

Menschenrechte und Grundrechte

Martin Borowski

Einleitung

Spätestens seit der Mitte des 20. Jahrhunderts besitzt die Berufung auf „Menschenrechte“ eine besondere Kraft in der politischen und moralischen Diskussion. In den Worten von John Tasioulas haben sie mittlerweile den Status einer „ethischen *lingua franca*“ inne.¹ Gegenstücke der Menschenrechte in der Sphäre des Rechts sind die Grundrechte, welche in den letzten sieben Jahrzehnten eine herausragende Rolle in der Anwendung des Rechts auf allen Ebenen des Rechtssystems gewonnen haben. Trotz der zahlreichen und breiten Verwendung der Begriffe „Menschenrechte“, „Grundrechte“, „Grund- und Menschenrechte“ und ähnlicher fehlen aber meist klare Definitionen oder Charakterisierungen. Dies führt nicht selten zu Verwirrung und Missverständnissen. Das Ziel dieses Beitrages besteht darin, dem Verhältnis zwischen den Menschenrechten als moralischen Rechten und den Grundrechten als Teil des Rechts nachzugehen.

Die historische Entwicklung der Grund- und Menschenrechte ist ein Thema an und für sich. Ihre Grundlagen wurden zunächst durch die Schriften der Aufklärung gelegt, bis diese Rechte schließlich Ende des 18. Jahrhunderts in der nordamerikanischen Unabhängigkeitserklärung und in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte bekräftigt wurden.² Wir finden heutzutage in praktisch jeder Verfassung eines Staates „Grundrechte“. Im deutschen Grundgesetz von 1949 findet sich neben dem Katalog der Grundrechte und

¹ Tasioulas (2007), 75.

² Zur historischen Entwicklung der Grund- und Menschenrechte siehe nur Oestreich (1978); Alexy (2002); Stern (2004).

grundrechtsgleichen Rechte in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, die in letzter Instanz vom Bundesverfassungsgericht durchgesetzt werden, auch in Art. 1 Abs. 2 GG ein Verweis auf die „Menschenrechte“.³ Seit Mitte des 20. Jahrhunderts werden „Menschenrechte“ im Sinne internationaler Grundrechte von einer großen Zahl von allgemeinen und speziellen Instrumenten des inter- und supranationalen Rechts geschützt. Beispielfhaft seien nur die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948, die Europäische Menschenrechtskonvention von 1950, der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966, die Antifolterkonvention der Vereinten Nationen von 1984, die Charta der Grundrechte der Europäischen Union aus dem Jahre 2000 sowie das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen aus dem Jahre 2006 hervorgehoben.

I. Der Begriff des Menschenrechts

Im Folgenden sollen zunächst die verschiedenen Charakteristika von Menschenrechten herausgearbeitet werden. Ihre Definition lautet: Menschenrechte sind moralische, universelle, abstrakte und fundamentale individuelle Rechte, die gegenüber dem positiven Recht Priorität besitzen.⁴

1. „Menschenrechte“ als moralische Rechte

Die soeben genannte Bedeutung des Begriffs des Menschenrechts unterscheidet sich von einer verbreitet verwendeten Bedeutung, nach der unter „Menschenrechten“ die in völkerrechtlichen Pakten und Konventionen positivierten Rechtspositionen zum Schutze fundamentaler Interessen des Einzelnen verstanden werden. Besonders deutlich wird dies bei der „Europäischen Menschenrechtskonvention“. Derartige Menschenrechtsverträge sind völkerrechtliche Verträge

³ Zur Deutung des Begriffs „Menschenrechte“ in Art. 1 Abs. 2 GG primär im Sinne moralischer Rechte und nur sekundär internationaler Grundrechte siehe Borowski (2006), 108 f.

⁴ Zu diesem Begriff des Menschenrechts vgl. auch Alexy (1998), 244 ff.; ders. (2004), 16; ders. (2013), 10; Borowski (2006), 85; ders. (2018), 37 ff.

und damit eine Rechtsquelle,⁵ womit die durch Bestimmungen in diesen Pakten und Konventionen gewährten „Rechte“ definitionsgemäß Teil des Rechts sind. Derartige rechtliche Rechte als „Menschenrechte“ zu bezeichnen, ist durchaus nachvollziehbar, denn es handelt sich um rechtliche Instrumente zum Schutz der Menschenrechte als moralische Rechte. Diese verbreitete Terminologie beschwört aber auch regelmäßig Missverständnisse herauf, weil die moralischen Rechte selbst und die rechtlichen Instrumente zu ihrem Schutz gleichermaßen undifferenziert als „Menschenrechte“ bezeichnet werden. Dies ist wenig glücklich, weil sich moralische und rechtliche Rechte beispielsweise in ihrer autoritativen Dimension notwendig unterscheiden und regelmäßig auch in ihrem zeitlichen und örtlichen Anwendungsbereich. Angesichts dieser und weiterer Unterschiede liegt es nahe, die grundlegende Unterscheidung zwischen moralischen und rechtlichen Rechten auch begrifflich abzubilden, indem der Begriff „Menschenrechte“ für moralische Rechte reserviert bleibt und die entsprechenden rechtlichen Positionen zum Schutz dieser moralischen Rechte als „Grundrechte“ bezeichnet werden – im Falle völkerrechtlicher Instrumente als „internationale Grundrechte“, im Falle von Instrumenten im Recht der Europäischen Union als „supranationale Grundrechte“ und von Instrumenten im nationalen Recht als „nationale Grundrechte“.

2. Der funktionelle und der evaluative Ansatz zu Menschenrechten

In vielen Diskussionen im Völkerrecht und in der internationalen Politik der letzten zwei bis drei Jahrzehnte stand und steht zunehmend der Gedanke im Vordergrund, dass Menschenrechte der staatlichen Souveränität – die im „westfälischen System“ nach dem Westfälischen Frieden von 1648 als der Idee nach unbeschränkt und unbegrenzt verstanden wurde⁶ – Grenzen setzen. Verletzt ein Staat auf schwerste Weise die Menschenrechte seiner Bevölkerung oder von Teilen seiner Bevölkerung (unabhängig davon, welche Grundrechte innerhalb dieses Staates gelten), können Interventionen der Staatengemeinschaft oder anderer Staaten – sei es mit oder ohne Mandat des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen – ebenso legitim wie völkerrechtlich legal sein, wobei allerdings selbst innerhalb dieser herrschenden Ansicht

⁵ Vgl. Art. 38 lit a IGH-Statut.

⁶ Vgl. nur Herdegen (2016), 20 f.

viele Einzelheiten lebhaft umstritten sind.⁷ Diese Wirkung von Menschenrechten – die Begrenzung der Souveränität von Staaten – hat zu der Idee geführt, sie als deren Charakteristikum derart ins Zentrum zu stellen, dass Menschenrechte in erster Linie mit Blick hierauf definiert werden. Nach dem vor allem von Charles Beitz und Joseph Raz vertretenen funktionellen Ansatz sind entsprechend diejenigen Rechte Menschenrechte, welche eine Einschränkung der staatlichen Souveränität bewirken.⁸ Hieran ist richtig, dass die Beschränkung der Souveränität von Staaten durch die Menschenrechte eine wichtige Wirkung von Menschenrechten im Völkerrecht darstellt. Dies ist aber sicher nicht die einzige und auch nicht die wichtigste Wirkung. Sie bildet nicht den archimedischen Punkt in der Diskussion um die Existenz und den Inhalt von Menschenrechten schon auf der Ebene des Völkerrechts und erst recht nicht auf der Ebene nationalen Rechts. Grundrechte werden nicht in nationale Verfassungen aufgenommen, um eine Intervention durch die Vereinten Nationen oder durch andere Staaten zu verhindern, sondern weil verfassungsgebende Versammlungen in aller Regel der Überzeugung sind, dass dem oder der Einzelnen bestimmte moralische Rechte allein aufgrund seines oder ihres Menschseins zukommen und dass diese Rechte effektiven rechtlichen Schutzes bedürfen. Entsprechendes gilt für völkerrechtliche Konventionen und Pakte. Für diesen Ansatz, der den größten Teil der Tradition der Menschenrechte abbildet, hat James Griffin in der angelsächsischen Diskussion kürzlich die Bezeichnung „evaluativer Ansatz“ geprägt.⁹ In diesem Sinne sind Menschenrechte moralische Rechte.

Ein moralisches Recht wird durch eine Norm gewährt, die moralisch gilt – eine moralische Norm. Im Gegensatz zu rechtlicher Geltung wird moralische Geltung allein definiert durch inhaltliche Richtigkeit oder Rechtfertigungsfähigkeit.¹⁰ Als bloß moralische Rechte sind Menschenrechte als solche grundsätzlich nicht Teil des Rechts – vorbehaltlich eines nichtpositivistischen oder naturrechtlichen Rechtsbegriffs, der von einer notwendigen Verbindung von Recht und

⁷ Vgl. nur Herdegen (2016), 272 ff.

⁸ Beitz (2009), 109 et passim; Raz (2010), 328.

