelautoren. An erster Stelle ist dies die International Law Commission (ILC), ein Nebenorgan der UN, bestehend aus 34 unabhängigen Rechtsexperten, daneben das Institut de Droit International (IDI), eine Vereinigung von höchstens 132 Gelehrten des internationalen Rechts, und die International Law Association (ILA), eine global verzweigte NGO, die der Pflege und Verbreitung des Völkerrechts dient.[266] Diese Institutionen werden selbst vom IGH des Öfteren zitiert.

In Bezug auf die Menschenrechte besteht eine weitgehende Konsistenz zwischen den Positionen verschiedener Gerichte und Gremien, wie etwa zwischen dem IGH, dem UN-Menschenrechtsausschuss (MRA) sowie auch dem regionalen Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und Ad-hoc-Gerichten, wie dem UN-Kriegsverbrechertribunal für das ehemalige Jugoslawien (ICTY).[267] Diese Konsistenz stärkt das entstehende Recht sowie dessen Legitimität.[268] Auch die Gerichte auf nationaler Ebene beziehen sich häufig extensiv auf die Rechtsprechung anderer nationaler Gerichte, wenn es um die Interpretation

---

[264] *G. G. Fitzmaurice*, Problems, S. 172.

[265] *Thirlway*, S. 118.

[266] *Arnauld*, S. 121.

[267] *Chinkin*, S. 86 f.

[268] Hier ist Legitimität im empirisch-deskriptiven Sinne gemeint, siehe dazu *§ 4 B. III. Legitimität im empirisch-deskriptiven Sinn*.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

von Menschenrechtsgarantien geht.[269] Auch in der Lehre haben sich einflussreiche Expertengremien im Bereich der Menschenrechte entwickelt: Zu erwähnen ist hier insbesondere der UN-Menschenrechtsrat (HRC) mit seinen Sonderberichterstattern, „fact finding missions" und den Berichten des Beratenden Ausschusses. Der HRC kann mit wissenschaftlichen Analysen durchaus auch Belege für eine Staatenpraxis und *opinio iuris* nachweisen und damit zum Entstehen von Gewohnheitsrecht beitragen.[270]

5. Sekundärrecht und Soft Law

Neben den formellen Völkerrechtsquellen, die in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut genannt werden, bestehen weitere Möglichkeiten für die Entwicklung von juridischen Menschenrechten. In den letzten 70 Jahren hat dabei insbesondere die Rolle von internationalen Organisationen bedeutenden Einfluss erlangt.[271]

a) Beschlüsse internationaler Organisationen

Beschlüsse von internationalen Organisationen gelten als sog. Sekundärrecht. Der Charakter als Rechtsquelle leitet sich bei Sekundärrecht immer von einer primären Rechtsquelle ab, meistens vom Gründungsvertrag der internationalen Organisation.[272] Dort wird in der Regel dem beschliessenden Organ der Organisation das Recht eingeräumt, rechtsverbindliche Beschlüsse zu fassen. Aufgrund dieser vertraglichen Basis, können Beschlüsse internationaler Organisationen nur gegenüber Mitgliedstaaten verbindlich sein.[273] Ob und welche Beschlüsse rechtsverbindlich sind, hängt vom jeweiligen Gründungsvertrag ab. So sind etwa die Resolutionen des UN-Sicherheitsrats verbindlich, nicht aber Beschlüsse der UN-Generalversammlung.[274] Als Sekundärrecht können neben Beschlüssen interna-

---

[269] M. w. V. *Chinkin*, S. 87 f.

[270] *Chinkin*, S. 89.

[271] M. w. V. *Oppenheim*, 9. Aufl. (Jennings/Watts), S. 45 f.

[272] *Jaenicke*, S. 767.

[273] Erläuternd, weshalb Beschlüsse internationaler Organisationen nicht aus sich selbst heraus Rechtsverbindlichkeit im Aussenverhältnis zu den Mitgliedstaaten entfalten können, siehe *Giersch*, S. 63 ff.; Ausnahmen bestehen etwa für Beschlüsse des UN-Sicherheitsrats, der gemäss Art. 2 Nr. 6 UN-Charta dafür Sorge zu tragen hat, „dass Staaten, die nicht Mitglieder der Vereinten Nationen sind, insoweit nach diesen Grundsätzen handeln, als dies zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlich ist". Je nach dem, ob man die UN-Charta als gewöhnlichen völkerrechtlichen Vertrag oder als eine Art „Weltverfassung" mit eigenen Regeln betrachtet, würde auch für Nichtmitglieder gelten, dass die objektive Verfahrensherrschaft bei der Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit bei der UN liege, *Arnauld*, S. 493 f.

[274] Art. 25 UN-Charta; in der Literatur wird vereinzelt die Meinung vertreten, dass Beschlüssen der UN-Generalversammlung als „moderne Völkerrechtsquelle" Rechtsverbindlichkeit zukomme, was nach überwiegender Auffassung jedoch nicht haltbar ist,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tionaler Organisationen auch Entscheidungen von internationalen Gerichten, wie bspw. des EGMR, Verbindlichkeit erlangen.[275] Der UN-Sicherheitsrat hat durch verbindliche Beschlüsse z. B. gewisse Menschenrechtsverpflichtungen für nichtstaatliche Akteure konkretisiert und damit zur rechtsverbindlichen Ausdehnung der Anwendbarkeit von Menschenrechten beigetragen.[276]

Grössere Bedeutung im Bereich der Menschenrechte haben jedoch die zahlreichen unverbindlichen Resolutionen der UN-Generalversammlung und ihres Unterorgans, des UN-Menschenrechtsrats. So wurde das Gründungsdokument der internationalen Menschenrechte, die AEMR, in Form einer Resolution der UN-Generalversammlung erlassen. Solche nicht rechtsverbindlichen Instrumente – oft als „soft law" bezeichnet – bilden regelmässig die materielle Grundlage für verbindliche Normen und werden in der Folgezeit in Vertrags- oder Gewohnheitsrecht transformiert, so wie auch die AEMR.[277] Dasselbe Muster – unverbindliche Resolution gefolgt von einem verbindlichen Vertrag – lag auch bei anderen bekannten Menschenrechtsverträgen vor, wie bei der UN-Antifolterkonvention, der UN-Kinderrechtskonvention und der UN-Behindertenrechtskonvention.[278]

b) Arbeit von Vertragsorganen

Eine weitere zentrale Rolle bei der Entwicklung der Menschenrechte nehmen die UN-Vertragsorgane („treaty bodies") ein. Das sind Fachausschüsse der Vereinten Nationen, die jeweils zu den wichtigsten Menschenrechtsverträgen gebildet wurden und die deren Einhaltung überwachen. Das bekannteste Vertragsorgan ist der UN-Menschenrechtsausschuss (MRA) zum UN-Zivilpakt.[279] Ein solches Vertragsorgan kann dabei verschiedene Instrumente nutzen: Es kann *Allgemeine Bemerkungen* („general comments") beschliessen, in denen es zu Auslegungsfragen des jeweiligen Vertrags Stellung nimmt und es kann *Abschliessende Beobachtungen* („concluding obervations") zu Staatenberichten verfassen.

---

m. w. V. *Giersch*, S. 67 ff.; unbestritten kann die UN-Generalversammlung jedoch in einigen organisations*internen* Bereichen rechtsverbindliche Beschlüsse fassen, z. B.: Aufnahme und Ausschluss von Mitgliedern (Art. 4 und 6 UN-Charta), Suspendierung von Mitgliedschaftsrechten (Art. 5), Wahlen (Art. 23, 61, 97), Genehmigung von Verträgen (Art. 63), Genehmigung des UN-Budgets (Art. 17), Einsetzung von Hilfsorganen (Art. 22), Erteilung von Weisungen an unterstellte Organe (Art. 68).

[275] *Jaenicke*, S. 767; Art. 46 EMRK.

[276] Vgl. *Clapham*, S. 491.

[277] Für eine kritische Auseinandersetzung mit der Frage, ob die AEMR als Gewohnheitsrecht zählt, siehe *Simma/Alston*, S. 90 ff.

[278] Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984; Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989; Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006.

[279] Für eine Übersicht über die UN-Vertragsorgane siehe *Connors/Schmidt*, S. 377.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Daneben sind sie für die Prüfung von Staatenbeschwerden und teilweise für Individualbeschwerden zuständig.[280]

Die Berichte der UN-Vertragsorgane sind als solche nicht rechtsverbindlich; sie gelten aber als sekundäres Vertragsrecht, das auf Staatenkonsens basiert, weil durch die Anerkennung des jeweiligen Vertrages auch der dazugehörige Fachausschuss anerkannt wurde.[281] Der MRA ist der Ansicht, dass seine Berichte konkretisierende Aussagen über staatliche Rechtspflichten aus dem UN-Zivilpakt sind und damit als quasi-verbindliche Feststellungen gelten.[282]

Insbesondere die Allgemeinen Bemerkungen gelten als Richtlinien mit einiger Autorität, wenn es um die Beurteilung von Vertragspflichten für die Staaten geht. Durch sie wird ausgewiesen, wie das jeweilige UN-Vertragsorgan den Interpretationsspielraum der Vertragsbestimmungen auslegt. Darauf wird nicht nur in Berichterstattungs- und Klageverfahren Bezug genommen, sondern auch zunehmend von internationalen, regionalen und nationalen Gerichten in ihren Urteilen.[283]

Die Verfahren für Individualbeschwerden vor den UN-Vertragsorganen werden als „quasi-justizielle" Rechtsprechung bezeichnet.[284] Es handelt sich dabei um Beschwerdemöglichkeiten für Individuen, die nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs gegen Vertragsstaaten vorgehen können, um die Verletzung von Vertragsrechten einzuklagen.[285] Entscheidungen ergehen in diesem Verfahren als Vorschläge und Empfehlungen („views" und „recommendations"), die den Staaten unterbreitet werden, um allfällige Vertragsverletzungen zu beheben.[286] Diese Vorschläge und Empfehlungen sind rechtlich nicht verbindlich und ihre Umsetzung kann nicht erzwungen werden.[287] Dennoch können die Auffassungen der Vertragsorgane kaum unberücksichtigt bleiben. Durch die Beschwerdeverfahren entwickelten die Vertragsorgane eine Rechtsprechung zur Interpreta-

---

280 *Connors/Schmidt*, S. 376.

281 *Chinkin*, S. 89.

282 *Arnauld*, S. 279.

283 M. w. V. auf Urteile der entsprechenden Stufe siehe *Connors/Schmidt*, S. 380.

284 *Connors/Schmidt*, S. 381.

285 Die Möglichkeit der Individualbeschwerde besteht in den meisten Fällen nur bei Staaten, die die jeweiligen Fakultativprotokolle zu den Menschenrechtsverträgen unterzeichnet haben. Die Schweiz hat weder das Fakultativprotokoll zum UN-Zivilpakt noch das zum UN-Sozialpakt unterzeichnet, wobei vor allem Ersteres von einer Mehrheit der UN-Staaten (116) ratifiziert wurde, siehe OHCHR, Status, Stand: 1.12.2021; zum individuellen Beschwerdeverfahren vor UN-Vertragsorganen, den Voraussetzungen und Folgen siehe *Connors/Schmidt*, S. 381 ff.

286 MRA: Allgemeine Bemerkung Nr. 33, CCPR/C/GC/33, 5. November 2008, Abs. 12.

287 Jedoch ist ein Anschlussverfahren („Follow-up") vorgesehen, in dem die staatliche Umsetzung der Empfehlungen geprüft und allenfalls im nächsten Staatenberichtsverfahren aufgegriffen wird, *Connors/Schmidt*, S. 384.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tion und Anwendung der jeweiligen Verträge und diese wird regelmässig von Entscheidungsträgern zitiert oder als Beleg für geltende Menschenrechte herangezogen.[288] Der MRA hält selbst fest, dass seine Vorschläge rechtlich zwar unverbindlich seien, jedoch entscheidende Charakteristika von gerichtlichen Urteilen aufweisen:

> „[T]he views issued by the Committee [...] exhibit some important characteristics of a judicial decision. They are arrived at in a judicial spirit, including the impartiality and independence of Committee members, the considered interpretation of the language of the Covenant, and the determinative character of the decisions.
>
> [...]
>
> [They] represent an authoritative determination by the organ established under the Covenant itself charged with the interpretation of that instrument. These views derive their character, and the importance which attaches to them, from the integral role of the Committee under both the Covenant and the Optional Protocol."[289]

Auch der IGH stützt diese Einschätzung und schreibt der Auslegung der Menschenrechtsverträge durch die UN-Vertragsorgane „great weight" zu.[290] Christine Chinkin stellt die Frage, ob diese Entscheide zu Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut gezählt werden könnten.[291] Sie lässt die Antwort offen, hält jedoch grundsätzlich fest:

> „No account of the sources of human rights law at the global level is complete without taking the work of the treaty bodies into account."[292]

c) Weiteres Soft Law

Für den Begriff „Soft Law" existiert keine allgemein anerkannte Definition. Es handelt sich dabei um einen Sammelbegriff, unter dem verschiedene normative Phänomene zusammengeführt werden, denen eine völkerrechtliche Verbindlichkeit nicht oder nicht eindeutig zugeschrieben werden kann und die im (klassischen) System der Völkerrechtsquellen nicht zweifelsfrei zu verorten sind.[293] Einige Völkerrechtler stellen bei der Begriffsbestimmung auf die Form des jeweiligen Instruments ab und fassen unter Soft Law alle normativen Erscheinungsformen zusammen, die ausserhalb der in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut aufgeführten Formen entstehen.[294] Andere vertreten einen rechtsfolgenorientierten Definitionsansatz und zählen diejenigen Normen zum Soft Law, deren Verletzung

---

[288] *Chinkin*, S. 89 f.

[289] MRA: Allgemeine Bemerkung Nr. 33, CCPR/C/GC/33, 5. November 2008, Abs. 11 und 13.

[290] IGH: Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Urteil (Merits), 30. November 2010, ICJ Rep. 2010, 639, Abs. 66.

[291] *Chinkin*, S. 89.

[292] *Chinkin*, S. 78.

[293] M. w. V. *Giersch*, S. 41.

[294] So etwa *Verdross/Simma*, S. 420.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht unmittelbar zum Gegenstand gerichtlicher Kognition bzw. gerichtlicher Streitbeilegung gemacht werden kann und die keine Folgen nach dem Recht der Staatenverantwortlichkeit auslösen.[295]

Der Begriff „Soft Law" ist insofern irreführend, als er den Eindruck erweckt, Völkerrechtsnormen könnten unterschiedliche Grade von Rechtsverbindlichkeit aufweisen.[296] Dabei gilt Soft Law aber gerade nicht als „Recht" im Sinne der herkömmlichen Quellenlehre des Völkerrechts.[297] Soft-Law-Instrumente können nicht unmittelbar zum Gegenstand eines streitigen Verfahrens vor einem internationalen Gericht gemacht werden, denn diese haben Streitigkeiten „nach dem Völkerrecht"[298] zu entscheiden, sprich: unter Anwendung völkerrechtlich verbindlicher Normen.[299] Dabei gilt:

> „Documents which are not legally binding as such […] cannot directly be made the basis of a court judgement."[300]

Eine grobe Systematik des Soft Law nimmt Carsten Giersch vor, der zwei Teile unterscheidet: einerseits die von internationalen Organisationen verabschiedeten Beschlüsse, die nach der Organisationssatzung die Mitgliedstaaten rechtlich nicht verpflichten können, aber gleichwohl für die Staaten massgebliche Verhaltensweisen formulieren, wie etwa die Resolutionen der UN-Generalversammlung.[301] Andererseits die zwei- oder mehrseitigen Abmachungen zwischen Staaten, die sich trotz ihrer strukturellen Verwandtschaft zu völkerrechtlichen Verträgen nicht als solche einordnen lassen, weil Zweifel am Rechtsbindungswillen der Parteien bestehen, wie etwa gemeinsame Absichtserklärungen, Memoranden oder Aktionspläne.[302]

Im Bereich der Menschenrechte existieren zahlreiche solcher Soft-Law-Instrumente, wie beispielsweise die Resolutionen des UN-Menschenrechtsrates[303],

---

[295] So etwa *Marquier*, S. 28.

[296] Vgl. die bekannte Kritik in *Weil*, Relative, S. 413 ff.; zur Thematik der relativen Normativität im Völkerrecht siehe die vier grundlegenden Aufsätze von Prosper Weil, Ulrich Fastenrath, Jan Klabbers und John Tasioulas, die von Martti Koskenniemi in einem Sammelband herausgegeben wurden, *Koskenniemi*, Sources, S. 123 ff.

[297] *Verdross/Simma*, S. 420; *Giersch*, S. 63 ff.

[298] Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut.

[299] *Giersch*, S. 183 f., 253 ff.

[300] *Bothe*, S. 87; Soft Law-Instrumente können allenfalls dann unmittelbarer Streitgegenstand sein, wenn das internationale Gericht zu einer Entscheidung unter sog. Billigkeitsgesichtspunkten („ex aequo et bono") berechtig ist, vgl. Art. 38 Abs. 2 IGH-Statut.

[301] Wie soeben behandelt in *§ 3 C. II. 5. a) Beschlüsse internationaler Organisationen*.

[302] *Giersch*, S. 11; wobei mit diesen beiden Kategorien ausdrücklich einige Soft Law-Phänomene unberücksichtigt bleiben, vgl. *Giersch*, S. 31 ff.

[303] Z. B. die „Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‚Protect, Respect and Remedy' Framework", HRC Res. 15/31, 21. März 2011.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Richtlinien[304], Codes of Conduct[305], Verhaltensstandards[306] oder die Abschlusserklärungen von internationalen Gipfeltreffen.[307] Es ist bemerkenswert, dass viele dieser Instrumente mit der gleichen Sorgfalt und Detailgenauigkeit verhandelt werden, wie verbindliche Texte und dass Staaten auch in Soft-Law-Instrumenten ihre Vorbehalte festhalten. Denn in der Praxis dürfte der Unterschied der Wirkung zwischen verbindlichen Verträgen und nicht-bindenden Instrumenten nicht gross sein, insbesondere dort, wo die Vertragssprache unpräzise bleibt und man versucht, rechtliche Verpflichtungen möglichst auszuschliessen.[308] So steht beispielsweise in Art. 2 UN-Sozialpakt, dass jeder Vertragsstaat „undertakes to take steps […] by all appropriate means", um die anerkannten Rechte zu realisieren. Solche Wendungen verhindern oder erschweren einen eindeutigen rechtlichen Gehalt.

Die Vorteile von Soft Law sind hingegen, dass sie oft politischen Konsens ermöglichen, Streitfragen auf die internationale Agenda bringen oder Verhaltensrichtlinien hervorbringen können, die dann allenfalls die nötige Praxis für eine gewohnheitsrechtliche Regel generieren könnten.[309] Solche Wechselbezüge zwischen Soft Law und verbindlichen Rechtsnormen können ausserdem zur Herausbildung von Menschenrechtsstandards führen.[310] Diese Instrumente dienen den Menschenrechten damit zwar nicht als formelle, wohl aber als materielle Quelle. Wenn die Legitimität von Menschenrechten in konkreten Fällen untersucht wird, stellen sich die schwierigen Abgrenzungsfragen gerade hier, im Bereich von Sekundärrecht und Soft Law. Oft bleiben die Antworten umstritten, weil sie von den jeweils vorausgesetzten rechtstheoretischen Konzepten abhängen.[311]

D. Fazit

Es gibt weder in rechtswissenschaftlichen noch in philosophischen Kreisen ein allgemein akzeptiertes Einverständnis darüber, wie wir die Menschenrechte zu verstehen haben. Ein wesentlicher Grund dafür liegt in der Uneinigkeit hinsicht-

---

[304] Z. B. „Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law", GA Res. 60/147, 16. Dezember 2005.

[305] Z. B. „Code of Conduct for Law Enforcement Officials", GA Res. 34/169, 17. Dezember 1979.

[306] Z. B. „Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules)", GA Res. 70/175, 17. Dezember 2015.

[307] Z. B. „Vienna Declaration and Programme of Action", die das Ergebnis der Weltkonferenz über Menschenrechte von 1993 in Wien war und daraufhin als Resolution der UN-Generalversammlung verabschiedet wurde, GA Res. 48/121, 14. Februar 1994.

[308] Vgl. *Jennings*, S. 70.

[309] *Chinkin*, S. 92.

[310] Grundlegend zu Menschenrechtsstandards siehe *Riedel*.

[311] Dazu *§ 6 D. I. Die Bedeutung theoretischer Grundannahmen im Völkerrecht*.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lich eines überzeugenden Verständnisses von Moral und dessen Verhältnis zum Recht.[312] Aus rechtspositivistischer Sicht sind Menschenrechte in ihrem umfassenden Sinne als moralische Rechte anzusehen. Sie gelten nur dort als juridische Rechte, wo sie positiviert wurden. Beurteilt man aus dieser Position die Menschenrechte – z. B. die Legitimität ihrer Geltung – dann ist *entweder* die moralische Dimension *oder* die rechtliche Dimension in den Blick zu nehmen. Als Teilklasse moralischer Rechte gelten Menschenrechte grundsätzlich dann, wenn ihre Geltung entsprechend begründet werden kann. Als juridische Rechte leiten Menschenrechte ihre Geltung aus einer formellen Rechtsquelle ab, so wie auch alles übrige juridische Recht. Inwiefern die moralische und die juridische Geltung jeweils legitim sein kann, wird in den nachfolgenden Kapiteln erörtert.

[312] *Gosepath/Lohmann*, S. 9.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Teil

Legitimität von normativen Ordnungen

§ 4 Die Begriffe der Geltung, Gültigkeit und Legitimität

A. Zweckmässigkeit von Definitionen

Eine Definition im Sinne einer wissenschaftlichen Begriffsbestimmung kann nicht auf lexikografischem Wege gefunden werden.[1] Man denke nur an die vielen Bedeutungen, die Begriffen wie „Recht", „Staat", „Organismus" oder „Seele" von verschiedenen Denkern und Völkern zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten zugeschrieben wurden. Der Lexikograf mag ruhig die Vielheit der Bedeutungen würdigen; seine Frage lautet ja auch: „Was *versteht* man unter Recht?" Ein Wissenschaftler versucht hingegen eine Begriffsbestimmung aufzustellen, die für die eigene Disziplin brauchbar ist, selbst wenn sie nicht genau der bisherigen Verwendung entspricht. So muss der Jurist, der Philosoph oder der Soziologe fragen: „Was *sollte* man unter Recht *verstehen*?"[2] oder auch: „Von welchem Begriff des Rechts *wollen* wir ausgehen?"[3] Dies hält Hermann Kantorowicz nachvollziehbar fest:

> „Ein Wörterbuch ist um so nützlicher, je mehr Bedeutungen eines gegebenen Wortes es verzeichnet, sofern diese nur historisch richtig sind, d. h. noch so gebraucht werden oder so gebraucht worden sind. Ein Wissenschaftler hingegen muss seinen Worten immer denselben Sinn beilegen, während es nicht darauf ankommt, ob diese Worte bisher in genau derselben Bedeutung verwendet wurden."[4]

Unechte Definitionen könnte man als „Feststellungen" bezeichnen und echte Definitionen als „Festsetzungen", wie Walter Ott vorschlägt.[5] Unter die unechten Definitionen kategorisiert er einerseits „Behauptungen über einen vorliegenden Sprachgebrauch", also die eben beschriebene Arbeit des Lexikografen, und andererseits „Sacherklärungen", also Aussagen, die nur darin bestehen, einen *bereits hinreichend identifizierten Gegenstand* richtig zu beschreiben.[6] Wenn bspw. ein Physiker sagt: „Geschwindigkeit ist gleich Beschleunigung mal Beschleuni-

---

[1] *Kantorowicz*, S. 20.
[2] *Kantorowicz*, S. 23.
[3] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 158.
[4] *Kantorowicz*, S. 20.
[5] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 143 ff., 153 ff.
[6] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 143, 149.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gungszeit", gibt er damit für „Geschwindigkeit" eine unechte Definition im Sinne einer Sacherklärung ab.[7] Solche Sacherklärungen sind verifizierbar und unterliegen dem Wahrheitskriterium.[8] Sie werden in der klassischen Logik auch als „Realdefinitionen" und von Ott als „Pseudodefinitionen"[9] bezeichnet, denn sie unterscheiden sich prinzipiell nicht von empirischen Urteilen.

Echte Definitionen – oder klassisch: „Nominaldefinitionen"[10] – werden treffend als „begriffliche Festsetzungen"[11] beschrieben. Sie setzen die Bedeutung eines Zeichens oder Wortes fest, indem sie *postulieren*, was man darunter genau zu verstehen habe. Eine Definition hat daher den Charakter eines blossen Vorschlags und bedeutet nur:

> „Ich schlage vor, unter diesem Ausdruck dies und jenes zu verstehen; und wenn Du, lieber Leser, unter diesem selben Ausdruck etwas anderes zu verstehen wünschst, so steht Dir dies frei […]. Der Wert unserer jeweiligen Begriffsbestimmungen muss nach ihrer vergleichsweisen Nützlichkeit beurteilt werden."[12]

Darin stecken u. a. zwei wesentliche Aussagen zu echten Definitionen: Erstens, dass es nicht mehr gilt, einen bestimmten Begriff zu *entdecken*, „sondern einen bestimmten Begriff zu *konzipieren*".[13] Stephan Meyer beschreibt den konstruktiven Charakter von Begriffsdefinitionen anschaulich als „Herausschneiden eines Gegenstandsbereiches aus dem Kontinuum der Wirklichkeit".[14] Zweitens geht es bei solchen begrifflichen Festsetzungen nicht mehr um eine Wahrheitsfrage: Sie

---

[7] Vgl. *Meyer*, S. 59.

[8] Würde der Physiker hingegen „Geschwindigkeit" mit „Beschleunigung mal Wegstrecke" definieren, wäre dies als Sacherklärung bzw. Realdefinition falsch, denn es liegt bereits eine vorausliegende abweichende Identifizierung dessen, worum es sich bei „Geschwindigkeit" handelt, vor. Wollte der Physiker damit jedoch eine neue physikalische Grösse einführen, die „Geschwindigkeit" heissen soll, so läge kein Fehler vor, denn dies wäre dann eine Nominaldefinition, die grundsätzlich nicht wahr oder falsch sein kann, *Meyer*, S. 59.

[9] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 149; die einer Realdefinition notwendig vorausliegende Identifizierung des Definitionsgegenstands könnte man auch als das Wesen des Gegenstands ansehen, das dann mittels der Definition erklärt wird, *Meyer*, S. 12; Begriffe würden dieser Auffassung zufolge eine wesensmässige Wahrheit der Dinge wiedergeben, Realdefinitionen werden so auch als „Wesensdefinition" bezeichnet, *Kantorowicz*, S. 26; die Vorstellung, dass es zwischen einem Begriff und seinem dahinterliegenden Wesen eine Art metaphysische Beziehung gebe, ist erkenntnisphilosophisch überholt. Schon für Kantorowicz wirkte dies wie ein „prähistorischer Glaube an die verbale Magie", m. w. V. *Kantorowicz*, S. 21; er bezeichnete diese Vorstellung als „verbalen Realismus", was für ihn „der falsche Weg" für Begriffsbestimmungen sei, *Kantorowicz*, S. 19 ff.

[10] Auf Deutsch auch als „Namensdefinitionen" bezeichnet, z. B. in der deutschen Übersetzung bei Kantorowicz, *Kantorowicz*, S. 26.

[11] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 154.

[12] *Kantorowicz*, S. 23.

[13] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 159.

[14] *Meyer*, S. 10.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

können nicht richtig oder falsch sein, sondern – als Regelungen des Sprachgebrauchs – nur mehr oder weniger nützlich, oder genauer: nur zweckmässig oder unzweckmässig.[15]

Was Kantorowicz als „blossen Vorschlag“ und Meyer als konstruktives „Herausschneiden eines Gegenstandsbereiches“ beschreibt, ist demnach zwar eine Entscheidung und freie Wahl, geschieht jedoch *nicht völlig willkürlich*, sondern folgt einem spezifischen Erkenntnisinteresse. Die begriffliche Festlegung, die weder wahr noch falsch ist, muss für den Zweck der speziellen Wissenschaft fruchtbar sein. Sie muss vor allem geeignet sein, zu verbinden, was zusammengehört, und zu trennen, was getrennt werden soll.[16] Der Form nach ist eine Definition insofern beschränkt, als sie mit dem jeweiligen Sprachgebrauch und den Regeln über die Neubildung von Wörtern durch Zusammensetzung mindestens vereinbar sein muss.[17] Nach Ott gilt es ausserdem, „von uns als verbindlich akzeptierte Wertungen und gegebene Erfahrungen bei der Begriffsbildung zu berücksichtigen!“[18]

Festzuhalten ist, dass sich eine echte Definition an ihrer Zweckmässigkeit, z. B. in einem bestimmten Wissenschaftsbereich, bemisst, bzw. an verwandten Massstäben wie „Nützlichkeit“[19], „Fruchtbarkeit“[20], „Leistungsfähigkeit“[21], „Handlichkeit“[22] oder „Praktikabilität“[23].

Nachfolgend soll den drei miteinander verwobenen Begriffen der Geltung, Gültigkeit und Legitimität erst in lexikographischer Weise nachgegangen werden, um dann schrittweise zu einer zweckmässigen Begriffsbestimmung zu gelangen, die dem bisherigen Gebrauch nicht entgegenläuft – soweit dieser überlegt vorgenommen wurde – und mit der sinnvolle Differenzierungen möglich sind.

B. Geltung und Gültigkeit

I. Doxastische Geltung und objektive Gültigkeit

Beurteilt man den Status einer Norm wird unter anderem mit den Begriffen der Geltung und der Gültigkeit operiert. Im Englischen wird für beide der Ausdruck „Validity“ verwendet, der seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine

---

[15] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 154; *Hoerster*, Wirksamkeit, S. 585.

[16] *Kantorowicz*, S. 25.

[17] *Kantorowicz*, S. 24.

[18] Erläutert am Beispiel der Definition des Todesbegriffs, *Ott*, Rechtspositivismus, S. 154 ff.

[19] *Kantorowicz*, S. 23.

[20] *Kantorowicz*, S. 25; *Ott*, Rechtspositivismus, S. 159.

[21] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 171.

[22] M. w. V. auf Theodor Geiger *Ott*, Rechtspositivismus, S. 159, 82 ff.

[23] *Seelmann/Demko*, S. 35.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

immer bedeutendere Rolle in der Philosophie und Rechtstheorie erlangte.[24] Insbesondere für Rechtspositivisten stellen diese Konzepte Ecksteine ihrer Theorien dar.[25]

Trotz – oder wegen – ihrer umfassenden Rezeption sind die Begriffe „Geltung" und „Gültigkeit" mehrdeutig und werden heute je nach Theorie unterschiedlich gebraucht.[26] Bis zu ihrer Ausdifferenzierung im 19. Jahrhundert hatten die beiden Begriffe noch den gleichen Sinn.[27] Sie wurden vor allem in der Bedeutung von *doxastischer Geltung* verwendet, d. h. als *Glaube* oder *Meinung*, dass eine bestimmte Aussage wahr sei.[28] So beschreibt der Satz „Peter *gilt* im ganzen Dorf als unzuverlässig", dass eine bestimmte Meinung über Peter vorherrscht, eine Auffassung, die unter den Dorfbewohnern für wahr gehalten wird; ob Peter tatsächlich unzuverlässig ist, kommt nicht zum Ausdruck. Eng damit verbunden ist auch die Bedeutung als *anerkennende Geltung*, womit zum Ausdruck gebracht wird, dass dem jeweils Geltenden Anerkennung, Beachtung, Wertschätzung zukommt.[29]

Im Laufe der Zeit hat sich für den Begriff der Gültigkeit vor allem im philosophischen Kontext die Bedeutung einer *objektiven Gültigkeit* herausentwickelt, bei der es nicht mehr um eine vorherrschende Meinung zu Aussagen geht, sondern um eine *bestimmte Qualität* von Urteilen, Schlüssen, Argumentationen, Beweisen, Propositionen etc. Gefordert wird dabei meist eine gewisse Schlüssigkeit, Zeitlosigkeit oder eine andere angestrebte Eigenschaft. „Gültig" in diesem Sinne ist etwas, wenn es bestimmte Kriterien erfüllt oder wenn es wahr ist. Beispielsweise ist ein Schluss „deduktiv (objektiv) gültig genau dann, wenn bei jeder Interpretation, bei der die Prämissen wahr sind, auch die Konklusion wahr ist."[30] Max Scheler bringt die Trennung von doxastischer Geltung und objektiver Gültigkeit so zum Ausdruck:

> „[Es] liegt in der Natur des ‚Allgemeingültigen', dass es […] auf ein ideal Gesolltes zurückgeht; wogegen das allgemein Geltende nur eine jeweilig das allgemeine *Urteil* faktisch beherrschende Meinung über jenes ideal Gesollte einschliesst."[31]

---

[24] Zur Bedeutung von „Validity" eingehend *Grabowski*, S. 217 ff.; zu den Übersetzungsschwierigkeiten in verschiedene Sprachen siehe *Grabowski*, S. 267 ff.; zur Übersetzung ins Deutsche siehe auch *Mackor*, S. 126; zur historischen Entwicklung des Konzepts von „Validity" in der Philosophie und Rechtstheorie siehe *Von der Pfordten*, Validity, S. 8 ff.; siehe dazu auch m. w. V. *Kirste*, S. 55 ff.

[25] M. w. V. *Von der Pfordten*, Validity, S. 8.

[26] Für eine differenzierte Übersicht über die Bedeutungsmöglichkeiten siehe *Lumer*, S. 450 ff.

[27] *J. Grimm/Grimm*, Wörterbuch 1897, 4. Bd., 1. Abt., 2. Teil, Spalte 3066–3096; *J. Grimm/Grimm*, Wörterbuch 1935, 4. Bd. 1. Abt. 6. Teil, Spalte 1084–1092.

[28] *Lumer*, S. 451.

[29] *Lumer*, S. 450.

[30] *Lumer*, S. 452; ein weiteres Beispiel: „Eine Erklärung ist objektiv gültig nur dann, wenn das Explanans das Explanandum logisch impliziert.", *Lumer*, S. 452.

[31] *Scheler*, S. 286 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Im Deutschen haben sich mit „Geltung“ und „Gültigkeit“ *zwei* Begriffe herausgebildet, die je eine Differenzierung erfahren konnten. Demgegenüber steht im Englischen mit „Validity“ nur *ein* Begriff zur Verfügung, der zwangsläufig unschärfer bleiben muss. Für Norbert Hoerster wurden aber auch die beiden deutschen Begriffe bislang nicht eindeutig voneinander abgegrenzt, weshalb er fordert, „[…] ‚Geltung‘ und ‚Gültigkeit‘ nicht mehr, wie es allgemein geschieht, als gleichbedeutend und damit austauschbar zu verwenden“.[32] Zweckmässige Definitionen von so vielgenutzten Begriffen sind in den engeren Kontexten ihrer spezifischen Verwendung vorzunehmen. Vorliegend stehen die Geltung und die Gültigkeit von *Normen* im Zentrum, weshalb die Begriffe nachfolgend im normativen Kontext konkreter gefasst werden.

Für den Begriff „Validity“ empfiehlt Dietmar von der Pfordten jedoch, sich gleich von einem festen Konzept zu lösen.[33] Zu vage und unbestimmt sei der Begriff, disziplinär zu undifferenziert für die meisten wissenschaftlichen Auseinandersetzungen. „Validity“ sei daher nur als ein summarisches Konzept zu verstehen, das verschiedene konkrete normative Funktionen zusammenfasse, wie Verpflichtung, Erlaubnis, Autorisierung etc.[34] Eine wissenschaftliche Bestimmung des Begriffs könne nur ganz allgemein gelten.[35]

II. Geltungstheorien zu Normen

Innerhalb des Bereichs der normativen Ordnungen kann „Geltung“ als „spezifische Existenz“ einer Norm beschrieben werden, als „die besondere Art“, in der eine Norm „gegeben ist“.[36] Ein Sollen *gilt*, im Gegensatz zu einem blossen Sein, das *existiert*; oder konkreter: Normen und Werte „gelten“, während Tatsachen „existieren“.[37] Heinrich Henkel:

> „Die Norm bietet in dieser Hinsicht den Aspekt eines *geistigen Gebildes*, dem eine *besondere Seinsform* eigen ist, die des *Geltens*.“[38]

---

[32] *Hoerster*, Wirksamkeit, S. 585 f.

[33] *Von der Pfordten*, Validity, S. 11.

[34] *Von der Pfordten*, Validity, S. 12.

[35] M. w. V. auf die vielfältige und vage Verwendung des Begriffs „Validity“, *Von der Pfordten*, Validity, S. 10.

[36] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 9 f.; *Kelsen*, Geltungsgrund, S. 1160; statt Vieler auch *Potacs*, S. 53; *Mahlmann*, Rechtsphilosophie, S. 298; zur Unterscheidung von semantischem und geltungstheoretischem Normbegriff siehe *Alexy*, Theorie, S. 47 ff.

[37] *Rickert*, S. 122; jedoch ist Stephen Munzer, der in seinem Werk „Legal Validity“ (1972) das Geltungskonzept von Hans Kelsen wie auch das von H. L. A. Hart eingehend analysiert hat, zum Schluss gekommen, dass die (juridische) Geltung einer Norm unterschieden werden muss von ihrer Existenz, *Munzer*, S. 3, 23, 37, 39 f., 41, 44 ff.

[38] *Henkel*, S. 70.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Was nun konkret unter einer geltenden Norm verstanden wird, hängt vor allem von der theoretischen Perspektive ab. So wird klassischerweise zwischen soziologischen, juristischen und ethischen *Geltungstheorien* unterschieden.[39]

Eine Geltungstheorie gibt Kriterien dafür an, wann eine Norm gilt. Die formale Struktur der verschiedenen Geltungstheorien kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden: „Wenn auf eine Norm N die Kriterien K_1, …, K_n zutreffen, dann gilt N.“[40] Je nach Art der Geltungstheorie werden unterschiedliche Arten von Kriterien festgelegt. In einer soziologischen Geltungstheorie etwa, könnten soziale Fakten, wie die regelmässige Befolgung der Norm, verbunden mit dem Gefühl der Bindung, angeführt werden.[41] Eine juristische Geltungstheorie könnte etwa eine Normsetzung durch eine Autorität vorsehen, die hierzu durch eine Norm höherer Stufe ermächtigt wurde.[42] Eine ethische Geltungstheorie wiederum, könnte moralische Gründe, wie ein „natürliches Gesetz“[43], als Geltungskriterium vorsehen.

Aussagen zur Geltung sind somit relativ zu einem jeweiligen Bedeutungssystem und ihm immanent. Das heisst, dass eine Norm nicht generell und absolut als geltend bezeichnet werden kann, sondern immer nur in Bezug zu bestimmten Bedeutungskriterien.[44] Eine Norm kann somit bspw. moralisch Geltung erlangen, weil sie die Geltungskriterien einer Moraltheorie erfüllt, gleichzeitig jedoch keine juristische Geltung haben, weil sie den Geltungskriterien einer Rechtstheorie nicht entspricht. In einem formallogischen Sinn bezeichnet Eugen Bucher „Geltung“ als „Integriert-sein in einen grösseren Normzusammenhang“: eine „Geltung an sich“ könne es nicht geben, nur eine „Geltung im Rahmen einer bestimmten Ordnung“.[45] Das charakteristische Sein als Moralnorm, also die moralische Geltung, kann dabei eine ganz andere Ausprägung haben, als etwa die juristische Geltung, d. h. eine Norm gilt bzw. existiert als Moral auf andere Weise als dieselbe Norm als Recht.[46]

---

[39] *R. Dreier*, Recht, S. 194 ff.; m. w. V. *Hofmann*, S. 32 f.; *Meyer*, S. 19 ff.; *Mahlmann*, Rechtsphilosophie, S. 302.

[40] *Alexy*, Theorie, S. 49; die normative Geltung kann so durch einen *Deduktionsschluss* festgestellt werden: die normativen Geltungskriterien als Obersatz (z. B. Was das Parlament anordnet, soll man tun) und ein Tatsachenurteil als Untersatz (z. B. Das Parlament ordnet an, X zu tun) führen so zu einer normativen Schlussfolgerung (Man soll X tun), siehe *Ott/Mathis*, Würdigung, S. 204 f.

[41] Vgl. *Ross*, S. 82 ff.; vgl. auch *Henkel*, S. 64 f., der die soziologische Geltung auch als „tatsächliche“, „faktische“ oder „empirische“ Geltung bezeichnet.

[42] Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 200.

[43] Vgl. *Kant*, MS AA VI, S. 224.

[44] *Kirste*, S. 58.

[45] *Bucher*, S. 54.

[46] Vgl. *Henkel*, S. 70 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Weil die Geltungskriterien je nach Geltungstheorie *materiell* sehr unterschiedlich sein können, wurde hier schon von einem „regelrechten Begriffszoo“[47] gesprochen. Neben den Unterschieden sind aber auch einige Gemeinsamkeiten auszumachen; hier nur illustrativ und ganz kursorisch:

Aus soziologischer Perspektive finden sich bei Max Weber – und ähnlich auch bei Jürgen Habermas – Definitionen von Normgeltung, bei denen es um eine Normbefolgung aufgrund weitgehender Akzeptanz der Norm geht.[48] Akzeptiert bzw. anerkannt werden dabei vor allem die Existenz und die Verbindlichkeit einer Norm. Normative Existenz und Verbindlichkeit sind auch aus rechtstheoretischer Sicht zentral. Der Positivist Hans Kelsen etwa hält fest: „Dass eine […] Norm ‚gilt‘, bedeutet, dass sie verbindlich ist, dass sich der Mensch in der von der Norm bestimmten Weise verhalten soll.“[49] Die Ethikerin Anne Ruth Mackor ist auf einem ähnlichen Pfad: Für sie hat eine Norm dann Geltung, wenn sie eine deontische Konsequenz generiert, d. h. etwas gebietet, verbietet, erlaubt etc.[50] Deontische Konsequenzen seien jedoch nicht mit faktischen Konsequenzen gleichzusetzen. Bei Geltung gehe es vielmehr um „rules in words“ bzw. um „rules in books“ und nicht um „rules in action“, d. h. nicht um eine tatsächliche Praxis.[51] Deshalb sei Geltung auch nicht das gleiche wie Wirksamkeit.[52] Insgesamt lässt sich festhalten, dass der dominierende Wortgebrauch von „Geltung“ in Bezug auf Normen zumindest in der Nähe von demjenigen in der dargestellten Bedeutung von *anerkennender Geltung* angesiedelt ist.[53]

III. Gültigkeit von Normen

Beim Wortgebrauch der Normgültigkeit herrscht dagegen etwas mehr Einigkeit. In den meisten Theorien kommt „Gültigkeit“ der dargestellten Bedeutung

---

[47] *Meyer*, S. 19.

[48] *Weber*, Wirtschaft, S. 16; *Habermas*, Theorie, S. 133; man kann beide als „Konsenstheorien der sozialen Normgeltung“ bezeichnen.

[49] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 196.

[50] Vgl. *Mackor*, S. 129 f.

[51] *Mackor*, S. 130.

[52] *Mackor*, S. 130 f.; so auch *Munzer*, S. 37 ff.; auch für Kelsen gilt bekanntlich: „Wirksamkeit ist eine Bedingung der Geltung, aber ist nicht diese Geltung selbst.“, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 220; vgl. dazu auch *Kelsen*, Geltungsgrund, S. 1161; zur Abgrenzung von Wirksamkeit und Geltung in Kelsens Rechtstheorie siehe *§ 6 C. II. Die Grundnorm bei Hans Kelsen*; neben Kelsen verstand auch Hart unter der Geltung einer Norm nicht die faktische, sondern die normative Geltung, also die Soll-Geltung, siehe *Eckmann*, S. 125; m. w. V. *Hofmann*, S. 32 f., Fn. 82 und *Henkel*, S. 64 f.; Henkel versucht in Bezug auf Rechtsnormen Ordnung unter die verschiedenen „Geltungsdimensionen“ zu bringen, indem er die Verhältnisse zwischen der tatsächlichen, der rechtlichen, der verfassungsmässigen, der existentiellen und der normativen Geltung erörtert, *Henkel*, S. 63 ff.

[53] *Lumer*, S. 451.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

von *objektiver Gültigkeit* nahe.[54] Allgemein und formal kann gesagt werden, dass eine Norm gültig ist, wenn sie mit den je spezifischen Geltungskriterien des jeweiligen Normsystems übereinstimmt.[55]

Worin unterscheidet sich nun die Verwendung der Begriffe „Geltung" und „Gültigkeit" in Bezug auf Normen? Mit „Geltung" wird die besondere Art bezeichnet, in der eine Norm gegeben ist, oder konkreter: die Art und Weise, in der ein Sollen gefordert wird, die Natur der Verbindlichkeit einer Norm.[56] „Gültigkeit" bezeichnet hingegen die Tatsache, dass alle Kriterien, die eine Geltungstheorie aufstellt, erfüllt sind. Redet man von einer gültigen Norm, will man sagen, dass eine Norm *innerhalb ihres Geltungsrahmens* gerechtfertigt ist. Ob der Geltungsrahmen an sich gerechtfertigt ist, kommt dabei nicht zum Ausdruck.[57] Mit anderen Worten, aber in diesem Sinne, formuliert es auch Joel Feinberg:

> „‚Validity' [hier im Sinne von Gültigkeit], as I understand it, is justification of a peculiar and narrow kind, namely justification within a system of rules."[58]

Geht man beispielsweise von einem Rechtssystem aus, so ist gemäss dem Rechtspositivismus eine Norm *juristisch* gültig – und damit in ihrer Geltung als Rechtsnorm gerechtfertigt –, sofern sie den in höheren Normen enthaltenen Kriterien über die Geltung niedrigerer Normen entspricht, bzw. sofern sie schlicht ordnungsgemäss gesetzt ist.[59] Nichtpositivisten verlangen als ein weiteres Kriterium der Gültigkeit die moralische Richtigkeit der Norm.[60]

In einem System mit moralischen Normen wird eher selten in dieser Klarheit von gültigen Normen gesprochen, weil es über alle Moraltheorien hinweg kaum vergleichbar klare formale Kriterien gibt. Im Zusammenhang mit einer *spezifischen* Moraltheorie ist das jedoch durchaus möglich, so z. B. bei der Rede von einer „gültigen Norm gemäss dem Utilitarismus". Ansonsten wird im moralischen Kontext objektive Gültigkeit häufig mit einer absoluten Moral bzw. einer absoluten Geltung der Moral in Verbindung gebracht, was so nicht immer beabsichtigt ist.

Die Gültigkeit einer Norm stellt einen Teilgehalt der normativen Legitimität dar. Dies wird in *§ 4 D. I. Legitime Normen und gültige Normen* ausgeführt.

---

[54] *Lumer*, S. 452; siehe *§ 4 B. I. Doxastische Geltung und objektive Gültigkeit.*

[55] *Kirste*, S. 58.

[56] Vgl. in Bezug auf die juristische Geltung *Meyer*, S. 38 ff.

[57] Siehe dazu *§ 4 D. I. Legitime Normen und gültige Normen*.

[58] *Feinberg*, Nature, S. 255.

[59] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 22; *Hofmann*, S. 32; siehe *§ 6 A. II. Der positivistische Rechtsbegriff.*

[60] *Alexy*, Begriff, S. 17.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

C. Legitimität

Im allgemeinen Sprachgebrauch ist etwas legitim, wenn es berechtigt, begründet, gerechtfertigt, vertretbar, rechtmässig oder allgemein anerkannt ist.[61] Als wissenschaftlicher Terminus wird „Legitimität" primär im Zusammenhang mit Herrschaftsverhältnissen oder normgeleiteten sozialen Ordnungen verwendet. Legitime Herrschaft wird als rechtmässige Herrschaft angesehen und legitime Normen gelten als verbindliche Normen, wobei es um eine erklärbare und begründete Verbindlichkeit für die Betroffenen geht.[62] Legitimität ist demnach eine Qualität sozialer Strukturen.[63] Unter dieser Qualität versteht man heute – je nach theoretischer Perspektive – entweder die *Anerkennungswürdigkeit* dieser Strukturen oder aber deren *tatsächliche Anerkennung*.

„Legitimation" bezeichnet hingegen den Prozess, in dem Legitimität hervorgebracht wird.[64]

I. Zwei Forschungstraditionen

Historisch gesehen ist die inhaltliche Ausgestaltung der Legitimitätsidee einem ständigen Wandel unterworfen. Der Begriff wurde Jahrhunderte hindurch mit teilweise sehr heterogenen politischen Ideen in Verbindung gebracht.[65] Legitimität gilt in diesem Sinne als „essentially contested concept": als wesensmässig umstrittener Begriff.[66] Eine verdienstvolle Aufarbeitung der über zweitausendjährigen Begriffsgeschichte von Legitimität hat Thomas Würtenberger junior in „Die Legitimität staatlicher Herrschaft" (1973) vorgenommen.[67]

In der römischen Jurisprudenz verwendete man „legitimus" allgemein für etwas, das im Einklang mit der öffentlichen Rechtsordnung stand.[68] Seit dem Mittelalter wurde der Begriff vermehrt im Zusammenhang mit Regentschaft, Amtsgewalt und Machtanspruch gebraucht. Man fragte etwa nach der „legitima principis

---

[61] Vgl. *Hofmann*, S. 11; *Graf Kielmansegg*, S. 367; *Hinsch*, S. 704; *Zippelius*, S. 95; *Herbst*, Bedeutung, S. 251.

[62] Vgl. *Hinsch*, S. 705 und *Forst*, Normativität, S. 189.

[63] Vgl. *Graf Kielmansegg*, S. 368.

[64] *Wiesner/Harfst*, S. 12; zur Unterscheidung von Legitimation und Legitimität siehe *Barker*, S. 22 ff.

[65] *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 73 ff., 162, 300 f.

[66] Siehe dazu *Gallie*, S. 167 ff. sowie *Wiesner/Harfst*, S. 11 ff.

[67] Siehe ferner auch die Beiträge im Sammelband „L'idée de légitimité" (1967) über Jean Bodin, Edmund Burke, Benjamin Constant und Guglielmo Ferrero, *Bastid/Paulin/d'Entrèves*.

[68] Spezifischer und technischer war die Bedeutung als juristischer Begriff v. a. im römischen Zivilrecht, wie z. B. in „tempus legitimum", womit u. a. auf die Trauerzeit, die Ersitzungsfrist, die Prozessverjährung und die Zahlungsfrist Bezug genommen wurde, *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 33 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auctoritas“, der „legitima potestas“ oder dem „legitimus princeps“.[69] Während man dies bis dahin vor allem mit Gottesgnadentum verband, traten in der frühen Neuzeit auch Naturrechtsgedanken und die Gemeinwohlidee hinzu.[70] Seit Ende des 16. Jahrhunderts und mit dem Aufkommen neuzeitlicher souveräner Staaten, schlug der Begriff „légitime“ in Frankreich seine Wurzeln.[71] In der deutschen staatstheoretischen Literatur fand sich hingegen bis Ende des 18. Jahrhunderts kaum eine kritische Reflexion zur Rechtmässigkeit der Staatsgewalt, weshalb dort auch der Legitimitätsbegriff weitgehend fehlte.[72] Eine eigentliche deutsche Rezeption des Begriffs aus dem französischen Sprachraum fand erst mit und nach dem Wiener Kongress 1814/15 statt.[73] Nach den Revolutionen in Amerika und Frankreich, mit dem Entstehen moderner Staatsverfassungen im 19. Jahrhundert, spätestens aber im Nachgang der Novemberrevolution von 1918 verlor das erbmonarchische Prinzip seine Stellung als legitimatorisches Argument.[74] Ins Zentrum rückten stattdessen nicht nur Ideen wie Demokratie und Grundrechte, sondern auch rechtstheoretische Fragen, wie die, ob aus einer Revolution Recht hervorgehen könne oder wie revolutionäre Gewalt zu einer neuen Legitimität gelangen könne.[75] Die Überlegungen zum Verhältnis zwischen Legitimität und Legalität waren zunehmend auch von positivistischen Staats- und Rechtslehren geprägt.[76]

Ein grundsätzlicher Wandel in der Erforschung des Legitimitätsphänomens setzte im 20. Jahrhunderts ein, als begonnen wurde, Rechts- und Herrschaftsverhältnisse von einem *soziologischen und politologischen Standpunkt* aus zu fassen.[77]

---

[69] M. w. V. u. a. auf Wilhelm von Ockham, Franciscus Suarez und Franciscus de Vitoria siehe *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 41 ff., 46 ff., 51 ff., 60 ff.

[70] M. w. V. u. a. auf Fernando Vasquez und später auch auf Samuel A. Pufendorf und Christian Wolff siehe *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 60 ff., 66 ff., 70 ff.

[71] M. w. V. u. a. auf Jean Bodin und Jean-Jacques Rousseau siehe *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 73 ff., 76 ff., 101 ff.

[72] Zur Erklärung dieses Umstandes siehe *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 163 ff.

[73] M. w. V. u. a. auf Charles Maurice de Talleyrand, Wilhelm Friedrich Hegel und Johann Caspar Bluntschli siehe *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 115 ff., 123 ff., 169 ff., 176 ff., 211 ff.

[74] Zur legitimatorischen Bedeutung von Staatsverfassungen und zur Rolle der Amerikanischen Revolution und der Französischen Revolution siehe *Herbst*, Legitimation, S. 28 ff., 38 ff., 53 ff.

[75] *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 253 ff.

[76] So kann etwa auch der bekannte Versuch Carl Schmitts in den 1920/30er Jahren verstanden werden: „Die Legitimitätsauffassung Carl Schmitts ähnelt […] stark der Legitimitätskonzeption der positivistischen Staatslehre, die es ablehnte, die Verfassung an einer ethischen oder juristischen Norm zu messen. Die Verfassung findet bei Carl Schmitt allein ihren Sinn und ihre Rechtfertigung in der politischen Entscheidung des Volkes.“, *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 271; zu Carl Schmitts Verfassungsverständnis und Legitimitätskonzept siehe *Herbst*, Legitimation, S. 80 ff.

[77] Die theoretische Basis dazu wurde zu wesentlichen Teilen von Max Weber gelegt, *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 277; vgl. *§ 6 B. Empirische Legitimität kraft positiver Satzung (nach Max Weber)*.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Während Legitimität als normativer Leitbegriff schon seit der Antike verwendet wurde, stieg seit den 1950er Jahren die Zahl jener Analysen, die sich um die Konzeptualisierung, Operationalisierung und empirische Messbarkeit von Legitimität bemühen.[78] Ausgehend von Ansätzen aus den USA entwickelten sich die empirisch-analytischen Konzepte bis in die 1970er Jahre zum vorherrschenden Zugang zu Legitimitätsfragen.[79] Dies wird seither jedoch auch kritisiert als eine konzeptionelle Verengung des Legitimitätsbegriffs.[80] So wurde in den 1990er Jahren etwa der Versuch unternommen, den empirisch verstandenen Begriff mit normativen Elementen fruchtbar zu verbinden.[81] Die jüngere sozialwissenschaftliche Legitimitätsforschung beschäftigt sich mit verschiedenen analytischen Instrumenten und Kategorien, wie etwa die der Input- und Output-Legitimität.[82] Aus Sicht von Soziologie und Politikwissenschaft besteht bis heute Klärungsbedarf zur Frage,

> „[…] welches die passenden und tragfähigen Kriterien der Messung und Wertung von Legitimität sind und inwieweit normative Wertungen dabei eine Rolle zu spielen haben […].“[83]

Heute unterscheidet man bei der Verwendung des Begriffs „Legitimität“ grundsätzlich zwischen seinem *empirisch-deskriptiven* Sinn und seinem *normativ-ethischen* Sinn: für das begriffliche Verständnis ist dies wesentlich geworden.[84] So wird in den empirischen Sozialwissenschaften Legitimität weitgehend als faktische Anerkennung von Herrschaftsordnung seitens der Herrschaftsunterworfenen als rechtmässig und verbindlich verstanden; im Zentrum steht also die *Legitimitätsüberzeugung*.[85] In der politischen Philosophie geht es hingegen um die Rechtmässigkeit einer Herrschaftsordnung im Sinne ihrer durch allgemein verbindliche Prinzipien begründeten Anerkennungswürdigkeit; im Zentrum steht hier der *Legitimitätsanspruch*.[86]

---

[78] *Haldenwang*, S. 58.

[79] M. w. V. u. a. auf Seymour M. Lipset und David Easton, *Wiesner/Harfst*, S. 15 ff.

[80] M. w. V. u. a. auf John H. Schaar und William E. Connolly, *Wiesner/Harfst*, S. 17 ff.

[81] M. w. V. auf David Beetham, *Wiesner/Harfst*, S. 20 f.; siehe auch *§ 4 C. VI. Integration der Forschungstraditionen?*

[82] Vgl. m. w. V. *Braun/Schmitt*, S. 59, 63; Vivien Schmidt erweitert diese beiden Kategorien um die der Throughput-Legitimität, *V. A. Schmidt*, S. 2 ff.; ein Überblick über den Forschungsstand zur empirischen Analyse von Legitimität findet sich in *Haldenwang*, S. 57 ff.

[83] *Wiesner/Harfst*, S. 24.

[84] *Hinsch*, S. 705; vgl. *Barker*, S. 8 ff.; *Zippelius*, S. 94 ff.; verbreitet ist bei dieser Unterscheidung auch die Rede von einem „empirisch-*analytischen*“ und einem „normativ-*theoretischen*“ Sinn, vgl. etwa *Braun/Schmitt*, S. 54 und *Wiesner/Harfst*, S. 14; durchaus üblich ist es, hier einfach von einem „empirischen“ und einem „normativen“ Sinn zu reden, vgl. *Haldenwang*, S. 58.

[85] *M. G. Schmidt*, S. 462 f.; Max Weber spricht von „Legitimitätsglaube“, *Weber*, Wirtschaft, S. 16.

[86] *Braun/Schmitt*, S. 53.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die unterschiedlichen Legitimitätskonzepte dienen verschiedenen Aufgaben: in den Sozialwissenschaften einerseits bei der *Erklärung* gesellschaftlicher Ordnungsstrukturen, in der politischen Philosophie andererseits bei der *Rechtfertigung* dieser Strukturen.[87]

II. Legitimität im empirisch-deskriptiven Sinn

Das empirische Legitimitätsverständnis geht auf Max Weber zurück und ist bis heute von ihm geprägt.[88] Gemäss Weber ist eine Norm dann legitim, wenn sie *de facto* von denjenigen als verbindlich anerkannt wird, die sie befolgen sollen, oder zumindest von einer Mehrheit dieser Gruppe.[89] Würde eine Norm aber nur deshalb als verbindlich anerkannt, weil sie Sanktionen androht oder weil sie einer „dumpfen Gewohnheit"[90] entspricht, läge nach Weber eine relativ labile Norm- oder Herrschaftsordnung vor.[91] Vielmehr zähle deshalb die Überzeugung der Beherrschten von der Rechtmässigkeit bzw. Richtigkeit der Herrschaftsordnung, d.h. der *Legitimitätsglaube*.[92] Aus dieser soziologischen Perspektive wird somit nicht gefragt, wann Herrschaft (normativ) legitim ist, sondern *wann sie nachweislich dafür gehalten wird*.[93] Eine Norm werde durch eine solche Anerkennung zu einem akzeptierten Standard oder Massstab des eigenen Handelns und die Befolgung der Norm wird zu einer Art „Pflicht"[94], deren Nichterfüllung als ein Grund für Kritik betrachtet wird.[95]

Eine soziale Ordnung gilt also dann als legitim im empirischen Sinne, wenn sie von den Beteiligten freiwillige Unterstützung findet, d.h. wenn Personen glauben, dass diese Normen ihr Verhalten leiten sollten – und zwar ungeachtet

---

[87] *Hinsch*, S. 705.

[88] *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 277 ff.; mit Verweisen auf andere Versuche empirischer Legitimitätskonzeptionen sowie mit kritischer Beurteilung der Weber'schen Konzeption siehe *Graf Kielmansegg*, S. 374 ff.; bekannte Kritiker gegenüber dem Legitimitätsverständnis von Max Weber sind ausserdem Niklas Luhmann und David Beetham, vgl. *Luhmann*, Verfahren, S. 31 und *Beetham*, S. 11 ff.

[89] *Weber*, Wirtschaft, S. 16.

[90] *Weber*, Typen, S. 475.

[91] In diesem Sinne hält auch Heinrich Henkel „den oft ausgesprochenen Satz" fest, „dass Macht als ‚factum brutum' zwar unter gegebenen Umständen die Wirkung des Zwanges, der Willensunterwerfung, auszuüben, nicht aber dem Betroffenen eine echte Verbindlichkeit, ein ihn verpflichtendes Sollen, aufzuerlegen vermag.", *Henkel*, S. 76; Thomas Würtenberger jun. hält fest, dass ein Mensch in psychische Konflikte geraten müsse, wenn er den Anforderungen eines Normsystems genügen muss, ohne von deren Rechtmässigkeit überzeugt zu sein, *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 15.

[92] *Weber*, Wirtschaft, S. 16; vgl. dazu *Westle*, S. 23.

[93] *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 55.

[94] *Weber*, Wirtschaft, S. 16, wo in diesem Zusammenhang die Rede von einem „wertrationalen Pflichtgefühl" ist.

[95] Vgl. *Hinsch*, S. 706.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

externer Sanktionen.[96] Laut Weber kann kein politisches Regime und keine Gesellschaft ohne ein hohes Mass an unerzwungenem Regelgehorsam bestehen.[97] Es geht hier also um einen „tatsächlichen Motivationsmechanismus: um das […] tatsächliche Akzeptieren einer Rechts- und Staatsordnung".[98]

Inhaltlich unterscheidet Max Weber vier Arten der Normgeltung, die je aufgrund nachvollziehbarer Gründe Legitimitätsglauben erzeugen könnten: die Geltung „kraft Tradition" (Geltung des immer Gewesenen), „kraft affektuellen Glaubens" (Geltung des neu Offenbarten oder des Vorbildlichen), „kraft wertrationalen Glaubens" (Geltung des als absolut gültig Erschlossenen), „kraft positiver Satzung" (an deren Legalität geglaubt wird).[99] Mit der letzten und für Weber wichtigsten Geltungsart von legitimen Normen seien notwendigerweise Herrschaft und Fügsamkeit verbunden. Die entscheidende Frage zur Legitimität von Normen verschiebt sich bei ihm daher auf die Frage zur Legitimität der Herrschaft bzw. zur Legitimität der zur Normsetzung Berufenen.[100]

Auch andere Soziologen und Politikwissenschaftler gehen in der Folge Webers von der Kategorie des *Legitimationsglaubens* aus, wenn auch mit anderen Schwerpunkten.[101] Robert Dahl definiert Legitimität als

> „[…] Glauben an die Richtigkeit einer Entscheidung oder eines Entscheidungsprozesses."[102]

Seymour M. Lipset sieht Legitimität als eine Art Stabilitätsressource für politische Systeme. Ein solches System sei – unabhängig vom Typus des Regimes – legitim, wenn es fähig ist,

> „[…] to engender and maintain *the belief* that existing political institutions are the most appropriate or proper ones for the society."[103]

> „Legitimacy in and of [a political system], may be associated with many forms of political organization, including oppressive ones."[104]

Niklas Luhmann beschreibt das *vorherrschende Verständnis* von empirisch-deskriptiver Legitimität als

---

96 *Hinsch*, S. 706.

97 *Weber*, Wirtschaft, S. 610 ff.

98 *Zippelius*, S. 95.

99 *Weber*, Wirtschaft, S. 19.

100 Weber unterscheidet drei Idealtypen *legitimer Herrschaft*, die analog zu den Geltungsgründen *legitimer Ordnungen* gebildet wurden: rationale, traditionale und charismatische Herrschaft, vgl. *Weber*, Typen, S. 474 ff.; *Weber*, Wirtschaft, S. 19; ausführlicher dazu *§ 6 B. Empirische Legitimität kraft positiver Satzung (nach Max Weber)*.

101 Vgl. *Hinsch*, S. 705 ff.; *M. G. Schmidt*, S. 462 f.

102 *Dahl*, S. 47.

103 *Lipset*, S. 86, Hervorhebung hinzugefügt.

104 *Lipset*, S. 87.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[…] die rein faktisch verbreitete Überzeugung von der Gültigkeit des Rechts, von der Verbindlichkeit bestimmter Normen oder Entscheidungen oder von dem Wert der Prinzipien, an denen sie sich rechtfertigen.“[105]

Er selbst setzt sich in einigen Punkten jedoch kritisch von der von Weber geprägten Konzeption ab. So wirft er u. a. die Frage auf, ob sich der Weber'sche Legitimitätsbegriff auf die fortgeschrittenen industriell-kapitalistischen Gesellschaften anwenden liesse.[106] Ausserdem gelinge es Weber nicht, bei seinem legalen Herrschaftstypus zu erklären, wie der Glaube an die Legalität gesetzter Ordnungen Legitimität erzeugen könne.[107] In seiner eigenen Konzeption „Legitimation als Verfahren“ (1969) definiert Luhmann Legitimität etwas abstrakter, und zwar als

„[…] die generalisierte Bereitschaft, inhaltlich noch unbestimmte Entscheidungen innerhalb gewisser Toleranzgrenzen hinzunehmen.“[108]

Inhaltlich betont Luhmann vor allem die legitimierende Funktion von Entscheidungsverfahren, die aufgrund sich erneuernder Gesellschaftsstrukturen notwendig seien:

„Verfahren finden eine Art generelle Anerkennung, die unabhängig ist vom Befriedigungswert der einzelnen Entscheidung, und diese Anerkennung zieht die Hinnahme und Beachtung verbindlicher Entscheidungen nach sich.“[109]

Mittels seiner systemtheoretischen Konzeption erklärt er, dass politische Herrschaft nur über das politische System selbst legitimiert werden könne.[110]

III. Legitimität im normativ-ethischen Sinn

Das normative Legitimitätsverständnis zielt nicht auf die tatsächliche Anerkennung von Normen, sondern vielmehr auf ihre Anerkennungs*würdigkeit.*[111] Eine Herrschaftsordnung ist dann normativ legitim, wenn es *gute Gründe* gibt, sie anzuerkennen.[112] Bezeichnet jemand Normen in diesem Sinne als legitim, hält er ihre Geltung für gut und richtig, weil sie aus seiner Sicht objektiven Legitimitätskriterien – oder konkreter: „allgemeinverbindlichen Prinzipien“[113] – genügen, die typischerweise in Erfordernissen der Gerechtigkeit oder der praktischen Ratio-

---

105 *Luhmann*, Verfahren, S. 27.
106 *Braun/Schmitt*, S. 55.
107 *Luhmann*, Verfahren, S. 31.
108 *Luhmann*, Verfahren, S. 28.
109 *Luhmann*, Verfahren, S. 30 f.
110 *Luhmann*, Verfahren, S. 37.
111 Reinhold Zippelius spricht auch von „Billigungswürdigkeit“, *Zippelius*, S. 97.
112 *Höffe*, Demokratie, S. 47.
113 So etwa bei *Würtenberger, jun.*, Legalität, S. 874 und m. w. V. *Hofmann*, S. 11.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nalität bestehen.[114] Objektivität und Allgemeinverbindlichkeit meinen hier aber nicht, dass bestimmte Kriterien bzw. Prinzipien für die Legitimität alternativlos richtig oder wahr wären. So liegt im Gegenteil die Verschiedenheit zwischen normativen Legitimitätskonzepten gerade darin, mit welchen Kriterien der Legitimität sie argumentieren. Als „objektiv" sind diese Kriterien hier deshalb nur in einem schwachen Sinne zu verstehen, um zu verdeutlichen, dass sie sich nicht bloss auf subjektive Überzeugungen von Personen beziehen, sondern vielmehr bestimmte Sachkriterien der Legitimität unterstellen, deren Erfüllung unabhängig davon ist, ob wir oder andere sie für erfüllt halten.[115] Anschaulich bei Wilfried Hinsch:

> „Eine Regel kann […] im normativen Sinne legitim sein, obwohl sie mehrheitlich für illegitim gehalten wird und umgekehrt."[116]

Grundsätzlich kommen alle möglichen Legitimitätskriterien oder -prinzipien in Betracht, um die Geltung einer Norm als gerechtfertigt zu begründen. Ein solches Kriterium stellt eine unverzichtbare *normative Festlegung* dar: daraus lässt sich auf die Art des normativen Massstabs schliessen, der einem Legitimitätskonzept zugrunde liegt und dieses charakterisiert. Man kann dieses Kriterium auch als normative „Warte"[117] bezeichnen, von der aus eine Norm oder eine Normenordnung betrachtet wird und von der die konkrete Bedeutung von Legitimität abhängt. Hasso Hofmann zählt einige historische Legitimitätsprinzipien auf:

> „[…] das barocke Gottesgnadentum, die vernunftrechtliche Theorie vom Gesellschafts- und Herrschaftsvertrag, das monarchische Prinzip und die Volksouveränität, die physiokratischen Naturgesetze der Gesellschaft, der Gedanke der Nation und ihrer Einheit oder auch das Guizotsche Postulat der Übereinstimmung mit der ewigen Vernunft."[118]

Die normative Natur des Legitimitätsbegriffs ergibt sich somit nicht aus dem Begriff selbst, sondern aus anderen Ressourcen, wie Rainer Forst betont.[119] Der Begriff der Legitimität sei deshalb bei genauer Betrachtung ein „*normativ abhängiger*".[120] Denn es gibt nicht *die* Legitimität, mit der schon ein bestimmter normativer Gehalt zum Ausdruck gebracht wird. Zu einer spezifischen, gehaltvollen Konzeption wird Legitimität erst durch weitere normative Quellen, wie eben jene, die Hofmann aufzählt, oder, um zeitgemässere zu nennen, wie: Demokratie-

---

[114] Verwendet hingegen jemand den Begriff „legitim" in seinem empirischen Sinn, sagt dies nichts über die normativen Überzeugungen des Verwenders aus, vielmehr wird dadurch nur etwas über die subjektiven normativen Überzeugungen derjenigen ausgesagt, auf die sich die Normen primär beziehen, vgl. *Hinsch*, S. 708 f.

[115] *Hinsch*, S. 708.

[116] *Hinsch*, S. 708.

[117] *Herbst*, Bedeutung, S. 253.

[118] *Hofmann*, S. 11 f.

[119] *Forst*, Normativität, S. 188 f.

[120] *Forst*, Normativität, S. 189.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

prinzip, Menschenrechte, liberale Gleichheitsauffassung, gesellschaftliche Stabilität oder die Idee der Rechtseinheit. Inhaltlich geht Legitimität auf solche Vorstellungen zurück. Forst folgert daraus gar, dass die normative Kraft des Legitimitätsbegriffs nur „erschlichen“[121] sei. Eine zweckmässige Begriffsverwendung verlangt daher, dass die Ressource erkennbar ist, die dem Legitimitätsbegriff seine normative Funktion verleiht: Sofern es sich nicht eindeutig aus dem Kontext ergibt, sollte „Legitimität“ möglichst attributiv bzw. mit Attribut verwendet werden.[122]

Legitimität bedeutet also ein Gerechtfertigtsein von Geltung anhand bestimmter normativer Legitimitätskriterien.[123] Mit diesen Kriterien wird für die Anerkennungswürdigkeit – und letztlich: für die Verbindlichkeit[124] – einer normativen Ordnung argumentiert: Sie stellen die *Geltungsgründe* einer Ordnung dar. Auch Jürgen Habermas spricht sich in diesem Sinne für einen Legitimitätsbegriff aus, in dessen Zentrum *gute Argumente für die Anerkennungswürdigkeit* einer politischen Ordnung stehen:

> „Legitimität bedeutet, dass der mit einer politischen Ordnung verbundene Anspruch, als richtig und gerecht anerkannt zu werden, gute Argumente für sich hat; eine legitime Ordnung verdient Anerkennung. Legitimität bedeutet die Anerkennungswürdigkeit einer politischen Ordnung.“[125]

Habermas gilt als differenzierter Kritiker einer rein empirischen Konzeption der Legitimität und führt aus, dass ein solcher Begriff zwar sozialwissenschaftlich anwendbar, aber unbefriedigend sei, weil er vom systematischen Gewicht der Geltungsgründe abstrahiere.[126] Der Empirist beschreibe damit im Grunde keine legitimen, sondern nur „für legitim gehaltene“ Ordnungen und blende so den Zusammenhang zwischen Gründen und Handlungsmotiven aus.[127] Dabei hätten Legitimität, der Glaube an Legitimität und die Bereitschaft, einer legitimen Ordnung Folge zu leisten, jedoch etwas mit der Motivation durch „*gute Gründe*“[128] zu tun. Verdeutlichend:

---

[121] *Forst*, Normativität, S. 189.

[122] Siehe *§ 4 D. II. Attributive Verwendungsweise von „Legitimität“*.

[123] Vgl. *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 16.

[124] *Forst*, Normativität, S. 187; vgl. *Würtenberger, jun.*, Legalität, S. 874; Rainer Forst unterscheidet Legitimität von Gerechtigkeit u. a. dadurch, dass Ersteres sich auf die *Verbindlichkeit* einer Ordnung beziehe, während es Letzterer um die Sicherung der *Willkürvermeidung* in derselben gehe; aufgrund ihrer normativen Abhängigkeit lasse Legitimität eine grössere Variabilität zu als Gerechtigkeit: „Verbindlichkeit kann auf viele Weisen hergestellt werden, das Ende der Willkür nicht.“, *Forst*, Normativität, S. 194.

[125] *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 39.

[126] *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 58; vgl. dazu auch *Ott/Mathis*, Thesen, S. 400.

[127] *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 55.

[128] *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 55, Hervorhebung hinzugefügt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Ob Legitimationen überzeugen, ob sie geglaubt werden, hängt gewiss von empirischen Motiven ab; aber diese Motive bilden sich nicht unabhängig von der formal zu analysierenden Rechtfertigungskraft oder von den Gründen, die mobilisiert werden können. Was als Grund akzeptiert wird und konsenserzielende, damit motivbildende Kraft hat, hängt vom jeweils geforderten Niveau der Rechtfertigung ab.“[129]

Legitimation kann so als ein *Begründungsgeschehen* verstanden werden, das eine jede normative Ordnung zu leisten hat, will sie als legitim anerkannt werden.[130] In kritischer Abgrenzung zu Luhmann betont Habermas aber, dass Verfahren der Normsetzung nur dann legitime Ordnungen erzeugen, wenn diese Verfahren selbst „legitimiert“ werden können, und zwar indem gezeigt wird, dass sie unter den jeweiligen gesellschaftlichen Bedingungen ihrer Durchführung *materiale* Gerechtigkeitsansprüche erfüllen.[131]

„Die Prozeduren und Voraussetzungen des Legitimitätsprozesses sind nunmehr die legitimierenden Gründe, auf die sich die Geltung von Legitimationen stützt.“[132]

Habermas entwickelt in Folge dieser Überlegungen eine eigene – im Kern normative – Legitimitätskonzeption.[133] Für ihn sind jene normativ gehaltvollen Vorbedingungen für legitime Normsetzung in „idealen Sprechsituationen“[134] verwirklicht, in denen eine diskursive Willensbildung unter Freien und Gleichen stattfinden könne und die so zu legitimen Entscheidungen führe.[135]

IV. Integration der Forschungstraditionen?

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die Konzeption von David Beetham, die im Grundsatz zwar einen empirischen Charakter hat, jedoch einen Einbezug normativer Elemente vorsieht. Beetham macht dabei deutlich, dass auch empirische Legitimationskonzeptionen, bei denen es um die *Erklärung* sozialer Phänomene und nicht um die *Rechtfertigung* der Legitimität von Rechtsordnungen geht, auf einen normativen Legitimitätsbegriff angewiesen sind.[136] Legitimität als solche sei vielschichtig zu verstehen, weshalb er einerseits Abstand nimmt

---

[129] *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 42 f.

[130] *Wirsing*, S. 175.

[131] *Hinsch*, S. 709.

[132] *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 44.

[133] Habermas’ Konzeption ist im Kern eine normativ-ethische, auch wenn er sie begrifflich ausdrücklich vom sonst gebräuchlichen „normativistischen“ sowie auch dem „empiristischen“ Legitimationsbegriff abgrenzt und seinen Vorschlag als „rekonstruktiven“ Ansatz bezeichnet, vgl. *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 58, 54 ff.; eingehend zum Konzept der Normlegitimität bei Habermas siehe *Münch*, S. 26 ff.

[134] Zu den Bedingungen der „idealen Sprechsituation“ siehe *Habermas*, Wahrheitstheorien, S. 211 ff.

[135] Eine Darstellung von Habermas’ Diskursethik findet sich in seinem grundlegenden Aufsatz *Habermas*, Diskursethik, S. 53 ff.; insb. S. 96 ff.

[136] So auch *Barker*, S. 9 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

von der missverstandenen Weber'schen Konzeption, die Legitimität von Herrschaft auf den Legitimitätsglauben reduziert.[137] Andererseits versucht er sich mit seinem Zugang von einer Suche nach rein normativen, idealen Bedingungen zu lösen.[138] Damit gilt Beetham als einer der Wenigen, die sich um die Integration der empirisch-deskriptiven und der normativ-ethischen Forschungstraditionen bemühen.[139] Er kommt zu dem Schluss, dass sich die beiden Ansätze nicht ausschliessen, trotz ihrer unterschiedlichen Zielsetzungen.[140]

Für Beetham ist ein Konzept von Legitimität erst dann adäquat, wenn ihr multidimensionaler Charakter anerkannt wird. In seiner eigenen Theorie führt er drei Voraussetzungen für die Legitimität von politischen Ordnungen an: Erstens muss die Ausübung politischer Macht in Übereinstimmung mit den Normen einer etablierten Rechtsordnung stehen (Legalität). Zweitens muss diese Rechtsordnung gerechtfertigt sein, und zwar im Rückgriff auf allgemein geteilte Überzeugungen und Werte (Prinzipien). Drittens bedarf es der ausdrücklichen Zustimmung der Herrschaftsunterworfenen zu dieser Ordnung (z. B. durch Treueide oder Vereinbarungen und Verträge).[141]

Subjektive Überzeugungen spielen nur bei der zweiten dieser drei Legitimitätsbedingungen eine Rolle. Eine Rechtsordnung soll im Rückgriff auf allgemein geteilte Überzeugungen in einer Gesellschaft gerechtfertigt werden. Man muss hier genau hinschauen, um Beethams Idee nachvollziehen zu können: Das eigentliche Urteil, ob eine Ordnung gerechtfertigt ist oder nicht, entzieht sich nämlich dem Belieben bloss subjektiver Überzeugung; vielmehr hängt diese Frage vom *sachlichen Gehalt* der betreffenden Überzeugung und von den objektiven Eigenschaften der jeweiligen Rechtsordnung ab. Beispielsweise könnte in einer Gesellschaft weithin die Überzeugung geteilt werden, dass die Idee der Volkssouveränität die Grundlage von legitimer politischer Herrschaft sei, und nicht etwa die Idee einer Erbdynastie. Die Frage nach der Legitimität einer Rechtsordnung müsste demnach im Lichte dieser Überzeugung, also der Idee der Volksouveränität, nach sachlichen Kriterien beantwortet werden.[142] Mit Beethams Worten:

> „A given power relationship is not legitimate because people believe in its legitimacy, but because it can be *justified in terms of* their beliefs. This may seem a fine distinction, but it is a fundamental one. When we seek to assess the legitimacy of a regime, a political system, or some other power relation, one thing we are doing is assessing how far it can be justified in terms of people's beliefs, how far it conforms to their values or standards, how far it satisfies the normative expectations they have

[137] *Beetham*, S. 37 ff.

[138] Vgl. *Braun/Schmitt*, S. 56.

[139] M. w. V. *Barker*, S. 8; vgl. auch *Zippelius*, S. 96 f.; ein im Ansatz ähnlicher Versuch findet sich in *Wiesner/Harfst*, S. 25 ff.

[140] *Braun/Schmitt*, S. 56.

[141] *Beetham*, S. 19.

[142] Vgl. *Hinsch*, S. 707.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> of it. We are making an assessment of the degree of congruence, or lack of it, between a given system of power and the beliefs, values and expectations that provide its justification. We are not making a report on people's ‚belief in its legitimacy'."[143]

Beetham nennt sein Konzept selbst „legitimacy in context"[144], wodurch schon deutlich wird, wo der Schwerpunkt seines Ansatzes liegt. Während rein normative Konzeptionen die Legitimität politischer Ordnungen anhand eines Massstabs idealer Prinzipien beurteilen, ist für Beetham der historisch vorgegebene und kulturell geprägte Kontext von Bedeutung, also die Zusammensetzung von bestimmten Überzeugungen, Lebensvorstellungen und Konventionen, die zu einer gegebenen Zeit und an einem gegebenen Ort *de facto* bestanden.[145] Dieser Kontext gibt dann den sachlich-inhaltlichen Rahmen vor, aus dem sich schliesslich Legitimitätsurteile ableiten lassen. Solche Urteile über die Legitimität oder Illegitimität einer politischen Ordnung sind dann nicht mehr blosse subjektive Überzeugungen und Konventionen, sondern vielmehr sachlich gerechtfertigte normative Schlüsse, die sich am Beurteilungsmassstab des jeweiligen historischen und kulturellen Kontextes messen lassen.[146]

D. Differenzierte Begriffsverwendung

Normen, Institutionen oder Herrschaft werden mitunter recht undifferenziert als legitim bzw. illegitim bezeichnet. Mit einer reflektierten Verwendung des Begriffs der normativen Legitimität könnte jedoch viel gewonnen werden. Nachfolgend wird eine Möglichkeit vorgeschlagen, den Legitimitätsbegriff präzise zu fassen. Diese Verwendung orientiert sich ganz an begrifflicher Zweckmässigkeit und bildet im Grunde den vorherrschenden Sprachgebrauch ab, zumindest dort, wo der Begriff differenziert genutzt wird.

I. Legitime Normen und gültige Normen

Normativ legitim sind gerechtfertigte Positionen, etwa Normen, die als berechtigt, begründet oder anerkennungswürdig angesehen werden können. Genauer: Wenn man nach der Legitimität einer Norm fragt, dann fragt man, aus welchen Gründen die Norm als Norm *Geltung* erlangt, man fragt nach ihren *Geltungsgründen*. Denn Normen können nicht an sich, sondern nur in ihrer Geltung – d. h. in ihrer spezifischen Art der Existenz – legitim sein oder nicht. Ohne Geltungszusammenhang ist eine Norm nämlich nur eine Sollens-Forderung im leeren Raum, eine Forderung ohne Kontext, die nicht sinnvoll als gerechtfertigt oder ungerechtfertigt bezeichnet werden kann.

---

143 *Beetham*, S. 11.
144 *Beetham*, S. 14.
145 *Beetham*, S. 14.
146 *Beetham*, S. 15 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eine nützliche Differenzierung hinsichtlich des Legitimitätsbegriffs ist die Unterscheidung zwischen der „*Legitimität nach innen*“ und der „*Legitimität nach aussen*“. Der ebengenannte Aspekt, die Anerkennungswürdigkeit der Geltungsgründe, kann dabei als „*Legitimität nach aussen*“ verstanden werden: Dabei wird – sozusagen von *aussen* – ein Massstab der Beurteilung an die Geltungskriterien eines Normbegriffs an sich gelegt. „*Legitimität nach innen*“ liegt hingegen vor, wenn eine Norm alle Geltungskriterien eines Normbegriffs erfüllt und damit – sozusagen nach *innen* – einem vorgegebenen Geltungsmassstab entspricht. Dann ist diese Norm im Sinne dieses Begriffes bzw. dieser Normentheorie *gültig* und erlangt im Geltungsrahmen dieser Theorie legitim Geltung; d. h. dann ist ihre spezifische Existenz als Norm dieser Art gemäss des jeweiligen Geltungsbegriffes würdig, anerkannt zu werden.[147]

Die *Gültigkeit* einer Norm ist demnach mit einem Teilaspekt der Legitimität gleichzusetzen, und zwar mit der „*Legitimität nach innen*“. Von einer gültigen Norm kann nur gesprochen werden, wenn definierte Geltungskriterien eines Normbegriffes vorliegen oder aus dem Zusammenhang erkennbar sind, so z. B. wenn es um eine „gültige *Rechts*norm“ geht, oder noch eindeutiger: um eine „gültige Rechtsnorm gemäss der Kelsen'schen Rechtslehre“. So stellen gerade rechtspositivistische Konzepte relativ klare Kriterien auf, wann eine Norm als Rechtsnorm gilt. Werden diese Kriterien erfüllt, ist es üblich, von einer *gültigen* Rechtsnorm zu reden. Etwas unüblicher, aber in diesem engeren Sinne durchaus auch möglich, wäre hier die Rede von einer *rechtlich legitimen* Rechtsordnung.[148] Weil die Geltungskriterien bei Moraltheorien formal oft weniger eindeutig wirken, ist die pauschale Rede von einer gültigen moralischen Norm eher selten; üblich ist dies nur, wenn explizit auf die Kriterien einer einzelnen Moraltheorie Bezug genommen wird.

Um das Gesagte zu veranschaulichen, kann als Beispiel der klassische Utilitarismus nach Bentham dienen: Eine Norm, die insgesamt mehr Freud als Leid bewirkt, kann als moralisch gültige bzw. legitime Norm *gemäss utilitaristischer Theorie* bezeichnet werden, wobei hier nur die „*Legitimität nach innen*“ gemeint ist.[149] Denn die vom Utilitarismus vorgegeben Geltungskriterien, insbesondere das „principle of utility“, werden dadurch erfüllt.[150] Ob diese utilitaristisch gültige Norm an sich legitim ist, bzw. ob die utilitaristische Moraltheorie an sich

---

[147] Dazu ausführlicher *§ 5 B. III. Legitime Begründungen in und von Geltungstheorien*.

[148] So erachtet es Tobias Herbst als unüblich, die Beurteilung einer Norm *innerhalb* der jeweiligen Normordnung als „legitim“ zu bezeichnen, *Herbst*, Bedeutung, S. 253.

[149] Der Bentham'sche Utilitarismus wird hier freilich nur in einer vereinfachten Form wiedergegeben.

[150] Bentham bezeichnet damit seine Formel „the greatest happiness to the greatest number“, siehe *Bentham*, Principles, S. 1, Fn. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

legitim ist, das ist die Frage nach der „Legitimität *nach aussen*". Gesucht wird dabei nach plausiblen Gründen für die Anerkennungswürdigkeit der Normentheorie und ihrer Kriterien. Üblicherweise werden diese Gründe in der Normentheorie selbst erläutert; dabei kann auf alle möglichen normativen Massstäbe zurückgegriffen werden. Beim Utilitarismus wird etwa als Begründung vorausgesetzt, dass in der Vermeidung von Leid und im Streben nach Freude die entscheidenden Motive menschlichen Handelns zu sehen sind, sprich, dass der Mensch psychologisch als Hedonist verstanden wird.[151] Davon ausgehend wird ein Begriff von „gut" gebildet und werden so die utilitaristischen Kriterien plausibel als legitim begründet.

Die Bezeichnung von „*Legitimität nach aussen*" und „*nach innen*" ist hier in einem bloss normtheoretischen Sinne zu verstehen: Es geht um ein Begründetsein innerhalb einer Geltungstheorie und um ein Begründetsein der Geltungstheorie als solche. Es geht *nicht* um die Perspektiven von Betroffenen und Aussenstehenden.[152] So meint etwa auch Rainer Forst etwas anderes mit „interner und externer Legitimität", nämlich eben eine „Anerkennung *von* innen bzw. *von* aussen".[153] Ähnlich spricht auch Allen Buchanan in diesem anderen Sinn von „*internal* political legitimacy" und „recognitional" bzw. „international legitimacy".[154] Ebenfalls etwas anderes ist mit „Einzellegitimität" und „Gesamtlegitimität" gemeint, wo es um die Legitimität *einzelner* Regeln bzw. der *gesamten* Ordnung geht, nicht jedoch um unterschiedliche Legitimitätskriterien.[155]

Zusammengefasst kann zwischen gültigen und legitimen Normen wie folgt sinnvoll unterschieden werden: Die Geltung von Normen wird an gewisse Kriterien geknüpft, die je nach Normentheorie unterschiedlich festgelegt werden. Sind diese Kriterien erfüllt, gilt die Norm als gültig im Sinne der jeweiligen Normentheorie. Als legitim kann die Norm in diesem *begrenzten* Sinne erst in Bezug auf die spezifische Normentheorie gelten, so z. B. „legitim gemäss dem Bentham'schen Utilitarismus". Die Geltungskriterien selber werden in aller Regel in den Normentheorien mit Gründen untermauert, Gründe, die angeben, weshalb normunterworfene Menschen Normen dieser Art als gültig anerkennen sollten, als „für sie gerechtfertigt geltend". Wenn diese Gründe der Geltungskriterien anerkennungswürdig sind, gilt eine gültige Norm auch als „legitim" im *umfassenden* Sinne.

---

151 Vgl. *Bentham*, Principles, S. 1.

152 Zur Beobachter- bzw. Teilnehmerperspektive in Normentheorien vgl. *Ott/Mathis*, Würdigung, S. 205.

153 *Forst*, Normativität, S. 187 f., Hervorhebung hinzugefügt; ähnlich auch das vorgeschlagene Konzept bei *Wiesner/Harfst*, S. 27 ff.

154 *Buchanan*, S. 261 ff.

155 Vgl. *Forst*, Normativität, S. 188.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Attributive Verwendungsweise von „Legitimität“

Legitimität im normativen Sinn bezeichnet die Anerkennungswürdigkeit gemäss bestimmten Massstäben, typischerweise Anforderungen an Gerechtigkeitsvorstellungen oder an die praktische Rationalität.[156] Ohne definierte Massstäbe kann man nicht sinnvoll von normativer Legitimität reden; der Begriff ist erst dann vollständig fassbar, wenn ein normativer Bezugspunkt festgelegt ist. Es gibt nämlich nicht *die* Legitimität an sich oder *das* Legitime, so wie es auch nicht *das* Gute gibt.[157] In diesem Sinne ist der Begriff der Legitimität ein „normativ abhängiger“.[158] Eine aussagekräftige und präzise Verwendung des Begriffs sollte daher entweder *mit* Attribut oder *als* Attribut erfolgen.

Bei der Verwendung von „Legitimität“ *mit* Attribut (z. B. „*rechtliche* Legitimität“) werden die wesentlichen Eigenschaften der so verstandenen Legitimität festgelegt. Das Attribut bezeichnet die Kriterien und Argumente, die in der Legitimitätsbegründung als relevant zählen. So geht es etwa bei rechtlicher Legitimität um die Anerkennungswürdigkeit gemäss den Geltungskriterien des Rechts; diese sind freilich je nach Rechtsbegriff anders definiert.

Bei der Verwendung von „Legitimität“ *als* Attribut (z. B. „*legitimes* Recht“) wird die Geltung einer Norm, eines Herrschaftsverhältnisses, eines Entscheids, eines Arguments etc. als anerkennungswürdig und als mit guten Gründen gerechtfertigt bezeichnet. Welcher Art diese Gründe dabei sind, ist daraus noch nicht ersichtlich. Es wird hier vorgeschlagen, „legitim“ in dieser attributiven aber *noch undefinierten* Form jeweils in dem Sinne zu verstehen, also mit den Gründen und Kriterien in Verbindung zu bringen, die dem jeweiligen attribuierten Bezugswort entsprechen: Bei „legitimem *Recht*“ soll es also um die „*rechtliche* Legitimität des Rechts“ gehen.

Dieser Vorschlag gilt natürlich nicht, wenn Legitimität als Attribut *explizit* definiert ist (z. B. „*moralisch* legitimes Recht“ und „*moralische* Legitimität des Rechts“) oder sich dies *implizit, aber eindeutig, aus dem Kontext* ergibt. Im Fall dieses Beispiels wird „Legitimität“ mit den Kriterien der Moral verwendet, aber bezogen auf Rechtsnormen. Diese Verwendung ist nicht nur möglich, sondern durchaus üblich, ja oftmals geradezu gefordert. Normen werden regelmässig unter den Geltungskriterien von Moral beurteilt.[159]

---

[156] Siehe *§ 4 B. IV. Legitimität im normativ-ethischen Sinn*.

[157] Zur eingehenden Auseinandersetzung mit dem Begriff „gut“, vgl. *Tugendhat*, Drei, S. 66 ff.; siehe auch *§ 7 B. II. Begründung innerhalb einer Konzeption von Moral*.

[158] *Forst*, Normativität, S. 189; vgl. auch *§ 4 C. IV. Legitimität im normativ-ethischen Sinn*.

[159] Heute gilt ausserdem die Idee der *Demokratie* als wohl „wichtigste normative Ressource zur Entwicklung einer Legitimitätskonzeption“, *Forst*, Normativität, S. 190; umfassend dazu *Habermas*, Spätkapitalismus.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dass hier viel Wert auf diese Unterscheidungen gelegt wird, ist dem bedauerlichen Umstand geschuldet, dass „legitim“ (im normativen Sinn) häufig in undifferenzierter Weise mit „*moralisch* gerechtfertigt“ gleichgesetzt wird.[160] Dabei wird jedoch die Möglichkeit übergangen, etwas gemäss anderen normativen Massstäben als legitim anzusehen; es scheint dann, als ob es eine eigentliche Legitimität gebe, die immer eine moralische sein müsse. Dass dies kaum zweckmässig ist, zeigt sich etwa – um den Positivismus erneut als Beispiel heranzuziehen – in rechtspositivistischen Theorien, wo verschiedene Konzepte entwickelt wurden, um die Geltung von Normen als Recht als gerechtfertigt und anerkennungswürdig darzulegen, und dies ohne die Komponente der moralischen Richtigkeit des jeweiligen Norminhalts.[161] Eine Norm kann gemäss dem Rechtspositivismus durchaus auch dann als legitime Rechtsnorm gelten, wenn sie inhaltlich gegen moralische Prinzipien verstösst.

Als weiteres Beispiel dafür, dass der Aussagewert von „Legitimität“ immer vom jeweils attribuierten Geltungsbezug abhängig ist, können etwa die Regeln beim sog. Schächten, d. h. beim rituellen Schlachten von Tieren dienen: *In ihrer Geltung als jüdische Glaubensregeln* sind diese durchaus legitim, denn ihr Geltungsgrund – religiöse Überlieferung oder göttliche Offenbarung – ist als religiöse Glaubensregel anerkennungswürdig. Dieselben Regeln könnten aber gemäss einigen Moralvorstellungen *in ihrer Geltung als moralische Regeln* nicht legitim sein, z. B. weil diese Form des rituellen Schlachtens oft ohne vorgängige Betäubung erfolgt und dies daher bei den betroffenen Tieren zu erhöhtem Leid führen könnte.[162] Hier wird auch deutlich, dass selbst bei einer explizit moralischen bzw. religiösen Legitimität, der Legitimitätsbegriff erst dann ganz in seiner Bedeutung gefasst werden kann, wenn bekannt ist, *welches* Moral- bzw. Religionskonzept zugrunde gelegt wird.[163]

III. Formelle und materielle Legitimität?

Um das bisher Gesagte zu vereinfachen, könnte man versucht sein, eine Unterscheidung zwischen formeller und materieller Legitimität einzuführen.[164]

---

[160] Vgl. *Bunge*, S. 381 ff.; vgl. *Vernengo*, S. 466, 469; vgl. *Lefkowitz*, S. 326, 329; bei Allen Buchanan zwar keineswegs undifferenziert, aber ebenfalls nur als „moralisch gerechtfertigt“ verwendet, vgl. *Buchanan*, S. 233 ff.

[161] Bei Hans Kelsen wird dies über die sog. Grundnorm erreicht, bei H. L. A. Hart mit der sog. *Rule of Recognition*, siehe dazu *§ 6 C. Normative Legitimität durch eine Grundnorm*.

[162] So etwa gemäss einer utilitaristischen Tierrechtsethik, vgl. *Singer*, S. 159 ff., 257 ff.; dazu auch *Mathis*, S. 564.

[163] In einem ähnlichen Sinn führt Pauer-Studer aus, dass je nach Moraltheorie eine andere *Sicht der Verbindlichkeit* moralischer Prinzipien entstehe, *Pauer-Studer*, Ethik, S. 252 ff.

[164] In ähnlicher Weise unterscheidet etwa Mario Bunge zwischen „formal legitimacy“ und „substantive legitimacy“, *Bunge*, S. 380 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Formell legitim wäre eine Norm in diesem Sinne, wenn sie anerkennungswürdig wäre *als Norm in der jeweiligen Form*, also z. B. als Moral oder als Recht. Dazu müsste die Norm die jeweiligen Geltungskriterien der Moral- oder Rechtstheorie erfüllen. Etwa im Rechtspositivismus würde dann eine ordnungsmässig gesetzte Norm formell legitim als Recht gelten.

Materiell legitim wäre eine Norm hingegen, wenn sie *inhaltlich* anerkennungswürdig wäre, *unabhängig davon*, *welche Form* sie hätte, also unabhängig davon, ob etwa als Rechts-, Moral- oder Religionsnorm. Im Rechtspositivismus könnte dann einer Norm, die als formell legitimes Recht gilt, ihre materielle Legitimität abgesprochen werden, wenn sie etwa moralisch verwerflich wäre. Die Beurteilung, ob eine Norm materiell legitim ist, würde immer auf eine Beurteilung nach moralischen Massstäben hinauslaufen.[165] Wer sich fragt, ob einer Sollens-Forderung Folge geleistet werden soll, beurteilt ihren Inhalt anhand seiner Moralvorstellungen.

Der erste Eindruck dieser Kategorisierung mag zwar überzeugend wirken, bei genauerem Hinsehen entpuppt sie sich jedoch als *nicht zweckmässig*: Die Anerkennungswürdigkeit einer Norm kann nur im Hinblick auf ihre Geltung, ihre spezifische Form der Existenz, beurteilt werden, denn eine Norm ohne Geltungszusammenhang ist eine Sollens-Forderung im leeren Raum.

Wer nicht weiss, inwiefern und für wen die Norm gelten soll, kann auch nicht beurteilen, ob die Norm würdig ist, anerkannt zu werden. Kennt man jedoch die Form der Norm, wäre es nur verwirrend, nach „materieller Legitimität“ zu suchen. Sinnvoller wäre es dann, direkt von „moralischer Legitimität“ zu sprechen, also im Attribut direkt den Wertmassstab zu nennen. Würde man nämlich bspw. eine Rechtsnorm auf ihre materielle Legitimität hin beurteilen, also nur den Norminhalt in den Blick nehmen, wäre erstens nicht eindeutig klar, ob nun nach rechtlichen oder nach moralischen Massstäben zu urteilen wäre und zweitens, ob die Norn nun in ihrer (bekannten) Form der Geltung als Recht oder in einer unbestimmten Form, sozusagen schlicht als Sollens-Forderung an Menschen, zu beurteilen wäre. Die Unklarheiten verschwinden, wenn man erstens Legitimität mit (oder als) Attribut verwendet und zweitens eine Norm nie ohne Geltungszusammenhang ins Auge fasst.

E. Fazit

Der Legitimitätsbegriff kann nur „in der Zeit“[166] vollständig verstanden werden. Zumindest was die *inhaltlichen* Kriterien betrifft, ist die Vorstellung von Legitimität in hohem Masse zeitbedingt und relativ. In *formeller* Hinsicht hat sich in den letzten Jahrzehnten jedoch eine grobe Kategorisierung durchgesetzt:

---

165 Vgl. *Bunge*, S. 381.

166 *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 300.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

In den meisten Fällen wird unterschieden, ob der Forschungsgegenstand „Legitimität“ normativ-ethisch oder empirisch-deskriptiv verstanden werden soll. So fragen die Theoretiker der politischen Philosophie, was legitime Herrschaftsordnung auszeichnen soll und wie sie normativ zu rechtfertigen ist. Die Empiriker der politischen Soziologie interessieren sich dagegen hauptsächlich für das Legitimitätseinverständnis der Subjekte politischer Herrschaft.

