

Ancilla Iuris

Über die moralische Pflicht zum Erlass
juridischer Menschenrechtsbestimmungen
*On the Moral Duty to Adopt Legal Provisions
on Human Rights*

Theodor Schilling*
Translated by Jacob Watson

Die Frage des Verhältnisses von moralischen zu juristischen Menschenrechten wird vielfach und kontrovers diskutiert. Ein Teilaspekt ist die im Titel des Beitrags aufgeworfene Frage. Ausgehend von der empirisch untermauerten Prämisse eines moralischen Skeptizismus kommt der Beitrag zu einem nuancierten Ergebnis. Der Staat und seine juristisch-technischen Organe können Pflichten haben, sozial geltende Moralnormen zu verrechtlichen, die auf nationaler Ebene Ergebnispflichten, auf völkerrechtlicher Ebene aber nur Bemühungspflichten sein können. Als Träger von Pflichten aus nur ideal geltenden Moralnormen kommen nur Menschen in Betracht, die die in der Moralnorm verkörperten Werte verinnerlicht haben. Solche Pflichten können nur Bemühungs- und pro tanto-Pflichten sein, deren Umfang sich nach den Umständen der Pflichtenträger richtet.

I. EINLEITUNG

Menschenrechte werden häufig als zugleich moralische und juristische Rechte betrachtet.¹ Der Versuch einer Erklärung ihrer Doppelnatur² kann ihre juristische oder ihre moralische Seite zum Ausgangspunkt nehmen.³ Nimmt man ihre juristische Seite zum Ausgangspunkt, so heißt es, Menschenrechte seien „von Haus aus juristischer Natur“;⁴ sie seien zweifelsfrei juristische Rechte, da sie in juristischen MR-Normen garantiert seien, und die Frage sei, ob ihnen moralische Rechte entsprächen.⁵ Nimmt man ihre moralische Seite zum Ausgangspunkt, so heißt es, „Menschenrechte [hätten] ... eine Komponente eingebaut, die uns moralisch

The question of the relationship between moral and juridical human rights is discussed frequently and controversially. A partial aspect is the question raised in the title of the article. Starting from the empirically substantiated premise of moral skepticism, the contribution comes to a nuanced result. The state and its legal and technical organs can have duties to enact socially valid moral norms, which can be duties of result at the national level, but only duties of effort at the level of international law. Only people who have internalized the values embodied in the moral norm can be considered as bearers of duties from only ideally valid moral norms. Such duties can only be duties of effort and pro tanto duties, the extent of which depends on the circumstances of the duty bearer.

I. INTRODUCTION

Human rights are often regarded as both moral and legal rights.¹ Attempting to explain their dual² nature can begin with either the juridical or moral side as its starting point.³ If one starts with their juridical side, it is said that human rights are “inherently juridical”;⁴ they are undoubtedly juridical rights since they are guaranteed within juridical norms pertaining to human rights, and the question is whether they correspond to moral rights.⁵ If one takes their moral side as a starting point, it is said that “human rights [would have] ... had a component built into them which obliges us morally to concretize and institutionalize them legally as well”;⁶ thus,

* Dr. jur. utr., LL.M. (Edin.), außerplanmäßiger Professor mit der *venia* für öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtstheorie an der Humboldt-Universität zu Berlin.

1 Statt vieler: *Rainer Forst*, Das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Zu einer konstruktivistischen Konzeption der Menschenrechte, in: Brubkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann (Hg.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt/Main (1999), 94. Nach *Jürgen Habermas*, Zur Legitimation durch Menschenrechte, in: ders., Die postnationale Konstellation, Frankfurt/Main (1998), 170-192, 183 sind „sie ... Konstrukte, denen gleichsam auf der Stirn geschrieben steht, dass sie nicht wie moralische Rechte einen politisch unverbindlichen Status behalten dürfen“ (Hervorhebung im Original), also weder moralische noch juristische Rechte; gleichwohl „tragen [sie] ein Janusgesicht, das gleichzeitig der Moral und dem Recht zugewandt ist“ (ibid., 177).

2 *Jürgen Habermas*, Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt/Main (1996), 192-236, 221, spricht von ihrer „Zweideutigkeit“.

3 Vgl. aber *Jürgen Habermas*, Das utopische Gefälle. Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 8/2010, 43-53, 52: „Mit der Positivierung des ersten Menschenrechts ist eine *Rechtspflicht* zur Realisierung überschießender moralischer Gehalte erzeugt worden“ (Hervorhebung im Original).

4 *Habermas* (Fn. 1), 183. Aber was heißt „von Haus aus“?

5 *Samantha Besson*, Justifications, in: Moeckli/Shah/Sivakumaran (Hg.), *International Human Rights Law*, 3. Aufl. Oxford (2018), 22-40, 28.

* Dr. jur. utr., LL.M. (Edin.), außerplanmäßiger Professor mit der *venia* für öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtstheorie an der Humboldt-Universität zu Berlin.

1 Instead of many: *Rainer Forst*, Das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Zu einer konstruktivistischen Konzeption der Menschenrechte (*The fundamental right to justification. On a constructivist conception of human rights*), in: Brubkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann (eds.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt/Main (1999), 94. According to *Jürgen Habermas*, Zur Legitimation durch Menschenrechte (*Remarks on legitimation through human rights*), in: Habermas, Die postnationale Konstellation (The post-national constellation), Frankfurt/Main (1998), 170-192, 183 “they are ... constructs which, as it were, have it written on their foreheads that they may not, like moral rights, retain a politically non-binding status” (emphasis in the original), that is, neither moral nor juridical rights; nevertheless, “they bear a Janus face that is simultaneously turned towards morality and law” (ibid., 177).

2 *Jürgen Habermas*, Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren (*Kant’s idea of perpetual peace – from the historical distance of 200 years*), in: Habermas, Die Einbeziehung des Anderen (*The inclusion of the other*), Frankfurt/Main (1996), 192-236, 221, speaks of its “ambiguity”.

3 But see *Jürgen Habermas*, Das utopische Gefälle. Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte (The utopian slope. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights), *Blätter für deutsche und internationale Politik* 8/2010, 43-53, 52: “With the positivization of the first human right a *legal duty* to realize excessive moral content has been created” (emphasis in original).

4 *Habermas* (footnote 1), 183. But what does “inherently” mean?

5 *Samantha Besson*, Justifications, in: Moeckli/Shah/Sivakumaran (eds.), *International Human Rights Law*, 3rd ed. Oxford (2018), 22-40, 28.

verpflichte[.], sie auch rechtlich zu konkretisieren und zu institutionalisieren“;⁶ sie schlossen also die moralische Pflicht ein, ihren Inhalt im Recht, also in juristischen Menschenrechtsnormen (MR-Normen), wiederzugeben⁷ und zu internationalisieren.⁸ Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist ein Aspekt der Frage nach dieser Pflicht zur Verrechtlichung⁹ (oder „Anerkennung“)¹⁰ moralischer Menschenrechte auf nationaler und völkerrechtlicher Ebene, wobei der Begriff „Menschenrechte“ hier auch für nationale „Grundrechte“ verwendet wird.

Die Frage, ob es eine solche Pflicht gebe, wird in der philosophischen Literatur vielfach bejaht.¹¹ Ihre allfällige Beachtung könnte im Rückblick eine Erklärung für die zu beobachtende weitgehende Parallelität von juristischen und moralischen Menschenrechten bieten. Hier geht es hingegen um den „Vorblick“, um die Frage, ob der aktuelle Bestand an juristischen Menschenrechten durch die Verrechtlichung weiterer moralischer Menschenrechte zu ergänzen oder weiterzuentwickeln sei,¹² ob also Parallelität herzustellen sei, wo sie bisher nicht besteht. Als solche „neuen“ Rechte, deren Geltung regelmäßig umstritten und damit in gewissem Sinne ungewiss ist, werden Rechte angesprochen, die bisher nicht oder nur teilweise juridifiziert sind. Fehlende Verrechtlichung meint den Fall, dass das fragliche Recht in einem Staat weder in Gesetzes- noch in Verfassungsform noch in einem innerstaatlich geltenden Menschenrechts-

they include the moral duty to reproduce⁷ and internationalize their content in law, i.e. in legal human rights norms (HR norms).⁸ The present investigation looks at one aspect of the question regarding this duty to juridify⁹ (or “recognize/legalize”)¹⁰ moral human rights at the national and international level, whereby the term “human rights” is also used here for national “basic/fundamental rights”.

The question whether such a duty exists is often answered in the affirmative in philosophical literature on the subject.¹¹ In retrospect, its possible observance could explain the extensive parallelism of legal and moral human rights that can be observed. Here, on the other hand, we are dealing with the “prospect”, the question of whether the current body of juridical human rights should be supplemented or further developed by the juridification of further moral human rights,¹² i.e., whether parallelism should be established where it does not exist so far. Rights which have not been juridified or have only been partially laid down in law, and whose existence will be regularly disputed and thus in a certain sense uncertain, will be considered as such “new” rights. Absent juridification means that the law in question is not recognized in a state, either in law or its constitution or in a domestic human rights treaty. This includes moral rights that

6 *Stefan Gosepath*, Universalität der Menschenrechte – Ein Erklärungsansatz, in: Nooke/Lohmann/Wahlers (Hrsg.), *Gelten Menschenrechte universal?*, Freiburg i.B. (2008), 195-203, 199; auch *Ernst Tugendhat*, Vorlesungen über Ethik, Frankfurt/Main (1993), 349 f.; *Arnd Pollmann*, Konzeptionelle Spannungsverhältnisse, in: Pollmann/Lohmann (Hg.), *Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart und Weimar (2012), 358-363, 362: „Die Menschenrechte ... tragen den Anspruch in sich, zu staatlich garantierten Grundrechten zu werden“; *Samantha Besson* und *Alain Zysset*, Human Rights Theory and Human Rights History: A Tale of Two Odd Bedfellows, in: *Ancilla Iuris* (anci.ch) 2012: 204-219 – International Law and Ethics, 218: „universal moral rights ... create duties for legal-institutional recognition“. Anders etwa *John Tasioulas*, On the nature of human rights, in: Ernst/Heilinger (Hg.), *The Philosophy of Human Rights*, Berlin (2012), 17-59, 42 f.

7 So etwa *Eberhard Jüngel*, Zur Verankerung der Menschenrechte im christlichen Glauben, in: Nooke/Lohmann/Wahlers (Hg.), *Gelten Menschenrechte universal?* Freiburg i.B. (2008), 166-179, 169; *Samantha Besson*, Human Rights and Constitutional Law: Patterns of Mutual Validation and Legitimation, in: Cruft/Liao/Renzo (Hg.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford (2015), 279-299, 287.

8 *Georg Lohmann*, Menschenrechte zwischen Moral und Recht, in: Gosepath/Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, 6. Aufl. Frankfurt/Main (2015), 62-95, 92: überstaatliche Institutionalisierung.

9 Ich vermeide den Begriff „Positivierung“ bzw. „positivieren“, da auch die AEMR eine Positivierung, aber keine Verrechtlichung der in ihr wiedergegebenen Menschenrechte darstellt.

10 Zur sogenannten Anerkennung von MR-Normen vgl. *Theodor Schilling*, The Recognition of Human Rights – a Threefold Myth, *Human Rights Law Review* 20 (2020), 210-235.

11 Vgl. etwa Nachweise in Fn. 6.

12 Zur Frage der Menschenrechtsinflation vgl. etwa die Übersicht bei *James Nickel*, Human Rights, in: Zalta (Hg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), verfügbar unter <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/rights-human>, sub 3, m.w.N.

6 *Stefan Gosepath*, Universalität der Menschenrechte – Ein Erklärungsansatz (*Universality of human rights - An explanatory approach*), in: Nooke/Lohmann/Wahlers (eds.), *Gelten Menschenrechte universal? (Are human rights universal?)*, Freiburg i.B. (2008), 195-203, 199; also *Ernst Tugendhat*, Vorlesungen über Ethik (*Lectures on ethics*), Frankfurt/Main (1993), 349 f.; *Arnd Pollmann*, Konzeptionelle Spannungsverhältnisse (*Conceptual tensions*), in: Pollmann/Lohmann (eds.), *Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch. (Human rights. An interdisciplinary handbook)*, Stuttgart und Weimar (2012), 358-363, 362: “Human rights ... bear the claim to become state-guaranteed fundamental rights“; *Samantha Besson* und *Alain Zysset*, Human Rights Theory and Human Rights History: A Tale of Two Odd Bedfellows, in: *Ancilla Iuris* (anci.ch) 2012: 204-219 – International Law and Ethics, 218: “universal moral rights create duties for legal-institutional recognition“. Unlike *John Tasioulas*, On the nature of human rights, in: Ernst/Heilinger (eds.), *The Philosophy of Human Rights*, Berlin (2012), 17-59, 42 f.

7 For example *Eberhard Jüngel*, Zur Verankerung der Menschenrechte im christlichen Glauben (On the grounding of human rights in Christian belief), in: Nooke/Lohmann/Wahlers (eds.), *Gelten Menschenrechte universal? (Are human rights universal?)*, Freiburg i.B. (2008), 166-179, 169; *Samantha Besson*, Human Rights and Constitutional Law: Patterns of Mutual Validation and Legitimation, in: Cruft/Liao/Renzo (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford (2015), 279-299, 287.

8 *Georg Lohmann*, Menschenrechte zwischen Moral und Recht (*Human rights between morality and law*), in: Gosepath/Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte (Philosophy of Human Rights)*, 6th ed. Frankfurt/Main (2015), 62-95, 92: supranational institutionalization.

9 I avoid the term “positivization” or “positivizing”, since the UDHR also represents a positivization but not a legalization/ratification of the human rights reflected in it.

10 On the so-called recognition of HR norms, see *Theodor Schilling*, The Recognition of Human Rights – a Threefold Myth, *Human Rights Law Review* 20 (2020), 210-235.

11 Cf. for instance the evidence in footnote 6.

12 On the question of human rights inflation, see for example the overview in *James Nickel*, Human Rights, in: Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), available at <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/rights-human>, sub 3, with further references.

vertrag anerkannt ist. Hierher zählen moralische Rechte, die schon bestehen, ebenso wie solche, die neu entstanden sind. Dass moralische Rechte neu entstehen können, weist auf die Geschichtlichkeit auch der Moral hin. Sie zeigt sich etwa darin, dass sich jedenfalls in der westlichen Welt die Sexualmoral seit 1948, dem Jahr der Verkündung der AEMR, von Grund auf gewandelt hat, so dass heute die sog. „traditional values“,¹³ die seinerzeit im wesentlichen noch die sozial geltende Moral darstellten, vielfach als Antithese zu den einschlägigen Menschenrechten verstanden werden.¹⁴ Teilweise Verrechtlichung meint einen der häufigen Fälle, in denen ein moralisches Menschenrecht nur auf nationaler Ebene verrechtlicht ist, ein Menschenrechtsvertrag nicht von allen Staaten ratifiziert worden ist oder Staaten Vorbehalte gemacht haben.

Eine allfällige Pflicht zur Verrechtlichung, die wohl immer nur auf pro tanto-Gründen beruhen kann,¹⁵ setzt voraus, wie zu zeigen sein wird, dass für einen Akteur eine pflichtbegründende Moralnorm gilt und deren Verrechtlichung eine Situation herbeiführt, in der sich die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung der mit ihr verfolgten Ziele erhöht. In Betracht kommt die Pflicht zum Erlass von Grundrechtsnormen, zum Abschluss neuer bzw. zur Ratifizierung bestehender Menschenrechtsverträge oder zur Rücknahme eines Vorbehalts.¹⁶ Die aufgeworfene Frage lässt sich so dahin präzisieren, wer in concreto aus welchen Gründen und in welchem Umfang eine Pflicht zu einem solchen Vorgehen haben könne. Beispielhaft angesprochen werden eine Pflicht, ein („neues“) moralisches Menschenrecht auf Anerkennung der sexuellen Identität zu juridifizieren, sowie eine Pflicht, die UN-Wanderarbeiterkonvention¹⁷ zu ratifizieren.

already exist as well as those that have been newly created. The historicity of morality, too, is evidenced in the fact that new moral rights can emerge. This is shown in that sexual morals have undergone a fundamental change at least in the western world since 1948, the year of the proclamation of the UDHR, for example, so that today so-called “traditional values”,¹³ which to date still essentially represented the socially existent morals, are now often understood as antithesis to the relevant human rights.¹⁴ Partial juridification refers to one of the frequent cases in which a moral human right is only enshrined in national law and yet the corresponding human rights treaty has not been ratified by all states or states have expressed reservations.

A possible duty to legalize or ratify and altogether juridify, which most probably can only ever be based on pro tanto grounds,¹⁵ presupposes, as will be shown, that a moral norm justifying the duty applies to an actor and the resulting law would bring about a situation in which the probability increases of achieving the goals pursued by said norm. Possible options include the duty to enact fundamental rights norms, to conclude new human rights treaties or ratify existing ones, or to withdraw a reservation.¹⁶ The question raised can thus be defined more precisely as to who, in substance, may have a duty to take such action, for what reasons and to what extent. A duty to enshrine a (“new”) moral human right in law recognizing sexual identity is one oft-cited example, as well as a duty to ratify the UN Convention on Migrant Workers.¹⁷

13 Vgl. etwa Workshop on traditional values of humankind. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 13 December 2010, UN Doc. A/HRC/16/37.

14 Vgl. etwa Schilling (Fn. 10), 233. In extremen Fällen kann die Berufung auf „traditional values“ ein Verbrechen gegen die Menschheit darstellen; vgl. Junteng Zheng, Chechnya's Anti-Gay Purge: Crimes Against Humanity, in: EJIL: Talk!, Blog of the European Journal of International Law, 9. Mai 2017, verfügbar unter www.ejiltalk.org/chechnyas-anti-gay-purge-crimes-against-humanity.

15 Pro tanto-Gründe sind nicht-konklusive Gründe. Vgl. etwa Peter Stemmer, Normativität: eine ontologische Untersuchung, Berlin (2008), 98: „Es können mehrere Gründe für und mehrere Gründe gegen eine Handlung sprechen. Alle diese Gründe sind pro tanto-Gründe, keiner von ihnen gibt allein den Ausschlag.“

16 Die concluding observations des Menschenrechtsausschusses des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte fordern die Vertragsstaaten regelmäßig zur Ratifizierung solcher Verträge und zur Rücknahme von Vorbehalten auf (oder begrüßen eine erfolgte Ratifizierung oder Rücknahme). Vgl. z.B. Human Rights Committee, Concluding observations on the sixth periodic report of Germany, adopted by the Committee at its 106th session (15 October - 2 November 2012), CCPR/C/DEU/CO/6, Abs. 4 und 5.

17 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, adopted by General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990, verfügbar unter <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>.

13 See, e.g., Workshop on traditional values of humankind. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 13 December 2010, UN Doc. A/HRC/16/37.

14 See, e.g., Schilling (footnote 10), 233. In extreme cases, invoking “traditional values” can constitute a crime against humanity; see Junteng Zheng, Chechnya's Anti-Gay Purge: Crimes Against Humanity, in: EJIL: Talk!, Blog of the European Journal of International Law, 9 May 2017, available at www.ejiltalk.org/chechnyas-anti-gay-purge-crimes-against-humanity.

15 Pro tanto reasons are non-conclusive reasons. See, e.g., Peter Stemmer, Normativität: eine ontologische Untersuchung (*Normativity: an ontological study*), Berlin (2008), 98: “There can be several reasons for and several reasons against an action. All of these reasons are pro tanto reasons, none of them alone make the difference.”

16 The concluding observations of the Human Rights Committee of the International Covenant on Civil and Political Rights regularly call on the participating states to ratify such treaties and to withdraw reservations (or welcome a successful ratification or withdrawal). See, e.g., Human Rights Committee, Concluding observations on the sixth periodic report of Germany, adopted by the Committee at its 106th session (15 October - 2 November 2012), CCPR/C/DEU/CO/6, para. 4 and 5.

17 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, adopted by General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990, available at <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>.

