

# RECHTS PHILOSOPHIE

Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts

Herausgegeben von

Alexander Aichele  
Martin Borowski  
Andreas Funke  
Elisabeth Holzleithner  
Joachim Renzikowski

**Thema: Totale Moral**

Philip Dingeldey/Tatjana Sheplyakova

**Totale Moral**

**Zur politischen Funktionalisierung der moralischen Affekte**

Alexander Somek

**Böse Moral**

Tatjana Sheplyakova

**Affektive Moral und die Krise der Redefreiheit**

**Aufmerksamkeitsökonomie, Zensur und Realitätsverlust in der „cheap speech“-Ära**

Philip Dingeldey

**„Erst kommt das Fressen, dann kommt die Identität“**

**Zwei Formen der Intersektionalität im Spannungsfeld von totaler Moral und Solidarität**

Tristan Stinnesbeck

**Diskursive Sollbruchstellen**

**Herausforderungen der Debatte über Identitätspolitik**

**Beitrag**

Cristina García Pascual/Jose Antonio García Sáez

**Hans Kelsen and Nuremberg: The Challenge for the Kelsenian Theory of Public International Law**

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

**Die Rolle der Logik bei Kelsen: Welcher Wandel?**

Leonardo Di Carlo

**Nomodynamik als prozedurale Rechtstheorie**

**Zwischen Normativismus und Ferrajolis axiomatischer Theorie**

**Rezension**

Yury Safoklov

**Karlheinz Muscheler, Das Recht des Todes. Grundlegung einer juristischen Thanatologie, 2024**

RphZ

4 | 2025

11. Jahrgang | Seite 353–466

ISSN 2364-1355



Nomos



ACADEMIA



Inlibra

# RECHTS PHILOSOPHIE

Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts

4/2025

11. Jahrgang

Seite 353–465

**Herausgegeben von** PD Dr. Alexander Aichele, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg | Prof. Dr. Martin Borowski, Universität Heidelberg | Prof. Dr. Andreas Funke, Universität Erlangen | Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Holzleithner, Universität Wien | Prof. Dr. Joachim Renzikowski, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

**unter Mitarbeit von** Prof. Dr. Marietta Auer, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt | Prof. Dr. Wolfgang Ertl, Keio University Tokyo | Prof. Dr. Jean François Kervégan, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) | Prof. Dr. Christian Krijnen, Vrije Universiteit Amsterdam | Prof. Dr. Anne Kühler, Universität Wien | Prof. Dr. Joachim Lege, Universität Greifswald | Prof. Dr. Georg Mohr, Universität Bremen | Prof. Dr. Stanley L. Paulson, Universität Kiel | Prof. Dr. Kurt Seelmann, Universität Basel

## Inhaltsverzeichnis

### Thema: Totale Moral

*Philip Dingeldey/Tatjana Sheplyakova*

Totale Moral

Zur politischen Funktionalisierung der moralischen Affekte ..... 357

*Alexander Somek*

Böse Moral ..... 363

*Tatjana Sheplyakova*

Affektive Moral und die Krise der Redefreiheit

Aufmerksamkeitsökonomie, Zensur und Realitätsverlust in der „cheap speech“-Ära ..... 371

*Philip Dingeldey*

„Erst kommt das Fressen, dann kommt die Identität“

Zwei Formen der Intersektionalität im Spannungsfeld von totaler Moral und Solidarität ..... 384

*Tristan Stinnesbeck*

Diskursive Sollbruchstellen

Herausforderungen der Debatte über Identitätspolitik ..... 396

## Beiträge

*Cristina García Pascual/Jose Antonio García Sáez*

Hans Kelsen and Nuremberg: The Challenge for the Kelsenian Theory of Public International Law .....	404
---	-----

*Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno*

Die Rolle der Logik bei Kelsen: Welcher Wandel? .....	433
---	-----

*Leonardo Di Carlo*

Nomodynamik als prozedurale Rechtstheorie Zwischen Normativismus und Ferrajolis axiomatischer Theorie .....	450
--	-----

## Rezension

*Yury Safoklov*

Karlheinz Muscheler, Das Recht des Todes. Grundlegung einer juristischen Thanatologie, 2024 .....	461
---	-----

## Impressum

### Rechtsphilosophie – Zeitschrift für Grundlagen des Rechts (RPhZ)

ISSN 2364-1355

**Schriftleitung:** Prof. Dr. Joachim Renzikowski (V.i.S.d.P.)

**Einsendungen bitte an:** Prof. Dr. Joachim Renzikowski, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Lehrstuhl für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie, Universitätsplatz 6, D-06108 Halle (Saale), E-Mail: rphz@nomos-journals.de, www.rphz.nomos.de

**Manuskripte und andere Einsendungen:** Alle Einsendungen sind an die o. g. Adresse zu richten. Es besteht keine Haftung für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss in Textform erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die Autorin/der Autor der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co.KG an ihrem/seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweiterwerbungssrecht der Autorin/des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt. Eine eventuelle, dem einzelnen Beitrag oder der jeweiligen Ausgabe beigegebene Creative Commons-Lizenz hat im Zweifel Vorrang. Zum Urheberrecht vgl. auch die allgemeinen Hinweise unter www.nomos.de/urheberrecht.

Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, soweit sie vom Einsendenden oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der urheberrechtliche Schutz gilt auch im Hinblick auf Datenbanken und ähnliche Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes oder über die Grenzen einer eventuellen, für diesen Teil anwendbaren Creative Commons-Lizenz hinaus ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Herausgeber/Redaktion wiedergeben.

Der Verlag beachtet die Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V. zur Verwendung von Buchrezensionen.

**Anzeigen:** Verlag C.H. Beck GmbH & Co. KG, Media Sales, Dr. Jiri Pavelka, Wilhelmstraße 9, 80801 München

Tel: (089) 381 89-687, mediasales@beck.de

**Verlag und Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung:** Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Waldseestr. 3-5, 76530 Baden-Baden, Telefon: 07221/2104-0, Telefax 07221/2104-899, www.nomos.de

Geschäftsführer: Thomas Gottlöber, HRA 200026, Mannheim

**Bankverbindung:** Sparkasse Baden-Baden Gaggenau, IBAN DE0566250030000502266 (BIC SOLADES1BAD)

**Erscheinungsweise:** vierteljährlich

**Preise:** Individulkunden: Jahresabo 179,- € inkl. digitaler Einzelplatzlizenz, Institutionen: Jahresabo 309,- € inkl. digitaler Mehrplatzlizenz. Der Digitalzugang wird in der Nomos eLibrary bereitgestellt. Einzelheft: 49,- €.

Die Abopreise verstehen sich einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer und zuzüglich Vertriebskostenanteil 20,- €/Ausland 36,- € bzw. Direktbeorderungsgebühr 3,50 € (Inland). Die Rechnungsstellung erfolgt nach Erscheinen des ersten Heftes des Jahrgangs.

**Bestellungen** über jede Buchhandlung und beim Verlag.

**Kundenservice:** Telefon: +49-7221-2104-222, E-Mail: service@nomos.de

**Kündigung:** Abbestellungen mit einer Frist von sechs Wochen zum Kalenderjahresende.

**Adressenänderungen:** Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

Hinweis gemäß Art. 21 Abs. 1 DSGVO: Bei Anschriftenänderung kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeauftrag gestellt ist. Hiergegen kann jederzeit mit Wirkung für die Zukunft Widerspruch bei der Post AG eingelegt werden.

**Editorial**

Der Schwerpunkt des letzten Heftes in diesem Jahr ist, wenn man so will, politisch. Allenthalben wird diagnostiziert, dass sich die Gräben in unserer Gesellschaft vertieften und dass der wechselseitige Austausch und Kampf um das bessere Argument – für eine Demokratie lebenswichtig – nicht mehr funktioniert. Kurz: Man hört sich nicht mehr zu. Alexander Somek kritisiert in seinem 2021 erschienenen Buch *Moral als Bosheit*, wie Scheindiskussionen von der Lösung der sozialen Frage ablenken. Wer etwa einräumt, sich in seiner Kindheit im Fasching als Indianer verkleidet zu haben, ist damit in bestimmten Milieus von vornherein disqualifiziert, sich zu bestimmten Fragen zu äußern. Die moralische Selbstüberheblichkeit führt zum Ausschluss Andersdenkender. Dieses Symptom ist freilich nicht auf „die Linke“ beschränkt, sondern ein gesamtgesellschaftliches Problem. Carl Schmitts Freund-Feind-Denken<sup>1</sup> scheint von beklemmender Aktualität zu sein.

Die Aufsätze sind aus einem Workshop im Juni 2023 an der Universität Gießen entstanden. Wir danken Tatjana Sheplyakova und Philip Dingeldey für die Organisation des Themenheftes. Sie stellen eingangs das Schwerpunktthema und die Aufsätze näher vor.

Die sonstigen Beiträge haben dieses Mal sämtlich mehr oder weniger mit Kelsen zu tun. Die Konfrontation der Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse mit Kelsens Konzept des Völkerrechts ist ein spannendes Thema, das von Cristina García Pascual und Jose Antonio García Sáez bearbeitet wird. Ab April 1945 arbeitete Kelsen für die amerikanische Regierung und verfasste acht Rechtsgutachten zur Möglichkeit eines internationalen Strafgerichtshofs zur Aufarbeitung der Untaten des Dritten Reichs. Sie werfen die Frage auf, ob die Nürnberger Prozesse als Höhepunkt oder Scheitern der Kelsen'schen Theorie des Völkerrechts angesehen werden können. Kelsens Ansicht über die Rolle der Logik im Recht ist, gelinde gesagt, recht speziell. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno analysiert Kelsens nicht durchweg konsistente Auffassung in verschiedenen Werken und argumentiert gegenüber der vorherrschenden Sicht, dass sich seine Position im Laufe der Zeit nicht verändert habe. Im dritten Beitrag von Leonardo di Carlo spielt Kelsen nur eine Nebenrolle als Gesprächspartner des italienischen Rechtsphilosophen Ferrajoli, der aus seiner Kritik die These des Normativismus als prozeduraler Rechtstheorie entwickelte, um ein Mindestmaß an Überprüfung der Angemessenheit zu gewährleisten.

Im Rezensionsteil stellt Yury Safoklov die Grundlegung einer juristischen Thanatologie von Karlheinz Muscheler vor.

Das erste Heft im Jahr 2026 wird sich mit Rechtsformkritik befassen. Die weitere Planung der Hefte sowie die redaktionelle Bearbeitung der eingereichten Manuskripte übernimmt künftig Andreas Funke. Daher schicken Sie ihm die Beiträge in elektronischer Form (andreas.funke@fau.de). Dennoch keine Sorge: Beiträge, die an renzikowski.jura.uni-halle.de gegangen sind, werden nicht verloren sein. Wie immer freuen wir uns über Ihre Ideen und Anregungen.

<sup>1</sup> Schmitt, Der Begriff des Politischen, 1932, 14 ff., passim.

Zum Schluss wünschen wir Ihnen und uns für das neue Jahr 2026 alles Gute!  
Bleiben Sie uns gewogen.

Erlangen/Halle/Heidelberg/Wien, Dezember 2025

*Alexander Aichele  
Martin Borowski  
Andreas Funke  
Elisabeth Holzleithner  
Joachim Renzikowski*

## Totale Moral

### Zur politischen Funktionalisierung der moralischen Affekte

*Philip Dingeldey/Tatjana Sheplyakova*

#### Abstract

Is there such a thing as evil morality? Is it therefore morally reprehensible in itself? And what does such morality mean for society? In his book *Moral als Bosheit* (2021), Alexander Somek attempts to reconstruct the structure of moral malice. The articles in this issue discuss the resulting problems for ethical discourse.

Gibt es eine böse Moral? Ist sie somit selbst moralisch verwerflich? Und was bedeutet eine solche Moral gesellschaftlich?

Es lässt sich nicht leugnen, dass es so etwas wie das bösartige moralische Urteil gibt. Seine Funktion und Konstitution lassen sich vorzugsweise unter Rückgriff auf Hegels Moralitätskritik bestimmen. Das bösartige moralische Urteil lässt die Beurteilten böse aussehen, selbst wenn sie dies nicht sind. Die Urteilenden machen Mehrdeutiges eindeutig und stellen auf diese Art das Unrecht, das sie anprangern, erst her. Das bösartige Urteil begründet nicht, sondern ruft zur gemeinsamen Empörung auf. Um die Ergebnisse von Ermittlungsverfahren abzuwarten, ist es zu ungeduldig. Es nimmt das Vorurteil für die Sache selbst.

Alexander Somek hat es in seinem 2021 erschienenen Buch *Moral als Bosheit* unternommen, die Struktur der moralischen Bosheit zu rekonstruieren und sie im Kontext des neoliberal transformierten linken Projekts zu verorten.<sup>1</sup> Vor diesem Hintergrund erweist sie sich als Symptom einer tiefergehenden Transformation, die er mit dem „Vergessen der sozialen Frage“ verbindet. Die moralisierende progressive Politik entsteht unter dem Eindruck, dass sich die Strukturen der politischen Ökonomie und die mit ihr verbundenen sozialen Hierarchien nicht mehr ändern lassen. Es könne bloß noch darauf ankommen, sie „inklusiver“ zu gestalten. Gesellschaftlich marginalisierte und vormals unsichtbare Gruppen sollen durch Inklusionsmaßnahmen und Identitätspolitik Zugang zu Status- und Machtpositionen erhalten. Dabei werden nicht die Vorrechte selbst, sondern die Fehlhaltungen der Menschen skandalisiert. Unter dem Eindruck fundamentaler Ohnmacht greift die „progressive“ Politik zu einer vergeistigten Form der Rache – sie verlagert den Kampf ins Moralische: Durch sozialen Druck, der auf die Affekte von Empörung und Schuld zuverlässig bauen kann, aber auch mit den Mitteln des Rechts und des *soft law*, das heißt durch Gebote, Verbote und Maßnahmen der Verhaltenssteuerung, sind rassistische, sexistische, homo- und transphobe oder ethnozentrische Haltungen und Einstellungen zu korrigieren und sukzessive abzubauen.

<sup>1</sup> Somek, Moral als Bosheit. Rechtsphilosophische Studien, 2021.

Kritische Stimmen wie Bernd Stegemann, Robert Pfaller, Susan Neiman oder Sahra Wagenknecht haben in den vergangenen Jahren wiederholt hervorgehoben, dass die oft selbstgerechte Kundgabe moralischer Verachtung zu einem auffälligen Element linker Politik geworden ist. Debatten über Wokeness, Cancel Culture, Identitäts- und Differenzpolitik sowie digitale Empörungskulturen gehören längst zum festen Repertoire einer innerlinken Selbstkritik. Sie reflektieren einen Wandel der linken Gesellschaftskritik, in deren Zentrum heute weniger ökonomische und soziale Ungleichheiten stehen als vielmehr die Fragen der Identitäts- und Anerkennungspolitik. Selbst der Aufstieg des Rechtspopulismus als solcher wird heute zunehmend unter dem Aspekt diskutiert, inwiefern die Linke dazu beigetragen haben könnte.<sup>2</sup>

Inzwischen sind jedoch zentrale Elemente dieser Kritik von rechten Akteuren verainahmt worden, die sie – oft in verzerrter Form – als Grundlage für ihre eigenen (ihrerseits identitätspolitischen) Narrative nutzen: So wird aus der Kritik am moralischen Druck innerhalb linker Diskurse die Behauptung einer „linken Meinungsdiktatur“, begleitet von anti-elitär sich präsentierenden Erzählungen über eine abgehobene urbane Elite, die den Bezug zu „normalen Bürgern“, ja zum eigenen „Volk“, verloren habe. Auch die vielerorts diskutierte Frage, ob die identitätspolitische Fixierung auf die Belange spezifischer unterdrückter Gruppen nicht selbst exkludierend wirkt und politische Solidarität eher erschwert als fördert, wird in rechten Diskursen strategisch aufgegriffen: Sie dient dort der Behauptung, die Linke spalte die Gesellschaft, während man sich selbst als die wahren Verteidiger von Meinungsfreiheit und Pluralismus inszeniert.

Die Verschränkung von linker Selbstkritik und rechter Diskursstrategie ereignet sich vor dem Hintergrund des allgemeinen Befunds, dass eine affektive Moralisierung heute den gesamten politischen Raum zu umgreifen scheint. Um diesem Befund zu begegnen, greifen wir Alexander Someks Kritik an der moralischen Bosheit auf und entwickeln sie mit dem Begriff einer *totalen Moral* weiter. Denn was Somek als Kennzeichen der „bösen Moral“ beschreibt – die Verbindung von Vorurteil und Emotivismus – unterliegt heute einer zunehmenden Totalisierung, weit über die linke Identitätspolitik und Wokeness hinaus, auf die Somek sich bezieht. Dabei verschiebt sich die Bedeutung moralischer Urteile: Sie zielen nicht mehr auf individuelles (Fehl-)Verhalten, sondern erzeugen gesellschaftliche Ächtung. Derartige Tendenzen stellen inzwischen ein gesamtgesellschaftliches Phänomen dar. In Zeiten der Polarisierung wird affektbesetzte Moral zum politischen Instrument und gewinnt fanatische Züge. An die Stelle von politischer Gestaltung treten verabsolutierte moralische Weltbilder, in denen aus partikularen Erfahrungen universelle Normen abgeleitet werden, wodurch politische und gesellschaftliche Werturteile vereindeutigt werden. Das geht mit dem Verlust von gemeinsamen Orientierungen einher und führt – so unsere These – zur weiteren Spaltung und Polarisierung der Gesellschaft. Politisierte Moral ersetzt pragmatische Verständigung durch emotionale Loyalitäten, während sozial konstruierte Identitäten verabsolutiert werden.

Da dieser Moralismus nicht auf Verständigung, sondern auf moralische Abgrenzung zielt, unterminiert er sowohl die Möglichkeit solidarischer Bündnisse zwischen un-

<sup>2</sup> Vgl. dazu etwa den Themenschwerpunkt „Sind die Linken selber schuld? Welchen Anteil die politische Linke am Aufstieg der Rechten hat: Texte von Jens Jessen, Eva Illouz, Iris Berben, Jürgen Kaube, Steffen Mau und anderen“, Die Zeit 37 (2025), 27.8.2025, unter: <https://www.zeit.de/serie/selbst-schuld> (aufgerufen am 13.10.2025).

terschiedlichen sozialen Gruppen als auch politischen Pragmatismus. Für politische Gruppen, deren Stärke traditionell in ihren solidarischen oder pragmatischen Orientierungen lag, ist die Tendenz der totalen Moral besonders schädlich – sie bringt ihre Grundwerte in Widerspruch zur eigenen Praxis.

Wie lässt sich der Begriff *totale Moral* näher konturieren? Mit diesem in der Moralphilosophie bislang nicht etablierten, bewusst zugesetzten Begriff möchten wir eine Form der Moralausübung bezeichnen, die ihren legitimen Geltungsbereich übersteigt, alle Lebensbereiche durchdringen will und dabei Ambiguität, Kontextualität und Pluralität verkennt. Totale Moral erhebt einen absoluten Geltungsanspruch, stützt sich auf die Evidenz moralischer Gefühle, verweigert die Auseinandersetzung mit abweichenden Positionen und Perspektiven und unterläuft institutionalisierte Formen der Konfliktregelung. Sie ersetzt Institutionen durch Affekte, Verhandlung durch Verurteilung, Diskurs durch Mobilisierung. In dieser Form wirkt Moral nicht länger als autonome und gerechtigkeitsfördernde Kraft, sondern droht autoritäre und spaltende gesellschaftliche Dynamiken zu verstärken.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass moralischen Urteilen eine Tendenz zur Totalisierung *per se* inhärent ist. Wer moralisch urteilt, trifft in der Regel keine bloß situative Aussage über einen einzelnen Fall, sondern erhebt den Anspruch auf universelle Geltung: So könnte man deontologisch festhalten: Ist Handlung X falsch, so sollte niemand auf diese Weise handeln. Problematisch wird diese Totalisierungstendenz, wenn moralische Maßstäbe auf Bereiche angewendet werden, in denen sie nicht angemessen sind – etwa wenn das Kriterium moralischer Richtigkeit auf Kunstwerke als das alleinige Kriterium angewendet wird, ohne dabei die Eigenlogik der Kunst zu berücksichtigen. Daraus können ungerechtfertigte Regulierungen unseres Verhaltens resultieren, die unterdrückende oder gar tyrannische Züge annehmen können.

Häufig gesellt sich zur moralischen Beurteilung die Evidenzerfahrung moralischer Emotionen: Mit Gefühlen wie Empörung, Schuld, Scham, Empathie, aber auch Zorn, Trauer oder Ekel reagiert man auf sittliche Werte und Unwerte und meint, zwischen Recht und Unrecht unterscheiden zu können. Dabei beruft man sich auf eine Evidenz, die für zwingend gehalten wird: Wer nicht zum gleichen Urteil kommt oder diese Gefühle nicht teilt, wird schnell als moralisch defizient wahrgenommen, gilt als egoistisch, ignorant oder böswillig. Denn wenn man Urteile des anderen nur dann gelten lässt, wenn man inhaltlich übereinstimmt und diese Übereinstimmung als Beleg für moralische Gültigkeit betrachtet, so wird man die moralische Integrität des Gegenübers bei Nichtübereinstimmung in Zweifel ziehen. Nicht-Übereinstimmung wird nicht als legitime Differenz betrachtet, sondern als Ausdruck moralischen Versagens interpretiert. Totale Moral macht damit aus moralischen Gefühlen ein Mittel zur Abwertung und verhindert Verständigung. Dadurch entsteht der Widerspruch, dass man auf Streit aus ist, aber nicht bereit, ihn diskursiv auszutragen. Man führt, mit Niklas Luhmann gesprochen, einen „Streit über den Streit.“ Das heißt: „Dem Gegner wird das Recht zum Streiten bestritten.“<sup>3</sup> Ein legitimes Recht auf Streit entsteht erst, wenn Konflikte in institutionalisierte Formen überführt werden. Wo Institutionen umgangen oder gezielt delegitimiert werden, verläuft der Streit über Recht und Unrecht, über wahr oder falsch in „natürlichen“ Formen: Er wird durch Unversöhnlichkeit und verhärtete Fronten ersetzt.

---

<sup>3</sup> Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969, 105.

Hegels Kritik am moralischen Subjektivismus bringt eine weitere Facette dessen ins Spiel, was hier unter dem Begriff *totale Moral* diskutiert wird. Sein zentraler Einwand lautet, dass dem moralisch urteilenden Subjekt der Blick für die Objektivität des Guten verstellt ist.<sup>4</sup> Die von Kant geforderte Prüfung subjektiver Maximen auf ihre Universalisierbarkeit nennt Hegel „tautologisch“.<sup>5</sup> Sie beruht auf unhinterfragten Voraussetzungen und reproduziert damit lediglich das bereits Gegebene – Sachverhalte, die dem Erfahrungswissen entstammen, ohne deren normative Notwendigkeit auszuweisen oder sie kritisch zu hinterfragen und zu transformieren. Damit wird der Anspruch einer autonomen Moral, wirksam in der Welt zu sein und reale Veränderungen zu bewirken, konterkariert. Hegels Diskussion des Gebots, den Armen zu helfen, illustriert dies: Der moralische Vorsatz setzt den Gegensatz von Arm und Reich voraus, statt ihn als zu überwindenden Missstand zu problematisieren.<sup>6</sup> Moralische Bewertungen und daran anschließende Appelle lenken so unter Umständen vom eigentlichen Problem ab, dessen strukturelle Ursachen aus rein moralischer Perspektive analytisch gar nicht erfasst werden können.

Hegels Diagnose des moralischen „Ablenkungseffekts“ gewinnt neue Brisanz, wenn man sie mit der Beobachtung verknüpft, dass moralische Gefühle für politische Instrumentalisierung und Manipulation besonders anfällig sind. Dies berührt die Frage, wie sich erklären lässt, dass Menschen politischen Ideen folgen, die ihren eigenen Interessen zuwiderlaufen. Zu den Techniken, die dies herbeiführen, gehört die Umkodierung politischer und sozialer Probleme in ausschließlich moralische Fragen. Eva Illouz sieht darin eine zentrale Funktion populistischer Narrative: Sie verleihen sozialem Unbehagen – etwa Abstiegsängsten, Ressentiments oder Erfahrungen der Bedrohung durch Sicherheitsrisiken – moralische Bedeutung und rahmen es in identitätspolitische Erzählungen ein, etwa durch die Selbstpositionierung oder -inszenierung als Opfer – ein Motiv, das sich sowohl im linken als auch im rechten politischen Spektrum beobachten lässt.<sup>7</sup>

Digitale Medien verstärken diese Dynamiken erheblich. Die personalisierte Ansprache der Nutzer\*innen auf sozialen Plattformen begünstigt die Mobilisierung moralischer Stimmungen. Algorithmisch verstärkte Affekte wie Zustimmung, Ablehnung oder Empörung prägen nicht nur individuelle Vorlieben und Identitäten, sondern übersetzen sich in kollektive Formierungen. Die rasante digitale Verbreitung von Inhalten, verbunden mit der Monopolisierung der Informationsflüsse durch wenige globale Technologiekonzerne, scheint dabei die Schwelle zur „digitalen Verhaltenssteuerung“ längst überschritten zu haben: Die menschliche Erfahrung selbst ist zur quantifizierbaren Ressource geworden – zum „Rohstoff“, der in Daten überführt wird, um auch zukünftige Emotionen und Verhaltensweisen vorhersagbar und politisch steuerbar zu machen.<sup>8</sup>

In dieser Gemengelage aus moralischer Emotivierung, medialer Dynamik und politischer Instrumentalisierung zeigt sich das eigentliche Risiko totaler Moral: Sie ersetzt

<sup>4</sup> Hegel, „Ueber die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie, und sein Verhältniss zu den Positiven Rechtswissenschaften“ [1802/1803], in: ders., Gesammelte Werke, Bd. 4: Jenaer kritische Schriften, hrsg. v. Buchner/Pöggeler, Hamburg 1968, 417–485.

<sup>5</sup> Ibid., 435, 437.

<sup>6</sup> Ibid., 439.

<sup>7</sup> Illouz, Undemokratische Emotionen. Das Beispiel Israel, 2023.

<sup>8</sup> Vgl. dazu Zuboff, Das Zeitalter des Überwachungskapitalismus, 2018.

die rationale Auseinandersetzung durch identitäre Positionierungen und Loyalitäten und erschwert damit den Dialog wie auch die Suche nach gemeinsamen Lösungen.

Den vier Texten dieses Schwerpunkts liegen Vorträge auf einem Workshop mit dem Titel „Moral als Bosheit“ zugrunde, der im Rahmen der Gastprofessur für kritische Gesellschaftstheorie an der Justus-Liebig-Universität Gießen im Juni 2023 veranstaltet wurde.

Zuerst erläutert Alexander Somek den Begriff der „bösen Moral“ im Sinne eines boshaften Urteils. Im Vordergrund steht dabei, dass sich die Urteilenden kraft ihrer sozialen Position von der allgemeinen Anwendung einer von ihnen in Anspruch genommenen Regel ausgenommen sehen können. Dergestalt zeigt sich „böse Moral“ als abgewandelte Form von Heuchelei. Besonders ausgeprägt ist sie in Gesellschaften, in denen sittliche Einverständnisse brüchig geworden und politische Transformationspotentiale nicht mehr erkennbar sind.

Tatjana Sheplyakova geht vom Befund aus, dass affektive Moralisierung zunehmend für politische Zwecke instrumentalisiert wird. Ihre These lautet, dass affektiv besetzte moralische Urteile nicht – wie häufig angenommen – die Meinungsfreiheit einschränken, sondern selbst die Struktur von Meinungen aufweisen. Um ihre Form und Verbreitung zu verstehen, analysiert sie das veränderte Meinungsausßerungsumfeld in der digitalen *cheap speech*-Ära und untersucht dabei insbesondere die Problemfelder Aufmerksamkeitsökonomie, Zensur und Realitätsverlust. Dabei bezieht sie aktuelle Überlegungen zur Redefreiheit im Kontext des *First Amendment* mit ein.

Der Beitrag von Philip Dingeldey schließt an Someks Befund vom Vergessen der „sozialen Frage“ an. Er rekonstruiert summarisch Someks Kritik, derzufolge das symbolpolitische Inklusionsparadigma zwar Diversität fördert und Diskriminierung reduziert, dabei aber die ökonomische Unterdrückung der Arbeiterschaft ignoriert und diese durch moralische Bereicherung des Kapitalismus sogar verfestigt. Dingeldey wendet sich bei der Lösungssuche dem intersektionalen Widerstand zu und sucht nach Ansätzen der Intersektionalität, die den Zusammenhang von Klassenherrschaft und anderen Unterdrückungs- und Diskriminierungskategorien betonen. Denn es lässt sich eine kapitalismuskritische Intersektionalität denken, sofern diese ein zeitlich begrenztes spezifisches kapitalismuskritisches Ziel hat, das mehrere Gruppen teilen – auch abseits des marxistischen Klassenbewusstseins. Im Zentrum dieser Betrachtung steht also die Frage, ob der totalen Moral von Identitätsparadigmen durch eine Form der Intersektionalität etwas entgegengesetzt werden kann.

Tristan Stinnesbeck analysiert die Dysfunktionalität der Moraldebatte und der Auseinandersetzungen um Identitätspolitik innerhalb der politischen Linken. Unter Stimmen wie Bernd Stegemann, Robert Pfaller und Sahra Wagenknecht untersucht er, wie deren Kritik an moralischer Aufladung und Identitätspolitik zwar als linke Intervention gemeint ist, jedoch Gefahr läuft, über die Abgrenzung selbst einer (rechtskonservativen) Identitätspolitik zu verfallen oder rechte Echokammern zu bedienen. Ergänzend untersucht Stinnesbeck die kommunikativen Schwierigkeiten im Umgang mit emotionalistischen Argumentationen, die auf Betroffenheit und moralischen Urteilen basieren. Dabei hebt er die Bedeutung des Publikums und die Problematik der Adressierung

hervor – etwa dann, wenn die „neoliberalen Linken“, wie sie Somek bezeichnet, zur Zielscheibe und Adressatin der Kritik zugleich wird.

*Philip Dingeldey,  
E-Mail: philip.dingeldey@t-online.de*

*Tatjana Sheplyakova,  
Goethe-Universität Frankfurt am Main, E-Mail: sheplyakova@em.uni-frankfurt.de*

## Böse Moral

Alexander Somek

### Abstract

Evil morality is characterized by features that can be understood as variations of hypocrisy. It appears increasingly in societies in which moral agreements have become fragile and potentials for political transformation are no longer in sight.

Keywords: emotivism – morality – neoliberal left – social question – wokeness

### I. Einleitung

Mein Buch *Moral als Bosheit*<sup>1</sup> versteht sich nicht als Pamphlet gegen die „wokeness“,<sup>2</sup> auch wenn das Verhalten, das durch dieses „Erwachen“ erweckt wird, zahlreiche Beispiele für böse Moral bietet. Es enthält auch keine Moralgenealogie im Sinne Nietzsches, die frech und keck darauf abzielt, den unmoralischen Grund der Moral aufzudecken.<sup>3</sup> Bestimmend sind vielmehr zwei Fragen. Die erste lautet, unter welchen Bedingungen das moralische Urteil, das sich im Prinzip mit dem Guten solidarisch erklärt, auf die Seite des Bösen wechselt. Die zweite will wissen, ob es dem Zufall entspringt, dass das Moralisieren in einer Situation überhand nimmt, in der sich die Welt eigentlich nicht mehr ändern lässt und man bloß noch an ausgesuchten Sündenböcken seine Wut über die Schlechtigkeit der Zustände ausleben kann.

