

Artikel erschienen in:

MenschenRechtsZentrum

MenschenRechtsMagazin ; 26 (2021) 1

2021 – 92 S.

ISSN 1434-2820

DOI <https://doi.org/10.25932/publishup-49672>



Empfohlene Zitation:

Theodor Schilling: Werte als gemeinsame Grundlage moralischer und juridischer Menschenrechte, In: MenschenRechtsMagazin 26 (2021) 1, Potsdam, Universitätsverlag Potsdam, 2021, S. 5–17.

DOI <https://doi.org/10.25932/publishup-50433>

Dieses Objekt ist durch das Urheberrecht und/oder verwandte Schutzrechte geschützt. Sie sind berechtigt, das Objekt in jeder Form zu nutzen, die das Urheberrechtsgesetz und/oder einschlägige verwandte Schutzrechte gestatten. Für weitere Nutzungsarten benötigen Sie die Zustimmung der/des Rechteinhaber/s:

<https://rightsstatements.org/page/InC/1.0/>

Werte als gemeinsame Grundlage moralischer und juridischer Menschenrechte

Theodor Schilling

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Menschrechtlich relevante Werte
- III. Die Wert-Entscheidung
- IV. Moralgebote und juridische MR-Normen
- V. Das Verhältnis von Werten zu Normen
- VI. Schluss

I. Einleitung

Juridische und moralische Menschenrechte – der Begriff bezeichnet sowohl Rechte wie Normen¹ (MR-Normen) – werden generell als weitgehend inhaltsgleich verstanden. Wenn Normen zweier Kategorien weitgehend inhaltsgleich sind, lässt das zwei Erklärungen zu: Entweder bilden die einen die anderen nach, oder beide haben (weitgehend) dieselbe Quelle. Die erstere Erklärung kann für den Konnex zwischen moralischen und juridischen Menschenrechten nicht überzeugen. Weder lassen sich juridische Menschenrechte als Anerkennung moralischer Menschenrechte verstehen² noch besteht sonst eine notwendige Verbindung zwischen moralischen und juridischen

Menschenrechten,³ noch besteht eine umfassende moralische Pflicht des Gesetzgebers zum Erlass juridischer Menschenrechte.⁴ Hier ist der letzteren Erklärung und damit der Frage nachzugehen, ob sich die weitgehende Inhaltsgleichheit von moralischen und juridischen Menschenrechten dadurch erklären lässt, dass sich beide auf (weitgehend) dieselbe Quelle zurückführen lassen. Als diese Quelle kommen Werte in Betracht,⁵ auf die sowohl Moralnormen wie juridische MR-Normen zurückgeführt werden können.

In der Erörterung wird zunächst gefragt, welche Werte für Menschenrechte relevant sind und wie die Entscheidung von Akteuren für bestimmte Werte verläuft. Anschließend werden Moralnormen und -normbehauptungen (Moralgebote) und juridische MR-Normen einander gegenübergestellt und das Verhältnis von Werten zu Normen untersucht. Dabei wird zwischen verschiedenen Arten der Geltung von Werten unterschieden, denen häufig jeweils mehrere weitgehend inhaltsgleiche oder doch ähnliche Normen zugeordnet werden können. Das gilt insbesondere auch für Moralgebote und juridische MR-Normen, ohne dass es dafür der Annahme einer direkten Beziehung zwischen beiden bedürfte.

1 Vgl. z.B. *Samantha Besson*, Human Rights and Constitutional Law, in: Rowan Cruft/Matthew Liao/Massimo Renzo (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, 2015, S. 279–299 (279): “When they are approached as legal norms, human rights ...”; *James Nickel*, Human Rights, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2017 Edition), abrufbar unter plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/rights-human (zuletzt besucht am 24. Februar 2021): “Human rights are norms ...” (Einleitung, erste Wörter). “Human rights are rights.” (Abs. 1 (1), erste Wörter).

2 Dazu vgl. *Theodor Schilling*, The Recognition of Human Rights – a Threefold Myth, in: *Human Rights Law Review* 20 (2020), S. 210–235.

3 Dazu vgl. *Theodor Schilling*, Moralische und juridische Menschenrechte, in: *Der Staat* 59 (2020), S. 75–99.

4 Vgl. dazu ausführlich *Theodor Schilling*, Über die moralische Pflicht zum Erlass juridischer Menschenrechtsbestimmungen, in: *ancilla iuris* (anci.ch) (2020), S. 81–110.

5 *Samantha Besson*, Human Rights: Ethical, Political ... or Legal? First Steps in a Legal Theory of Human Rights, in: Donald Earl Childress, III (Hrsg.), *The Role of Ethics in International Law*, 2011, S. 211–245 (231): “human rights are of value and can be justified on the basis of values”.

II. Menschenrechtlich relevante Werte

Die Philosophie kennt eine unbegrenzte Anzahl von Werten.⁶ Dabei sollen „Werte als philosophische Begründungskategorie“⁷ als Surrogat für den Naturbegriff des Naturrechts und den Begriff des bonum den Bereich u. a. des Normativen aussagefähig machen.⁸ Da „der Gegensatz von Sein und Sollen [...] identisch mit dem Gegensatz von Wirklichkeit und Wert“ ist,⁹ sind Werte als normative Kategorie vom Sein und Wesen des Menschen völlig abgelöst. Die Form ihres Bestehens ist der Modus der Geltung.¹⁰

Werte können als subjektiv oder objektiv betrachtet werden. Der Unterschied zwischen beiden Kategorien ist kein inhaltlicher; vielmehr sind objektive Werte anders gedacht als subjektive. Das objektive Wertdenken¹¹ „vergegenständlich[t] [...] Werte zu ansichseienden Entitäten; [es] dürfte [...] kaum noch zu verteidigen sein“¹² und kann hier außer Betracht bleiben. „Für das subjektive Wertdenken [...] sind [Werte] Ausdruck von Wertungen

und Bewertungen des Subjekts“;¹³ sie sind „abstrakte Vorstellungen des Wünschenswerten“,¹⁴ die auf Wert-Entscheidungen des Akteurs beruhen.¹⁵ So gesehen, erklärt sich die Geltung eines Werts daraus, dass sein „Verpflichtungscharakter in [ihn] selbst hineinverlegt wird“;¹⁶ „die Motivation, das Handeln an [Werten] auszurichten, entspringt der inspirierenden Kraft der Werthaftigkeit selbst“.¹⁷ Damit lässt sich der an den Akteur selbst gerichtete Aufforderungscharakter von Werten vollitiv aus dessen Wert-Entscheidungen erklären;¹⁸ er hat den Wert verinnerlicht.¹⁹ Wie der Wert selbst ist auch seine Geltung subjektiv.

Werte können auch aus einer philosophischen Beobachterperspektive betrachtet werden, aus der ihre Geltung irrelevant ist. Das erlaubt die Erörterung von Werten, die ein Akteur verteidigt, ohne sie verinnerlicht zu haben,²⁰ von nur hypothetischen Werten, von denen (nur) angenommen werden kann, dass irgendjemand sie für erstrebenswert hält,²¹ sowie auch von ‚abgestorbe-

6 Vgl. z.B. Regina Polak und Judith Klaiber, *Auf Spurensuche: Religion im Kontext von Wertebildung*, in: Roland Verwiebe (Hrsg.), *Werte und Wertebildung aus interdisziplinärer Perspektive*, 2019, S. 137–165 (139f.).

7 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts*, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 67–91 (68).

8 *Ibidem*, S. 69.

9 Hans Kelsen, *Die Rechtswissenschaft als Normoder als Kulturwissenschaft* (1916), in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, 2010, S. 31–76 (32).

10 Böckenförde (Fn.7), S. 70f.

11 Dazu vgl. *ibidem*, S. 73f.

12 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl. 1994, S. 312f. Vgl. auch Christoph Bambauer, *Werte aus philosophischer Perspektive*, in: Verwiebe (Fn. 6), S. 30. Für Hans Kelsen, *Die Grundlagen der Naturrechtslehre* (1963), in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Fn. 9), S. 711–745 (713), hat „[d]er Dualismus von Norm und Aussage [...] zur unausweichlichen Konsequenz: daß es nur subjektive, keine objektiven Werte gibt, d.h. keine Werte, deren Geltung so objektiv ist wie die Wahrheit der Aussagen über die Wirklichkeit“. Vgl. auch Text bei Fn. 58.