Die Untersuchung geht entsprechend positivistischen Vorstellungen von einer Trennung von Moral und Recht aus. Unter „Recht“ versteht sie eine Zwangsordnung, also eine Ordnung von zwangsbewehrten Normen. Eine solche Norm muss nicht erzwingbar in dem Sinne sein, dass sie auch gegen den Willen des Betroffenen tatsächlich erzwungen werden könnte,¹⁸ sofern „die Art der Orientierung an ihr überhaupt irgendwelche ‚Rechtsfolgen‘ hat.“¹⁹ Die Motivation, von der die Erzwingbarkeit der Norm im Sinne dieser Definition abhängt, beruht nicht auf der Norm selbst, auch nicht auf der Anordnung der Rechtsfolgen als solcher, sondern auf der Chance von deren Verwirklichung, also auf empirischen Gesichtspunkten: Das Wissen um diese Chance „ist für den handelnden Menschen einer der Bestimmungsgründe seines Tuns, und zwar, sofern er zweckvoll handelt, teils eines der ‚Hemmnisse‘, dessen er, sei es durch möglichst ungefährdete Verletzung ihrer, sei es durch Anpassung an sie, Herr zu werden trachtet, - teils ein ‚Mittel‘, welches er seinen ‚Zwecken‘ dienstbar zu machen sucht, genau im gleichen Sinn wie sein Wissen von irgendeinem anderen Erfahrungssatz.“²⁰ Aber zu einer solchen „objektivierenden Einstellung eines nutzenkalkulierenden und willkürlich entscheidenden Aktors“ darf legitimes zwingendes Recht seine Adressaten nicht nötigen: „Rechtsnormen müssen aus Einsicht befolgt werden können.“²¹

Auf der moralischen Seite ist die Untersuchung eklektizistisch. Sie nimmt aus empirischen Gründen den moralischen Skeptizismus als Ausgangspunkt. Zur Begründung der Bindungskraft ideal geltender Moralnormen greift sie, wie auch sonst wiederholt, auf Überlegungen von Habermas zurück, zur Begründung der Pflicht zur Verrechtlichung einer solchen Norm auf den Rechtsbegriff von Raz. Sie gliedert sich in drei Teile. Sie fragt nach dem Gegenstand der angenommenen Pflicht, also den moralischen Menschenrechten, und nach den sie gewährenden Normen. Sie fragt, wer generell als Träger moralischer Pflichten in Betracht kommt. Nach dem Was und dem Wer der angenommenen Pflicht fragt sie in einem dritten Teil nach ihrem Wie: Was ist unter „Verrechtlichung“ zu ver-

This investigation is based on correspondingly positivist ideas of a separation between morality and law. By “law” it means a compulsory order, i.e. an order of compulsorily enforced norms. Such a norm does not have to be enforceable in the sense that it could actually be enforced even against the will of the person concerned,¹⁸ provided that “the manner of orientation towards it has any ‘legal consequences’ at all.”¹⁹ The motivation on which the enforceability of the norm depends, in the sense of this definition, is not based on the norm itself, nor on the order of the legal consequences as such, but rather on the opportunity of their realization, i.e. on empirical aspects: The knowledge of this opportunity “is for the acting person one of the determinants of his conduct, and that, as far as he acts purposefully, partly one of the ‘obstacles’, of which he strives to become master, either by violating them as safely as possible or by adapting to them, - partly a ‘means’, which he tries to make serve his ‘ends’, precisely as with his knowledge of any other set of experiences.”²⁰ But legitimate, compulsory law must not force its addressees into such an “objectivating attitude of an actor who freely decides on the basis of utility calculations”: Legal norms must allow for being adhered to [i.e. not forced upon those who chose to follow].²¹

On the moral side, the investigation becomes rather eclectic. For empirical reasons, it requires moral skepticism as a point of departure. In order to substantiate the binding force of moral norms that exist in the ideal, it falls back on considerations by Habermas, as it repeatedly does in other respects, and it falls back on Joseph Raz’ legal conception in order to substantiate the duty to juridify such a norm. It is divided into three parts. It posits the object of the assumed duty, i.e. moral human rights, and about the norms granting them. It asks who is generally considered to be the bearer of moral duties. After the What and the Who of the assumed duty, it asks about the How in a third part: What is meant by “juridification” and how is the duty to juridify to be fulfilled? In addition, the inquiry

18 Vgl. *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. Tübingen (1923), 214. „... dürfte der Zwang, welcher zum Wesen des objektiven Rechts gehörig erachtet wird, nur von sehr unklaren Köpfen als physischer Zwang gedacht werden“. - Zwang in diesem Sinne sieht *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, 5. Aufl. Tübingen (1972/1976/1980/1985), 197, nur dann gegeben, wenn der zu Zwingende „lediglich wie ein totes Naturobjekt behandelt“ wird.

19 *Weber* (Fn. 18), 182.

20 *Max Weber*, *Analyse des Begriffs der „Regel“*, in: ders., *Schriften zur Wissenschaftslehre*, hrsg. von Sukale, Stuttgart (1991), 132-175, 163 f.

21 *Jürgen Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl. Frankfurt/Main (1994), 154 (Hervorhebung im Original).

18 See *Hans Kelsen*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Principle problems of state jurisprudence)*, 2nd ed. Tübingen (1923), 214: “... coercion, which is considered to be part of the essence of objective law, should only be thought of as physical compulsion by very unclear minds”. - compulsion is seen as such by *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft Grundriss der verstehenden Soziologie. (Economy and Society. An outline of interpretive sociology.)* 5th ed. Tübingen (1972/1976/1980/1985), 197, only given if the object to be constrained is “merely treated like a dead natural object”.

19 *Weber* (footnote 18), 182.

20 *Max Weber*, *Analyse des Begriffs der “Regel” (Analysis of the concept of “rule”)*, in: *ibid.*, *Schriften zur Wissenschaftslehre*, ed. by Sukale, Stuttgart (1991), 132-175, 163 f.

21 *Jürgen Habermas*, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, translated by William Rehg, Cambridge (MA) (1996), 120. (emphasis in original).

stehen und wie ist die Pflicht zur Verrechtlichung zu erfüllen? Ergänzend bezieht die Untersuchung Aspekte der Lebenswirklichkeit ein, um die praktische Relevanz des durch moralische Argumente gewonnenen Ergebnisses zu belegen. Dem sollen namentlich die abschließend diskutierten Beispiele dienen.

II. DIE FRAGE DER MORALISCHEN MENSCHENRECHTE

1. Moralische Rechte im allgemeinen

Moralische Menschenrechte kann es nur geben, wenn es überhaupt moralische Rechte gibt. Deren Existenz ist nicht unumstritten.²² Das „subjektive Recht“ ist begriffsgeschichtlich als juridischer Begriff entstanden und damit Ausdruck „einer juristischen Begrifflichkeit“.²³ Das schließt es nicht aus, den Begriff in einer reduzierten Form auch als moralischen zu verwenden,²⁴ wobei sich über die Berechtigung des Terminus „Recht“ sicher streiten lässt.²⁵ Für *Lohmann* „ist der Begriff ‚Recht‘ (*right*) eines ‚moralischen Rechts‘ [den] Wandlungen des sich herausgebildeten Begriff [sic] eines ‚subjektiven Rechts‘ *im objektiven* Rechts [sic] *entlehnt*, reduziert aber den Begriff auf das, was allein moralisch zu verstehen ist. ... Statt anerkannter Mitgliedschaft in einer privaten oder öffentlichen Rechtsordnung wird vorausgesetzt, dass alle Mitglieder der moralischen Gemeinschaft einen *moral sense* haben, statt institutionell zu klagen kann die Rechtsinhaberin an die moralische Gemeinschaft *appellieren* und Begründungen verlangen, statt institutioneller Zwangs- und Durchsetzungsmittel kann sie ggf. auf ein System auf moralischer, *affektiver Sanktionen* wie Empörung, Schuld, Scham und Reue etc. vertrauen.“²⁶ Solche Rechte sind nicht nur philosophisch begründbar, sondern auch Teil der Lebenswirklichkeit. Die

22 Instrukтив: Philosophie InDebate, Pro und Contra: Gibt es moralische Rechte? Pro: *Georg Lohmann*, Warum es sinnvoll sein kann, von „moralischen Rechten“ zu sprechen; Contra: *Georg Mohr*, Moralische Rechte gibt es nicht, veröffentlicht am 3. Juli 2017, verfügbar unter <https://philosophie-indebate.de/2924/pro-und-contra-gibt-es-moralische-rechte>.

23 *Habermas* (Fn. 2), 222.

24 Das gilt auch gegenüber der Interpretation von *Andreas Wildt*, Menschenrechte und moralische Rechte, in: Gosepath/Lohmann (Hg.), Philosophie der Menschenrechte, 6. Aufl. Frankfurt/Main (2015), 124-145, 126, dass Habermas „die Idee ‚subjektiver Rechte‘ in der Moral ab[lehne] ..., also die Idee gültiger moralischer Rechtsansprüche von Subjekten“; *ibid.*, 133.

25 Vgl. *Lohmann* (Fn. 8), 67. Dazu etwa *Jeremy Bentham*, Anarchical Fallacies, in: Waldron (Hg.), Nonsense upon Stilts, London (1987), 46-76, 73.

26 *Lohmann* (Fn. 22) (Hervorhebungen im Original); *ders.* (Fn. 8), 65 ff.; *Peter Schaber*, Menschenwürde, Stuttgart (2012), 123; *Wildt* (Fn. 24), 126-128, 133.

includes aspects of everyday reality in order to prove the practical relevance of the result obtained through moral arguments. The example discussed at the end of this article is intended to help achieve this.

II. THE QUESTION OF MORAL HUMAN RIGHTS

1. Moral rights in general

There can only be moral human rights if there are moral rights at all. Their existence is not undisputed.²² The “subjective right” has arisen in the history of concepts as a juridical term and is thus an expression of “a legal concept”.²³ This does not exclude the possibility of using the term in a reduced form, also as a moral one,²⁴ whereby the justification of the term “right” can certainly be disputed.²⁵ For *Lohmann*, “the term ‘right’ from a ‘moral right’ is borrowed from the transformations of the emerging term of a ‘subjective right’ in *objective law*, but reduces the term to that which is to be understood as moral alone. ... Instead of recognized membership in a private or public legal system, it is assumed that all members of the moral community have a *moral sense*; instead of bringing charges institutionally, the holder of rights can *appeal* to the moral community and demand justification; instead of institutional means of coercion and enforcement, it can, if necessary, rely on a system of moral, *affective sanctions* such as indignation, guilt, shame and remorse, etc.”²⁶ Such rights are not only philosophically justifiable but also part of everyday life. The existence of norms that grant moral rights defined in this way can be observed in the sense that people act in the specified way, assuming that these norms are binding.²⁷

22 Instructive: Philosophie InDebate, Pro und Contra: Gibt es moralische Rechte? (*Do moral rights exist?*) Pro: *Georg Lohmann*, Warum es sinnvoll sein kann, von „moralischen Rechten“ zu sprechen (*Why it can make sense to speak of “moral rights”*); Contra: *Georg Mohr*, Moralische Rechte gibt es nicht (*Moral rights do not exist*), published on 3 July 2017, available at <https://philosophie-indebate.de/2924/pro-und-contra-gibt-es-moralische-rechte>.

23 *Habermas* (footnote 2), 222.

24 This also applies to the interpretation of *Andreas Wildt*, Menschenrechte und moralische Rechte (*Human rights and moral rights*), in: Gosepath/Lohmann (eds.), Philosophie der Menschenrechte (*Philosophy of Human Rights*), 6th ed. Frankfurt/Main (2015), 124-145, 126, that Habermas “rejects the idea of ‘subjective rights’ in morality ..., that is, the idea of existent moral legal claims of subjects”; *ibid.*, 133.

25 See *Lohmann* (footnote 8), 67. For example *Jeremy Bentham*, Anarchical Fallacies, in: Waldron (ed.), Nonsense upon Stilts, London (1987), 46-76, 73.

26 *Lohmann* (footnote 22) (emphasis in original); *ibid.* (footnote 8), 65 ff.; *Peter Schaber*, Menschenwürde (Human dignity), Stuttgart (2012), 123; *Wildt* (footnote 24), 126-128, 133.

27 See also *Tugendhat* (footnote 6), 348. *Mohr*’s categorical assertion (footnote 22): “Moral rights do not exist” concerns a charged concept of moral rights and uses “does not exist” idiosyncratically.

Existenz von Normen, die so definierte moralische Rechte gewähren, lässt sich in dem Sinne beobachten, dass Menschen in der angegebenen Weise agieren und dabei von der Verbindlichkeit dieser Normen ausgehen.²⁷

2. Sozial und ideal geltende Moralnormen

Zwischen moralischen Rechten und Moralnormen besteht ein notwendiger Zusammenhang; „stets dann ..., wenn ein Recht existiert, muss eine Norm gelten, die dieses Recht gewährt.“²⁸ Moralische Rechte werden von Moralnormen gewährt, die ideal und/oder sozial gelten. Damit werden die Normen als logisches prius angesehen. Das ist nicht unbestritten: Nach einem induktiven Ansatz steht dem Menschen ein Recht dann zu, wenn ein Aspekt seines Wohlergehens dies rechtfertigt und dieser Aspekt so gewichtig ist, dass anderen eine entsprechende Pflicht obliegt.²⁹ Der gleichwohl notwendige Zusammenhang zwischen Rechten und Normen lässt sich hier so verstehen, dass die induktiv begründeten Rechte von einer Moralnorm gewährt werden, deren Tatbestand den Sachverhalt wiedergibt, der das entsprechende moralische Recht rechtfertigt.

Moralnormen gelten sozial oder existieren,³⁰ wenn eine Gesellschaft, Gruppe oder ein Individuum nach ihnen beobachtbar lebt, sie also weitgehend beachtet werden (und ihre Verletzung weitgehend moralisch sanktioniert wird), wobei die „weitgehende“ Beachtung auch auf eine Graduierung der Geltung verweist.³¹ Sozial geltende Moralnormen gewähren moralische Rechte, wie sie vorstehend angesprochen wurden. Freilich sind solche Normen nicht zwangsläufig im allgemein akzeptierten Sinn der Menschenrechte „gut“; auch die Norm, die die Geschlechtsverstümmelung von Mädchen vorschreibt, hat in manchen Gesellschaften soziale Geltung. Die soziale Geltung von Moralnormen ist regelmäßig raum-zeitlich beschränkt und nur ausnahmsweise universell.

27 Vgl. auch *Tugendhat* (Fn. 6), 348. Die kategorische Behauptung von *Mohr* (Fn. 22): „Moralische Rechte gibt es nicht“ betrifft einen aufgeladenen Begriff des moralischen Rechts und verwendet das „gibt es nicht“ idiosynkratisch.

28 So für Rechte und Normen generell *Robert Alexy*, Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 8), 244-264, 246.

29 Vgl. *Joseph Raz*, Human Rights in the Emerging World Order, *Transnational Legal Theory* 1 (2010), 31-47, 36 f. *Ibid.*, 43, betont Raz „the need to establish a case for holding others to be under a duty to secure ... the right-holders' enjoyment of the rights“. Vgl. auch *Allen Buchanan*, *The Heart of Human Rights*, Oxford (2013), 58.

30 *Christoph Lumer*, Geltung, Gültigkeit, in: Sandkühler (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie*, Bd. 1, Hamburg (1999), 450-455, 453.

31 So etwa *Max Weber*, *Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte*, Tübingen (1922), 17; auch *Habermas* (Fn. 21), 47.

2. Social and ideal moral standards

There is a necessary link between moral rights and moral norms; “whenever a right exists, a norm granting that right must apply.”²⁸ Moral rights are granted by moral norms that are ideal and/or social. Thus, the norms are considered to be *a priori*. This is not uncontested: An inductive approach would have it that a person is entitled to a right if an aspect of his or her wellbeing justifies it and if this aspect is so important that others have a corresponding duty to observe it.²⁹ The connection between rights and norms, which is nevertheless necessary, can be understood here as meaning that the inductively established rights are granted by a moral norm whose state of affairs reflect the facts that justify the corresponding moral right.

Moral norms apply socially or exist,³⁰ if a society, group or individual lives observably according to them, i.e. they are largely observed (and their violation is largely morally sanctioned), whereby “largely” observed also refers to a grade of existence.³¹ Socially existent moral standards grant moral rights such as those mentioned above. Of course, such norms are not necessarily “good” in the generally accepted sense of human rights; even the norm that prescribes the sexual mutilation of girls exists socially in some societies. The social existence of moral norms is regularly limited in space and time; universality is quite exceptional.

28 Thus for rights and norms in general *Robert Alexy*, Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat (*The Institutionalization of Human Rights in a Democratic Constitutional State*), in: Philosophie der Menschenrechte (*Philosophy of human rights*) (footnote 8), 244-264, 246.

29 See *Joseph Raz*, Human Rights in the Emerging World Order, *Transnational Legal Theory* 1 (2010), 31-47, 36 f. *Ibid.*, 43, Raz stresses “the need to establish a case for holding others to be under a duty to secure ... the right-holders' enjoyment of the rights“. See also *Allen Buchanan*, *The Heart of Human Rights*, Oxford (2013), 58.

30 *Christoph Lumer*, Geltung, Gültigkeit, (*Applicability, Validity*) in: Sandkühler (ed.), *Enzyklopädie Philosophie* (*Encyclopedia of Philosophy*), Vol. 1, Hamburg (1999), 450-455, 453.

31 E.g. *Max Weber*, *Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte* (*The economy and the social order and power*), Tübingen (1922), 17; also *Habermas* (footnote 21), 29.

Moralnormen ohne soziale Geltung können zunächst nur behauptet werden, was namentlich Philosophen oder Aktivisten tun mögen. Ideale oder moralische Geltung³² wird Moralnormen ohne soziale Geltung etwa zugeschrieben,³³ wenn sie für jedermann einsichtig sind,³⁴ wenn sich ihre inhaltlichen Richtigkeit durch eine moralische Rechtfertigung erweisen lässt³⁵ oder, nach dem sogenannten Universalisierungsgrundsatz, „wenn die Folgen und Nebenwirkungen, die sich aus einer *allgemeinen* Befolgung der strittigen Norm für die Befriedigung der Interessen eines *jeden Einzelnen* voraussichtlich ergeben, von allen *zwanglos* akzeptiert werden können“.³⁶ Von bloßen Normbehauptungen unterscheiden sich solche Normen somit dadurch, dass sie gerechtfertigt werden können.

Die Rechtfertigung einer ideal geltenden Norm verlangt nach einem Bezugsrahmen. Das kommt am klarsten in der Forderung nach einem Erweis der inhaltlichen Richtigkeit der Norm durch eine (beliebige?) moralische Rechtfertigung zum Ausdruck, liegt aber auch dem Verweis auf die Allgemeinheit („jedermann“, „jeder Einzelne“, „alle“) zugrunde, der von einer universellen Moral auszugehen scheint, die einen solchen Rahmen bilden könnte. Ob es eine solche Moral gibt, ist eine offene Frage.³⁷ Evident ist, dass wir diese universelle Moral, wenn es sie gibt, nicht kennen, und dass sie vielleicht noch nie von einer bestimmten Gesellschaft, einer beliebigen Gruppe oder auch nur einem Individuum vorgestellt wurde.³⁸ Vielmehr sind fast alle Fragen der Moral umstritten,³⁹ und es gibt keinerlei Konsens darüber, wie diese Meinungsverschiedenheiten beigelegt werden könnten.⁴⁰ Zwar mag es sein, dass sich dieser – empiri-

Moral norms without social existence can initially merely be asserted, which is what philosophers or activists in particular may do. Ideal or moral existence³² is ascribed to moral norms without social existence³³ if they are comprehensible to everyone,³⁴ if their correctness in content can be proven by moral justification³⁵ or, according to the so-called principle of universalization, “if the consequences and side effects which are likely to result from *general* compliance with the disputed norm for the satisfaction of the interests of *each individual* can be accepted by everyone *without coercion*”.³⁶ Such norms thus differ from mere claims in that they can be justified.

The justification of an ideally applicable standard requires a reference framework. This is expressed most clearly in the demand for proof of the substantive correctness of the norm by means of (any?) moral justification, but it moreover underlies the reference to its general applicability (“everyone”, “each individual”, “all”), which seems to assume a universal morality that could form such a framework. Whether there is such a morality is an open question.³⁷ What is evident is that we do not know this universal morality, if it exists, and that it has perhaps never been presented by any particular society, group or even individual.³⁸ In fact, almost all moral issues are controversial,³⁹ and there is no consensus on how to resolve these differences.⁴⁰ It may be that this – empirical – objection to the assumption of a universal morality can be invalidated “if a principle can be named that allows for fundamental agreement to be brought about in

32 Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg und München (1992), 141 f.; Stefan Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit. Grundlagen eines liberalen Egalitarismus*, Frankfurt/Main (2005), 23.

33 Dagegen Lumer (Fn. 30), 453: „Moralische Normen ... besitzen keine ideale, sondern auch nur eine soziale oder gar juristische Ge[ltung].“ (Hervorhebung im Original).

34 So Bernard Gert und Joshua Gert, *The Definition of Morality*, in: Zalta (Hg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), verfügbar unter <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/morality-definition>.