⁹ Griffin (2012), 12 f.

¹⁰ Alexy (1998), 249; ders. (2011), 141.

Moral ausgeht.¹¹ Damit gilt: Die Normen, die Menschenrechte als moralische Rechte gewähren, sind nicht ohne Weiteres Rechtsnormen. Denn Rechtsnormen sind durch rechtliche Geltung charakterisiert. Es existieren mindestens zwei Kriterien der rechtlichen Geltung. Das erste Kriterium ist das der ordnungsgemäßen Gesetztheit. Es liegt vor, wenn eine Norm von einem dafür zuständigen Organ in der dafür vorgesehenen Weise erlassen worden ist und nicht gegen höherrangiges Recht verstößt.¹² Am Beispiel einer nationalen Verfassung: Die Verfassung eines Staates wird durch einen Verfassungsgeber, legitimiert durch das Volk, im Verfahren der Verfassungsgebung niedergelegt. Das zweite Kriterium ist das der sozialen Wirksamkeit. Eine Norm gilt sozial, wenn sie entweder befolgt oder ihre Nichtbefolgung sanktioniert wird.¹³ Die soziale Geltung einer Verfassung besteht darin, dass die in ihr rechtlich vorgesehenen Organe in der Wirklichkeit konstituiert und mit Leben erfüllt werden und die in der Verfassung vorgesehenen Verfahren dem politischen Leben der Gesellschaft eine rechtliche Ordnung geben. Vertritt man einen positivistischen Rechtsbegriff, ist damit das Spektrum der Kriterien erschöpft – auch wenn diese beide Kriterien jeweils sehr unterschiedlich gefasst und kombiniert werden können.¹⁴ Moralische Rechte als solche hingegen können auch dann gelten, wenn sie nicht in einem Verfahren von einer Autorität gesetzt wurden und/oder keinerlei soziale Wirksamkeit aufweisen. Maßgebend ist allein, ob die Norm, die das fragliche Recht gewährt, moralisch gerechtfertigt oder begründet werden kann.¹⁵

3. Die Begründung der Menschenrechte als moralische Rechte

Auch wenn die Idee der Menschenrechte als moralische Rechte von vielen geteilt wird, findet sich nach wie vor auch radikale Skepsis. Berühmt ist die Formulierung des schottisch-amerikanischen Philosophen Alasdair MacIntyre, der mit Blick auf Menschenrechte ausführte: „[T]here are no such rights, and belief in them is one with belief in

¹¹ Zur naturrechtlichen Verbindungsthese siehe statt vieler Koller (1997), 31 ff.; Alexy (2011), 17.

¹² Vgl. Koller (1997), 25; Alexy (2011), 34 ff.

¹³ Vgl. Koller (1997), 25 f.; Alexy (2011), 31 ff.

¹⁴ Vgl. Koller (1997), 27; Alexy (2011), 31.

¹⁵ Alexy (1998), 249; ders. (2011), 141.

witches and unicorns“.¹⁶ Derartige Skepsis kann man nicht einfach mit dem Hinweis abtun, die Skeptiker seien in der Minderheit. Radikale Skepsis kann man nur endgültig zurückweisen, indem man eine objektive und allgemeingültige Begründung von Menschenrechten vorlegt. Zur Begründung der Existenz von Menschenrechten und zur Bestimmung ihres Inhalts werden in der politischen Philosophie verschiedene Kriterien und Verfahren vorgeschlagen. Hier können nur einige ganz grundlegende Linien skizziert werden. Der folgende Überblick beschränkt sich auf acht grundlegende Ansätze.¹⁷

Der erste und wahrscheinlich auch älteste Ansatz der Begründung der Menschenrechte besteht in der *religiösen Begründung*. Die göttliche Schöpfung verleiht dem Menschen einen moralischen Wert, der ihn gegenüber Sachen und Tieren besonders auszeichnet und aufgrund dessen seine Interessen besonders zu schützen sind. Für den Gläubigen mag hierin eine ausgesprochen kraftvolle Begründung liegen, aber für den Nicht- oder Andersgläubigen muss sie ohne verpflichtende Kraft bleiben.¹⁸ In einer modernen, religiös-weltanschaulich neutralen Gesellschaft können allgemeingültige Forderungen der Moral nicht auf religiös oder weltanschaulich begründete Prämissen gestützt werden.

Die *biologische Begründung* der Menschenrechte in ihrer modernen Form zielt darauf, dass bestimmte Formen altruistischen Verhaltens, welche mit Blick auf die Menschenrechte rekonstruiert werden können, den eigenen Genen eine größere Chance bieten, sich in die Zukunft fortzusetzen.¹⁹ Die Probleme beginnen schon damit, dass das Überleben der eigenen Gene, in zumindest einigen Situationen, gefördert werden kann, indem man das Überleben der Gene anderer Menschen be- oder verhindert. Zudem leidet die biologische Begründung von Menschenrechten grundsätzlich am naturalistischen Fehlschluss – denn nach dem Humeschen Gesetz²⁰ kann allein aus einem Sein (und biologische Prämissen sind letztlich naturwissenschaftliche Prämissen) kein moralisches Sollen folgen.

Die *intuitionistische Begründung* der Menschenrechte besteht in einem Hinweis auf die „Intuition“ dahingehend, dass es Menschenrechte

¹⁶ McIntyre (1985), 69.

¹⁷ Vgl. zu dieser Unterscheidung von acht Grundansätzen Alexy (2004), 15 ff.

¹⁸ Alexy (2004), 17.

¹⁹ Vgl. Alexy (2004), 17 f.

²⁰ Hume (2007), 302.

gebe oder, mit anderen Worten, dass die Existenz von Menschenrechten „evident“ sein soll.²¹ Dieser Hinweis kann aber andere, die diese Intuition nicht teilen oder die Evidenz nicht erleben, nicht überzeugen. Eine bloße und nicht weiter begründete Intuition kann daher eine objektive und allgemeingültige Begründung weder bieten noch ersetzen.

Die *konsensuelle Begründung* der Menschenrechte stützt ihre Existenz auf einen Konsens aller darüber, dass diese Rechte existieren.²² Ein solch vollständiger Konsens existiert nicht, wenn und solange radikal skeptische Auffassungen zur Existenz der Menschenrechte vertreten werden.²³ Wie das oben angeführte Zitat von McIntyre andeutet, wird radikale Skepsis zumindest von einigen vertreten. Will man derartige Skepsis für irrelevant erklären, muss man hierfür Argumente anführen. Dies aber überschreitet die konsensuelle Begründung, die allein auf das Faktum des Konsenses abstellt.

Nach der *kulturellen Begründung* sind Menschenrechte ein wichtiges Ergebnis der Tradition der menschlichen Kultur. Hinter solch eine kulturelle Errungenschaft, so lautet die Grundidee dieser Begründung, könnten wir nicht mehr zurückfallen.²⁴ Der Hinweis auf die Menschenrechte als integraler Teil der kulturellen Entwicklung mag mit Blick auf die letzten ca. 300 Jahre in Europa und Nordamerika einiges für sich haben, erscheint für die anderen Teile der Welt aber weniger selbstverständlich. Dies führte zu einer erheblichen Relativierung der Geltung von Menschenrechten, die damit nicht bloß ein Stück weit kulturrelativ ausfielen, sondern in Existenz und Inhalt vollständig von der parochialen Kultur abhingen. Dies ist mit der Idee der Universalität der Menschenrechte nicht zu vereinbaren.

Ein weiterer Versuch der Begründung der Menschenrechte könnte auf die Idee der Nutzenmaximierung gestützt werden, was zur *instrumentellen Begründung* führt. Nach dem Utilitarismus sind die Regeln und Institutionen gerecht, die zum größten gesellschaftlichen Gesamtnutzen führen. Die Verteilung des Nutzens unter den Individuen ist in der Grundversion des Utilitarismus gleichgültig, was der Idee individueller Rechte zunächst eher entgegensteht als sie abbildet. Individuelle

²¹ Alexy (2004), 18.

²² Alexy (2004), 18.

²³ Selbst wenn man einen zwar nicht vollständigen, so doch aber weitgehenden Konsens hinsichtlich der Existenz von Menschenrechten behauptet, sollte man hinzufügen, dass dieser weitgehende Konsens sich ein gutes Stück weit verflüchtigt, wenn es um die Frage des Inhalts der Menschenrechte geht.

²⁴ Alexy (2004), 19.