13 Böckenförde (Fn. 7), S. 72.

14 Tilo Beckers, *Werte*, in: Johannes Kopp/Anja Steinbach (Hrsg.), *Grundbegriffe der Soziologie*, 12. Aufl. 2018, S. 506–511 (506). Mit anderen Worten: Unter soziologischen Werten „kann man die bewussten oder unbewussten Vorstellungen der Mitglieder einer Gesellschaft verstehen, was man erstreben und wie man handeln soll“: Heinz Abels, *Einführung in die Soziologie*, Band 2: *Die Individuen in ihrer Gesellschaft*, 4. Aufl. 2009, S. 15.

15 Böckenförde (Fn. 7), S. 75.

16 *Ibidem*.

17 Helmut Thome, *Werte und Wertebildung aus soziologischer Sicht*, in: Verwiebe (Fn. 6), S. 47–77 (57).

18 Böckenförde (Fn. 7), S. 75.

19 Habermas (Fn. 12), S. 91.

20 Dafür stehen paradigmatisch die Redewendungen „Wasser predigen und Wein trinken“ oder „you should do as we say not as we do“.

21 Das mag man von den neuen Werten annehmen, von denen Wolfgang Welsch, *L’art contre l’esthétisation: pour une autre façon d’aborder les valeurs*, in: Jérôme Bindé (Hrsg.), *Où vont les valeurs?*, 2004, S. 111–117 (117), spricht.

nen' Werten,²² etwa dem Menschenopfer.²³ Ein solcher Wert ‚gilt‘ nicht, ‚besteht‘ aber als Idee. Werte als Ideen können als irreversibel betrachtet werden:²⁴ „Was einmal gedacht wurde, kann nicht mehr zurückgenommen werden.“²⁵

Ein rein subjektiver Wert ist zunächst Privatsache. Sozial wirkmächtig wird ein Wert nur, wenn er in gewisser Weise objektiviert wird. Bleibt das objektive Wertdenken außer Betracht, kommen hierfür zwei Ansätze in Frage. Zum einen können die subjektiven Wertungen und Bewertungen eines Akteurs objektiv ‚berichtigt‘ werden. Exemplarisch für diesen Ansatz sind die Überlegungen von *James Griffin* zur Metaphysik der Menschenrechte.²⁶ Hier wird zwischen unseren aktuellen (subjektiven) Vorlieben und dem unterschieden, was für uns rational (objektiv) wertvoll ist,²⁷ wobei ‚rational‘ in dem starken Sinne von ‚angemessen‘ verstanden wird.²⁸ Problematisch ist hier, dass der Philosoph paternalistisch entscheidet, was in diesem Sinne angemessen ist. Er nimmt damit eine Rolle ein, die auch Gott zugeschrieben wird: „Gut ist Gott, der oftmals nicht gibt, was wir wollen, auf daß er uns gebe, was wir lieber wollen sollten.“²⁹ Zum anderen können die subjektiven Wertun-

gen und Bewertungen mehrerer oder auch vieler Akteure übereinstimmen. Anstelle einer philosophisch und materiell begründeten Objektivität tritt hier eine soziologisch und formell begründete Intersubjektivität. Eine Antwort auf die hier erörterte Frage, ob sich die weitgehende Inhaltsgleichheit von – jeweils von menschlichen Akteuren konzipierten – moralischen und juridischen Menschenrechten daraus erklären lässt, dass diese Akteure auf der Grundlage geteilter Wertvorstellungen handeln, verspricht nur der zweite Ansatz, der diese Vorstellungen auf subjektive Wert-Entscheidungen der einzelnen Akteure zurückführt.

Zu erörtern sind hier nur Werte und Kategorien, die für die Menschenrechte relevant sind.³⁰ Der Begriff ‚Werte‘ wird im Zusammenhang mit Grund- und Menschenrechten häufig verwendet. So sprechen etwa die Präambel der Charta der Grundrechte der Europäischen Union³¹ von „gemeinsamen Werten“ und der Internationale Gerichtshof im Zusammenhang mit dem Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes³² von „shared values“.³³ Umgekehrt werden Menschenrechte häufig in Wertediskussionen thematisiert.³⁴ Da

22 Vgl. Böckenförde (Fn. 7), S. 76: „ein Gelten, das sich nicht stets von neuem aktualisiert, [...] wird unwirklich und stirbt ab.“

23 Angesprochen etwa von *Jürgen Habermas*, Werte und Normen, in: ders., Wahrheit und Rechtfertigung, 2004, S. 271–298 (290).

24 Vgl. das Beispiel bei Fn. 70. – Mehr behauptet wohl auch *Raymond Boudon*, La rationalité axiologique, in: ders., Le sens des valeurs, 2. Aufl. 2007, S. 137–205 (193f.), nicht.

25 *Friedrich Dürrenmatt*, Die Physiker, 1998, S. 85. Sie sind also „ewige“ Werte im Sinne von *Joseph Raz*, The Practice of Value, in: The Tanner Lectures on Human Value 23 (2002), S. 113–150 (118f., 130).

26 *James Griffin*, On Human Rights, 2008, S. 111–128.

27 Ibidem, S. 111.

28 Ibidem, S. 112f.

29 Deutsche Bischofskonferenz, Katholischer Erwachsenenkatechismus, 1985, Bd. 1, S. 105. Im Zusammenhang des zugrunde liegenden Textes von Augustinus, Sancti Aurelii Augustini Ope-

ra Omnia, Epistolæ, Classis II, Ep. XXXI–CXXIII, 1840, Epistola XXXI, S. 3 – „Bonus Dominus, qui non tribuit saepe quod volumus, ut quod malleus attribuat.“ – ist allerdings die Übersetzung „[...] um uns zu geben, was wir vorziehen würden“, abrufbar etwa unter <https://bkv.unifr.ch/works/192/versions/213/divisions/111025> (zuletzt besucht am 24. Februar 2021), überzeugender.

30 Vgl. dazu den Begriff der „fidelity“ bei *John Tasioulas*, On the nature of human rights, in: Gerhard Ernst/Jan-Christoph Heilinger (Hrsg.), The Philosophy of Human Rights, 2011, S. 17–59 (18).

31 Vom 12. Dezember 2007, ABl. EU C 326/2012, S. 391.

32 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide vom 9. Dezember 1948, UNTS Bd. 78, S. 277, BGBl. 1954 II, S. 729.

33 ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Beschluss vom 23. Januar 2020, §41.

34 Vgl. z.B. *Griffin* (Fn. 26), S. 124–128; *Bambauer* (Fn. 12), S. 25–46 (42f.); *Jean-Joseph Goux*, Vers une frivolité des valeurs ?, in: *Bindé* (Fn.), S. 99–107 (100). *Hans-Georg Soeffner*, Werte im Spannungs-

Menschenrechte, wie auch immer definiert, dem Wohl des Menschen dienen sollen und es bei ihnen paradigmatisch um Gerechtigkeit geht, nicht um Wahrheit,³⁵ sind für sie relevant nur instrumentale (extrinsische) Werte³⁶ – Dinge, denen ein Wert von außen zugeschrieben wird –³⁷ und von diesen nur die praktischen Werte – Werte, die als handlungsleitende Ideen fungieren.³⁸ Aus soziologischer Sicht entstehen solche Werte als „kulturelle Antworten auf bestimmte biologische, psychologische, soziale und ökonomische Bedürfnisse und Ressourcenausstattungen“.³⁹

III. Die Wert-Entscheidung

Handlungsleitende Werte werden von unterschiedlichen Akteuren in „unterschiedlichem Maße erstrebt bzw. geschätzt“.⁴⁰ In der Wahl ihrer Werte sind die Akteure einerseits grundsätzlich frei oder können diese Werte doch „als selbst frei gewählt betrachten“.⁴¹ So können sich Akteure für die unterschiedlichsten, auch gegensätzlichen Werte

entscheiden.⁴² Andererseits wählen Akteure einen bestimmten Wert regelmäßig – kulturell bedingt – nicht willkürlich, sondern aus zweck- oder wertrational⁴³ motivierten, damit auf als stark betrachteten Gründen beruhenden⁴⁴ und deshalb bindenden, gleichwohl subjektiven Überzeugungen⁴⁵ von dem, was wahr, gerecht oder gut ist. Solche Überzeugungen sind mehr oder minder fest. Sie sind regelmäßig auf Äußerungen (und bestenfalls auf das Wissen) meist institutioneller Quellen – etwa der Medien, der Schule, einer Kirche – gestützt, denen der Akteur vertraut und die damit für ihn Autorität haben.⁴⁶ Sie sind semi-propositional nicht nur, weil ein letzter Wahrheitsbeweis grundsätzlich nicht möglich

feld zwischen Freiheit und Gesellschaftsvertrag, in: Randolf Rodenstock/Nese Sevsay-Tegethoff (Hrsg.), Werte – und was sie uns wert sind. Eine interdisziplinäre Anthologie, 2018, S. 75–94 (80), spricht von dem „mit den ‚Allgemeinen Menschenrechten‘ verbundenen Wertekanon“.