35 So Alexy (Fn. 32), 141 f. Vgl. auch Rainer Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt/Main (2007), 179.

36 Jürgen Habermas, *Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm*, in: ders., *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt/Main (1983), 53-125, 103 (Hervorhebung im Original).

37 Vgl. etwa Jürgen Habermas, *Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School*, in: *Die Einbeziehung des Anderen* (Fn. 2), 309-398, 335 f.

38 Gert/Gert (Fn. 34).

39 Jeremy Waldron, *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in: George (Hg.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford (1992), 158-187, 171. Natürlich ist diese Form des moralischen Skeptizismus ebenfalls umstritten; vgl. dazu etwa Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Skepticism*, in: Zalta (Hg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), verfügbar unter <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/skepticism-moral/>.

40 Waldron, *ibid.*, 172.

32 Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (*The term and existence of the law*), Freiburg and Munich (1992), 141 f.; Stefan Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit. Grundlagen eines liberalen Egalitarismus* (*Equal justice. Foundations of a liberal egalitarianism*), Frankfurt/Main (2005), 23.

33 In contrast, Lumer (footnote 30), 453: “Moral norms ... possess not an ideal but only a social or even legal existence.” (emphasis in original).

34 Accordingly, Bernard Gert and Joshua Gert, *The Definition of Morality*, in: Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Case 2017 Edition), available at <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/morality-definition>.

35 Accordingly, Alexy (footnote 32), 141 f. See also Rainer Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*. (*Law and Justification. Elements of a constructivist theory of justice*), Frankfurt/Main (2007), 179.

36 Jürgen Habermas, *Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm* (*Discourse ethic – Notes on a foundational program*), in: Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln* (*Moral Consciousness and Communicative Action*), Frankfurt/Main (1983), 53-125, 103 (emphasis in original).

37 See, e.g., Jürgen Habermas, *Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School* (*Response to contributions to a symposium of the Cardozo Law School*), in: *Die Einbeziehung des Anderen* (*The inclusion of the other*) (footnote 2), 309-398, 335 f.

38 Gert/Gert (footnote 34).

39 Jeremy Waldron, *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in: George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford (1992), 158-187, 171. This form of moral skepticism is, of course, also controversial; see for example Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Skepticism*, in: Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), available at <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/skepticism-moral/>.

40 Waldron, *ibid.*, 172.

sche – Einwand gegen die Annahme einer universellen Moral entkräften lässt, „wenn sich ein Prinzip namhaft machen lässt, das Einverständnis in moralischen Argumentationen grundsätzlich herbeizuführen erlaubt“.⁴¹ Doch scheitert dieser Versuch einer Entkräftung, als Verweis auf das Diskursprinzip⁴² verstanden, zum einen an der unabsehbaren Dauer dieses Diskurses, zum anderen daran, dass dieses Prinzip es nicht erlaubt, Wertkonflikte aufzulösen.⁴³ In Ermangelung einer zeitnah erkennbaren universellen Moral – „[i]n the long run we are all dead“⁴⁴ – bestehen unterschiedliche Bezugsrahmen. Moralnormen, die in einem Bezugsrahmen gerechtfertigt werden können, können daher durchaus Moralnormen widersprechen, für die das in einem anderen Bezugsrahmen der Fall ist.

Eine wie auch immer gerechtfertigte ideal geltende Moralnorm ist als solche für niemanden verbindlich. Das relativiert die Aussage: „Als *moralische* Rechte gelten Menschenrechte auch unabhängig von ihrer faktischen Anerkennung und Befolgung.“⁴⁵ Moralische Pflichten können einem Akteur aus einer nur ideal, nicht zugleich sozial geltenden Moralnorm nur erwachsen, wenn diese für ihn pflichtbegründende Geltung erlangt. Für die Beantwortung der Frage, wie das zu denken ist, ist ein Blick auf die Begründung der Verbindlichkeit von Normen hilfreich, die einen „vorgängig eingespielten Wertekonsens“⁴⁶ widerspiegeln, wie er der Erklärung der Stabilität von Verhaltensmustern dienen soll. Diese Verbindlichkeit wird so erklärt, dass die Akteure den „Zwang normativer Ansprüche ... in eigene Motive umsetzen“, was voraussetzt, dass „sie die in den Normen verkörperten Werte verinnerlicht haben“.⁴⁷ Zwar dient die Figur der Internalisierung von Werten, die regelmäßig kein repressionsfreier Vorgang sei, der Erklärung einer daraus resultierenden Gewissensautorität, die für den einzelnen das Bewusstsein von Autonomie mit sich führe, in dem dann „der eigentümlich verpflichtende Charakter ‚geltender‘ sozialer Ordnungen einen Adressaten [finde], der sich aus freien Stücken ‚binden‘“ lasse.⁴⁸ Der Witz dieser Erklärung, die Begründung der Geltung einer sozialen Ordnung, passt zur Verinnerlichung von in nur ideal geltenden Moralnormen verkörperten Werten gerade nicht. Hier kann es am Wertekonsens fehlen; es geht ja gerade darum, „neue“ Menschenrechte zu etablieren, zu denen auch neue moralische Rechte gehören.

moral argumentation“.⁴¹ However, this attempt at invalidation, understood as a reference to the discourse principle,⁴² fails on the one hand because of the incalculable duration of this discourse and on the other because this principle simply does not allow for the resolution of conflicts of values.⁴³ In the absence of a promptly recognizable universal morality – “[i]n the long run we are all dead” –⁴⁴ there are different frames of reference. Moral norms that can be justified in one frame may therefore contradict moral norms that hold in another.

An ideal moral norm, however justified, is not binding as such on anyone. This puts the statement into perspective: “Human rights are *moral* rights even when they are not actually recognized and observed.”⁴⁵ A moral norm having only ideal but no social existence creates duties for an actor only under certain conditions. In order to answer the question of how to think about this, it is helpful to look at the justification for the binding nature of norms that reflect a “pre-established consensus on values”⁴⁶, as it is intended to serve to explain the stability of patterns of behavior. This binding nature is explained such that the actors accept the “force of normative claims will be experienced by actors as externally imposed coercion, unless they make it their own as moral force, that is, unless they convert this force into their own motivations”.⁴⁷ Admittedly, the figure of the internalization of values, which is often not a repression-free process, serves to explain a resulting authority of conscience, which bears with it a consciousness of autonomy for the individual, in which “the peculiarly obligating character of ‘existing’ social orders find an addressee who ‘binds’ himself of his own free will”.⁴⁸ The thing about this declaration, the justification of the existence of a social order, is that it does not fit the internalization of values embodied in merely ideal moral norms. There may be a lack of consensus on values here; it is precisely a matter of establishing “new” human rights, which also include new moral rights.

41 Habermas (Fn. 36), 66.

42 Habermas (Fn. 21), 676: „Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.“

43 Habermas (Fn. 37), 321.

44 John Maynard Keynes, A Tract on Monetary Reform, London (1923), 80.

45 Gosepath (Fn. 32), 23 (Hervorhebung im Original); ders. (Fn. 6), 198.

46 Habermas (Fn. 21), 91, unter Berufung auf Durkheim.

47 Ibid.

48 Ibid.

41 Habermas (footnote 36), 66.

42 Habermas (footnote 21), 459. “Only those norms of action are valid to which all possibly affected persons could assent as participants in rational discourses.”

43 Habermas (footnote 37), 321.

44 John Maynard Keynes, A Tract on Monetary Reform, London (1923), 80.

45 Gosepath (footnote 32), 23 (emphasis in original); *ibid.* (footnote 6), 198.

46 Habermas (footnote 21), 67, with reference to Durkheim.

47 Ibid.

48 Ibid.

Doch steht das nicht dem entgegen, die Verinnerlichung auch solcher Werte als Begründung einer Gewissensautorität und damit als pflichtbegründend anzusehen, wenn sie auf der bindenden Kraft rational motivierter Überzeugungen beruht.⁴⁹ Pflichtbegründende Geltung erlangt eine nur ideal geltende Moralnorm demnach für einen Akteur, der die in ihr verkörperten Werte aufgrund solcher Überzeugungen verinnerlicht und die Norm damit als bindend akzeptiert.⁵⁰ Für eine anderweitig noch nicht gerechtfertigte, also nur behauptete Moralnorm können rational motivierter Überzeugungen den Bezugsrahmen bilden, in dem sie gerechtfertigt und damit zur pflichtbegründenden Moralnorm werden kann.

Ideal geltende Moralnormen können – müssen aber nicht – zugleich soziale Geltung haben. Auch sonst bestehen Querverbindungen zwischen Moralnormen sozialer und idealer Geltung. So lässt es sich aus internationaler Sicht als soziale Geltung von Moralnormen auch ansehen, wenn diese auf nationaler Ebene, etwa in Form von Grundrechten, „anerkannt“ worden sind und ihre Beachtung demgemäß im nationalen Gebiet von Staats wegen durchgesetzt wird.⁵¹ Umgekehrt ist die Annahme, dass der Gesetzgeber, der eine juristische MR-Norm erlässt, damit zugleich eine inhaltsgleiche Moralnorm behauptet, plausibel, wenn man davon ausgeht, dass das Recht und damit der Gesetzgeber Anspruch auf legitime Autorität erhebt.⁵² Zudem kann außerhalb ihres jeweiligen Geltungsbereichs auch jede sozial geltende Moralnorm als Normbehauptung angesprochen werden.

3. Moralische Menschenrechte

Moralische Rechte können als Rechte verstanden werden, die alle Menschen gegeneinander haben.⁵³ Das gilt auch für Menschenrechte,⁵⁴ die aber zugleich (oder in erster Linie) gegen den Staat gerichtet sind.⁵⁵ Nicht alle moralischen Rechte sind Menschenrechte.⁵⁶ Ob ein bestimmtes moralisches Recht ein Menschenrecht ist, ist eine Frage

But that does not prevent the internalization of such values as well from being regarded as the foundation of an authority of conscience and thus as the grounds for a duty, if it is based on the binding force of rationally motivated convictions.⁴⁹ Accordingly, a moral norm that exists only in the ideal becomes obligatory for an actor who internalizes the values embodied in it on the basis of such convictions and thus accepts the norm as binding.⁵⁰ For a moral norm that is not yet justified elsewhere, i.e. only asserted, rational motivated convictions can form the frame of reference in which it can be justified and thus become a moral norm that justifies the duty to juridify.

Ideally existent moral norms can – but need not – have social existence at the same time. There exist other cross connections between moral norms of social and ideal existence as well. From an international perspective, the social existence of moral norms can also be regarded thusly if they have been “recognized” at the national level, for example in the form of constitutional rights, and their observance is accordingly enforced by the state in the national territory.⁵¹ Conversely, the assumption that the legislator who enacts a juridical human rights norm, thereby simultaneously asserting a moral norm with the same content, is plausible if one assumes that the law, and thus the legislator, claims legitimate authority.⁵² In addition, any socially existent moral norm outside its respective area of application can also be addressed as a norm assertion.

3. Moral human rights

Moral rights may be understood as rights that all people have vis-a-vis one another.⁵³ This also applies to human rights,⁵⁴ but these stand out as also (or primarily) being claimed by people from the state.⁵⁵ Not all moral rights are human rights.⁵⁶ Whether a particular moral right is a human right is a question of more or less arbitrary definition. Such

49 *Habermas* (Fn. 21), 43.

50 Ähnlich *Wildt* (Fn. 24), 137: „... dass jemand genau dann eine moralische Verpflichtung hat, wenn er (mit anderen) die affektiven und kognitiven Fähigkeiten dazu teilt, an die moralische Gültigkeit dieser Verpflichtung rationalerweise zu glauben und sie zu empfinden“.

51 *Habermas* (Fn. 21), 57, spricht von „ein[em] Stück artifiziell erzeugter sozialer Realität“.

52 Dazu vgl. *Joseph Raz*, *The Authority of Law*, 2. Aufl. Oxford (2009), 28 ff.

53 So etwa *Tugendhat* (Fn. 6), 349.

54 Vgl. etwa *Peter Kirchschräger*, *Ethik und Menschenrechte*, *Ancilla Iuris* (anci.ch) (2014), 59–98, 65.

55 Vgl. etwa *James Nickel*, *Human Rights*, in: Zalta (Hg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2013 Edition), verfügbar unter <https://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/rights-human>, sub 1, Abs.3: „They are not ordinary moral norms applying mainly to interpersonal conduct (such as prohibitions of lying and violence).“ In späteren Auflagen findet sich der Satz nicht mehr.

56 *Nickel* (Fn. 12), sub 3: „Not every question of social justice or wise governance is a human rights issue.“

49 *Habermas* (footnote 21), 26.

50 Similarly, *Wildt* (footnote 24), 137: „...that someone has a moral duty precisely when he shares (with others) the affective and cognitive capacities to rationally believe and feel the moral existence of that commitment“.

51 *Habermas* (footnote 21), 38, speaks of “artificial layer of social reality”.

52 See *Joseph Raz*, *The Authority of Law*, 2. ed. Oxford (2009), 28 ff.

53 E.g., *Tugendhat* (footnote 6), 349.

54 See, e.g., *Peter Kirchschräger*, *Ethik und Menschenrechte* (*Ethics and Human Rights*), *Ancilla Iuris* (anci.ch) (2014), 59–98, 65.

55 See, e.g., *James Nickel*, *Human Rights*, in: Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2013 Edition), available at <https://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/rights-human>, sub 1, para.3: “They are not ordinary moral norms applying mainly to interpersonal conduct (such as prohibitions of lying and violence).” In later editions this sentence is no longer to be found.

56 *Nickel* (footnote 12), sub 3: “Not every question of social justice or wise governance is a human rights issue.”

der mehr oder weniger willkürlichen Definition. Solche Definitionen stellen Menschenrechte generell als in der einen oder anderen Weise spezielle moralische Rechte dar,⁵⁷ ohne dass über die hierfür maßgeblichen Kriterien Einigkeit bestünde.⁵⁸ Eine klassische Definition besagt, dass Menschenrechte moralische Rechte seien, die alle Menschen schlicht kraft ihres Menschseins besäßen,⁵⁹ wobei unterschiedliche Ansätze auf unterschiedliche Aspekte dessen abstellen, was es heißt, ein Mensch zu sein.⁶⁰ Aus dieser Definition scheint zu folgen, dass Menschenrechte universelle Geltung haben, weil sie Menschenrechte sind, dass Universalität also Folge ihrer anderweit bestimmten Menschenrechtseigenschaft ist. Allerdings lässt diese Aussage offen, ob die Universalität synchronisch oder diachronisch gedacht ist, also (nur) alle heute lebenden Menschen oder alle Menschen, die je gelebt haben und die je leben werden, erfasst. Da viele positivierte Menschenrechte auf gesellschaftliche Eigenschaften der Jetztzeit verweisen, ist die Annahme einer diachronischen Universalität moralischer Menschenrechte wenig plausibel,⁶¹ wenn man von einem Menschenrechtsbegriff ausgeht, der der aktuellen Menschenrechtskultur gerecht zu werden sucht.⁶² Zudem ist auch die synchronische Universalität der Menschenrechte namentlich unter dem Gesichtspunkt der kulturellen und religiösen Unterschiede zwischen verschiedenen Gesellschaften umstritten.⁶³ Für „neue“ Menschenrechte stellt sich die Frage so nicht.⁶⁴

Menschenrechte sollen weiter dadurch ausgezeichnet sein, dass sie so allgemein sind, dass sie „ausschließlich unter dem moralischen Gesichtspunkt begründet werden können“,⁶⁵ oder dadurch, dass sie von einer „moralischen Rechtsgemein-

definitions generally present human rights as special moral rights in one way or another,⁵⁷ without there being any agreement on the relevant criteria.⁵⁸ A classical definition states that human rights are moral rights which all people possess simply by virtue of their humanity,⁵⁹ whereby different approaches focus on different aspects of what it means to be human.⁶⁰ It seems to follow from this definition that human rights have universal existence simply by virtue of being human rights, that universality is the consequence of their otherwise determined human rights status. However, this statement leaves open whether universality is thought of synchronously or diachronically, i.e. (only) covers all people living today or all people who have ever lived and who ever will live. Since many positive human rights refer to social characteristics of the present time, the assumption of a diachronic universality of moral human rights is not very plausible,⁶¹ if one starts out from a human rights concept that tries to do justice to the current human rights culture.⁶² Moreover, the synchronic universality of human rights is also controversial, particularly in view of the cultural and religious differences between different societies.⁶³ For “new” human rights the question does not arise in this manner.⁶⁴

Human rights should further be distinguished by the fact that they are so general that they “can be justified *exclusively* from a moral point of view”,⁶⁵ or by the fact that they have been publicly declared as rights by a “moral legal community”.⁶⁶ Occasion-

57 Vgl. *Raz* (Fn. 29), 39: „they are thought to combine exceptional importance and universality“.

58 Terminologisch ist der Begriff „exceptionally indeterminate“, „nearly criterionless“: *James Griffin*, On Human Rights, Oxford (2008), 14-18. Für *dens.*, Do children have rights?, in: Archard/Macleod (Hg.), The Moral and Political Status of Children, Oxford (2002), 19-30, beruht denn auch das moralische Verbot, Babys zum Spaß zu foltern, auf keiner MR-Norm, weil Babys nicht handlungsfähig sind. Vgl. auch *Joseph Raz*, Human Rights without Foundations, in: Besson/Tasioulas (Hg.), The Philosophy of International Law, Oxford (2010), 321-337, 336 f.: „There is not enough discipline underpinning the use of the term ‚human rights‘ to make it a useful analytical tool.“ Zum Ganzen *Tasioulas* (Fn. 6), 17-59.

59 Etwa *Tasioulas* (Fn. 6), 26, der diese Definition anschließend präzisiert. *Griffin*, On Human Rights (Fn. 58), 2, bezeichnet diesen Begriff als „[t]he secularized notion that we were left with at the end of the Enlightenment“.

60 Vgl. die Liste bei *Nickel* (Fn. 12), sub 2.2.

61 *Tasioulas* (Fn. 6), 35 f.

62 Dazu *ibid.*, 18.

63 Vgl. etwa *Henry Shue*, Menschenrechte und kulturelle Differenz, in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 8), 343-377.

64 Vgl. Text nach Fn. 75.

65 *Habermas* (Fn. 2), 223.

57 See *Raz* (footnote 29), 39: “they are thought to combine exceptional importance and universality”.

58 Terminologically, the term “exceptionally indeterminate” is “almost criterionless”: *James Griffin*, On Human Rights, Oxford (2008), 14-18. For *Griffin* “Do children have rights?”, in: Archard/Macleod (eds.), The Moral and Political Status of Children, Oxford (2002), 19-30, the moral prohibition of torturing babies for fun is not based on any human rights norm because babies are not capable of acting. See also *Joseph Raz*, Human Rights without Foundations, in: Besson/Tasioulas (eds.), The Philosophy of International Law, Oxford (2010), 321-337, 336 f.: “There is not enough discipline underpinning the use of the term ‘human rights’ to make it a useful analytical tool.” For the whole of *Tasioulas* (footnote 6), 17-59.

59 E.g., *Tasioulas* (footnote 6), 26, who subsequently clarifies this definition. *Griffin*, On Human Rights (footnote 58), 2, describes this term as “[t]he secularized notion that we were left with at the end of the Enlightenment”.

60 See the list in *Nickel* (footnote 12), sub 2.2.

61 *Tasioulas* (footnote 6), 35 f.

62 More on this: *ibid.*, 18.

63 See, e.g., *Henry Shue*, Menschenrechte und kulturelle Differenz (*Human rights as cultural difference*), in: Philosophie der Menschenrechte (*Philosophy of Human Rights*) (footnote 8), 343-377.

64 See text from footnote 75.

65 *Habermas* (footnote 2), 223.