Um den normativen Legitimitätsbegriff differenzierter und zweckmässiger verwenden zu können, ist zwischen der „*Legitimität nach innen*“ und der „*Legitimität nach aussen*“ zu unterscheiden, wie hier vorgeschlagen wird. Nach innen ist eine Norm legitim, wenn sie dem Geltungsmassstab eines bestimmten Normbegriffs entspricht. Dann ist diese Norm im Sinne dieses Begriffs bzw. dieser Normentheorie *gültig* und erlangt im Geltungsrahmen dieser Theorie legitim Geltung. So ist etwa eine Rechtsnorm im Hinblick auf diesen Teilaspekt der Legitimität rechtlich gültig bzw. legal. Nach aussen – und im umfassenden Sinne – ist eine Norm legitim, wenn die Geltungsgründe eines Normbegriffs selber anerkennungswürdig sind. Im Übrigen hat eine aussagekräftige und präzise Verwendung des Begriffs entweder *mit* Attribut oder *als* Attribut zu erfolgen, falls sich dies nicht implizit aus dem Kontext ergibt. Nur so wird der Massstab erkennbar gemacht, von dem der Legitimitätsbegriff normativ abhängt.

§ 5 Normative Ordnungen und ihre Rechtfertigungen

Recht und Moral sind beides normative Ordnungen, das heisst Systeme von Normen und Werten, die menschliches Verhalten regeln.[167] Unter „Norm“ versteht man, dass etwas sein oder geschehen, insbesondere dass sich ein Mensch in bestimmter Weise verhalten *soll*.[168] Normen sind in diesem Sinne auf ein Sollen gerichtete Forderungen an menschliches Verhalten.[169]

---

[167] Vgl. *Neumann*, S. 7.

[168] *Kelsen*, Rechtsordnung, S. 20; vgl. auch *Kelsen*, Geltungsgrund, S. 1159 f.; dem Begriff der Norm kommen je nach Wissenschaft verschiedene Bedeutungen zu, so etwa in Jurisprudenz, Moralphilosophie, Soziologie, Ethnologie oder Linguistik. Der Begriff bleibt in den meisten Bedeutungen vage und die Diskussion um inhaltliche Festlegungen rege. Robert Alexy redet von einem „Streit um den Begriff der Norm [...], der kein Ende nehmen will“, m. w. V. *Alexy*, Theorie, S. 40 f.; die nachfolgend verwendete Bedeutung scheint ausreichend stark, um die Grundlage für weitere Erörterungen zu bilden und schwach genug, um mit möglichst vielen Konzepten, die daran anknüpfen, vereinbar zu sein.

[169] Prägend für die Rede vom „Sollen“ war wohl insb. Immanuel Kant, *Stemmer*, Konstitution, S. 58; dass Normen durch ein Sollen definiert werden, ist üblich, jedoch nicht unstrittig. So gehen Peter Stemmer und John Mackie von einem „normativen Müssen“ aus, *Stemmer*, Normativität, S. 7 ff.; *Mackie*, Ethics, S. 73 ff.; dazu kritisch *Iorio*, S. 153 ff.; Ernst Tugendhat spricht bei Normen zwar von einem „Sollen“, das jedoch im Theoretischen wie im Praktischen als ein „abgeschwächtes Müssen“ verwendet werde,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ein Sollen kann aber nur dann *legitim* gefordert werden, wenn es eine entsprechende Rechtfertigung für seine Geltung gibt.[170] Rainer Forst bezeichnet normative Ordnungen daher auch als „*Rechtfertigungsordnungen*"[171] und meint dies in zweifacher Hinsicht: Zum einen setzt eine normative Ordnung Rechtfertigung voraus, zum anderen generiert sie zugleich eine Rechtfertigung.[172]

A. Der Mensch als rechtfertigendes Wesen

I. Animal rationale

Eine normative Ordnung setzt Rechtfertigung voraus, weil wir den Menschen – unter anderem – als *animal rationale*[173] verstehen, als vernunftbegabtes Wesen, mit der Fähigkeit, sich anhand guter, rechtfertigender Gründe in der Welt zu orientieren, sei es im theoretischen oder im praktischen Bereich.[174]

---

eines, das Ausnahmen zulasse, *Tugendhat*, Ethik, S. 36 ff.; Hubert Schnüriger sieht darin den Versuch, durch den Begriff „Müssen" in der Moralphilosophie das verbindliche Sollen vom evaluativen abzugrenzen, was jedoch neue Abgrenzungsprobleme schaffe, *Schnüriger*, S. 221; Norbert Hoerster charakterisiert eine Norm zwar auch durch ein Sollen, jedoch setzt er dieses Sollen nicht mit der Norm gleich, so wie es Hans Kelsen tut, *Hoerster*, Recht, S. 38 ff., *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 7; Kelsen: „Der Begriff der Norm und der Begriff des Sollens fallen zusammen.", *Kelsen*, Begriff, S. 1141; im „Sollen" sei nach Kelsen das „Dürfen" und „Können" mit inbegriffen; denn eine Norm könne nicht nur gebieten, sondern auch erlauben und ermächtigen, *Kelsen*, Geltungsgrund, S. 1159, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 5; auch Robert Alexy sieht im Begriff des Sollens die verschiedenen deontischen Modalitäten, also die des Gebots, des Verbots oder der Erlaubnis zusammengefasst, *Alexy*, Theorie, S. 43 f.; in diesem Sinne zum Gehalt der deontischen Modalitäten auch *Mahlmann*, Rechtsphilosophie, S. 302 ff.; Niklas Luhmann hat versucht, Normen, und damit den Begriff des Sollens, funktional mit Hilfe systemtheoretischer Kategorien zu erklären, *Luhmann*, Verfahren, 239 ff.; dazu kritisch *Graf Kielmansegg*, S. 368.

[170] *Von der Pfordten*, Rechtsethik, S. 96.

[171] *Forst*, Normativität, S. 85 ff.; der Begriff wurde schon zuvor von den französischen Soziologen Luc Boltanski und Laurent Thévenot entwickelt, *Boltanski/Thévenot*, Justification, S. 96 ff.; im Original „cité" genannt, wurde der Begriff in den Übersetzungen unterschiedlich als „Polis", „Polity", „Gemeinwesen" oder eben als „Rechtfertigungsordnung" wiedergegeben, Letzteres in *Boltanski/Thévenot*, Rechtfertigung, S. 108; Forst verwendet den Begriff etwas weiter, und zwar nicht nur aus einer deskriptiven, sondern auch normativen Perspektive, siehe dazu *Forst*, Normativität, S. 26 ff.

[172] *Forst/Günther*, S. 11.

[173] „Animal rationale" ist die historisch übliche (aber teilweise umstrittene), lateinische Übersetzung von „zoón lògon échon", eine aristotelische Beschreibung des Menschen, *Aristoteles*, I, 6, 1098a7; Aristoteles beschreibt damit den Menschen als Tier, das *auch* Vernunft und Sprache hat, der Überlegung mächtig ist und sich Vorstellungen vom Guten und vom Schlechten sowie von Recht und Unrecht machen kann, *Schnädelbach*, S. 18; Immanuel Kant hat den Menschen als *animal rationabile* beschrieben, das durch Verwirklichung seiner Vernunftfähigkeit zum *animal rationale* werden müsse, *Kant*, ApH AA VII, S. 321.

[174] *Forst*, Normativität, S. 37.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Natürlich kann der Mensch auch auf ganz andere Weise gedeutet werden – in der Philosophie hängt viel davon ab, welche Bestimmung des Menschen in das Zentrum der Untersuchung gerückt wird –; so kann statt der Vernunftfähigkeit etwa seine Autonomie, seine Kultur, seine Geschichtlichkeit, seine Solidarität oder seine Kommunikationsfähigkeit als entscheidendes Kriterium gelten, um nur einige Beispiele zu nennen. Ohne dies in Frage zu stellen, stützen sich seit der Antike philosophische, politische, soziologische, psychologische oder auch ökonomische Theorien auf die Annahme, dass im Menschen die Kapazität zur Rationalität angelegt sei, womit gemeint ist, dass wir Gründe und Normen wahrnehmen, verstehen und danach handeln können.[175] Für Joseph Raz ist es diese Kapazität zur Rationalität, die uns zu Menschen macht, zu Lebewesen, die fähig sind ihr eigenes Leben zu führen in Übereinstimmung mit ihrem Verständnis von sich selbst und ihrer Umwelt und der Gründe, die sich daraus ergeben.[176]

Ratio, raison oder reason bedeutet genauso „Grund“ wie „Vernunft“.[177] Wenn sich eine philosophische Konzeption an der Idee der Vernunft orientiert, dann muss auch der Gesichtspunkt der *Begründung* aufgenommen werden.[178] So wird die Rationalität des *animal rationale* auch als die Fähigkeit beschrieben, für sein Reden und Handeln Gründe *(rationes)* anzugeben.[179] Dieses Rechenschaft-ablegen-Können bezeichnete schon das sokratische *lógon didónai*, das später mit *rationem reddere* übersetzt wurde und den Zusammenhang zwischen Rationalität und Begründung weiter festigte.[180] Auf den Punkt gebracht: „Das Vermögen der Vernunft ist die Fähigkeit, für seine Meinungen und für seine Handlungen Rede und Antwort stehen zu können.“[181]

II. Rechtfertigung als soziale Praxis und als normativer Anspruch

Dieses Rede-und-Antwort-Stehen ist eine soziale Praxis. Menschen führen ihr Leben in einer Vielzahl von kulturellen und sozialen Rechtfertigungskontexten, in denen sie sich für ihre Handlungen verantworten und theoretische wie prakti-

---

175 Vgl. *Raz*, Rationality, S. 68 ff.; wir würden zwar nach Gründen und Normen handeln *können*, aber oft würden wir nicht danach handeln *wollen*. Allerdings seien, je nach Definition des Willensbegriffes, auch Situationen darunter denkbar, die wie ein Nicht*können* aufgefasst werden könnten, *Raz*, Reason, S. 90 ff.

176 *Raz*, Rationality, S. 67.

177 *Tugendhat*, Einführung, S. 107.

178 *Tugendhat*, Einführung, S. 108.

179 *Schnädelbach*, S. 61.

180 *Schnädelbach*, S. 61; auch für Kant und nach ihm Hegel gehörten „vernünftige Überlegungen“ und „Schlussfolgerungen“ untrennbar zusammen, *Schnädelbach*, S. 61; in der Gegenwart wird die Einheit von Rationalität und Begründbarkeit u. a. von Jürgen Habermas besonders betont, vgl. *Habermas*, Theorie, S. 44.

181 *Tugendhat*, Einführung, S. 107.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sche Fragen dazu beantworten.[182] Ein rechtfertigendes Argument kann bewirken, dass Situationen akzeptiert und hingenommen werden, die andernfalls zu Konflikten oder Entgleisungen geführt hätten. In diesem Sinne stabilisieren Rechtfertigungen zwischenmenschliche Verhältnisse; nicht nur im Gerichtssaal, sondern im Alltagsleben.[183]

Rechtfertigungen sind aber nicht nur als soziale Fakten zu verstehen, sondern auch als normative Ansprüche an uns und andere:

> „Er [der Mensch] hat nicht nur die Gabe, sich für seine Handlungen und Überzeugungen gegenüber anderen mit Gründen zu rechtfertigen bzw. zu verantworten, sondern er sieht dies in bestimmten Kontexten als Verpflichtung an und setzt voraus, dass andere dies auch tun. Wenn wir menschliche Praktiken verstehen wollen, müssen wir sie stets als mit Rechtfertigungen verbundene Praktiken begreifen; was immer wir denken und tun, wir stellen an uns (und andere) den Anspruch, dass dies aus Gründen geschieht, […].“[184]

Was als guter, rechtfertigender Grund gilt, das hängt vom Rechtfertigungsstandard ab, der für den jeweiligen Kontext gilt. Diese Standards sind normativer Natur: Sie zielen entweder auf Wahrheit ab oder wollen auf das Gute oder Richtige hinaus; beides wird von uns als bindende Norm anerkannt.[185] So ist für uns in den Rechtfertigungspraktiken die Normativität angelegt: Die Normativität wird dabei nicht aus der Praxis abgeleitet, sondern als Praxis erkannt. Unsere Vernunft ermöglicht uns, Gründe zu prüfen, uns an Normen zu orientieren und zu unterscheiden zwischen dem *vermeintlich* Guten oder Richtigen vom *geprüft* – d. h. gerechtfertigt – Guten oder Richtigen. Forst folgert daraus:

> „Die Vernunft ist das Vermögen der Rechtfertigung, und das Vermögen der Rechtfertigung macht uns zu normativen Wesen.“[186]

Zusammengefasst lässt sich also sagen, dass Menschen als Teilnehmer von Rechtfertigungspraktiken angesehen werden können und dass Gründe die Grundlage herstellen, auf der Überzeugungen und Handlungen von Vernunftwesen stehen. Was immer wir denken oder tun, spielt sich demzufolge in bestimmten sozialen „*Räumen von Gründen*“[187] ab, und was wir Vernunft nennen, ist die Kunst, sich in und zwischen ihnen zu orientieren.[188] Je nach Kontext ändern sich die Kriterien und Ansprüche an die Gründe und damit die formalen Regeln im jeweiligen Raum der Gründe.[189]

---

[182] *Boltanski/Thévenot*, Justification, S. 53 ff.

[183] *Boltanski/Thévenot*, Justification, S. 54.

[184] *Forst*, Rechtfertigung, S. 9.

[185] Vgl. *Forst*, Normativität, S. 38.

[186] *Forst*, Normativität, S. 38.

[187] Der Ausdruck „space of reasons“ stammt ursprünglich von Wilfrid Sellars, *Sellars*, S. 76.

[188] *Forst*, Kritik, S. 14.

[189] *Forst*, Rechtfertigung, S. 24.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Der Mensch als Rechtfertigungsautorität

So geht es im politischen „Raum“ um die Ausübung von Herrschaft innerhalb von Gemeinschaften. Hier heisst die Rechtfertigungsfrage: Wer kann über wen aus welchen Gründen und in welcher Weise Herrschaft ausüben?[190] Wenn die Herrschaft oder Machtausübung eine legitime sein soll, muss eine bestimmte Rechtfertigungspraxis institutionalisiert werden, um sie entsprechend zu begründen. Fehlt eine institutionalisierte Rechtfertigungspraxis gilt Herrschaft als Willkür und Willkür gilt als Gegenbegriff zu Gerechtigkeit.[191]

Politische Herrschaft wird meist durch Normen ausgeübt, also durch Forderungen an ein Verhalten-Sollen, die die *Autonomie* des Menschen herausfordern. Wenn eine Norm in dem Sinne wirken soll, dass Menschen ihr Verhalten dem Geforderten anpassen, dann braucht es für die *Geltung der Norm* gute Gründe, und zwar deshalb, weil Menschen nur so nach wie vor für ihre Handlungen „Rede und Antwort stehen“ und dadurch weiterhin als vernunftfähige Wesen ernst genommen werden können. Daraus könnte gar ein politischer Grundanspruch abgeleitet werden:

> „Der Grundanspruch in der politischen Welt – aber auch, in entsprechenden Kontexten, der Moral insgesamt –, den eine Person erheben kann, ist der, eine eigene und anderen gleichgestellte Rechtfertigungsautorität in Bezug auf das zu sein, was ihr gegenüber gelten soll.“[192]

Boltanski und Thévenot sprechen in diesem Zusammenhang von einem „*Rechtfertigungsimperativ*“[193], der in allen Gesellschaftsordnungen (nicht nur in politischen) herrsche. Und Forst erhebt mit einer ähnlichen Begründung das „Recht auf Rechtfertigung“[194] zum ersten aller Grundrechte und zum eigentlichen Entstehungskontext der Menschenrechte.

IV. Zweifel an der Vernunftfähigkeit des Menschen

Nun wird die Vernunftfähigkeit des Menschen jedoch von breiter wissenschaftlicher Front in Zweifel gezogen: Die Vernunftfähigkeit sei ein normatives Ideal, keine faktische Beschreibung des Menschen, wie im letzten Jahrhundert vor allem noch von Philosophen zu hören war, in den letzten Jahrzehnten vermehrt auch von Psychologen und Ökonomen.[195] Wie ist diesem Zweifel im vorliegenden Zusammenhang zu begegnen?

---

190 *Forst*, Kritik, S. 15.

191 *Forst*, Rechtfertigung, S. 9 f.

192 *Forst*, Kritik, S. 16.

193 *Boltanski/Thévenot*, Rechtfertigung, S. 43 ff.

194 *Forst*, Rechtfertigung, S. 291 ff.; auch Georg Kohler spricht von einem „Rechtfertigungsanspruch“ und einer „grundsätzlichen Rechtfertigungsbedürftigkeit“, *Kohler*, S. 170, 175.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Im Grunde genommen geht es nicht darum, ob wir tatsächlich vernunftfähig sind oder nicht, sondern darum, dass wir *wie vernünftige Menschen behandelt werden wollen*. Denn nähme man den Menschen die Begründungen für Normen, die für sie gelten, so gäbe man ihnen zu verstehen, dass sie die Möglichkeit, ihr Handeln an Gründen auszurichten, gar nicht brauchen, weil sie das ohnehin nicht können. Man verwehrte ihnen auf fundamentale Weise von vornherein jede Vorstellung davon und jeden Glauben daran, rational handelnde Wesen sein zu können und daher selber über ihre Handlungen und ihr Leben bestimmen zu dürfen; man würde sie, mit anderen Worten, als *autonome Wesen* missachten. Selbst wenn dem Menschen faktisch nur ein kleinstes Mass an Vernunftfähigkeit oder Autonomie zugesprochen werden könnte, würde das konsequenterweise genügen, um eine Rechtfertigung für die normativen Ordnungen, in denen er lebt, zu fordern.[196] Um die anhaltende Kritik an der Vernunftfähigkeit des Menschen aber dennoch ernst zu nehmen, kann hier den kontroversen Debatten aus dem Weg gegangen werden, indem der Mensch nicht als vernünftiges, sondern als *rechtfertigendes Wesen* bestimmt wird.[197]

V. Normen als Handlungsmotive und Wertmassstäbe

Normative Ordnungen setzen nicht nur eine Rechtfertigung voraus, sie generieren zugleich auch eine Rechtfertigung.[198] Durch Normen wird die Grundstruktur einer Gesellschaft legitimiert, namentlich die Ausübung politischer Autorität und eine bestimmte Verteilung von Gütern und Lebenschancen.[199] Dabei können Normen, insofern sie gerechtfertigt sind, ihrerseits als legitime *Gründe für Handlungen* angesehen werden.

Normen gelten als Gründe für bestimmtes Verhalten, an die sich Menschen bei ihren Handlungen gebunden sehen, obwohl sie nur in seltenen Fällen dazu gezwungen werden. Rainer Forst bezeichnet dieses Phänomen der Normativität auch als „eine Art der Bindung ohne Fessel“:

> „‚Normen‘ sind, in einer allgemeinen Bestimmung, praktische Gründe für Handlungen, die den Anspruch erheben, verbindlich zu sein, und die ihre Adressaten entsprechend dazu verpflichten, sich diesen Grund als ein Handlungsmotiv zu eigen zu machen. ‚Normativität‘ ist eine Art der Bindung ohne Fessel – also ein intelligibles Phänomen des Sichgebundensehens durch Gründe für bestimmtes Verhalten.“[200]

---

[195] M.w.V. auf philosophische Kritiker, *Schnädelbach*, S. 13 ff.; statt Vieler aus der Neuropsychologie, *Jäncke*, S. 23 ff.; Verhaltensökonomische Kritik bei *Kahneman*, S. 109 ff.

[196] Mit anderer Argumentation, aber gleichem Ergebnis, *Kohler*, S. 168.

[197] Vgl. *Forst*, Rechtfertigung, S. 9.

[198] *Forst/Günther*, S. 11.

[199] *Forst*, Normativität, S. 87.

[200] *Forst/Günther*, S. 16.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Normativität wird üblicherweise auch von anderen gegenwärtigen Philosophen mit Gründen in Verbindung gebracht.[201] So bezeichnet Joseph Raz diejenigen Aspekte der Welt als normativ, deren Existenz Gründe für Menschen erzeugen, Gründe, durch die bestimmte Vorstellungen, Empfindungen, Absichten oder Handlungen als angebracht oder als unangebracht gelten.[202] Die Erklärung von Normativität sei eine Erklärung davon, was als Grund gelten könne:

> „The normativity of all that is normative consists in the way it is, or provides, or is otherwise related to reasons. The normativity of rules, or of authority, or of morality, for example, consists in the fact that rules are reasons of a special kind, the fact that directives issued by legitimate authorities are reasons, and in the fact that moral considerations are valid reasons. So ultimately the explanation of normativity is the explanation of what it is to be a reason, and of related puzzles about reasons.“[203]

Gründe können als Erwägungen verstanden werden, die man idealerweise berücksichtigt und auf die man entsprechend reagiert, wenn man sich fragt, was man tun (oder denken) *soll*.[204] Dementsprechend stellen Normen für unser Tun Handlungsmotive dar.

Normen fungieren in diesem Sinne auch als Wertmassstäbe. Eine Tat (oder eine Gesinnung) wird nämlich als *gut* oder *schlecht* beurteilt, je nachdem ob sie einer objektiv gültigen Norm gemäss ist.[205] Hans Kelsen bezeichnet ein solches Urteil als *Werturteil*: eine Beurteilung eines Seins-Faktums anhand einer Norm.[206] Vor ihm hat Moritz Schlick schon festgehalten:

> „[Eine Norm] gibt nämlich nur die Umstände an, unter denen eine Handlung oder eine Gesinnung oder ein Charakter tatsächlich als ‚gut‘ bezeichnet, das heisst als sittlich gewertet wird. Die Aufstellung von Normen ist gar nichts anderes als die Festlegung des Begriffes des Guten, welches die Ethik zu erkennen unternimmt.“[207]

Eine Norm, die ein bestimmtes Verhalten als gesollt festlegt, konstituiert somit einen positiven oder negativen Wert. Einen positiven Wert hat das Verhalten, dass der Norm entspricht; einen negativen Wert hat das Verhalten, dass ihr widerspricht. Es kann hier also festgehalten werden, dass Normen Werte konstituieren.[208] Die Kriterien, die in Sollenssätzen festgeschrieben sind, werden zu Wertmassstäben bei der Beurteilung von Verhalten.[209]

---

[201] *Wallace*, S. 33; *Wildt*, Menschenrechte, S. 126; vgl. statt vieler *Raz*, Engaging, 22 ff., 67 ff., 90 ff., 247 ff.

[202] *Raz*, Rationality, S. 67.

[203] *Raz*, Rationality, S. 67.

[204] *Wallace*, S. 34.

[205] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 17.

[206] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 18.

[207] *Schlick*, S. 11.

[208] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 17 f.

[209] Sofern die Normen durch menschliche Willensakte gesetzt werden, sind die durch sie konstituierten Werte willkürlich und somit nur *relative* Werte. Dies im Gegensatz zu

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Da ohne Norm die relevanten Kriterien fehlen würden, sind Normen Grundlage und Voraussetzung für jedes Werturteil. Um eine Handlung nach bestimmten Kriterien bewerten zu können, bedarf es Normen, die jene Kriterien aufgreifen. So gilt eine Handlung als gerecht, wenn sie einer Norm gemäss ist, welche selber als gerecht angesehen wird.

Normen verändern so die Qualität einer Handlung in der Wahrnehmung der Gesellschaft, in der die Norm gilt. So kann die Tötung eines Menschen als Vollzug eines gerichtlichen Todesurteils oder aber als Mord gelten, je nachdem wie die rechtlichen Normen im Strafgesetzbuch und der Strafprozessordnung ausgestaltet sind.[210]

B. Herausbildung normativer Prinzipien aus Rechtfertigungsnarrativen

I. Narrative Quellen der Legitimität

Rechtliche, moralische und auch religiöse Normen unterscheiden sich in der wesentlichen Frage, *wie* die Geltung dieser Normen begründet ist, also mit welchen Gründen ihre Sollens-Forderungen gerechtfertigt werden können.

Gründe und Rechtfertigungen entstehen aus historischen Konstellationen und Erfahrungen heraus, die über längere Zeiträume tradiert und modifiziert werden.[211] Normen sind somit überwiegend in Narrative eingebettet, in jene historisch und lokal geprägten Erzählungen und Handlungen, aus denen ihre rechtfertigenden Gründe entstehen.[212] In Rechtfertigungsnarrativen verdichten sich Bilder, Partikularerzählungen, Rituale, Fakten und Mythen zu Gesamterzählungen, die als Ressource der Sinngebung von normativen Ordnungen fungieren.[213]

Solche Narrative werden in philosophischen Begründungsdebatten gelegentlich kritisch betrachtet, als „Trugbilder“, die „auf dem Weg hin zu einer reinen Einsicht in die Wahrheit über die Welt überwunden werden müssen“.[214] Demzufolge gelten Narrative bestenfalls als Zierrat und schlimmstenfalls als Verdunkelung, jedenfalls aber als etwas Überflüssiges, das von der Legitimationsessenz zu trennen sei.

Naturrechtslehren, in denen von übermenschlichem Willen und somit von *absoluten* Werten ausgegangen wird, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 18.

[210] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 4.

[211] Dies trifft auch auf Begründungskonzepte zu, die auf alle Empirie verzichten wollen, wie bspw. das von Immanuel Kant: Seine Prämissen von Vernunft und Autonomie sind auch erst aus historischer und kultureller Erfahrung entstanden.

[212] *Forst/Günther*, S. 18.

[213] *Forst*, Normativität, S. 87.

[214] *Forst*, Normativität, S. 86.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dieser Auffassung wird hier entgegengehalten, dass rechtfertigende Gründe für normative Ordnungen nicht einfach mit Geschichten verbunden, sondern ohne diese gar nicht vollständig zu verstehen sind. Rechtfertigungen entstehen aus spezifischen Zusammenhängen, weisen aber vor allem über sie hinaus. Als Beispiel kann hier die historische Erfahrung des Holocausts und des damit verursachten Zivilisationsbruchs angeführt werden, welche das Verständnis von Menschenwürde und Menschenrechten neu bestimmt hat; oder die Kämpfe gegen die koloniale Vorherrschaft der Europäer, die zu einer Sensibilisierung für das eigene Recht von kulturellen und religiösen Lebensformen und Identitäten geführt haben.[215] Es wird dadurch keine vermeintliche Ableitung von normativer Legitimität aus faktischen Ereignissen beschrieben, sondern vielmehr die Entwicklung von normativen Prinzipien in historischen und kulturellen Kontexten.

Wenn normative Ordnungen den Anspruch erheben, legitim zu sein, dann tun sie dies auf je spezifische Weise. Narrative stellen eine normative Selbstbeschreibung dar, mit der sich Normenordnungen für Kritik und für eine Dynamik der Rechtfertigung öffnen.[216] Ihrem Wesen nach sind solche Rechtfertigungsnarrative nichts Gutes oder Schlechtes; sie haben „deskriptiv gesprochen unterschiedliche normative Kraft und normativ gesprochen unterschiedliche Qualität".[217]

II. Historische Entwicklung legitimierender Narrative

In frühen Hochkulturen haben sich die herrschenden Familien mithilfe von Ursprungsmythen gerechtfertigt.[218] So haben sich in Ägypten die Pharaonen zunächst selbst als Götter dargestellt, z. B. als Horus, Sohn der Osiris. Mystische Erzählungen genügten als narrative Gründe. Mit der Entwicklung und Ausdehnung der alten Hochkulturen wuchs der Legitimations*bedarf*; es reichte nicht mehr, allein die Person des Herrschers zu rechtfertigen, vielmehr bedurfte nun die ganze politische Ordnung einer Rechtfertigung.[219] Als Rahmen für spezifische Rechtfertigungsnarrative dienten die kosmologisch begründeten Ethiken, die Hochreligionen und die Philosophien, die auf die grossen Stifter zurückgehen: Konfuzius, Buddha, Sokrates, die israelischen Propheten und Jesus.[220] Aus solchen rationalisierten Weltbildern haben sich Erzählungen und schliesslich Argumente gebildet.

Recht, Moral und Religion können kulturhistorisch über viele Jahrhunderte kaum getrennt voneinander betrachtet werden. So stand Recht, insbesondere bei

[215] Vgl. *Forst*, Normativität, S. 88.
[216] *Forst*, Normativität, S. 87.
[217] *Forst*, Normativität, S. 101.
[218] *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 43.
[219] *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 43.
[220] Vgl. *Jaspers*, S. 104 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

den griechischen Klassikern, im Zusammenhang mit bestimmten Vorstellungen vom richtigen Leben oder vom Guten.[221] In diese Vorstellungen sind wiederum religiöse Motive eingeflossen. So wurde Recht geschichtlich überwiegend von religiösen Autoritäten verwaltet und als Widerspiegelung göttlicher Richtigkeit interpretiert.[222]

Der Kirchenlehrer Augustinus hat so beispielsweise das Narrativ der „ewigen Gottesbürgerschaft" geschaffen, das sich wirkmächtig aus der Spätantike ins frühe Mittelalter hinein verbreitete.[223] Nach dem Zerfall des römischen Imperiums definierte Augustinus den göttlichen Staat, der zum wirklichen Staat in einem dialektischen Verhältnis stehe und diesen transzendiere.[224] Die normative Ordnung des irdischen Reichs könne die Reinheit der Lehre Christi und seines Reichs zwar nicht abbilden oder nachahmen, sie hat sich aber an ihr auszurichten, auch wenn sie notwendig mit den Fehlern des Irdischen behaftet bleibe. Die göttliche Herkunft des christlich verstandenen Naturrechts verleiht dem irdischen Recht seine Legitimität. Auch der Herrscher, als oberster Gerichtsherr, untersteht dem sakralen Recht. Dessen Legitimität überträgt sich so auf die weltliche Macht.[225] Diese Zweiteilung der normativen Ordnungen in eine empirische und eine ideale Ordnung wird für das politische Denken der Folgezeit bestimmend bleiben; so etwa in der Luther'schen Zwei-Reiche-Lehre und selbst bei Kant noch, wo das Ideal aber säkulär verstanden wird.[226]

Unter den Bedingungen der Neuzeit sind Tradition und Religion als narrative Quellen der Legitimation zunehmend versiegt. Mit der Enthauptung des Königs in der Französischen Revolution wurde die Linie der Tradition geradezu physisch abgebrochen. Religiöse Überzeugungen sind in Folge der Glaubensspaltung plural geworden und im Zuge der Säkularisierung haben sie ihre generelle Akzeptanz verloren.[227] Als Reaktion auf diese Entwicklung vollzog das Recht seit dem späten Mittelalter einen Prozess der Positivierung; es löste sich von Tradition und Religion und wurde frei änderbar.[228] Die zweigliedrige Struktur des Rechtssystems musste in dem Masse weichen wie religiöse und ethische Weltbilder brüchig geworden sind. Das Recht schrumpfte auf eine Dimension zusammen und

---

221 *Engi*, Menschenrechte, S. 75.

222 Vgl. *Weber*, Wirtschaft, S. 467 ff.

223 Vgl. *Jaspers*, S. 313 ff.

224 Rainer Forst charakterisiert dieses Narrativ dementsprechend als „transzendent-dialektisch", *Forst*, Normativität, S. 90.

225 *Habermas*, Legitimität, S. 2.

226 Vgl. *Habermas*, Legitimität, S. 2, 7; Forst spricht hier von einer Drei- statt Zweiteilung, indem er neben der empirischen und der idealen noch die vermischte normative Ordnung zählt, *Forst*, Normativität, S. 90.

227 *Engi*, Menschenrechte, S. 73.

228 *Engi*, Menschenrechte, S. 75.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bestand nun nur noch aus dem, was bis dahin als „bürokratisches Herrscherrecht“[229] galt.

Aufgrund der Emanzipierung vom sakralen Recht galt die politische Gewalt des Herrschers nun als souverän. Alles Recht floss fortan aus dem souveränen Willen des politischen Gesetzgebers. Dieser musste nun jedoch die legitimatorische Lücke, die das theologisch verwaltete Naturrecht hinterlassen hat, aus eigener Kraft durch politische Gesetzgebung füllen.[230] An dieser Stelle fragt Jürgen Habermas:

> „Kann vom beliebig änderbaren politischen Recht noch eine ähnlich verpflichtende Autorität ausgehen wie zuvor vom unverfügbaren sakralen Recht? Bewahrt das positive Recht überhaupt noch einen verpflichtenden Charakter, wenn es seinen Geltungsmodus nicht mehr, wie das bürokratische Herrscherrecht im traditionalen Rechtssystem, einem vorgängigen und übergeordneten Recht entlehnen kann?“[231]

Damit spricht Habermas den Wegfall des bisherigen Rechtfertigungsnarrativs als legitimatorische Quelle an. Es musste ein Äquivalent gefunden werden für das religiös und metaphysisch begründete Naturrecht. Ein solches narratives Äquivalent konnte zunächst im Vernunftrecht gesehen werden, das ja nicht nur rechtsphilosophische, sondern auch unmittelbar rechtsdogmatische Bedeutung gehabt hat, wie etwa für die grossen Kodifikationen oder auch für die richterliche Praxis der Rechtsfortbildung.[232]

Als revolutionäre neue Rechtfertigungserzählung des Vernunftrechts galt die kontraktualistische Theorie. So erklärte John Locke, dass die Individuen von Gott als freie und gleiche geschaffen seien – was an sich schon neu war – und dass politische Herrschaft allein durch einen freien Vertrag zustande komme, in dem die Bedingungen der Herrschaftsausübung festgelegt werden.[233] In der Idee eines solchen Gesellschaftsvertrages wird die Grundfigur des bürgerlichen Privatrechts, die Vertragsautonomie, dazu benutzt, um Herrschaft durch ein Legitimitätsprinzip zu rechtfertigen – jedoch nur diejenige Herrschaft, die in den Formen des positiven Rechts *legal* ausgeübt wird.[234] Wenn alle autonomen Einzelnen untereinander einen Vertrag abschliessen, so kann er nur das zum Inhalt haben, was alle im jeweils eigenen Interesse vernünftigerweise wollen können. Auf diesem Wege kommen nur solche Regelungen zustande, die die ungezwungene Zustimmung aller haben. In diesem Grundgedanken steckt die Vernunft einer autonomen Moral.[235] Die weitere kontraktualistische Erzählung von Natur-

---

229 *Habermas*, Legitimität, S. 2 f.
230 *Habermas*, Legitimität, S. 3.
231 *Habermas*, Legitimität, S. 3.
232 M. w. V. *Habermas*, Legitimität, S. 6.
233 *Locke*, Kap. 8, Ziff. 95 ff.
234 *Habermas*, Legitimität, S. 6.
235 *Habermas*, Legitimität, S. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zustand, Konflikt und Staatsbildung ist ebenfalls kein historisches, sondern ein fiktiv-historisches Legitimationsnarrativ. Wie die vielen Versionen der kontraktualistischen Theorie seit Locke zeigen, ist dieses Narrativ deutungsoffen.[236]

Im Zuge dieser Rechtfertigungslinien erklärte sich die Geltung von Normen zunehmend aus *formalen* Vernunftprinzipien heraus. Nicht mehr nur eine inhaltliche Richtigkeit, sondern die Prozeduren und Voraussetzungen vernünftiger Einigung wurden zum Geltungsprinzip. Die Fiktion des Naturzustandes oder einer „original position" – wie in den Vertragstheorien von Hobbes über Locke bis Rawls – hat auch den Sinn, die Bedingungen zu spezifizieren, unter denen das gemeinsame Interesse aller Beteiligten in einer Vereinbarung ausgedrückt werden kann und insofern als vernünftig gelten darf.[237] Der legitimatorische Kern solcher fiktiv-prozeduralen Narrative liegt in der Idee der Unparteilichkeit, die in die jeweilige Moral- und Gerechtigkeitstheorie einfliessen soll.[238] In modernen Gesellschaften wird dementsprechend auch die Idee der Demokratie als die wichtigste normative Ressource zur Entwicklung einer Legitimationskonzeption angesehen.[239]

Als am Ende des 18. Jahrhunderts die ersten Verfassungen eingeführt wurden, vollzog sich praktisch eine vollständige Positivierung des Rechts. Alle Fragen sollten innerrechtlich beantwortet werden können; das Recht bildete nunmehr selbst seine Basis.[240] Die formelle Geltung des Rechts stützte sich nun – je nach Rechtsbegriff mehr oder weniger ausschliesslich[241] – auf die Geltung der Rechtssetzungsverfahren, welche sich wiederum aus der Geltung der Verfassung ableitete.[242] Gleichzeitig hat sich in den meisten Verfassungsbewegungen ein inhaltlicher Grundbestand von Rechten durchgesetzt, der im Zentrum des modernen Rechtssystems steht: die Grundrechte bzw. die Menschenrechte.[243] Als grundlegendste Rechte definieren sie den Rahmen des modernen Rechts. Mit ihnen wurde der Individualismus aus der aufgeklärten westlichen Welt überregional zur

---

236 *Forst*, Normativität, S. 91 f.

237 Vgl. *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 43.

238 *Habermas*, Legitimität, S. 12.

239 *Forst*, Normativität, S. 190; *Westle*, S. 23; umfassend dazu *Habermas*, Spätkapitalismus.

240 *Engi*, Menschenrechte, S. 76.

241 Nichtpositivisten fordern daneben noch die moralische Richtigkeit als Bedingung für die Geltung des Rechts, vgl. *Alexy*, Begriff, S. 17.

242 Worauf sich die Geltung der historisch ersten Verfassung stützt, wird je nach Rechtstheorie anders beantwortet. Hans Kelsen schlägt eine hypothetische Grundnorm als letzten Geltungsgrund vor, siehe *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 204; siehe dazu *§ 6 C. II. Die Grundnorm bei Hans Kelsen*.

243 Zur Unterscheidung bzw. zum Zusammenhang von Menschenrechten und Grundrechten siehe *Borowski*, S. 44 ff.; siehe auch *§ 3 C. Menschenrechte als juridische Rechte*.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Geltung gebracht.[244] Für die Menschenrechte haben sich eine Vielzahl von Narrativen herausgebildet und dadurch auch unterschiedliche abstrakte Prinzipien ihrer Legitimation.[245]

An dieser Stelle kann zweierlei festgehalten werden: Einerseits gewinnen die hier exemplarisch skizzierten Rechtfertigungsnarrative ihre *normative Kraft*, die deskriptiv zu verstehen ist, aus der spezifischen Art, wie sie menschliche Erfahrungen bündeln und zu Idealen formen. Andererseits zielen solche Narrative im Kern auf relativ abstrakte *Prinzipien*, wie solche der ethischen Richtigkeit, der Heiligkeit, der Freiheit, der Autonomie oder der Unparteilichkeit.[246] So hängt die Rechtfertigungs*qualität* der Narrative von der Geltung der jeweiligen Prinzipien ab, die jedoch zeitbedingt und relativ ist:

> „Jeder Generation ist es aufgegeben, aus der Tradition stammende Legitimitätsansprüche entweder mit neuem Leben zu erfüllen, oder zugunsten andersartiger Rechtfertigungsversuche zurücktreten zu lassen. […] Jahrhundertelang offenbarten sich in der Legitimitätsidee das Entstehen und Vergehen von ethisch-rechtlichen Rechtfertigungsansprüchen staatlicher Herrschaftsordnungen.“[247]

Durch die normative Geltung der Prinzipien können die Grenzen der spezifischen Kontexte überschritten werden. Ob und inwiefern aber diese Prinzipien normativ gelten, leitet sich wiederum aus der *Plausibilität der Argumente* ab, die diese Geltung begründen.[248]

III. Legitime Begründungen in und von Geltungstheorien

Die Narrative und die daraus erwachsenen normativen Prinzipien bilden den inhaltlichen Hintergrund für *Geltungstheorien* von Normen und machen häufig erst die Wahl ihrer Prämissen und Kriterien nachvollziehbar. In solchen Geltungstheorien – die in der Regel Bestandteil von umfassenderen Rechts- oder Moraltheorien sind – werden nämlich je verschiedene Kriterien festgelegt, die erfüllt sein müssen, damit eine Norm als geltend angesehen wird.[249]

Je nach Theorie wird somit eine andere Vorstellung von der *Art der Geltung* und damit der spezifischen Existenz von Normen vorgeschlagen. So weist die Geltung einer Rechtsnorm in der Regel einen anderen Charakter auf als die Geltung einer moralischen Norm und diese wieder einen anderen als die Geltung einer religiösen Norm. Anschaulich wird dies, wenn Geltung mit Verbindlichkeit verknüpft wird – was gängig ist, insb. im Bereich der juristischen Geltung[250] –,

---

244 *Engi*, Menschenrechte, S. 76.
245 Siehe dazu *4. Teil: Legitimität von Menschenrechten*.
246 Vgl. *Forst*, Normativität, S. 93.
247 *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 300 f.
248 Siehe *§ 7 B. V. Plausibilität der Geltungsgründe.*
249 Vgl. *Alexy*, Theorie, S. 49; siehe *§ 4 B. II. Geltungstheorien zu Normen.*
250 M. w. V. *Meyer*, S. 38 ff.; vgl. *Hofmann*, S. 29, 32 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

denn die Verbindlichkeit einer Rechtsnorm wird üblicherweise anders wahrgenommen als die Verbindlichkeit von Moral oder einer religiösen Glaubensregel.[251]

Normativ legitim bzw. anerkennungswürdig kann eine Norm nur in Bezug zu der jeweiligen Vorstellung sein, wie diese Norm zu „existieren" hat; d. h. legitim kann eine Norm *nur relativ* zur jeweiligen Geltungstheorie sein.[252]

Zu unterscheiden ist hier zwischen einer „*Legitimität nach innen*" und einer „*Legitimität nach aussen*".[253] Erstere liegt vor, wenn eine Norm alle Kriterien einer Geltungstheorie erfüllt. Dann ist diese Norm im Sinne dieser Theorie *gültig* und erlangt, im Geltungsrahmen dieser Theorie, legitim Geltung; d. h. dann ist ihre spezifische Existenz als Norm dieser Art gemäss des jeweiligen Geltungsbegriffes würdig, anerkannt zu werden.[254] Am Beispiel einer positivistischen Geltungstheorie des Rechts: Wenn eine Norm verfassungsgemäss gesetzt wurde und ein Minimum an Wirksamkeit aufweist, sind alle Kriterien gegeben, damit diese Norm gemäss Rechtspositivismus als Recht anerkennungswürdig ist; d. h. sie ist somit *juristisch gültig* und kann als Recht gemäss dem positivistischen Rechtsbegriff legitim Geltung beanspruchen.[255] So ist auch für Werner von Simson im Rechtspositivismus „alles Rechtliche unterhalb der Verfassungsstufe" sozusagen *nach innen* legitim; oder in seinen Worten:

> „[…] *innerhalb* des Legalsystems legitimiert, d. h. seine einzig denkbare Legitimation besteht eben darin, dass es der höheren Norm, von der es in der Rechtsordnung abhängig ist, entspricht, oder sich doch in deren Grenzen hält. Innerhalb des Gesamtgefüges der Legalität gibt es keine andere Legitimität als die Gesetzestreue."[256]

Was hier als „Legitimität nach aussen" bezeichnet werden soll, spricht von Simson mit Bezug auf das Recht gleich darauf auch an:

> „Erst das Ganze, welches durch das Gebäude der Legalität zusammengehalten und zu einer rechtlich widerspruchslosen Einheit gefügt ist, kann als Objekt einer über diesen Zusammenhang hinausgehenden Legitimitätsanforderung in Frage kommen."[257]

Legitimität nach aussen liegt dann vor, wenn der jeweilige Begriff von Recht oder Moral und die dazugehörige Definition der Geltungskriterien *als solche* und als Ganzes in ihrer Geltung anerkennungswürdig und damit (normativ) legitim

---

[251] Vgl. *Seelmann/Demko*, S. 79 ff.

[252] Siehe *§ 4 D. II. Attributive Verwendungsweise von „Legitimität"*.

[253] Dieser Vorschlag lehnt sich an Ernst Tugendhats Unterscheidung einer „internen" und einer „externen" Begründungsfrage an, *Tugendhat*, Drei, S. 60; vgl. dazu *Wolf*, Problem, S. 29; siehe *§7 B. I. Die interne und die externe Begründungsfrage*.

[254] Siehe *§ 4 D. I. Legitime Normen und gültige Normen.*

[255] Zum juristischen Geltungsbegriff des Setzungspositivismus m. w. V. *Meyer*, S. 21 f.

[256] *Simson*, S. 465.

[257] *Simson*, S. 465.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sind. Es geht dabei also um die Begründung des Normbegriffs und seiner Geltungskriterien. Diese Gründe der Geltung werden in einer Normentheorie in der Regel mitgeliefert – oft als Kernstück –, und zwar als sog. *Geltungsgründe*.[258]

Gründe für die Geltung beschreiben, *warum* und *inwiefern* eine so charakterisierte Norm (bzw. ein so charakterisiertes Normsystem) von den Normadressaten ein Sollen fordern können soll. Dabei wird nun ein anderer Massstab der Beurteilung – sozusagen von *aussen* – an den Normbegriff seine Geltung gelegt. Hier kommt, wie eben erwähnt, u. a. zum Ausdruck, *welche Art* von Geltung und Verbindlichkeit die Norm schafft. Wiederum am Beispiel einer rechtspositivistischen Normentheorie: Wer einen positivistischen Rechtsbegriff nicht für anerkennungswürdig hält, der bestreitet, dass eine so charakterisierte Norm (oder ein so charakterisiertes Normsystem) *als Recht* gelten soll. Dies, weil nur unzureichende Gründe dafür vorlägen, dass eine so verstandene Norm von den Normadressaten ein Sollen, *das als Recht bezeichnet wird*, fordern können soll; d. h. der Geltungsgrund von positivistisch verstandenem Recht wird in diesem Fall als illegitim angesehen. So fordert ein Nichtpositivist, dass ein moralischer Aspekt als Geltungskriterium einer Rechtsnorm hinzukommen müsse. Erst dann würden zureichende Gründe vorliegen, dass eine so verstandene Norm als Recht ein Sollen fordern können soll; d. h. als geltendes Recht legitim ist. Der moralische Geltungsgrund des Nichtpositivisten bringt dabei zum Ausdruck, dass für ihn die Art, wie Recht gelten soll, näher an der Art der Geltung von Moral ist. Den Positivisten und den Nichtpositivisten unterscheidet die Auffassung davon, wie, d. h. auf welche charakterliche Art, Normen gelten sollen, wenn man sie als Recht bezeichnen will.

Kurz gesagt: Eine Norm gilt als normativ-ethisch legitim, wenn sie den jeweiligen Geltungskriterien entspricht („Legitimität nach innen“) *und* wenn der Grund ihrer Geltungskriterien legitim bzw. anerkennungswürdig ist („Legitimität nach aussen“); oder letzterer Aspekt konkreter: wenn ein anerkennungswürdiger Grund dafür vorliegt, dass jemandem eine Sollens-Forderung dieser Art gestellt werden kann. Ob nun ein Geltungsgrund anerkennungswürdig ist oder nicht, hängt von den jeweiligen *Argumenten* ab. Bis hierhin wurde jedenfalls geklärt, welche Aspekte genau einer Begründung bedürfen, um eine Norm als legitim bezeichnen zu können. Letztlich bedarf es dafür beider: „Legitimität nach innen“ sowie „nach aussen“.

C. Das Problem der Begründung

I. Der Satz vom zureichenden Grund

Begründungen gelten als eine rationale Methode, um Argumente auf ihre Plausibilität hin zu beurteilen; dies nicht nur in der Rechts- und Moralphiloso-

[258] Vgl. *Perry*, S. 97 ff.; vgl. *Capps*, S. 9; vgl. *Henkel*, S. 73 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

phie, sondern grundsätzlich in allen Wissenschaften.[259] In alten Logik-Lehrbüchern ist der „Satz vom zureichenden Grund“[260] zu finden, der als Grundsatz des Denkens – als Axiom der Logik – verstanden wurde. Das Rationalitätsmodell, das die klassische Erkenntnislehre dominiert, ist somit geprägt von der Forderung: Suche stets nach einer zureichenden Begründung aller deiner Überzeugungen![261]

Wollen wir einer Aussage in diesem Sinne ein unerschütterliches Fundament geben, so müssen wir nach sicheren Gründen suchen und damit nach Rechtfertigung unserer Überzeugungen. Werden diese Gründe hartnäckig weiter hinterfragt, so gilt die Suche einem *archimedischen Punkt* für den Bereich unserer Erkenntnis. René Descartes schuf diese Metapher, indem er Archimedes' Aussage aufgriff, die Erde anheben zu können, wenn er nur einen festen Punkt und einen ausreichend langen Hebel dazu hätte. So schrieb Descartes im Jahr 1641:

> „Und ich will solange weiter vordringen, bis ich irgend etwas Gewisses, oder, wenn nicht anderes, so doch wenigstens das für gewiss erkenne, daß es nichts Gewisses gibt. Nichts als einen festen und unbeweglichen Punkt verlangte Archimedes, um die ganze Erde von ihrer Stelle zu bewegen, und so darf auch ich Grosses hoffen, wenn ich nur das geringste finde, das sicher und unerschütterlich ist.“[262]

Damit beschrieb Descartes die prinzipielle Schwierigkeit in der Erkenntnislehre, auch nur eine einzige vollkommen evidente und unbezweifelbare Tatsache zu bezeichnen. Wenn sich solch ein *absoluter* Punkt finden liesse, wenn also an letzte Gegebenheiten angeknüpft werden könnte, dann scheint auch der Rekurs auf sichere Gründe zu glücken und das Postulat der zureichenden Begründung tatsächlich zur Wahrheit zu führen, ohne dass dabei menschliche Willkür im Spiel ist.[263]

---

[259] Vgl. dazu *Raz*, Rationality, S. 67 ff.

[260] M. w. V. auf Werke von Gottfried Wilhelm Leibniz und Arthur Schopenhauer, *Albert*, S. 9; unterdessen ist der Satz vom zureichenden Grund („principium rationis sufficientis“) *als logisches Axiom* aus den Lehrbüchern der Logik verschwunden, nicht jedoch *als methodisches Prinzip*. Als solches hat der Satz nichts an Gültigkeit verloren, vgl. *Albert*, S. 10 f.; in diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass Karl Popper seit den 1930er Jahren mit seiner Theorie des „kritischen Rationalismus“ einen Paradigmenwechsel in der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie angestossen hat, der sich bis heute jedoch nur teilweise durchgesetzt hat. Dabei wird die *Falsifikationsmethode* den Methoden des klassischen Empirismus und des klassischen Rationalismus entgegengestellt; für eine Übersicht über Theorie und Kritik des „kritischen Rationalismus“ siehe *Niemann*, S. 52 ff.; zu Poppers erkenntnistheoretischem Hauptwerk siehe *Popper*; da in vorliegender Arbeit nicht nach empirischer Wahrheit gefragt wird, sondern nach Kategorien wie der normativen Anerkennungswürdigkeit von Geltungstheorien, ist nach wie vor mittels klassischer zureichender Begründung vorzugehen; zur Differenzierung zwischen Wahrheit und Rechtfertigung in Bezug auf Legitimitätsfragen vgl. *Wirsing*, S. 181 ff.

[261] *Albert*, S. 10.

[262] *Descartes*, S. 17.

[263] *Albert*, S. 16.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Das Münchhausen-Trilemma

Das grundlegende Problem, das sich auf dem Erkenntnisweg der Begründung stellt, lässt sich mit der Suche nach einem archimedischen Punkt der Erkenntnis schon erahnen. Hans Albert hat dieses „Problem der Begründung" gar als *das* zentrale Problem der Erkenntnislehre beschrieben.[264] Anhand des folgenden Beispiels soll dies veranschaulicht werden:

Die normative Aussage „A hat moralisch schlecht gehandelt" könnte damit begründet werden, dass A gelogen hat. Diese Folgerung ist nur gültig, wenn die Schlussregel „Lügen ist moralisch schlecht" besteht. Auf dieser ersten Stufe des moralischen Argumentierens wird ein *Handeln* auf Grund einer sozial anerkannten Norm – also der Schlussregel – gerechtfertigt oder verurteilt. Auf einer zweiten Stufe ist sodann die Gültigkeit dieser *Norm* mit Gründen zu rechtfertigen. Man könnte hier auf die tatsächlichen Folgen einer sozialen Praxis nach dieser Norm verweisen, zum Beispiel: „Lügen hat die Zerstörung des Vertrauens zwischen den Menschen zur Folge und verursacht so unnötiges Leiden." Dadurch wird präzisiert, was der Grund von Wertungen ist, hier also: die Verursachung des unnötigen Leidens. An dieser Stelle muss deutlich gemacht werden: Eine Begründung muss die *Schlussregel* angeben, nach der ein solches Kriterium (Verursachung von unnötigem Leid) Grund für Wertungen sein kann. In der Schlussregel (und nicht im deskriptiven Grund) steckt der wertende Aspekt, weshalb es vor allem auf die Begründung dieser Schlussregel ankommt. Dies setzt dann aber wiederum eine Regel voraus, die etwa so lauten könnte: „Wenn eine Praxis unnötiges Leiden verursacht, ist sie nicht gerechtfertigt." Solche Annahmen über letzte, nicht hinterfragbare Richtigkeitskriterien können die Basis ganzer ethischer Systeme sein, wie in diesem Beispiel das des Utilitarismus.[265]

An dieser Stelle wird man in praktischen Diskursen üblicherweise nicht nach weiteren Begründungen fragen, sondern sich mit einem der Zwischenresultate begnügen. Man *könnte* aber sehr wohl noch nach einer Begründung für diese Regel fragen. Da diese Begründung ebenfalls wieder Regeln und deren Begründung nochmals Regeln usw. voraussetzt, gerät man so in einen *infiniten Regress*, sofern der Satz der zureichenden Begründung ernst genommen wird.[266]

Hans Albert hat diese Situation als „Münchhausen-Trilemma" bezeichnet: Wenn man bei Begründungen im Allgemeinen – und damit auch bei Begründun-

---

[264] *Albert*, S. 8.

[265] Siehe *Seelmann/Demko*, S. 186, die dieses Beispiel von Robert Alexy entlehnt haben, *Alexy*, Argumentation, S. 55 ff.; Alexy wiederum hat dabei das Strukturschema für Begründungen von Stephen Toulmin übernommen und es auf normative Aussagen angewandt; gemäss Toulmins Schema ist eine Behauptung dann begründet, wenn sie als Konklusion mittels einer Schlussregel aus einer Tatsachenbehauptung aufgefasst werden kann, siehe *Toulmin*, S. 99 ff.

[266] *Albert*, S. 13.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gen von Wertungen und Normen – konsequent nach einer weiteren Begründung verlangt, führe das zu einer Situation mit drei Alternativen, die alle drei unakzeptabel erscheinen:

„Man hat hier offenbar nur die Wahl zwischen:

1. einem *infiniten Regress*, der durch die Notwendigkeit gegeben erscheint, in der Suche nach Gründen immer weiter zurückzugehen, der aber praktisch nicht durchzuführen ist und daher keine sichere Grundlage liefert;
2. einem *logischen Zirkel* in der Deduktion, der dadurch entsteht, dass man im Begründungsverfahren auf Aussagen zurückgreift, die vorher schon als begründungsbedürftig aufgetreten waren, und der, weil logisch fehlerhaft, ebenfalls zu keiner sicheren Grundlage führt; und schließlich:
3. einem *Abbruch des Verfahrens an einem bestimmten Punkt*, der zwar prinzipiell durchführbar erscheint, aber eine willkürliche Suspendierung des Prinzips der zureichenden Begründung involvieren würde.“[267]

Alle drei Möglichkeiten liefen demnach auf den untauglichen Versuch hinaus, sich wie der Lügenbaron von Münchhausen am eigenen Schopf aus dem Sumpf zu ziehen.[268]

III. Mögliche Auswege aus dem Trilemma

Wenn Recht oder Moral normativ legitimiert werden soll, muss auf die eine oder andere Weise mit dem Münchhausen-Trilemma umgegangen werden. Die moderne Rechtsphilosophie hat in dieser scheinbar ausweglosen Situation verschiedene Methoden entwickelt, wie dennoch zu rationalen Ergebnissen mittels normativer Begründungen gelangt werden kann.

So kann man argumentieren, dass ein Abbruch des weiteren Fragens nach einer Begründung nicht in jedem Fall als willkürlich bezeichnet werden muss, so wie Hans Albert in der dritten Option des Trilemmas postuliert. Vielmehr kann es gute pragmatische Gründe dafür geben, an einer bestimmten Stelle mit dem Weiterfragen aufzuhören. Ein Grund dafür wäre, dass ein Abbruch im *Konsens* aller Betroffenen erfolgt. Auf Konsenstheorien wird insbesondere in Vertragstheorien oder in der Diskursethik zurückgegriffen.[269] Dabei wird, anstatt nach

---

[267] *Albert*, S. 13; das Münchhausen-Trilemma stellt sich unabhängig davon, ob es sich um die Sicherung von Erkenntnissen, Wertungen oder Normen handelt. Das Begründungspostulat führt für den Bereich der Moralphilosophie zu ebendenselben Schwierigkeiten wie für den der Erkenntnistheorie und der Wissenschaftslehre, *Albert*, S. 56, 61, 68.

[268] *Albert*, S. 13.

[269] Vertragstheorien haben seit der Aufklärung eine lange Tradition und sind bis heute aktuell, z. B. bei John Rawls, siehe *Rawls*, S. 15 ff.; die Diskursethik als Variante der Konsenstheorie wird heute am prominentesten von Jürgen Habermas vertreten, siehe dazu *Habermas*, Faktizität, S. 138 ff.; zu Habermas' Theorie im Lichte des Münchhausen-Trilemmas siehe *Ott/Mathis*, Würdigung, S. 208 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

inhaltlichen Richtigkeitskriterien objektiver Art zu suchen, nach formaleren und stärker subjektiven bzw. intersubjektiven Kriterien Ausschau gehalten. Es wird auf die Anforderungen an den Begründungs*prozess* als solchen gezielt und gefragt, unter welchen Umständen eine Bewertung zustande gekommen sein muss, damit sie als gültig betrachtet werden kann. Wenn also ein Konsens per Vertragsschluss oder per Diskurs in einem normativ legitimen Rahmen stattfindet, dann sind deren Inhalte nicht mehr dem sonst unvermeidlichen Regress ausgesetzt und die Suche nach einer Begründung darf hier abgebrochen werden.

Gegen Konsenstheorien besteht der Einwand, dass auch die Anforderungen an die Konsensfindung einer Begründung bedürfen, um als normativ legitim zu gelten und dass man so erneut in einen endlosen Regress gerät; beispielhaft erwähnt seien hier die inhaltlichen Anforderungen an die „ideale Sprechsituation“[270] bei Jürgen Habermas.[271] Ausserdem stösst man auf ein Paradox, wenn man nach dem Verpflichtungsgrund einer kontraktualistischen Begründung fragt, denn der Grundsatz *pacta sunt servanda* (Verträge müssen eingehalten werden) müsste ebenfalls aus einem Vertrag entspringen. Doch woraus erwächst dann die Verpflichtung zur Einhaltung dieses Vertrages, dem das *pacta sunt servanda* ja noch nicht zugrunde lag? Dies müsste dann offensichtlich mit anderen Gründen, die selbst nicht zur Vertragskonstruktion gehören, begründet werden.[272]

Eine zweite Möglichkeit dem Trilemma zu entgehen, besteht darin, tatsächlich eine Art *Letztbegründung* vorzulegen. Mit dieser Bezeichnung wird heute nur noch selten eine absolute Normbegründung gemeint, die unabhängig von jedem Willen der Beteiligten wäre.[273] Der Anspruch an Letztbegründungen ist etwas bescheidener: Es werden vor allem Widersprüchlichkeitsargumente verwendet, d. h. Argumente, die auf bestimmte Handlungen bezogen werden und die aus logischen Gründen zwangsläufig zu bestimmten Schlussfolgerungen führen müssen, da ansonsten ein performativer Widerspruch bzw. ein Selbstwiderspruch vorliegen würde.

Anschaulich wird diese Argumentationsform der Letztbegründung etwa bei Karl-Otto Apel, der gewisse Regeln für Diskurse formuliert, die Bedingung dafür seien, dass eine Argumentation überhaupt möglich ist.[274] Wer auch immer in einen Diskurs eintrete, indem er etwas behaupte und für die Geltung seiner Behauptung argumentiere, könne dies nicht tun, ohne gleichzeitig diese Diskursregeln zu akzeptieren. Diese Regeln drücken nämlich nur das aus, was gelten müsse, damit ein Argument ein Argument sein könne. Wenn jemand die Diskurs-

---

[270] *Habermas*, Faktizität, S. 139 f.

[271] Zu dieser Kritik siehe *Ott/Mathis*, Würdigung, S. 215.

[272] Dazu *Seelmann*, S. 315 ff.

[273] Vgl. *Hoerster*, Normgeltung, S. 258.

[274] Demensprechend hält Apel seine Diskursregeln für „transzendental-pragmatisch“ begründet, *Apel*, S. 424 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

regeln bestreiten wolle, müsse er sie, um dies zu tun, zugleich voraussetzen, denn auch Bestreiten ist ein Argumentationsakt. Man würde sich also selbst widersprechen müssen. Aussagen, die in diesem Sinne nicht ohne Selbstwiderspruch bestritten werden können, müssten aber als letztbegründet gelten. In der neueren Philosophiegeschichte lässt sich eine solche Argumentationsstruktur wohl zuerst bei Hegel ausmachen, teilweise werden heute auch Kants Argumente so interpretiert.[275]

Letztbegründungen stellen eine immanente Kritik am Münchhausen-Trilemma dar. Es wird nämlich gezeigt, dass man auf dem Begründungsweg nicht zwangsläufig in die Trilemma-Situation gerät, weil man zu einer echten letzten Begründung kommen kann. Darüber hinaus wird gegen das Münchhausen-Trilemma auch direkt ein Widersprüchlichkeitsargument vorgebracht: Wenn nämlich für die Behauptung „Letztbegründungen sind unmöglich" ein Geltungsanspruch aufgestellt wird, so besteht dabei ein innerer Widerspruch, und zwar zwischen dem Inhalt des Satzes und seinem Anspruch. Inhaltlich wird die Möglichkeit von unwiderleglich-voraussetzungslosen Geltungsansprüchen bestritten, vorgebracht wird dieser Anspruch aber gerade auf eine solche unwiderleglich-voraussetzungslose Weise.[276]

Grundsätzlich werden beide erwähnten Möglichkeiten auf das Trilemma zu antworten – also Konsenstheorien und Letztbegründungen – mit guten Argumenten kritisiert. Sei es, weil zusätzliche externe normative Vorgaben einfliessen müssen oder sei es, weil mit solchen Argumentationsformen in der Regel nur sehr wenige normative Fragen konkret beantwortet werden können. So gelangen fast alle modernen Theorien heute zu dem nicht unwichtigen Ergebnis, dass viele Gerechtigkeitsfragen nicht in irgendeiner Weise letztbegründbar entschieden werden können.[277]

IV. Entscheidung statt Erkenntnis

Will man nun auf dem Weg der Begründung bleiben, jedoch einen infiniten Regress oder einen Zirkelschluss vermeiden, bleibt einem für viele normative Fragen nichts anderes übrig, als auf einen letzten Begründungsregress zu verzichten. Angesichts der Notwendigkeit des Begründungsabbruchs kann man fragen, wie darüber eine Verständigung erreicht werden kann, und zwar auf einer grundsätzlichen, vorkonsensuellen Ebene. Man argumentiert dann mit einem Modell der *Anerkennung von Normen*. So eine Argumentation findet meist auf der Basis von gemeinsam geteilten Interessen und Theorien der gegenseitigen Anerken-

[275] Siehe dazu *Seelmann*, S. 315 ff., der Hegels Letztbegründungsargument beispielhaft an seiner Strafbegründungstheorie nachzeichnet.

[276] *Hösle*, S. 14 ff.

[277] Vgl. *Seelmann/Demko*, S. 189, 197, 205.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nung statt.[278] Aber grundsätzlich geht es darum, Prämissen zu finden, die allgemein anerkennungsfähig bzw. -würdig sind.

Es wird dabei nun nicht mehr ein Ausweg aus dem Trilemma gesucht, sondern die dritte der Optionen gewählt, die Hans Albert vorgeschlagen hat: Der Prozess der weiteren Begründung wird an einer gewissen Stelle abgebrochen und dadurch der Satz der zureichenden Begründung suspendiert. Die Behauptung, dass dies Willkür sei, trifft zwar zu, aber das kann hier relativiert und damit abgemildert werden, indem man anerkennungswürdige Prämissen an die Stelle des letzten Grundes setzt. Albert meint, dass der Versuch, den Begründungsabbruch zu rechtfertigen, „durch Rekurs auf Überzeugungen" erfolgen könne, „die den Stempel der Wahrheit an sich tragen und daher geglaubt werden müssen".[279] Weiter hält er aber auch fest:

> „Im Rahmen einer Methodologie, die sich auf das Begründungspostulat stützt, ist es, wie man sieht, grundsätzlich nicht möglich dem Abbruch des Verfahrens an einem bestimmten Punkt den Charakter der Willkür zu nehmen."[280]

Mit dem Setzen von Prämissen wird ganz grundsätzlich klar: *Entscheidungen treten an die Stelle der Erkenntnissuche.* Albert spitzt das zur Aussage zu, dass alle Sicherheiten in der Erkenntnis letztlich „selbstfabriziert" und damit für die Erfassung der Wirklichkeit wertlos seien.[281] Auch wenn er dies zunächst auf die Erkenntnis von Tatsachen bezieht, gelte diese methodische Einsicht prinzipiell genauso für Begründungen von Werten und ethischen Überzeugungen, also für die normative Ebene, wie er ausführlich darlegt.[282] Denn es werde damit ja auf die allgemeine Struktur des Begründungsdenkens gezielt, ohne Rücksicht darauf, welche Art von Überzeugungen zur Diskussion steht. Wer für konkrete Werturteile eine zureichende Begründung anstrebe, der wird – sofern er die beiden anderen Äste des Trilemmas vermeiden will – auf letzte Wertmassstäbe rekurrieren müssen, die keiner weiteren Begründung mehr fähig sind. Damit wäre er auf moralische *Entscheidungen* angewiesen.[283]

Auch Hugo Dingler hat die Tatsache erkannt, dass wir die für den Begründungsregress erforderliche Sicherheit der letzten Grundlage prinzipiell stets durch eigene Entscheidungen herstellen können und müssen.[284] In seiner Lehre

---

[278] Zu Interessentheorien und Theorien der wechselseitigen Anerkennung siehe *Seelmann/Demko*, S. 198 ff.

[279] *Albert*, S. 24.

[280] *Albert*, S. 30.

[281] *Albert*, S. 30.

[282] *Albert*, S. 55 ff.

[283] *Albert*, S. 72.

[284] *Dingler*, S. 21 ff.; m. w. V. zu Literatur, in der Hugo Dingler diesem Begründungsproblem nachgeht siehe *Albert*, S. 31; Hans Albert selber betont, dass Dingler die Struktur des Münchhausen-Trilemmas schon vor ihm erfasst habe, siehe *Albert*, S. 13, Fn. 7.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

trat an die Stelle unanzweifelbarer letzter Gegebenheiten explizit der *Wille* als Gesetzgeber:

> „Will man letzte Sicherung haben, dann ist die einzige Möglichkeit, diese aus dem Willen zu gewinnen."[285]

Schon Max Weber machte in seiner Analyse der Wissenschaft – zumindest unausdrücklich – die Entdeckung, dass „hinter" allen Erkenntnissen letzten Endes Entscheidungen irgendwelcher Art stünden.[286] Die tatsächlich stattfindenden Wertkontroversen seien auf verschiedene „letzte Stellungnahmen" zurückzuführen, zwischen denen man sich entscheiden müsse. Und dazu könne man nicht die Hilfe der Wissenschaft in Anspruch nehmen, denn bei diesen unvereinbaren Wertpositionen, Wertauffassungen oder Wertaxiomen handle es sich um *Glaubens*überzeugungen.[287]

Man kann sich nun fragen, ob moralische Urteile dadurch *wertlos* werden, dass die letzten Sicherheiten, die dahinter stehen, „selbstfabriziert" sind, so wie dies Albert ja für den tatsächlichen Erkenntnisbereich postuliert hat.[288] Die Antwort darauf hängt vor allem auch davon ab, welche Auffassung man im sog. Kognitivismusstreit vertritt: ob man also der Ansicht ist, dass das moralisch Richtige kognitiv *erkannt* werden könne und müsse, dass es also auch im Bereich des Normativen objektiv gültige Erkenntnis gebe – wie z. B. Naturrechtslehren vorgeben – oder ob es dafür nicht ohnehin eines volitiven oder emotiven Elementes bedürfe.[289] Zumindest im non-kognitivistischen Lager – also unter denen, die objektive Erkenntnis im Bereich der Moral ohnehin ablehnen – gibt es durchaus Positionen, in denen moralische Urteile nichts an ihrem Wert bzw. ihrer Qualität als Moralurteil verlieren, nur weil sie an einem bestimmten Punkt dezisiv oder volitiv sind.[290] An dieser Stelle soll nicht weiter auf den Kognitivismusstreit eingegangen werden, sondern der Hinweis genügen, dass heute mit guten Gründen Moraltheorien aus beiden Lagern vertreten werden.[291] Die Positionen der Streitenden veranschaulicht Hart:

---

[285] *Dingler*, S. 23.

[286] Vgl. *Weber*, Wissenschaft.

[287] *Weber*, Objektivität, S. 149; vgl. auch *Weber*, Wertfreiheit., S. 496 ff.

[288] Vgl. *Albert*, S. 30.

[289] Vgl. *Albert*, S. 57; wie Albert spricht hier auch Höffe die Nähe des Problems zum naturalistischen Fehlschluss an, vgl. *Höffe*, Metaethik, S. 205.

[290] Z. B. der *Präskriptivismus* bei Richard M. Hare, vgl. *Hare*, S. 77, 83 ff., 196; anders aber der *Wertnihilismus* der Uppsala-Schule, der zwar zum non-kognitivistischen Lager gezählt werden kann, der aber nicht nur die objektive Erkenntnis im Bereich der Moral ablehnt, sondern darüber hinaus die Möglichkeit von (moralischen) Werturteilen überhaupt bestreitet, siehe dazu *Ofstad*, S. 44, 48 ff.

[291] Zu den non-kognitivistischen Positionen des *Emotivismus* und des *Präskriptivismus* sowie zu den kognitivistischen Positionen des *Naturalismus* und des *Intuitionismus* siehe *Höffe*, Metaethik, S. 204 f.; zum Kognitivismusstreit auch *Habermas*, Diskursethik, S. 53 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„In the vast literature from Plato to the present day which is dedicated to the assertion, and also to the denial, of the proposition that the ways in which men ought to behave may be discovered by human reason, the disputants on one side seem to say to those on the other, ‚You are blind if you cannot see this' only to receive in reply, ‚You have been dreaming.' "[292]

Zusammengefasst kann man festhalten, dass es verschiedene Möglichkeiten gibt, dem Münchhausen-Trilemma zu begegnen, wie zum Beispiel Konsenstheorien oder Letztbegründungen. Angesichts der begründungstheoretischen Schwierigkeiten, die mit diesen Lösungen einhergehen, wird von vielen Theorien jedoch die Trilemma-Situation akzeptiert, Alberts dritte Alternative gewählt und der weitere Begründungsregress durch das Setzen von Prämissen abgebrochen. Die Suche nach normativer Erkenntnis wird in diesem Fall aufgegeben und durch letzte Entscheidungen ersetzt. Grundsätzlich kann man so jeden Punkt in unserem Überzeugungsraum zu einem archimedischen Punkt *machen*.[293]

Solche letzten Entscheidungen stehen am Ende von Begründungsketten, mit denen soziale Ordnungen normativ legitimiert werden. Soll ein Legitimationskonzept im Kern beurteilt werden, so gilt es diese Entscheidungen auf ihre Zustimmungsfähigkeit und Anerkennungswürdigkeit hin zu analysieren. Dabei erweisen sich Theorien als vorteilig, die nur *schwache bzw. sparsame Prämissen* aufweisen, weil sie grössere Chancen haben, allgemein anerkannt zu werden. Gleichzeitig müssen diese Prämissen jedoch stark genug sein, sodass aus ihnen bestimmte normative Grundsätze abgeleitet werden können.[294] So betont auch John Rawls, dass eine Theorie durch „widely shared and yet weak conditions"[295] gekennzeichnet sein soll. „At the basis of the theory, one tries to assume as little as possible."[296] Rawls:

„Therefore we must look for a constrained minimum, a set of weak conditions that still enables us to construct a workable theory [...]."[297]

---

[292] *Hart*, Concept, S. 186.

[293] *Albert*, S. 34; so auch John Mackie in seinem Buch mit dem bezeichnenden Titel „Ethics, Inventing Right and Wrong" (1977); er stellt zwar fest, dass Moralurteile Ansprüche auf Objektivität einschlössen, aber er quittiert dies mit: „these claims are all false", *Mackie*, Ethics, S. 35; dem Objektivitätsanspruch der Moral setzt er eine „error theory" entgegen, die besagt, dass moralische Urteile über Sollens-Forderungen oder über das Gute, Schlechte, Gerechte oder Ungerechte *nur subjektiv, relativ oder Ausdruck blosser Dezisionen* seien, *Mackie*, Ethics, 48 f.; der Positivist Hans Kelsen kommt gar zum Schluss, dass nicht nur Rechtsnormen, sondern auch die Moralnormen positive Normen seien, d. h. sie seien „durch Gewohnheit und bewusste Satzung (etwa seitens eines Propheten oder Religionsstifters wie Jesus) erzeugt. In diesem Sinne ist die Moral ebenso wie das Recht *positiv* und nur eine positive Moral kommt für eine wissenschaftliche Ethik [...] in Betracht.", *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 64.

[294] *Rawls*, S. 16 f.

[295] *Rawls*, S. 111.

[296] *Rawls*, S. 112; dies bezieht Rawls an dieser Stelle auf die Ausgestaltung seines hypothetischen Urzustandes.

[297] *Rawls*, S. 510.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für viele der heute diskutierten Normbegründungen stellen Kurt Seelmann und Daniela Demko Folgendes fest: Am Ausgangspunkt stehen jeweils einige *gut begründbare* Voraussetzungen eines normativ geregelten friedlichen Zusammenlebens (es wird darüber gestritten, wie *absolut* diese Voraussetzungen begründet werden können). Für alle weitergehenden und darauf aufbauenden Richtigkeitskriterien wird zugegeben, dass es zu ihren Gunsten *nur* – aber immerhin! – *mehr oder weniger gute* Gründe gibt, Gründe, deren Überzeugungsfähigkeit viel mit den unterschiedlichen Interessen und kulturell geformten moralischen Intuitionen zu tun hat.[298] Wie mit solchen Gründen möglichst rational umzugehen ist, darüber gibt es natürlich auch wieder verschiedene Vorstellungen, worauf hier jedoch nicht weiter eingegangen werden kann.[299]

D. Fazit

Die Geltungsgründe einer Norm müssen gewisse Anforderungen erfüllen, um dem Menschen als Rechtfertigungsautorität gerecht zu werden. Geltungsgründe beschreiben, *warum* und *inwiefern* eine Norm von den Normadressaten ein Sollen fordern können soll. Seit Tradition und Religion, die historisch bedeutendsten Rechtfertigungsnarrative, von formalen Vernunftprinzipien verdrängt wurden, erklärte sich die Geltung von Normen nicht mehr nur aus inhaltlicher Richtigkeit heraus, sondern etwa auch aus den Prozeduren und Voraussetzungen vernünftiger Einigung. Bei der Suche nach letzten Gründen stösst man unweigerlich auf das Münchhausen-Trilemma. Der überzeugendste Ausweg hieraus scheint der Verzicht auf einen letzten Begründungsregress zu sein. Die normativen Prämissen müssen folglich selber gesetzt werden; an die Stelle der Erkenntnissuche treten Entscheidungen und der menschliche Wille. Soll ein Legitimationskonzept im Kern beurteilt werden, so gilt es diese Entscheidungen auf ihre Zustimmungsfähigkeit und Anerkennungswürdigkeit hin zu analysieren. Grundsätzlich hängt es an der Plausibilität der Argumente, die für bestimmte Geltungsprinzipien sprechen, ob damit normative Legitimität beansprucht werden kann.

---

[298] *Seelmann/Demko*, S. 206, die von einem „Zwei-Stufen-Modell“ sprechen.

[299] Es sei hier als prominentes Beispiel nur auf John Rawls’ Konzept hingewiesen, von den eigenen Interessen abzusehen, indem den Menschen im hypothetischem Urzustand wesentliche Informationen über die eigene Person fehlen (sog. Schleier des Nichtwissens), vgl. *Rawls*, S. 18 f., 43 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Teil

Legitimität von Recht und Moral

§ 6 Legitimität von positivem Recht

A. Rechtsbegriff und Geltungsgrund

Eine konzeptuelle Unterscheidung wird in der Rechtstheorie klassischerweise zwischen dem *Begriff* und der *Geltung* des Rechts gemacht.[1] Eine Theorie des Rechts muss dahingehend erstens eine Beschreibung der essentiellen Eigenschaften eines Rechtssystems bieten und zweitens dessen Normativität erklären können.[2] Ersteres, die Bestimmung des Rechtsbegriffs, ist notwendig, um Recht von Nicht-Recht trennen zu können, zweiteres, die Bestimmung der Rechtsgeltung, um Recht als verbindlich anerkennen zu können.[3]

I. Legitime Geltung als „Recht"

Legitim oder illegitim kann eine Norm nur im Kontext ihrer *Geltung* sein. Eine blosse Norm als solche, von der man nicht weiss, inwiefern sie überhaupt gelten soll, ist eine Sollens-Forderung im leeren Raum, eine Forderung ohne Kontext und als solche kann sie nicht daraufhin beurteilt werden, ob sie legitim ist oder nicht.[4] Im Hinblick auf die Legitimität ist vor allem der *Grund der Geltung* wesentlich und damit die Frage, weshalb und in welchem Sinne die Rechtsnorm als Sollens-Forderung Geltung und damit Verbindlichkeit beanspruchen kann. *Normativ legitim ist eine Rechtsnorm dann, wenn ihr Geltungsgrund anerkennungswürdig ist.* Moralisch legitim ist sie, wenn ihre Geltung nach moralischen Kriterien anerkennungswürdig ist. Rechtlich legitim ist sie, wenn ihre Geltung nach rechtlichen Kriterien anerkennungswürdig ist. Wird Legitimität nicht

---

[1] Vgl. *Larenz*, Rechtsgeltung, S. 5; so behandelt auch das systematisch stringent gegliederte Buch von Robert Alexy „Begriff und Geltung des Rechts" (4. Aufl., 2005) im ersten Hauptteil den Begriff und im zweiten Hauptteil die Geltung des Rechts, *Alexy*, Begriff, S. 27 ff., 137 ff.

[2] Vgl. *Perry*, S. 97.

[3] *Capps*, S. 9; vgl. *Larenz*, Rechtsgeltung, S. 5; *inwiefern* durch Rechtsgeltung Verbindlichkeit entstehen kann, erörtert Stephan Meyer in seiner Habilitationsschrift „Juristische Geltung als Verbindlichkeit" (2011), *Meyer*, S. 5 f.; so ist Recht etwa in der positivistischen Rechtstheorie „nur" *rechtlich* verbindlich, nicht aber notwendig auch moralisch, vgl. *Alexy*, Begriff, S. 181 f.

[4] Vgl. *§ 4 D. I. Legitime Normen und gültige Normen*.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

explizit oder implizit mit einem Attribut verwendet, sei sie in dem Sinne zu verstehen, also mit den Gründen und Kriterien in Verbindung zu bringen, die dem jeweiligen Bezugswort entsprechen: Beim „legitimen *Recht*“ soll es also um die *rechtliche* Legitimität des Rechts gehen.[5]

An der Berücksichtigung des Rechts*begriffs* kommt man aber nicht vorbei, wenn man die rechtliche Legitimität (nach aussen) einer Norm beurteilen will.[6] Denn erst wenn man weiss, *als was* die Norm genau gelten soll, kann man bestimmen, ob und inwiefern ihre Geltung anerkennungswürdig ist oder nicht. Zum Verständnis: Eine Rechtsnorm *gilt* für die Betroffenen auf eine andere Art als eine Moralnorm; es werden andere Ansprüche an Rechtsgeltung gestellt als an Moralgeltung; von Recht erwartet man etwas anderes als von Moral. Und im gleichen Sinne werden an unterschiedliche Rechtsbegriffe je andere Ansprüche bezüglich ihrer Geltung gestellt. Zwischen Rechtsbegriff und dazugehöriger Geltungstheorie bestehen daher notwendig gegenseitige Abhängigkeiten; eine trennscharfe Abgrenzung ist teilweise nicht möglich.[7]

Hat man nun ein positivistisches Verständnis von Recht, erwartet man von legitimer Rechtsgeltung durchaus etwas anderes als jemand mit einem nichtpositivistischen Rechtsverständnis. Wenn daher die Legitimität von Recht beurteilt werden soll, muss erst gefragt werden, was unter diesem Rechtsbegriff verstanden wird: wie „Recht“ definiert wird. Nur so kann beurteilt werden, ob deren Geltung „rechtlich“ legitim ist oder nicht.

II. Der positivistische Rechtsbegriff

Nun hat die Frage, was unter „Recht“ zu verstehen ist, schon ganze Bibliotheken gefüllt, ohne dass man ein bestimmtes Ergebnis gefunden hätte.[8] Ausgerechnet der Begriff des Rechts bildet seit jeher *die* offene Flanke der Rechtswissenschaft.[9] Anschaulich in einem bekannten Diktum von Kant:

> „Was ist Recht? Diese Frage möchte wohl den *Rechtsgelehrten*, wenn er nicht in Tautologie verfallen, oder statt einer allgemeinen Auflösung auf das, was in irgend

---

[5] Siehe *§ 4 D. II. Attributive Verwendungsweise von „Legitimität“*.

[6] Zur Unterscheidung zwischen „Legitimität nach aussen“ und „Legitimität nach innen“ siehe *§ 5 B. III. Legitime Begründungen in und von Geltungstheorien*; um die normative „*Legitimität nach aussen*“ beurteilen zu können, muss daher der Rechtsbegriff zusammen mit den Geltungskriterien – also die ganze Rechtstheorie – als anerkennungswürdig gelten. Wird hingegen nur die „*Legitimität nach innen*“ beurteilt, also die rechtliche Gültigkeit, genügt es, auf die jeweiligen Geltungskriterien einzugehen.

[7] Vgl. *Larenz*, Rechtsgeltung, S. 6; eine andere Auffassung vertritt Alexy, der keine notwendige Verbindung zwischen Rechts- und Geltungsbegriff sieht, *Alexy*, Theorie, S. 49; zur Erörterung des Positivismus empfehle es sich jedoch, einen Begriff des Rechts zu wählen, der den der Geltung einschliesse, *Alexy*, Begriff, S. 44 ff.

[8] Vgl. *Kantorowicz*, S. 19; *Ott*, Rechtspositivismus, S. 145.

[9] *Meyer*, S. 9.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einem Lande die Gesetze zu irgend einer Zeit wollen, verweisen will, eben so in Verlegenheit setzen, als die berufene Aufforderung: *Was ist Wahrheit?* den Logiker."[10]

Klassische Positionen bei der Deutung des Rechtsbegriffs finden sich in den positivistischen sowie in den nichtpositivistischen Rechtslehren.[11] Ein positivistischer Rechtsbegriff zeichnet sich vor allem durch die Positivität seiner Normen aus, sprich: durch das *Gesetzt-Sein* des Rechts durch Akte einer sozialen, insbesondere einer staatlichen Autorität.[12] Es wird auf empirische Merkmale abgestellt, der Rechtsbegriff somit in erster Linie als Erfahrungsbegriff erfasst.[13] Dem positiven Recht kann dabei – in Abgrenzung zum nichtpositivistischen Verständnis – eine Natur als „menschlich-willkürliche Satzung" zugeschrieben werden.[14] Bei nichtpositivistischen Rechtsbegriffen können hingegen auch „überempirische"[15] Elemente, wie absolute Werte oder objektive Gerechtigkeitsvorstellungen im Vordergrund stehen.

Hans Kelsen, der das heutige positivistische Rechtsverständnis stark geprägt hat, legt in seinem Hauptwerk „Reine Rechtslehre" (1934, neu bearbeitet 1960) eine spezifische Vorstellung des Rechtsbegriffs vor.[16] Er begreift das Recht als normative „*Zwangsordnung*", also als eine Zwang gebietende Ordnung für menschliches Verhalten.[17] Konkret lasse sich dieses Recht durch Rechtssätze beschreiben, die nichts anderes seien, als die Verknüpfung eines Tatbestandes mit einem Zwangsakt, einer Bedingung mit einer Folge.[18] Diese Eigengesetzlichkeit des Rechts, diese „normative Beziehung" zwischen Tatbestand und Zwangsfolge,

---

[10] *Kant*, MS AA VI, S. 229.

[11] Siehe dazu *§ 2 A. Die positivistische Trennungsthese*.

[12] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 19 f.; zu verschiedenen Definitionen von „Positivität des Rechts" siehe *Ago*, S. 708 ff.

[13] *Somló*, S. 127; das bedeutet jedoch nicht, dass Positivisten das Recht letztlich *nur* mittels faktenbezogener Begriffe zu erklären versuchen, wie etwa im Rechtsrealismus. So stellt sich Kelsen entschlossen gegen diese reduktionistische Auffassung und versucht dem Recht einen *normativen* Charakter zu geben: zu diesem Zweck führt er die sog. Grundnorm ein, *Paulson*, Formulierungen, S. 54 f.; vgl. dazu *§ 6 C. Normative Legitimität durch eine Grundnorm.*

[14] *Kelsen*, Grundlagen, S. 233.

[15] *Verdross*, Verfassung, S. 3.

[16] Die „Reinheit" seiner Rechtslehre ist dabei als methodisches Prinzip zu verstehen: die Rechtswissenschaft soll von „allen ihr fremden Elementen" befreit werden, u. a. von moralisch- oder politisch-wertenden Argumentationen, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 1; m. w. V. *Rub*, S. 149 f.

[17] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 34 ff.; Kelsen versteht den Zwang als *notwendiges* Merkmal des Rechts, wenn dieses positivistisch verstanden werde: Im Gegensatz zum Naturrecht, hafte dem Inhalt der Normen des positiven Rechts nicht jene „unmittelbare Evidenz" und „innere Notwendigkeit" an, „[e]s muss mit der Möglichkeit gerechnet werden, dass die Menschen anders handeln, als es die Normen des positiven Rechtes vorschreiben.", *Kelsen*, Grundlagen, S. 233.

[18] Zu Kelsens Unterscheidung zwischen Rechtsnormen und Rechtssätzen siehe m. w. V. *Weinberger*, Logik, S. 431 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bezeichnet Kelsen als „Zurechnung“ und sieht darin das „Wesen des Rechts“ sowie den Sinn des spezifisch-juristischen Sollens.[19]

Die Zwangsbewehrung ist ein Merkmal auf das zwar viele, aber bei weitem nicht alle Positivisten verweisen, wenn sie den Rechtsbegriff definieren.[20] Verbreitet sind auch andere Auffassungen, bei denen stattdessen etwa auf die „regelmässige Befolgung“ von Normen oder auf die Art ihrer „Anerkennung“ abgestellt wird.[21] Schon Jellinek ersetzt in seiner „Theorie der garantierten Norm“ den Zwang mit dem weiteren Begriff der Garantie.[22] Selbst Kelsens eigene Rechtslehre lasse sich genauso gut auch ohne das Zwangselement in seinem Rechtsbegriff denken, wie Stephan Meyer überzeugend darlegt.[23]

Was sich hingegen als überwiegend beständiger Teil von positivistischen Rechtstheorien etabliert hat, sind die *Theorien des rechtlichen Stufenbaus und der Rechtsdynamik*, deren wesentliche Grundgedanken zuerst von Adolf Merkl entwickelt und dann von Kelsen übernommen worden sind.[24] Mit diesen Theorien stellt sich die Rechtsordnung erstmals als ein „arbeitsteilig differenziertes, sich in ständiger Bewegung befindliches Zusammenwirken vielfältiger Arten von Normen und Rechtsakten“ dar, die durch „ein mehrstufiges Gefüge von Ermächtigungsbeziehungen zu einer Einheit zusammengehalten werden“.[25]

In der *Theorie des rechtlichen Stufenbaus* stehen die Normen einer positiven Rechtsordnung in einem Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinander, sie bilden also einen „Stufenbau verschiedener Schichten von Rechtsnormen“[26], eine Hierarchie, eine Normpyramide.[27] Das Kriterium dieser Über- und Unterordnung ist ihr Erzeugungszusammenhang: Eine Norm höherer Stufe bestimmt die Erzeugung der Norm niederer Stufe und stellt somit den unmittelbaren Geltungsgrund

---

[19] *Kelsen*, Unrecht, S. 481 f.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 34 ff., 94, 321; zur Zurechnungslehre Kelsens siehe *Hruschka*, S. 3 ff.; vgl. *Paulson*, Formulierungen, S. 67 f.; vgl. auch *§ 6 C. IV. 2. b) Eine spezifisch-juristische Normativität*.

[20] Zu Begriff und Rolle der Sanktion in der Normenlogik und Rechtstheorie siehe *Weinberger*, Sanktion, S. 89 ff.; vgl. auch *Mosler*, S. 15.

[21] Vgl. etwa die Anerkennungstheorie von Ernst Rudolf Bierling, *Bierling*, S. 3 oder den Rechtsbegriff von Félix Somló, *Somló*, S. 105; vgl. auch Harts Rechtbegriff sowie seine Kritik an der Zwangsbewehrung, *Hart*, Concept, 79 ff.

[22] *Jellinek*, Staatslehre, S. 326; vgl. *Bernstorff*, S. 28.

[23] *Meyer*, S. 238 ff., 257 ff., 314, 339 f.; kritisch zur juristischen Sanktionstheorie Kelsens auch *Weinberger*, Sanktion, S. 102 ff.; Alexy hält allgemein fest, „dass man Grundthesen der Reinen Rechtslehre ablehnen und doch Hauptthesen Kelsens akzeptieren kann“, was eine der grossen Stärken von Kelsens Werk sei, *Alexy*, Kelsens, S. 334.

[24] Klassische Arbeiten Merkls dazu: *Merkl*, Rechtsanlitz, S. 893 ff.; *Merkl*, Prolegomena, S. 1071 ff.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 196 ff.

[25] *Koller*, Theorie, S. 106.

[26] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 228.

[27] Vgl. *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 130; vgl. zum Stufenbau auch *Ebenstein*, S. 643.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

für jene dar.[28] In modernen Gesetzgebungsstaaten stellt die Verfassung die oberste positivrechtliche Stufe dar, danach kommen: Gesetze, Verordnungen, individuelle Rechtsakte, worunter etwa Urteile, Verwaltungsakte und Verträge zählen, und schliesslich die Rechtsvollziehung.[29] Bei der Frage, woraus die Geltung der staatlichen Verfassung abgeleitet sei, setzt Kelsen eine hypothetische bzw. fiktive Grundnorm als obersten Geltungsgrund ein.[30] Der ganze Rechtserzeugungsprozess erscheint demgemäss „als eine Abfolge stufenweise zunehmender Individualisierung und Konkretisierung des Rechts".[31] Auf diese Weise kann Recht als eine Einheit gefasst werden, als „einheitliche Durchkonstruktion des gesamten Rechtsgebäudes".[32] Horst Dreier:

> „Die Einheit des Rechtssystems liegt dieser […] Konstruktion zufolge in ihrem umfassenden genetischen Bedingungs- und Erzeugungszusammenhang, der in der Grundnorm seinen Ursprungspunkt findet."[33]

Nun kann man nach Kelsen zwei verschiedene Typen von Normensystemen unterscheiden, was sich aus der Natur des eben beschriebenen Erzeugungszusammenhangs ergebe: einen *statischen* und einen *dynamischen* Typus.[34] Genauer geht es um die Art und Weise, in der die Normen einer Ordnung von ihrem jeweiligen Geltungsgrund – und letztlich von der Grundnorm – *abgeleitet* werden, das heisst: ihre Geltung herholen.[35] In einem statischen Normensystem liegt ein *inhaltlicher Ableitungszusammenhang* vor: Normen werden als gesollt angesehen, weil ihr Inhalt einer vorausgesetzten Grundnorm entspricht.[36]

> „So können z. B. die Normen: man soll nicht lügen, man soll nicht betrügen, man soll ein gegebenes Versprechen einhalten, […] aus einer Norm abgeleitet werden, die Wahrhaftigkeit gebietet. […] Diese Norm, als Grundnorm vorausgesetzt, liefert sowohl den Geltungsgrund als den Geltungsinhalt der aus ihr in einer logischen Operation abgeleiteten Normen. Ein System von Normen, deren Geltungsgrund und Geltungsinhalt aus einer als Grundnorm vorausgesetzten Norm abgeleitet wird, ist ein statisches Normensystem."[37]

In einem dynamischen Normensystem liegt hingegen ein *Delegationszusammenhang* vor: Normen werden von autorisierten Personen erzeugt, deren Ermächtigungen sich ihrerseits wieder auf eine Grundnorm als oberste Ermächtigungs-

---

[28] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 228.

[29] *Kelsen*, Staatslehre, S. 249; vgl. *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 134.

[30] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 196 ff.; siehe *§ 6 C. I. Die Idee einer Grundnorm als Geltungsgrund*.

[31] *Kelsen*, Staatslehre, S. 234.

[32] M. w. V. *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 132.

[33] *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 130.

[34] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 198.

[35] *Kelsen*, Grundlagen, S. 240.

[36] *Koller*, Theorie, S. 107.

[37] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 198.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

norm oder Erzeugungsregel zurückführen lassen.[38] So werden Normen als gesollt angesehen, weil ihre Erzeugung der in der Grundnorm ausgesprochenen Regel entspricht, oder anders: weil sie auf eben jene Art und Weise gesetzt wurde, die die Grundnorm vorschreibt.[39] Für Kelsen ist nun das Naturrecht seiner Idee nach ein statisches Normensystem, während das positive Recht ein dynamisches System darstellt:

> „Die ‚Positivität' besteht geradezu in diesem dynamischen Prinzip. Der ganze Gegensatz zwischen Naturrecht und positivem Recht lässt sich in einem gewissen Sinne als Gegensatz zwischen einem statischen und einem dynamischen Normensystem darstellen."[40]

Eine positive Rechtsordnung wird, in ihren Einzelteilen betrachtet, jedoch auch als *Mischsystem* aus dynamischem und statischem Prinzip beschrieben: Die geltungstheoretische Grundbeziehung zwischen der Grundnorm und den Rechtsnormen richtet sich dann nach dem dynamischen Prinzip, das Verhältnis der rechtlichen Verfassung zu den im Stufenbau darunterliegenden Normen *auch* nach dem statischen Prinzip.[41]

Ein weiteres Element der Stufenbautheorie ist die sog. *autonome Determinante*, die vor allem im Zusammenhang mit dem Ermessen von Bedeutung ist.[42] Bei jeder Rechtsanwendung wird das Recht konkretisiert, indem der Rahmen ausgefüllt wird, der zuvor auf höherer Rechtserzeugungsstufe gesetzt wurde. In diesem Sinne ist Rechtsanwendung immer auch eine inhaltliche Rechtserzeugung.[43] Dazu hält Kelsen schlüssig fest:

> „Niemals kann die Determination der niederen durch die höhere Stufe eine vollständige sein, stets müssen in der niederen Stufe inhaltliche Momente hinzukommen, die in der oberen Stufe noch fehlen, sonst wäre ja ein weiterer Fortschritt der Rechtserzeugung gar nicht möglich, eine weitere Stufe überflüssig."[44]

Die Stufenbaulehre verdeutlicht damit, dass Recht immer nur einen normativen Rahmen bildet, der in konkreten Entscheidungssituationen durch den jeweiligen Rechtsanwender bzw. -setzer auszufüllen ist. „Stets muss ein bald grösserer, bald geringerer Spielraum freien Ermessens bleiben", denn „selbst ein noch so ins einzelne gehender Befehl muss dem ihn Vollziehenden eine Fülle von Be-

---

[38] *Koller*, Theorie, S. 107.

[39] *Kelsen*, Grundlagen, S. 241; Roberto Vernengo hält fest, dass es bei moralischen Normordnungen solche Entstehungsverfahren nicht gebe, *Vernengo*, S. 475.

[40] *Kelsen*, Grundlagen, S. 241.

[41] *Walter*, Aufbau, S. 33 ff.; *Kühne*, S. 196.

[42] Zur Einordnung und Abgrenzung des Ermessensbegriffs von Kelsen und Merkl im Kontext des heute verbreiteten verwaltungsrechtlichen Ermessensbegriffs siehe *Schindler*, S. 74 ff.

[43] M.wV. *Achterberg*, S. 448 f.

[44] *Kelsen*, Staatslehre, S. 243.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stimmungen überlassen".[45] Rechtmässig sei jeder Akt, der sich innerhalb des auszufüllenden Rahmens hält.[46] Die konkrete Ausfüllung wird nun jeweils von Erwägungen bestimmt, die ausserhalb des Juristischen liegen, und etwa politischer, soziologischer, historischer, psychologischer, ethischer oder sonstiger Art sind.[47] Dieser Bereich, der im Normerzeugungsprozess für die autonome Determination verbleibt, kann als „Brücke zwischen Sein und Sollen" bezeichnet werden, denn er ermöglicht eine Orientierung an den konkreten Kriterien, die sich aus dem zu regelnden Sachverhalt ergeben, und dies sowohl auf Stufe der Gesetzgebung als auch der Rechtsprechung oder des Vollzuges.[48]

Zusammenfassend kann hier eine kompakte Beschreibung des positivistischen Rechtsbegriffs nach Hans Kelsen angeführt werden. Sie stammt von William Ebenstein:

> „The whole legal order is thus viewed, not as a static system of norms coordinated through the principle of equal status, but as a pyramidal hierarchy of higher and lower norms in a dynamic system of constant creation of law through the gradual concretisation of higher norms in lower ones."[49]

Schon aus dem so verstandenen Rechtsbegriff lassen sich Schlüsse zum positivistischen *Geltungs*charakter ziehen: Diese Normen beanspruchen *unabhängig von ihrem Inhalt* Geltung als Recht; entscheidend ist vielmehr, dass sie schlicht gemäss einer höheren Regel erzeugt wurden, d. h., dass sie ordnungsgemäss gesetzt wurden. Aus welchen Gründen und inwiefern eine ordnungsgemässe Normsetzung legitime Geltung begründen kann, wird nachfolgend unter B. und C. erörtert.

Der Charakter des Völkerrechts unterscheidet sich in verschiedener Hinsicht von demjenigen des nationalen Rechts.[50] Insbesondere das Fehlen einer übergeordneten Rechtssetzungsinstanz und einer allgemeinverbindlichen Rechtsprechung führt dazu, dass die geltungstheoretischen Fragen nach den legitimen Rechtsquellen und ihren Geltungsgründen auf andere Weise beantwortet werden als im Landesrecht.[51] Welche Antworten rechtspositivistische Konzepte dabei bieten können, wird unter D. behandelt.

Da es hier um Legitimationsfragen geht, wird nachfolgend auf der Ebene der Geltungsgründe angesetzt, und nur wo sich dabei spezifische Fragen zum Rechtsbegriff stellen, sollen diese direkt dort behandelt werden.