- 35 Zu einem speziellen und situationsgebundenen Recht auf Wahrheit vgl. aber EGMR, *Al Nashiri ./. Polen* (28761/11), Urteil vom 24. Juli 2014, § 495; EGMR, *El-Masri ./. Former Yugoslav Republic of Macedonia* (39630/09), Urteil vom 13. Dezember 2012, § 191.
- 36 Zur Unterscheidung zwischen intrinsischen und extrinsischen Werten vgl. Michael J. Zimmerman/Ben Bradley, *Intrinsic vs. Extrinsic Value*, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2019 Edition), abrufbar unter plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/value-intrinsic-extrinsic (zuletzt besucht am 24. Februar 2021); auch Raz (Fn. 25), S. 113.
- 37 Bambauer (Fn. 12), S. 31.
- 38 Zur Differenzierung zwischen theoretischen und praktischen Werten vgl. Bambauer (Fn. 12), S. 30.
- 39 Beckers (Fn. 14), S. 509.
- 40 Volker Pfeifer, *Didaktik des Ethikunterrichts*, 3. Aufl. 2013, S. 35.
- 41 Beckers (Fn. 14), S. 506. Vgl. auch Raz (Fn. 25), S. 146: „Values guide action [...]; but there are many of them, and one’s taste may favour some rather than

others“; Max Weber, *Politik als Beruf* (1919), 1992, S. 65: „Weltanschauungen [...], zwischen denen schließlich gewählt werden muss“ (Hervorhebung im Original). Habermas (Fn. 12), S. 313, verweist in diesem Zusammenhang auf Harry G. Frankfurt, *Freedom of the Will and the Concept of the Person*, in: ders., *The Importance of What We Care About*, 1988, S. 11–25.

- 42 Max Weber, *Wissenschaft als Beruf* (1919), in: ders., *Schriften zur Wissenschaftslehre*, hrsg. von Michael Sukale, 1991, S. 237–273, 262, spricht von einem „Polytheismus der Wertordnungen“. Ders., *Der Sinn der „Wertfreiheit“ in den Sozialwissenschaften*, in: ders., *Soziologie. Universalgeschichtliche Analysen*, 1973, S. 263–310 (271 ff.), spricht vom „Polytheismus der Werte“, Victor Massuh, *L’âme des valeurs*, in: Bindé (Fn. 21), S. 125–129 (128), von der « fragmentation de chaque valeur ». Eine Übersicht über Ansichten zu „deep disagreements“ gibt Manuel Knoll, *Deep Disagreements. On Values, Justice, and Moral Issues: Towards an Ethics of Disagreement*, in: *TRAMES. A Journal of the Humanities and Social Sciences* 24 (2020), S. 315–338 (319–325).
- 43 Boudon (Fn. 24), S. 161 ff.; Raymond Boudon/Emmanuelle Betton, *Explaining the Feelings of Justice*, in: *Ethical Theory and Moral Practice* 2 (1999), S. 365–398 (372).
- 44 Vgl. z.B. Raymond Boudon, *Le trilemme de Münchhausen et l’explication des normes et des valeurs*, in: ders. (Fn. 24), S. 19–79 (64 ff.); ders. (Fn. 24), S. 139, 144 und 167; ders./Betton (Fn. 43), S. 369 und 391.
- 45 Habermas (Fn. 12), S. 43; ebenso Böckenförde (Fn. 7), S. 73.
- 46 Fabrice Clément, *De la nature des croyances collectives*, in: *L’Année sociologique* 60 (2010), S. 63–91 (75 f.).

ist,⁴⁷ sondern auch und insbesondere deswegen, weil der idealtypische Einzelne die Gründe, die für sie sprechen – das schließt die Frage der Verlässlichkeit seiner Quellen ein –, nur teilweise versteht,⁴⁸ es also relevantes propositionales ‚Wissen, dass‘ für ihn nicht gibt. Dem entspricht es, dass mit Werten, die auf solchen Überzeugungen beruhen, vielleicht die Hoffnung auf deren Beachtung durch Andere, zunächst aber „keine Sollens-Erwartungen“ verbunden sind.⁴⁹ Es liegen eben nur individuelle Vorstellungen des Guten und Richtigen vor; die entsprechenden Werte sind rein subjektiv.

Allerdings mögen die Akteure von den Gründen, die sie als stark betrachten, annehmen, dass sie auch den generalisierten Anderen überzeugen,⁵⁰ und ihnen damit objektiven Wert beimessen.⁵¹ Ob diese ihre Annahme zutrifft, ist zunächst offen. Sie mag für eine Gemeinschaft, aber auch nur für ein Kollektiv zutreffen, das Teil der Gemeinschaft ist. Soweit sie zutrifft, lässt sich von „kollektiven Vorstellungen des Guten und Richtigen“ sprechen,⁵² die für jedes idealtypische Mitglied des Kollektivs Sinn ergeben.⁵³ Sie sind kollektiv in dem Sinne, dass sie diesen Mitgliedern gemein sind, dass die Werte also intersubjek-

tiv akzeptiert sind und in diesem Sinne objektive Geltung haben.⁵⁴ Solche „Werte [...] stellen ideale Orientierungsmuster dar“;⁵⁵ mit ihnen ist eine Sollens-Erwartung verbunden. Namentlich Werte, die für die Lebensform einer Gemeinschaft konstitutiv sind, finden dort „[n]atürlich [...] intersubjektive Anerkennung“.⁵⁶ Sie haben sich „praktisch bewährt“;⁵⁷ für sie lassen sich „mit Bezugnahme auf [...] [diese] Lebensform gute Gründe finden“.⁵⁸ Diese Vorstellung erlaubt es, „einen vorgängig eingespielten Wertekonsens und die Orientierung der Beteiligten an intersubjektiv anerkannten Werten [zu] postulieren[en]“⁵⁹ und damit die Existenz einer sozialen Ordnung zu erklären, die auf stabilen Verhaltensmustern beruht. Sie erlaubt auch die Annahme von Rechten: Ein intersubjektiv anerkannter, in diesem Sinne objektiver Wert von entsprechend großer moralischer Bedeutung – etwa ‚Freiheit von Folter‘ – kann einem Akteur ein entsprechendes Recht geben und den generalisier-

47 Zum Münchhausen-Trilemma vgl. Hans Albert, Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. 1991, und etwa Boudon (Fn. 44), S. 19–22; auch Böckenförde (Fn. 7), S. 73.

48 Clément (Fn. 46), S. 80.

49 Thome (Fn. 17), S. 57.

50 Boudon/Betton (Fn. 43), S. 371 f., mit Verweis auf George Herbert Mead, Mind, Self and Society. From the Standpoint of a Social Behaviorist, 1934.

51 Raymond Boudon, La « rationalité axiologique », in: Sociologie et sociétés, 31 (1999), S. 103–117 (105). Für Peter E. Gordon, Max the Fatalist, in: The New York Review of Books 67/10 (11. Juni 2020), S. 32–36 (36), verlangt „a rational [society] ... also a substantive rationality in the values we endorse because they are right“.