66 *Georg Lohmann*, Zur moralischen, juristischen und politischen Dimension der Menschenrechte (*On the moral, juridic and political dimension of human rights*), in: Sandkühler (ed.), Recht und Moral (*Law and Moral*), Frankfurt/Main (2010), 135-150, 142.

schaft“ öffentlich als Rechte erklärt worden sind.⁶⁶ Gelegentlich wird es als Teil der Definition eines Menschenrechts angesehen, dass es immer *pro tanto*-Gründe dafür gebe, dieses moralische Recht zu juridifizieren.⁶⁷ Politische Menschenrechtskonzeptionen stellen zudem darauf ab, dass Staaten bei der Verletzung von Menschenrechten keine Immunität vor Eingriffen anderer Staaten genießen,⁶⁸ also auf etwas, das Menschenrechte bewirken mögen. Auch ist nicht immer klar, ob eine Definition rein moralische oder juridifizierte Menschenrechte meint. So heißt es, Menschenrechte seien „zu einem global wirksamen, normativen Maßstab der Menschheit geworden“;⁶⁹ sie hätten „in begründungstheoretischer und *positiv-rechtlicher* Hinsicht einen herausgehobenen Status“.⁷⁰ Die Aufstellung belegt, dass es keine anerkannte oder objektive Methode gibt, um moralische MR-Normen von anderen Moralnormen zu unterscheiden.⁷¹

Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung, die ungewissen – „neuen“ – Menschenrechten gilt, kommt es auf eine exakte Definition moralischer Menschenrechte denn auch nicht an. Die Beantwortung der Frage, ob eine moralische Pflicht zur Juridifizierung solcher Rechte bestehe, richtet sich nicht danach, ob diese nach der einen oder anderen Definition als Menschenrechte begriffen werden. Auch das moralische Verbot, Babys zum Spaß zu foltern,⁷² war unabhängig davon zu verrechtlichen, ob es auf einem Menschenrecht beruht. Es muss genügen, dass diese Rechte in irgendeiner Weise als Menschenrechte aufgefasst werden können, namentlich in Zusammenhang mit einem der in der AEMR aufgeführten Rechte stehen.⁷³ Auf eine terminologische Unterscheidung zwischen moralischen MR-Normen und sonstigen Moralnormen kann deshalb verzichtet werden.⁷⁴

ally it is considered part of the definition of a human right that there are always *pro tanto* reasons for juridifying this moral right.⁶⁷ Political concepts of human rights also aim to ensure that states do not enjoy immunity from interference by other states in the event of human rights violations,⁶⁸ in other words, that they are based on something that human rights aims to achieve. It is also not always clear whether any one definition is referring to purely moral or juridified human rights. It is said that human rights have “become a globally effective, normative standard for humanity”;⁶⁹ they have “an elevated status in terms of the justification theory and *positive law*”.⁷⁰ This list shows that there is no recognized or objective method to distinguish moral human rights norms from other moral norms.⁷¹

For the purposes of the present inquiry, which applies to uncertain – “new” – human rights, it is not important to define moral human rights with extreme precision. The answer to the question of whether there is a moral duty to juridify such rights does not depend on whether they are understood as human rights according to one definition or another. Furthermore, the moral prohibition to torture babies for fun⁷² has also been enshrined in law, and that regardless of any a human rights basis. It must suffice that these rights can be interpreted in some way as human rights, in particular in connection with one of the rights listed in the UDHR.⁷³ A terminological distinction between moral human rights norms and other moral norms can therefore be dispensed with.⁷⁴

66 Georg Lohmann, Zur moralischen, juristischen und politischen Dimension der Menschenrechte, in: Sandkühler (Hg.), *Recht und Moral*, Frankfurt/Main (2010), 135-150, 142.

67 Habermas (Fn. 1), 183; Raz (Fn. 29), 43 f.; dagegen Tasioulas (Fn. 6), 41 ff.

68 Raz (Fn. 58), 336. Weitere Nachweise bei Nickel (Fn. 12), sub 2.3. Vgl. auch Tasioulas (Fn. 6), 43 ff.

69 Gosepath (Fn. 6), 195. An der empirischen Basis dieses Ansatzes, der als Momentaufnahme „in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts“ zutreffend gewesen sein mag, sind Zweifel erlaubt. Aus heutiger Sicht lässt sich von einer globalen Wirksamkeit der Menschenrechte kaum (mehr) sprechen. Aber selbst die seinerzeitige Momentaufnahme ist zweifelhaft: Was soll es heißen, dass „die Menschenrechte *faktisch* als gemeinsamer moralischer Standard“ akzeptiert würden, wenn das „teilweise nur ein Lippenbekenntnis“ sei? (ibid.; Hervorhebung nur hier).

70 Ibid. (Hervorhebung nur hier)

71 Besson (Fn. 5), 28; dies. (Fn. 7), 284, vermeidet den Begriff „human rights“ für Rechte, mit denen sich das Recht nicht befasst hat. Vgl. auch Habermas (Fn. 21), 135 f.

72 Vgl. Fn. 58.

73 Das entspricht dem Desiderat von Tasioulas (Fn. 6), 18 und passim, dass eine Menschenrechtstheorie der Menschenrechtskultur gerecht werde („fidelity“), wie sie sich insbesondere in der AEMR kristallisiert habe.

74 Gegen die mehr oder weniger synonyme Verwendung von „human rights“ und „moral rights“ etwa Gerhard Ernst, *Universal human rights and moral diversity*, in: *The Philosophy of Human Rights* (Fn. 6), 231-247, 234.

67 Habermas (footnote 1), 183; Raz (footnote 29), 43 f.; by contrast Tasioulas (footnote 6), 41 ff.

68 Raz (footnote 58), 336. Further evidence in Nickel (footnote 12), sub 2.3. See also Tasioulas (footnote 6), 43 ff.

69 Gosepath (footnote 6), 195. One may doubt the empirical basis of this approach, which may have been accurate as a snapshot “in the second half of the 20th century”. From today’s perspective, it is hardly (any longer) possible to speak of a global effectiveness of human rights. But even the present snapshot is doubtful: What does it mean that “human rights would *in fact* be accepted as a common moral standard” if this were “partly just lip service”? (ibid., emphasis only here).

70 Ibid. (Emphasis only here)

71 Besson (footnote 5), 28; ibid. (footnote 7), 284, avoids the term “human rights” for rights that the law has not dealt with. See also Habermas (footnote 21), 134-5.

72 See footnote 58.

73 This corresponds to the desideratum of Tasioulas (footnote 6), 18 and passim, that a human rights theory does justice to the human rights culture (“fidelity”), as it has crystallized in the UDHR in particular.

74 Against the more or less synonymous use of “human rights” and “moral rights”, for example Gerhard Ernst, *Universal human rights and moral diversity*, in: *The Philosophy of Human Rights* (footnote 6), 231-247, 234.

4. Moralnormen

Der Terminus „Menschenrechte“ bezeichnet sowohl Rechte wie Normen.⁷⁵ Geht man davon aus, dass Rechte von Normen gewährt werden, dann richtet sich die Antwort auf die Frage nach der Universalität eines Menschenrechts nach der dieses Recht gewährenden Norm. Ist das eine ideal geltende Moralnorm, so gilt diese, soweit ihre Rechtfertigung nicht an Raum und Zeit gebunden ist, grundsätzlich universell und ewig.⁷⁶ Allerdings gewährt eine solche Norm Rechte nur gegen einen Akteur, der die in ihr verkörperten Werte verinnerlicht hat. Ist es hingegen eine sozial geltende Norm, so ist deren Anwendungsbereich regelmäßig raumzeitlich beschränkt. Von der sozialen Geltung auch herkömmlicher Menschenrechte kann jedenfalls nicht umfassend die Rede sein.⁷⁷ Betrachtet man den Katalog der AEMR, so lassen sich als weltweit sozial geltend allenfalls Normen zum Schutz menschlichen Lebens betrachten. Sklaverei- und Folterverbote, Normen zum Schutz der persönlichen Freiheit, der Religions-, der Meinungs- und der Versammlungsfreiheit oder gar von LGBT-Rechten oder des Rechts auf ein faires Verfahren haben, wie jeder Blick in die Tagespresse und die Menschenrechtsberichte der einschlägig befassen staatlichen Stellen und NGOs⁷⁸ erweist, jedenfalls als Rechte gegen den Staat keine weltweite, sondern bestenfalls regionale soziale Geltung.

III.

DIE FRAGE NACH DEN POTENTIELLEN TRÄGERN MORALISCHER PFLICHTEN

Vor der Erörterung einer moralischen Pflicht zur Verrechtlichung moralischer Menschenrechte stellt sich die Frage, wer generell moralische Pflichten haben kann und damit als Träger einer solchen Pflicht in Betracht kommt: „wir“,⁷⁹ die

⁷⁵ Vgl. etwa *Habermas* (Fn. 2), 221; *Besson* (Fn. 7), 279: „When they are approached as legal norms, human rights ...“; *Nickel* (Fn. 12), „Human rights are norms“ (Introduction, eingangs). „Human rights are rights.“ (sub1 (1), eingangs).

⁷⁶ Zur „ewigen“ Geltung einmal entstandener Werte vgl. *Joseph Raz*, *The Practice of Value*, *The Tanner Lectures on Human Value* 23 (2002), 113-150, 118 f., 130. Für ideal geltende Moralnormen muss Entsprechendes gelten. So spricht *Habermas* (Fn. 21), 666, von dem „im sozialen Raum und in der historischen Zeit entgrenzte[n] moralische[n] Universum“.

⁷⁷ Vgl. etwa *Ingo Richter*, Einleitung, in: ders. (Hg.), *Transnationale Menschenrechte: Schritte zu einer weltweiten Verwirklichung der Menschenrechte*, Opladen (2008), 9, 16 ff., 29.

⁷⁸ Etwa Amnesty International, Report 2019, verfügbar unter <https://www.amnesty.de/informieren/amnesty-report/amnesty-report-2019>; Human Rights Watch, World Report 2020, verfügbar unter <https://www.hrw.org/world-report/2020>; US State Department, Country Reports on Human Rights Practices for 2018, verfügbar unter <https://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/humanrightsreport>.

⁷⁹ Vgl. *Lohmann* (Fn. 8), 90.

4. Moral norms

The term “human rights” refers to both rights and norms.⁷⁵ Presuming that rights are granted by norms, then the answer to the question of the universality of a human right is determined by the norm granting that right. If this is a moral norm whose existence is based on an ideal, it is, as far as its justification is not bound to space and time, fundamentally universal and eternal.⁷⁶ However, such a norm grants rights only vis-à-vis an actor who has internalized the values embodied in it. If, on the other hand, it is a socially existent norm, its scope of application is as a rule limited in space and time. In any case, one cannot talk comprehensively about the social existence of even conventional human rights.⁷⁷ If one looks at the catalogue of the UDHR, the only norms that can be regarded as socially existent worldwide are those on the protection of human life. Bans on slavery and torture, standards for protecting personal freedom, freedom of religion, freedom of opinion and assembly, or especially LGBT rights or the right to a fair trial, as every glance at the daily press and the human rights reports of the relevant government agencies and NGOs concerned⁷⁸ shows, are rights versus the state that do not not socially exist by any means globally; at best their social existence remains regional.

III.

THE QUESTION OF POTENTIAL BEARERS OF MORAL DUTIES

Before discussing a moral duty to legalize moral human rights, the question arises as to who overall can even have moral duties and thus be considered as the bearer of such a duty: “we”,⁷⁹ the individual legislators, the law⁸⁰ or the state or its organs.⁸¹ A

⁷⁵ See, e.g., *Habermas* (footnote 2), 221; *Besson* (footnote 7), 279: “When they are approached as legal norms, human rights ...“; *Nickel* (footnote 12), “Human rights are norms“ (Introduction, at the beginning). “Human rights are rights“ (sub1 (1), introductory remarks).

⁷⁶ On the “eternal” existence of values that arise at some point in time, see *Joseph Raz*, *The Practice of Value*, *The Tanner Lectures on Human Value* 23 (2002), 113-150, 118 f., 130. The same must apply to ideally existent moral standards. Thus *Habermas* (footnote 21), 451-2, speaks of the “moral universe, which is unlimited in social space and historical time”.

⁷⁷ See, e.g., *Ingo Richter*, Einleitung (*Introduction*), in: Richter. (ed.), *ransnationale Menschenrechte: Schritte zu einer weltweiten Verwirklichung der Menschenrechte (Transnational Human Rights: Steps towards a worldwide realization of human rights)*, Opladen (2008), 9, 16 ff., 29.

⁷⁸ For example, Amnesty International, Report 2019, available at <https://www.amnesty.de/informieren/amnesty-report/amnesty-report-2019>; Human Rights Watch, World Report 2020, available at <https://www.hrw.org/world-report/2020>; US State Department, Country Reports on Human Rights Practices for 2018, available at <https://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/humanrightsreport>.

⁷⁹ See *Lohmann* (footnote 8), 90.

⁸⁰ *Raz* (footnote 29), 39.

individuellen Gesetzgeber, das Recht⁸⁰ oder der Staat bzw. seine Organe.⁸¹ Dabei ist zwischen Pflichten aus sozial und aus ideal geltenden Moralnormen zu unterscheiden.

1. „Wir“

Es steht außer Frage, dass „wir“ als Menschen moralisch handeln sollen und moralische Pflichten haben können. Damit kommen „wir“ als Träger einer Pflicht zur Verrechtlichung von Moralnormen in Betracht. „Wir sind alle, jeweils einzeln und zusammengenommen, zunächst moralisch aufgefordert, das Menschenrecht in der ganzen Welt zu achten und uns entsprechend zu verhalten.“⁸² Das gilt sowohl für sozial wie für ideal geltende Moralnormen. Freilich können die letzteren nur für diejenigen Pflichten begründen, die sie als bindend akzeptieren, weil sie die in ihnen verkörperten Werte verinnerlicht haben.⁸³

2. Das Recht und der Staat

Hingegen ist umstritten, ob der Staat moralische Pflichten haben kann. Über die Frage, was der Staat ist, bestehen ganz unterschiedliche Auffassungen, die in unterschiedlichen Zusammenhängen ihre Berechtigung haben mögen.⁸⁴ Aus rechtlicher Sicht stechen zwei Aspekte des Staates hervor: Er ist eine Rechtsordnung oder schlicht „das Recht“, und er ist eine juristische Person. Als die Rechtsordnung oder das Recht⁸⁵ kann der Staat – als System von Rechtsnormen oder als abstrakter Begriff – weder handeln noch Pflichten haben.⁸⁶ Nichts anderes gilt, wenn der Staat als „ein[...] bestimmt geartete[r] Ablauf tatsächlichen, oder als möglich konstruierten sozialen Handelns einzelner“, verstanden wird.⁸⁷ Als Gebietskörperschaft und damit als juristische Person hingegen kann der Staat Rechte und Pflichten haben.⁸⁸ Nach der ganz über-

distinction must be made between duties arising from social and ideal moral norms.

1. “We”

There is no question that “we as human beings should act morally and can have moral duties. Thus “we” come into consideration as bearers of a duty to juridify moral norms. “We are all, individually and collectively, morally challenged, first of all, to respect human rights throughout the world and act accordingly.”⁸² This applies to both social and ideal moral norms. Admittedly, the latter can only establish commitments for those which they accept as binding because they have internalized the values embodied therein.⁸³

2. The law and the state

On the other hand, it is disputed whether the state can have moral duties. There are very different views on the question of what the state even is, which may be legitimate according to various contexts.⁸⁴ From a legal perspective, though, two aspects of the state stand out: It is a legal system or simply “the law”, and it is a legal person. As the legal system or law,⁸⁵ the state – as a system of legal norms or as an abstract concept – can neither act nor have duties.⁸⁶ This remains unchanged even if the state is understood as “a certain course of actual or possible constructed social actions of individuals”.⁸⁷ As a territorial entity and thus as a legal person, however, the state can have rights and obligations.⁸⁸ According to overwhelming prevailing opinion in the international law doctrine,⁸⁹ the legal responsibility of the state is to be seen in

80 Raz (Fn. 29), 39.

81 Besson (Fn. 5), 28: „universal moral rights that become human rights create moral duties for institutions ... to recognise and protect human rights“.

82 Gosepath (Fn. 6), 198.

83 Text bei Fn. 46.

84 Zu Unterschieden zwischen den Theorien der Völkerrechtslehre und der Lehre von den internationalen Beziehungen über die Verantwortung des Staates vgl. Sean Fleming, Moral Agents and Legal Persons. The Ethics and the Law of State Responsibility, in: International Theory 9 (2017), 466-489.

85 Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. Wien (1960), 289 ff.

86 Wenn Raz (Fn. 29), 39 demgegenüber „dem Recht“ die moralische Pflicht zuschreibt, „moralische Rechte“ anzuerkennen – „when incorporated into law the relevant legal rights are, rightly, considered to be rights ... recognised by law. They are moral rights we have independently of the law, and that is why the law should recognise ... them“ –, muss er metaphorisch sprechen.

87 Weber (Fn. 31), 6 f. Demgemäß sieht Hans Kelsen, Der Staatsbegriff der „verstehenden Soziologie“, in: Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik 1 n.F. (1921), 104-119, 104 von Weber bestätigt, „dass alle Bemühungen, das Wesen des Staates auf außerjuristischem, insbesondere soziologischem Wege zu bestimmen, immer wieder auf eine mehr oder weniger verdeckte Identifikation des gesuchten Begriffes mit dem Begriff der Rechtsordnung hinauslaufen“.

88 Kelsen (Fn. 85), 293 ff.

81 Besson (footnote 5), 28: “universal moral rights that become human rights create moral duties for institutions ... to recognise and protect human rights”.

82 Gosepath (footnote 6), 198.

83 Text in footnote 46.

84 On the differences between the theories of international law and the theory of international relations regarding the responsibility of the state, see Sean Fleming, Moral Agents and Legal Persons. The Ethics and the Law of State Responsibility, in: International Theory 9 (2017), 466-489.\$

85 Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. (Pure Theory of Law) 2nd ed. Vienna (1960), 298 ff.

86 If Raz (footnote 29), 39 on the other hand, ascribes to “the law” the moral duty to recognize “moral rights” – “when incorporated into law the relevant legal rights are, rightly, considered to be rights ... recognized by law. They are moral rights we have independently of the law, and that is why the law should recognise... them”, he has to be speaking metaphorically.

87 Weber (footnote 31), 6 f. Accordingly, Hans Kelsen, Der Staatsbegriff der “verstehenden Soziologie” (The State Concept of “Understanding Sociology”), in: Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik (Journal of Economics and Social Policy) 1 new edition (1921), 104-119, 104, is in agreement with Weber “that all efforts to determine the nature of the state by extra-legal, in particular sociological means, always result in a more or less concealed identification of the term sought with the concept of legal order”.

88 Kelsen (footnote 85), 293 ff.

89 On this Fleming (footnote 84), passim.

wiegenden Meinung der Völkerrechtslehre⁸⁹ ist die rechtliche Verantwortlichkeit des Staates in ungefährender Analogie zur Haftung des Geschäftsherrn für seine Gehilfen zu sehen: „Auch im Völkerrecht handeln Menschen.“⁹⁰ Diese Analogie lässt sich auf die moralische Verantwortlichkeit des Staates übertragen

Dem steht die Lehre von den internationalen Beziehungen gegenüber, die den Staat als Kollektiv betrachtet.⁹¹ Als Kollektiv, das moralische Pflichten haben kann, lässt sich bereits eine Gruppe von zwei Personen verstehen,⁹² falls diese zum Handeln befähigt ist.⁹³ Aber auch dann, wenn man ein Kollektiv mit einer verbreiteten Meinung⁹⁴ als Gruppe definiert, die unabhängig vom Mitgliederbestand eine eigene überzeitliche Identität hat und über eine Entscheidungsstruktur sowie eine damit verbundene Exekutivfunktion verfügt,⁹⁵ ist der Staat der Prototyp eines Kollektivs. Solche Kollektive simulieren kraft ihrer Entscheidungsstruktur das Verhalten menschlicher Akteure.⁹⁶ Ihnen werden die Fähigkeit, aus Gründen zu handeln,⁹⁷ und damit Handlungsmacht (agency) und moralische Verantwortung zugeschrieben.⁹⁸ Demgemäß wird der Staat in der Theorie der internationalen Beziehungen fast durchgängig als intentionales System, als Person⁹⁹ und damit in Analogie zum Menschen als moralischer Akteur betrachtet – „Staaten sind auch Leute“.¹⁰⁰

Nimmt man die Ansätze der Völkerrechtslehre und der Lehre von den internationalen Beziehungen zusammen, so sprechen gute Gründe dafür, dass der Staat – entweder als moralisch verantwortli-

approximate analogy to the liability of the principal for his assistants: “It is people who act even in international law.”⁹⁰ This analogy can be applied to the moral responsibility of the state.

This contrasts with the doctrine of international relations, which considers the state as a collective.⁹¹ A collective that can have moral duties can already be understood as a group of two people,⁹² if it is capable of acting.⁹³ But even if one defines a collective with a widespread opinion⁹⁴ as group a that has its own supra-temporal identity independent of the membership and has a decision-making structure as well as an associated executive function,⁹⁵ the state is the prototype of a collective. Such collectives simulate the behavior of human actors by virtue of their decision-making structure.⁹⁶ They are attributed the ability to act intentionally, for reasons,⁹⁷ and thus agency and moral responsibility.⁹⁸ Accordingly, in the theory of international relations the state is almost universally regarded as an intentional system, as a person⁹⁹ and thus, in analogy to people, as a moral actor – “states are people, too”.¹⁰⁰

If one takes the approaches of international law doctrine and the doctrine of international relations together, there are good reasons why the state – either as a morally responsible actor¹⁰¹ and thus as

89 Dazu vgl. *Fleming* (Fn. 84), passim.

90 *Andreas von Arnould*, *Völkerrecht*, Heidelberg (2012), Rdn. 384.