Nutzenmaximierung hingegen führt entweder zu Ergebnissen, die wir nach verbreiteten moralischen Kriterien nicht akzeptieren würden (wie etwa der Möglichkeit eines Sklavereivertrages), oder es müssen Kriterien gefunden und gerechtfertigt werden, die solch inakzeptable Ergebnisse ausschließen, aber auf andere Prinzipien als die Nutzenmaximierung zurückgeführt werden müssen.²⁵

Die *explikative Begründung* der Menschenrechte versucht zu zeigen, dass grundlegende Prämissen, die auch zur Anerkennung von Menschenrechten führen, bereits in der fundamentalen Praxis der menschlichen Kommunikation vorausgesetzt werden – sie können nicht bestritten werden, ohne dass der Skeptiker mit dem Akt des Bestreitens selbst eine besondere Art von Widerspruch begeht. Diese Art der Begründung wird auf die Transzendentalphilosophie Kants gestützt und vor allem von Apel, Habermas und Alexy in verschiedenen Versionen vertreten.²⁶ Aus der Voraussetzung von Freiheit und Gleichheit im Diskurs folgt aber noch nicht automatisch die Anerkennung von menschenrechtlicher Freiheit und Gleichheit im allgemeinen Handeln. Dies muss anhand weiterer Gründe gerechtfertigt werden.²⁷

Nach der *existenziellen Begründung* der Menschenrechte schließlich treffen wir eine existenzielle Entscheidung darüber, wer wir – als Individuum und/oder als Gemeinschaft – sein wollen: die Maximierer von individuellen Interessen oder Personen mit Interesse an moralischer Richtigkeit.²⁸ Letzteres impliziert die Anerkennung menschlicher Würde und der Menschenrechte. Diese existenzielle Entscheidung kann zunächst aber nur jeder Einzelne für sich treffen. Es ist nicht ohne Weiteres klar, wie ein Mitglied einer Gemeinschaft an eine kollektive existenzielle Entscheidung gebunden werden kann, welche die Mehrheit der Gemeinschaft oder deren – wie auch immer legitimierte – Führung ohne oder gegen den Willen des Betroffenen getroffen hat.

Diese acht grundlegenden Ansätze können jeweils in verschiedenen Versionen vertreten werden. Man wird aber kaum umhinkommen, verschiedene Ansätze auf komplexe Art und Weise miteinander zu kombinieren. Es ist absehbar, dass ein einzelner Ansatz nicht in der

²⁵ Vgl. Alexy (2004), 18 f.

²⁶ Apel (1973); ders. (1988); ders. (1992); Habermas (1983); ders., (1984); ders. (1991); ders. (1992); Alexy (1995); ders. (2015).

²⁷ Alexy (1995), 141 ff.; ders. (2004), 20; Borowski (2001), 62 ff.

²⁸ Alexy (2004), 21.

Lage sein wird, die Grundlinien der menschenrechtlichen Praxis vollständig kritisch zu rekonstruieren.

Die Begründung der Menschenrechte wird seit langer Zeit in der politischen Philosophie intensiv diskutiert und kann hier nicht weiter verfolgt werden.²⁹ Im Folgenden soll im Sinne einer Arbeitshypothese angenommen werden, dass sich die Menschenrechte im Großen und Ganzen mit dem Inhalt, der in der Diskussion der letzten Jahrzehnte herausgearbeitet wurde, begründen lassen.

4. Die Charakteristika von Menschenrechten als moralischen Rechten

Auf der Grundlage dieses Verständnisses der Menschenrechte als moralische Rechte weisen sie die folgenden Charakteristika auf:

a) Die Menschenrechte als „Rechte“

Als „Rechte“ sind Menschenrechte „Positionen“ in der Sphäre der Moral, entsprechend den „Rechtspositionen“ in der Sphäre des Rechts. Als grundlegende Positionen umfassen sie neben Freiheiten und Kompetenzen in erster Linie „Rechte auf etwas“.³⁰ „Rechte auf etwas“ sind normative Relationen zwischen dem Träger des Rechts (a), dem Adressaten des Rechts (b) und dem Gegenstand des Rechts (G). Notiert man für den Rechte-Operator dieser dreistelligen Relation „R“, ergibt sich „RabG“. Immer dann, wenn ein Recht existiert, gilt eine Norm, die dieses Recht gewährt.³¹

b) Die Menschenrechte als universelle Rechte

Menschenrechte sind in zweierlei Hinsicht „universelle“ Rechte. Mit Blick auf ihre Träger sind sie Rechte, die allen Menschen zustehen, ohne dass sie durch eine besondere Verleihung, einen Vertrag oder einen sonstigen Erwerbsvorgang erworben werden müssten – jeder

²⁹ Vgl. nur die zahlreichen Beiträge in Cruft/Liao/Renzo (2015).

³⁰ Zur Unterscheidung von „Rechten auf etwas“, „Freiheiten“ und „Kompetenzen“ als fundamentale Rechtspositionen siehe Borowski (2006), 182 ff.

³¹ Alexy (1996), 163 f.; ders. (1998), 246.

Mensch hat kraft seiner Qualität als Mensch diese Rechte.³² Zweitens sind sie mit Blick auf die Adressaten universell, sie sind Rechte gegen alle. Deswegen werden sie auch oft als Rechte *erga omnes* bezeichnet.³³ Nimmt man beide Seiten der Universalität zusammen, sind die Menschenrechte Rechte aller gegen alle. Damit setzen sie als bloß moralische Rechte den Staat als juristische Konstruktion nicht voraus. Sie gelten in jeder Gesellschaft oder menschlichen Gemeinschaft und in jeder menschlichen Beziehung überhaupt, also auch vor- und außerstaatlich.

c) Die Menschenrechte als abstrakte Rechte

Menschenrechte sind weiterhin abstrakte Rechte.³⁴ Sie werden in kurzen, formelhaften Sätzen ausgedrückt, wie etwa: Die Glaubensfreiheit ist das Recht auf das Bilden und Innehaben von Glaubensüberzeugungen sowie das Recht, sein gesamtes Leben an diesen Glaubensüberzeugungen auszurichten. Dies erfasst eine große Zahl konkreter Fälle, wie etwa das Tragen eines Kopftuches aus religiösen Gründen, das Beten, die Missionierung neuer Gläubiger oder den Besuch eines Gottesdienstes. Sie sind auch abstrakt hinsichtlich der Tatsache, dass jedes einzelne Menschenrecht in ein umfassendes Schema gleicher Freiheiten für alle eingefügt werden muss, womit sich im konkreten Fall erweisen kann, dass ein Menschenrecht einer Person durch ein anderes Menschenrecht einer anderen Person wirksam beschränkt wird. Zudem sind auch legitime Schrankengründe jenseits von Menschenrechten in Form kollektiver Güter denkbar.

d) Die Menschenrechte als fundamentale Rechte

Kennzeichnend für Menschenrechte ist weiter die Fundamentalität ihres Gegenstandes. Sie schützen die Erfüllung fundamentaler Bedürfnisse und Interessen.³⁵ Ein Bedürfnis oder Interesse ist fundamental, wenn die Nichterfüllung den Tod eines Menschen oder ein schweres

³² Vgl. nur Alexy (1998), 247 f.; Koller (1998), 100.

³³ Beispielsweise Koller (1998), 101 f.; Borowski (2009), 124 f.

³⁴ Borowski (2006), 88; ders. (2018), 41 f.

³⁵ Borowski (2006), 89; ders. (2018), 42.

Leiden für ihn nach sich zieht oder wenn der Kernbereich der menschlichen Autonomie betroffen wird.³⁶ Klassische Beispiele sind Folter, sonstige schwere körperliche und seelische Misshandlung oder gar Tötung, Inhaftierung und die Diskriminierung aus rassistischen oder religiösen Gründen. Nicht jede Ungerechtigkeit bildet einen Verstoß gegen Menschenrechte. Welche Interessen und Bedürfnisse derart fundamental sind, dass sie Menschenrechte und damit den Kern der Gerechtigkeit begründen, hängt maßgeblich von der Begründung der Menschenrechte ab.

e) Die Menschenrechte als individuelle Rechte

Menschenrechte sind schließlich individuelle Rechte. Im Zentrum der Konzeption der Menschenrechte steht der Einzelne, das menschliche Individuum, nicht ein Kollektiv oder eine „juristische Person“ an sich.³⁷ Soweit die Gewährung von originär nur Kollektiven oder „juristischen Personen“ zustehenden Rechten die menschenrechtliche Position des Individuums verbessert, lassen sich Rechte von Kollektiven jedenfalls aber als Mittel der Realisierung von Menschenrechten deuten.³⁸

f) Die Menschenrechte als Maßstab der Legitimität des Rechts

Die Menschenrechte sind dem Recht in allen seinen Formen vorgeordnet, indem sie den Maßstab für die Legitimität des Rechts bilden.³⁹ Ein Widerspruch zwischen den moralischen Menschenrechten und dem Recht lässt das Recht illegitim werden. Mit dieser Illegitimität verliert das Recht jedoch nicht automatisch seine rechtliche Geltung. Nach einem positivistischen Rechtsbegriff verliert ungerechtes oder illegitimes Recht nicht notwendig seine rechtliche Geltung. Nach dem exklusiven Rechtspositivismus, der jede Art von moralischem Geltungskriterium

³⁶ Alexy (1998), 251.

³⁷ Borowski (2006), 90; ders. (2018), 42 f.

³⁸ Alexy (1998), 247 f.; Borowski (2006), 101.