---

[45] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 347.
[46] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 348.
[47] Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 351; *Larenz*, Methodenlehre, S. 78.
[48] *Achterberg*, S. 449.
[49] *Ebenstein*, S. 643.
[50] Vgl. *Scobbie*, S. 497.
[51] *G. G. Fitzmaurice*, Problems, S. 155 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Empirische Legitimität kraft positiver Satzung nach Max Weber

Ist die Rede von legitimen Normen, bezieht man sich auf die Gründe der Geltung dieser Normen; diese Gründe können sodann Legitimität beanspruchen oder nicht. Aus der normativ-philosophischen Perspektive fragt man hier nach allgemein verbindlichen Prinzipien, die einer Norm ihre Anerkennungswürdigkeit verleihen. Aus der empirisch-sozialwissenschaftlichen Perspektive hingegen fragt man, ob die Betroffenen von der Anerkennungswürdigkeit tatsächlich überzeugt sind sowie nach den Gründen dieser Überzeugung.[52] Aus dieser zweiten Perspektive hat Max Weber vier Arten der Normgeltung ausgemacht, die je aufgrund nachvollziehbarer Gründe empirische Legitimität erzeugen könnten. Das ist die Geltung

„a) kraft Tradition: Geltung des immer Gewesenen;

b) kraft affektuellen (insbesondere: emotionalen) Glaubens: Geltung des neu Offenbarten oder des Vorbildlichen;

c) kraft wertrationalen Glaubens: Geltung des als absolut gültig Erschlossenen;

d) kraft positiver Satzung, an deren Legalität geglaubt wird.“[53]

Der letzte Punkt wiederum, die Legalität von positiven Satzungen, könne aus zwei Gründen als legitim gelten:

„a) kraft Vereinbarung der Interessenten für diese;

b) kraft Oktroyierung auf Grund einer als legitim geltenden Herrschaft von Menschen über Menschen und Fügsamkeit.“[54]

Der heute geläufigste Geltungsgrund von legitimen Normenordnungen ist nach Weber der *Legalitäts*glaube: „die Fügsamkeit gegenüber formal korrekt und in der üblichen Form zustande gekommenen Satzungen“.[55] Aufgrund dieses Legalitätsglaubens können Normen legitim oktroyiert werden. Wobei eine Oktroyierung jede Art von Normsetzung ist, die nicht durch vollkommenen Konsens aller zustande gekommen ist – vor allem auch die Normsetzung durch Mehrheitsbeschluss. Da „Einmütigkeit“[56] nur ganz selten herstellbar sei, würde, anstelle von reiner Vereinbarung, Oktroyierung notwendig. Mit Normsetzung seien demnach notwendigerweise Herrschaft und Fügsamkeit verbunden.

Herrschaft wiederum versucht nach Weber „den Glauben an ihre Legitimität zu erwecken und zu pflegen“[57], um ihren Fortbestand und ihre Stabilität zu be-

---

[52] Siehe *§ 4 C. I. Zwei Forschungstraditionen*.
[53] *Weber*, Wirtschaft, S. 19.
[54] *Weber*, Wirtschaft, S. 19.
[55] *Weber*, Wirtschaft, S. 19.
[56] *Weber*, Wirtschaft, S. 19.
[57] *Weber*, Wirtschaft, S. 122.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wirken. Er unterscheidet dementsprechend Herrschaftstypen nach ihrem spezifischen Legitimitätsanspruch, dem zur Stabilisierung ein entsprechender Legitimitätsglaube gegenüberstehen muss. Analog zu den Geltungsgründen legitimer Ordnungen bildet Weber drei Typen legitimer Herrschaft:[58]

„Es gibt drei reine Typen legitimer Herrschaft. Ihre Legitimitätsgeltung kann nämlich primär sein:

1. rationalen Charakters: auf dem Glauben an die Legalität gesatzter Ordnungen und des Anweisungsrechts der durch sie zur Ausübung der Herrschaft Berufenen ruhen (legale Herrschaft), – oder
2. traditionalen Charakters: auf dem Alltagsglauben an die Heiligkeit von jeher geltender Traditionen und die Legitimität der durch sie zur Autorität Berufenen ruhen (traditionale Herrschaft), – oder endlich
3. charismatischen Charakters: auf dem Alltagsglauben an die Heiligkeit oder die Heldenkraft oder die Vorbildlichkeit einer Person und der durch sie offenbarten oder geschaffenen Ordnungen ruhen (charismatische Herrschaft).“[59]

Webers Konzept von Normlegitimität *aufgrund Legalität* könnte man also auch wie folgt zusammenfassen: Normen werden als legitim erachtet, wenn sie von legitim Berufenen formell korrekt gesetzt wurden. Diese hierzu Berufenen werden als legitim erachtet, wenn die Normen und konkreten Anweisungen, die sie ermächtigen, formell korrekt gesetzt worden sind.

Bei dieser legal-rationalen Herrschaft bleibt offen, welchen Inhalt Normen und Anweisungen annehmen. Im Gegensatz zu den Typen des traditionalen, charismatischen und wertrationalen Legitimitätsglaubens sind Normen des legalen Typs in materialer Hinsicht unbestimmt.[60] Sie werden als legitim wahrgenommen, allein dadurch, dass sie bestimmten formalen Satzungsregeln genügen. Bei „Satzungsregeln“ handelt es sich um Normen, die das Verfahren des Zustandekommens von Normen und Anweisungen regulieren. Als „formal“ bezeichnet Weber sie, weil sie nicht den Inhalt der Normen vorschreiben, sondern allein den Vorgang ihrer Institutionalisierung.[61] Wenn Weber sagt, dass bei legaler Herrschaft „beliebiges“ Recht gesetzt werden kann, meint er damit diese inhaltliche Unbestimmtheit des nach formalen Regeln gesetzten Rechts.[62] Auch Niklas Luhmann bringt den Begriff der Beliebigkeit auf diese Weise mit positiviertem, also formal gesetztem Recht zusammen:

---

[58] Die Analogie der beiden Typologien ist keine vollständige, da der wertrationale Glaube in der Typologie legitimer Herrschaft fehlt. Eine mögliche Begründung dafür erörtert *Münch*, S. 60.

[59] *Weber*, Wirtschaft, S. 124; vgl. auch *Weber*, Typen, S. 475 ff.

[60] Vgl. *Münch*, S. 64.

[61] *Münch*, S. 66.

[62] *Weber*, Typen, S. 475.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Das Recht einer Gesellschaft ist positiviert, wenn die Legitimität reiner Legalität Anerkennung findet, wenn also Recht deswegen beachtet wird, weil es nach bestimmten Regeln durch zuständige Entscheidung gesetzt ist. Damit wird in einer zentralen Frage des menschlichen Zusammenlebens Beliebigkeit Institution.“[63]

Diese inhaltliche Beliebigkeit ist für Weber ein notwendiges Merkmal für Normen in komplexen Gesellschaften. In modernen Gesellschaften steige nämlich der Bedarf an Berechenbarkeit von Interaktionen und damit an Normierung; dabei dürfe nichts von vornherein als mögliche Norm ausgeschlossen werden. Dies gewährleiste einerseits ein hohes Potential an Normgenerierung und sei andererseits eine unabdingbare Voraussetzung der Entwicklung des rationalen Kapitalismus, wie die Geschichte zeige.[64]

Damit erklärt Weber die Bedingungen für Stabilität von Normenordnungen und folgert, dass dieses formal rationalisierte Recht notwendige Voraussetzung für den Bestand des zweckrationalen Handlungstyps bei Menschen in modernen Gesellschaften sei. In Gesellschaften, in denen der zweckrationale Handlungstyp vorherrscht, müsse notwendigerweise das Recht diese Eigenschaft formaler Rationalität besitzen.[65]

Auch Jürgen Habermas vertritt in diesem Zusammenhang die Meinung, dass eine gewisse formale Rationalität Voraussetzung für das Recht unseres Gesellschaftstyps sei, um als legitimes anerkannt zu werden. Weiter brauche es jedoch für eine tatsächliche Legitimitätsüberzeugung stets einen impliziten moralischen Gehalt, der diesem Formalismus innewohnen müsse, den Weber aber nicht liefere:

„Wenn Legitimität durch Legalität in Gesellschaften unseres Typs möglich sein soll, muss sich der Legalitätsglauben, dem die kollektiven Gewissheiten von Religion und Metaphysik abhanden gekommen sind, in irgendeinem Sinne auf die ‚Rationalität‘ des Rechts stützen. Max Webers Annahme aber, dass eine eigenständige, moralfreie, dem Recht als solchen innewohnende Rationalität der Grund für die legitimierende Kraft der Legalität sei, hat sich nicht bestätigt. Legalität verdankt eine in den Formen begründungspflichtigen positiven Rechts ausgeübte Herrschaft stets einem impliziten moralischen Gehalt der formalen Qualitäten des Rechts.“[66]

Was Weber nicht erklärt, ist demnach die Frage der legitimen Geltung im normativ-ethischen Sinne dieses formal korrekt gesetzten Rechts. Höheres Normsetzungspotential, höhere Berechenbarkeit und höhere Stabilität von Normenordnungen sind keine Leistungen, die gesetzten Normenordnungen schon Legitimi-

---

[63] *Luhmann*, Soziologie, S. 167.

[64] M. w. V. auf mehrere Stellen in Webers Werk, *Münch*, S. 61.

[65] Vgl. *Weber*, Wirtschaft, S. 374 ff.; zu den Weber’schen Handlungstypen siehe *Weber*, Wirtschaft, S. 12 ff.

[66] *Habermas*, Legitimität, S. 11 f.; grundsätzliche Überlegungen zur Legitimität durch Legalität stellt Habermas an in *Habermas*, Legitimität; spezifischer bezüglich Webers Legitimationsbegriff siehe *Habermas*, Spätkapitalismus, S. 133 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tät in diesem Sinne verschaffen.[67] Auch wenn Weber von „letzten Prinzipien"[68] spricht, auf welche die Geltung einer Herrschaft gestützt werden könne, war seine Intention zweifellos auf eine andere Frage gerichtet. Ihm ging es um die Frage, welche Art des Legitimitätsanspruches unter den Gegebenheiten moderner Gesellschaften überhaupt eine Chance hat, auf einen ebensolchen Legitimitätsglauben zu stossen, also *de facto* Anerkennung zu finden, und zwar in jenem Ausmass, das für den Fortbestand dieser Gesellschaft notwendig ist.[69]

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Max Weber Arten von Legitimitätsansprüchen beschreibt, die eine Chance auf Anerkennung haben. Dabei macht er Normen, die positiv gesetzt sind, als diejenige Art aus, deren Anerkennung als „legitim geltend" in der Moderne am geläufigsten ist; und dies unabhängig vom jeweiligen Inhalt der Normen.[70] Die Fügsamkeit gegenüber formal korrekt zustande gekommenen Satzungen – oder mit anderen Worten: der Glaube an die (normativ-ethische) Legitimität von positivem Recht – lässt Rechtsnormen zu *üblichen* Handlungsmotiven für Menschen werden. Was Weber damit jedoch nicht erklärt, sind die *tatsächlichen* Motivationen der Normenbefolgung. Diese müssen diffus bleiben, weil sie letztlich, mangels einer adäquaten Ermittlungsmethode, nicht präzise feststellbar sind.[71] Er erklärt ausserdem nicht, *weshalb* Normen Anerkennung finden sollen – er begibt sich nicht ins Feld der normativ-ethischen Rechtfertigungen.

C. Normative Legitimität durch eine Grundnorm

I. Die Idee einer Grundnorm als Geltungsgrund

Will man der normativen Legitimität von positivem Recht auf den Grund gehen, wird man alsbald mit dem allgemeinen Begründungsproblem konfrontiert: Die Geltung einer Rechtsnorm leitet sich gemäss rechtspositivistischer Vorstellung daraus ab, dass sie gemäss einer höheren Regel erzeugt, d. h. ordnungsgemäss gesetzt wurde.[72] Das gesetzte Recht kann seine Geltung somit zwar auf die

---

[67] Vgl. *Münch*, S. 66.

[68] *Weber*, Wirtschaft, S. 611.

[69] Dieselbe Frage wird auch im *Völkerrecht* gestellt, wo die faktische Anerkennung von Regeln sogar noch anschaulicher wird. Denn im internationalen System findet kaum eine zwangsbewehrte Durchsetzung statt und dennoch werden die meisten Regeln von den meisten Staaten eingehalten. Thomas Franck hat 1988 vier Kriterien zur empirischen Legitimität herausgearbeitet, auf die in diesem Zusammenhang vielfach verwiesen wird: „*determinacy*, *symbolic validation*, *coherence* and *adherence* (to a normative hierarchy)". Diese Elemente seien entscheidend, damit völkerrechtliche Normen befolgt werden, was Franck als „compliance-pull" beschreibt, *Franck*, S. 705, 712.

[70] *Weber*, Wirtschaft, S. 19; *Weber*, Typen, S. 475.

[71] *Kelsen*, Theorie, S. 112; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 27; *Hart*, Concept, S. 200; vgl. dazu *Eckmann*, S. 82 ff.

[72] Als *Bedingung* der Rechtsgeltung – nicht jedoch als ihr *Grund* – muss zur ordnungsgemässen Gesetztheit noch ein Minimum an *sozialer Wirksamkeit* der Norm hin-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

formale Korrektheit seiner Satzung stützen, aber die formalen Verfahrensregeln der Satzung als solche müssen schon irgendeinen Legitimitätsanspruch erheben, damit sie Anerkennung finden können. Wenn nach dem Geltungsgrund der jeweils höheren Norm gefragt wird, muss man sich irgendwann für eine von drei Alternativen entscheiden, womit man sich in einer Situation befindet, die als Münchhausen-Trilemma bekannt wurde: als Trilemma der Wahl zwischen einem infiniten Regress, einem logischen Zirkel oder einem dogmatischen Abbruch.[73]

Die bedeutendsten Rechtspositivisten des 20. Jahrhunderts, Hans Kelsen und H. L. A. Hart, haben in Bezug auf das positive Recht eine eigene Antwort auf das Münchhausen-Trilemma konzipiert.[74] Beide sehen als letzten Grund der Legitimität eine *Grundnorm* vor, eine Norm, die die Geltung aller Normen eines Rechtssystems ausser ihrer eigenen begründet. Damit wird, im Sinne der dritten Alternative des Münchhausen-Trilemmas, der Begründungsregress an einem bestimmten Punkt abgebrochen und sich stattdessen auf eine Prämisse gestützt – man könnte hier auch sagen: auf eine „Hypothese“[75], eine „Fiktion“[76] oder ein „Axiom“[77].

Bei der Frage, auf welchen Geltungsgrund sich eine solche Grundnorm ihrerseits stützen kann, gehen die Meinungen von Kelsen und Hart auseinander. So nennt Hart seine Grundnorm auch nicht „Grundnorm“ (bzw. „basic norm“), sondern „*Rule of Recognition*“[78], was mit „Anerkennungsregel“[79] übersetzt und teilweise als „empirische Grundnorm“[80] bezeichnet wird.[81]

---

zukommen, siehe *§ 6 C. II. Die Grundnorm bei Hans Kelsen*; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 10, 219; *Ott*, Rechtspositivismus, S. 47 f.; *Meyer*, S. 262 ff.; *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 121; auch Robert Alexy sieht die soziale Wirksamkeit als Bedingung und nicht als Grund des juristischen Geltungsbegriffs und stimmt einem „Begriff der rechtlichen Geltung im engeren Sinne“ zu, der ohne das Element der sozialen Wirksamkeit auskommt und nur auf die ordnungsgemässe Gesetztheit abstellt, *Alexy*, Begriff, S. 142 f.

[73] *Albert*, S. 13; siehe *§ 5 C. II. Das Münchhausen-Trilemma*.

[74] M.w.V. auf Autoren, die den Bedarf einer Grundnorm darin sehen, dass ein infiniter Sollensregress vermieden werden kann, *Meyer*, S. 235 f., Fn. 60; Stephan Meyer selber lehnt eine Verbindung der Grundnorm mit dem Münchhausen-Trilemma jedoch ab, wie er ausführt, *Meyer*, S. 236 f.

[75] *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 38; kritisch gegenüber dieser Bezeichnung, *Hart*, Legal, S. 88, *Hart*, Concept, S. 293.

[76] *Kelsen*, Theorie, S. 206 f.

[77] Zum axiomatischen Charakter des Rechtspositivismus, *Ott*, Rechtspositivismus, S. 177 ff.; zur Grundnorm als Axiom, *Meyer*, S. 303 ff.; zu Axiomen als Postulat, vgl. *Ott*, Rechtspositivismus, S. 123; kritisch gegenüber der Bezeichnung als Postulat, *Hart*, Legal, S. 88; siehe *§ 6 B. IV. Der Geltungsstatus der Kelsen'schen Grundnorm*.

[78] *Hart*, Concept, S. 100 ff.

[79] In der Übersetzung von Harts „The Concept of Law“ (1961) durch Alexander von Baeyer wird die *Rule of Recognition* als „Erkenntnisregel“ bezeichnet, treffender aber sowohl von Ota Weinberger und Walter Ott, die sie mit „Erkennungsregel“ übersetzen, als auch von Renée Watkins-Bienz, die sie mit „Anerkennungsregel“ übersetzt, *Hart*, Begriff, S. 122; *Ott*, Rechtspositivismus, S. 95; *Watkins-Bienz*, Hart-Dworkin, S. 46.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Die Grundnorm bei Hans Kelsen

Kelsen hat eine konkrete Vorstellung davon, wie die Grundnorm des positiven Rechts aussehen müsse. Sie ist für ihn nicht das Produkt freier Erfindung, sondern eine logische Ableitung, auf die man bei einer gewissen Herangehensweise stosse.[82] Alexy dazu lapidar:

> „Um zur Grundnorm zu gelangen, braucht man nur einige Male ‚Warum?' zu fragen."[83]

Auf diese Weise könne der Befehl eines Gangsters, ihm eine Geldsumme auszuhändigen, unterschieden werden von der Anordnung eines Steuerbeamten, denselben Betrag zu leisten.[84] Warum ist die Anordnung des Steuerbeamten, nicht aber die des Gangsters, eine rechtlich geltende Norm in Gestalt eines Verwaltungsaktes? Die Antwort lautet: Weil der Steuerbeamte durch ein Steuergesetz ermächtigt wurde, während der Akt des Gangsters auf keiner solchen ihn ermächtigenden Norm beruht. Warum aber gilt das Steuergesetz? Die Antwort ist, weil die Verfassung den Gesetzgeber zum Erlass solcher Gesetze ermächtigt. Warum aber gilt die Verfassung? Darauf könnte man antworten, weil sie gestützt auf eine vorangegangene Verfassung im Zuge einer Verfassungsrevision erlassen wurde. So stösst man schliesslich auf eine historisch erste Staatsverfassung, deren Geltung nicht mehr auf eine von einer Rechtsautorität gesetzten Norm zurückgeführt werden kann; eine Staatsverfassung also, die revolutionär oder überhaupt erstmals entstanden ist. Fragt man nach dessen Geltungsgrund – und verzichtet dabei auf den Rückgriff auf eine meta-rechtliche Autorität, wie Gott oder Natur –, so bleibt einem nichts anderes übrig als eine Norm *vorauszusetzen*, der keine reale Existenz mehr zukommt, die vielmehr eine bloss gedachte Norm ist.[85]

---

[80] *Alexy*, Begriff, S. 155, 194 f.

[81] Auch Alexy bezeichnet Harts *Rule of Recognition* systematisch als eine Grundnorm, vgl. *Alexy*, Begriff, S. 194 f.; Hart selber räumt ein, dass seine *Rule of Recognition* in verschiedenen Hinsichten Kelsens Konzeption einer Grundnorm ähnelt, *Hart*, Concept, S. 292 f., an gleicher Stelle erläutert Hart aber auch die wesentlichen Unterschiede der beiden Theorien; vgl. auch *Hart*, Concept, S. 233.

[82] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 204, 207; vgl. *Bucher*, S. 47; vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 72 f.; siehe dazu auch *§ 6 C. V. Inwiefern kann die Grundnorm ein legitimer Geltungsgrund sein?*

[83] *Alexy*, Begriff, S. 155.

[84] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 8.

[85] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 48; vgl. auch *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 45; das Völkerrecht wird hier ausser Acht gelassen, jedoch spezifisch thematisiert in *§ 6 D. Legitime Geltung im Völkerrechtspositivismus*; für eine Analyse zu jenem „Voraussetzen" der Grundnorm siehe *§ 6 C. IV. Der Geltungsstatus der Kelsen'schen Grundnorm*; dazu auch *Bindreiter*, S. 75 ff.; es bliebe Kelsen freilich, zu sagen, dass die historisch erste Verfassung einfach *de facto* in Kraft getreten sei. Da er jedoch einen Schluss von Sein auf Sollen vermeiden will, versucht er deren Geltung aus einer weiteren Norm abzuleiten, vgl. *Somek*, S. 110.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Diese hypothetisch vorausgesetzte Grundnorm formuliert Kelsen wie folgt:

> „Zwangsakte sollen gesetzt werden unter den Bedingungen und auf die Weise, die die historisch erste Staatsverfassung und die ihr gemäss gesetzten Normen statuieren.“[86]

Oder in verkürzter Form:

> „Man soll sich so verhalten, wie die Verfassung vorschreibt.“[87]

Für Rechtsnormen gilt gemäss Kelsen so ein „Prinzip der Legitimität“[88]: Normen einer Rechtsordnung können aufgrund der vorausgesetzten Grundnorm *Geltung* als Recht beanspruchen, und zwar so lange, bis diese Geltung auf eine durch diese Rechtsordnung bestimmte Weise beendet wird. Eine Einschränkung finde dieses Prinzip nur im Falle einer Revolution, womit jede rechtlich nicht legitime – d. h. nicht gemäss den Bestimmungen der Rechtsordnung erfolgte – Beendigung der Rechtsgeltung gemeint ist. In diesem Fall schränkt das „Prinzip der Effektivität“ das der Legitimität ein: Die frühere Rechtsordnung hört auf zu gelten, eine neue wird in Geltung gesetzt, und mit ihr auch eine neue Grundnorm als Geltungsgrund.[89] Mit dem *Wirksamwerden* der neuen Verfassung hat die Grundnorm, die sich auf die alte Verfassung bezog, ihre Bedeutung verloren; für die Geltung der neuen Verfassung wird sie nicht mehr vorausgesetzt.[90]

Die Wirksamkeit einer Rechtsordnung ist für Kelsen somit eine „*Bedingung* der Geltung“, sie sei jedoch „keineswegs der *Grund* der Geltung“; dieser könne immer nur in einer höheren Norm liegen, die die Erzeugung der niedrigeren Norm regelt, letztlich in der Grundnorm.[91]

---

[86] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 203 f.

[87] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 204.

[88] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 213, wozu auch der Fall gehört, dass die Geltung der Norm durch die Geltung einer anderen Norm dieser Rechtsordnung ersetzt wird.

[89] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 214 f.; hier wird deutlich, dass Kelsen von einer *rechtlichen* Legitimität ausgeht und den Legitimitätsbegriff nicht undifferenziert mit moralischer Begründetheit gleichsetzt, vgl. *§ 4 D. II. Attributive Verwendungsweise von „Legitimität“*; Alexy kritisiert Kelsens These einer „neuen“ oder „anderen“ Grundnorm, *Alexy*, Kelsens, S. 345 ff.

[90] *Kühne*, S. 197; diese oder ähnliche Auffassungen hinsichtlich einer Revolution haben nicht nur Rechtspositivisten, wie etwa Georg Meyer, Gerhard Anschütz oder Walter Jellinek ausdrücklich vertreten, sondern auch deutsche Gerichte, die damit in mehreren Entscheidungen das Recht der gelungenen Revolution vom November 1918 anerkannten, m. w. V. *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 250 ff.; eine Auseinandersetzung mit den inhaltlich-materiellen – und nicht wie bei Kelsen mit den rein normtheoretisch-formellen – Legitimitätsaspekten der Verfassungsgebung im Zuge der Amerikanischen und der Französischen Revolutionen findet sich bei *Herbst*, Legitimation, S. 38 ff.

[91] *Kelsen*, Geltung, S. 21, Hervorhebung hinzugefügt; *Ott*, Rechtspositivismus, S. 47 f.; vgl. *Meyer*, S. 262 ff.; eingehend dazu *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 121; die Wirksamkeit sei auf jeden Fall kein Element des *Begriffes* des positiven Rechts, es sei vielmehr eine *vom „Rechtspositivismus postulierte* Bedingung seiner Geltung“, *Kelsen*, Positivismus, S. 467.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Die Normen einer positiven Rechtsordnung gelten, *weil* die die Grundregel ihrer Erzeugung bildende Grundnorm als gültig vorausgesetzt wird, nicht weil sie wirksam sind; aber sie gelten nur, *wenn*, das heisst nur solange als diese Rechtsordnung wirksam ist.“[92]

Die Geltung einer Rechtsordnung hänge aber nicht von der Wirksamkeit *einzelner* Rechtsnormen ab, sondern wird als gültig angesehen, wenn ihre Normen „*im grossen und ganzen* wirksam“ sind, das heisst, tatsächlich befolgt werden.[93] Vor diesem Hintergrund könnte die Grundnorm auch so formuliert werden:

„Man soll sich so verhalten, wie es einer im grossen und ganzen sozial wirksamen Verfassung entspricht.“[94]

Um die Geltung einer Rechtsordnung durch die Grundnorm zu veranschaulichen bildet Kelsen folgenden Syllogismus. Obersatz: „Man soll sich der tatsächlich gesetzten und wirksamen Verfassung gemäss verhalten.“ Untersatz: „Die Verfassung wurde tatsächlich gesetzt und ist wirksam, das heisst: die ihr gemäss gesetzten Normen werden im grossen und ganzen angewendet und befolgt.“ Schlusssatz: „Man soll sich der Rechtsordnung gemäss verhalten, das heisst: die Rechtsordnung gilt.“[95]

Inhaltlich ist die Grundnorm nach Kelsen gänzlich neutral; es könne kein Inhalt aus ihr abgeleitet werden.[96] Eine Rechtsnorm gelte nicht darum, weil sie einen bestimmten Inhalt hat – d. h. weil sie von einer *inhaltlichen* Grundnorm abgleitet wurde – sondern nur darum, weil sie *in der Weise erzeugt* worden ist, wie es die vorausgesetzte Grundnorm bestimmt hat.[97] Infolgedessen könne eine positive Rechtsordnung nicht mit der Begründung als ungültig angesehen werden, dass sie inhaltlich ihrer Grundnorm nicht entsprechen würde.[98]

„Denn – wie mit Nachdruck betont werden muss – aus der Grundnorm kann nur die Geltung, nicht der Inhalt der Rechtsordnung abgeleitet werden. […] Keiner positiven

---

92 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 219.

93 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 219.

94 *Kühne*, S. 199.

95 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 219.

96 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 224; dem steht jedoch entgegen, dass die von Kelsen formulierte Grundnorm die Setzung von *Zwangsakten* als Gesolltes erklärt und somit eine inhaltliche Vorgabe macht, *Meyer*, S. 259 f.; Kelsen selbst: „Mit der Grundnorm wird somit die in ihr enthaltene Definition des Rechts als Zwangsnorm vorausgesetzt.“, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 51; dazu auch *Paulson*, Formulierungen, S. 69 f.; ausserdem ist für Kelsen „ein Minimum an Wirksamkeit“ eine Bedingung der Geltung von Normen, weshalb nur eine im „grossen und ganzen wirksame Zwangsordnung“ als Rechtsordnung gedeutet werden könne. Daher beziehe sich die Grundnorm immer nur auf eine Zwangsordnung mit dauernder Wirksamkeit, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 51; auch Dieter Kühne leitet eine inhaltliche Beziehung der Grundnorm zu den ihr nachfolgenden Normen her, *Kühne*, S. 197 ff.

97 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 200 f.

98 *Ott*, Rechtspositivismus, S. 49.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> Rechtsordnung kann wegen des Inhalts ihrer Normen die Geltung abgesprochen werden. Das ist ein wesentliches Element des Rechtspositivismus; [...].“[99]

Somit kann festgehalten werden, dass die Grundnorm und die Geltung einer Rechtsordnung nicht im Zusammenhang mit der Frage stehen, ob diese Rechtsordnung gerecht oder ungerecht ist, denn „in der Voraussetzung der Grundnorm wird kein dem positiven Recht transzendentaler Wert bejaht“.[100] Dies führt Kelsen zu der berühmten Aussage:

> „Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein. Es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, Inhalt einer Rechtsnorm zu sein.“[101]

Den Status seiner Grundnorm erläutert Kelsen anhand ihrer Eigenschaften, unter anderem anhand der Tatsache, dass sie keiner Begründung fähig ist.[102] Als Grundnorm ist sie die höchste Norm. Um sie zu begründen, müsste man eine noch höhere Norm voraussetzen, wodurch die Grundnorm nicht mehr die höchste Norm wäre und deshalb auch nicht mehr die Grundnorm.[103] Weiter macht Kelsen deutlich, dass die Grundnorm notwendig vorausgesetzt werden müsse, wenn man von rechtlicher Geltung oder von rechtlichem Sollen sprechen will. In Anlehnung an die Kant'sche Terminologie bezeichnet er sie als „*transzendental-logische Voraussetzung*“ *der Rechtserkenntnis* – d.h. als „notwendige Bedingung der Möglichkeit“ der Erkenntnis rechtlicher Geltung und rechtlichen Sollens.[104] Diese Charakterisierung der Grundnorm wird nachvollziehbar, wenn man den wichtigsten der ihr zugesprochenen Funktionen auf den Grund geht.[105]

---

[99] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 224.

[100] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 204.

[101] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 204.

[102] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 197.

[103] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 197; siehe dazu *§ 6 C. IV. der Geltungsstatus der Kelsen'schen Grundnorm*; diese prinzipielle Begründungsunfähigkeit der Grundnorm kann jedoch bestritten werden, so etwa von Robert Alexy, *Alexy*, Begriff, S. 182 ff.; vgl. dazu *§ 6 C. V. Inwiefern kann die Grundnorm ein legitimer Geltungsgrund sein?*

[104] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 204 f.; zum transzendentalen bzw. Kant'schen Ansatz bei Kelsen siehe *Paulson*, Objektivierungsprogramme, S. 194 ff.

[105] Alexy führt drei wesentliche Funktionen bzw. Aufgaben der Kelsen'schen Grundnorm an, *Alexy*, Begriff, S. 170 ff.; Jörg Kammerhofer erkennt (mindestens) vier Funktionen, die teilweise von denjenigen Alexys abweichen, *Kammerhofer*, Uncertainty, S. 244 ff.; *Kammerhofer*, Normbegründung, S. 202; Stanley L. Paulson führt zehn unterschiedliche Formulierungen der Grundnorm bei Kelsen an, denen er je eine andere Funktion zuschreibt, *Paulson*, Formulierungen, S. 58 ff.; folgende vier davon würden sich dabei als grundlegend erweisen: die Grundnorm als Grund der „Geltung qua Zugehörigkeit“, die Grundnorm als „Ermächtigung zur Normsetzung“, die Grundnorm als „Sinn des Sollens“ und die Grundnorm als Grund der „Geltung qua Verbindlichkeit“, *Paulson*, Formulierungen, S. 63.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die erste Funktion bzw. Aufgabe der Grundnorm besteht darin, den Übergang von einem Sein zu einem Sollen zu ermöglichen.[106] Das Sein besteht aus der tatsächlichen Gesetztheit der Rechtsnorm und aus einem Minimum an sozialer Wirksamkeit. Das Sollen ist die rechtliche Geltung der Norm, und zwar im Sinne von rechtlicher Gebotenheit, sich gemäss der Norm zu verhalten und sie als verbindlich anzusehen. Nun kann aber die Frage, warum sich der Mensch so verhalten *soll*, nicht allein mit der Feststellung einer *Seins*-Tatsache beantwortet werden, wie seit David Hume weitgehend anerkannt ist.[107] Ein normativer Geltungsgrund kann aus *logischen* Gründen niemals ein ausschliesslich empirischer Satz sein. Kelsen:

> „Daraus, dass etwas ist, kann nicht folgen, dass etwas sein soll; sowie daraus, dass etwas sein soll, nicht folgen kann, dass etwas ist. Der Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen Norm sein.“[108]

Man gelangt also von der Gesetztheit einer Norm zu ihrer Geltung als Gesolltes nur durch eine zusätzliche Annahme, die normativer Natur sein muss. Diese zusätzliche Annahme ist die Grundnorm: eine vorausgesetzte Sollens-Norm, aus der weitere Normen abgeleitet werden können.[109] Anschaulich schreibt Alfred Verdross, dass die blossen „Willenserklärungen der Rechtsetzungsorgane nur dadurch *zu Normen werden*, dass eine [vorausgesetzte] Norm fordert: Verhalte dich so, wie es bestimmte Menschen vorschreiben oder wie es eine bestimmte Übung verlangt.“[110] Erst durch das Voraussetzen einer solchen Grundnorm werden bestimmte Seins-Tatsachen zu Normen erhoben, mit denen ein Sollen gefordert werden kann.[111] Erst durch eine solche *Ursetzung* können bestimmte Seins-Tatsachen – wie z. B. die korrekte Gesetztheit einer Willenserklärung – als *rechts*erzeugende Tatsachen gedeutet werden; erst dann kann „der Schritt ins Reich des Rechts“[112] vollzogen werden; oder wie Horst Dreier schreibt: Erst die Annahme der Grundnorm mache „auf einen Schlag, wie durch die Berührung mit einem Zauberstab, aus den effektiven Zwangsordnungen normative Rechtsordnungen […]“.[113] In folgender Passage macht Kelsen diesen grundlegenden Aspekt in seiner Argumentation noch einmal deutlich:

---

[106] Alexy bezeichnet diese Aufgabe der Grundnorm als „Kategorientransformation“, m. w. V. *Alexy*, Begriff, S. 170.

[107] Die These, dass allein aus einem Sein kein Sollen folgen kann, lässt sich auf David Hume zurückführen und wird deshalb auch als „Hume’sches Gesetz“ bezeichnet, vgl. *Hume*, S. 469.

[108] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 196.

[109] Vgl. *Kammerhofer*, Normbegründung, S. 201.

[110] *Verdross*, Verfassung, S. 22, Hervorhebung hinzugefügt.

[111] *Verdross*, Verfassung, S. 21 f.

[112] *Alexy*, Begriff, S. 170 f.

[113] *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 86; vgl. auch *Verdross*, Verfassung, S. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Es ist die Grund- oder Ursprungsnorm, die – als Hypothese – von der Rechtserkenntnis eingeführt werden muss, um das als Recht zu begreifende Material, um die als Rechtsakte zu deutenden Tatbestände überhaupt als Elemente eines und desselben Systems ‚Recht' zu erfassen. […] Fragt man, warum irgend ein konkreter Tatbestand, eine menschliche Handlung, etwa ein Befehl oder Vertrag oder ein Zwangsakt, Rechtsakt, warum er Akt einer bestimmten Rechtsordnung […] sei, d. h. als Akt dieser Rechtsordnung gedeutet werden muss, so ist diese Frage nur dadurch zu beantworten, dass man diesen individuellen Tatbestand auf eine generelle Norm zurückführt, als deren Konkretisierung er sich darstellt, und diese Norm als einen Rechtssatz des fraglichen Systems erkennt. Fragt man weiter, warum diese generelle Norm ein Rechtssatz […] sei, so führt diese Frage – über mehr oder weniger Zwischenstufen – dazu, dass diese Norm – das Gesetz im technischen Sinn – von einer ganz bestimmten Autorität, einem bestimmt qualifizierten Monarchen oder einem bestimmt qualifizierten Parlament gesetzt wurde. Fragt man dann, warum gerade dieser Tatbestand den Rechtscharakter […] begründe, so ergibt sich als Voraussetzung dieser ganzen Argumentation eine *Grundnorm*, die diesen letzten Tatbestand als Grund-Tatbestand qualifiziert, oder m. a. W.: diesen Monarchen, diese Volksversammlung, dieses Parlament etc. als letzte rechterzeugende Autorität einsetzt. Über diese Grundnorm, über diesen Ursprungsrechtssatz kann – voraussetzungsgemäss – nicht weiter hinaus gefragt werden."[114]

Die zweite Funktion der Grundnorm besteht sodann in der Festlegung der Tatsachen, die als rechtserzeugend anzusehen sind. Prinzipiell kann nämlich jede beliebige Tatsache als rechtserzeugende Tatsache gedeutet werden. Theorien zu konkreten Rechtsordnungen sehen jedoch normalerweise vor, dass nicht jede vorkommende Willensäusserung als Recht gelten können soll. Die Grundnorm legt die Kriterien für das fest, was Recht ist.[115] Wie dargelegt, ist Kelsens Kriterium das einer tatsächlich gesetzten, im Grossen und Ganzen wirksamen Verfassung.[116]

III. Die Rule of Recognition bei H. L. A. Hart

H. L. A. Hart hat seiner Version der Grundnorm – der *Rule of Recognition* – insbesondere diese zweite Funktion zugedacht: Sie enthält die Kriterien für die Identifikation von Regeln als geltendes Recht.[117] Auch bei Hart ist sie die höchste Regel des Rechtssystems.[118] Die in ihr enthaltenen Kriterien sind der letzte Geltungsgrund aller Regeln des Rechtssystems.[119] Für Hart ist das Recht ein

---

[114] *Kelsen*, Staatslehre, S. 104.

[115] Alexy bezeichnet diese Aufgabe der Grundnorm als „Kriterienfestlegung", vgl. *Alexy*, Begriff, S. 171; als dritte Aufgabe der Grundnorm sieht er die „Einheitsstiftung", vgl. *Alexy*, Begriff, S. 172; vgl. auch *Watkins-Bienz*, Hart-Dworkin, S. 46 f.

[116] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 219.

[117] *Hart*, Concept, S. 100; Hart spricht durchgehend von Regeln („rules") anstatt von Normen.

[118] „Ultimate rule", *Hart*, Concept, S. 105.

[119] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 96; vgl. *Hart*, Concept, S. 109.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

System aus Verhaltensregeln („Primary Rules"), deren Erzeugung und Anwendung von Verfahrensregeln („Secondary Rules") bestimmt werden, wobei die wichtigste Secondary Rule die *Rule of Recognition* ist, die die Bedingungen festlegt, die eine Regel zu erfüllen hat, um als *zum System gehörend* zu gelten.[120]

Neben diesen Gemeinsamkeiten bestehen jedoch auch deutliche Unterschiede zu Kelsens Grundnorm. Am wichtigsten ist dabei wohl die Tatsache, dass für Hart die Frage nach der Geltung sowie dem Inhalt der *Rule of Recognition* empirischer Natur ist. Die *Rule of Recognition* wird nicht ausformuliert wie bei Kelsen. Ihr Vorhandensein manifestiert sich in der komplexen, aber übereinstimmenden sozialen Praxis der Gerichte, Beamten und Privatpersonen bei der Identifizierung von Regeln als geltendes Recht. Die Existenz der *Rule of Recognition* ist demnach eine objektive Tatsache, die sich in jedem beliebigen Rechtssystem nachweisen lässt.[121] So lautet Harts vielzitierte Passage:

> „[T]he rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact."[122]

Die *Rule of Recognition existiert* demnach aufgrund der tatsächlichen Anwendung durch gewisse Gesellschaftsmitglieder. Dass sie *gelte*, kann man nach Hart jedoch nicht sagen.[123] Denn als höchstes Geltungskriterium könne sie ihre Geltung nicht ihrerseits wieder aus einer noch höheren Regel ableiten.[124] Sie werde *akzeptiert*, so Hart, und die Akzeptanz offenbare sich in der Anwendung der Regel.[125] Indem der Gesetzgeber das Recht gemäss den Verfassungsregeln schafft, akzeptiere er damit implizit auch das entsprechende Geltungskriterium in der *Rule of Recognition*; dasselbe gelte auch für die Tätigkeit der Gerichte.[126] Harts Rechtstheorie wurde daher auch pointiert als „Anerkennungs- und Befolgungstheorie des Rechts" bezeichnet.[127]

---

[120] *Hart*, Concept, S. 94; *Ott*, Rechtspositivismus, S. 94 f.

[121] *Watkins-Bienz*, Rechtspositivismus, S. 56; gemäss Hart jedoch nicht für das damalige Völkerrecht, vgl. *Hart*, Concept, S. 235; siehe auch *§ 6 D. III. 3. Grundnormen bei anderen Völkerrechtlern?*

[122] *Hart*, Concept, S. 110.

[123] *Hart*, Concept, S. 109.

[124] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 96.

[125] *Hart*, Concept, S. 169; mit „Akzeptanz" bezeichnet Hart den *internen Aspekt* der Regeln („internal aspect"), durch den Regeln von Gewohnheiten unterschieden werden können, *Hart*, Concept, S. 56 f.; Renée Watkins-Bienz dazu: „Der interne Aspekt bezieht sich somit auf eine kritisch reflektierende und normative Einstellung [der Normbetroffenen] […], die den Regeln immanente (Wert-)Ordnung als für das eigene Verhalten verbindlichen Massstab anzuerkennen, Kritik bei abweichendem Verhalten als berechtigte Kritik, und abweichendes Verhalten als Begründung für Kritik bzw. Sanktion gutzuheissen.", *Watkins-Bienz*, Hart-Dworkin, S. 37.

[126] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 97.

[127] *Eckmann*, S. 97; *Ott*, Rechtspositivismus, S. 97.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Harts *Rule of Recognition* bietet demnach Legitimität von Rechtsgeltung im *empirisch-deskriptiven Sinne, nicht jedoch normative Legitimität*. Denn es steckt empirische Anerkennung hinter der *Rule of Recognition* als Geltungsgrund. Die Geltung einer Rechtsnorm erweist sich damit als legitim in dem Sinne, dass sie tatsächlich anerkannt wird bzw. im Sinne einer faktischen Manifestation in der rechtlichen Praxis.[128]

IV. Der Geltungsstatus der Kelsen'schen Grundnorm

Die Frage nach dem geltungstheoretischen Status der Grundnorm betrifft somit vor allem Kelsens Theorie. Da seine Grundnorm die Geltung allen positiven Rechts begründet, kann sie selber nicht wiederum eine Norm des positiven Rechts sein.[129] „*Welcher Art aber ist sie dann?*", hört man die entscheidende Frage seit hundert Jahren immer wieder.[130] Man könnte annehmen, dass sie nur eine Norm des überpositiven Rechts, also des Natur- oder Vernunftrechts sein könne. Diese Auffassung lehnt Kelsen aber mit Nachdruck ab.[131] Dass er seine eigene Antwort am Ende seines Schaffens aber nochmals revidierte, zeigt, dass es sich um keine einfache Frage handelt.[132]

1. Die Grundnorm als Hypothese

Wenig umstritten ist zunächst, dass eine Grundnorm als Geltungsgrund des Rechts *notwendig vorausgesetzt* werden muss, *wenn* von einer Verfassung gesagt werden will, dass sie rechtlich gilt bzw. dass es rechtlich geboten ist, sich ihr gemäss zu verhalten.[133] Dieses Voraussetzen ist demnach keine unbedingte Notwendigkeit, wenn man vom Recht als Begriff reden will, wird jedoch bedingt, wenn man Recht in der Kategorie des Sollens – also als Soll-Ordnung – und damit als *geltende* Normenordnung deuten will.[134] Wenn nun wiederum über die Legitimität einer Norm nachgedacht werden soll, kann dies nur dann sinnvoll geschehen, wenn die Norm in ihrer Geltung erfasst wird, also in ihrer spezi-

---

128 Siehe auch *§ 6 C. VI. 2. a) Recht als anerkanntes Sollen*.

129 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 206 f., 226.

130 *Verdross*, Verfassung, S. 21; genauso in *Alexy*, Begriff, S. 173 ff.

131 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 223 ff.

132 Vgl. *Kelsen*, Funktion, S. 1620; vgl. *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 43 f.

133 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 204; vgl. dazu die Ausführungen unter *§ 6 C. II. Die Grundnorm bei Hans Kelsen*.

134 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 224; *Kelsen*, Geltungsgrund, S. 1164; man kann Recht freilich auch als bloss sozialen oder psychischen Wirkungszusammenhang beschreiben, z. B. als Machtbeziehung, vgl. m. w. V. *Potacs*, S. 34 ff.; dass dies für viele Zwecke jedoch nicht sehr fruchtbar ist, zeigt Kelsen am Beispiel der rechtsrealistischen Theorie von Alf Ross auf, wo der Begriff des Rechts ohne Zuhilfenahme des Begriffs der Soll-Geltung zu bestimmen versucht wurde, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 215 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fischen Existenz als Sollens-Forderung. Legitim bzw. illegitim ist eine Norm nur in ihrer Geltung.[135]

Wie hat man sich dieses *Voraussetzen* der Grundnorm nun vorzustellen?[136] Anschaulich wird dies, wenn man das Voraussetzen von Grundnormen bei anderen Normenordnungen als dem positiven Recht betrachtet. Als Grund der Soll-Geltung ist eine Grundnorm für Kelsen nämlich auch für moralische Naturrechtslehren oder für religiöse Normen notwendig. Einfach voraussetzen, weil eine Grundnorm unmittelbar einleuchtend sei, ist für Kelsen nicht möglich, wie er am Beispiel des Naturrechts zeigt:

> „Eine Naturrechtslehre kann zwar als Tatsache behaupten – wenn sie es auch nicht beweisen kann –, die Natur befehle, dass sich die Menschen in bestimmter Weise verhalten sollen. Aber da eine Tatsache nicht der Geltungsgrund einer Norm sein kann, kann eine logisch korrekte Naturrechtslehre nicht leugnen, dass man positives, dem Naturrecht entsprechendes Recht als gültig nur deuten kann, wenn man die Norm voraussetzt: man soll den Befehlen der Natur gehorchen. Das ist die Grundnorm des Naturrechts. Auch die Naturrechtslehre kann auf die Frage nach dem Geltungsgrund des positiven Rechts nur eine bedingte Antwort geben. Behauptet sie, die Norm, man solle den Befehlen der Natur gehorchen, sei unmittelbar einleuchtend, irrt sie. Diese Behauptung ist unannehmbar.“[137]

Etwas deutlicher wird Kelsen am Beispiel von religiösen Normen. Nimmt man an, dass in den heiligen Schriften einer Religion die Gebote Gottes enthalten sind, bliebe immer noch zu fragen: „Warum soll man den Geboten Gottes gehorchen?“[138] Was soviel bedeute wie:

> „[W]arum ist der subjektive Sinn dieses Willensaktes Gottes […] eine gültige Norm, oder was dasselbe bedeutet: was ist der Geltungsgrund dieser generellen Norm? Worauf die einzige mögliche Antwort ist: weil man als gläubiger Mensch voraussetzt, dass man den Geboten Gottes gehorchen soll. Es ist die Aussage über die Geltung einer Norm, die im Denken eines gläubigen Menschen vorausgesetzt werden muss, um die Geltung der Normen der religiösen Moral zu begründen. Es ist die Grundnorm einer religiösen Moral, die die Geltung aller Normen dieser Moral begründet, eine Grund-Norm, weil nach dem Grund ihrer Geltung nicht mehr gefragt werden kann. Es ist keine positive, das heisst keine durch einen realen Willensakt gesetzte, sondern eine *im Denken eines gläubigen Menschen* vorausgesetzte Norm.“[139]

Und in diesem Sinne ist auch die Geltung der rechtlichen Grundnorm zu verstehen: nicht als positive, durch einen realen Willensakt gesetzte, sondern als eine *im juristischen Denken vorausgesetzte* Norm.[140] Die Grundnorm könne

---

[135] Vgl. *§ 4 D. I. Legitime Normen und gültige Normen*.

[136] Uta Bindreiter widmet der Antwort auf diese Frage über 50 Seiten, siehe *Bindreiter*, S. 75 ff.; Eugen Bucher schlägt vor, „auf die Vorstellung der Geltung bezogen auf die Grundnorm überhaupt zu verzichten.“, *Bucher*, S. 53 ff.

[137] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 227.

[138] *Kelsen*, Funktion, S. 1616.

[139] *Kelsen*, Funktion, S. 1616, Hervorhebung hinzugefügt.

[140] *Kelsen*, Funktion, S. 1618.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

demnach nur eine „gedachte Norm“ sein.[141] Als solche wird sie nicht in dem Sinne vorgeschrieben, dass der Rechtswissenschaftler von jemandem verlange, sich der Verfassung und damit dem Recht gemäss zu verhalten. Vielmehr könne man als Rechtswissenschaftler über eine Rechtspflicht informieren und zugleich als Mensch verlangen, ihr aus moralischen Gründen keine Folge zu leisten. Die Normativität des Rechts habe darum einen „*hypothetischen* oder *relativen* Charakter“[142], denn die Grundnorm sei zwar der letzte, aber „seinem Wesen nach *nur bedingte und in diesem Sinne hypothetische* Geltungsgrund der Rechtsordnung“.[143] Auch für Horst Dreier bedeutet die grundnormbegründete Geltung eine

> „[…] hypothetisch-relative Geltung von Rechtsnormen […], die auf bestimmten, aber nicht zwingenden Grundannahmen des Rechtsbetrachters beruht.“[144]

Informiert ein Rechtswissenschaftler über eine Rechtspflicht, sagt er nicht: „Du sollst die Handlung *h* vollziehen“, sondern vielmehr: „Wenn du dich auf den Standpunkt des Rechts stellst, dann bist du verpflichtet, die Handlung *h* zu vollziehen.“[145] Die Entscheidung, sich auf den Standpunkt des Rechts zu stellen, ist offen für beliebige Erwägungen und jedem selbst überlassen; sie wird niemandem vorgeschrieben.[146] Diese Vorstellung von Rechtsgeltung wird von Alexy veranschaulicht, wenn er sagt:

> „Eine Rechtspflicht gibt es nur für den, der, aus welchen Gründen auch immer, am Spiel des Rechts teilnimmt. Für den, der dies nicht tut, existiert nur das Risiko, von Zwangsakten getroffen zu werden. Insofern verpflichtet das Recht zu nichts.“[147]

In diesem Sinne markiert die Grundnorm eine Grenze für die Idee der Rechtspositivität: Sie lässt die Möglichkeit offen, sich dem normativen Geltungsanspruch des Rechts zu entziehen, indem man es lediglich als Summe von Gewaltakten betrachten und seine objektive Verbindlichkeit leugnen kann.[148]

2. Die Grundnorm als Fiktion

Noch im Alter von 83 Jahren hat Hans Kelsen seine Auffassung der Grundnorm als bloss „im juristischen Denken vorausgesetzte Norm“ revidiert.[149] Dies

---

141 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 207.

142 *Alexy*, Begriff, S. 180, Hervorhebung hinzugefügt.

143 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 47; vgl. auch *Kelsen*, Grundlagen, S. 299; *Kelsen*, Souveränität, S. 97; *Kelsen*, Staatslehre, S. 104.

144 *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 38.

145 *Alexy*, Begriff, S. 180.

146 Für Kelsen können auch Moralnormen nur in diesem bedingten Sinn als objektiv gültige Soll-Sätze gedeutet werden, *Kelsen*, Funktion, S. 1620.

147 *Alexy*, Begriff, S. 181.

148 *Kelsen*, Grundlagen, S. 242; vgl. *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 51, 54; vgl. auch *Laun*, S. 14.

149 *Kelsen*, Funktion, S. 1620.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hängt damit zusammen, dass der späte Kelsen Normen untrennbar mit Willensakten verknüpfte, ja er definierte Normen nun als den „Sinn von Willensakten, die auf das Verhalten anderer gerichtet sind“[150]: Ein Sollen sei ohne ein Wollen nicht denkbar. Daraus folgert er, dass „mit der gedachten Grundnorm auch eine *imaginäre* Autorität mitgedacht werden muss, deren – *fingierter* – Willensakt die Grundnorm zu seinem Sinn hat“.[151]

Die Grundnorm wird so für Kelsen zu einer echten Fiktion im Sinne der Philosophie des Als-ob von Hans Vaihinger.[152] Derzufolge ist eines der Hauptmerkmale einer Fiktion der Widerspruch zur Wirklichkeit.[153] Die Fiktion sei ein „Denkbehelf“, dessen man sich bediene, wenn man den Denkzweck mit dem gegebenen Material nicht erreichen könne.[154] In Vaihingers Worten:

> „Die bewusste Abweichung von der Wirklichkeit soll die Erreichung der letzteren vorbereiten.“[155]

In Kelsens Worten:

> „Die Fiktion charakterisiert sich nach Vaihinger ebensosehr durch ihren Zweck wie durch das Mittel, mit dem sie diesen Zweck erreicht. Der Zweck ist: Erkenntnis der Wirklichkeit, das Mittel: eine Fälschung, ein Widerspruch, ein Kunstgriff, ein Umweg und Durchgangspunkt des Denkens. Ein Mittel der Logik, wenn auch ein abnormales, ist die Fiktion […].“[156]

Für Kelsen besteht nun der Denkzweck der juristischen Grundnorm darin, die Geltung einer Rechtsordnung zu begründen, d. h. Normen als gültige Rechtsnormen und die diese Normen setzenden Akte als gültige Normsetzungsakte zu deuten.[157] Dieses Ziel sei aber nur auf dem Wege einer Fiktion zu erreichen, denn es müssen Widersprüche in zweifacher Hinsicht angenommen werden:

Zum einen liege ein Widerspruch darin, dass eine höchste Rechtsautorität von der Grundnorm ermächtigt wird, man dazu aber von einer noch über dieser Autorität stehenden Autorität ausgehen müsse.[158] Die höchste Autorität wäre dann nicht mehr die höchste Autorität. Es müsste dann auch eine weitere Grundnorm

---

[150] *Kelsen*, Funktion, S. 1615; zu Kelsens früherer Auffassung der Beziehung zwischen Willen und Norm siehe *Weinberger*, Sanktion, S. 103 ff.

[151] *Kelsen*, Funktion, S. 1620, Hervorhebung hinzugefügt.

[152] Kelsen explizit: „[D]ie Grundnorm [ist] keine Hypothese – als was ich selbst sie gelegentlich gekennzeichnet habe – sondern eine Fiktion […].“, *Kelsen*, Funktion, S. 1620.

[153] *Vaihinger*, S. 171 ff.

[154] *Kelsen*, Funktion, S. 1620; die juristische Fiktion sei dabei prinzipiell identisch mit der erkenntnistheoretischen Fiktion, *Vaihinger*, S. 447; so auch *Kelsen*, Fiktionen, S. 995 ff.

[155] *Vaihinger*, S. 27.

[156] *Kelsen*, Fiktionen, S. 994.

[157] *Kelsen*, Funktion, S. 1618.

[158] *Kelsen*, Funktion, S. 1620.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fingiert werden, die die grundnormsetzende höchste Autorität zur Setzung der Grundnorm ermächtigt. Dann wäre aber die ursprüngliche Grundnorm nicht mehr die Grundnorm und dies würde in einem infiniten Regress enden.[159] Deshalb könne die höchste Autorität nur eine fingierte sein.

Zum anderen liege ein Widerspruch darin, dass die Grundnorm des Rechts „Man soll sich so verhalten, wie die historisch erste Verfassung bestimmt" angenommen werde, obwohl keine solche Norm als Sinn eines wirklichen Willensaktes vorhanden sei. Das Vorliegen dieser Grundnorm entspreche nicht der Wirklichkeit, genauso wenig wie etwa das Vorliegen der Grundnorm der Religion „Man soll den Geboten Gottes gehorchen".[160] Die Grundnorm wurde daher schon als „wissentliche Erfindung" und als „Schöpfung des Rechtsbetrachters" bezeichnet.[161] Ihre Leistung besteht für Horst Dreier folglich in der Bereitstellung eines „Normativitätssurrogates"; von einer echten „Normativitätsstiftung" könne weniger die Rede sein.[162] Es braucht dieses Surrogat bzw. diese Fiktion jedoch, eben weil die Existenz einer Norm objektive Geltung voraussetzt, der benötigte objektive Geltungsgrund jedoch nicht zur Hand ist.[163]

Zu Vaihingers Theorie der Fiktionen hat Kelsen 45 Jahre zuvor selbst einen wichtigen Aufsatz geschrieben.[164] Man könnte deshalb annehmen, die These von der Grundnorm als Fiktion sei implizit schon in den frühen Formulierungen der Lehre enthalten gewesen.[165] So meint auch Stephan Meyer überzeugend – wenn auch entgegen der herrschenden Auffassung –, dass es keine Weiterentwicklung oder Änderung der Theorie von Kelsen bedeutet, wenn dieser die Grundnorm später als Fiktion bezeichnet: Es handle sich allenfalls um eine Klarstellung.[166] Kelsen habe damit in aller Deutlichkeit auf die herrschende Geltungsaporie aufmerksam gemacht, darauf also, dass sich als Geltungsgrund des positiven Rechts weder die Moral bzw. das Naturrecht eigne noch andere objektive Geltungsgründe verfügbar seien, dass es jedoch für ein normativ gedeutetes Recht einer solchen Geltungsbegründung bedürfe.[167]

---

[159] *Alexy*, Begriff, S. 178.

[160] *Kelsen*, Funktion, S. 1620; daher auch die Einwendung, dass die Grundnorm nicht als Hypothese qualifiziert werden könne: als solche müsste sie *verifizierbar* sein, was sie tatsächlich jedoch nicht ist, m.w.V. *Walter*, Rechtslehre, S. 339.

[161] *Meyer*, S. 282.

[162] *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 49.

[163] Vgl. *Meyer*, S. 282.

[164] *Kelsen*, Fiktionen, S. 993 ff.

[165] M.w.V. *Carrino*, S. 29 f., der diese Deutung selber aber ablehnt, vgl. *Carrino*, S. 36.

[166] *Meyer*, S. 282 f.; Alfred Verdross hat schon 1926 dargelegt, dass eine hypothetische Grundnorm als blosse Fiktion aufgefasst werde könne, wobei er auf die Auffassung von Heinrich Triepel verweist, *Verdross*, Verfassung, S. 31.

[167] *Meyer*, S. 283.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dennoch finden sich mehrheitlich Kritiker für Kelsens Fiktionsansatz.[168] Ist die Grundnorm erst einmal als Fiktion erkannt, erscheine ihr Voraussetzen-Können nicht nachvollziehbar, so Meyer. Wenn man nämlich objektive Geltung für unmöglich halte, dann gebe es schlicht keinen Grund, kontrafaktisch eine Grundnorm vorauszusetzen und so das Recht auf eine zuvor als falsch erkannte Art zu deuten. Im Gegenteil: Die Erkenntnis von der Unmöglichkeit objektiver Geltung sei vielmehr ein Grund, der gegen derartige kontrafaktische Annahmen spreche.[169] Wenn der Erkenntnisgegenstand „*geltendes* Recht" eine bewusste Erfindung sei, dann handle es sich nicht mehr um *Erkenntnis* des Rechts, sondern um *Bekenntnis* und dies laufe dem Reinheitspostulat Kelsens zuwider.[170]

3. Die Grundnorm als Axiom

Welche Möglichkeiten bleiben noch, sich das Voraussetzen der Grundnorm und damit die Geltung von Recht vorzustellen? In der Literatur wird die Geltung der Grundnorm zuweilen schlicht und unspezifisch als „Annahme" bezeichnet.[171] Fasst man das präziser und deutet die Grundnorm als *Axiom*, könnte darin ein vielversprechender Ansatz liegen. Mit einem Axiom träfe man eine revisionsoffene, vorläufig als wahr vorauszusetzende Annahme über eine *Eigenschaft* des Gegenstandes „positives Recht".[172]

Während man bis ins 19. Jahrhundert hinein Axiome als evidente Wahrheiten verstand, behauptet man in modernen Auffassungen des Axiombegriffs keine Evidenz des axiomatisch Zugrundegelegten und keine unerschütterliche Wahrheiten.[173] Es geht vielmehr um eine „Wahrheitsvermutung"[174], und zwar in Bezug auf eine grundsätzliche Aussage, die *zur Zeit* nicht überprüft werden kann.[175] Wenn Kelsen von einem „unbeweisbaren Grundsollsatz"[176] spricht, auf dem jedes Normsystem aufgebaut sei, dann liegt er damit zumindest in der Nähe des Axiombegriffs, auch wenn er ihn für seine Grundnorm selber nie verwendet hat.

Für den Ausdruck „Axiom" könne auch „Grundprämisse" oder „Grundvoraussetzung" verwendet werden, wie Walter Ott meint, entscheidend sei, dass man

---

[168] M. w. V. *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 44; *Carrino*, S. 30 ff.

[169] M. w. V. *Meyer*, S. 284.

[170] *Meyer*, S. 284.

[171] So etwa Robert Walter, der den Ausdruck „Annahme" im Sinne einer „Setzung eines Satzes, als ob er gültig wäre, zu einem theoretischen Zweck" empfiehlt, *Walter*, Rechtslehre, S. 339; m. w. V. *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 44 f.

[172] *Meyer*, S. 285, 303.

[173] Vgl. *Ott*, Rechtspositivismus, S. 122 f., 125; Kelsen selbst hält seine Grundnorm gerade nicht für evident, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 206, erste Fn.

[174] *Reichenbach*, S. 2.

[175] *Meyer*, S. 304.

[176] *Kelsen*, Fiktionen, S. 1013.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

diese Grundvoraussetzung *beweislos* einführe.[177] In einer modernen Begriffsverwendung können für Ott Axiome sinnvollerweise nur als Postulate verstanden werden.[178] Er verweist dabei auf Franz Austeda, der den postulierenden Charakter von Axiomen als „*Anweisungen, Aufforderungen* […] zu einem bestimmten *Denkvollzug*“[179] beschreibt. Ott führt das aus:

> „Axiome behaupten also nichts über die Wirklichkeit, sie entdecken keine Wahrheiten, sie sind keine Feststellungen, die Erkenntnis vermitteln, sondern sie fordern uns auf, in einer bestimmten Weise zu denken; sie postulieren gewisse Beziehungen zwischen Begriffen. Infolgedessen können Axiome weder wahr noch falsch sein; […].“[180]

Austeda:

> „Die axiomatischen Aussagen gelten *a priori* (unabhängig von aller Erfahrung) […], [sie] *weisen* uns *an*, in bestimmtem Sinne die Wirklichkeit gedanklich zu bearbeiten, Erkenntnisse zu gewinnen und Aussagen zu formulieren.“[181]

Austeda unterscheidet sodann zwei Arten von Axiomen: zum einen die *willkürlich gewählten*, die als Festsetzungen z. B. auf Übereinkommen beruhten und die nach ihrer Zweckmässigkeit zu beurteilen seien.[182] Zum anderen die *notwendig gültigen*, die man als zwingende Forderungen unseres Intellekts verstehen könne, denen gemäss wir zu denken, zu erkennen, zu verstehen gezwungen seien. Zu letzteren zähle z. B. der Identitätssatz der Logik A = A.[183]

Kelsens Grundnorm, als Axiom verstanden, ist wohl zu den willkürlich gewählten zu zählen. Dabei ist klarzustellen, dass ein axiomatisches Für-wahrhalten natürlich nicht völlig willkürlich sein kann: Man stelle sich nur vor, wie einem Wissenschaftler aufgenötigt würde, irgendetwas gewissermassen auf Kommando tatsächlich für wahr zu halten – das wäre kaum aussichtsreich. Vielmehr sind *gute Gründe* dafür ausschlaggebend, ob etwas als Axiom für wahr gehalten werden kann oder nicht.[184] In den Naturwissenschaften zählt als solcher Grund vor allem der Erfolg einer Theorie, die von einem bestimmten Axiom ausgegangen ist. Können mit dieser Theorie zuverlässige Vorhersagen gemacht werden, ist sie erfolgreich, falls nicht, stehen deren Axiome zur Disposition. Somit sind Axiome einer späteren Widerlegung grundsätzlich nicht entzogen, sie gelten nicht als Dogma.[185]

---

[177] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 118.
[178] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 124.
[179] *Austeda*, S. 63; vgl. auch S. 70.
[180] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 124.
[181] *Austeda*, S. 66.
[182] *Austeda*, S. 65.
[183] *Austeda*, S. 28, 70.
[184] *Meyer*, S. 304; ausführlich zu den erkenntnistheoretischen Grundproblemen bezüglich *Wahrheit* und *Wirklichkeit* siehe *Austeda*, S. 148 ff.
[185] *Reichenbach*, S. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für die Annahme von Kelsens Grundnorm als Axiom sprechen zweifellos gute Gründe, allem voran eine konsistente Erklärung für den Übergang von einem Sein zu einem Sollen und damit eine Grundlage für die Möglichkeit, dass Recht *gelten* kann. Als Axiom kann die Grundnorm demnach für wahr gehalten werden solange sie die Grundlage einer schlüssigen Theorie zur Rechtsgeltung liefert. Sie ist als Axiom eine Annahme über eine Eigenschaft der Wirklichkeit – nämlich der Geltung – des positiven Rechts; eine angenommene Eigenschaft also, die grundsätzlich widerlegbar ist, für deren Annahme aber bis zu ihrer Widerlegung gute Gründe sprechen.[186]

V. Inwiefern kann die Grundnorm ein *legitimer* Geltungsgrund sein?

Wenn man einer Rechtsordnung Soll-Geltung zusprechen können will, muss man als Geltungsgrund eine Grundnorm voraussetzen, die selber einen legitimen Geltungsstatus aufweist.[187] Dies wird hier als „Legitimität nach aussen" beschrieben.[188]

Es ist jedoch fraglich, ob überhaupt ein äusserer Massstab an die Geltung einer Grundnorm gelegt werden kann. Die normativen Gesichtspunkte des Legitimitätsmassstabes würden dann als höherer Geltungsgrund bzw. als höhere Norm für die Grundnorm gelten, obwohl die Grundnorm ja ihrerseits die höchste Norm sein müsste. Dieser Umstand – also dass die Grundnorm als höchste Norm *als legitim geltend vorausgesetzt* sein muss – führt ja gerade dazu, dass die Bestimmung des Geltungsstatus der Grundnorm so anspruchsvoll ist, und dass neben Kelsens eigenen Interpretationen als Hypothese oder Fiktion weitere Vorschläge, wie der von der Grundnorm als Axiom, entstanden sind.[189] Kelsen selber sieht prinzipiell keine Möglichkeit, den Geltungsgrund der Grundnorm noch weiter zu hinterfragen:

> „Ihre Geltung kann nicht mehr von einer höheren Norm abgeleitet, der Grund ihrer Geltung nicht mehr in Frage gestellt werden."[190]

Diese prinzipielle Begründungsunfähigkeit der Grundnorm kann jedoch bestritten werden. So kann man durchaus ohne Widerspruch anerkennen, dass die Grundnorm notwendig als geltende *höchste Geltungsnorm* vorausgesetzt sein

---

[186] Vgl. *Meyer*, S. 316, 341; um als Axiom, d.h. als Wahrheitsvermutung, gelten zu können, muss die Grundnorm notwendig als etwas *Seiendes* vorgestellt werden können, dazu eingehend *Meyer*, S. 305 ff.

[187] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 219; Kelsen bezeichnet diese normative Soll-Geltung als „Sollen […] im *objektiven* Sinn", nur in diesem objektiven Sinn sei ein Sollen als „*begründet* und sohin als eine den Adressaten bindende, objektiv gültige Norm" anzusehen, *Kelsen*, Geltungsgrund, S. 1163.

[188] Vgl. *§ 5 B. III. Legitime Begründungen in und von Geltungstheorien*.

[189] Vgl. *§ 6 C. IV. Der Geltungsstatus der Kelsen'schen Grundnorm*.

[190] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 197; vgl. auch *Kelsen*, Funktion, S. 1616.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

muss – weil nur so der „Schritt ins Reich des Rechts“ getan werden kann – und gleichzeitig sagen, dass es *gute Gründe* dafür gibt, diesen Schritt zu tun, wie Robert Alexy richtig feststellt.[191] Verschiedene Gründe sind dabei denkbar. Alexy nennt etwa moralische Gründe oder die Zweckmässigkeit oder auch dass dies einfach Sache einer Entscheidung, einer blossen Dezision sein könne, wobei er Letzteres aber nicht als echte Begründung gelten lässt.[192] Man könne ausserdem argumentieren, dass die Grundnorm einfach ausdrücke, was der juristischen Praxis immer schon zugrunde läge, was dann eine empirisch-rekonstruktive Begründung wäre.[193]

Zumindest in einer positivistischen Rechtstheorie kann von den moralischen Gründen abgesehen werden: Die Geltung des Rechts hängt nicht von Moral ab.[194] Die Grundnorm im Rechtspositivismus wäre falsch verstanden, wenn man sie aus moralischen Gründen für anerkennungswürdig hielte.[195] Für Kelsen sprechen vielmehr erkenntnistheoretische Gründe für die Geltung der Grundnorm:

> „Die Grundnorm […] leistet keine moralisch-politische Rechtfertigung des positiven Rechts, sondern nur eine bedingte, erkenntnistheoretische Begründung seiner Geltung.“[196]

Von einer normativ-*ethischen* Legitimität kann daher keine Rede sein in Bezug auf die Geltung der positivistischen Grundnorm. Legitim ist sie eher in einem erkenntnistheoretischen Sinne, oder präziser: als normativ-*transzendentale* Legitimität. Denn was die Grundnorm erkenntnistheoretisch legitim macht, ist der Umstand, dass sie die „transzendental-logische Bedingung“[197] der normativen Rechtsgeltung ist. Etwas als legitim in diesem Sinne zu bezeichnen, hat aber einen begrenzten Aussagewert. Ähnlich wenig wird etwa ausgesagt, wenn man der Grundnorm normativ-axiomatische Legitimität zuspräche: Dies träfe zwar durchaus zu, würde aber nur bedeuten, dass die Grundnorm anerkennungswürdig gemäss einem axiomatisch festgelegten normativen Massstab sei. In diesem Sinne

---

[191] *Alexy*, Begriff, S. 183; Alexy stimmt hier Kelsen zwar grundsätzlich zu, dass die Grundnorm als höchste Norm des Rechts nicht mehr durch eine andere *rechtliche* Norm begründet werden könne. Das schliesse jedoch nicht aus, sie durch Normen oder normative Gesichtspunkte anderer Art zu begründen. Es sei deshalb nicht richtig, dass die Grundnorm keiner Begründung fähig ist, im Gegenteil, sie sei vielmehr begründungsbedürftig, *Alexy*, Begriff, S. 182 ff.; Alexy bekennt sich selber – u. a. aus diesem Grund – zum Nichtpositivismus; er postuliert später die These von einer „Doppelnatur des Rechts“, siehe *Alexy*, Doppelnatur, S. 389 ff.

[192] *Alexy*, Begriff, S. 184.

[193] *Alexy*, Begriff, S. 185.

[194] Die Frage nach der Rechtsgeltung darf dabei nicht mit derjenigen nach dem Rechtsgehorsam verwechselt werden, *H. Dreier*, Zerrbild, S. 66; vgl. auch *§ 2 B. Das Zerrbild vom Rechtspositivismus*.

[195] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 223.

[196] *Kelsen*, Geltungsgrund, S. 1167.

[197] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 225.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wäre jede denkbare Norm legitim (nach aussen), insbesondere wenn man von der grundsätzlichen Relativität der Geltungsgründe ausgeht.[198]

Es ist kaum möglich, eine konkreter gefasste Bestimmung von Geltungslegitimität der Grundnorm aus ihrem blossen Geltungsstatus abzuleiten. Die Tatsache, dass man von einem Axiom oder einer Hypothese oder einer Fiktion ausgeht, macht etwas nicht schon anerkennungswürdig. Was hingegen aussagekräftig als normativ legitim oder illegitim bewertet werden kann, ist der *Gehalt* der Grundnorm, ihre konkrete Formulierung als axiomatischer oder hypothetischer oder fingierter Geltungsgrund. Hier nochmals Kelsens Grundnorm für nationales Recht in kurzer Form:

„Man soll sich so verhalten, wie die Verfassung vorschreibt."[199]

Der Gehalt dieser Grundnorm besteht also in der Vorgabe, dass Recht gelten soll, wenn es aus einer Verfassung ableitbar ist. Die Verfassungsmässigkeit ist somit die Geltungsbedingung des so verstandenen Rechts.[200] Dieser Aspekt der Grundnorm – ihr definierter Gehalt anstatt ihr blosser Geltungsstatus – kann nun durchaus als normativ legitim oder illegitim beurteilt werden. Konkret fragt sich, ob die Verfassungsmässigkeit als definierte Bedingung von Rechtsgeltung eine legitime Bedingung ist.

Für solche Definitionen kommen vor allem zwei normative Massstäbe in Betracht: Zum einen kann man auch hier aus *ethischen* Erwägungen eine bestimmte Definition der Grundnorm und damit des Geltungsbegriffs von Recht bevorzugen – das könnte man auch als die „Wünschenswertigkeit"[201] dieses oder jenes Begriffs bezeichnen. Zum anderen kann man aus *zweckmässigen* Gründen von einer Definition ausgehen, wenn ihr Strukturen zugrunde gelegt werden, die in der Wirklichkeit vorgefunden werden und deren begriffliche Zusammenfassung sich empfiehlt.[202] In letztere Richtung weist auch Ott, wenn er eine Begriffsbestimmung anhand ihrer „Fruchtbarkeit" und „Leistungsfähigkeit" beurteilen will.[203]

---

[198] Austeda kommt zum Schluss, dass jede Philosophie sich „bei genügend tiefdringender Analyse als ‚axiomatisch' aufgebaut erweist", *Austeda*, S. 171; auch Ott geht davon aus, dass sich der „axiomatische Charakter" auch bei nichtpositivistischen Rechtstheorien, z. B. bei Naturrechtslehren, nachweisen liesse, *Ott*, Rechtspositivismus, S. 164 f.; vgl. ausserdem *§ 7 C. I. Relativität der Geltungsgründe*.

[199] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 204.

[200] Auch Alexy kommt im Hinblick auf Kelsens Grundnorm zum Schluss, „dass es bei aller Vielfalt der Verfassungen nur eine auf die Verfassung bezogene Grundnorm gibt.", *Alexy*, Kelsens, S. 351.

[201] Vgl. *Meyer*, S. 60 ff.

[202] Vgl. *Meyer*, S. 62 ff.; auch die Zweckmässigkeit ist ein normativer Gesichtspunkt, besitzt jedoch keine ethischen Implikationen, sondern ist hier eher im Sinne einer Vereinfachung des wissenschaftlichen Sprachgebrauchs zu verstehen, vgl. *Meyer*, S. 60.

[203] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 159; so seien Begriffe und Theorien nach ihrer „Fruchtbarkeit zur Erreichung theoretischer und praktischer Ziele" zu befragen, es geht Ott um ihre „*Leistungsfähigkeit* zur Behandlung bestimmter theoretischer oder prakti-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für Seelmann und Demko sprechen „Praktikabilitätserwägungen“ für oder gegen die Adäquanz von Definitionsvorschlägen.[204] Im gleichen Zusammenhang ist auch Kantorowicz anzuführen, der hier von „brauchbaren Begriffsbestimmungen“ und einem „begrifflichen Pragmatismus“ spricht.[205] Entscheidend ist bei all diesen „zweckmässigen“ Auffassungen, dass Begriffe nicht einfach willkürlich aufgestellt werden sollen, was nämlich durchaus auch vertreten werden kann.[206]

Kelsen betont nun, dass die Grundnorm notwendig so lauten müsse wie er sie definiert habe, um ihren Zweck erfüllen, ja um überhaupt sinnvoll sein zu können:

> „Die Grundnorm ist somit nicht das Produkt freier Erfindung. Ihre Voraussetzung erfolgt nicht willkürlich in dem Sinne, dass man die Wahl hat zwischen verschiedenen Grundnormen […].“[207]

Die Grundnorm des Rechts sei also *nur mit diesem Gehalt* sinnvoll denkbar; dieser sei „für die Begründung der objektiven Geltung der positiven Rechtsnormen *logisch unerlässlich*“.[208] Genauso wie die Grundnorm religiöser Normen nur mit dem Gehalt denkbar sei, dass man den Geboten Gottes gehorchen soll und die Grundnorm naturrechtlicher Normen, dass man den Befehlen der Natur gehorchen soll.[209] Eugen Bucher beschreibt die Grundnorm daher als

> „eine logische Ableitung, die, gewissermassen aufgrund einer apagogischen Beweisführung (‚es muss so sein, weil jede andere Annahme logisch ausgeschlossen ist‘) eingeführt wird, um einen Systembruch zu vermeiden.“[210]

---

scher Probleme“, *Ott*, Rechtspositivismus, S. 171; dass eine begriffliche Festlegung für den Zweck der speziellen Wissenschaft „fruchtbar“ sein müsse, hat davor schon Kantorowicz festgehalten, *Kantorowicz*, S. 25; vgl. dazu auch *§ 4 A. Zweckmässigkeit von Definitionen*.

[204] *Seelmann/Demko*, S. 35.

[205] *Kantorowicz*, S. 22 f.

[206] M. w. V. *Ott*, Rechtspositivismus, S. 159 Fn. 20; gegen willkürliche Begriffsbildungen auch *Hart*, Concept, S. 209.

[207] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 204; vgl. auch *Kelsen*, Funktion, S. 1619; vorausgesetzt ist hier freilich Kelsens Anspruch, dass mit der Grundnorm eine *sinnvolle* Ordnung begründet werden soll: „Aber wenn das auf der Grundnorm aufgebaute System von positiven Rechtsnormen überhaupt ein sinnvolles Ganzes, ein verstehbares Gebilde, ein möglicher Gegenstand des Erkennens sein soll – und das muss vom Standpunkt einer Rechtswissenschaft vorausgesetzt werden, die ihren Gegenstand begreifen will und eben in dieser Absicht zu der Hypothesis einer Grundnorm greift: dann muss schon die Grundnorm die Garantie dafür bieten. Was sie zu leisten hat, ist zwar nicht: eine *gerechte* Ordnung, aber: eine *sinnvolle* Ordnung zu begründen. Mit Hilfe der Grundnorm muss sich das durch Satzung erzeugte Rechtsmaterial als ein sinnvolles Ganze begreifen, das heisst aber: überhaupt vernünftig deuten lassen.“, *Kelsen*, Grundlagen, S. 242 f.

[208] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 207, Hervorhebung hinzugefügt.

[209] *Kelsen*, Funktion, S. 1616; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 227; siehe die zitierten Passagen von Kelsen unter *§ 6 C. IV. 1. Die Grundnorm als Hypothese*.

[210] *Bucher*, S. 47; auch Karl Larenz hält fest, dass es Kelsens Reiner Rechtslehre „nur um die logische Form, um eine spezifische ‚*Normlogik*‘ zu tun ist.“, *Larenz*, Me-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Sind es demnach logische, begrifflich-pragmatische, zweckmässige Gründe, die die Geltung der so definierten Grundnorm anerkennungswürdig machen? Könnte man von einer *normativ-zweckmässigen Legitimität* der Geltung der Grundnorm reden? Dies kann freilich nur dann sinnvoll bejaht werden, wenn man auch den dazugehörigen Normbegriff zugrunde legt.[211] Nur unter der Bedingung, dass man von einem Rechtsbegriff ausgeht, der einen Stufenbau der Normen vorsieht an deren Spitze eine Verfassung steht, nur dann kann man sagen, dass aus zweckmässigen Gründen eine Grundnorm mit dem Gehalt „Man soll sich so verhalten, wie die Verfassung vorschreibt" vorausgesetzt werden muss, wenn man eine Soll-Geltung für dieses Recht begründen können will.

Diese Legitimität der Geltung der Grundnorm ist demnach eine relative: eine Grundnorm kann legitim in diesem Sinne nämlich *nur in Bezug auf einen bestimmten Normbegriff* gelten; nur für diesen ist sie aus zweckmässigen Gründen anerkennungswürdig. So wäre die Kelsen'sche Grundnorm, dass man sich verfassungsgemäss verhalten soll, nur für das nationale Recht, nicht aber für eine religiöse Norm ein legitimer Geltungsgrund. Auch für das Völkerrecht, das ja nicht aus einer Verfassung abgeleitet ist, muss die Grundnorm anders definiert werden, um als legitimer Grund für die Rechtsgeltung dienen zu können.[212]

Zusammenfassend kann hier festgehalten werden, dass die *Legitimität in Bezug auf die Geltung der Grundnorm* als eine normativ-zweckmässige beschrieben werden kann. Damit wird beurteilt, ob die Grundnorm als Axiom mit diesem oder jenem Gehalt aus anerkennungswürdigem Grund als geltend vorausgesetzt werden kann; und dieser Grund soll dabei die Zweckmässigkeit sein. D. h. die Geltung einer Grundnorm gilt nach diesem Massstab als anerkennungswürdig weil zweckmässig in Bezug auf die Frage, ob dem zugrunde gelegten Normbegriff auf sinnvolle Weise eine Soll-Geltung zugesprochen werden kann. Mit dem normativ-zweckmässigen Legitimitätsmassstab können grundsätzlich die Grundnormen aller Normarten beurteilt werden. Aussagen zu ethischen Implikationen werden dabei nicht gemacht.

Ist eine rechtliche Grundnorm in diesem Sinne legitim, heisst das, dass sie den Zweck erfüllen kann, dem Recht *gemäss den Vorstellungen des jeweiligen Rechtsbegriffs* Soll-Geltung zuzusprechen. Bei einem nichtpositivistischen Rechtsbegriff, der moralische Elemente notwendig miteinbezieht, muss die Grundnorm diese Geltungsbedingung entsprechend in ihrer Formulierung mitein-

---

thodenlehre, S. 72; und weiter, dass Kelsen damit aufzeige, was an aller Rechtswissenschaft als „denknotwendig" eingesehen werden könne, *Larenz*, Methodenlehre, S. 73; Alexy bezeichnet Kelsens Grundnorm als „rechtslogische […] Verfassung", *Alexy*, Kelsens, S. 343; zur Rolle der Logik in Kelsens Rechtslehre siehe *Kelsen*, Rechtslehre, S. 503 f.; eingehend auch *Weinberger*, Logik, S. 425 ff.

[211] Normlogische Beziehungen können nur unter Betrachtung der *begrifflichen Festsetzungen* beurteilt werden, siehe *Weinberger*, Logik, S. 433.

[212] Vgl. *§ 6 D. Legitime Geltung im Völkerrechtspositivismus*.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

beziehen. Ein positivistischer Rechtsbegriff kommt ohne moralische Komponente in der Grundnorm aus.

Ist nun von der *Legitimität in Bezug auf die Geltung des Rechts* die Rede – und nicht mehr nur in Bezug auf die Geltung der Grundnorm –, wird hier vorgeschlagen, dies, je nach zugrunde gelegtem Rechtsbegriff, als *normativ-positivistische* oder *normativ-nichtpositivistische Legitimität* zu bezeichnen. So wird der Umstand deutlich gemacht, dass Recht immer nur legitim gemäss den Vorstellungen eines jeweiligen Rechtsverständnisses gelten kann.

VI. Kritik an der positivistischen Vorstellung legitimer Rechtsgeltung

Weil Rechtspositivisten in Begründungsfragen auf ethische Erwägungen verzichten, könnte man annehmen, dass hier die Legitimität auf blosse Legalität reduziert werde.[213] Auch wenn am Ende beides nah beieinander liegt, bestehen aber dennoch Unterschiede: die Legalität bezeichnet die *Gültigkeit* als Recht, die Legitimität hingegen die *Anerkennungswürdigkeit* als Recht.[214] Ist von letzterem die Rede, wird im Rechtspositivismus zwar nicht auf ethische, aber dennoch auf normative Gründe rekurriert, und zwar auf eine Grundnorm.

Kaum eine Idee der Rechtstheorie hat so viel Streit hervorgerufen, wie die Idee einer Grundnorm – ob von Hart oder Kelsen –, wobei sich der Streit um die Notwendigkeit, die Möglichkeit, den Inhalt und den Status der Grundnorm dreht.[215] Habermas vertritt in seinem Aufsatz „Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?“ (1987) die Auffassung, dass die positivistische Lösung grundsätzlich unhaltbar sei, und zwar aus legitimatorischen Gründen, womit er neben der Trennungsthese insbesondere auch die Grundnorm ins Ziel nimmt.[216] Die Grundnorm, zumindest die von Kelsen, mache durch ihre inhaltliche Unbestimmtheit das Recht vollständig für die Politik verfügbar und verschaffe dem Gesetzgeber einen exklusiven Zugriff aufs Recht, wodurch das Recht seine legitimierende Kraft verliere. Ohne den moralischen Bezug zu Aspekten der Gerechtigkeit – ein Bezug, der über die Entscheidungen des Gesetzgebers hinausgeht – werde die Identität des Rechts und damit der genuine Rechtscharakter diffus.[217]

1. Der Rechtsbegriff als dynamisches Normsystem

Der Habermas'sche Vorwurf ist freilich eine grundsätzliche Kritik am positivistischen Rechtsbegriff als solchem. Sie zielt auf den Umstand, dass Recht als

[213] Vgl. etwa *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 252.
[214] Siehe dazu *§ 4 D. I. Legitime Normen und gültige Normen*.
[215] *Alexy*, Begriff, S. 159.
[216] *Habermas*, Legitimität, S. 6.
[217] *Habermas*, Legitimität, S. 5.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

etwas definiert wird, das ohne irgendeine wertende Ausrichtung auskommt.[218] Letztlich ist aber die Definition des Rechtsbegriffs – so wie jede (echte) Definition – ein blosser Vorschlag, eine begriffliche Festsetzung im Sinne einer Entscheidung.[219] Eine solche Definition kann nicht als richtig oder falsch kritisiert werden, sondern ist vielmehr als zweckmässig oder unzweckmässig zu beurteilen.[220] Von verschiedenen Argumenten, die in diesem Sinne für einen positivistischen Rechtsbegriff sprechen, sei hier insbesondere auf das sog. Klarheitsargument verwiesen, das an anderem Ort bereits dargelegt wurde.[221]

Enger gefasst wird kritisiert, dass die Geltung des Rechts im Rechtspositivismus als legitim beurteilt werden kann, ohne dass dabei auf den Inhalt der Einzelnormen abgestellt wird. In Kelsens Theorie kommt dies dadurch zum Ausdruck, dass die Grundnorm – als letzter Grund der Rechtsgeltung – notwendig inhaltlich unbestimmt bleiben müsse.[222] Das Argument dafür liefert die Konzeption des Rechtsbegriffs selber: Ausgehend von einem rechtlichen Stufenbau konzipiert Kelsen das Recht nicht als ein *statisches*, sondern als ein *dynamisches* Normensystem.[223] Die Normen eines statischen Normensystems gelten deshalb, weil ihr *Inhalt* einer vorausgesetzten Grundnorm entspricht. Hingegen gelten die Normen eines dynamischen Normensystems deshalb, weil ihre *Erzeugung* einer dieser Erzeugung bestimmenden Grundnorm entspricht.[224] Kelsen präziser:

> „Der dynamische Typus ist dadurch gekennzeichnet, dass die vorausgesetzte Grundnorm nichts anderes beinhaltet als die Einsetzung eines normerzeugenden Tatbestands, die Ermächtigung einer normsetzenden Autorität oder – was dasselbe bedeutet – eine Regel, die bestimmt, wie die generellen und individuellen Normen der auf dieser Grundnorm beruhenden Ordnung erzeugt werden sollen.“[225]

Kelsen *definiert* das Recht also so, dass die Normen des Systems in einem Delegationszusammenhang stehen und nicht in einem inhaltlichen Ableitungszusammenhang.[226] Die Grundnorm als oberste Erzeugungsregel beschränkt sich

---

[218] Ideologische Züge werden jedoch immer wieder in rechtspositivistischen Theorien zu entdecken vermeint, m.w.V. *Ott*, Rechtspositivismus, S. 170 f.; Alexy hält jedoch mit einer klaren Kategorisierung fest, dass dem Recht nur aus Sicht des Nichtpositivismus eine „Doppelnatur“ zukomme: der positivistische Rechtsbegriff weise neben der faktischen Dimension (Gesetztheit, soziale Wirksamkeit) nicht notwendig eine ideale Dimension (moralische Richtigkeit) auf, *Alexy*, Doppelnatur, S. 389 ff.

[219] *Kantorowicz*, S. 23.

[220] *§ 4 A. Zweckmässigkeit von Definitionen*.

[221] *§ 2 C. Das Klarheitsargument*; für eine Analyse verschiedener Stärken und Schwächen von positivistischen Rechtstheorien siehe *Ott*, Rechtspositivismus, S. 175 ff., 224 ff.

[222] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 224.

[223] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 199; vgl. *§ 6 A. II. Der positivistische Rechtsbegriff*.

[224] *Kelsen*, Begriff, S. 1145 f.

[225] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 199.

[226] *Kelsen*, Grundlagen, S. 241; vgl. *Koller*, Theorie, S. 107.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

darauf, eine normsetzende Autorität zu delegieren, das heisst, eine Regel aufzustellen nach der die Normen dieses Rechtssystems zu erzeugen sind.[227] Der Grund, warum Recht als legitim gelten kann, ohne dass dafür Einzelnormen inhaltlich beurteilt werden müssen, ist also: ein Verständnis von Recht als dynamisches Normensystem. Letztlich wird man also wieder darauf verwiesen, dass es sich dabei um eine blosse Definitionsfrage handelt. Diese bemisst sich hier daran, ob es zweckmässiger ist, von einem dynamischen oder einem statischen Rechtsbegriff auszugehen.[228] Für Kelsen selber setze ein statischer *Rechts*begriff die Annahme einer praktischen, d. h. normsetzenden Vernunft voraus, was für ihn grundsätzlich unhaltbar sei.[229] Zur Begründung eines *Moral*begriffs sei das statische Prinzip aber verbreitet. Statisches und dynamisches Prinzip können auch in ein und demselben Normensystem vereinigt sein, wie etwa bei den Zehn Geboten:

> „In den Zehn Geboten werden nicht nur die Eltern als normsetzende Autorität eingesetzt, sondern auch allgemeine Normen erlassen, aus deren Inhalt besondere Normen logisch erschlossen werden können, ohne dass es eines normsetzenden Aktes bedürfe, wie etwa die Norm: du sollst dir kein Bildnis machen usw. Aus dem Liebes-Gebot Christi können eine Fülle besonderer Moralnormen logisch abgeleitet werden.“[230]

Habermas' Bedenken, dass das inhaltlich unbestimmte Recht vollständig für die Politik verfügbar gemacht werde, kann die Logik der *autonomen Determinante* entgegengehalten werden, die ein durchdachtes Element in Kelsens Rechtsbegriff darstellt.[231] Jeder Übergang von einer höheren zu einer niederen Stufe der Rechtserzeugung, mithin jede Anwendung und Konkretisierung des Rechts, bedeutet ein Ausfüllen des normativen Rahmens, der auf einer höheren Rechterzeugungsstufe gesetzt wurde. Da nun die Grundnorm inhaltlich keine Vorgaben macht, wird die ihr nachfolgende Normstufe ganz wesentlich autonom determiniert. Je fortgeschrittener der Normerzeugungsprozess und die Konkretisierung der Norm, um so grösser die Zahl der determinierenden Rechtsnormen und um so schmaler dementsprechend der für die autonome Determination verbleibende Bereich.[232] Norbert Achterberg stellt dies als eine umgekehrte, auf der Spitze stehende Pyramide ausserrechtlicher, autonomer Determination dar:

---

[227] *Koller*, Theorie, S. 108.

[228] Hier sei auf den wenig überzeugenden Versuch von Alfred Verdross hingewiesen, dem positiven Recht eine wertphilosophische Fundierung zu geben, indem er der Grundnorm einen materiellen Gehalt zuspricht und damit einen statischen Normbegriff begründet, *Verdross*, Erneuerung, S. 601 ff.; Verdross bringt dabei objektive Prinzipien der menschlichen Natur und des Zusammenlebens sowie oberste präpositive Werte als Letztbegründungen in Anschlag, *Verdross*, Erneuerung, S. 612 ff.

[229] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 198 f.

[230] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 200.

[231] Siehe *§ 6 A. II. Der positivistische Rechtsbegriff*.

[232] *Achterberg*, S. 499.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Der autonome Bereich ist breit auf der Ebene der Verfassung, die als ‚Sozialgestaltungsplan' in besonderem Masse gesellschaftlicher Vorgaben bedarf, aber auch geeignet ist, solche aufzunehmen, vergleichsweise schmal dagegen auf dem zur Einzelfallgerechtigkeit tendierenden des Verwaltungshandelns und des Richterspruchs."[233]

Der positivistische Rechtsbegriff gewährt also in der Tat vollständigen Zugriff der Politik auf das Recht, jedoch auf eine differenzierte Weise und auf der dafür geeignetsten Normstufe der Verfassung.

2. Eine Umdeutung des Sollens-Begriffs?

Akzeptiert man aber erst diesen positivistischen Begriff von Recht, wird deutlich, inwiefern die Idee der Grundnorm als Legitimation dienen kann. Die Grundnorm stellt den legitimen Grund der Geltung für ein Recht dar, das lediglich im Sinne einer blossen normativen Existenz zu gelten hat. Die Grundnorm hat als Geltungsgrund die Frage zu beantworten: „Hat diese Norm *als Recht* Geltung?", damit eingeschlossen ist allenfalls die Frage „Was für eine Art von Geltung stellt die so verstandene Rechtsgeltung dar, und was für eine Art von Sollen ist damit verbunden?", nicht jedoch die Frage „*Warum* ist dieses Recht *für mich* verbindlich?". Diese letzte Frage ist aus der Sicht des Positivisten vielmehr eine Frage nach dem *moralischen* Sollen und jeder mag andere Gründe dafür haben; jedenfalls beantwortet die Grundnorm, als Geltungsgrund des *rechtlichen* Sollens, diese Frage nicht.[234]

a) Recht als anerkanntes Sollen

Die Grundnorm bestimmt unmittelbar den Charakter der Normgeltung und formt damit das Verständnis der juristischen Normativität in einer Rechtstheorie.[235] Nun kann die Vorstellung vom Geltungscharakter des Rechts und der dazugehörigen Grundnorm auch unter positivistischen Rechtstheorien durchaus unterschiedlich sein. Anschaulich wird das etwa bei Rudolf Laun, der sich in seiner Hamburger Rektoratsrede von 1925 die Geltung (und damit die Verbindlichkeit) von Recht als „Billigung" oder „Anerkennung" durch den Einzelnen vorstellt:

„[D]asjenige, was die Gewalt dekretiert hat und was an sich niemanden verpflichtet, wird für mich im einzelnen Anwendungsfall zum verbindlichen Recht durch die Billigung meines Gewissens oder Rechtsgefühls."[236]

---

[233] *Achterberg*, S. 499 f.

[234] In diesem Sinne Kelsen: „Nach dem *materiellen* Geltungsgrunde der Rechtsordnung darf der Jurist nicht fragen. Nur *formal* kann die Frage sein, die der Jurist zu stellen befugt ist." *Kelsen*, Hauptprobleme, S. 353.

[235] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 51; zur Norm als Deutungsschema, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 3 f.

[236] *Laun*, S. 14; für Laun sind Rechtsnormen zunächst nur „Entwürfe oder Offerten, mit denen die Gesetzgeber an die übrigen herantreten und für die sie um sittlich-rechtliche Billigung werben", *Laun*, S. 21.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mit anderen Worten sei das positive Recht *für den, der es nicht anerkennt*, nichts als Gewalt, „schlechthin Gewalt".[237] „Von einem Sollen, einer Pflicht, enthält [die Rechtsordnung] nichts."[238] Damit steht Laun in der Tradition der sog. *Anerkennungstheorien*, die in verschiedenen Varianten schon im 19. Jahrhundert begannen, die Vorstellungen von Rechtsgeltung zu prägen.[239] Entsprechend früh wurde jedoch kritisiert, dass solche Anerkennungstheorien für sich keinen hinreichenden Geltungsgrund für das positive Recht bieten können.[240] Weil das Rechtsgefühl und Gewissen der Einzelnen sehr unterschiedlich sei, werde so die Verpflichtungskraft jeder einzelnen Norm völlig der Unsicherheit preisgegeben.[241] Ausserdem könne damit nur faktische, aber nicht normative Rechtsgeltung begründet werden. An dieser Kritik änderte auch nichts, dass man in der Folge von individuellen zu generellen Anerkennungstheorien überging, sprich: Anerkannt werden sollte nur noch die Rechtsordnung im Grossen und Ganzen sowie nur noch durch einen mehr oder weniger grossen Teil der Normunterworfenen.[242]

Auch H. L. A. Hart, der später mit der *Rule of Recognition* als Geltungsgrund des Rechts eine ausgefeiltere Fassung einer Anerkennungstheorie vorschlug, wurde noch mit dieser Kritik konfrontiert. So kritisieren Ralf Dreier und nach ihm Robert Alexy insbesondere Harts Abfolge von Schlüssen: Von der Akzeptanz der *Rule of Recognition*, die sich in der rechtlichen Praxis manifestiere, schliesse Hart auf deren Existenz. Die Existenz der *Rule of Recognition* wiederum sei der Grund für die Geltung aller anderen Rechtsregeln. Das entscheidende Problem stecke im Begriff der Akzeptanz. Akzeptiere man eine Regel deshalb, weil sie in einer gemeinsamen Praxis ausgedrückt wird, mache man kurzerhand einen Übergang von der Tatsache, dass die Praxis existiert, zu dem Urteil, dass es geboten ist, sich gemäss dieser Praxis zu verhalten.[243] Ein solcher Übergang widerspreche dem Hume'schen Gesetz und stelle somit einen logischen Fehlschluss dar.[244] Bei Hart fehle hier ein zentraler Schritt in seinen Schlussfolgerungen. Deshalb ist für Alexy die Geltungstheorie von Kelsen vorzuziehen:

> „Der Vorzug der Kelsen'schen Theorie der Grundnorm besteht darin, dass dieser Übergang von einem Sein zu einem Sollen nicht hinter Begriffen wie denen der Akzeptanz und der Existenz einer Praxis verborgen, sondern ans Licht gehoben und zum Thema gemacht wird. Eine empirische Grundnormtheorie muss letzthin schei-

---

237 *Laun*, S. 8.

238 *Laun*, S. 8.

239 Vgl. *Bierling*, S. 3 ff., 66; m. w. V. *Hofmann*, S. 44 f.

240 Bspw. von Kelsen im Jahr 1911, *Kelsen*, Hauptprobleme, S. 350 ff.; zur Auseinandersetzung Kelsens mit Varianten der Anerkennungstheorie, *Kramer*, S. 187 ff.

241 *Henkel*, S. 80.

242 *Hofmann*, S. 45 ff.; dazu auch *Henkel*, S. 66 f., 79 f.

243 *R. Dreier*, Sein, S. 223; *Alexy*, Begriff, S. 197.