### II. Böse machen

Die böse Moral bringt das Schlechte hervor, das sie anprangert. Ein Musterbeispiel dafür sind Verhaltensempfehlungen von oben, wie etwa Richtlinien zum „richtigen“ Gendern. Sie werden nach und nach allgemein befolgt, weil niemand in Verlegenheit geraten will, als sexistisch zu gelten oder die Vielfalt der Geschlechter auf die leichte Schulter zu nehmen. Richtlinien sind „soft law“. Man muss sie nicht beachten. Aber wer sie nicht beachtet, setzt sich dem Verdacht aus, der richtigen Haltung zu ermanagen. Damit werden all jene zu schwarzen Schafen, welche die Angelegenheit nach eigenem Gutdünken halten (etwa durch den abwechselnden Gebrauch des weiblichen und männlichen Geschlechts). Die böse Moral macht die Unschuldigen böse, indem sie einseitig einen Standard des Gutseins deklariert und damit rechnet, dass die Masse den Kopf einzieht und sich mitmachend duckt. Es stehe zwar allen frei, sich an

<sup>1</sup> Somek, *Moral als Bosheit*, 2021.

<sup>2</sup> S. dazu nunmehr jüngst *Neiman*, Links ist nicht woke, 2023.

<sup>3</sup> S. Nietzsche, Zur Genealogie der Moral, 1887, zitiert nach: Kritische Studienausgabe, hrsg. von Colli/Montinari, Bd. 5, 1988, 254 f.; zur Genealogie als Verfahren s. Menke, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 77–82.

Richtlinien zu halten; und doch macht sich, wer an der Selbstbestimmung festhält, verdächtig, reaktionär zu sein.

Wer der bösen Moral zur Beute fällt, gilt als böse, auch wenn er oder sie frei von Schuld ist. Insofern vollzieht sie den Krebsgang der Heuchelei, des Urkeims der bösen Moral. Eine Journalistin ist darum bemüht, in einer Kolumne witzig zu sein und notiert in einer Theaterrezension, ein Darsteller habe die Rolle eines weißen Europäers „farbiger“ gespielt, als diese sonst gespielt werde.<sup>4</sup> Sie mag damit darauf anspielen wollen, dass es sich bei diesem Darsteller um einen Farbigen handelt. Doch ist diese Anspielung kraft einer Doppeldeutigkeit so klar wie unklar zugleich. Eine Bühnenrolle kann von einer Person „farbig“ gespielt werden, auch wenn sie keine dunkle Hautfarbe hat. Die Bemerkung changiert zwischen beiden Bedeutungen. Das macht ihren Reiz aus. Vom betroffenen Theater muss die Journalistin sich allerdings den Vorwurf gefallen lassen, eine „rassistische“ Bemerkung gemacht zu haben. Ihr wurde erklärt, dass weitere Besuche ihrerseits in diesem Haus unerwünscht seien. Dass, selbst wenn es sich bei der Bemerkung um eine eindeutige Bezugnahme auf die für diese Rolle ungewöhnliche Hautfarbe des Darstellers gehandelt haben mag, eine Anspielung dieser Art keine Herabsetzung impliziert, fällt nicht ins Gewicht. Die böse Moral vertraut auf die blinde Macht der Dummheit und vereindeutigt das Uneindeutige.

Das Bösemachen wirkt so final wie die Rechtskraft. Diese Moral kennt keine Vergebung. Die erwähnte Journalistin zeigt sich im Anschluss an ihren Rauswurf gegenüber dem betroffenen Schauspieler reumütig und beteuert, sie hätte diese Bemerkung nicht gemacht, wenn sie geahnt hätte, dass der Darsteller sich durch diese herabgesetzt fühle. Sie werde öffentlich widerrufen und ihren Fehler eingekennen. Die Theaterleitung bleibt ungerührt. Das muss wohl so sein. Rassismus ist doch unverzeihlich?

Die nicht verzeihende böse Moral zielt darauf ab, jemanden einer Fehlhaltung zu überführen. Wenn diese festgestellt worden ist, dann gilt sie in der Seele der Schurken so eingearbeitet wie die Erbsünde (oder die Taufe). Sie hat unauslöslichen Charakter.

Die böse Moral bevorzugt es, das Vorhandensein der schlimmsten Fehlhaltungen bereits bei den kleinsten und unschuldig anmutenden Indizien zu rekognoszieren. Die Betreffenden gelten als ertappt, als hätten sie mit einer Fehlleistung eine unbewusste Regung preisgegeben. Der „Rassismus“ ist auch dafür ein Beispiel. Wenn ich mich – insgeheim und *privatum* natürlich – über die mangelnden Sitten der „Ostler“ im Straßenverkehr beschwerte, verhielte ich mich gewiss in den Augen von Anti-Rassisten wie ein Rassist. Nein, ich *gälte* als ein Rassist, auch wenn Intension und Extension des Ausdrucks „Ostler“ unklar sind, und aus Osteuropa zu kommen, kein sozial auffälliges, biologisch vererbbares Merkmal ist. Kein Begriff erfreut sich so großer Beliebtheit wie der des „Rassismus“. Jede Ablehnung anderer aufgrund äußerer Anzeichen wie Akzent oder Gehabe gilt als ein Indiz für eine dahinterliegende, abscheuliche, charakterliche Missbildung.

Die böse Moral attribuiert willkürlich Fehlhaltungen und hält ihre Unbeirrtheit für eine Charakterstärke. Bei einem Mittagessen unter Mitarbeitenden des österreichischen Verfassungsgerichtshofs fordert eine Person afrikanischer Abstammung ihre Tischgesellschaft dazu auf, ebenfalls das Antirassismus-Volksbegehren zu unterzeich-

<sup>4</sup> S. dazu Wagner, Apropos: Mein Abschied vom Burgtheater, Online Merker, 17.4.2023, <https://onlinemerker.com/apropos-mein-abschied-vom-burgtheater/> (zuletzt aufgerufen am 9.10.2025).

nen.<sup>5</sup> Einer aus dieser Gesellschaft erklärt, er wolle das nicht tun, weil er die bestehende rechtliche Gleichstellung für ausreichend halte. Die Person afrikanischer Abstammung beklagt sich bei der Leitung des Gerichts über den Rassismus dieses ihres Kollegen. Ein Mitglied des Gerichts, der der klageführenden Person in einem Gespräch erklären wollte, dass angesichts des Sachverhalts eine Beschwerde aussichtslos sei, zumal es jedem freistehe, seine politische Meinung zu haben und zu äußern, wird selbst vom Rassismusvorwurf ereilt. Wer sich gegen Antirassismus stellt, macht sich damit uno actu des Rassismus schuldig.

Die böse Moral ist eine Bösmacherin im doppelten Sinne, zumal sie ihr Geschäft auch bösartig ausführt. Sie beruht nicht auf dem rationalen Einverständnis über den Gehalt moralischer Normen, sondern auf der bloß gefühlten und spontanen Übereinstimmung. Die böse Moral begründet nicht, sie empört sich bloß. Sie ersetzt die Begründung durch den lauten Chorus der Gleichgesinnten: „Pfui! Der Garstige!“<sup>6</sup>

Die böse Moral will auch nichts wissen. Sie will nur verurteilen, unabhängig davon, ob die Fakten das Urteil rechtfertigen und ordnungsgemäß ermittelt worden sind. Für Ermittlungsverfahren hat sie weder Zeit noch Geduld. Wer Beweise verlangt, demonstriert, dass er denen, die Klage erheben, misstraut, und wird damit selbst schuldig. Es sei typisch, den Opfern nicht zu glauben.<sup>7</sup> So nimmt die böse Moral ihr Vorurteil für die Sache selbst. Ihre Bosheit nimmt sie als ein Gütesiegel ihrer Sache.

Die böse Moral ist böse, weil sie auf Macht und nicht auf Einsicht oder Wahrheit beruht. Deswegen passt die emotivistische Moraltheorie am besten auf ihre Praxis. Nach emotivistischer Auffassung besteht die Pointe eines moralischen Urteils nicht darin, etwas zu behaupten, sondern zur Beistimmung zu motivieren, nach dem Motto „Das ist rassistisch, pfui“. Der Sprechakt gelingt, wenn andere in die Empörung einstimmen.<sup>8</sup>

### III. Verallgemeinerungsfehler

An diesem Punkt wird es philosophisch interessant. Wieso kann es der Moral passieren, dass sie sich unversehens in Bosheit verwandelt?

Wer den Mut aufbringt, kritisch weiterzudenken, muss die Entdeckung machen, dass der Hang zur Bosheit dem moralischen Urteil eingeschrieben ist. Dieser Befund lässt sich in drei Stufen entwickeln.

Die ersten beiden Stufen sind miteinander zusammenhängende Variationen des Themas „Heuchelei“. Menschen, die heucheln, arbeiten mit zwei Ebenen: einer Ebene, auf der sie zu stehen vorgeben, und einer anderen, auf der sie sich tatsächlich befinden. Sie geben vor, mitfühlend zu sein, sind aber in Wahrheit ganz kalt oder erfüllt von Schadenfreude. Hinter dem Gutsein verbirgt sich die Bosheit, und weil das Verbergen der Bosheit selbst böse ist, wird sie dadurch noch potenziert.

Etwas Analoges begegnet uns, wenn bei der Verallgemeinerung eine Person *de facto* eine Ausnahme für sich selbst macht in der Zuversicht, die Maxime oder Regel

<sup>5</sup> S. Aichinger, Rassismus-Vorwürfe am VfGH werden Fall für Gleichbehandlungsstelle, Die Presse, 16.5.2023, [\(zuletzt aufgerufen am 9.10.2025\).](https://www.diepresse.com/6288328/rassismus-vorwuerfe-am-vfgh-werden-fall-fuer-gleichbehandlungsstelle)

<sup>6</sup> Woglinde und Wellgunde in *Wagner*, Das Rheingold, Erste Szene: Auf dem Grunde des Rheins, 1853.

<sup>7</sup> Zum Opfer, dem unbedingt geglaubt werden müsse, s. Stegemann, Die Moralfalle, 2018, 87.

<sup>8</sup> S. Urmson, The Emotive Theory of Ethics, 1968.

werde nie auf sie selbst angewendet werden. Nach außen – auf der sichtbaren Ebene – macht sich die Person mit allen anderen gleich, nach innen – auf der nicht offensichtlichen Ebene – nimmt sie sich davon aus. Man begegnet dieser Zuversicht etwa bei der Selbstexemption kraft sozialer Besserstellung. Es kann schon passieren, dass Jungliberale, die aufgrund ihres ererbten Vermögens sorgenfrei leben, den ökonomisch Bedrängten zurufen, sie sollen Eigeninitiative und Risikofreude entwickeln, um ihre Lage „aus eigener Kraft“ zu verbessern. Die Jungliberalen können dies vermöge ihrer hervorgehobenen Stellung unter dem Vorzeichen einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit tun, niemals selbst in Verlegenheit zu geraten, sich selbst kraft Eigeninitiative und mit Risikofreude aus einer ökonomisch misslichen Lage befreien zu müssen. Sie sind aufgrund ihres Reichtums von der Anwendung des von ihnen selbst in Bezug auf andere vertretenen Prinzips ausgenommen.

Eine bemerkenswerte Variante dieser Selbstexemption kraft sozialer Vormacht besteht darin, sich wegen des eigenen, sozial approbierten Opferstatus vom Täterkreis *a priori* auszuschließen. Wer zu einer Gruppe gehört, die notorisch rassistischen Anfeindungen ausgesetzt ist, kann mit recht großer Zuversicht andere des Rassismus zeihen, ohne selbst einen solchen Vorwurf gewärtigen zu müssen. Würde es denn jemand wagen, einem African American vorzuhalten, er hege rassistische Vorurteile gegenüber Weißen? Das würde wohl niemand wagen, denn die African Americans fallen stereotypisch rassistischen Übergriffen zum Opfer. Sie sind nicht Täter. Der Opferstatus verleiht ihnen soziale Macht. Diese Diagnose würden sie entrüstet zurückweisen, weil Opfer *ex definitione* schwach und zur Machtausübung nicht fähig seien.

Dennoch – und das ist nun die zweite Stufe der Erklärung – trifft es zu, dass es neben der Selbstexemption kraft sozialer Vormacht auch eine solche vermöge sozialer Ohnmacht gibt. Sie hat, wenn ich recht sehe, nicht zuletzt Hegels Unmut erregt. Hegel hielt nichts vom ressentimentgeladenen Moralisieren jener, die nie Gelegenheit haben, wichtige Entscheidungen für alle zu treffen und dafür Verantwortung zu übernehmen. Ihnen fehlt, so Hegel in seiner *Phänomenologie des Geistes*, „die Kraft der Entäußerung“, sie fliehen „die Berührung mit der Wirklichkeit“ und leben „in der Angst, die Herrlichkeit [ihres] Innern durch Handlung und Dasein zu beflecken“.<sup>9</sup> Sie sind, auch um ihr Mütchen zu kühlen, dazu geneigt, an das Verhalten von Entscheidungsträgern Maßstäbe anzulegen, die unrealistisch sind und die reale Notwendigkeit des strategischen Agierens und der Kompromissfindung ignorieren. Sie sind übertrieben moralistisch, was im Ergebnis dazu führt, dass die Entscheidungsträger prinzipiell Schurken sind und die von den Entscheidungen bloß Betroffenen immer ein Martyrium erleiden.

Diese beiden ersten Stufen, sich der Öffnung des moralischen Urteils für die Bosheit begreiflich zu machen, blicken auf die Verallgemeinerungsfähigkeit des Urteils und identifizieren soziale Umstände, unter denen die Urteilenden zuversichtlich sein können, von der Anwendung der als allgemein behaupteten Regel sowieso immer schon ausgenommen zu sein. Die dritte Stufe der Überlegung fasst nun eine weitere Voraussetzung der Verallgemeinerung ins Auge, aus der man übrigens schließen kann, dass die Verallgemeinerung keine isolierte Operation ist, die sich ohne weiteres für einzelne Regeln durchführen lässt. Weil und indem diese vereinzelte Operation aber

<sup>9</sup> Hegel, Phänomenologie des Geistes, 1807, zitiert nach: Werke in zwanzig Bänden, hrsg. von Moldenhauer/Michel, Bd. 3, 1970, 483. S. außerdem zu Hegels Kritik der Heuchelei bei Obermayr, Die „Krankheit dieser Zeit“. Zum Begriff der Moralität bei Hegel, in: Obermayr/Somek (Hrsg.), Hegel in Wien, 2023, 67–94.

nicht möglich ist, muss jedes moralische Urteil für sich genommen den Verdacht auf sich ziehen, auf nicht verallgemeinerbaren Prämissen zu beruhen.

Die Beobachtung mag nicht gleich intuitiv einleuchten, es verhält sich aber deswegen so, weil jede Verallgemeinerung einer einzelnen Handlungsregel, um allgemein akzeptabel zu sein, ein „System der Sittlichkeit“ vorauszusetzen hat.<sup>10</sup> Die Voraussetzung ist daran manifest, dass jede Verallgemeinerung auf einen Kontext von anderen verallgemeinerbaren Regeln und Grundsätzen vertrauen muss, die zusammengenommen auf der normativen Unterstellung von „normalen“ Eigenschaften und Haltungen der Menschen beruhen. Ein Beispiel mag das Gemeinte verdeutlichen. Gesetzt, man fordere, zur berüchtigten Steigerung des Bruttosozialprodukts müsse von allen mehr gearbeitet werden. Eine diesbezügliche Arbeitszeitverlängerung ließe sich verallgemeinern, wenn von ihrer Anwendung auch alle im richtigen Ausmaß profitierten. Was das Maß für den erwirtschafteten Vorteil abgeben dürfte, hinge von weiteren Kriterien ab, nach denen sich die Verdienstlichkeit einer Begünstigung bemisst. Sollen die Bedürfnisse den Ausschlag geben oder etwa der qualifikationsbedingte Wert der Humanressource? Wäre Letztere der Maßstab, würden die Besserqualifizierten mehr erhalten als andere. Unabhängig davon, wie diese Frage beantwortet wird, macht das Problem deutlich, dass die Verallgemeinerung von Regeln der Unterstützung durch andere verallgemeinerbare Regeln bedarf. Doch die systematischen Verzweigungen reichen weiter. Längere Arbeitszeiten beeinträchtigen das Familienleben und damit die Obsorge für den Nachwuchs. Wem darf es zufallen, die Sorgearbeit zu übernehmen? Wenn es als unzumutbar gilt, die Arbeit im Verhältnis der Geschlechter ungleich zu verteilen, müsste erwogen werden, die Erziehung und Obsorge an Nannys, Lehr- oder Internatspersonal zu delegieren. Hier stellen sich neben Fragen des Kindeswohls auch jene nach der gerechten Belastung des Sorgepersonals. Abermals liegen die systemischen Implikationen auf der Hand. Zudem zeigt sich an diesem Beispiel, dass die Verallgemeinerung von Regeln davon abhängt, ob von Menschen die Ausbildung von bestimmten Eigenschaften und Haltungen auch legitimerweise erwartet werden darf. Die alte Arbeitsteilung im Verhältnis der Geschlechter mutete den Frauen zu, auf eine berufliche Karriere zugunsten des Gedeihens der Familie zu verzichten. Eine „gute Frau“ würde der Familie Vorrang einräumen. Die Gegenseitigkeit im Verhältnis zu den Männern galt offenbar dadurch als gesichert, dass diese allein für das Familieneinkommen verantwortlich waren. Ist die Bereitschaft zum Verzicht auf eine berufliche Laufbahn den Frauen zumutbar? Wir verneinen dies heute, nicht zuletzt deswegen, weil wir der Karriere allgemein einen großen Wert beimesse und uns eine geschlechtsspezifische Erwartung auf einen Verzicht alles andere als fair erscheint. Daran zeigt sich, dass kulturelle Wertschätzungen und die damit verbundenen Normalitätsunterstellungen die Verallgemeinerung vermitteln. Sie manifestieren sich an einem Geflecht von Eigenschaften und Haltungen, die in die Konstitution eines „Systems von Sittlichkeit“ eingehen.

Der Umstand, dass jedes moralische Urteil, das eine allgemeine Regel behauptet, implizit ein solches „System“ voraussetzt, überschattet die Moral mit einem Problem. In einer pluralistischen Gesellschaft sind die sittlichen Lebensformen in sich brüchig und fragwürdig geworden. Die alten Reziprozitäten – etwa zwischen dem „male bread winner“ und der „caring mother“ – überzeugen nicht mehr. Sie werden nicht mehr von

---

<sup>10</sup> Die Anspielung geht zurück auf Hegel, System der Sittlichkeit, 1802/3, hrsg. von Brandt, 2002.

einer übergreifenden Vorstellung des guten Lebens gestützt, sondern sind vielmehr divers und fragmentiert.<sup>11</sup>

Für die Moral bedeutet dies zunächst, dass beim moralischen Urteil Vorsicht geboten ist. Wir müssen damit rechnen, dass wir in unserer sozialen Welt unterschiedlichen „Systemen“ der Sittlichkeit begegnen. Natürlich handelt es sich dabei nicht um geschlossene Ganzheiten, sondern um fragmentarische Entwürfe und Skizzen. Sie bilden aber den Hintergrund von Auffassungsunterschieden, die wir nicht geneigt sind, als unvernünftig zu bezeichnen, etwa weil sie auf keiner Bevorzugung des eigenen Interesses oder mangelndem Zugehen auf die anderen beruhen. Hinter ihnen stehen andere Vorstellungen über die soziale Teilung der Verantwortung<sup>12</sup> und damit über die Ausbildung von Eigenschaften und Haltungen, die man von Mitmenschen erwartet, die bestimmte Rollen wahrnehmen.

#### IV. Pluralismus und Ohnmacht

Wenn unter Bedingungen fragmentierter Sittlichkeit die Verständigung über moralische Fragen nicht mehr mit einem Einverständnis rechnen kann, dann verändert das moralische Urteil auch seine Funktion. Denn warum moralisieren wir? Wenn wir intendieren, was wir mit dem Erheben eines moralischen Geltungsanspruchs zu intendieren vorgeben, dann wollen wir an die sittliche Einsicht einer zweiten Person appellieren: „Vordrägen ist unfair, Sie hätten auch keine Freude, wenn es Ihnen passierte“. Der Appell richtet sich an das Gewissen des anderen. Wer bei etwas Schlimmem erwischt wird, empfindet vielleicht Scham. Unter Bedingungen pluraler sittlicher Systeme ist diese Verständigungsfunktion zumindest erheblich erschwert: „Unverschämtheit ist cool“. Damit verlagert sich die Funktion des moralischen Urteils auf etwas anderes, das ihm auch immer schon eigentlich gewesen ist: auf seine ostentative Funktion. Man demonstriert gegenüber dritten Personen, dass jemand anderer etwas Böses getan hat. Wer so moralisch urteilt, gibt anderen implizit zu verstehen, dass er um das Gute weiß. Um das Gute wissen aber jedenfalls die Guten (die Schlechten vielleicht auch, aber sie drücken dieses Wissen weg) und sie treten auch dafür ein. Das moralische Urteil wird damit zur öffentlichen Kundgabe der eigenen Rechtschaffenheit. Wie zuletzt Luhmann deutlich hervorhob, geht mit dem Bewusstsein um die eigene Rechtschaffenheit die Lizenz einher, diejenigen, denen es an dieser gebraucht, zu verachten.<sup>13</sup> Moral wird zum Mittel, sich als besser als die anderen darzustellen. Deswegen ist das moralische Urteil ein bewährtes Mittel der herrschenden Klassen, mit dem sie zu verstehen geben, dass ihre Stellung ihrer Tüchtigkeit geschuldet ist. Sie ist das Mittel, ihre Bevorzugung mit dem Glanz des Verdienstes auszustatten.

Verbindet sich das Moralisieren aber umgekehrt mit Ohnmacht, entlädt sich in ihm der kleinliche Hass der Geduckten und Geplagten. Nietzsche hat seine Moralgenalogie mit dem psychologischen Gespür dafür entwickelt. Die Moral gilt ihm als

<sup>11</sup> Vor diesem Hintergrund beobachtete bereits Gehlen die Entstehung der nicht verallgemeinerbaren „Hypermoral“, s. *Gehlen*, Moral und Hypermoral, 5. Aufl. 1986. Dieses Werk wäre in einem eigenen Beitrag zu kontextualisieren.

<sup>12</sup> S. Rawls, Political Liberalism, 1993, 189.

<sup>13</sup> Luhmann spricht allerdings von „Missachtung“. S. Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 3, 1989, 361.

vergeistigte Form der Rache<sup>14</sup> – „vergeistigt“ in dem Sinn, dass sie auf die Ausübung physischer Gewalt verzichtet und zu dieser auch nicht aufruft. An ihre Stelle tritt die blanke Verachtung. Jemanden als „Rassisten“ zu bezeichnen, repräsentiert somit die „gute“ Version der Hassrede, vorausgesetzt die Person, der man dieses Prädikat umhängt, hat dies auch verdient. Kraft ihres emotivistischen Formats, rufen solche Zuschreibungen spontan wortlose „Likes“ oder weitere „Buhs“ hervor und erfreuen sich auf sozialen Medien großer Beliebtheit.

Es steht zu vermuten, dass das Moralisieren als Mittel der Politik vermehrt in Gesellschaften auftritt, in denen es keinen effektiven Widerstand mehr gibt, weil niemand mehr an diesen glaubt. Gut organisierte Proteste haben ein Ziel: die Absetzung der Regierung, die Ersetzung einer Institution durch eine andere, die Veränderung der Regeln der Zusammenarbeit. Der moralische Protest, der sich in sozialen Medien entlädt, will nicht nur das eigene Gutsein inszenieren, er will zudem den Angeschwärzten schaden. Vielleicht will er diejenigen, die zu seiner Zielscheibe werden, aus ihren Positionen oder Ämtern entfernt sehen. Davon abgesehen ist er organisationsfaul und ohne Ziel.<sup>15</sup> Befragte man Antirassistinnen und -rassisten, was sie wollen, würden sie bestenfalls antworten, sie wünschen sich den Einschluss Ausgeschlossener: mehr Muslimas in wirtschaftlichen Führungspositionen. Die „Inklusion“ ist das Schibboleth jenes ziellosen Protestes, der sich nicht einmal zum Abbau sozialer Hierarchien durchringen kann. Dieser Protest ist konformistisch, der unbedarfte Komplize des Systems, gegen das er auftritt, und ein Symptom für die Hemmung, die Verhältnisse, in denen wir leben, zu verändern. Gleich neurotischen Symptomen löst er ein Problem nur zum Schein und schafft dabei neues Unbehagen.

## V. Schluss

Ich schließe mit einem Hinweis darauf, dass sich aus dem der Moral inhärenten Problem auch eine Perspektive auf das Verhältnis entwickeln lässt, in das wir zueinander treten, wenn wir die oben skizzierte Aporie der Verallgemeinerung gemeinsam ins Auge fassen. In der Sachdimension des moralischen Urteils mögen wir auf der Richtigkeit unserer Auffassungen beharren; gleichwohl sollten wir uns, um die Gleichheit zwischen uns als Urteilenden zu respektieren, als eine urteilende Person – mit ihrem je ihrigen „System“ der Sittlichkeit – unter anderen betrachten.

Die Konsequenz daraus ist nicht der moralische Relativismus, sondern der Gebrauch der Unterscheidung zwischen der Sozialdimension und der Sachdimension des moralischen Urteils.<sup>16</sup> Die Sachdimension betrifft das, was inhaltlich geschehen soll (d.h., das „Was“ der Geltung), während die Sozialdimension die Universalität oder Partikularität des Geltungsanspruchs betrifft. Der moralische Relativismus entscheidet sich für die Partikularität und entledigt sich damit der Moral. Ihre Ansprüche werden an bloße Vorlieben oder Präferenzen assimiliert. Oft meinen wir, diese Umwandlung zu vollziehen, wenn wir die anderen gewähren lassen und wir sie tun lassen, was sie für richtig halten: „Sollen sie doch machen, was sie sich einbilden!“ Aber damit wird der eigentlich bedeutsame Sachverhalt verstellt. Wenn wir andere gewähren lassen,

<sup>14</sup> S. Nietzsche, Zur Genealogie der Moral, Kritische Studienausgabe, Bd. 5, 1988, 267.

<sup>15</sup> S. Stegemann, Die Moralfalle, 2018.

<sup>16</sup> S. dazu jüngst Somek, Authoring, grounding and unknowing what the law is, Jurisprudence 14 (2023), 541.

universalisieren wir – gerade als vorgebliche Relativisten –, weil wir unterstellen, dass alle anderen das auch tun sollten. Wir universalisieren in der Sozialdimension und abstrahieren von der Sachdimension. Wir akzeptieren den Anspruch des jeweils anderen nicht inhaltlich, sondern wir lassen ihn gelten. Wir lassen ihn gelten und sehen von der inhaltlichen Begründung ab. Wenn wir etwas gelten lassen, ohne die Geltung inhaltlich vermittelt zu sehen, dann gilt es für uns kraft Entscheidung. Es erscheint uns als Ausdruck von Willkür.

Wenn und indem wir auf diese Art mit unseren moralischen Auffassungsunterschieden verfahren, treten wir mit der Moral aus der Moral heraus und in ein Rechtsverhältnis ein. Wir vollziehen diesen Schritt auf einer interpersonalen Ebene bereits dann und auch dort, wo von staatlichen Institutionen und von Zwang noch keine Rede ist. Das Recht verspricht somit die Heilung von den Pathologien der Moral. Ob diese Heilung auch immer erfolgreich sein kann, ist eine andere Frage.

*Alexander Somek,*  
Universität Wien, E-Mail: [asomek@uiowa.edu](mailto:asomek@uiowa.edu)

# Affektive Moral und die Krise der Redefreiheit

## Aufmerksamkeitsökonomie, Zensur und Realitätsverlust in der „cheap speech“-Ära

*Tatjana Sheplyakova*

### Abstract

**Summary:** Affective moralisation is increasingly being used to serve political goals. Since affectively charged moral judgements have the structure of opinion, changes in the free speech environment brought about by the digital cheap speech era must be considered in order to draw conclusions about the form of these judgements and their dissemination.

**Keywords:** attention economy – digital communication – emotivism – free speech – moral emotions – narcissism – opinion

### I. Einleitung

Sich von Affekten leiten zu lassen, steht im Gegensatz zur kantischen Idee einer autonomen Moral. Menschen handeln nur dann frei, wenn ihr Wille eine „Kausalität“ entfaltet, die „unabhängig von fremden sie bestimmenden Ursachen wirkend sein kann“.<sup>1</sup> Von etwas „angezogen oder abgestoßen“ zu werden, „das nicht aus mir selbst, meiner Vernunft oder meinem Willen, kommt“, bedeutet dagegen, „kein frei Handelnder mehr“ zu sein.<sup>2</sup> Aus diesem Verständnis von Moral, das den liberalen Grundgedanken der allgemeinen Handlungsfreiheit in sich aufnimmt, folgt, dass der moralisch Urteilende dazu angehalten ist, sich an sich selbst zu richten und seine *eigenen* Handlungsmaximen auf den Prüfstand zu stellen – gegenüber anderen hingegen sind Nachsicht und Wohlwollen geboten.<sup>3</sup> Eine Moral, die primär der Verurteilung oder Verhaltenskorrektur anderer dient, widerspricht ihrem eigenen Freiheitsanspruch und wird so widersinnig, zur „moralische[n] Absurdität“.<sup>4</sup>

Und doch lässt sich das Phänomen der affektiven, moralisierenden Moral mit dem liberalen Freiheitsargument nicht aus der Welt schaffen. Sich über das Verhalten anderer zu empören, es zu missbilligen oder ihnen dieses Verhalten übelzunehmen – all dies sind affektive Reaktionen, die im System moralischer Bewertungen fest verankert sind. Morale Empörung – sei sie authentisch empfunden oder strategisch insze-

<sup>1</sup> Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten [1785], in: ders., Gesammelte Schriften, hrsg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Bd. IV, 1911, 385 (446).

<sup>2</sup> Vgl. in Bezug auf Kant: Arendt, Über das Böse. Eine Vorlesung zu Fragen der Ethik, 14. Aufl. 2021, 56.

<sup>3</sup> Vgl. dazu Albertzart, Kant und das „phantastisch Tugendhafte“ in Zeiten globaler Probleme, in: Neuhäuser/Seidel (Hrsg.), Kritik des Moralismus, 2020, 300 (317).