³⁹ Borowski (2006), 89; ders. (2018), 43.

ausschließt, wird dies sogar unmöglich.⁴⁰ Auch bei einem nichtpositivistischen Rechtsbegriff kommt dies nur in Fällen extremer Ungerechtigkeit ernsthaft in Betracht.

Die dadurch scheinbar entstehende weitgehende Selbstständigkeit des Rechts gegenüber der Moral kann man als Schwäche der Menschenrechte als moralische Rechte sehen. In metaphorischer Hinsicht kann man die Tatsache, dass die Geltung der Menschenrechte einzig und allein von ihrer inhaltlichen Richtigkeit oder philosophischen Begründbarkeit abhängt, aber auch als eine Stärke sehen: Niemand auf der Welt kann sich menschenrechtlicher Kritik unter Hinweis darauf entziehen, dass im jeweiligen Rechtssystem entsprechende Grundrechte nicht positiviert oder sonst institutionalisiert sind.⁴¹

II. Der Begriff des Grundrechts

Anders als Menschenrechte sind Grundrechte⁴² per se Rechtspositionen, die durch Rechtsnormen gewährt werden. Diese Rechtsnormen müssen den Geltungsbedingungen der jeweiligen Rechtsordnung genügen. Dies bedeutet, dass die internationalen Grundrechte im Völkerrecht auf die Rechtsquellen des Völkerrechts gestützt werden müssen, die supranationalen Grundrechte des Rechts der Europäischen Union und die nationalen Grundrechte auf die Geltungskriterien der jeweiligen Teilrechtsordnung.

1. Die Grundrechte als transformierte Menschenrechte

Die Charakteristika von Grundrechten erklären sich weitgehend daraus, dass sie objektiv beanspruchen, die Menschenrechte als moralische Rechte in das Recht zu transformieren.⁴³ Zwischen Grundrechten

⁴⁰ Exklusiver Rechtspositivismus wird vor allem vertreten von Raz (2009), 47, und Marmor (2002). Nach der Gegenposition des inklusiven Rechtspositivismus können moralische Geltungskriterien für das Recht eingeführt werden, was aber kontingent sei; nach einer nichtpositivistischen geltungsbezogenen Konzeption hingegen sind moralische Geltungskriterien notwendig. Inklusiver Rechtspositivismus wird vor allem von H.L.A. Hart in seinem „Postscript“ zu „The Concept of Law“ (Hart [2012], 250 ff.) und von Jules Coleman (2001), 103 ff., vertreten.

⁴¹ Borowski (2009), 123.

⁴² Zum nachfolgend entfalteten Begriff des Grundrechts vgl. Borowski (2018), 44 ff.

⁴³ Borowski (2006), 91 ff.; ders. (2018), 44 ff.

und Menschenrechten besteht ein fundamentaler Zusammenhang. Dies wird deutlich, wenn verbreitet Grundrechte – wörtlich oder in der Sache – als transformierte Menschenrechte bezeichnet werden.⁴⁴ Damit gilt es zunächst den Zusammenhang von Grundrechten und Menschenrechten näher in den Blick zu nehmen. Am schwächsten ist dieser Zusammenhang auf der Grundlage eines formellen Grundrechtsbegriffs, während er auf der Grundlage eines materiellen Grundrechtsbegriffs stärker oder schwächer ausfallen kann, je nach der Art des vorausgesetzten Zusammenhanges.

Weiter findet man in der Literatur den „prozeduralen Grundrechtsbegriff“, nach dem Grundrechte diejenigen Rechte darstellen, „die so wichtig sind, daß ihre Gewährung oder Nichtgewährung nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit überlassen werden kann“.⁴⁵ Dieser prozedurale Grundrechtsbegriff hebt eine zentrale Eigenschaft von Grundrechten hervor, die darin besteht, den demokratischen Prozess zu begrenzen. Ein Parlamentsgesetz, das Grundrechte verletzt, erweist sich als verfassungswidrig und nichtig, auch wenn es in einem demokratischen Verfahren beschlossen wurde. In diesem Sinne wird jedes grundrechtswidrige Ergebnis dem demokratischen Prozess entzogen, weil der Prozess nicht zum Erlass eines wirksamen Gesetzes führen kann. Dies hebt zwar einen wichtigen Gesichtspunkt, aber eben nur *einen* Gesichtspunkt hervor und bietet keine vollständige Definition oder Beschreibung von Grundrechten.

a) Der formelle Grundrechtsbegriff

Nach dem formellen Grundrechtsbegriff werden Grundrechte anhand von formellen Kriterien identifiziert.⁴⁶ Nationale Grundrechte sind nach diesem formellen Begriff die in einer Verfassung positivierten individuellen Rechte. Je nachdem, ob einschränkende Kriterien hinzugefügt werden und wenn ja, welche, entstehen verschiedene Varianten des formellen Grundrechtsbegriffs. Nach dem systematisch einfachsten formellen Grundrechtsbegriff sind alle individuellen Rechte einer Verfassung dann Grundrechte. Man kann auch im Sinne der zweiten Variante als einschränkendes Kriterium verlangen, dass die

⁴⁴ Vgl. nur Wellmer (1998), 266.

⁴⁵ Alexy (1996), 406.

⁴⁶ Borowski (2006), 91 f.; ders. (2018), 45 f.

Grundrechte einer Verfassung nur diejenigen individuellen Rechte sind, die diese Verfassung selbst als „Grundrechte“ bezeichnet. Nach der dritten Variante ist maßgebend, ob der Einzelne ermächtigt ist, die ihm oder ihr zustehenden Rechte letztlich mit einer Verfassungsbeschwerde durchzusetzen. Im Fall des Grundgesetzes sind dies die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG aufgezählten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte. Formelle Grundrechtsbegriffe erlauben es, einfache und klare Grenzen zu ziehen, können einen materiellen Grundrechtsbegriff aber letztlich nicht ersetzen.⁴⁷

b) Der materielle Grundrechtsbegriff

Für den materiellen Grundrechtsbegriff sind materielle oder inhaltliche Kriterien maßgebend. Diese Kriterien beziehen sich auf den Zusammenhang der Grundrechte mit den Menschenrechten. Je nachdem, ob man diesen Zusammenhang objektiv oder subjektiv versteht, können auch beim materiellen Grundrechtsbegriff verschiedene Varianten unterschieden werden.⁴⁸

aa) Die Grundrechte als objektives Ergebnis der Transformation von Menschenrechten

Nach der objektiven Variante, die einen starken Zusammenhang zwischen Menschenrechten und Grundrechten voraussetzt, sind Grundrechte das objektive Ergebnis der Transformation von Menschenrechten in das Recht.⁴⁹ Dahinter steht die fundamentale Idee, dass die Klasse der individuellen Rechte einer Verfassung auf der Ebene des Rechts die Menschenrechte als moralische Rechte abbilden soll. Nach dem starken objektiven Zusammenhang sind die individuellen verfassungskräftigen Rechte dann Grundrechte, wenn sie objektiv das Ergebnis der Transformation von Menschenrechten in das Recht bilden.

Diese Transformation kann vollständig gelingen – dann wurden alle Menschenrechte in Grundrechte transformiert und jedes Grundrecht wird durch ein entsprechendes Menschenrecht moralisch

⁴⁷ Borowski (2006), 92; Alexy (2010), 949.

⁴⁸ Vgl. Borowski (2006), 92 ff.; ders., (2018), 46 ff.

⁴⁹ Borowski (2006), 92 f.; ders. (2018), 48 f.

fundiert. Jenseits dieses idealen Falles kann eine Divergenz in zwei Richtungen auftreten. Erstens kann die Verfassung gegenüber der Transformation von Menschenrechten ein „Mehr“ an individuellen Rechten enthalten. Dann ist dieses „Mehr“ kein Transformationsergebnis und wird folglich nicht als Grundrecht im materiellen Sinne qualifiziert – auch wenn die entsprechenden Rechte nach dem formellen Grundrechtsbegriff als „Grundrechte“ einzustufen wären. Zweitens kann die Verfassung gegenüber der Transformation von Menschenrechten ein „Weniger“ an individuellen Rechten enthalten. Damit entsteht aus der menschenrechtlichen Perspektive eine Lücke in der Verfassung, in der eigentlich „Grundrechte“ als transformierte Menschenrechte gelten müssten, aber nicht gelten.

Mit dem starken objektiven Zusammenhang wird der Begriff der Grundrechte automatisch an die Existenz und Reichweite der Menschenrechte geknüpft. Diese automatische Kopplung von Grundrechten an die Menschenrechte stellt ein ernstes Problem dar, weil schon umstritten ist, ob Menschenrechte überhaupt gelten – wenn nicht, gäbe es nichts zu transformieren und damit notwendig auch keine „Grundrechte“. Und unter den Befürwortern der Geltung von Menschenrechten besteht wenig Einigkeit darüber, mit welchem genauen Inhalt Menschenrechte gelten. Mit der automatischen Kopplung von Grundrechten an Menschenrechte würde unweigerlich eine erhebliche Unbestimmtheit in den Begriff der Grundrechte einziehen.⁵⁰

bb) Der subjektive Zusammenhang von Menschenrechten und Grundrechten

Nach dem subjektiven Zusammenhang von Menschenrechten und Grundrechten sind Grundrechte diejenigen individuellen Rechte, die in der Absicht positiviert wurden, die Menschenrechte in das Recht zu transformieren.⁵¹ Maßgebend ist der subjektive Wille zur Transformation, nicht, ob diese Transformation objektiv gelingt. Dann nimmt ein „Fehlschlag“ aus objektiver Perspektive den mit dem Willen zur Transformation positivierten Rechten nicht die Eigenschaft als Grundrechte. Diese Abschwächung der begrifflichen Verbindung von Menschenrechten und Grundrechten geht in die richtige Richtung,

⁵⁰ Borowski (2006), 93; ders. (2009), 123; ders., (2018), 48; Alexy (2010), 950.