244 Vgl. *Hume*, S. 469.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tern, weil sie das eigentliche Problem jeder Grundnormtheorie, den Übergang von einem Sein zu einem Sollen, nicht adäquat erfassen kann.“[245]

Diesem Urteil könnte man jedoch entgegnen, dass Hart darauf verzichtet, eine – wenn auch nur hypothetische – Soll-Geltung eines Rechtssystems anzunehmen, wie Kelsen es tut.[246] Hart vertritt einen „deskriptiven Rechtspositivismus“.[247] Hier wird deutlich, in welchem Sinne Recht aus *dieser* positivistischen Sicht Geltung beansprucht. Walter Ott zu dieser Position:

„Eine Rechtsordnung existiert oder existiert nicht; die Frage, ob sie von einem höheren Standpunkt aus als gesollt oder nicht gesollt betrachtet werden kann, setzt die Anwendung von Wertmassstäben voraus und hat nichts mit der Frage nach der Existenz der Rechtsordnung zu tun.“[248]

Um Harts Theorie in diesem Punkt gerecht zu werden, bedarf es jedoch einer Differenzierung. Für ihn ist es ganz wesentlich, zwischen einem internen und einem externen Standpunkt zu unterscheiden, also zwischen der *Teilnehmer*- und der *Beobachterperspektive*.[249] Der Beobachter wird an einer Verkehrsampel *feststellen*, dass der Verkehr bei rotem Licht üblicherweise stillsteht. Der Teilnehmer hingegen *anerkennt* die Pflicht, bei Rot anzuhalten.[250] Somit hat die Anerkennungsregel – wie die *Rule of Recognition* u. a. übersetzt wird – vom internen Standpunkt aus durchaus einen normativen Charakter. Nur vom externen Standpunkt aus ist sie lediglich ein in der Praxis des Rechtsstabes beobachtbares Faktum.[251] Wenn Hart nun von „Geltung“ spricht, dann ist diese immer in der internen Perspektive verwurzelt und bezieht sich auf die kritisch reflektierende Einstellung – die Akzeptanz[252] – bei der Frage, ob die den Rechtsregeln immanente Wertordnung als verbindlicher Massstab für das eigene Verhalten anerkannt werden kann.[253] Die Verbindlichkeit der *Rule of Recognition* beruht jedenfalls nicht auf einer abgeleiteten Geltung: weder von intern, von wo aus sie *anerkannt* wird, noch von extern, von wo ihr tatsächliches Vorhandensein lediglich *verifizierbar* ist.[254]

Damit wird auch klar, dass Harts *Rule of Recognition* Legitimität von Rechtsgeltung im empirisch-deskriptiven Sinne bietet, nicht jedoch eine normative Le-

---

245 *Alexy*, Begriff, S. 197.

246 *Ott*, Rechtspositivismus, S. 255; Eugen Bucher schlägt vor, auch im Kelsen'schen Rechtssystem auf die Vorstellung der *Geltung* der Grundnorm wie auch der durch sie fundierten Rechtsordnung zu verzichten, *Bucher*, S. 53 ff.

247 *Altwicker*, S. 58.

248 *Ott*, Rechtspositivismus, S. 255.

249 Vgl. *Hart*, Concept, S. 88 f.

250 *Hart*, Concept, S. 90.

251 *Watkins-Bienz*, Hart-Dworkin, S. 47.

252 *Hart*, Concept, S. 255.

253 *Watkins-Bienz*, Hart-Dworkin, S. 37.

254 *Watkins-Bienz*, Hart-Dworkin, S. 48.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gitimität. Hinter der *Rule of Recognition* steckt als Geltungsgrund empirische Anerkennung. Die Geltung einer Rechtsnorm erweist sich damit als legitim in dem Sinne, dass sie tatsächlich anerkannt wird, aus welchen Gründen auch immer, bzw. im Sinne einer faktischen Manifestation in der rechtlichen Praxis.

b) Eine spezifisch-juristische Normativität

Hier unterscheidet sich Kelsen grundsätzlich von Hart. Kelsen begnügt sich nicht damit, das Rechtssystem als soziales Faktum aufzufassen, sondern will es als – wenn auch nur hypothetisch oder gar fiktiv – *gesollte* Ordnung begreifen.[255] „Die Reine Rechtslehre *will* also die positiven effektiven Zwangsordnungen als normative, also Soll-Ordnungen deuten."[256] Die Kelsen'sche Grundnorm als legitim geltend vorauszusetzen, sagt daher nichts über die *tatsächliche* Anerkennung des rechtlichen Sollens wie bei Hart, sondern bezweckt, die Anerkennungs*würdigkeit* dieses Sollens zu begründen. Es soll eine normative Legitimität, eine *Begründetheit* der blossen Geltung des Rechts erreicht werden, und zwar ohne moralische Argumente: Dem Recht soll eine *spezifisch-juristische Normativität* zukommen, die sich in ihrem Wesen von moralischer Verbindlichkeit unterscheidet. Kelsen versucht dieses Kunststück, indem er seine Grundnorm als Hypothese, später als Fiktion festlegt. Überzeugender ist jedoch die Deutung der Grundnorm als normatives Axiom, mit dem die ursprüngliche Soll-Geltung deutlicher dezisionistisch festgelegt wird.[257]

Auch Kelsens Konzept wurde vielfach kritisiert. Karl Larenz mag dabei als Wortführer für viele gelten. Sein bekanntester Einwand gegen die „Reine Rechtslehre" lautet, dass Kelsen die „vollkommene Disparität von Sein und Sollen" nicht durchzuhalten vermöge und die Begründung seiner Grundnorm letztlich in der Faktizität ende.[258] Hier soll aber auf einen anderen wichtigen Vorwurf von Larenz eingegangen werden, der in Kelsens *Begriff des Sollens* einen Widerspruch ortet: Einerseits bezeichne Kelsen das Sollen als eine den Adressaten „bindende" und „verpflichtende"[259] Norm, was nicht anders denn im Sinne einer Ethik oder Pflichtenlehre verstanden werden könne. Andererseits sei für Kelsen eine Rechtsnorm nicht „um ihres Inhalts willen" zu befolgen und ihre Geltung nur durch die Bezogenheit auf die Grundnorm legitimiert. Dadurch erfahre der

---

[255] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 256; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 225, Fn.

[256] *Walter*, Stand, S. 76.

[257] Vgl. *§ 6 C. IV. Der Geltungsstatus der Kelsen'schen Grundnorm*.

[258] *Larenz*, Methodenlehre, S. 73 f.; m.w.V. *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 51 ff.; vgl. dazu auch *Bucher*, S. 49 f. sowie *Ott*, Rechtspositivismus, S. 234 f.; der Vorwurf leitet sich vor allem aus Kelsens „Prinzip der Effektivität" ab, siehe *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 212 f.; vgl. dazu *§ 6 C. II. Die Grundnorm bei Hans Kelsen*.

[259] *Kelsen*, Geltungsgrund, S. 161.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Begriff des Sollens unter der Hand eine „radikale Umdeutung“ und auf werde auf eine formallogische Kategorie, auf einen blossen „Denkmodus“ reduziert.[260]

Dass Kelsens Begriff des Sollens als eine formallogische Kategorie ohne inhärente Wertung bestimmt wird, ist nicht abzustreiten.[261] Für ihn stellt ein Rechtssatz ein normatives Deutungsmuster dar, das besage: bei Eintritt einer Bedingung, z. B. einem normabweichenden Verhalten eines Menschen, *soll* eine bestimmte Folge eintreten.[262] Rechtssätze seien demnach „hypothetische Urteile“ – im Sinne von „wenn a, so b“[263] –, die die wechselseitige Verbundenheit von Rechtsbedingung und Rechtsfolge statuieren.[264] Die *Soll*-Verknüpfung zwischen Bedingung und Folge bezeichnet Kelsen als „Zurechnung“.[265] *Als spezifisch-juristischer Sollens-Begriff stelle diese normative Zurechnung eine Eigengesetzlichkeit des Rechts dar* und fungiere – vergleichbar mit der Kausalität in den Naturwissenschaften – als *Apriori*-Kategorie der Rechtserkenntnis.[266] Kelsen gibt also in der Tat „dem Sollen“ im Recht „die blosse Bedeutung eines spezifischen funktionellen Zusammenhanges“.[267] Er bemüht sich, Rechtsnorm und Rechtspflicht als Norm und Pflicht *sui generis* darzustellen, als von anderen Normen und Pflichten strukturverschieden.[268] Der Abweichung vom üblichen Begriffsgebrauch ist er sich durchaus bewusst:

> „Wenn der Rechtssatz hier dahin formuliert wird, dass unter bestimmten Bedingungen eine bestimmte Folge eintreten *soll*, das heisst: wenn die durch eine Rechtsnorm hergestellte Verknüpfung der als Bedingung und Folge bestimmten Tatbestände im Rechtssatz durch die Kopula ‚sollen‘ ausgedrückt wird, so ist dieses Wort […] nicht in seinem üblichen Sinne gebraucht.“[269]

> „[D]er Rechtssatz […] drückt […], mit dem Worte ‚sollen‘ nur den spezifischen Sinn aus, in dem Bedingung und Folge, insbesondere Unrecht und Unrechtsfolge, durch die Rechtsnorm miteinander verknüpft sind […].“[270]

---

260 *Larenz*, Methodenlehre, S. 74 f.

261 Vgl. *Paulson*, Formulierungen, S. 67 f.

262 Zu Kelsens Unterscheidung zwischen Rechtsnormen und Rechtssätzen siehe m. w. V. *Weinberger*, Logik, S. 431 f.

263 *Kelsen*, Unrecht, S. 481.

264 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 3, 73 ff.

265 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 79; *Bernstorff*, S. 41.

266 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 79 ff.; die Verknüpfung zwischen Bedingung und Folge im Rechtssatz drücke aber ausdrücklich eine andere Gesetzlichkeit – eben eine *Eigengesetzlichkeit* – aus, als diejenige der Kausalität im Naturgesetz; vergleichbar sei beides aber als „Spielart der Grundkategorie aller Gesetzlichkeit“, *Kelsen*, Unrecht, S. 481 f.; zu den Unterschieden zwischen dem Kausal- und dem Zurechnungsprinzip, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 93 ff.; vgl. auch *Hruschka*, S. 4.

267 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 109.

268 *Weinberger*, Sanktion, S. 102.

269 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 80 f.

270 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 84.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kelsen versteht seine Rechtslehre als „*Formtheorie*“, als „allgemeine“ Rechtslehre für jeden möglichen Inhalt.[271] Den Grundbegriff des Sollens hat er deshalb so zu konstruieren, dass damit jedes beliebige Recht geistig erfasst werden kann. Mit der Reinen Rechtslehre will er

> „[…] das Wesen des Rechts überhaupt, seine typische Struktur, und zwar unabhängig von dem wechselnden Inhalt, untersuchen, den das Recht zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten angenommen hat. Das ist die Aufgabe einer allgemeinen, d. h. nicht auf eine besondere Rechtsordnung oder besondere Rechtsnormen beschränkte Rechtslehre. Sie hat die spezifische Methode und die *Grundbegriffe* zu bestimmen, *mit denen jedes beliebige Recht geistig erfasst und beschrieben werden kann* […].“[272]

Es scheint überzogen, dies als „radikale Umdeutung“ des Sollens-Begriffs zu bezeichnen. Vielmehr ermöglicht Kelsen damit, den Begriff des Sollens in aller Eindeutigkeit in einem rein rechtlichen Sinne sowie in einem rein moralischen Sinne zu verwenden. Nicht zuletzt sollte die Rechtswissenschaft dadurch von nicht-juristischen „Sollaussagen“[273] befreit werden. Zu Recht wird Kelsen aber vorgeworfen, dass in vielen seiner Äusserungen nicht klar zum Ausdruck komme, in welchem Sinn die Soll-Geltung des positiven Rechts nun gemeint ist, vor allem nicht, dass sie für ihn einen hypothetischen oder relativen Charakter habe.[274] Für Alexy erweckt dies den Eindruck, als ob die Grundnorm zu einer standpunktunabhängigen kategorischen Verpflichtung führe, was weiter zu der Fehlinterpretation verleiten könne, dass Kelsen mit seiner Grundnorm eine allgemeine Pflicht, beliebige Rechtsnormen zu befolgen, begründe. Deshalb meint auch Alexy, dass im Zusammenhang mit der Grundnorm nicht schlicht von einem „Sollen“, sondern immer von einem „rechtlichen Sollen“ gesprochen werden solle.[275]

Kelsen spricht nun an zentralen Stellen von einer „*objektiven* Soll-Geltung des Rechts“[276] und betont, dass man mit der Annahme der Grundnorm eine Rechtsnorm „als objektiv gültige, Menschen verpflichtende und berechtigende Norm“[277] ansehen könne. Diese Rede kann freilich zu der erwähnten Fehlinterpretation führen oder, wie bei Larenz angedeutet, zum Eindruck von Widersprüchen. Die „objektive Soll-Geltung“ des Rechts, von der Kelsen spricht, kann natürlich gerade nicht objektiv sein. Und auch in der Vorstellung Kelsens bewirkt sie keinesfalls eine *tatsächlich* objektive Verbindlichkeit.[278] Dies kann ohne Weiteres als

---

271 *Weinberger*, Logik, S. 425.

272 *Kelsen*, Rechtslehre, S. 499; Hervorhebung hinzugefügt.

273 *Bernstorff*, S. 41 f.

274 Karl Leiminger führt gar 18 verschiedene Definitionen des Sollens auf, die er bei Kelsen festzustellen glaubt, *Leiminger*, S. 63 ff.

275 *Alexy*, Begriff, S. 181 f.

276 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 218, Hervorhebung hinzugefügt.

277 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 110; *Kelsen*, Geltungsgrund, S. 1163.

278 *Verdross*, Verfassung, S. 22 f.; *Meyer*, S. 281.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

blosses Missverständnis angesehen werden. Kelsen versteht die objektive Gültigkeit des rechtlichen Sollens bloss als eine *Deutung* des positiven Rechts: eine Deutung, *die man voraussetzen kann, aber nicht voraussetzen muss*; eine Deutung, die jedenfalls nur unter der Bedingung möglich sei, dass eine entsprechende Grundnorm angenommen bzw. vorausgesetzt werde.[279] Über dieses bedingte Sollen hinaus kann die Geltung von Recht nach dem positivistischen Verständnis nicht gehen. Das rechtliche Sollen bleibt in dem Sinne immer subjektiv und relativ, als es nur für diejenigen eine legitime Forderung an das Verhalten bedeutet, die sich auf den Standpunkt des Rechts stellen. Darüber hinaus können die normativen Forderungen des Rechts formell nicht reichen.

Hier sei an die grundsätzliche Einsicht erinnert, dass jedes Sollen, das über eine relative Geltung hinaus ginge, das also nicht in irgendeiner Weise bedingt wäre, ohnehin *wissenschaftlich* nicht erfassbar wäre.[280] Die Geltung von Soll-Anordnungen, von Normen, kann letztlich erkenntnistheoretisch nicht bewiesen werden, wie auch Robert Walter festhält.[281] Daher seien wissenschaftliche Aussagen über ein Sollen nur zulässig, wenn man *annehme*, dass das, was die gesetzten Ordnungen vorschreiben, auch gesollt sei. Die Grundnorm sei eine solche Annahme. Sie erlaube die Deutung der gesetzten Ordnungen als normative Ordnungen, oder genauer: „*als ob* sie normative Ordnungen wären, obzwar eine Wissenschaft darüber nicht entscheiden kann".[282] Damit hebt die „Reine Rechtslehre" den entscheidenden Punkt der positivistischen Position bezüglich Rechtsgehorsam ans Licht, wie Walter ausführt:

> „[Die Reine Rechtslehre] nimmt die Anordnungen der sozialen Autorität nur fiktiv als gesollt an und lässt damit die ganze – moralische – Problematik des Rechtsgehorsams erst erkennen. Denn niemand vermag sich nach ihr zu seiner moralischen Rechtfertigung darauf zu berufen, dass er nach dem Gesetz gehandelt habe. Denn dass das nach dem Gesetz Gesollte auch moralisch, ja überhaupt gesollt ist, behauptet die Reine Rechtslehre nicht."[283]

---

[279] *Kelsen*, Staatslehre, S. 104; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 224; vgl. *Verdross*, Verfassung, S. 2; ausführlich zu Kelsens Vorstellung der „Objektivierung" von Recht bei *Paulson*, Objektivierungsprogramme, S. 210 ff.

[280] Vgl. *§ 7 B. IV. Relativität der Geltungsgründe*; vgl. auch *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 16 ff.; ginge man von einer letzten Autorität wie Gott aus, die durch Normen ein bestimmtes Verhalten vorschriebe, könnte man allenfalls ein absolutes oder objektives Sollen für möglich halten. Für eine *wissenschaftliche* Wert- oder Sollenslehre kommen für Kelsen jedoch nur durch menschliche Willensakte gesetzte Normen in Betracht, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 18; für Kelsen scheint die zentrale These des Wertrelativismus so evident, dass sich seine Ausführungen dazu jeweils auf einige Bemerkungen beschränken, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 50, 66, 69, 358 ff.; *Kelsen*, Hauptprobleme, S. XVII, 8, 373; *Kelsen*, Staatslehre, S. 39; *Kelsen*, Rechtslehre, S. 501 f.

[281] *Walter*, Rechtslehre, S. 337.

[282] *Walter*, Rechtslehre, S. 338.

[283] *Walter*, Rechtslehre, S. 342 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für den Wertrelativisten Kelsen kann die Verbindlichkeit von Rechtsnormen in einer weltanschaulich pluralen Welt nicht objektiv und allgemeingültig begründet werden.[284] Und so kann sich auch die Legitimität von Recht immer nur auf diesen von der Grundnorm vorgegeben Gehalt beziehen, und nicht auf etwas darüber hinaus. Jeder Versuch die Legitimität oder Gültigkeit von Soll-Anordnungen objektiv zu begründen, muss schon an der wertrelativistischen Ausgangsprämisse scheitern. Mit der Annahme der Grundnorm – ob hypothetisch oder fiktiv oder axiomatisch – stellt sich Kelsen einer fundamentalen Problemstellung der Rechtstheorie, für die eine überzeugendere Lösung kaum in Sicht ist. Horst Dreier dazu:

> „Deren Aporie [der Grundnorm-Annahme] besteht nun darin, dass sie die Normativität nicht als allgemein verbindliche zu begründen vermag, sondern gerade ins Belieben des Einzelnen stellen muss. Dieser kann den subjektiven Anspruch der faktischen Zwangsordnung, Rechtsordnung zu sein, verwerfen oder akzeptieren. Im ersten Fall betrachtet er die Normen lediglich als Konglomerat von Machtstrukturen, als ‚power-relations', als krude Faktizität; nur im zweiten erkennt er deren objektive Geltung und Gültigkeit an. *Alle juristische Rechtsbetrachtung beruht auf der letztgenannten Hypothese*."[285]

Das letztlich unaufhebbare Problem, die Faktizität und Normativität von Recht ganz miteinander zu harmonisieren, kann aber auch die Grundnorm nicht auflösen. Sie fixiert es jedoch in seiner ganzen Schärfe und Gewichtigkeit und zeigt die Grenze an, bis zu der juristische Rechtserkenntnis zu gehen vermag.[286] Kurz und ganz grundlegend hält Kelsen fest: „Das Sollen des positiven Rechts kann stets nur ein hypothetisches sein."[287] Der selben Erkenntnis folgend, erklärt Walter Ott 50 Jahre später die „Reine Rechtslehre" zum Musterbeispiel einer Theorie, die ihren axiomatischen Charakter selbst hervorhebt.[288]

D. Legitime Geltung im Völkerrechtspositivismus

I. Der Stellenwert theoretischer Grundannahmen im Völkerrecht

Im Völkerrecht gehen die verschiedenen Ansätze, den Begriff und die Geltungsgründe des Rechts zu bestimmen, weiter auseinander als im nationalen Recht. Je nach theoretischen Grundannahmen gelangt man auch in der Rechtspraxis nicht selten zu unterschiedlichen Ansichten darüber, was substantiell als legitimes Recht gilt und was nicht.[289] So Gerald Fitzmaurice:

> „In the international law field, the differences of view are much greater, more openly discussed, and have more immediate repercussions. There is a direct relationship be-

[284] *H. Dreier*, Kelsen, S. 10; vgl. *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 235 ff.
[285] *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 55, Hervorhebung hinzugefügt.
[286] *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 55.
[287] *Kelsen*, Grundlagen, S. 235.
[288] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 233.
[289] Vgl. *Scobbie*, S. 493 ff., 500.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tween certain differences of approach to international law, certain controversies as to its basic character, on the one hand, and, on the other, certain divergencies of view as to its sources, both formal and material. These divergencies are, in their turn, capable of influencing the content – or the view taken or suggested as to the content – of the law.“[290]

Manch praktisch orientierter Völkerrechtler verkennt daher die Bedeutung von rechtlichen Grundkonzepten, wenn er sich gerade nur mit Art. 38 IGH-Statut und den dort aufgelisteten Quellen auseinandersetzt, ohne auch deren Geltungsgründe zu hinterfragen und sich eine kohärente Vorstellung des Völkerrechtsbegriffs zu machen. Dass dies zu kurz greift, zeigt sich beispielsweise in den Kontroversen darüber, was unter der sog. quasi-legislativen Tätigkeit der UN-Generalversammlung oder anderer UN-Organe zu verstehen ist oder bei der Frage, ob neben den in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut aufgezählten Rechtsquellen auch weitere möglich sind.[291] So kümmert es viele theorieaverse Pragmatiker auch kaum, dass Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut die Rechtsquellen nicht autoritativ festzusetzen vermag, da dieser Artikel ja auch nur zu einem Vertrag gehört, der seine Geltung nicht einfach aus sich selbst ableiten kann.[292]

Regelmässig wird versucht, die Geltung der vielfältigen zwischenstaatlichen Erklärungen, Abkommen und Verhaltensweisen in eine der traditionellen Rechtsquellen hineinzuinterpretieren. Untersucht man die Argumente in diesen weit gefassten Auslegungsfragen, stösst man aber nicht selten auf Bezüge zu theoretischen Grundannahmen, selbst in Urteilen des IGH, insbesondere wenn die Frage beantwortet werden muss, ob nun eine bindende Rechtsregel vorliege oder nicht.[293] So liest man in den richterlichen Voten zu den Südwestafrika-Fällen von 1966, dass das Apartheitsverbot als allgemeiner Rechtsgrundsatz gelten solle – nicht jedoch, weil dies eine übereinstimmende Regel staatlicher Rechtsordnungen sei, sondern vielmehr ausdrücklich als Regel „jus naturale […], valid through all kinds of human societies“, die abgeleitet werden könne von einem „concept of man as a person“.[294] Es sei deshalb „undeniable that in Art. 38, paragraph 1 (c), some *natural law* elements are inherent“; und weiter: „From this kind of source international law could have the foundation of its validity *extended beyond the will of States*, that is to say, *into the sphere of natural law* and assume an aspect of its supra-national and supra-positive character.“[295]

---

[290] *G. G. Fitzmaurice*, Problems, S. 156.

[291] *Schachter*, S. 11.

[292] *Diggelmann*, Unschärfen, S. 382 f.

[293] *Schachter*, S. 12.

[294] IGH: South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Urteil (Dissenting Opinion von Richter Tanaka), 18. Juli 1966, ICJ Rep. 1966, 6, S. 296 f.

[295] IGH: South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Urteil (Dissenting Opinion von Richter Tanaka), 18. Juli 1966, ICJ Rep. 1966, 6, S. 298, Hervorhebungen hinzugefügt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Beschreibende Rechtstheorien können auf diese Weise die Doktrin durchdringen und massgebend für die Klassifizierung von Recht sein.[296] Oder in den bekannten Worten von Rosalyn Higgins:

„There is no separating legal philosophy from substantive norms when it comes to problem solving in particular cases.“[297]

Rechtstheorien sind jedoch auch umkämpfte Argumentationsfelder, in denen um Akzeptanz gerungen wird. Bei der grossen Frage, was denn die Grundlage von Verpflichtungen – ihr Geltungsgrund – im Völkerrecht sei, habe sich jeder massgebende Völkerrechtler des zwanzigsten Jahrhunderts zu einer neuen Analyse berufen gefühlt, wie Oscar Schachter festhält.[298] Dabei muss man sich fragen, ob diese Vielfalt von Ansätzen nicht eine radikale Schwäche der konzeptuellen Struktur des Völkerrechts enthüllt. Schachter führt sodann eine Liste von Kandidaten an, die alle schon als Geltungsgrund von völkerrechtlichen Verpflichtungen vorgebracht wurden:

„(i) Consent of states

(ii) Customary practice

(iii) A sense of ‚rightness‘ – the juridical conscience

(iv) Natural law or natural reason

(v) Social necessity

(vi) The will of the international community (the ‚consensus‘ of the international community)

(vii) Direct (or ‚stigmatic‘) intuition

(viii) Common purposes of the participants

(ix) Effectiveness

(x) Sanctions

(xi) ‚Systemic‘ goals

(xii) Shared expectations as to authority

(xiii) Rules of recognition“[299]

Selbst wenn man sich auf den positivistischen Ansatz beschränkt, stösst man auf eine Vielzahl verschiedener Konzepte, mit denen versucht wird, den Begriff sowie die Geltung des Völkerrechts zu bestimmen.[300] Die unterschiedlichen De-

---

[296] *Scobbie*, S. 496.

[297] *Higgins*, S. 267.

[298] *Schachter*, S. 9.

[299] *Schachter*, S. 9 f., wobei Schachter zu jedem der aufgezählten Geltungsgründe die entsprechenden Vertreter der Theorie anführt.

[300] In seinem vielzitierten Aufsatz „Positive Law and International Law“ (1957) hat Roberto Ago die verschiedenen Bedeutungen von „positivem Recht“ beschrieben, insbesondere im Hinblick auf das Völkerrecht, *Ago*, S. 708 ff.; dies ist auch deshalb bemer-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

finitionsversuche sind dabei nicht als richtig oder falsch anzusehen, sondern als mehr oder weniger überzeugend in Bezug auf ihre Kohärenz und Zweckmässigkeit.[301] Von welchem Konzept man ausgeht, ist letztlich eine Wahl, eine Entscheidung, die so, aber mit guten Gründen auch anders getroffen werden kann.[302]

Ein Hauptargument, das grundsätzlich für den positivistischen Ansatz spricht, ist auch hier seine konzeptionelle Klarheit, die insbesondere im Völkerrecht dazu beitragen könnte, sinnvolle Kriterien für die Beurteilung von möglichen Rechtsquellen zu bilden.[303] Die rechtspositivistische Normlogik zwingt zu einer eindeutigeren Positionierung in der Norminterpretation.[304] Nachfolgend soll in aller Kürze die Entwicklung von positivistischen Konzepten im Völkerrecht aufgezeigt werden. Es soll dabei weniger um die völkerrechtlichen Rechtsbegriffe gehen, als mehr um ihre Geltungsgründe und deren normative Legitimität.[305] Wie oben dargelegt, kann das eine jedoch nicht ganz ohne das andere beurteilt werden.[306]

II. Entwicklung des positivistischen Ansatzes im Völkerrecht

Unter den Völkerrechtstheorien hat der Rechtspositivismus heute einen schweren Stand. Ihm wird eine gewisse Staatsfixiertheit nachgesagt, die mit dem internationalen Recht nicht ohne Weiteres vereinbar sei.[307] Denn dort bestehen institutionelle Besonderheiten, wie etwa eine überwiegend dezentrale Organisation oder eine Gleichordnung der Rechtssubjekte: Die Rechtsunterworfenen sind zugleich auch die Rechtsetzer.[308] Kategorien und Regeln, mit denen im innerstaatlichen Bereich das Recht identifiziert werden kann – wie bspw. Akte der Gesetz-

---

kenswert, weil zu dieser Zeit der Rechtspositivismus zwar immer noch en vogue war, der Begriff jedoch an Eindeutigkeit verloren hat; vgl. *Christakis*, S. 421 f.; vgl. *Lefkowitz*, S. 323; vgl. *Fastenrath*, Normativity, S. 324 ff.

301 *Ago*, S. 714 f.

302 *Scobbie*, S. 511.

303 Mit weiteren Argumenten, die für einen positivistischen Ansatz im Völkerrecht sprechen, *Lefkowitz*, S. 329, 325 ff.; vgl. auch *§ 2 C. Das Klarheitsargument*.

304 Vgl. *Altwicker*, S. 51.

305 Beurteilungen zur *empirischen* Legitimität werden hier ausgeklammert; verwiesen sei jedoch zumindest auf die vielfach verwendeten Kriterien von Thomas Franck zur empirischen Legitimität, *Franck*, S. 705 ff.

306 *§ 6 A. Rechtsbegriff und Geltungsgrund*.

307 Vgl. *Kammerhofer*, International, S. 408.

308 Das Völkerrecht unterscheidet sich durch seine horizontale Struktur von subordinationsrechtlich strukturierten nationalen Rechtsordnungen. Aufgrund der Gleichordnung der Rechtssubjekte sind völkerrechtliche Positivierungen immer nur relative Rechte und Pflichten, die nur gegenüber den berechtigten Staaten geschuldet sind. Damit entsteht ein Geflecht bilateraler Beziehungen und partikular geltenden Gewohnheitsrechts bzw. allgemeiner Rechtsgrundsätze, was als internationales Rechtssystem ein „*inneres System*“ eher vermissen lässt, siehe *Fastenrath*, Lücken, S. 149 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gebung –, sind nicht einfach ins Völkerrecht übertragbar.[309] Aus der Abgrenzung vom staatlichen „Herrschaftsrecht" heraus wurde das Völkerrecht auch als „Koordinationsrecht", „horizontale Rechtsordnung" oder „zwischenstaatliches Recht" bezeichnet.[310]

Die klassisch-positivistischen Völkerrechtstheorien wurden daher mit einer ganzen Reihe rechtstheoretischer Ansätze zu reformieren versucht. In Stellung gebracht wurden etwa rechtsrealistische, rechtspragmatische, rechtskritische, instrumentalistische, formalistische oder auch ökonomische Ansätze.[311] Nichtsdestotrotz haben sich viele genuin positivistische Elemente ungebrochen in der völkerrechtlichen Praxis gehalten. So ist etwa kein anderer Ansatz so eng mit der grundlegenden Vorstellung von formalen Quellen des Rechts verbunden wie der Positivismus.[312] Angesichts dessen kam zuletzt wieder ein zunehmendes Interesse an einer rechtspositivistischen Grundlegung im Völkerrecht auf, wobei man die Konzepte aus einer klassischen sowie aus einer modernen Phase des Rechtspositivismus teilweise auch weiterentwickelte, was von einigen gar als „postmoderner" Völkerrechtspositivismus verstanden wird.[313]

1. Klassischer Völkerrechtspositivismus

a) Wesenszüge des Völkerrechtspositivismus im 19. Jahrhundert

Der klassische Völkerrechtspositivismus trat zu Beginn des 19. Jahrhunderts als eigenständige rechtswissenschaftliche Doktrin in Erscheinung.[314] Am Ende jenes Jahrhunderts dominierte er das Rechtsdenken in Europa und löste die bis dahin bestimmende Naturrechtsdogmatik ab.[315] Stephen Hall beschreibt den klassischen Rechtspositivismus anhand dreier wesentlicher Gesichtspunkte:

---

309 *Altwicker*, S. 46; vgl. *Franck*, S. 707.

310 *Bernstorff*, S. 152.

311 Vgl. *Kammerhofer*, International, S. 408.

312 *Lefkowitz*, S. 323 f.; *Thirlway*, S. 10; vgl. *Fastenrath*, Lücken, S. 84 f.

313 Hier ist auf die anregenden Beiträge zu verweisen, die von Jörg Kammerhofer und Jean D'Aspremont im Band „International Legal Positivism in a Post-Modern World" (2014) gesammelt wurden, *Kammerhofer/D'Aspremont*, International; „Post-Modernismus" wird dabei als historische Dimension begriffen, die einer „post-klassischen" Phase im Völkerrechtspositivismus entgegengestellt wird, *Kammerhofer/D'Aspremont*, Introduction, S. 14; zur hier getroffenen Unterscheidung zwischen der klassischen und der modernen Phase siehe erste Fn. in *§ 6 D. II. 2. Skepsis und Erneuerung in den Zwischenkriegsjahren*.

314 Wenn auch schon früher bedeutende Elemente des rechtspositivistischen Denkens entwickelt wurden, m.w.V. *Hall*, 272; *Ago*, S. 692 ff.; die Strömung im 17. Jahrhundert unter dem Titel „Positivismus" ist streng vom Rechtspositivismus des 19. und 20. Jahrhunderts zu unterscheiden, siehe *Diggelmann*, Entstehung, S. 5.

315 *Hall*, S. 269 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

– Das positive Recht wird *ganz mit der Idee des Rechts selbst identifiziert*; es geht also nicht lediglich darum, die Gültigkeit von positivem Recht *als eine Art* des Völkerrechts zu verteidigen;
– um gültig zu sein, muss Recht in einem historischen Akt von einem autorisierten Organ – dem Souverän – *festgesetzt* („laid down") worden sein;
– jede *notwendige Verbindung* zwischen der moralischen Gerechtigkeit von positivem Recht und seiner Rechtsgültigkeit wird *verneint*.[316]

Halls erstes Kriterium bringt in ähnlicher Weise auch Roberto Ago vor, der ein charakteristisches Merkmal des klassischen Rechtspositivismus in der Ablehnung jeder anderen Form von Recht ausser dem positiven Recht sieht.[317] Dies stehe im Gegensatz zu einer älteren Tradition – die von Grotius bis Vattel reiche –, in der das positive Recht („ius positum") und das Naturrecht („ius naturale") als koexistierende Teile eines Gesamtkorpus von völkerrechtlichen Normen angesehen wurden.[318] Halls erster Punkt kann hier aber relativiert werden: Viele als Positivisten etikettierte Juristen des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts behielten nämlich eine Residualrolle für das Naturrecht bei, um, in Ermangelung einer positiven Kodifizierung, eine Grundlage für Rechtsprinzipien schaffen zu können.[319]

Halls zweites und drittes Kriterium wird dagegen von Bruno Simma und Andreas Paulus betont: Für sie charakterisiert sich der klassische Positivismus dadurch, dass Recht auf bestimmte Weise festgesetzt werden muss („laid down"), das heisst, dass der Ursprung einer völkerrechtlichen Norm durch den konkreten Willen des Souveräns bestimmt wird, nicht durch ihren moralischen Wert oder politischen Nutzen. Aus dem Willen des Souveräns würden sich dann die formellen Rechtsquellen manifestieren. Sie schreiben:

> „Law is regarded as a unified system of rules that, according to most variants, emanate from state will. This system of rules is an ‚objective' reality and needs to be distinguished from law ‚as it should be.' Classic positivism demands rigorous tests for legal validity. Extralegal arguments, e. g., arguments that have no textual, systemic or historical basis, are deemed irrelevant to legal analysis; there is only hard law, no soft law. [...] For international law, this implies that all norms derive their pedigree from one of the traditional sources of international law, custom and treaty."[320]

Es sind also *formelle Rechtsquellen*, aus denen sich die Geltung von Völkerrechtsnormen ableiten muss und nicht etwa intrinsische moralische Werte; das ist

[316] *Hall*, S. 272.
[317] *Ago*, S. 696.
[318] *Ago*, S. 696 ff.
[319] M. w. V. *Collins*, Classical, S. 28 ff., 37; dazu auch *Koskenniemi*, Legacy, S. 14, 141 ff.
[320] *Simma/Paulus*, S. 304 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bis heute eine breit anerkannte Forderung. Kontroverser wird hingegen die Vorstellung angesehen, dass sich die formellen Rechtsquellen direkt oder indirekt immer aus dem *Willen des Souveräns bzw. dem Staatswillen* ergeben.

b) Das Dilemma der voluntativen Grundlegung

Die klassisch-positivistische Idee, dass formelle Rechtsquellen nur in konkreten Akten der rechtlichen Festsetzung durch einen Souverän bestehen können, wird von Ago wie folgt festgehalten:

> „Not only was it stated that law created by formal sources is the only true law, but all those acts which are not direct or indirect manifestations of the will of the state are excluded from the category of ‚formal sources' of positive law, for *only the state has the power to lay down legal norms*."[321]

Die *Staatensouveränität* kann als ein zentraler Faktor – als „key topos"[322] – für die Entwicklung des Völkerrechts im 19. Jahrhundert angesehen werden. Die Idee bot ein frühes konstitutives Organisationsprinzip: Sie stellte ein notwendiges Konstrukt dar, um so etwas wie rechtliche Ordnung in einem dezentralisierten politischen Raum zu ermöglichen. Die Vorstellung vom Recht wurde damit in eine formale und prozedurale Richtung geführt, weg von Ansichten über substantiell richtige oder falsche Verhaltensweisen.[323] Schon Hegel führte aus, dass die Grundlage des Rechts in der „Selbständigkeit"[324] der Völker und im besonderen Willen der Staaten liege. Ihm zufolge beruhe alles zwischenstaatliche Recht lediglich auf der Anerkennung, Interpretation und Anwendung durch einzelne Staaten. So bezeichnete er das Völkerrecht bekanntlich als „äusseres Staatsrecht".[325] Aus dieser Perspektive wurde der klassische Völkerrechtspositivismus regelmässig als eine Theorie des *Staatsvoluntarismus* aufgefasst.[326]

Die Verbindung von formellen Rechtsquellen und souveränem Staatswillen führte zur Vorstellung, dass sich Staaten nur durch ihre – ausdrückliche oder stillschweigende – Zustimmung rechtlich binden können.[327] Diese Denkfigur der *juristischen Selbstverpflichtung* entstand unter dem Einfluss der neo-hegelianischen Rechtslehre und aus der Rechtstheorie zum öffentlichen Recht in Deutschland seit der Mitte des 19. Jahrhunderts.[328] Auf das Völkerrecht angewendet wurde

---

[321] *Ago*, S. 698, Hervorhebung hinzugefügt.
[322] *Koskenniemi*, Legacy, S. 150.
[323] *Collins*, Institutional, S. 28.
[324] *Hegel*, § 159, S. 190.
[325] *Hegel*, § 161, S. 193, vgl. auch die Erläuterung auf S. 348.
[326] M. w. V. *Ago*, S. 699; vgl. die Diskussion dazu in *Koskenniemi*, Civilizer, S. 179 ff.
[327] *Collins*, Classical, S. 39.
[328] *Collins*, Institutional, S. 29; wesentlich früher verortet hingegen Alfred Verdross den klassischen Ausdruck der Selbstverpflichtungslehre, nämlich in der römischen Lehre vom Staatsvertrag, m. w. V. *Verdross*, Verfassung, S. 12 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die „Selbstverpflichtungslehre“ freilich am prominentesten vom Wiener Staatsrechtler Georg Jellinek.[329] Die Jellinek'sche Völkerrechtslehre fand beachtliche Wirkung: Alle grossen völkerrechtlichen Theorieentwürfe vor dem Ersten Weltkrieg und noch in der Weimarer Zeit setzten sich eingehend mit dessen Theorie auseinander, ob anerkennend oder ablehnend.[330]

Jellinek versuchte auf der voluntativen Prämisse ein eigenständiges, verbindliches Völkerrecht zu konstruieren. Damit wandte er sich gegen die Theorie vom „äusseren Staatsrecht“, die dem Völkerrecht eine eigene *objektive Rechtsqualität* abgesprochen hatte.[331] Jellinek musste sich dazu jedoch einem theoretischen Grundproblem des Völkerrechts stellen, das man als „Dilemma der voluntativen Grundlegung“ bezeichnen kann. Karl Fricker formulierte das Problem 1878 prägnant:

> „Ich halte es nicht für möglich, folgendem Dilemma zu entrinnen: entweder stehen die Einzelstaatswillen über dem gemeinsamen Willen, d. h. es löst sich dieser als ein besonderer, objectiver Wille von den Einzelwillen überhaupt nicht ab – dann ist ein objectives Völkerrecht nicht zu gewinnen, oder der gemeinsame Wille steht einmal geworden mit eigener objectiver Autorität über den Einzelstaatswillen – dann ergibt sich zwar ein Völkerrecht, aber dasselbe ist ein von dem eigenen Willen des Staats unterschiedener besonderer Wille.“[332]

Wie sollte also ein objektives, mit Verbindlichkeitsanspruch auftretendes Recht möglich sein, wenn der einzelne Staat – nachdem das Recht unter Beteiligung seines Willens entstanden ist – sich einseitig der Autorität desselben entziehen kann, indem er seine Zustimmung nach eigenem Ermessen wieder zurückziehen kann?[333] Für Fricker selbst war ein objektives Völkerrecht daher nur denkbar, wenn man eine überstaatliche Macht voraussetzte; aus Mangel einer solchen blieb das Völkerrecht für ihn ein „unvollkommenes“[334] Recht. Jellinek hingegen wollte weder auf die Annahme eines objektiven Völkerrechts noch auf den freien Staatswillen als formalen Geltungsgrund allen Rechts verzichten.[335]

In der Jellinek'schen Konstruktion musste daher die Idee der Selbstverpflichtung beschränkt werden, genauer: die Möglichkeit, dass der Staat sich von jedem möglichen Willensinhalt auch wieder befreien kann. Die Suche galt einem objektiven Prinzip, das diesen Zweck erfüllte.[336] Der Rekurs auf naturrechtliche Prinzipien schied für Jellinek, als Vertreter einer positivistischen Methode, von vorn-

---

[329] Vgl. *Jellinek*, Staatenverträge, S. 2, 42 ff., 56 f.

[330] Für eine Einordnung und Auseinandersetzung mit Jellineks Theorie siehe *Bernstorff*, S. 22 f.

[331] *Bernstorff*, S. 26.

[332] *Fricker*, S. 377.

[333] Vgl. *Fricker*, S. 382.

[334] *Fricker*, S. 395.

[335] *Jellinek*, Staatenverträge, S. 3.

[336] Vgl. *Bernstorff*, S. 28 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

herein aus.[337] Stattdessen verwies er auf die *objektive Natur des Staates und der Staatsbeziehungen*, die eine logisch-inhärente Beschränkung des individuellen Staatswillens mit sich bringe.[338] Es sei nämlich ein elementarer bzw. naturnotwendiger Staatszweck, Beziehungen mit anderen Staaten zu pflegen, und insofern sei es eine Forderung der staatlichen Natur, Normen herzustellen, die diese Beziehungen ermöglichen und regeln.[339] Objektives Völkerrecht entstehe nun über den Weg der „Anerkennung", also über den subjektiven Willen der Einzelstaaten, die die objektive Natur der Staatenbeziehungen bestätigen würden und – ihrem Zweck als Staat nach – auch *zwangsläufig müssten*.[340] Hier deutet sich die Verbindung zu Jellineks Lehre von den Staatszwecken an, wobei er aber eine soziologisch-empirische Betrachtungsweise einnimmt: Der Staat sei auf allen Gebieten seines Daseins und Wirkens durch die Gesamtheit der Staaten bedingt; eine Art „Staatengemeinschaft" sei deshalb eine Tatsache, deren Ignorierung ein tieferes Staatsverständnis unmöglich mache.[341]

Dieser theoretische Brückenschlag zwischen der Prämisse des freien Staatswillens und der Idee einer verbindlichen Völkerrechtsordnung erwies sich als überdurchschnittlich anschlussfähig und fand zahlreiche Anhänger.[342] Heinrich Triepel, der im anbrechenden 20. Jahrhundert zu den angesehensten Völkerrechtlern Deutschlands gehörte, übte zwar Kritik an Jellineks Lehren, aber entwickelte diese gleichzeitig weiter zu seiner „*Vereinbarungslehre*". Triepel ging davon aus, dass aus logischen Gründen nur ein dem Rechtsadressaten überlegener Wille in der Lage sei, ein objektives Recht zu schaffen; ein Recht, mit dem den gleichgestellten Staaten verbindliche Regeln ihres Verhaltens gegeben werden könne.[343] Er folgert:

> „Nur ein zu einer Willenseinheit, durch *Willenseinigung* zusammengeflossener *Gemeinwille* mehrerer oder vieler Staaten kann die Quelle des Völkerrechts sein."[344]

Triepel nahm somit einen „*Gemeinwillen*" der Staaten an, der sich aus einer verbindlichkeitsspendenden „Vereinbarung" ergebe.[345] Solche Vereinbarungen seien aber nicht lediglich „rechtsgeschäftliche" Verträge, in denen jeder Staat seinen Einzelwillen vertritt; sie entstehen vielmehr dann, wenn die Staaten objektives Recht schaffen wollen und dazu Regeln vereinbaren, „nach denen sich ihr

---

[337] *Jellinek*, Staatenverträge, S. 2; auch Analogien zum Privatrecht können nach Jellinek hier nicht als tragfähige Konstruktion angesehen werden, *Jellinek*, Staatenverträge, S. 51.

[338] *Jellinek*, Staatenverträge, S. 43.

[339] *Jellinek*, Staatenverträge, S. 45.

[340] *Jellinek*, Staatenverträge, S. 48, 51.

[341] *Bernstorff*, S. 30 f.

[342] M. w. V. *Bernstorff*, S. 33.

[343] *Triepel*, S. 77.

[344] *Triepel*, S. 32.

[345] *Triepel*, S. 63 ff., Hervorhebung hinzugefügt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

künftiges Verhalten dauernd bestimmen soll".[346] Jochen von Bernstorff beschreibt Triepels Idee anschaulich:

> „[D]ie Vereinbarung speist sich zwar aus dem souveränen Staatswillen, verwandelt aber gleichzeitig die Summe der Einzelwillen in den ‚Gemeinwillen' als andersartige, vom Staatswillen autonomisierte Quelle des Völkerrechts."[347]

Triepels „Völkerrecht und Landesrecht" (1899) wurde nach der Jahrhundertwende zur erfolgreichsten deutschsprachigen völkerrechtlichen Monographie.[348] Eine ganze Reihe von Juristen dieser Zeit entwickelten ihre Theorien unter Triepels Einfluss: In Österreich erklärte etwa Alexander von Hold-Ferneck den „übereinstimmenden Willen" der Staaten zur Geltungsgrundlage des Völkerrechts; in Deutschland bei Theodor Niemeyer war es der „Staatenkonsens".[349] Lassa Oppenheim brachte den Gemeinwillen in Form des „common consent" nach England.[350] Dionisio Anzilotti rezipierte ihn in Italien als „volontà collettiva".[351]

All diesen Ansätzen ist die Idee gemein, dem subjektiven Staatswillen ein begrenzendes Objektivierungsprinzip zur Seite zu stellen. Es sind Konstruktionen, mit denen die normative Verbindlichkeit des Völkerrechts als Rechtsordnung erklärt werden sollte, ohne dabei auf die jederzeitige explizite Anerkennung bzw. Zustimmung jedes einzelnen Staats angewiesen zu sein. So konnte etwa nach Oppenheim der „common consent" auch ohne die ausdrückliche Zustimmung aller Staaten zustande kommen und Verbindlichkeit begründen.[352] Subjektives und objektives Prinzip im Völkerrecht sollte mit solchen Versuchen synthetisiert werden. Von Bernstorff hält aber fest, dass weder die von Triepels „Gemeinwille" abgeleiteten Varianten noch Jellineks soziologisch begründete „objektive Natur der Staatenbeziehungen" die antagonistischen Pole wirklich zusammenführen konnten: vielmehr wurden sie so als „ungelöste Spannungslage" in die theoretischen Ansätze übernommen.[353] Die Debatte um die Objektivität des Völkerrechts wird bis heute geführt und gilt nach wie vor als eine zentrale Grundsatz-

---

346 *Triepel*, S. 70.

347 *Bernstorff*, S. 36.

348 Wobei die wissenschaftliche Wirkkraft von Triepels Werk massgeblich auf seinen Überlegungen zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht beruhte; Triepel etablierte den sog. Dualismus im Völkerrecht, vgl. *Triepel*, S. 111, 156.

349 M. w. V. *Bernstorff*, S. 36.

350 *Oppenheim*, 2. Aufl., S. 15; wobei Oppenheim seinen eigenen Ansatz ausdrücklich von denjenigen Triepels sowie Jellineks abgrenzt, dazu *Schmoeckel*, S. 701 f., 705 ff.

351 *Anzilotti*, Corso, S. 26; später greift Anzilotti jedoch auf Kelsens Konzeption einer Grundnorm zurück, *Anzilotti*, Lehrbuch, S. 33; vgl. *Diggelmann*, Zugänge, S. 160.

352 Konkret wurde bei Oppenheim die individuelle Anerkennung als *stillschweigende* Zustimmung konstruiert, vgl. *Oppenheim*, 8. Aufl. (Lauterpacht), S. 17.

353 *Bernstorff*, S. 37.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

frage in Völkerrechtstheorien. Teilweise wird dabei von der „Autonomie“ anstatt der „Objektivität“ des Rechts gesprochen, wobei die Begriffe weitgehend synonym verwendet werden.[354]

2. Skepsis und Erneuerung in den Zwischenkriegsjahren

Das „moderne“ Völkerrecht ist aus der Erfahrung des Ersten Weltkrieges erwachsen und stand im Zeichen einer disziplinären Reform.[355] Die Vorstellung, dass das Völkerrecht den Krieg hätte verhindern können, daran aber gescheitert ist, führte in den juristischen Debatten der Zwischenkriegszeit zum Aufruf, die rechtstheoretischen Grundlagen zu hinterfragen sowie institutionelle Strukturen zu stärken.[356]

Einiges aus der klassischen Völkerrechtslehre wurde seither abgelehnt, vor allem aber waren es die positivistischen Ansätze: Sie galten einerseits als zu analytisch und abstrakt, andererseits als zu eng verbunden mit den Souveränitätsrechten der Staaten – ja geradezu als unterwürfig gegenüber den Einzelstaatswillen –, um eine eigenständige, objektive Völkerrechtsordnung begründen zu können.[357] So wurde insbesondere die Idee kritisiert, dass Staaten nur dadurch und nur soweit gebunden seien, als sie wünschten gebunden zu sein.[358] Diese Art von voluntaristischer Logik hat sich in den späten 1920er Jahren unwiderruflich mit dem Bild vom klassischen Völkerrechtspositivismus verbunden.[359] Massgeblich dazu beigetragen hat auch das berüchtigte Urteil des StIGH im *Lotus-Fall*, wo es in einer vieldiskutierten Passage heisst:

> „The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will […]. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.“[360]

---

[354] So ausdrücklich *Collins*, Institutional, S. 69.

[355] Die Abgrenzung zwischen der modernen und der klassischen Phase des Völkerrechtspositivismus besteht hier lediglich in einer zeitlichen Trennung der Phasen vor und nach dem Ersten Weltkrieg, was jedoch nur einer vereinfachten und illustrativen Periodisierung in der Völkerrechtsgeschichte entspricht; so aber auch in *Collins*, Classical, S. 25 ff.; m. w. V. auf andere Verwendungsweisen des Begriffes der „modernen“ Völkerrechtswissenschaft, *Bernstorff*, S. 5, Fn. 12.

[356] Vgl. *Diggelmann*, Zugänge, S. 151 f.; m. w. V. *Koskenniemi*, Apology, S. 159 ff.; zur inhärenten strukturellen Unbestimmtheit des Völkerrechts und zur Frage, inwiefern dies zu einem grundsätzlichen Institutionen-Problem führte, siehe eingehend *Collins*, Institutional, S. 64 ff.

[357] *Koskenniemi*, Apology, S. 164 ff.; siehe auch *Diggelmann*, Anfänge, S. 24 ff.

[358] M. w. V. *Christakis*, S. 422.

[359] Ob das verbreitete voluntaristische Narrativ sowie weitere charakteristische Eigenschaften, die dem klassischen Völkerrechtspositivismus zugeschrieben werden, von den Juristen der damaligen Zeit wirklich so vertreten wurde, wird kritisch hinterfragt bei *Koskenniemi*, Legacy, S. 141 ff.

[360] StIGH: The Case of the SS Lotus (France v. Turkey), Urteil, 7. September 1927, PCIJ Series A, 10, S. 18.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das junge internationale Gericht griff damals auf die positivistischen Theorien zurück, die sich in den Jahrzehnten zuvor etabliert hatten. Es wollte dadurch möglichst stabile formale Strukturen für das erschütterte Völkerrecht schaffen. Mit solchen Urteilen stellte es sich jedoch gewichtigen Stimmen in der wissenschaftlichen Diskussion entgegen, die sich unterdessen schon weiterentwickelt hatte.[361] Dort erschien diese voluntaristische Argumentation nicht nur theoretisch fragwürdig, da sie nicht in der Lage war, das Völkerrecht als ein autonomes, dem Willen des Staates entgegengesetztes System zu erklären, sondern auch ideologisch gefährlich, da sie die Art von nationalistischer Ideologie untermauerte, von der man annahm, dass sie direkt ursächlich für den Ersten Weltkrieg war.[362]

Die Kritik gegenüber diesen hergebrachten Völkerrechtstheorien betraf aber nicht nur solche *geltungs*theoretischen Aspekte, sondern hinterfragte auch grundsätzlicher die Zweckmässigkeit der damaligen Völkerrechts*begriffe*. Für den amerikanischen Rechtswissenschaftler und Richter Manley O. Hudson förderte der Krieg die vielen Unzulänglichkeiten des Vorkriegsrechts für alle Betroffenen deutlich zu Tage.[363] Er beschrieb dieses Recht 1928 wie folgt:

> „Its principles seemed inadequate, its limitations ineffective, and its bases insecure. In many quarters, belief in the utility of a law of nations was weakened, and faith in the efficacy of any effort to increase its authority was lost.“[364]

Hudson sah die Juristen seiner Zeit zurückfallen in prinzipielle Diskussionen über die Möglichkeit der Existenz eines Völkerrechts:

> „Even our legal profession failed to withstand the effect of the general scepticism, and we allowed to be revived the futile discussions of the Austinian era as to the existence of a law of nations which might properly be called law.“[365]

Die Auseinandersetzungen mit John Austins Argumenten zu einem defizitären Völkerrecht haben in der Tat schon Jahrzehnte zuvor stattgefunden, wurden nun aber wieder aufgegriffen.[366] Austin spricht dem Völkerrecht bekanntlich die Qualität als Recht ab – für ihn ist es eine Form von positiver Moral –, zumindest solange es nicht von einem Gericht oder einer Legislative als Recht anerkannt wird.[367] Sein Hauptargument leitet er aus der sog. *Imperativentheorie* ab: Unter dem Begriff „Recht“ versteht Austin gesetzte *Befehle*, die mit *Sanktionen* ausgestattet sind.[368] In den Worten H. L. A. Harts: „orders backed by threats“[369]. Der

---

[361] Etwa *Brierly*, Lotus, S. 154 ff.; vgl. auch *Morgenthau*, S. 264 ff.

[362] Siehe dazu *Berman*, S. 1800 ff.; in ähnliche Richtung argumentierte Lauterpacht auch schon *vor* dem Lotus-Urteil, *Lauterpacht*, Westlake, S. 323 f.

[363] *Hudson*, S. 330.

[364] *Hudson*, S. 331.

[365] *Hudson*, S. 331.

[366] Vgl. *Lawrence*, S. 9 ff.; *Morgenthau*, S. 265.

[367] *Austin*, Province, S. 31; *Austin*, Lectures, S. 102.

[368] *Austin*, Lectures, S. 86.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zentrale normative Aspekt von Rechtsnormen sei also ihre Durchsetzbarkeit durch die sanktionierende Gewalt einer souveränen Autorität.[370] Eine solche liege auf internationaler Ebene nicht vor.

Vor dem Hintergrund solcher Überlegungen hat etwa der Schweizer Jurist Otfried Nippold 1917, also noch während des Krieges, seine eigene Naivität getadelt, in die abstrakte Autonomie des Völkerrechts vertraut zu haben, ohne dass irgendwelche realen Sanktionsmöglichkeiten vorgelegen hätten.[371] Dieses Vertrauen sei nun substantiell erschüttert:

> „Der Krieg hat uns vor die unerbittliche Tatsache gestellt, dass völkerrechtliche Verträge gebrochen worden sind. Bei der Verletzung der Neutralität Belgiens hat man einen völkerrechtlichen Vertrag sogar als einen ‚Fetzen Papier' bezeichnet. […] der Glaube an die moralische Macht des Völkerrechts hat dadurch einen Stoss erlitten, von dem sich die Kulturwelt nicht so rasch erholen wird und der es begreiflich erscheinen lässt, dass heute der Ruf nach *realeren Garantien* für die internationale Rechtsordnung allgemein hörbar geworden ist."[372]

Auch wenn die Mängel an Austins Imperativentheorie im Laufe der Zeit umfassend offengelegt wurden – überzeugend etwa von Hart[373] –, übte sie lange starken Einfluss aus. Auch nach dem Krieg blieben Austins Argumente eine Hauptursache für existenzielle Zweifel im beruflichen Selbstbewusstsein vieler Juristen, die sich bemühten, einen zweckmässigen Begriff für das Völkerrecht zu finden und es in seiner Wirksamkeit vor kritischen Angriffen zu verteidigen.[374] Bis heute kommt man beim Versuch, das Völkerrecht als positive Rechtsordnung zu beschreiben, kaum um die „*Austinian challenge*"[375] herum: um eine Stellungnahme zur scheinbar inhärenten Schwäche des Völkerrechts, die im Fehlen einer zentralisierten Durchsetzungsgewalt gesehen wird.[376]

---

369 *Hart*, Concept, S. 19, 217.

370 Zu Austins Rechtsbegriff siehe *Ott*, Rechtspositivismus, S. 36 ff.

371 *Nippold*, S. 34 f., 115 ff.

372 *Nippold*, S. 36, Hervorhebung hinzugefügt.

373 *Hart*, Concept, S. 18 ff., 216 ff.; Hart verdeutlichte dabei vor allem den Unterschied zwischen „having an obligation" bzw. „being bound" und „likely to suffer the sanction of punishment threatened for disobedience", *Hart*, Concept, S. 217.

374 M. w. V. *Collins*, Institutional, S. 33 f. und *Koskenniemi*, Civilizer, S. 48.

375 *Collins*, Institutional, S. 36.

376 Zur Klarstellung: Es geht dabei um den *Begriff* des Völkerrechts; zur juristischen *Geltung* – und damit zur Legitimität – des Rechts kann die Frage nach der Sanktionsbewehrtheit nichts beitragen; grundsätzlich dazu Forst: „[Die Sanktion] kann also nicht selbst die Normativität des Handeln-Sollens begründen.", *Forst*, Kontexte, S. 38; ablehnend in diesem Sinne auch Somek: „Die Rechtsgeltung reduziere sich [so] für alle Normen auf ein soziales Faktum. Die normative Signifikanz des Rechts gehe verloren.", *Somek*, S. 109; vgl. auch *Mosler*, S. 15; selbst Kelsens Zurechnungslehre, mit der er die spezifisch-juristische Soll-Geltung beschreibt, kann ohne das Sanktionselement gedacht werden: als Unrechtsfolge könnte bspw. ebenso gut die rechtliche *Feststellung* stehen, dass ein Völkerrechtsvertrag gebrochen oder eine völkerrechtliche Pflicht verletzt wurde, siehe *§ 6 C. VI. 2. b) Eine spezifisch-juristische Normativität*.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Forderungen nach einer solchen zentralen Zwangsgewalt wurden aber – wenn überhaupt – nur verhalten vorgebracht, da man sich so dem Vorwurf aussetzen würde, einem tyrannischen „Weltstaat“ das Wort zu reden.[377] So entwickelten sich alternative Antworten auf die Frage nach einer zentralisierten Autorität; viele davon zielen auf eine *kollektive Rechtsdurchsetzung* ab. Verbreitet war etwa eine Auffassung im Sinne von: „[T]he States have to take the law into their own hands.“[378] Demnach bestünden die Sanktionen im Völkerrecht nur aus den Selbsthilfemechanismen der Staaten, wie z. B. *Repressalien* oder auch *Interventionen* von anderen Staaten, die mit den unrechtmässig Behandelten sympathisieren.[379] In diesem Sinne wurde auch die Theorie des „bellum iustum“ wieder aufgegriffen, etwa von Kelsen, der Krieg als eine rechtssatzmässige Unrechtsfolge anerkennt, als eine dezentrale Sanktionsmöglichkeit des Völkerrechts.[380] Gemäss einem anderen Ansatz wiederum bestehe die eigentliche Kraft, die zum Rechtsgehorsam motiviert, in der „öffentlichen Meinung“, womit die Notwendigkeit von physischer Gewalt ersetzt werden könne.[381]

Die Überlegungen zu jener „Schwäche“ des Völkerrechts sind entscheidend dadurch geprägt, dass das Völkerrecht regelmässig einem *Vergleich mit staatlichen Rechtsordnungen* unterzogen wird und in diesem Licht als primitiv, unterentwickelt und fragil angesehen werden muss.[382] Ein solcher Schluss sei unver-

---

[377] Zur Problematik von zentralem Zwang im Völkerrecht und der „Weltstaatsfalle“ siehe *Bernstorff*, S. 74 ff.

[378] *Oppenheim*, 2. Aufl., S. 13.

[379] *Oppenheim*, 2. Aufl., S. 13.

[380] Zur Entwicklung der Bellum-iustum-Doktrin in der frühen Neuzeit siehe *Diggelmann*, Entstehung, S. 11 ff.; zum bellum iustum bei Kelsen siehe *Rub*, S. 230 ff.; für Kelsen ist die Zwangsbewehrung ein notwendiges Merkmal seines Rechtsbegriffs, weshalb er dem Völkerrecht nur als Zwangsordnung eine Rechtsqualität zusprechen kann, *Kelsen*, Unrecht, S. 483, 580, 586; diese rechtsbegriffliche Prämisse ist jedoch aus rechtspositivistischer Sicht nicht notwendig, um Rechtsgeltung begründen zu können, *Meyer*, S. 238 ff., 257 ff.; so auch *Weinberger*, Sanktion, S. 107 ff.; Kelsens Begriff der Repressalie weicht vom heute gebräuchlichem Völkerrechtsbegriff der Repressalie insofern ab, dass er auch Gewaltanwendung umfasst. Kelsen hält aber auch in der 2. Auflage der „Reinen Rechtslehre“ (1960) noch daran fest, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 321 f.; vgl. *Altwicker*, S. 49 ff.

[381] So bei T. J. Lawrence: „[I]t seems to me that the organized opinion of the whole community is slowly taking the place of organized force as the motive power which brings about obedience to law.“, *Lawrence*, S. 20; auf diese Weise könne Austins sanktionsbasierte Rechtstheorie auch auf nationaler Ebene entkräftet werden, *Lawrence*, S. 25 ff.

[382] So schreibt etwa Lassa Oppenheim: „It is inevitable that the Law of Nations must be a weaker law than Municipal Law, as there is not and cannot be an international Government above the national ones which could enforce the rules of International Law in the same way as a national Government enforces the rules of its Municipal Law“; immerhin hält er fest: „But a weak law is nevertheless still law […]“, *Oppenheim*, 2. Aufl., S. 13 f.; anschaulich auch in *Lawrence*, S. 24 f.; später auch in *Hart*, Concept, S. 233 ff. sowie *Kelsen*, Unrecht, S. 481; Kelsen sah die Primitivität des Völkerrechts insbesondere in deren *dezentralen* Sanktionsmechanismen und Strukturen; auch natio-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

meidlich, wenn man versuche, das Völkerrecht nach einem Ideal der Legalität zu erklären, das sich am Wesen und der Struktur innerstaatlicher Rechtsordnungen orientiert, wie Richard Collins festhält.[383] So werde für ihn die „Austinian challenge“ eher zu einer argumentatorischen „challenge“ darüber, ob solch ein wesensmässiger und struktureller Vergleich zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht überhaupt sinnvoll ist.[384] Es müsse vielmehr auch in der modernen Phase der Völkerrechtswissenschaft eine der Hauptaufgaben sein, eine überzeugende Konzeption für ein *eigenständiges*, objektives Völkerrecht zu finden.[385]

Dem „Phänomen Recht“ sei hier mit einem geweiteten Blick zu begegnen, wie auch Oliver Diggelmann findet, dabei könnten Erklärungsmodelle durchaus auch „archaische“ Elemente offen in sich aufnehmen.[386] Denn das Völkerrecht weise in seinem historischen Fundament nun einmal archaische Grundelemente auf, die mit der Zeit durch Elemente „modern-entwickelter Rechtsordnungen“[387] überlagert worden seien. Diese Grundmorphologie – also das in einigen Hinsichten archaische Fundament auch des modernen Völkerrechts – sei nun unvermeidbar mit gewissen Unschärfen des Rechtsbegriffs verbunden, wie etwa einer Diffusität der Sanktionierungen oder einer Offenheit der Quellenfrage. Solche Unschärfen gehören zur Struktur des Völkerrechts, das deshalb aber gerade nicht als „noch-nicht-ganz-moderne-Rechtsordnung“ zu qualifizieren sei, weil es „wohl stets in signifikantem Mass unscharf bleiben wird“.[388]

In der Völkerrechtstheorie nach dem Ersten Weltkrieg erwuchsen vielfältige neue Ansätze aus der grundlegenden Skepsis gegenüber der klassischen Doktrin. In dieser Erneuerungsbewegung können drei Strömungen ausgemacht werden:

Zum Ersten erstarkte der Rechtsrealismus oder, allgemeiner, der Einfluss der Sozialwissenschaften, was auch im Völkerrecht zunehmend zu *empirisch-soziologischen Ansätzen* führte, mit denen die Rolle von formalen Aspekten des Rechts relativiert wurde.[389] In ihrer kritischsten Gestalt führte diese soziologi-

---

nale Rechtsordnungen haben sich erst von einer weniger zu einer stärker zentralisierten Form entwickeln müssen; das Ziel der Völkerrechtsentwicklung sieht er in einer zunehmenden Zentralisierung, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 323 f., 328; *Kelsen*, Staatslehre, S. 164.

383 *Collins*, Classical, S. 44 ff.

384 *Collins*, Classical, S. 46.

385 *Collins*, Institutional, S. 43.

386 Siehe *Diggelmann*, Unschärfen, S. 386 ff.

387 *Diggelmann*, Unschärfen, S. 387; zur Entwicklung der völkerrechtlichen Strukturen in der frühen Neuzeit siehe *Diggelmann*, Entstehung, S. 1 ff.

388 *Diggelmann*, Unschärfen, S. 388.

389 Für eine Übersicht zu den Positionen früher Vertreter der Völkerrechtssoziologie siehe *Diggelmann*, Anfänge, S. 28 ff., darauf folgt eine eingehende Auseinandersetzung mit den Völkerrechtskonzepten von Max Huber und Georges Scelle auf S. 61 ff. und 149 ff.; vgl. auch *Koskenniemi*, Civilizer, S. 266 ff., 302 ff.; *Collins*, Institutional, S. 44; *Jetschke*, S. 36 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sche Wende zur neuen Disziplin der „Internationalen Beziehungen", wozu insbesondere Hans Morgenthau beigetragen hat, indem er die positivistischen Vorstellungen von einem objektiven Völkerrecht ganz grundsätzlich zurückwies.[390]

Zum Zweiten versuchte der *Neo-Positivismus* der Wiener Schule und insbesondere von Hans Kelsen eine systematischere, „reinere" Form des Rechtspositivismus zu etablieren: Kelsens „Reine Rechtslehre" – verstanden als „Formtheorie" des Rechts[391] – sieht die Befreiung der Rechtswissenschaft von allen materiellen, nicht-rechtlichen Elementen vor. Völkerrecht könne ausserdem nur dann als autonomes bzw. objektives Recht gelten, wenn es formal mit aller Klarheit von Politik, Ideologie oder auch Ethik unterschieden werde; nur so könne eine spezifisch-juristische Normativität garantiert werden und Recht zu einem variablen – oder mehr noch: zu einem universalen – Gestaltungsmedium werden.[392] Auf diesen Ansatz wird im nachfolgenden Kapitel näher eingegangen.[393]

Ein dritter Ansatz, hier als Mittelweg, bestand in der Wiederaufnahme einer *moderaten Naturrechtstradition*. Nach dem Krieg zeigte sich ein verstärktes Bedürfnis nach stabilen Werten, weshalb das „objektive Prinzip" wieder zunehmend in einer materiellen Grundlegung des Rechts gesucht worden ist.[394] Mit naturrechtlichen Ansätzen konnte hier auf eine in den Grundzügen bewährte Sozialethik zurückgegriffen werden.[395] Dieses Naturrecht unterschied sich jedoch wesentlich vom hergebrachten Verständnis von Naturrecht:

> „Of course, it is not the old law of nature; it is rather the modern ‚natural law with changing contents', ‚the sense of right', ‚the social solidarity', the ‚engineering' law in terms of promoting the ends of the international society."[396]

Solche als „sekundäres Naturrecht" bekannten Konzeptionen beschreibt Heinrich Henkel wie folgt:

> „[A]uch die heutigen Naturrechtslehren [fassen] ihren Gegenstand nicht als ein vorgegebenes, geltendes Recht auf, sondern als ein zu findendes ‚*werdendes*' *Naturrecht*, zudem als ein ‚*variables*', das den jeweiligen sozialen Verhältnissen und Anschauungen der Rechtsgemeinschaft als zeit- und sachgerechtes Recht angepasst werden muss, im Werdeprozess zunächst nur ein Gedankengebilde, das die Tendenz hat, in das positive Recht einzugehen, das aber erst durch den ihm vom Gesetzgeber in selbstverantwortlicher Entscheidung verliehenen Norminhalt zu ‚angewandtem Naturrecht' wird, womit dann die erstrebte ‚Inexistenz des Naturrechts im positiven

---

390 *Morgenthau*, S. 263 ff.

391 *Weinberger*, Logik, S. 425.

392 So gab Jochen von Bernstorff seiner Monographie zu Kelsens Völkerrechtslehre auch den treffenden Titel „Der Glaube an das universale Recht" (2001); vgl. *Bernstorff*, S. 47 ff., 53.

393 *§ 6 D. II. 3. Neo-Positivismus bei Hans Kelsen*.

394 *Bernstorff*, S. 42 f.

395 *Diggelmann*, Anfänge, S. 30.

396 *Lauterpacht*, Westlake, S. 315.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Recht' erreicht ist. Als absolut gültiger Grundbestand, als ‚primäres Naturrecht', bleiben dann nur einige allgemeinste Prinzipien [...]."[397]

Diese nichtpositivistischen Positionen, prominent vertreten etwa von Hersch Lauterpacht oder James L. Brierly, etablierten sich in den Zwischenkriegsjahren zu einem völkerrechtstheoretischen Mainstream.[398] Dabei wurde die bindende Kraft des Völkerrechts nicht mehr in metaphysischen Begriffen, wie einer göttlichen Ordnung, gesucht, sondern vielmehr ein pragmatischer Internationalismus vertreten: Das Völkerrecht sollte näher an die tatsächliche Praxis der Staaten herangeführt werden; gleichzeitig sollte die Praxis mit den progressiven Zielen der internationalen Gemeinschaft als Ganzes in Einklang gebracht werden.[399]

3. Neo-Positivismus bei Hans Kelsen

a) Das „reine" Recht als variables Gestaltungsmedium

Von Mitte der 1930er Jahre bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges widmete Kelsen den Grossteil seiner wissenschaftlichen Aufmerksamkeit einer strukturellen Reform des Völkerrechts.[400] Er führte ein neues methodisches Instrumentarium ein, mit dem er auf grundsätzliche Weise Kritik an den hergebrachten Rechtsdogmen üben konnte.

Ausgangspunkt bildete die methodische Trennung von Sein und Sollen, die aus Kelsens Sicht noch bei Jellinek so unzureichend sei, dass das Recht dort nicht wissenschaftlich konstruiert werden könne. Insbesondere die Verwendung von soziologischen Erkenntnissen bei der Norminterpretation ist für Kelsen eine unzulässige Vermengung unterschiedlicher Methoden.[401] Seiner streng methodendualistischen Auffassung nach können aus den „Seinsaussagen" der Soziologie keine für die Rechtswissenschaft relevanten Schlüsse gezogen werden; diese befasse sich nämlich mit Fragen des normativen „Sollens".[402] Und die normative Denkform des Sollens sei prinzipiell verschieden zur explikativen Denkform des Seins; für Kelsen sind das zwei unvereinbar „getrennte Welten".[403] Er will damit natürlich nicht sagen, dass der Jurist nicht auch soziologische, psychologische oder historische Untersuchungen vornehmen dürfe, nur dürfe er „die Resultate

---

397 *Henkel*, S. 78; besonders James L. Brierly betont die variablen Inhalte dieses modern verstandenen völkerrechtlichen Naturrechts, *Brierly*, Law, S. 15.

398 *Oppenheim*, 5. Aufl. (Lauterpacht), S. 100; dieser Einschätzung widerspricht Morgenthau 1940 jedoch noch, *Morgenthau*, S. 264, Fn. 10.

399 Für einen Überblick über die Positionen von Lauterpacht und Brierly, aber auch von Morgenthau, siehe *Collins*, Institutional, S. 45 ff., 50 ff., 53 ff.

400 *Bernstorff*, S. 169; vgl. auch *Kammerhofer*, Kelsen, S. 83 ff.

401 *Kelsen*, Hauptprobleme, S. 19 ff., 247 ff.

402 Vgl. *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 136 ff.

403 *Kelsen*, Hauptprobleme, S. 8.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

seiner explikativen Betrachtung niemals in seine normative Begriffskonstruktion übernehmen".[404]

Um die Rechtswissenschaft nun als eine *eigenständige* normative Disziplin zu etablieren, sollte sie aber nicht nur von allen soziologischen „Seinsaussagen", sondern auch von nicht-juristischen „Sollaussagen" befreit werden. Daher führte Kelsen einen spezifisch-juristischen Sollens-Begriff ein – die „normative Zurechnung" –, womit die „Eigengesetzlichkeit des Rechts" auf eine formallogische statt auf eine ethische oder politische Weise bezeichnet werden soll: Es gehe lediglich um die wechselseitige Verbundenheit von Rechtsbedingung und Rechtsfolge.[405] Den so gewonnen „reinen" Zugang zum Recht beschreibt Kelsens Schüler Joseph L. Kunz wie folgt:

> „Der Name ‚reine Rechtslehre' ist zunächst […] irreführend. ‚Rein' soll hier nicht wie von Plato über Kant bis Cohen heissen: ‚Der nichts Empirisches beigemischt ist', sondern es soll eine reine Rechtslehre sein, befreit von soziologischen, ethischen, politischen und psychologischen Schlacken. Das Recht und nur das Recht ist Gegenstand der Rechtswissenschaft."[406]

Der neuartigen Methodik Kelsens wohnte somit auch eine ideologiekritische Stossrichtung inne.[407] Gerade das Völkerrecht ist wegen seines hochpolitischen Charakters und aufgrund des geringen Bestandes an kodifizierten Normen anfällig für ideologische Verzerrungen durch die Völkerrechtswissenschaft. So meint Kunz weiter, dass viele Völkerrechtler nicht „die juristische Frage: Quid juris?" stellten, sondern „die rein ethische oder politische Maxime: Right or wrong – my country" verfolgen würden.[408] Für Kelsen und seine Schüler müsse die Methode der Völkerrechtswissenschaft jedoch notwendig unpolitisch sowie befreit von metarechtlichen „Schlacken" bleiben, damit das Völkerrecht als „grenzenloses Medium gesellschaftlicher Steuerung einsetzbar" sei.[409]

Denn Kelsen versteht das Recht als eine „soziale Technik"[410] zur Veränderung gesellschaftlicher Realität.[411] Um seine Funktion als inhaltlich unbegrenztes soziales Gestaltungsmittel erfüllen zu können, dürfe es keinerlei vorgefasste Gesellschaftskonzeptionen in sich tragen. Er reduzierte den Gegenstand des Rechts damit ganz auf seine Form, die *als variables Medium von der Jurisprudenz für*

---

404 *Kelsen*, Hauptprobleme, S. 42.

405 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 79; dazu *§ 6 C. VI. 2. b) Eine spezifisch-juristische Normativität*.

406 *Kunz*, S. 60.

407 Je nachdem, was unter „Ideologie" verstanden wird, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 111 f.

408 *Kunz*, S. 70.

409 *Bernstorff*, S. 48.

410 *Kelsen*, Hauptprobleme, S. 14.

411 Dazu *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 141 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

jeden Zweck gesellschaftlicher Gestaltung eingesetzt werden könne.[412] In diesem Sinne charakterisiert auch Horst Dreier die Rechtslehre Kelsens:

> „Mit ihrer These von der immanenten Beliebigkeit und Grenzenlosigkeit des Rechts spiegelt sie die – virtuell – totale Verfügungsgewalt der modernen Gesellschaft über sich selbst wider.“[413]

Nur mittels einer solchen formalen Rationalität könne die Rechtswissenschaft die politischen Handlungsspielräume der Normsetzer respektieren. Setzen die autorisierten Organe das Medium Recht ein, sollen sie nämlich nicht materiell beschränkt sein durch eine ideologisierte Rechtsdogmatik.[414] Etwas bedrohlicher klingt es freilich, wenn Kelsen das Recht als „eine bestimmte Ordnung (oder Organisation) der Macht“[415] beschreibt.

b) Methodische Kritik über die Identitätsthese

Kelsen stellt die provokative Prämisse auf, dass Recht und Staat identisch seien, zumindest für die rechtswissenschaftliche Betrachtung.[416] Diese Identitätsthese wurde zum Dreh- und Angelpunkt seiner angestrebten Revision des völkerrechtlichen Begriffsapparates.

Zunächst stellt sich Kelsen damit der Organismus-Theorie entgegen, die den Staat als ein Konkretum, als reales Wesen auffasst und ihn als höhere, komplexere Form der Individualität der Einzelwesen begreift.[417] Kelsen lehnt solche Analogien ab, weil damit die spezifisch rechtliche Struktur des Staates nicht erkannt werden könne.[418] Er weist aber auch die verbreitete Zwei-Seiten-Theorie des Staates von Georg Jellinek zurück: Der zufolge sei der Staat von der einen Seite als soziologisches, von der anderen als juristisches Phänomen anzusehen.[419] Für Kelsen verbietet es sich bereits aus methodischen Gründen, das *eine* Staatsphänomen auf zwei unterschiedliche Weisen erfassen zu wollen.[420] Unterschiedliche methodische Perspektiven generieren für ihn zwangsläufig unterschiedliche Erkenntnisgegenstände. Bestünde die Vorstellung vom Staat aus teils

---

412 *Bernstorff*, S. 53.

413 *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 104.

414 Vgl. *Bernstorff*, S. 53.

415 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 221.

416 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 289 ff.

417 *Kelsen*, Hauptprobleme, S. 164 ff.; *Kelsen*, Staatslehre, S. 10, 376 ff.

418 *Kelsen*, Staatslehre, S. 11; Kelsen wehrte sich allgemein gegen ein organisches Gesellschaftsverständnis und lehnte daher auch Einheitsvorstellungen wie „Nation“ oder „Volk“ ab.

419 Vgl. *Jellinek*, Staatslehre, S. 9 ff., 174 ff., 332 ff.; eine umfassende kritische Auseinandersetzung Kelsens mit dieser Theorie findet sich in seiner Monographie „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff“ (1922, 2. Aufl. 1928), *Kelsen*, Staatsbegriff.

420 *Kelsen*, Staatslehre, S. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

faktischen, teils normativen Elementen, die gleichwohl als Einheit gedacht werden müssen, dann werde dieser Staat „zu einem wahrhaft grotesken Fabelwesen; halb Rechtsordnung, halb Naturding“.[421]

In Kelsens „Reiner Rechtslehre“ ist der Staat daher kein soziologisches Faktum, kein raumzeitliches Phänomen, welches dem Recht logisch wie historisch in seiner Existenz vorausgehen würde. Der Staat sei nicht etwas, das Recht als Ordnungsmittel schafft, um anschliessend die Menschen wie sich selbst dieser Rechtsordnung zu unterwerfen. Vielmehr sei der Staat von Anfang an selbst nur als ein System von Normen, als die normative Ordnung schlechthin, als die „vollendete Form des positiven Rechts“[422] zu fassen. Kelsen:

> „Es ist nicht der Staat, der sich dem von ihm geschaffenen Recht unterordnet, es ist das Recht, das das Verhalten von Menschen […] regelt und sich damit diese Menschen unterwirft.“[423]

Die Überwindung des traditionellen Dualismus von Staat und Recht ist für Kelsen aber nicht nur eine strikte „methodische Forderung“[424], sondern soll einen zweckmässigen, weil gänzlich ideologiefreien, Staatsbegriff ermöglichen.[425] Nur wenn der Staat nicht mehr als scheinbar wesensverschiedene Ordnung dem Recht entgegengesetzt wird, kann verhindert werden, dass das eine gegen das andere ausgespielt wird, z. B. indem die Bindung an das positive Recht nicht mehr im Namen einer andersgerichteten Staatsraison oder eines Staatsinteresses hinterfragt werden kann. Nur die „Auflösung des Dualismus Staat – Recht“ führe zur „Vernichtung einer der wirksamsten Legitimitäts-Ideologien“.[426] *Denn so könne weder der Staat das Recht, noch das Recht den Staat legitimieren, indem dem einen oder dem anderen eine „höhere“ oder nur schon andersartige Dignität zugesprochen wird.*[427]

Der Staat wird bei Kelsen stark profaniert und entmythologisiert: Er sei eine Zweckmässigkeitskategorie, etwas gänzlich Artifizielles, nicht etwas, das sich natürlich herstelle, etwa durch ein gemeinsames kulturelles Erbe, eine politische Leitidee oder ein nationales Zusammengehörigkeitsgefühl.[428] Der Staat sei nur die unwirkliche Form einer Vereinheitlichung und die Menschen in einem Staat

---

421 *Kelsen*, Souveränität, S. 201.

422 *Kelsen*, Grundlagen, S. 284; *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 208 f.

423 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 314.

424 *Kelsen*, Hauptprobleme, S. XVI.

425 So ist Kelsens Werk durchgehend davon geprägt, die *Ideologieträchtigkeit* bestimmter rechtswissenschaftlicher Begriffe zu enthüllen und damit Verletzungen der gebotenen Neutralität der wissenschaftlichen Jurisprudenz offenzulegen, vgl. *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 228, Fn. 382.

426 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 320.

427 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 288 f.; vgl. dazu *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 218 f.

428 Vgl. *Kelsen*, Staatsbegriff, S. 8 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

teilten lediglich die „abstrakte Einheit der Rechtsordnung".[429] Kelsen gesteht freilich zu, dass seine Theorie damit jedem Staat ein Stück an materieller Autorität nimmt und dass ein traditioneller Staatsbegriff vermutlich den Gehorsam gegen die staatliche Ordnung in höherem Masse garantiere als sein methodisch korrekt gewonnener, aber kühler und sachlich-distanzierter Begriff des Staates.[430] Eine „Vergöttlichung des Staates" bezwecke ja gerade, „sich einem Höheren, Heiligen zu unterwerfen, sich aufzuopfern".[431] Indem der Staat nun aber aller höheren Insignien entkleidet wird, könne man ihn prinzipiell gleich werten wie andere Formen sozialer Organisation; zugespitzt: Der Staat erscheine nun „als eine Ordnung menschlichen Verhaltens prinzipiell gleicher Dignität mit einem Verein von Briefmarkensammlern".[432] Kelsen schneidet den Staat ganz auf seine Rechtsfunktion zurück, nimmt ihm jedes überschiessende Geltungspotential, jeden metajuristischen Nimbus und will damit nicht zuletzt dem Staatsbürger bewusst machen, dass der Staat nur „Menschenwerk"[433] ist, von Menschen für Menschen gemacht.[434]

Das ist der theoretische Ausgangspunkt von Kelsens Kritik, von dem aus er die Säulen der damals herrschenden Völkerrechtstheorien fundamental angreift: Hierzu gehörte insbesondere *die Lehre vom souveränen Staatswillen* sowie *die Selbstverpflichtungslehre.* Beide Ansätze stehen in den 1920er Jahren im Zentrum der Auseinandersetzungen der modernen Völkerrechtsbewegung.[435]

„Souveränität" wird klassischerweise als ein „Kernbestand staatlicher Kompetenzen" verstanden, was jedoch nicht mit Kelsens Identitätsthese vereinbar ist.[436] Denn gäbe es materielle Kernkompetenzen eines souveränen Staates, hiesse das, dass dieser dem Recht vorausgehe und ein rechtlich unbeschränktes Wesen sei. Gerade aber durch die Völkerrechtsordnung werde jeder Staat faktisch und rechtlich eingeschränkt.[437] Und wenn man den Staat als eine Rechtsordnung ansehe, müsse die klassische Souveränitätsvorstellung ohnehin als widersinnig erscheinen. Auch die Vorstellung des Souveränitätsträgers als einer an „höchster"[438] Stelle stehenden Entität, müsse nun neu gedeutet werden: Dies könne keine

---

429 *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 224 f.

430 M. w. V. *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 226 f.

431 *Kelsen*, Staatsbegriff, S. 250.

432 Horst Dreier entlehnt diesen Vergleich von Ernst Voegelin, *Voegelin*, S. 126; m. w. V. auf den Vergleich zwischen einem Staat und einem Verein *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 227.

433 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 255.

434 Die Kritiker von Kelsens „entmaterialisiertem" Zugang zum Recht bezeichneten seine abstrakte Begriffswelt als „radikal-logizistische Metaphysik", dazu *Bernstorff*, S. 64 ff.

435 M. w. V. *Bernstorff*, S. 55 sowie *Verdross*, Verfassung, S. 12 ff.

436 *Kelsen*, Souveränität, S. 2 f.

437 *Kelsen*, Souveränität, S. 7, 41.

438 *Kelsen*, Souveränität, S. 5.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„oberste“ Machteinheit mehr sein – was in Anbetracht der politischen Abhängigkeit eines jeden Staates von anderen Staaten ohnehin kaum vorstellbar sei –, vielmehr müsse das „zu Höchst sein“ als „*nicht weiter ableitbare*“ Ordnung von Normen verstanden werden.[439] Jochen von Bernstorff prägnant:

> „Nur ein Normensystem bzw. eine Rechtsordnung kann [aus Kelsens Sicht] als souverän bezeichnet werden. Der Souveränitätsbegriff wird damit gänzlich vom personifizierten Staat oder einer anderen faktischen Willenseinheit gelöst.“[440]

Auch die Selbstverpflichtungslehren haben mit diesen Argumenten eine grundlegende Kritik erfahren. Die Annahme einer *willensfähigen* Staatsperson wird mit der Identitätsthese abgelehnt, wie eben dargelegt. Zwar meint auch Kelsen, dass das Völkerrecht „willentlich“ durch Gewohnheit und Verträge erschaffen werde, dies bedeute jedoch noch nicht, dass dem Völkerrecht ein voluntativer Geltungsgrund zugrunde liegt. *Der faktische Entstehungsvorgang müsse unterschieden werden von der Frage des normativen Geltungsgrundes des Völkerrechts*. Die unzureichende Differenzierung zwischen Entstehungs- und Geltungsgrund ist für Kelsen die Ursache für die logischen Inkonsistenzen von Selbstverpflichtungslehren.[441] Weil ein Staat die Möglichkeit habe, seinen geäusserten Willen jederzeit zu ändern, könne allein auf der Grundlage des staatlichen Willens kein verbindliches Völkerrecht konstruiert werden.[442] Kelsen deutete damit explizit auf das „Dilemma der voluntativen Grundlegung“, das schon von Karl Fricker nachgewiesen wurde.[443] Mit Selbstverpflichtungstheorien allein sei der entscheidende theoretische Schritt nicht möglich, ein *objektives* Völkerrecht zu schaffen, das vom Einzelstaatswillen zumindest graduell autonom wäre.[444] Dazu wäre eine objektivierte theoretische Komponente nötig, mit der die Möglichkeit der einseitigen Selbstbefreiung begrenzt werden könnte.[445]

In dieser Kritik miteingeschlossen ist auch das verbreitete Konsensmodell, das die bindende Kraft des Rechts auf den Konsens souveräner Staaten zurückführt.[446] So wies Kelsen die Versuche von Triepel und Oppenheim zurück, einen „Gemeinwillen“ bzw. einen „common consent“ als objektive Grundlage zu konstruieren: Eine Art Rousseau'scher „contrat social“ zwischen souveränen Staatspersonen sei eine reine Fiktion, die dazu noch verschleiert werde durch die Vor-

---

[439] *Kelsen*, Souveränität, S. 8; „Die Frage, ob der Staat souverän ist, kann nicht durch eine Untersuchung der natürlichen Wirklichkeit beantwortet werden. Souveränität ist nicht ein Maximum an realer Macht.“, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 334.

[440] *Bernstorff*, S. 57.

[441] *Kelsen*, Souveränität, S. 228, 142, 263.

[442] *Kelsen*, Souveränität, S. 182.

[443] *Fricker*, S. 377; siehe *§ 6 D. II. 1. b) Das Dilemma der voluntativen Grundlegung*.

[444] *Kelsen*, Staatsbegriff, S. 138.

[445] *Kelsen*, Souveränität, S. 186.

[446] Vgl. *Koskenniemi*, Apology, S. 268 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stellung eines tatsächlichen – teilweise stillschweigenden – Konsens aller Staaten.[447] Noch deutlicher war seine Kritik gegenüber einer weiteren Idee aus dieser Zeit: die einer „internationalen Solidarität" bzw. einer „solidarité sociale"[448], in der das Völkerrecht wurzeln solle.[449] Dies sei mit dem Konstrukt des „Volksgeistes" zu vergleichen, wie es in der historischen Rechtsschule entwickelt wurde und das letztlich naturrechtlicher und metaphysischer Provenienz sei, da das richtige Recht dabei nur aus der „Natur" eines Volkes bzw. aus einem wie auch immer gearteten Gesellschaftsbewusstsein hervorgehe.[450] Darüber hinaus fehle es solchen metaphysischen Konstrukten an der entscheidenden Konkretheit, um als Rechtsquelle dienen zu können.[451]

Kelsen selber setzt auch im Völkerrecht eine Grundnorm als Geltungsgrund voraus.[452] Er gehörte damit nach dem Ersten Weltkrieg zu den frühen Wegbereitern der kritischen Abkehr von einer voluntativen Grundlegung des Völkerrechts. Seine Kritik an den alten Konstruktionen versteht er als Loslösung von Barrieren, die einen weiteren Ausbau der Völkerrechtsordnung erschweren; dazu gehört neben dem Dogma des Staatswillens und dem der absoluten Staatssouveränität ausserdem die Vorstellung des Dualismus von Landesrecht und Völkerrecht.[453] Er stellt dem ein entwicklungsoffenes Modell entgegen, das Recht als formale Einheit und als variables Gestaltungsmedium versteht. Nachfolgend wird in aller Kürze auf die wichtigsten geltungstheoretischen Aspekte von Kelsens eigener Konstruktion eingegangen.

c) Rechtsquellen im Stufenbau

Der Begriff „Rechtsquelle" ist für Kelsen aufgrund seiner Vieldeutigkeit recht unbrauchbar.[454] Er beschränkt sich daher beim Begriff „Völkerrechtsquelle" in seinen späteren Schriften vor allem auf die Bedeutung „Methode der Rechtserzeugung", was weitgehend der heute üblichen Definition von „formeller Rechtsquelle" entspricht.[455]

---

447 *Kelsen*, Principles, S. 446 ff.; *Triepel*, S. 63; *Oppenheim*, 2. Aufl., S. 15 ff.

448 *Kelsen*, Principles, S. 442.

449 So stützen sich etwa George Scelle und Léon Duguit in ihrer soziologischen Lehre des „droit objectif" auf die Vorstellung, dass Normen die gegenseitige Abhängigkeit bzw. menschliche *Solidarität* widerspiegeln und dass die „société internationale" ihre Grundlage in der transnationalen Solidarität zwischen Individuen finde, vgl. *Bernstorff*, S. 129 f., 137; vgl. *Diggelmann*, Anfänge, S. 196 ff.; vgl. *Rub*, S. 310, Fn. 10.

450 *Kelsen*, Principles, S. 442 f.

451 Vgl. dazu *Koskenniemi*, Apology, S. 270 ff.

452 Siehe *§ 6 D. III. 2. Die Grundnorm des Völkerrechts bei Hans Kelsen*.

453 Vgl. *§ 6 D. III. 1. Die Stellung einer Grundnorm im Dualismus und im Monismus*.

454 *Kelsen*, Principles, S. 437 f.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 238 f.

455 *Kelsen*, Principles, S. 438; vgl. *Verdross/Simma*, S. 321; dazu *Rub*, S. 309 ff., der Kelsens Rechtsquellenbegriff etwas konkreter deutet als „durch Normen ermächtigte

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die beiden wichtigsten *Methoden der Rechtserzeugung* seien im Völkerrecht die Gewohnheit und der Vertrag.[456] Allgemeine Rechtsgrundsätze seien hingegen keine autonome Rechtsquelle, ihre Geltung beruhe lediglich auf dem vertraglichen Gerichtsstatut des IGH, sie könnten höchstens als „supplementary source of international law" angesehen werden.[457] Kelsen zweifelt daran, ob solche „principles common to the legal orders of the civilized nations", wie Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut herkömmlich ausgelegt wird, überhaupt existieren, insbesondere in Anbetracht von weit auseinanderliegenden Ideologien zwischen den Staaten.[458] Die Völkerrechtslehre als sog. Rechtserkenntnisquelle könne ebenfalls keine Rechtsquelle sein, da aus positivistischer Sicht das Recht nicht vorgefunden, sondern erzeugt werde.[459] Jedoch kommen die *Methoden der Rechtsanwendung* – sprich: Gerichtsentscheide und Beschlüsse von internationalen Organisationen – ebenfalls als eigene Rechtsquellen in Betracht, da Rechtsanwendung immer auch Rechtserzeugung sei.[460]

Die *Theorie des Stufenbaus* spielt für Kelsen auch im Völkerrecht eine essentielle Rolle.[461] Die Rechtsordnung besteht demzufolge aus abgestuften Rechtserzeugungsprozessen: Die höhere Normstufe regelt den Erzeugungsakt für die Normen auf der nächsttieferen Stufe. So wird in absteigender Richtung das Recht auf jeder Stufe weiter konkretisiert.[462] Denkbar wäre nun, als höchste Norm eine Grundnorm vorauszusetzen, die verschiedene Quellentypen nebeneinander als rechtserzeugende Tatbestände einsetzt. Kelsen entscheidet sich jedoch dafür, dass nur *eine einzige Quellenart* als direkt von der Grundnorm ermächtigt angesehen werden soll, und zwar: das Völkergewohnheitsrecht.[463] Dieses gelte somit als dem Völkervertragsrecht übergeordnete Normschicht.[464] Denn erst die gewohnheitsrechtliche Norm *pacta sunt servanda* ermögliche das Völkervertragsrecht, indem sie den internationalen Verträgen rechtliche Bindungswirkung zuspricht. Kelsen:

Rechtsetzungsverfahren", *Rub*, S. 312; siehe ausserdem *Kammerhofer*, Uncertainty, S. 197 ff.; vgl. *§ 3 C. II. 1. Formelle und materielle Rechtsquellen*; weitere Argumente gegen den Begriff „Quelle" m. w. V. *Fastenrath*, Lücken, S. 85.

456 *Kelsen*, Principles, S. 440 ff., 454 ff.

457 *Kelsen*, Principles, S. 440; für Kelsen erhalten die allgemeinen Rechtsgrundsätze durch das IGH-Statut den Status eines *lex arbitri*, nicht jedoch den einer Völkerrechtsquelle, wie Jörg Kammerhofer darlegt, *Kammerhofer*, Kelsen, S. 107 ff.

458 *Kelsen*, Principles, S. 539 f.

459 Vgl. *Rub*, S. 362 f.

460 *Kelsen*, Principles, S. 437, 506 ff.; vgl. *Rub*, S. 331 f.

461 Siehe dazu *§ 6 A. II. Der positivistische Rechtsbegriff.*

462 *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 129 ff.; *Ebenstein*, S. 643.

463 Rub bezeichnet dies als „Stufenbau der Quellenarten", was er in einer Fussnote präzisiert: „Stufenbau der aus den Quellenarten fliessenden Normen", m. w. V. *Rub*, S. 313; siehe ausserdem *§ 6 D. III. 2. Die Grundnorm des Völkerrechts bei Hans Kelsen*.

464 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 324 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„By concluding a treaty the contracting states apply a norm of customary law – the rule *pacta sunt servanda* (treaties must be, or ought to be, observed, that is, have binding force) – and at the same time create a norm of international law, the norm which presents itself as the treaty obligation of one or of all of the contracting parties, and as the treaty right of the other or the others. […] Thus the treaty has a law-applying and at the same time a law-creating character.“[465]

Die Norm *pacta sunt servanda* zählt Kelsen zum *allgemeinen Völkerrecht* („general international law“), das *alle* Staaten verpflichte und berechtige und in erster Linie aus Gewohnheitsrecht bestehe.[466] Das „allgemeine Gewohnheitsvölkerrecht“ stehe in einem Gegensatz zum „partikulären Vertragsvölkerrecht“, das konkreter und individualisierter sei, in der Regel nur zwischen einer beschränkten Anzahl von Staaten gelte und damit lediglich Teilgemeinschaften konstituiere.[467] In Kelsens Theorie wird das Gewohnheitsrecht durch seine allgemeine Geltung strukturell unentbehrlich, weil er damit sein Postulat aufrecht erhalten kann, dass die Völkerrechtsordnung formell vollständig und geschlossen ist und es aus logischen Gründen keine Lücken gibt.[468]

„That neither conventional nor customary international law is applicable to a concrete case is logically not possible.“[469]

Sucht man nach einer Definition von Völkerrecht, dann sei diese nur prozedural – durch „the procedure of its creation“[470] – zu gewinnen, weil der materielle Geltungsbereich von Völkerrecht, so wie bei allem positiven Recht, potentiell unlimitiert sei. Kelsen räumt den sozialen Autoritäten durch die Lehre vom Stufenbau relativ weitgehende, aber klar definierte Handlungsspielräume bei der Normsetzung ein. Nicht nur auf der obersten Stufe der Normenhierarchie, sondern auf jeder Normstufe bestehe ein gewisser Ermessensspielraum – die sog. autonome Determinante[471] –, durch die die unterschiedlichsten Vorstellungen moralischer, religiöser und politischer Art in die Form des Rechts übergeführt werden können.[472] In diesem Sinne versteht Kelsen auch die Rolle der *materiellen* Rechtsquellen in seiner Theorie. Diese seien zwar ausserrechtliche Phänomene, denn es sei keine juridische Frage, mit welcher Interpretationsalternative der vom Rechtssatz abgesteckte Rahmen gefüllt werde.[473] Schliesslich erwachse

---

465 *Kelsen*, Principles, S. 456.

466 Zur Frage, ob die UN-Charta den Charakter von allgemeinem Völkerrecht habe, siehe *Kelsen*, Principles, S. 486 f., vgl. auch S. 438 Fn. 1.

467 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 324.

468 *Rub*, S. 345; zur Kategorie des „general international law“ siehe *Kelsen*, Principles, S. 288 ff. sowie *Tunkin*, S. 534 ff.

469 *Kelsen*, Principles, S. 438.

470 *Kelsen*, Principles, S. 300.

471 Siehe *§ 6 A. II. Der positivistische Rechtsbegriff*.

472 *Kelsen*, Staatslehre, S. 232; vgl. *Achterberg*, S. 498 f.