91 Z.B. *Bill Wringer*, *Collective Obligations: Their Existence, Their Explanatory Power, and Their Supervenience on the Obligations of Individuals*, *European Journal of Philosophy* 24:2 (2014), 472-497, 475, unter Verweis auf *Peter French*, *Collective and Corporate Responsibility*, New York (1984). *Weber* (Fn. 31), 6 lehnt die Betrachtung des Staates als „Kollektivpersönlichkeit“ ab.

92 *Wringer* (Fn. 91), 479: „On my use of the phrase ‚collective obligation‘, this claim is to be glossed in the following way: there is an obligation which falls neither on A nor on B but on a collective consisting of A and B, or, as I shall sometimes say, of which A and B are members.“

93 *Ibid.*, 484.

94 Vgl. etwa *Alberto Giubilini* und *Neil Levy*, *What in the World is Collective Responsibility?*, in: *dialectica* 72 (2018), 191-217, 198 f., m.w.N.

95 Vgl. *Christian List* und *Philip Pettit*, *Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*, Oxford (2011), 31. Enger die Definition bei *Toni Erskine*, *Kicking bodies and damning souls: The danger of harming “Innocent” individuals while punishing “Delinquent” States*, in: *Ethics & International Affairs* 24 (2010), 261-285, 264 f., die darüber hinaus verlangt, dass das Kollektiv einen Begriff von sich selbst (“a conception of itself”) als Einheit habe.

96 *Philip Pettit*, *Responsibility Incorporated*, *Ethics* 117 (2007), 171-201, 172.

97 *Giubilini/Levy* (Fn. 94), 198.

98 *Pettit* (Fn. 96), 178.

99 *Alexander Wendt*, *The state as person in international theory*, in: *Review of International Studies* 30 (2004), 289-316, 289. *Kelsen* (Fn. 85), 294 f., betrachtet die Rede von der Staatsperson als Metapher.

100 *Alexander Wendt*, *Social Theory of International Politics*, Cambridge (1999), 215 ff.

90 *Andreas von Arnould*, *Völkerrecht (International Law)*, Heidelberg (2012), No. 384.

91 For example *Bill Wringer*, *Collective Obligations: Their Existence, Their Explanatory Power, and Their Supervenience on the Obligations of Individuals*, *European Journal of Philosophy* 24:2 (2014), 472-497, 475, with reference to *Peter French*, *Collective and Corporate Responsibility*, New York (1984). *Weber* (footnote 31), 6 rejects the view of the state as a “collective personality”.

92 *Wringer* (footnote 91), 479: “On my use of the phrase ‘collective obligation’, this claim is to be glossed in the following way: there is an obligation which falls neither on A nor on B but on a collective consisting of A and B, or, as I shall sometimes say, of which A and B are members.”

93 *Ibid.*, 484.

94 See, e.g., *Alberto Giubilini* und *Neil Levy*, *What in the World is Collective Responsibility?*, in: *dialectica* 72 (2018), 191-217, 198 f., with further references.

95 See *Christian List* und *Philip Pettit*, *Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*, Oxford (2011), 31. The definition is narrower for *Toni Erskine*, *Kicking bodies and damning souls: The danger of harming “Innocent” individuals while punishing “Delinquent” States*, in: *Ethics & International Affairs* 24 (2010), 261-285, 264 f., which also requires that the collective has a conception of itself as a unit.

96 *Philip Pettit*, *Responsibility Incorporated*, *Ethics* 117 (2007), 171-201, 172.

97 *Giubilini/Levy* (footnote 94), 198.

98 *Pettit* (footnote 96), 178.

99 *Alexander Wendt*, *The state as person in international theory*, in: *Review of International Studies* 30 (2004), 289-316, 289. *Kelsen* (footnote 85), 294 f., considers talk about the “*Staatsperson*” (state person) to be a metaphor.

100 *Alexander Wendt*, *Social Theory of International Politics*, Cambridge (1999), 215 ff.

cher Akteur¹⁰¹ und damit als „Makroanthropos“¹⁰² oder als „Geschäftsherr“, der für das Handeln seiner Organe auch moralisch verantwortlich ist¹⁰³ – grundsätzlich moralische Pflichten haben kann, einschließlich der Verantwortung für künftiges Handeln, um die es bei der hier erörterten Frage der Pflicht zum Erlass von Rechtsnormen geht.¹⁰⁴ Solche Pflichten kann der Staat freilich nur aufgrund von Normen haben, die ihn binden: Moralische Pflichten zu haben heißt, an Moralnormen gebunden zu sein. Hier ist zu unterscheiden. Als Träger einer Pflicht aus einer ideal geltenden Moralnorm kommt nur in Betracht, wer die in der Norm verkörperten Werte verinnerlicht hat.¹⁰⁵ Das setzt voraus, dass er zu einer Verinnerlichung von Werten fähig ist. Dem Staat als juristischer Person kann eine solche Fähigkeit nicht zugeschrieben werden.¹⁰⁶ Wollte man gleichwohl unterstellen, er habe sie, so müsste er moralische Fragen entscheiden, wenn er die in einer von mehreren konkurrierenden Moralnormen verkörperten Werte verinnerlichen würde. Dazu aber ist er nicht berufen. Er ist nur dazu berufen, einer – insbesondere parlamentarischen, regelmäßig mit Mehrheit getroffenen – Entscheidung über eine moralische Frage rechtliche Wirksamkeit zu verleihen. Daher kann der Staat nicht Träger von Pflichten aus nur ideal geltenden Moralnormen (und damit auch einer Pflicht zu deren Verrechtlichung)¹⁰⁷ sein. Bei sozial geltenden Moralnormen liegen die Verhältnisse anders. Die Bindung an sie setzt keine Verinnerlichung von Werten, sondern nur die weitgehende Beachtung dieser Normen in der Gesellschaft voraus. Träger einer Pflicht aus einer sozial geltenden Moralnorm kann der Staat also sein.

3. Die Organe des Staates

Der Staat als juristische Person kann wie im Recht so auch in der Moral durch seine Organe handeln.¹⁰⁸ Die Organe im juristisch-technischen Sinn können, soweit sie keine Einzelpersonen sind, als Kollektive angesprochen werden. Das gilt namentlich für das Parlament und die Regierung. Als sol-

the “macroanthropos”¹⁰² or as a “principal”, who is also morally responsible for the actions of its organs¹⁰³ – can fundamentally have moral duties. This includes the responsibility for future action, which is the issue at stake in the question of the duty to enact the legal norms discussed here.¹⁰⁴ Of course, the state can only have such obligations on the basis of norms that bind it: Having moral duties means being bound by moral norms. A distinction must be made here. Only those who have internalized the values embodied in the norm can be considered as bearers of a duty from an ideally existent moral norm.¹⁰⁵ This presupposes that they are capable of internalizing values. The state as a legal entity cannot be attributed such an ability.¹⁰⁶ Nevertheless, if one wanted to assume that it had them, it would have to decide moral issues if it were to internalize the values embodied in one of several competing moral norms. But the state is not called upon to do that. It is only called upon to give legal force to a decision – especially parliamentary decisions regularly taken by majority vote – on a moral issue. Therefore, the state cannot be the bearer of duties arising from moral norms that only have ideal existence (and thus also a duty to juridify them)¹⁰⁷. The situation is different with moral norms whose existence is social. Commitment to these does not require the internalization of values; rather, it merely requires the widespread observance of these norms in society. Ergo, the state can be the bearer of a duty arising from a socially existent moral norm.

3. The organs of the state

The state as a legal entity can act in the law, thus also in morality, through its organs.¹⁰⁸ The institutions in the legal and technical sense, insofar as they are not individuals, can be addressed as collectives. This applies in particular to the parliament and the government. As such, they can, like the state itself,

101 So etwa *Anne Schwenkenbecher*, *Moral Obligations of States*, in: *Center for Applied Ethics and Philosophy* (Hg.), *Applied Ethics. Old Wine in New Bottles?*, Sapporo: Center for Applied Ethics and Philosophy, Hokkaido University (2011), 86-93, 87.

102 Dagegen etwa *Hans Kelsen*, *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Wien (1930), 28.

103 Vgl. auch *James Crawford* und *Jeremy Watkins*, *International Responsibility*, in: *Besson/Tasioulas* (Hg.), *The Philosophy of International Law*, Oxford (2010), 283-298, 287.

104 Zu einer solchen „Forward Looking Collective Responsibility“ des Staates vgl. etwa *Marion Smiley*, *Collective Responsibility*, in: *Zalta* (Hg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2017), verfügbar unter <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/collective-responsibility>, sub 7.

105 Text bei Fn. 46.

106 Vgl. *Wendt* (Fn. 99), 311-314.

107 Zu dieser Pflicht vgl. Text bei Fn. 125 ff.

108 Vgl. z.B. *Kelsen* (Fn. 85), 293 ff.

101 As would have, e.g., *Anne Schwenkenbecher*, *Moral Obligations of States*, in: *Center for Applied Ethics and Philosophy* (ed.), *Applied Ethics. Old Wine in New Bottles?*, Sapporo: Center for Applied Ethics and Philosophy, Hokkaido University (2011), 86-93, 87.

102 In contrast, *Hans Kelsen*, *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung (The state as integration. A debate on principles)*, Vienna (1930), 28.

103 See also *James Crawford* and *Jeremy Watkins*, *International Responsibility*, in: *Besson/Tasioulas* (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford (2010), 283-298, 287.

104 On such a “Forward Looking Collective Responsibility” of the state see for instance *Marion Smiley*, *Collective Responsibility*, in: *Zalta* (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2017), available at <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/collective-responsibility>, sub 7.

105 Text in footnote 46.

106 See *Wendt* (footnote 99), 311-314.

107 On this duty, see the text in footnote 125 ff.

108 See, e.g., *Kelsen* (footnote 85), 293 ff.

che können sie, wie der Staat selbst, Träger moralischer Pflichten sein. Die bei diesem genannten Gründe sprechen jedoch gegen die Möglichkeit einer Bindung solcher Organe des Staates an nur ideal geltende Moralnormen.

Daneben können die natürlichen Personen, die Organwalter oder moralische Organe des Staates¹⁰⁹ sind, als „ganze Menschen“¹¹⁰ Träger moralischer Pflichten sein, die sich sowohl aus sozial wie aus ideal geltenden Moralnormen ergeben können. Als solche Organe in Betracht kommen namentlich die individuellen Gesetzgeber, denen die parlamentarische Beratung und die Abstimmung über Bestimmungen obliegen, deren Sinn juristische MR-Normen sind, daneben auch Mitglieder solcher Organe, die das Gesetzesinitiativrecht haben, in Deutschland und in vielen anderen Staaten namentlich der Regierung, und deren Mit- und Zuarbeiter, soweit sie in dieser Funktion (und nicht als Exekutive im engeren Sinne) tätig sind. Auf völkerrechtlicher Ebene kommen als moralische Organe des Staates namentlich erneut Mitglieder der Regierung, soweit sie Vertragsverhandlungen führen oder beaufsichtigen, und, im Rahmen ihres jeweiligen Mandats, Verhandlungsführer und ihre Mitarbeiter in Betracht. Sowohl bei den juristisch-technischen wie bei den moralischen Organen lässt sich zwischen ihren eigenständigen Pflichten und Pflichten zu Handlungen unterscheiden, die zur Erfüllung einer Pflicht des Kollektivs „Staat“ erforderlich sind und die als aus dieser abgeleitet betrachtet werden können.¹¹¹

Eigenständige moralische Pflichten können die Organe in einem im wesentlichen gerechten Staat¹¹² (nur) haben, soweit das Recht das vorsieht oder zulässt.¹¹³ Das trägt dem Einwand, „politisch-rechtliche Institutionen [seien] ... keine Adressaten moralischer Pflichten ... vor allem, weil es dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip widerspräche“,¹¹⁴ hinreichend Rechnung: Es ist nicht ersichtlich, dass dieses Prinzip den Institutionen *jede* Beachtung moralischer Pflichten verbieten könnte. Vielmehr sieht das Recht eine solche Beachtung durch ein Staatsorgan grundsätzlich vor oder lässt sie zu,

be bearers of moral duties. However, the reasons given in this case speak against the possibility of binding such organs of the state to moral norms that exist merely in the ideal.

In addition, natural persons who are administrators or moral organs of the state¹⁰⁹ can be, as “living, breathing people”,¹¹⁰ the bearers of moral duties, which can arise from both social and ideal moral norms. Such organs include, in particular, the individual legislators, who are responsible for parliamentary deliberation and voting on provisions the purpose of which are to juridify human rights norms, as well as members of such bodies that have the right of legislative initiative, in Germany and in many other states, namely the government, and their employees and assistants, insofar as they are active in this function (and not as executives in the narrower sense). At the level of international law, the moral organs of the state may again include, especially, members of the government, insofar as they conduct or supervise treaty negotiations, and, within the scope of their respective mandates, negotiators and their staff. Both legal and moral organs can be distinguished between their independent duties and obligations to perform actions that are necessary to fulfil a duty of the collective “state” and which can be considered derived from it.¹¹¹

Independent moral duties can be imposed on the organs in an essentially just state¹¹² (only) if the law provides for or permits it.¹¹³ This further accounts for the objection that “politico-legal institutions ... are not addressees of moral duties ... above all because it would contradict the principle of the rule of law”¹¹⁴: It is not evident that this principle could prohibit the institutions from *any and all* observance of moral duties, though. Rather, the law provides for such compliance by an organ of the state in principle or permits it, if only providing a framework for its actions without determining them in

109 Zum Sprachgebrauch vgl. *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl. Leipzig und Wien (1934), 123.

110 *Adolf J. Merkl*, Zum Interpretationsproblem, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule* Wien und Stuttgart (2010), Bd. 1, 867-881, 872. Vgl. auch *Joseph Raz*, *Incorporation by Law*, *Legal Theory* 10 (2004), 1-17, 7 und 14.

111 Vgl. *Wringe* (Fn. 91), 482.

112 Unrechtsregime, in denen es eine moralische Pflicht sein kann, ungerichtetes Recht außer Anwendung zu lassen, seien hier ausgeklammert; es geht ja gerade um Aspekte der Gerechtigkeit, nämlich um den Erlass von MR-Normen.

113 Vgl. *John Finnis*, *Natural Law and Natural Rights*, 2. Aufl. Oxford (2011), 355-357. Zur Entlastungsfunktion des Rechts vgl. *Habermas* (Fn. 27), 146 ff.

114 So *Georg Mohr*, *Moralische Rechte gibt es nicht*, in: *Recht und Moral* (Fn. 66), 63-80, 71.

109 On the use of language, see *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*. (*Pure Law*), 1st ed. Leipzig and Vienna (1934), 123.

110 *Adolf J. Merkl*, Zum Interpretationsproblem (On the problem of interpretation), in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule* Wien und Stuttgart (*The Vienna School of Legal Theory Vienna and Stuttgart*) (2010), vol. 1, 867-881, 872. See also *Joseph Raz*, *Incorporation by Law*, *Legal Theory* 10 (2004), 1-17, 7 and 14.

111 See *Wringe* (footnote 91), 482.

112 Regimes of injustice, in which it can be a moral duty to let unjust law go unapplied, are excluded here; it is precisely aspects of justice that are at stake, namely the enactment of human rights norms.

113 See *John Finnis*, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed. Oxford (2011), 355-357. On the exonerative function of the law, see *Habermas* (footnote 27), 146 ff.

114 As would have *Georg Mohr*, *Moralische Rechte gibt es nicht* (*Moral rights do not exist*), in: *Recht und Moral* (*Law and Moral*) (footnote 66), 63-80, 71.

wenn es für dessen Handeln nur einen Rahmen vorgibt, ohne es im Einzelnen zu determinieren. Das gilt etwa für das Ermessen der Verwaltung, soweit es nicht durch rechtmäßige Weisung gebunden ist, und den Entscheidungsspielraum des Richters.¹¹⁵ Am größten ist die moralische Handlungsfreiheit der Organe des Staates im Rahmen der Gesetzgebung einschließlich der Aushandlung und des Abschlusses völkerrechtlicher Verträge. Indem das Recht (die Verfassung) den Organen im juristisch-technischen Sinn das Gesetzesinitiativrecht und/oder die Fähigkeit zur Änderung von Gesetzen zuweist, stellt es sie und ihre Mitglieder notwendig insoweit von der Beachtung des zu ändernden Rechts frei.

IV. DIE PFLICHT ZUR WIEDERGABE DES INHALTS VON MORALNORMEN IM RECHT

1. Die Verrechtlichung moralischer Menschenrechte

In den einleitend angeführten Zitaten¹¹⁶ wird die Verrechtlichung moralischer Menschenrechte – die Wiedergabe des Inhalts eines moralischen Menschenrechts im Recht, genauer: in einer juristischen MR-Norm – als moralisch gefordert gesehen. Was unter der Verrechtlichung namentlich „neuer“ Menschenrechte zu verstehen ist, ergibt sich aus einem Vergleich von gegebener Ausgangs- und angestrebter Endlage. Ausgangslage ist ein (auch nur behauptetes) moralisches „neues“ Menschenrecht als ein Recht aller gegen alle und gegen den Staat sowie eine Moralnorm, die dieses Recht gewährt.

In der Endlage kommt als Sinn einer Bestimmung in einem Gesetz, der Verfassung oder einem Menschenrechtsvertrag eine juristische MR-Norm hinzu, die ein juridisches Menschenrecht aller gegen den Staat gewährt, das dem von der mit ihr inhaltsgleichen Moralnorm gewährten moralischen Recht entspricht. Diese Staatsgerichtetheit juridischer Menschenrechte wird durch Rechtsfiguren wie die Horizontal- oder Drittwirkung von Menschen- und Grundrechten zwar in dem Sinne abgeschwächt oder ergänzt, dass die diese Rechte

detail. This applies, for example, to the discretion of the administration, insofar as it is not bound by lawful instructions, and the scope for decision by the judiciary.¹¹⁵ The moral freedom of action by the organs of the state is greatest in the context of legislation, including the negotiation and conclusion of international treaties. By assigning the right of legislative initiative and/or the ability to amend laws to the state organs in the legal and technical sense, the law (the constitution) necessarily exempts them and their members from observing the law to be amended.

IV. THE DUTY TO REPRODUCE THE CONTENT OF MORAL NORMS IN LAW

1. Enshrining moral human rights in law

The legalization, ratification or juridification of moral human rights – the reproduction of the content of a moral human right in law, more precisely: in a juridical human rights norm – is seen as morally required in the introductory quotations¹¹⁶ cited above. But what is to be understood by the juridification of notably “new” human rights results from a comparison of the given starting and the aspired final situation. The starting point is a (even if only asserted) moral “new” human right as a right of all people vis-a-vis all others and the state as well, and a moral norm that grants this right.

The final situation is that a juridical human rights norm is added in as a provision to a law, the constitution or a human rights treaty; this then grants to everyone vis-a-vis the state a legal human right that corresponds to the moral right granted by the moral norm with the same content. The orientation of legal human rights towards the state is weakened or supplemented by legal figures such as the horizontal or third-party effect of human and basic rights in the sense that the norms granting these rights also offer a certain indirect protection against private

¹¹⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 2 schweizerisches ZGB: „... soll das Gericht ... nach den Regeln entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde“; *Adolf J. Merkl*, Freirecht und Richterfreiheit, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Wien und Stuttgart (2010), Bd. 2, 1289-1294, 1293: „Richterfreiheit auf Grund des Gesetzes, im Rahmen des Gesetzes“. Zur Frage der moralischen Grenzen der Gesetzesbindung des Richters vgl. *Theodor Schilling*, Die Gesetzesbindung des Richters im Rechtsstaat, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 71 (2016), 595-622, 617 ff.

¹¹⁶ Zitate bei Fn. 6-8.

¹¹⁵ See Art. 1 para. 2 Swiss Civil Code: “... the court shall decide according to the rules which it would establish as legislator”; *Adolf J. Merkl*, Freirecht und Richterfreiheit (*Judicial license*), in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Wien und Stuttgart (*The Viennese School of Legal Theory, Vienna and Stuttgart*) (2010), vol. 2, 1289-1294, 1293: “Judicial license by law, within the law.” On the question of the moral limits of the judiciary’s legal obligation, see *Theodor Schilling*, Die Gesetzesbindung des Richters im Rechtsstaat (*Legal obligations of the judiciary in rule-of-law states*), *Zeitschrift für öffentliches Recht* (Journal of public law) 71 (2016), 595-622, 617 et seq.