⁵¹ Ein Stück weit in diese Richtung Alexy (2010), 950.

wirft aber ein anderes Problem auf. Wenn die verfassungsgebende Versammlung „Menschenrechte“ zu transformieren versucht, die aus objektiver Perspektive gar keine Menschenrechte sind, wird das Ergebnis der Positivierung allein wegen des „richtigen Willens“ als Grundrecht eingestuft. Auf der anderen Seite kann eine verfassungsgebende Versammlung aus Mitgliedern bestehen, welche die Existenz von Menschenrechten als moralischen Rechten vollständig leugnen, aus politischen oder ökonomischen Gründen oder aus sonstigen Gründen der Zweckmäßigkeit aber einen Katalog individueller Rechte in die Verfassung aufnehmen, die aus objektiver Perspektive das Ergebnis der gebotenen Transformation von moralisch geltenden Menschenrechten in das Recht darstellen. Soll aus der bloßen Tatsache, dass der Verfassungsgeber mit „falschem Willen“ gehandelt hat, notwendig folgen, dass die positivierten Rechte begrifflich nicht „Grundrechte“ sind? Dies wäre eigentümlich, weil diese individuellen Rechte in der Sphäre des Rechts objektiv einen effektiven Schutz der Menschenrechte als moralische Rechte bewirken, was ein entscheidendes Charakteristikum von Grundrechten darstellt.⁵² Es geht um objektive Ergebnisse, nicht um „guten Willen“.

cc) Der schwache objektive Zusammenhang zwischen
Menschenrechten und Grundrechten

Gleichsam ein Mittelweg besteht darin, den starken objektiven Zusammenhang abzuschwächen, ohne sofort zum subjektiven Zusammenhang überzugehen. Die Grundidee eines schwachen objektiven Zusammenhanges besteht darin, dass Grundrechte objektiv den Anspruch erheben, die Menschenrechte als moralische Rechte in das Recht zu transformieren.⁵³ Mit der „Zurücknahme“ des objektiven Zusammenhanges auf den Anspruch führt nicht jede Nichterfüllung gleich dazu, dass die betreffenden Rechte keine Grundrechte mehr darstellen. Diese Deutung im Sinne eines objektiven Anspruchs erweist sich als Anwendungsfall des Rechtsbegriffs, nach dem das positive Recht und seine Anwendung stets einen Anspruch auf moralische Richtigkeit erheben.⁵⁴

⁵² Borowski (2006), 94.

⁵³ Borowski (2006), 94; Alexy (2010), 950; ders. (2014), 19 f.

⁵⁴ Vgl. zu diesem Richtigkeitsargument grundlegend Alexy (2011), 64 ff.

c) Die Transformation von Menschenrechten in Grundrechte

Mit der Transformation eines Menschenrechts zu einem Grundrecht wird dem moralischen Geltungsgrund des Menschenrechts ein rechtlicher Geltungsgrund hinzugefügt. Aus der bloß moralischen Norm wird damit zusätzlich auch eine Rechtsnorm. Die Grundrechtsnorm bleibt weiterhin moralisch begründet. Sie wird zu einer „Grund- und Menschenrechtsnorm“ und das gewährte Recht in einem wirklichen Sinne zu einem „Grund- und Menschenrecht“.⁵⁵

Bei aller Parallelität von Menschenrechten und Grundrechten bewirkt die Transformation aber doch eine strukturelle Änderung. Aus den Menschenrechten als Rechten *erga omnes* werden Grundrechte gegenüber dem Staat. Mit dem Übergang in die Sphäre des Rechts wird der Staat als juristische Konstruktion der primäre Zurechnungspunkt für grundrechtliche Verpflichtungen und tritt an die Stelle aller anderen Individuen als moralische Zurechnungspunkte.⁵⁶ Die ursprünglich „unmittelbare Drittwirkung“ der Menschenrechte setzt sich nach der Transformation in der „mittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte fort, vermittelt durch die juristische Konstruktion des Staates als Zurechnungspunkt grundrechtlicher Rechte und Pflichten.⁵⁷

d) Das Gebot der Transformation von Menschenrechten
in Grundrechte

Die bereits skizzierte Transformation von Menschenrechten in Grundrechte ist moralisch geboten.⁵⁸ Menschenrechte sind nicht moralische Normen und Positionen im Sinne eines Selbstzwecks, sondern sie bieten den effektiven Schutz ihrer Gegenstände.

Selbst wenn jemand seine menschenrechtlichen Pflichten erkannt hat, folgt daraus nicht notwendig, dass er sie auch erfüllt. Kant hat mit seiner Unterscheidung zwischen dem *principium diiudicationis* und dem *principium executionis* zu Recht darauf hingewiesen, dass Menschen gegen ihre eigenen moralischen Einsichten handeln können.⁵⁹

⁵⁵ Borowski (2006), 95; ders., (2018), 49.

⁵⁶ Borowski (2006), 95; ders., (2018), 49 f.

⁵⁷ Vgl. zum Ganzen insbesondere Borowski (2009), 124 ff.

⁵⁸ Vgl. nur Tugendhat (1993), 349; Alexy (1998), 255; Borowski (2006), 96 ff.; ders. (2018), 50 f.

⁵⁹ Vgl. Patzig (1994), 255 ff.

Damit wird die Frage der effektiven Durchsetzung aufgeworfen. Menschenrechte als moralische Rechte sind, wenn überhaupt, nur in geringem Maße durchsetzbar. Einen Apparat der organisierten Durchsetzung moralischer Rechte, der letztlich Zwangsmaßnahmen vorsieht, gibt es nicht. Dass Menschenrechte den effektiven Schutz ihrer Gegenstände gebieten, impliziert letztlich die Schaffung und Aufrechterhaltung staatlicher Strukturen als Instrument der wirksamen Durchsetzung. Zwei Aspekte stützen diese moralische Erwägung. Der erste besteht darin, dass Vorteile, die aus unmoralischem Verhalten resultieren, unfair sind. Wer sich auf den moralischen Standpunkt stellt und von diesem aus handelt, muss aus Gründen der Fairness vor denjenigen geschützt werden, die unmoralisch handeln. Der zweite liegt in dem Argument der Nutzenmaximierung aller, die durch den staatlichen Schutz im bürgerlichen Zustand entsteht. Die fundamentale Alternative besteht im Naturzustand, in dem jeder auf Selbstverteidigung gegen alle anderen angewiesen ist. Die Aufwendungen hierfür wären enorm.⁶⁰

Ein weiteres Problem besteht in der Unsicherheit der Erkenntnis des menschenrechtlich Gesollten. Aufgrund der unterschiedlichen Auffassungen zum Inhalt der Menschenrechte sind Urteile über das im Einzelfall menschenrechtlich Gebotene oft unsicher. Mit der Transformation in das Recht wird die Kompetenz zur Anwendung der transformierten Menschenrechte, der Grundrechte, einem Gericht überantwortet. Dies erhöht die Rechtssicherheit, ohne dass der Anspruch auf moralische Richtigkeit des Rechts und seiner Anwendung grundsätzlich aufgegeben werden müsste.⁶¹

Insbesondere bei positiven Rechten oder Leistungsrechten kommt eine dritte Erwägung hinzu. Die Erfüllung dieser Art von Rechten verlangt nach einer rechtlich geregelten Organisation. Das menschenrechtliche Recht auf das Existenzminimum im Sinne von „Sozialhilfe“ stellt, wie alle menschenrechtlichen Rechte, ein Recht *erga omnes* dar. Doch was bedeutet es genau, dass die Adressaten dieses Rechts universell sind? Kann jeder Hilfsbedürftige von jedem Leistungsfähigen einen entsprechenden Bruchteil seines Existenzminimums verlangen? Dann müsste jeder Bedürftige seinen Anspruch gegen alle Leistungsfähigen in Bruchteilen durchsetzen. Zudem liegt es nahe, dass unterschiedlich Leistungsfähige unterschiedlich viel leisten müssten.

⁶⁰ Vgl. Alexy (1998), 254 f.

⁶¹ *Ibid.*, 256.

