

Schriften zur Rechtstheorie

Band 304

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

Von

Moritz Blöchlinger



Duncker & Humblot · Berlin

MORITZ BLÖCHLINGER

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

Schriften zur Rechtstheorie

Band 304

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

Von

Moritz Blöchlinger



Duncker & Humblot · Berlin

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>) veröffentlicht 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>

Vorwort

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Klaus Mathis, dessen Schriften mir in Form und Inhalt immer ein Vorbild waren. In der angelegten 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

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 juristische 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

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

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 <i>legitimer</i> 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

E. Fazit	191
§ 7 Legitimität von Moral	192
A. Legitime Moralgeltung durch Begründung	192
B. Die Begründungsfragen der Moral (Systematisierung nach Ernst Tugend- hat)	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 juristische 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 juristische Rechte	243
I. Juridische Legitimität erfordert keine Universalität	243

II. Die Herausforderung, dennoch universelle juristische 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

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)
IACCommHR	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

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

§ 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, Konsensatheorien oder bestimmte Gerechtigkeitsvorstellungen. Vielmehr wird grundsätzlich 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.

- 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 juristische 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 juristische 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

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 dargestellt. 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.