473 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 349 ff.; *Kelsen*, Principles, S. 437 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aber jeglicher Gehalt, der in die Form des Rechts gegossen wird, aus diesen ausserrechtlichen Rechtsquellen. Fastenrath anschaulich:

> „Der normative Gehalt eines in einer Rechtsquelle entstandenen Rechtssatzes wird […] fortwährend durch die materiellen Quellen beeinflusst. Beide Quellenarten sind somit eng miteinander verzahnt: Die in der formellen Rechtsquelle erzeugten Rechtssätze bedürfen zur inhaltlichen Auffüllung der materiellen Rechtsquellen, und umgekehrt bedürfen die materiellen Quellen der formellen Rechtssätze, um den Richtigkeitsvorstellungen rechtliche Verbindlichkeit zu verschaffen.“[474]

Über die Stufenbaulehre bemüht sich Kelsen um ein fein austariertes Verhältnis von Politik und Recht. Das Recht sollte insbesondere vor den ideologischen Einflüssen der Rechtswissenschaft bewahrt werden. Diese Bemühungen spiegeln sich in Kelsens teilweise unkonventionellen Vorstellungen vom Völkergewohnheits- und Völkervertragsrecht wider, bei denen ideologische Einbruchstellen von vornherein vermieden werden sollen. Die Stellung des Mediums „Recht“ soll damit in den internationalen Beziehungen stabilisiert werden.[475]

d) Völkergewohnheitsrecht

Das Völkergewohnheitsrecht ist für Kelsen trotz seiner dezentralen Entstehungsform als formales – wenn auch als primitives – Rechtserzeugungsverfahren anzusehen: „Custom creates law just as legislation does.“[476] Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Gesetzgebung durch zentrale Organe und der Gewohnheit bestehe darin, dass Ersteres als bewusster Akt geschehe, während Letzteres auch *unbewusst und unbeabsichtigt* Recht entstehen lasse.[477] Damit wird die Besonderheit in Kelsens „Theorie des internationalen Gewohnheitsrechts“[478] von 1939 erkennbar: Er weicht von der bis heute herrschenden Völkerrechtslehre der zwei Elemente ab, indem er nur das objektive Element – eine langandauernde und beständige Übung – als konstitutiv erachtet, nicht jedoch das subjektive Element, die als „*opinio iuris*“ bezeichnete Rechtsüberzeugung, die eine Übung begleiten müsste.[479]

Die Annahme einer *opinio iuris* müsse abgelehnt werden, es sei nämlich widersinnig, von einem Staat zu verlangen, auf eine Rechtsnorm zu reflektieren, die zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht als Recht besteht. Bei dieser „Rechtsüberzeugung“ müsse es sich also entweder um einen Irrtum seitens des Staates

---

474 *Fastenrath*, Lücken, S. 85 f.
475 *Bernstorff*, S. 159.
476 *Kelsen*, Principles, S. 441.
477 *Kelsen*, Principles, S. 441.
478 So Kelsens Aufsatz dazu: „Théorie du droit international coutumier“ (1939).
479 *Kelsen*, Théorie, S. 263 f.; diese Position nahm auch Paul Guggenheim ein, siehe *Guggenheim*, S. 275 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

handeln oder aber um die Reflexion auf ein vorgegebenes metaphysisches Recht, an das sich der Staat bei seiner Handlung gebunden fühle. Das geforderte Rechtsgefühl könne somit nicht rechtlicher, sondern höchstens moralischer Natur sein.[480] Die Rechtsüberzeugung sei zudem als inneres Faktum schwer nachweisbar, weshalb selbst die internationalen Gerichte den Nachweis meist nicht erbrächten. Es sei als psychisches Element ohnehin nicht objektivierbar und diene deshalb als Einbruchstelle für subjektive Werturteile.[481]

Wenn aber nur noch die Übung der Staaten bleibt, um Gewohnheitsrecht festzustellen, und ein zweites regulatives Element wegfällt, wie soll dann eine Auswahl und Gewichtung unter allen staatlichen Akten erfolgen, damit nicht jedes häufiger vorkommende Staatsverhalten zu bindendem Gewohnheitsrecht wird?[482] Für Kelsen spielt hier die *Rechtsprechung internationaler Gerichte* eine wesentliche Rolle.[483] Diese sei stärker formalisiert und biete darum zusammen mit den Völkerrechtsverträgen einen objektivierbaren Anhaltspunkt für die Feststellung von Völkergewohnheitsrecht. Kelsen ersetzt somit die unsichere *opinio iuris* durch die „objektiveren" Rechtsquellen des Gerichtsurteils und des Vertrages.[484]

Diese stark „rechtsprechungsfixierte" Theorie des Gewohnheitsrechts relativiert Kelsen erst 1966 in der zweiten Auflage der „Principles of International Law", nachdem seine Hoffnung auf eine obligatorische internationale Gerichtsbarkeit erloschen ist. Er führte die *opinio iuris* als Element des Völkergewohnheitsrecht zwar wieder ein, betont jedoch weiterhin die damit verbundenen Unsicherheiten.[485] Um nicht in die erwähnte widersinnige Situation zu geraten, dass zum Zeitpunkt der nachzuweisenden Rechtsüberzeugung die Norm noch gar nicht als Recht besteht, hält Kelsen nun fest:

> „[T]he individuals whose conduct constitutes the custom […] must believe that they apply a norm, but *they need not believe that it is a legal norm* which they apply. They have to regard their conduct as obligatory or right."[486]

Dieses Problem des Gewohnheitsrechts könne letztlich kaum durch die Völkerrechtswissenschaft gelöst werden, sondern hänge an der Rechtsprechung der internationalen Gerichte.[487]

---

480 *Kelsen*, Théorie, S. 264.

481 *Kelsen*, Théorie, S. 265 f.

482 Zu „one-element theories" siehe *Kammerhofer*, Uncertainty, S. 61 f.

483 *Kelsen*, Théorie, S. 268 f.

484 *Bernstorff*, S. 149 ff.; es entsteht ein Zirkel der Erzeugungsquellen, wenn die unteren Erzeugungsstufen zum wichtigsten Nachweis der höchsten Normschicht, d. h. des Gewohnheitsrechts, werden; zu dieser Problematik *Bernstorff*, S. 150 f.

485 *Kelsen*, Principles, S. 452, Fn. 26.

486 *Kelsen*, Principles, S. 440, Hervorhebung hinzugefügt.

487 *Kelsen*, Principles, S. 452; vgl. *§ 6 D. II. 3. f) Internationale Gerichtsurteile*.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

e) Völkervertragsrecht

Nach herkömmlicher Auffassung beruht ein Völkerrechtsvertrag auf dem freiwilligen Konsens souveräner Staatswillen, weshalb das daraus entstehende Recht auch als „zwischenstaatliches Recht" gilt. Insofern hat ein Völkerrechtsvertrag eine andere Struktur als eine staatliche Rechtsordnung, die aufgrund einer übergeordneten Gesetzgebung auch als „Herrschaftsrecht" gilt. Kelsen kritisiert nun das Dogma des souveränen Staatswillens als zentrales Konstruktionsprinzip des Völkervertragsrechts.[488] Löse man die Vertragsfigur ein Stück weit von der Idee der Souveränität, könne der völkerrechtliche Vertrag zu einer partikularen Herrschaftsordnung werden, vergleichbar mit einem Gesetz.[489] Von Bernstorff dazu:

> „Aus rechtstheoretischer Sicht war für Kelsen der Unterschied zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag und einem innerstaatlichen Gesetz also nicht prinzipieller, sondern lediglich gradueller Natur."[490]

Theoretisch denkbar wird dies, wenn die vertragsschliessenden Individuen nicht nur als Organe des jeweiligen Staates angesehen werden, sondern zugleich – und sogar in erster Linie – *als Teile eines zusammengesetzten Legislativorgans der Völkerrechtsgemeinschaft*.[491] Kelsen versucht damit eine neue Betrachtungsweise auf den Vertragsschluss durchzusetzen: von der herkömmlichen „subjektiven" Perspektive, die vom einzelnen Staat her ausgeht, zu einer „objektiven", die von der Völkerrechtsordnung her ausgeht.[492] Er konzipiert den Vertragsschluss nicht mehr als zwei unterschiedliche Willenserklärungen, sondern als mehrere inhaltlich gleichgerichtete Willenserklärungen, die im Hinblick auf die Errichtung einer gemeinsamen vertraglichen Ordnung – einer Rechtsordnung – abgegeben werden.[493] Diese überstaatliche Völkerrechtsordnung könne so unabhängig vom aktuellen Willen der Vertragsparteien Geltung beanspruchen.

Im Gegensatz zu Gesetz und Gewohnheit gelte die Vertragsrechtssetzung nur für die Vertragsparteien.[494] Eine bedeutsame Ausnahme erfahre dieses Prinzip jedoch durch die Möglichkeit von *Verträgen zulasten und zugunsten Dritter*.[495] Ob solche Verträge theoretisch überhaupt möglich sind, fragt sich Kelsen zunächst selber. Er unternimmt es, eine Vielzahl von Erscheinungen des innerstaatlichen Rechts und des Völkerrechts aufzuzeigen, die als Verträge zulasten und

---

[488] Siehe dazu *§ 6 D. II. 3. b) Methodische Kritik über die Identitätsthese*.

[489] *Kelsen*, Contribution, S. 270.

[490] *Bernstorff*, S. 152.

[491] *Kelsen*, Contribution, S. 262; Kelsen vergleicht dieses völkerrechtliche Rechtsetzungsorgan mit der Dyarchie der Konsuln im alten Rom, *Kelsen*, Contribution, S. 264.

[492] *Bernstorff*, S. 153.

[493] *Kelsen*, Contribution, S. 258.

[494] So der Grundsatz „*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*", der besagt, dass Verträge Dritten weder schaden noch nützen.

[495] *Kelsen*, Contribution, S. 265.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zugunsten dritter Staaten gedeutet werden können.[496] So zeige etwa der Versailler Vertrag oder die Völkerbundsatzung, in welchem Umfang solche Verträge bereits in der Völkerrechtsordnung vorhanden sind.[497] Kelsen kommt zum Schluss, dass Verträge *zugunsten* dritter Staaten praktisch und theoretisch möglich seien.[498] Und auch das dogmatische Verbot von Verträgen *zulasten* dritter Staaten müsse theoretisch nur dann gelten, wenn man am Prinzip der staatlichen Souveränität festhalte, was Kelsen, wie bereits dargelegt, ablehnt. Auch in der modernen Völkerrechtspraxis werde dieses Prinzip zunehmend eingeschränkt:

> „[T]he principle of the sovereignty of the state [...] implies that a state cannot be legally bound without its consent. It is, however, a characteristic tendency of modern international law to restrict this principle. Treaties imposing obligations upon third states have been generally recognized in a steadily increasing measure."[499]

Indem Kelsen den Nachweis von Verträgen zulasten und zugunsten dritter Staaten erbringt, zeigt er die theoretische Nähe von völkerrechtlichem Vertrag und innerstaatlichem Gesetz auf.[500]

f) Internationale Gerichtsurteile

In Kelsens Rechtstheorie kommt dem Gericht eine herausragende Bedeutung zu. Es *erzeuge* individuelle Rechtsnormen, indem es generellere Normen, die im Stufenbau höher stehen, konkretisiert. In diesem Sinne „ist der Akt der Rechtsprechung ebenso Rechtssetzung, Rechtsschöpfung, Rechtserzeugung wie der Akt der Gesetzgebung, und beide sind nur *zwei Stufen des Rechtserzeugungsprozesses*".[501] In diesem zentralen Stadium des Rechtserzeugungsprozesses entscheide der Richter über die Verknüpfung eines konkreten Tatbestandes mit einer spezifischen Rechtsfolge: Das gerichtliche Urteil schafft diese Beziehung erst.[502] Anschaulich im konkreten Fall: Die Bedingung der Gefängnisstrafe ist nicht die Tatsache, dass ein Mensch einen Mord begangen hat, „sondern die Tatsache, dass ein nach der Rechtsordnung zuständiges Organ [...] festgestellt hat, dass ein Mensch einen Mord begangen hat", selbst wenn dies „in Wirklichkeit" nicht so gewesen ist.[503]

---

496 *Kelsen*, Contribution, S. 265 ff.; *Kelsen*, Principles, S. 484 ff.; so z. B. Kollektivverträge im deutschen Sozialrecht, die Errichtung eines Servituts, im Völkerrecht: Rechtshilfeverträge, Gebietsabtretungen, vgl. dazu *Rub*, S. 321 f.

497 *Kelsen*, Contribution, S. 271 ff.

498 *Kelsen*, Contribution, S. 286; *Kelsen*, Principles, S. 488 f.

499 *Kelsen*, Principles, S. 487.

500 *Bernstorff*, S. 157.

501 *Kelsen*, Staatslehre, S. 233 f.

502 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 244 f.; *Kelsen*, Staatslehre, S. 233.

503 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 245; auch in H. L. A. Harts Rechtstheorie wird die Rechtsprechung als Rechtsquelle anerkannt: Es existiere in entwickelten Rechtssystemen eine *Rule of Recognition* als Verfahrensregel („Secondary Rule"), die besagt, dass

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der subjektive Akt der richterlichen Entscheidung werde *inhaltlich* nur durch den Rahmen der höheren Norm eingegrenzt.[504] In materieller Hinsicht sei der Richter dadurch zwar stärker gebunden als der Gesetzgeber, der bei der Rechtsschöpfung verhältnismässig freier ist als jener; der Unterschied zwischen beiden sei aber nur ein quantitativer, kein qualitativer.[505] Ausserdem sei es durchaus denkbar, dass ein Gerichtsentscheid ausserhalb des Rahmens der höheren Norm getroffen wird.[506] Auch in diesem Fall erwachse die individuelle Norm in Rechtskraft. Vor einer unteren Instanz sei ihre Geltung eine provisorische, bei einem letztinstanzlichen Entscheid jedoch eine definitive. Das letztinstanzliche Gericht wird somit *von der Rechtsordnung ermächtigt*, auch „eine individuelle Rechtsnorm zu erzeugen, deren Inhalt nicht so vorausbestimmt ist, sondern durch das letztinstanzliche Gericht selbst zu bestimmen ist".[507] Beim Gerichtsentscheid handle es sich um Rechtsetzung auf der konkretesten Stufe, *letztlich bestimme so das Gericht was Recht ist*.[508] Kelsen schliesst daraus:

> „Darin zeigt sich […], dass die Möglichkeit, die von den Gerichten zu erzeugenden individuellen Normen durch im Wege der Gesetzgebung oder Gewohnheit erzeugte generelle Normen vorauszubestimmen, erheblich eingeschränkt ist."[509]

Die richterliche Normsetzung sei in erster Linie ein subjektiver *Willens*akt: Ist der normative Rahmen erst festgestellt, liege der eigentliche Rechtssetzungsakt im freien Ermessen des Richters.[510] An dieser Stelle sei keine Erkenntnis des positiven Rechts mehr gefragt, vielmehr liege hier die *Einmündungsstelle für andere Normen*, wie die „der Moral, der Gerechtigkeit, soziale Werturteile, die man mit den Schlagworten Volkswohl, Staatsinteresse, Fortschritt usw. zu bezeichnen pflegt".[511] Diesen Einbruch von subjektiven Werturteilen des Richters versucht Kelsen gerade nicht theoretisch zu überspielen, indem etwa eine scheinbare Ob-

---

die in Gerichtsentscheiden zum Ausdruck kommenden Verhaltensregeln („Primary Rules") als Recht anzuerkennen sind, *Hart*, Concept, S. 97; *Ott*, Rechtspositivismus, S. 95 f.; diese Konstruktion tauge jedoch nicht zur Erfassung des Völkerrechts, das als Rechtssystem zu wenig entwickelt sei, um die entsprechenden Verfahrensregeln zu enthalten, mit denen die Rechtsquellen und die systemangehörigen Regeln identifiziert werden könnten, *Hart*, Concept, S. 214; *Ott*, Rechtspositivismus, S. 257; siehe *§ 6 D. III. 3. Grundnormen bei anderen Völkerrechtlern?*

504 Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 347.

505 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 351.

506 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 271 ff.

507 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 273; Kelsen weiter: „Die Prozessparteien können mit der Tatsache rechnen, dass, wenn eine letztinstanzliche Entscheidung nach geltendem Recht in Rechtskraft erwächst, nicht verhindert werden kann, dass eine individuelle Rechtsnorm in Geltung tritt, deren Inhalt von keiner generellen Rechtsnorm vorausbestimmt ist.", *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 274.

508 *Bernstorff*, S. 188.

509 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 274.

510 *Larenz*, Methodenlehre, S. 78

511 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 351.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

jektivität der Interpretationslehren angenommen wird.[512] Er konstruiert diesen wissenschaftlich unkontrollierbaren Faktor stattdessen „als eine durch die Rechtsordnung autorisierte begrenzt-autonome Rechtserzeugung des Richters".[513] Gerichtsurteile hätten daher keineswegs nur deklaratorischen Charakter, ihnen komme vielmehr eine *konstitutiv-rechtserzeugende Funktion* zu:

> „Das Gericht hat nicht bloss ein schon vorher fix und fertig geschaffenes, in seiner Erzeugung abgeschlossenes Recht zu finden und auszusprechen. Die Funktion des Gerichtes ist nicht blosse Rechts-‚Findung' oder Recht-‚Sprechung' in diesem deklaratorischen Sinne."[514]

Gerade für das Völkerrecht erkennt Kelsen das überwältigende Potential einer obligatorisch entscheidenden Gerichtsbarkeit.[515] Ein verbindliches überstaatliches Recht könne sich erst dann wirklich etablieren, wenn ein Gericht darüber entscheide, was gilt, insbesondere was den genauen Inhalt von Gewohnheitsrecht betrifft, auf dem das Völkerrecht zu weiten Teilen beruhe. Zur theoretischen Konstruktion von Völkerrecht gehöre deshalb ein obligatorisch entscheidendes Gericht, sofern man dieses Recht als ein von der Politik zumindest graduell autonomisiertes universales Recht begreife.[516]

Dass Kelsen die Funktion der Rechtsprechung so hervorhebt, ist vor dem Hintergrund seines *kosmopolitischen Projekts* zu sehen, das Kelsens wissenschaftliches Wirken zum Völkerrecht geprägt hat.[517] Dabei erscheinen die Gerichte eine vorrangige Bedeutung gegenüber einer zentralisierten Legislative – im Sinne eines Weltparlaments – zu haben. Dies untermauert er unter anderem mit Erkenntnissen aus seiner eigenen Evolutionslehre von Rechtssystemen.[518] Die Einsetzung eines Richters, der als parteiunabhängiges Organ Streitfälle verbindlich entscheiden kann, sei der erste und entscheidende Schritt, um dem entwicklungsbedürftigen Völkerrecht den Übergang von einer primitiven und dezentralen zu einer zentralisierten Rechtsordnung zu ermöglichen.[519] Diesem Evolutionsschritt könne dann später die Zentralisierung der Vollzugs- und Rechtsetzungsorgane folgen. Bis dahin würde die dezentrale Rechtsetzung durch Verträge und

---

[512] So vertritt etwa Robert Alexy die nichtpositivistische Auffassung, dass Richter innerhalb des vorgegebenen rechtlichen Rahmens an Prinzipien einer „richtigen Moral" gebunden seien. In seinen Worten heisst das, „dass der Richter auch im Offenheitsbereich des positiven, also gesetzten und wirksamen Rechts rechtlich gebunden ist, und zwar auf eine Weise, die eine notwendige Verbindung von Recht und Moral herstellt", *Alexy*, Begriff, S. 119, 129 ff.

[513] *Bernstorff*, S. 191.

[514] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 243.

[515] Vgl. *Rub*, S. 284 ff.

[516] *Bernstorff*, S. 193 f.

[517] Dazu m. w. V. *Bernstorff*, S. 169.

[518] *Kelsen*, Technique, S. 92 ff.; siehe dazu *Bernstorff*, S. 175 ff.; *Rub*, S. 296 ff.

[519] *Kelsen*, Technique, S. 93.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gewohnheitsrecht grundsätzlich ausreichen, um eine materielle Entscheidungsgrundlage für das Gericht zu bieten. Von Bernstorff hält Kelsens Ergebnisse fest:

> „Die Rechtskonkretisierung durch Gerichte ist nicht nur nach seiner Evolutionslehre der erste Schritt in eine moderne, zentralisierte Rechtsordnung, sondern sie bleibt auch in der höherentwickelten Rechtsordnung das funktional wichtigste Organ der Rechtsordnung.“[520]

Die Forderung, einen internationalen Gerichtshof zu errichten, der mit obligatorischer Streitschlichtung beauftragt ist, war also das Herzstück von Kelsens kosmopolitischem Völkerrechtsprojekt. Deutlich wurde das etwa 1944 in seinem Entwurf zur Satzung einer „Permanent League for the Maintenance of Peace“ als Nachfolgerorganisation des Völkerbundes.[521] Auch in dieser neu zu gründenden Weltorganisation machte er den Gerichtshof zum zentralen Organ, dessen Urteile vom Rat der Grossmächte durchgesetzt werden müssen. Entsprechend enttäuscht war Kelsen von der Charta der Vereinten Nationen von 1948: Seiner Meinung nach verpasste man damit die Gelegenheit, ein perfektes Regelwerk zu schaffen, das die staatliche Souveränität weitgehend einschränkt, Rechtsetzung, -umsetzung und -durchsetzung zentralisiert und insbesondere der internationalen Gerichtsbarkeit eine wesentliche Rolle zukommen lässt.[522]

III. Die Grundnorm des Völkerrechts

Geht man von einem positivistischen Völkerrechtsbegriff aus, bei dem die Rechtsnormen in einem abgestuften Erzeugungszusammenhang stehen, so muss man als deren Geltungsgrund eine letzte Geltungsnorm voraussetzen.[523] In diesem Sinne weisen die meisten positivistischen Ansätze, die eine letzte Geltungsnorm zur juristischen Legitimität bestimmen, eine Grundnorm-ähnliche Form auf. Freilich geht im Völkerrecht kaum jemand von einer formal ähnlich strikten hierarchischen Stufenordnung wie im staatlichen Recht aus. Eine gewisse „vertikale Diversifikation der Normativität“ kann hingegen auch kaum bestritten werden.[524] Ein geltungstheoretischer Ableitungszusammenhang aus höherstehenden Rechtsquellen gilt im Völkerrecht als kohärente und weitgehend anerkannte Annahme.[525]

In jüngerer Zeit wurde gar der Gedanke von Verfassungsstrukturen im Völkerrecht diskutiert, was bisher jedoch von der Methodenlehre der Rechtswissen-

---

[520] *Bernstorff*, S. 188.

[521] *Kelsen*, Peace, Annex I, S. 127 ff.

[522] Vgl. dazu *Sucharipa-Behrmann*, S. 22 ff.

[523] Siehe *§ 6 A. Rechtsbegriff und Geltungsgrund*.

[524] Grundlegend dazu *Weil*, Relative, S. 423 ff., der Ausdruck „vertical diversification of normativity“ auf S. 430.

[525] Einige alternative Ansätze zur Quellendoktrin werden vorgestellt in *Thirlway*, S. 199 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schaft insgesamt nur wenig ernstgenommen wurde und – trotz breiter akademischer Diskussion – in der Praxis kaum greifbare Resultate zeitigte.[526] Ein Problem stellt nur schon das Fehlen eines allgemein geteilten Konzepts von Verfassung dar, von dem ausgegangen werden könnte.[527] Aus einer soziologischen Perspektive liege die Funktion des Weltkonstitutionalismus eher darin, die internationalen Beziehungen durch eine veränderte Wahrnehmung neu zu gestalten, und nicht darin, internationale Rechtsverhältnisse theoretisch treffend zu fassen, wie Diggelmann und Altwicker festhalten.[528] Der Gedanke einer Weltverfassung soll hier nicht weiter verfolgt werden, jedoch wird nachfolgend von einer gewissen hierarchischen Struktur des Völkerrechts ausgegangen. Denn nur so kann man an der Idee anknüpfen, eine Grundnorm als letzten Geltungsgrund anzunehmen.

1. Die Stellung einer Grundnorm im Dualismus und im Monismus

Grundsätzlich kann man die Idee einer Grundnorm auch ins Völkerrecht übertragen.[529] Doch wie diese völkerrechtliche Grundnorm ausgestaltet und ob sie überhaupt notwendig ist, hängt davon ab, in welchem Verhältnis das Völkerrecht zum Landesrecht steht. Die meisten Staaten regeln dieses Verhältnis in ihren Verfassungen und legen fest, auf welche Weise das Völkerrecht innerstaatliche Geltung besitzen soll.[530] Klassischerweise unterscheidet man dabei zwischen drei Möglichkeiten: Dem Dualismus, dem Monismus mit Primat des Landesrechts und dem Monismus mit Primat des Völkerrechts.[531]

Der *Dualismus* sieht das Völkerrecht und das Landesrecht als zwei verschiedene, voneinander unabhängige Normenordnungen an, als „zwei Kreise, die sich

---

[526] *Thürer*, S. 174 ff.; zu einer kritischen Analyse der Debatte um einen völkerrechtlichen Konstitutionalismus siehe *Diggelmann/Altwicker*, S. 623 ff.

[527] Vgl. *Diggelmann/Altwicker*, S. 641 f.

[528] *Diggelmann/Altwicker*, S. 650.

[529] Bis heute stützen sich die meisten Autoren, die über die Legitimität des Völkerrechts schreiben, auf eines der Legitimitätskonzepte, die im innerstaatlichen Zusammenhang entwickelt wurden; nach Einschätzung von Samantha Besson gebe es dafür verschiedene berechtigte Gründe, siehe *Besson*, S. 174; vgl. anstatt vieler *Tasioulas*, Legitimacy.

[530] *Kälin et al.*, S. 109.

[531] Vgl. *Griller*, S. 83 ff.; eine entstehungsgeschichtliche Darstellung findet sich bei *Cassese*, S. 162 ff., wo die Verbindungslinien zu den jeweiligen politischen Entwicklungen deutlich werden, nämlich vom frühen Nationalismus des 18. Jahrhunderts (Monismus mit Primat des Staatsrechts) über den gemässigten Nationalismus des 19. Jahrhunderts (Dualismus) bis hin zum Internationalismus und Pazifismus am Beginn des 20. Jahrhunderts (Monismus mit Primat des Völkerrechts); zur Entwicklung der monistischen und dualistischen Idee bei verschiedenen Völkerrechtslehrern siehe *Verdross/Simma*, S. 53 ff.; dem Monismus folgen etwa die Schweiz, die USA und Frankreich; dem Dualismus folgen z. B. Grossbritannien, Kanada, Australien oder die skandinavischen Länder, *Kälin et al.*, S. 109 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

höchstens berühren, niemals schneiden".[532] In Ländern mit diesem System werden völkerrechtliche Verpflichtungen erst dann innerstaatlich verbindlich, wenn der Gesetzgeber ihre innerstaatliche Geltung anordnet. Eine solche Umwandlung oder Inkorporation ins staatliche Recht geschieht üblicherweise entweder durch ein Gesetz, das den Inhalt des Vertrages wiederholt oder durch ein sog. Zustimmungsgesetz, in dem lediglich festgehalten wird, dass der Staatsvertrag nun auch im Inland gelte.[533] Die Kernthese des Dualismus ist also, dass *unterschiedliche Geltungsgründe für Völker- und Landesrecht* bestehen.[534] Die beiden Rechtsordnungen beruhen auf zwei verschiedenen Grundnormen und gelten somit *nebeneinander bzw. isoliert voneinander*. Das Rechtssystem wird so nicht als ein in sich geschlossenes Ganzes begriffen.[535] Einem Staat gegenüber gilt das Völkerrecht in diesem Fall nur, wenn es von diesem ins staatliche Recht inkorporiert wurde. Für dieses inkorporierte Völkerrecht gilt dann freilich die Grundnorm des Landesrechts.[536]

> „Denn das Völkerrecht ist dann nur Bestandteil der als souverän vorgestellten staatlichen Rechtsordnung, deren Geltungsgrund die auf die wirksame Verfassung bezogene Grundnorm ist. Sie ist als Geltungsgrund der Staatsverfassung zugleich der Geltungsgrund des auf Grund der Staatsverfassung anerkannten, und das heisst: für den Staat in Geltung gesetzten Völkerrechts."[537]

Der Monismus hat im Gegensatz dazu als zentralen Gedanken, dass Völkerrecht und Landesrecht integrale Bestandteile einer einheitlichen Rechtsordnung sind und dass für alle Normen ein einheitlicher Geltungsgrund besteht.[538] Während im Dualismus Völkerrecht und Landesrecht in einem Verhältnis der „Nebenordnung" begriffen wird, geht man im Monismus von einer „Über- und Unterordnung" aus.[539] Daraus ergeben sich zwei Varianten: Die erste ist der *Monismus mit Primat des Landesrechts*, demzufolge das staatliche Recht dem Völkerrecht übergeordnet ist, dieses also durch jenes delegiert bzw. rechtlich bedingt erscheint.[540] Auch hier

---

[532] *Triepel*, S. 111; Heinrich Triepel gilt mit seinem Buch „Völkerrecht und Landesrecht" (1899) als prägendster Vertreter der dualistischen Lehre. Er begründete die grundsätzliche Trennung mit der Annahme, dass die Regelungsgegenstände von Völkerrecht und staatlichem Recht völlig unterschiedlich seien, weshalb auch unterschiedliche Rechtsquellen vorliegen müssten, was wiederum zur immanent logischen Aufspaltung in zwei ganz voneinander zu trennende Rechtsordnungen führe, *Triepel*, S. 156; u. a. griff damals auch Anzilotti den dualistischen Ansatz auf, *Anzilotti*, Lehrbuch, S. 26 ff.

[533] *Kälin et al.*, S. 110.

[534] *Griller*, S. 97, 100.

[535] Aus diesem Grund lehnt Kelsen den Dualismus als „schon rein logisch unhaltbar" ab, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 329; vgl. *§ 6 D. III. 2. Die Grundnorm des Völkerrechts bei Hans Kelsen*.

[536] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 221; vgl. dazu auch *Griller*, S. 87 ff.

[537] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 221.

[538] *Kälin et al.*, S. 110.

[539] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 340.

[540] Vgl. *Griller*, S. 93.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ist der Geltungsgrund des Völkerrechts die auf eine wirksame Staatsverfassung bezogene Grundnorm.[541] Das Völkerrecht kann dabei keine unabhängige, gegenüber dem Landesrecht isolierte Geltung beanspruchen.[542]

> „Die Konsequenz einer solchen Anschauung ist, dass, wenn ein Staat das Völkerrecht nicht als für sich verbindlich anerkennt, das Völkerrecht für ihn nicht gilt."[543]

Anders ist es nun bei der zweiten Variante des *Monismus, bei der das Völkerrecht der Primat ist*. Hier muss das Völkerrecht – als höhere Ordnung – eine Norm enthalten, die den Geltungsgrund der einzelstaatlichen Rechtsordnung darstellt.[544] Üblicherweise geschieht dies, indem in der Völkerrechtsordnung anerkannt wird, dass eine legitime Regierung befugt ist, aufgrund einer wirksamen Verfassung eine normative Zwangsordnung zu erzeugen und anzuwenden.[545] Ist diese positivrechtliche Norm des Völkerrechts als Geltungsgrund des Landesrechts erkannt, stellt sich die Frage nach dem Geltungsgrund des Völkerrechts selbst. Dies kann dann aber nur die Grundnorm des Völkerrechts sein, die als echte Grundnorm keine gesetzte, sondern eine vorausgesetzte Norm ist.[546] Das Problem der Grundnorm verschiebt sich also vom Landesrecht aufs Völkerrecht.

2. Die Grundnorm des Völkerrechts bei Hans Kelsen

Kelsen selbst spricht sich mit Nachdruck für den Monismus aus, und zwar mit Primat des Völkerrechts. Eine monistische Anschauung fordere schon die erkenntnistheoretische Prämisse, dass das gesamte Normenmaterial in einen logischen Deutungszusammenhang zu stellen ist.[547] Recht könne nur dann als widerspruchsfreies System von Sollens-Sätzen konzipiert werden, wenn es als einheitliches System begriffen werde.[548] Daher wollte Kelsen – wie auch seine Wiener Kollegen Alfred Verdross und Joseph Kunz – die damals dominierende Vorstellung des Dualismus von Landesrecht und Völkerrecht aufbrechen, um dadurch ein *neues, einheitliches Verständnis von einem Gesamtrechtssystem* zu gewinnen.[549]

---

[541] Denn für Kelsen gilt: „Die Grundnorm der höheren Ordnung ist dann auch der Geltungsgrund der niederen Ordnung", *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 332.

[542] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 335.

[543] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 334.

[544] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 336.

[545] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 337, 221.

[546] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 222.

[547] *Kelsen*, Souveränität, S. 123, 152; dazu *Rub*, S. 419 ff.

[548] Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 329, 332 f.

[549] Zum Einheitsgedanken im völkerrechtswissenschaftlichen Diskurs siehe *Bernstorff*, S. 72 ff.; Kelsen, Verdross und Kunz verband das gemeinsame Theorieprojekt der Zusammenführung von Landesrecht und Völkerrecht in einen einheitlichen Rechtskosmos unter dem Primat des Völkerrechts; für Bernstorff ist das „der wichtigste rechtstheoretische Beitrag Wiens zum völkerrechtlichen Modernisierungsprojekt der zwanziger Jahre", *Bernstorff*, S. 91.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Auf diesem Wege gelangt [die Reine Rechtslehre] zu dem methodologischen Postulat der *Einheit des rechtlichen Weltbildes*. Diese Einheit ist eine logisch-systematische Einheit, ihr negatives Kriterium: die Widerspruchslosigkeit.“[550]

Unter den monistischen Varianten wählte Kelsen das Primat des Völkerrechts, weil man nur auf diese Weise ein objektives Völkerrecht annehmen könne, ein Recht, dessen Geltungsgrund ausserhalb der Staaten liegt.[551] Die Wahl des Primats sei jedoch eine weltanschaulich-politische Entscheidung und müsse dem einzelnen Wissenschaftler überlassen bleiben.[552] Man könne nämlich auch die andere monistische Position theoretisch schlüssig begründen: Das Landesrecht als Primat bedeute zwar einen radikalen Staatssubjektivismus und würde die Idee der absoluten Staatssouveränität weiter bekräftigen – das Völkerrecht gelte so nur als „äusseres Staatsrecht“ –, *rechtstheoretisch* wäre das jedoch vertretbar, ohne das Einheitspostulat zu gefährden.[553]

Für Kelsen kann nur eine einzige Grundnorm die formale Einheit des Rechtssystems gewährleisten. Die Rückführbarkeit auf diese sei das Kriterium der Systemzugehörigkeit.[554] Kelsens Grundnorm des Völkerrechts lautet wie folgt:

„Die Staaten, das heisst die Regierungen der Staaten, sollen sich in ihren gegenseitigen Beziehungen so verhalten, oder, Zwang von Staat gegen Staat soll unter den Bedingungen und in der Weise geübt werden, wie es einer gegebenen *Staatengewohnheit* entspricht.“[555]

An anderer Stelle fasst es Kelsen kürzer:

„The states ought to behave as they have customarily behaved.“[556]

Damit wird die Staatengewohnheit als rechtserzeugender Tatbestand des Völkerrechts eingesetzt. Eine der zentralen Völkerrechtsnormen, die auf diese gewohnheitsrechtliche Weise erzeugt wurde, ist der Satz *pacta sunt servanda*, mit dem die Staaten ermächtigt werden, ihre Beziehungen durch Verträge zu regeln.[557] In dieser gewohnheitsrechtlich erzeugten Norm liege somit der Geltungsgrund für die vertraglich erzeugten Rechtsnormen des Völkerrechts.[558]

---

550 *Kelsen*, Rechtslehre, S. 503 f.

551 *Kelsen*, Souveränität, S. 205 ff.; zu Kelsens Argumenten in der Primatsfrage siehe *Rub*, S. 432 ff.

552 *Kelsen*, Staatsbegriff, S. 99.

553 *Kelsen*, Souveränität, S. 155, 317; vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 341; zum Streit um Kelsens „Wahlhypothese“ siehe *Bernstorff*, S. 91 ff.

554 Vgl. *Rub*, S. 420 f.

555 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 222, Hervorhebung hinzugefügt.

556 *Kelsen*, Principles, S. 564.

557 Kelsen ist in der 1. Auflage seiner „Reinen Rechtslehre“ (1934) noch der Auffassung, dass die Norm *pacta sunt servanda* als Grundlage des Völkerrechts anzusehen sei. In der zweiten, vollständig neu bearbeiteten Auflage der „Reinen Rechtslehre“ (1960) lehnt er diese Auffassung aber ausdrücklich ab, „da sie nur mit Hilfe der Fiktion aufrechterhalten werden kann, dass die Staatengewohnheit ein stillschweigender Vertrag

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kelsen sieht die von ihm formulierte Grundnorm des Völkerrechts als Ausdruck eines Prinzips, das die Grundvoraussetzung allen Gewohnheitsrechts sei und das hier angewendet werde auf das gegenseitige Verhalten der Staaten. Dieses Prinzip beschreibt er so:

> „Der Einzelne soll sich so verhalten, wie sich die anderen, in der Meinung, sich so verhalten zu sollen, zu verhalten pflegen."[559]

Nimmt dieses Prinzip den Charakter einer Norm an, so könne Gewohnheit zu einer rechtserzeugenden Tatsache werden.[560]

3. Grundnormen bei anderen Völkerrechtlern?

Auch andere Autoren entwickelten Geltungsgründe für das Völkerrecht, die sich an der Idee anlehnen, eine Grundnorm als rechtserzeugenden Tatbestand anzuerkennen. Verdross ist der Auffassung, dass aus rechtslogischen Gründen sowohl positivistische wie auch nichtpositivistische Ansätze eine höchste Grundnorm bräuchten.[561] So könne man etwa auch Triepels Konzept des Gemeinwillens nur insofern als völkerrechtlichen Geltungsgrund ansehen, als man eine einzige überstaatliche Norm annehme, die die geltungstheoretische Grundlage dieses Gemeinwillens bildet.[562]

Ein ganz ähnliches Konzept vertritt Lassa Oppenheim, der schon 1912 im Standardwerk „International Law" davon spricht, dass bei der Erzeugung von Gewohnheitsrecht ein „common consent" zwischen den Staaten zustande komme, der dann als Geltungsgrund des Völkerrechts dienen soll.[563] Dieser gemeinsame Wille könne nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend zustande kommen.[564] Die explizite Anerkennung des Völkerrechts durch die einzelnen Staaten würde somit ersetzt durch die Annahme eines auch durch Schweigen begründbaren Konsenses – durch ein „pactum tacitum" –, der ausreichend sei, um die

---

ist", *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 223, Fn.; auch Alfred Verdross geht 1926 noch davon aus, dass zur Begründung der Rechtsverbindlichkeit des positiven Völkerrechtes die Grundnorm *pacta sunt servanda* vorausgesetzt werden muss, wobei er u.a. auf Dionisio Anzilotti verweist, der sich als erster grosser Völkerrechtler mit aller Deutlichkeit für diese Grundnorm ausgesprochen habe, *Verdross*, Verfassung, S. 29, 32 f.; fünf Jahre später rückt Verdross jedoch von dieser Auffassung ab und erklärt die allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Grundnorm des Völkerrechts, *Verdross*, Rechtsgrundsätze, S. 354 ff.

558 *Kelsen*, Principles, S. 508, 564.

559 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 223.

560 *Kelsen*, Principles, S. 441.

561 Verdross verweist dabei auf völkerrechtliche Vordenker wie Franz Suarez und Hugo Grotius, *Verdross*, Verfassung, S. 23 ff., 28 ff.

562 *Verdross*, Verfassung, S. 20 f.

563 *Oppenheim*, 2. Aufl., S. 6 ff.

564 *Oppenheim*, 2. Aufl., S. 15 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nötige Normativität zu begründen.[565] Die 8. Auflage von „International Law" (1955), von Hersch Lauterpacht bearbeitet, behält diesen „common consent" als Geltungsgrund des Völkerrechts bei und deutet in einer Fussnote an, ihn im Sinne von Kelsens Grundnorm verstehen zu können.[566] In der 9. Auflage von 1992 stellen die Herausgeber und Bearbeiter Robert Jennings und Arthur Watts sodann fest:

> „It is not possible to say why international law as a whole is binding upon the international community without entering the realm of non-legal considerations. It is, however, in accord with practical realities to see the basis of international law in the existence of an international community the common consent of whose members is that there shall be a body of rules of law – international law – to govern their conduct as members of that community."[567]

Dieser völkerrechtliche Geltungsgrund scheint auch in der Nähe von H. L. A. Harts *Rule of Recognition* zu liegen.[568] Hart lehnt es jedoch ab, im Völkerrecht so etwas wie eine Grundnorm zu erkennen. Er sieht das Völkerrecht als „simplere" Ordnung an im Vergleich zum „reichen" staatlichen Recht.[569] Weil es keine internationale Gesetzgebung, keine obligatorische Gerichtsbarkeit und keine zentral organisierten Sanktionen gebe, gleiche das Völkerrecht eher einer primitiven Primärregelordnung als einem entwickelten Rechtssystem.[570] Das Völkerrecht kenne zwar substantielle Verpflichtungsregeln („primary rules"), jedoch nicht die entscheidenden Verfahrensregeln („secondary rules"), die Gesetzgebung und Gerichte erst möglich machen und Rechtsquellen identifizieren könnten.[571] Es würde daher kaum Sinn ergeben, an diese simple und wenig strukturierte Ordnung die Frage zu stellen, aus welcher letzten Bestimmung des Systems die einzelnen Regeln ihre Gültigkeit oder verbindliche Kraft ableiten. So etwas wie eine Grundnorm oder *Rule of Recognition* sei nämlich überhaupt keine Notwendigkeit von verbindlichen Regeln, sondern ein Luxus von weit entwickelten sozialen Systemen:

> „It is, therefore, a mistake to suppose that a basic rule or a rule of recognition is a generally necessary condition of the existence of rules of obligation or ‚binding' rules. This is not a necessity, but a luxury, found in advanced social systems whose

---

565 Vgl. *Koskenniemi*, Apology, S. 284; Kelsen wies diese Konstruktion als unhaltbare Fiktion zurück, *Kelsen*, Principles, S. 447 f.

566 *Oppenheim*, 8. Aufl. (Lauterpacht), S. 15 f.

567 *Oppenheim*, 9. Aufl. (Jennings/Watts), S. 14; für eine Analyse der inhaltlichen Änderungen zwischen den Auflagen von Oppenheims „International Law" siehe *Reisman*, S. 255 ff.; zur im Zitat angesprochenen Idee einer internationalen Gemeinschaft als Voraussetzung siehe auch *Thürer*, S. 162 ff.

568 Zu den Parallelen zwischen Kelsens Grundnorm und Harts *Rule of Recognition* im Völkerrecht siehe *Kammerhofer*, Kelsen, S. 97 ff.

569 *Hart*, Concept, S. 235.

570 *Hart*, Concept, S. 233 f.; vgl. auch *Ott*, Rechtspositivismus, 257.

571 *Hart*, Concept, S. 214.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

members not merely come to accept separate rules piecemeal, but are committed to the acceptance in advance of general classes of rule, marked out by general criteria of validity."[572]

Gemäss Hart müssen wir im simplen Völkerrecht einfach warten, ob eine Regel als Regel akzeptiert wird oder nicht.[573] Denn es gebe keine Grundregel, die für die bisherigen Regeln des Völkerrechts ein allgemeines Gültigkeitskriterium liefern könnte. Es sei zwar wahr, dass für wichtige Angelegenheiten die zwischenstaatlichen Beziehungen durch multilaterale Verträge geregelt werden, jedoch sei auch der Satz „*pacta sunt servanda*" bloss eine Regel in einem Komplex, dem es an Systematik fehle.[574] Wäre das Völkerrecht ein System mit einer Grundnorm bzw. *Rule of Recognition* könnte man, *bevor* eine Regel aufgestellt wird, sagen, ob sie gültig sein wird oder nicht, nämlich dann, wenn sie den Erfordernissen der Grundnorm bzw. *Rule of Recognition* entspricht oder widerspricht.[575] Hart hat im Jahr 1961 dem Völkerrecht diese formale Struktur noch nicht zugestanden. Immerhin zog er in Erwägung, dass dies durchaus möglich sei und dass es sich gar schon in einem Stadium des Übergangs befinden könnte.[576]

E. Fazit

Was „rechtliche Legitimität" bedeutet, hängt an der Rechtstheorie, die zugrunde gelegt wird, also am Rechtsbegriff und seinen Geltungskriterien. Hans Kelsen legt eine umfassende Theorie vor, aus der ein klares Verständnis von *normativ-positivistischer Legitimität* gewonnen werden kann. Wenn nun Thomas Würtenberger jun. bedauert, dass im Rechtspositivismus eine „Reduzierung der Legitimität auf blosse Legalität"[577] stattfinde – also auf den Teilaspekt der „Legitimität nach innen" –, dann liegt das daran, dass er hier entweder nicht zwischen rechtlicher und moralischer Legitimität differenziert oder aber, dass er den wesentlichen Punkt der Grundnormtheorie verkennt, nämlich, dass die Grundnorm gerade als extra-legales Element die Funktion hat, der rechtlichen Legitimität einen Ausgangspunkt zu verschaffen. Die Soll-Geltung des Rechts, die durch die Grundnorm begründet wird, hat freilich einen anderen Charakter als das moralische oder das religiöse Sollen. Kelsen spricht dem Recht eine eigene, *spezifisch-juristische Normativität* zu. Auch wenn diese im Grunde bloss

---

572 *Hart*, Concept, S. 235.

573 „The rules of the simple structure are, like the basic rule of the more advanced systems, binding if they are accepted and function as such.", *Hart*, Concept, S. 235.

574 *Hart*, Concept, S. 236; diese Auffassung von einer uneinheitlichen Struktur und Systematik ist auch gegenüber dem heutigen Völkerrecht bei vielen Autoren vorherrschend, vgl. m.w.V. *Besson*, S. 173 f.

575 *Hart*, Concept, S. 235.

576 *Hart*, Concept, S. 237.

577 *Würtenberger, jun.*, Legitimität, S. 252.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

im funktionellen Zusammenhang von Rechtsbedingung und Rechtsfolge besteht, stellt sie dennoch die Eigengesetzlichkeit des Rechts dar, eine Apriori-Kategorie der Rechtserkenntnis.

In der normativ-positivistischen Legitimität steckt nun ein solch formallogisches Sollen. Der Urgrund dieses Sollens, die Grundnorm, kann aufgrund ihrer *Zweckmässigkeit* als anerkennungswürdig gelten: je nachdem, ob sie den Zweck erfüllen kann, dem Recht *gemäss den Vorstellungen des jeweiligen Rechtsbegriffs* auf sinnvolle Weise Soll-Geltung zuzusprechen. Die hier entstehende Lücke in der Begründungskette zur tatsächlichen normativen Geltung muss letztlich notwendig durch das Element des menschlichen Willens gefüllt werden, durch den eigenen Entscheid, das Recht als normative Ordnung anzusehen. In dem Sinne wird das rechtliche Sollen durch die Grundnorm nur axiomatisch postuliert, seine Geltung ist dezisiv und vor allem relativ: verpflichtend nur für denjenigen, der sich dafür entscheidet. Die Grundnorm stiftet *keine originäre Normativität*, sondern dient vielmehr als „Normativitätssurrogat".[578] Mehr kann und soll von einer strikt positivistischen Rechtstheorie, wie der von Kelsen, auch gar nicht erwartet werden:

> „Die ‚Reine Rechtslehre' befasst sich […] nicht mit den Inhalten, sondern nur mit der logischen Struktur der Rechtsnormen; sie prüft den Sinn, die Möglichkeit und die Grenzen einer rechtlichen Aussage überhaupt (nicht: einer bestimmten rechtlichen Aussage) und die Art und Weise ihres Zustandekommens."[579]

Dieses Verständnis von rechtlicher Legitimität ermöglicht es dem Rechtspositivisten, das Recht als die selbstgemachte Ordnung zu sehen und zu behandeln, die es ist, ganz als Produkt von Politik und Anwendung, als variables – ja: universales – Gestaltungsmedium sozialer Ordnung.

§ 7 Legitimität von Moral

A. Legitime Moralgeltung durch Begründung

Moral ist – wie Recht – eine normative Ordnung, das heisst: ein System von sozialen Normen, das ein Sollen fordert.[580] Moral bildet den Inbegriff der „Handlungsanleitungen" in einer Gemeinschaft, „die den Anspruch auf *Richtigkeit* erheben und so auf die Grundfrage der philosophischen Ethik ‚Was soll ich

---

578 *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 49.

579 *Larenz*, Methodenlehre, S. 70.

580 Vgl. *Neumann*, S. 7; vgl. *§ 5 Normative Ordnungen und ihre Rechtfertigung*; im Gegensatz dazu wird u. a. auch die Position vertreten, dass Moral schlicht als eine Unterart von Wertsätzen zu verstehen sei. Gründe, dies abzulehnen und moralische Normen als eine Art sozialer Normen bzw. wechselseitiger sozialer Forderungen aufzufassen, bei *Wolf*, Problem, S. 7 f., S. 64; zur Abgrenzung von Moral zu Ethik siehe *Forst*, Rechtfertigung, S. 100 und *Von der Pfordten*, Differenzierung, S. 33 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tun?‘ eine Antwort geben wollen“.[581] Als bestimmte Art von sozialen Normen zeichnen sich moralische Normen in besonderem Masse durch die normativ-ethische Legitimität ihrer Geltung aus. Stärker noch als bei anderen Normarten wird die Legitimität eines Moralkonzepts direkt mit dessen Qualität als Moral in Verbindung gebracht.[582]

Damit Moral als legitim im normativ-ethischen Sinne gilt, bedarf es guter Gründe für ihre Anerkennungswürdigkeit.[583] Dies gilt zumindest für eine *rationale* bzw. *kritische Moral*.[584] Das Begründetsein ist somit ein zentraler Aspekt von moralischen Normen. Ernst Tugendhat versteht das Wort „moralisch“ gar als Bezeichnung für genau diese Eigenschaft von Normen: „dass man sie für begründet hält, wie immer man dieses Begründetsein näher versteht“.[585] Für ihn ist es eine „Notwendigkeit“, die eigenen moralischen Urteile gegenüber den anderen zu begründen,

> „[…] einfach weil Moral in gegenseitigen Forderungen zu bestimmten Handlungen und Unterlassungen besteht. Sobald unsere moralischen Überzeugungen divergieren, stehen wir vor der Tatsache, dass wir von anderen fordern, dass sie ihre Freiheit in einer Weise einschränken, die ihnen nicht selbstverständlich erscheint; daher sehen wir uns dann zwangsläufig durch sie, wenn sie sich uns nicht einfach unterwerfen, vor die Frage gestellt, diese Forderungen zu begründen.“[586]

Diesem Gedanken folgend kann hier schon festgehalten werden, dass es als wesentliche Aufgabe einer philosophischen Ethik gilt, die Anerkennungswürdigkeit einer Moral zu begründen und mit diesen Gründen die Soll-Geltung von moralischen Normen zu erklären.[587]

Diese allgemeine Bestimmung kann jedoch nur als Ausgangspunkt dienen. Schaut man genauer hin, stösst man auf die Frage, was wir denn nun begründen, wenn wir eine moralische Norm begründen bzw. wie die Begründungsfrage genau zu stellen ist.[588] Ernst Tugendhat bietet hier eine relativ einfache Systematik an, auf die sich im Folgenden gestützt wird. Dabei ist aber nicht Tugendhats eigenes Moralkonzept gemeint, sondern nur seine allgemeine Systematisierung von

---

581 *Meyer*, S. 56.

582 Vgl. *Forst*, Rechtfertigung, S. 32 f.

583 Siehe *§ 4 C. III. Legitimität im normativ-ethischen Sinn*.

584 Neben einer rationalen bzw. kritischen Moral wird mitunter der Standpunkt einer subjektiven Moral eines bestimmten Individuums oder der Standpunkt einer konventionellen Moral einer sozialen Gemeinschaft eingenommen, vgl. *Koller*, Begründung, S. 75.

585 *Tugendhat*, Drei, S. 83; zu Gründen für Pflichten im Allgemeinen siehe *Schnüriger*, S. 223 ff.

586 *Tugendhat*, Drei, S. 58.

587 *Habermas*, Diskursethik, S. 54.

588 Rainer Forst unterscheidet drei Verwendungsweisen bzw. Ebenen des Begriffs „Moralbegründung“, siehe *Forst*, Rechtfertigung, S. 39 f.; Forsts Einordnung liegt nahe an der Systematik von Tugendhat.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Moralbegründungen.[589] Dass gerade dieser Ansatz hier aufgegriffen wird, liegt vor allem daran, dass er die Problematik so grundsätzlich wie möglich ansetzt. Man gewinnt so einen allgemeinen Begriff von Moral, der nicht bereits eine bestimmte Moral als die richtige voraussetzt. Der Ansatz bleibt damit offen für ganz verschiedene Konzepte und deren Begründungen. Die Absicht einer solchen Systematik ist es hier, verschiedene Moraltheorien analytisch durchdringen und systematisch nach ihren jeweiligen Legitimitäts- und Geltungsgründen befragen zu können.[590]

B. Die Begründungsfragen der Moral (Systematisierung nach Ernst Tugendhat)

I. Die interne und die externe Begründungsfrage

Für Ernst Tugendhat stellt sich die Begründungsfrage auf zwei Ebenen: Auf der ersten geht es um die Begründung moralischer Normen innerhalb eines bestimmten Moralkonzeptes, d. h. im Hinblick auf ein sog. Begründungsprädikat. Dieses Prädikat bringt zum Ausdruck, was die jeweilige Moralvorstellung im Kern ausmacht und worin die für wesentlich gehaltene Eigenschaft besteht. Solche Prädikate können z. B. lauten: Diese Norm… ist „gleichermassen gut für alle“ oder „heilig“ oder „bewirkt den grössten Nutzen bei geringsten Kosten“.[591] Die zweite Ebene betrifft die Begründung einer solchen Konzeption nach aussen. Dabei geht es um die Rechtfertigung des jeweiligen Begründungsprädikates gegenüber anderen Prädikaten. Es wird nach dem Grund gefragt, warum jemand sein Handeln gerade nach dieser oder jener Moral ausrichten soll. Das Moralkonzept wird dadurch als solches begründet.

Tugendhat antwortet also auf die Frage, worin die Begründbarkeit moralischer Urteile liegt, wie folgt: Moralische Urteile bezögen sich auf soziale Normen, die einen Begründungsanspruch erheben,

> „[…] und dieser Begründungsanspruch hat sich als zweistufig erwiesen: Auf einer ersten, gleichsam internen Ebene besteht er in dem Anspruch, dass einer Norm dasjenige Prädikat zukommt, das die für die Moralität für wesentlich gehaltene Eigenschaft zum Ausdruck bringt, und es ist dieses Prädikat, das in den Aussagen, in denen sich moralische Urteile äussern, verwendet wird. Auf der zweiten, gleichsam externen Ebene bestünde die Begründung in dem Nachweis, dass das Zutreffen die-

[589] Nach einigen Modifikationen nennt Tugendhat sein eigenes Moralkonzept „Moral des wechselseitigen Respekts“, vgl. *Tugendhat*, Retraktationen, S. 156.

[590] So hält auch Ursula Wolf die Systematik von Tugendhat für die fortgeschrittenste dieser Art, nachdem sie sich u. a. mit Bernard Gerts „The Moral Rules: A New Rational Foundation for Morality“ (1970) und Georg Henrik von Wrights „The Varieties of Goodness“ (1963) auseinandergesetzt hat, *Wolf*, Problem, S. 6, 9, 47; im Folgenden wird sich insb. auf Tugendhats „Vorlesungen über Ethik“ (1993), „Drei Vorlesungen über Probleme der Ethik“ (1984) sowie seine „Retraktationen“ (1984) gestützt.

[591] *Tugendhat*, Drei, S. 80.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ses Prädikats einen Grund dafür – und gegebenenfalls einen besseren als andere Prädikate – abgibt, sich einem so charakterisierten normativen System zu unterwerfen und diese Unterwerfung auch anderen zuzumuten.“[592]

Kurz gesagt, geht es auf der ersten Ebene darum, das Kriterium, das eine Moralkonzeption charakterisiert, als zutreffend auf eine moralische Norm zu begründen; auf der zweiten Ebene geht es hingegen um die Frage, wie wir das Begründungskriterium seinerseits begründen.[593] Nochmals anders ausgedrückt: Man begründet auf der internen Ebene die Norm in Bezug auf das Zutreffen eines bestimmten Prädikats – und somit gemäss einem so charakterisierten Moralkonzept. Auf der externen Ebene begründet man die Intention, diesem Moralkonzept gemäss zu handeln bzw. sich so charakterisierten Normen freiwillig zu unterwerfen.[594] Somit ist die externe Begründungsfrage diejenige nach dem Geltungsgrund eines Moralkonzepts als solchem. Auf beide Begründungsfragen wird nachfolgend ein näherer Blick geworfen.

II. Begründung innerhalb einer Konzeption von Moral

Wird eine moralische Norm begründet, geht man von einer bestimmten Vorstellung von Moral aus. Man begründet dabei die Aussage „es ist X, dass die Norm gilt“, wobei X für eines der möglichen Begründungsprädikate steht.[595] Ein solches Begründungsprädikat bringt jeweils ein bestimmtes moralisches Grundkonzept zum Ausdruck. Mögliche Kandidaten wären nach Tugendhat etwa „gottgewollt“, „gut für die Gemeinschaft“, „gleichermassen gut für alle“.[596]

Handlungen bzw. Normen werden damit relativ zu einem Grundprinzip gerechtfertigt.[597] Nach Tugendhat können Normen gar nicht auf eine andere Weise begründet werden; Normen seien nämlich nicht *an sich* begründbar. Was begründet werden könne, sei hingegen nur, dass der sozialen Norm eine bestimmte *Eigenschaft* zukommt, die er später als „Prädikat“[598] bezeichnet:

„Die Idee, dass eine Norm als solche begründbar sein könnte, so wie eine Aussage als solche begründbar ist, ist also abwegig. Der einzig mögliche Sinn, den eine Begründung bei einer sozialen Norm haben kann, ist, dass begründet wird, dass der Norm eine bestimmte Eigenschaft zukommt.“[599]

---

592 *Tugendhat*, Drei, S. 86.

593 *Tugendhat*, Drei, S. 60.

594 *Wolf*, Problem, S. 29.

595 *Wolf*, Problem, S. 27.

596 *Tugendhat*, Drei, S. 80 ff.

597 Dieses Grundprinzip selbst zu rechtfertigen, geschieht aber erst durch eine weitere Begründungsfrage, die Tugendhat auf einer zweiten Ebene sieht, siehe nachfolgend *§ 7 B. III. Begründung der Geltung eines Moralkonzepts als solches*.

598 *Tugendhat*, Drei, S. 83.

599 *Tugendhat*, Drei, S. 77.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dabei lässt Tugendhat aber Eigenschaften wie „gut“ oder „richtig“ – die für moralische Urteile naheliegen würden – nicht einfach als Prädikate gelten.[600] Für diese Begriffe gibt es nämlich keine direkt zu verstehende, feste Bedeutung, keine absolute Verwendungsweise. Man kann „gut“ immer nur relativ bzw. attributiv auf etwas verwenden, wie z. B. „gut für den Friedenserhalt“ oder auch im Sinne von „gut als Fussballspieler“.[601] Man bezeichnet etwas als „gut“ oder „richtig“ daher nur in der Art, wie es eine Eigenschaft erfüllt, z. B. Fussball zu spielen. Und wenn diese Eigenschaft als die wesentliche Eigenschaft von etwas oder jemandem angesehen wird, heisst es eben, dass der Fussballspieler „gut“ ist.[602] Und so bedeutet auch die Rede von „moralisch gut“ immer „gut mit Bezug auf die intersubjektiv als wesentlich unterstellte Eigenschaft“.[603]

Und darin unterscheiden sich die verschiedenen Konzeptionen von Moral: durch die verschiedenen Eigenschaften, die ihnen zufolge eine soziale Norm haben muss, um begründet zu sein.[604] So lassen sich anhand dieses Unterscheidungskriteriums verschiedene Klassen von Moralkonzeptionen bilden. Etwa die religiösen oder traditionalistischen Konzeptionen, für die eine soziale Norm durch göttliche Offenbarung bzw. Tradition begründet ist. Das relevante Prädikat ist dort, dass die Norm gottgewollt oder heilig oder dergleichen ist. Tugendhat grenzt von den religiösen bzw. traditionellen eine andere Klasse von Konzeptionen ab, für die eine soziale Norm dann begründet ist, wenn sie „gut“ im Hinblick auf eine Bedingung ist, wie im vorhergehenden Absatz beschrieben wurde.[605] Für diese gilt nach Tugendhat:

> „Die verschiedenen Moralkonzepte […] sind durch verschiedene Konzepte des Guten charakterisiert, […].“[606]

---

[600] *Tugendhat*, Ethik, S. 55 f.; die Eigenschaft der „Richtigkeit“, die einer Norm gemäss Jürgen Habermas zukommen solle, bezeichnet Tugendhat als „Pseudo-Eigenschaft“, *Tugendhat*, Drei, S. 77; dies müsste dann auch auf Robert Alexys Verwendung des Begriffs der Richtigkeit zutreffen, vgl. *Alexy*, Begriff, S. 129 ff.

[601] *Tugendhat*, Ethik, S. 56; ausführlich dazu auch *Tugendhat*, Drei, S. 66 ff.

[602] *Tugendhat*, Retraktationen, S. 153; nur in diesem engen, bestimmten Sinne lässt Tugendhat eine „echte absolute Verwendung“ des Wortes „gut“ gelten, die sich eben daraus ergibt, dass unterstellt wird, dass eine bestimmte Eigenschaft von etwas die für uns wesentliche ist, *Tugendhat*, Retraktationen, S. 154.

[603] *Tugendhat*, Retraktationen, S. 151; ganz in diesem Sinne definiert auch John Rawls etwas als „good“: „It is helpful to think of the sense of ‚good‘ as being analogous to that of a function sign. We can then view the definition as assigning to each kind of thing a set of properties by which instances of that kind are to be assessed, namely, the properties which it is rational to want in things of that kind.“, *Rawls*, S. 356; eine Auseinandersetzung mit dem Begriff „good“ findet sich etwa auch in *Mackie*, Ethics, S. 50 ff.

[604] *Tugendhat*, Drei, S. 93.

[605] Tugendhat bezeichnet den ersten erwähnten Moraltyp als „autoritäre Moral“, den zweiten als „rationale Moral“, wobei das Wort „rational“ hier nur einen ganz schwachen Sinn habe, *Tugendhat*, Drei, S. 94.

[606] *Tugendhat*, Ethik, S. 29.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mit dieser ersten Betrachtungsweise geht die Annahme einher, dass es verschiedene Moralen geben kann, eine Annahme, die lange Zeit abgelehnt wurde. So gingen David Hume sowie auch Immanuel Kant noch wie selbstverständlich davon aus, dass das moralische Bewusstsein ein einheitliches sei und dass es nicht verschiedene Konzepte von Moral geben könne; diese Annahme hänge auch modernen Positionen zum Teil noch an.[607] Heute erscheint eine solche Verengung jedoch als unangemessen. Die Vielfalt möglicher Begründungsprädikate wird so auf ein einziges einschränkt und damit einer Auseinandersetzung zwischen den verschiedenen Auffassungen von moralischer Begründung der Boden entzogen. Dürfte man von „moralischer Begründung" nur noch sprechen, wenn sie in einem ganz bestimmten Sinn „gut begründet" wäre, so wäre dies ein semantischer Gewaltstreich, der moralische Begründungen inhaltlich vorentscheiden und substantielle Fragen schlicht verfälschen würde.[608] Die philosophische Ethik beginnt erst allmählich, die ganze Problematik des formalen Begriffs von *einer* Moralität bzw. Moralitäten im Plural in ihrer Wichtigkeit zu begreifen.[609]

Die erste Ebene, auf der es darum geht eine Norm insofern zu begründen, als gezeigt wird, dass ihr ein bestimmtes Begründungsprädikat zukommt, erscheint vergleichsweise trivial. Auf ihr geht es nämlich noch nicht um die Frage nach den letzten Gründen von Normen, um deren Geltungsanspruch als Norm oder darum, wie ein Moralkonzept gegenüber anderen Moralkonzepten zu rechtfertigen sei.[610] Diese Fragen sind es aber, die beantwortet werden müssen, wenn man ein Moralkonzept zu begründen versucht.[611]

III. Begründung der Geltung eines Moralkonzepts als solches

Wenn wir uns fragen, ob wir einer bestimmten moralischen Norm gemäss handeln sollen, dann fragen wir nach den Gründen, weshalb gerade diese Norm für uns gelten solle und nicht etwa eine andere – oder gar keine. Wir wollen den Grund wissen, aus dem ein bestimmtes Moralkonzept überhaupt als ein Moralkonzept Geltung für uns beanspruchen kann.

Dies ist eine andere und grundlegendere Frage als die interne Frage nach dem Begründungsprädikat. Dort ging es darum, einen Satz, in dem das Begründungsprädikat auf eine Norm angewandt wird, *als wahren Satz* zu begründen, wie bspw. den Satz: „Es ist gleichermassen gut für alle, wenn diese Norm gilt". Indem man den Wahrheitsanspruch begründet, der in dieser moralischen Überzeu-

607 *Tugendhat*, Ethik, S. 69.
608 *Tugendhat*, Drei, S. 82, 114.
609 *Tugendhat*, Ethik, S. 46.
610 *Tugendhat*, Drei, S. 86.
611 Vgl. *Tugendhat*, Ethik, S. 26.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gung enthalten ist, rechtfertigt man diese Überzeugung innerhalb einer Moralkonzeption.[612]

In der externen Begründungsfrage wird hingegen die Moralkonzeption selbst begründet – oder genauer gesagt: die Geltung der Moralkonzeption. Für Ernst Tugendhat ist diese Begründungsfrage gleichzusetzen mit der Frage, weshalb man sich diesen Normen freiwillig unterwerfen soll.[613] Es gehe nicht mehr um eine Begründung *von* (einer Aussage), sondern um eine Begründung *für* (ein Handeln), und zwar für das Eingehen einer intersubjektiven Praxis:

> „Begründet wird, dass, wenn einem normativen System das betreffende Prädikat zukommt, damit ein Grund dafür gegeben ist, sich ihm freiwillig zu unterwerfen [...]."[614]

Wie sieht nun so eine Begründung aus? Üblicherweise gehen wir eine intersubjektive Praxis dann ein, wenn dabei an eine „höhere Wahrheit" appelliert wird, die das eigene Selbstverständnis betrifft. Wenn wir uns z. B. als Kinder Gottes verstehen, dann haben wir allen Grund, dasjenige normative System, das von Gott gegeben ist, praktisch zu bejahen. Oder wenn die „höhere Wahrheit" unterstellt wird, dass wir Glieder eines Organismus sind, dann haben wir allen Grund, diejenigen Normen zu bejahen, deren Geltung für das Wohl dieses Organismus gut ist.[615]

Die Geltung von Normen wird also begründet, indem gezeigt wird, dass wir allen Grund haben, diese Normen zu bejahen. Und hier wird auch die praktische Relevanz des Begründungsprädikats deutlich: Dieses charakterisiert ja die moralische Norm, von der gezeigt werden muss, dass wir allen Grund haben sie zu bejahen, wenn wir uns selbst so und so verstehen.[616] Tugendhat beschreibt die Begründungsprädikate dementsprechend auch als „ausgezeichnete Eigenschaften" von Normen, denen die Kraft zukomme, für Individuen als Handlungsgrund zu gelten:

> „Ein Individuum hat für die verschiedenen Handlungen und Handlungskomplexe seines Lebens verschiedene Gründe (Motive), und nun wird ihm von der Gesellschaft bzw. von seinen Mitmenschen zugemutet, alle diese Handlungen, was immer ihre Gründe sein mögen, unter einschränkende Bedingungen zu stellen. Es fragt: Warum? Weil, so wird ihm geantwortet, diesen Normen eine ausgezeichnete Eigenschaft zukommt; diese Antwort muss offenbar die Kraft haben, dass sie für das Individuum einen Grund darstellt, diese Einschränkung seines Handelns bzw. darüber hinaus die ganze dadurch bestimmte intersubjektive Praxis freiwillig zu bejahen."[617]

---

612 *Tugendhat*, Drei, S. 125.
613 *Tugendhat*, Drei, S. 84.
614 *Tugendhat*, Drei, S. 125 f.
615 *Tugendhat*, Drei, S. 126.
616 *Tugendhat*, Drei, S. 126.
617 *Tugendhat*, Drei, S. 84 f.; diese Passage wurde wieder aufgegriffen in *Tugendhat*, Retraktationen, S. 149 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Bis hierhin kann festgehalten werden, dass es bei den Geltungsgründen eines Moralkonzepts um die Geltungsgründe des jeweiligen normcharakterisierenden Prädikats geht; und der Aussagegehalt dieser Gründe muss darin bestehen, logisch nachvollziehbar darzulegen, weshalb Menschen die Geltung dieser Norm freiwillig bejahen sollten.[618]

Dabei kommen Aspekte der menschlichen *Motivstruktur* ins Spiel: Menschen verhalten sich einer moralischen Norm gemäss, weil sie beim Verstoss dagegen mit einer Sanktion zu rechnen haben, entweder einer sozialen Sanktion oder – und vor allem – einer *inneren Sanktion*; konkret ist das die Scham der Betreffenden und die korrelative Empörung der anderen.[619] Empfindlich für die bestimmte Sanktion der Empörung ist nur, wer sie in der Scham internalisiert hat. Dies könnte man auch die Ausbildung des Gewissens nennen.[620] Ein solches Gewissen auszubilden ist für Individuen wesentlich, die sich als Mitglieder einer (moralischen) Gemeinschaft verstehen *wollen*. Denn in diesem „ich will" (zu einer moralischen Gemeinschaft gehören) ist impliziert, dass man auch die Skala von

---

618 Ursula Wolf formuliert das auf ähnliche Weise: „Was gezeigt werden muss, ist, dass es begründet ist, sich der Norm freiwillig zu unterwerfen, und dass es begründet ist, von anderen zu verlangen, dass sie sich der Norm unterwerfen, wenn ihr das Prädikat ‚X' zukommt.", *Wolf*, Problem, S. 27 f.; Peter Koller spricht in diesem Zusammenhang von einer „Idee der allgemeinen Zustimmungsfähigkeit als Kriterium der moralischen Legitimität.", *Koller*, Grundlagen, S. 740.

619 Vgl. *Tugendhat*, Ethik, S. 20 ff., 45 ff., 59 f.; Tugendhats Systematik zeichnet sich u. a. dadurch aus, dass sie in Moralkonzepten den Zusammenhang zwischen moralischen Geltungsgründen und menschlichen Handlungsmotiven aufdeckt. Dieser Zusammenhang ist wesentlich, aber anstatt nachfolgend näher auf innere Sanktionen wie Scham und Empörung einzugehen, sollen hier direkt die dahinterstehenden Gründe analysiert werden. Moralische Gefühle enthalten nämlich Wertungen und Überzeugungen, die mit Gründen verbunden sind und mit Gründen in ihrer Geltung geprüft werden müssen. So gesehen kann man seinen Gefühlen auch gar nicht „blind" folgen, da sie uns schon etwas sehen lassen, wenn auch oft einseitig und fehlerhaft. Moralische Gefühle tragen also Gründe in sich, und diese sind entscheidend in der Analyse der menschlichen Handlungsmotive. Rainer Forst bestätigt diesen Zusammenhang: „Überhaupt müssen wir uns von der Vorstellung freimachen, das Geben, Fordern und Gebrauchen von Gründen sei eine rein abstrakte, weil kognitive Angelegenheit. Es ist das Alleralltäglichste überhaupt, ein Grundmodus des In-der-Welt-seins, mit Heidegger gesagt, und Gründe kommen in ganz unterschiedlichen Formen vor, mehr oder weniger reflektiert. Ein *animal rationale* ist noch immer ein animal aus Fleisch und Blut, aber eben eines, das sich im Raum der Gründe bewegt.", *Forst*, Normativität, S. 39; vgl. ausserdem *Wellman*, Duties, S. 220; zur Kritik an Tugendhats Begriff der Sanktion siehe *Wolf*, Problem, S. 201 f.

620 *Tugendhat*, Ethik, S. 60; auch für Hans Kelsen bedeutet das moralische Verpflichtetsein einen „real-psychischen Zustand des Menschen; es ist der Zwang, der auf seinen Willen geübt wird, dadurch dass der sittliche Imperativ in seinem […] Gefühle wirksam wird.", *Kelsen*, Hauptprobleme, S. 314; Kelsen führt die Moraldefinitionen von Kant und einer Reihe von Autoren aus dem 19. Jahrhundert an, die die Moralpflicht als *innere Gebundenheit des Subjektes* verstehen, *Kelsen*, Hauptprobleme, S. 313; auch John Rawls geht differenziert auf diesen Zusammenhang ein in seinen (moralpsychologischen) Ausführungen zu moralischen Gefühlen, moralischen Gesinnungen und moralischen Einstellungen und deren Rolle für eine Moraltheorie, vgl. *Rawls*, S. 420 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„gut“ und „schlecht“ in seine Identität aufnimmt, die zum So-Sein als Mitglied der Gemeinschaft dazugehört. Dieses „ich will“ des Individuums heisst dann,

> „[…] dass es sich als zu einer Totalität von Personen zugehörig versteht, die mittels der inneren Sanktion von Empörung und Scham wechselseitig voneinander fordern, die diese Identität ausmachenden Normen nicht zu verletzen.“[621]

Bei der zentralen Frage, weshalb Menschen eine Norm freiwillig bejahen sollen, sind nach Tugendhat darum zwei Aspekte entscheidend: Einerseits ist es das *wesensmässige Selbstverständnis* der betroffenen Menschen, andererseits muss aber immer auch eine *entsprechende Vorstellung des „Guten“* hinzukommen, bzw. des „Gut“-Seins als Mitglied der so verstandenen Gemeinschaft oder Gesellschaft.[622]

Zum Beispiel könnte ein Moralkonzept vorliegen, dessen Prädikat auf einer bestimmten Vorstellung von *Würde* basiert. Als Geltungsgrund für dieses Prädikat würde es aber noch nicht reichen, dass von einem Selbstverständnis der betroffenen Menschen ausgegangen wird, dass jeder Mensch gleichermassen Würde besitze. Denn damit würde man auf unzulässige Weise von einem Sein allein auf ein Sollen schliessen.[623] Vielmehr muss der Geltungsgrund zusätzlich auf der Vorstellung des „Guten“ beruhen, dass wir als Menschen so zusammenleben sollen, dass jeder ein Leben führen kann, das seiner Würde entspricht. Diese Sollens-Vorstellung, die im Kern des Geltungsgrundes steckt, könnte freilich ihrer-

---

[621] *Tugendhat*, Ethik, S. 60; an dieser Stelle wird schon deutlich, dass es gemäss der hier vertretenen Systematik *nur relative Geltungsgründe für Moralkonzepte* geben kann. Das moralische Sollen bzw. Müssen bleibt relativiert auf den Entschluss eines Individuums, sich überhaupt zur moralischen Gemeinschaft zu zählen. Ohne die Bereitschaft eines Individuums, das „Gut“-Sein zu wollen, würden die Sanktionen der Empörung und der korrespondierenden Scham ins Leere laufen. Ein „absolutes ‚ich muss‘, das nicht von einem wie immer impliziten ‚ich will‘ abgestützt ist“ ist für Tugendhat „logisch gesehen ein Unding.“, *Tugendhat*, Ethik, S. 62; vgl. auch *Weinberger*, Sanktion, S. 106 f. sowie *Pauer-Studer*, Andere, S. 244; ablehnend gegenüber dieser voluntaristischen Konzeption ist etwa Andreas Wildt, der dadurch den spezifischen Sinn des moralischen Sollens aufgehoben sieht, *Wildt*, Menschenrechte, S. 137; ausführliche Auseinandersetzung in *Wildt*, Gefühle, S. 119 ff.; für ein relatives Verständnis spricht ausserdem die Position des „lack of moral sense“, vgl. *Tugendhat*, Ethik, S. 85; weitere Argumente für ein relatives Verständnis von Geltungsgründen von Moralkonzepten nachfolgend in *§ 7 B. IV. Relativität der Geltungsgründe*.

[622] Vgl. *Tugendhat*, Retraktationen, S. 150 ff.; es wurde bereits dargelegt, dass „gut“ immer nur relativ bzw. attributiv auf etwas verwendet werden kann und dass es keine absolute Verwendungsweise für „gut“ gibt, siehe *§ 7 B. II. Begründung innerhalb einer Konzeption von Moral*; für Tugendhat bezieht sich das für moralische Fragen wesentliche „gut“ vor allem auf die eine Fähigkeit, die für die Sozialisation zentral ist, und das ist die Fähigkeit, ein sozial umgängliches, ein kooperatives Wesen zu sein, *Tugendhat*, Ethik, S. 57 f.

[623] Die logische Unzulässigkeit eines solchen Schlusses wird als „Hume’sches Gesetz“ bezeichnet, vgl. *Hume*, S. 469; von Humes logischem ist Moores semantisches Problem zu unterscheiden, das sich auf den Begriff des Guten bezieht und als „naturalistischer Fehlschluss“ bekannt ist, *Moore*, S. 38, 64; vgl. dazu *Höffe*, Metaethik, S. 205.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

seits noch weiter nach einer Begründung befragt werden. Auf die Problematik des Begründungsabbruchs ab einer gewissen Stelle wurde bereits im Zusammenhang mit dem Münchhausen-Trilemma eingegangen und sie wird sogleich im nachfolgenden Kapitel nochmals aufgegriffen.[624]

Zur Veranschaulichung soll hier als weiteres Beispiel der klassische Utilitarismus dienen: Jeremy Benthams Formel „the greatest happiness to the greatest number"[625] könnte dabei als Begründungsprädikat gelten. Daraus kann man den Satz formulieren: „Es führt zur grösstmöglichen Freude für die grösstmögliche Anzahl Menschen, wenn diese Norm gilt." Dass wir uns nun so einer Norm gemäss verhalten, setzt als Begründung einerseits voraus, dass wir in der Vermeidung von Leid und im Streben nach Freude die für uns entscheidenden Motive menschlichen Handelns sehen, sprich, den Mensch psychologisch als Hedonisten verstehen.[626] Andererseits bedarf es der entsprechenden Vorstellung von „gut" bzw. der daraus folgenden Sollens-Forderung, dass die grösstmögliche Freude (im Sinne des Hedonisten) im Ergebnis erreicht werden soll, d. h. als Saldo, wenn das Leid von der Freude abgezogen wird. Sodann kann man sagen: „Wir haben allen Grund, die Norm zu bejahen, die dem Prädikat ‚the greatest happiness to the greatest number' entspricht, *weil* wir den Menschen als Hedonisten verstehen und ein Ergebnis befürworten, das zur grösstmöglichen Freude der Menschen führt." Dabei ist der Teil nach dem „weil" die Begründung der Geltung des Prädikats und damit auch der Geltungsgrund des klassisch-utilitaristischen Normsystems.

Damit wird unter anderem deutlich, dass es bei der Frage, weshalb Menschen eine Norm freiwillig bejahen sollten, nicht um faktische Zustimmung geht, sondern um logisch nachvollziehbare Gründe der Betroffenen, eine Norm anzuerkennen. Es ist die Anerkennungs*würdigkeit* der Geltung von Normen, die im Wesentlichen die normativ-ethische Legitimität ausmacht.[627] Mit der vorliegenden Systematik soll vor allem auch aufgezeigt werden, wie genau der Begriff der Anerkennungswürdigkeit zu verstehen ist und wie die verschiedenen Normentheorien seinen Anforderungen entsprechen können. Die Philosophie kann dabei nicht mehr tun, als ein vorhandenes moralisches Bewusstsein – ein Vorverständnis – in seinen Voraussetzungen adäquat zu analysieren und verständlich zu machen.[628] Es liegt nämlich kein eigener, metaphysischer Bezugspunkt zur Aner-

---

[624] Siehe zum Ganzen *§ 5 C. Das Problem der Begründung*.

[625] Bentham nennt dies „the principle of utility", *Bentham*, Principles, S. 1, Fn. 1.

[626] Vgl. *Bentham*, Principles, S. 1.

[627] Vgl. *§ 4 C. III. Legitimität im normativ-ethischen Sinn*.

[628] Ein bedeutender Teil der heutigen Ethiker, insb. der angelsächsischen, sind der Auffassung, dass die Aufgabe der Moralphilosophie nur darin bestehen könne, die eigenen moralischen „Intuitionen" zu reflektieren und zu ordnen, indem man sie unter Prinzipien bringt, *Tugendhat*, Ethik, S. 25; explizit wird diese Position von John Rawls vertreten, *Rawls*, S. 41.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kennungswürdigkeit vor.[629] Das moralische Bewusstsein kann sich nicht auf eine absolute Grundlage stützen, wie im nächsten Kapitel nochmal gezeigt wird, sondern vielmehr auf ein „*komplexes Gewebe von Gründen und Motiven*“.[630]

Ergänzend soll hier noch auf Tugendhats Differenzierung zwischen Gründen und Motiven aufmerksam gemacht werden, wobei Letztere ebenfalls als Gründe zu verstehen sind, jedoch als „Gründe anderer Art“.[631] In vorliegendem Zusammenhang spielt diese Unterscheidung zwar keine wesentliche Rolle, weil die Anerkennungswürdigkeit von Normgeltung ohnehin auf einem „bestimmten Ineinander“ *beider* Arten von Gründen beruht, wie dargelegt wurde. Der Vollständigkeit halber aber dennoch ein kurzer Umriss: Die Frage, ob wir *überhaupt irgendeiner* moralischen Gemeinschaft angehören wollen, sei letztlich ein Akt der Autonomie und dafür könne es nur gute Gründe im Sinne von Motiven geben. Die Frage hingegen, ob *dieses oder jenes konkrete Moralkonzept* bzw. konkrete Konzept von „gut“ zu bevorzugen sei, ist mit plausiblen Gründen im Sinne von „Begründungen moralischer Urteile“ zu beurteilen.[632] In der Diskussion mit einem Amoralisten oder konsequenten Egoisten habe es wenig Sinn, Argumente für die bessere Begründetheit von deontologischen gegenüber teleologischen Konzepten anzuführen. Wer sich grundsätzlich gegen die Perspektive des „Guten“ entscheidet und sich stattdessen an der Maxime „ich tue nur, was mir gefällt“ ausrichtet, den kann man nur auf die damit verbundenen Implikationen aufmerksam machen und dazu beitragen, seine Entscheidsituation zu klären. Erst wer motiviert ist, sich überhaupt auf die Ebene moralischer Urteile zu stellen, setzt sich mit plausiblen Gründen für dieses oder jenes Konzept von „gut“ auseinander: „wenn du überhaupt etwas als schlecht bezeichnen willst, dann dies“.[633]

IV. Relativität der Geltungsgründe

Liesse man die verschiedenen Begründungsprädikate und damit Moralkonzeptionen nebeneinander stehen, dann würde man einen moralischen Relativismus vertreten.[634] Eine relative Begründung erscheint zunächst jedoch als unbefriedigend, weil sie begrenzt ist, und zwar im doppelten Sinne: Sie setzt einen Geltungsgrund voraus, der seinerseits noch begründungsbedürftig wäre, und sie hat eine eingeschränkte Reichweite, in dem Sinne, dass andere ein anderes Selbstverständnis und andere Vorstellungen vom Guten haben können.[635]

---

629 Siehe dazu *Tugendhat*, Überlegungen, S. 270.
630 *Tugendhat*, Ethik, S. 28, Hervorhebung hinzugefügt.
631 *Tugendhat*, Ethik, S. 29.
632 *Tugendhat*, Ethik, S. 94.
633 *Tugendhat*, Ethik, S. 89.
634 Vgl. *Wolf*, Problem, S. 27.
635 *Tugendhat*, Ethik, S. 79; siehe auch *§ 8 A. II. Ethischer Relativismus*.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Traditionell wird daher versucht, dem moralischen Sollen eine absolute oder objektive Geltung zuzusprechen.[636] Zumindest aus der Innenperspektive der jeweiligen Moralkonzepte konnte ein solcher Absolutheitsanspruch auch über mehrere Jahrhunderte erfolgreich geltend gemacht werden. So beruft sich etwa die religiöse Moral auf eine göttliche Autorität, die bedingungslos und unbegründbar ist und damit – aus der Sicht der Gläubigen der jeweiligen Religion – absolute Geltung beanspruchen kann. Auch traditionalistische Konzepte, in denen die Tradition bzw. die massgebende Autorität innerhalb der Tradition als letzte Begründung dient, gehen von solchen „höheren Wahrheiten" aus, d. h. von Wahrheiten, die ihrerseits nicht begründbar sind und daher nur geglaubt werden können.[637]

In der Geschichte der Begründung sozialer Normen gilt die Aufklärung als ein entscheidendes historisches Ereignis: Durch sie verloren alle „höheren Wahrheiten" weitgehend ihre intersubjektive Überzeugungskraft, was unser heutiges Verhältnis zur Moral immer noch massgeblich bestimmt.[638] Es zeigte sich, dass die Idee einer rationalen Auseinandersetzung zwischen verschiedenen Begründungsprädikaten illusorisch ist, wenn alle „höheren Wahrheiten", auf die die Prädikate verweisen, sich so wenig begründen wie widerlegen lassen.[639] Ein rationaler Ausweg aus dieser Situation besteht darin, ein Begründungsprädikat zu suchen, das, ohne eine „höhere Wahrheit" vorauszusetzen, einen Grund abgibt, sich einem so charakterisierten normativen System freiwillig zu unterwerfen.

So haben philosophische Ethiken seit dem Wegfall religiöser Moralfundierungen versucht, den Absolutheitsanspruch moralischen Sollens dadurch zu retten, dass sie den Rekurs auf Gott oder auf eine Tradition durch eine säkuläre Begründungsbasis ersetzen; eine Basis, die dem traditionalistischen Modell legitimatorisch in nichts nachstehen sollte.[640] Paradigmatisch dafür ist die Theorie von Immanuel Kant: Er setzt das oberste Prinzip der Moral mit der Idee der Vernunft gleich und versucht damit das Problem der letzten Begründung quasi definitorisch aufzulösen. Die Vernunft avanciert so zur unhintergehbaren Grösse und letzten Instanz in Rechtfertigungsfragen.[641] Die Moral ist dabei bereits im Sinn

---

[636] Vgl. dazu *Tasioulas*, Relativism, S. 185.

[637] Vgl. *Tugendhat*, Ethik S. 65 ff.

[638] *Tugendhat*, Drei, S. 127.

[639] Dies gilt zumindest ausserhalb des theologischen Diskurses, in dem begründungstheoretisch an weitere Prämissen angeknüpft werden kann.

[640] *Pauer-Studer*, Andere, S. 243.

[641] *Kant*, KpV AA V, S. 33, 87; *Kant*, GMS AA IV, S. 428; um Kants Theorie als weiteres Beispiel mit der hier erläuterten Systematik zu fassen: Als Begründungsprädikat kann der Kategorische Imperativ gelten. Dessen Geltungsgrund ist einerseits das Selbstverständnis des Menschen als vernunftbegabtes und autonomes Wesen und andererseits die entsprechende Auffassung vom „Guten", dass die Autonomie bzw. Freiheit eines Menschen mit der Autonomie bzw. Freiheit jedes anderen widerspruchslos bestehen können soll. Jede Handlung ist demnach daran zu prüfen, ob die Maxime dieses Handelns als allgemeines Gesetz ohne Widerspruch für alle Menschen gelten kann.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des (absolut verstandenen) Vernünftigseins enthalten.[642] Diese Lösungsstrategie hat sich in verschiedenen Varianten bis in die Philosophie der Gegenwart gehalten.[643] Indem die Vernunft zum objektiven Grund erhoben wird, liegen damit für jeden Menschen gute Gründe vor, das entsprechende Moralkonzept bejahen zu können und diesem somit universelle Geltung zuzusprechen. Die absolute Geltungskraft solcher Moralkonzepte fliesst dabei aus der Annahme der Objektivität des Geltungsgrundes:

> „Es ist dieser Anspruch des [objektiven] Begründetseins, in dem die Sprengkraft enthalten ist, die moralische Urteile potentiell enthalten und in der sie über ein vorhandenes, als gegeben vorausgesetztes Moralkonzept hinausweisen können.“[644]

Von aussen betrachtet ist es jedoch fraglich, ob auf sinnvolle Weise von objektiven Gründen oder von absoluter Geltung gesprochen werden kann.[645] Ein objektiver Grund, der für alle gelten würde, käme einem archimedischen Punkt der Erkenntnis gleich, einer letzten Gegebenheit, an die begründungstheoretisch angeknüpft werden könnte.[646] Ein solcher absoluter Punkt konnte bisher jedoch nicht gefunden werden; vielmehr gerät man beim hartnäckigen Fragen nach dem jeweils nächsten Grund einer Begründung in einen infiniten Regress, in einen logischen Zirkelschluss oder schliesslich zum Abbruch des Begründungsverfahrens ab einem bestimmten Punkt: das klassische Münchhausen-Trilemma.[647] Zwar gibt es Versuche, diesem Trilemma zu begegnen, aber angesichts der begründungstheoretischen Schwierigkeiten, die mit diesen Lösungen einhergehen, wird heute von den meisten Theorien die Trilemma-Situation akzeptiert, dessen dritte Alternative gewählt und der weitere Begründungsregress durch das Setzen von Prämissen abgebrochen.[648]

Selbst Kants Kategorischer Imperativ ist in diesem Licht nur vermeintlich absolut begründet.[649] Kant setzt nämlich sein Vernunftprinzip *a priori* als Prämisse voraus und gebraucht dafür einen konstruierten Vernunftbegriff, der sich nicht mit dem gewöhnlichen Verständnis von Vernunft deckt. Tugendhat macht diese inhärente Relativität deutlich, indem er Kants Vernunftkonzept gar als „philo-

---

Diese Frage nach der Universalisierbarkeit kann nach Kant durch reine Logik beantwortet werden und ist demnach eine Frage der Vernunft. Der Kategorische Imperativ wird dementsprechend auch als „Vernunftprinzip apriori“ bezeichnet, vgl. *Kant*, MS AA VI, S. 230, 237; *Kant*, GMS AA IV, S. 421, 429.

642 *Tugendhat*, Ethik, S. 70.

643 Vgl. *Pauer-Studer*, Andere, S. 243.

644 *Tugendhat*, Ethik, S. 63.

645 Zur Unterscheidung zwischen Innen- und Aussenperspektive bei der Erörterung moralischer Probleme siehe *Tugendhat*, Drei, S. 91 ff.

646 Siehe dazu *§ 5 C. I. Der Satz vom zureichenden Grund*.

647 *Albert*, S. 13; siehe dazu *§ 5 C. II. Das Münchhausen-Trilemma*.

648 Siehe dazu *§ 5 C. III. Mögliche Auswege aus dem Trilemma*.

649 Vgl. *Tugendhat*, Ethik, S. 80 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sophische Erfindung“[650] bezeichnet. Kant selber würde freilich nicht von einer selbstgesetzten Prämisse reden:

> „Aber Kant hat das nicht als Prämisse gesehen, sondern das Vernunftgebot ist für ihn einfach vorgegeben, durchaus analog wie das Gebot Gottes für den Christen.“[651]

Die Begründung mit der Vernunft ist nur ein Versuch von vielen, einen nichtreligiösen Grund zu finden, der dann durch ein vermeintlich absolutes Apriori doch zum pseudoreligiösen Wert wird.[652] Man kann das als Versuch sehen, religiöse Begründungen zu säkularisieren. Dabei wird insbesondere Rückgriff auf die Natur des Menschen genommen. In dieser Argumentationsform liegt jedoch ein logischer Fehler: *Alles* menschliche Verhalten ist natürlich; die Rede von der Natur des Menschen, die aber nur ein bestimmtes Verhalten herausgreift, muss eine versteckte normative Entscheidung enthalten, die ihrerseits jedoch nicht begründet ist.[653] Darin steckt also ein zirkulärer Rekurs: Es wird etwas implizit normativ gesetzt, woraus dann das Normative abgeleitet wird. Mit einer solchen Argumentation lässt sich alles und jedes als unmoralisch erweisen, wenn man nur vorher die Natur entsprechend definiert hat.[654] Auf diese Weise Gott bzw. etwas Absolutes zu naturalisieren – und diese Versuche laufen darauf hinaus – ist aber nicht möglich; auf den zweiten Blick werden auch sie als relative Begründungen erkannt.[655]

V. Plausibilität der Geltungsgründe

Kaum ein Begründungsansatz kommt letztlich darum herum, sich auf selbstgesetzte Prämissen zu stützten und damit eigene normative Entscheidungen zu treffen.[656] Welche Entscheidungen das sind, die in einem Moralkonzept getroffen werden müssen, um als anerkennungswürdig und damit als legitim im normativethischen Sinne zu gelten, wird durch Tugendhats Herangehensweise an Moralkonzepte relativ klar offengelegt.

---

[650] *Tugendhat*, Ethik, S. 45; Vernunft und vernünftiges Handeln sind für Tugendhat gewöhnlich auf die Realisierung bestimmter Ziele und Zwecke bezogen. Im alltagssprachlichen Verständnis gelte jene Person als unvernünftig, die jene Schritte nicht setzt, die unabdingbar sind für das Erreichen der gewählten Ziele oder die inkonsistent ist in ihren Zielen. Kants Annahme eines nicht auf Zwecke relativierten Begriffs absoluter Vernunft und eines an und für sich vernünftigen Handelns, eines unbedingten Vernünftigseinmüssens, ergibt nach Tugendhat keinen Sinn, *Tugendhat*, Ethik, S. 44, 24 f.; vgl. auch *Pauer-Studer*, Andere, S. 243 und *Demmerling*, S. 138 f.

[651] *Tugendhat*, Ethik, S. 70.

[652] *Tugendhat*, Ethik, S. 15.

[653] *Tugendhat*, Ethik, S. 71.

[654] *Tugendhat*, Ethik, S. 71.

[655] *Tugendhat*, Ethik, S. 25; so bleibt etwa auch der Rekurs auf das natürliche Gefühl des Mitleids, wie Schopenhauer es vorgeschlagen hat, ein relativer, vgl. *Tugendhat*, Ethik, S.72, 177 ff.

[656] Siehe *§ 5 C. IV. Entscheidung statt Erkenntnis*.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Indem danach gefragt wird, weshalb Menschen eine Norm freiwillig bejahen sollen, wird auf die Motive und Gründe der Normbetroffenen gezielt. Das zentrale Motiv, nicht gegen eine moralische Norm zu verstossen, liegt in der Vermeidung der inneren Sanktion der Scham. Diese kann jedoch nur dann vorhanden sein und damit als Schuldgefühl und schlechtes Gewissen eine Sanktionsfunktion haben, wenn man sich selbst als Mitglied einer moralischen Gemeinschaft versteht und die gemeinsam geteilte Auffassung vom „Gut"-Sein in seine Identität aufgenommen hat.[657] Demnach sind die Entscheidungen, auf die es bei einem Begründungskonzept ankommt, die über das wesensmässige Selbstverständnis der betroffenen Menschen sowie die über ihre Vorstellung des „Gut"-Seins bzw. des „Guten".[658]

Es stellen sich nämlich jedem Menschen die grundsätzlichen Fragen, ob man sich erstens als Mitglied einer moralischen Gemeinschaft überhaupt und zweitens als Mitglied derjenigen moralischen Gemeinschaft verstehen *will*, die durch dieses oder jenes Konzept des Guten bestimmt ist.[659] Schliesslich könnte man sich dann noch fragen, ob man auch danach handeln will. In den Worten Tugendhats:

> „1. Will ich mich überhaupt moralisch verstehen, will ich, dass die Perspektive des Guten ein Teil meiner Identität sei?
>
> 2. Will ich mich auf *dieses* [...] Konzept hin verstehen?
>
> 3. Will ich moralisch handeln?"[660]

Dieses Wollen ist normalerweise kein explizites und kein bewusstes, aber in der philosophischen Reflexion stossen wir darauf unweigerlich als auf das letzte Fundament. Und das liegt an der einfachen Tatsache, dass es als letzten Grund moralischer Forderungen kein absolutes Sollen oder Müssen gibt, das uns verpflichten könnte. Die innere Sanktion der moralischen Gemeinschaft kann erst dann greifen, wenn sie gewollt wird.[661]

Dieser wesentliche Umstand, dass der Übernahme des moralischen Gewissens ein „*ich will*" zugrunde liegt, kann verdeutlicht werden am Phänomen des „lack of moral sense". Wer keinen moralischen Sinn hat, kann sich weder moralisch schämen noch sich über andere entrüsten.[662] Die Beziehungen zu seinen Mitmenschen werden dann nur noch instrumentell sein.[663] In der Psychologie wird

---

657 Siehe *§ 7 B. III. Begründung der Geltung eines Moralkonzepts als solches*.

658 *Tugendhat*, Retraktationen, S. 150 ff.

659 *Tugendhat*, Ethik, S. 88.

660 *Tugendhat*, Ethik, S. 91; nach Tugendhats Differenzierung von Gründen ist die erste Frage mit Gründen im Sinne von Motiven zu beantworten und die zweite Frage mit Gründen im Sinne von Begründungen von moralischen Urteilen, vgl. *Tugendhat*, Ethik, S. 29, 94.

661 *Tugendhat*, Ethik, S. 88.

662 *Tugendhat*, Ethik, S. 62.

663 „Die anderen sind dann nicht mehr Subjekte, mit denen wir moralisch streiten können, sondern nur noch Objekte unseres Verhaltens.", *Tugendhat*, Ethik, S. 92.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dieses Fehlen des Gewissens vor allem als pathologisches Phänomen gesehen, das offenbar auf bestimmte autistische frühkindliche Schäden zurückgeht – in diesem Sinne ist es wohl auch wirklich ein pathologisches Phänomen, das in der Sozialisation entstanden ist. Gleichzeitig kann der „lack of moral sense" jedoch auch als Folge der Möglichkeit angesehen werden, sich *nicht* als Mitglied des moralischen Kosmos verstehen zu *wollen*, eine Möglichkeit, die uns als „*ich will nicht*" dauernd begleitet.[664]

Das moralische Bewusstsein ist nämlich nicht etwas von Natur aus in unser Bewusstsein Eingerammtes. Von dieser Annahme sind noch fast alle traditionellen Ethiken ausgegangen, was auch dazu geführt hat, die Moral ableiten zu wollen von der menschlichen „Natur" oder einem Aspekt von ihr, wie der Vernunft. Die Vorstellung eines „Eingerammtseins"[665] kann heute jedoch als theologisches Residuum betrachtet werden, das wir überwinden können, indem wir einsehen, dass das moralische Bewusstsein erst das Ergebnis eines – natürlich nicht unmotivierten – „ich will" ist. Denn wir sind in Wirklichkeit freier, unsere Autonomie reicht weiter, als es von solchen traditionellen Ethiken gesehen wird. Jemandem, der wirklich einen „lack of moral sense" hat oder aus freien Stücken entschlossen ist auszusteigen, kann man die Moral nicht einfach an-argumentieren. Wir können unserem Freund nur sagen: „take it or leave it".[666]

Dieses Moment der Autonomie ist nicht auszuschalten. Gleichwohl darf man sich diesen Entscheid auch nicht als dezisionistisches Wollen im freien Raum vorstellen: Vielmehr können wir unserem Freund *gute Gründe* im Sinn von guten Motiven geben, sich so zu verstehen, nämlich als Teil einer moralischen Gemeinschaft. Denn das steht am Ende hinter jenem Entscheid: die Gesamtheit der Motive und Gründe, die jemand hat, wenn er sich fragt „wie will ich mich verstehen?" (eben etwa als Teil einer bestimmten moralischen Gemeinschaft oder nicht). Motive und Gründe formen somit das „wesensmässige Selbstverständnis"[667] der Normbetroffenen, jene volitive Prämisse also, jenen Ausdruck der Autonomie, den Tugendhat für die Durchdringung eines jeden Moralkonzepts als so relevant erachtet.

> „Daran wird deutlich, inwiefern die Autonomie ein letztes ist. Es gibt nichts, was zu meinem Leben gehört, das mich zwingt, mich so zu verstehen. Es gibt nur diesen relativen Zwang, dass wenn ich das eine will und dieses an das andere gebunden ist, ich auch das andere wollen muss."[668]

Ja und was ist es nun, das ich – oder wir alle – wollen? Und weshalb sollte es gerade das „Gute" sein? Welche Motive haben wir, uns als Mitglieder einer mo-

---

664 *Tugendhat*, Ethik, S. 61 f.
665 *Tugendhat*, Ethik, S. 62.
666 *Tugendhat*, Ethik, S. 89.
667 *Tugendhat*, Retraktationen, S. 150 ff.
668 *Tugendhat*, Ethik, S. 92.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ralischen Gemeinschaft zu verstehen, die auf ein Konzept des „Guten“ hin wechselseitige Sollens-Forderungen aneinander stellen?[669] Diese modern verstandene Frage nach der Moral fragt nicht mehr einfach nur, was „gut“ ist, sondern warum wir das „Gute“ überhaupt als Bezugspunkt in unser Wollen aufnehmen wollen. Damit wird im Grunde die Frage nach dem Wohlergehen oder Glück wiederaufgenommen, die schon die antiken Philosophen zu beantworten versuchten in der Auseinandersetzung mit der damaligen moralischen Skepsis. Aristoteles erkannte, dass man der skeptischen Frage von denjenigen, die den „lack of moral sense“ vertreten, nur begegnen kann, indem man zu zeigen versucht, dass „gut“ zu sein auch das ist, was „gut für mich“ ist.[670] Diese These nutzt Tugendhat für seine eigene Auffassung, dass „gelungene Identitätsbildung – d.h. eine, die Glückserfahrung in sich birgt“[671] – davon abhängt, ob eine Gemeinschaft unsere Person als moralische Person anerkennt.[672] Das ist freilich nur eine Antwort von vielen, die seither gegeben wurden. Von den verschiedenen Moralkonzepten werden bis heute verschiedene Argumente in Anschlag gebracht, weshalb wir guten Grund haben, das „Gute“ zu wollen bzw. zu sollen.