¹¹⁶ Quotations in footnote 6-8.

gewährenden Normen im Ergebnis auch einen gewissen indirekten Schutz gegen Private bieten. Doch erfolgt dieser Schutz regelmäßig in der Form, dass der Staat verpflichtet wird, ihn zu gewähren (positive obligation).¹¹⁷ Die Verrechtlichung bewirkt also auf der einen Seite, dass die moralisch Berechtigten (also alle Menschen) ein juridisches Recht hinzu erwerben. Auf der anderen Seite bewirkt sie primär eine zusätzliche juridische Verpflichtung des Staates. Indirekt kann sie auch, vermittelt durch ein seiner Verpflichtung gemäßes Handeln des Staates, juridische Pflichten aller bewirken. M.a.W.: Verrechtlichung bewirkt, dass das moralisch von allen Gesollte (der Inhalt der moralischen Pflicht) nunmehr primär vom Staat und indirekt auch von allen juridisch gesollt ist. Sie hat für alle, als Faktizität,¹¹⁸ den auferlegten Zwang äußerer Sanktionen zur Folge, der sich hier in erster Linie als Selbstbindung des Staates darstellt.

2. Die Möglichkeit eines Gleichlaufs von moralischen und juridischen MR-Normen

Eine Verrechtlichung von Moralnormen und damit ein Gleichlauf von moralischen und juridischen MR-Normen ist nur möglich, wenn Recht und Moral grundsätzlich vereinbar sind. *Max Weber* hat eine inhaltliche Trennungsthese vertreten, nach der „zwischen Recht und Moral in der modernen Gesellschaft eine grundsätzliche inhaltliche Unvereinbarkeit“ entstehe.¹¹⁹ Weber geht davon aus, dass die „umfassende Positivierung [des modernen Rechts], seine zunehmende objektive Berechenbarkeit und Kalkulierbarkeit, seine Regelmäßigkeit und begriffliche Präzision notwendig zu Lasten seiner moralischen Qualitäten gehen müssen. ... Umgekehrt müssten ‚konkrete Wertungen‘ durch einen Richter oder ein ‚soziales Recht auf der Grundlage pathetischer sittlicher Postulate‘ wie ‚Gerechtigkeit und Menschenwürde‘ zu einer Schwächung der Berechenbarkeit des Rechts beitragen oder gar in einer gänzlich willkürlichen und ‚irrationalen Rechtsfindung‘ enden.“¹²⁰ Dass eine

individuals. Still, this protection regularly takes the form of a duty by the state to provide for it (positive obligation).¹¹⁷ Thus, on the one hand, juridification has the effect that the morally entitled (i.e. all people) acquire a legal right to it. On the other hand, it primarily creates an additional legal obligation for the state. Indirectly, it can also, through the action of the state in accordance with its duties, create legal obligations for all. In other words, the effect of juridification is that which is morally desired by all (the content of the moral duty) becomes primarily desired by the state and then indirectly by all people, too, but in a juridical sense. It results in the imposition of external sanctions for everyone, facticity,¹¹⁸ which here is primarily a self-binding obligation of the state.

2. The possibility of parallelism between moral and legal human rights norms

A juridification of moral norms and thus a synchronization of moral and legal human rights norms is only possible if the law and morals are fundamentally compatible. *Max Weber* maintained a thesis of separation according to which “a fundamental incompatibility of content arises between law and morality in modern society”.¹¹⁹ Weber assumes that the “comprehensive positivity [of modern law], its increasing objective predictability and calculability, its regularity and conceptual precision must necessarily be at the expense of its moral qualities. ... Conversely, ‘concrete evaluations’ by a judge or a ‘social right on the basis of pathos-filled moral postulates’ such as ‘justice and human dignity’ would necessarily contribute to a weakening of the calculability of the law or even end in a completely arbitrary and ‘irrational jurisprudence.’”¹²⁰ It is undeniable that an antinomy exists between the predictability of the law (legal certainty) and individual case justice.¹²¹ However, since Weber’s time,

117 Vgl. etwa Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen, General Comment 31 vom 26. Mai 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 8. Vgl. auch OEIGWG Chairmanship Revised Draft, 16. Juli 2019, Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, verfügbar unter https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf, Präambel, Abs. 8: „Stressing that the primary obligation to respect, protect, fulfil and promote human rights and fundamental freedoms lie with the State, and that States must protect against human rights abuse by third parties, including business enterprises, within their territory or otherwise under their jurisdiction or control, and ensure respect for and implementation of international human rights law;“

118 *Habermas* (Fn. 21), 43.

119 *Michael Baurmann*, Recht und Moral bei Max Weber, in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hg.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden (1991), 113-138, 113.

120 *Ibid.*, 123, m.w.N.

117 See, e.g., United Nations Human Rights Committee, General Comment 31 of 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 8. See also OEIGWG Chairmanship Revised Draft, 16 July 2019, Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, available at https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf, Preamble, para. 8: “Stressing that the primary obligation to respect, protect, fulfil and promote human rights and fundamental freedoms lie with the State, and that States must protect against human rights abuse by third parties, including business enterprises, within their territory or otherwise under their jurisdiction or control, and ensure respect for and implementation of international human rights law;“

118 *Habermas* (footnote 21), 26.

119 *Michael Baurmann*, Recht und Moral bei Max Weber (*Law and Morals for Max Weber*), in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (eds.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung (Law and Morals. Contributions to sounding out a position)*, Baden-Baden (1991), 113-138, 113.

120 *ibid.*, 123, with further references.

121 See e.g. German Constitutional Court, Judgment of the Second Senate of 20 March 2002 - 2 BvR 794/95 -, recital 70, http://www.bverfg.de/e/rs20020320_2bvr079495.html.

Antinomie zwischen Berechenbarkeit des Rechts (Rechtssicherheit) und Einzelfallgerechtigkeit besteht, ist unbestreitbar.¹²¹ Allerdings hat sich das Recht seit Webers Zeiten in erheblichem Umfang der Einzelfallgerechtigkeit geöffnet, ohne dass dies, wie Weber annahm, das kapitalistische Wirtschaftssystem grundsätzlich in Frage gestellt hätte. Gerade die Menschenwürde ist zum Fundament der gesamten Rechtsordnung geworden. Die These von der grundsätzlichen Unvereinbarkeit von Recht und Moral trifft damit für das heutige Recht nicht (mehr) zu.¹²² Auf Menschenrechte bezogen, heißt das, dass der angesprochene Gleichlauf von Moralnormen und juristischen MR-Normen grundsätzlich möglich ist.

3. Die Begründung der Pflicht

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, ob eine Pflicht zur Wiedergabe des Inhalts „neuer“ Moralnormen im Recht bestehe, ist die triviale¹²³ und wohl unstrittige Feststellung, dass aus moralischer Sicht alles moralisch relevante Recht Moralnormen entsprechen oder ihnen zumindest nicht widersprechen soll.¹²⁴ Abstrakt gesehen, hat das Recht die Aufgabe, eine Situation herbeizuführen und zu sichern, in der moralische Ziele verwirklicht werden, die angesichts der in seinem Geltungsbereich gegebenen sozialen Situation ohne sein Eingreifen wahrscheinlich nicht zu erreichen wären.¹²⁵ Zu den moralischen Zielen gehören Aspekte des Wohlergehens des Menschen, wie sie, allgemein gesprochen, Schutzgut wie auch immer definierter Menschenrechte sind. Dazu gehören im Rahmen ihrer jeweiligen, auf unterschiedliche Weise beschränkten, Geltung ideal geltende ebenso wie geeignete, also „gute“, sozial geltende Moralnormen. Zu sagen, dass das Recht eine Aufgabe habe, heißt, dass es diese Aufgabe erfüllen soll, und das setzt voraus, dass Menschen es in einer Weise gestalten, die ihm die Erfüllung dieser Aufgabe ermöglicht. Für eine Pflicht, menschenrechtliche Schutzgüter auch im Recht zu schützen, also den Inhalt der entsprechenden Moralnormen in juristischen MR-Normen wiederzugeben, gibt es demnach Gründe, wenn diese Verrechtlichung die

the law has opened up to individual justice to a considerable extent, without, as Weber assumed, fundamentally calling the capitalist economic system into question. Human dignity in particular has become the foundation of the entire legal system. The thesis of the fundamental incompatibility of law and morality is thus not (any longer) true for today's law.¹²² In terms of human rights, this means that the aforementioned synchronization of moral norms and legal human rights norms is basically possible.

3. The justification for the duty

The point of departure in answering whether there exists a duty to reproduce the content of “new” moral norms in law is the trivial¹²³ and probably undisputed observation that, from a moral point of view, all morally relevant law should correspond to moral norms or at least not contradict them.¹²⁴ In an abstract sense, the law is tasked with bringing about and securing a situation in which moral aims are achieved that would otherwise probably not be given the social situation within the norm's scope without the law's complementarity.¹²⁵ Moral objectives include aspects of human wellbeing, as they are protected goods, generally speaking, however human rights may be defined. Within the framework of their respective – in different ways limited – existence, this includes ideally existent as well as appropriate, i.e. “good”, socially existent moral norms. To say that the law has a task means that it should fulfil said task, which presupposes that people shape the law in such a way as to enable it to do so. There are therefore grounds for a duty to protect human rights as “goods to be protected” in law as well, i.e. to reproduce the content of the corresponding moral norms in juridical human rights norms, if this juridification increases the prospect of the right granted by the moral norm being observed in a certain way, i.e. if it makes more likely¹²⁶ to bring about the thing worthy of protec-

121 Vgl. z.B. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 20. März 2002 - 2 BvR 794/95-, Rn. 70, http://www.bverfg.de/e/rs20020320_2bvr079495.html.

122 Zu einer detaillierten Auseinandersetzung mit fünf Argumenten Webers für die Unvereinbarkeit von Recht und Moral vgl. *Baurmann* (Fn. 119), 123-137.

123 Differenzierend *Joseph Raz*, *About Morality and the Nature of Law*, in: *Between Authority and Interpretation*, Oxford (2009), 166-181, 180: „To be sure, nothing should be immoral.“ Die Moralität des Rechts habe aber auch eine nicht-triviale Bedeutung: „Necessarily, the law claims to have legitimate authority over its subjects. ... its virtue is to be moral, but in a special way, in meeting the conditions of legitimacy.“

124 *Habermas* (Fn. 21), 137, 193 und 667 f.; *Raz* (Fn. 123), 178; *Alexy* (Fn. 32), 64 ff., 69 f.; auch *Kelsen* (Fn. 109), 12: „... wird natürlich durchaus nicht die Forderung abgelehnt, dass das Recht moralisch, d.h. gut sein soll. Diese Forderung versteht sich von selbst; ...“

125 *Raz* (Fn. 123), 178. Zur Ergänzungsfunktion des Rechts vgl. *Habermas* (Fn. 21), 135 ff.

122 For a detailed discussion of Weber's five arguments for the incompatibility of law and morals, see *Baurmann* (footnote 119), 123-137.

123 A distinction is made by *Joseph Raz*, *About Morality and the Nature of Law*, in: *Raz*, *Between Authority and Interpretation*, Oxford (2009), 166-181, 180: “To be sure, nothing should be immoral.” However, the morality of law also has a non-trivial significance: “Necessarily, the law claims to have legitimate authority over its subjects. ... its virtue is to be moral, but in a special way, in meeting the conditions of legitimacy.”

124 *Habermas* (footnote 21), 106, 155 and 453 f.; *Raz* (footnote 123), 178; *Alexy* (footnote 32), 64 ff., 69 f.; also *Kelsen* (footnote 109), 12: “... the demand that the law should be moral, i.e. good, is of course not rejected. This demand goes without saying; ...”

125 *Raz* (footnote 123), 178. On the supplementary function of the law, see *Habermas* (footnote 21), 104 ff.

126 Also addressed by *Tasioulas* (footnote 6), 41.

Aussicht darauf, dass das von der Moralnorm gewährte Recht beachtet werde, in gewisser Weise erhöht,¹²⁶ also die Verwirklichung des Schutzguts wahrscheinlicher macht, als sie es ohne Verrechtlichung der Moralnorm wäre. Diese Aussicht kann als die Komponente von moralischen Menschenrechten angesehen werden, die zu eben dieser Verrechtlichung verpflichtet.¹²⁷ Sie lässt sich nur mit Blick auf die Lebenswirklichkeit im Geltungsbereich der jeweiligen Moralnorm einschätzen.

4. Die moralische Pflicht und die Lebenswirklichkeit

Bei nur ideal geltenden Menschenrechten ist die Aussicht, dass ihre Verrechtlichung die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung des Schutzguts der Norm erhöht und damit der Förderung des einschlägigen Aspekts des Wohlergehens des Menschen dient, wohl regelmäßig gegeben: Hier fügt die Verrechtlichung der rechtsgewährenden Moralnorm dem bis anhin nur ideal geltenden moralischen Recht ein zwangsbewehrtes juridisches subjektives Recht hinzu. Soweit eine Moralnorm bereits soziale Geltung hat, ist hingegen nicht immer offenkundig, dass ihre Verrechtlichung diese Wahrscheinlichkeit erhöht.¹²⁸ Soweit dies nicht der Fall ist, entfällt der *pro tanto*-Grund für die Annahme der erörterten Pflicht.¹²⁹ Jedoch ist das bei der Verrechtlichung einer solchen Norm auf einzelstaatlicher Ebene eher unwahrscheinlich: Der auferlegte Zwang, den die Verrechtlichung mit sich bringt, wird regelmäßig zu einer erhöhten Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung der von der Norm verfolgten Ziele führen.

Einen Sonderfall der sozialen Geltung einer Moralnorm stellt es aus internationaler Sicht in gewisser Hinsicht dar, wenn diese auf nationaler Ebene bereits als Grundrecht „anerkannt“, also verrechtlicht ist.¹³⁰ Lässt sich auch für den räumlichen Geltungsbereich eines solchen Grundrechts annehmen, dass eine internationale Verrechtlichung der ihm inhaltsgleichen Moralnorm die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung von deren Schutzgut erhöht? Dafür gibt es, bei erheblichen Unterschieden im Einzelnen, empirische Belege.¹³¹ Für eine solche Erhöhung spricht auch, dass die mit einer Internationalisierung gegebenenfalls verbundene internationale Überwachung der Beach-

tion than it would be without juridification of the moral norm. This prospect can be seen as the component of moral human rights that commits one precisely to such juridification.¹²⁷ It can only be assessed with regard to everyday reality within the scope of the respective moral norm.

4. Moral duty and everyday reality

Where human rights have only ideal existence, it will be regularly the case that their juridification increases the probability of the norm's protected good being realized and thus serves to promote the relevant aspect of human wellbeing, and only then is it likely to be routine: Here, the juridification of the moral norm granting the right adds a compulsorily reinforced juridical right to the moral right, which until then only exists in the ideal. However, to the extent that a moral norm already has social existence, it is not always obvious that its juridification increases this probability.¹²⁸ If this is not the case, the *pro tanto* reason for accepting the discussed obligation does not apply.¹²⁹ However, this is unlikely to be the case if such a norm is to be juridified at national level: The constraint imposed by juridification will regularly lead to an increased likelihood of achieving the norm's aims.

From an international point of view, it is in a certain sense a special case of the social existence of a moral norm if it is already “recognized” as a fundamental right at the national level, i.e. if it has already been made legal.¹³⁰ Can it also be assumed for the territorial scope of such a fundamental right that an international juridification of the moral norm which is identical in content increases the probability of the realization of its protected object? There is empirical evidence for this, with considerable differences in detail.¹³¹ Another argument in favor of such an increase is that the international monitoring of the observance of human rights associated with internationalization may be less biased than

126 Angesprochen auch von *Tasioulas* (Fn. 6), 41.

127 Vgl. Zitat bei Fn. 6.

128 Vgl. insbesondere *John Tasioulas, Saving Human Rights from Human Rights Law*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2019), 1167-1207, 1195 ff.

129 Vgl. auch *Thomas Pogge, Menschenrechte als moralische Ansprüche an globale Institutionen*, in: *Philosophie der Menschenrechte* (Fn. 8), 378-400, 382.

130 Vgl. Fn. 51.

131 *Tasioulas* (Fn. 128), 1196, unter Verweis auf *Beth A. Simmons, Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge (2009), 151.

127 See quote in footnote 6.

128 See in particular *John Tasioulas, Saving Human Rights from Human Rights Law*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2019), 1167-1207, 1195 ff.

129 See also *Thomas Pogge, Menschenrechte als moralische Ansprüche an globale Institutionen (Human rights as moral demands of global institutions)*, in: *Philosophie der Menschenrechte (Philosophy of human rights)* (footnote 8), 378-400, 382.

130 See footnote 51.

131 *Tasioulas* (footnote 128), 1196, with reference to *Beth A. Simmons, Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge (2009), 151.

tung der Menschenrechte unbefangener sein kann als die durch ein nationales Verfassungsgericht. Sie mag bewirken, dass die nationale Regelung „an Rationalitätskriterien gemessen [wird], denen sie sich ohne den heilsamen, selbstauferlegten Zwang von außen namentlich unter Berufung auf die Tradition entziehen könnte[,] und häufig auch würde[,]“. ¹³² Wenn dem so ist, dann lässt sich auch für diese Fallgestaltung eine *pro tanto*-Pflicht zur internationalen Verrechtlichung der Moralnorm annehmen.

Andererseits kann eine solche Internationalisierung zu einer Verringerung des nationalen Schutzes führen. ¹³³ Das ist namentlich bei Grundrechtskollisionen möglich, wenn ein internationales Vertragsorgan die Balance zwischen kollidierenden Grundrechten anders sieht als die grundrechtsbasierte nationale Rechtsprechung; dann wird der Schutz des einen Rechtsguts gegenüber der nationalen Rechtslage erhöht, der des anderen verringert. ¹³⁴ Im übrigen schließen Günstigkeitsklauseln wie Art. 5 Abs. 2 IPbPR und 53 EMRK aus, dass eine Internationalisierung den nationalen Grundrechtsschutz aus Rechtsgründen auf ein niedrigeres internationales Schutzniveau absenkt. Nicht auszuschließen ist freilich, dass ein Staat eine autonome Verringerung des nationalen Grundrechtsschutzes politisch damit rechtfertigt, dass dieser über das international Geforderte hinausgehe. ¹³⁵ Das gilt jedoch unabhängig davon, ob der Staat selbst an der Internationalisierung beteiligt ist, also dem fraglichen Menschenrechtsvertrag beigetreten ist.

Ein in der Literatur angeführtes Beispiel ist der geringere Schutz, den das englische Strafprozessrecht nach seiner Reformierung dem Angeklagten gegen den Beweis vom Hörensagen bietet. Diese Verringerung wurde bei der Reform u.a. ¹³⁶ damit begründet, dass die EMRK den bisherigen starken Schutz nicht erfordert. ¹³⁷ Nun ist es sicher richtig, dass strafprozessuale Beweisregeln mit den

that which is carried out by a national constitutional court. It may have the effect that national rules are then “measured against criteria of rationality, which they could, and often would, [otherwise] evade without the salutary, self-imposed constraint from outside, in particular by reference to tradition”. ¹³² If this is the case, then a *pro tanto* obligation to juridify the moral norm internationally can also be assumed for this type of case.

On the other hand, such internationalization may lead to a reduction in national protection. ¹³³ This is possible in the case of conflicting fundamental rights, in particular, when an international treaty body views the balance between conflicting fundamental rights differently than it does national case law based on fundamental rights; in this case, the protection of one legal interest is increased compared to the national legal situation, while that of the other is reduced. ¹³⁴ Moreover, favorability clauses such as Art. 5 (2) IPCPR and 53 ECHR exclude the possibility that internationalization reduces the national protection of fundamental rights to meet a lower level of protection required internationally for legal reasons. Of course, it cannot be ruled out that a state may politically justify an autonomous reduction of the national protection of fundamental rights by arguing that it goes beyond what is required internationally. ¹³⁵ However, this applies regardless of whether the state is itself involved in the internationalization process, i.e. whether it has acceded to the human rights treaty in question.

An example cited in the literature is the lesser protection offered to the accused against hearsay evidence by English criminal procedure law, following its reform. One of the reasons given for this reduction in the reform ¹³⁶ was that the ECHR does not require the strong protection that had previously existed in England. ¹³⁷ Now it is certainly true that rules of evidence in criminal proceedings do pertain

¹³² Theodor Schilling, Zum Recht der Parteien, zu den Schlußanträgen der Generalanwälte beim EuGH Stellung zu nehmen, ZaöRV 60 (2000), 395-411, 411.

¹³³ Tasioulas (Fn. 128), 1196.

¹³⁴ Vgl. z.B. EGMR, von Hannover/Deutschland, 59320/00, Urteil vom 24. Juni 2004, §§ 61 ff.