Nimmt man im Sinne einer Gesamtschuld an, dass jeder Leistungsfähige verpflichtet ist, einem Bedürftigen auf Verlangen das gesamte Existenzminimum zu verschaffen, würde dies zu komplexen Rückgriffsansprüchen zwischen den Leistungsfähigen führen. All dies ist vollkommen unpraktikabel. Damit bedarf es zur Organisation der Erfüllung von Leistungsrechten eines Staates als rechtsförmiger Organisation, der nach vorhersehbaren, widerspruchsfreien und kohärenten Maßstäben Steuern erhebt und Sozialleistungen gewährt.⁶²

e) Die rechtliche Ebene der Transformation

Das moralische Gebot der Transformation ist auf den effektiven Schutz der Gegenstände der Menschenrechte gerichtet. Entsprechend entscheidet die Effektivität des resultierenden Schutzes für diese Gegenstände darüber, auf welcher Ebene des Rechts – nationales, supranationales oder internationales Recht – eine Transformation zu erfolgen hat. Moralisch geboten ist diejenige Form (oder Kombination von Formen) der Transformation, mit deren Hilfe die Gegenstände der Menschenrechte so weitgehend und umfassend wie möglich geschützt werden können.

Die klassische Form besteht in der Transformation in Grundrechte im nationalen demokratischen Verfassungsstaat. Denn im nationalen Recht kann eine wirklich effektive Durchsetzung gewährleistet werden. Im internationalen Recht wurde in den vergangenen Jahrzehnten eine Vielzahl verschiedener Instrumente entwickelt, welche die Staaten völkerrechtlich dazu anhalten, einen effektiven Schutz zu gewährleisten. Aber die Durchsetzung völkerrechtlicher Rechte bleibt in aller Regel auf – teils erheblich – weniger effektive Mittel verwiesen und kann den Schutz auf nationaler Ebene nicht ersetzen, sondern nur ergänzen. Zudem wirft völkerrechtlicher Rechtsschutz besondere Probleme aus der Perspektive der Demokratie auf. Denn eine nationale Verfassung kann man mit qualifizierten Mehrheiten ändern, multilaterale Menschenrechtsverträge dagegen sind nach ihrem Abschluss de facto kaum änderbar. Sollte ein Mitgliedstaat mit einer Bestimmung in einem Menschenrechtsvertrag oder der auf sie gestützten Rechtsprechung des betreffenden internationalen Gerichts grundlegend

⁶² Ibid., 256 ff.

unzufrieden sein, kommt letztlich nur eine Kündigung des Menschenrechtsvertrages in Betracht, vor der Staaten aus nachvollziehbaren Gründen zurückschrecken werden.

Die beste Lösung besteht daher in effektivem Schutz der Grund- und Menschenrechte auf nationaler Ebene, ergänzt um eine weitere Ebene des internationalen Menschenrechtsschutzes, mit der ein Mindeststandard gesichert wird.⁶³ Wo nationale Grundrechte wegen des Anwendungsvorrangs des supranationalen Europarechts keinen effektiven Schutz bewirken können, müssen supranationale Grundrechtsgewährleistungen die drohende Lücke schließen.⁶⁴

2. Die Grundrechte als positivrechtliche Rechte

Grundrechte werden durch positives Recht gewährt. Die Norm, welche Grundrechte gewährt, muss die Geltungsbedingungen des betreffenden Rechtssystems erfüllen.⁶⁵ Ihre Interpretation ist – im Fall der nationalen Grundrechte – Verfassungsinterpretation als Unterfall der rechtlichen Interpretation. Diese erfolgt mit den Methoden der rechtlichen Interpretation, in der man zunächst die spezifischen Formen der juristischen Argumentation erschöpfen muss, bevor die Formen der allgemein praktischen Argumentation Bedeutung erlangen können.⁶⁶ Insbesondere dürfen in eine grundrechtliche Abwägung nur Prinzipien eingestellt werden, die aus der Perspektive des Rechts abzuwägen sind. Moralische Prinzipien als solche finden nur Eingang in eine rechtliche Abwägung, wenn und soweit das Recht dies fordert oder zulässt.⁶⁷

3. Die Grundrechte als Rechte gegen den Staat

Es wurde bereits dargelegt, dass die Menschenrechte als Rechte *erga omnes* mit der Transformation in das Recht zu Grundrechten gegen

⁶³ Borowski (2018), 52.

⁶⁴ Borowski (2001), 45; ders. (2018), 52.

⁶⁵ Borowski (2006), 98; ders., (2018), 53.

⁶⁶ Vgl. insbesondere Alexy (2015), 346 ff.

⁶⁷ Vgl. Alexy (2011), 64 ff.

den Staat werden.⁶⁸ Dies bedeutet nicht, dass Grundrechte im Verhältnis der Bürger untereinander ohne Wirkung bleiben. Während das Menschenrecht auf Leben die Unterlassung von Tötungshandlungen durch alle anderen Menschen verlangt, gebietet das Grundrecht auf Leben gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 1. Fall GG als Abwehrrecht zunächst nur die Unterlassung von Tötungshandlungen durch den Staat. Dies wird aber ergänzt durch ein grundrechtliches Schutzrecht des Individuums gegen den Staat. Dieses grundrechtliche Schutzrecht fordert, dass der Staat angemessene Schutzinstrumente schafft und auch anwendet. Das grundrechtliche Schutzrecht für das Leben des Einzelnen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 1. Fall GG beispielsweise erfüllt der Staat nicht zuletzt damit, dass er die klassischen strafrechtlichen Normen, insbesondere des „Mordes“ (§ 211 StGB), des „Totschlags“ (§ 212 StGB) und der „fahrlässigen Tötung“ (§ 222 StGB), in Geltung hält und diese effektiv durchsetzt.⁶⁹

4. Die Grundrechte als abstrakte Rechte

Grundrechte werden typischerweise in Bestimmungen ausgedrückt, die einen kurzen und eher formelhaften Wortlaut aufweisen.⁷⁰ Das Grundgesetz mit seinem betont kurzen Grundrechtsabschnitt und einigen wenigen knappen grundrechtsgleichen Rechten ist dabei noch deutlich sparsamer als etwa die Paulskirchenverfassung von 1849 oder gar die Weimarer Reichsverfassung von 1919. Doch selbst längere Grundrechtskataloge in früheren deutschen oder gegenwärtigen ausländischen Verfassungen sind im Vergleich mit typischen Parlamentsgesetzen ausgesprochen kurz und formelhaft.

5. Die Grundrechte als fundamentale Rechte

Ebenso wie für Menschenrechte gilt für Grundrechte, dass sie fundamentale Interessen schützen.⁷¹ Grundrechtlichen Schutz verdient vor

⁶⁸ Siehe oben Abschnitt II. 1 c).

⁶⁹ Borowski (2006), 99; ders., (2018), 53.

⁷⁰ Alexy (1997), 30 f.; Borowski (2006), 99; ders. (2018), 53 f.

⁷¹ Zu Menschenrechten vgl. Abschnitt I. 4. d).

allem, was für den Einzelnen besonders wichtig ist.⁷² Besonders klar ist dies im Fall der speziellen Freiheitsrechte wie etwa des Rechts auf Leben, der Freiheit der Person, der Meinungsfreiheit, der Versammlungsfreiheit, der Glaubensfreiheit, der Berufsfreiheit und der Eigentumsfreiheit etc., die Reaktionen auf bestimmte typische Gefährdungen darstellen, die sich im Laufe der Geschichte herauskristallisiert haben und in denen fundamentale Interessen des Einzelnen auf dem Spiel stehen. Ähnliches gilt für die speziellen Gleichheitsrechte, die Reaktionen auf besonders bedeutsame Diskriminierungen aus Gründen der Religion, der Rasse, des Geschlechts etc. darstellen.

6. Die Grundrechte als Rechte mit Priorität im Rechtssystem

Nach der Transformation von Menschenrechten in das Recht wird ihre vormalige Priorität gegenüber dem Recht durch die Priorität der Grundrechte innerhalb des Rechtssystems abgebildet. Diese Priorität hat drei verschiedene Aspekte: die Höchststrangigkeit der Grundrechte im Stufenbau des Rechts, die umfassende Bindung der Staatsgewalt und den Schutz durch gerichtliche und letztlich verfassungsgerichtliche Kontrolle.⁷³

a) Die Höchststrangigkeit der Grundrechte im Stufenbau des Rechts

Grundrechte sind auf der Ebene der Verfassung positiviert, der höchsten Stufe im innerstaatlichen Stufenbau der Rechtsordnung nach dem Derogationszusammenhang.⁷⁴ Ihre Priorität im Rechtssystem setzt diese Höchststrangigkeit voraus, denn nach dem Grundsatz „*lex superior derogat legi inferiori*“ könnten Grundrechte nicht gegenüber anderen Normen Priorität besitzen, wenn diese anderen Normen einen höheren Rang hätten. Auch der bereits erwähnte, prozedurale Grundrechtsbegriff impliziert die Höchststrangigkeit der Grundrechte, denn nur so erweisen sich grundrechtswidrige Parlamentsgesetze als verfassungswidrig und damit als nichtig – nicht umgekehrt.