52 Pfeifer (Fn. 40), S. 35.

53 Boudon (Fn. 24), S. 139, unter Berufung auf Max Weber. Solche kollektiven Überzeugungen von Werten gibt es beobachtbar und unbestritten. Im Sinne des Kommunitarismus – zu dessen Gefahren vgl. Raymond Bourdon, En guise de conclu-

sion : les dangers du communautarisme, in: ders. (Fn. 24), S. 387–397 – lassen sie sich als geteilte moralische Haltung (*shared moral understandings*) bezeichnen; vgl. etwa Cheshire Calhoun, Introduction, in: dies., Moral Aims. Essays on the Importance of Getting it Right and Practicing Morality with Others, 2016, S. 1–26 (7 ff.); Amitai Etzioni, Moral Dialogues, in: The Social Science Journal 55 (2018), S. 6–18 (6).

54 Mit ähnlichen Überlegungen lässt sich moralische Objektivität antirealistisch begründen; dazu vgl. Jeroen Hopster, Two Accounts of Moral Objectivity: from Attitude-Independence to Standpoint-Invariance, in: Ethical Theory and Moral Practice 20 (2017), S. 763–780.

55 Pfeifer (Fn. 40), S. 35.

56 Habermas (Fn. 23), S. 286; auch ders., Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, 1996, S. 11–64 (39).

57 Ibidem.

58 Ibidem, S. 291. Im Ergebnis ähnelt das der lebensweltlich orientierten Wertbetrachtung, die „Werte einerseits nicht als etwas ‚frei‘ vom Individuum Gesetztes, andererseits auch nicht als von dem Erkenntnisakt der Individuen unabhängige, ideale Entitäten“ sieht: Böckenförde (Fn. 7), S. 74 f., m. w. N.

59 Habermas (Fn. 12), S. 91, unter Verweis auf Émile Durkheim.

ten Anderen dazu verpflichten, dieses Recht zu respektieren.⁶⁰

Werte sind wandelbar. Rein subjektive Werte ändern sich mit den Überzeugungen des jeweiligen Akteurs. Aber auch intersubjektiv anerkannte und in diesem Sinne objektive Werte können in Frage gestellt werden, wenn Entwicklungen, die stets unvorhersehbar sind,⁶¹ zu geänderten Umständen führen, die den Werten zugrunde liegende starke Gründe entkräften und andere starke Gründe für andere Werte hervorbringen. Solche Entwicklungen werden häufig nur einen Teil einer Gemeinschaft erfassen. Die durch sie überholten Werte bleiben dann für den anderen Teil, etwa als „traditionelle Werte“,⁶² verbindlich. Ein Beispiel für die Entwicklung neuer kollektiver Werte und ihrer Verkörperung in Normen ist im Großen die Erfindung der Menschenrechte.⁶³ Ein speziellerer Fall ist die Ächtung der Todesstrafe, die sich in Protokollen über ihre Abschaffung zunächst in Friedens-, später auch in Kriegszeiten niederschlug.⁶⁴ Zu

den starken Gründen für die Überzeugung, dass der Wert des Lebens auch ein Verbot der Todesstrafe umfasst, mag die Erkenntnis zählen, dass eine Strafe, die die Menschenwürde respektiert und im Falle eines Fehlurteils reversibel ist, einer inhumanen und nicht reversiblen Strafe vorzuziehen ist, die zudem keine abschreckende (generalpräventive) Wirkung hat,⁶⁵ auch wenn Kant das bekanntlich anders sah.⁶⁶ Weitere Beispiele sind die Ächtung des Rassismus sowie die Akzeptanz heterodoxer sexueller Orientierungen bis hin zur Billigung der Ehe für alle.⁶⁷

60 Allen Buchanan, *The Heart of Human Rights*, 2013, S. 58; Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, 1986, S. 166; Joseph Raz, *Human Rights without Foundations*, in: Samantha Besson/John Tasioulas (Hrsg.), *The Philosophy of International Law*, 2010, S. 321–337 (324f.); Wilfried Hinsch und Markus Stepanians, *Human Rights as Moral Claim Rights*, in: Rex Martin/David A. Reidy (Hrsg.), *Rawls's Law of Peoples. A Realistic Utopia?*, 2006, S. 117–133 (119–122).

61 „Prognosen sind schwierig, besonders wenn sie die Zukunft betreffen.“ Zum Ursprung des Sprichworts vgl. die Nachweise bei quoteinvestigator.com/2013/10/20/no-predict/#return-note-7474-3 (zuletzt besucht am 24. Februar 2021).

62 Vgl. z. B. Workshop on traditional values of humankind. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN Dok. A/HRC/16/37. In extremen Fällen lässt sich vertreten, dass die Behauptung traditioneller Werte einem Verbrechen gegen die Menschheit gleichkommt; vgl. Junteng Zheng, *Chechnya's Anti-Gay Purge: Crimes Against Humanity*, EJIL: Talk!, Blog of the European Journal of International Law, 9. Mai 2017, abrufbar unter: www.ejiltalk.org/chechnyas-anti-gay-purge-crimes-against-humanity (zuletzt besucht am 24. Februar 2021).

63 Vgl. etwa Lynn Hunt, *The Invention of Human Rights*, 2008.

64 Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Free-

doms Concerning the Abolition of the Death Penalty. Protokoll Nr. 6 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe vom 28. April 1983, ETS Nr. 114, in der durch Protokoll Nr. 11 geänderten Fassung; Neufassung: BGBl. 2002 II, S. 1077. Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty. Zweites Fakultativprotokoll zu dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte zur Abschaffung der Todesstrafe vom 15. Dezember 1989, UN Dok. A/44/49; BGBl. 1992 II, S. 391; Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Concerning the Abolition of the Death Penalty in all Circumstances. Protokoll Nr. 13 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe vom 3. Mai 2002, ETS Nr. 187, BGBl. 2004 II, S. 982.

65 Boudon (Fn. 24), S. 195f., betrachtet diese Erkenntnis als wissenschaftliches Datum. Vgl. auch Zitat bei Fn. 106 sowie John Tasioulas, *Human Rights*, in: Andrei Marmor (Hrsg.), *The Routledge Companion to the Philosophy of Law*, 2012, S. 348–363 (359): „For example, perhaps there is no human right not to be subject to the death penalty under any circumstances. However, given the susceptibility to grave error and abuse endemic to the institution of capital punishment, there may be a decisive case of creating such a right in law. The reasons for doing so will consist in the ways in which the legal right serves various other values, including moral human rights to life and against unjust punishment, that do not match it in content.“

66 Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe, Bd. VI, 1969, S. 204–491 (333–335).

67 Dazu vgl. etwa Massimo Fichera, *Same-Sex Marriage and the Role of Transnational Law: Changes in the European Landscape*, in: *German Law Journal* 17 (2016), S. 383–420 (409), mit Ver-

Entwicklungen können bestimmte überlieferte Werte umfassend als nicht mehr wünschenswert erscheinen lassen. Die starken Gründe, die seinerzeit für die Anhänger eines Kultus, der Menschenopfer vorsah, für dieses sprachen – das Wohlwollen der Götter –,⁶⁸ überzeugen heute nirgends mehr. Die überlieferten Werte sterben dann ab, bestehen (nur noch) als Ideen fort. Aber auch abgestorbene Werte können unter geänderten Umständen wieder Geltung erlangen, wenn sie von Akteuren erneut als erstrebenswert betrachtet werden. Dementsprechend ist auch die faktische Anerkennung von Werten selten endgültig.⁶⁹ Ein Beispiel soll genügen: Die Gewaltenteilung, also die Idee, dass Konflikte eine für das Funktionieren eines politischen Systems gute Sache seien, solange ihre Lösung Gegenstand geregelter Verfahren sei, mag man als axiologische Entdeckung sehen, die als Idee irreversibel ist.⁷⁰ Als Praxis ist sie eminent reversibel,⁷¹ die internationalen politischen Entwicklungen der letzten Zeit sprechen eher für die erneuerte (oder andauernde) Attraktivität

der Werte der homerischen Einherrschaft⁷² oder zumindest des Pope'schen Systemrelativismus.⁷³