¹³⁵ So die Beispiele von Andrew T. Guzman und Katerina Linos, Human Rights Backsliding, California Law Review 102 (2014), 603-654, 615 ff. Ryan Goodman und Derek Jinks, Socializing States: Promoting Human Rights Through International Law, Oxford (2013), 75 f., sprechen hier von einem „race to the middle“.

¹³⁶ Die eigentliche Begründung verweist auf die Unzulänglichkeiten des bisherigen Rechts; vgl. *The Law Commission, Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics*, verfügbar unter http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/lc245_Legislating_the_Criminal_Code_Evidence_in_Criminal_Proceedings.pdf, 40-54.

¹³⁷ Guzman/Linos (Fn. 135), 615-617, verweisen auf *The Law Commission*, *ibid.*, 56-67, wo diese aber im wesentlichen prüft, ob die unabhängig von der EMRK entwickelten Reformvorschläge mit dieser vereinbar sind.

¹³² Theodor Schilling, Zum Recht der Parteien, zu den Schlußanträgen der Generalanwälte beim EuGH Stellung zu nehmen (*On the right of the parties to submit observations on the Opinion of the Advocates General at the ECJ*), ZaöRV 60 (2000), 395-411, 411.

¹³³ Tasioulas (footnote 128), 1196.

¹³⁴ See e.g. ECHR, von Hannover/Germany, 59320/00, judgment of 24 June 2004, §§ 61 ff.

¹³⁵ These examples come from Andrew T. Guzman and Katerina Linos, Human Rights Backsliding, California Law Review 102 (2014), 603-654, 615 ff. Ryan Goodman und Derek Jinks, Socializing States: Promoting Human Rights Through International Law, Oxford (2013), 75 f., speak here of a “race to the middle“.

¹³⁶ The actual justification refers to the inadequacies of the existing law; see *The Law Commission, Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics*, available at http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/lc245_Legislating_the_Criminal_Code_Evidence_in_Criminal_Proceedings.pdf, 40-54.

¹³⁷ Guzman/Linos (footnote 135), 615-617, refer to *The Law Commission*, *ibid.*, 56-67, where it essentially examines whether the reform proposals developed independently of the ECHR are compatible with it.

Menschenrechten eines Angeklagten zu tun haben. Aber als Beispiel für ein „backsliding“ des Menschenrechtsschutzes kann es doch kaum dienen, wenn Beweisregeln, die sich vielfach als nicht praktikabel erwiesen haben, Regeln in anderen Ländern angenähert werden, die nach allgemeiner Auffassung rechtsstaatlichen Anforderungen genügen.¹³⁸ Das Beispiel belegt nur eine geringere Erfüllung eines bestimmten Interesses, nicht aber die Verletzung eines entsprechenden moralischen oder juristischen Rechts.¹³⁹

Nicht zu bestreiten ist freilich, „that the signal provided by the international norm can also provide a *political cover* for those opposed to a particular *expansion* of rights“.¹⁴⁰ Das betrifft spezifisch die hier erörterte Frage der Verrechtlichung „neuer“ Menschenrechte. Doch kann kaum von „backsliding“ die Rede sein, wenn der EGMR eine angesichts seines Wortlauts – „Männer und Frauen ... haben das Recht, ... eine Ehe einzugehen ...“ – kaum vertretbare Auslegung des Art. 12 EMRK dahin unterlässt, dass *unter der EMRK*, also positivrechtlich, ein Menschenrecht auf Ehe für alle bestehe, und dies in der nationalen Diskussion vergrößernd als Beleg dafür angeführt wird, dass ein solches Menschenrecht *generell*, also moralisch, nicht bestehe.¹⁴¹ Auch wenn „gay rights advocates would prefer that national publics not be exposed to headlines that ‚gay marriage is not a human right““,¹⁴² können solche Schlagzeilen doch kaum der Internationalisierung des Menschenrechtsschutzes zugeschrieben werden. Die angeführten Beispiele belegen also nicht, dass diese Internationalisierung in der Summe in bestimmten Staaten zu einer Verringerung des Schutzes auf nationaler Ebene geführt hätte.¹⁴³

Dieses Ergebnis schließt freilich nicht aus, dass es Fälle geben mag, in denen die Internationalisierung des Menschenrechtsschutzes doch zu einer solchen Verringerung führt. Soweit eine solche Folge im Einzelfall unvermeidlich sein sollte, wäre sie ein *pro tanto*-Grund *gegen* eine Internationalisierung.¹⁴⁴ Aber auch wenn nicht ersichtlich ist, dass diese Folge bisher eingetreten wäre, sind die Gründe für die Annahme einer Pflicht zur interna-

to an accused person’s human rights. But it can hardly serve as an example of “backsliding” in human rights protection when such rules that have often proved impractical are approximated to rules in other countries that are generally considered to meet constitutional requirements.¹³⁸ The example only proves a lesser fulfilment of a certain interest, but not the violation of a corresponding moral or legal right.¹³⁹

Naturally, it cannot be disputed that “the signal provided by the international norm can also provide *political cover* for those opposed to a particular *expansion* of rights”.¹⁴⁰ This applies specifically to the question of the juridification of “new” human rights discussed here. However, it is hardly possible to speak of “backsliding” when, in view of the wording of Art. 12 ECHR – “[m]en and women ... have the right to marry...” –, the European Court of Human Rights refrains from a hardly acceptable interpretation of the latter in this sense that there exists a human right to marriage for all *under the ECHR*, as a matter of positive law, and this decision is cited in an oversimplified way. This is just what has happened in some national debates that coarsely point to the decision as proof that such a human right *generally*, i.e. morally, does not exist.¹⁴¹ Even if “gay rights advocates would prefer that national publics not be exposed to headlines that ‘gay marriage is not a human right’”,¹⁴² such headlines can hardly be ascribed to the internationalization of human rights protection. The examples given, therefore, do not prove that this internationalization would have led to a reduction in protection at national level in certain countries.¹⁴³

However, this result does not exclude the possibility that there may be cases where the internationalization of human rights protection does lead to such a reduction. Insofar as such a consequence should prove unavoidable in individual cases, it would be a *pro tanto* reason *against* internationalization.¹⁴⁴ But, in light of all this, even if there is presently little evidence of such consequences, the reasons to assume that there is a duty to juridify a moral norm

138 Vgl. etwa den Verweis der *Law Commission*, *ibid.*, 43, auf die Rechtslage in Schottland.

139 Dieses Verständnis spricht *Tasioulas* (Fn. 128), 1197 f., an.

140 *Guzman/Linos* (Fn. 135), 638 (Hervorhebung nur hier).

141 *Ibid.*, 617-620.

142 *Ibid.*, 620.

143 Nicht übersehen werden sollte auch die Rechtsprechung des EGMR zur Eheschließungsfreiheit Transsexueller, die erhebliche Widerstände der Vertragsstaaten zu überwinden hatte; vgl. die Nachweise etwa bei *Theodor Schilling*, *Internationaler Menschenrechtsschutz*, 3. Aufl. Tübingen (2016), Rdn. 369 f.

144 *Tasioulas* (Fn. 128), 1199; dort und auf den Folgeseiten auch Überlegungen dazu, wie moralisch zu entscheiden sei, wenn eine Internationalisierung zu einer Verringerung des Schutzes im betreffenden Staat, aber zu seiner Verbesserung in anderen Staaten führen würde.

138 See for instance the reference by the *Law Commission*, *ibid.*, 43, to the legal situation in Scotland.

139 This understanding is notably addressed by *Tasioulas* (footnote 128), 1197 f.

140 *Guzman/Linos* (footnote 135), 638 (emphasis only here).

141 *Ibid.*, 617-620.

142 *Ibid.*, 620.

143 The case law of the ECHR on the freedom of transsexuals to marry, which had to overcome considerable resistance from member states, should not be overlooked either; see the evidence put forth by *Theodor Schilling*, *Internationaler Menschenrechtsschutz* (*International human rights protection*), 3rd ed. Tübingen (2016), marginal note 369 f.

144 *Tasioulas* (footnote 128), 1199; there and on the following pages, too, are considerations on how morally to decide if internationalization would lead to a reduction of protection in the state concerned but to its improvement in other states.

tionalen Verrechtlichung einer national bereits verrechtlichten Moralnorm anders als die für die nationale Verrechtlichung sozial und insbesondere ideal geltender Moralnormen nach dem Gesagten nicht sehr stark.

5. Der Umfang der Pflicht

Der Umfang der damit dem Grunde nach unter gewissen Umständen gegebenen *pro tanto*-Pflicht zur Verrechtlichung von Moralnormen kann für unterschiedliche Träger und unterschiedliche (Kategorien von) Moralnormen unterschiedlich sein, wobei vorab daran zu erinnern ist, dass nur ideal geltende Moralnormen nicht für jedermann Pflichten begründen. Als mögliche Träger dieser Pflicht wurden bereits „wir“, der Staat und dessen Organe festgestellt. Diese Pflicht kann eine Bemühungs- oder eine Ergebnisspflicht sein. Eine Ergebnispflicht kommt nur für Akteure, die unabhängig vom Verhalten anderer Akteure durch ihr Handeln ein Ergebnis erzielen können, und damit nur für den Staat und seine Organe im juristisch-technischen Sinne und nur im einzelstaatlichen Bereich in Betracht; im völkerrechtlichen Bereich haben diese Akteure, die nur aus sozial geltenden Moralnormen verpflichtet sein können, es als nationale Pflichtenträger nicht in der Hand, das gesollte Ergebnis zu erzielen. Gilt also in einem Staat eine Moralnorm sozial, die dem Wohlergehen des Menschen und damit einem moralischen Ziel dient, und erhöht die Verrechtlichung dieser Norm die Wahrscheinlichkeit der Erreichung dieses Ziels, so lässt sich eine Ergebnispflicht des Staates insgesamt zu einer solchen Verrechtlichung annehmen. Dem zeitlich voraus liegen Ergebnispflichten des Parlaments zu einer entsprechenden Gesetzgebung und des Staatsoberhauptes zur Ausfertigung eines solchen Gesetzes, deren Erfüllung zugleich Voraussetzung der Erfüllung der Pflicht des Kollektivs „Staat“ ist. Soweit eine internationale Verrechtlichung die Wahrscheinlichkeit der Erreichung des genannten Ziels erhöht, lässt sich zudem eine Bemühungspflicht des Staates und seiner Organe annehmen, eine solche Internationalisierung herbeizuführen. Ist ein entsprechender Menschenrechtsvertrag ausgehandelt, kann es eine auf seinen Abschluss und seine Ratifizierung gerichtete Ergebnispflicht des Staates und seiner Organe geben.¹⁴⁵

Im Übrigen kommen nur Bemühungspflichten in Betracht. „Wir“ als private Einzelpersonen sind schwerlich in der Lage, maßgeblichen Einfluss auf den Inhalt von Gesetzgebungsvorhaben einschließlich der Aushandlung und des Abschlusses von

internationalen when it has already been legalized at the national level are not very strong. This stands in contrast to national juridification for moral norms that apply socially and, in particular, ideally.

5. The scope of the obligation

The extent of the *pro tanto* duty to juridify moral norms, thus essentially a given under certain circumstances, can be different for different bearers of the duty and different (categories of) moral norms; whereby, it must first of all be remembered that only ideally existent moral norms do not entail obligations for everyone. The entities already identified as possible bearers of this duty are “we”, the state and its organs. This duty can be a commitment to make an effort or an obligation to achieve results. An obligation to achieve a result can only be considered for actors who can achieve a result through their actions independently of the conduct of other actors, and thus only for the state and its organs in the legal and technical sense and only in the national sphere; in the sphere of international law, these actors, who can only be obliged by virtue of socially existent moral norms, do not have it in their hands as national duty bearers to achieve the desired result. Thus, if a moral norm exists socially in a state that serves people’s wellbeing and thus a moral goal, and if the juridification of this norm increases the probability of achieving this goal, then an obligation of the state as a whole to achieve a result can be assumed for such juridification. This is preceded by the obligation of parliament to produce legislation and the head of state to draft such a law, the fulfilment of which is also a precondition for the fulfilment of the duty of the collective “state”. Insofar as international juridification increases the probability of achieving the stated goal, it can also be assumed that the state and its organs must also make a dutiful effort towards internationalization. Once a human rights treaty has been negotiated, there may be an obligation on the part of the state and its institutions to achieve a result, aimed at its conclusion and ratification.¹⁴⁵

Otherwise, only obligations to make an effort can be considered. “We” as private individuals are hardly in a position to exert a decisive influence on the content of legislative proposals, including the negotiation and conclusion of human rights treaties.

¹⁴⁵ Solchen Pflichten sind die Vertragsstaaten und ihre Organe etwa bei der Aushandlung und Ratifizierung der EMRK gerecht geworden.

¹⁴⁵ Such obligations have been fulfilled by the states parties and their institutions, for example in the negotiation and ratification of the ECHR.

Menschenrechtsverträgen zu nehmen. Unter der Voraussetzung, dass „wir“ die in einer Moralnorm verkörperten Werte verinnerlicht haben, kann uns gleichwohl eine Pflicht treffen, auf die Verrechtlichung dieser Norm hinzuwirken.¹⁴⁶ Wie weit das Bemühen gehen muss, diese Pflicht zu erfüllen, lässt sich abstrakt nicht festlegen; das muss unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände Jede für sich entscheiden.¹⁴⁷ Die „Entlastungsfunktion des Rechts“¹⁴⁸ kann hier, wo es gerade um die Einflussnahme auf die materielle Rechtssetzung geht, nicht weiterhelfen.

6. Case studies

Was die Ausführungen zum Umfang der Pflicht (vorangehend Abschnitt 5) im Einzelnen bedeuten können, sei an zwei Beispielen erläutert:

a) Das Internationale Übereinkommen zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen von 1990¹⁴⁹ ist ein Menschenrechtsvertrag, den u.a. Deutschland bisher nicht unterzeichnet hat. Da das Übereinkommen aufgrund anderweitiger Ratifikationen mittlerweile¹⁵⁰ in Kraft getreten ist, handelt es sich bei seinen Bestimmungen, die insbesondere Informationsrechte von Migranten gewähren, die über anderswo gewährte Rechte hinausgehen,¹⁵¹ um einen Fall der teilweisen Verrechtlichung von Moralnormen. Diese haben in Deutschland keine soziale Geltung, doch können sie dort, außerhalb ihres räumlichen Geltungsbereichs, als Normbehauptungen angesprochen werden. Eine moralische Pflicht zur Verrechtlichung einer solchen Behauptung kann haben, wer die in dieser verkörperten Werte verinnerlicht hat, wenn die Verinnerlichung auf der bindenden Kraft rational motivierter Überzeugungen beruht. Voraussetzung einer solchen Pflicht ist, dass die Verrechtlichung die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung dieser Werte, hier: der sachdienlichen Information der Migranten, erhöht, was hier kaum zweifelhaft ist. Eine Aktion, die „wir“, soweit „wir“ diese Werte verinnerlicht haben, pflichtgemäß ergreifen können, ist die Werbung für eine deutsche Ratifizierung des Übereinkommens. Das kann etwa durch

Provided that “we” have internalized the values embodied in a moral norm, we may nevertheless have a duty to work towards the juridification of this norm.¹⁴⁶ The extent of the effort required to fulfil this duty cannot be determined in the abstract; this must be decided by each party individually, taking into account the circumstances of each case.¹⁴⁷ The “unburdening function of the law”¹⁴⁸ cannot help here, where it is precisely a question of influencing substantive legislation.

6. Case studies

What the remarks on the scope of the duty (previous section 5) means can be explained in detail by two examples:

a) The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families of 1990¹⁴⁹ is a human rights treaty that Germany, among other nations, has not yet signed. Since the convention has now entered into force due to other ratifications,¹⁵⁰ its provisions, which in particular grant migrants’ rights to information that go beyond the rights granted elsewhere,¹⁵¹ is a case of partial juridification of moral norms. These do not exist socially in Germany, but they can be addressed there, outside their territorial scope, as normative claims. A moral obligation to juridify such an assertion can be assumed by whoever has internalized the values embodied in it, if the internalization is based on the binding force of rationally motivated convictions. The prerequisite for such a duty is that legalization increases the probability of realization of these values, here: the relevant information of migrants, which is hardly doubtful here. One action that “we”, insofar as “we” have internalized these values, can dutifully take is to promote German ratification of the convention. This can be done, for example, by preparing a study with the explicit aim of “promoting ratification by Germany”,¹⁵² and the well-founded recommendation that German authorities should “inform migrants about their rights” before and after they enter Germany.¹⁵³

146 Für eine Jedermannspflicht etwa *Tugendhat* (Fn. 6), 349 f.; *Forst* (Fn. 1), 97.

147 Zu den „unerhörten ... organisatorischen Anforderungen“, unter denen die moralisch urteilende und handelnde Person steht, vgl. *Habermas* (Fn. 21), 148 f.

148 *Ibid.*, 146.

149 Fn. 17.

150 Am 1. Juli 2003, vgl. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en.

151 Vgl. *Katharina Spieß*, Die Wanderarbeitnehmerkonvention der Vereinten Nationen. Ein Instrument zur Stärkung der Rechte von Migrantinnen und Migranten in Deutschland, Berlin (2007), 33.

146 On a duty among everyone, e.g., *Tugendhat* (footnote 6), 349 f.; *Forst* (footnote 1), 97.

147 Regarding the “unprecedented ... organizational demands” under which the morally judging and acting person stands, see *Habermas* (footnote 21), 116-7.

148 *Ibid.*, 146.

149 Footnote 17.

150 On 1 July 2003, see https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en.

151 See *Katharina Spieß*, Die Wanderarbeitnehmerkonvention der Vereinten Nationen. Ein Instrument zur Stärkung der Rechte von Migrantinnen und Migranten in Deutschland (*The United Nations Migrant Workers Convention. An instrument for strengthening the rights of migrants in Germany*), Berlin (2007), 33.

152 *Ibid.*, 5.

153 *Ibid.*, 78.

die Erstellung einer Studie mit dem expliziten Ziel, „für eine Ratifikation durch Deutschland [zu] werben“,¹⁵² und der gut begründeten Empfehlung geschehen, deutsche Stellen sollten vor und nach der Einreise von Migranten nach Deutschland diese „über ihre Rechte informieren“.¹⁵³

b) Für die moralischen Organe des Staates gilt nichts grundsätzlich anderes als für „uns“. Zwar haben sie kraft ihrer Stellung besondere Pflichten.¹⁵⁴ Das zeigt sich unter anderem darin, dass die an dem Prozess der Rechtssetzung beteiligten Staatsbürger „in der Einstellung von verständigungsorientiert handelnden Teilnehmern an einer intersubjektiven Verständigungspraxis“ handeln müssen, um das Verfahren der Gesetzgebung legitimationswirksam zu machen.¹⁵⁵ Das betrifft jedoch nur die jeweiligen Umstände, nach denen sich bestimmt, wie weit ein pflichtgemäßes Bemühen gehen muss. Auch bei den moralischen Staatsorganen ist erste Voraussetzung einer Pflicht zur Verrechtlichung einer Moralnorm, dass sie die in dieser verkörperten Werte verinnerlicht haben. Auch bei ihnen kann es sich nur um Bemühungs-, nicht um Ergebnispflichten handeln, da sie es *uti singuli* nicht in der Hand haben, das gesollte Ergebnis zu erzielen.

Die jeweiligen Umstände sind namentlich das Amt, das ein moralisches Organ des Staates ausübt. Da die moralischen Staatsorgane an den fraglichen Entscheidungen des Staates beteiligt sind, ist zumindest ihr potentieller Einfluss auf die Verrechtlichung von Moralnormen größer als der von „uns“. Das gilt vor allem für die individuellen Gesetzgeber, mit deren Amt definitionsgemäß die Beteiligung an der Gesetzgebung einschließlich der parlamentarischen Zustimmung zu Menschenrechtsverträgen eng verbunden ist. Es lässt sich daher eine moralische *pro tanto*-Pflicht dieser Organe annehmen, das Schutzgut von Moralnormen, die von ihnen jeweils individuell verinnerlichte Werte verkörpern, durch deren Verrechtlichung verstärkt zu schützen, sofern die Verrechtlichung die Verwirklichung dieser Werte wahr-

b) Nothing fundamentally different applies to the moral organs of the state than to “us”. It is true that they have special duties by virtue of their position.¹⁵⁴ This can be seen, among other things, in the fact that the citizens involved in the legislative process must act “in the attitude of communicatively engaged citizens” in order to make the legislative process effective in terms of legitimacy.¹⁵⁵ However, this only applies to the respective circumstances that determine how far a dutiful effort must go. The first prerequisite for a duty to juridify a moral norm is that the moral organs of the state have internalized the values embodied in said norm. They too can only be obliged to make the effort, not achieve the result, since they are not *uti singuli* capable of achieving the desired result.