⁷² Vgl. nur Merten (2006), 566 f.; vgl. weiter Borowski (2006), 99 f.; ders. (2007), 42; ders. (2018), 54.

⁷³ Borowski (2006), 100 f.; ders., (2018), 54 f.

⁷⁴ Borowski (2006), 100; ders. (2018), 55.

b) Die umfassende Bindung der Staatsgewalt durch die Grundrechte

Der zweite Aspekt der Höchststrangigkeit der Grundrechte besteht in der umfassenden Bindung der Staatsgewalt.⁷⁵ Diese liegt darin, dass staatliche Gerichte ermächtigt sind, eine Verletzung der Grundrechte gerichtlich festzustellen – dann sind sie nicht bloß „Richtungsnormen“ ohne rechtliche Bindungswirkung für einzelne oder alle Staatsgewalten oder bloße „Programmsätze“ im Sinne der Diskussion unter der Weimarer Reichsverfassung.⁷⁶ Der Parlamentarische Rat hat im Grundgesetz mit Art. 1 Abs. 3 GG klar angeordnet, dass die Grundrechte sowohl Gesetzgebung, vollziehende Gewalt als auch die Rechtsprechung binden. Die gesamte Staatsgewalt hat bei ihren Entscheidungen die Grundrechte zu beachten.

c) Die effektive gerichtliche Durchsetzbarkeit der Grundrechte

Der dritte Aspekt der Priorität der Grundrechte liegt in der effektiven gerichtlichen Kontrolle von möglichen Grundrechtsverletzungen.⁷⁷ Unter dem Grundgesetz wird die Kontrolle von Grundrechtsverletzungen zunächst von den Fachgerichten – also den ordentlichen Gerichten, den Verwaltungsgerichten, Arbeitsgerichten, Sozialgerichten oder Finanzgerichten – wahrgenommen. Hat der Beschwerdeführer den möglichen und zumutbaren Rechtsschutz ausgeschöpft, ist grundsätzlich die Verfassungsbeschwerde eröffnet. Internationale Grundrechte sind typischerweise deutlich weniger effektiv gerichtlich durchsetzbar. Aber auch einige internationale Schutzinstrumente sehen eine Individualbeschwerde zu einem Gericht vor, wie beispielsweise die Europäische Menschenrechtskonvention mit Art. 34, 35 EMRK.

7. Die Grundrechte als individuelle Rechte

Die Eigenschaft der Menschenrechte als individuelle Rechte⁷⁸ setzt sich auch nach der Transformation in Grundrechte fort, womit der

⁷⁵ Vgl. Borowski (2006), 100 f.; ders. (2018), 55.

⁷⁶ Borowski (2006), 100 f.

⁷⁷ Merten (2006), 570; Borowski (2006), 101; ders. (2018), 55.

⁷⁸ Siehe Abschnitt I. 4. e).

Einzelne, nicht ein Kollektiv, den Dreh- und Angelpunkt der Grundrechte bildet.⁷⁹ Im Grundgesetz finden wir mit Blick auf natürliche Personen „Jedermanngrundrechte“ und „Deutschengrundrechte“, wobei die Bürger von Mitgliedstaaten der Europäischen Union aufgrund der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote in weiten Bereichen mit Deutschen gleichbehandelt werden müssen. Doch auch juristische Personen selbst können nach Art. 19 Abs. 3 GG Träger von Grundrechten sein. Als individuelle Rechte bezwecken die Grundrechte nicht die Förderung der Interessen eines gedachten Gebildes an sich, sondern, wenn auch höchst mittelbar, der Interessen der hinter diesem Gebilde stehenden natürlichen Personen. Die einer juristischen Person zuerkannte Trägerschaft von Grundrechten erfährt ihre Rechtfertigung also in einer dienenden Funktion mit Blick auf die Individuen, die Mitglied einer juristischen Person sind oder Anteile an ihr halten. Dieser Konstruktion entspricht die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts, für die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen sei entscheidend, ob sie „den Bürgern zur Verwirklichung ihrer Grundrechte dienen“.⁸⁰

8. Die Definition der Grundrechte

Das Ausgeführte kann schließlich zu einer Grundrechtsdefinition zusammengefasst werden, womit der Bogen von der Definition der Menschenrechte zu den Grundrechten geschlossen wird: Grundrechte sind positivrechtliche, abstrakte, fundamentale und individuelle Rechte gegen den Staat, die Priorität im Rechtssystem genießen und objektiv den Anspruch erheben, die Menschenrechte als moralische Rechte in das Recht zu transformieren.⁸¹

⁷⁹ Borowski (2006), 101; ders., (2018), 55 f.

⁸⁰ BVerfGE 45, 63 (79).

⁸¹ Man kann die Frage stellen, welche der genannten Kriterien notwendige Bedingungen für die Einstufung als „Grundrecht“ bilden. Einige dieser Kriterien könnten ganz oder zum Teil auch nur typische Merkmale bilden, deren Fehlen der Annahme, bei dem fraglichen Phänomen handele es sich um ein „Grundrecht“, letztlich nicht entgegensteht. Vgl. zu dieser Frage Borowski (2006), 102 ff.; ders. (2007), 37 ff.; ders. (2018), 56 ff.

III. Schlussfolgerungen

Insgesamt dürfte deutlich geworden sein, dass die Grundrechte ihre auch moralische Natur weder verleugnen können noch müssen. Diese auch moralische Natur hat eine Reihe von Implikationen. Im Folgenden können zum Abschluss nur zwei dieser Implikationen skizziert werden.

Erstens folgt aus der Tatsache, dass Grundrechte gegenüber den hinter ihnen stehenden Menschenrechten einen „dienenden Charakter“ aufweisen, dass moralische Erwägungen bei der Anwendung der Grundrechte, insbesondere innerhalb der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit, eine legitime Rolle spielen. Bei der Rechtsanwendung im Alltag stehen sonst das autoritative rechtliche Material (Gesetze, Verordnungen etc.) und spezifisch rechtliche Formen der Argumentation (die Bindung an Wortlaut der Gesetze, an den Willen des Gesetzgebers, an die Systematik des Gesetzes etc.) im Vordergrund. Die Anwendung der Grundrechte wirft aber unweigerlich eben auch moralische Fragen auf.⁸² In der Diskussion um verfassungsrechtliche Abwägungen werden vor diesem Hintergrund zwei gegensätzliche Einwände erhoben – der Einwand der Übermoralisierung und der Einwand der Untermoralisierung. Der Einwand der Übermoralisierung macht geltend, die Berücksichtigung von vermeintlich letztlich beliebigen moralischen Erwägungen unterwandere die normative Steuerungskraft der Verfassung.⁸³ Nach dem Vorwurf der Untermoralisierung soll dagegen in der Abwägung der Grundrechte regelmäßig und grundsätzlich deren auch moralische Natur verkannt werden.⁸⁴ Wenn mit dem hier Dargelegten die auch moralische Natur von Grundrechten anerkannt und in der grundrechtlichen Abwägung auch berücksichtigt wird, geht der Vorwurf der Untermoralisierung (der ohnehin die Praxis der Begründung verfassungsgerichtlicher Abwägungen kaum treffend wiedergeben dürfte) ins Leere. Die Gefahr, dass ein Richter unter Berufung auf stark von den gesellschaftlichen Auffassungen abweichende moralische Überzeugungen Urteile fällen könnte, führt zur zweiten Implikation.

⁸² Bei genauerem Hinsehen werden allerdings in der alltäglichen Anwendung des einfachen Rechts durchaus moralische Fragen bedeutsam, so dass der Unterschied in der Anwendung des einfachen Rechts und der Verfassung eine Sache des Grades darstellt, keinen kategorialen oder grundsätzlichen Unterschied.

⁸³ Reese (2013), 115 et passim.

⁸⁴ Möller (2007), 460; Tsakyrakis (2009), 474.