IV. Moralgebote und juridische MR-Normen

Normen können moralisch oder juridisch sein. Juridische Normen werden regelmäßig in einem geregelten Rechtssetzungsverfahren erlassen. Juridische MR-Normen seien definiert als Normen, die sich in Menschenrechtsverträgen finden, sowie inhaltsgleiche oder -ähnliche nationale Verfassungsnormen.⁷⁴ Solche Normen gewähren juridische Rechte.⁷⁵ Eine Moralnorm hat soziale Geltung, wenn menschliches Verhalten ihr weitgehend entspricht.⁷⁶ Moralnormen ohne soziale Geltung können zunächst nur behauptet werden. Ideale oder moralische Geltung⁷⁷ wird solchen Moralnormen zugeschrieben, wenn sie in einem Bezugsrahmen gerechtfertigt werden können.⁷⁸ Nicht alle Moralgebote sind Menschenrechtsgebote. Eine anerkannte oder objektive Methode, solche Gebote von anderen Moralgeboten zu unterscheiden, gibt es nicht.⁷⁹ Das ist einerseits unbestritten, hat

weis auf *Andrew Roberts*, *Shifting Attitudes on Homosexuality*, in: *History Today* 61 (2011), issue 10. Zum Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017, BGBl. I, S. 2787, vgl. *Schilling* (Fn. 4), S. 107–109.

68 Vgl. *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1976, S. 245: „Religiös [...] motiviertes Handeln ist [...] ein mindestens relativ rationales Handeln.“

69 *Boudon* (Fn. 24), S. 193 und 199. Selbst an der Irreversibilität von *Max Webers* „Entzauberung der Welt“ [*Weber* (Fn. 42), S. 250f. und 272] sind Zweifel angebracht; vgl. nur etwa *Mattia Ferraresi*, *For Sale: The Hair of the Virgin Mary*, in: *The New York Times*, 15. Juni 2020, m. w. N. Gegen eine Reversion der manchen Menschenrechten zugrunde liegenden Werte zugunsten etwa „traditioneller Werte“ bieten nur die juridischen Menschenrechte und die zu ihrer Sicherung geschaffenen Institutionen einen gewissen Schutz; dazu vgl. *Schilling* (Fn. 2), S. 234f.

70 So *Boudon* (Fn. 24), S. 189.

71 Das gesteht *Boudon* (Fn. 24), S. 146, zu. Nach *Fintan O'Toole*, *Democracy's Afterlife*, *The New York Review of Books* 67/19 (3. Dezember 2020), S. 4–8 (4), „‘managed democracy’ or ‘electoral autocracy’ [...] is the most rapidly expanding political form around the world“.

72 «Ὀὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη. εἰς κοίρανος ἔστω, εἰς βασιλεύς»: *Homer*, *Ilias*, Zweiter Gesang, Vers 204f.

73 “For forms of Government let fools contest; Whate'er is best administered is best”: *Alexander Pope*, *An Essay on Man*, epistle 3, l. 303–4 (1733).

74 *Schilling* (Fn. 3), S. 89f. Zur Frage einer “rule of recognition for the international law of human rights” vgl. *James Griffin*, *Human Rights and the Autonomy of International Law*, in: *Besson/Tasioulas* (Fn. 60), S. 339–355 (351).

75 Vgl. nur *Robert Alexy*, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in: *Stefan Gosepath/Georg Lohmann* (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, 6. Aufl. 2015, S. 244–264 (246).

76 Vgl. *Schilling* (Fn. 3), S. 79ff.

77 *Robert Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, S. 141 f.; *Stefan Gosepath*, *Gleiche Gerechtigkeit. Grundlagen eines liberalen Egalitarismus*, 2005, S. 23.

78 Vgl. *Schilling* (Fn. 4), S. 88.

79 Vgl. *Schilling* (Fn. 3), S. 87f.

aber andererseits zu Bemühungen geführt, die Unbestimmtheit des Begriffs der (moralischen) Menschenrechte zu überwinden. Prominent ist der einschlägige Versuch von James Griffin.⁸⁰ Aber es spricht wenig dafür, dass sein Versuch, Kriterien für die korrekte Verwendung des Begriffs ‚Menschenrechte‘ zu etablieren, größere Aussichten auf Erfolg, also auf ein *“fairly wide agreement among those central to the discourse”*,⁸¹ hätte als zahlreiche andere Versuche. Daher wird hier von einer Unterscheidung zwischen Menschenrechts- und anderen Moralgeboten abgesehen.⁸² Für die hier erörterte weitgehende Inhaltsgleichheit von moralischen und juristischen MR-Normen werden demgemäß Moralnormen betrachtet, die mit juristischen MR-Normen weitgehend inhaltsgleich sind, ohne dass auf die Frage, ob sie selbst MR-Normen seien, etwas ankäme.

Moralnormen gewähren moralische Rechte. Freilich wurde gefragt, ob *„nicht der Begriff einer moralischen Norm nur ein Sammelbegriff für moralische Werte, Prinzipien, Pflichten und Rechte“* sei.⁸³ Das ist in der Tat ein möglicher Sprachgebrauch, der für das Verhältnis von Wert zu Moralnorm eine gewisse Berechtigung hat,⁸⁴ aber wesentliche Unterschiede zwischen den (Einzel-)Begriffen nicht verdecken sollte. Die Frage impliziert denn auch nicht, dass Werte, Pflichten, Rechte und Normen in eins zu setzen wären. Das ist ganz offensichtlich nicht der Fall. Sie impliziert allenfalls, dass es einen (Einzel-)Be-

griff der moralischen Norm nicht gibt. Im vorliegenden Zusammenhang, in dem es um das Verhältnis von moralischen Rechten und Normen zu ihren juristischen Gegenständen geht, bietet sich jedoch als Ausgangspunkt der Untersuchung an, an einem spezifischen (Einzel-)Begriff auch der moralischen Norm festzuhalten.

V. Das Verhältnis von Werten zu Normen

Normen und Werte unterscheiden sich in ihren logischen Eigenschaften,⁸⁵ stehen aber gleichwohl in einer sozusagen gegenläufigen Beziehung zueinander. Normen konstituieren Werte,⁸⁶ verkörpern aber auch (andere) Werte, die ihnen voraus liegen.⁸⁷ Für die vorliegende Untersuchung von Interesse sind nur Werte, die darauf abzielen, in eine Norm als eine konkrete Handlungsanweisung⁸⁸ übersetzt oder in ihr verkörpert zu werden, nicht diejenigen, die die Norm konstituiert. *„Zwischen Normen und [solchen] Werten besteht ein enger Zusammenhang“*; *„jedem Wert“* kann, so heißt es, *„eine bestimmte Norm als eine Art Handlungsregel zugeordnet*

80 James Griffin, Human rights: questions of aim and approach, in: Ernst/Heilinger (Fn. 30), S. 3–16 (8): *“What moves me is the wish to end the damaging indeterminateness of sense of the term ‘human right’.”*

81 Ibidem.

82 Vgl. auch Joseph Raz, On Waldron’s Critique of Raz on Human Rights, Oxford Legal Studies Research Paper No. 80/2013, Columbia Public Law Research Paper No. 13-359, S. 3 ff., auch veröffentlicht in: Adam Etinson (Hrsg.), Human Rights: Moral or Political?, 2018.

83 Markus Stepanians, Menschenrechte als moralische Rechte und als juristische Rechte, in: Klaus Martin Girardet/Ulrich Nortmann (Hrsg.), Symposium *„Menschenrechte und europäische Identität – die antiken Grundlagen“*, 2005, S. 270–289 (288) (Hervorhebung weggelassen).

84 Vgl. Text bei Fn. 97 ff.

85 *„Normen und Werte unterscheiden sich [...] erstens durch ihre Bezüge zu obligatorischen bzw. teleologischen Handeln; zweitens durch die binäre bzw. graduelle Kodierung ihres Geltungsanspruchs; drittens durch ihre absolute bzw. relative Verbindlichkeit und viertens durch die Kriterien, denen der Zusammenhang von Norm- bzw. Wertsystemen genügen muss“*: Habermas (Fn. 12), S. 309 ff., 311; auch ders., Noch einmal: zum Verhältnis von Theorie und Praxis, in: ders., Wahrheit und Rechtfertigung, 2004, S. 347–361 (361): *„deontologische Betrachtungen über Rechte und Pflichten dürfen nicht an axiologische Betrachtungen über Wertpräferenzen angeglichen werden“*. Werte sind *„keine Sollens-Erwartungen und zeichnen sich durch das Fehlen äußerer Sanktionen durch geringere Grade der Verbindlichkeit, Institutionalisierung und Durchsetzbarkeit aus“*: Thome (Fn. 17), S. 57.