Und das ist es, was einer Moralkonzeption schliesslich bleibt: Motive für die Bejahung des „Guten“ im Allgemeinen zu bieten sowie plausible Gründe zu liefern für die Bejahung von konkreten moralischen Normen, also von einer konkreten Vorstellung von „gut“. Kant versuchte noch zu beweisen, dass es einen absoluten Sinn von „gut“ gibt, der von allen auf Grund ihres Vernünftigseins anerkannt werden *muss*. Wie wir gesehen haben, kann „gut“ aber immer nur in einem relativen Sinn verstanden werden.[673] Es ist kaum sinnvoll, von einem wahren Moralprinzip zu sprechen, das es irgendwie an sich gibt und von dem ein solch absolutes „muss“ wie bei Kant ausgeht.[674] Wir können demnach bloss zeigen, dass es einen Sinn von „gut“ gibt, der plausibel ist und der von allen

---

669 *Tugendhat*, Ethik, S. 91.

670 *Aristoteles*, I, 6, 1097b24; die antiken Philosophen kannten das Problem der Auseinandersetzung zwischen verschiedenen Moralkonzepten nicht. Die Begründungsfrage reduzierte sich aus diesem Grund für sie von vornherein auf die Motivationsfrage. Die Frage nach dem sog. summum bonum („bonum“ wurde verstanden als „gut für mich“), d.h. nach den obersten Zielen unseres Wollens ist daher in der gesamten antiken Ethik geradezu an die Stelle der Frage nach der Moral getreten, *Tugendhat*, Ethik, S. 90; ausführlich zur Einbettung der Moral in die Frage nach dem guten Leben, siehe *Tugendhat*, Ethik, S. 250 ff., 263 ff.

671 *Demmerling*, S. 141.

672 Tugendhat fundiert seine moderne Aristoteles-Interpretation durch eine Anknüpfung einerseits an die anthropologische Liebeskonzeption Erich Fromms und andererseits an Adam Smiths Theorie moralischer Gefühle, siehe *Tugendhat*, Ethik, S. 263 ff., 282 ff.; Christoph Demmerling sieht darin gar das „systematische Kernstück der Ethik Tugendhats“, *Demmerling*, S. 141 f.

673 Vgl. *§ 7 B. II. Begründung innerhalb einer Konzeption von Moral*.

674 Vgl. *Tugendhat*, Drei, S. 87.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

anerkannt werden könnte, nicht jedoch anerkannt werden muss.[675] Wenn darüber hinaus noch gezeigt werden kann, dass alle anderen bekannten Vorschläge weniger plausibel sind, sind damit die wesentlichen Schritte zur Begründung eines legitimen Moralkonzepts geleistet.

> „Wenn sich aber ein Moralprinzip weder objektiv noch subjektiv absolut begründen lässt, so bleibt doch die Möglichkeit seiner relativen Begründung oder, um es vorsichtiger und negativ zu formulieren, die Möglichkeit zu zeigen, dass es Gegenargumenten weniger ausgesetzt ist als andere Prinzipien […].“[676]

Plausibilität ist demnach das Beste, was man von einer (relativen) Moralbegründung erwarten kann. Plausibilität macht eine Begründung anerkennungswürdig und damit die Geltung eines Moralkonzeptes legitim. In der Plausibilität der Gründe liegt auch der wesentliche Unterschied zum puren Dezisionismus, von dem man allenfalls noch ausgehen könnte, wenn man das Wollen als letzte Grundlage der Geltung anerkennt.

> „Es gibt vielleicht nur bessere und schlechtere Begründungen, und wenn es keine Letztbegründungen gibt, so ist ein reflektiertes, relativ begründetes Verhältnis zu Normen gleichwohl sinnvoll und von einem puren Dezisionismus wesentlich unterschieden.“[677]

Um die Rolle von plausiblen Gründen im Verhältnis zum Wollen zu verdeutlichen: Mit plausiblen Gründen lässt sich die Entscheidung, zu einer bestimmten moralischen Gemeinschaft gehören zu wollen oder nicht, rational abstützen, aber nicht ersetzen. Das Wollen kann nicht vorgefunden und damit vollständig konstruiert werden. Dies würde ja bedeuten, moralische Urteile empirisch begründen zu wollen, also einen naturalistischen Fehlschluss zu begehen. Dass das nicht geht, hat auch David Hume festgehalten: Aus dem Sein folgt kein Sollen.[678] Hier liesse sich das Hume'sche Gesetz gemäss Tugendhat so umformulieren: „*[A]us dem Sein folgt kein Wollen*.“[679] Allein aus dem Umstand, dass etwas so ist wie es ist (auch ich selbst), kann nie zwingend folgen, dass ich das und das will. Es hängt von mir ab, ob ich es will. Das Wollen kann auch für den Wollenden selbst nie ein vorgefundener, empirischer Tatbestand sein.[680] Das „ich will“ bleibt so als letzte Grundlage der Geltung übrig; freilich ist es aber – um es noch einmal zu sagen – nicht ein frei in der Luft schwebendes, rein dezisionistisches „ich will“,

---

675 So sieht auch Peter Koller das „Erfordernis allgemeiner Zustimmungsfähigkeit […] als eine hypothetische oder kontrafaktische Vorstellung, als eine regulative Idee, die dem Bemühen um eine rationale Rechtfertigung moralischer Prinzipien als Richtschnur dient.“, *Koller*, Begründung, S. 76.

676 *Tugendhat*, Drei, S. 88.

677 *Tugendhat*, Drei, S. 87.

678 Vgl. *Hume*, S. 469.

679 *Tugendhat*, Ethik, S. 96.

680 *Tugendhat*, Ethik, S. 96.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sondern ein durch Motive und Gründe abgestütztes; oder um es mit Tugendhat zu sagen: „durch sie abgestütztes, aber nicht erzwungenes“.[681]

Manch einer mag sich das menschliche Eingebundensein in die Moral wohl stärker vorstellen, erhofft sich allenfalls objektive Richtigkeit und absolute Begründungen von der Moral, statt lediglich plausible Gründe für relative Konzepte. Dabei sind es gerade die Plausibilitätsgründe, die verständlich machen, wieso etablierte Konzepte in der Moralphilosophie so einleuchtend erscheinen, wie etwa das Unparteilichkeitsprinzip, die Moral der gleichen Achtung oder das Konzept des Nichtinstrumentalisierens. Von Philosophen wird jedoch erwartet, dieses Einleuchtende irgendwoher abzuleiten, ähnlich wie Kant es sich dachte. Aber warum soll man etwas, das einleuchtet noch anderswoher ableiten, statt sich einfach über die Stützen klar zu werden, auf denen diese Plausibilität beruht?[682] Die Erwartung einer schlichten (absoluten) Begründung von anderswoher, wie z. B. von der Vernunft oder einer Autorität, sei gemäss Tugendhat vielleicht ein Residuum der religiösen Moral, in der das Sollen als ein transzendent Vorgegebenes erschien, oder des kindlichen Moralbewusstseins, in dem die elterliche Autorität ähnlich wirkte. Unser moralisches Empfinden liesse sich jedoch weit fruchtbarer rekonstruieren, indem die Plausibilität unserer Gründe aufgezeigt würde.

> „Das heisst dann also, dass [der objektive Anspruch] der zu dieser Moral gehörigen Urteile lediglich Plausibilität beanspruchen kann. Das ist weniger als schlichtes Begründetsein, es ist aber mehr als eine Intuition ohne Begründung und ohne Auseinandersetzung mit anderen Konzepten. Sie mögen das als enttäuschend empfinden, aber man kann sich als Philosoph vor dem vorhandenen moralischen Bewusstsein nicht dafür entschuldigen müssen, dass man es nicht stärker machen kann, als es ist, zumal wir sehen werden, dass eine stärkere Begründung nicht nur nicht verfügbar ist, sondern sinnwidrig wäre.“[683]

Die Reflexion auf das „ich will“, das dem „ich soll“ zugrunde liegt, zeigt nur, dass die menschliche Autonomie ernstgenommen wird. Oder könnten wir denn wollen, dass ein absolutes Moralbewusstsein „in uns eingerammt“ wäre? „Kann ich wollen, dass ein Teil meines Wollens mir selbst entzogen sei?“[684] Vielleicht wäre das Leben einfacher, wenn die Moral ein Teil von uns wäre, so wie unser Herz oder unser Rückgrat. Sich die Moral so zu denken, zeugt aber von einem Mangel an Vertrauen in das eigene So-sein-Wollen, in die eigene Autonomie und vor allem in die Plausibilität der Gründe der jeweiligen Moralkonzepte. Aber was immer man sich auch wünschen mag, so schwach ist nun einmal die Basis; und in der Geschichte hat sich immer wieder gezeigt, dass kein Versuch, sie künstlich

681 *Tugendhat*, Ethik, S. 96.
682 Vgl. *Tugendhat*, Ethik, S. 87.
683 *Tugendhat*, Ethik, S. 30.
684 *Tugendhat*, Ethik, S. 97.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stärker erscheinen zu lassen als sie ist, die Menschen eher dazu bewegt hat, moralisch zu sein.[685]

C. Kritik an Tugendhats Systematisierung von Moralkonzepten

Ernst Tugendhats Zugang zur Moral hat den Anspruch von einem neutralen Vorverständnis auszugehen, so dass eine Auseinandersetzung zwischen verschiedenen Moralkonzepten möglich bleibt.[686] Dieser Anspruch wird eingeschränkt, indem Tugendhat die Vorstellung konsequent ablehnt, dass es ein unbedingtes Sollen in Form einer absoluten Forderung geben kann. Er kritisiert die gesamte Idee einer apriorischen Moralbegründung – wie etwa diejenige durch Kants Vernunftbegriff[687] – als „philosophische Verstiegenheit"[688], die nichts anderes darstelle als den Wunsch, die Berufung auf die allgewaltige Kraft von Gottes Wort in ein säkulares Denksystem herüberzuretten. Mit Verweis auf das Kapitel zum Begründungsproblem und zum Münchhausen-Trilemma soll hier an dieser Position Tugendhats festgehalten werden, auch wenn dadurch die Offenheit gegenüber allen möglichen Moralkonzepten deutlich einschränkt wird.[689] Um nur ein weiteres Argument Tugendhats gegen einen Absolutheitsanspruch anzuführen, kann auf die theoretische Erfahrung mit der Geschichte der Moral gedeutet werden:

> „Der Relativismus ergibt sich zunächst schon aus der blossen Beobachtung der Vielzahl sich gegenseitig widersprechender moralischer Überzeugungen, die sich in der Geschichte finden und die jede für sich mit einem absoluten Anspruch auftreten. Der historische Relativismus gewinnt aber noch eine andere Qualität, in der er erst seinen eigentlichen Entlarvungseffekt erreicht, wenn es ihm gelingt, die verschiedenen moralischen Überzeugungen durch Kausalerklärungen auf anderes zurückzuführen. Erst dann haben wir nicht nur eine sich gegenseitig in Frage stellende Pluralität, sondern eine echte Relativität, indem gezeigt wird, dass, was aus der Innensicht der Handelnden einen absoluten Sinn zu haben scheint, relativ ist auf bestimmte, z. B. sozio-ökonomische Bedingungen."[690]

Einwände gegen Tugendhats Relativismus bringt etwa Rainer Forst vor: Indem Tugendhats Ansatz ein grosses Gewicht auf die Handlungsmotivation lege – was übrigens keineswegs als verbreitet gilt unter philosophischen Ethiken – blieben

---

685 *Tugendhat*, Ethik, S. 97.

686 *Pauer-Studer*, Andere, S. 245.

687 Tugendhat lehnt lediglich Kants absolute Begründung ab, nicht jedoch Kants *inhaltliche* Konzeption: Dem Inhalt nach hält Tugendhat ausdrücklich am Kategorischen Imperativ Kants fest, und bescheinigt diesem gar, dass er unmittelbar einleuchte und bloss einer anderen Begründung bedürfe, um als das plausibelste Konzept von allen gelten zu können, *Tugendhat*, Ethik, S. 80 ff., 98 ff.

688 *Tugendhat*, Ethik, S. 15.

689 Siehe *§ 5 C. Das Problem der Begründung*.

690 *Tugendhat*, Drei, S. 90.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

moralische Forderungen abhängig davon, ob und wie weit sich deren Adressaten als der moralischen Gemeinschaft zugehörig begreifen wollen. Die Geltung von Moral relativiere sich damit auf die individuelle Bereitschaft zu einem bestimmten Selbstverständnis. So gehe der intersubjektive Charakter der Moral verloren und damit sei die Legitimität moralischer Forderungen nicht mehr reflektierbar als Problem ihrer intersubjektiven Gültigkeit.[691] Nach Forst können daher Handlungen ihre moralische Rechtfertigung nicht allein aus einem Selbstkonzept und den damit verknüpften Werten und Idealen (vom „Gut"-Sein) beziehen.[692] Für ihn wird hier zudem eine Verbindung von Ethik und Moral im Begriff des „guten Menschen" gezogen, die er in Frage stellt. Tugendhats Idee des Bejahtwerdenwollens durch einen unparteilichen moralischen Beobachter schwanke zwischen einer ethischen und moralischen Bewertung des als „gut" geltenden Menschen, was das Anerkanntseinwollen auf eine partikulare Gemeinschaft eingrenze.[693] Herlinde Pauer-Studer bringt Forsts Einwände so auf den Punkt:

> „Der Kern von Forsts Kritik lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass Tugendhat die Begründung der Moral ‚auf bestimmten identitätstheoretischen oder anthropologischen Annahmen' aufbaue und insgesamt bei einer falschen Fragestellung ansetze, nämlich bei ‚Wer will ich sein?' und nicht bei der moraltheoretisch entscheidenden Überlegung ‚Was kann ich moralisch rechtfertigen?'[694]

Diese Kritikpunkte beruhen zu einem Teil auf Missverständnissen, die sich aus dem Festhalten an einer bestimmten Auffassung von Moral und Ethik erklären lassen. Forst übernimmt nämlich die von Jürgen Habermas, seinem Doktorvater, getroffene Trennung von Ethik und Moral, in der er strikt unterscheidet zwischen Fragen des guten Lebens (Ethik) und Fragen des Rechten und der Gerechtigkeit (Moral).[695] Ethische Werte und Konzeptionen des „Guten" gelten demzufolge als Antworten auf die Fragen nach der eigenen Identität und dem subjektiv „guten" Leben. Bei der Moral hingegen gehe es um die universelle Gültigkeit allgemeiner Normen und um das Problem der Rechtfertigung individuellen Handelns gegenüber allen anderen und deren berechtigten Interessen und Bedürfnissen.[696] Diese definitorische Abgrenzung des Moralbegriffs vom „Guten" führt Forst zu seiner Kritik, dass hier moraltheoretische Überlegungen vermischt würden mit identitätstheoretischen oder gar anthropologischen.

Die Unterscheidung von Ethik und Moral, wie sie Habermas in seiner Diskursethik entwickelt, gilt nicht als philosophischer Mainstream.[697] Vielmehr eignen

---

691 *Forst*, Kontexte, S. 379.

692 *Forst*, Kontexte, S. 384.

693 *Forst*, Kontexte, S. 383.

694 *Pauer-Studer*, Andere, S. 252; Verweis im Zitat auf *Forst*, Kontexte, 384.

695 *Forst*, Rechtfertigung, S. 100 ff.; *Habermas*, Diskursethik, S. 118 f.

696 *Forst*, Kontexte, S. 53; vgl. auch *Pauer-Studer*, Ethik, S. 14, Fn. 1.

697 In der modernen philosophischen Literatur unterscheidet man Moral und Ethik oft so: Moral wird als die gebotenen Regeln für das Verhalten verstanden, während

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sich diese beiden Begriffe wenig als Orientierungspunkte für die Klarstellung dessen, was wir unter einer Moral oder einem moralischen Urteil verstehen wollen. Von ihrem Ursprung her kann man den Worten „Moral“ und „Ethik“ jedenfalls nichts über ihre Bedeutung entnehmen.[698] Sie sind heute zu Termini technici geworden, die je nach Theorie spezifisch verwendet werden, weitgehend auch äquivalent.[699] Indem Forst sich an eine Diskursethik hält, die auf Grundsätze des „Rechten“ verengt ist, bleibt ihm der Blick für die wesentliche Leistung Tugendhats verstellt.[700]

Pauer-Studer bezeichnet eben jene Leistung Tugendhats als „*Synthese von Regelmoral und Tugendmoral* und der Integration affektiver Haltungen“.[701] Bei Tugendhat kann die Frage nach dem Geltungsgrund einer Regelmoral nur beantwortet werden, wenn sich der Betroffene auch der tugendethischen Grundfrage stellt: „Was für ein Mensch, wer will ich sein?“ Forst verkürzt die Theorie Tugendhats auf die Motivationsproblematik und ignoriert seine Differenzierung zwischen blossen Motiven und plausiblen Gründen, mit denen jede Moraltheorie argumentiert.[702] Mit dem Fokus auf plausible Gründe kann Tugendhat sehr wohl Antwort auf die moraltheoretisch zweifellos zentrale Frage geben, welche Handlungen – aber auch Haltungen – vom moralischen Standpunkt her als richtig gelten können. Er konzentriert sich darüber hinaus eben auf eine zweite Problem-

---

Ethik die Theorie, Begründung oder Rechtfertigung dieser Regeln darstellt, *Siep*, S. 262; passend hier auch Luhmanns soziologische Definition von Ethik als „Reflexionstheorie der Moral“, *Luhmann*, Ethik, S. 358 ff.; so nützlich Forsts Unterscheidung auch ist, entspricht sie weder der Wortgeschichte von lat. „mores“ und griech. „ethos“, „scientia moralis“ und „ethike episteme“, noch unserem alltäglichen Sprachgebrauch, *Siep*, S. 262; eine differenzierte Unterscheidung von Ethik und Moral, der wohl ein grosser Teil der zeitgenössischen Philosophen in den wesentlichen Punkten zustimmen kann, stammt von Dietmar von der Pfordten, vgl. *Von der Pfordten*, Differenzierung, S. 33 ff.

[698] Zur Herkunft der Begriffe „Moral“ und „Ethik“ und zu den Übersetzungsirrtümern in der Philosophiegeschichte siehe *Tugendhat*, Ethik, S. 34 f.

[699] *Tugendhat*, Ethik, S. 35; *Pauer-Studer*, Ethik, S. 14.

[700] Immerhin gesteht Forst an anderer Stelle ein, dass sich ethische und moralische Gesichtspunkte – auch so wie er sie versteht – bei praktischen Fragen überlagern: „Wichtig ist [bei der Unterscheidung zwischen ethischen und moralischen Kontexten], diese Unterscheidung nicht zu einem strikten Dualismus zwischen abgegrenzten sozialen Sphären bzw. zwischen ‚Werten‘ und ‚Normen‘, dem ‚Guten‘ und ‚Richtigen‘, dem ‚nur für mich‘ und dem ‚für alle‘ Geltenden zu reifizieren, obwohl es im einzelnen sinnvoll ist, diese Begriffe in Bezug auf diese Kontextunterscheidungen anzuwenden. Ohne Zweifel überlagern sich ethische und moralische Gesichtspunkte bei vielen praktischen Fragen, die somit Antworten erfordern, bei denen diese Gesichtspunkte auf begründete Weise gegeneinander abgewogen werden müssen. Damit aber wird diese Kontextunterscheidung nicht obsolet […].“, *Forst*, Rechtfertigung, S. 29; siehe dazu auch *Forst*, Rechtfertigung, S. 102.

[701] *Pauer-Studer*, Andere, S. 252, Hervorhebung hinzugefügt.

[702] Zu Tugendhats Unterscheidung zwischen Gründen und Motiven siehe *Tugendhat*, Ethik, S. 29.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stellung, mit der sich alle Moralansätze, auch die Diskursethik, konfrontiert sehen; und zwar, wie Pauer-Studer schreibt, auf die Frage

> „[…] welche motivationalen Gründe Individuen zu bewegen vermögen, sich zur moralischen Gemeinschaft zu zählen und ein bestimmtes Moralkonzept zur Grundlage ihres Handelns und ihrer Einstellung zu machen. Der blosse Versuch eines Philosophen, diese Frage überhaupt ernstzunehmen, bedeutet noch keine Reduktion der Moral auf Anthropologie.“[703]

Tugendhats Systematisierung von Moralkonzepten hat sich auch weiterer Kritik stellen müssen. Eine der ausführlichsten Auseinandersetzungen mit seiner Theorie stammt sicherlich von Ursula Wolf, die sich in „Das Problem des moralischen Sollens“ (1984) zu wesentlichen Teilen auf Tugendhats Konzept bezieht.[704] Tugendhat nimmt ausführlich Stellung dazu in seinen „Retraktationen“ (1984), deren erstes Kapitel „Auseinandersetzungen mit Ursula Wolf“[705] heisst. Zum Thema der Kritik wird, nicht nur bei Wolf, etwa der Begriff der Moral im Zusammenhang mit Sanktionen.[706] Jürgen Habermas widmet Tugendhat schliesslich einen mehrseitigen Exkurs in seinem bekannten Aufsatz „Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm“ (1983), in dem er im Wesentlichen Tugendhats non-kognitivistische Position analysiert und seiner eigenen gegenüberstellt.[707]

D. Fazit

Wie bei Kelsen im Recht, so bei Tugendhat in der Moral: Als letzte Grundlage der Geltung bleibt ein „ich will“ übrig. Während Kelsens Theorie aber überhaupt erst dort anfängt, wo dieser Wille zur Normgeltung vorhanden ist, setzt Tugendhat schon weiter vorne an, und zwar bei der Motivstruktur und den Gründen, auf die sich der Wille stützt. Tugendhat greift dabei bis auf das menschliche Gewissen zurück, auf psychische Zustände wie Scham und Empörung, die mit dem moralischen Verpflichtetsein einhergehen. Aus dieser Perspektive heraus kann er Moraltheorien systematisch bis zu den entscheidenden Punkten durchdringen und so ihre Legitimität beurteilen. Letztlich zählt dabei die Plausibilität der Gründe, die eine Moraltheorie aufweisen kann, Gründe, eine bestimmte Auffassung vom „Gut“-Sein in seine Identität aufzunehmen und sich damit als Teil einer moralischen Gemeinschaft zu verstehen. Mit Blick auf die Menschenrechte lässt sich die besondere Herausforderung einer moralischen Begründung bereits erahnen: Eine Theorie muss Gründe anbieten können, die grundsätzlich für *alle* Menschen plausibel erscheinen, denn die moralische Gemeinschaft der Menschenrechte ist der Idee nach umfassend. Darauf wird nun abschliessend noch einzugehen sein.

---

703 *Pauer-Studer*, Andere, S. 253.
704 Siehe *Wolf*, Problem, S. 7 ff.
705 Siehe *Tugendhat*, Retraktationen, S. 132 ff.
706 Vgl. *Pauer-Studer*, Andere, S. 250 f.; *Wolf*, Problem, S. 200 ff.
707 Siehe *Habermas*, Diskursethik, S. 78 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

4. Teil

Legitimität von Menschenrechten

Aus rechtspositivistischer Sicht müssen Menschenrechte in ihrem umfassenden Sinne als moralische Rechte angesehen werden, die nur dort als juridische Rechte gelten, wo sie positiviert wurden.[1] Die Beurteilung ihrer Legitimität kann jeweils nur im Hinblick auf die entsprechende normative Natur erfolgen, also entweder als moralisches Recht oder als juridisches Recht. Dabei kann ganz auf die Ausführungen des vorhergehenden Teils verwiesen werden.[2]

In den folgenden Kapiteln werden nur diejenigen Aspekte aufgegriffen, bei denen die Geltung von Menschenrechten abweicht von der Geltung anderer moralischer und juridischer Rechte und die hinsichtlich der Legitimitätsfragen als relevant erscheinen.

§ 8 Besonderheiten der Geltung von Menschenrechten

A. Universalität und relativistische Kritik

I. Universelle Geltung als essentielles Charakteristikum

Die Idee der Menschenrechte besteht bekanntlich aus keiner einheitlichen Vorstellung. In den zahlreichen Versuchen einer Definition werden verschiedene Eigenschaften vorgebracht, die den Menschenrechten inhärent seien. Dazu gehören regelmässig: die Geltung als egalitär[3], kategorisch[4] und fundamental[5], als unteilbar[6], unveräusserlich[7] und abstrakt.[8] Nicht nur regelmässig, sondern nahezu immer gehört das Kriterium der *universellen Geltung* dazu.[9] Dieser Anspruch kann

---

[1] *Koller*, Geltungsbereich, S. 96; vgl. *Tasioulas*, Nature, S. 26; siehe *§ 3 A. Die umstrittene Natur der Menschenrechte*.

[2] *§ 6 Legitimität von positivem Recht* und *§ 7 Legitimität von Moral*.

[3] *Bielefeldt*, S. 159.

[4] *Lohmann*, Moral, S. 63; was mit „unbedingter Geltung" gleichgesetzt werden kann, *Pollmann*, Universalismus, S. 45.

[5] *Alexy*, Institutionalisierung, S. 246 ff.

[6] *Pollmann*, Gegner, S. 331.

[7] *Wildt*, Menschenrechte, S. 135.

[8] *Alexy*, Institutionalisierung, S. 253 f.; m. w. V. *Borowski*, S. 39.

[9] Teilweise auch nur indirekt bezeichnet, wie etwa bei John Tasioulas als „non-parochialism", *Tasioulas*, Nature, S. 18 f.; explizit jedoch in *Tasioulas*, Human, S. 349.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

als essentielles und weitgehend anerkanntes Charakteristikum der Menschenrechte angesehen werden; ihn zu bestreiten hiesse, die Menschenrechte zu bestreiten.[10] Gleichzeitig gilt die universelle Geltung als die anspruchsvollste Hürde in begründungstheoretischer Hinsicht. Damit man Menschenrechten legitime Geltung als solche zusprechen kann, kommt man um eine Auseinandersetzung mit der Universalitätsfrage nicht herum. Deshalb wird hier primär auf dieses Kriterium eingegangen.[11]

Menschenrechte gelten in zweierlei Hinsicht als universell: Erstens sind sie auf der Seite der Träger Rechte, die allen Menschen zustehen, ohne dass es eines besonderen Erwerbvorganges bedürfte.[12] Zweitens sind sie auf der Seite der Adressaten Rechte, die gegenüber allen gelten. Letzteres wird zwar von denen bestritten, die der Auffassung sind, dass Menschenrechte nur gegenüber staatlichen Institutionen gelten.[13] Insgesamt sprechen jedoch überzeugende Argumente dafür, dass sie auch an Einzelpersonen adressiert sind, etwa weil Staaten sonst gar keinen Grund hätten, die *Gewährleistung* jener Rechtsansprüche zu erzwingen: Staaten sind nicht nur verpflichtet, die Menschenrechte zu respektieren, sondern überdies auch, diese Rechte – „gleichsam in Vertretung aller einzelnen Personen"[14] – notfalls mit Zwangsmitteln zu gewährleisten. Als juridische Rechte gelten die Menschrechte damit zumindest indirekt oder im Sinne einer Drittwirkung auch gegenüber einzelnen Menschen.[15] Für die Geltung als moralische Rechte wird der Staat als juristische Konstruktion ohnehin nicht vorausgesetzt; sie gelten vor- und ausserstaatlich.[16] Martin Borowski in diesem Sinne:

> „[Man kann] den Staat, wenn und soweit er existiert, als juristische Zusammenfassung der Bürger ansehen, der dann als solche moralische Verpflichtungen besitzt."[17]

Nimmt man also beide Seiten der Universalität zusammen, sind die Menschenrechte „Rechte aller gegen alle"[18]; sie sind insofern „doubly universal" als sie Forderungen „of all human agents against all other human agents"[19] sind, wenn dabei auch aufseiten der Adressaten gewisse Differenzierungen nötig sind. So

---

[10] Statt vieler *Bielefeldt*, S. 159.

[11] Teilweise wird der Anspruch auf universelle Geltung auch als sammelnder Oberbegriff interpretiert, der die egalitäre, fundamentale, unteilbare etc. Geltung mit umfasst, vgl. *Pollmann*, Gegner, S. 331.

[12] M.w.V. *Borowski*, S. 41; siehe auch *§ 3 B. I. Eine Teilklasse moralischer Rechte*.

[13] Vgl. etwa *Wellman*, Conception, S. 48 ff. oder *Beitz*, S. 128.

[14] *Koller*, Geltungsbereich, S. 100 f.; vgl. auch *Forst*, Rechtfertigung, S. 321 f. und *Tugendhat*, Ethik, S. 351; m.w.V. zu dieser Debatte *Heilinger*, S. 193 f. und *Ringkamp*, S. 50 ff.

[15] *Lohmann*, Verständigung, S. 54.

[16] *Borowski*, S. 41.

[17] *Borowski*, S. 41.

[18] *Alexy*, Institutionalisierung, S. 248.

[19] *Griffin*, S. 177.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bestehen bestimmte Menschenrechte nur gegenüber einzelnen und nicht allen Menschen, Gruppen oder Staaten, wie etwa das Recht aller Kinder gegenüber ihrer Familie auf Fürsorge und Erziehung.[20] Ferner ist es fraglich, ob positive Rechte, wie das auf ein Existenzminimum, die Einzelnen auf gleiche Weise verpflichten, wie negative Abwehrrechte, etwa das Recht auf Unterlassung von Eingriffen in das Leben und die Freiheit. Dieses Problem könnte jedoch auch lediglich als ein organisatorisches angesehen werden, bei dem letztlich nur der Staat als Leistungspflichtiger in Frage kommt.[21]

Menschenrechte stellen somit Rechte dar, die eine normative Geltung für *alle* Menschen beanspruchen. Legitimatorisch ist das ein herausfordernder Anspruch: Für die moralischen Normen muss ein anerkennungswürdiger Geltungsgrund gefunden werden, dem alle Menschen mit guten Gründen zustimmen können. Für die juridischen Normen muss eine universelle Geltung aus der Grundnorm des Völkerrechts abgeleitet werden, sofern man hier überhaupt eine universelle juridische Geltung fordert, um als geltendes Menschenrecht anerkennungswürdig zu sein.

II. Ethischer Relativismus

Prinzipielle Kritik am Anspruch auf Universalität der Menschenrechte geht vom ethischen Relativismus aus.[22] Dabei ist zwischen zwei Auffassungen zu unterscheiden: Einerseits wird darunter die grundsätzliche *metaethische* These verstanden, dass es keine allgemeingültigen normativen Aussagen geben kann.[23] Andererseits können damit verschiedene *normative* Doktrinen gemeint sein, nach denen es falsch ist, wenn Menschen aus einer moralischen Gemeinschaft diejenigen kritisieren und in ihren Wertvorstellungen zu verändern versuchen, die aus einer anderen moralischen Gemeinschaft kommen.[24]

Letzteres, also ein sog. *normativer Relativismus*, wird als normative Forderung etwa im Bereich der Ethnologie und der kulturellen Anthropologie vorgebracht und verlangt eine respektvolle Haltung bei interkulturellen Begegnungen.[25] Letztlich läuft dies auf die Forderung nach zwischengesellschaftlicher Toleranz hinaus, womit schon der Haupteinwand gegen ein solches Verständnis von Relativismus erahnt werden kann: Toleranz ist selbst ein Wert. Wie kann nun die Allgemeingültigkeit von *diesem* Wert aufrechterhalten werden, während die Allgemeingültigkeit von Werten im Allgemeinen bestritten wird? Zur Vielfalt moralischer Überzeugungen zählen auch die verschiedenen Haltungen gegenüber dieser

[20] Beispiel übernommen aus *Alexy*, Institutionalisierung, S. 248.
[21] Vgl. *Alexy*, Institutionalisierung, S. 256 ff.
[22] *Wong*, S. 442 ff.
[23] Vgl. *§ 7 B. IV. Relativität der Geltungsgründe*.
[24] *Marks/Clapham*, S. 386.
[25] Vgl. *Wong*, S. 447 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vielfalt selbst, und *es steht dem Relativisten aus logischen Gründen nicht offen, eine Haltung der Intoleranz abzulehnen*.[26] David Wong prägnant:

> „If I pass judgement on those who pass judgement, I must condemn myself."[27]

Der ethische Relativismus wird im vorliegenden Zusammenhang nicht in einem normativen Sinn verstanden; von ihm selber geht kein ethisches Urteil aus.[28] Er ist stattdessen als These in der Metaethik zu verstehen, als Hypothese über die Natur der ethischen Rationalität, oder konkreter: als These über die Wahrheit oder die Berechtigung ethischer Urteile.[29] Um hier jedoch sprachlich abzugrenzen von der Debatte um den ethischen Realismus, sollte anstatt von einer „These über die Wahrheit" besser von einer „These über die Gültigkeit" oder allenfalls über die „Schlüssigkeit" von ethischen Urteilen die Rede sein.[30]

Der sog. *metaethische Relativismus* stellt die grundlegende Behauptung auf, dass ein ethisches Urteil, das gemäss einer bestimmten Norm gültig oder gerechtfertigt ist, gemäss einer anderen Norm nicht gültig oder gerechtfertigt sein muss, und dass – und dies ist die relativistische Kernthese – *zwischen den beiden Normen keine Beurteilung der rationalen Überlegenheit vorgenommen werden kann.*[31] Eine objektive Entscheidung über die Berechtigung ethischer Urteile ist für den Relativisten daher nicht möglich. John Tasioulas:

> „Thus, on the relativist's view, for any ethical judgment J, there is potentially a conflicting judgment J', and there is no objective manner through which the conflict between J and J' can be adjudicated. Consequently, ethical knowledge is always of a ‚local' variety, one that presupposes the standards of some individual or community."[32]

Auch im Rechtspositivismus wird *in der Regel* von einer solchen Position des metaethischen Relativismus ausgegangen.[33] So kommen für Hans Kelsen in einer wissenschaftlichen Wertlehre nur durch menschliche Willensakte gesetzte Normen und durch sie konstituierte relative Werte in Betracht:

---

[26] *Marks/Clapham*, S. 386.

[27] *Wong*, S. 447.

[28] Damit wird jedoch nicht ausgeschlossen, dass der ethische Relativismus in Verbindung mit anderen Prämissen grundsätzlich entscheidende Argumente für eine Version des normativen Relativismus bieten kann, vgl. *Tasioulas*, Relativism, S. 173.

[29] *Tasioulas*, Relativism, S. 173.

[30] Beim ethischen Realismus geht es um die Frage, ob ethisches Denken das Ziel anstreben und erreichen kann, eine *Realität* zu repräsentieren, die in gewissem Sinne unabhängig von menschlicher Überzeugung und Motivation existiert. Eine Abgrenzung des Relativismus vom Non-Kognitivismus sollte hier ausserdem vorgenommen werden, siehe *Tasioulas*, Relativism, S. 172 f.

[31] *Tasioulas*, Relativism, S. 172.

[32] *Tasioulas*, Relativism, S. 172.

[33] Es besteht jedoch *kein logisch notwendiger Zusammenhang* zwischen Rechtspositivismus und ethischem Relativismus, auch wenn eine relativistische Tendenz unter den rechtspositivistischen Theorien festzustellen ist, *Ott*, Rechtspositivismus, S. 114 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Daher konstituieren die von Menschen und nicht von einer übermenschlichen Autorität gesetzten Normen nur relative Werte. Das heisst: die Geltung einer solchen, ein bestimmtes Verhalten als gesollt setzenden Norm und der durch sie konstituierte Wert schliesst nicht die Möglichkeit der Geltung einer das entgegengesetzte Verhalten als gesollt setzenden, einen entgegengesetzten Wert konstituierenden, Norm aus. So kann die Norm, die Selbstmord oder Lüge unter allen Umständen verbietet, ebenso gelten, wie die Norm, die Selbstmord oder Lüge unter gewissen Umständen erlaubt oder geradezu gebietet, ohne dass es möglich wäre, auf rationalem Wege zu beweisen, dass nur die eine, nicht aber die andere als gültig angesehen werden könne. Man kann die eine oder die andere Norm (aber nicht beide zugleich) als gültig ansehen."[34]

Der relativistische Standpunkt ermöglicht verschiedene Ansätze der Kritik, die gegen die Annahme absoluter Geltung ethischer Theorien vorgebracht werden können. Allgemein kann sich die relativistische Kritik auf die zugrunde gelegten Fakten, die Rationalitäts- oder auch die Präferenzannahme beziehen, sie kann sich gegen die Vorstellung einer bestimmten Funktionalität von Moral richten und sie ist grundsätzlich als interne wie auch als externe Kritik einer Norm- und Wertegemeinschaft denkbar.[35]

Konkreter und auf die Menschenrechte bezogen, werden mit dem Relativismus vor allem „*kulturrelativistische Einwände gegen den Universalismus*"[36] vorgebracht. Arnd Pollman führt mehrere solcher Einwände auf, wie etwa den gegen einen „dekontextualisierten Universalismus", womit die Übertragung einer bestimmten Interpretation der Menschenrechtsidee auf alle erdenklichen Kontexte und Kulturkreise beklagt wird. Damit verknüpft ist der Einwand des „Eurozentrismus", der auf die historische Genese der Menschenrechte abzielt und darauf, dass sie als normatives Konstrukt westlicher Prägung umstandslos auf islamische, afrikanische oder asiatische Werte- und Rechtskulturen übergestülpt werden. In diesem Sinne warnt er auch mit dem Einwand des „Anti-Pluralismus" davor, die kulturelle und menschliche Vielfalt uniformieren zu wollen. Damit einher geht die Kritik am „Individualismus", der im Menschenrechtsdenken elementar ist und dort über eine gemeinschaftsorientierte Sicht gestellt werde. Dies führt schliesslich zum Einwand des „Imperalismus", bei dem die westliche Menschenrechtspolitik als Ausdruck eines ideologischen Machtstrebens gesehen wird.[37]

Realpolitisch wurde in der sog. *asian values debate* auf anschauliche Weise mit diesen relativistischen Einwänden argumentiert. An der UN-Konferenz 1993 in Wien erklärten asiatische Regierungssprecher, dass in den von ihnen vertrete-

---

[34] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 18.

[35] *Tasioulas*, Relativism, S. 191 ff.

[36] *Pollmann*, Gegner, S. 332; diese Quellenangabe bezieht sich auch auf die übrigen Wortzitate in diesem Absatz.

[37] *Pollmann*, Gegner, S. 333.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nen Ländern den Menschenrechten nur eine beschränkte Geltung zukommen könne. Sie seien ein Produkt der europäisch-amerikanischen Kultur und der asiatischen Kultur gegenüber fremd und unangemessen.[38] Zugespitzt wurde dies zu dem Vorwurf, dass mit Menschenrechten eine Form von Neokolonialismus mit westlichen Werten und den damit verknüpften ideologischen Modellen betrieben werde.[39] Der westliche Individualismus verdränge den traditionellen asiatischen Kollektivismus, so die Hauptkritik. Auf diese Weise werde das sensible und bewährte Verhältnis zwischen dem Staat und seinen Bürgern, das den innersten Kern staatlicher Souveränität ausmache, ungerechtfertigt beeinträchtigt und gefährdet.[40] Deshalb könne in Asien nur eine asiatische Version der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte volle Geltung erlangen – was übertragbar sei auf islamische und afrikanische Staaten –, in Europa gelte schliesslich auch eine europäische Variante.[41]

Wird nun daran festgehalten, dass die Legitimität von Menschenrechten an den Anspruch auf universelle Geltung geknüpft wird, muss auf solche relativistischen Argumente eingegangen werden. Die Herausforderung einer anerkennungswürdigen Begründung besteht darin, die vorhandenen kulturellen Unterschiede ernst zu nehmen und den Bogen über unterschiedliche Wertvorstellungen spannen zu können. Nur so kann der Geltungsgrund der Menschenrechte Legitimität beanspruchen. Kulturspezifische Argumentationen und kulturrelative Moralauffassungen können kaum zu einer universellen Geltung führen.[42]

III. Universalismus ohne Absolutismus?

Die Begründung des universellen Geltungsanspruchs der Menschenrechte wird durch die verbreitete Auffassung erschwert, dass der Universalismus nur in einer absoluten Weise begründet werden könne.[43] Als moralische Rechte werden die Menschenrechte etwa in der Kant'schen Tradition von einer absolut gesetzten Vernunft ausgehend verstanden, und auch aus einer absolut gesetzten Menschenwürde wird die Geltung der Menschenrechte abgeleitet.[44]

Was nun, wenn die Idee einer absoluten Begründung als solche prinzipiell verworfen wird?[45] Müsste dann gemäss dieser Logik auch die Möglichkeit einer

---

[38] *Sen*, Truths, S. 40 ff.

[39] *Rein*, 243.

[40] *Steiner*, S. 303, 311 ff.

[41] Vgl. *Lohmann*, Verständigung, S. 47.

[42] Vgl. *Pachmann*, S. 29 f.

[43] So etwa David Wong, der in seinen Erörterungen den Begriff „absolutism" explizit kurzerhand mit „universalism" ersetzt, *Wong*, S. 442.

[44] Vgl. *Lohmann*, Begründung, S. 219.

[45] So etwa bei Ernst Tugendhat in der Auseinandersetzung mit Kants Vernunftkonzeption, *Tugendhat*, Ethik, S. 70 ff.; siehe auch *§ 7 B. IV. Relativität der Geltungsgründe*.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

universellen Normgeltung und damit die vorherrschende Idee von universellen Menschenrechten verworfen werden? Diese Frage müssten sich auch jene Rechtspositivisten stellen, die absoluten Werten prinzipiell keine wissenschaftliche Zugänglichkeit einräumen. Manche Autoren gehen unter anderem deshalb davon aus, dass die Konstruktion der Menschenrechte aus methodischen Gründen keinem rechtspositivistischen Ansatz folgen könne.[46] Kelsen zu absoluten Werten:

> „Wenn aber die den Wert konstituierende, ein bestimmtes Verhalten vorschreibende Norm als von einer übermenschlichen Autorität, von Gott oder der von Gott geschaffenen Natur ausgehend vorgestellt wird, tritt sie mit dem Anspruch auf, die Möglichkeit der Geltung einer das entgegengesetzte Verhalten vorschreibenden Norm auszuschliessen. Den durch eine solche Norm konstituierten Wert bezeichnet man als *absolut*; im Gegensatz zu dem Wert, der durch eine durch menschlichen Willensakt gesetzte Norm konstituiert wird. *Für eine wissenschaftliche Wertlehre kommen jedoch nur durch menschliche Willensakte gesetzte Normen und durch sie konstituierte Werte in Betracht.*“[47]

Eine notwendige Verknüpfung von universeller Geltung und einer absoluten Konzeption wird hier jedoch abgelehnt. Und damit wird auch von der Vorstellung Abstand genommen, dass eine ausschliessende Wahl zwischen Universalismus und Relativismus bestehen muss. Diese Auffassung ist zwar gängig, scheint aber auf einer *Kategorienverwechslung* zu beruhen.[48] Die relevanten Grundbegriffe sind vielmehr wie folgt zu ordnen:

> „Der direkte Gegenbegriff zu ‚Universalismus‘ ist ‚Partikularismus‘, der direkte Gegenbegriff zu ‚Relativismus‘ ist eine ‚absolute Auffassung‘ oder in diesem Sinne ein ‚Absolutismus‘.“[49]

Geht man von dieser Paarbildung aus, ist eine relative Begründung und gleichzeitig ein universeller Geltungsanspruch durchaus denkbar. Im Zusammenhang mit den Menschenrechten beziehen sich die beiden Gegenbegriffe „Universalismus“ und „Partikularismus“ nämlich darauf, ob die Norm für alle *Geltung* hat oder nicht. Hingegen macht man mit den Begriffen „Absolutismus“ und „Relativismus“ metaethische Aussagen über die *Gültigkeit oder die Berechtigung* normativer Urteile. Der Relativismus kann zwar, muss aber nicht zu einem Partikularismus führen. So können sich auch Relativisten wie Ernst Tugendhat oder John L. Mackie ohne Weiteres den menschenrechtlichen Begründungsfragen stellen: Auch für sie *gelten* die Menschenrechte universell, für alle und gegenüber allen.[50]

---

[46] Siehe *Rödl*, S. 29 ff.
[47] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 18, Hervorhebungen hinzugefügt.
[48] *Lohmann*, Begründung, S. 219.
[49] *Lohmann*, Begründung, S. 220; so etwa auch *Bielefeldt*, S. 160.
[50] Siehe *Tugendhat*, Ethik, S. 344 ff.; *Mackie*, Theory, S. 116 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Menschenrechte oder -pflichten?

Üblicherweise sind es die *Pflichten* und ihre Geltungsgründe, auf die bei Fragen nach der Legitimität moralischer oder rechtlicher Normen gezielt wird. Allgemein geht es in Normentheorien nämlich um Soll-Forderungen an menschliches Verhalten und diese werden herkömmlich über den Pflichtbegriff gefasst.[51] In der Diskussion um Menschenrechte stehen jedoch mehrheitlich *Rechte* und ihre Geltungsgründe im Zentrum. Prinzipiell hat man hier nun zwei Optionen: Entweder stellt man die Legitimitätsfragen in Bezug auf die Menschenrechte anders als in allgemeinen Normentheorien und orientiert sich primär an Rechten, oder aber man begründet auch die Geltung der Menschenrechte ganz aus der Perspektive der Pflichten, die korrespondierend zu den Rechten sind. In den verschiedenen Theorien zu Menschenrechten werden beide Positionen vertreten. Wesentlich bei dieser begründungstheoretischen Frage ist, ob man Normen begrifflich-konzeptionell mit Primat der Rechte oder mit Primat der Pflichten versteht.[52]

I. Korrelativität zwischen Rechten und Pflichten

Es herrscht weitgehende Einigkeit darüber, dass eine gewisse Korrelativität zwischen Rechten und Pflichten besteht.[53] Um dieses normative Verhältnis zu klassifizieren, kann auf die bekannte Unterteilung von Wesley N. Hohfeld zurückgegriffen werden. Er unterscheidet vier elementare Typen von Rechten: Ansprüche, Freiheiten, Kompetenzen und Immunitäten.[54] Dabei sind für ihn die Ansprüche („rights“ oder „claims“) als „Rechte im strikten oder engeren Sinne“ zu verstehen; als Korrelat dazu steht der Begriff der Pflicht.[55] Die Mehrzahl der juridischen wie auch der moralischen Rechte hat Ansprüche zum Gegenstand; bei den anderen möglichen Konfigurationen von Rechten korrelieren die Pflichten nicht so eng und direkt.[56] Jedes Menschenrecht besteht nun aus einem Bündel von solchen Hohfeld'schen Typen von Rechten, und dieses Bündel umfasst

---

[51] Vgl. *Schnüriger*, S. 217 ff.; siehe *§ 5 Normative Ordnungen und ihre Rechtfertigung*.

[52] Kelsen bemerkt, dass im Bereich der Moral häufiger die Verpflichtung betont werde, hingegen im Bereich des Rechts die Berechtigung, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 130 f.; Mackie erachtet es als schwierig, für die Moral überhaupt ein überzeugendes Beispiel einer rechtebasierten Theorie zu nennen, sofern man Rawls Theorie nicht für eine solche hält, *Mackie*, Theory, S. 105.

[53] *Lyons*, S. 45; vgl. dazu *Feinberg*, Nature, S. 243 ff.

[54] Im Original: „right“, „privilege“, „power“, „immunity“, *Hohfeld*, S. 710; deutsche Übersetzung in *Schnüriger*, S. 29.

[55] Im Original: „duty“, *Hohfeld*, S. 717; vgl. *Schnüriger*, S. 29; so auch *Hart*, Natural, S. 179.

[56] *Koller*, Rechte, S. 155.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wenigstens einen Anspruch seiner Inhaber, dem eine entsprechende Pflicht der Adressaten korrespondiert.[57] Peter Koller hält fest,

> „[…], dass jedes Menschenrecht seinen Inhabern, also allen Menschen, *wenigstens einen Anspruch* gewährt, aus dem eine entsprechende *Verhaltenspflicht* seitens der Adressaten resultiert.“[58]

Hohfelds Vorstellung einer Korrelativität zwischen Rechten und Pflichten wird mitunter auch als ein „Verhältnis der begrifflichen Notwendigkeit“ aufgefasst.[59] Wenn zum Beispiel X das Recht gegenüber Y hat, 100 Franken von diesem zu erhalten, dann kann man die korrelative Pflicht von Y in der präzisen Weise bestimmen, dass Y 100 Franken an X auszahlen muss. Der Kerngedanke dieser starken Form von Korrelativität ist, dass es kein Recht ohne eine korrespondierende Pflicht, und keine Pflicht ohne ein korrespondierendes Recht geben kann, genauso wenig wie es einen Ehemann ohne Ehefrau oder einen Vater ohne ein Kind geben kann.[60] Dies impliziert, dass sich aus der Aussage „Esther ist die Ehefrau von Franz“ zweifelsfrei und ohne weitere Information schliessen lässt, dass Franz der Ehemann von Esther ist. Analog gilt dies hier für das Verhältnis von Rechten bzw. Ansprüchen und Pflichten:

> „Aus einem inhaltlich vollständig ausformulierten Anspruch kann […] ohne weitere Information die entsprechende, vollständig ausformulierte Pflicht abgeleitet werden […].“[61]

Die Interpretationen und Schlussfolgerungen zu dieser Korrelativität fallen mitunter sehr verschieden aus. Neben Positionen, die von einem so eindeutigen „Verhältnis begrifflicher Notwendigkeit“ ausgehen, finden sich in der Literatur mehrheitlich vagere Beschreibungen wie etwa die von einem „logischen Äquivalenzverhältnis“.[62]

II. Primat der Rechte

Eine solch starke und eindeutige Korrelativität zwischen Rechten und Pflichten sieht etwa James Griffin in Bezug auf die Menschenrechte bestehen:

> „The content of a human right is also the content of the corresponding duty. What one party may demand, as of human right, another party has some sort of obligation to supply. We have only to know the content of human rights. But deciding that, of course, is not always easy.“[63]

---

[57] Vgl. *Alexy*, Theorie, S. 171 ff.

[58] *Koller*, Geltungsbereich, S. 102 f.

[59] *Schnüriger*, S. 30.

[60] *Salmond*, S. 264; vgl. auch *Lyons*, S. 47.

[61] *Schnüriger*, S. 30.

[62] Ob im strengen Sinne eine Korrelation von Rechten und Pflichten besteht, ist eine Frage der Modallogik bzw. der deontischen Logik und wird dort mit Mitteln moderner Formalisierungssysteme diskutiert. Darauf kann hier nicht vertieft eingegangen werden, vgl. aber m. w. V. *Schnüriger*, S. 31 ff.

[63] *Griffin*, S. 97.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Griffin folgert daraus, dass es genüge, den Inhalt der Rechte zu kennen. Auch andere Rechtstheoretiker, wie etwa John L. Mackie oder Joel Feinberg, vertreten die These, dass das subjektive *Recht* der grundlegendere Normbegriff – vor allem in der Moral – sei und dass der Begriff der Pflicht an einer nachgeordneten Stelle rangiere.[64] Für Mackie stimme eine auf Rechte basierte Normkonzeption nur schon besser mit unseren Intuitionen überein: Wenn man Moral als menschengemacht und nicht als Produkt einer göttlichen Kraft versteht, dann sei es kaum verständlich, Pflichten als Ausgangspunkt zu nehmen, denn man gebe sich ja keine Gesetze um der reinen Beschränkungen willen, sondern nur um der korrelativen Rechte willen, die sie schaffen.[65]

So spricht sich auch Feinberg dafür aus, von Rechten auszugehen, weil eben – wie häufig eingewendet wird – nicht schon alles durch moralische Pflichten gesagt werden könne und die korrelativen Rechte deshalb auch nicht redundant würden.[66] Anschaulich macht er dies in einem Beispiel, wo A das Recht von B verletzt: Würde sich B nur auf den Pflichtbegriff stützen, könnte er bloss sagen „Du hast falsch gehandelt!“, erst wenn er sich primär auf ein Recht berufen kann, ist es ihm möglich zu sagen „Du hast *mich* falsch behandelt!“. Ohne ein Recht, könnte B dem A seine Handlung nicht einmal direkt vorwerfen, A könnte einfach antworten: „Was geht es dich an, ob ich meine Pflichten erfülle? Das ist eine Sache zwischen mir und meinem Gewissen!“.[67] Weiter argumentiert Feinberg, dass es einer Person durch subjektive Rechte ermöglicht wird, einen bestimmten Grad an Kontrolle über die Pflichten einer anderen Person auszuüben: Sie kann eine andere Person etwa von ihren Pflichten entbinden. Allein mit dem Pflichtbegriff könne dieser Sachverhalt nicht ausgedrückt werden.[68]

Wer von einem Primat der Rechte ausgehe, müsse ihnen jedoch immer zwei Dimensionen geben, wie Feinberg festhält: Einerseits sei ein Recht ein Recht *auf etwas*, andererseits immer auch ein Recht *gegenüber jemandem*.[69] Wenn man mit ihnen nur den Gegenstand des Rechts in den Blick nehme, nicht aber auch den Adressaten, lägen lediglich „Manifestrechte“ vor, wie er es mit einer berühmt ge-

---

[64] In seinem bekannten Aufsatz „Can There Be A Right-Based Moral Theory“ (1978) stellt Mackie neben *Rechte* und *Pflichten* als mögliche Basis von Moral auch *Ziele*, was ihn zu einer Auseinandersetzung mit deontologischen, teleologischen und eben rechtebasierten Ethiken führt, siehe *Mackie*, Theory, S. 105 ff.; kritisch zu dieser Gegenüberstellung *Tugendhat*, Ethik, S. 337 f.; vgl. *Feinberg*, Defense, S. 205.

[65] *Mackie*, Theory, S. 108 f.

[66] *Feinberg*, Nature, S. 249 ff.; *Feinberg*, Defense, S. 203 f.; zu diesem Einwand siehe m. w. V. gleich nachfolgend *§ 8 B. II. Primat der Pflichten*.

[67] Vollständige Zitate im englischen Original: „you acted wrongly“, „you wronged me“, „What business is it of yours whether I perform my duties? That is a matter between me and my conscience, or between me and God. It is no proper concern of yours, so stay out of it“, *Feinberg*, Defense, S. 204.

[68] *Feinberg*, Defense, S. 204.

[69] *Feinberg*, Nature, S. 254.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wordenen Bezeichnung ausdrückt.[70] Gerade wenn Politiker Menschenrechtserklärungen verabschieden, schreiben sie den Menschen häufig ein Recht auf grundlegende Güter zu, unabhängig davon, ob sich auch Verpflichtete identifizieren lassen, die in Bezug auf diese Güter in der Pflicht stünden.[71] Solchen Manifestrechten fehle die intersubjektive Dimension, weshalb sie nicht als Rechte im engeren Sinne zu verstehen seien.[72]

Gerade bei den Menschenrechten scheint die Frage nach den korrespondierenden Pflichten aber etwas komplizierter zu sein als Griffin im Zitat oben annimmt, wo er postuliert, dass es genüge, den Inhalt der Rechte zu kennen. Oft ist es nämlich nicht möglich die Verantwortlichen von Menschenrechtsverletzung direkt zu identifizieren: Zu denken ist etwa an strukturelle Verletzungen des Menschenrechts auf ausreichende Ernährung, die mitunter Welthunger auslösen können.[73] Ob es nun an Regierungsversagen oder an Nahrungsmittelspekulationen liegt, eine unmittelbare kausale Zuordnung der Verantwortlichkeit wird in solchen Fällen oft scheitern. Und wer in der Folge welche Pflichten übernehmen muss, das wird dabei meist nicht geklärt.[74] So fordert auch Onora O'Neill, dass in Menschenrechtserklärungen die Verantwortlichkeiten klar an Individuen, Staaten, internationale Institutionen oder Konzerne zugeteilt und nicht einfach ausgeklammert werden sollen.[75] Sie kritisiert, dass in vielen Theorien der Akteurstatus verschwommen bleibe und man sich stattdessen in abstrakten Darstellungen ethischer Erfordernisse ergehe. Solche Abstraktheit verhindere die Bestimmung, wem Pflichten auferlegt werden sollten und führe letztlich zu eben jenen inhaltslosen Manifestrechten.[76]

III. Primat der Pflichten

Ein pflichtenbasiertes ethisches Denken nimmt die Einschränkungen für das Handeln in den Blick und versucht, die *Forderungen* zu bestimmen, die Rechteinhaber gegenüber anderen geltend machen können.[77] Auch unter den Befürwortern des normtheoretischen Pflichtenprimats finden sich unterschiedliche Positionen, je nachdem, ob sie eine starke oder eine vage oder überhaupt keine Korrelativität zwischen Rechten und Pflichten annehmen.

---

[70] Im Original: „‚manifesto sense' of ‚right'", *Feinberg*, Nature, S. 255.

[71] *Schnüriger*, S. 69 f.

[72] *Feinberg*, Nature, S. 254 f.; so auch *Koller*, Geltungsbereich, S. 99; vgl. *Hörnle*, S. 37.

[73] Das Menschenrecht auf ausreichende Ernährung ist in Art. 25 AEMR sowie in Art. 11 UN-Sozialpakt verankert; siehe auch AwskR: Allgemeine Bemerkung Nr. 12, E/C.12/1999/5, 12. Mai 1999.

[74] Vgl. *Heilinger*, S. 188.

[75] *O'Neill*, S. 191.

[76] *O'Neill*, S. 191, 205 f.

[77] *O'Neill*, S. 201 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

So lässt sich die Korrelativität zwischen Rechten und Pflichten für O'Neill nur auf einer hohen Abstraktionsebene herstellen, nicht aber auf einer niedrigeren.[78] Es komme regelmässig vor, dass es zu einer anerkennungswürdigen Verpflichtung, zum Beispiel Bedürftigen zu helfen, kein konkretes Gegenstück unter den Rechten gibt, was dazu führe, dass diese Verpflichtung von all jenen Theorien nicht berücksichtigt werde, die von Rechten als Primat ausgehen. Für O'Neill klafft daher konzeptionell „eine Lücke zwischen Rechten und Pflichten"[79], was es notwendig mache, die Geltung von Menschenrechten begründungstheoretisch von den Pflichten aus herzuleiten. Einen ähnlichen Gedanken mussten auch die Verfasser der „Allgemeinen Erklärung der Menschenpflichten" verfolgt haben: Sie schlagen 19 Artikel mit Pflichten vor, die die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 ergänzen sollen.[80] Dieses Unterfangen kann nur dann als sinnvoll erachtet werden, wenn man davon ausgeht, dass die Rechte aus der AEMR nicht mit entsprechenden Pflichten korrelieren oder dass zumindest der „wechselseitige Zusammenhang von Rechten und Pflichten […] gestört sei […]".[81]

Eine formalisiertere Perspektive nimmt Hans Kelsen ein. Ähnlich wie Griffin – nur umgekehrt – hält er das, was herkömmlich als „subjektives Recht" bezeichnet wird, nur für einen „Reflex" der Pflicht, man könne es auch als „Reflexrecht" bezeichnen: „Das Reflexrecht des einen besteht nur in der Pflicht des anderen" und mit dem Pflichtbegriff werde dieser rechtliche Sachverhalt schon erschöpfend beschrieben.[82] Während Griffin noch an der Bedeutung des korrelativen Gegenbegriffs festhält, wird für Kelsen dieser Begriff des subjektiven Rechts schlicht überflüssig, weil *redundant*, zumindest vom Standpunkt einer wissenschaftlich exakten Beschreibung des rechtlichen Sachverhaltes. Der Begriff des subjektiven Rechts mag in diesem Sinne höchstens noch „als Hilfsbegriff die Darstellung […] erleichtern".[83] Kelsen:

---

[78] *O'Neill*, S. 202 f.; zur Problematik der Abstraktion siehe auch *Shue*, Menschenrechte, S. 344 ff. sowie *§ 9 A. II. 1. Abstraktion: ein Dilemma universeller Begründungen*.

[79] *O'Neill*, S. 203.

[80] Die „Universal Declaration of Human Responsibilities" wurde am 1. September 1997 vom InterAction Council, einem Zusammenschluss ehemaliger Staatsmänner und -frauen unter dem Ehrenvorsitz von Helmut Schmidt, zum 50. Jahrestag der AEMR der UN-Generalversammlung vorgeschlagen; eine kritische Würdigung dazu findet sich in *Lohmann*, Deklaration, S. 12 ff.

[81] *Lohmann*, Deklaration, S. 13 f.

[82] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 132 f., 134; vgl. *Griffin*, S. 97; ein ganz ähnlicher Grundgedanke findet sich auch bei H. L. A. Hart, und zwar, dass sich alles, was mit dem Begriff des subjektiven Rechts gesagt werden kann, auch in der Terminologie von Pflichten ausdrücken lasse: Auf den Rechtsbegriff lasse sich deshalb womöglich verzichten, nicht jedoch auf die Terminologie der Pflicht, *Hart*, Essays, S. 181 f.; zu Harts einflussreichem eigenem Rechtsbegriff siehe *Schnüriger*, S. 97 ff.

[83] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 133; zur sog. Redundanzthese, die in verschiedenen Varianten auch von anderen vertreten wird, siehe *Schnüriger*, S. 72 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Dieser als ‚Recht' oder ‚Anspruch' eines Individuums bezeichnete Sachverhalt ist aber nichts anderes als die Pflicht des oder der anderen. Spricht man in diesem Falle von einem subjektiven Recht oder einem Anspruch eines Individuums, als ob dieses Recht oder dieser Anspruch etwas von der Pflicht des oder der anderen Verschiedenes wäre, *so erzeugt man den Schein von zwei rechtlich relevanten Sachverhalten, wo nur einer vorliegt*."[84]

Für Kelsen besteht das Primat der Pflichten genau genommen nicht im Sinne einer hierarchischen Überordnung über Rechte, denn für ihn beschreiben Rechte und Pflichten denselben normativen Sachverhalt – „das Reflexrecht [ist] mit der Rechtspflicht *identisch*"[85] –, nur aus anderen Perspektiven.[86] Die Perspektive der Pflichten sei aber zu bevorzugen, nur schon weil ein subjektives Recht eine korrespondiere Pflicht voraussetzt, umgekehrt jedoch nicht.[87] Als *Subjekt* in einer Rechtsbeziehung solle nur der Verpflichtete gelten; das Individuum, dem gegenüber die Pflicht besteht, könne dann nur als das *Objekt* von dessen Verhalten gelten. Ein Beispiel für Pflichten, die kein korrespondierendes Recht haben, ist etwa das Verbot, gewisse Blumen zu pflücken oder gewisse historisch bedeutsame Gebäude zu zerstören. Diese Pflichten bestünden dann gegenüber der Rechtsgemeinschaft, die an diesen Objekten interessiert sei und nicht gegenüber der Blume oder dem Gebäude. Eine Subjektstellung der Blumen oder der geschützten Gebäude werde aber nicht deshalb verneint, weil es keine Menschen oder Personen wären, sondern weil aus dieser Perspektive das Subjekt nur Subjekt einer Pflicht sein könne.[88]

Kelsen hält nun aber fest, dass ein Mensch, der Objekt von pflichtgemässem Verhalten ist, dennoch eine Subjektstellung einnehmen und in diesem Sinne „subjektive Rechte" haben könne: Wenn er nämlich die Nichterfüllung der Pflicht durch Klage geltend macht. Dann liege aber ein völlig anderer Sachverhalt als der des eigentlichen Reflexrechtes vor.[89] Vielmehr sei hier von einer „Ermächtigung" oder prägnanter: von einer „Rechtsmacht" des Berechtigten die Rede, mit der ein Reflexrecht – also die Erfüllung einer Pflicht – geltend gemacht werden könne:

„[N]ur in der Ausübung dieser Rechtsmacht ist das Individuum ‚Subjekt' eines von der Rechtspflicht verschiedenen Rechtes. Nur wenn die Rechtsordnung eine solche Rechtsmacht verleiht, liegt ein von der Rechtspflicht verschiedenes Recht im subjektiven Sinne vor, ein subjektives Recht im technischen Sinne, das die zur Geltendmachung der Nichterfüllung einer Rechtspflicht verliehene Rechtsmacht ist."[90]

---

[84] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 132, Hervorhebung hinzugefügt.
[85] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 134, Hervorhebung hinzugefügt.
[86] Vgl. *Heilinger*, S. 189.
[87] Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 133, 135.
[88] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 133 f.
[89] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 134.
[90] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 139.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Diese Position ist nun explizit in der Nähe der traditionellen *Willenstheorie* zu verorten, der zufolge das subjektive Recht als eine „Willensmacht“[91] oder als „exclusive control […] over another person's duty“[92] verstanden wird.[93] Dabei verstehe man aber meistens unter einem subjektiven Recht *nicht allein* diese Willensmacht, sondern diese Willensmacht in Verbindung mit der eigentlichen Rechtspflicht, die so geltend gemacht werden kann; in Kelsen Worten: „ein mit dieser Rechtsmacht ausgestattetes Reflexrecht“[94], wobei das Schwergewicht auf dem Reflexrecht liege. Grundsätzlich könnten auf diese Weise auch Grund- und Freiheitsrechte als subjektive Rechte angesehen werden, jedoch nur, sofern die Rechtsordnung den Individuen die Rechtsmacht verleihe, gegen die Verletzung dieser Grund- und Freiheitsrechte vorzugehen, entweder generell, für alle Fälle, oder individuell, nur für den konkreten Fall.[95]

Die Vertreter der Willenstheorie subjektiver Rechte im 19. und frühen 20. Jahrhundert richteten sich weitgehend an der juridischen Dimension aus: Das Paradigma war hier die Einforderbarkeit von juridischen Pflichten über die Klage vor einem Gericht.[96] Ob die Kompetenz, eine Sanktionierung der Pflichtverletzung einfordern zu können, auch auf *moralische* Rechte übertragbar ist, ist umstritten. Ohne Weiteres lässt sich jedoch „weder […] voraussetzen, dass in moralischen Kontexten ein institutionalisiertes Klageverfahren vorgesehen ist, noch ist unmittelbar klar, an welche Instanz die Klage gerichtet werden könnte“.[97] Zu erwähnen ist hier aber Carl Wellman, der die Vorstellung verteidigt, dass auch moralische Rechte eine Kontrolle über die korrelierenden Pflichten erlauben. Dabei setzt er voraus, dass es andere Glieder der moralischen Gemeinschaft gebe, an die sich ein moralisch Berechtigter wenden könne, um die Erfüllung der moralischen Pflicht gegenüber dem Pflichtsubjekt fordern zu können.[98] Dies geschehe über negative Sanktionen, ähnlich wie bei Tugendhat, der als innere Sanktion der Pflichtverletzung u. a. die Scham bezeichnete, die durch die Empörung der anderen Menschen in der moralischen Gemeinschaft ausgelöst werde.[99]

Diese Ausführungen verdeutlichen, wie differenziert konzeptionell zwischen Rechten und Pflichten unterschieden werden kann, was schliesslich bei der Su-

---

[91] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 139.

[92] *Hart*, Essays, S. 183.

[93] Siehe auch *§ 3 B. II. In welchem Sinn ist ein moralisches Recht als „Recht“ zu verstehen?*; schon Kant hat in einer abstrakten Definition das subjektive Recht als ein „Vermögen, andere zu verpflichten“ beschrieben, *Kant*, MS AA VI, S. 239.

[94] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 140.

[95] Differenziert zum Status der Grund- und Freiheitsrechte als subjektive Rechte siehe *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 145 ff.

[96] *Schnüriger*, S. 99.

[97] *Schnüriger*, S. 99; vgl. auch *Lohmann*, Moral, S. 66; vgl. *Tugendhat*, Ethik, S. 339 ff.

[98] *Wellman*, Duties, S. 218 ff.

[99] Vgl. *Tugendhat*, Ethik; 45 ff., 59 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

che nach legitimen Geltungsgründen Berücksichtigung finden sollte. Auch wenn man normtheoretisch dem Primat der Pflichten folgt, muss man sich fragen, inwiefern auch die Rechtsmacht zur Geltendmachung dieser Pflichten – die ja nun gerade nicht einfach zum Reflex der Rechtspflicht gehört – in einer Geltungstheorie berücksichtigt werden kann. Natürlich besteht auch die Möglichkeit, Menschenrechte schlicht ohne diese subjektive Komponente, also konkret: ohne die Möglichkeit der individuellen Einforderbarkeit, zu verstehen. Für Kelsen jedenfalls stellt die Statuierung von solchen subjektiven Rechten im technischen Sinne „nur eine mögliche, keine notwendige, inhaltliche Gestaltung des objektiven Rechtes dar, eine besondere Technik, deren sich das Recht bedienen kann, aber durchaus nicht bedienen muss“.[100]

IV. Rechte als mögliche Gründe für Pflichten

Um auf die vorliegend interessierende Frage nach der Legitimität von Menschenrechten zurückzukommen, sei daran erinnert, dass Rechts- und Moralnormen grundsätzlich dann normativ legitim sind, wenn die *Gründe ihrer Geltung* anerkennungswürdig sind.[101] Wie soeben dargelegt, lassen sich Menschenrechte begrifflich sowohl ausgehend von den Pflichten als auch von den korrespondierenden Rechten her verstehen. Im Hinblick auf die Begründung der Geltung lassen sich beide Positionen formal wie folgt fassen.

Die Geltungsgründe von Menschenrechten unterscheiden sich prinzipiell nicht von den Geltungsgründen anderer Normen: Sie geben eine Antwort auf die Frage, warum und inwiefern von den Normadressaten ein Sollen gefordert werden können soll, weshalb also eine Pflicht ihnen gegenüber geltend gemacht werden kann. Eine Vielzahl von Theorien liefern hier Begründungen: für moralische Menschenrechte beispielsweise über einen Gesellschaftsvertrag oder ein Natur- bzw. Vernunftrecht, für juridische Menschenrechte etwa über anerkannte Rechtsquellen oder eine Grundnorm. Nun können aber subjektive Rechte selber, d. h. ihre Existenz und ihr Inhalt, als eine Möglichkeit der Begründung angesehen werden. *Rechte wären so Geltungsgründe für Pflichten.* Diese Rechte wiederum können verschieden hergeleitet werden, zu denken ist etwa an eine „Rechtestiftende Autorität […] wie z. B. Gott oder eine bestimmte politische Instanz“[102] oder, wenn diese autoritären Entwürfe nicht überzeugen, durch ein Modell der wechselseitigen Anerkennung von Rechten in einer Rechtsgemeinschaft.

Folgt man dieser Auffassung, wäre der Begriff der Pflicht normtheoretisch der grundlegendere als derjenige des Rechts. Der Begriff des subjektiven Rechts diente nunmehr bloss begründungstheoretisch als „Lokalisierung der Pflicht-

[100] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 141.
[101] Siehe *§ 4 C. III. Legitimität im normativ-ethischen Sinn*.
[102] *Lohmann*, Dimension, S. 139 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

quelle".[103] Dietmar von der Pfordten geht dabei bereits von einer spezifischen Lokalisierung aus: Für ihn bedeutet die Existenz subjektiver Rechte, dass man die Quelle von Pflichten in den einzelnen Individuen verankert anstatt in höheren Prinzipien.

> „Der Begriff des subjektiven Rechts ist nur dann und deshalb notwendig, wenn und weil man die Quelle der Pflichten nicht mehr in Gott, einem abstrakten Naturrecht oder sonstigen kollektiven Prinzipien, etwa dem Prinzip der Vervollkommnung Wolfs oder dem Prinzip der Glücksmaximierung des Utilitarismus, verankern zu können glaubt, sondern zu der Auffassung gelangt, diese Verankerung liege in den einzelnen Individuen. […] Sowohl die Quelle des Rechts als auch die Quelle der Moral kann also in einzelnen Individuen gesehen werden […]."[104]

Auch Joseph Raz vertritt ein Rechte-als-Gründe-für-Pflichten-Modell.[105] Und auch er hat eine spezifische Vorstellung davon, wie subjektive Rechte als Gründe zu verstehen seien. Seine bekannte Definition:

> „‚X has a right' if and only if X can have rights, and, other things being equal, an aspect of X's well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty."[106]

Der hier relevante Aspekt mit anderen Worten:

> „Following Raz, the legitimate interests of an individual justify rights which in consequence justify the corresponding duties."[107]

Raz versteht subjektive Rechte demnach als diejenigen Interessen, die grundsätzlich wichtig genug sind, um Pflichten zu begründen.[108] Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang vor allem, dass er die Korrelativitätsthese insofern zurückweist, als er dem Rechtsbegriff eine eigenständige Rolle geben will. Er bestreitet dabei keinesfalls einen begrifflichen Zusammenhang zwischen Rechten und Pflichten, begrenzt diesen aber auf ein *Begründungsverhältnis* und nimmt daher eher eine vage „Korrespondenz" anstatt eine „Korrelativität" von Rechten und Pflichten an.[109] Raz bringt drei Einwände gegen eine starke Korrelativitätsthese vor, wie Schnüriger herausarbeitet:

> „a) Rechte können unabhängig von ihnen korrespondierenden Pflichten bestehen, b) einem Recht können mehrere Pflichten korrespondieren, c) es gibt kein starres Verhältnis von Rechten und Pflichten. Rechte weisen vielmehr einen dynamischen

---

[103] *Von der Pfordten*, Differenzierung, S. 43.

[104] *Von der Pfordten*, Differenzierung, S. 43.

[105] *Raz*, Morality, S. 167.

[106] *Raz*, Morality, S. 166.

[107] *Heilinger*, S. 189.

[108] Damit folgt Raz nicht der Willens- sondern der Interessentheorie subjektiver Rechte, *Schnüriger*, S. 77, 121 ff.; siehe auch *§ 3 B II. In welchem Sinn ist ein moralisches Recht als „Recht" zu verstehen?*

[109] Eingehend dazu *Schnüriger*, S. 74 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Charakter auf, indem ein bestimmtes Recht unter unterschiedlichen Bedingungen unterschiedliche Pflichten begründen kann."[110]

Grundsätzlich lässt sich soweit festhalten, dass mit dem Rechte-als-Gründe-für-Pflichten-Modell eine Begründung von Normen – insbesondere auch von Menschenrechten – über subjektive Rechte möglich ist, ohne dass man die normtheoretische Grundvorstellung vom Primat der Pflichten zurückweisen müsste. So kann auch Ernst Tugendhat in *formaler* Hinsicht die Position vertreten, dass „der Begriff des Rechts auf dem der Verpflichtung aufruht" und gleichzeitig sagen, dass es *inhaltlich* so ist, „dass die Pflichten aus den Interessen und Bedürfnissen und den aus diesen folgenden Rechten sich ergeben […]".[111] An anderer Stelle:

„Man kann die Rede von Rechten *formal* nur auf die von Pflichten aufbauen, und wenn sich der Begriff des Rechts *inhaltlich* als der primäre erweisen sollte, kann das […] nur den Sinn haben, dass die Frage, welche Pflichten es gibt, von den Rechten her bestimmt wird und dem einen Recht mannigfaltige Pflichten entsprechen und hier keine eins-zu-eins Korrelation besteht."[112]

Auch für ihn besteht demnach eine eher vage Korrelation zwischen Rechten und Pflichten, in der ein Recht mit mehreren entsprechenden Pflichten korrespondieren kann.[113]

C. Fazit

Zwei begründungstheoretisch relevante Besonderheiten in der Geltung von Menschenrechten sind ihr Anspruch auf Universalität und ihr konzeptuell-begrifflicher Fokus auf Rechte statt auf Pflichten. Prinzipiell kann der Universalismus zwar durch den ethischen Relativismus kritisiert werden, was aber nicht heisst, dass ein relativistischer Standpunkt einen universellen Geltungsanspruch ausschliessen muss. Denn der direkte Gegenbegriff zu „Universalismus" ist nicht „Relativismus", sondern „Partikularismus". Begrifflich lassen sich Menschenrechte nicht nur von den Rechten her verstehen, man kann durchaus auch hier an der normtheoretischen Grundvorstellung vom Primat der Pflichten festhalten. Argumente beider Positionen werden in einem Rechte-als-Gründe-für-Pflichten-Modell berücksichtigt, in dem die Existenz und der Inhalt subjektiver Rechte als Geltungsgründe für Pflichten angesehen werden. Diese Rechte wiederum können auf ganz unterschiedliche Weise hergeleitet werden.

---

110 *Schnüriger*, S. 75; *Raz*, Morality, S. 171, 185 f.
111 *Tugendhat*, Ethik, S. 348 f.
112 *Tugendhat*, Ethik, S. 338.
113 Dazu auch *Raz*, Morality, S. 171.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 9 Legitimität von Menschenrechten als moralische und als juridische Rechte

Um beurteilen zu können, ob die Geltung einer Norm legitim ist, muss erst bestimmt werden, welcher Legitimitätsmassstab angelegt werden soll, ob also nach rechtlicher oder moralischer Legitimität gefragt wird. Im nachfolgenden Teilkapitel A. soll die *moralische* Legitimität von Menschenrechten als moralischen Rechten erörtert werden. Im darauffolgenden Teilkapitel B. wird es um die *rechtliche* Legitimität von Menschenrechten als juridischen Rechten gehen.[114]

A. Legitimität von Menschenrechten als moralische Rechte

I. Legitime Geltung durch spezifische Begründung

Menschenrechte haben primär eine moralische Geltung; juridisch gelten sie nur insofern, als sie positiviert wurden.[115] Legitime moralische Geltung erlangt ein Recht dann, wenn gute Gründe für ihre Anerkennungswürdigkeit vorliegen. Das *Begründetsein* ist in diesem Sinne ein zentraler Aspekt der Geltung – und damit der Existenz – von moralischen Rechten.[116] Kurz:

> „Die Existenz der Menschenrechte besteht […] in ihrer Begründbarkeit und in sonst nichts."[117]

Wie sind nun die Begründungsfragen für die Geltung von Menschenrechten zu stellen? Grundsätzlich kann man auch hier Ernst Tugendhats Systematisierung von Moralkonzepten heranziehen.[118] Auch bei Menschenrechtsbegründungen ist ihr jeweiliges Begründungsprädikat das entscheidende Kriterium, mit dem sich die Theorien voneinander unterscheiden. Denkbar wären etwa Prädikate wie: „gewährleistet jedem ein Leben in Würde", „bietet jedem eine Chance auf Verwirklichung" oder „gewährleistet die Grundbedürfnisse für ein menschliches Leben". Die verschiedenen Begründungsansätze zielen jeweils auf diejenigen moralischen Aspekte, die letztlich als eigentliches Charakteristikum der Theorie gelten.[119] Unterschiedliche Charakteristiken der Theorien deuten aber auf nichts anderes hin als auf unterschiedliche Vorstellungen vom Wesen der Menschen-

---

[114] Allgemein wird vorgeschlagen, das Attribut „legitim" jeweils mit den Kriterien zu verwenden, die dem jeweiligen attribuierten Bezugswort entsprechen, sofern nicht explizit oder implizit eine andere Verwendungsweise nahe liegt, siehe dazu *§ 4 D. II. Attributive Verwendungsweise von „Legitimität"*.

[115] Siehe *§ 3 A. Die umstrittene Natur der Menschenrechte*.

[116] Siehe *§ 7 A. Legitime Moralgeltung durch Begründung;* zur normativen Geltung siehe *§ 4 B. II. Geltungstheorien zu Normen*.

[117] *Alexy*, Menschenrechte, S. 16.

[118] Siehe *§ 7 B. Die Begründungsfragen der Moral (Systematisierung nach Ernst Tugendhat)*.

[119] Vgl. *Tugendhat*, Drei, S. 93.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechte. Je plausibler nun die Gründe dafür sind, weshalb das jeweilige normcharakterisierende Prädikat Geltung beanspruchen können soll, weshalb also Menschen eine solche Norm freiwillig bejahen sollten, desto legitimer erscheint das jeweilige Konzept der Menschenrechte. Um es mit Alexy wiederum kurz zu sagen:

> „[D]as Problem der Begründung der Menschenrechte [ist] nichts anderes als ein spezieller Fall des allgemeinen Problems der Begründung moralischer Normen.“[120]

Inwiefern ist eine Menschenrechtsbegründung als „spezieller Fall“ – oder eher: als „spezifischer“ Fall – der allgemeinen Moralbegründung zu verstehen? Zum einen werden bei den Menschenrechten die subjektiven *Rechte* deutlich stärker betont als in allgemeinen Moralbegründungen, wo üblicherweise die Pflichten im Zentrum stehen. Falls man hier die Position einnimmt, dass Rechten begrifflich eine Primatstellung vor den korrelativen Pflichten zukommt, wird das in der Geltungsbegründung der Norm entsprechend zu anderen Fragen und Argumenten führen.[121]

Zum anderen ist der Gegenstand der Menschenrechte „spezifischer“: Sie gelten als *Teilklasse moralischer Rechte*.[122] Konkret zählen zu den Menschenrechten nur die sog. generellen Rechte, die Menschen aufgrund ihres Menschseins zukommen, und nicht auch die sog. speziellen Rechte, die sich aus einer bestimmten Beziehung zu anderen Menschen ergeben.[123] Darüber hinaus bestehen weitere begriffliche Einschränkungen der Gruppe von moralischen Ansprüchen, die als Menschenrechte bezeichnet werden sollen. Menschenrechte werden in diesem Sinne auch als *Schwellenbegriff* verstanden:

> „[N]icht alles, was Basis eines guten Lebens sein kann, muss mit Ansprüchen abgesichert werden, die als Menschenrechte eingeordnet werden.“[124]

Menschenrechtstheorien schlagen nun je verschiedene Kriterien vor, um dem Begriff der Menschenrechte einen engeren Rahmen zu setzen. Damit *definieren* sie, wann ein moralisches Recht den Status eines Menschenrechts erlangen soll. John Tasioulas verlangt dabei etwa eine nötige „*distinctive importance* of this class of normative standards“[125]. Bei Robert Alexy ist es eine „*Fundamentalität*“ von Interessen und Bedürfnissen, die notwendig sei, damit diese Interessen und Bedürfnisse als Menschenrechte Schutz beanspruchen können.[126] So sei es zum

---

[120] *Alexy*, Menschenrechte, S. 16 f.

[121] Siehe *§ 8 B. Menschenrechte oder -pflichten?*; vgl. auch *Tugendhat*, Ethik, S. 336 ff.

[122] Siehe *§ 3 B. I. Eine Teilklasse moralischer Rechte*.

[123] *Feinberg*, Defense, S. 202; *Gosepath*, Begründungen, S. 149.

[124] *Hörnle*, S. 36; vgl. auch *Raz*, Foundations, S. 326 f.; vgl. *Ignatieff*, Menschenrechte, S. 76 f.

[125] *Tasioulas*, Nature, S. 18.

[126] *Alexy*, Institutionalisierung, S. 251; für Alexy ist ein Interesse oder ein Bedürfnis fundamental, „wenn seine Verletzung oder Nichtbefriedigung entweder den Tod oder

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Beispiel moralisch leicht begründbar, dass man sich in Schlangen nicht vordrängeln darf – abgesehen von Notfällen –, dabei gehe es jedoch nicht um etwas Fundamentales für die Existenz oder Autonomie des Menschen. Der Bereich der Menschenrechte weicht in diesem Sinne von dem der Gerechtigkeit ab: „Was Menschenrechte verletzt, ist zwar notwendig ungerecht; nicht alles, was ungerecht ist, verletzt aber stets zugleich Menschenrechte."[127] *Menschenrechte stellen daher nur eine minimale Gerechtigkeitskonzeption dar.*[128]

II. Anerkennungswürdigkeit bei kultureller Differenz

Die universelle Geltung ist aus legitimatorischer Sicht das herausforderndste Kriterium der Menschenrechte. Um hier wiederum Tugendhats Systematisierung in Anschlag zu bringen: Eine moralische Norm gilt dann als legitim, wenn ihr Geltungsgrund anerkennungswürdig ist, das heisst, wenn logisch nachvollziehbar dargelegt werden kann, weshalb Menschen die Geltung dieser Norm freiwillig bejahen sollten. Dabei sind zwei Aspekte der menschlichen Motivstruktur bedeutend: einerseits das wesensmässige Selbstverständnis der betroffenen Menschen, andererseits eine entsprechende Vorstellung des „Guten" bzw. des „Gut"-Seins als Mitglied der so verstandenen moralischen Gemeinschaft oder Gesellschaft.[129] Um dem Anspruch der universellen Geltung gerecht zu werden, hat die moralische Gemeinschaft, für die eine Menschenrechtskonzeption anerkennungswürdig sein muss, grundsätzlich *alle* Menschen zu umfassen.

1. Abstraktion: ein Dilemma universeller Begründungen

In Anbetracht der kulturellen Differenzen könne eine universelle Geltung nur erreicht werden, wenn – so eine verbreitete Befürchtung – die Konzeption *inhaltlich* auf einer grossen Abstraktionshöhe bleibe und auf jede konkrete Reichhaltigkeit des tatsächlichen sozialen Lebens verzichte:

> „[D]er Standardeinwand, wenn nicht gar die grundlegende Kritik an Menschenrechtskonzeptionen überhaupt, [lautet,] *dass sich Universalität nur um den Preis von Abstraktion gewinnen lasse*, einer Abstraktion von jeglicher konkreten Form sozialen Lebens."[130]

---

schweres Leiden bedeutet oder den Kernbereich der Autonomie trifft". Mit dieser Definition versucht er Elemente der Willenstheorie mit solchen der Interessentheorie zu verbinden, siehe *Alexy*, Institutionalisierung, S. 251, Fn. 13.

[127] *Alexy*, Institutionalisierung, S. 251 f.; die Fundamentalität ist bei Alexy eine Sache des Grades, so könne innerhalb der durch die Menschenrechte definierten minimalen Gerechtigkeitskonzeption weiter differenziert werden.

[128] *Tugendhat*, Ethik, S. 389 ff.

[129] Siehe *§ 7 B. III. Begründung der Geltung eines Moralkonzepts als solches*.

[130] M. w. V. *Shue*, Menschenrechte, S. 344, Hervorhebung hinzugefügt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dieses Dilemma universeller Begründungen hat Michael Walzer in „Thick and Thin“ (1994) anschaulich herausgearbeitet.[131] Er unterscheidet dabei zwei Formen von moralischer Auseinandersetzung („moral argument“), und zwar eine „dichte“ und eine „dünne“:

Eine *dichte* Moral erwächst aus *partikularistischen* moralischen Diskursen, das sind Diskurse, die wir „unter uns“ und „here at home“[132] führen. Wenn wir etwa über Vermögensbesteuerung oder über Sozialpolitik diskutieren, dann kann das kaum jemand vollständig verstehen, wenn er oder sie nicht längere Zeit in unseren Breiten gelebt hat. Wir berufen uns auf gemeinsame Werte, Traditionen und Wahrheiten, die eingebettet sind in die Geschichte, Politik und Kultur unserer Gesellschaft.[133] Diese Vorstellung einer dichten Beschreibung, Sprache oder Moral („thick description“) hat Walzer von Clifford Geertz übernommen, wie er selbst anmerkt.[134] „Dicht“ ist somit eine moralische Argumentation, die reich an Bezügen ist, kulturell gesättigt und eingewoben in ein ganz konkretes lokales Symbolsystem und Bedeutungsgeflecht. Jede Moral sei von Anfang an dicht, sie werde nur dann dünn, wenn die Sprache der Moral bestimmten Zwecken dienen soll, wie etwa einer Verständigung über kulturelle Unterschiede hinweg:

> „Morality is thick from the beginning, culturally integrated, fully resonant, and it reveals itself thinly only on special occasions, when moral language is turned to specific purposes.“[135]

Eine *dünne* Moral erwächst demnach aus *universalistischen* moralischen Diskursen, das sind Diskurse, die wir mit „people abroad“ führen, „across different cultures“, über eine „dünne“ Auswahl dessen, was uns im Leben jeweils gemeinsam ist.[136] Dabei ist keine detaillierte gesellschaftliche Beschreibung nötig, um eine moralische Position zu vermitteln. Sie ist für jedermann verständlich und zugänglich. „Dünn“ ist somit eine moralische Argumentation, die entbettet ist, abstrahiert aus wiederkehrenden Merkmalen verschiedener dichter Moralvorstellungen. Gleiche oder überlappende Aspekte bilden die Basis, von der aus die Abstraktion möglich ist. In Walzers Worten besteht eine dünne Moral

---

[131] Die von Christina Goldmann ins Deutsche übersetzte Fassung des Buches trägt den passenden Titel „Lokale Kritik – globale Standards, Zwei Formen moralischer Auseinandersetzung“ (1996).

[132] *Walzer*, S. xi.

[133] Vgl. *Marks/Clapham*, S. 389.

[134] Mit Verweis auf Clifford Geertz’ Buch „The Interpretation of Cultures“ (1973), *Walzer*, S. xi; auch Bernard Williams’ einflussreiche Auseinandersetzung mit „dichten Begriffen“ („thick concepts“) in seinem Buch „Ethics and the Limits of Philosophy“ (1999) wurde angeregt durch Geertz’ Methode der „dichten Beschreibung“ („thick descriptions“).

[135] *Walzer*, S. 4.

[136] *Walzer*, S. xi.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[…] in principles and rules that are reiterated in different times and places, and that are seen to be similar even though they are expressed in different idioms and reflect different histories and different versions of the world.“[137]

Anschaulich wird das anhand seines oft wiedergegebenen Beispiels: Die amerikanischen TV-News von 1989 zeigten Bilder von Demonstranten auf den Strassen Prags. Einige trugen Transparente mit der Aufschrift „Wahrheit“ und „Gerechtigkeit“. Walzer beobachtete, dass wohl jeder auf der Welt diese von den Demonstranten verteidigten Werte erkannte und auch billigte, und dies, obwohl nur die Wenigsten die tiefe, dichte Bedeutung von Wahrheit und Gerechtigkeit in der tschechischen Gesellschaft kannten.[138] Neben dem dichten, kulturspezifischen musste es somit auch ein dünnes kulturübergreifendes Moment von Wahrheit und Gerechtigkeit geben. Würde eine Liste angefertigt mit ähnlichen Situationen wie in Prag, würden sich gemäss Walzer eine Reihe von Standards ergeben, an denen sich wohl alle Gesellschaften messen liessen: Dies seien sehr wahrscheinlich negative Gebote gegen Mord, Täuschung, Folter, Unterdrückung und Tyrannei.[139]

Solche Standards – Artikulationen dünner Moral – drücken zusammen eine Art *moralisches Minimum* aus. Dieses Minimum ist hier jedoch nicht als Schwellenbegriff bzw. inhaltlicher Rahmen für die moralische Teilklasse der Menschenrechte zu verstehen.[140] Vielmehr wird damit nur der Grad an Dichte bzw. Konkretheit bezeichnet. *Es geht um den unproblematischen Kern all der maximalistischen und umstrittenen Bedeutungen, die moralischen Begriffen in bestimmten Kontexten gegeben werden*.[141] Ein solcher moralischer Minimalismus sorge nun zwar für eine wichtige und ermutigende Solidarität, bleibe in seiner Bedeutung aber begrenzt, wie Walzer festhält: Daraus lasse sich keine überzeugende universelle Moral gewinnen. „[T]he only full-blooded morality we can ever have“[142] sei die dichte Moral, in die das moralische Minimum eingebettet sei und aus der es sich nur zeitweilig herauslösen lasse.

Zusammenfassen lässt sich das Dilemma mit den Worten Henry Shues:

„Eine rechtstheoretische Konzeption muss entweder abstrakt oder partikular sein. Wenn jemand eine Konzeption universeller Rechte liefern möchte, so muss diese Konzeption dünn oder abstrakt sein. Wenn andererseits sich jemand um eine dichte oder in hohem Masse konkrete Konzeption von Rechten bemüht, so muss die Konzeption partikular sein. Rechtskonzeptionen können nur entweder universal und abstrakt oder partikular und konkret sein. Das ist das Dilemma der Rechtstheorie.“[143]

---

137 *Walzer*, S. 17.

138 *Walzer*, S. 1 f.

139 *Walzer*, S. 10.

140 Siehe dazu das direkt vorangehende Kapitel sowie die Abgrenzung im nachfolgenden Kapitel.

141 Vgl. *Marks/Clapham*, S. 391.

142 *Walzer*, S. 11.

143 *Shue*, Menschenrechte, S. 367.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das Dünne könne nicht der Ausgangspunkt der dichten Moral sein, so Walzer. Das gemeinsame Minimum sei nämlich nicht das Fundament des Maximums, sondern nur dessen Teil. So wichtig die minimale Moral auch sei, sie vermöge die Rechtfertigung von „dicht" verstandenen Wertvorstellungen weder zu ersetzen noch abzulösen.[144]

2. Abstrakte Minimaltheorien als einziger Weg zu universeller Moral?

Die Dichotomie von dichtem Partikularismus und dünnem Universalismus wird vielfach als gegebener Befund angesehen, den man schlicht zu akzeptieren habe. Entsprechend sind auch die Konzeptionen der Menschenrechte davon geprägt. So ist etwa für Alexy die „Abstraktheit" eine der charakteristischen Eigenschaften universeller Menschenrechte.[145]

a) Abgrenzung zu politischen Minimaltheorien

Aus dieser Annahme ergibt sich eine Art moralischer Minimalismus, wie soeben dargelegt wurde. Dieser Minimalismus ist abzugrenzen: einerseits von einer minimalistischen Auffassung des *Inhalts* der Menschenrechte, wie sie beispielsweise Michael Ignatieff vorschlägt, und andererseits von einem *Rechtfertigungsminimalismus*, wie ihn Joshua Cohen vertritt. Ignatieffs substantieller Minimalismus sieht nur eine beschränkte Anzahl von Rechten vor, insbesondere diejenigen, die mit körperlicher Integrität und der Freiheit von Gewalt und Zwang verbunden sind.[146] Nur bei inhaltlich tiefen Schwellen seien Standards als universelle Menschenrechte „mit moralischem Pluralismus vereinbar".[147] Hingegen lässt Cohens „justificatory minimalism" zwar inhaltlich reichhaltigere Konzeptionen zu, fordert aber, dass diese unabhängig von bestimmten philosophischen oder religiösen Rechtfertigungstheorien dargelegt werden sollen.[148] Seine Idee verdeutlicht er mit einem Zitat: „Yes, we agree about the rights, but on the condition that no one asks us why."[149] Beide Positionen nehmen eine *politische Perspektive* ein und versuchen, mit ihrem Minimalismus eine breite internationale und interkulturelle Zustimmung zu erreichen.

Vorliegend geht es aber um eine Minimalmoral, die nur indirekt auf politische Einigung aus ist und vielmehr die *theoretische Herausforderung* im Blick hat, *moralisch „das Eine und das Viele" zu berücksichtigen*.[150] Je minimaler der

---

[144] *Walzer*, S. 16 f., 18.

[145] *Alexy*, Institutionalisierung, S. 246, 253 f.

[146] *Ignatieff*, Human Rights, S. 322, 345 f.

[147] *Ignatieff*, Menschenrechte, S. 76.

[148] *Cohen*, S. 193.

[149] Cohen zitiert hier Jacques Maritain, ohne jedoch eine genaue Fundstelle bei Maritain anzugeben, *Cohen*, S. 193 f.

[150] „[…] to respect the one and the many […]", *Walzer*, S. 11.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Grad an Dichte – das heisst: je abstrakter –, desto möglicher eine Übereinstimmung von beidem. So macht Alexy auf die theoretischen Grenzen der Rechtskonkretisierung durch Kataloge aufmerksam:

> „Doch auch dann, wenn man von diesen politischen Problemen absieht, gibt es theoretische Grenzen der Konkretisierung der Menschenrechte durch einen Katalog. Ein wirklich konkreter Katalog liefe letztlich auf eine Kasuistik der Menschenrechte hinaus. Eine bis in Einzelheiten reichende Konkretisierung aber ist nur in der jeweiligen historischen Situation in den Prozeduren und Institutionen eines bestimmten Rechtssystems möglich."[151]

Es lasse sich inhaltlich ein Kern und ein Rand von Menschenrechten unterscheiden: je näher beim Zentrum, desto unempfindlicher gegenüber der Geschichte, und umgekehrt, je grösser die Entfernung vom Zentrum, desto zugänglicher zu historischen Variationen.[152] Bei einer maximalen Konkretisierung von Menschenrechten, wie in Alexys Zitat, wachse die Entfernung vom Zentrum und damit auch die Rolle der Kontingenz. Das heisst, eine detaillierte Kasuistik führt zu einem partikularen Bild der Menschenrechte, bei dem einige Teile zwangsläufig nicht im gleichen Mass universelle Geltung beanspruchen können.

b) Es gibt kein moralisches Esperanto

Es sei, so Walzer, gleichwohl möglich, eine gehaltvolle Auffassung dieses moralischen Minimums darzulegen. Wir müssten uns einfach bewusst sein, dass sich dabei zwangsläufig auch unsere eigene dichte Moral ausdrücke. Es könne nämlich kein moralisches Äquivalent zu Esperanto, einer internationalen Plansprache, gefunden werden, es gebe also keine neutrale, nicht-expressive moralische Sprache. Das Esperanto sei jedoch den europäischen Sprachen näher als anderen und genauso nehme auch eine Minimalmoral unvermeidlich Sprache und Ausrichtung einer maximalen Moralauffassung an.[153] Was uns letztlich bleibe, sei die Möglichkeit, von unseren eigenen Werten und Überzeugungen diejenigen auszuwählen, die es uns erlauben, im Geiste mit dem Protestzug der Menschen in Prag mitzumarschieren. Möglich werde das freilich erst durch den Minimalismus von Begriffen wie „Wahrheit" und „Gerechtigkeit". Aber sobald wir uns hinter mehr als abstrakte, blutleere Begriffe stellen wollten, müssten wir diese Parolen mit unseren eigenen zusätzlichen Bedeutungen ausstatten, dann liessen wir sie die ganze expressive Bandbreite innerhalb unserer Kultur annehmen.[154] Walzer sieht keine andere Möglichkeit von gehaltvoller gemeinsamer Moral bei kultureller Differenz.

---

[151] *Alexy*, Institutionalisierung, S. 254.
[152] *Alexy*, Institutionalisierung, S. 252.
[153] *Walzer*, S. 9.
[154] *Walzer*, S. 7 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ergänzend muss aber betont werden, dass „Minimalismus“ nicht eine Moral bezeichnet, die inhaltlich untergeordnet oder emotional oberflächlich ist. Im Gegenteil: Minimalmoral sei Moral pur.[155] Wir pochen beharrlich auf die minimalen Forderungen, die wir uns gegenseitig stellen, Dünnheit und Intensität gehen im moralischen Diskurs durchaus Hand in Hand. Anders jedoch bei dichten Auseinandersetzungen, bei denen eher Einschränkungen, Kompromisse, Komplexität und Meinungsverschiedenheiten ins Spiel kommen.[156]

c) Verfahren als moralisches Minimum?