<sup>4</sup> Ibid.

niert – wird dabei häufig zu einem Machtmittel, das der Abgrenzung vom Anderen dient, indem dessen moralische Integrität infrage gestellt wird.<sup>5</sup> Dies ist nicht nur für die Dynamik interpersonaler Machtverhältnisse oder als Mechanismus von sozialer Distinktion von Bedeutung. Die Sprache der Moral scheint auch in besonderem Maße dafür geeignet oder aber – je nach Perspektive – dafür anfällig zu sein, sich in ein machtgestütztes Mittel politischer Steuerung zu verwandeln. Indem moralische Urteile immer Geltung beanspruchen, rufen sie dabei ein imaginäres oder reales Forum auf – sei es das Gewissen des Einzelnen in *foro interno*, ein vernunftgeleitetes Diskursideal oder die Vorstellung eines Publikums von Gleichgesinnten, deren Anerkennung und Zustimmung dem Urteil Autorität verleiht. Diese implizite Präsenz der Öffentlichkeit im moralischen Urteil erzeugt einen Rechtfertigungsdruck, eine „Rechenschaftserwartung“,<sup>6</sup> die Handlungen normativ einhegt. Gerade dieser öffentlichkeitsgenerierende Charakter macht die moralische Sprache zu einem besonders wirksamen Instrument politischer Machtausübung. Wenn sie institutionalisiert oder strategisch eingesetzt wird, kann sie dazu dienen, Verhalten zu kontrollieren oder Handlungen und ihre Vorsätze nach vorgegebenen Kriterien zu lenken – nicht durch Zwang, sondern durch moralische Appelle, Schuldzuschreibungen und die Erwartung, sich rechtfertigen zu müssen.

Oft argumentiert man, dass affektive Moralisierung – insbesondere im Dienst politischer Ziele – die Meinungsfreiheit einschränke oder gar gefährde.<sup>7</sup> Im Folgenden möchte ich diese Perspektive gleichsam umkehren und zu bedenken geben, dass affektiv besetzte moralische Urteile selbst die Struktur von Meinungen aufweisen (III). Dies macht es notwendig, die Veränderungen des Meinungsausßerungsumfeldes in der digitalen „cheap speech“-Ära<sup>8</sup> zu betrachten (IV-VI), um zu verstehen, welche Form sie gegenwärtig vorwiegend annehmen. Zum Einstieg möchte ich aber auf drei aktuelle Studien zu sprechen kommen, die – jede auf ihre Weise – die Freisetzung der Affekte in der Politik problematisieren, und zwar unabhängig davon, ob sie dabei das linke oder das rechte politische Spektrum vor Augen haben (II).

## II. Drei Blickwinkel auf die Politik der moralischen Affekte

Die Beobachtung und Diagnose, dass moralische Affekte zunehmend das politische Geschehen prägen, sind heute sowohl in öffentlichen Debatten als auch in der wissenschaftlichen Diskussion stark präsent. So untersucht etwa Eva Illouz in ihrer Studie *Undemokratische Emotionen*, wie moralische Affekte von populistischen Regierungen gezielt hervorgerufen und als Ressource für Machterhalt genutzt werden.<sup>9</sup> In den Mittelpunkt stellt sie die Frage, wie es möglich ist, Menschen durch Emotionen wie Angst und Ressentiment zu mobilisieren und zugleich ihre Zustimmung oder sogar Loyalität zu gewinnen – mitunter in Form von Liebe, Liebe zum eigenen Land oder Liebe

<sup>5</sup> Vgl. Williams, Der Begriff der Moral. Eine Einführung in die Ethik, 1978, 11 f.

<sup>6</sup> Dieser wird als eines der Merkmale des Moralismus diskutiert von Neuhäuser/Seidel, Kritik des Moralismus. Eine Landkarte zur Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Kritik des Moralismus, 2020, 9–34.

<sup>7</sup> Vgl. dazu Neuhäuser, Meinungsfreiheit und Moralismus, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 71 (2023), 510–537.

<sup>8</sup> Den Ausdruck borge ich von Volokh, Cheap Speech and What It Will Do, The Yale Law Journal 104 (1995), 1805–1850.

<sup>9</sup> Illouz, Undemokratische Emotionen. Das Beispiel Israel, 2023.

zum Machthaber, und zwar trotz oder gerade wegen empfundener Bedrohung. Sie diskutiert dies am Beispiel Israels unter der Regierung von Benjamin Netanyahu; ihr Anspruch ist jedoch, eine allgemeine Aussage darüber zu treffen, wieso der Populismus, insbesondere der Rechtspopulismus, sich heute als eine weltweite Erscheinung so erfolgreich durchsetzt. Als eine Form der Identitätspolitik zielt der Populismus Illouz zufolge darauf ab, „die Identität einer gesellschaftlichen Mehrheit zu stärken, (reale oder imaginäre) symbolische Verletzungen zu heilen und verschiedene Gruppen gegeneinander auszuspielen“.<sup>10</sup> Der Schlüssel zu seiner Wirkung liegt jedoch darin, dass der Populismus moralische Affekte anspricht, die als Reaktionen auf empfundene moralische Verstöße wirken und darüber bestimmen, wie das jeweilige Verhalten und die einzelnen Personen bewertet werden, wie der Wert der eigenen Gruppe definiert wird und durch welche Maßnahmen sie geschützt werden soll.<sup>11</sup> Illouz' Studie ist eine Warnung vor dem demokratischen Erosionsprozess von innen heraus: Dominieren Emotionen wie Angst und Ressentiment den öffentlichen Diskurs, verstärkt dies gesellschaftliche Polarisierung und untergräbt die Kernelemente liberaler Demokratie wie rationale Deliberation, Kompromissbereitschaft und die Anerkennung pluraler Perspektiven.

In ihrer Studie *Gekränte Freiheit. Aspekte des libertären Autoritarismus* haben Carolin Amlinger und Oliver Nachtwey den Hang zum Autoritarismus und die Kultivierung autoritärer Einstellungen unter dem Deckmantel des libertären Freiheitskampfes am Beispiel der „Querdenker“-Bewegung, bei politischen Akteuren wie der AfD und in den bürgerlichen Milieus untersucht.<sup>12</sup> Ob es um den Widerstand gegen die Impfpflicht geht, die als Eingriff in die individuelle Freiheit abgelehnt wird, um Ablehnung staatlicher Regulierung, die als Bevormundung wahrgenommen wird, oder um den Kampf gegen die „Lügenpresse“, der, indem er sich auf die Verteidigung der freien Meinungsäußerung beruft, den Zweck hat, die etablierten Massenmedien zu umgehen und sie zu delegitimieren – alle diese Themen erfahren unter dem Banner eines Freiheitskampfes zugleich auch eine moralische Aufladung. In diesem Kampf wird die Sprache immer häufiger in affektgeladener und waffenähnlicher Form verwendet.<sup>13</sup>

Die Freisetzung der Affekte betrifft jedoch nicht nur den Kulturkampf und den politischen Kampf im rechten Spektrum. So hat sich Alexander Somek in seiner Streitschrift *Moral als Bosheit* (2021) dem entgegengesetzten politischen Spektrum, der sich progressiv verstehenden „neoliberalen Linken“ zugewandt.<sup>14</sup> Als „neoliberal“ bezeichnet er sie deshalb, weil ihr

„[d]ie wettbewerbsorientierte Marktwirtschaft als vorgegeben und unantastbar [gilt]. Die eigentliche politische Herausforderung wird darin gesehen, sie ‚inklusiver‘ zu machen durch die Verbesserung der Chancengleichheit und den Abbau von Ausgrenzungen, insbesondere solcher aufgrund des Geschlechts, der sexuellen Orientierung oder der ‚Rasse‘.“<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Ibid., 27.

<sup>11</sup> Vgl. ibid., 212.

<sup>12</sup> Amlinger/Nachtwey, Gekränte Freiheit. Aspekte des libertären Autoritarismus, 2022.

<sup>13</sup> Zur „weaponization of speech“ vgl. Pomerantsev, This Is Not Propaganda. Adventures in the War Against Reality, 2019; Wu, Is the First Amendment Obsolete?, Michigan Law Review 117 (2018), 547–581.

<sup>14</sup> Somek, Moral als Bosheit. Rechtsphilosophische Studien, 2021.

<sup>15</sup> Ibid., 3.

Für die Belange derer, die Diskriminierungen unterworfen sind, einzutreten, ist ein emanzipatorisches Anliegen. Somek zufolge ist diese Programmatik jedoch „bloß scheinbar progressiv“,<sup>16</sup> denn letztlich dreht sich hier politisch alles um „den gleichberechtigten Zugang zu privilegierten Positionen“,<sup>17</sup> ohne die sozialen Ungleichheiten und Hierarchien grundsätzlich infrage zu stellen. Es geht darum, „den Angehörigen vormals unterprivilegierter Gruppen gleichen Zugang zu Vorrechten zu verschaffen. Die Vorrechte selbst werden nicht ‚skandalisiert‘“.<sup>18</sup>

Someks Kritik lässt sich so verstehen, dass er mit dem Titel seiner Streitschrift *Moral als Bosheit* zugleich den Mechanismus aufdecken will, der den Blick für die materiellen Bedingungen von Diskriminierung und sozialer Ungleichheit verdeckt und eine Gestalt der Politik auf den Plan ruft, die den Betroffenen nicht hilft, sondern auf die „reale Parodie ihrer Interessen“<sup>19</sup> hinausläuft. Diesen Mechanismus nennt er „böse Moral“. Der Antidiskriminierungskampf ziele primär auf die Korrektur von moralischen Fehlhaltungen, auf subjektive Einstellungen, die für diskriminierend befunden und deshalb bekämpft werden sollen:

„Durch Verbote oder Gebote soll der Einfluss von rassistischen, sexistischen, homophoben oder ethnozentrischen Haltungen eingedämmt und diese langfristig überwunden werden.“<sup>20</sup>

Derart auf ihre Haltungen zurückgeworfen, tragen Menschen normative Erwartungen aneinander heran, deren Berechtigung fragwürdig und deren Sinn strittig ist. Einen Streit, der mit Argumenten und Gründen ausgetragen wird, lasse die Moral jedoch nicht zu, zu deren Funktionsweise es gehört, immer nur in den „Chor der Entrüstung“ einzustimmen.

### **III. Emotivistisch praktizierte Moral: Die Analogie zur Meinung**

So unterschiedlich diese drei Arbeiten auch sind, sie beschreiben alle, welche Formen die Mobilisierung moralischer Affekte annehmen kann: Die Form, auf die Illouz aufmerksam macht, verbindet sich mit dem Populismus, diejenige, die Amlinger und Nachtwey untersuchen, stellt sich, gepaart mit libertärer Agenda, in den Dienst des Autoritarismus, und die dritte Ausprägung, die Somek innerhalb seiner Kritik des Wandels der linken Gesellschaftskritik diskutiert, weist ebenfalls latent autoritäre Züge auf – dieser „Autoritarismus der kleinen Münze“ laufe auf eine Selbstzensur aus „Furcht vor der sozialen Ächtung“ hinaus.<sup>21</sup> Allen diesen Formen ist gemeinsam, dass sie die Wirklichkeit auf ein Set von Narrativen reduzieren, sie vereinseitigen oder sogar von ihr wegführen. Sie stehen dem Pluralismus von Meinungen entgegen und wirken einschränkend auf die Meinungsäußerungsfreiheit, indem sie die Grenzen des Sagbaren und Zustimmungsfähigen festlegen oder aber bewusst verschieben und so – jede auf ihre Weise – eine bestimmte Form von Zensur ausüben. Die Arbeiten zeigen außerdem an – Somek macht dies ganz explizit –, dass die Moral, die als

<sup>16</sup> Ibid., 4.

<sup>17</sup> Ibid., 12.

<sup>18</sup> Ibid., 4.

<sup>19</sup> Ibid., 57.

<sup>20</sup> Ibid., 4.

<sup>21</sup> Ibid., 53.

Instrument politischer Machtausübung in Anschlag gebracht wird, die Ausprägung einer *emotivistisch* praktizierten Moral erhält.<sup>22</sup> Inwiefern?

Die Sprache der Moral ist dann als emotivistisch zu bezeichnen, wenn moralische Aussagen „A ist gut“ oder „B ist schlecht“ als Ausdruck von Zustimmung oder Ablehnung verwendet werden. Emotivistische Urteile verzichten auf die epistemische Dimension, sie behaupten nicht etwas, das wahr oder falsch sein kann, sondern nehmen emotional Stellung. Wenn jemand etwa sagt: „A ist eine rassistische Handlung“, so artikuliert der Sprecher primär ein Gefühl der Missbilligung. Das hat zur Folge, dass ein anderer, der bei dieser Handlung nicht in gleicher Weise empfindet, ihm dabei streng genommen nicht mehr widersprechen kann.<sup>23</sup> Auf Gefühlsäußerungen mit „stimmt nicht“ zu reagieren, ergibt keinen Sinn.<sup>24</sup>

Es ist unschwer zu erkennen, dass die Urteile einer emotivistischen Moral der Struktur von Meinungen ähneln: Emotivistische Urteile drücken subjektive Einstellungen aus, sie sind nicht wahrheitsfähig (im klassischen Sinn) und sie sollen andere möglicherweise beeinflussen, überreden oder zur Zustimmung bewegen. Meinung lässt sich mit Adorno (und Hegel) als die „Setzung eines subjektiven, in seinem Wahrheitsgehalt beschränkten Bewußtseins als gültig“ bestimmen.<sup>25</sup> Diese Setzungen sind nicht harmlos, können sie doch rasch und unbemerkt „wahnhafte“ Züge annehmen – besonders eindringlich hat dies Adorno in *Meinung Wahn Gesellschaft* diskutiert. In diesem Aufsatz stellt er die gewöhnliche Unterscheidung zwischen normalen („gesunden“) und pathologischen Meinungen infrage: Das Vertrauen in die „normale“ Meinung, die als Ausdruck des *common sense* gilt, von der Mehrheit getragen wird und sich von „irren“ Ansichten eines gesellschaftlichen Randes, eines „lunatic fringe“, abgrenzt, hält Adorno für trügerisch.<sup>26</sup> Dieses Vertrauen deutet Adorno als Ausdruck von „Hilflosigkeit“. Stattdessen gelte es, zu erkennen, dass die „pathische“ Meinung vom Begriff der Meinung nicht zu trennen sei. Daher komme es darauf an, „die Tendenz zur pathischen Meinung aus der normalen herauszulesen“ – erst dann ist Widerstand gegen sie möglich.<sup>27</sup>

„Pathische“ Meinungen zeichnen sich Adorno zufolge dadurch aus, dass sie sich gegen Erfahrung abschotten – doch gerade weil sie durch keine Erfahrung erhärtet sind, haben sie die Eigenschaft, sich zu verfestigen, indem sie zum festen Bestandteil der Identität ihres Trägers werden, der ihnen „durch die Beziehung auf ihn selbst als Subjekt Autorität, die des Bekennnisses [verleiht]“.<sup>28</sup> Adorno untersucht dieses Phänomen des Sich-Festmachens in „pathischen Meinungen“ als einen Unterfall des Narzissmus. Wird die Meinung „zu einem Bestandstück“ der Person, so wird jeder

<sup>22</sup> Die Verbindungsline von der Moral der „neoliberalen Linken“ zur metaethischen Diskussion über Emotivismus als non-kognitivistischem Typus der Moral zieht Somek (*ibid.*, 5 f., 45 f., 47, 49, 130, 161, 172).

<sup>23</sup> Vgl. am Beispiel des Stehleins *Ayer, Sprache, Wahrheit und Logik*, 1970 [Orig.: *Language Truth and Logic*, 1936], 141 f.

<sup>24</sup> Vgl. dazu besonders anschaulich *Hübner, Einführung in die philosophische Ethik*, 4. Aufl. 2024, 57: „Auf ‚Aua!‘ kann man nicht ‚Stimmt nicht‘ antworten.“

<sup>25</sup> Vgl. *Adorno, Meinung Wahn Gesellschaft*, in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 10.2: Kulturkritik und Gesellschaft II. Eingriffe. Stichworte, hrsg. v. Tiedemann, 8. Aufl. 2020, 573 (574).

<sup>26</sup> *Ibid.*, 573.

<sup>27</sup> Vgl. *ibid.*, 574.

<sup>28</sup> *Ibid.*

Versuch, sie zu entkräften, als Schädigung der eigenen Person registriert und abgewehrt:

„Der Rechthaber entwickelt, um nur ja die narzißtische Schädigung von sich fern zu halten, die ihm durch die Preisgabe der Meinung widerfährt, einen Scharfsinn, der oft weit seine intellektuellen Verhältnisse übersteigt.“<sup>29</sup>

Die eifrige „Vernunft im Dienst der Unvernunft (...) springt der Meinung bei und verhärtet sie so, daß sich weder mehr daran rühren läßt, noch ihre Absurdität offenbar wird“.<sup>30</sup> Die Meinungen werden zum Fetisch, der durch Faktenprüfungen und Gegenbelege nicht mehr zu entzaubern ist.

Blickt man vor diesem Hintergrund auf die Annahme, dass affektive Moralisierung die Meinungsfreiheit einschränkt, so zeigt sich, dass die Sache komplexer ist – vor allem, wenn man berücksichtigt, dass moralische Urteile im emotivistischen Verständnis selbst der Struktur von Meinungsäußerungen ähneln. Wenn affektiv geprägte Moral wie eine Meinung gebildet und verbreitet wird, liegt es zudem nahe, ihre heutigen Ausprägungen im Kontext der tiefgreifenden Wandlungen zu betrachten, die das Meinungsaußerungsumfeld in den letzten drei Jahrzehnten durchlaufen hat. Zu fragen wäre entsprechend, wie diese Transformationen moralische Urteile und ihre öffentliche Artikulation beeinflussen. Dies umfassend zu untersuchen, ist kaum möglich; dennoch möchte ich einige relevante Zusammenhänge skizzieren, die einen ersten Einblick in mögliche Wechselwirkungen geben. Insbesondere die aktuellen Debatten um Redefreiheit liefern hier aufschlussreiche Perspektiven. Die folgenden Überlegungen sind daher bewusst explorativ und beanspruchen keine abschließende Analyse, sondern zielen darauf ab, zentrale Orientierungspunkte innerhalb dieses vielschichtigen Feldes anhand von drei Problembereichen zu skizzieren: Aufmerksamkeitsökonomie, Zensur und Realitätsverlust.

#### **IV. Der Kampf um Aufmerksamkeit**

1989 steht nicht nur für das Ende des Kalten Krieges und den politischen Siegeszug des wirtschaftlichen Liberalismus. Der Wechsel in die 1990er Jahre markiert auch den Übergang in ein neues Zeitalter, das Kommunikation, Ökonomie und Öffentlichkeit grundlegend verändert hat. Mit der 1991 erfolgten Freigabe der neuen Technologie des Internets zur kommerziellen Nutzung durch die US-amerikanische *National Science Foundation* leben wir seit 1993 in einer Welt, in der digitale Kommunikation zum prägenden Element gesellschaftlicher Wirklichkeit geworden ist. Jürgen Habermas spricht in Bezug darauf von „eine[r] mit der Einführung des Buchdrucks vergleichbare[n] Zäsur in der menschheitsgeschichtlichen Entwicklung der Medien“.<sup>31</sup> Worin genau besteht aber die Zäsur, wenn man die offensichtlichen Neuerungen wie die Entgrenzung der Kommunikation und ungeahnte Vernetzungsmöglichkeiten einmal beiseite lässt?

Aus kommunikationstheoretischer Perspektive ist von einer fundamentalen Umkehrung der Verhältnisse die Rede, die mit dem Eintritt ins digitale Zeitalter einhergeht.

<sup>29</sup> Ibid., 576.

<sup>30</sup> Ibid., 557.

<sup>31</sup> Habermas, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, 2022, 41.

Zu Zeiten des Kalten Krieges war Information ein knappes Gut. Wahrheit und Information waren Mittel im Kampf gegen Zensur und Geheimdienste. Heute leben wir in einer „cheap speech“-Ära,<sup>32</sup> um es mit Eugene Volokh zu sagen. Die Rede ist ubiquitär und billig zu haben. Dieser Zustand stellt Einiges auf den Kopf. Denn alles dreht sich jetzt nicht mehr um die Möglichkeit, frei zu sprechen, sondern um Wege, sich Gehör zu verschaffen. Man tritt in einen Kampf um die Aufmerksamkeit der Leser ein. Tim Wu, der diesen entscheidenden Wandel herausstellt, bezieht sich auf Herbert Simon, der bereits 1971 den Zusammenhang zwischen dem Informationsüberfluss und der Aufmerksamkeitsknappheit („attention scarcity“) auf Seiten der Rezipienten von Information hergestellt hat:

„Information verbraucht die Aufmerksamkeit ihrer Rezipienten. Daher führt ein Reichtum an Informationen zu einem Mangel an Aufmerksamkeit und zu der Notwendigkeit, die Aufmerksamkeit effizient unter der Überfülle an Informationsquellen zu verteilen, die sie verbrauchen könnten.“<sup>33</sup>

Wu erläutert dazu: „Wenn es früher schwer war zu sprechen, ist es jetzt schwer, gehört zu werden.“<sup>34</sup> Der Sprecher riskiert fortwährend, sein Publikum zu verlieren. In dieser Situation nimmt es nicht Wunder, dass die Botschaften, die an den Empfänger gesendet werden, in emotional geladener, waffenähnlicher Form auftreten, um maximale Aufmerksamkeit auf sich zu ziehen.

Die Logik der digitalen Plattformen weiß diese Dialektik von Informationsüberfluss und Aufmerksamkeitsknappheit geschickt zu kapitalisieren. Es ist bekannt, dass Social-Media-Unternehmen (wie Google und Meta) die Plattformen so konstruieren, dass die Nutzer möglichst lange am Bildschirm bleiben. YouTube ist beispielsweise so aufgebaut, dass Nutzern durch algorithmische Steuerung vermehrt Inhalte angezeigt werden, die ihren bisherigen Sehgewohnheiten entsprechen. Auf diese Weise bilden sich Standpunkte heraus, die, ohne dass sie auf der Faktenlage beruhen müssten, sich durch Wiederholung und Bestätigung verstetigen.<sup>35</sup> Trotz der Bemühungen, dies zu ändern, besteht bei vielen Plattformen aus kommerziellen Gründen und inzwischen wohl auch aus politisch-ideologischen Motiven<sup>36</sup> ein Desinteresse daran, den Nutzern stärker diversifizierte Inhalte anzubieten.

<sup>32</sup> Volokh, *The Yale Law Journal* 104 (1995), 1805–1850.

<sup>33</sup> Simon, Designing Organizations for an Information-Rich World, in: Greenberger (Hrsg.), Computers, Communications, and the Public Interest, 1971, 37 (40 f.); zit. nach Wu, *Michigan Law Review* 117 (2018), 554 (Übers. T. S.).

<sup>34</sup> Wu, *Michigan Law Review* 117 (2018), 554.

<sup>35</sup> Vgl. Pomerantsev, Das ist keine Propaganda. Wie unsere Wirklichkeit zertrümmert wird, 2020, 179.

<sup>36</sup> Zur Verzerrung zugunsten rechter Inhalte durch Empfehlungsalgorithmus von X (ehemals Twitter), insbesondere bei neuen Nutzerkonten anhand der Untersuchung der „For You“-Feeds von X über sechs Wochen im Zeitraum der US-Präsidentenwahl 2024, vgl. Ye/Luceri/Ferrara, Auditing Political Exposure Bias: Algorithmic Amplification on Twitter/X Approaching the 2024 U.S. Presidential Election, in Proceedings of the 2025 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAccT '25) (2024), unter: <https://arxiv.org/abs/2411.01852> (zuletzt abgerufen am 13.10.2025). Zur algorithmischen Beeinflussung der Sichtbarkeit von politischen Inhalten auf Twitter vgl. Huszár/Kena/O'Brien/Belli/Schlaikjer/Hardt, Algorithmic amplification of politics on Twitter, in: Proceedings of the National Academy of Sciences 119/1 (2022), unter: <https://www.pnas.org/doi/fuII/10.1073/pnas.2025334119> (zuletzt abgerufen am 13.10.2025) – diese Studie zeigt (auf Basis eines

Dieselbe Dynamik der Verfestigung, um nicht zu sagen, Radikalisierung bestimmter Standpunkte, lässt sich auch in den „Echo-Räumen“ der verschiedenen Facebook-Gruppen erkennen.<sup>37</sup> Wer sich mit emotionaler Dynamik im Zeitalter der Fehlinformation befasst, weist darauf hin, dass die Positionen immer extremer werden, je länger eine Diskussion andauert: „Kognitive Muster in Echokammern neigen zur Polarisierung“.<sup>38</sup> Peter Pomerantsev beschreibt soziale Medien als „Narzissmusmaschinen“, die Nutzer dazu verleiten, verstärkt nach Bestätigung durch Likes und Retweets zu suchen. Unter Einbeziehung von Walter Quattrociocchis Forschungsergebnissen betont er, dass dieses System Nutzerinnen und Nutzer dazu verleitet, immer extremere Positionen einzunehmen, um mehr Aufmerksamkeit zu erzielen. Solche Mechanismen verstärken die politische und gesellschaftliche Polarisierung und begünstigen die Verbreitung von sensationellen und falschen Inhalten – „fake news“ erscheinen so als typisches Produkt der Funktionsweise von sozialen Netzwerken.<sup>39</sup> Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass emotivistische Ansätze zur Analyse moralischer Diskurse heute so aussagekräftig erscheinen. Der Emotivismus folgt derselben Dynamik: Nicht die argumentative Klärung, sondern emotionale Wirkung ist das Ziel – damit wird die Aufmerksamkeitslogik, statt ihr zu entkommen, verstärkt.

## V. Freie Rede als Zensurinstrument

Meinungsäußerungsfreiheit steht heute nicht mehr unter dem klassisch-liberalen Ideal der Meinungsbildung im Dienst der besseren Argumente durch Freisetzung von Dissens. Vielmehr soll Dissens ausgeschaltet werden. Zur Paradoxie der gegenwärtigen Lage gehört, dass freie Rede – eine der Grundsäulen demokratischer Gesellschaften – inzwischen selbst als Werkzeug zur Unterdrückung der Rede eingesetzt wird. Das Problem der Zensur stellt sich heute nicht mehr als die Frage der Unterdrückung von politischen Äußerungen, sondern genau umgekehrt: als das Problem ihrer massenhaften Freisetzung, einer Flut, in der bestimmte Meinungen ertränkt und auf diese Weise aus dem Diskurs bewusst verdrängt werden sollen.<sup>40</sup>

Diese Form der Zensur durch Überwältigung und Überschwemmung ist eine neue Herausforderung, die insbesondere im Kontext der US-amerikanischen Verfassungsrechtspraxis diskutiert wird. So weist etwa Tim Wu darauf hin, dass das First Amendment – der Erste Zusatzartikel der US-amerikanischen Verfassung, der es dem Kongress verbietet, Gesetze zu erlassen, die die Redefreiheit einschränken<sup>41</sup> – „obsolet“ geworden sei. Eine provozierende Feststellung, wenn man bedenkt, dass dieser

groß angelegten Experiments mit Millionen Twitter-Users, der Analyse politischer Parteien in sieben Ländern und der Auswertung von 6,2 Millionen US-Nachrichtenartikeln), dass rechte politische Inhalte (in sechs von sieben untersuchten Ländern) stärker algorithmisch verstärkt werden als linke.

<sup>37</sup> Quattrociocchi/Scala/Sunstein, Echo Chambers on Facebook, Harvard Public Law Working Paper Forthcoming (2016), unter: <https://ssrn.com/abstract=2795110> (zuletzt abgerufen am 13.10.2025).

<sup>38</sup> Vgl. Pomerantsev, Das ist keine Propaganda, 180, mit Bezug auf Zollo et al., Emotional Dynamics in the Age of Misinformation, in PLoS ONE 10/9 (2015), unter: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0138740> (zuletzt abgerufen am 13.10.2025).

<sup>39</sup> Pomerantsev, Das ist keine Propaganda, 180.

<sup>40</sup> Wu, Michigan Law Review 117 (2018), 547–581.

<sup>41</sup> Im Originaltext: „Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech or of the press (...).“.

Zusatzartikel, mit Oliver Lepsius gesprochen, das „Modellgrundrecht der USA“ darstellt.<sup>42</sup> Der erste Zusatzartikel zur US-amerikanischen Bundesverfassung wurde 1791 verabschiedet. Als das First Amendment im frühen 20. Jahrhundert durch verstärkte gerichtliche Durchsetzung dieses Rechts „reaktiviert“ wurde, ging es um den Schutz der Sprecher vor den Regierungen, um den Schutz der freien Meinungsäußerungen, insbesondere der politischen Äußerungen vor der Kontrolle seitens des Staates, ungeteilt in welcher Form sie auftraten. Es ging um Dissidentenschutz im Verhältnis von Individuum und Staat. In der heutigen neuen Ära der billigen Rede hat sich das Äußerungsumfeld jedoch fundamental verändert: Nicht die, die ihre Meinung äußern, sind gefährdet, sondern diejenigen, die die Information empfangen, die Hörer, Leser oder Zuschauer. Gerade sie werden Wu zufolge zur Zielscheibe der Zensur, allerdings der Zensur durch die freie Rede selbst: Durch (häufig anonymen) Einsatz der Sprache als Waffe, durch Techniken wie *flooding*, den Einsatz von *troll armies*, von *bots* und *fake news* usw. werden kritische Stimmen gezielt angegriffen oder in der Kommentarflut ertränkt. So werden bestimmte Meinungen unterdrückt und aus dem Diskursraum verdrängt oder zum Schweigen gebracht. Wu fordert daher einen Perspektivwechsel ein, um den realen Verhältnissen gerecht zu werden: Der Sinn des First Amendment müsste dahingehend interpretiert werden, dass nicht primär der Sprecher mit seiner Äußerung, sondern der Rezipient vor Zensur durch inflationär eingesetzte Redetechniken und vor der Manipulation seiner Aufmerksamkeit durch Überflutung und Verzerrung von Informationen geschützt werde. Da sich der Horizont der Anwendungsbedingungen des First Amendment radikal verschoben hat, würde dessen eigentliche Bedeutung heute darin bestehen, den Schutz von Redefreiheit als Schutz und Förderung eines gesunden Äußerungsumfeldes zu begreifen.

## VI. Realitätsverlust

Die Unterdrückung von Dissens ist nicht der einzige Gesichtspunkt, der mit der „flooding“-Strategie einhergeht. Die mittlerweile zum geflügelten Wort gewordene Formulierung für diese Strategie wird dem ehemaligen Berater von Donald Trump, Steve Bannon, zugeschrieben: „The Democrats don’t matter. The real opposition is the media. And the way to deal with them is to flood the zone with shit.“<sup>43</sup> „Flooding the zone“ bezeichnet im Football eine strategische Spielzugvariante, bei der mehrere Receiver in denselben Bereich (Zone) der gegnerischen Verteidigung laufen, um sie zu überlasten. So kann die Defensive nicht alle Spieler gleichzeitig abdecken, sodass sich ein freier Passemmpfänger ergibt. Bei Flooding handelt es sich nicht nur um eine Methode, kritische Stimmen zu verdrängen, sondern um ein Werkzeug von Desorientierung, dessen Ziel es ist, Verwirrung zu stiften.

Den Einsatz dieser Taktik konnte Peter Pomerantsev im Moskau der Nullerjahre (als TV-Produzent beim Sender TNT) bereits aus nächster Nähe beobachten. Ihre Folgen beschreibt er in seinem Erlebnisbericht mit dem sprechenden Titel *Nichts*

<sup>42</sup> Vgl. Lepsius, Religionsfreiheit als Minderheitenrecht in Deutschland, Frankreich und den USA, *Leviathan* 34 (2006), 321 (342 f.).