86 Kelsen (Fn. 12), S. 713; ders., Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 17.

87 Diese Ambivalenz wird in BVerfGE 7, 198, deutlich: vgl. S. 205 einerseits, S. 215 andererseits, und dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 159–199 (165).

88 Beckers (Fn. 14), S. 506.

werden“.⁸⁹ Anders gesagt: Handlungsleitende Werte werden in Normen verkörpert, die gegebenenfalls Rechte gewähren. Jedoch bedarf das sowohl in Hinsicht auf die Art der Geltung des Wertes als auch in Hinsicht auf die Zuordnung der den Wert verkörpernden Norm(en) der Differenzierung.

1. Die Arten der Geltung von Werten

Zunächst ist zwischen rein subjektiven und intersubjektiv anerkannten wie auch zwischen geltenden und nicht geltenden Werten zu differenzieren. Werten, die nicht gelten, die als bloße Ideen bestehen, kann keine geltende Norm zugeordnet werden. Dem Wert ‚Menschenopfer‘, der heute nirgends Geltung hat, kann eine Norm nur im Rahmen einer (Rechts-)Ordnung zugeordnet werden, die zur selben Zeit wie dieser Wert Geltung hatte.⁹⁰

Das Drängen eines rein subjektiven Wertes „zum Wirklichwerden [...] in [...] Normen“,⁹¹ also der an den Akteur selbst gerichtete Aufforderungscharakter des Wertes, kann zunächst nur zu einer Norm führen, die der Akteur, der diesen Wert aufgrund einer auf starken Gründen beruhenden, damit rational motivierten Überzeugung verinnerlicht hat, für sein eigenes Verhalten akzeptiert.⁹² Ein normgemäßes Verhalten des Akteurs besteht dann in der Beachtung der Norm. Der Aufforderungscharakter des

Wertes drängt den Akteur aber darüber hinaus, sich um die intersubjektive Anerkennung und Objektivierung des Wertes⁹³ zu bemühen,⁹⁴ indem er von seinen Gründen auch den generalisierten Anderen zu überzeugen und sie damit zu Vorstellungen einer Gemeinschaft zu machen sucht, der er angehört. Ist er Mitglied eines kollektiven Gesetzgebers, so kann sich sein Bemühen kraft dieser seiner Stellung auch darauf richten, die anderen Mitglieder dieser speziellen Gemeinschaft entsprechend zu überzeugen. Dem subjektiven Wert kann über die das eigene Verhalten des Akteurs bestimmende Norm hinaus keine sozial geltende Moralnorm, sondern nur eine Normbehauptung zugeordnet werden, die gegebenenfalls⁹⁵ als ideal geltende Moralnorm qualifiziert werden kann. Das ist der Status, der häufig ‚neuen‘ und damit nicht- oder vor-juridischen Menschenrechtsstandards zukommt. Kann der Akteur jedoch den generalisierten Anderen überzeugen oder ist ein Wert aus anderen Gründen kollektiv, also intersubjektiv anerkannt und in diesem Sinne objektiv, so „drängt [das Gelten des Wertes] zum Wirklichwerden im aktuellen Handeln“.⁹⁶ Dem entspricht die Sollens-Erwartung, dass der generalisierte Andere die den Wert verkörpernde Moralnorm beachtet. Demgemäß wird ein kollektiv anerkannter Wert in einer sozial geltenden Moralnorm verkörpert werden,⁹⁷ von der sich die Einzelnen „zur Verwirklichung [dieses] Werte[s] verpflichten lassen“.⁹⁸ Anders gesagt: „die Geltung eines [intersubjektiven] Wertes ist die Geltung einer Norm“.⁹⁹ Ein Beispiel: Zu-

89 Pfeifer (Fn. 40), S. 35.

90 Obwohl eine entsprechende Norm unter die Religionsfreiheit fallen könnte, wird sie nur als Beispiel für deren immanente Schranken angeführt; vgl. etwa *Ingo v. Münch*, in: ders./Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 1992, Art. 4 Rdn. 54. – Eine dem Wert „Tieropfer“ zugeordnete Norm hingegen kann prinzipiell von der Religionsfreiheit geschützt sein; vgl. US Supreme Court, *Church of the Lukumi-Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah* 508 U.S. 520 (1993).

91 Böckenförde (Fn. 7), S. 71.

92 “[A]ccepted by an individual for her own behavior”: Bernard und Joshua Gert, The Definition of Morality, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2017 Edition), abrufbar unter <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/morality-definition/> (zuletzt besucht am 24. Februar 2021).

93 Dazu etwa Udo Di Fabio, Grundrechte als Werteordnung, in: JZ 59 (2004), S. 1–8 (4). Dort, S. 3, auch zur Setzung rationalisierter Werte.

94 Dazu vgl. etwa Habermas (Fn. 56), S. 31, unter Bezugnahme auf A. Gibbard, *Wise Choices, Apt Feelings*, 1992, S. 193; zu einer entsprechenden Pflicht Schilling (Fn. 4), S. 105, m. w. N.

95 Vgl. Text bei Fn. 77.

96 Böckenförde (Fn. 7), S. 71.

97 Das entspricht in etwa dem postulierten „vorgängig eingespielten Wertekonsens“, der es erlaubt, die Existenz einer sozialen Ordnung zu erklären; vgl. Text bei Fn. 59.

98 Habermas (Fn. 12), S. 91.

99 Kelsen (Fn. 12), S. 713.

mindest in Teilen westlicher Gesellschaften hat sich der intersubjektiv anerkannte Wert entwickelt, dass heterodoxe sexuelle Orientierungen ebenso zu akzeptieren seien wie orthodoxe. Dementsprechend lässt sich dort etwa beobachten, dass nicht selten homosexuelle Mandatsträger:innen gewählt werden, ohne dass ihre sexuelle Orientierung im Wahlkampf eine entscheidende Rolle spielte. Das erlaubt den Schluss, dass dieses Verhalten – das Übergehen einer heterodoxen sexuellen Orientierung mit Still-schweigen – (auch) aus der Beachtung einer den genannten Wert verkörpernden sozial geltenden Moralnorm resultiert. Andere Aspekte dieses Wertes sind in juristischen Normen verkörpert worden.¹⁰⁰

Insbesondere dann, wenn eine axiologische Innovation, die die Würde des Menschen zu stärken scheint, deshalb sozial selektiert¹⁰¹ und in einer Moralnorm sozialer Geltung verkörpert wird, wird es faktisch häufig der Fall sein, dass die starken Gründe, die die Gemeinschaft oder doch Teile von ihr bzw. deren Mitglieder von dem Wert überzeugt haben, auch den Gesetzgeber oder doch dessen Mehrheit überzeugen. Hier drängt die intersubjektive Geltung des Wertes „zum Wirklichwerden [...] in gesetzten [...] Normen“,¹⁰² also zum – normativ erwünschten –¹⁰³ Erlass entsprechender juristischer Normen.¹⁰⁴ Freilich ist die soziale Geltung einer entsprechenden Moralnorm auch faktisch keine Voraussetzung für den Erlass ei-

ner juristischen Norm. So entsprach die Abschaffung der Todesstrafe durch Art. 102 GG seinerzeit wohl den Werten mancher¹⁰⁵ Philosophen und denen von Teilen, sicherlich aber nicht denen der Mehrheit der Zivilgesellschaft. Auch wenn die Entscheidung des Parlamentarischen Rates zeigen sollte, „dass das deutsche Volk das Recht auf Leben so hoch achtet, dass auch der Staat das Leben [...] nicht nehmen dürfe“,¹⁰⁶ spielte für sie die Frage der sozialen Geltung einer diesen Wert verkörpernden Moralnorm, soweit ersichtlich, keine Rolle. In einem solchen Fall trifft der Gesetzgeber mit seiner Wert-Entscheidung eine Wahl, mit der er sich zwangsläufig über Werte hinwegsetzt, für die manche Akteure oder Teile der Gemeinschaft von ihnen als stark betrachtete Gründe haben.¹⁰⁷