Als zeitgenössisches Beispiel für minimalistische Begründungsstrategien gelten häufig *prozedurale Theorien*: Das moralische Minimum wird dabei im Sinne eines Verfahrens begriffen – etwa als „dünne“ Diskursregeln oder als „dünne“ Entscheidungsprozedur –, das dann jede weitergehende, partikulare Erzeugung einer dichten und gehaltvollen Moral anleiten soll. Ein so verstandener Minimalismus liefert die generativen Regeln, mit denen sich dann je verschiedene moralische Maxima erzeugen lassen.[157] Es bedarf somit nur einer kleinen Menge an gemeinsam geteilten Ideen, die dann die Produktion bestimmen für komplexe moralische Kulturen, die wir nicht mehr gemeinsam teilen müssen, die aber dennoch gerechtfertigt sind durch ihr Erzeugungsverfahren. Im Falle der Diskursethik von Jürgen Habermas besteht die minimale Moral in den Teilnahmeregeln, die für alle Sprecher verbindlich sind, während die maximale Moral das nie abgeschlossene Ergebnis ihrer Debatten ist.[158]

Für Walzer stellen solche Verfahrenstheorien aber gerade schlechte Beispiele für einen moralischen Minimalismus dar. Dies aus zwei Gründen:

Erstens sei ein Verfahrensminimum, wie es Habermas versteht, keineswegs bloss minimal. Seine Teilnahmeregeln fordern, dass die Sprecher frei und gleich sind und nicht eingeschränkt werden von Herrschaftsverhältnissen, Unterordnung, Furcht und Autoritätshörigkeit. Mit solchen Regeln sei Wesentliches schon weitgehend vorgegeben, wie etwa die Struktur der Gesellschaft oder politischer Einrichtungen. Diese „dünne“ Moral sei bereits ausserordentlich dicht: eine liberale und sozialdemokratische Dichte.[159]

Zweitens vertritt Walzer die Vorstellung, dass der Maximalismus dem Minimalismus vorausgeht, und nicht umgekehrt. Moralvorstellungen hätten keinen ge-

---

155 „[T]his is morality close to the bone“, *Walzer*, S. 6.

156 *Walzer*, S. 6.

157 *Walzer*, S. 11.

158 *Walzer*, S. 12.

159 *Walzer*, S. 12; die bescheidenere Verfahrenstheorie, die Stuart Hampshire in „Innocence and Experience“ (1989) vertritt, tauge für Walzer schon eher als Beispiel einer Minimaltheorie. Hampshire wähle dünnere Vorgaben an die Verfahrensgerechtigkeit, und zwar lediglich „conditions of mere decency“, *Walzer*, S. 14.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

meinsamen Anfang, wie es Verfahrenstheorien suggerierten. Ein verfahrenstheoretisches Minimum als Ausgangspunkt existiere nicht. Man könne die Menschen, die Moralvorstellungen ausarbeiten, nicht mit Wettläufern vergleichen, die gemeinsam starten, gemeinsame Regeln und ein gemeinsames Ziel haben.[160] In Anbetracht der Vielfalt historischer Prozesse, müsse es eher umgekehrt sein: Man müsse nach ähnlichen oder überschneidenden *Ergebnissen* Ausschau halten; die Gemeinsamkeiten seien an der Endstation eines Weges anzusiedeln, der mit der Differenz beginne.[161]

d) Andere Wege zum Konkreten

Michael Walzer kommt zum Schluss, dass ein abstrakter Minimalismus nicht die Grundlegung einer inhaltlich vollwertigen Moral liefern könne.[162] Zwar seien solche abstrakten dünnen Konzeptionen eine notwendige Voraussetzung für universelle Moraldiskurse und damit auch für moralische Menschenrechte. Sie stellen jedoch lediglich einen gemeinsam geteilten Ausschnitt von verschiedenen konkreten dichten Konzeptionen dar. Und nur eine dichte Moral, die eingebettet ist in die Kultur und Geschichte einer Gesellschaft, könne eine vollwertige Moral sein.

Was hier als „nicht vollwertige“ Moral bezeichnet wird, bezieht sich nur auf die inhaltliche *Qualität*, nicht jedoch auf die *Geltung*. Aus legitimatorischer Sicht ist das zentral: Wenn die Geltung einer abstrakten – und darum für manche auch: inhaltlich minderwertigen – Norm anerkennungswürdige Gründe in der jeweiligen moralischen Gemeinschaft findet, dann ist die Geltung dieser Norm legitim. Für den Menschenrechtsdiskurs kann das heissen, dass mit der legitimen Geltung einer solch abstrakten – und darum vielleicht: minderwertigen – Norm zwar nicht viel gewonnen sei, aber immerhin etwas. Mehr ist *unter diesen Annahmen* nicht zu erwarten. Wenn eine Norm bspw. die Wahrung von „Wahrheit“ vorsieht, wenn auch nur im abstraktesten Sinne, und universell legitime Geltung finden kann – was immerhin die Ausdehnung der moralischen Gemeinschaft auf *alle* Menschen bedingt –, dann ist damit für die Menschheit womöglich mehr gewonnen, als wenn die Norm nicht gilt.

Für Walzer ist der Preis für diese universelle Geltung jedoch zu hoch. Mit so einer dünnen Moral habe man weniger als man von Moral erwarten dürfe. Moral solle man gehaltvoll darstellen, auch wenn das nur eine partikularistische Darstellung sein kann.[163] Henry Shue bezeichnet diese Forderung Walzers als „*partikularistische Wende*“:

---

[160] *Walzer*, S. 14.
[161] *Walzer*, S. 15.
[162] *Walzer*, S. 18.
[163] Vgl. *Walzer*, S. 8.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Versucht nicht länger, universelle Rechte zu formulieren, die Euch nur in leere Abstraktionen treiben und von der besonderen Vielfalt des sozialen Lebens völlig losgelöst sind; konzentriert Euch statt dessen auf die Rechte der Mitglieder einer einzelnen Gemeinschaft."[164]

Kaum ein Menschenrechtstheoretiker akzeptiert eine hohe inhaltliche Abstraktheit, Shue stimmt Walzer in diesem Punkt ganz zu: „Eine abstrakte Konzeption von Rechten ist eine misslungene Konzeption."[165] Niemand, dem es um moralische Rechte ernst sei, könne sich mit der Leere einer vollkommen abstrakten Rechtskonzeption zufriedengeben. Die in dem Dilemma enthaltene „*wertende Annahme*, der zufolge reine Abstraktheit – Abstraktheit, die durch keine konkrete Beschreibung ausgeglichen wird – *schlecht* ist, erweist sich in der Tat als richtig".[166] In einer schönen Passage veranschaulicht Shue, weshalb jeweils beim Konkreten anzusetzen sei:

„Wenn doch die Menschheit niemals kulturell nackt anzutreffen ist – selbst die physisch nackten und Hunger leidenden Kinder sprechen noch eine bestimmte Sprache, glauben noch an bestimmte Märchen und beten noch zu identifizierbaren, wenn auch ebenso stummen Göttern –, so sind wir gut beraten, unsere Wertschätzung und unser Begreifen an jenen verwickelten Formen zu erproben, in denen die Menschheit immer schon verkörpert ist. Es steht uns dann immer noch frei, nach Ähnlichkeiten Ausschau zu halten, versuchsweise zu verallgemeinern oder zu argumentieren, dass voneinander verschiedene Strukturen gleichwohl die gleiche Funktion erfüllen; aber wir können nicht einen kulturübergreifenden Kern postulieren, solange wir nicht einen solchen entdecken. Um aber einen solchen zu entdecken, müssen wir bei dem bunten Gewimmel kontingenter Sitten und Gebräuche ansetzen, die innerhalb einer lebendigen, pulsierenden und funktionierenden menschlichen Gemeinschaft geteilt werden."[167]

Zum restlichen Befund des Dilemmas besteht jedoch weniger Einigkeit: Es sind nämlich durchaus mehr Möglichkeiten denkbar, als nur die Dichotomie von dünnem Universalismus und dichtem Partikularimus. Auch andere Wege können zum Konkreten führen, es muss nicht gleich eine partikularistische Wende sein, die jede Universalität ausschliesst. Deutlich wird das in dem Bild, das Henry Shue von der Situation entwirft. Er schlägt einen Mittelweg vor, um der ausufernden Abstraktheit zu begegnen, kulturübergreifend, aber nicht partikularistisch.[168]

Überwinden müsse man insbesondere die Vorstellung vom *Inseldasein der kulturellen Blöcke*, die nur ganz zaghaft miteinander in Kontakt treten würden. Dies sei der fundamentale Fehler in Walzers irreführendem Bild der internationalen

---

164 *Shue*, Menschenrechte, S. 358; dazu merkt er an, dass „diese partikularistische Wende zum zentralen methodologischen Dogma der Kommunitaristen [avancierte]".

165 *Shue*, Menschenrechte, S. 367.

166 *Shue*, Menschenrechte, S. 367, Hervorhebung hinzugefügt.

167 *Shue*, Menschenrechte, S. 347.

168 Vgl. *Shue*, Menschenrechte, S. 367 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Situation. Dieses Bild habe zwei Aspekte: „die blockinterne Homogenität“ und „die blocküberschreitende Passivität“.[169] Ersteres bezeichnet die Tendenz, homogenisierende Stereotypen von „unserer“ Kultur sowie von „anderen“ Kulturen anzunehmen. Innerhalb von Kulturen existiere selten Einmütigkeit bezüglich des moralisch Guten.[170] Zweiteres beschreibt die Vorstellung von in sich abgekapselten monadischen Kulturen zwischen denen ein Austausch nur auf einer dünnen Ebene möglich sei. Es ist jedoch kaum einzusehen, weshalb nicht auch Personen ausserhalb der tschechischen Kultur die Anliegen der Prager Demonstranten richtig verstehen können sollten. Ein ernsthafter interkultureller Austausch könne durchaus auch zu dichten Moraldiskursen führen, auch wenn dabei nicht jede kulturelle Nuance berücksichtigt wird.[171]

Damit Menschenrechte normativ legitim als universelle moralische Rechte gelten können, muss plausibel dargelegt werden, dass grundsätzlich alle Menschen gute Gründe haben, die Geltung dieser Norm zu bejahen.[172] Eine der Herausforderungen dabei ist es, zu erklären, weshalb unsere Verpflichtungen gegenüber Verwandten, Familie und Land keinen Vorrang vor unseren Verpflichtungen gegenüber entfernten Fremden haben sollen. Man kann das Motiv dafür in einer Haltung sehen, die unter das Schlagwort des *moralischen Kosmopolitismus* zu fassen ist. Dabei wird eine universelle Moral vertreten, die jedes Individuum als gleichwertig ansieht und respektiert; partikulare Bindungen können keine privilegierten Anforderungen an uns stellen.[173] *Kulturelle Kosmopoliten* betonen wiederum, dass alle Kulturen ständig voneinander lernen. Wir sollten offen sein für die kulturelle Vielfalt, Unterschiedlichkeit und Inkongruenz. Aus dieser Sicht ist es empirisch und normativ falsch, Kulturen als kohärente und zentrierte Ganzheiten zu verstehen, von denen jede eine eigene Perspektive auf die Welt hat. Vielmehr sollten wir ein dezentriertes, vielfältig situiertes und hybrides Konzept von Kultur und Identität anerkennen und annehmen.[174] Walzers Bild fällt vor so einer Perspektive völlig aus dem Rahmen, wenn er etwa schreibt: „[O]ur common humanity will never make us members of a single universal tribe. The crucial commonality of the human race is particularism.“[175] Ja, wer den Partikularismus als *die entscheidende* Gemeinsamkeit der Menschheit ansieht, wird es in der Tat schwer haben, einen universellen Geltungsgrund für Menschenrechte zu finden.

---

169 *Shue*, Menschenrechte, S. 368.
170 *Shue*, Menschenrechte, S. 369 f.
171 Vgl. *Shue*, Menschenrechte, S. 351 f., 371 ff.
172 Siehe *§ 7 B. V. Plausibilität der Geltungsgründe*.
173 Siehe *Benhabib*, S. 97.
174 *Benhabib*, S. 97.
175 *Walzer*, S. 83.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Legitimität von Menschenrechten als juridische Rechte

Der Blick soll nun auf die *rechtliche* Legitimität von Menschenrechten als juridische Rechte geworfen werden. Auch andere Konstellationen sind durchaus üblich, insbesondere die Frage nach der moralischen Legitimität von juridischen Rechten. Die analytisch klare Unterscheidung zwischen diesen Perspektiven kann im Grunde nur vom Standpunkt der positivistischen Trennungsthese aus erfolgen, denn für Nichtpositivisten steckt im Rechtsbegriff von vornherein auch ein moralischer Aspekt.

I. Juridische Legitimität erfordert keine Universalität

Menschenrechte sind in erster Linie als moralische Rechte zu verstehen; sie gelten nur dort juridisch, wo sie positiviert wurden.[176] Die Frage ist nun, ob die besonderen Geltungsansprüche moralischer Menschenrechte – wie etwa Universalität, Egalität oder Unveräusserlichkeit[177] – auch an die Geltung juridischer Menschenrechte gestellt werden können. Juridische Rechte können prinzipiell nur jene Eigenschaften haben, die das normative System des positiven Rechts vorgibt. Wenn man ein moralisches Menschenrecht positiviert, dann gilt es schlicht als juridisches Recht mit den Eigenschaften des positiven Rechts, nicht als mehr.

Eigenschaften, die als Wesensmerkmale von Menschenrechten vorgebracht werden, können durch die Politik den jeweiligen positiv-rechtlichen Menschenrechten zugesprochen werden – oder eben nicht. Wenn nun ein Menschenrecht in positiviertes juridisches Recht übergeht und eine dieser Eigenschaften, z. B. die Egalität, nicht erfüllt, dann gilt es immer noch als legitimes juridisches Recht. Es fragt sich aber, ob es dann auch noch als legitimes juridisches *Menschenrecht* gilt, ob sich also die klassischen Wesensmerkmale der Menschenrechte nur auf die moralische oder auch auf die juridische Dimension beziehen. Diese Frage stellt sich ganz besonders beim Merkmal der universellen Geltung.

Letztlich hängt die Antwort an der theoretischen Position, von der aus die Menschenrechte definiert werden. Aus rechtspositivistischer Sicht sprechen gute Gründe dafür, dass die besonderen Eigenschaften der Menschenrechte – insbesondere die Universalität – nur von den moralischen Rechten gefordert werden sollten.[178] Schon ein historischer Rückblick zeigt: Die Idee der Menschenrechte und ihre charakterisierenden Wesensmerkmale haben sich über mehrere Jahrhunderte entwickelt und waren dabei immer an die Vorstellung von *moralischen* Normen geknüpft. Erst im Verlauf des 20. Jahrhunderts wurden die Menschenrechte

---

[176] Siehe *§ 3 A. Die umstrittene Natur der Menschenrechte*.

[177] Siehe m. w. V. *§ 8 A. I. Universelle Geltung als essentielles Charakteristikum*.

[178] M. w. V. *Oppenheim*, 9. Aufl. (Jennings/Watts), S. 92; vgl. *Koller*, Rechte, S. 151.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dann zu einer politischen und rechtlichen Kategorie.[179] Wenn diese rechtliche Kategorie nun vom Rechtspositivismus definiert wird, stellt das gewissermassen ein ganz anderes normatives Gefäss dar, in das die bisherige Idee der Menschenrechte kaum in der exakt gleichen Form hineinpasst.

Würde man auch an die juridischen Menschenrechte den Anspruch universeller Geltung stellen, könnte ausserdem kaum ein juridisches Recht wirklich als legitimes Menschenrecht gelten, denn es ist fraglich, ob es bis heute überhaupt irgendein vollständig universell geltendes juridisches Recht gibt.[180] So wurde etwa noch keine einzige Menschenrechtskonvention von *allen* Staaten ratifiziert. Und auch die Europäische Menschenrechtskonvention würde aufgrund ihrer bloss regionalen – und damit partikularen – Geltung paradoxerweise keine legitimen Menschenrechte beinhalten.[181] Nun wird freilich versucht, die herausfordernden Wesensmerkmale umzudeuten und etwa „Universalisierbarkeit" statt „Universalität" zu fordern oder sich mit einer nur „weitgehend universellen" Geltung zufrieden zu geben.[182] Solche konstruierten Auswege werden gewählt, weil es für viele einem Verrat an den Menschenrechten gleich käme, wenn man die Universalität in Frage stellte, selbst wenn dies nur auf die *juridische* Geltung bezogen wäre. Gerade Nichtpositivisten neigen zur metaphysischen Überhöhung der juridischen Geltung der Menschenrechte:

> „[T]o express a sceptical view as to the universal *legal* validity of human rights can be portrayed as an unfeeling opposition to the human rights themselves; many have come to be considered as having a sacred quality."[183]

Theoretisch überzeugender ist es jedoch, die Geltung eines juridischen Menschenrechts als legitim anzuerkennen, sobald es als positives Recht legitime Geltung erlangt. Universalität als Geltungsvoraussetzung bezieht sich demnach nur auf Menschenrechte als moralische Rechte.[184] So grenzt auch Bielefeldt „die Idee des menschenrechtlichen Universalismus" klar vom „Projekt der globalen Normierung und Implementierung grundlegender Rechte" und erst recht vom „faktischen Ratifikationsverhalten der Staaten" ab.[185] Aus der hier vertretenen

---

[179] *Kühnhardt*, S. 86 f.

[180] Relativ unbestritten ist heute aber die universelle Geltung des *ius cogens*, siehe *§ 3 C. II. 3. c) Ius cogens*.

[181] Vgl. *Bielefeldt*, S. 160 f.

[182] Vgl. *Kühnhardt*, S. 236 f.; *Pollmann*, Universalismus, S. 35 ff.; vgl. *Jetschke*, S. 25 ff.

[183] *Thirlway*, S. 177.

[184] Ähnlich bei Alfred Rubin, wenn er fordert, die Eigenheiten der rechtlichen Ordnung von denjenigen zu lösen, die der moralischen zugeschrieben werden: „[…] it would seem desirable to cut the orders loose from each other in debate, rather than try to insist that the legal order adopt the labels that the moral or political order would adopt for their different purposes.", *Rubin*, S. 68.

[185] *Bielefeldt*, S. 160 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechtspositivistischen Sicht ist festzuhalten: *Juridische Legitimität erfordert keine Universalität, auch bei Menschenrechten nicht*.

Wird diese positivistische Auffassung angenommen, kann die Auseinandersetzung an dieser Stelle mit dem Verweis auf *§ 6 Legitimität von positivem Recht* abgeschlossen werden. Um legitim in einem „normativ-positivistischen“[186] Sinne zu sein, bedarf es lediglich der ordnungsgemässen Positivierung im gegebenen Völkerrechtssystem:

> „With no regard to whether they are natural, inalienable, of divine origin or deduced from *recta ratio*, whatever their philosophical premises may be, for them to be *rights*, they are required to be *posited* in a given legal system, that is to say, transformed into law and the corresponding obligations and rights that law establishes.“[187]

Eine ordnungsgemässe Rechtsetzung erfolgt im heutigen Völkerrecht durch die Ableitung aus einer der Quellen, die in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut zu finden sind; auch hier kann ein Verweis auf *§ 3 C. II. Rechtsquellen der internationalen Menschenrechte* genügen. Allenfalls kann die Liste der Quellen erweitert werden, wie manche Lehrbücher vorschlagen, z. B. um „einseitige Rechtsakte“ und die entsprechende IGH-Rechtsprechung, mit der ihre rechtsetzende Funktion bestätigt wird.[188] Auf die Schwierigkeiten, die vielfältigen Formen von Staatsakten einer Rechtsquelle zuzuordnen und somit eindeutig zu bestimmen, ob gültiges Völkerrecht vorliegt oder nicht, muss hier nicht eingegangen werden.[189] Wesentlich ist an dieser Stelle bloss, dass internationale juridische Rechte legitime Geltung als Menschenrechte beanspruchen können, *falls* sie erfolgreich aus einer Völkerrechtsquelle abgeleitet werden können.

II. Die Herausforderung, dennoch universelle juridische Geltung herzuleiten

Der Vollständigkeit halber soll nun dennoch in aller Kürze auf den Versuch eingegangen werden, universelle Rechtsgeltung auch bei juridischen Menschenrechten herzuleiten. Denn die Auffassung, dass die klassischen Wesensmerkmale der Menschenrechte auch für die juridische Dimension gelten sollen, kann durchaus vertreten werden.

Der Rechtspositivismus anerkennt als legitimes Recht nur den normativen Output aus denjenigen Quellen, die in der jeweiligen Rechtsordnung Geltung bean-

---

[186] Siehe dazu *§ 6 C. V. Inwiefern kann die Grundnorm ein legitimer Geltungsgrund sein?*

[187] *Tzevelekos*, S. 329.

[188] So in IGH: Nuclear Test Case (New Zealand v. France), Urteil, 20. Dezember 1974, ICJ Rep. 1974, 457; m. w. V. *Tzevelekos*, S. 329.

[189] Einen weit beachteten Aufsatz dazu schrieb Prosper Weil mit „Towards Relative Normativity in International Law?“ (1983), in dem er u. a. die „normativity threshold“ thematisierte, d. h. „the line of transition between the nonlegal and the legal, between what does not constitute a norm and what does“, *Weil*, Relative, S. 415.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

spruchen können. Bekanntlich entscheidet die rechtliche *Form* über die Anerkennungswürdigkeit als Recht, nicht ihr Inhalt.[190] Im Völkerrecht sind die Formkriterien für gültiges Recht naturgemäss jedoch weniger eindeutig und gefestigt als in den meisten nationalen Rechtsordnungen, auch aus rechtspositivistischer Sicht.

Internationale Übereinkommen bieten in vielen Situationen eine solide und überzeugende rechtliche Grundlage. Sie sind auch bei der Rechtsetzung von Menschenrechten vergleichsweise unkontrovers, obschon dabei im Hinblick auf die Staatensouveränität eine inhärente Spannung auszumachen ist: Staaten müssen einen gewissen Teil ihrer Souveränität preisgeben, der vor einigen Jahrzehnten noch zum Kern ihrer „domaine réservé" zählte.[191] Staatsverträge entfalten insofern nur eine relative Wirkung, als sie nur die jeweiligen *bindungswilligen* Parteien binden können; die normative Kraft der Verträge bleibt ganz auf den jeweiligen Staatswillen beschränkt.[192] Das führt nicht nur zu verhältnismässig schwachen Rechtsmitteln im Bereich der Menschenrechte, sondern auch dazu, dass es nach wie vor Staaten gibt, die sich menschenrechtlich noch kaum verpflichtet haben. So haben etwa bis heute 41 Staaten die UN-Völkermordkonvention nicht unterzeichnet.[193] Das zeigt, dass internationale Übereinkommen *alleine* nur eine ungenügende und partikuläre Grundlage für juridischen Menschenrechtsschutz bieten können.[194] Vassilis Tzevelekos sagt es einfach:

> „Treaties are a very fine source of international law. Yet, if international law were to be circumscribed by treaty law and limited to it, there would be no general international law, nor one single international order, but a variable geometry ‚net' of treaties. This is why international law *needs* the other big source of international law as well."[195]

Internationales Gewohnheitsrecht ist diese andere „big source" des Völkerrechts. Da der IGH in seinen Urteilen bisher nicht auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze abstellte[196] – also auf die dritte Quelle in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut –, besteht für viele Juristen das Völkerrecht praktisch gesehen nur aus zwei Normarten: aus Vertragsrecht und aus Gewohnheitsrecht, wobei unter Letzteres regelmässig kurzerhand alle ungeschriebenen Normen gezählt werden.[197] Entspre-

---

[190] Siehe *§ 2 A. Die positivistische Trennungsthese*.

[191] *Simma/Alston*, S. 83.

[192] Dieser sog. relative effect of treaties fliesst aus Art. 34 WVK.

[193] Ausgehend von den 193 Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen, Stand: 1. Juli 2022; Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes vom 9. Dezember 1948.

[194] Vgl. *Henkin*, Human, S. 36 f.

[195] *Tzevelekos*, S. 334; zur Kategorie von „general international law" siehe *Tunkin*, S. 534 ff. sowie *Kelsen*, Principles, S. 288 ff.

[196] Für Verweise auf richterliche Voten des IGH, in denen allgemeine Rechtsgrundsätze immerhin angesprochen werden siehe *Simma/Alston*, S. 105 f.

[197] *Koskenniemi*, Pull, S. 1947 f.; so auch *Henkin*, Human, S. 35.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

chend werden im Hinblick auf die Menschenrechte viele Hoffnungen in das Gewohnheitsrecht gesteckt: Es gilt als wichtigster Weg zu universellen Rechtsnormen, die alle Staaten ungeachtet eines Konsenses binden können.[198] Gewohnheitsrecht – insbesondere wenn es eine Wirkung *erga omnes* hat – könne den Mangel des nur partikulär geltenden Vertragsrechts auffangen und ergänzend zu jenem eine allgemein geltende Grundlage des Völkerrechts bilden, so die Erwartungen.[199]

So einfach ist es jedoch nicht: Um Gewohnheitsrecht zu begründen, müssen hohe theoretische und praktische Hürden genommen werden, woran viele Versuche gerade im Bereich der Menschenrechte scheitern.[200] So bedarf es einer Staatenpraxis (*consuetudo*) und einer entsprechenden Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*), wobei das Hauptgewicht ursprünglich auf der Staatenpraxis lag: „practice had priority over *opinio iuris*; deeds were what counted, not just words"[201]. Es sei hier an die prominenten Positionen von Kelsen und Guggenheim erinnert, die in ihren frühen Schriften sogar ganz auf die *opinio iuris* verzichteten und das Gewohnheitsrecht allein aus der Staatenpraxis erwachsen sahen.[202] Seither wird das traditionelle Verständnis jedoch zunehmend abgelöst: Weil im Bereich der Menschenrechte eine *inkonsistente Staatenpraxis* vorherrscht – insbesondere auf globaler Ebene – forderten Gerichte und Lehre häufiger dazu auf, einerseits die *opinio iuris* stärker als die Staatenpraxis und andererseits die verbale Praxis stärker als die physische zu gewichten.[203] Die klassische Auffassung wird dadurch deutlich strapaziert, so dass dem Gewohnheitsrecht schon eine Identitätskrise attestiert wurde: Das Herunterspielen der materiellen Praxis als konstitutives Element führt teilweise dazu, dass das Artikulieren einer Regel gleich zwei Mal gezählt wird, einmal als Ausdruck der *opinio iuris* und einmal als Staatenpraxis selber.[204]

Dass Gewohnheitsrecht nur in einer neu interpretierten Weise zur Herleitung von Menschenrechten verwendet werden kann, macht auch ein weiterer Punkt

---

198 *Tzevelekos*, S. 335.

199 Vgl. *Simma/Alston*, S. 87.

200 Siehe *§ 3 C. II. 3. b) Internationales Gewohnheitsrecht*.

201 *Simma/Alston*, S. 88; illustrativ wurde das bereits im Lotus-Fall, StIGH: The Case of the SS Lotus (France v. Turkey), Urteil, 7. September 1927, PCIJ Series A, 10, S. 28.

202 *Kelsen*, Théorie, S. 263 f.; *Guggenheim*, S. 275 ff.; siehe *§ 6 D. II. 3. d) Völkergewohnheitsrecht.*

203 *Wouters/Ryngaert*, S. 119; ein weiterer Grund für diese Verschiebung liegt im Umstand, dass viele Menschenrechte *Verbote* für Staaten sind, also Verzichts- bzw. Enthaltungsregeln, bei denen naturgemäss ein eindeutiger Nachweis der Praxis nur schwer erbracht werden kann, vgl. *Simma/Alston*, S. 103 f.; folglich muss bei solchen Regeln der Enthaltung der *opinio iuris* ein grösseres Gewicht zukommen, wie auch der IGH bestätigte, vgl. IGH: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Urteil (Merits), 27. Juni 1986, ICJ Rep. 1986, 14, S. 97 ff.

204 *Simma/Alston*, S. 96 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

deutlich: Klassischerweise können nur Staaten und nicht auch Individuen Subjekte der gewohnheitsrechtlichen Staatenpraxis sein. Gewohnheitsrecht entsteht in Situationen, in denen *Staaten interagieren*, in denen es etwa um Abgrenzungen oder Zuteilungen geht. Dieses Element der staatlichen Interaktion fehlt jedoch meistens, wenn es um die Erfüllung von Menschenrechtsverpflichtungen geht.[205] Hugh Thirlway folgert daraus, dass auf dieses Element schlicht verzichtet werden müsse, wenn man Menschenrechte aus Gewohnheitsrecht gewinnen will:

> „In order to show that international human rights law rests on a customary foundation, it appears to be necessary to renounce the requirement of practice in the form of State-to-State contact, involving the resolution of a clash of contentions, and be contented with, on the one hand, announcements on the international stage, and on the other such internal elements as domestic legislation and court decisions.“[206]

Ius cogens ist nun eine vielversprechende Kategorie von Völkerrechtsnormen, aus der juridische Menschenrechte mit universellem Geltungsanspruch hergeleitet werden könnten. Denn Ius-cogens-Normen erfordern keine konsistente Staatenpraxis, kommen also ohne jenes Element aus, das die Bildung von Gewohnheitsrecht so erschwert. Erforderlich ist lediglich, dass die Norm „von der internationalen Staatengemeinschaft *in ihrer Gesamtheit* angenommen und anerkannt wird“, und zwar „als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf“.[207] Das impliziert, dass es durch die Staaten *ut singuli* keiner Anerkennung dieser Regeln bedarf, um an sie gebunden zu sein.[208] In diesem Sinne ist *ius cogens* als juristisches Konstrukt geeignet, die Schwierigkeiten zu umgehen, die sich aus den Voraussetzungen von Gewohnheitsrecht im Bereich der Menschenrechte ergeben. Eine ganze Reihe von fundamentalen Menschenrechten gelten heute als verbindliche Ius-cogens-Normen, z. B. das Folterverbot oder das Verbot des Völkermords.[209] Es wäre jedoch sehr weit gegriffen, *alle* Menschenrechte unter *ius cogens* fassen zu wollen.

Allgemeine Rechtsgrundsätze könnten hier die Lücke schliessen, zumindest auf einer theoretischen Ebene, da die Gerichte diese Quelle bisher nicht für die Herleitung von Menschenrechten verwendet haben. Dies mag einerseits daran liegen, dass den allgemeinen Rechtsgrundsätzen teilweise ein naturrechtlicher Geschmack anhaftet und andererseits, dass unterschiedliche Lehrmeinungen bezüglich ihrer Entstehung und Anwendung bestehen.[210] Gemäss vorherrschender Auffassung sind sie als übereinstimmende Rechtsgrundsätze der einzelstaatlichen Rechtsordnungen zu verstehen, also als gemeinsame Grundsätze, die jeweils be-

---

[205] *Thirlway*, S. 176 f.

[206] *Thirlway*, S. 178 f.

[207] Art. 53 WVK, Hervorhebung hinzugefügt.

[208] *Wouters/Ryngaert*, S. 120.

[209] Siehe *§ 3 C. II. 3. c) Ius cogens*.

[210] Für einen Überblick über die unterschiedlichen Lehrmeinungen siehe *Vitanyi*, S. 48 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

reits in *foro domestico* vorliegen.[211] In einer alternativen Variante werden sie als genuine Grundsätze des Völkerrechts betrachtet, die unabhängig von Analogien auf der Ebene des staatlichen Rechts bestehen.[212] Mit beiden Ansätzen wäre es möglich Menschenrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze zu charakterisieren, und bei beiden Varianten spielt die tatsächliche Staatenpraxis keine Hauptrolle, worin die theoretische Attraktivität dieser Herleitung gesehen werden kann.[213]

Zu den Vordenkern der *ersten Variante*, in der Analogien aus nationalen Rechtsordnungen gezogen werden, kann Louis Henkin gezählt werden, obwohl er nicht explizit von allgemeinen Rechtsgrundsätzen spricht.[214] Aber Henkin macht sich in der Tat für eine Grundlage der juridischen Menschenrechte stark, die weder Vertrags- noch Gewohnheitsrecht ist, sondern die er stattdessen als „konstitutionell" in dem Sinne bezeichnet, als dass sie sich aus nationalem Verfassungsrecht ableitet.[215] Natürlich kann auf diese Weise nicht einfach eine neue Quelle erfunden werden, nationale Verfassungen werden *als solche* nicht als Völkerrechtsquelle anerkannt. Als Element im Konstrukt von allgemeinen Rechtsgrundsätzen wäre dies aber prinzipiell denkbar.

Als Hauptvertreter des *zweiten Ansatzes* gelten Bruno Simma und Philip Alston. Für sie gründen die allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht auf Analogien aus staatlichem Recht, sondern werden „top-down" direkt auf der internationalen Ebene gebildet.[216] Dadurch betonen sie einen *Staatenkonsens* bei der Schaffung von Völkerrechtsnormen, wodurch sie ihrem Ansatz wohl einen positivistischen Rahmen geben wollen.[217] Sie schliessen ausserdem, dass die Voraussetzungen von Ius-cogens-Normen – also „von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt"[218] zu werden – weniger durch Gewohnheitsrecht als vielmehr durch allgemeine Rechtsgrundsätze erfüllt werden könnten, sofern man diese in ihrem Sinne versteht.[219] Immerhin sei in Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut ganz ähnlich die Rede von „allgemeinen, von den Kulturstaaten anerkannten Rechtsgrundsätzen". Simma und Alston halten Folgendes fest, auch wenn ihr Ansatz letztlich wohl eine Mehrheit der Rechtstheoretiker kaum überzeugt:[220]

---

[211] Siehe *§ 3 C. II. 3. d) Allgemeine Rechtsgrundsätze*.

[212] So bei *Simma/Alston*, S. 102 ff.

[213] Daran kann freilich kritisiert werden, dass die Identifikation von allgemeinen Rechtsgrundsätzen ohne irgendeine übereinstimmende Praxis als subjektiv, ja willkürlich, gelten müsse, m. w. V. *Wouters/Ryngaert*, S. 122, Fn. 36.

[214] *Henkin*, Human, S. 31 ff.; vgl. *Wouters/Ryngaert*, S. 121.

[215] *Henkin*, Human, S. 38 ff.

[216] *Simma/Alston*, S. 102.

[217] *Wouters/Ryngaert*, S. 122.

[218] Art. 53 WVK.

[219] *Simma/Alston*, S. 104.

[220] Kritisch dazu etwa *Thirlway*, S. 181.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[W]hat is required for the establishment of human rights obligations *qua* general principles is essentially the same kind of convincing evidence of general acceptance and recognition […] in order to arrive at customary law. However, this material is not equated with State practice but is rather seen as a variety of ways in which moral and humanitarian considerations find a more direct and spontaneous ‚expression in legal form'."[221]

Gerichtliche Entscheide und ihre Rolle als „Hilfsmittel zur Feststellung der Rechtsnormen"[222] dürfen in dieser kursorischen Auseinandersetzung nicht fehlen. Als Rechts*erkenntnis*quelle ist die internationale Rechtsprechung zwar keine formelle Rechtsquelle in dem Sinne, dass daraus originär und ursprünglich juridische Menschenrechte abgeleitet werden können. Internationale Gerichte gelten aber durchaus als befugt, das Vorhandensein von Recht formell anzuerkennen, d. h. zu entscheiden, dass ein bestimmtes Menschenrecht im positiven Völkerrecht existiert und als Grundlage ihrer Urteile verwendet werden kann.[223] Gerade im Völkerrecht mit seinen ungeschriebenen Regeln ist dies wesentlich. Anschaulich H. L. A. Hart:

„It is in this light that we are asked to view customary rules which have the status of law in a legal system. Till the courts apply them in particular cases such rules are *mere* customs, in no sense law. When courts use them, and make orders in accordance with them which are enforced, then for the first time these rules receive legal recognition."[224]

Richter haben dabei einen materiellen Spielraum innerhalb des vorgegebenen normativen Rahmens.[225] Innerhalb von diesem können sie durch einen subjektiven Willensakt *Recht setzen*.[226] Beim Gerichtsentscheid handelt es sich um Rechtsetzung auf der konkretesten Stufe, mit der letztlich *bestimmt wird, was Recht ist*.[227] Auch Hans Kelsen räumte dieser Art von richterlicher Rechtsetzung eine herausragende Stellung im Völkerrecht ein.[228] Er wies gar auf die Möglichkeit hin, dass *letztinstanzliche* Entscheide auch ausserhalb des normativen Rahmens einer höheren Norm gefällt werden könnten und dass sie in diesem Fall dennoch definitiv gelten müssten.[229] Denn das letztinstanzliche Gericht werde *von der Rechtsordnung ermächtigt*, „eine individuelle Rechtsnorm zu erzeugen, deren Inhalt nicht so vorausbestimmt ist, sondern durch das letztinstanzliche Ge-

---

221 *Simma/Alston*, S. 105.

222 Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut.

223 *Tzevelekos*, S. 331; vgl. *G. G. Fitzmaurice*, Problems, S. 168 ff.

224 *Hart*, Concept, S. 46.

225 Hart postuliert bekannterweise eine offene Struktur („open texture") des Rechts, siehe *Hart*, Concept, S. 124 ff.

226 *Larenz*, Methodenlehre, S. 78.

227 Vgl. *Bernstorff*, S. 188.

228 Siehe *§ 6 D. II. 3. f) Internationale Gerichtsurteile*.

229 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 271 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

richt selbst zu bestimmen ist".[230] In Bezug auf die internationalen Menschenrechte spricht Tzevelekos gar von einer Art „‚judicialised' variation of HR-making which in tandem complements ‚traditional' HR-making".[231]

Freilich können Gerichte nicht Menschenrechte *ex nihilo* erschaffen, schon gar nicht, wenn sie universelle Geltung beanspruchen sollen. Konkret haben sie jedoch die Möglichkeit, bereits bestehende Rechte auszuweiten, insbesondere materiell.[232] So könnte zum Beispiel aus den bestehenden Rechten des UN-Sozialpakts auf einen angemessenen Lebensstandard (Art. 11) und auf körperliche und geistige Gesundheit (Art. 12) mittels entsprechender Rechtsprechung ein Menschenrecht auf Trinkwasser und auf Zugang zu Sanitätseinrichtungen abgeleitet werden, wie es etwa der UN-Menschenrechtsrat und auch der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vorschlagen.[233]

C. Fazit

Der Rechtspositivismus kann Menschenrechte nicht in ihrem umfassenden Sinne als eine Normart fassen. Folglich ist vom positivistischen Standpunkt aus auch *entweder* nach einer rechtlichen *oder* einer moralischen Legitimität zu fragen. Eine eigene „menschenrechtliche Legitimität" im normativen Sinne gibt es aus rechtspositivistischer Sicht nicht. Ausserdem scheint es aus dieser theoretischen Position am überzeugendsten, den universellen Geltungsanspruch nur auf die Menschenrechte als moralische Rechte zu beziehen. Einem juridischen Menschenrecht ist hingegen schon dann legitime Geltung zuzusprechen, wenn es als positives Völkerrecht aus einer legitimen Rechtsquelle abgeleitet werden kann.

Die Universalität stellt die herausforderndste Voraussetzung für eine moralische Legitimitätsbegründung dar. Die Argumentationen sind dabei einer Art Zielkonflikt ausgesetzt, denn in der Regel lässt sich universelle Geltung nur zum Preis von abstrakten, gehaltsarmen Inhalten gewinnen: je konkreter und lebensnäher die Inhalte, desto weniger universell die Geltung. Dieses Dilemma entsteht vor der Annahme kultureller Differenzen. Es könnte abgeschwächt werden, indem Begründungstheorien etwa von einem moralischen und kulturellen Kosmopolitismus ausgehen, von hybriden Kultur- und Identitätskonzepten.

---

[230] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 273.

[231] *Tzevelekos*, S. 331, mit „HR-making" ist die Schaffung bzw. Setzung von Menschenrechten gemeint.

[232] Vgl. *Tzevelekos*, S. 338 ff.

[233] HRC: Human rights and access to save drinking water and sanitation, Res. 15/9, 6. Oktober 2010, Nr. 3; AwskR: Allgemeine Bemerkung Nr. 15, E/C.12/2002/11, 20. Januar 2003, Nr. 3; inwiefern Resolutionen von internationalen Organisationen verbindlich sind für die Auslegung von Satzungsbestimmungen siehe *Giersch*, S. 89 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 10 Begründungstheoretische Hürden am Beispiel anthropologischer Argumente[234]

Seit der Aufklärung wurden eine Vielzahl von Begründungsstrategien entwickelt, um die *moralisch* legitime Geltung der Menschenrechte darzulegen. Vorliegend wird nicht auf die verschiedenen Ansätze und ihre jeweiligen Eigenheiten eingegangen.[235] Vielmehr soll exemplarisch eine Argumentationslinie herausgegriffen werden, um mögliche Legitimitätsprobleme konkret darzustellen. Denn auch „wenn es freilich mehrere Wege nach Rom gibt, dann muss doch gezeigt werden, dass man wenigstens einen gehen kann".[236] Nachfolgend wird der Versuch anthropologischer Begründungen nachgezeichnet, der sich auf kulturinvariante Annahmen über die menschliche Natur stützt, um daraus auf den universellen Charakter der Menschenrechte zu schliessen.

A. Anthropologische Elemente in Begründungstheorien

I. Die universelle Achtungsmoral als Ausgangspunkt von Begründungen

Begründungsversuche beginnen inhaltlich oftmals mit der moralischen Prämisse der *gleichen Achtung aller*.[237] Dabei wird in fundamentaler Weise davon ausgegangen, dass keinem Menschen mit guten Gründen die Mitgliedschaft in der Menschengemeinschaft verweigert werden darf. Das Recht, als Mensch wie alle anderen gleichermassen respektiert zu werden, kann als ein erstes allgemeines Prinzip oder eine allgemeine Grundlage für die Herleitung und Begründung von spezifischen Menschenrechten angesehen werden.[238] Diese sog. universelle Achtungsmoral wird in unterschiedlichen Varianten vertreten und ist hinsichtlich ihrer Begründbarkeit selbst umstritten.[239] Dennoch ist es ihr normativer Gehalt, der die Bestimmungen der Menschenrechte im Allgemeinen geprägt hat. Der Universalismus der Menschenrechte ist somit als *egalitärer Universalismus* zu verstehen.[240] Dazu Gosepath:

---

[234] Die Ausführungen in diesem Kapitel finden sich weitgehend auch in meinem Aufsatz „Welche Rolle kommt anthropologischen Argumenten bei der Begründung von Menschenrechten zu?" (2018), siehe *Pachmann*, S. 23 ff. (publiziert noch unter meinem Ledignamen).

[235] Verschiedene Arten von Ansätzen finden sich interessant kategorisiert in *Alexy*, Menschenrechte, S. 17 ff., wo zwischen religiösen, biologischen, intuitiven, konsensuellen, instrumentellen, kulturellen, explikativen und existentiellen Begründungen unterschieden wird.

[236] *Lohmann*, Verständigung, S. 55.

[237] *Lohmann*, Begründung, S. 218.

[238] *Gosepath*, Begründungen, S. 149 f.

[239] So bspw. die Kritik, dass die egalitäre Achtungsmoral von einer kulturrelativen Prämisse ausgehen würde: der kulturellen Hochschätzung der Fähigkeit zu individueller, überlegter Selbstbestimmung, vgl. *Lohmann*, Begründung, S. 221 f.

[240] *Lohmann*, Menschenrechte, S. 11.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Jede politische Theorie, die Anspruch auf Plausibilität erhebt, muss mit dieser Gleichheitsvorstellung beginnen und kann nicht hinter sie zurück. Im postmetaphysischen Zeitalter […] scheint es unmöglich, friedlich eine allgemeine Einigung über gemeinsame politische Anliegen zu erzielen, ohne die Forderung anzuerkennen, dass Personen als Gleiche zu behandeln sind.“[241]

Daran anknüpfend variieren nun die Begründungsversuche je nach vertretener Moralauffassung. Starke Argumente bieten nach wie vor Begründungen, die in der Tradition des Naturrechts oder des Vernunftrechts mit dem Begriff der *Menschenwürde* als absolutem Wert operieren. Sie versprechen nicht nur Kohärenz bezüglich der universellen Achtungsmoral, sondern auch in Bezug zu anderen Erklärungsversuchen. So finden sich Vorstellungen über die Werthaftigkeit und Gleichwertigkeit aller Menschen bereits in der stoischen Philosophie, später im Christentum, im Islam und im indischen Denken.[242] Noch später berief sich Immanuel Kant auf die „Selbstzweckhaftigkeit des Menschen“.[243] So ging man auch 1948 bei den Debatten im Vorfeld der Allgemeinen Menschenrechtserklärung davon aus, dass bestimmte Minimalpositionen aus der menschlichen Würde abzuleiten seien und sie deshalb keiner kulturellen Relativierung unterlägen.[244]

II. Anthropologische Konstanten als Argumente

In ähnlich fundamentaler Weise beharren *anthropologische Argumente* in der politischen Philosophie auf kulturinvarianten Annahmen über den Menschen. Auch sie sind bestrebt, den universalen Charakter der Menschenrechte unter Verweis auf die menschliche Natur zu rechtfertigen. Und auch sie können sich auf eine Tradition berufen, die bis in die Antike reicht. Aristoteles beschrieb den Menschen als „zoon politikon“, als notwendig soziales Wesen, das sich zudem durch Sprache und Vernunft auszeichnet. Damit legte er eine anthropologische Basis für seine politische Theorie – eine Basis, die Voraussetzung für eine besondere Form der Vergemeinschaftung sei: die Polis.[245] Seit man in der Aufklärung vom theozentrischen zum anthropozentrischen Weltbild übergegangen war, wurde die Frage nach der Natur des Menschen wieder mit verschärftem Fokus gestellt. So entwarfen Hobbes, Locke und Rousseau jeweils ein anderes Bild vom Menschen, um gestützt darauf eine Theorie zur Legitimation von politischer Ordnung zu entwickeln. Je nachdem, ob „der Mensch dem Menschen ein Wolf“ oder ob er im Naturzustand „gut und edel“ sei, wurden andere Anforderungen an die

---

241 *Gosepath*, Begründungen, S. 151.

242 *Kälin/Künzli*, S. 24 f.

243 Für eine Aufzählung weiterer wichtiger Begründungslinien siehe *Gosepath/Lohmann*, S. 12 f.

244 *Kettner*, S. 245; vgl. dazu auch *Menke/Pollmann*, S. 129 ff.

245 Vgl. *Jörke*, S. 17 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

staatliche Organisation gestellt.[246] Auch Marx fundierte seine ökonomische Analyse der kapitalistischen Gesellschaft mit anthropologischen Grundmotiven.[247]

Der Begriff der Anthropologie, um den es hier geht, zielt auf humane Universalien ab, also auf das Wesen des Menschen *vor aller* kulturellen Differenzierung. Dieser Begriff ist zu unterscheiden vom englischen „anthropology", der meist ethnologisch orientiert und als „cultural anthropology" zu verstehen ist.[248] In diesem englischen Verständnis geht es gerade nicht um anthropologische *Konstanten*, die bspw. körperlicher Natur sein können, sondern um kulturell gefärbte Verhaltensweisen von Menschen in je spezifischen zeitlichen und räumlichen Kontexten.[249] Während Anthropologie im englischen Sinn also menschliche Lebensformen in ihrer Verschiedenheit betrachtet, geht es im deutschen Verständnis darum, die Gemeinsamkeiten in den Blick zu nehmen – es geht um die menschliche Lebensform.[250] Im Zusammenhang mit Staatslegitimationen oder Menschenrechtsbegründungen handelt es sich spezifischer um *politische Anthropologie*. Sie zielt auf die Begründung von politischen Werten und Institutionen mittels des Rekurses auf universelle menschliche Eigenschaften. Damit ist sie eine Sonderform der philosophischen Anthropologie, die den Menschen als Ganzes zum Gegenstand hat und in der es unter anderem auch um die Rechtfertigung von Werten, Normen und Institutionen geht.[251]

III. Kritik an politischer Anthropologie

Begründungen von Menschenrechten, also von Rechten, die dem Menschen als Menschen gebühren, legen den Zusammenhang mit einer Anthropologie nahe.[252] Jedoch geht mit einer in diesem Zusammenhang nützlichen Definition des Menschen meist eine Wertabhängigkeit einher. Wer den Menschen mit einem bestimmten Menschenbild qualifiziert, bindet die daran anknüpfenden Rechte an eine Interpretation von begrenzter Gültigkeit. Sobald eine Definition abhängig ist von einer kulturellen Eigenart oder Gewichtung, droht damit der Anspruch auf universelle Geltung verloren zu gehen und der Begründungsversuch zu scheitern. Es ist daher eine besondere Herausforderung für anthropologische Begründungen, den Menschen kulturinvariant, aber dennoch auf eine begründungstheoretisch nützliche Weise zu erfassen.

---

[246] Die Wendung „homo homini lupus" stammt aus Hobbes' Werk „de cive" (1641); Rousseau vertrat hingegen ein optimistischeres Bild vom „guten und edlen" Menschen, vgl. *Kälin/Künzli*, S. 26.

[247] Vgl. *Jörke*, S. 31 ff.

[248] *Ladwig*, S. 245.

[249] *Jörke*, S. 10.

[250] *Ladwig*, S. 245.

[251] *Jörke*, S. 11.

[252] *Höffe*, Anthropologie, S. 231.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Aufgrund einer starken Anthropologiekritik Mitte des 20. Jahrhunderts gerieten anthropologisch begründete Theorien in den Hintergrund.[253] Ein ewiger Kritikpunkt ist der Vorwurf des *naturalistischen Fehlschlusses* bzw. der Missachtung des Hume'schen Gesetzes, d.h. die logisch unzulässige Schlussfolgerung von einem blossen Sein auf ein Sollen.[254] Mit der Anthropologie allein lassen sich deshalb auch keine Menschenrechte legitimieren – es müssen notwendigerweise normative Elemente hinzukommen.[255] Eine weitere Hauptkritik besteht im grundsätzlichen Einwand gegen jeglichen Versuch, dem Menschen spezifische unveränderliche Eigenschaften zuzuschreiben. Mit diesem Unterfangen würde man verneinen, dass der Mensch ein geschichtlich-kulturelles Lebewesen ist. Man würde ihn als unveränderlich charakterisieren, dem Wandel der Geschichte entzogen.[256] Diese grundlegende Skepsis gegen den Nachweis menschlicher Konstanten besteht im Vorwurf eines *ethnozentrischen Fehlschlusses*, wie Dirk Jörke ihn nennt.[257] Denn wer anerkennt, dass sich der Mensch in seinem Selbstverständnis weiterentwickelt, der kann anthropologische Annahmen nur als historische oder kulturspezifische Aussagen auffassen, die in ihrer Vorläufigkeit nicht universell sein können.

Trotz dieser Kritik ist in den letzten Jahrzehnten eine Art Renaissance anthropologischer Begründungen festzustellen.[258] Im Bereich der Menschenrechte gehören insbesondere Otfried Höffe und Martha Nussbaum zu den Hauptvertretern dieser Bewegung. Im Folgenden werden ihre Theorien näher behandelt, wobei der Blick vor allem auf ihre anthropologischen Argumente gerichtet ist.

B. Angeborene und unveräusserliche Interessen bei Otfried Höffe

I. Höffes Idee im Grundsatz

Otfried Höffe greift mit seiner „Fundamentalphilosophie"[259] den klassischen Grundlegungsdiskurs von Hobbes, Locke und Kant auf und setzt ihn auf ganz ähnliche Weise fort. In seinem Werk „Politische Gerechtigkeit" (1987) entwickelte er eine anthropologische Rechtfertigung des Rechtsstaates. Sein Ziel war zunächst die Legitimation staatlichen Zwanges überhaupt, wobei er von ei-

---

[253] Für einen Überblick über die Stationen der Anthropologiekritik siehe *Jörke*, S. 48 ff., m.w.V. zu Lukács, Horkheimer, Habermas, Foucault und Rorty.

[254] *Hume*, S. 469; *Moore*, S. 38, 64.

[255] *Höffe*, Anthropologie, S. 241.

[256] *Horkheimer*, S. 275; Max Horkheimer bestreitet schon aus *epistemologischen Gründen*, dass die philosophische Anthropologie eine letztgültige Bestimmung des Menschen formulieren könne, vgl. *Horkheimer*, S. 257.

[257] *Jörke*, S. 57.

[258] *Ladwig/Jörke*, S. 12.

[259] *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, S. 28 ff.; vgl. auch *Kersting*, S. 16 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ner Konfliktnatur des Menschen ausging und daraus die Notwendigkeit von Recht und dessen Gewährleistung durch staatliche Zwangsgewalt herleitete.[260] Erst in einer späteren Phase, in den 1990er Jahren, wandte sich Höffe der Rechtfertigung von Menschenrechten zu. Dabei knüpfte er weitgehend an seine früheren begründungstheoretischen Überlegungen an, entwickelte diese jedoch weiter. Seine Menschenrechtstheorie ist unter dem Titel „*transzendentaler Tausch*" bekannt.[261]

Höffe geht von ethischen sowie anthropologischen Prämissen aus, weshalb er sein Begründungsmuster als „Ethik plus Anthropologie" bezeichnet.[262] Zur Idee im Grundsatz: Im anthropologischen Teil setzt Höffe bei den elementarsten Interessen des Menschen an, Interessen, auf die kein Mensch ernsthaft verzichten kann, weil sie die Bedingung für das Menschsein sind. Diese Interessen nennt er „*transzendentale Interessen*".[263] Ein Beispiel dafür ist die Integrität von Leib und Leben. Im ethischen Teil seiner Begründung setzt Höffe auf einen Kontraktualismus. In einem „primären Naturzustand"[264] beschreibt er die Möglichkeit von *wechselseitigen Verzichten auf Handlungsfreiheiten*. Wo bspw. wechselseitig auf die Tötungsfreiheit verzichtet wird, da wird automatisch die Integrität von Leib und Leben gesichert. Der Freiheitsverzicht wird so mit einem Freiheitsrecht belohnt.[265] Weil jeder ein transzendentales Interesse an einem solchen Tausch habe, würde ihn zwangsläufig auch jeder eingehen, woraus eine Allgemeingültigkeit erwachse. So entstehe ein „sekundärer Naturzustand"[266], die natürliche Rechtsgemeinschaft. Moralisch legitim ist die Geltung elementarer Freiheitsrechte – die aus den Freiheitsverzichten erwächst – aufgrund des „distributiven Vorteils"[267], der für alle dadurch entstehe, dass alle gleichermassen von so einem Tausch profitieren, er somit *allgemein zustimmungsfähig* sei und damit einen *anerkennungswürdigen Geltungsgrund* abgebe.

II. Die anthropologischen Prämissen

In seinen anthropologischen Prämissen entwirft Höffe einen Begriff des Menschen, der ohne ein bestimmtes Menschenbild auszukommen versucht, das einem Kulturrelativismus Vorschub leisten könnte. Der Menschenbegriff solle von allen gruppen-, kultur- und epochenspezifischen Vorstellungen abstrahiert werden. Es

---

260 *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, S. 193 ff.

261 Siehe *Höffe*, Legitimationsfigur.

262 *Höffe*, Legitimationsfigur, S. 38.

263 „Transzendental" ist nicht zu verwechseln mit „transzendent".

264 *Höffe*, Rechte, S. 66; seine Naturzustandsfiktion weist viele Ähnlichkeiten mit der von Hobbes auf, vgl. *Kersting*, S. 39.

265 *Höffe*, Rechte, S. 67.

266 *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, S. 291 f.

267 *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, S. 382.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gelte, einen streng universalistischen Begriff vom Menschen zu entwickeln, eine prämissenarme, sozusagen *sparsame Definition*.[268]

Es sind vor allem zwei verschiedene Begriffe von Anthropologie, von denen Höffe sich löst: Zum einen geht es ihm nicht um die menschliche Natur im Ganzen, sondern nur um diejenigen Aspekte, auf die die politisch-rechtliche Legitimationsdebatte nicht verzichten kann.[269] Relevant an der „conditio humana" sind demnach nur diejenigen Facetten, die das zwischenmenschliche Verhalten betreffen – die *Sozialnatur* des Menschen.[270] Zum anderen will Höffe die Anthropologie von allen normativen und teleologischen Begriffen lösen; anstatt den Menschen also von dem her zu definieren, was ihm Glück, Selbstverwirklichung oder eine sinnerfüllte Existenz erlaubt, sollen nur noch seine Anfangsbedingungen in den Blick genommen werden.[271] Diese Umkehrung im anthropologischen Denken, also die inhaltliche Bescheidenheit und die Konzentration auf die Anfangsbedingungen, auf Elemente nämlich, die den Menschen als Mensch *möglich machen*, möchte Höffe als *kopernikanische Revolution* der Anthropologie verstanden wissen.[272]

Was bleibt übrig, wenn man den Menschenbegriff von allen kulturspezifischen Besonderheiten abstrahiert? Worin bestehen diese menschlichen Anfangsbedingungen? Nach Höffe werden sie durch *transzendentale Interessen* beschrieben. „Transzendental" heissen im Kant'schen Sprachgebrauch die „Bedingungen der Möglichkeit" und Höffe bezeichnet damit Folgendes:

> „Die wahrhaft unverzichtbaren Interessen bestehen aus logisch höherstufigen Interessen, die […] transzendentale Interessen heissen. […] Als transzendental ist das anzusprechen, was man immer schon will, wenn man irgend etwas will, [ganz unabhängig von dem, was man inhaltlich anstrebt oder meidet]; transzendental heissen die Bedingungen dafür, dass man gewöhnliche Interessen überhaupt haben und verfolgen kann."[273]

Mit dem, was einer, der irgendetwas will, immer schon will, meint Höffe also: „ein handlungsfähiges Wesen zu sein".[274] An den *Bedingungen für die Handlungsfähigkeit* hat ein Mensch demnach logisch höherstufige Interessen, die dem Menschen angeboren, unveränderlich und unveräusserlich sind.[275] Es kann hier also gesagt werden, dass trotz des Versuchs, die Anthropologie von allen normativen und teleologischen Begriffen zu lösen, eine normative Ausrichtung an der

---

268 *Höffe*, Legitimationsfigur, S. 32.
269 *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, S. 219.
270 *Jörke*, S. 100.
271 *Höffe*, Anthropologie, S. 236.
272 *Höffe*, Legitimationsfigur, S. 34.
273 *Höffe*, Tausch, S. 22, der Einschub ist S. 23 entnommen.
274 Vgl. auch *Kettner*, S. 254.
275 *Höffe*, Rechte, S. 72.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Handlungsfreiheit bestehen bleibt.[276] Worin diese transzendentalen Interessen nun konkret bestehen, bleibt bei Höffe relativ unbestimmt. Ausgehend von den Bedingungen an Handlungsfähigkeit unterscheidet er aber drei Interessengruppen: Die *Integrität an Leib und Leben* ist physische Bedingung für Handlungsfähigkeit und daher bestehe ein transzendentales Interesse daran.[277] Weiter haben wir als Sprach- und Vernunftwesen transzendentale Interessen an ungehinderter Ausübung unserer Sprach- und Denkfähigkeit – an *Meinungsfreiheit*. Man könne darin auch die kognitive und zugleich soziale Bedingung von Handlungsfähigkeit sehen. Ausserdem seien wir als sozialisationsabhängige Kooperationswesen transzendental interessiert an *identitätsbildenden Sozialbeziehungen*.[278]

III. Die ethischen Prämissen

Im Hinblick auf die Ethik im Legitimationsmuster „Ethik plus Anthropologie" muss nun gezeigt werden, dass man auf die Anerkennung solcher transzendentalen Interessen auch einen subjektiven Anspruch hat. Dieser Anspruch entspringt bei Höffe aus einer klassischen kontraktualistischen Moral. In einem Gedankenexperiment geht er von einem Naturzustand aus, in dem Menschen ohne Recht und legitime Herrschaft zusammenleben und unbegrenzte Handlungsfreiheit besitzen.[279] In diesem Zustand seien Konflikte in der Freiheitsausübung unvermeidlich. Aber durch einen universalen Tauschakt, nämlich einen allseitig von allen vorgenommenen Tausch von Verzichten auf Handlungsfreiheiten, können nun Freiheits*rechte* erwachsen. Man verzichtet darauf, andere zu töten, unter der Bedingung, dass die anderen auch darauf verzichten.

Das moralische Element in Höffes Theorie ist also die *Tauschgerechtigkeit*, das „quid pro quo" wechselseitigen Tauschs von Gleichwertigem.[280] Diese kontraktualistische Denkfigur ist aus der Geschichte der politischen Philosophie wohlbekannt. Indem der Tausch bei Höffe nun aber auf die Gewährleistung von höherstufigen, transzendentalen Interessen gerichtet ist, schaffe er einen *unbedingten Verpflichtungsgrund* für alle, auf diesen Tauschakt einzugehen. Denn die Vorteile, die dadurch entstehen, seien für jeden dermassen elementar, dass kein Mensch, der handlungsfähig sein wolle, auf sie verzichten könne. Höffe leitet somit aus diesem „distributiv universalen Vorteil"[281] die Rechtfertigung der Pflicht

[276] *Jörke*, S. 101.
[277] *Höffe*, Gerechtigkeit, S. 26.
[278] *Höffe*, Gerechtigkeit, S. 27 f.
[279] *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, S. 303.
[280] Darin kann auch eine Lesart der sog. Goldenen Regel gesehen werden. Der alte und verbreitete Grundsatz aus der praktischen Ethik gilt als kulturinvariant und universell. Eine bekannte Ableitung als gereimtes Sprichwort: „Was du nicht willst, dass man dir tu', das füg auch keinem andern zu."; vgl. *Kettner*, S. 267.
[281] *Kersting*, S. 43.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zum Freiheitsverzicht ab und damit die Legitimität für die universelle Geltung der entsprechenden Freiheitsrechte.[282] Es könnte hier noch einiges über Höffes transzendentalen Tausch gesagt werden; stattdessen wird noch einmal auf seine anthropologischen Implikationen eingegangen.

IV. Die partielle Konfliktnatur des Menschen

Indem Höffe sich einer Naturzustandsfiktion bedient, geht er von einer weiteren anthropologischen Prämisse aus. Ideengeschichtlich sind in einem solchen Naturzustand zwei Grundmodelle bekannt: Der Mensch als Kooperationswesen oder als Konfliktwesen.[283] Das Kooperationsmodell wird oft mit der Denkfigur von Aristoteles verbunden, während das Konfliktmodell mit Hobbes in Verbindung gebracht wird. Höffe versucht es zu vermeiden, nach einem vermeintlich optimistischen oder pessimistischen Menschenbild zu fragen. Der Mensch ist für ihn immer beides.[284] So gelte die Gewalt gegen seinesgleichen nicht als ein Grundzug des Menschen, wohl aber als eine nicht auszuschliessende Gefahr.[285] Es sei eine historische Tatsache, dass der Mensch verletzbar sowie gewalttätig ist, weshalb von einer zumindest *partiellen Konfliktnatur* des Menschen auszugehen sei.[286] Ohne diese Annahme würde Höffes Begründungsprogramm seine Plausibilität verlieren.

V. Kritik

Otfried Höffes Begründungsversuch der Menschenrechte hat unter Rechtsphilosophen weitreichende Reaktionen ausgelöst. Neben Wertschätzung wurde ein breites Spektrum an Kritik laut. Ein wichtiger Kritikpunkt ist in den *realitätsfernen Anfangsbedingungen* zu sehen, von denen Höffe ausgeht.[287] Der distributive Vorteil, aus dem sich die Legitimität ergibt, besteht nur dann, wenn für alle ein Nutzenvorteil gegenüber dem Anfangszustand entsteht. Diese anfängliche Nutzenposition hängt aber von den anteilsmässigen Fähigkeiten der Individuen und den daraus resultierenden Machtverhältnissen ab. Sind diese Machtverhältnisse ungleich – was wohl der Realität entspricht – dann bestehen die Vorteile aus dem Freiheitsverzicht nur noch für die Schwächeren und nicht mehr für alle, was dazu führt, dass der Tausch nicht mehr allgemein zustimmungsfähig ist. Ein weiterer Kritikpunkt ist auf Höffes Strategie der inhaltlichen Sparsamkeit gerichtet. Indem er den Begriff vom Menschen dermassen abgespeckt fasst, ist er zwar in der

---

[282] *Höffe*, Tausch, S. 15; für Höffe sind Menschenrechte unmittelbar an korrelative Menschenpflichten gebunden.

[283] *Kersting*, S. 39.

[284] *Jörke*, S. 101.

[285] *Höffe*, Legitimationsfigur, S. 36.

[286] *Höffe*, Tausch, S. 16.

[287] Vgl. *Kersting*, S. 55 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Lage, die minimalen Bedingungen menschlicher Existenz zu bestimmen, für weitergehende Menschenrechte, die auf die Bedingungen eines „guten Lebens“ abzielen, müsste er aber zusätzliche Annahmen treffen.[288]

C. Menschliche Grundfähigkeiten bei Martha Nussbaum

I. Befähigungen als Forderung

Die Philosophin und Rechtswissenschaftlerin Martha Nussbaum ist im Bereich der politischen Philosophie mit dem sog. *Capabilities Approach* (oder „Fähigkeitenansatz“) bekannt geworden, den sie seit den 1980er Jahren zusammen mit dem Nobelpreisträger Amartya Sen, Ökonom und Philosoph, entwickelte. In ihrem Ansatz verfolgt sie das Ziel, eine Theorie sozialer Gerechtigkeit zu entwerfen, in der sie politische Grundsätze festlegt, die jede Regierung ihren Bürgern verfassungsmässig zu garantieren habe.[289] Aufgabe des Staates ist es Nussbaum zufolge, die Menschen zu einem guten Leben zu befähigen. Sie schlägt somit eine Rückbindung von Gerechtigkeitsnormen an eine Konzeption des Guten vor.[290] Im Zentrum steht dabei eine spezifische *Liste von Fähigkeiten* (oder „Capabilities“), ohne die ein menschliches Leben nicht im vollen Sinne als ein menschliches angesehen werden könne.[291] Diese Liste stellt in ihrer normativen Form eine moralische Konzeption von Menschenrechten dar.[292]

Der deutsche Begriff „Fähigkeiten“ kann nur unzulänglich die vielfältigen Implikationen des Capabilities-Begriffs wiedergeben. Zutreffender wäre das Wort „Verwirklichungschancen“ oder auch „Befähigungen“. Amartya Sen hat damit ursprünglich eine *Masseinheit* geschaffen, die für den interpersonalen Vergleich von Wohlergehen und Lebensqualität verwendet wurde.[293] Capabilities stellen die *tatsächlichen Möglichkeiten* eines Menschen dar, bestimmte Zustände und Tätigkeiten („Functionings“[294]) erreichen zu können. Capabilities sind die Optionen zur Realisierung von Functionings.[295] Somit wird deutlich, dass im Capabili-

---

288 *Jörke*, S. 108.

289 *Galamaga*, S. 67.

290 *Strassenberger*, S. 134.

291 *Nussbaum*, Women, S. 5.

292 Vgl. *Galamaga*, S. 61 f.

293 Sen ging es um eine *Erweiterung der Informationsgrundlage*, auf der die weitere Bewertung von Armut bzw. Wohlstand steht. Sein offener Ansatz wurde auf vielfältige Weise ergänzt und weiterentwickelt. Er findet heute in unterschiedlichsten Bereichen Anwendung, wie bspw. in der Wohlfahrtsökonomie, der Entwicklungspolitik oder auch der Sozialpädagogik, vgl. *Robeyns*, Practice, S. 351 ff.; der Capability Approach stellt ausserdem die theoretische Grundlage für den „Human Development Index“ der Vereinten Nationen dar.

294 Functionings sind bspw. Zustände wie verheiratet, gebildet oder krankenversichert zu sein oder Tätigkeiten wie Arbeiten, Spielen oder Reisen.

295 *Sen*, Inequality, S. 40.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ties Approach dem Aspekt der *Freiheit* eine zentrale Bedeutung zukommt. Denn Capabilities stellen letztlich die Freiheit des Menschen dar, ein bestimmtes Leben führen zu können und die Möglichkeit zu haben, eine bevorzugte Form des Lebens aus vielen verschiedenen Optionen wählen zu können.[296] Der Freiheit kommt hier nicht bloss ein instrumenteller, sondern auch ein intrinsischer Wert zu. Freiheit ist Ziel und Mittel zugleich.[297]

Wer nun mit Capabilities normativ argumentiert und durch sie Forderungen an Institutionen vorbringt, der fordert die Gewährleistung von Verwirklichungschancen, von positiver Freiheit und deren Voraussetzungen. Gütern und Dienstleistungen kommt so nur eine mittelbare und instrumentelle Funktion zu, und zwar im Hinblick darauf, was sie zu Verwirklichungschancen beitragen können. Andere Faktoren gewinnen daneben jedoch an Gewicht: *soziale Faktoren* wie das Rechtssystem, politische Strukturen, gesellschaftliche Hierarchien etc. sowie Machtverhältnisse bezüglich Klasse, Kaste, Geschlecht, Hautfarbe; *persönliche Faktoren* wie Gesundheitszustand, Intelligenz, Bildungsniveau, Geschlecht etc.; ausserdem *umweltspezifische Faktoren* wie Klima, Verschmutzung, fehlender Meereszugang, Strassenverhältnisse, vorhandener Wohnraum.[298] Zur Gewährleistung von Capabilities reicht es nicht aus, Güter und Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen; es müssen zudem die erwähnten externen und internen Faktoren berücksichtigt werden. Denn „positive Freiheit" meint, dass die Menschen dazu befähigt sind, auch tatsächlich Gebrauch von dieser Freiheit machen zu können.[299]

II. Eine Liste menschlicher Grundfähigkeiten

Martha Nussbaum hat diesen gehaltvollen Begriff der Capabilities ins Zentrum ihrer normativen Theorie gestellt. In ihrer bekannten Liste werden zehn elementare menschliche Grundfähigkeiten („central human capabilities") ausgemacht, die als Minimalkonzeption für ein gutes Leben gelten. Diese Fähigkeiten leitet Nussbaum aus anthropologischen Annahmen über das menschliche Wesen ab, aus Annahmen davon, was allen Menschen *aufgrund ihres Menschseins* gemeinsam ist.[300]

Ausgehend von dieser Liste können somit zwei *Schwellen* unterschieden werden, welche die Fähigkeiten betreffen, Tätigkeiten auszuüben: Die erste Schwelle benennt diejenigen Grenzen, unterhalb derer ein Leben so verarmt wäre, dass es überhaupt nicht mehr als menschliches Leben gelten könne (*menschliche Wesensmerkmale*). Die zweite Schwelle setzt etwas höher an und bezeichnet sodann die

[296] *Robeyns*, Survey, S. 95.
[297] *Sen*, Development, S. 36; *Nussbaum*, Women, S. 96.
[298] *Sen*, Justice, S. 254.
[299] *Sen*, Development, S. 17.
[300] *Jörke*, S. 93.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Grenzen, unterhalb derer die für den Menschen charakteristischen Tätigkeiten so reduziert ausgeübt werden, dass das entsprechende Leben zwar als ein menschliches, nicht aber als ein *gutes* menschliches Leben bezeichnet werden kann (*menschliche Grundfähigkeiten*).[301]

Es ist diese zweite Schwelle, auf die sich Nussbaum in Bezug auf Menschenrechte stützt:[302]

	Wesensmerkmal	Grundfähigkeit
1.	Sterblichkeit	Fähigkeit, das Leben bis zum natürlichen Tod zu leben
2.	Körperlichkeit	Fähigkeit, sich angemessen zu ernähren, sich guter Gesundheit zu erfreuen und eine Unterkunft zu haben
3.	Empfinden von Freude und Schmerz	Fähigkeit, sich gegen Gewalt zu schützen, nach lustvollen Erlebnissen zu streben und schmerzvolle Erlebnisse zu meiden
4.	Sinne, Vorstellungskraft und Denken	Fähigkeit, sich des eigenen Verstandes zu bedienen, angemessenen Zugang zur Bildung zu haben, am kulturellen Leben teilzunehmen und von Meinungsfreiheit Gebrauch zu machen
5.	Emotionalität	Fähigkeit, Gefühle frei auszudrücken und sich emotional ohne Angst und Einschüchterung zu entwickeln
6.	Praktische Vernunft	Fähigkeit, eine eigene Konzeption des Guten zu verfolgen und über die Planung des eigenen Lebens kritisch zu reflektieren
7.	Verbundenheit mit anderen Menschen	Fähigkeit, in soziale Interaktionen zu treten, sich in die Lage des Anderen hineinzuversetzen und respektvoll mit Anderen umzugehen
8.	Verbundenheit mit Natur	Fähigkeit, in Respekt gegenüber der Tier- und Pflanzenwelt zu leben
9.	Humor	Fähigkeit zu lachen, zu spielen und Freizeitbeschäftigungen nachzugehen
10.	Getrenntsein	Fähigkeit, ein eigenes Leben zu führen, an politischen Prozessen zu partizipieren, Eigentum zu besitzen, nach Arbeit zu suchen etc.

III. Die menschliche Natur als wertendes Konzept

Entscheidend ist nun die Frage, mit welchen Argumenten Nussbaum die legitime und universelle Geltung ihrer Liste von Grundfähigkeiten begründet. In ei-

[301] *Nussbaum*, Gerechtigkeit, S. 197.

[302] Folgende Liste stammt aus *Galamaga*, S. 60 f. und ist eine übersetzte und vereinfachte Form von *Nussbaum*, Creating, S. 33 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nem ersten, anthropologischen Schritt stellt sie zunächst fest, dass eine allgemeine Vorstellung von der Gestalt einer menschlichen und menschenwürdigen Lebensform benötigt wird, wenn wir über Gerechtigkeit unter Menschen nachdenken wollen.[303] Im Gegensatz zu Höffe setzt sie dabei auf einen anthropologischen *Essentialismus*, auf inhaltlich gehaltvolle, „dichte" Aussagen über den Menschen, und nicht auf eine abstrakte, „dünne" Minimalkonstruktion.[304]

Nussbaum hält es für unmöglich, dass ein absolut *objektiver* Blick auf die menschliche Natur gewonnen werden könne. Denn dies setze einen neutralen Beobachter voraus, der aus einer gänzlich externen Perspektive die Tatsachen menschlichen Daseins feststellt. Aus prinzipiellen Gründen sei uns eine solch radikale Sicht von aussen verwehrt.[305] Stattdessen plädiert Nussbaum für eine interne Rekonstruktion unseres Wissens um uns selbst. Eine interne Position nimmt eine Teilnehmerperspektive ein. Im Gegensatz zu externen Formen versucht diese nicht, wertneutrale Beschreibungen abzugeben.[306] Im Gegenteil, es sind gerade die starken Wertungen, auf die sich Nussbaums sog. *interner Realismus* stützen soll. Als Quelle zieht sie dabei Texte aus unterschiedlichen Epochen heran, die sie nach normativen Selbstbeschreibungen des Menschen befragt, nach Bildern seines Körpers, seiner Gefühle und Urteile.[307] Sie hat insbesondere antike Mythen und moderne Romane untersucht, „Geschichten, die sowohl den Freunden als auch den Fremden erklären, was es bedeutet, ein Mensch und nicht etwas anderes zu sein".[308] Nussbaums Idee ist es, dass wir eine vage Vorstellung davon teilen, was das Menschsein bedeutet.[309] Indem sie nach den anthropologischen Grunderfahrungen fragt, über die sich Menschen zu allen Zeiten und an allen Orten einig waren und sind, versucht sie eine Art anthropologischen Kern zu gewinnen, der normativ geprägt, aber dennoch universell ist.

Die menschliche Natur ist für Nussbaum somit ein wertendes Konzept. Es gebe ihrer Meinung nach keinen Weg zu einer Bestimmung der menschlichen Natur ohne Auffassungen davon, was im Leben besonders wichtig und unverzichtbar ist.[310] Sie geht davon aus, dass dabei zwischen den Menschen in den verschiedenen Gesellschaften Einigkeit über die „allgemeinen Umrisse"[311] einer solchen Konzeption bestehe. So beginnt sie mit der Feststellung, dass das Wissen um die eigene Sterblichkeit kulturinvariant sei und dass alle Menschen eine Ab-

---

303 *Strassenberger*, S. 131.

304 *Sturma*, S. 282 ff.; zu den Begriffen einer dichten bzw. dünnen Moral siehe *§ 9 A. II 1. Abstraktion: ein Dilemma universeller Begründungen*.

305 *Pauer-Studer*, Einleitung, S. 10.

306 *Jörke*, S. 91.

307 *Jörke*, S. 91.

308 *Nussbaum*, Gerechtigkeit, S. 46.

309 *Nussbaum*, Gerechtigkeit, S. 47.

310 *Pauer-Studer*, Einleitung, S. 11.

311 *Nussbaum*, Gerechtigkeit, S. 188.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

neigung gegen den Tod hätten.[312] Als *körperliche* Wesen teilen wir auch alle das Bedürfnis nach Essen und Trinken, nach einer schützenden Behausung, nach Sexualität und körperlicher Bewegung.[313] Auch wenn hier zunächst die biologische Konstitution des Menschen betont wird, betreibt Nussbaum keinen Biologismus, denn der Biologie wird nur insofern Beachtung geschenkt, als sie ein Teil der menschlichen Erfahrung ist und diese prägt.[314] Die übrigen Wesensmerkmale, wie seelischer Schmerz oder Humor, lösen sich dann auch von der reinen Körperlichkeit. Auch ist die Kritik verfehlt, die ihr vorwirft, die kulturelle Verschiedenheit der menschlichen Existenzformen zu missachten. Nussbaum räumt nämlich durchaus eine kulturelle Überformung der Grundbedürfnisse ein, die sich aber in einem Masse überschneiden würden, das ausreiche, um einen tragfähigen politischen Konsens zu begründen.[315]

IV. Nussbaums Neoaristotelismus und ihre Theorie des guten Lebens

In einem zweiten Schritt spezifiziert Nussbaum diese menschlichen Wesensmerkmale zu einer Konzeption menschlicher Grundfähigkeiten, die sie als Ausdruck einer „*dichten vagen Theorie des Guten*“[316] versteht. Dieser Fähigkeitenkatalog benennt demnach die Bedingungen eines guten Lebens. Mit Blick auf die Liste sollen nun klare Anforderungen an das politische Ordnungsmodell gerichtet werden können, um diese Capabilities bei allen Bürgern zu entwickeln und zu sichern.[317] Weshalb aber soll sich die Politik nach den Bedingungen eines guten menschlichen Lebens richten? Nussbaum orientiert sich in ihrer ganzen Theorie sehr stark an der praktischen Philosophie des Aristoteles, weshalb sie auch als *Neoaristotelikerin* bezeichnet wird.[318] Mit Verweis auf Aristoteles' Argumentation nennt Nussbaum ein politisches System dann „gut“, „wenn es jedem einzelnen die Ausübung tugendhafter Handlungen ermöglicht“[319] – und zwar über die Gewährleistung von Freiheitsrechten sowie umfassender sozialer Rechte bzw. Wohlfahrtsrechte.[320] Nussbaums Konzeption entspricht damit strukturell einer *Tugendethik* im aristotelischen Sinne. Im Gegensatz zu einer deontologischen Ethik steht dabei nicht die Frage nach einem grundsatzorientierten Sollen, son-

---

312 *Nussbaum*, Gerechtigkeit, S. 190.

313 *Galamaga*, S. 52.

314 *Nussbaum*, Gerechtigkeit, S. 189.

315 *Nussbaum*, Gerechtigkeit, S. 190.

316 „Thick vague theory of the good“: „dicht“ bezieht sich auf den anthropologischen Essentialismus; „vage“ bezieht sich auf die Offenheit der Liste der Grundfähigkeiten, die modifizierbar und an die jeweiligen Umstände anpassbar sei, vgl. *Galamaga*, S. 45.

317 *Strassenberger*, S. 133.

318 Ihre Gerechtigkeitstheorie wird auch als „aristotelischer Sozialdemokratismus“ bezeichnet, siehe dazu *Sturma*, S. 257 ff.

319 *Nussbaum*, Gerechtigkeit, S. 197.

320 *Strassenberger*, S. 133 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dern jene nach dem *guten Leben* im Mittelpunkt.[321] Die normative Kraft wird somit nicht aus einer moralischen Regel, sondern aus der Kategorie der Tugenden geschöpft.

Nussbaum greift in vieler Hinsicht auf Aristoteles zurück. So teilt sie mit ihm die anthropologische Überzeugung, dass der Mensch von Natur aus ein geselliges und politisches Lebewesen („zoon politikon") ist, dessen Ziel („telos") darin besteht, ein gutes Leben („eu zen") zu führen.[322] Das Ziel eines Staates (bzw. einer Gesellschaft) besteht auch bei Aristoteles in der Beförderung und Erhaltung des guten Lebens seiner Mitglieder. Den normativen Leitbegriff dazu sieht er in einem Konzept des intrinsisch Guten eines Wesens. Dieses Gute liege in der Möglichkeit, gemäss seinen Fähigkeiten zu leben.[323] Nussbaum geht somit ganz im aristotelischen Sinne von der *Kooperationsnatur* des Menschen aus, worin ein bedeutender Unterschied zur Theorie von Höffe zu sehen ist. Dieser nimmt eine zumindest partielle Konfliktnatur an, wobei ihm ein Verweis auf die Gewalttätigkeit und Verletzlichkeit des Menschen genügen kann. Nussbaum hingegen muss zu gehaltvolleren Voraussetzungen hinsichtlich des guten Lebens in anthropologischer Allgemeinheit greifen.[324]

Nussbaum kann sich mit Aristoteles auf eine philosophische Basis stützen, die weit zurückreicht. Auch wenn sie keine klassische Rekonstruktion seines Werks betreibt, ist ihr dennoch die Rehabilitation einer gehaltvollen Theorie des guten Lebens anzurechnen. Ihr Projekt reiht sich ein in die neueren Bestrebungen, der Moraltheorie ihre anthropologischen Grundlagen zurückzugeben. Denn der Versuch der Aufklärung, die Moral ganz objektiv herzuleiten, führte dazu, dass sie von allen Berührungen mit der empirischen Welt ferngehalten wurde. Entsprechend wurde das Rationale überbetont, woraus eine inhaltliche Dürftigkeit der Ethik resultierte, wie auch Pauer-Studer resümiert.[325] Nussbaums empirienaher Ansatz „will demgegenüber wieder die Reichhaltigkeit und Vielfalt ethischer Reflexion vor dem Hintergrund dichter Lebenskontexte zurückgewinnen".[326] In ihrer anthropologischen Theorie gelingt es ihr deutlich besser als Höffe, den Menschen als Menschen und seine Lebensformen zu charakterisieren.

V. Kritik

Dadurch, dass Nussbaum solch gehaltvolle Grundannahmen über den Menschen trifft, läuft sie tendenziell Gefahr, einen *ethnozentrischen Fehlschluss* zu

[321] Zum weiteren Verhältnis zwischen aristotelischer Tugendethik und deontologischer Ethik siehe *Pauer-Studer*, Einleitung, S. 15 ff.

[322] *Hahn*, S. 125, 114.

[323] *Wolf*, Aristoteles, S. 31.

[324] *Jörke*, S. 108.

[325] *Pauer-Studer*, Einleitung, S. 14.

[326] *Pauer-Studer*, Einleitung, S. 14.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

begehen. So wird dann auch ihr selektiver Zugriff auf die menschlichen Eigenschaften kritisiert sowie die Tatsache, dass sie in ihrem Katalog Phänomene wie Macht und Gewalt nahezu vollständig ausblendet.[327] Ein weiterer Einwand wird gegen Nussbaums „aristotelischen Sozialdemokratismus" erhoben, also gegen die Forderung, dass der Staat durch die Bereitstellung öffentlicher Güter für die Bedingungen eines guten Lebens sorgen müsse. Indem die staatliche Vorsorge potentiell in alle Lebensbereiche eingreife, würde ein Paternalismus entstehen, der für die freie Entfaltung zu wenig Raum liesse.[328] Dieser Verdacht ist jedoch unbegründet, da Nussbaums Capabilities Approach auf die Förderung der Verwirklichungschancen und nicht auf das Vorschreiben bestimmter Tätigkeitsweisen gerichtet ist.[329] Menschen werden in ihrer Lebensführung nicht reglementiert, sondern befähigt ein Leben nach ihren individuellen Vorstellungen zu führen. Es ist jedem Menschen selbst überlassen, welche Chancen er wahrnimmt und welche nicht. Auch der Vorwurf des Kulturimperialismus kann somit zurückgewiesen werden, denn der Capabilities Approach zeichnet sich gerade durch seine Offenheit gegenüber der Diversität menschlicher Lebensentwürfe aus.[330] Ausserdem lässt der Katalog bei einer Überführung an die politische Praxis einzelner Staaten einen grossen Spielraum bei der Festlegung der jeweiligen Kriterien zu.[331]

D. Fazit

Die Begründungslinien der beiden dargelegten Ansätze trennen sich schon an dem frühen Punkt, an dem die anthropologischen Grundannahmen getroffen werden. Es wird mit gegensätzlichen Strategien versucht, den Menschen auf eine universelle Weise zu definieren. Höffe wählt dabei den Weg der Abstraktion und der inhaltlichen Sparsamkeit, während Nussbaum sich nicht davor scheut, ein gehaltvolles und konkretes Menschenbild zu zeichnen, das ausdrücklich geprägt ist von unterschiedlichen Wertvorstellungen. Im Ergebnis riskiert Höffe dabei weniger und kann von seiner Abstraktionshöhe fundamentalere Aussagen treffen. Gleichzeitig bleiben seine Schlussfolgerungen „dünn" und wirklichkeitsfern und müssen sich auf wenige grundsätzliche Menschenrechte beschränken. Nussbaums Ansatz hingegen operiert mit „dichten" Lebenskontexten, woraus eine breite Palette von menschenrechtlichen Forderungen gewonnen werden kann. Aufgrund ihrer wertbehafteten Definition vom Menschen läuft sie aber eher Gefahr als Höffe, dass ihr der universelle Geltungsanspruch abgesprochen wird.

---

[327] *Jörke*, S. 98.
[328] M. w. V. *Jörke*, S. 95.
[329] *Galamaga*, S. 63.
[330] *Galamaga*, S. 62.
[331] *Jörke*, S. 97.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 11 Schlussfolgerungen

Wer im Begriff des Rechts notwendig Moral angelegt sieht, wer also Recht mit Gerechtigkeit verwechselt, läuft Gefahr, dass das Recht sein Gewissen und seine Vorstellung vom moralisch Richtigen verdrängt. Denn wenn dem Rechtsbegriff das moralisch Richtige inhärent sein soll, dann wird eine Rechtsregel zu einer moralischen Regel erhoben, zu einem moralischen Argument gemacht. Dabei kommt das Recht doch auf Wegen zustande, die eine Gewährleistung der moralischen Güte nicht garantieren können. Je nachdem, wie sich ein Parlament oder ein Gericht gerade zusammensetzt, je nachdem welcher Herrscher gerade auf dem Thron sitzt oder welche politischen Umstände zu einer gesetzgeberischen Entscheidung führen, ist das, was als Recht Geltung beansprucht, eher zufällig von moralischen Überlegungen untermauert. Und dort wo sich das Recht doch mit einer bestimmten Moral deckt, wird diese Moral kaum von allen Rechtsunterworfenen als die „richtige" Moral angesehen. Dennoch können grundsätzlich alle Rechtsunterworfenen sagen: „Es gibt gute Gründe, ein ordnungsgemäss zustande gekommenes Recht als geltendes Recht anzuerkennen." Für so eine Zustimmung muss man den Unterschied zwischen *Legitimität* und *Gerechtigkeit* kennen sowie zwischen rechtlicher Legitimität und moralischer Legitimität; zuallererst jedoch muss man dazu die positivistische Trennungsthese anerkennen.

Die Erkenntnisse und Schlüsse der vorliegenden Arbeit werden unter die nachfolgenden zehn Punkte gebündelt noch einmal zusammengefasst:

1. Von „gerechtem" Recht kann man überhaupt erst reden, wenn Recht begrifflich isoliert von Moral als Normenordnung gefasst wird. Erst dann kann man von aussen mit einem moralischen Massstab daran ansetzen und es als gerecht oder ungerecht beurteilen. Für den Nichtpositivisten löst sich hingegen unmoralisches Recht in Nicht-Recht auf: Wird die moralische Legitimität abgelehnt, fällt für ihn auch die rechtliche Legitimität weg. Dies veranschaulicht, auf welch unterschiedliche Weise das Phänomen Recht und seine normative Geltung verstanden werden können. Als Sollens-Forderung kann Recht in dem Sinne gelten – d. h. spezifisch existieren –, als dass es inhaltlich an Werten fixiert ist, als statisches Normensystem also, oder aber es kann als dynamisches Normensystem begriffen werden, in das die Menschen frei ihre Inhalte geben können. Letztlich ist dies schlicht eine Definitionssache der verschiedenen Rechtstheorien. Echte Definitionen können nicht richtig oder falsch sein, sondern – als Regelungen des Sprachgebrauchs – nur mehr oder weniger nützlich bzw. nur zweckmässig oder unzweckmässig.[332]
2. Um der rechtlichen wie auch der moralischen Legitimität auf den Grund gehen zu können, ist zwischen dem *Begriff* und der *Geltung* von Normen zu

[332] *Ott*, Rechtspositivismus, S. 154; *Hoerster*, Wirksamkeit, S. 585.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unterscheiden, wobei Letztere teilweise an Ersteren geknüpft ist.[333] Legitim oder illegitim kann eine Norm nur im Kontext ihrer *Geltung* sein. Eine blosse Norm als solche, von der man nicht weiss, inwiefern sie überhaupt gelten soll, ist eine Sollens-Forderung im leeren Raum, eine Forderung ohne Kontext, und als solche kann sie nicht daraufhin beurteilt werden, ob sie legitim ist oder nicht. Erst wenn die Geltungskriterien bekannt sind, wie z. B. das verfassungsmässige Gesetztsein oder die religiöse Offenbarung, kann man sich eine Vorstellung davon machen, auf welche Weise eine Norm für die Menschen „existiert" und damit auch, ob sie in dieser Hinsicht legitim sein kann. So weist die Geltung einer Rechtsnorm in der Regel einen anderen Charakter auf als die Geltung einer moralischen Norm und diese wieder einen anderen als die Geltung einer religiösen Norm. Anschaulich wird dies, wenn Geltung mit Verbindlichkeit verknüpft wird – was gängig ist, insb. im Bereich der juristischen Geltung[334] –, denn die Verbindlichkeit einer Rechtsnorm wird üblicherweise anders wahrgenommen als die Verbindlichkeit von Moral oder von einer religiösen Glaubensregel.

3. Im Hinblick auf die Legitimität sind nun einerseits diese Geltungskriterien und andererseits der Grund der Geltung wesentlich. Bei Letzterem geht es um die Frage, weshalb die Norm als Sollens-Forderung Geltung und damit Verbindlichkeit beanspruchen kann. *Normativ legitim ist eine Norm dann, wenn sie den jeweiligen Geltungskriterien entspricht („Legitimität nach innen") und wenn der Grund ihrer Geltungskriterien anerkennungswürdig ist („Legitimität nach aussen").* Letztlich bedarf es beider für normative Legitimität im umfassenden Sinn: der „Legitimität nach innen" und „nach aussen".

   Diese vorgeschlagene Differenzierung hinsichtlich des Legitimitätsbegriffs hat sich für das Verständnis als nützlich erwiesen, etwa um den Unterschied zwischen der Legitimität und der Gültigkeit einer Norm deutlich zu machen: *„Legitimität nach innen"* liegt vor, wenn eine Norm alle Kriterien einer Geltungstheorie erfüllt, wie z. B. das verfassungsmässige Gesetztsein einer juridischen Norm. Dann ist diese Norm im Sinne dieser Theorie *gültig* und erlangt, *im Geltungsrahmen dieser Theorie*, legitim Geltung; d. h. dann ist ihre spezifische Existenz als Norm dieser Art gemäss des jeweiligen Geltungsbegriffes würdig, anerkannt zu werden. Die Gültigkeit einer Norm ist demnach mit dem Teilaspekt der „Legitimität nach innen" gleichzusetzen.

   „*Legitimität nach aussen*" liegt dann vor, wenn der jeweilige Begriff von Recht oder Moral und die dazugehörige Definition der Geltungskriterien *als solche und als Ganzes* in ihrer Geltung anerkennungswürdig und damit (normativ) legitim sind. Es geht dabei also um die Begründung des Normbegriffs

[333] *Larenz*, Rechtsgeltung, S. 6.
[334] M. w. V. *Meyer*, S. 38 ff.; *Hofmann*, S. 29, 32 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und seiner Geltungskriterien. Diese Gründe der Geltung werden in einer Normentheorie in der Regel mitgeliefert – oft als Kernstück –, und zwar als sog. *Geltungsgründe*.[335] Sie beschreiben, *warum* und *inwiefern* eine so charakterisierte Norm von den Normadressaten ein Sollen fordern können soll. Dabei wird nun ein anderer Massstab der Beurteilung – sozusagen *von aussen* – an den Normbegriff und seine Geltung gelegt.

4. Angewendet auf das *Recht* kann von aussen nun freilich auch ein moralischer Massstab angelegt werden: Dann ginge es um die moralische Legitimität des Rechts. Fragt man aber nach der rechtlichen Legitimität, geht es um die Anerkennungswürdigkeit der Geltung gemäss den Gründen und Massstäben, die eine umfassende Rechtstheorie selber liefert, auch wenn diese Gründe keine juridischen mehr sind, sondern ausserhalb des Rechtlichen liegen müssen. Präziser als „rechtliche Legitimität" wäre daher etwa die Rede von einer „normativ-positivistischen Legitimität" des Rechts.

   Worin nun die *normativ-positivistische Legitimität* besteht, inwiefern also rechtliche Geltung als anerkennungswürdig beurteilt werden kann, hängt direkt davon ab, wie man sich im Rechtspositivismus die rechtliche Normativität, d. h.: das rechtliche Sollen, vorstellt. Gemeint ist dabei nicht die Normativität, die sich schlicht aus Verfassungskonformität ergibt: In diesem Sinne wäre eine Norm lediglich „gültig", „legal" oder eben „legitim nach innen". Vielmehr begründet auch der Positivist die Normativität durch eine ausserrechtliche Norm. Hans Kelsen wählt als normative Letztinstanz eine *Grundnorm*, eine normativitätsstiftende Denkfigur, die die Geltung aller Normen eines Rechtssystems ausser ihrer eigenen begründet. Dem grundsätzlichen Begründungsproblem, das sich jedem Versuch einer Letztbegründung von Normativität stellt und das letztlich in das sog. Münchhausen-Trilemma mündet, begegnet Kelsen somit dadurch, dass er im Sinne der dritten Alternative des Trilemmas den Begründungsregress an einem bestimmten Punkt abbricht und sich stattdessen auf eine selbstgewählte Prämisse stützt. Diese axiomatische Festlegung deckt viel vom Wesen der positivistischen Rechtsgeltung auf und macht damit die normative Legitimität im Lichte des Rechtspositivismus verständlich.

   Im Geltungsstatus der Grundnorm verdichtet sich nämlich die Frage nach dem letzten Geltungsgrund von Recht und damit auch nach der legitimatorischen Anerkennungswürdigkeit der rechtlichen Geltung. Die Hauptfunktion der Grundnorm besteht darin, den Übergang von einem Sein zu einem Sollen zu ermöglichen, ohne dabei gegen das Hume'sche Gesetz zu verstossen. Dass der Geltungsstatus der Grundnorm als *hypothetisch, fiktiv* oder *axiomatisch* charakterisiert wird, verdeutlicht, dass die Normativität, die die Grundnorm dem Recht zu verleihen im Stande ist, relativ und bedingt bleibt. Kelsen hielt

[335] Vgl. *Perry*, S. 97 ff.; *Capps*, S. 9; *Henkel*, S. 73 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Annahme der Grundnorm zuletzt gar für kontrafaktisch und machte damit auf die herrschende Geltungsaporie aufmerksam, darauf also, dass als Geltungsgrund des positiven Rechts keine objektiven Gründe verfügbar seien, dass es jedoch für ein normativ gedeutetes Recht einer solchen Geltungsbegründung bedürfe. Die *Annahme* der Grundnorm erlaube die Deutung der gesetzten Ordnung, *als ob* sie eine normative Ordnung wäre.[336] Nur unter dieser Voraussetzung sind wissenschaftliche Aussagen über das rechtliche Sollen zulässig.

Diese Bedingtheit der rechtlichen Geltung gibt den Rahmen für die Legitimität aus positivistischer Sicht vor: Mehr als eine relative normative Aussage kann mit rechtlicher Legitimität nicht gemacht werden. Eine Rechtspflicht besteht für jemanden nur dann, wenn diese Person sich auf den Standpunkt des jeweiligen Rechts stellt.[337] Wer die Verbindlichkeit des Rechts leugnet, riskiert zwar, von Zwangsakten getroffen zu werden, aber es besteht dennoch *keine objektive Verpflichtung* für ihn. Und so können Aussagen zur rechtlichen Legitimität auch immer nur gemäss den Vorstellungen des jeweils definierten und *vertretenen* Rechtsverständnisses getroffen werden. Aus positivistischer Sicht ist der Verpflichtungscharakter von Recht in letzter Instanz nun keineswegs als willkürlich definierter Massstab zu verstehen: Die Geltungsgründe von Kelsens Grundnorm wurden hier als *begrifflich-pragmatisch, zweckmässig* und *logisch unabdingbar* für die normative Geltung positiver Rechtsnormen erkannt – zumindest, wenn man von Kelsens Rechtsbegriff ausgeht, der einen Stufenbau der Normen vorsieht –, und in diesem Sinne gelten sie auch als anerkennungswürdig und damit als legitim.[338]

5. Kelsen gibt dem Recht eine eigene, *spezifisch-juristische Normativität*, aus der folglich auch der normative Kern der rechtlichen Legitimität besteht. Rechtsnorm und Rechtspflicht seien als Norm und Pflicht *sui generis* zu verstehen, die von anderen Normen und Pflichten strukturverschieden seien.[339] Für Kelsen ist das rechtliche Sollen eine formallogische Kategorie ohne inhärente Wertung. Im Grunde sei der spezifisch-juristische Sollens-Begriff nur die Verknüpfung zwischen Rechtsbedingung und Rechtsfolge, was als „Zurechnung“ bezeichnet werden könne.[340] In der Zurechnung sieht Kelsen eine Eigengesetzlichkeit des Rechts, die – vergleichbar mit der Kausalität in den Naturwissenschaften – als Apriori-Kategorie der Rechtserkenntnis fungiere. Kelsen versteht seinen formalistischen Positivismus als eine allgemeine Rechtslehre für jeden möglichen Inhalt. Deshalb konstruiert er den Grundbe-

[336] *Walter*, Rechtslehre, S. 338.
[337] *Alexy*, Begriff, S. 180.
[338] *§ 6 C. V. Inwiefern kann die Grundnorm ein legitimer Geltungsgrund sein?*
[339] *Weinberger*, Sanktion, S. 102.
[340] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 79 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

griff des Sollens so, dass damit jedes beliebige Recht geistig erfasst werden kann.

Recht stellt sich so als artifizielles, beliebig manipulierbares menschliches Produkt dar, bei dessen inhaltlicher Ausgestaltung keine Entlastung durch den Verweis auf präeminente Normen erfolgt.[341] Das Recht als *Menschenwerk* kann daher keine „höhere" Legitimität beanspruchen: Jeder Wert darin ist selbstgewählt und dezisiv gesetzt. Soll mit der Bezeichnung „Legitimität" die positivistische Idee ernst genommen werden, dann muss damit zum Ausdruck kommen, dass eben dieser Aspekt des Gesetztseins würdig ist, anerkannt zu werden. Legitim ist positives Recht als Ordnung, die sich Menschen selber geben, als Ordnung, die inhaltlich nur so gerecht sein kann, wie die Ideen, die in sie hineingegeben wurden. Der Anspruch des so verstandenen Rechts ist nicht eine „gerechte" Regelung von Gesellschaftsverhältnissen, sondern eine Regelung, die der obersten juridischen Norm des Rechtssystems entspricht, also in der Regel einer staatlichen Verfassung oder einer völkerrechtlichen Rechtsquelle. Der Positivist betont mit seinem Begriff die Dynamik des Rechts, sprich, die umfassende inhaltliche Variabilität, die eine Unvoreingenommenheit gegenüber jeglichen Wertprämissen voraussetzt. Wer diesen Gedanken anerkennt, der muss konsequenterweise das Recht als legitim ansehen können, auch ohne es materiell zu beurteilen.