<sup>43</sup> So Bannon in einem Gespräch im Februar 2018 mit dem Bloomberg-Autor Michael Lewis, zit. nach Lewis, Has Anyone Seen the President?, Bloomberg (9.2.2018), unter: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-02-09/has-anyone-seen-the-president?> (zuletzt abgerufen am 13.10.2025).

*ist wahr und alles ist möglich* (2014)<sup>44</sup> als eine Form der Ablenkung von der Realität: Indem Menschen verwirrenden und widersprüchlichen Informationen ausgesetzt werden, wird ihre Wahrnehmung von den eigentlichen relevanten gesellschaftlichen und politischen Themen weggelenkt. Daher spricht Pomerantsev in seinen jüngeren Veröffentlichungen konsequenterweise davon, dass wir es heute nicht mehr primär mit Propaganda zu tun haben, sondern mit drohendem Realitätsverlust. Unter Propaganda versteht man gemeinhin eine durch bestimmte Personen oder Personengruppen vollzogene, bewusste Lenkung von Meinungen, Überzeugungen und Gefühlen von Menschen zu einem bestimmten Zweck, der meist verschwiegen wird. In der digitalen Zeit hat man es jedoch nicht mehr mit klar definierten Zwecken und noch nicht einmal mehr mit Menschen, sondern mit automatisierten Social-Media-Identitäten zu tun, mit Computerprogrammen, die vorgeben, Menschen zu sein, mit Bots, die dieselben Botschaften wiederholen, oder Cyborgs, die zwar menschliche Administratoren sind, jedoch nur dann eingesetzt werden, wenn jemand „den Köder schluckt“ und anfängt, mit dem Bot zu interagieren.<sup>45</sup> „Heute“, gibt Pomerantsev zu bedenken, „können Trolle, Bots, Cyborgs ein Meinungsklima von Zustimmung oder Hass simulieren“, ohne reell zu existieren: „Und diese Simulationen verfestigen sich dann, weil die Menschen ihr Verhalten ändern, um sich der vermeintlichen Realität anzupassen.“<sup>46</sup>

Elisabeth Noelle-Neumann hat in den 1970er Jahren untersucht, wie sich Menschen aus Isolationsfurcht Gruppen und der Mehrheitsmeinung anschließen.<sup>47</sup> Die Taktiker von heute, Spin Doctors und Wahlkampfmanager, Organisatoren von Protestbewegungen allen Couleurs, haben ein leichtes Spiel, Menschen entlang bestimmter Themen, die den „kleinsten gemeinsamen Nenner“ bilden und gleichzeitig abstrakt genug sind – Themen wie Migration, Islamisierung, Identität, Tradition, Freiheit, Tierrechte, Minderheitenrechte, Monarchie, Religion und dergleichen – zu gruppieren.<sup>48</sup> Man fühlt sich nicht mehr Parteien zugehörig, sondern einzelnen Werten, während allgemeine Prinzipien wie Unparteilichkeit und Objektivität mit dem Verdacht belegt werden, ihrerseits eine „bloße Meinung“, ein Habitus westlicher Eliten oder schlicht ein Mythos zu sein, hinter dem sich eine „geheime Agenda“ verborge.<sup>49</sup> Unnötig zu sagen, auf welche Konsequenz dies hinausläuft:

„Ist die Möglichkeit von Ausgewogenheit, Objektivität und Unparteilichkeit untergraben, so bleibt nur noch, ‚authentischer‘ als die Gegenseite zu sein: emotionaler, subjektiver, heroischer.“<sup>50</sup>

<sup>44</sup> Pomerantsev, Nichts ist wahr und alles ist möglich. Abenteuer in Putins Russland, 2015.

<sup>45</sup> Ausführlich zu diesen Techniken: Pomerantsev, Das ist keine Propaganda, 88.

<sup>46</sup> Ibid., 94. Zur digitalen Verhaltenssteuerung im „Überwachungskapitalismus“ vgl. Zuboff, Das Zeitalter des Überwachungskapitalismus, 2018.

<sup>47</sup> Zunächst in Aufsätzen, dann als Buch: Noelle-Neumann, Die Schweigespirale. Öffentliche Meinung – unsere soziale Haut, 1980.

<sup>48</sup> Vgl. Pomerantsev, Das ist keine Propaganda, 108. Sogenannte „data driven elections“ nutzen vorreflexive und personalisierte Ansprache der Nutzer – dabei wird eine Demokratievorstellung zugrunde gelegt, die auf dem „Ablesen singularisierter Präferenzen als demokratisches Prinzip“ beruht und auf „einen Kampf um Aufmerksamkeit, Beeinflussung und Datenhoheit“ hinausläuft, vgl. dazu Staab/Thiel, Privatisierung ohne Privatismus. Soziale Medien im digitalen Strukturwandel der Öffentlichkeit, Leviathan 37 (2021), 277 (293).

<sup>49</sup> Vgl. Pomerantsev, Das ist keine Propaganda, 175, hier im Hinblick auf die Rhetorik der kremlfinanzierten russischen Medien.

<sup>50</sup> Ibid., 176.

Das kennt man von Fox News unter Trump ebenso wie von Russia Today unter Putin.

Die Authentizität als Wert wird auch auf Seiten der Empfänger zelebriert. Doch sie ist trügerisch:

„Heute bieten soziale Medien extremen Individualismus unbegrenzte Ausdrucksmöglichkeiten. Jeder kann sein Innerstes nach außen kehren. Aber die sozialen Medien sind so gestaltet, dass sie vom Faktischen wegführen.“<sup>51</sup>

Jeder Selbstaufdruck, jedes Faktum wird in Daten umgewandelt, Worte werden gezählt, Verweildauer und Zeiten registriert, Bewegungsprofile angelegt. Impulse und Gewohnheiten werden mobilisiert, um unsere Kauf- und Wahlentscheidungen zu beeinflussen. In den „Narzissmusmaschinen“ der sozialen Medien ist Selbstbezug nur um den Preis des Verlusts des Kontakts mit der Wirklichkeit zu haben.<sup>52</sup>

## VII. Ausblick

Im modernen Diskurs über Redefreiheit lässt sich eine Entwicklung erkennen, die mit einer deutlichen Verschiebung der Akzentsetzungen einhergeht. Für die klassisch-liberale Theorie der Redefreiheit stand die Verteidigung der Redefreiheit im Fokus. Maßgeblich war dabei die Idee, dass Redefreiheit nicht nur freie Selbstbestimmung des Einzelnen schützt, sondern epistemischen Fortschritt garantiert: So war für Kants Begriff von Redefreiheit die Wissenschaftsfreiheit modellbildend, als Freiheit des Gelehrten, außerhalb von politischen Zwängen seine Gedanken einem Publikum, einer Leserschaft und der Nachwelt, als die wir uns begreifen können, mitzuteilen.<sup>53</sup> Wenn John Stuart Mill danach fragte, wann Einmischung in die Freiheit zulässig ist,<sup>54</sup> so war es für ihn selbstverständlich, dass es bei der Meinungsfreiheit, wie Peter Niesen unterstreicht, nicht darum ging, „sich zu äußern, sondern *etwas* zu äußern“.<sup>55</sup> Es ging dabei also nicht um bloße Ausdrucksfreiheit, sondern vor allem um Erkenntnisgewinn: Die Idee dahinter war, dass der Einzelne sich an den Meinungen Anderer abarbeiten und seine Gedanken im Lichte der geäußerten fremden Gedanken korrigieren, sie beweglich halten oder einer Revision unterziehen konnte. Dem lag eine Idee von Universalität zugrunde, an der wir partizipieren, und ein Wahrheitsanspruch. Außerdem war davon die Ausbildung *individueller* Überzeugungen nicht zu trennen, denn nur wenn der Einzelne sich der Diskussion aussetzt, wird er über die Möglichkeit verfügen, *eigene* Überzeugungen zu bilden und sie nicht einfach nur unbefragt und unverstanden aus der Umwelt, die auf ihn einwirkt, zu übernehmen.<sup>56</sup>

Traten die Progressiven des 19. Jahrhunderts für weitgehend uneingeschränkte Verteidigung der Redefreiheit ein, so fragt die Diskussion im 20. Jahrhundert und bis

<sup>51</sup> Ibid., 181.

<sup>52</sup> Vgl. ibid., 180–182.

<sup>53</sup> Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? [1783], in ders., Werkausgabe Bd. XI: Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik 1, hrsg. von Weischedel, 1977, 53–61.

<sup>54</sup> Mill, On Liberty. Über die Freiheit [1859], übers. von Bruno Lemke, 2009, 1. und 2. Kap.

<sup>55</sup> Niesen, Über die Freiheit des Denkens und der Diskussion, in: Schefczyk/Schramme (Hrsg.), John Stuart Mill: Über die Freiheit, 2015, 33 (38 – Herv. T. S.).

<sup>56</sup> Vgl. ibid., 40.

heute vor allem nach ihren Grenzen.<sup>57</sup> Die Aufmerksamkeit gilt insbesondere dem Problem des entwürdigenden Sprachgebrauchs, der sich gegen bestimmte Gruppen und ihre Mitglieder richtet. Mit Themen wie Hate Speech und Pornographie wird die Frage aufgeworfen, ob die Sprache selbst (in Form verbaler, visueller oder audio-visueller Äußerungen und Darstellungen) gewalttätig sein kann, auch im juristischen Kausalverhältnis von Wort und Tat.<sup>58</sup> Denn werden Einzelne aufgrund von Hautfarbe, Religion, Geschlecht, sexueller Orientierung oder politischen Ansichten beleidigt oder als minderwertig gebrandmarkt, so untergräbt dies den ursprünglichen Sinn der Redefreiheit, freie Selbstbestimmung des Einzelnen zu ermöglichen und sich einer „wohlgeordneten Gesellschaft“ anzunähern.<sup>59</sup>

Die gegenwärtige Herausforderung für Redefreiheit besteht demgegenüber im nie gekannten Ausmaß an zielgerichteten Manipulationsmöglichkeiten, vor denen althergebrachte liberale Kategorien hilflos zu sein scheinen. Auch damals war man schon nicht so naiv, zu erkennen, dass Sprache, insbesondere seitens der Mächtigen, zu Täuschungszwecken eingesetzt werden kann. Doch es gab auch festes Vertrauen, dass die Redefreiheit die Chancen gerade auch für aufklärerische und oppositionelle Gegenrede eröffnet, und die Überzeugung, „dass freie Presse und freie Wahlen letztlich die bestmögliche Garantie für rationale Politik bieten“.<sup>60</sup> Dieses Vertrauen lebt noch in Adornos Auseinandersetzung mit dem Begriff und Phänomen der Meinung fort. Es kommt darin zum Ausdruck, dass er gegen die „permanente Wucherung des Meinens“<sup>61</sup> und das „Sich-Festmachen“ in „pathischen“ Meinungen auf *Erfahrung* setzt: Es komme darauf an, den Objektbezug wiederherzustellen – durch Erfahrung, indem das Denkvermögen an das gewendet wird, „was ihm selbst nicht gleicht“.<sup>62</sup>

Für dieses Anliegen stehen die Zeiten, in denen die Kapitalisierung der Aufmerksamkeit die handfeste Konsequenz besitzt, von der Realität wegzuführen, nicht günstig. Der „Sog einer ‚Plattformisierung‘ der Öffentlichkeit und einer Kommodifizierung des öffentlichen Bewusstseins“<sup>63</sup> droht dieses Vertrauen in die Kraft der freien Rede zu zerstören und die Chancen auf die Erfahrung der Andersheit im Diskurs als unrealistische Hoffnung erscheinen zu lassen. Wege aus der narzisstischen Kränkung und der ressentimentgeladenen Abwehr heraus zu suchen, bedeutete also, diesem Sog zu widerstehen. Ein erster Schritt in diese Richtung bestünde darin, sich zu vergegenwärtigen, dass „Informationen“, um es mit Jürgen Habermas zu sagen,

<sup>57</sup> Vgl. Schefczyk, Rede- und Meinungsfreiheit, in: Festl (Hrsg.), Handbuch Liberalismus, 2021, 191 (195).

<sup>58</sup> Vgl. für die Ursprünge der Debatte über Hassrede den Sammelband von Matsuda/Lawrence III/Delgado/Crenshaw (Hrsg.), *Words that Wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment*, 1993, sowie Gates Jr./Griffin/Post/Rubenstein/Strossen, *Speaking of Race, Speaking of Sex. Hate Speech, Civil Rights, and Civil Liberties*, 1994; zur Pornographie: MacKinnon, *Only Words*, 1993 sowie *dies.*, *Pornography as Defamation and Discrimination*, Boston University Law Review 71 (1991), 793–815.

<sup>59</sup> Vgl. dazu Waldron, *The Harm in Hate Speech*, 2012, 65–104 (im Anschluss an John Rawls).

<sup>60</sup> Vgl. Schefczyk, in: Festl (Hrsg.), Handbuch Liberalismus, 2021, 197.

<sup>61</sup> Adorno, *Meinung Wahn Gesellschaft*, 579.

<sup>62</sup> Ibid., 578.

<sup>63</sup> Habermas, *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*, 67, Fn. 39.

„nicht den Qualitätsstandards von Waren [unterliegen], sondern den kognitiven Standards von Urteilen, ohne die es für uns weder die Objektivität der Welt von Tatsachen noch die Identität und Gemeinsamkeit unserer intersubjektiv geteilten Welt geben kann.“<sup>64</sup>

*Tatjana Sheplyakova,*

Goethe-Universität Frankfurt am Main, E-Mail: sheplyakova@em.uni-frankfurt.de

---

<sup>64</sup> Ibid., 66 f.

**„Erst kommt das Fressen, dann kommt die Identität“  
Zwei Formen der Intersektionalität im Spannungsfeld von totaler Moral und  
Solidarität**

*Philip Dingeldey*

**Abstract**

Within the framework of a critical appraisal of Alexander Somek's *Moral als Bosheit*, a kind of intersectional struggle that fulfils the criteria of his concept of social justice is to be outlined with the help of critical theory, which aligns with a left critique of capitalism and the inclusion paradigm.

**Keywords:** capitalism – critical theory – identity politics – intersectionality – social justice

**I. Einleitung**

Ein etablierter Kritikpunkt der orthodoxen Linken an linksliberaler Identitätspolitik ist, dass Wokeness, Inklusion und Diversity zwar dazu beitragen, in die Marktwirtschaft diversere Personenkreise zu inkludieren, aber dabei nicht mehr die Frage der sozialen Gerechtigkeit und Umverteilung gestellt wird. Alexander Somek nennt dies das Inklusionsparadigma. Dessen Vertreter\*innen urteilten emotivistisch, was – entgegen den selbsterklärten Zielen – zu Fanatismus und Intoleranz führe, weshalb es sich um eine *boshafte Moral* handle.<sup>1</sup> Werden politische, rechtliche und gesamtgesellschaftliche Fragen moralisiert, so mache dies taub für Argumente. Eine solche nur von Moralvorstellungen geleitete Politik laufe nur auf die individuelle Handlungskorrektur hinaus, anstatt auf strukturelle oder systemische Änderungen zu zielen. Dabei wird die Politik moralisiert und individualisiert, was die Moral fanatisch macht, indem sie sich fundamentalistisch und absolut geriert, emotivistisch ist und gleichzeitig relevante Fragen ausschließt.<sup>2</sup> Die Verabsolutierung partikularer Wert- und Rechtsvorstellungen führt außerdem zu Spaltung, Ausgrenzung und Polarisierung, sodass soziale Fragen, die des gemeinsamen Kampfes für ein besseres Leben, einen schweren Stand haben oder sogar gänzlich ignoriert werden müssen. Wird die Moral auf diese Weise total, verhindert sie – durch ihren falschen Anspruch auf Totalität – einen progressiven Kampf um die sozioökonomische Verbesserung des Lebens. Im Folgenden verstehe ich, in Weiterentwicklung von Someks These der boshaften Moral, daher totale Moral a) als Verabsolutierung partikularer Wertvorstellungen, b) eine Moralisierung aller Lebensbereiche (insbesondere der Sprache und der Politik) und c) eine fanatische, fundamentalistische und in ihrer Begründungsstruktur emotivistische Moral, die gesellschaftliche Merkmale und Zuschreibungen naturalisiert.

<sup>1</sup> Somek, Moral als Bosheit. Rechtsphilosophische Studien, 2021, 1–9.

<sup>2</sup> Vgl. ibid., 43–58, 135–168.

Identitätspolitik ist daher das gesellschaftlich Trennende und anfällig für die totale Moral. Mit Somek Kritik lässt sich plausibilisieren, dass dies entsolidarisierende Tendenzen impliziert, wenn man Identitätspolitik im komplexeren Konzept von Intersektionalität aufhebt. Meine These ist jedoch, dass es sozial- und rechtstheoretisch wie auch sozialempirisch eine Form intersektionaler Kämpfe gibt, die identitätspolitische Unterschiede würdigt und sich für Inklusion und Antidiskriminierung, aber gleichzeitig auch für soziale Gerechtigkeit im konventionellen Sinn einsetzt, was ein Bündnis zwischen kapitalismuskritischer Linken und dem Inklusionsparadigma denkbar macht und der totalen Moral entgegenarbeitet, indem sie partikularisiert, enttotalisiert und unter das Banner des Kampfes für soziale Gleichheit gestellt wird.

Dazu soll summarisch die Kritik am Vergessen der sozialen Frage in der Identitätspolitik, wie sie etwa Somek formuliert, in der Identitätspolitik dargestellt werden (II). Daraufhin werde ich versuchen, die Intersektionalität differenzierter zu analysieren, um Überlegungen anzustellen, ob mit einer bestimmten Art von Intersektionalität ein solches Bündnis zwischen Identitätspolitik und emanzipatorischer Linken möglich ist (III).

## II. Das Vergessen der sozialen Frage

Der Vorwurf des Vergessens der sozialen Frage basiert auf der Annahme, dass Identitätspolitiken nur die Diskriminierung von Gruppen – vorrangig im Modus der Empörung – bekämpfen, ohne gesamtgesellschaftlich und ökonomisch zu denken. Schlagwörter wie „Inklusion“ und „Identität“, wie es Boltanski und Chiapello für progressive Ideen oder Kritiken im Allgemeinen prognostiziert haben,<sup>3</sup> werden vom Kapitalismus absorbiert und kommerzialisiert, insofern nun die Chancengleichheit für marginalisierte Gruppen sowie Diversität in Teams in die Marktgemeinschaft integriert werden, anstatt dass kritische Forderungen sich gegen Markt und Staat als Systeme richten: Vermarktete Inklusion führt zur Diversifizierung des Kapitalismus, ohne den Kapitalismus und die soziale Ungleichheit infrage zu stellen. Wir sind nur als Marktsubjekte inkludiert.<sup>4</sup>

Die Bekämpfung ökonomischer Ungleichheiten ist dagegen die Frage der sozialen Gerechtigkeit. Somek zufolge hat die Frage der sozialen Gerechtigkeit gegenüber den Inklusionsforderungen Vorrang. Geht es dem Inklusionsprinzip um Antidiskriminierung und Diversität, folgt die soziale Gerechtigkeit dem Kampf gegen soziale Ungleichheit und Unterdrückung. Aber der Identitätspolitik gehe es, anders als der sozialen Frage, um die Individualebene, wo die soziale Gerechtigkeit auf die gesellschaftliche Struktur abzielt.<sup>5</sup>

Zugleich führt das Inklusionsparadigma dazu, dass sozioökonomische Ungleichheit, Ausbeutung, Unterdrückung, Konkurrenz und Gier implizit gefördert werden. Gerade der reine Kampf um Anerkennung einer besonderen Identität, die wertgeschätzt werden soll, ohne die Frage nach Umverteilung zu stellen, führt zum Distinktionsdenken. Der Habitus der Moral des Inklusionsparadigmas zeichnet sich nicht nur dadurch

<sup>3</sup> Boltanski/Chiapello, Der neue Geist des Kapitalismus, 2006.

<sup>4</sup> Somek, Moral als Bosheit, 2021, 95–99, 110–114; Stegemann, Identitätspolitik, 2023, 30–34, 84–92; Neiman, Links ist nicht woke, 2023, 70–119; Fraser, Für eine neue Linke oder: Das Ende des progressiven Neoliberalismus, Blätter für deutsche und internationale Politik 2/2017, 71.

<sup>5</sup> Somek, Moral als Bosheit, 2021, 170–178.

aus, dass er die Partikularität totalisiert, sondern auch durch Distinktion spaltet. Der Vorwurf operiert also nicht mit einer Gegenüberstellung von sozioökonomischer Ungleichheitskritik und dem Kampf für Gleichberechtigung und Antidiskriminierung innerhalb der linken und liberalen Zivilgesellschaft. Vielmehr geht es darum, dass das neuere identitätspolitische Inklusionsparadigma durch Praktiken totaler Moral verabsolutiert und die soziale Frage daher gänzlich ignoriert wird, was im traditionell-bürgerrechtlichen oder parteipolitischen Kampf um Gleichberechtigung noch nicht der Fall gewesen war.

### **III. Zur Beziehung von Intersektionalität und Inklusionsparadigma**

Während man meinen könnte, die linksorthodoxe Kritik von Somek und anderen am identitätspolitischen Inklusionsparadigma sei inzwischen abgedroschen, so ist doch Someks damit verbundene Kritik an intersektionaler Praxis immer noch beachtenswert und zentral. Bevor auf diese eingegangen wird, um im Anschluss an die Kritik ein differenzierteres Intersektionalitätsverständnis zu entwickeln, muss kurz der Intersektionalitätsbegriff erläutert werden.

#### **1. Was ist Intersektionalität?**

Intersektionale Ansätze, die in der dritten Welle des Feminismus entstanden, gehen davon aus, dass es zu besonderen Unterdrückungs-, Ungleichheits- oder Diskriminierungsformen komme, wenn sich die dahinterstehenden Kategorien – insbesondere *race*, *class* und *gender* – überschneiden. Getragen ist dies von der Annahme, dass weder rein feministische Analysen noch eine marxistische Ungleichheitsanalyse und -kritik mehr ausreichen, um das Zusammenwirken von Ungleichheits- und Diskriminierungskategorien zu erfassen.<sup>6</sup>

Ein Ursprung der Intersektionalitätsdebatte liegt in den Erfahrungen schwarzer Frauen, die sich im hegemonialen weißen Feminismusdiskurs in den 1970ern und 1980ern nicht repräsentiert fanden. Die Unterdrückung, die angesichts einer spezifischen Geschlechtszugehörigkeit erfolgte, zu thematisieren, griff vor dem Hintergrund des Rassismus für sie zu kurz. So bemerkte das Combahee River Collective, dass schwarze Frauen weder vom weißen Feminismus noch von der schwarzen Bürgerrechtsbewegung adäquat repräsentiert werden würden, da schwarze Frauen besondere Unterdrückungsformen erdulden müssten und dementsprechend ein schwierigeres Verhältnis zu Patriarchat, Markt und Staat hätten als schwarze Männer oder weiße Frauen.<sup>7</sup> Keine der beiden Bewegungen könne diese Betroffenheit repräsentieren. Dies führte zur erweiterten Analyse der Kategorien *class*, *race* und *gender*, da die isolierte Analyse von nur einer der Ungleichheitsdimensionen nicht mehr adäquat erschien. Vielmehr sollte es um die Verwobenheit der Ungleichheits- oder Diskriminierungsdimensionen gehen.<sup>8</sup> Crenshaw hatte dafür den Begriff *intersectionality* eingeführt: Um

<sup>6</sup> Alemann, Soziale Ungleichheit und Intersektionalität, in: Biele/Bührmann (Hrsg.), Handbuch Intersektionalitätsforschung, 2022, 21–34.

<sup>7</sup> Combahee River Collective, A Black Feminist Statement, in: Hull/Bell/Smith (Hrsg.), But Some of Us Are Brave. Black Women's Studies, 1982, 13–22.

<sup>8</sup> Young, Justice and the Politics of Indifference, 2011; Kurz, Intersektionalität in feministischer Praxis. Differenzkonzepte und ihre Umsetzung in feministischen Gruppen, 2022, 80.

die Verwobenheit von Formen der Ungleichheit und Diskriminierung herauszuarbeiten, nutzte sie die Metapher einer Verkehrskreuzung, bei der sich Herrschaftsformen kreuzen.<sup>9</sup>

Es geht dabei nicht nur um die Addition von Ungleichheits- oder Diskriminierungskategorien, sondern auch um das Überschneiden und Zusammenwirken von ungleichheits- und diskriminierungsgenerierenden sozialen Strukturen.<sup>10</sup> Gleichwohl könnten diese Strukturen nicht auf eine einzige Herrschaftslogik (wie Kapitalismus oder Patriarchat) reduziert werden.<sup>11</sup> Daraus folgt auch, dass die Kategorien möglichst gleichgewichtig behandelt werden. Ein Primat des Klassencharakters lässt sich mit einer intersektionalen Analyse nicht ohne Weiteres denken.<sup>12</sup>

Somit geht es um Ungleichheit durch Klassenzugehörigkeit *oder* Diskriminierung, den politischen und sozialen Ausschluss von Menschen(-gruppen), welcher mit Becker-Schmidt als Steigerung der vertikalen Ungleichheitslogik, die bis zum Ausschluss führt, oder mit Knapp als Differenzlogik von (Nicht-)Zugehörigkeit gelesen werden kann.<sup>13</sup> Kurz gesagt: Die traditionelle Klassenanalyse wird unter anderem mit der Identitätspolitik zusammengedacht. Das erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass die Analyse und Kritik von Diskriminierungen und sozioökonomischer Ungleichheit erschwert wird und sie vage bleiben. Denn wenn wir von klassenspezifischer Diskriminierung sprechen, die sich mit Hautfarbe oder Geschlecht überschneidet, dann ergibt sich, dass der Klassencharakter nur dann ein Problem ist, wenn man aufgrund seiner Klassenzugehörigkeit diskriminiert wird (Klassismus). Dies ist aber nicht der Ursprung der intersektionalen Kritik. Anstatt dass Marginalisierte oder Unterdrückte um begrenzte Ressourcen miteinander konkurrieren, müssten Zusammenhänge der Phänomene, Kategorien, Ebenen und Dimensionen hergestellt werden.<sup>14</sup>

## 2. Someks Kritik der Intersektionalität

Somek begründet seine Kritik an der Intersektionalität mit der Feststellung, dass eine ontische Unvereinbarkeit der verschiedenen Opfertypen innerhalb des Inklusionsparadigmas bestünde,<sup>15</sup> seine Kritik an der Intersektionalität baut also auf der Kritik am Inklusionsparadigma auf. So unterscheiden sich Diskriminierungen von Frauen, sexuellen oder religiösen Minderheiten oder den Opfern von Rassismus, da

<sup>9</sup> Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, The University of Chicago Legal Forum 1989, 139 (149).

<sup>10</sup> Meyer, Theorien der Intersektionalität zur Einführung, 2017, 82f.

<sup>11</sup> Knapp, „Intersectionality“ – ein neues Paradigma der Geschlechterforschung?, in: Casale/Rendorff (Hrsg.), Was kommt nach der Genderforschung? Zur Zukunft der feministischen Theoriebildung, 2008, 33 (44).

<sup>12</sup> Winkler/Degele, Intersektionalität. Zur Analyse sozialer Ungleichheit, 2010, 28 f.

<sup>13</sup> Becker-Schmidt, „class“, „gender“, „ethnicity“, „race“: Logiken der Differenzsetzung, Verschränkungen von Ungleichheitslagen und gesellschaftliche Strukturierung, in: Klinger/Knapp/Sauer (Hrsg.), Achsen der Ungleichheit. Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität, 2007, 56 (58); Knapp, Verhältnisbestimmung, Geschlecht, Klasse, Ethnizität in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: Knapp/Klinger (Hrsg.), Über-Kreuzungen. Fremdheit, Ungleichheit, Differenz, 2008, 138 (153).

<sup>14</sup> Demirović/Maihofer, Vielfachkrise und die Krise der Geschlechterverhältnisse, in: Nickel/Heilmann (Hrsg.), Krise, Kritik, Allianzen, Arbeits- und geschlechtersoziologische Perspektiven, 2013, 30 (33).

<sup>15</sup> Somek, Moral als Bosheit, 2021, 117.

das Anderssein der jeweiligen Opferrelation immer eine andere Art des Seins sei, wodurch jede Diskriminierung speziell ist. Daraus kann folgen, dass Opfer von Sexismus oder Homophobie trotzdem ihrerseits rassistisch sein können und vice versa oder zumindest kein Verständnis füreinander haben. Die Intersektionalität wiederum mache den Opferstatus skalierbar, da bei einer Überkreuzung von Diskriminierungen ein erheblicher Unterschied zur „einfachen“ Diskriminierung bestünde.<sup>16</sup> Wenn für Somek die Opfertypen der einfachen Diskriminierung jeweils ontisch unvereinbar sind, dann muss dies auch für die intersektionalen Diskriminierungsformen gelten, wenn diese eine Überschneidung von Diskriminierungskategorien darstellen, sodass etwa die Diskriminierung einer schwarzen Frau ontisch unvereinbar werde mit der Diskriminierung eines türkischen Arbeiters.

Auch für Somek gibt es einen Zusammenhang zwischen Klasse und Diskriminierung: Ein bestimmtes Geschlecht und eine bestimmte Hautfarbe führen eher zur Angehörigkeit zu einer bestimmten Klasse.<sup>17</sup>

„Die soziale Klasse ist der Grund jeder Diskriminierung. Eine Diskriminierung ist nur möglich, wenn sie eine Diskriminierung aufgrund der sozialen Klasse einschließt. Ohne diese wäre sie ein peripheres Phänomen und wahrscheinlich harmlos“.<sup>18</sup>

Somek stellt die komplette Gleichrangigkeit von Klasse mit anderen Diskriminierungsformen infrage. Denn Diskriminierung komme nur vor, wenn die Opfer ohnmächtig gegenüber der Benachteiligung seien. Gewiss gibt es Diskriminierung gegen Menschen, die freier Lohnarbeit nachgehen, und verschiedene Diskriminierungen laufen auf das Klassenverhältnis hinaus. „Denn einer benachteiligten Klasse anzugehören bedeutet, keine Handhabe dagegen zu haben, ausgebeutet oder benachteiligt zu werden“,<sup>19</sup> wodurch die Klassenlage stets mit Diskriminierung verwoben wird, wobei die Klasse primär ist, da aus ihr die Diskriminierung folge.<sup>20</sup>

Ein Klassenbewusstsein zu entwickeln, damit sich verschiedene Angehörige einer Klasse zusammenschließen und für ihr Recht oder die Verbesserung sozialer Verhältnisse kämpfen, erscheint Somek unter diesen Vorzeichen der ontischen Aufspaltung und der Totalisierungstendenz, die der identitätspolitischen Moral eignet, kaum möglich. Denn wenn die diskriminierten Identitäten gleichwertig existierten, komme es auch in der größten Gruppe (der Klasse) zu Antagonismen und Ressentiments gegenüber, Diskriminierungen und Unverständnis gegen die Opfergruppen. Gerade die Affirmation der eigenen Identität führt nicht zu Solidarität, sondern zu Konkurrenz und einem egoistisch-idealistischen „Ich-Ideal“. Koalitionen werden so – im Angesicht des narzisstischen *amour propre* der Identitätspolitik, des Ich-Ideals statt des Klassenbewusstseins und der Animositäten bestimmter Identitäten gegeneinander – verunmöglicht.<sup>21</sup>

Das Darstellen oder Bekämpfen des Opfercharakters, aber auch das Setzen auf Pluralität, Heterogenität und intersektionale Analyse sind daher politische Strategien,

<sup>16</sup> Ibid., 116–119.