2. Die Werte verkörpernden Normen

Einem Wert kann häufig nicht nur eine Norm zugeordnet werden. Zum einen können vielen Werten gerade auf dem Gebiet der Menschenrechte, wie eben gezeigt, sowohl Moralnormen sozialer und/oder idealer Geltung wie juristische Normen zugeordnet werden. Zum anderen ist die Vorstellung des ‚einen‘ Wertes unscharf. Werte können auf einer Skala von ganz allgemein zu ganz spezifisch von unterschiedlicher Spezifität sein¹⁰⁸ und sich damit in dem Sinne sozusagen überlappen, dass die Verletzung eines spezifischen Wertes stets zugleich die Verletzung eines allgemeineren, also weniger spezifischen darstellt. Auch kann es unterschiedliche Werte gleicher Spezifität geben. In entsprechenden Moralgebote können Werte jeglicher Spezifität verkörpert werden. Hingegen verkörpern juristische MR-Normen in ih-

100 Vgl. Fn. 67.

101 Vgl. *Raymond Boudon*, *Le sens moral*, in: *Le sens des valeurs* (Fn. 24), S. 205–249 (230): « à partir du moment où une innovation axiologique apparaît, si elle paraît renforcer la dignité de l'homme, elle a tendance d'être socialement sélectionnée ».

102 *Böckenförde* (Fn. 7), S. 71.

103 Zu dieser Erwünschtheit vgl. etwa *Samantha Besson*, *International Human Rights Law and Mirrors*, *ESIL Reflections* 7:2 (2018), abrufbar unter esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/ESIL-Reflection-Besson.pdf (zuletzt besucht am 24. Februar 2021), S. 1–11 (3), m. w. N.

104 Zu einer pro tanto-Pflicht des institutionellen Gesetzgebers, unter bestimmten Umständen eine sozial geltende Moralnorm im Recht nachzubilden, vgl. *Schilling* (Fn. 4), S. 104, zu einer entsprechenden Pflicht individueller Gesetzgeber für Moralgebote generell *ibidem*, S. 106 f.

105 Nicht aller: vgl. Fn. 66.

106 *Abg. Wagner* (SPD), zit. nach *Peter Tettinger*, *Aufhebung des Art. 102 GG?*, in: *JZ* 33 (1978), S. 128–132 (128).

107 Umgekehrt wird sich der Gesetzgeber angesichts der Vielfalt ideal und sozial existierender Moralgebote zu allermeist für einen Wert entscheiden, für den sich auch andere entschieden haben. Vgl. auch *Schilling* (Fn. 3), S. 91.

108 Ähnlich *Griffin* (Fn. 80), S. 8, für human rights.

rer legislativ verkündeten Form regelmäßig weder ganz allgemeine noch ganz spezifische Werte, sondern solche aus der Mitte der Skala. In ihrer Anwendung auf den Einzelfall namentlich durch die Gerichte werden sie freilich zwangsläufig spezifisch.¹⁰⁹

Betrachten wir das Folterverbot.¹¹⁰ Hier sind der ganz allgemeine Wert ‚Wohl des Menschen‘ an dem einen Ende der Skala, der ganz spezifische Wert ‚die Freiheit eines Kindes davon, von seinem Stiefvater mit einem Gartenschlauch geschlagen zu werden,‘¹¹¹ am anderen Ende zu finden. Der Wert ‚unbedingte Freiheit von Folter‘ und der Wert ‚in bestimmter Weise bedingte Freiheit von Folter‘ sind beide (ebenso wie der spezifischere Wert ‚Freiheit von Folter durch Staatsorgane, sofern diese keine gesetzlich vorgesehene Sanktion ist,‘¹¹² und die weniger spezifischen Werte ‚körperliche Unversehrtheit‘ und ‚Freiheit von Folter‘) in der Mitte der Skala angesiedelt, unterscheiden sich aber. In vielen Kulturkreisen werden sich als Moralnormen mit sozialer Geltung ein *neminem laedere*¹¹³ als Verkörperung des allgemeinsten Wertes ‚Wohl des Menschen‘ sowie ein allgemeines Folterverbot als Verkörperung des immer noch relativ unspezifischen und damit unbestimm-

ten allgemeinen Wertes ‚Freiheit von Folter‘ feststellen lassen. Als Moralnormen idealer Geltung, die unterschiedliche, aber in gleichem Maße spezifischere Werte – den Wert der unbedingten bzw. der in bestimmter Weise bedingten Freiheit von Folter – verkörpern, werden konklusive¹¹⁴ bzw. pro tanto-Verbote der Folter behauptet. Den letzteren wird etwa die Form gegeben, dass einmalige Folterhandlungen in Ausnahmefällen moralisch gerechtfertigt werden können, wobei eine entsprechende gesetzliche Regelung nach mancher Ansicht moralisch unzulässig,¹¹⁵ nach anderer Ansicht aber vielleicht zulässig ist.¹¹⁶ Als juristische Normen, die nicht den allgemeinen Wert der Freiheit von Folter, wohl aber unterschiedliche, in gleichem Maße spezifischere Werte verkörpern, gibt es etwa das konklusive Verbot der Folter in Art. 3 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) in der Auslegung des EGMR,¹¹⁷ das für die Vertragsstaaten der EMRK gilt, das (pro tanto-)Folterverbot¹¹⁸ der Körperverletzung

109 Vgl. etwa EGMR, *A ./. Vereinigtes Königreich* (25599/94), Urteil vom 23. September 1998.

110 Nach Griffin (Fn. 74), S. 340, “[w]e already know the content of some human rights (for example, the right not to be tortured)”. Vgl. aber David Sussman, *What’s Wrong with Torture?*, in: *Philosophy & Public Affairs* 33 (2005), S. 1–33 (1): “Torture has proved surprisingly difficult to define” und S. 4: “I argue that torture forces its victim into the position of colluding against himself through his own affects and emotions, so that he experiences himself as simultaneously powerless and yet actively complicit in his own violation. So construed, torture turns out to be not just an extreme form of cruelty, but the pre-eminent instance of a kind of forced self-betrayal, more akin to rape than other kinds of violence.”

111 Vgl. Fn. 109.

112 Vgl. etwa Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984, UNTS Bd. 1465, S. 85; BGBl. 1990 II, S. 247 (CAT), Art. 1 Abs. 1 S. 2.

113 *Justinian*, Inst. 1, 1, 3.

114 Vgl. etwa *Bob Brecher*, *Torture and the Ticking Bomb*, 2008; *Richard Matthews*, *The Absolute Violation: Why Torture Must be Prohibited*, 2008; auch *Mr. F. S. Cocks*, *Delegierter des Vereinigten Königreichs: “[...] it would be better even for society to perish than for it to permit this relic of barbarism to remain”*, in: Council of Europe, *Collected Edition of the « Travaux Préparatoires » of the European Convention on Human Rights*, 1975, S. 36–38.

115 Vgl. dazu ausführlich *Seumas Miller*, *Torture*, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2017 Edition), abrufbar unter plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/torture (zuletzt besucht am 24. Februar 2021), sub 3: *The Moral Justification for One-off Acts of Torture in Emergencies*.

116 Vgl. die Diskussion ibidem, sub 4: *The Moral Justification for Legalised and Institutionalised Torture*.

117 EGMR, *Gäffen ./. Deutschland* (22978/05), Urteil vom 1. Juni 2010, §§ 123–127.

118 Dazu vgl. *Bundesregierung*, *Beantwortung des Fragenkatalogs des Ausschusses gegen Folter (CAT/C/DEU/QPR/6) anstelle der Vorlage des Sechsten Staatenberichts Deutschlands*, 4. April 2017, abrufbar unter https://www.bmfv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/Menschenrechte/CAT_QPR6_Beantwortung_Fragenkatalog.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt besucht am 24. Februar 2021), Nr. 1.