Diese zweite Implikation bezieht sich auf das Verhältnis von positiver und kritischer Moral. Was soll ein Richter⁸⁵ tun, der im Zuge der Anwendung der Grundrechte moralische Fragen zu entscheiden hat und der mit seinem eigenen moralischen Urteil in relevanter Hinsicht zu anderen Ergebnissen kommt, als sie die moralischen Auffassungen der Mehrheit der Gesellschaft nahelegen? Dies verweist auf die Unterscheidung von positiver und kritischer Moral. Die positive Moral besteht aus den in einer bestimmten Gruppe zu einer bestimmten Zeit tatsächlich herrschenden Moralvorstellungen, während die kritische Moral allein durch ihre Begründbarkeit charakterisiert wird und sich jederzeit gegen die in jeder Gruppe tatsächlich herrschenden Moralvorstellungen wenden kann.⁸⁶ Der notwendige Zusammenhang von Recht und Moral, der darin liegt, dass die Grundrechte objektiv die Transformation von Menschenrechten in das Recht beanspruchen,⁸⁷ bezieht sich auf die kritische Moral. Allerdings beansprucht die gesellschaftliche Mehrheit mit ihren Moralvorstellungen ja auch, die inhaltlich richtigen, moralisch am besten zu begründenden Vorstellungen zu vertreten – zur „bloß positiven Moral“ wird sie aus der Perspektive eines Einzelnen, der eine abweichende moralische Position für besser begründet hält. Wenn allerdings der Richter vom Staat zur Entscheidung einer Rechtsanwendung in einem Einzelfall ermächtigt wird und diese Entscheidung auch die Entscheidung über die relevanten moralischen Prämissen impliziert, dann ist ein Richter grundsätzlich durchaus dazu ermächtigt, sich im Sinne der kritischen Moral gegen die tatsächlich herrschenden Moralvorstellungen der Gesellschaft zu stellen. Aber er darf nicht leichtfertig und ohne Weiteres seinen höchstpersönlichen moralischen Auffassungen den Vorrang geben. Er entscheidet nicht als autonomes moralisches Subjekt für sich selbst, sondern in Ausübung eines ihm vom Staat anvertrauten Amtes über die Ausübung öffentlicher Gewalt. Dies impliziert, dass ein Richter in seinen rechtlichen Entscheidungen nur von der positiven Moral abweichen

⁸⁵ Das Problem einer richterlichen kritischen Moral, die deutlich von der positiven Moral einer Gesellschaft abweicht, wird schon ein ganzes Stück weit entschärft, indem die Spruchkörper von Höchstgerichten und Verfassungsgerichten meist mit einer Vielzahl von Richtern besetzt sind – typischerweise mit sieben Richtern oder mehr. Damit wird das hier angedeutete Problem aber nicht vollständig behoben, denn es kann auch eine Mehrheit der Richter eines derartigen Spruchkörpers moralische Vorstellungen haben, die deutlich von der positiven Moral einer Gesellschaft abweichen.

⁸⁶ Vgl. Hart (1963), 17 ff.

⁸⁷ Siehe Abschnitt II. 1. b) cc).

darf, wenn sich sein eigenes moralisches Urteil der moralischen Auffassung der Mehrheit tatsächlich als in einem qualifizierten Sinne moralisch überlegen erweist. Es liegt nahe, dies entsprechend der Zurücknahme gerichtlicher Kontrolle im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle⁸⁸ mit Hilfe von Spielräumen zu rekonstruieren. Der Richter, der seine eigene kritische Moral gegen die positive Moral stellt, könnte demnach daraufhin begrenzt sein, die positive Moral auf ihre „Vertretbarkeit“ oder, noch schwächer, daraufhin zu überprüfen, ob sie sich als „nicht willkürlich“ erweist. Auf diese Weise entsteht eine gewisse Bindung an die positive Moral, die es Richtern jedoch erlaubt, in besonderen Fällen der kritischen Moral den Vorrang gegenüber der positiven Moral einzuräumen. Eine Übermoralisierung des Rechts liegt hierin nicht.

⁸⁸ Vgl. hierzu insbesondere Borowski (2013), 151 ff.; ders. (2018); jeweils mit weiteren Nachweisen.

Literatur

- Alexy, Robert: Diskurstheorie und Menschenrechte, in: ders., *Recht – Vernunft – Diskurs*, Frankfurt am Main 1995, S. 127–164
- : *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., München 1996
 - : Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: *Justice, Morality and Society – A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday 16 November 1997*, A. Aarnio/R. Alexy/G. Bergholtz (Hg.), Lund 1997, S. 27–42
 - : Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: *Philosophie der Menschenrechte*, S. Gosepath/G. Lohmann [Hg.], Frankfurt am Main 1998, S. 244–264
 - : Zur Entwicklung der Grund- und Menschenrechte in Deutschland, in: *Christiana Albertina* 54 (2002), S. 6–18
 - : Menschenrechte ohne Metaphysik?, in: *DZPhil* 52 (2004), S. 15–24
 - : Grundrechte, in: *Enzyklopädie Philosophie*, Bd. 1, H. J. Sandkühler (Hg.), 2. Aufl., Hamburg 2010, S. 949–954
 - : *Begriff und Geltung des Rechts*, 5. Aufl., Freiburg/München 2011
 - : The Existence of Human Rights, in: *Law, Science, Technology*, K. Günther/U. Neumann/L. Schulz (Hg.), Stuttgart 2013, S. 9–18
 - : Ein nichtpositivistischer Begriff der Grundrechte, in: *Methodik – Ordnung – Umwelt. Festschrift für Hans-Joachim Koch aus Anlass seines siebzigsten Geburtstags*, W. Ewer/U. Ramsauer/M. Reese/R. Rubel [Hg.], Berlin 2014, S. 15–27
 - : *Theorie der juristischen Argumentation*, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2015
- Apel, Karl-Otto: Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik, in: ders., *Transformation der Philosophie*, Bd. 2, Frankfurt am Main 1973, S. 358–435
- : *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt am Main 1988
 - : Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik gerechtfertigt werden? in: ders./M. Kettner (Hg.), Frankfurt am Main 1992, S. 29–61
- Beitz, Charles: *The Idea of Human Rights*, Oxford 2009
- Borowski, Martin: Discourse Theory in International Law – Human Rights through Discourse, in: *German Yearbook of International Law* 44 (2001), S. 38–71
- : *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen 2006

- : Classifying and Qualifying Properties of Fundamental Rights, in: Human Rights and Ethics, A. Ollero (Hg.), Stuttgart 2007, S. 37–45
- : Die Drittwirkung vor dem Hintergrund der Transformation moralischer Menschenrechte in das Recht, in: Menschenrechte in die Zukunft denken – 60 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, H. J. Sandkühler (Hg.), Baden-Baden, 2009, S. 109–126
- : Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, in: Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, M. Klatt (Hg.), Tübingen 2013, S. 151–199
- : Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl., Baden-Baden 2018
- Coleman, Jules: The Practice of Principle, Oxford 2001
- Cruft, Rowan/S. Matthew Liao/Massimo Renzo (Hg.), Philosophical Foundations of Human Rights, Oxford 2015
- Griffin, James: Human Rights – Questions of Aim and Approach, in: The Philosophy of Human Rights – Contemporary Controversies, G. v. Ernst/J.-C. Heilinger (Hg.), Berlin/Boston 2012, S. 3–16
- Habermas, Jürgen: Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: ders., Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt am Main 1983, S. 53–125
- : Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt am Main 1984
- : Erläuterungen zur Diskursethik, Frankfurt am Main 1991
- : Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main 1992
- Hart, H. L. A.: Law, Liberty, and Morality, Oxford 1963
- : Postscript, hg. von P. A. Bulloch und J. Raz, in: H. L. A. Hart, The Concept of Law, 3. Aufl., Oxford 2012, S. 238–276
- Herdegen, Matthias: Völkerrecht, 15. Aufl., München 2016
- Hume, David: A Treatise of Human Nature, D. F. Norton/M. J. Norton (Hg.), Bd. 1, Oxford 2007
- Koller, Peter: Theorie des Rechts, 2. Aufl., Wien/Köln/Weimar 1997
- : Der Geltungsbereich der Menschenrechte, in: Philosophie der Menschenrechte, S. Gosepath/G. Lohmann (Hg.), Frankfurt am Main 1998, S. 96–122
- Marmor, Andrei: Exclusive Legal Positivism, in: The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, J. Coleman/S. Shapiro (Hg.), Oxford 2002, S. 104–124
- McIntyre, Alasdair: After Virtue, 2. Aufl., Notre Dame 1985
- Merten, Detlef: Begriff und Abgrenzung der Grundrechte, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, D. Merten/H.-J. Papier (Hg.), Bd. II, Heidelberg 2006, S. 475–572

- Möller, Kai: Balancing and the Structure of Constitutional Rights, in: *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007), S. 453–468
- Oestreich, Gerhard: *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*, 2. Aufl., Berlin 1978
- Patzig, Günther: „Principium diiudicationis“ und „Principium executionis“ – Über transzendentalpragmatische Begründungsansätze für Verhaltensnormen, in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, Göttingen 1994, S. 255–274
- Raz, Joseph: *The Authority of Law*, 2. Aufl., Oxford 2009
- : Human Rights without Foundations, in: *The Philosophy of International Law*, S. Besson/J. Tasioulas (Hg.), Oxford 2010, S. 321–338
- Reese, Birgit: *Die Verfassung des Grundgesetzes*, Berlin 2013
- Stern, Klaus: Die Idee der Menschen- und Grundrechte, in: *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, D. Merten/H.-J. Papier (Hg.), Bd. I, Heidelberg 2004, S. 3–48
- Tasioulas, John: The Moral Reality of Human Rights, in: *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor?*, T. Pogge (Hg.), Oxford 2007, S. 75–101
- Tsakyrakis, Stavros: Proportionality – An Assault on Human Rights?, in: *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), S. 468–493
- Tugendhat, Ernst: *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt am Main 1993
- Wellmer, Albrecht: *Menschenrechte und Demokratie*, in: *Philosophie der Menschenrechte*, S. Gosepath/G. Lohmann (Hg.), Frankfurt am Main 1998, S. 265–291