6. Konkret leitet sich die Geltung nationaler Rechtsnormen aus einem abgestuften Erzeugungszusammenhang ab, wobei an der Spitze die Grundnorm und darunter eine Verfassung steht. *Völkerrechtsnormen* sind hingegen nicht durch die gleiche formal strikte hierarchische Stufenordnung strukturiert. Aber auch dort liegt eine gewisse „vertikale Diversifikation der Normativität" vor.[342] Wenn nun ein geltungstheoretischer Ableitungszusammenhang etwa aus den Rechtsquellen von Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut angenommen wird, kann bei der Frage nach deren letzten Geltungsgründen wiederum an der Idee einer Grundnorm angeknüpft werden. Wer von einem Monismus mit Primat des Völkerrechts ausgeht – so wie Kelsen, der sich damit für ein einheitliches Verständnis von einem Gesamtrechtssystem stark machte –, der braucht aus rechtslogischen Gründen eine höchste *Grundnorm des Völkerrechts*, und zwar unabhängig davon, ob er einen positivistischen oder nichtpositivistischen Ansatz verfolgt.[343] Auf diese Weise können etwa das Konzept des Gemeinwillens von Heinrich Triepel oder der „common consens" bei Lassa Oppenheim zumindest als Grundnorm-ähnliche Geltungsgründe angesehen werden.[344] Die Legitimität des Völkerrechts würde in diesen Fällen

[341] *H. Dreier*, Rechtslehre, S. 240 ff.
[342] *Weil*, Relative, S. 430.
[343] *Verdross*, Verfassung, S. 23 ff.
[344] *Oppenheim*, 8. Aufl. (Lauterpacht), S. 15 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ihren normativen Gehalt aus den definierten Ideen des Gemeinwillens oder des gemeinsamen Konsenses beziehen.

7. Auch im Bereich der *Moral* wird deutlich, dass sich die normative Natur des Legitimitätsbegriffs nicht aus dem Begriff selbst, sondern aus anderen Ressourcen ergibt. Je nachdem, welche *Begründungen* für moralische Normen angeführt werden, ändert sich der normative Gehalt der moralischen Legitimität. Legitimität wird erst zu einer spezifischen, gehaltvollen Konzeption durch normative Quellen wie: Gottesgnadentum, die Vorstellung von ewiger Vernunft, das Prinzip des Gesellschaftsvertrags, Volkssouveränität, Demokratie, die Idee gleicher Achtung aller oder gesellschaftliche Stabilität. Inhaltlich geht Legitimität auf solche Vorstellungen zurück, weshalb sie bei genauer Betrachtung „normativ abhängig" ist.[345]

   Um anschaulich zwischen Gerechtigkeit und moralischer Legitimität unterscheiden zu können, wurde auf die Systematik von Ernst Tugendhat zurückgegriffen, mit der die entscheidenden Begründungsfragen in Moralkonzepten offengelegt werden können. Das Prädikat einer Moraltheorie gibt ihre Gerechtigkeitsvorstellung preis, es stellt das Kriterium dar, das eine Moralkonzeption charakterisiert, wie zum Beispiel Benthams Formel zum Utilitarismus: „the greatest happiness to the greatest number".[346] „Gerecht" gemäss einem Moralkonzept bedeutet – genauso wie „legal" gemäss einem Rechtskonzept – nur „legitim nach innen", also gültig gemäss einer bestimmten Geltungstheorie. Damit sagt man jedoch noch nichts über die nach aussen gerichtete Legitimität dieser Gerechtigkeitsvorstellung aus, also über das Gerechtfertigtsein der Geltung dieser Moralkonzeption. Erst mit *Geltungsgründen* argumentiert man für die Anerkennungswürdigkeit nach aussen und letztlich für die Verbindlichkeit einer normativen Ordnung.

   Die Geltungsgründe von Moralkonzepten können wiederum nur *relative Gründe* sein. Dieser Standpunkt wird in vorliegender Arbeit vertreten, u. a. weil letztlich alle vermeintlich objektiven Geltungsgründe auf normative Vorentscheidungen zurückgreifen und mindestens in diesem Sinne relativ sein müssen. Überzeugender als die Suche nach absolut geltenden normativen Gründen ist die Beschränkung auf die *Plausibilität* der relativen Gründe. Das ist es auch, was einer Moralkonzeption schliesslich bleibt: Motive und plausible Gründe für die Bejahung des „Guten" im Allgemeinen und einer Vorstellung von „gut" im Konkreten zu bieten.[347] Eine Verpflichtung durch ein absolutes Sollen gibt es nämlich nicht. Am Ende steht der autonome Einzelne, der sich die Frage stellt, ob er zu einer bestimmten moralischen Gemein-

[345] *Forst*, Normativität, S. 189.
[346] *Bentham*, Principles, S. 1.
[347] *Tugendhat*, Retraktationen, S. 150 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schaft, in der diese oder jene Vorstellung von „gut“ vertreten wird, gehören *will*. Das moralische Gewissen und die inneren Sanktionen von Scham und Schuldgefühl können erst dann greifen, wenn ein solches Wollen vorausgeht, auch wenn es normalerweise kein explizites oder bewusstes ist. Mit plausiblen Gründen lässt sich diese Entscheidung rational abstützen. Plausibilität macht eine Begründung anerkennungswürdig und damit die Geltung eines Moralkonzeptes legitim. In der Plausibilität der Gründe liegt auch der wesentliche Unterschied zum puren Dezisionismus, von dem man allenfalls noch ausgehen könnte, wenn man das Wollen als letzte Grundlage der Geltung anerkennt.

8. Im Bereich der *Menschenrechte* kommen die Erkenntnisse dieser Arbeit zusammen. Der Rechtspositivismus sieht Menschenrechte in ihrem umfassenden Sinne als moralische Rechte an. Sie gelten nur dort als juridische Rechte, wo sie positiviert wurden. Folglich ist auch hier *entweder* nach einer rechtlichen *oder* einer moralischen Legitimität zu fragen. *Eine eigene „menschenrechtliche Legitimität“ im normativen Sinne gibt es aus rechtspositivistischer Sicht nicht.* Freilich hat aber die moralische Legitimität gemäss einer Menschenrechtsmoral ihre spezifischen Eigenschaften gegenüber der Legitimität nach anderen Moralvorstellungen. Im Zentrum steht dabei neben der Geltung als egalitär, kategorisch, unveräusserlich etc. insbesondere das Kriterium der Universalität. Ob eine Norm legitim als moralisches Menschenrecht gelten kann, hängt u. a. davon ab, ob anerkennungswürdige Gründe für ihre universelle Geltung gefunden werden können.

   Begründungstheoretisch stellt der Universalismus eine wesentliche Herausforderung dar. Die gesuchten Geltungsgründe müssen für *alle* Menschen anerkennungswürdig sein können. Daraus folgt nun nicht, dass diese Gründe absoluter Natur sein müssen, vielmehr kann auch hier an relativen Gründen festgehalten werden. Universalismus schliesst nämlich *Partikularismus* aus, nicht aber *Relativismus*. Während die ersten beiden Begriffe auf den normativen Geltungsanspruch bezogen sind, ist letzterer als Hypothese über die Natur der ethischen Rationalität zu verstehen, als These über die Wahrheit oder die Berechtigung ethischer Urteile.[348] Angesichts der kulturellen Unterschiede wird eingewendet, dass Geltungsbegründungen einem Dilemma ausgesetzt sind: *Universalität lasse sich nur um den Preis von Abstraktion gewinnen*, einer Abstraktion von jeglicher konkreten Form sozialen Lebens.[349] An den Theorien von Otfried Höffe und Martha Nussbaum wurde u. a. aufgezeigt, dass tatsächlich ein Grat besteht zwischen abstrakten, inhaltlich „dünnen“ Konzeptionen, die universelle Geltung beanspruchen können und konkreten, „dichten“ Ansätzen, die Gefahr laufen, nur als partikulär zu gelten.

[348] *Tasioulas*, Relativism, S. 173.
[349] *Walzer*, S. 16 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Beides ist auf eine Weise unbefriedigend. Um einen Mittelweg gehen zu können, müsste man wohl die Vorstellung vom Inseldasein der „kulturellen Blöcke“[350] überwinden und sich der Perspektive eines kulturellen und moralischen Kosmopolitismus annähern.

9. Menschenrechte als *juridische Rechte* gelten aus rechtspositivistischer Sicht auch dann als legitim, wenn sie den universellen Geltungsanspruch nicht erfüllen. Für diesen Standpunkt spricht, dass juridische Rechte prinzipiell nur jene Eigenschaften haben können, die das normative System des positiven Rechts vorgibt. Die charakterisierenden Wesensmerkmale der Menschenrechte waren historisch vor allem an die Vorstellung von moralischen Normen geknüpft. Wenn die rechtliche Kategorie nun vom Rechtspositivismus definiert wird, stellt das ein anderes normatives Gefäss dar, in das die bisherige Idee der Menschenrechte nicht in der exakt gleichen Form passt. Würde man auch an die juridischen Menschenrechte den Anspruch universeller Geltung stellen, müsste ausserdem den regionalen Menschenrechtskonventionen paradoxerweise die Legitimität als Menschenrecht abgesprochen werden. Theoretisch überzeugender ist es, die Geltung eines juridischen Menschenrechts als legitim anzuerkennen, sobald es als positiviertes nationales oder internationales Recht legitime Geltung erlangt. Juridische Legitimität erfordert keine Universalität, auch bei Menschenrechten nicht.

10. Diese Ausführungen machen deutlich, dass eine zweckmässige Verwendung des normativen Legitimitätsbegriffs nur möglich ist, wenn der jeweilige normative Bezugspunkt konkret gemacht wird, wenn die Ressource erkennbar ist, die dem Legitimitätsbegriff seine wertende Funktion verleiht: *Sofern es sich nicht eindeutig aus dem Kontext ergibt, sollte „Legitimität“ möglichst mit Attribut oder als Attribut verwendet werden.* Im zweiten Fall, also z. B. im Ausdruck „legitimes Recht“, sollte der normative Massstab dem attribuierten Bezugswort entsprechen, also z. B. „*rechtlich* legitimes Recht“. Dieser Vorschlag gilt natürlich nur, falls sich nicht implizit oder explizit eine andere Deutung ergibt. Die Forderung, die Begriffsverwendung so zu differenzieren, ergibt sich letztlich aus der trivialen Erkenntnis, dass sich jede Theorie zur Normativität, ja überhaupt jedes Philosophem, bei genügend tiefdringender Analyse als *axiomatisch* bedingt erweist, also eine von bestimmten Annahmen ausgehende Entwicklung von Folgerungen ist.[351] Legitimität als geltungstheoretische Anerkennungswürdigkeit ist auf konkrete moralische, rechtliche oder auch religiöse Sollens-Vorstellungen angewiesen, um überhaupt einen Aussagegehalt zu erhalten. Eine präzise Verwendung des Legitimitätsbegriffs erfordert ein Attribut.

---

350 *Shue*, Menschenrechte, S. 368.
351 *Austeda*, S. 171.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Fragt man sich nun, was mit normativer Legitimität überhaupt gewonnen sei, so kann mit Habermas geantwortet werden, dass eine rein empirische Konzeption von Legitimität unbefriedigend bleiben muss, da sie vom systematischen Gewicht der Geltungsgründe abstrahiert.[352] Der Empirist beschreibt damit keine legitimen, sondern nur für legitim gehaltene Ordnungen. Er nennt zwar die Faktoren, die Legitimitätsglauben erzeugen, aber er blendet den Zusammenhang zwischen „guten" Gründen und Handlungsmotiven aus. Auch wenn wissenschaftlich nicht gesagt werden kann, welche Gründe objektiv „gut" sind, so kann der normative Legitimitätsbegriff doch differenziert offenlegen und benennen, an welchen festgelegten Gründen sich Legitimität jeweils ausrichtet. Letztlich geht es nämlich auch darum, den Menschen als *animal rationale* ernst zu nehmen. Normen fordern vom Menschen ein Verhalten und berühren damit seine Autonomie. Normunterworfene sollten daher gute oder zumindest plausible Gründe für die Geltung dieser Normen erwarten dürfen. Denn nur so können sie für ihre Handlungen nach wie vor Rede und Antwort stehen und sich weiterhin ihre Identität als vernunftfähige, rechtfertigende Wesen bewahren.

[352] *Habermas*, Legitimationsprobleme, S. 55 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Literaturverzeichnis

Achterberg, Norbert: Brücken zwischen Sein und Sollen: Autonome Determinante und modal indifferentes Substrat, in: Werner Krawiez/Helmut Schelsky (Hrsg.), Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Berlin 1984, S. 445 ff.

Ago, Roberto: Positive Law and International Law, in: American Journal of International Law 51 (1957), S. 691 ff.

Akehurst, Michael: Custom as a Source of International Law, in: British Yearbook of International Law 47 (1976), S. 1 ff.

Albert, Hans: Traktat über kritische Vernunft, 3. Aufl., Tübingen 1975.

Alexy, Robert: Diskurstheorie und Menschenrechte, in: ders. (Hrsg.), Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1995, S. 127 ff. (zit.: Diskurstheorie).

Alexy, Robert: Menschenrechte ohne Metaphysik?, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 52 (2004), S. 15 ff. (zit.: Menschenrechte).

Alexy, Robert: Begriff und Geltung des Rechts, 4. Aufl., Freiburg 2005 (zit.: Begriff).

Alexy, Robert: Hans Kelsens Begriff der Verfassung, in: Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen, Staatsrechtler und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 333 ff. (zit.: Kelsens).

Alexy, Robert: Die Doppelnatur des Rechts, in: Der Staat 50 (2011), S. 389 ff. (zit.: Doppelnatur).

Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2011 (zit.: Theorie).

Alexy, Robert: Theorie der juristischen Argumentation, Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 7. Aufl., Frankfurt am Main 2012 (zit.: Argumentation).

Alexy, Robert: Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 244 ff. (zit.: Institutionalisierung).

Altwicker, Tilmann: Völkerrecht und Rechtspositivismus, Eine Annäherung mit Kelsen und Hart, in: Rechtsphilosophie – Zeitschrift für Grundlagen des Rechts 10 (2012), S. 46 ff.

Anzilotti, Dionisio: Corso di Diritto Internazionale, 2. Aufl., Rom 1912 (zit.: Corso).

Anzilotti, Dionisio: Lehrbuch des Völkerrechts, nach der 3. italienischen Auflage ins Deutsche übersetzt von Cornelia Bruns und Karl Schmid, Berlin/Leipzig 1929 (zit.: Lehrbuch).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Apel, Karl-Otto: Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft, 6. Aufl., Frankfurt am Main 1999.

Aristoteles: Nikomachische Ethik, in: Immanuel Bekker (Hrsg.), Aristoteles Opera, Bd. 2, Berlin 1831–1870.

Arnauld, Andreas von: Völkerrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2019.

Austeda, Franz: Axiomatische Philosophie, Ein Beitrag zur Selbstkritik der Philosophie, Berlin 1962.

Austin, John: Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law I and II, hrsg. von Robert Campbell, 5. Aufl., London 1885 (zit.: Lectures).

Austin, John: The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence, with an Introduction by H. L. A. Hart, hrsg. von Herbert Lionel Adolphus Hart, London 1954 (zit.: Province).

Barker, Rodney: Legitimating Identities, The Self-Presentation of Rulers and Subjects, Cambridge 2001.

Bastid, Paul/*Paulin*, Raymond/*d'Entrèves*, Alessandro Passerin (Hrsg.): L'Idée de Légitimité, Annales de philosophie politique, Bd. 7, Paris 1967.

Bates, Ed: History, in: Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (Hrsg.), International Human Rights Law, 2. Aufl., Oxford 2014, S. 15 ff.

Beetham, David: The Legitimation of Power, London 1991.

Beitz, Charles: The Idea of Human Rights, Oxford 2009.

Benhabib, Seyla: The Legitimacy of Human Rights, in: Daedalus 137 (2008), S. 94 ff.

Bentham, Jeremy: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, London 1823 (zit.: Principles).

Bentham, Jeremy: The Philosophy of Economic Science, in: Werner Stark (Hrsg.), Jeremy Bentham's Economic Writings, Bd. 1, London/New York 1952, S. 79 ff. (zit.: Philosophy).

Bentham, Jeremy: Anarchical Fallacies, Being an Examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution, in: John Bowring (Hrsg.), The Works of Jeremy Bentham, New York 1962, S. 489 ff. (zit.: Anarchical).

Berman, Nathaniel: „But the Alternative Is Despair", European Nationalism and the Modernist Renewal of International Law, in: Harvard Law Review 106 (1993), S. 1792 ff.

Bernstorff, Jochen von: Der Glaube an das universale Recht, Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler, Baden-Baden 2001.

Besson, Samantha: Die Autorität des Völkerrechts – Ein Blick unter die Schleier über den Staaten, in: Rainer Forst/Klaus Günther (Hrsg.), Die Herausbildung normativer Ordnungen, Interdisziplinäre Perspektiven, Frankfurt am Main 2011, S. 167 ff.

Bianchi, Andrea: Human Rights and the Magic of Jus Cogens, in: The European Journal of International Law 19 (2008), S. 491 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Bielefeldt, Heiner: Universalität und Gleichheit, in: Arnd Pollmann/Georg Lohmann (Hrsg.), Menschenrechte, Ein interdisziplinäres Handbuch, Stuttgart/Weimar 2012, S. 159 ff.

Bierling, Ernst Rudolf: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Gotha 1877.

Bindreiter, Uta: Why Grundnorm?, A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine, Den Haag 2002.

Boltanski, Luc/*Thévenot*, Laurent: De la Justification, Les Économies de la Grandeur, Paris 1991 (zit.: Justification).

Boltanski, Luc/*Thévenot*, Laurent: Über die Rechtfertigung, Eine Soziologie der kritischen Urteilskraft, Aus dem Französischen von Andreas Pfeuffer, Hamburg 2014 (zit.: Rechtfertigung).

Borowski, Martin: Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl., Baden-Baden 2018.

Bothe, Michael: Legal and Non-Legal Norms, A Meaningful Distinction in International Relations?, in: Netherlands Yearbook of International Law 11 (1980), S. 65 ff.

Braun, Daniela/*Schmitt*, Hermann: Politische Legitimität, in: Viktoria Kaina/Andrea Römmele (Hrsg.), Politische Soziologie, Ein Studienbuch, Wiesbaden 2009, S. 53 ff.

Brierly, James Leslie: The Law of Nations, 1. Aufl., Oxford 1928 (zit.: Law).

Brierly, James Leslie: The ‚Lotus' Case, in: Law Quarterly Review 44 (1928), S. 154 ff. (zit.: Lotus).

Buchanan, Allen: Justice, Legitimacy, and Self-Determination, Moral Foundations for International Law, Oxford/New York 2004.

Bucher, Eugen: Zur Kritik an Kelsens Theorie von der hypothetischen Grundnorm, in: Hans Kelsen-Institut (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Referate und Diskussionen auf der zu Ehren des 100. Geburtstages von Hans Kelsen vom 22.–27. September abgehaltenen internationalen Symposition, Wien 1982, S. 47 ff.

Bunge, Mario: Morality is the Basis of Legal and Political Legitimacy, in: Werner Krawiez/Georg Henrik von Wright (Hrsg.), Öffentliche oder private Moral? Vom Geltungsgrunde und der Legitimität des Rechts, Festschrift für Ernesto Garzón Valdés, Berlin 1992, S. 379 ff.

Capps, Patrick: Methodological Legal Positivism in Law and International Law, in: Kenneth Einar Himma (Hrsg.), Law, Morality, and Legal Positivism, Proceedings of the 21st World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR); Lund, Sweden, 12–18 August 2003, Wiesbaden 2004, S. 9 ff.

Carrino, Agostino: Das Recht zwischen Reinheit und Realität, Hermann Cohen und die philosophischen Grundlagen der Rechtslehre Kelsens, Baden-Baden 2011.

Cassese, Antonio: International Law, 2. Aufl., Oxford 2005.

Chinkin, Christine: Sources, in: Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (Hrsg.), International Human Rights Law, 2. Aufl., Oxford 2014, S. 75 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Christakis, Théodore: Human rights from a neo-voluntarist perspective, in: Jörg Kammerhofer/Jean D'Aspremont (Hrsg.), International Legal Positivism in a Post-Modern World, Cambridge 2014, S. 421 ff.

Clapham, Andrew: Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations, in: International Review of the Red Cross 88 (2006), S. 491 ff.

Cohen, Joshua: Minimalism About Human Rights: The Most We Can Hope for?, in: The Journal of Political Philosophy 12 (2004), S. 190 ff.

Collins, Richard: Classical legal positivism in international law revisited, in: Jörg Kammerhofer/Jean D'Aspremont (Hrsg.), International Legal Positivism in a Post-Modern World, Cambridge 2014, S. 23 ff. (zit.: Classical).

Collins, Richard: The Institutional Problem in Modern International Law, Oxford/Portland 2016 (zit.: Institutional).

Connors, Jane/*Schmidt*, Markus: United Nations, in: Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (Hrsg.), International Human Rights Law, 2. Aufl., Oxford 2014, S. 359 ff.

D'Amato, Anthony A.: On Consensus, in: Canadian Yearbook of International Law 8 (1970), S. 104 ff.

Dahl, Robert Alan: A Preface to Democratic Theory, 19. Aufl., Chicago 1993.

Demmerling, Christoph: Richtiges Handeln, Identität und Glück, Zur Moralphilosophie Ernst Tugendhats, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 45 (1997), S. 137 ff.

Descartes, René: Meditationen über die Grundlagen der Philosophie, mit sämtlichen Einwänden und Erwiderungen, hrsg. von Artur Buchenau, 4. Aufl., Leipzig 1949.

Diggelmann, Oliver: Anfänge der Völkerrechtssoziologie, Die Völkerrechtskonzeptionen von Max Huber und Georges Scelle im Vergleich, Zürich 2000 (zit.: Anfänge).

Diggelmann, Oliver: Die Entstehung des modernen Völkerrechts in der frühen Neuzeit, in: Tilmann Altwicker/Francis Cheneval/Oliver Diggelmann (Hrsg.), Völkerrechtsphilosophie der Frühaufklärung, Tübingen 2015, S. 1 ff. (zit.: Entstehung).

Diggelmann, Oliver: Anmerkungen zu den Unschärfen des völkerrechtlichen Rechtsbegriffs, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 26 (2016), S. 381 ff. (zit.: Unschärfen).

Diggelmann, Oliver: Zugänge zum Völkerrecht in Europa 1918–1939, in: Nina Dethloff/Georg Nolte/August Reinisch (Hrsg.), Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick, Migrationsbewegungen, Heidelberg 2018, S. 149 ff. (zit.: Zugänge).

Diggelmann, Oliver/*Altwicker*, Tilmann: Is There Something Like a Constitution of International Law?, A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 68 (2008), S. 623 ff.

Dingler, Hugo: Philosophie der Logik und Arithmetik, München 1931.

Dreier, Horst: Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., Baden-Baden 1990 (zit.: Rechtslehre).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dreier, Horst: Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in: JuristenZeitung 52 (1997), S. 421 ff. (zit.: Radbruch).

Dreier, Horst: Zerrbild Rechtspositivismus, Kritische Bemerkungen zu zwei verbreiteten Legenden, in: Clemens Jabloner/Gabriele Kusco-Stadlmayer/Gerhard Muzak/Bettina Perthold-Stoitzner/Karl Stöger (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode, Festschrift Heinz Mayer zum 65. Geburtstag, Wien 2011, S. 61 ff. (zit.: Zerrbild).

Dreier, Horst: Hans Kelsen (1881–1973), in: Matthias Jestaedt/Stanley L. Paulson (Hrsg.), Kelsen im Kontext, Beiträge zum Werk Hans Kelsens und geistesverwandter Autoren, Tübingen 2019, S. 1 ff. (zit.: Kelsen).

Dreier, Ralf: Recht und Moral, in: ders. (Hrsg.), Recht – Moral – Ideologie, Frankfurt am Main 1981, S. 180 ff. (zit.: Recht).

Dreier, Ralf: Sein und Sollen, Bemerkungen zur Reinen Rechtslehre Kelsens, in: ders. (Hrsg.), Recht – Moral – Ideologie, Frankfurt am Main 1981, S. 217 ff. (zit.: Sein).

Dreier, Ralf: Der Begriff des Rechts, in: ders. (Hrsg.), Recht – Staat – Vernunft, Frankfurt am Main 1991, S. 95 ff. (zit.: Begriff).

Dworkin, Ronald: The Model of Rules, in: University of Chicago Law Review 35 (1967), S. 14 ff.

Ebenstein, William: The Pure Theory of Law, Demythologizing Legal Thought, in: California Law Review 59 (1971), S. 617 ff.

Eckmann, Horst: Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie, Der Begriff des Rechts in der Rechtsphilosophie H. L. A. Harts, Berlin 1969.

Engi, Lorenz: Sind Menschenrechte moralische oder juridische Rechte?, in: Ancilla Iuris (2012), S. 135 ff. (zit.: Human).

Engi, Lorenz: Menschenrechte in der Demokratie, Zur Grundrechtsdiskussion in der Schweiz, Zürich 2016 (zit.: Menschenrechte).

Fastenrath, Ulrich: Lücken im Völkerrecht, Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts, Berlin 1991 (zit.: Lücken).

Fastenrath, Ulrich: Relative Normativity in International Law, in: European Journal of International Law 4 (1993), S. 305 ff. (zit.: Normativity).

Feinberg, Joel: The Nature and Value of Rights, in: The Journal of Value Inquiry 4 (1970), S. 243 ff. (zit.: Nature).

Feinberg, Joel: Social Philosophy, Englewood Cliffs 1973 (zit.: Social).

Feinberg, Joel: In Defense of Moral Rights: Their Bare Existence, in: ders. (Hrsg.), Freedom and Fulfillment, Philosophical Essays, New Jersey 1992, S. 197 ff. (zit.: Defense).

Fitzmaurice, Gerald G.: The General Principles of International Law Considered From The Standpoint of The Rule of Law, Leiden 1957 (zit.: Principles).

Fitzmaurice, Gerald G.: Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law, in: Max Huber/Paul Guggenheim/Plinio Bolla (Hrsg.), Symbolae Verzijl, Pré-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sentées au Professeur J. H. W. Verzijl à l'Occassion de son LXX-ième Anniversaire, Den Haag 1958, S. 153 ff. (zit.: Problems).

Fitzmaurice, Malgosia: The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, The Journey from the Past to the Present, in: Samantha Besson/Jean D'Aspremont (Hrsg.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford 2017, S. 179 ff. (zit.: History).

Forst, Rainer: Kontexte der Gerechtigkeit, Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus, Frankfurt am Main 1994 (zit.: Kontexte).

Forst, Rainer: Das Recht auf Rechtfertigung, Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 2007 (zit.: Rechtfertigung).

Forst, Rainer: Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse, Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik, Berlin 2011 (zit.: Kritik).

Forst, Rainer: Normativität und Macht, Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2015 (zit.: Normativität).

Forst, Rainer/*Günther*, Klaus: Die Herausbildung normativer Ordnungen, Zur Idee eines interdisziplinären Forschungsprogramms, in: dies. (Hrsg.), Die Herausbildung normativer Ordnungen, Interdisziplinäre Perspektiven, Frankfurt am Main 2011, S. 11 ff.

Franck, Thomas M.: Legitimacy in the International System, in: American Journal of International Law 82 (1988), S. 705 ff.

Fricker, Karl Viktor: Noch einmal das Problem des Völkerrechts, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 34 (1878), S. 368 ff.

Galamaga, Adam: Philosophie der Menschenrechte von Martha C. Nussbaum, Eine Einführung in den Capabilities Approach, Marburg 2014.

Gallie, Walter Bryce: Essentially Contested Concepts, in: Proceedings of the Aristotelian Society 56 (1955), S. 167 ff.

Giersch, Carsten: Das internationale Soft Law, Eine völkerrechtsdogmatische und völkerrechtssoziologische Bestandsaufnahme, Berlin 2015.

Gosepath, Stefan: Universalität der Menschenrechte, Ein Erklärungsansatz, in: Günter Nooke/Georg Lohmann/Gerhard Wahlers (Hrsg.), Gelten Menschenrechte universal?, Begründungen und Infragestellungen, Freiburg im Breisgau 2008 (zit.: Universalität).

Gosepath, Stefan: Zu Begründungen sozialer Menschenrechte, in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 146 ff. (zit.: Begründungen).

Gosepath, Stefan/*Lohmann*, Georg: Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 7 ff.

Grabowski, Andrzej: Juristic Concept of the Validity of Statutory Law, A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism, Berlin 2013.

Graf Kielmansegg, Peter: Legitimität als analytische Kategorie, in: Politische Vierteljahresschrift 12 (1971), S. 367 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Griffin, James: On Human Rights, Oxford 2008.

Griller, Stefan: Völkerrecht und Landesrecht, Unter Berücksichtigung des Europarechts, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsen und das Völkerrecht, Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (1.–2. April 2004), Wien 2004, S. 83 ff.

Grimm, Jacob/*Grimm*, Wilhelm: Deutsches Wörterbuch, Leipzig 1897 (zit.: Wörterbuch 1897).

Grimm, Jacob/*Grimm*, Wilhelm: Deutsches Wörterbuch, Leipzig 1935 (zit.: Wörterbuch 1935).

Guggenheim, Paul: Les deux éléments de la coutume en droit international, in: Charles Rousseau (Hrsg.), La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de Georges Scelle, Bd. 1, Paris 1950, S. 275 ff.

Habermas, Jürgen: Wahrheitstheorien, in: Helmut Fahrenbach (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion, Walter Schulz zum 60. Geburtstag, Pfullingen 1973, S. 211 ff. (zit.: Wahrheitstheorien).

Habermas, Jürgen: Legitimationsprobleme im modernen Staat, in: Peter Graf Kielmansegg (Hrsg.), Legitimationsprobleme politischer Systeme, Wiesbaden 1976, S. 39 ff. (zit.: Legitimationsprobleme).

Habermas, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt am Main 1981 (zit.: Theorie).

Habermas, Jürgen: Diskursethik, Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: ders. (Hrsg.), Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt am Main 1983, S. 53 ff. (zit.: Diskursethik).

Habermas, Jürgen: Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?, in: Kritische Justiz 20 (1987), S. 1 ff. (zit.: Legitimität).

Habermas, Jürgen: Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 5. Aufl., Frankfurt am Main 2014 (zit.: Faktizität).

Habermas, Jürgen: Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, 14. Aufl., Frankfurt am Main 2019 (zit.: Spätkapitalismus).

Hahn, Henning: Globale Gerechtigkeit, Eine philosophische Einführung, Frankfurt am Main 2009.

Haldenwang, Christian von: Legitimation und Legitimität in vergleichender Perspektive, Überblick über den Forschungsstand, in: Claudia Wiesner/Philipp Harfst (Hrsg.), Legitimität und Legitimation, Vergleichende Perspektiven, Wiesbaden 2019, S. 57 ff.

Hall, Stephen: The Persistant Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism, in: European Journal of International Law 12 (2001), S. 269 ff.

Hare, Richard Mervyn: The Language of Morals, Oxford 1952.

Hart, Herbert Lionel Adolphus: Are There Any Natural Rights?, in: The Philosophical Review 64 (1955), S. 175 ff. (zit.: Natural).

Hart, Herbert Lionel Adolphus: Legal and Moral Obligation, in: Abraham I. Melden (Hrsg.), Essays in Moral Philosophy, Seattle/London 1958, S. 82 ff. (zit.: Legal).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hart, Herbert Lionel Adolphus: Positivism and the Separation of Law and Morals, in: Harvard Law Review 71 (1958), S. 593 ff. (zit.: Positivism).

Hart, Herbert Lionel Adolphus: Essays on Bentham, Studies in Jurisprudence and Political Theory, Oxford 1982 (zit.: Essays).

Hart, Herbert Lionel Adolphus: The Concept of Law, With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, hrsg. von Peter Cane, Tony Honoré und Jane Stapleton, 2. Aufl., Oxford 1997 (zit.: Concept).

Hart, Herbert Lionel Adolphus: Der Begriff des Rechts, Mit dem Postskriptum von 1994 und einem Nachwort von Christoph Möllers, Aus dem Englischen von Alexander von Baeyer, Berlin 2011 (zit.: Begriff).

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Die Philosophie des Rechts, die Mitschriften Wannenmann (Heidelberg 1817/18) und Homeyer (Berlin 1818/19), herausgegeben und erläutert von Karl-Heinz Ilting, Stuttgart 1983.

Heilinger, Jan-Christoph: The moral demandingness of socioeconomic human rights, in: Gerhard Ernst/Jan-Christoph Heilinger (Hrsg.), The Philosophy of Human Rights, Contemporary Controversies, Berlin/Boston 2012, S. 185 ff.

Henkel, Heinrich: Das Problem der Rechtsgeltung, in: Michael Fischer/Raimund Jakob/Erhard Mock/Helmut Schreiner (Hrsg.), Dimensionen des Rechts, Gedächtnisschrift für René Marcic, Bd. 1, Berlin 1974, S. 63 ff.

Henkin, Louis: The International Bill of Rights, The Universal Declaration and the Covenants, in: John-Anthony Jolowicz/Rudolf Bernhardt (Hrsg.), International Enforcement of Human Rights, Reports submitted to the Colloquium of the International Association of Legal Science, Heidelberg, 28–30 August 1985, Berlin/Heidelberg 1987, S. 1 ff. (zit.: International).

Henkin, Louis: Human Rights and State „Sovereignty“, in: Georgia Journal of International and Comparative Law 25 (1995/96), S. 31 ff. (zit.: Human).

Herbst, Tobias: Legitimation durch Verfassunggebung, Ein Prinzipienmodell der Legitimität staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt, Baden-Baden 2003 (zit.: Legitimation).

Herbst, Tobias: Die Bedeutung konsensualer Verfasstheit für die Legitimität von Normen, in: Tobias Herbst/Sabrina Zucca-Soest (Hrsg.), Legitimität des Staates, Baden-Baden 2020, S. 251 ff. (zit.: Bedeutung).

Higgins, Rosalyn: Problems and Process, International Law and How We Use It, Oxford 1994.

Hinsch, Wilfried: Legitimität, in: Stefan Gosepath/Wilfried Hinsch/Beate Rössler (Hrsg.), Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie, Berlin 2008, S. 704 ff.

Hoerster, Norbert: „Wirksamkeit“, „Geltung“ und „Gültigkeit“ von Normen, Ein empirischer Definitionsvorschlag, in: Dorothea Mayer-Maly/Peter M. Simons (Hrsg.), Das Naturrechtsdenken heute und morgen, Gedächtnisschrift für René Marcic, Berlin 1983, S. 585 ff. (zit.: Wirksamkeit).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hoerster, Norbert: Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff, in: Juristische Schulung 27 (1987), S. 181 ff. (zit.: Lehre).

Hoerster, Norbert: Verteidigung des Rechtspositivismus, Frankfurt am Main 1989 (zit.: Verteidigung).

Hoerster, Norbert: Zum Problem der absoluten Normgeltung, in: Heinz Mayer/Clemens Jabloner/Gabriele Kusco-Stadlmayer/René Laurer/Kurt Ringhofer/Rudolf Thienel (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag, Wien 1991, S. 255 ff. (zit.: Normgeltung).

Hoerster, Norbert: Was ist Recht?, Grundfragen der Rechtsphilosophie, München 2006 (zit.: Recht).

Höffe, Otfried: Die Menschenrechte als Legitimation und kritischer Massstab der Demokratie, in: Johannes Schwartländer (Hrsg.), Menschenrechte und Demokratie, Kehl am Rhein/Strassburg 1981, S. 241 ff. (zit.: Menschenrechte).

Höffe, Otfried: Politische Gerechtigkeit, Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Frankfurt am Main 1987 (zit.: Politische Gerechtigkeit).

Höffe, Otfried: Gerechtigkeit als Tausch?, Zum politischen Projekt der Moderne, Baden-Baden 1991 (zit.: Gerechtigkeit).

Höffe, Otfried: Ein transzendentaler Tausch, Zur Anthropologie der Menschenrechte, in: Philosophisches Jahrbuch 99 (1992), S. 1 ff. (zit.: Tausch).

Höffe, Otfried: Rechte und Pflichten des Menschen, Ein elementarer Tausch, in: Fernando Inciarte/Berthold Wald (Hrsg.), Menschenrechte und Entwicklung, Im Dialog mit Lateinamerika, Frankfurt am Main 1992, S. 61 ff. (zit.: Rechte).

Höffe, Otfried: Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, München 1999 (zit.: Demokratie).

Höffe, Otfried: Metaethik, in: ders. (Hrsg.), Lexikon der Ethik, 7. Aufl., München 2008, S. 204 ff. (zit.: Metaethik).

Höffe, Otfried: Anthropologie und Menschenrechte, Zum politischen Projekt der Moderne, in: Dirk Jörke/Bernd Ladwig (Hrsg.), Politische Anthropologie, Geschichte – Gegenwart – Möglichkeiten, Baden-Baden 2009, S. 231 ff. (zit.: Anthropologie).

Höffe, Otfried: Transzendentaler Tausch, Eine Legitimationsfigur für Menschenrechte?, in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 29 ff. (zit.: Legitimationsfigur).

Hofmann, Hasso: Legitimität und Rechtsgeltung, Verfassungstheoretische Bemerkungen zu einem Problem der Staatslehre und der Rechtsphilosophie, Berlin 1977.

Hohfeld, Wesley Newcomb: Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, in: The Yale Law Journal 26 (1917), S. 710 ff.

Horkheimer, Max: Bemerkungen zur philosophischen Anthropologie, in: Alfred Schmidt/Gunzelin Schmid Noerr (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Bd. 3, Frankfurt am Main 1988, S. 249 ff.

Hörnle, Tatjana: Menschenrechte als universale Rechte?, in: Kurt Seelmann (Hrsg.), Menschenrechte, Begründung – Universalisierbarkeit – Genese, Berlin/Boston 2017, S. 23 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hösle, Vittorio: Die Stellung von Hegels Philosophie des objektiven Geistes in seinem System und ihre Aporie, in: Christoph Jermann (Hrsg.), Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie, Stuttgart-Bad Cannstatt 1987, S. 11 ff.

Hruschka, Joachim: Die Zurechnungslehre Kelsens im Vergleich mit der Zurechnungslehre Kants, in: Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen, Staatsrechtler und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 2 ff.

Hudson, Manley O.: The Development of International Law since the War, in: The American Journal of International Law 22 (1928), S. 330 ff.

Hume, David: A Treatise of Human Nature, hrsg. von Lewis Amherst Selby-Bigge, Oxford 1951.

Ignatieff, Michael: Human Rights as Politics, Human Rights as Idolatry, in: The Tanner Lectures on Human Values 21 (2000), S. 285 ff. (zit.: Human Rights).

Ignatieff, Michael: Menschenrechte als Fetisch, in: ders. (Hrsg.), Die Politik der Menschenrechte, Aus dem Englischen übersetzt von Ilse Utz, Hamburg 2002, S. 74 ff. (zit.: Menschenrechte).

International Law Association (ILA): Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law, Rio de Janeiro 2008.

Iorio, Marco: Kritik und Antwort. Zu: Peter Stämmer: Normativität. Das normative Müssen, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 58 (2010), S. 153 ff.

Jaenicke, Günther: Völkerrechtsquellen, in: Karl Strupp/Hans-Jürgen Schlochauer (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Berlin 1962, S. 766 ff.

Jäncke, Lutz: Ist das Hirn vernünftig?, Erkenntnisse eines Neuropsychologen, Bern 2015.

Jaspers, Karl: Die massgebenden Menschen, Sokrates, Buddha, Konfuzius, Jesus, München 2013.

Jellinek, Georg: Die rechtliche Natur der Staatenverträge, Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts, Wien 1880 (zit.: Staatenverträge).

Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914 (zit.: Staatslehre).

Jennings, Robert Y.: What is International Law and How Do We Tell It When We See It?, in: Schweitzerisches Jahrbuch für Internationales Recht 37 (1981), S. 59 ff.

Jesch, Dietrich: Rezension zu: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, in: Die Öffentliche Verwaltung 14 (1961), S. 435 ff.

Jetschke, Anja: Weltkultur versus Partikularismus, Die Universalität der Menschenrechte im Lichte der Ratifikation von Menschenrechtsverträgen, in: Die Friedens-Warte 81 (2006), S. 25 ff.

Jhering, Rudolf von: Der Kampf ums Recht, in: Felix Ermacora (Hrsg.), Der Kampf ums Recht, Zum hundertsten Todesjahr des Autors, Berlin 1992, S. 59 ff.

Jörke, Dirk: Politische Anthropologie, Eine Einführung, Wiesbaden 2005.

Kahneman, Daniel: Thinking, Fast and Slow, London 2012.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kälin, Walter/*Epiney*, Astrid/*Caroni*, Martina/*Künzli*, Jörg: Völkerrecht, Eine Einführung, Bern 2016.

Kälin, Walter/*Künzli*, Jörg: Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 4. Aufl., Basel 2019.

Kammerhofer, Jörg: Uncertainty in International Law, A Kelsenian Perspective, London/New York 2011 (zit.: Uncertainty).

Kammerhofer, Jörg: Hans Kelsen in today's international legal scholarship, in: Jörg Kammerhofer/Jean D'Aspremont (Hrsg.), International Legal Positivism in a Post-Modern World, Cambridge 2014, S. 81 ff. (zit.: Kelsen).

Kammerhofer, Jörg: International Legal Positivism, in: Anne Orford/Florian Hoffmann (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Theory of International Law, Oxford 2016, S. 407 ff. (zit.: International).

Kammerhofer, Jörg: Positivistische Normbegründung, in: Eric Hilgendorf/Jan C. Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Stuttgart 2017, S. 200 ff. (zit.: Normbegründung).

Kammerhofer, Jörg/*D'Aspremont*, Jean (Hrsg.): International Legal Positivism in a Post-Modern World, Cambridge 2014 (zit.: International).

Kammerhofer, Jörg/*D'Aspremont*, Jean: Introduction, in: dies. (Hrsg.), International Legal Positivism in a Post-Modern World, Cambridge 2014, S. 1 ff. (zit.: Introduction).

Kamminga, Menno T.: Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law, in: Menno T. Kamminga/Martin Scheinin (Hrsg.), The Impact of Human Rights Law on General International Law, Oxford 2009, S. 1 ff.

Kamminga, Menno T./*Scheinin*, Martin (Hrsg.): The Impact of Human Rights Law on General International Law, Oxford 2009.

Kant, Immanuel: Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften zu Berlin (Hrsg.), Kant's Gesammelte Schriften, Bd. VII, Berlin 1902 ff., S. 117 ff. (zit.: ApH AA VII).

Kant, Immanuel: Die Metaphysik der Sitten, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften zu Berlin (Hrsg.), Kant's Gesammelte Schriften, Bd. VI, Berlin 1902 ff., S. 203 ff. (zit.: MS AA VI).

Kant, Immanuel: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften zu Berlin (Hrsg.), Kant's Gesammelte Schriften, Bd. IV, Berlin 1902 ff., S. 385 ff. (zit.: GMS AA IV).

Kant, Immanuel: Kritik der praktischen Vernunft, in: Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften zu Berlin (Hrsg.), Kant's Gesammelte Schriften, Bd. V, Berlin 1902 ff., S. 1 ff. (zit.: KpV AA V).

Kantorowicz, Hermann: Der Begriff des Rechts, Aus dem Nachlass hrsg. von A. H. Campbell, Göttingen 1960.

Kelsen, Hans: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1. Aufl., Tübingen 1911 (zit.: Hauptprobleme).

Kelsen, Hans: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925 (zit.: Staatslehre).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kelsen, Hans: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre, 2. Aufl., Tübingen 1928 (zit.: Souveränität).

Kelsen, Hans: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, 2. Aufl., Tübingen 1928 (zit.: Staatsbegriff).

Kelsen, Hans: Contribution à la théorie du traité international, in: Revue internationale de la théorie du droit 10 (1936), S. 253 ff. (zit.: Contribution).

Kelsen, Hans: Théorie du droit international coutumier, in: Revue internationale de la théorie du droit, Nouvelle Série 1 (1939), S. 253 ff. (zit.: Théorie).

Kelsen, Hans: The Law as a Specific Social Technique, in: The University of Chicago Law Review 9 (1941), S. 75 ff. (zit.: Technique).

Kelsen, Hans: Peace through Law, Chapel Hill 1944 (zit.: Peace).

Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960 (zit.: Reine Rechtslehre).

Kelsen, Hans: Was ist juristischer Positivismus?, in: JuristenZeitung 20 (1965), S. 465 ff. (zit.: Positivismus).

Kelsen, Hans: Principles of International Law, 2. Aufl., New York et al. 1966 (zit.: Principles).

Kelsen, Hans: Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, in: ders. (Hrsg.), Der Staat als Integration, Wien 1930, Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, Wien/Berlin 1932, Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?, Wien 1928, Neudruck in einem Band, Aalen 1971, S. 481 ff. (zit.: Unrecht).

Kelsen, Hans: Allgemeine Theorie der Normen, Im Auftrag des Hans Kelsen-Instituts aus dem Nachlass, hrsg. von Kurt Ringhofer und Walter Robert, Wien 1979 (zit.: Theorie).

Kelsen, Hans: Die Rechtsordnung als hierarchisches System von Zwangsnormen, in: Norbert Hoerster (Hrsg.), Recht und Moral, Texte zur Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Stuttgart 1987, S. 20 ff. (zit.: Rechtsordnung).

Kelsen, Hans: Geltung und Wirksamkeit des Rechts, in: Walter Robert/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsens stete Aktualität, Wien 2003, S. 5 ff. (zit.: Geltung).

Kelsen, Hans: Der Begriff der Rechtsordnung, in: Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Bd. 2, Wien/Stuttgart 2010, S. 1141 ff., zuerst in: Logique et Analyse (Nouvelle Série) 1/2 (1958), S. 155 ff. (zit.: Begriff).

Kelsen, Hans: Die Funktion der Verfassung, in: Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Bd. 2, Wien/Stuttgart 2010, S. 1615 ff., zuerst in: Forum 11 (1964), S. 583 ff. (zit.: Funktion).

Kelsen, Hans: Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, in: Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Bd. 1, Wien/Stuttgart 2010, S. 231 ff., zuerst in: Philosophische Vorträge,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

veröffentlicht von der Kant-Gesellschaft, Charlottenburg, 1928/31, S. 1 ff. (zit.: Grundlagen).

Kelsen, Hans: Vom Geltungsgrund des Rechts, in: Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Bd. 2, Wien/Stuttgart 2010, S. 1159 ff., zuerst in: Friedrich August von der Heydte/Ignaz Seidl-Hohenveldern/Stephan Verosta/Karl Zemanek (Hrsg.), Völkerrecht und rechtliches Weltbild, Festschrift für Alfred Verdross, Wien 1960, S. 157 ff. (zit.: Geltungsgrund).

Kelsen, Hans: Was ist die Reine Rechtslehre?, in: Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Bd. 1, Wien/Stuttgart 2010, S. 499 ff., zuerst in: Demokratie und Rechtsstaat, Festschrift für Zaccharia Giacometti, Zürich 1953, S. 143 ff. (zit.: Rechtslehre).

Kelsen, Hans: Zur Theorie der juristischen Fiktionen, Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-ob, in: Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Bd. 2, Wien/Stuttgart 2010, S. 993 ff., zuerst in: Annalen der Philosophie 1 (1919), S. 630 ff. (zit.: Fiktionen).

Kersting, Wolfgang: Herrschaftslegitimation, politische Gerechtigkeit und transzendentaler Tausch, Eine Einführung in das politische Denken Otfried Höffes, in: ders. (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch?, Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes, Frankfurt am Main 1997, S. 11 ff.

Kervégan, Jean-François: Gibt es moralische Rechte?, in: Hans Jörg Sandkühler (Hrsg.), Recht und Moral, Hamburg 2010, S. 49 ff.

Kettner, Matthias: Otfried Höffes transzendental-kontraktualistische Begründung der Menschenrechte, in: Wolfgang Kersting (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch?, Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes, Frankfurt am Main 1997, S. 243 ff.

Kirste, Stephan: Concept and Validity of Law, in: Pauline Westerman/Jaap Hage/Stephan Kirste/Anne Ruth Mackor (Hrsg.), Legal Validity and Soft Law, Cham 2018, S. 47 ff.

Kohler, Georg: Handeln und Rechtfertigen, Untersuchungen zur Struktur der praktischen Rationalität, Frankfurt am Main 1988.

Koller, Peter: Die Begründung von Rechten, in: Peter Koller/Csaba Varga/Ota Weinberger (Hrsg.), Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, Ungarisch-Österreichisches Symposium der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1990, Stuttgart 1992, S. 74 ff. (zit.: Begründung).

Koller, Peter: Grundlagen der Legitimation und Kritik staatlicher Herrschaft, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994, S. 739 ff. (zit.: Grundlagen).

Koller, Peter: Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen, Staatsrechtler und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 106 ff. (zit.: Theorie).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Koller, Peter: Rechte und Pflichten, in: Arnd Pollmann/Georg Lohmann (Hrsg.), Menschenrechte, Ein interdisziplinäres Handbuch, Stuttgart/Weimar 2012, S. 150 ff. (zit.: Rechte).

Koller, Peter: Der Geltungsbereich der Menschenrechte, in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 96 ff. (zit.: Geltungsbereich).

Koskenniemi, Martti: General Principles, Reflexions on Constructivist Thinking in International Law, in: Oikeustiede-Jurisprudentia 18 (1985), S. 120 ff. (zit.: General).

Koskenniemi, Martti: The Pull of the Mainstream, in: Michigan Law Review 88 (1990), S. 1946 ff. (zit.: Pull).

Koskenniemi, Martti (Hrsg.): Sources of International Law, London/New York 2000 (zit.: Sources).

Koskenniemi, Martti: The Gentle Civilizer of Nations, The Rise and Fall of International Law 1870–1960, Cambridge 2001 (zit.: Civilizer).

Koskenniemi, Martti: From Apology to Utopia, The Structure of International Argument, New York 2005 (zit.: Apology).

Koskenniemi, Martti: Legacy of the Nineteenth Century, in: David Armstrong (Hrsg.), Routledge Handbook on International Law, Abingdon 2009, S. 141 ff. (zit.: Legacy).

Kramer, Ernst A.: Kelsens „Reine Rechtslehre“ und die „Anerkennungstheorie“, in: Max Imboden/Friedrich Koja/René Marcic/Kurt Ringhofer/Robert Walter (Hrsg.), Festschrift für Adolf J. Merkl zum 80. Geburtstag, München/Salzburg 1970, S. 187 ff.

Kühne, Dieter: Die Grundnorm als inhaltlicher Geltungsgrund der Rechtsordnung, in: Werner Krawiez/Helmut Schelsky (Hrsg.), Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Berlin 1984, S. 193 ff.

Kühnhardt, Ludger: Die Universalität der Menschenrechte, Bonn 1987.

Kunz, Joseph Laurenz: Völkerrechtswissenschaft und Reine Rechtslehre, Leipzig/Wien 1923.

Ladwig, Bernd: Anthropologische Argumente in der menschenrechtlichen Moral, in: Dirk Jörke/Bernd Ladwig (Hrsg.), Politische Anthropologie, Geschichte – Gegenwart – Möglichkeiten, Baden-Baden 2009, S. 245 ff.

Ladwig, Bernd/*Jörke*, Dirk: Einleitung, in: Dirk Jörke/Bernd Ladwig (Hrsg.), Politische Anthropologie, Geschichte – Gegenwart – Möglichkeiten, Baden-Baden 2009, S. 9 ff.

Larenz, Karl: Das Problem der Rechtsgeltung, Unveränderter Nachdruck der Ausgabe Berlin 1929, Darmstadt 1967 (zit.: Rechtsgeltung).

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 1991 (zit.: Methodenlehre).

Laun, Rudolf: Recht und Sittlichkeit, 3. Aufl., Berlin 1935.

Lauterpacht, Hersch: Westlake and Present Day International Law, in: Economica 15 (1925), S. 307 ff. (zit.: Westlake).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Lauterpacht, Hersch: Some Observations on the Prohibition of „Non Liquet“ and the Completeness of the Law, in: Max Huber/Paul Guggenheim/Plinio Bolla (Hrsg.), Symbolae Verzijl, Présentées au Professeur J. H. W. Verzijl à l'Occassion de son LXX-ième Anniversaire, Den Haag 1958, S. 196 ff. (zit.: Non Liquet).

Lawrence, Thomas Joseph: Essays on Some Disputed Questions in Modern International Law, 2. Aufl., Cambridge/London 1885.

Lefkowitz, David: Sources in Legal-Positivist Theories, Law as Necessarily Posited and the Challenge of Customary Law Creation, in: Samantha Besson/Jean D'Aspremont (Hrsg.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford 2017, S. 323 ff.

Leiminger, Karl: Die Problematik der Reinen Rechtslehre, Wien 1967.

Lipset, Seymour Martin: Some Social Requisites of Democracy, Economic Development and Political Legitimacy, in: American Political Science Review 53 (1959), S. 69 ff.

Locke, John: Two Treatises of Government, hrsg. von Peter Laslett, 2. Aufl., Cambridge 1967.

Lohmann, Georg: Warum keine Deklaration von Menschenpflichten?, Zur Kritik am Inter-Action Council, in: Widerspruch 18 (1998), S. 12 ff. (zit.: Deklaration).

Lohmann, Georg: Die unterschiedlichen Menschenrechte, in: Klaus-Peter Fritzsche/Georg Lohmann (Hrsg.), Menschenrechte zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Würzburg 2000, S. 9 ff. (zit.: Menschenrechte).

Lohmann, Georg: Zu einer relationalen Begründung der Universalisierung der Menschenrechte, in: Günter Nooke/Georg Lohmann/Gerhard Wahlers (Hrsg.), Gelten Menschenrechte universal?, Begründungen und Infragestellungen, Freiburg im Breisgau 2008, S. 218 ff. (zit.: Begründung).

Lohmann, Georg: Zur Verständigung über die Universalität der Menschenrechte, in: Günter Nooke/Georg Lohmann/Gerhard Wahlers (Hrsg.), Gelten Menschenrechte universal?, Begründungen und Infragestellungen, Freiburg im Breisgau 2008, S. 47 ff. (zit.: Verständigung).

Lohmann, Georg: Zur moralischen, juridischen und politischen Dimension der Menschenrechte, in: Hans Jörg Sandkühler (Hrsg.), Recht und Moral, Hamburg 2010, S. 135 ff. (zit.: Dimension).

Lohmann, Georg: Menschenrechte zwischen Moral und Recht, in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 62 ff. (zit.: Moral).

Lohmann, Georg: „Nicht zu viel – nicht zu wenig!“, Begründungsaufgaben im Rahmen der internationalen Menschenrechtskonzeption, in: Margit Wasmaier-Sailer/Matthias Hoesch (Hrsg.), Die Begründung der Menschenrechte, Kontroversen im Spannungsfeld von positivem Recht, Naturrecht und Vernunftrecht, Tübingen 2017, S. 181 ff. (zit.: Begründungsaufgaben).

Luhmann, Niklas: Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1983 (zit.: Verfahren).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Luhmann, Niklas: Soziologie des politischen Systems, in: ders. (Hrsg.), Soziologische Aufklärung 1, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, 6. Aufl., Opladen 1991, S. 154 ff. (zit.: Soziologie).

Luhmann, Niklas: Ethik als Reflexionstheorie der Moral, in: ders. (Hrsg.), Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 3, Frankfurt am Main 2012, S. 358 ff. (zit.: Ethik).

Lumer, Christoph: Geltung, Gültigkeit, in: Hans Jörg Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. 1, Hamburg 1999, S. 450 ff.

Lyons, David: The Correlativity of Rights and Duties, in: Noûs 4 (1970), S. 45 ff.

Mackie, John L.: Ethics, Inventing Right and Wrong, Harmondsworth 1977 (zit.: Ethics).

Mackie, John L.: Can There Be A Right-Based Moral Theory?, in: Joan Mackie/Penelope Mackie (Hrsg.), Persons and Values, Selected Papers, Bd. 2, Oxford 1985, S. 105 ff., zuerst in: Midwest Studies in Philosophy, Bd. 3, 1978 (zit.: Theory).

Mackor, Anne Ruth: What is Legal Validity and Is It Important?, Some Critical Remarks About the Legal Status of Soft Law, in: Pauline Westerman/Jaap Hage/Stephan Kirste/Anne Ruth Mackor (Hrsg.), Legal Validity and Soft Law, Cham 2018, S. 125 ff.

Mahlmann, Matthias: Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2008 (zit.: Elemente).

Mahlmann, Matthias: Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 4. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: Rechtsphilosophie).

Mälksoo, Lauri: Sources of International Law in the Ninetheenth-Century European Tradition, Insights from Practice and Theory, in: Samantha Besson/Jean D'Aspremont (Hrsg.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford 2017, S. 146 ff.

Marks, Susan/*Clapham*, Andrew: Universality, in: dies. (Hrsg.), International Human Rights Lexicon, Oxford 2005, S. 385 ff.

Marquier, Julia: Soft Law: Das Beispiel des OSZE-Prozesses, Ein Beitrag zur völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre, Bonn 2003.

Mathis, Klaus: Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit, Eine interdisziplinäre Studie aus rechtlicher, ökonomischer und philosophischer Sicht, Tübingen 2017.

Mégret, Frédéric: International Human Rights Law Theory, in: Alexander Orakhelashvili (Hrsg.), Research Handbook on the Theory and History of International Law, Cheltenham/Northampton, MA, 2011, S. 199 ff. (zit.: Theory).

Mégret, Frédéric: Nature of Obligations, in: Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (Hrsg.), International Human Rights Law, 2. Aufl., Oxford 2014, S. 96 ff. (zit.: Nature).

Menke, Christoph/*Pollmann*, Arnd: Philosophie der Menschenrechte zur Einführung, 4. Aufl., Hamburg 2017.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Merkl, Adolf: Das doppelte Rechtsanlitz, in: Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Bd. 1, Wien/Stuttgart 2010, S. 893 ff., zuerst in: Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts, Juristische Blätter 47 (1918), S. 425 ff. (zit.: Rechtsanlitz).

Merkl, Adolf: Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Bd. 2, Wien/Stuttgart 2010, S. 1071 ff., zuerst in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht, Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Wien 1931, S. 252 ff. (zit.: Prolegomena).

Meyer, Stephan: Juristische Geltung als Verbindlichkeit, Tübingen 2011.

Mik, Cezary: Jus Cogens in Contemporary International Law, in: Polish Yearbook of International Law 33 (2013), S. 27 ff.

Mill, John Stuart: Utilitarism, in: John M. Robson (Hrsg.), Essays on Ethics, Religion and Society, Toronto 1969, S. 203 ff.

Mohr, Georg: Moralische Rechte gibt es nicht, in: Hans Jörg Sandkühler (Hrsg.), Recht und Moral, Hamburg 2010, S. 63 ff.

Moore, George Edward: Principia Ethica, Cambridge 1903.

Morgenthau, Hans J.: Positivism, Functionalism, and International Law, in: The American Journal of International Law 34 (1940), S. 260 ff.

Mosler, Hermann: The International Society as a Legal Community, Alphen am Rhein 1980.

Münch, Richard: Legitimität und politische Macht, Wiesbaden 1976.

Munzer, Stephen: Legal Validity, Den Haag 1972.

Neumann, Ulfrid: Recht und Moral, in: Eric Hilgendorf/Jan C. Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Stuttgart 2017, S. 7 ff.

Niemann, Hans-Joachim: 70 Jahre Falsifikation: Königsweg oder Sackgasse?, in: Aufklärung und Kritik 12 (2005), S. 52 ff.

Nippold, Otfried: Die Gestaltung des Völkerrechts nach dem Weltkriege, Zürich 1917.

Nussbaum, Martha: Women and Human Development, The Capabilities Approach, Cambridge 2000 (zit.: Women).

Nussbaum, Martha: Creating Capabilities, The Human Development Approach, Cambridge 2011 (zit.: Creating).

Nussbaum, Martha: Gerechtigkeit oder Das gute Leben, Aus dem Amerikanischen von Ilse Utz, hrsg. von Herlinde Pauer-Studer, 11. Aufl., Frankfurt am Main 2020 (zit.: Gerechtigkeit).

O'Neill, Onora: Transnationale Gerechtigkeit, in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 188 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ofstad, Harald: Objectivity of Norms and Value-Judgments According to Recent Scandinavian Philosophy, in: Philosophy and Phenomenological Research 12 (1951), S. 42 ff.

OHCHR: The United Nations Human Rights Treaty System, An introduction to the core human rights treaties and the treaty bodies, Genf 2005 (zit.: Treaty) [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30en.pdf] (Stand: 1.12.2021).

OHCHR: Status of Ratification of Human Rights Treaties, Genf 2021 (zit.: Status) [https://indicators.ohchr.org/] (Stand: 1.12.2021).

Oppenheim, Lassa Francis Lawrence: International Law, A Treatise, Vol. 1: Peace, 2. Aufl., London et al. 1912 (zit.: 2. Aufl.).

Oppenheim, Lassa Francis Lawrence: International Law, A Treatise, Vol. 1: Peace, hrsg. von Hersch Lauterpacht, 5. Aufl., London et al. 1937 (zit.: 5. Aufl. (Lauterpacht)).

Oppenheim, Lassa Francis Lawrence: International Law, A Treatise, Vol. 1: Peace, hrsg. von Hersch Lauterpacht, 8. Aufl., London et al. 1955 (zit.: 8. Aufl. (Lauterpacht)).

Oppenheim, Lassa Francis Lawrence: Oppenheim's International Law, Vol. 1: Peace, hrsg. von Robert Y. Jennings und Arthur Watts, 9. Aufl., Harlow 1992 (zit.: 9. Aufl. (Jennings/Watts)).

Ott, Walter: Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 107 (1988), S. 335 ff. (zit.: Radbruch'sche).

Ott, Walter: Der Rechtspositivismus, Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, 2. Aufl., Berlin 1992 (zit.: Rechtspositivismus).

Ott, Walter/*Mathis*, Klaus: Die Rechtstheorie von Jürgen Habermas: Die wichtigsten Thesen im Überblick, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 120 (2001), S. 399 ff. (zit.: Thesen).

Ott, Walter/*Mathis*, Klaus: Die Rechtstheorie von Jürgen Habermas: Eine kritische Würdigung, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 121 (2002), S. 203 ff. (zit.: Würdigung).

Pachmann, Moritz: Welche Rolle kommt anthropologischen Argumenten bei der Begründung von Menschenrechten zu?, Menschenbilder in der Wertediskussion, in: Juana Vasella/Anne-Sophie Morand (Hrsg.), Werte im Recht – Das Recht als Wert, Zürich et al. 2018, S. 23 ff.

Pauer-Studer, Herlinde: Das Andere der Gerechtigkeit, Moraltheorie im Kontext der Geschlechterdifferenz, Berlin 1996 (zit.: Andere).

Pauer-Studer, Herlinde: Menschenrechte zwischen Moralisierung und politischer Instrumentalisierung, in: Hans Jörg Sandkühler (Hrsg.), Recht und Moral, Hamburg 2010, S. 151 ff. (zit.: Menschenrechte).

Pauer-Studer, Herlinde: Einführung in die Ethik, 3. Aufl., Wien 2020 (zit.: Ethik).

Pauer-Studer, Herlinde: Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Gerechtigkeit oder Das gute Leben, Aus dem Amerikanischen von Ilse Utz, 11. Aufl., Frankfurt am Main 2020, S. 7 ff. (zit.: Einleitung).

Paulson, Stanley L.: Die unterschiedlichen Formulierungen der „Grundnorm", in: Aulis Aarnio/Stanley L. Paulson/Ota Weinberger/Georg Henrik von Wright/Dieter Wy-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

duckel (Hrsg.), Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag, Berlin 1993, S. 53 ff. (zit.: Formulierungen).

Paulson, Stanley L.: Zwei radikale Objektivierungsprogramme in der Rechtslehre Hans Kelsens, in: Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen, Staatsrechtler und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 191 ff. (zit.: Objektivierungsprogramme).

Perry, Stephen R.: Interpretation and Methodology in Legal Theory, in: Andrei Marmor (Hrsg.), Law and Interpretation, Essays in Legal Philosophy, Oxford 1995, S. 97 ff.

Von der Pfordten, Dietmar: Zur Differenzierung von Recht, Moral und Ethik, in: Hans Jörg Sandkühler (Hrsg.), Recht und Moral, Hamburg 2010, S. 33 ff. (zit.: Differenzierung).

Von der Pfordten, Dietmar: Rechtsethik, in: Eric Hilgendorf/Jan C. Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Stuttgart 2017, S. 95 ff. (zit.: Rechtsethik).

Von der Pfordten, Dietmar: Validity in Positive Law: A Mere Summary Concept, in: Pauline Westerman/Jaap Hage/Stephan Kirste/Anne Ruth Mackor (Hrsg.), Legal Validity and Soft Law, Cham 2018, S. 1 ff. (zit.: Validity).

Pollmann, Arnd: Für einen neuen Universalismus, Das politische Projekt der Menschenrechte aus philosophischer Sicht, in: Zeitschrift für Politik 56 (2009), S. 35 ff. (zit.: Universalismus).

Pollmann, Arnd: Der menschenrechtliche Universalismus und seine relativistischen Gegner, in: Arnd Pollmann/Georg Lohmann (Hrsg.), Menschenrechte, Ein interdisziplinäres Handbuch, Stuttgart/Weimar 2012, S. 331 ff. (zit.: Gegner).

Popper, Karl: Logik der Forschung, hrsg. von Herbert Keuth, 4. Aufl., Berlin 2013.

Potacs, Michael: Rechtstheorie, Wien 2015.

Radbruch, Gustav: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristen-Zeitung 1 (1946), S. 105 ff.

Rawls, John: A Theory of Justice, Cambridge 1999.

Raz, Joseph: The Morality of Freedom, Oxford 1986 (zit.: Morality).

Raz, Joseph: Engaging Reason, On the Theory of Value and Action, hrsg. von Joseph Raz, Oxford 1999 (zit.: Engaging).

Raz, Joseph: Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason, in: ders. (Hrsg.), Engaging Reason, On the Theory of Value and Action, Oxford 1999, S. 67 ff. (zit.: Rationality).

Raz, Joseph: Explaining Normativity: Reason and the Will, in: ders. (Hrsg.), Engaging Reason, On the Theory of Value and Action, Oxford 1999, S. 90 ff. (zit.: Reason).

Raz, Joseph: Human Rights without Foundations, in: John Tasioulas/Samantha Besson (Hrsg.), The Philosophy of International Law, Oxford 2010, S. 321 ff. (zit.: Foundations).

Reichenbach, Hans: Axiomatik der relativistischen Raum-Zeit-Lehre, in: Eilhard Wiedemann (Hrsg.), Die Wissenschaft, Sammlung von Einzeldarstellungen aus den Gebieten der Naturwissenschaft und der Technik, Bd. 72, Braunschweig 1924, S. 1 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rein, Anette: Menschen sind anders und gleich!, Menschenrechte zwischen Partikularität und Universalität, in: Günter Nooke/Georg Lohmann/Gerhard Wahlers (Hrsg.), Gelten Menschenrechte universal?, Begründungen und Infragestellungen, Freiburg im Breisgau 2008, S. 236 ff.

Reisman, W. Michael: Lassa Oppenheim's Nine Lives, in: Yale Journal of International Law 19 (1994), S. 255 ff.

Rickert, Heinrich: System der Philosophie, Allgemeine Grundlagen der Philosophie, Tübingen 1921.

Riedel, Eibe: Theorie der Menschenrechtsstandards, Funktion, Wirkungsweise und Begründung wirtschaftlicher und sozialer Menschenrechte mit exemplarischer Darstellung der Rechte auf Eigentum und auf Arbeit in verschiedenen Rechtsordnungen, Berlin 1986.

Ringkamp, Daniela: Menschenrechte zwischen moralischer Begründung und politischer Verwirklichung, Eine Neubetrachtung der Adressierung von Menschenrechtspflichten, Münster 2015.

Robeyns, Ingrid: The Capability Approach, A Theoretical Survey, in: Journal of Human Development 6 (2005), S. 93 ff. (zit.: Survey).

Robeyns, Ingrid: The Capability Approach in Practice, in: The Journal of Political Philosophy 14 (2006), S. 351 ff. (zit.: Practice).

Rödl, Florian: Zur Kritik rechtspositivistischer Menschenrechtskonzeption, in: Margit Wasmaier-Sailer/Matthias Hoesch (Hrsg.), Die Begründung der Menschenrechte, Kontroversen im Spannungsfeld von positivem Recht, Naturrecht und Vernunftrecht, Tübingen 2017, S. 29 ff.

Ross, Alf: Directives and Norms, London 1968.

Rub, Alfred: Hans Kelsens Völkerrechtslehre, Versuch einer Würdigung, Zürich 1995.

Rubin, Alfred: Are Human Rights Legal?, in: Israel Yearbook on Human Rights 20 (1990), S. 45 ff.

Salmond, John: Salmond on Jurisprudence, 11. Aufl., London 1957.

Schachter, Oscar: Towards a Theory of International Obligation, in: Stephen Schwebel (Hrsg.), The Effectiveness of International Decisions, Papers of a Conference of the American Society of International Law, and the Proceedings of the Conference, Leiden 1971, S. 9 ff.

Scheler, Max: Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, in: Maria Scheler (Hrsg.), Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus, 4. Aufl., Bern 1954, S. 25 ff.

Schindler, Benjamin: Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2010.

Schlick, Moritz: Fragen der Ethik, Wien 1930.

Schmidt, Manfred G.: Wörterbuch zur Politik, 3. Aufl., Stuttgart 2010 (zit.: Wörterbuch).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schmidt, Vivien A.: Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output *and* ‚Throughput', in: Political Studies 61 (2013), S. 2 ff.

Schmoeckel, Mathias: The Internationalist as a Scientist and Herald: Lassa Oppenheim, in: European Journal of International Law 11 (2000), S. 699 ff.

Schnädelbach, Herbert: Zur Rehabilitierung des animal rationale, Vorträge und Abhandlungen 2, Frankfurt am Main 1992.

Schnüriger, Hubert: Eine Statustheorie moralischer Rechte, Münster 2014.

Scobbie, Iain: Legal Theory as a Source of International Law, Institutional Facts and the Identification of International Law, in: Samantha Besson/Jean D'Aspremont (Hrsg.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford 2017, S. 493 ff.

Seelmann, Kurt: Versuche einer Legitimation von Strafe durch das Argument selbstwidersprüchlichen Verhaltens des Straftäters, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 1 (1993), S. 315 ff.

Seelmann, Kurt/*Demko*, Daniela: Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2014.

Sellars, Wilfrid: Empiricism and the Philosophy of Mind, Cambridge 1997.

Sen, Amartya: Inequality Reexamined, Cambridge 1992 (zit.: Inequality).

Sen, Amartya: Universal Truths, Human Rights and the Westernizing Illusion, in: Harvard International Review 20 (1998), S. 40 ff. (zit.: Truths).

Sen, Amartya: Development as Freedom, New York 1999 (zit.: Development).

Sen, Amartya: The Idea of Justice, Cambridge 2009 (zit.: Justice).

Shue, Henry: Basic Rights, Princeton 1980 (zit.: Basic).

Shue, Henry: Menschenrechte und kulturelle Differenz, in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 343 ff. (zit.: Menschenrechte).

Sieckmann, Jan: Die „Radbruch'sche Formel" und die Mauerschützen, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 87 (2001), S. 496 ff.

Siep, Ludwig: Moral, in: Anna Goppel/Corinna Mieth/Christian Neuhäuser (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, Stuttgart 2016, S. 262 ff.

Simma, Bruno: Sources of International Human Rights Law, Human Rights Treaties, in: Samantha Besson/Jean D'Aspremont (Hrsg.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford 2017, S. 871 ff.

Simma, Bruno/*Alston*, Philip: The Sources of Human Rights Law, Custom, Jus Cogens, and General Principles, in: The Australian Yearbook of International Law 12 (1992), S. 82 ff.

Simma, Bruno/*Paulus*, Andreas L.: The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View, in: The American Journal of International Law 93 (1999), S. 302 ff.

Simson, Werner von: Zur Theorie der Legitimität, in: Henry Steele Commager/Günther Doeker/Ferdinand Hermes Fraenkel/William C. Havard/Theodor Maunz (Hrsg.),

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Festschrift für Karl Loewenstein, Aus Anlass seines achtzigsten Geburtstages, Tübingen 1971, S. 459 ff.

Singer, Peter: Animal Liberation, 2. Aufl., London 1995.

Somek, Alexander: Rechtstheorie, Hamburg 2017.

Somló, Félix: Juristische Grundlehre, Leipzig 1917.

Spaemann, Robert: Über den Begriff der Menschenwürde, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde/Robert Spaemann (Hrsg.), Menschenrechte und Menschenwürde, Historische Voraussetzungen – säkuläre Gestalt – christliches Verständnis, Stuttgart 1987, S. 295 ff.

Spiermann, Ole: The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, A Purely Platonic Discussion?, in: Samantha Besson/Jean D'Aspremont (Hrsg.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford 2017, S. 165 ff.

Steiner, Kerstin: Menschenrechte und „Asian Values", in: Ingo Richter (Hrsg.), Transnationale Menschenrechte, Schritte zu einer weltweiten Verwirklichung der Menschenrechte, Opladen 2008, S. 299 ff.

Stemmer, Peter: Normativität, Eine ontologische Untersuchung, Berlin 2008 (zit.: Normativität).

Stemmer, Peter: Die Konstitution der normativen Wirklichkeit, in: Rainer Forst/Klaus Günther (Hrsg.), Die Herausbildung normativer Ordnungen, Interdisziplinäre Perspektiven, Frankfurt am Main 2011, S. 57 ff. (zit.: Konstitution).

Strassenberger, Grit: Mitleid und Gerechtigkeit, Martha Nussbaums anthropologische Begründung von Gerechtigkeitsnormen, in: Dirk Jörke/Bernd Ladwig (Hrsg.), Politische Anthropologie, Geschichte – Gegenwart – Möglichkeiten, Baden-Baden 2009, S. 129 ff.

Sturma, Dieter: Universalismus und Neoaristotelismus, Amartya Sen und Martha C. Nussbaum über Ethik und soziale Gerechtigkeit, in: Wolfgang Kersting (Hrsg.), Politische Philosophie des Sozialstaats, Weilerswist 2000, S. 257 ff.

Sucharipa-Behrmann, Lilly: Kelsens „Recht der Vereinten Nationen", Welche Relevanz hat der Kommentar heute noch für die Praxis?, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsen und das Völkerrecht, Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (1.–2. April 2004), Wien 2004, S. 21 ff.

Sumner, Leonard Wayne: The Moral Foundation of Rights, Oxford 1987.

Tasioulas, John: Consequences of Ethical Relativism, in: European Journal of Philosophy 6 (1998), S. 172 ff. (zit.: Relativism).

Tasioulas, John: The Legitimacy of International Law, in: John Tasioulas/Samantha Besson (Hrsg.), The Philosophy of International Law, Oxford 2010, S. 97 ff. (zit.: Legitimacy).

Tasioulas, John: Human Rights, in: Andrei Marmor (Hrsg.), The Routledge Companion to Philosophy of Law, New York 2012, S. 348 ff. (zit.: Human).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Tasioulas, John: On the Nature of Human Rights, in: Gerhard Ernst/Jan-Christoph Heilinger (Hrsg.), The Philosophy of Human Rights, Contemporary Controversies, Berlin/Boston 2012, S. 17 ff. (zit.: Nature).

Thirlway, Hugh: The Sources of International Law, Oxford 2014.

Thomas von Aquin: Summa theologica, Die deutsche Thomas-Ausgabe, übersetzt von Dominikanern und Benediktinern Deutschlands und Österreichs, vollständige, ungekürzte deutsch-lateinische Ausgabe, Graz et al. 1933 ff.

Thürer, Daniel: Verfassungselemente des Völkerrechts, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich 2020, S. 161 ff.

Tomuschat, Christian: Verfassungsgewohnheitsrecht?, Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1972.

Toulmin, Stephen: The Uses of Arguments, 8. Aufl., Cambridge 2003.

Triepel, Heinrich: Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899.

Tugendhat, Ernst: Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie, Frankfurt am Main 1976 (zit.: Einführung).

Tugendhat, Ernst: Drei Vorlesungen über Probleme der Ethik, in: ders. (Hrsg.), Probleme der Ethik, Stuttgart 1984, S. 57 ff. (zit.: Drei).

Tugendhat, Ernst: Retraktationen, in: ders. (Hrsg.), Probleme der Ethik, Stuttgart 1984, S. 132 ff. (zit.: Retraktationen).

Tugendhat, Ernst: Überlegungen zur Methode der Philosophie aus analytischer Sicht, in: ders. (Hrsg.), Philosophische Aufsätze, Frankfurt am Main 1992, S. 261 ff. (zit.: Überlegungen).

Tugendhat, Ernst: Vorlesungen über Ethik, 9. Aufl., Frankfurt am Main 2019 (zit.: Ethik).

Tunkin, Grigory: Is General International Law Customary Law Only?, in: European Journal of International Law 4 (1993), S. 534 ff.

Tzevelekos, Vassilis P.: The making of international human rights law, in: Catherine Brölmann/Yannick Radi (Hrsg.), Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking, Cheltenham/Northampton 2016, S. 329 ff.

Vaihinger, Hans: Die Philosophie des Als-ob, System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus, 2. Aufl., Berlin 1913.

Verdross, Alfred: Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Wien 1926 (zit.: Verfassung).

Verdross, Alfred: Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts, in: Alfred Verdross/Josef Dobretsberger (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Wien 1931, S. 354 ff. (zit.: Rechtsgrundsätze).

Verdross, Alfred: Die Quellen des universellen Völkerrechts, Eine Einführung, Freiburg 1973 (zit.: Quellen).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verdross, Alfred: Die Erneuerung der materiellen Rechtsphilosophie, in: Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien/Stuttgart 2010, S. 601 ff., zuerst in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 76 (1957), S. 181 ff. (zit.: Erneuerung).

Verdross, Alfred/*Simma*, Bruno: Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1984.

Vernengo, Roberto J.: The Question of the Legitimacy of Positive Law and its Moral Foundations, in: Werner Krawiez/Georg Henrik von Wright (Hrsg.), Öffentliche oder private Moral? Vom Geltungsgrunde und der Legitimität des Rechts, Festschrift für Ernesto Garzón Valdés, Berlin 1992, S. 465 ff.

Vitanyi, Béla: Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de „Principes geìneìraux de droit reconnus par les nations civiliseìes", in: Revue générale de droit international public 86 (1982), S. 48 ff.

Voegelin, Ernst: Der autoritäre Staat, Ein Versuch über das österreichische Staatsproblem, Wien 1936.

Wallace, R. Jay: Konzeptionen der Normativität, Einige grundlegende philosophische Fragen, in: Rainer Forst/Klaus Günther (Hrsg.), Die Herausbildung normativer Ordnungen, Interdisziplinäre Perspektiven, Frankfurt am Main 2011, S. 33 ff.

Walter, Robert: Der Aufbau der Rechtsordnung, Graz 1964 (zit.: Aufbau).

Walter, Robert: Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (NF) 18 (1968), S. 331 ff. (zit.: Rechtslehre).

Walter, Robert: Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre, in: Rechtstheorie 1 (1970), S. 69 ff. (zit.: Stand).

Walzer, Michael: Thick and Thin, Moral Argument at Home and Abroad, Notre Dame/London 1994.

Watkins-Bienz, Renée M.: Die Hart-Dworkin Debatte, Ein Beitrag zu den internationalen Kontroversen der Gegenwart, Berlin 2004 (zit.: Hart-Dworkin).

Watkins-Bienz, Renée M.: Rechtspositivismus pro und contra, Der Rechtstheorien von Hart und Dworkin im Vergleich, in: Klaus Mathis/Sandra Hotz (Hrsg.), Recht, Moral und Faktizität, Festschrift für Walter Ott, Zürich/St. Gallen 2008, S. 53 ff. (zit.: Rechtspositivismus).

Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922 (zit.: Wirtschaft).

Weber, Max: Der Sinn der „Wertfreiheit" der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, in: Johannes Winckelmann (Hrsg.), Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 2. Aufl., Tübingen 1951, S. 496 ff. (zit.: Wertfreiheit).

Weber, Max: Die „Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: Johannes Winckelmann (Hrsg.), Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 2. Aufl., Tübingen 1951, S. 149 ff. (zit.: Objektivität).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Weber, Max: Wissenschaft als Beruf, in: Johannes Winckelmann (Hrsg.), Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 2. Aufl., Tübingen 1951, S. 524 ff. (zit.: Wissenschaft).

Weber, Max: Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft, in: Johannes Winckelmann (Hrsg.), Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 7. Aufl., Tübingen 1988, S. 475 ff. (zit.: Typen).

Weil, Prosper: Towards Relative Normativity in International Law?, in: American Journal of International Law 77 (1983), S. 413 ff. (zit.: Relative).

Weil, Prosper: Le Droit international en quête de son identité, cours général de droit international public, Leiden 1992 (zit.: Droit).

Weinberger, Ota: Der Begriff der Sanktion und seine Rolle in der Normenlogik und Rechtstheorie, in: Hans Lenk (Hrsg.), Normenlogik, Grundprobleme der deontischen Logik, Pullach bei München 1974, S. 89 ff. (zit.: Sanktion).

Weinberger, Ota: Logik, Wirklichkeit und Positivität in der Reinen Rechtslehre, in: Werner Krawiez/Helmut Schelsky (Hrsg.), Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Berlin 1984, S. 425 ff. (zit.: Logik).

Wellman, Carl: A New Conception of Human Rights, in: Eugene Kamenka/Tay Erh-Soon (Hrsg.), Human Rights, London 1978, S. 48 ff. (zit.: Conception).

Wellman, Carl: Relative Moral Duties, in: American Philosophical Quarterly 36 (1999), S. 209 ff. (zit.: Duties).

Westle, Bettina: Politische Legitimität, Theorien, Konzepte, empirische Befunde, Baden-Baden 1989.

Wiesner, Claudia/*Harfst*, Philipp: Legitimität als „essentially contested concept", in: dies. (Hrsg.), Legitimität und Legitimation, Vergleichende Perspektiven, Wiesbaden 2019, S. 11 ff.

Wildt, Andreas: Gefühle in der Moralphilosophie von Ernst Tugendhat, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 45 (1997), S. 119 ff. (zit.: Gefühle).

Wildt, Andreas: Menschenrechte und moralische Rechte, in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 124 ff. (zit.: Menschenrechte).

Wirsing, Claudia: Jenseits guter Gründe? Zur Legitimität normativer Ordnungen im Anschluss an Hegel und Habermas, in: Tobias Herbst/Sabrina Zucca-Soest (Hrsg.), Legitimität des Staates, Baden-Baden 2020, S. 175 ff.

Wolf, Ursula: Das Problem des moralischen Sollens, Berlin 1984 (zit.: Problem).

Wolf, Ursula: Aristoteles' Nikomachische Ethik, Darmstadt 2002 (zit.: Aristoteles).

Wong, David: Relativism, in: Peter Singer (Hrsg.), A Companion to Ethics, Oxford 1993, S. 442 ff.

Wouters, Jan/*Ryngaert*, Cedric: Impact on the Process of the Formation of Customary International Law, in: Menno T. Kamminga/Martin Scheinin (Hrsg.), The Impact of Human Rights Law on General International Law, Oxford 2009, S. 111 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Würtenberger, Thomas, jun.: Die Legitimität staatlicher Herrschaft, Eine staatsrechtlich-politische Begriffsgeschichte, Berlin 1973 (zit.: Legitimität).

Würtenberger, Thomas, jun.: Legalität, Legitimität, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Recht – Wirtschaft – Gesellschaft, Bd. 3, 7. Aufl., Freiburg im Breisgau et al. 1987, S. 874 ff. (zit.: Legalität).

Zippelius, Reinhold: Allgemeine Staatslehre, Politikwissenschaft, 16. Aufl., München 2010.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Personen- und Sachverzeichnis

Absolutismus 103, 152 f., *202 ff.,* 211, 220 f., 263, 272 f.
Abstraktion 165, 173, 225 f., *234 ff.*
Achtungsmoral 252 f.
Ago, Roberto 155 Fn., 158 ff.
Albert, Hans 104 ff.
Alexy, Robert 18 ff., 27 ff., 54, 68 f., 88 f., 112 f., 123 ff., 139 f., 147 f., 151, 183, 232 ff.
Allgemeine Erklärung der Menschenrechte *47,* 58, 226
Allgemeines Völkerrecht, general international law 177, 246
Alston, Philip 49 f., 54 f., 246 ff.
Anerkennungstheorie 44, 115, 130 f., *147 f.*
animal rationale *89 f.,* 199 Fn.
anthropologische Argumente 212, *252 ff.*
Anzilotti, Dionisio 51, 162, 186 Fn., 189 Fn.
Apel, Karl-Otto 106
archimedischer Punkt 103 f., 110
Aristoteles 89 Fn., 208, 253, 259, *264 f.*
asian values debate 219 f.
attributive Begriffsverwendung *85 f.,* 196
Augustinus 97
Austeda, Franz 137, 140 Fn.
Austin, John 18 Fn., 22, 25 f., 164 ff.
Austinian challenge 165 ff.
autonome Determinante 117 f., 145 f., 177
Autonomie 92 f., 98, 100, 163 ff., 174, 202 f., 207, 210, 272
Axiom 103, 123, *136 ff.,* 149, 153, 269

Beetham, David 74, *80 ff.*
Begründungsprädikat *194 ff.,* 232 f., 272
bellum iustum 166
Benhabib, Seyla 242
Bentham, Jeremy 22, 25, 35 f., 83 f., 201
Bernstorff, Jochen 157, 160 ff., 174 ff.
Brierly, James Leslie 169

Capabilities Approach 260 ff.
Cohen, Joshua 237
Collins, Richard 159, 163, 167
common consent 45 Fn., 162, 174, 189 f., 271, *siehe auch* Staatenkonsens *sowie* Gemeinwille
consuetudo, Staatenpraxis 48, 55 ff., 247 ff.

Dezisionismus 110 Fn., 139, 149, 207 ff., 273
dichte und dünne Moral 235 ff., 263 ff., 273
Diggelmann, Oliver 167, 185
Dingler, Hugo 108 f.
Diskursethik 80, 105 f., 212 ff., 239
Dreier, Horst 20 ff., 116, 128, 133 ff., 153, 171 ff.
Dualismus (Völkerrecht) 175, *185 ff.*
Durchsetzbarkeit 38, 40 f., 165 ff.
Dworkin, Ronald 23 Fn., 54
dynamisches Normensystem 116 f., 143 ff., 267

empirisch-deskriptive Legitimität *74 ff.,* 80 f., 119 ff., 131, 148 f., 275
erga omnes 50, 247
Erzeugungszusammenhang (Ableitungs-, Delegationszusammenhang) 115 ff., 144, 184, 271

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ethik 32, 51, 69 f., 86, 94, 96 f., 104 f., 108, 110 Fn., 140, 168 ff., *192 ff.,* 201 Fn., 203, 207 f., *211 ff.,* 217 ff., 256 ff., 264 f., 273
ethnozentrischer Fehlschluss 255, 265

Fastenrath, Ulrich 44 Fn., 156 Fn., 178
Feinberg, Joel 31 f., 35 f., 71, 224 f.
Fiktion 99, 123, *133 ff.,* 140, 149, 188 Fn., 259
Fitzmaurice, Gerald G. 40, 54 ff., 153 f.
Forst, Rainer 41 Fn., 78 f., 84, 89, 91 ff., 165 Fn., 193 Fn., 198 Fn., 211 ff.
fragmentation approach 39
Franck, Thomas 122 Fn.
Fricker, Karl Viktor *160,* 174
Functionings, *siehe* Capabilities Approach
Fundamentalität 27, 31 Fn., 54, 215 f., 233 f., 255

Gehorsamsthese 21 ff.
Geltungsgrund 29 f., 43, *79,* 102, 111 ff., 119, *122 ff.,* 138 ff., 155, 162, 174, 184 ff., 199 ff., 205, 222, 229, 256, 269 ff.
Geltungstheorie *68 ff.,* 84, 100 f.
Gemeinwille (der Staaten) *161 f.,* 174, 189, 271 f.
Gerechtigkeit 18 ff., 25 f., 50, 77, 79 Fn., 92, 107, 127, 143, 158, 182, 212, 234, 258, 260 ff., 267, 272
Gerichtsurteile 24, 44 f., *55 f.,* 116, 154, 176, 179, *181 ff.,* 250
Gesetztheit 18, 43, 71, 77, 87, 114, 117, 120, 122 f. Fn., 128, 144 Fn., 152, 158, 164, 187, 268
Gewissen 22, 146 f., *199,* 206 f., 267
Gosepath, Stefan 31, 252
Griffin, James 216, 223 ff.
Grundfähigkeiten 260 ff.
Grundrechte 37 f., 92, 99
Gültigkeit *66 f.,* 70 f., 83, 104, 143, 153, 191, 212, 217 f., 221, 268

Habermas, Jürgen 36, 70, *79 f.,* 90 Fn., 98 f., 105 ff., 121, 143 ff., 212, 214, 239
Hall, Stephen 157 f.
Hart, H. L. A. 18 ff., 22 ff., 36 Fn., 41 Fn., 44 Fn., 68 Fn., 70 Fn., 109 f., 123 f., *129 ff.,* 147 ff., 165, 181 f. Fn., 190 f., 226 Fn., 250
Henkin, Louis 249
Herrschaft 72 ff., 81, 88, 92, 98, *119 ff.,* 157
Hoerster, Norbert 20 ff. Fn., 25, 34, 68, 89 Fn.
Höffe, Otfried 109 Fn., *255 ff.,* 265 f.
Hofmann, Hasso 78
Hohfeld-Schema 34 f., 222 f.
Hume'sches Gesetz 128, 147, 200 Fn., 209, 255, 269

Identitätsthese 171 ff.
Ignatieff, Michael 32 Fn., 237
Imperativentheorie 41, *164 f.*
innere Sanktion 199 f., 206, 228, 273
Interessentheorie *35,* 108 Fn., 230 Fn., 234 Fn.
Internationaler Gerichtshof 179, 41 ff., 51, 53 ff., 154, 176, 245 f.
internationales Gewohnheitsrecht, *siehe* Völkergewohnheitsrecht
interner Realismus 263
Interpretation des Rechts, Auslegung 21, 23, 55 f., 58, 117
ius cogens *50 ff.,* 248 f.

Jellinek, Georg 115, *160 ff.,* 171

Kant, Immanuel 88 ff. Fn., 95 Fn., 97, 113 f., 127, 197, 203 ff., 208, 220, 228 Fn., 253, 257
Kantorowicz, Hermann *64 ff.,* 141
Kategorischer Imperativ 203 Fn., 204, 211 Fn.
Kelsen, Hans 18 Fn., 23 f., 43 Fn., 68 Fn., 70, 83, 89 Fn., 94 f., *114 ff., 123–153,*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

165 ff., *169–184,* 187 ff., 199 Fn., 218 f., 221, 226 ff., 247, 250, 269 f.
Klarheitsargument 24 ff.
Kognitivismusstreit 109 f.
Koller, Peter 29, 199 Fn., 209 Fn., 223
Konsenstheorie 44 f., *105 f.,* 110
Korrelativitätsthese 222 ff.
Kosmopolitismus 183 f., *242*
kulturelle Differenz 217 ff., *234 ff.,* 253 ff., 264, 273 f.
Kunz, Joseph L. 170, 187

lack of moral sense 206 ff.
Larenz, Karl 141 f. Fn, *149 ff.*
Laun, Rudolf 146 f.
Lauterpacht, Hersch 169, 190
Legalität 76 f., 81, 101, *119 ff.,* 143
Legitimation 72
Legitimität nach aussen *83 f.,* 101 f., 113, 138, 268
Legitimität nach innen *83 f.,* 101 f., 268
Legitimitätsglaube, -überzeugung *75 ff.,* 119 ff.
Legitimitätskriterien 74, 77 ff., 84 f., 129, 156 Fn.
Letztbegründung *106 f.,* 209, 269
Lipset, Seymour Martin 76
Lohmann, Georg 30, 221
Luhmann, Niklas 18 Fn., 76 f., 80, 120 f.

Mackie, John L. 110 Fn., 196 Fn., 221, 224
Menschenbild 89 f., 254 ff., 259, 266
Merkl, Adolf 115
metaethischer Relativismus 217 f.
Meyer, Stephan 41 Fn., 65 f., 115, 123 Fn., 135 f., 138 Fn.
Minimaltheorien 237 ff,
Monismus (Völkerrecht) *185 ff.,* 271
Morgenthau, Hans 168
Motive, Motivation 79 f., 93 ff., 122, *198 ff.,* 206 ff., 242, 272
Münchhausen-Trilemma *104 ff.,* 123, 204, 269

naturalistischer Fehlschluss, *siehe* Hume'sches Gesetz
Naturrecht 18 ff., 51, 73, 97 f., 117, 132, 141, 158, 168 f., 253
nichtpositivistische Verbindungsthese 18 ff.
Nippold, Otfried 165
Nominaldefinition, echte Definition 65
Normativitätssurrogat 135, 192
Nussbaum, Martha 260 ff.

O'Neill, Onora 225 f.
Open Texture of Law 23, 250 Fn.
opinio iuris, Rechtsüberzeugung 48, 57, 178 f., 247
Oppenheim, Lassa Francis Lawrence 40, 162, 166 Fn., 174, 189 f., 271
Ott, Walter 18 f. Fn., 21, 24, 43 Fn., 64 ff., 136 f., 140 f., 148, 153

pacta sunt servanda 53, 106, 176 f., 188 f., 191
Partikularismus 177, *221,* 235 ff., 273
partikularistische Wende 240 f.
Pflichten, normtheoretisches Pflichtenprimat *222 ff.,* 233
Plausibilität 84, 102, 202, *205 ff.,* 214, 272 f.
positivistische Trennungsthese *18 ff.,* 28 f., 143, 243, 267
Positivität 18 f. Fn., 30, 43 Fn., 114, 117, 133, *siehe auch* Gesetztheit
Prädikat (bei Tugendhat), *siehe* Begründungsprädikat
Primary Rules, Secondary Rules 130, 181 f. Fn., 190
Prinzipien 19, *53 f.,* 77 f., 95 ff.
prozedurale Theorien 99, 159, 239

Radbruch'sche Formel 19 ff.
Räume von Gründen 91

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rawls, John 99, 110 f., 196 Fn., 199 Fn., 201 Fn.
Raz, Joseph 31 Fn., 90, 94, 230 f.
Realdefinition, unechte Definition 64 f.
Rechtfertigungsimperativ 92
Rechtfertigungsnarrativ 95 ff.
Rechtsbegriff 18 ff., 24 f., 85, 85, *112 ff.,* 142 ff., 164, 167, 192, 267
Rechtsdynamik, *siehe* dynamisches Normensystem
Rechtserkenntnisquellen 42, *55 ff.,* 176, 250
Rechtserzeugung 23 f., 43 f., 116 f., 129, 176 ff., 181, 183, 188 f.
Rechtspositivismus *18 ff.,* 50 f., *113 ff.,* 122 ff., 143 ff., 153 ff., 243 ff.
Rechtsquellen *39 ff.,* 154, 157 ff., 175 ff., 184 f., 271 f.
reconciliation approach 39
Reflexrecht 226 ff.
Relativismus 133, 142, 152 f., 156 Fn., 192, 196, 200 Fn., 202 ff., 211, 217 ff., 221, 256, *siehe auch* metaethischer Relativismus
Repressalien 166
Rule of Recognition 123, 124 Fn., *129 ff.,* 147 ff., 155, 181 f. Fn., 190 f.

Sanktionen 30, 41 Fn., 75 f., 115, 164 ff., 199 f., 228, *siehe auch* innere Sanktion
Schachter, Oscar 155
Schmitt, Carl 73 Fn.
sekundäres Naturrecht 168
Sekundärrecht 43, 49, 57 ff.
Selbstverpflichtungslehre 159 f., 173 ff.
Selbstverständnis (bei Tugendhat) 198, 200 f., 203 Fn., 206, 212, 234
Sen, Amartya 260 f.
Shue, Henry 240 ff.
Simma, Bruno 45 f., 50 f., 54 f., 158, 249 f.
Soft Law 57 f., *60 ff.*
Souveränität, Souverän 73, 81, 98, 158 f., 165, 173 ff., 180 f., 188, 220, 246
spezifisch-juristische Normativität 115, *149 ff.,* 170
Staatenkonsens 41 ff., 45, 59, 162, 249
statisches Normensystem *116 f.,* 144 f., 267
Stufenbau des Rechts 115 ff., 142, 175 ff.
subjektives Recht *33 ff.,* 224, 226 ff., 233
Subsumtionsthese 22 ff.

Tasioulas, John 218 f., 233
Tauschgerechtigkeit 256 ff.
Teilnehmer- und Beobachterperspektive 148
Thirlway, Hugh 248
Tradition 76, 97, 119 f., 196, 203, 235
transzendentale Interessen 256 ff.
transzendental-logische Voraussetzung 127, 139, 256 ff.
Triepel, Heinrich *161 f.,* 186 Fn., 189, 271
Tugendethik 213, 264
Tugendhat, Ernst 35, *193 ff.,* 221, 231 ff., 272

Universalisierbarkeit 204, 244
Universalität *215 ff.,* 234 ff., 243 ff., 253, 258, 273
UN-Vertragsorgane 48, *58 ff.*
Utilitarismus 25, 71, *83 f.,* 104, *201*

Vaihinger, Hans 134 f.
Validity 66 ff.
Verdross, Alfred 45, 50, 128, 135 Fn., 145 Fn., 187, 189
Vereinbarungslehre 161 ff.
Verfassung 45, 51, 57 Fn., 73, 99, 116 f., 124 ff., 135, 140 ff., 146, 184 ff., 249
Verwirklichungschancen, *siehe* Capabilities Approach
Völkergewohnheitsrecht 42, *47 ff.,* 55, 57, 176 f., *178 ff.,* 188 f., 246 ff.
Völkerrechtspositivismus 157 ff., 169 ff., 243 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Völkervertragsrecht 46 f., 176 ff., 180 f.
Voluntarismus, Staatsvoluntarismus 38, *159 ff.,* 174 f.

Walzer, Michael 235 ff.
Weber, Max 18 Fn., 70, *75 ff.,* 109, *119 ff.*
Weil, Prosper 54, 245 Fn.
Wertrelativismus, *siehe* Relativismus
Widerstandsrecht, *siehe* Gehorsamsthese
Wiener Schule 168, 187
Willenstheorie 35, 228
Wirksamkeit, soziale Geltung 18 f., 28, 70, 101, 122 f. Fn., 125 f., 128, 165, 186 f.
Wolf, Ursula 194 Fn., 199 Fn., 214
Würtenberger, Thomas, jun. *72 ff.*

Zurechnung 115, 150, 165 Fn., 270
Zwang, Zwangsordnung 75 Fn., *114 f.,* 125 f., 149, 166, 187, 255 f.
Zweckmässigkeit 64 ff., 137, 140 ff., 172, 192, 267 ff.
Zwei-Seiten-Theorie des Staates 171 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58660-8 | Generated on 2024-05-04 01:07:51
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-NC-ND 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/