<sup>17</sup> Ibid., 120.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid., 122.

<sup>20</sup> Ibid., 122–127.

<sup>21</sup> Ibid., 128–132.

die sich von jener der Ausbildung des Klassenbewusstseins unterschieden, da letzteres das Modell einer alternativen Gesellschaft als Ziel beinhaltet, deren Angehörige sich als Träger\*innen der sozialen sowie ökonomischen Wertschöpfung und vor allem als Kollektiv betrachten. Dahinter treten andere Identitäten zurück. Das Klassenbewusstsein ist aber weitgehend verlorengegangen, und das (gemeinsame) Opfersein ist lediglich der Ersatz. Narzissmus und eine boshaft Moral vertragen sich nicht mit der Klassensolidarität.<sup>22</sup>

Someks Thesen in Bezug auf die soziale Frage und ihre Rolle in der Intersektionalität lassen sich mit zwei Debatten im Kontext der kritischen Theorie vergleichen. Erstens wäre da die Debatte zwischen Honneth und Fraser um Anerkennung oder Umverteilung.<sup>23</sup> Während die neuere kritische Theorie um Honneth die ökonomische Unterdrückung eher marginalisiert, betont Fraser, dass es beides, ökonomische Umverteilung und soziale Anerkennung, braucht und es nicht ausreicht, benachteiligte oder unterdrückte Gruppen soziokulturell aufzuwerten. Zweitens haben wir den *Streit um Differenz*, in dem es darum ging, ob für den Feminismus ein an der kritischen Theorie orientierter Sozialismus nach 1989 noch ein Partner sein könnte. Seyla Benhabib zufolge steht eine Postmoderne – durch ihre Axiome vom Tod des Menschen/Subjekts, der Geschichte und der Metaphysik – einer Befreiung des Subjekts im Wege. Die postmoderne Konstellation führt zu immer kleineren Gruppenidentitäten und Besonderheiten, statt eines emanzipatorischen Kollektivs mit überzeugenden Narrativen – obschon dies im Sinne der kritischen Theorie keine Großerzählungen mehr sein sollten.<sup>24</sup>

Als Kontext sind diese Diskurse wichtig, da sie die Frage berühren, inwiefern eine intersektionale Reflexion als Gesellschafts- und Rechtskritik dazu beitragen kann, die soziale Ungleichheit und Unterdrückungsformen zu kritisieren, aber gleichzeitig andere Diskriminierungsformen zu berücksichtigen, ohne in die narzisstische totale Moral zu verfallen. Ob dies möglich ist, wird im Folgenden untersucht.

### 3. Zwei Formen der Intersektionalität

Wenn es nicht nur um Diskriminierung geht, sondern auch oder vorrangig um Unterdrückungs- und Ungleichheitsdimensionen, die sich überschneiden und in Wechselwirkung geraten, ergeben sich für die intersektionale Kritik und Praxis zwei Wege, von denen einer für ein emanzipatorisches Ziel sinnvoll sein kann.<sup>25</sup> Beiden ist die Annahme gemeinsam, dass bei Überschneidungen von gruppenspezifischen Unterdrückungen und Diskriminierungen neue Unterdrückungsformen entstehen. Ein Ansatz verweist auf die Identitäten, einer auf Herrschaftsstrukturen. Damit ist die Dialektik aus Identität und Differenz und die semantische Mehrdeutigkeit der Intersektionalität erfasst.<sup>26</sup> Diese Gegenüberstellung zweier idealtypischer Intersektionalitätsansätze ist vereinfacht und polemisierend. Dennoch kann dies zu einer differenzierteren Perspek-

<sup>22</sup> Ibid., 132 f.

<sup>23</sup> Vgl. Fraser/Honneth, Anerkennung oder Umverteilung?, 2003.

<sup>24</sup> Vgl. Benhabib, Feminismus und Postmoderne: Ein prekäres Bündnis, in: Benhabib/Butler/Cornell/Fraser, Der Streit um Differenz. Feminismus und Postmoderne in der Gegenwart, 1995, 9 (13–18).

<sup>25</sup> Vgl. zu den zwei Intersektionalitätsansätzen Dingeldey, Identitätspolitik und Intersektionalität. Zur Rolle der sozialen Ungleichheit und Gerechtigkeit, vorgänge. Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik 4/2023, 47 (54–58).

<sup>26</sup> Meyer, Theorien der Intersektionalität zur Einführung, 2017, 96.

tive beitragen und es erlauben, die linksorthodoxe Kritik am Verlust der sozialen Frage mit identitätspolitischen Ansätzen jenseits einer totalen Moral zu fusionieren.

Die eine Form von Intersektionalität (im Folgenden: *Intersektionalität I*) ist jene, der zufolge die Überschneidung von Diskriminierungsformen zur Sakralisierung der Betroffenen als Opfer führt. Hier würden die Betroffenen in der Opferrolle verbleiben; die Prominentesten seien dann jene, die die meisten Diskriminierungsfaktoren in sich vereinen. Hier ist eine Solidarisierung verschiedener Gruppen unrealistisch, da die Aufspaltung von neuen Überschneidungen zur immer weiteren Zersplitterung der Subgruppen führt. Hier kann zu Recht eine schwarze, schwerbehinderte, alleinerziehende Frau einen höheren Grad an Unterdrückung und Diskriminierung behaupten als die meisten anderen Diskriminierten oder Ausgeschlossenen. Diese Distinktion durch die Opferrolle verursacht auch die narzisstische Opfermentalität, die zur totalen Moral führt. Man kann sich daher weder von anderen ungleich Benachteiligten repräsentieren lassen noch mit ihnen verbünden, da die spezifische Unterdrückung oder Diskriminierung dieser Person von anderen, die nur Teile der Marginalisierung erfahren, nicht erfasst werden kann. Dies würde für Someks These der ontischen Unvereinbarkeit sprechen. Hinzu können auch noch Ressentiments und Animositäten verschiedener Gruppen kommen, die sich durch die Frage der Schwere des Grades an Benachteiligung und Unterdrückung sogar zur Konkurrenz um den Opferstatus entwickeln können.<sup>27</sup> Dies könnte nicht nur so weit gehen, dass die Opferposition erst durch den narzisstischen Charakter der jeweiligen Kränkung ontologisiert wird, wodurch das Ganze am Ende wie ein fixiertes Ständesystem wirkt, das erkennbare Hierarchien miteinschließt. Die *Intersektionalität I* würde sich außerdem immer weiter in den Überschneidungen der Matrix der Intersektionalität ausdifferenzieren und aufspalten, wobei die dadurch immer partikularer werdende Identität sich der politischen oder sozialen Organisierung versperrt und die Identität weiter verabsolutiert

*Intersektionalität I* vereint die Aspekte, für die Identitätspolitiken von Somek kritisiert werden. Die Tendenz in Betroffenheitspolitiken, absolute Differenzen zu setzen – sei es in einzelnen Diskriminierungskategorien, sei es in einer intersektionalen Diskriminierung – trägt zur Stabilisierung von Herrschaftsverhältnissen bei. Mit Adorno gesprochen: „Die Harmonie des Unversöhnlichen kommt dem Fortbestand der schlechten Totalität zugute“.<sup>28</sup> Die Konkurrenz von Betroffenen durch Skalierung eines Betroffenengrades und einer daraus resultierenden Unversöhnlichkeit unterminiert eine emanzipatorische Solidarisierung.

Die zweite Form der Intersektionalität (im Folgenden: *Intersektionalität II*) wäre ein Bündnis, das einen gemeinsamen repressiven Gegner wählt und dessen Mitglieder/Betroffene sich solidarisieren. Solange es um eine linke (dialektische) Kapitalismuskritik ginge, könnten sich neue Bündnisse bilden, die verschiedene mit dem Kapitalismus verbundene gruppenspezifische Unterdrückungen bekämpfen.<sup>29</sup> Solange die Betroffenen den Primat der Ökonomie und des Klassenverhältnisses anerkennen – und von der Nichtpriorisierung der Kategorien in der Intersektionalität abweichen, da es einen

<sup>27</sup> Somek, Moral als Bosheit, 2021, 128 f.

<sup>28</sup> Adorno, Minima Moralia, 2003, 208.

<sup>29</sup> So ist es auch in der Rechtswissenschaft inzwischen anerkannt, bei einer intersektionalen Analyse nicht nur vorrangig Überschneidungen und Spaltungen vorzunehmen, sondern auch Interrelationen und Verbindungen der Unterdrückungskategorien zu finden, vgl. Rössl, Intersektionale Rechtskritik: Mehr als die Vervielfältigung von Analysekategorien, RphZ 2025, 177.

Unterschied zwischen sozialer Gerechtigkeit und Inklusion gibt – oder den Primat zumindest nicht explizit unterminieren, gibt es keinen Grund, warum sie sich aus sozialistischer Perspektive nicht verbünden können und warum eine emanzipatorische Bewegung dann nicht auch die Besonderheit der Unterdrückung von Arbeiterinnen (durch Patriarchat und Kapitalismus) über konventionelle nichtintersektionale Formen des sozioökonomischen Widerstandes – wie dem Arbeitsstreik – hinaus kritisieren und bekämpfen sollte.

Während *Intersektionalität I* in immer kleiner werdenden Splittergruppen agiert, solidarisieren sich in *Intersektionalität II* Bündnisse multipler Identitäten. *Intersektionalität II* wäre auch anschlussfähig zur kritischen Theorie, was die Intersektionalität II theoretisch stärkt, was ihre umfassende Gesellschaftskritik betrifft, insbesondere aus drei Gründen:

Erstens geht es der kritischen Theorie um gesamtgesellschaftliche Verhältnisse, etwa bedingt durch die Kapitalisierung (oder auch Faschisierung) jedes sozialen Bereiches.<sup>30</sup> Dazu gehört mehr als die rein ökonomische Kritik an der Klassengesellschaft, wodurch sich die Notwendigkeit ergibt, andere Unterdrückungsformen in die Kritik mit aufzunehmen.

Zweitens führt die frühe kritische Theorie – ohne selbst feministisch zu argumentieren – die Formen der bürgerlichen Ungleichheit auf das Mensch-Natur-Verhältnis zurück. Für Adorno und Horkheimer ist die Verleugnung der Natur der Kern der zivilisatorischen Rationalität. In der *Dialektik der Aufklärung* beschreiben sie, wie „Barbaren“ aus Sicht der „Zivilisation“ als gesetzlos und nichtsozialisiert oder unzivilisiert gekennzeichnet werden. Das Barbarische gilt als naturnah, weniger vernunftfähig und müsse daher unterdrückt oder betrogen werden. Doch die Unterscheidung von *homo oeconomicus* und Wesen, denen die moderne Rationalität abgesprochen wird, sorgt dafür, dass der Mensch nicht nur die Natur überlistet und bezwingen will, sondern dass er auch Menschen kategorisiert und unterdrückt, indem die Aufklärung zum Mythos wird. So gelten Frauen, Ureinwohner\*innen und Jüd\*innen in dieser Ideologie als naturnäher sowie weniger vernünftig. Damit wird ihre Beherrschung und Unterdrückung gerechtfertigt. Aus der modernen Rationalität und ihrer Trennung von der Natur folgt die Unterdrückung der Menschen.<sup>31</sup> Dementsprechend werden verschiedene Menschengruppen unterdrückt, und zwar durch eine gemeinsame Zuschreibung. Dies gibt Anknüpfungspunkte für intersektionale Bewegungen.<sup>32</sup> Denn Kapitalismus, Patriarchat, Rassismus und Antisemitismus haben für die Autoren ihren gemeinsamen Ursprung in der Trennung von Mensch/Kultur und Natur, ohne dass diese Phänomene dadurch identisch seien oder aufeinander reduziert werden könnten. Die Festbeschreibung natürlicher Unterschiede – unter anderen Vorzeichen – wird jedoch auch von linker Identitätspolitik betrieben, anstatt Identitätsmerkmale als gesellschaftliche Konstruktionen zu begreifen, die mittels Gesellschaftskritik hinterfragt werden können.

Drittens hat Becker-Schmidt mit ihrer These der *doppelten Vergesellschaftung* verdeutlicht, dass Frauen durchschnittlich nicht nur eine Doppelbelastung durch produktive und reproduktive Arbeit erleiden, sondern auch doppelt unterdrückt und

<sup>30</sup> Knapp, Konstellationen von Kritischer Theorie und Geschlechterforschung, in: Stögner/Colligs (Hrsg.), Kritische Theorie und Feminismus, 2022, 37 (42–44).

<sup>31</sup> Adorno/Horkheimer, Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente, 2003, 65–99.

<sup>32</sup> Knapp, Konstellationen von Kritischer Theorie und Geschlechterforschung, in: Stögner/Colligs (Hrsg.), Kritische Theorie und Feminismus, 2022, 37 (45–49).

entfremdet sind, indem sich Patriarchat und Kapitalismus überschneiden.<sup>33</sup> Solche Überschneidungen können der Kritikpunkt einer emanzipatorischen Bewegung sein, sodass, ausgehend von der Kapitalismuskritik, auch andere Formen und Kategorien der Unterdrückung und Diskriminierung als Klasse angegriffen werden können.

Eine Intersektionalität, in der sich Akteure solidarisieren, statt sich immer weiter aufzuspalten, zu konkurrieren und gegeneinander im Sinne der totalen Moral zu polarisieren, ist also denkbar. Dabei ist auch der Primat der Kapitalismuskritik/der Ökonomie möglich. Ein Bündnis zwischen Arbeiterklasse, Feminist\*innen und verschiedenen Minderheiten ergibt auch aus der Logik der emanzipatorischen Kapitalismuskritik heraus Sinn: Gerade die Gender Pay Gap oder der Umstand, dass bestimmte Minderheiten meist der Unterschicht angehören, würden es erfordern, dass Betroffene nicht nur gegen Diskriminierung protestieren oder Quotenregelungen fordern, sondern gegen die soziale Ungleichheit und Ungerechtigkeit protestieren und Widerstand zeigen. Damit befreien sich die Betroffenen ein Stück weit von ihrer Opferrolle und fordern keine rechtlichen oder sozialen Privilegien, die ihnen der totalen Moral zufolge zustehen, sondern soziale Gerechtigkeit und erarbeiten sich eine kollektive Autonomie. Für die *Intersektionalität II* sind somit zwar der Primat der Ökonomie und die Kapitalismuskritik ausschlaggebend, es darf aber nicht ein monolithisches System der Unterdrückung, auf dem jede Ungleichheit und Diskriminierung basiert, behauptet werden. Somit würde Someks ausschlaggebendes materialistisch-brechianisches Diktum „Erst kommt das Fressen, dann kommt die Identität“<sup>34</sup> erfüllt und identitätspolitische Bestrebungen würden gleichzeitig eingefangen werden.

Auch wenn die *Intersektionalität II* theoretisch plausibel sein mag, müsste sie mehrere praktische Hürden überwinden, die auch Somek schon angemahnt hat: Erstens bräuchte es ein Klassenbewusstsein der Arbeiter\*innen, das realiter flächendeckend fehlt. Zweitens müssten diejenigen, die nicht nur als Arbeiter\*innen unterdrückt und ausgebeutet werden, sondern auch aufgrund anderer Gruppeneigenschaften unterdrückt oder diskriminiert werden, bereit sein, zwar die Besonderheit ihrer intersektionalen Unterdrückung zu betonen, aber sich dabei nicht narzisstisch zu exponieren. Anstatt auf der je eigenen Identität als von anderen Identitäten getrenntem Sonderfall zu beharren, müssten intersektionale Akteure offen für eine Ideologiekritik am Neoliberalismus werden, ob sich dieser nun divers (wie im Sinne des progressiven Neoliberalismus) oder rassistisch und reaktionär (wie im Sinne Trumps) geriert. Es müsste also daraus folgen, dass wenn etwa ein verarmerter Transmensch sich seiner Klasse *und* der Transphobie bewusst wird, dieser Mensch sich einer kapitalismuskritischen Bewegung anschließt und sie mit einer spezifischen Kritikform, die Klassenunterschiede und ihren Zusammenhang mit Transphobie betont, bereichern kann. Das mag illusorisch wirken, etwa da sich arabischstämmige oder heteronormative Arbeiter\*innen möglicherweise nicht mit Transpersonen zusammentun möchten und umgekehrt, da ein Unterdrückungsmechanismus noch nicht dazu führt, einen anderen Unterdrückungsmechanismus anzuerkennen oder die eigenen Ressentiments zu überwinden. Das gilt auch, wenn kein narzisstischer Charakter oder eine totale Moral vorliegt.

<sup>33</sup> Becker-Schmidt, Pendelbewegungen – Annäherungen an eine feministische Gesellschafts- und Subjekttheorie aus der Sicht von Frauen. Aufsätze aus den Jahren 1991 bis 2015, 2017; dies., Politisch-psychologische Anmerkungen zum asymmetrischen Tauschverhältnis aus feministischer Sicht, in: Stögner/Colligs (Hrsg.), Kritische Theorie und Feminismus, 2022, 166.

<sup>34</sup> Somek, Moral als Bosheit, 2021, 129.

Auch wenn diese Kritik nicht einfach von der Hand zu weisen ist, so gibt es für die *Intersektionalität II* durchaus empirische Belege, da zivilgesellschaftliche Bündnisse, die eine miteinander solidarisierende intersektionale Praxis ermöglichen, existieren und funktionieren. So hat Elizabeth Cole herausgearbeitet, dass intersektionale Koalitionen dann als erfolgreich von den Beteiligten im feministischen Aktivismus eingeschätzt werden, wenn es nicht um getrennte Erfahrungen und Identitäten geht, sondern um geteilte Positionen in einem Herrschaftsverhältnis – bei gleichzeitiger Anerkennung von Differenz.<sup>35</sup> Es geht nicht nur um spezifische Diskriminierungen, sondern um verschränkte Positionen im Kampf um Empowerment und die Autonomie von Gruppen.<sup>36</sup> Ein Beispiel der funktionierenden *Intersektionalität II*, die sich auf die geteilten Positionen in einem Herrschaftsverhältnis beruft, bietet in Deutschland die Berliner Initiative *Deutsche Wohnen & Co. Enteignen*. Primär behandelt dieses Bündnis die Eigentumsfrage und stellt Mieter\*innen gegen große Immobilienkonzerne. Der Primat der Ökonomie ist aufgrund des gemeinsamen Themas (Wohnungsmarkt) gegeben. Darunter versammelt sich auch eine aktive LGBTQI+-Community, da insbesondere sexuelle Minderheiten auf dem Wohnungsmarkt benachteiligt und diskriminiert werden und daraus prekäres Wohnen oder Wohnungslosigkeit folgt. Unter einem spezifischen Thema mit einem klaren Primat und einer politischen Forderung gelang es der Initiative, genügend Menschen verschiedener Mietergruppen zu rekrutieren, einen Volksentscheid in Berlin mit großer Mehrheit durchzuführen und nun den Weg zum Gesetzgebungsprozess zu beschreiten.

Was entscheidend sein mag für eine funktionierende *Intersektionalität II*, ist also, sich ein spezifisches Ziel zu setzen, das aktuell als gesamtgesellschaftlich relevant wahrgenommen wird, und dass die Benachteiligung und Unterdrückung konkret benennbar und erlebbar sind und von welchem verschiedene Gruppen betroffen sind – obgleich in unterschiedlichem Grad – und sich diese hinter ein spezifisches Ziel vereinen und solidarisieren, auch in Bezug auf intersektionale Besonderheiten. Es geht nicht um den Verzicht auf die eigene Identität oder eine weitreichende selbstlose Brüderlichkeit, sondern um eine zeitweise und womöglich fluide Solidarisierung von Betroffenheit miteinander, um sich und anderen Gruppen soziale Verbesserung zu ermöglichen. Der dahinterstehende Duktus ist ergo eine zunächst befristete Zusammenarbeit verschiedener Gruppen, die ein gleiches Ziel – vielleicht auch aus unterschiedlichen Motiven – bilden können. So könnte man im Sinne Gramscis davon reden, dass zwar Hauptgruppen, die aus den ökonomischen Verhältnissen resultieren, gesellschaftlich bipolar entgegenstehen, aber es Untergruppen gibt und die Sinnstruktur des Hegemoniekampfes relevant ist und diese Gruppen so auch ideologisch andere Faktoren als den Klassencharakter betonen können.<sup>37</sup> Mit Laclau weitergedacht, geht es im Kampf um diskursive Hegemonie im Sinne neuer sozialer Bewegungen um kontingente Artikulationen, was nicht notwendigerweise auf den Klassencharakter verweist, aber auf einen gemeinsamen Gegner, der sich als Blockade für diverse

<sup>35</sup> Cole, Coalitions for a Modell of Intersectionality: From Practice to Theory, *Sex Roles* 59 (2008), 443 (449 ff.).

<sup>36</sup> Vgl. Kurz, Intersektionalität in feministischer Praxis, 2022, 94–96; Chun et al., Intersectionality as a Social Movement Strategy: Asian Immigrant Women Advocates, *Signs Journal of Women in Culture and Society* 4/2013, 917; vgl. auch Sagmeister, Jenseits des klassischen Streiks: Intersektionale Perspektiven auf kollektive Autonomie, RphZ 2025, 207.

<sup>37</sup> Gramsci, Gefängnishefte, Bd. 1, 2012, 101; ders., Gefängnishefte, Bd. 3, 2012, 213/496.

gemeinwohlorientierte oder gesellschaftspolitische Forderungen verstehen lässt.<sup>38</sup> Alle anderen Unterschiede können, je nach Stärke des konkreten Ziels konkreter Aktionen gegen gemeinsame Gegner im Kampf um Hegemonie, toleriert oder sogar herausgestellt und innerhalb des Kollektivs repräsentiert werden, wenn ein Missstand als drängender wahrgenommen wird als die eigenen Ressentiments oder der eigene Status innerhalb von Bündnissen. So ist nicht auszuschließen, dass sich auch homophobe Mieter\*innen mit *Deutsche Wohnen & Co.* enteignen identifizieren, denn das Ziel des bezahlbaren Wohnraums ist sinnstrukturell dominant genug, im Zweifel auch das queere Engagement zu tolerieren, da es ihnen gerade nicht im Weg steht, sondern womöglich sogar hilft. Die Immobilienlobby und die Mehrheit des Berliner Senats sind die Blockade, nicht queere Mieter\*innen. Bei fluiden Bündnissen für konkrete Ziele, die sich nach Erfüllung oder dem Scheitern wieder auflösen, dürfte es leichter fallen, Akteure zu tolerieren, gegen die man Ressentiments hat.

Dies deutet auf eine Ungenauigkeit in Someks philosophischer Narzissmuskritik. Das von Rousseau geliehene Konzept des *amour propre*, den Somek als Narzissmus identifiziert, ist nicht immer problematisch. *L'amour propre* ist es, folgen wir der verbreiteten Rousseau-Interpretation von Neuhouser, nur in der entfachten Version. In der Gesellschaft ist *l'amour propre* für Rousseau ein universelles Gefühl.<sup>39</sup> Dadurch ist die Eigenliebe auch relevant für politische und zwischenmenschliche Formen der Freiheit und Gleichheit.<sup>40</sup> Hier könne *l'amour propre* sogar nützlich sein. So ist für Rousseau nur die entfachte Eigenliebe, die bei der Suche nach Anerkennung und Distinktion zur Herabwürdigung anderer und zum sozialen Schein führt und so das Mitgefühl unterminiert, ein Problem. Die entfachte Version kann man mit Somek als Narzissmus charakterisieren, aber nicht die Eigenliebe per se. Daher könne die nicht-entfachte Variante auch dazu dienen, ein sozialmoralisches Bewusstsein zu entwickeln und mit der Dialektik von Liebe und Freundschaft auf der einen Seite und Neid und Hass auf der anderen Seite umzugehen. Es geht Rousseau darum, politisch und sozial die Kontrolle über *l'amour propre* zu bekommen, nicht ihn zu vernichten.

Wenn man die Eigenliebe kulturell, sozial und politisch zähmt – heute etwa durch einen solidarischen Arbeiterhabitus –, wird das Streben nach Anerkennung nicht zu einer hierarchischen Distinktion und zum Narzissmus führen. Das ist wichtig für die Frage nach der Intersektionalität zwischen Identitätspolitik und Emanzipationsbestrebungen, da durch die Zähmung des *amour propre* der Wunsch nach Anerkennung und Differenz an sich nicht problematisiert wird, solange ein Narzissmus soziokulturell (und sozioökonomisch) verhindert wird, was bei der *Intersektionalität II* der Fall wäre.

## IV. Fazit

Nicht jedem Fan der Inklusion und Diversität kann unterstellt werden, narzisstisch im Kampf um Anerkennung und Antidiskriminierung zu sein und eine totale Moral

<sup>38</sup> Laclau, On Populist Reason, 2005; Nonhoff, Hegemonie, in: Laclau et al. (Hrsg.), Radikale Demokratietheorie. Ein Handbuch, 2. Aufl., 2020, 542 (544–548).

<sup>39</sup> Rousseau, Diskurs über die Ungleichheit/Discours sur l'inégalité. Kritische Ausgabe des integralen Textes, 2008, 72.

<sup>40</sup> Neuhouser, Pathologien der Selbstliebe. Freiheit und Anerkennung bei Rousseau, 2012, 83 ff., 220 ff.

zu pflegen, obwohl die systemische Ebene dies wie auch den Verlust des Klassenbewusstseins in der Identitätspolitik nahelegt. Denn für neue soziale Bewegungen gilt auch, dass sich diese ohne Identitätsbildung und -abgrenzung nicht denken lassen.

Gerade wenn die Identitätspolitik eine totale Moral als falsche Alternative zum Verlust des Klassenbewusstseins predigt, stellt sich die Frage, ob diskriminierte und unterdrückte Subjekte nicht durch Intersektionalität zurück in ein emanzipatorisches Engagement geführt werden können, welches sie offiziell häufig praktizieren wollen. Dazu müssten sie auf die Verabsolutierung und Spaltung, die mit der totalen Moral einhergehen, überwinden. Sollte dieses Modell verfangen, könnte die Identität als sekundäres Kriterium hinter dem Kampf für soziale Gerechtigkeit inkludiert werden.

*Philip Dingeldey,  
E-Mail: philip.dingeldey@t-online.de*

## Diskursive Sollbruchstellen

### Herausforderungen der Debatte über Identitätspolitik

*Tristan Stinnesbeck*

#### Abstract

The article reconstructs the dysfunctionality of the moral debate and the discourse on identity politics within the political left. It focuses on the problems of criticism as well as on the behavior of the addressed left audience and, within this framework, identifies discursive breaking points that block a constructive process of discussion.

**Keywords:** aestheticization – discourse culture – identity politics – morality

#### I. Einleitung

Ein Gespenst geht um in Europa – das Gespenst der Identitätspolitik. Alle Mächte des alten Europa haben sich zu einer heiligen Hetzjagd gegen dies Gespenst verbündet, der amerikanische Evangelikale und der russische Präsident, Philosophinnen und Soziologen, französische Intellektuelle und deutsche Linkenpolitikerinnen. So oder so ähnlich könnte einer der zahlreichen Texte beginnen, die in den vergangenen Jahren das Schlagwort Identitätspolitik im Fokus haben.<sup>1</sup> Die Thematik boomt und findet sich in den Buchhandlungen und Sachbuchbestenlisten in dominanter Position. Debattenbeiträge jagen einander: Auf Susan Neimans *Links ≠ woke* folgen ein neues Buch von Bernd Stegemann mit dem einschlägigen Titel *Identitätspolitik* und Yascha Mounks *Im Zeitalter der Identität*.<sup>2</sup> Die Werke erfreuen sich großer Popularität, ihr Beitrag, den zugrundeliegenden Konflikt zwischen einem universalistischen Ansatz und verschiedenen neuen Partikularismen in der politischen Linken zu lösen oder voranzubringen, bleibt jedoch weitgehend unsichtbar, zumal dieser sich einer tatsächlichen Debatte meist durch Polemik, Undifferenziertheit und verbale Attacken entzieht. Die affektgeladene Auseinandersetzung zu Gendersternchen und anderen identitäts-politischen Themen wird derartig nachdrücklich aus dem konservativen politischen Lager bespielt, dass der im amerikanischen Diskurs viel beschworene *culture war* sich zunehmend als Tatsache des politischen und feuilletonistischen Betriebs manifestiert, pikantweise jedoch aktiv von der Seite betrieben, die vorgab, vor ihm zu warnen.<sup>3</sup> Auf der anderen Seite des politischen Spektrums herrscht jedoch keine Einigkeit, wie mit den aufkommenden strategischen wie philosophischen Fragen umgegangen werden soll. Auch über konservative Kreise hinaus reicht die Debatte tief in sich als

<sup>1</sup> Tatsächlich beginnt Stephan Lessenichs Kapitel zu Identitätspolitik mit einer Paraphrasierung des gleichen Marx-Zitats. *Lessenich, Nicht mehr normal*, 2023, 102.

<sup>2</sup> *Neiman, Links ≠ woke*, 2023; *Stegemann, Identitätspolitik*, 2023; *Mounk, Im Zeitalter der Identität*, 2024.

<sup>3</sup> Vgl. *Lessenich, Nicht mehr normal*, 2023, 109.

links verstehende Strukturen hinein und führt zu Spaltung und hitzigen Diskussionen.<sup>4</sup> Unter anderem steht dabei der Vorwurf im Raum, die neue identitätspolitische Linke habe mit ihrer Schwerpunktsetzung und ihrer Argumentationsweise selbst zum Aufstieg rechtspopulistischer Parteien beigetragen.<sup>5</sup> In besonderem Maße konnte sich die Politikerin Sarah Wagenknecht mit ihrem Beitrag *Die Selbstgerechten* profilieren, in dem sie überaus klar bis geradezu beleidigend Position bezieht.<sup>6</sup> Ihrer Stellungnahme folgte die Gründung einer eigenen Partei, die neben klassisch sozialdemokratischen Forderungen in der Wirtschaftspolitik und einem migrationsfeindlichem Kurs besonderes Gewicht auf die Haltung gegen eine linke oder „woke“ Identitätspolitik legt. Im Vergleich zu diesem hochgekochten öffentlichen Diskurs erscheint Alexander Someks Beitrag zur Debatte<sup>7</sup> beschwichtigend und sachlich. Somek vermeidet das zwanghafte Abarbeiten an einer woken Ideologie und beansprucht an keinem Punkt, die deutsche Bevölkerung oder Sprache retten zu müssen. Und dennoch bleibt fraglich, inwiefern sein Text es schafft, sich einer hochgeheizten Stimmung vollständig zu entziehen.