(im Amt) der §§ 223 ff., 340 StGB, das für Deutschland gilt,¹¹⁹ sowie das (nur) seinem Wortlaut nach¹²⁰ auf staatliche Akte, die keine gesetzlich vorgesehene Sanktion sind, beschränkte Verbot des Art. 1 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe¹²¹ (CAT), das für die Vertragsstaaten der CAT gilt.

Diese Moralgebote und juristischen MR-Normen können sämtlich dem allgemeinen Wert ‚Freiheit von Folter‘ zugeordnet werden, doch verkörpern sie unterschiedliche und unterschiedlich spezifizierte Werte aus diesem Bereich. Sie sind inhaltsähnlich, aber nicht wirklich inhaltsgleich. Das beruht auf Wert-Entscheidungen der Akteure, die die jeweils gewählten Werte in Normen und Geboten verkörpert haben und damit für deren Entstehung jeweils ursächlich waren: (von Teilen) der Zivilgesellschaft für die Moralnormen sozialer Geltung, namentlich von Philosophen für Moralnormen idealer Geltung (oder Normbehauptungen) und von ganz unterschiedlich konstituierten Gesetzgebern für die juristischen MR-Nor-

men. Die Ähnlichkeit ihrer Wert-Entscheidungen beruht, so lässt sich annehmen, auf der Ähnlichkeit der starken Gründe, die sie als Akteure desselben oder eines verwandten Kulturkreises oder auch einer weltweiten Kultur für diese Werte haben,¹²² ihre Unterschiedlichkeit auf kulturbedingt unterschiedlichen Gründen wie auch der Willkür dieser Akteure.

Diese Deutung des gegenseitigen Verhältnisses der verschiedenen Normen und Gebote zum Schutz der Freiheit von Folter lässt sich verallgemeinern. Dann beruhen juristische Normen und Moralgebote zum Schutz der Menschenrechte unabhängig voneinander auf von den jeweiligen Akteuren gewählten Werten. Soweit die Normen und Gebote inhaltsähnlich sind, lässt sich annehmen, dass die Akteure in ihnen ähnliche Werte verkörpert haben, die sie jeweils aufgrund einer auf starken Gründen beruhenden Überzeugung verinnerlicht haben. Der Annahme einer direkten Beziehung zwischen moralischen und juristischen Menschenrechten (oder zwischen Moralgeboten und juristischen MR-Normen) bedarf es zur Erklärung nicht. Das läuft der landläufigen Sicht auf das Verhältnis zwischen diesen beiden Kategorien zuwider. Diese sieht *“the fact that the legal right has the same, or nearly the same, content as the moral right”* als Anerkennung eines Moralgebots durch *„das Recht“*¹²³ oder meint, *“to justify an international legal human right typically involves defending the claim that a corresponding moral human right exists”*.¹²⁴ Was das erste Zitat betrifft, so belegt schon der Umstand, dass auch das Vorliegen einer bloßen Inhaltsähnlichkeit als Anerkennung definiert wird, dass eine Anerkennung im

119 Als Gründe für eine Missachtung des Verbots kommen namentlich Nothilfe (§ 32 StGB) und rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB) in Betracht. Vgl. dazu etwa LG Frankfurt am Main, *Strafsache gegen Wolfgang Daschner*, Pressemitteilung vom 13. Februar 2005, abrufbar unter web.archive.org/web/20130302092306/www.lg-frankfurt.justiz.hessen.de/irj/servlet/prt/portal/prtroot/slimp.CMReader/HMdJ_15/LG_Frankfurt_Internet/med/acb/acb50880-b973-6411-aeb6-df144e9169fc,22222222-2222-2222-222222222222,true.pdf (zuletzt besucht am 24. Februar 2021), S. 22 f.

120 Vgl. etwa Sarah Joseph, Katie Mitchell und Linda Gyorki, *Seeking Remedies for Torture Victims. A Handbook on the Individual Complaints Procedures of the UN Treaty Bodies*, 2. Aufl. 2014, S. 226 f., m. w. N., abrufbar unter www.omct.org/files/2014/11/22956/v4_web_onusien_en_omc14.pdf (zuletzt besucht am 24. Februar 2021), gegen die Voraufgabe (2006), Part IV: Jurisprudence of the CAT Committee, abrufbar unter www.omct.org/files/2006/11/3979/handbook_4_eng_04_part4.pdf (zuletzt besucht am 24. Februar 2021), S. 214: *“However the issue is not resolved, and it may be that this exception exempts even the cruelest treatment from classification as ‘torture’ if such treatment is authorised by domestic law”*.

121 Fn. 112.

122 Zu *“Objectivity as Standpoint-Invariance”* vgl. Hopster (Fn. 54), S. 772 ff. Vgl. auch Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staatliches Recht und sittliche Ordnung*, in: ders., *Staat, Nation, Europa*, 1999, S. 208–232 (220), der von der Übernahme *ethisch-sittlicher Gehalte* in das Recht spricht.

123 So Joseph Raz, *Human Rights in the Emerging World Order*, *Transnational Legal Theory* 1 (2010), S. 31–47 (34).

124 So die von Buchanan (Fn. 60), S. 17, so genannte *Mirroring View*.

Wortsinne eben nicht vorliegt.¹²⁵ Die sogenannte Anerkennung bezeichnet nur das Faktum der vorgefundenen weitgehenden Inhaltsgleichheit, erklärt es aber nicht. Auch die Rechtfertigung eines juristischen Menschenrechts verlangt, was das zweite Zitat betrifft, nicht mehr als den Nachweis, dass die das Recht gewährende Norm einen Wert verkörpert, für den starke Gründe sprechen. Die Zwischenschaltung eines moralischen Menschenrechts, das ja seinerseits der Rechtfertigung bedarf,¹²⁶ könnte argumentativ sinnvoll nur dann sein, wenn dieses moralische Menschenrecht etwas Gesichertes wäre. Das aber ist nicht der Fall. Selbst eine objektiv gedachte Begründung der Moral kann eine solche gesicherte Erkenntnis jedenfalls dann nicht liefern, wenn sie für Wertekonflikte und unterschiedliche Werte-Rangordnungen offen ist.¹²⁷

VI. Schluss

Es steht in der regelmäßig von starken Gründen geleiteten Entscheidung des jeweiligen Gesetzgebers (oder seiner indivi-

duellen Mitglieder), eine juristische MR-Norm zu erlassen, die einen in bestimmter Weise spezifizierten Wert verkörpert. Ob dieser Wert bereits in dem einen oder anderen Moralgebot verkörpert ist, ist hierfür irrelevant. Damit erweist sich die verbreitete Rede von der Anerkennung von Moralnormen durch ‚das Recht‘ als irreführend: ‚Das Recht‘ gründet seine Entscheidung nicht auf das eine oder andere Moralgebot. Die weitgehende Inhaltsgleichheit von juristischen und moralischen Menschenrechten erklärt sich vielmehr dadurch, dass ‚das Recht‘ und ‚die Moral‘ häufig die Gründe für denselben oder doch einen ähnlichen Wert als stark betrachten und ihre jeweilige Entscheidung für eine Norm oder ein sonstiges Gebot dann auf diesen Wert gründen. Damit legt das Skalpell des Wilhelm von Ockham es nahe, bei der Begründung und der Rechtfertigung juristischer MR-Normen allein auf Werte abzustellen und Moralgebote ganz außer Betracht zu lassen.¹²⁸ Ihre Heranziehung trägt zu Beidem nichts bei.

125 Vgl. auch Schilling (Fn. 2), S. 220f.

126 Zur Rechtfertigung der Rechtfertigung vgl. *Samantha Besson, Justifications*, in: Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (Hrsg.), *International Human Rights Law*, 3. Aufl 2018, S. 22–40 (26f.).

127 Wie es der Ansatz von Besson ist; s. *ibidem*, S. 36.

128 Das hat Schilling (Fn. 4), S. 108f., noch nicht so scharf gesehen. Vgl. auch das Diktum von Raz (Fn. 60), S. 328: *“There is no point in criticizing current [...] practice on the ground that it does not fit [eine Moralnormbehauptung]. Why should it?”*