The circumstances in question are, specifically, the office exercised by a moral authority of the state. Since the moral organs of the state are involved in the decisions of the state in question, at least their potential influence on the juridification of moral norms is greater than that of “ours”. This applies especially to individual legislators, whose office is by definition closely linked to participation in legislation, including parliamentary approval of human rights treaties. It can therefore be assumed that these state organs have a moral *pro tanto* duty to protect moral norms that embody values individually internalized by them, by giving them greater protection through their juridification, provided that it makes the realization of these values more likely.¹⁵⁶ This duty is to a certain extent recognized in positive law and also in political practice. For

152 Ibid., 5.

153 Ibid., 78.

154 Vgl. *John Rawls*, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA) (1971), 113: „we assume obligations when ... we accept positions of judicial, administrative or other authority“. Das mag man die „rechtliche und ethische Inpflichtnahme des Amtswalters“ nennen: *Josef Isensee*, § 15: Staat und Verfassung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 3. Aufl. Heidelberg (2005), Rdn. 130.

155 *Habermas* (Fn. 21), 50. In der politischen Philosophie werden ganz generell aus der schlichten Innehabung insbesondere einer staatlichen Position institutionelle Pflichten abgeleitet, die eng mit dem Amt verbunden sind, das eine Person innehat [vgl. *A. John Simmons*, *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton (1971), 12. Simmons spricht von „positional duty“]. Diese Pflichten können eine moralische Dimension haben [so *Dudley Knowles*, *Political Obligation: A Critical Introduction*, Abingdon (2009), 10: „some institutional duties have moral force, some do not“] oder doch mit einer moralischen Pflicht zusammenfallen (so *Simmons*, *ibid.*, 20).

154 See *John Rawls*, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA) (1971), 113: “we assume obligations when ... we accept positions of judicial, administrative or other authority“. This may be called the “imposition of legal and ethical duties”: *Josef Isensee*, § 15: Staat und Verfassung (*State and Constitution*), in: *Isensee/Kirchhof* (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (*Handbook of constitutional law of the Federal Republic of Germany*), Vol. II, 3. ED. Heidelberg (2005), marginal note 130.

155 *Habermas* (footnote 21), 32. In political philosophy, institutional duties are generally derived from simply holding a position, a state position in particular, which is closely related to the office held by a person [see *John Simmons*, *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton (1971), 12. Simmons speaks of “positional duty”]. These duties can have a moral dimension [so *Dudley Knowles*, *Political Obligation: A Critical Introduction*, Abingdon (2009), 10: “some institutional duties have moral force, some do not”] or coincide with a moral duty (as for *Simmons*, *ibid.*, 20).

scheinlicher macht.¹⁵⁶ Diese Pflicht ist in gewissem Umfang positiv-rechtlich und auch in der politischen Praxis anerkannt. So sind Abgeordnete etwa nach Art. 38 GG (nur) ihrem Gewissen unterworfen, was sich als Verweis auf die von ihnen verinnerlichteten Werte verstehen lässt. Das wird besonders deutlich, wenn bei der Gesetzgebung über offenkundig moralische Fragen der Fraktionszwang aufgehoben wird, so dass jede Abgeordnete ohne größere politische Kosten nach ihrer Moral – häufig einer Moralnorm mit idealer Geltung, die von ihr verinnerlichte Werte verkörpert – abstimmen kann.¹⁵⁷ Auch das sei an einem Beispiel erläutert.

c) Das deutsche Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts¹⁵⁸ lässt sich als Juridifizierung eines (ideal und partiell sozial geltenden) Grund- und Menschenrechts auf Anerkennung der sexuellen Identität in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot verstehen. Die entsprechende Norm lässt sich (irgendwie) rechtfertigen,¹⁵⁹ freilich ohne dass ihre Folgen von allen zwanglos akzeptiert werden könnten,¹⁶⁰ wie es dem Universalisierungsgrundsatz¹⁶¹ entspräche. Doch kommt hierauf nach dem hier verfolgten Ansatz nichts an.

Das Gesetz geht auf eine Initiative des Bundesrats zurück; der entsprechende Antrag wurde von neun Landesregierungen eingebracht. Die Bundesregierung hat die Initiative an den Bundestag weitergeleitet, der sie an die Ausschüsse verwies. Dort geschah lange Zeit nichts, bis die Bundeskanzlerin davon sprach, bei der parlamentarischen Abstimmung solle es „eher in eine Richtung Gewissensentscheidung“ gehen.¹⁶² Der Fraktionszwang wurde dann auch aufgehoben.

example, according to article 38 of the German Basic Law, members of parliament are (only) subject to their conscience, which can be understood as a reference to the values they have internalized. This becomes particularly clear when the factional constraint is lifted, i.e. when no three-line whip is imposed, in the case of legislation on manifestly moral issues, so that each member can vote according to his or her morals – often a moral norm with ideal existence that embodies values that he or she has internalized – without any major political cost.¹⁵⁷ This can also be illustrated by an example.

The German law introducing the right for persons of the same sex to marry¹⁵⁸ can be understood as the juridification of a (ideally and partially socially existent) fundamental and human right to recognition of sexual identity in connection with the ban on discrimination. The corresponding norm can be (somehow) justified,¹⁵⁹ admittedly without its consequences being accepted by everyone without compulsion,¹⁶⁰ in concert with the principle of universalization.¹⁶¹ This detail is unimportant for the present approach however.

The law was based on an initiative of the Bundesrat; the corresponding motion was submitted by nine German Länder governments. The federal government then forwarded the initiative to the Bundestag which referred it to the committees. For a long while, nothing happened until the chancellor spoke of a parliamentary vote that should “rather be a decision of conscience”.¹⁶² Afterwards, no three-line whip was imposed.

156 Die Peer Review hat dieses Ergebnis, „überspitzt formuliert“, dahin zusammengefasst, dass im Kontext der Gesetzgebung Moral gelte, wenn die Mehrheit der Parlamentarier und der Präsident ein Gewissen hätten. Es geht der Untersuchung aber nicht darum, ob in diesem Kontext Moral „gilt“. Es geht vielmehr darum, ob Parlamentarier aus einem spezifischen, von ihnen je für sich im Gewissen akzeptierten Menschenrecht verpflichtet sind, sich um dessen Verrechtlichung zu bemühen. Unabhängig davon aber lässt sich sagen, dass im Kontext der Gesetzgebung keine Moral wirksam sein wird, wenn die Mehrheit der Parlamentarier kein Gewissen hat.

157 Einige Beispiele für die Aufhebung des Fraktionszwangs bietet <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/ehe-fuer-alle-fraktionszwang-und-gewissensfrage-kompakt-erklart-a-1154894.html>.

158 Vom 20. Juli 2017, Bundesgesetzblatt Teil I 2017 S. 2787.

159 Vgl. etwa *Griffin*, On Human Rights (Fn. 58), 163 f.

160 Vgl. *John Finnis*, Equality and Religious Liberty. Oppressing Conscientious Diversity in England, in: Shah/Farr/Friedman (Hg.), Religious Freedom and Gay Rights. Emerging Conflicts in the United States and Europe, Oxford (2016), 21-40, 30, der in ihr „an insult to [married couples] of an unparalleled severity and depth“ sieht.

161 Text bei Fn. 36.

162 Vgl. *Anna Katharina Mangold*, Stationen der Ehe für alle in Deutschland, 9.8.2018, verfügbar unter <https://www.bpb.de/gesellschaft/gender/homosexualitaet/274019/stationen-der-ehe-fuer-alle-in-deutschland>.

156 The peer review concluded this to be “exaggerated”, to the effect that in the context of legislation morality would apply if the majority of parliamentarians and the president had a conscience. But this investigation is not concerned with whether morality “applies” in this context. Rather, the question is whether parliamentarians are obliged by a specific human right that they have accepted in their conscience to strive for its juridification. Regardless, however, it can be said that, in the context of legislation, no morality will be effective if the majority of parliamentarians have no conscience.

157 Some examples of the lifting of the parliamentary party constraint are provided by <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/ehe-fuer-alle-fraktionszwang-und-gewissensfrage-kompakt-erklart-a-1154894.html>.

158 Of 20 July 2017, Bundesgesetzblatt (*German Federal Law Gazette*) Part I 2017 p. 2787.

159 See, e.g., *Griffin*, On Human Rights (footnote 58), 163 f.

160 *John Finnis*, Equality and Religious Liberty. Oppressing Conscientious Diversity in England, in: Shah/Farr/Friedman (eds.), Religious Freedom and Gay Rights. Emerging Conflicts in the United States and Europe, Oxford (2016), 21-40, 30, who sees in it “an insult to [married couples] of an unparalleled severity and depth”.

161 Text in footnote 36.

162 See *Anna Katharina Mangold*, Stationen der Ehe für alle in Deutschland (*Stations of marriage for all in Germany*), 9.8.2018, available at <https://www.bpb.de/gesellschaft/gender/homosexualitaet/274019/stationen-der-ehe-fuer-alle-in-deutschland>.

Über die Kräfte, die die verschiedenen individuellen und kollektiven Akteure in der komplexen Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes beeinflusst und geleitet haben mögen, kann die Politikforschung, etwa auf der Grundlage des akteurzentrierten Institutionalismus,¹⁶³ Aufschluss geben, über die Frage, ob diese Akteure dabei einer moralischen Pflicht folgten, aber eher nicht. Für die Beantwortung dieser Frage sind jedoch die eigenen Äußerungen der Beteiligten aufschlussreich.¹⁶⁴

Bereits aus den Debatten des Bundesrats erhellt, dass zumindest einige der dortigen Akteure mit der Einbringung der Initiative eine moralische Pflicht zu erfüllen trachteten. So heißt es: „Es ist die Verpflichtung der Demokraten, die unantastbare Würde jedes Menschen und seine Rechte zu achten und zu schützen. Es ist die Akzeptanz der Verschiedenheit von Menschen, die die Idee der europäischen Aufklärung ausmacht und die ein demokratisch verfasstes Gemeinwesen auszeichnet. Menschen unterschiedlicher sexueller Orientierung gleichzustellen, ihnen die Möglichkeit der Eheschließung zu geben, ihnen das Recht auf Adoption einzuräumen: Das sind meiner Ansicht nach Menschenrechte, die wir endlich gewähren müssen.“¹⁶⁵ Noch deutlicher wird das in der Plenardebatte des Bundestags. Mehr als zwei Dutzend Mal haben Abgeordnete dort an das Gewissen appelliert, das die eine oder die andere Abstimmungsentscheidung erfordere. Von einer „tiefgehenden Gewissensprüfung“ ist die Rede¹⁶⁶ und davon, dass die Gewissensentscheidung kein Bauchgefühl sei.¹⁶⁷

Das lässt sich dahin verstehen, dass diejenigen Akteure, die verinnerlicht hatten, dass alle sexuellen Identitäten anzuerkennen seien und nicht diskriminiert werden dürften, sich verpflichtet sahen, die Moralnorm, die diesen Wert verkörpert, zu juridifizieren, sie als juristische für alle verbindlich zu machen, soweit dies die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung dieses Werts erhöhen würde, was hier kaum zu bestreiten ist. Andere Akteure mögen auch gegenläufige gute Gründe dafür gehabt haben, eine von ihnen akzeptierte moralische Pflicht nicht durch deren Verrechtlichung anderen auferlegen zu wollen. Umgekehrt haben wieder andere Akteure, die für sich selbst am Bild der christlichen

Policy research, for example on the basis of actor-centered institutionalism,¹⁶³ may shed light on the forces that may have influenced and guided the various individual and collective actors in the complex history of the law’s development but not on the question whether the actors thereby acted out of a moral duty. However, the parties’ own comments are instructive in answering this question.¹⁶⁴

It is already clear from the debates in the Federal Council that at least some of the players there were seeking to fulfil a moral obligation by introducing the initiative. So, they say: “It is the duty of democrats to respect and protect the inviolable dignity of every human being and his or her rights. It is the acceptance of the diversity of people that constitutes the idea of the European Enlightenment and that characterizes a democratically constituted community. To put people of different sexual orientation on an equal footing, to give them the possibility of marriage, to give them the right to adopt: In my opinion, these are human rights that we must finally grant.”¹⁶⁵ This becomes even clearer in the plenary debate of the Bundestag. On more than two dozen occasions, members of parliament have appealed to their consciences, which demanded voting one way or the other. There is talk of a “deep examination of conscience” at¹⁶⁶ and of the fact that the decision of conscience cannot simply be a gut feeling.¹⁶⁷

This can be understood to mean that those actors who had internalized that all sexual identities must be recognized and not discriminated against felt obliged to juridify the moral norm that embodies this value – to make it legally binding for all – such that it would increase the probability of realizing this value, which can hardly be disputed here. Other actors may have had good reasons, even if they were opposed, for not wanting to impose a moral duty accepted by others by legalizing it. Conversely, yet other actors, who for their part held on to the image of Christian marriage, voted to legalize the moral norm in question, which they had not internalized, without of course being morally obliged to do so by

163 Dazu der Überblick bei *Oliver Treib*, Akteurzentrierter Institutionalismus, in: G. Wenzelburger, R. Zohlhörer (Hrsg.), *Handbuch Policy-Forschung*, Wiesbaden (2015), 277-303

164 Die Gesetzesmaterialien sind im Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentarische Vorgänge dokumentiert. Der einschlägige Auszug ist unter <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/672/67236.html> verfügbar.

165 *Winfried Kretschmann*, Bundesrat – 934. Sitzung – 12. Juni 2015, 208 C-209 A.

166 *Michael Vietz*, Deutscher Bundestag – 18. Wahlperiode – 244. Sitzung. Berlin, Freitag, den 30. Juni 2017, 25243 D.

167 *Jutta Eckenbach*, *ibid.*, 25218 C.

163 For an overview see *Oliver Treib*, Akteurzentrierter Institutionalismus (*Actor-centered institutionalism*), in: G. Wenzelburger, R. Zohlhörer (eds.), *Handbuch Policy-Forschung (Handbook policy research)*, Wiesbaden (2015), 277-303.

164 The legislative materials are documented in the Documentation and Information System for Parliamentary Procedures. The relevant extract is available at <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/672/67236.html>.

165 *Winfried Kretschmann*, Federal Council – 934th Meeting – 12 June 2015, 208 C-209 A.

166 *Michael Vietz*, German Bundestag – 18th Term of office – 244th Meeting – Berlin, Friday, 30 June 2017, 25243 D.

167 *Jutta Eckenbach*, *ibid.*, 25218 C.

Ehe festgehalten haben, für eine Verrechtlichung der fraglichen, von ihnen nicht verinnerlichten Moralnorm gestimmt, ohne freilich aus dieser Norm moralisch hierzu verpflichtet gewesen zu sein.¹⁶⁸ Diese unterschiedlichen Haltungen belegen, dass viele Gründe dem entgegenstehen können, dass aus der *pro tanto*-Pflicht eines Akteurs zur Verrechtlichung einer von ihr verinnerlichten Moralnorm eine konklusive Pflicht wird. Eine Akteurin hat denn auch ausdrücklich ausgesprochen, dass die Entscheidung „keine reine Gewissensentscheidung“ sei.¹⁶⁹

V. SCHLUSS

In der Literatur wird häufig eine moralische Pflicht angenommen, Menschenrechte zu verrechtlichen. Die hier vorgelegte Untersuchung ergibt, dass in mehrerer Hinsicht zu differenzieren ist. Der Staat und seine juristisch-technischen Organe können Pflichten haben, sozial geltende Moralnormen zu verrechtlichen, die auf nationaler Ebene Ergebnispflichten, auf völkerrechtlicher Ebene aber nur Bemühungspflichten sein können. Pflichten aus nur ideal geltenden Moralnormen erwachsen diesen Akteuren nicht. Als Träger solcher Pflichten kommt nur in Betracht, wer die in der Moralnorm verkörperten Werte verinnerlicht hat, also Menschen – „wir“ und die moralischen Organe des Staates. Solche Pflichten können nur Bemühungspflichten sein. Ihr jeweiliger Umfang richtet sich nach den Umständen der Pflichtenträger. Alle diese Pflichten lassen sich nur als *pro tanto*-Pflichten und nur insoweit begründen, als die Verrechtlichung die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung der fraglichen Werte erhöht. Das ist bei sozial geltenden Moralnormen, namentlich bei der internationalen Verrechtlichung bereits national als Grundrechte verrechtlicher Moralnormen, häufig zweifelhaft. Bei ideal geltenden Moralnormen, die nicht zugleich sozial gelten, wird diese Voraussetzung hingegen regelmäßig erfüllt sein. Zusammenfassend ist zu sagen, dass es die in der Literatur angenommene Pflicht nur mit erheblichen Einschränkungen gibt. Sie kann daher im Rückblick kaum als wesentlicher Grund für den beobachteten Gleichlauf bestimmter Moralnormen und juridischer MR-Normen gesehen werden. Im Vorblick lässt sich nur sagen, dass sich nicht jede unterbliebene Verrechtlichung einer Moralnorm als Verletzung der erörterten Pflicht darstellt.

168 Vgl. *Sybillie Benning*, *ibid.*, 25215 A. Eine moralische Pflicht mag sich aus einer anderen verinnerlichten Moralnorm etwa des Inhalts ergeben haben, dass jede(r) nach seiner *façon* selig werden solle; vgl. *ibid.*, 25215 B.

169 *Emmi Zeulner*, *ibid.*, 25249 C.

this norm.¹⁶⁸ These different attitudes show that there are many reasons why the *pro tanto* duty of an actor to juridify a moral norm they have internalized can be opposed to a duty arrived at by conviction. One actor has expressly stated that the decision was “not a decision of pure conscience”.¹⁶⁹

V. CONCLUSION

In the literature, a moral duty to juridify human rights is often presumed. The investigation presented here shows that a distinction must be made in several respects. The state and its legal and technical organs can have duties to juridify socially existent moral norms, which at the national level can be duties to achieve results, but at the level of international law can only be duties to make an effort. These actors are not subject to obligations arising from merely ideally applicable moral standards. Only those who have internalized the values embodied in the moral norm, i.e. people – “we” and the moral organs of the state –, can be considered as bearers of such duties. Such duties can only consist of the commitment to make the effort. Their respective scope depends on the circumstances of those who have committed to such duties. Each of these obligations can only be justified as *pro tanto* obligations and only to the extent that the juridification increases the probability of the realization of the values in question. This is often dubious in the case of socially applicable moral standards, especially in the case of international juridification of moral norms that are already nationally juridified as fundamental rights of legal moral norms. In the case of moral norms having only ideal but no social existence this condition will be regularly fulfilled. In summary, it can be said that the duty presumed in the literature exists only with considerable limitations. In retrospect, therefore, it can hardly be seen as a significant reason for the observed synchronization of certain moral norms and legal human rights norms. Prospectively, it can only be said that not every omitted juridification of a moral norm constitutes a violation of the duty under discussion.

168 See *Sybillie Benning*, *ibid.*, 25215 A. A moral duty may have arisen from another internalized moral norm, the likes of, for example, that every person should be blessed by virtue of who they are; see *ibid.*, 25215 B.

169 *Emmi Zeulner*, *ibid.*, 25249 C.

Dieses Ergebnis ist durch die der vorliegenden Untersuchung zugrunde gelegte Prämisse determiniert, dass auch einander widersprechende Moralnormen in unterschiedlichen Bezugsrahmen gerechtfertigt werden können. Diese Prämisse ist Ausdruck eines empirisch untermauerten moralischen Skeptizismus. Wer an der kategorischen Behauptung, Menschenrechte würden uns moralisch verpflichten, sie auch rechtlich zu konkretisieren und zu internationalisieren, festhalten will, muss sich bemühen, diese Prämisse zu widerlegen, also in einer für das Hier und Jetzt relevanten Weise darzutun, dass ein bestimmtes „neues“ Menschenrecht Teil einer universellen Moral und damit objektiv bindend, ein „standard[...] with genuine reason-giving force“, ist.¹⁷⁰

This result is determined by the premise underlying the present investigation, that even conflicting moral norms can be justified in different reference frameworks. This premise expresses an empirically supported moral skepticism. Anyone who wants to hold fast to the categorical assertion that human rights morally oblige us to concretize and internationalize them also legally must endeavor to refute this premise and to show in a manner relevant to the here and now that a certain “new” human right is part of a universal morality and thus objectively binding, a “standard ... with genuine reason-giving force”.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Tasioulas (Fn. 6), 18.

¹⁷⁰ Tasioulas (footnote 6), 18.