Dieser Beitrag möchte nachvollziehen, inwiefern Someks Kritik, die wir in abgeänderter Form auch bei Robert Pfaller oder Bernd Stegemann finden, tatsächlich einen Debattenbeitrag für einen linkspolitischen Diskurs bereitstellt oder, so die These des Autors, verfehlt. Dabei richtet sich der Fokus weniger auf die Kernargumentation, deren Entfaltung, so eine weitere These, in der Debatte meist nur unzureichend ausfällt, sondern auf diskursive Sollbruchstellen, die eine Auseinandersetzung entgleisen lassen, bevor die zentralen Streckenabschnitte erreicht sind. Abschließend wird auch mit Blick auf das Zielpublikum untersucht, weshalb ein sinnvoller Diskurs misslingt.

## II. Die linken Kritiker\*innen der Identitätspolitik

Wie angeklungen steht Somek nicht allein mit seiner Kritik. Er selbst nennt als debattperspektivisch nahestehende Personen Pfaller, Stegemann und Mark Lilla.<sup>8</sup> Auch Politiker\*innen wie Wagenknecht verorten sich in diesem Lager.<sup>9</sup> Bei diesem handelt es sich jedoch eher um einen losen Zusammenschluss verschiedener Einzelpositionen mit größeren Schnittmengen. Dabei wird zwar Bezug aufeinander genommen, von einer aufeinander aufbauenden Debatte kann allerdings nicht gesprochen werden. Allgemeingültige theoretische Grundsätze und Argumente sind kaum zu benennen – zu unterschiedlich sind die Motive, Argumentationen und auch Entwicklungen der Vertreter\*innen. Dennoch finden sich Überschneidungen und Auffälligkeiten in der Argumentationsstruktur und teilweise auch in den Entwicklungen dieser Einzelschicksale in der Argumentationsgemeinschaft.

<sup>4</sup> Vgl. ibid., 106.

<sup>5</sup> Vgl. Berben/Illouz/Mau/Ostermeier, Und was sagen Sie?, Die Zeit 37/2025. Zu der Frage, ob „die Linken selber schuld“ seien hat Die Zeit gleich eine eigene Artikelserie herausgebracht.

<sup>6</sup> Wagenknecht, Die Selbstgerechten, 2021.

<sup>7</sup> Somek, Moral als Bosheit, 2021.

<sup>8</sup> Vgl. ibid., 2.

<sup>9</sup> Die Nennung von Akteur\*innen in der entsprechenden Szene ist nicht abschließend, dies ist aber aufgrund der Vielfalt und Vereinzelheit der Beiträge auch kaum zu schaffen. Die genannten Individuen stehen in einem archetypischen Sinne für eine bestimmte Kritikfigur, die sich, mit einer Unschärfe betrachtet, auf weitere ungenannt bleibende Argumentationsgenossen anwenden lässt.

Zum Verständnis der Debatte um Identitätspolitik ist die begriffliche Anerkennung der Diversität, unter der die Auseinandersetzung geführt wird, eine essenzielle Grundvoraussetzung. Die Begriffe stehen dabei zwar für unterschiedliche Teilespekte, lassen sich jedoch unter den Gesamtzusammenhang der Identitätspolitik-Debatte einordnen und werden auch in diesem Sinne von den Autor\*innen verstanden. *Political Correctness* und *Wokeness* fallen beide unter das Konzept einer Moralisierung der Politik und des Diskurses, die in der Praxis ihres konkreten outputs eng mit der Identitätspolitik verwoben ist. Bei Wagenknecht finden sich mannigfache Verweise auf Identitätspolitik und „Moralisten ohne Mitgefühl“<sup>10</sup> widmet sie ein ganzes Kapitel. Auch Someks Kritik an einer boshaften Moralisierung zielt auf identitätspolitische Themensetzung, wie Gendersternchen, Anerkennungsdebatten und Diversitätsmanagement. Neben diesen spezifischen Sujets, deren Aufarbeitung bevorzugt scheint,<sup>11</sup> fallen etliche Termini an, mit denen die kritisierte (und in dieser Kritik konstruierte) politische Opposition etikettiert wird. Beispiele solcher Begrifflichkeiten sind etwa Lifestyle-Linke,<sup>12</sup> Pseudolinke<sup>13</sup> und bei Somek die Neoliberale Linke.<sup>14</sup> Die mit diesen Begriffen bedachte Sozialfigur wird in einem akademischen kreativen Milieu angesiedelt und zeichnet sich in der Regel durch junge, urbane Vertreter\*innen aus, die in kultureller Diversität den linken Debattenraum für sich beanspruchen.

Gerade zu Identitätspolitik und der Moraldebatte gibt es eine Fülle von Beiträgen, die sich als Teil des linken Meinungsspektrums verorten lassen und auch selbst aktiv dort verorten. Susan Neiman schreibt etwa zu Beginn ihrer Einleitung: „Doch wie Einstein und viele andere lasse ich mich gerne eine Linke und Sozialistin nennen.“<sup>15</sup> Und auch Stegemann, Wagenknecht und Pfaller beanspruchen eine explizit linke Perspektive auf eine politische Bewegung, die ihr linkes Gedankengut eingebüßt habe.<sup>16</sup> Somek nimmt sich da nicht aus, distanziert sich von der Vorstellung „konservativ und politisch rechtsstehend“ zu sein und bekennt sich „zu den Idealen des roten Wien“.<sup>17</sup> Die Beiträge weisen somit übereinstimmend eine Selbstverortung in der politischen Linken auf und distanzieren sich zugleich von einer politischen Strömung, die lediglich für sich beansprucht links zu sein, den damit einhergehenden Werten oder Zielen jedoch nicht entspreche.

Zentrale Kritikgeste ist daraus hervorgehend der Verlust der „sozialen Frage“ als bestimmender Zielsetzung für die Linke. Der identitätspolitische Kampf gegen verschiedene Formen der Ausbeutung führt zu einem Verlust von Bewusstsein für Gemeinsamkeit, die der Klassenbegriff noch stiften konnte, und macht die vielen neuen Kämpfe, die sich primär der Anerkennung partikularer Identitäten widmen und nicht mehr ihrer Überwindung, anfällig für die kapitalistische Vereinnahmung. Für Stephan Lessenich ist dies der zentrale Aspekt, um eine linke Variante der Kritik von ihrer bürgerlichen zu trennen. So würde

<sup>10</sup> Wagenknecht, *Die Selbstgerechten*, 2021, 21.

<sup>11</sup> Beispielhaft wären des Weiteren zu nennen Cancel Culture und Meinungsfreiheit, Antidiskriminierung und das Ende der freien Liebe.

<sup>12</sup> Vgl. Wagenknecht, *Die Selbstgerechten*, 2021, 25.

<sup>13</sup> Vgl. Pfaller, *Erwachsenensprache*, 4. Aufl. 2018, 67.

<sup>14</sup> Vgl. Somek, *Moral als Bosheit*, 2021, 2.

<sup>15</sup> Neiman, *Links ≠ woke*, 2023, 7.

<sup>16</sup> Vgl. Stegemann, *Die Moralfalle*, 2018, 18; Wagenknecht, *Die Selbstgerechten*, 2021, 12; Pfaller, 4. Aufl. 2018, *Erwachsenensprache*, 15 ff.

<sup>17</sup> Somek, *Moral als Bosheit*, 2021, 12.

„sozialen Gruppen und Bewegungen, die aus Sicht linker Kritiker und Kritikerinnen eine identitäre Agenda verfolgen, ein faktisch arbeiterfeindlicher politischer Aktivismus vorgeworfen, mit dem sie, und sei es ungewollt, neoliberalen Kräften in die Hände spielten.“<sup>18</sup>

Somek setzt entsprechend die Klasse in seinem Beitrag von anderen „Gründen des Opferseins“<sup>19</sup> ab und hebt sie damit einhergehend ebenfalls an die Stelle der einigenden Ideologie, die es vermag, ein gemeinsames politisches Bewusstsein marginalisierter und unterdrückter Gruppierungen zu bilden. Als populärer soziologischer Referenzpunkt für Somek, Wagenknecht und andere, gelten Andreas Reckwitz und sein Klassenmodell.<sup>20</sup> Darin besteht neben der alten Mittelklasse, in der das Potential für eine starke linke Bewegung vermutet wird, auch Raum für eine neue Mittelklasse, die durch ihre erfolgreiche Selbstverwirklichung kulturellen Selbstwert erfahren und als Vorbild für die Beschreibungen der neoliberalen Linken in ihrer Milieusignifikanz fungieren könnte.<sup>21</sup> Auch der Konflikt der Identitätspolitik lässt sich auf Reckwitz’ Figur einer Logik des Besonderen zurückführen, der die Kritiker\*innen mit der Verteidigung einer Logik des Allgemeinen entgegentreten.<sup>22</sup>

### III. Untiefen der Kritik

Trotz einer Selbstverortung der oben genannten Autor\*innen im vornehmlich linken politischen Spektrum stellt sich zunehmend die Frage, inwiefern die Kritik an identitätspolitischer Themensetzung und an den aufkommenden Gefahren einer moralisierenden Haltung nicht nur ihre eigentlichen Ziele verfehlt, sondern zusätzlich Gefahr läuft, über die Abgrenzungssargumentation selbst einer rechtskonservativen Identitätspolitik zu verfallen.

So hat beispielsweise die politische Positionierung des amerikanischen Politikwissenschaftlers Mark Lilla eine interessante Wendung genommen. In seinem Beitrag *Reaktionäre Identitäre* weist Markus Linden auf den Bedeutungsgewinn des Nationalismus in Lillas Arbeiten hin, den dieser als emotionales Bindeglied für Demokratien mit organischen Ordnungsvorstellungen verknüpft.<sup>23</sup> Auf die ursprüngliche Kritik am identitätspolitischen Denken, das Lilla insbesondere den Demokraten im Rahmen der US-Wahlen von 2016 vorwarf, folgt die eigene Annäherung an eine genuin rechte Identitätspolitik. Beobachten lässt sich ein Anknüpfen an antipluralistisches und reaktionäres Denken. Auch jenseits eines derart drastischen Beispiels findet sich vielfach das Liebäugeln mit einer linken Wiederentdeckung von Heimat und Nationalismus unter der Schirmherrschaft einer linkspolitischen Agenda. Wagenknecht widmet dem Nationalstaat als totgesagter Idee mit Zukunft ein ganzes Kapitel,<sup>24</sup> und auch Stegemann flirtet mit Konzepten des Nationalismus.<sup>25</sup> Somek ist in diesem Zusammenhang positiv anzurechnen, dass er sich einem solchen Heimruf verweigert und der Nationalismus in seinem Beitrag keine Rolle spielt.

<sup>18</sup> Lessenich, Nicht mehr normal, 2023, 106.

<sup>19</sup> Somek, Moral als Bosheit, 2021, 120.

<sup>20</sup> Vgl., ibid., 3.

<sup>21</sup> Reckwitz, Die Gesellschaft der Singularitäten, 6. Aufl. 2018, 273 ff.

<sup>22</sup> Ibid., 27 ff.

<sup>23</sup> Linden, Reaktionäre Reaktion, Blätter für deutsche und internationale Politik 6 (2023), 107 (114).

<sup>24</sup> Wagenknecht, Die Selbstgerechten, 2021, 227 ff.

<sup>25</sup> Ebermann, Linke Heimatliebe, 2. Aufl. 2019, 62 ff.

Im Falle von Stegemann lässt sich wiederum ein Kokettieren mit rechten Echokammern beobachten, die sich über derartige Öffnungen freuen, um den Anspruch einer breiten Querfront gegen linke Randthemen zu verifizieren.<sup>26</sup> Der Autor von *Das Gespenst des Populismus* und *Die Moralfalle – Für eine Befreiung linker Politik* erhebt ebenso wie seine argumentativen Mitstreiter\*innen den Vorwurf, eine linke Politik habe sich heute verirrt in den Verstrickungen moralischer Argumente, die auf Kosten der Anknüpfbarkeit zu klassischen politischen Inhalten – der sozialen Frage im Besonderen – gehe.<sup>27</sup> Diese Kritik verfehlt aus funktionaler Perspektive jedoch ihr Ziel(-publikum), wenn sie statt in Foren progressiver Politik bei Tagungen wie „Wokes Deutschland. Identitätspolitik als Bedrohung unserer Freiheit?“ der CDU-nahen Denkfabrik Republik 21 geäußert wird. Im Gegenteil sorgt Stegemann mit derlei Auftritten für ein Verschwinden der Unterschiede zwischen differenzierter Kritik am politischen Agendasetting und Strategien linker Strömungen und einem Kampf gegen eine *woke ideology*, die verdächtig an die rechte Verschwörungstheorie des Kulturmarxismus erinnert.<sup>28</sup> Das macht aus Stegemann noch keinen rechten Populisten, er selbst macht sich jedoch zu einem linken oder liberalen Feigenblatt rechter Politik.

Der Kritik an einem solchen Muster wird gerne mit dem Vorwurf der Kontaktschuld begegnet. Ganz offensichtlich ist es die Taktik rechter Akteure, sich mit Kritikern linker Identitätspolitik gemeinzumachen und wahlweise deren pluralistische Impulse oder gespielte Naivität ausnutzen.<sup>29</sup>

#### IV. Polemischer Drift

Zeitgleich mit Somek hat auch Wagenknecht ihr Buch *Die Selbstgerechten* veröffentlicht. Auch die ehemalige politische Weggefährtin Stegemanns im Projekt *Aufstehen* kritisiert eine Moralisierung der Debattenkultur von links. Wagenknecht zeichnet ein Bild eines linksliberalen ökonomisch abgekapselten und akademisierten Milieus, das zwar für sich beansprucht als gesellschaftliches Korrektiv zu wirken, seinem linken und liberalen Selbstverständnis jedoch nicht gerecht würde, ihm sogar zuwiderhandle. Neben dieser Kritik an einer spezifischen politischen Haltung positioniert sich Wagenknecht jedoch klar gegen das entsprechende Milieu und neigt dabei, anders als die zuvor genannten Autor\*innen, zur klaren Ausbildung eines Feindbildes. Die Selbstgerechten sind ihre Kontrahenten und nicht Debattenteilnehmer, die es zu erreichen und konfrontieren gilt.

<sup>26</sup> Vgl. dazu Linden, Blätter für deutsche und internationale Politik 6 (2023), 109.

<sup>27</sup> Stegemann, *Die Moralfalle*, 2018, 7 ff.

<sup>28</sup> Vgl. Woods, Cultural Marxism and the Cathedral. in: Battista/Sande (Hrsg.), *Critical Theory and the Humanities in the Age of the Alt-Right*, 2019, 39.

<sup>29</sup> In seiner Kritik übersieht Stegemann zudem, dass die Zeichen der Zeit durchaus in seinem Sinne stehen müssten. Bemängelte er in einem Beitrag der Zeitung *der Freitag* noch, dass Gewerkschaftsarbeit die Liste uncooler Interessen in der Politik anführe, um dann die Anschlussfähigkeit identitätspolitischer Debatten (die coolen Interessen) und ihre Vereinnahmung durch die kapitalistische Gesellschaft zu kritisieren (Stegemann, Wem die Zwietracht nützt, der Freitag 2020), beobachten die deutschen Gewerkschaften 2023 einen massiven Anstieg der Neumitglieder. Verdi verzeichnete 2023 mit 190.000 Gewerkschaftseintritten das erfolgreichste Jahr seit 2001. Auch die soziale Frage steht in einer zentralen Rolle und wird aktiv in linken Debatten verhandelt. Umso weniger ist es nötig für Personen wie Stegemann, auf rechte Plattformen zurückzugreifen.

*„Die Identitätspolitik läuft darauf hinaus, das Augenmerk auf immer kleinere und immer skurrilere Minderheiten zu richten, die ihre Identität jeweils in irgendeiner Marotte finden, durch die sie sich von der Mehrheitsgesellschaft unterscheiden und aus der sie den Anspruch ableiten, ein Opfer zu sein.“<sup>30</sup>*

Solch eine Polemik führt, wie an den Reaktionen in den Medien zu sehen war, eher zu einer Abwehrhaltung als einer Auseinandersetzung mit der vorgebrachten Kritik, wobei es im Fall Wagenknecht generell fraglich ist, inwiefern die Kritik überhaupt Linksliberale als Publikum erreichen will. Doch auch andere Beiträge fallen zwischen kritischen Analysen konkreter Phänomene auf polemisierende Streitstufen zurück, so etwa Pfaller, der in *Erwachsenensprache* die „allgemeine (...) ,Verfreakung“ der Bevölkerungen<sup>31</sup> bemängelt, um sich daraufhin über ihm unliebsame Modetrends zu beschweren.<sup>32</sup>

Ein Element des untersuchten Diskurstypus, das mit den Polemiken einhergeht, ist die Fixierung auf exzentrische Fallbeispiele, die die Entfremdung der kritisierten Strömung und ihre Folgen hervorheben sollen. Sie dienen den Autor\*innen nicht nur als vermeidlich repräsentative Stütze von Argumenten, sondern ersetzen diese in Teilen gänzlich und wirken somit verstärkt als (moralisch?) warnender Zeigefinger. Beim Leser erweckt dies vermehrt den Eindruck einer Entscheidung zugunsten eines möglichst demonstrativen Effekts; nicht selten lassen sich die Fälle, auf die verwiesen wird, nur bedingt mit der eigentlichen Argumentation in Einklang bringen. Mustergültig für solch misslungene Beispiele sind die Probleme von Inklusion, die Pfaller anhand von Personalentscheidungen der FIFA hervorheben will. Diese hat 2017 die Vorsitzenden ihrer Ethikkommission entlassen und dies mit dem Anspruch, sich selbst diverser aufzustellen, gerechtfertigt.<sup>33</sup> Pfallers Argumentation widerspricht sich allerdings gerade hier enorm, da die Aktion der FIFA – gemäß seiner eigenen Implikationen – primär dazu diente, kritische Stimmen im Unternehmen auszuschalten. Damit handelt es sich in dem benannten Fall nicht um einen kausalen Nebeneffekt von Identitätspolitik, sondern um das Resultat einer Ausübung von Macht. Unter Zuhilfenahme von derartigen Beispielen wird immer wieder versucht, der kritisierten Strömung ihren progressiven Anspruch in Abrede zu stellen und sie selbst als einen systemstabilisierenden Faktor des Spätkapitalismus zu entlarven.

Die Polemik, die mit der Konstitution des Feindbilds der Lifestyle-Linken einhergeht, bildet einen festen Bestandteil der untersuchten Debattenbeiträge und fungiert in diesen als eine Art diskursive Sollbruchstelle. Das vorgeschoßene Ziel der Beiträge, innerhalb eines politisch linken Debattenraums eine kritische Position zu beziehen, wird durch diese Polemisierungen erschwert bis gänzlich verhindert.

## V. Keine Aussicht auf Verständigung?

Somek verzichtet zwar auf die Konstruktion von allzu herablassenden Stereotypen als Feindbilder und umschifft auch die Untiefen unpassender Beispiele. Dennoch „rächt“ auch er sich „mit manch leiser Polemik“ bereits im Voraus für die Vorurteile

<sup>30</sup> Wagenknecht, Die Selbstgerechten, 2021, 102.

<sup>31</sup> Pfaller, Erwachsenensprache, 4. Aufl. 2018, 104.

<sup>32</sup> Auch in diesem Fall verwischt in der Kritik die Grenze zwischen einer politischen Strömung und einem gegenkulturellen Milieu, dem gesellschaftliche Gestaltungshoheit zugesprochen wird.

<sup>33</sup> Pfaller, Erwachsenensprache, 4. Aufl. 2018, 51.

seiner „Gegner\*innen“.<sup>34</sup> Damit droht die geäußerte Kritik auch für Somek in gewissem Sinne ungehört zu verhallen. Das Problem bei emotivistischen Argumentationen und auf Betroffenheit aufbauenden moralischen Urteilen liegt bei der qualitativen Verschiedenheit zu einer kognitivistisch betriebenen Argumentation, auf die man ja abzielt. Demnach würde auch eine vorsichtigere Herangehensweise nicht umhinkommen, Befindlichkeiten zu verletzen und moralischer Fehlhaltungen überführt zu werden. Die affektierte Betroffenheit und in der Abwehrhaltung erfolgende Verurteilung der Kontrahenten erfolgt mit einer völlig eigenen Dynamik, die in dieser Form bei Mark Fisher in seinem Blogbeitrag *Exiting the vampire castle* (zu Deutsch: Raus aus dem Vampirschloss) gut auf den Punkt gebracht wird. Auch Fisher sieht eine moralisierende Linke, die die Klassenfrage verdränge und den politischen Diskurs in eine Hexenjagd verwandle. Aus seiner Sicht gibt es zwei libidinös-diskursive Konfigurationen, die diese Situation hervorgebracht haben:

„Im Vampirschloss ist man darauf spezialisiert, Schuld zu erzeugen. Man wird angetrieben von dem Wunsch des Priesters, zu exkommunizieren und zu verdammen, dem Begehrn des pedantischen Akademikers, der erste zu sein, der einen Fehler entdeckt, und dem Bedürfnis des Hipsters, Teil einer kulturellen Avantgarde zu sein. Wenn man das Vampirschloss angreift, besteht die Gefahr, dass es so aussieht – und es wird alles dafür tun, damit dieser Eindruck entsteht –, als ob man auch den Kampf gegen Rassismus, Sexismus und Heterosexismus attackieren würde. Aber das Vampirschloss ist nicht der einzige legitime Ausdruck dieser Kämpfe, sondern man muss es als bürgerlich-liberale Perversion und Aneignung der Energie dieser Bewegungen verstehen. Das Vampirschloss entstand in dem Moment, als der Kampf darum, nicht durch Identitätskategorien definiert zu werden, in die Suche nach ‚Identitäten‘ umschlug, die von dem bürgerlichen, großen Anderen anerkannt werden.“<sup>35</sup>

Dieser Logik folgend würde eine Kritik an der neoliberalen Linken auf die Denunziation und Verunglimpfung der Kritiker\*innen hinauslaufen.<sup>36</sup> Auch humorvoll gemeinte Spalten zögen eine überstürzte Abwehraktion nach sich.

Ein möglicher Erklärungsansatz für diese Überreaktion der moralisierenden Linken,<sup>37</sup> lässt sich zurückführen auf den bei Fisher unter dem Begriff des Kapitalistischen Realismus ohne Alternative gefassten, aber auch bei Somek implizit angekündigten Verlust des Glaubens an die Gestaltbarkeit von Gesellschaft und das damit

<sup>34</sup> Somek, Moral als Bosheit, 2021, 2.

<sup>35</sup> Fisher, K-punk, 2020, 552 f.

<sup>36</sup> An dieser Stelle ist jedoch zu bedenken, dass auch die Kritik der Kritiker\*innen als denunziatorisch als eine diskursive Strategie verwendet werden kann, um etwa Missbrauchsvorwürfe zu delegitimieren. Russell Brand, Fishers Beispielopfer, das von den linken Bewohner\*innen des Vampirschlosses aufgrund seiner Verfehlungen – ihm wurde Sexismus vorgeworfen – ausgeschlossen werden sollte, im Verlauf der letzten Jahre zunehmend rechtsextremistische und verschwörungstheoretische Positionen verbreitet hat (vgl. *Monbiot*, I once admired Russell Brand. But his grim trajectory shows us where politics is heading, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2023/mar/10/russell-brand-politics-public-figures-responsibility> – letzter Aufruf: 13.10.2025) und von mehreren Frauen sexueller Nötigung beschuldigt wurde (vgl. *Hinsliff*, Missbrauchsvorwürfe gegen Russell Brand, <https://www.fr-eitag.de/autoren/the-guardian/missbrauchsvorwuerfe-gegen-russell-brand-wer-seine-uebergriffigkeit-ermöglichte> – letzter Aufruf: 13.10.2025).

<sup>37</sup> Ein Aspekt, der in seiner Essenz nicht nur ausschlaggebend für die zeitgenössische Linke, sondern für die Politik im Allgemeinen ist.

einhergehende Ziel einer Überwindung von reiner sozialer Ungleichheit.<sup>38</sup> Somek spricht von der

„Moralität der ‚Balkonmuppets‘, (...) die über die Handelnden schlecht urteilen und selbst nie in die Verlegenheit geraten, ihre moralische Reinheit durch eigenes, einigermaßen signifikantes Handeln zu beschmutzen.“<sup>39</sup>

Auch Wagenknecht kritisiert an den Lifestyle-Linken eine politische Einstellung, bei der Haltung zunehmend Handlung ersetzt.<sup>40</sup> Im Zentrum der Politik stünde mehr und mehr eine moralische Haltung, der durch symbolische Gesten Ausdruck verliehen wird – tatsächliche politische Handlungen, die auf die Veränderungen der Lage hinwirken, dagegen vernachlässige.

Notwendig für ein dynamisches Weltverhältnis wäre nicht nur die Verarbeitung eigener Erfahrungen, sondern darüber hinausgehend das In-Beziehung-Setzen der eigenen Erfahrungen mit denen anderer. Identitätspolitik läuft dagegen Gefahr, marginalisierte partikulare Perspektiven zu reessenzialisieren und so Grenzen zu ziehen, die eigentlich überwunden werden sollten. Subjekte, die auf ihren eigenen beschränkten Erfahrungshorizont zurückgeworfen sind, tendieren dazu, ihre Umwelt nicht mehr zu bearbeiten, sondern zu verarbeiten.<sup>41</sup> Dieser scheinbar freiwillige Verzicht auf Gestaltung geschieht dabei nicht bewusst, sondern wird dadurch ermöglicht, dass die verlorenen Gestaltungsmöglichkeiten eines Außen durch einen Zugewinn an Gestaltungsfreiheit des Inneren ersetzt werden. Gerade die Identitätspolitik nährt sich aus einer solchen Zunahme von subjektimmanenten Gestaltungsmöglichkeiten. Während die klassenspezifische soziale Frage auf die Überwindung von Identität abzielte und die gesellschaftlichen Bedingungen dafür anging, ist das Ziel von Identitätspolitik die Anerkennung von Identitäten.

Wir befinden uns entsprechend in einer schwierigen Ausgangslage. Neben Sprecher\*innen, die nicht gehört werden wollen, gibt es auf der anderen Seite ein Publikum, das offenbar nach einem Vorwand sucht, die Rolle des Zuhörens aufzugeben und sich in einer affektierten Abwehrgeste davon zu befreien. Es verbleibt die Frage, wie unter diesen Vorzeichen ein vernunftgeleiteter Diskurs über die Problemlage einer wachsenden Spaltung der gesellschaftlichen Linken befördert werden kann.

*Tristan Stinnesbeck,  
E-Mail: tristan.stinnesbeck@outlook.de*

<sup>38</sup> Vgl. Somek, Moral als Bosheit, 2021, 126.

<sup>39</sup> Ibid., 158.

<sup>40</sup> Vgl. Wagenknecht, Die Selbstgerechten, 2021, 33 ff.

<sup>41</sup> Vgl. Stinnesbeck, Politik im Zeichen der Erlebnisgesellschaft, 2022.

## Hans Kelsen and Nuremberg: The Challenge for the Kelsenian Theory of Public International Law

*Cristina García Pascual/Jose Antonio García Sáez<sup>1</sup>*

### Abstract

Since his 1920s writings, Kelsen called for a permanent court of compulsory jurisdiction capable of resolving international conflicts. It should also be capable of establishing the individual responsibility of the violators of international law and punishing them in criminal terms when violence had already occurred. Kelsen worked from April 1945 for the U. S. government's War Crimes Office, preparing up to eight legal reports. And yet it is difficult to gauge exactly what Nuremberg, with its pros and cons, owes to Kelsen's theses and what those trials really meant for the great jurist. It is worth asking whether Nuremberg was a triumph, or rather a failure of the theses championed by Kelsen; whether we are facing a conquest of legal reason or a new expression of its limitations. Do the Nuremberg trials represent the culmination or the failure of Kelsenian theory of international law? In order to answer these questions, this article takes five selected texts of Kelsen to assess the evolution of his internationalist theses from 1934, when the great war had not yet broken out, until 1947, after the Nuremberg trials. On reading them, one may observe how reality convulses the pure theory of law, subjected to what may be its greatest moment of tension.

**Keywords:** international court – international justice – international law – legal technique – London Agreement – Nuremberg trials – peace – Pure Theory of Law – retroactive punishment

### I. Five selected texts of the internationalist Kelsen

Within Hans Kelsen's impressive bibliographic output, especially in the texts related to international law, one can discern a constant concern, a more or less explicit fear that forms the backbone of many of his ideas and upon which some of his best-known theoretical stances are built. We are referring to the fear of war, understood and felt by the Austrian jurist to be the greatest of evils, the enemy to be defeated using all of the instruments that the science of law provides for us. The evil of war was to haunt Kelsen throughout the events that marked his biography; it would be expressed in his choices in life, his flight into exile and also in the choice of problems to which he was to dedicate his long career. As a jurist who witnessed one of the bloodiest periods

<sup>1</sup> This article is part of the Research Projects “Jurisdicción y argumentación en derechos humanos”, ArgumentaDH, CIAICO/2023/050, founded by the Valencian Regional Government, and “Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos”, IN JUSTICE PID2021-126552OB-I00, founded by the Spanish Ministry of Science. The translation has been founded by the Grants to Support Research Actions granted by the Faculty of Law, University of Valencia.

in human history, Kelsen would have to reckon with the limits of law in the most extreme scenarios. He was faced with what some philosophers called the *absolute evil*. How to think of law after the end of World War II? Where did such a legacy of violence and devastation leave the pure theory of law? Were the great wars not clear proof of the futility of positive law, of the empty rhetoric of laws? Had it not become clear that there is no law wherever decisions are imposed? Is that not the clear lesson to be drawn from history?

As is well known, the interpretation that Kelsen was to make of what had happened did not enter the realms of surrender or legal scepticism. His work is packed with proposals looking to the future. Kelsen did not give in to what seemed clear to others: the impotence of law in the face of the *hydra* of power, which by definition does not accept any rules. On the contrary: before and after May 1945, the father of the pure theory of law put forward law as the privileged instrument not only to avoid war, but also to handle its consequences. Law was the means for building peace. Or, in other words, if war “is mass murder, the greatest disgrace of our culture”,<sup>2</sup> the progress of legal order is the only path to peace. Only within the framework of a modernised, perfected international legal order, via the establishment of a supra-state jurisdiction, would it be possible to resolve conflicts between countries and pacify societies. As of the 1920s, in his writings Kelsen called for a permanent international court of compulsory jurisdiction capable of resolving conflicts before the parties resorted to violence. It should also be capable of establishing the individual responsibility of the violators of international law and punishing them in criminal terms when violence had already occurred. There is therefore, without a doubt, a common thread between the Kelsenian theses expressed (among other works) in *Peace Through Law* and the Nuremberg trials. We know that Kelsen worked from April 1945 for the U. S. government’s War Crimes Office, preparing up to eight legal reports.<sup>3</sup> And yet it is difficult to gauge exactly what Nuremberg, with its pros and cons, owes to Kelsen’s theses and what those trials really meant for the great jurist.

On the one hand, the Nuremberg trials put an end to the Second World War. And they did so precisely by translating what was presented as an exclusively political problem into legal terms. Under the assumption that *countries do not commit crimes, but people commit crimes*, through the Nuremberg trials it would be possible to determine the individual responsibility of those who had been some of the great criminals during the war. On the other hand, however, that achievement was achieved at the cost of accepting a trial that was manifestly restricted in its universality, to the extent that the only ones judged were those responsible for the crimes committed by one of the parties in the conflict: the defeated. It was the victors themselves, the allied countries, who dispensed justice upon the vanquished, the Axis countries. The principle of criminal prosecution thus became selective, depending on the national, military or ideological affiliation of the perpetrator of the crime. In this sense, it is worth asking whether Nuremberg was a triumph, or rather a failure of the theses

<sup>2</sup> Kelsen, *Peace Through Law*, 1944, vii.

<sup>3</sup> Olechowski, Hans Kelsen, The Second World War and the U. S. Government, in: Telman (ed.), Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence, 2016, 101 (106); Olechowski, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers, 2020, 728; García-Salmónes, Not Just Pure Theory, Hans Kelsen (1881-1973) and International Criminal Law, in: Mégret/Tallgren (eds.), The Dawn of a Discipline. International Criminal Justice and Its Early Exponents, 2020, 174 (189).

championed by Kelsen; whether we are facing a conquest of legal reasoning or a new expression of its limitations. Do the trials held between 1945 and 1946 represent the culmination or the failure of Kelsenian theory of international law? The perspective given to us by time, as well as the new events that have shaken the world panorama, may help us draw up an answer to this intricate question.

In order to answer this and other questions, in this paper we have gathered together five texts by Hans Kelsen on the problem of peace and international law. They are five texts that serve to study the evolution of his internationalist theses from 1934, when the great war had not yet broken out, until 1947, after the Nuremberg trials. On reading them, one may observe how reality convulses the pure theory of law, subjected to what may be its greatest moment of tension.

## II. Peace, a technical matter

The first of the texts we wish to analyze here, *La technique du droit international et l'organisation de la paix* (1934), arose from the inaugural lecture that Kelsen gave when he joined the prestigious *Institut des Hautes Études Internationales* in Geneva in 1933. It reflects the intense concern for the problem of war, as well as a clearly outlined essential idea from Kelsen's thinking: that peace is a matter of legal technique. So much is this the case that any pacifist, any lover of peace, should embrace the idea not of the disarmament of all countries – a noble but utopian aspiration according to Kelsen – but the idea of a slow yet constant improvement of international law. In 1934, there could still be room for some hope. A second great European war was not an obvious scenario, though it was not ruled out, either. The Third Reich had not yet begun its expansion – driven by the famous doctrine of *Lebensraum*. Fascist Italy had not yet invaded Abyssinia. Nevertheless, hundreds of Jewish intellectuals from all over Europe, deprived of their citizenship, were beginning to settle in Switzerland, faced with the enormous movement that had already begun to take shape. In October 1933, Germany had left the League of Nations. A few months earlier, Japan had also done so. Both the Covenant of the League of Nations and the Kellogg-Briand Pact were at that time two of the fundamental international instruments for preserving peace. The peace of a continent and the lives of millions of people depended on its effectiveness; on whether the member states were capable of enforcing its provisions. But the two international pacts seemed to be based on very different premises and, of course, pointed towards very different solutions that were even contradictory to each other. That is how Kelsen considered it to be, writing about them extensively with the constant intention of helping to pacify international relations by improving legal technique.

The League of Nations, the offspring of the First World War, was initially seen by Kelsen as an example of the constant process towards a centralisation of the functions of international law. During his time in Geneva between 1933 and 1940, when the League was going through its most difficult years, he was able to come very close to those who were working on it and assess how it worked in detail. At the proposal of the director of the *Institute of Hautes Études Internationales*, William E. Rappard, Kelsen made several brief reports on the possible ways for technical

improvement of the Covenant of the League of Nations.<sup>4</sup> Building on the work done in those reports, Kelsen published the monograph *Legal Technique in International Law* (1939). The text firstly includes a section dedicated to a reflection on the *principles of legal technique* and then offers a broad catalogue of possible interpretations of each of the twenty-six articles that made up the Covenant, often proposing an alternative wording. Such was the same analytical exercise that he would carry out years later, at an astonishing length of almost a thousand pages, with the Charter of the United Nations.<sup>5</sup>

Both the book dedicated to the League of Nations and the one dedicated to the United Nations are above all two notable exercises in legal interpretation within the context of the characteristic theory of interpretation held by Kelsen. It should be kept in mind that within the arrangement of producing and applying legal norms, the norms of a higher hierarchy determine the content of the lower norms. That determination, however, is not complete but relative. Unlike what happened following some stances of the most naive kind of positivism (or perhaps more cynically, those that considered the judge to be a legal automaton who applied the law to a specific case without any work on interpretation), Kelsen considers that there is always a more-or-less wide margin of free appreciation for the competent body which, while applying the higher norm, produces the lower norm.<sup>6</sup> To be clear: there is always room for an act of will, and that will is expressed via the different ways of interpreting a norm. Kelsen, within his positivism and from a legal point of view, denies that it is possible to affirm the best way to interpret a norm. Consequently, he rejects that the application of one or another method of interpretation can be determined based on strictly legal criteria.<sup>7</sup> Hence, it makes sense that in court rulings, together with the majority vote, there is room for the so-called individual votes or dissenting opinions, which include other possible interpretations of the norms to be applied. So the choice of correct criterion to interpret a norm does not correspond to the science of law; rather, it is an inevitably political matter.<sup>8</sup> For this reason, the jurist's role in ambiguous cases (in other words, in cases in which the norm allows for different interpretations) is not to say what the correct solution is, but to explain all the possible meanings of a norm,<sup>9</sup> including interpretations not foreseen by the legislator but which are possible within the literal tenor of the norm, and also including those that may be politically undesirable to the very same jurist who is demonstrating that they are possible.

The ambiguity – typical of international norms, but by no means exclusive to them – with which the Covenant of the League of Nations was drafted fostered criticism from those who wished to see it as a mere political document. Therefore, for Kelsen it was a priority to defend the Covenant's legal nature. Considering the Covenant to be a merely political instrument was tantamount to denying that the differences

<sup>4</sup> Bersier Ladavac, Diritto e pace in Hans Kelsen, *Sociologia del Diritto* 39/1 (2012), 88. The reports have been partially published under the title “Comment devant la guerre penser l’après-guerre?” in the compilation of writings on international law published by Leben, Kelsen. *Ecrits français de droit international*, 2001.

<sup>5</sup> Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, 1950.

<sup>6</sup> Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, 92.

<sup>7</sup> Ibid., 95 f.

<sup>8</sup> Kelsen, *Legal Technique in International Law*, 1939, 12.

<sup>9</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, translation of the 2<sup>nd</sup> ed. 1960 by Roberto J. Vernengo, 2009, 356.

arising from applying it could be legally resolved;<sup>10</sup> that is, by submitting them to the authority of a tribunal – in this case, the Permanent Court of International Justice. Kelsen argues that in no way does the vagueness and ambiguity plaguing the Covenant diminish its worthiness as a legal norm. It is a norm produced in compliance with the procedures of any international treaty and which sets out among its members a series of rights and obligations, for which failure to comply implies sanctions. Nor is the Covenant's legal value diminished by the fact that it is explicitly intended to achieve political goals, such as fostering cooperation between nations or maintaining international peace and security:

“from the moment that the norms [of international law] have the nature of rules of law, they are no less legal than the articles of a civil code, no matter how much they are intended to achieve political results”.<sup>11</sup>

The ambiguity affecting a legal norm may be intentional or not. If it is intentional, Kelsen argues, the *technique of ambiguity* can be useful insofar as it enables a norm to be adapted to different scenarios of factual situations.<sup>12</sup> However, if it is not intentional, then it is usually the result of a defective legislative technique that will lead to problems in applying the norm. In the case of the ambiguity affecting the Covenant of the League of Nations, one could say that it is a combination of both. It is partly an intentional ambiguity, since it is typical of a treaty with the characteristics of the Covenant, with its universalist intent, leaving a wide margin of indeterminacy in its provisions so that the greatest possible number of states would adhere to it. On the other hand, it is also to a large extent an ambiguity resulting from poor legislative technique. Kelsen partly blamed this defect on President Woodrow Wilson himself, who, in order to translate his famous Fourteen Points into positive law, surrounded himself with a very insufficient number of jurists. The result was a treatise that was “more than imperfect from a technical point of view”, whose provisions were extremely vague and imprecise.<sup>13</sup> Faced with this technical imperfection, Kelsen put forward the need to take on either a *legal-political* reform or a *legal-technical* revision of the Covenant. In reality, he argued, there is not so much difference between one option or the other, since a technical revision is also likely to cause a change in the application of the law.<sup>14</sup> The task of revision that Kelsen undertook in his 1939 book, when the organization was already hit and sunk is another example of his *faith in the law*,<sup>15</sup> but not of his naivety or his disregard for the real political circumstances. He was well aware that his proposal for revision would barely have any effect on the minds of the political leaders. But his explicit reason for not giving up on his efforts was that, at least, criticism might serve to help legal technique in the future.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> E. g. Morgenthau, *Scientific Man vs. Power Politics*, 1946, 119.

<sup>11</sup> Kelsen, *Legal Technique in International Law*, 1939, 9.

<sup>12</sup> Ibid., 11.

<sup>13</sup> Ibid., 16.

<sup>14</sup> Ibid., 18.

<sup>15</sup> We have taken the expression from Calamandrei, *Fe en el derecho*, ed. by Silvia Calamandrei, 2009, who originally used it as the title for a conference presentation given in Florence in 1940, on the verge of Mussolini taking Italy into World War II.

<sup>16</sup> Kelsen, *Legal Technique in International Law*, 1939, 24.

Going into some specific aspects of criticism of the Covenant, it should be noted that what Kelsen attacked most harshly was the abusive use of the word *justice*. If the Covenant had spoken less about justice and more about *legal technique*, the League of Nations would probably have obtained a different outcome from its failed task of maintaining peace and security. Based on this, he considers that the Covenant's great structural defect was the fact that the Permanent Court of International Justice was left out of it.<sup>17</sup> In his opinion, the Court should not only have been part of the Covenant, but should have been set up as the central body of the entire system for the League of Nations. Instead, the Council was established as its main body, followed in importance by the General Assembly, thus providing the illusion of resemblance to the executive and legislative branches that one could find at the level of a state.

However, the reasons for defending the central nature of the Court are not only related to the requirement of instituting a third party to determine if an illegal act has occurred and what sanction should be applied in such cases (that is, related to a technical-legal question). Kelsen also provides strategic and political arguments. Given that sovereignty continued to be an inalienable attribute of the states, it was not possible to establish the majority principle within the Council. This circumstance made it tremendously inoperative in adopting the most relevant resolutions; that is, those to do with peacekeeping. There was no possibility of binding any member state against its will. In such circumstances, Kelsen considers that the only body whose decisions the states would abide by without having contributed to their formation is a court. In fact,

“the majority principle, which was systematically excluded from the procedure of the Council and of the Assembly, was indeed introduced without any difficulty into [the statute of] the court”<sup>18</sup>

Indeed, this idea is confirmed when one takes into account that, among the main tasks entrusted to the League, the only ones that were relatively successful were those related to resolving lawsuits by submitting issues to arbitration or to jurisdiction. The matter of protecting member states in the face of aggressions by non-member states was very different, however. Kelsen draws attention to the powerful contradiction between the obligation imposed by Article 8, relative to restricting weapons, and the obligation of Article 11 to provide aid to the member of the community who is attacked by a third party.<sup>19</sup> The disarmament rationale set out in the former article seems barely compatible with the collective security mechanism established by the latter. Disarmament of states would only be feasible if it were accompanied by the

<sup>17</sup> The Covenant only stipulated, in its Article 14, that: “The Council shall formulate and submit to the Members of the League for adoption plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice. The Court shall be competent to hear and determine any dispute of an international character which the parties thereto submit to it. The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly.” The Statute of the Permanent Court of International Justice, therefore, was not within the Covenant itself (unlike the Statute of the International Court of Justice, which is found in the UN Charter itself), so that its jurisdiction was not binding, but the member states were free to decide whether to sign the protocol approved by the General Assembly on 13<sup>th</sup> December 1920, which entered into force the following year, once it had been signed and ratified by half of the member states.

<sup>18</sup> Kelsen, Derecho y paz en las relaciones internacionales, 1996, 186.

<sup>19</sup> Kelsen, Legal Technique in International Law, 1939, 63.

consequent rearmament of the international community. In addition to this (which also seemed very unlikely to be achieved at the time), disarmament was in any case a risk for all members of the organisation: “to be unarmed is to be without rights”, Kelsen would affirm over and over again, based on the conviction that a commitment to disarmament would favour those who breach international law.<sup>20</sup>

The Covenant of the League of Nations’ deficiencies seem to justify the Pact of Paris, better known as the Kellogg-Briand Pact, signed in August 1928 by fifteen countries that solemnly agreed to renounce war as a means of settling international disputes. In an interesting book, Oona Hathaway and Scott Shapiro argue that the Kellogg-Briand Pact was a true milestone in the evolution of international law, marking the shift from the old to the new world order.<sup>21</sup> In the old order arising from the Peace of Westphalia in 1648, built upon the theoretical foundations of Hugo Grotius, war was the inevitable consequence of conflicts between countries and a valid means of resolving such conflicts. Power was the measure of rights. Diplomatic negotiations between states were often preceded by demonstrations of military capability. Furthermore, the lands acquired through conquest were recognised by third countries, which were guided by the principle of neutrality. For Hathaway and Shapiro, the Kellogg-Briand Pact, with its three simple articles, spelled the end of that Westphalian system. Of course, after the Pact there were still wars. Eleven years after it was signed, in fact, the bloodiest war in history was declared, with at least 50 million killed. However, the Pact does not deserve to be judged by its ability to prevent war – a capacity that no legal norm can possess by itself, but rather by the legal consequences it lays down in the event of non-compliance. It is in this aspect that the Kellogg-Briand Pact passes a remarkable historical milestone, since it sets out the point of reference to be taken after the Second World War to restore the territories that had been annexed by force by the Axis powers. Quantitative studies conducted by Hathaway and Shapiro show that before the Pact was signed, in the old world order, on average there was a territorial conquest in the world every ten months. After the Pact, this statistic dropped noticeably to an average of one territorial conquest every four years. Also, before the Pact, every year an average of 295,486 km<sup>2</sup> were acquired through violence, whereas the figure contemporary has fallen to 14,950 km<sup>2</sup>.<sup>22</sup> To sum up, although international law may be breached (and in fact it is breached every day), this data may indicate that the Covenant entering into force was not wholly ineffective, but actually had concrete, measurable effects on the behaviour of states in the international sphere.

<sup>20</sup> Another example of Kelsen taking into account political reality is the considerations he makes noting that within an organisation with universal intentions and which therefore encompasses countries that are very different from each other, there is difficulty in getting such countries involved in defensive action against the aggression of a third state with which they may have as many commercial or cultural ties as with the member state attacked (*Kelsen, Peace Through Law*, 1944, 51). In this vein, Kelsen considers that the role of the organisation in terms of maintaining international security should have focused on sanctioning member states that breached the norms of the Covenant, while the sanctions on third party aggressor states should have been entrusted to political alliances (*ibid.*, 55), not because that was the most desirable way from a universalist point of view, but because it was the most politically feasible.

<sup>21</sup> *Hathaway/Shapiro, The Internationalists and Their Plan to Outlaw War*, 2017.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 314. This statistic will surely need to be revised after the Russian invasion of Ukraine in February 2022 and the subsequent ongoing war.

Kelsen, of course, did not have such a favourable opinion of the Kellogg-Briand Pact. Not only did he criticise it in his 1934 text, when it had not yet deployed its effects in Nuremberg in determining the so-called crimes against peace, but he continued to criticise it beyond the 1930s in most of his works on international law.<sup>23</sup> From his point of view, the Pact was based on a precarious knowledge of international law in particular, but also of law in general. "Law is an order of coercion", Kelsen firmly maintained. What characterises any legal order is its ability to impose sanctions, if necessary, by force. It is that particular feature of law, its specificity, that differentiates it from other normative orders such as morality or religion. Like any law, international law must also be a coercive order that prescribes sanctions. It could not be otherwise when we speak of a legal order, and it has been so, constitutively, since long before the Pact was signed. Kelsen certainly knew that such a statement would be very unlikely to arouse consensus among legal practitioners and theoreticians. The legal nature of international law has been questioned by jurists themselves for centuries. The best-known case is perhaps that of John Austin<sup>24</sup> or, in more recent times, that of Herbert L. A. Hart,<sup>25</sup> although there are a range of stances to be found which, with differing nuances, deny the legal value of international law.<sup>26</sup> Many "deniers" would raise doubts about the real existence of institutionalised international coercion. They would deny what for Kelsen remained evident: that war and reprisals are legal sanctions. The opposing perspective served, for example, to qualify international law as a kind of non-law or as an *anarchic law*. And yet for Kelsen the term *anarchic law* would constitute a monumental oxymoron: law can never be anarchic, because anarchy is precisely the absence of law. His support for international law as a legal order is necessarily based on the indubitable verification of the existence of sanctioning instruments in the sphere of the international community. Such instruments are war and reprisals.<sup>27</sup>

Hence, Kelsen affirms that international law is a coercive order to the extent that under its rules military action can only be understood either as a crime or as a sanction, as established by international custom. The affirmation that war according to law is what lends a legal character to the international order can be seen as a *contradiccio in terminis* if we consider that military action in practice implies the denial of the validity of so many legal norms.<sup>28</sup> Kelsen was aware of this but argued

<sup>23</sup> Kelsen, Principles of International Law [1952], reprint 2003, 29; Kelsen, Collective Security Under International Law [1957], reprint 2001, 55.

<sup>24</sup> Austin, Lectures on Jurisprudence. Or, the Philosophy of Positive Law, 5<sup>th</sup> ed. 1911, 575.

<sup>25</sup> Hart, The Concept of Law, 2<sup>nd</sup> ed. 1994, 213.

<sup>26</sup> García Pascual, Norma mundi. La lucha por el derecho internacional, 2015, 89.

<sup>27</sup> The influence on Kelsen of Karl von Kaltenborn and, through him, of Christian Wolff were fundamental as regards this point, see von Bernstorff, The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law, 2010, 84.

<sup>28</sup> One of the clearest formulations for war as a denial of law was made by Luigi Ferrajoli: "War can be justified for extra-legal reasons of an economic, political and even moral nature; it can also be considered lawful or not illegal, when there are no norms of positive law that prohibit it. But it cannot be classified as legal, because the contradiction between war and law does not allow that. Law, in effect, is by its nature an instrument of peace, that is to say, a technique for the peaceful settlement of disputes and for the regulation and limitation of the use of force. (...) Peace is its intimate essence and war is its negation." Ferrajoli, Razones jurídicas del pacifismo, 2004, 28; also Ferrajoli, Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, 2011, 481.

that the aporia is only apparent. Any legal system, not only the international one, must be able to use force precisely so that individuals do not make individual and arbitrary use of it. That does not necessarily imply that the legitimate use of force must be exercised by a specialised body. It does mean that it is the legal system itself that determines under what circumstances and by whom the coercion may be exercised. Any coercion exercised outside the circumstances determined by the legal system will become illegal. In this way, within the legal system, coercion can only be considered as either a sanction or as crime. The law thus becomes a peace-making instrument precisely because, with coercion being exercised in a centralised or at least legally determined manner, acts of coercion that may be exercised by individuals are consequently forbidden.<sup>29</sup> In other words, the international order does not prohibit all wars, only those of aggression; that is to say, war on the part of the state that is the first to commit a hostile act of force, and not war waged by the state defending itself against its aggressor. More explicitly, “War and counterwar are in the same reciprocal relation as murder and capital punishment”.<sup>30</sup>

Military action, then, from the point of view of international law, is either a crime or a sanction. There can be no intermediate options. Either it is a reaction to a breach of international law, or it is in itself a direct breach of international law. One clear example that war should be – and is – considered by the international community to be a legal sanction is the fact that those who have carried out any type of military action have always made an effort to justify it based on the law. Throughout history, affirms Kelsen, states have constantly sought legal arguments with which to justify their wars.<sup>31</sup> It could be said that there is a shared belief that the only war that can be considered as a sanction, and which can therefore be considered a *just war* (or better still, a legal war) is one in keeping with *jus*, in accordance with the legal requirements. Anything else would be a violation of it, i. e. illegalities, crimes. In this sense, Kelsen was to consider that agreements between states such as the Kellogg-Briand Pact, intended to prohibit war, may be positive in the political field; however, in the legal field they are absolutely useless, since war was already generally prohibited by customary international law.<sup>32</sup> As a sanction, there is no doubt that it is a crude instrument: due to its objective nature, most of the time it makes the innocent civilian population pay for the excesses carried out by their rulers. But Kelsen insists that eliminating it is not only a matter of political will, but of legal technique. If the intention is to eliminate war from the international scene, then it is necessary to act like a surgeon “who must know exactly the function of the organ he proposes to remove from the human body in

<sup>29</sup> Kelsen, Teoria Generale del Diritto e dello Stato, 2009, 13.

<sup>30</sup> Kelsen, Principles of International Law 2003, 28.

<sup>31</sup> Kelsen, La technique du droit international et l’organisation de la paix, Revue du Droit International et de Législation Comparée 61 (1934), 255. A comprehensive collection of more than 400 war manifestos can be found on the Yale University website, stretching from the 15<sup>th</sup> century to World War II. Hathaway and Shapiro have summarised an analysis of the manifestos, presenting some interesting conclusions: 69 % of the manifestos mention self-defence as a reason; 47 % mention fulfilling obligations arising from a treaty, 42 % allege the reparation of injuries suffered, etc., *Hathaway/Shapiro*, The Internationalists and Their Plan to Outlaw War, 2017, 43.

<sup>32</sup> Kelsen, Théorie Générale du Droit International Public. Problèmes choisis, Recueil de Cours 1932, 120 (135).

order to maintain and stimulate life in that body".<sup>33</sup> Eliminating war, therefore, would only be viable in the event that another mechanism capable of exercising coercion in the international arena was established. The Viennese jurist concentrated all of his efforts on that. But as long as such a mechanism is not instituted, war can only be accepted as a sanctioning instrument. This is symbolic, perhaps, of the precarious and primitive situation in which international law finds itself and, at the same time, of the paradoxical foundations of its legal nature.

### III. The groundwork for international justice

From Kelsen's American exile, two internationalists works may be highlighted: *Essential Conditions of International Justice* (1941) and *The Strategy of Peace* (1944). They are part of the process of intellectual evolution that would conclude in his famous book *Peace Through Law*. The two texts coincide in pointing out the importance of an international court in establishing a stable world peace. As long as states do not agree to submit their differences to the authority of a permanent court endowed with a binding jurisdiction, war cannot be effectively eliminated from international law. Various points must be addressed in order to place this idea's foundations and consequences in their proper context.

The Second World War was raging when Kelsen wrote these two texts. The League of Nations and the Kellogg-Briand Pact had ultimately failed in their task of keeping the peace. Faced with this, instead of adopting a defeatist attitude, Kelsen warned of the dangers of discouragement and redoubled his efforts on his theoretical work. Whereas the 1941 text takes the tone of a critical analysis, in the 1944 text he was thinking above all about the new society that might arise from the ashes of war. He was offering, in the clearest and most concise way possible, his recipe for preparing the international justice of the future. It was a future which, still today, is our present. If we consider that Kelsen – unlike many other scholars<sup>34</sup> – remained faithful to the postulates of his pure theory of law, then it may be noteworthy to look inside the article that bears the title *Essential Conditions of International Justice*. One of his most incisive criticisms of the Covenant of the League of Nations had focused on the abusive use of the "proud" term *justice*, related to a lack of care taken in its legal technique. Nevertheless, the stance Kelsen adopts in the 1941 text as regards the idea of justice turns out to be nothing more than a reaffirmation of his well-known ethical scepticism. As he would do at greater length a few years later,<sup>35</sup> he begins his text by questioning the concept of justice and verifying how the efforts by the greatest philosophers in history to give content to that concept have been fruitless. Whether one thinks one way or another, justice ends up being reduced to a subjective matter, to value judgements contaminated by individual emotional factors. This implies rejecting the idea that judgement about what is fair or unfair can be made according to objective and rational criteria. This is why a *pure theory of law* like the one that Kelsen intended to construct found itself in need of establishing a sharp distinction between *valid*

<sup>33</sup> Kelsen, *Revue du Droit International et de Législation Comparée* 61 (1934), 253.

<sup>34</sup> Söllner, From Public Law to Political Science? The Emigration of German Scholars after 1933 and Their Influence on the Transformations of a discipline, in: Söllner/Ash (eds.), *Forced Migration and Scientific Change. Émigré German-Speaking Scientists and Scholars After 1933*, 1996.

<sup>35</sup> Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, 2008.

norms and *fair* norms. The normative validity can be determined in an objective and rational way by taking other norms from the legal system itself as references. The fairness of norms, on the other hand, can only be determined according to criteria detached from law.<sup>36</sup> As a result, determining whether a norm is fair or unfair is a task that is not the responsibility of the jurist – or at least not when the jurist is *acting as a lawyer*.

This postulate applies exactly the same when we talk about the international scenario. Kelsen distinguishes two main ways of conceiving international justice, both of which have to do with the problem of territorial regulation. One model would be that of the self-determination of peoples, which is a democratic model based on the protection of minorities and which recognises the equal value of all races, religions and nations. The other model would be the *Lebensraum* (“living space”) advocated by National Socialism, which is based on the superiority of some races and nations over others and, consequently, gives superiors the right to invade and plunder inferiors.<sup>37</sup> In the same way that the conflict between socialism and capitalism cannot be resolved rationally, neither can the conflict between the self-determination of peoples and imperialism. Science – and let us remember that law was a science for Kelsen – cannot resolve conflicts of values.

Such a conclusion may be disappointing, but with it Kelsen confronts us with the gorgon of power that inevitably hides behind the law. The quandary is not resolved if jurists are unaware that they are also citizens, if they do not take off their lawyer's gown for a moment to take sides, if they do not get politically and ethically involved. However, the gown must necessarily be removed. Jurists must always take sides without mixing up the different areas of knowledge, which must remain separate. In order to preserve its status as a science, law must preserve its autonomy with respect to politics or morality – areas where objectivity is not possible. That does not mean that the jurist as a person must therefore be amoral or apolitical, but it does mean that when they are working with norms they must do so without confusing their moral and political preferences with the demands of the legal sphere. Kelsen is clear in this regard, and that is how it is understood on reading his work. For him, pacifism is preferable to imperialism. The equality of all peoples is preferable to the superiority of some peoples over others. As republics are preferable to monarchies, or democracies are far more preferable to autocracies. In order to defend such values, he would give a subtle twist to his argument and stand by a strictly practical ideal: in reality, an equivalence can be made between justice and peace, since justice can be understood as a situation of social order in which there is no violence by some people against others. To that extent, a demand for justice is a demand for peace. Justice is stripped of all metaphysical attributes so as to become “peace guaranteed by law”.<sup>38</sup> Hence, the term *international justice* should be understood as synonymous with international peace. Once again, what international peace needs most is constant improvement of international law.

<sup>36</sup> This is what he states in the first edition of his *Pure Theory of Law*, stating that his doctrine “is intended (...) to describe law as it is, without legitimising it as fair or disqualifying it as unfair; it asks about real and possible law, not about correct law” (Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, 17).

<sup>37</sup> Kelsen, Essential Conditions of International Justice, American Society of International Law Proceedings 35/3 (1941), 70 (71).

<sup>38</sup> Ibid., 72.

In pursuit of a technically evolved international law removed from primitivism, Kelsen defended the need to create a permanent court with a binding jurisdiction, as we have mentioned above. But before stating the characteristics of such a court, we must remember that the matter of international jurisdiction had been the subject of agitated theoretical controversies since the times of Weimar. Hersch Lauterpacht described these disputes in great detail in his book *The Function of Law in the International Community*. In the book, he makes an allegation against theories that distinguished between international conflicts of a legal nature and those of a political nature, considering that the former were likely to be submitted to the authority of a court, while the latter were not. Hans Morgenthau's doctoral thesis, read in 1928 and published in its French version in 1933, is one of the most significant examples of such stances. Lauterpacht would agree with Morgenthau – and also to a certain extent with Schmitt – that there is no criterion that makes it possible to unequivocally differentiate between purely legal conflicts and political ones. However, he comes to a completely opposite conclusion. The impossibility of distinguishing what is political from what is legal leads Morgenthau to consider that ultimately everything is political and that, consequently, the role of international courts should be minimised. Lauterpacht, on the other hand, was to consider that any subject matter, regardless of its seriousness or whether it affects the national interest or honour, can be resolved by applying the law.<sup>39</sup> This would not only constitute a theoretical postulate, but was to be confirmed by experience in numerous practical cases in which the courts were capable of successfully resolving cases of an undoubtedly political nature.<sup>40</sup> By thus combatting the arguments of those who, excusing themselves via the myth of sovereignty, sought to free states from being subject to the normative force of law, Lauterpacht upheld the role of judges and binding courts as indispensable elements of international law.

This same stance was championed by Kelsen, albeit with significant nuances, since Lauterpacht would reject his teacher's positivism to adopt a natural law perspective, like Verdross.<sup>41</sup> The exalted defence of a court's central importance as an essential institution to pacify international relations must be placed in the context of the postulates that make up the pure theory of law. Defending the need for an international court with a binding jurisdiction is nothing less than defending the primacy of law over politics. The postulates adopted by Kelsen in the domestic sphere can be fully extrapolated to the international sphere. In the same way that in the Weimar Republic it was the jurisdiction<sup>42</sup> – and not the head of state, as Schmitt maintained<sup>43</sup> – that had to remain vigilant over the legal order as a whole, in the international arena it must also be a jurisdictional body – and not the mere balance of forces between the different states – that should remain vigilant over international legality. The centralisation of the function of determining whether an illicit act has occurred and of determining the sanction that such an offence incurred was for Kelsen the greatest technical advance to which international law at the time was in a position to aspire. As has already been noted, war cannot be recognised as a valid sanction in keeping with

<sup>39</sup> Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 2011, 166.

<sup>40</sup> Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 2010.

<sup>41</sup> Verdross, *Règles générales du droit de la paix*, Recueil des Cours 1929, 271–517.

<sup>42</sup> Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, in: Schmitt/Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, transl. Sánchez and Brie, 2009.

<sup>43</sup> Schmitt, *El defensor de la Constitución*, in: Schmitt/Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, 2009; Schmitt, *Teología política* 2009.

international law without immediately noticing the technical precariousness afflicting a system with such a crude sanctioning instrument and the need to articulate ways of overcoming such examples of legal primitivism. Kelsen fully recognised this situation and in successive works he developed a complete critique of war as a sanction that would enable him to advocate for a technical purification of this punitive mechanism. We can sum up this criticism based on four characteristics that accompany war as a legal sanction: it follows the dynamics of *self-authorisation*, is based on the principles of *collective responsibility*, of *objective (strict) responsibility*, and does not take into account the principle of *proportionality*.

### 1. Self-authorisation

*Self-authorisation* may be considered the most significant characteristic of war as a sanction, at the same time that it implies “the most serious technical defect” of international law.<sup>44</sup> The international sphere would be characterised by strong institutional decentralisation, that is to say, by the absence of central bodies producing and applying the law in accordance with the principle of division of labour. Two phases could be distinguished in the application of general norms: 1) the determination that events have occurred that give rise to the sanction stipulated by law, and 2) the implementation of the sanction, by force if that is the case. In the absence of centralised bodies in international law, the two phases are entrusted to states themselves as subjects whose rights have been violated. Customary international law delegates to the state first the power to establish that its own interests have been affected by another subject (generally another state) that has acted in contravention of international regulations. Secondly, it also delegates to the states the power to materially implement the corresponding sanction – war or reprisals – in the event that the state considered to be the offender does not repair the damage caused. From such a perspective, it seems clear that self-authorisation is not anarchy. For Kelsen, it is not that there is no law in the international arena, but that it exists with a significant degree of decentralisation. From a logical legal point of view, it is customary international law that *delegates* in the state the capacity to satisfy its own right. The state acts in this case not as a sovereign entity – which some, like Schmitt,<sup>45</sup> consider to be endowed with a *jus belli* – but as a true body of the international community.<sup>46</sup> Kelsen would maintain that it is possible to centralise the first of the phases of the regulatory application, that is, the determination that an unlawful act has been committed, transferring such power to a specialised body. However, the international community would be poorly prepared to decentralise the second phase of regulatory application, that is, the material undertaking of war or reprisals, given the material difficulty of setting up some kind of executive body or world police force.

<sup>44</sup> Kelsen, Théorie Générale du Droit International Public. Problèmes choisis, Recueil de Cours 1932, 130.

<sup>45</sup> Schmitt, Der Begriff des Politischen, 1932, 33.

<sup>46</sup> Kelsen, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, Recueil des Cours 1926, 227 (318).

## 2. Collective responsibility

In order to understand the critique of war as a *collective sanction*, one must take into account that in Kelsenian theory those subject to the norms of international law are not the states themselves, but the individuals whose conduct can be attributed to the state.<sup>47</sup> People, not states, commit crimes. However, traditionally, when those people (authorities, political leaders, etc.) fail to comply with the mandates of international law, it is not them, but the population of the state they represent who bear the consequences of their non-compliance. Indeed, war as a coercive instrument is not likely to affect only a handful of specific individuals, but it always affects a more-or-less large group of people. In Kelsen's words, "retaliation or war does not reach the state agents that have violated international law, but the mass of persons who make up the people".<sup>48</sup>

## 3. Objective (strict) responsibility

For this reason, unlike in modern legal systems where the principle of subjective or fault-based responsibility prevails, in international law the principle of objective or *strict responsibility* predominates. This is a direct consequence of collective responsibility: if the sanction is applied against a party that was not the individual bound by the norm, then it cannot be applied only against the party that has acted with wilful intent or negligently. What matters in international law is the result: the fact that objectively there has been damage in a state's sphere of interests. It does not matter if this damage was caused by fault or negligence, since there is no way that these can be determined if it is considered that the party receiving the sanction in a general way is the state or the people as a whole.

## 4. Unproportionality

Finally, although war continues to be the coercive instrument *par excellence* in the field of international law, it is not possible to maintain the desired proportionality between the seriousness of the offence and the intensity of the sanction. Attempts to limit warfare via the traditional *jus in bello* or contemporary international humanitarian law, have only managed in a few cases to reduce the destructive potential of war; but they are clearly insufficient to achieve the proportionality that a functional conception of law would require. Nor does the difference in degree between war and reprisals imply observance of the principle of proportionality. Kelsen writes:

"It is true that reprisals and war involve two different degrees of sanction (...); but international law does not decide in favour of one or other of the sanctions, whose difference depends on the seriousness of the international crime, against which the sanction is the reaction. According to general international law, the injured state is free to choose the sanction with which it wishes to react against the person who injured it, without taking into account the seriousness of the crime, that is, the type of injury."<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Kelsen, Teoría General del Estado, 2008, 87.

<sup>48</sup> Kelsen, Théorie Générale du Droit International Public. Problèmes choisis, Recueil de Cours 1932, 131.

<sup>49</sup> Kelsen, Derecho y paz en las relaciones internacionales, 1996, 133.

With this rationale, the creation of a strong international court is Kelsen's great commitment on the path towards the modernisation of international law. In *Essential Conditions of International Justice* as well as in *Strategy of Peace*, we can find the first traces of that court as conceived by Kelsen, which would be described in great detail in *Peace Through Law*. In these two texts, which we can call preparatory ones, there is a striking insistence on presenting the process of technical evolution of international law practically as a *natural process*; something that would necessarily happen in the international arena because it has already happened in the domestic arena. It is an image, then, of legal progress that evokes Kant's philosophy, with successive departures from the state of nature and an understanding of peace as the end of history or as the hidden ideal of nature. For Kant, as for Kelsen, the progress of human history seems to depend on the development of legal society. A lasting peace, the former would say, "is not an empty idea but a task that is gradually resolving itself and is always coming nearer to its goal".<sup>50</sup>

In pursuit of this development, the binding jurisdiction of the court that Kelsen imagines – even not excluding possible conciliation procedures – is essential. Establishing a binding jurisdiction is "the strongest possible guarantee for maintaining peace".<sup>51</sup> The path towards pacification in the international arena can only begin by taking away from the states the power to decide whether or not an offence has been committed and bestowing this power on an impartial authority such as a court. Only in this way will the states no longer settle their controversies by themselves through war or retaliation. Establishing an international court with a binding jurisdiction is the first step towards replacing the rationale of the mightiest with the rationale of law. In order to take this first step, it is also essential to end the eternal distinction between legal conflicts and political conflicts, which has the effect of making each of the states believe it has the power to take any conflict out of the jurisdiction of the court.

For Kelsen, as well as for Lauterpacht, any legal order has an objective substratum that would be lost if the determination of the legal or political nature of a conflict did not depend exclusively on the third party between the parties in conflict.<sup>52</sup> The legal system, which has the characteristics of being full and coherent, will always be in a position to offer a response to the claims of the parties in dispute. The argument, typical in realism, which puts forward the impossibility of legally resolving a certain dispute (alleging the inexistence of a norm applicable to the case or else alleging the political and non-legal nature of the conflict), in reality would be hiding the excuse of a party that simply does not agree with the law in force or believes that it would be harmed if it were applied. But it is far from a simple task to get states, clothed in their fine sovereignty, to allow an external body such as an international court to impose its criteria on them. Kelsen was not naïve.<sup>53</sup> Even when defending the strict independence of legal matters from the political sphere, he does not fail to address the political circumstances upon which the norms of law are based. In this sense, he considered that in order to achieve the establishment of the court, the greatest possible number of states must sign an international treaty that would give rise to the organisation that

<sup>50</sup> Kant, La paz perpetua, in: Kant, *Ensayos sobre la paz, el progreso y el ideal cosmopolita*, 2009, 141 (187).

<sup>51</sup> Kelsen, *Peace Through Law*, 1944, 56.

<sup>52</sup> Ibid., 28.

<sup>53</sup> He has even been tagged as a "political realist", Schuett, *Hans Kelsen's Political Realism*, 2021.

was to establish that court.<sup>54</sup> If it happened after a war – as Kelsen clearly thought was the case at the time – both winners and losers should be encouraged to sign it. The greater the tendency towards universality, and the bigger the alliance, the more one could impose political pressure and isolation on those remaining outside it, that is, those who did not want to give up the use of violence to resolve their conflicts.<sup>55</sup> Following this idea, in order to be part of the new international organisation that he was thinking of, it would suffice to have a unilateral declaration by the state that wanted to join, with no need for express acceptance by the states that were already members. But their adhesion had to be formulated without reservations: being part of the alliance had to necessarily imply acceptance of the court's jurisdiction over any dispute that might arise among them, regardless of the possible seriousness of the case or importance of the interests in play.

In order to carry out the sentences handed down by the court, ideally an international police force would be created. But such a police force would only be possible on the condition that there was a corresponding obligation for states to disarm or drastically reduce their weapons,<sup>56</sup> thus establishing a worldwide monopoly on the legitimate use of force. Since international society was not yet ready to take that step, Kelsen advised maintaining the principle of self-help that had traditionally governed primitive legal systems, and authorising the affected states to implement the court's decisions, whether alone or in coalition. Even so, he proposed an element that marked out the path towards the rationalisation and control of such implementation, and consequently again a way to overcome legal primitivism. That element was supervision by an administrative body over the implementation of the sentence by individual states. The main task of this administrative body, called the *Council*, should be to implement the court's decisions. The possibility of exercising a binding jurisdiction over the covenant's member states was undoubtedly a great advance in the technique of international law. However, the qualitative leap allowing legal primitivism to be left behind can only be achieved by introducing the international criminal liability of individuals. Kelsen insists that each breach of international law is carried out by specific individuals, with names and surnames. However, the immunity that these individuals – the state agents – have traditionally enjoyed has prevented them from being judged by other states, leaving their responsibility to dissolve within the pain of collective sanctions inflicted on the populations of the states on whose behalf they acted. By setting up an international court with the capacity to judge individuals, Kelsen proposes reversing this rationale: it is the subject's individual liability that excludes the people's collective liability, and not the other way around, as had been the case until then throughout the long history of international law.

As a result, it should no longer be states, but mainly people, human beings of flesh and blood – whose responsibility can indeed be determined individually and subjectively – who should be prosecuted by the international court. The establishment of individual responsibility is the great step forward towards the complete elimination of war. In Kelsen's words: "individual responsibility (...) is probably the most radical step that is possible within a legal order which shall maintain the character of interna-

<sup>54</sup> Kelsen, The Strategy for Peace, American Journal of Sociology XLIX (1944), 381 (388).

<sup>55</sup> Kelsen, Peace Through Law, 1944, 66.

<sup>56</sup> Kelsen, American Journal of Sociology XLIX (1944), 389.

tional law".<sup>57</sup> With these ideas, the groundwork has been laid for us to definitively approach the Nuremberg trials.

#### IV. In view of the London Agreement

The fourth Kelsenian work in which we wish to focus here is *The Rule Against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals*, published in the autumn of 1945. France, the United States, the United Kingdom and the Soviet Union signed the London Agreement on 8<sup>th</sup> August 1945, establishing the Statute of the International Military Tribunal. Based in Nuremberg, the court would be responsible for judging crimes committed by Axis war criminals. The London Agreement therefore certifies the victorious powers' intention to put the defeated on trial. Although it was a trial afflicted by multiple defects seen from the view of standard contemporary legal guarantees, the decision itself is enormously valuable for history and was not without controversy. On the contrary, it was difficult to reach a consensus, requiring intense diplomatic negotiations. Churchill himself was clearly against holding any kind of trial. The British Prime Minister was of the opinion that surprises and even acquittals occur in trials! He would have preferred to determine the culprits through inquisitorial committees<sup>58</sup> to summarily execute them afterwards.<sup>59</sup> Public opinion in the allied countries, which had had to bear the brunt with so many victims, did not appear keen on the idea of prosecuting war criminals in a trial, either. A poll carried out in the

<sup>57</sup> Kelsen, Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals, California Law Review 31 (1943), 530 (565 f.).

<sup>58</sup> The Moscow Declaration of 1943 had determined that individual responsibilities should be established, though it did not necessarily follow that it should be done through a judicial procedure or trial. The option of a *political* trial, and not a judicial one, was a recommendation from Franz Neumann himself, who also served as an advisor to the U. S. government: "These cases can be brought before an international tribunal or one made up of the allies. But political experience seems to advise opting instead for a political agency. Such a trial would avoid the difficult and intricate question of the law applicable to the treatment of criminals (...) an international political body or one composed of allies could apply the recognised principles and standards of criminal law without being obliged to follow any particular system." Neumann, Problems Concerning the Treatment of War Criminals, in: Laudani (ed.), Secret Reports on Nazi Germany. The Frankfurt School Contribution to the War Effort, 2013, 456 (462). It is worth noting the intense advisory work carried out between 1943 and 1949 by Neumann, together with other members of the Frankfurt School, such as Herbert Marcuse and Otto Kirchheimer, for the Office of Strategic Services; and which Raffaele Laudani compiled into a volume. The fact that the U. S. government was of the same opinion as these intellectuals, taking into account their ideological profile (which we could call *heterodox*) shows the difficulty of the task of managing the end to the conflict and the post-war scenario. But it also bears testimony to the commitment of those emigrated intellectuals who, like Kelsen, put their knowledge at the service of the intelligentsia of the country that had welcomed them. In contrast, other members of the Frankfurt School, such as Adorno and Horkheimer, devoted themselves to writing *Dialectic of the Enlightenment* from sunny California while the war was still raging, Salter, The Visibility of Holocaust: Franz Neumann and the Nuremberg Trials, in: Fine/Turner (eds.), Social Theory after the Holocaust, 2000, 212.

<sup>59</sup> Hathaway/Shapiro, The Internationalists and Their Plan to Outlaw War, 2017, 255; Nino, Juicio al mal absoluto ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de derechos humanos?, 2015, 54.

United States a few days after the capture of Hermann Göring shows that only 4 % of the people surveyed agreed with the idea of putting him on trial. On the contrary, 56 % opted for “hanging, shooting, execution, beheading or capital punishment” and 15 % expressed the desire to be “killed slowly, tortured to death, forced labour and left to die of starvation or dismembered”.<sup>60</sup>

The idea of the trial finally took hold, and Robert Jackson’s opening words as U. S. Attorney on 21<sup>st</sup> November 1945, perhaps give the measure of the need for it:

“That four great nations, flushed with victory and stung with injury, stay the hand of vengeance and voluntarily submit their captive enemies to the judgment of the law is one of the most significant tributes that power has ever paid to reason.”<sup>61</sup>

Jackson’s words indicate what is probably most valuable about Nuremberg: respect for the rationale of the rule of law. It was to be a legal instrument such as the London Agreement, and not military superiority, that would determine how war criminals were dealt with. It would be a court, not the blind desire for revenge, which passed down the punishment to be imposed. It was about making the reasoning of law prevail against the irrationality of a power not subject to limits. But it was also about affirming the common humanity of the victims and perpetrators. That is precisely the presupposition of the law, and of submission to the law. In the words of Hannah Arendt, the law presupposes that “we have a common humanity with those whom we accuse and judge and condemn”.<sup>62</sup> We owe it to the victims to show them that we take the crimes they have suffered seriously by calling the perpetrators to account. And we also owe it to the perpetrators, because by holding them accountable for the crimes they have committed, we treat them as responsible agents, as agents whom we can and must call to account for their actions.<sup>63</sup> In this sense, it can be said that judging humanises the judge and the judged. And not only that: the more serious the crime prosecuted, and the greater asymmetry we find between the criminal conduct and the treatment that the accused should be given in the trial, then the greater the meaning that the procedural guarantees acquire, and the greater the legitimacy of the process.<sup>64</sup> Hence, the response in accordance with the rationale of the rule of law, which demanded that the Axis criminals be put on trial, was seen not only as an end in itself, but also as a means by which a message was sent to the world. If this message had to be synthetically reconstructed, it could be said that it consisted of affirming that the rebuilding of the new world order should have the rule of law as its pillar. To send that message and prepare for the Nuremberg trials, the U. S. Prosecutor Jackson, through the War Crimes Office, availed himself of the advice of various European jurists who had been closely acquainted with the horrors of war. Among them, of course, was Hans Kelsen. The Viennese man’s role was especially relevant in introducing international criminal responsibility into the London Agreement. In

<sup>60</sup> Hathaway/Shapiro, The Internationalists and Their Plan to Outlaw War, 2017, 256.

<sup>61</sup> Jackson, Opening Statement for the United Stated of America, International Military Tribunal, 1945, 1; online: <https://digitalcommons.law.uga.edu>.

<sup>62</sup> Arendt, Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil, 2006, 251 f.

<sup>63</sup> Duff, Authority and responsibility in international criminal law, in: Besson/Tasioulas (eds.), Philosophy of International Law, 2010, 589 (593).

<sup>64</sup> Ferrajoli, Razones jurídicas del pacifismo, 2004, 53.

July 1945, Kelsen travelled to Washington to technically review the work of Jackson's team. Among other things, he took issue with the statement "The Tribunal is bound to consider (...) that the following acts constitute criminal breaches of international law". The experienced professor considered that such wording was imprecise and was likely to cause significant complications on applying sanctions, since it did not take into account the reality of the sanctions established by international law, which – with exceptions<sup>65</sup> – were collective rather than individual sanctions. That is why Kelsen explicitly suggested introducing a provision relating to individual responsibility. He even suggested the wording of said provision: "[any person who breaches] international law that prohibits the use of force (...) may be individually responsible for these acts (...) and may be prosecuted and punished by the court".<sup>66</sup> Prosecutor Jackson understood the warning perfectly, and in one of his reports he writes:

"Hans Kelsen is worried over the absence of any norms of international law on the subject of individual responsibility. He thinks a definite declaration is essential (...) I think it would be worthwhile to include it to prevent discussion as to whether or not the law provides for such responsibility."<sup>67</sup>

Jackson insisted that the London Agreement should clearly provide for the individual responsibility of the accused, and as a result Art. 6 stipulated that

"The Tribunal (...) shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes".<sup>68</sup>

In this article, which was essential in the course of the trials, we can find a more direct and visible trace of Kelsen's influence in Nuremberg.<sup>69</sup> However, introducing individual criminal responsibility via this new norm of international law threw up a subsequent problem that is a not minor one: was it legitimate to apply sanctioning norms retroactively? Would this not incur a breach of the general principle of non-retroactivity of the criminal rules? These are precisely the issues that Kelsen addresses in his work *The Rule Against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals*, arising from one of eight reports he wrote for the War Crimes Bureau.

With the text of the London Agreement in hand, Kelsen drew attention to some of the problems that are still typical of what we call transitional justice or post-conflict justice today. He begins by raising the question of the legality and legitimacy of retroactive criminal norms. Often the most serious crimes, the massive violations of

<sup>65</sup> Extensively Kelsen, California Law Review 31 (1943), 534 ff.

<sup>66</sup> Kelsen, Report, 1945, 4 f., in: Robert Houghwout Jackson Papers, Library of Congress, Manuscript Division, Washington D. C.

<sup>67</sup> Jackson, Memorandum, 5 July 1945, box 104 -10, Robert Jackson Papers, Library of the Congress, Washington D. C.

<sup>68</sup> The crimes established in the Statute were: a) crimes against peace; b) war crimes and c) crimes against humanity.

<sup>69</sup> Garcia-Salmones, The Project of Positivism in International Law, 2013, 365. Kelsen's advice was, however, less influential in other regards such as the stance taken by the U. S. Prosecutor's Office regarding crimes of aggression. It should be noted that Kelsen's personal involvement in preparing the trials probably helped him obtain U. S. citizenship more quickly (on 28<sup>th</sup> July, 1945), as well as being offered a permanent place at the University of California, Olechowski, in Telman (ed.), Hans Kelsen in America, 2016, 110).

human rights, whether in times of war or not, are committed in dictatorial regimes under the protection of state regulations. A change of regime entails the annulment of those norms and the creation of new ones. The problem of retroactivity arises, then, whenever somebody is tried for actions that were not classified as crimes at the time they were committed. The non-retroactive nature of criminal law is a legal principle enshrined in all modern legal systems as a clear principle of justice. Nevertheless, it does not seem correct that those who have previously modified the law to commit serious human rights violations intend to be judged by their own law. Could the leaders of National Socialism be protected by that same principle? Could they avoid prosecution by resorting to a principle they had eliminated from German law themselves during their years of rule? Even so, on the other hand, the principles of law maintain their value in contexts where they do not enjoy the favour of the majority. What sense would a principle have that we can make exceptions for when it benefits someone who does not enjoy our sympathies?

Kelsen provides us with a meticulous analysis of the problem. On the one hand, relying on Blackstone, he shows us the “original meaning” of *ex post facto* laws and their ancient prohibition, which dates back to Roman law. On the other hand, he specifies their validity within the scope of a modern positivist view of law. The foundation of the principle of non-retroactivity of norms regarding sanctions is found in the idea that the law must be known in order to be obeyed or violated. We question the retroactivity of unfavourable criminal norms because the individual did not have the opportunity to avoid the sanction. However, this principle – whose rationale is so evident – conflicts with another principle arising from the very practical demands of applying the law: the principle that ignorance of the law is no excuse.<sup>70</sup> Kelsen shows us that a more precise formulation of the principle of non-retroactivity of criminal law and its role in legal systems arises from the tension between the two principles. The requirement of awareness of the law does not demand knowledge of the content of it so much as the possibility of being aware of it. In other words, the principle of non-retroactivity does not demand that the defendants (for example, in the Nuremberg trials) should have known that their conduct would lead to a sanction in the future, but that they could have foreseen that possibility. There is a substantial difference, Kelsen tells us, between a retroactive norm that converts an *innocent* or *irrelevant* act when it was committed into a crime and a retroactive norm that attributes a sanction to an act that was previously considered illegal – or, if we use Blackstone’s terminology as Kelsen does, not innocent or legally or morally irrelevant.

At the Nuremberg trials, the tribunal would be competent to judge crimes against peace, war crimes and crimes against humanity. These three types refer to conduct that was already considered illegal prior to the London Agreement itself. Acts such as the violation of treaties, ill-treatment of the civilian population, or persecution on racial grounds are certainly “open violations of the principles of morality generally recognized by civilized peoples and hence were, at least, morally not innocent or indifferent when they are committed”.<sup>71</sup> The new concept lies not so much there but in the establishment of individual responsibility for these actions, especially as regards the offence of crimes against peace and crimes against humanity. Indeed, although

<sup>70</sup> Kelsen, The Rule Against Ex-Post Facto Laws and the Prosecution of Axis War Criminals, *The Judge Advocate Journal*, 2 (1945), 8 (9).

<sup>71</sup> Ibid., 10 f.

it was less complicated to apply war crimes in Nuremberg since the norms of international humanitarian law pre-existed the punishable acts, the application of the types of crimes against peace and crimes against humanity was more controversial among the jurists of the time. The category of crimes against humanity was, in fact, entirely new, and its introduction in the London agreement owes much to one of Kelsen's students in Vienna, Hersch Lauterpacht. As Philippe Sands has narrated magnificently in *East-West Street*, it was in a meeting held in July 1945 when Lauterpacht convinced Jackson to introduce the new criminal definition<sup>72</sup> in order to sanction what until then had imprecisely been called *atrocities*. By coining the concept of crimes against humanity, Lauterpacht intended to provide a legal response to such acts which, due to their particular cruelty and severity, should not go unpunished. For this to be the case, the criminal definition had to cover not only the acts committed during war, but also those that had taken place before it; and not only acts directed against the population of another state, but also those directed against its own population.<sup>73</sup>

It is striking that for crimes against humanity, Kelsen would never provide an articulated reflection, as if the legal technical problems worthy of analysis were not to be found particularly within them or in the international prosecution of them. It should suffice to recall here, however, the surprising assertion he made in 1944 about the existence of "crimes by nature" – not in *lege lata* but in *lege ferenda* – so as to discriminate between offences deserving international criminal sanctions from those that do not deserve sanctions or only a civil sanction. For Kelsen, in the international arena, a crime by nature is a crime "for which the individual perpetrator is punishable if the act is harmful not only to the State directly injured by it but also to the whole international community".<sup>74</sup> As we have reiterated on other occasions, here we find ourselves notably far from the thesis defended by Kelsen in his iusphilosophical work that a crime is simply a conduct to which the legal system attributes the sanction – a fundamental thesis in the economy of its theoretical construction according to which the primary norms that ascribe or impose sanctions are the only legal norms in

<sup>72</sup> As Sands describes in that same book, a different fate befell Raphael Lemkin's proposal to introduce another new criminal definition into the Agreement: the crime of genocide, a crime with its own identity to be found in the intention of eliminating not a set of individuals considered individually (as was the case of crimes against humanity proposed by Lauterpacht), but rather of eliminating a group of people due to their being members of a certain group. The strenuous effort made by Lemkin to champion the application of this new crime led the French prosecution in Nuremberg to include genocide among the charges made at the hearing (*Sands, East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity*, 2016). The reluctance of the U. S. and British prosecutors to refer to genocide did not prevent this new concept from being discussed on several occasions throughout the trial. As a result, the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide would be one of the first major human rights conventions to be approved within the United Nations, on 9<sup>th</sup> December, 1948; one day before the approval of the Universal Declaration of Human Rights.

<sup>73</sup> Thus, the final wording of the criminal definition in the London Agreement was as follows, in Article 6.c: "Crimes against humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.".

<sup>74</sup> Kelsen, *Peace Through Law*, 1944, 117.

the strict sense.<sup>75</sup> The idea of crimes by nature, on the other hand, could have been developed in the analysis and justification of crimes against humanity. But here we enter the sphere of pure speculation, since we can find nothing in this vein in Kelsen's work.

Whatever the case, the seriousness of crimes against humanity was undeniable. Even so, the possibility of the perpetrators being brought to trial for such crimes was put up for discussion, in the same way as criminal prosecution of the perpetrators of crimes against peace. The questioning of different crimes would require different strategies. As regards crimes against humanity, Carl Schmitt – who, let us remember, was arrested and interrogated in Nuremberg for his complicity with the National Socialist regime<sup>76</sup> – would begin by not denying their atrocious nature. In 1945 he would tacitly assert that insofar as they were *mala in se*, crimes against humanity should be punished.<sup>77</sup> Determining how to do so would be quite another matter. Schmitt considered, not without some cynicism, that the disproportionate and “monstrous” nature of such events prevented them from being tried on the grounds of any law, be it national or international. In other words, only an extrajudicial form of punishment, “political justice”, would be appropriate to prevent such atrocities from one day being equated with legal precedents. As Habermas points out, the publication of his diaries years later would make it clear that Schmitt actually wanted to see not only offensive warfare decriminalised, but also the breakdown of civilisation entailed by the annihilation of the Jews.<sup>78</sup> His stance – expressed more freely – leaves no room for doubt:

“What is a ‘crime against humanity’? Are there perhaps ‘crimes against love’? (...) Genocide, a moving concept; I have experienced an example first-hand: the expulsion of the German-Prussian civil service in 1945 (...) Crimes against humanity is only the most general clause of all the general clauses for extermination of the enemy.”<sup>79</sup>

On the other hand, the Plattenberg jurist publicly and clearly considered crimes against peace<sup>80</sup> to be nonsense from the very beginning. He believed that war was

<sup>75</sup> La Torre/García Pascual, La utopía realista de Hans Kelsen, in: Kelsen, La paz por medio del derecho, 2003.

<sup>76</sup> Schmitt's first arrest and detainment occurred on 26<sup>th</sup> September 1945, as part of the de-nazification process. It lasted a little over a year, during which he first spent time in a military detention camp and later a civilian one (*Mehring*, Carl Schmitt. A Biography, 2014, 411). In March 1947 he was arrested for the second time and taken to the Palace of Justice in Nuremberg to testify in one of the secondary trials. After five weeks of interrogation, where he cleverly disassociated himself from his responsibilities with the previous regime (including belonging to the governing board of the *Akademie für Deutsches Recht*, controlled by his friend Hans Frank, the so-called *butcher of Poland*), he was then released (*ibid.*, 418–420).

<sup>77</sup> Schmitt, The International Crime of the War of Aggression and the Principle Nullum crimen, nulla poena sine lege, in: Schmitt, Writings on War, 2011, 125 (127 f.).

<sup>78</sup> Habermas, La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años, in: Habermas, La inclusión del otro. Estudios de teoría política, 1999.

<sup>79</sup> Schmitt, Glossarium. Anotaciones desde 1947 hasta 1958, 2021, Entries 12.3.48, 21.8.49, 6.12.49, among others.

<sup>80</sup> Article 6.a of the London Agreement formulated these as follows: “Crimes against peace: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international

not only a right of states but also the most perfect realisation of the phenomenon of politics. But where Schmitt's presence was felt most in the Nuremberg trials – following his eternal opposition to Kelsen – was precisely in the argument against retroactivity made by Hermann Jährreiss.<sup>81</sup> In fact, the arguments put forward by Jährreiss in the session held on 4<sup>th</sup> July, 1946, ended up perfectly following a work by his admired Carl Schmitt: *The International Crime of the War of Aggression and the Principle "Nullum crimen, nulla poena sine lege"*. This work was originated in the report that the industrialist Friedrich Flick entrusted to Schmitt in May 1945, fearing that businessmen collaborating with the regime could also be prosecuted. Of course, Schmitt shows himself in this text to be a champion of the principle of legality, and of the corresponding principle of non-retroactivity of criminal laws:

"Bringing a normal citizen who does not belong to the dominant political class to that stage and, in addition, doing so retroactively as regards the past, would violate any sense of fairness. In light of the creation of an international crime that is not only new, but absolutely unusual, the principle *nullum crimen, nulla poena sine lege* becomes even more powerful. It is not only a valid principle of positive law, but also a maxim of natural law and morality."<sup>82</sup>

Such an immaculate stance is at the very least striking coming from the same jurist who had extensively justified the retroactive application of the law regarding the so-called *Lex van der Lubbe* in March 1933.<sup>83</sup> Through that law, the death sentence was imposed on the young Dutch anarchist Marinus van der Lubbe, accused of causing the famous Reichstag Fire on 27<sup>th</sup> February that same year, a pretext that was used by Hitler to suspend constitutional rights and declare a state of emergency. In the same way, Schmitt did not hesitate to justify the legality of the purge known as the Night of the Long Knives. The *Kronjurist*'s words can only be a privileged piece in the history of legal infamy:

"The *Führer* protects the law from the worst kind of abuse when, in the moment of danger, he immediately creates law by virtue of his leadership as the supreme judicial authority (...). The true *Führer* is always a judge as well. From his domain as *Führer* flows his domain as judge."<sup>84</sup>

treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing.”.

<sup>81</sup> Hermann Jährreiss was a good exponent of the National Socialist international law doctrine. Ever since his habilitation thesis, presented in 1923, he questioned the binding nature of the obligations imposed by the Treaty of Versailles on Germany. Later, when he held the Kelsen chair in Cologne, and especially after 1939 with the outbreak of the war and influenced by Schmitt's *Großraum* doctrine, he dedicated himself to justifying the Third Reich's expansionist policy, *Weinke*, Law, History and Justice. Debating German State Crimes in the Long Twentieth Century 2019, 95.

<sup>82</sup> Schmitt, The International Crime of the War of Aggression and the Principle Nullum crimen, nulla poena sine lege, in: Schmitt, Writings on War, 2011, 196.

<sup>83</sup> Schmitt, Nationalsozialismus und Rechtsstaat, Juristische Wochenschrift 1934, 713–718. This essay comes from a talk that Schmitt gave in Cologne in the presence of Hans Frank. In it, he harshly criticises the formalism imposed by the rationale of the rule of law, which were an obstacle to the “National Socialism's spirit of justice”, *Mehring*, Carl Schmitt. A Biography, 2014, 317.

<sup>84</sup> Schmitt, The Führer Protects the Law, in: Rabinbach/Gilman (eds.), The Third Reich Sourcebook, 2013, 63 (64).

The totalitarian concept of law proposed by Schmitt here implies the most radical denial of the principle of legality, the death of the very essence of law,<sup>85</sup> if we consider that the prohibition of arbitrariness, the principle of separation of powers and the principle of all being equally subject to the law are part of the basic content of what we understand by law.

In *The rule against non-retroactivity*, with the *Lex van der Lubbe* and of other examples of National Socialist retroactive legislation for sanctions in mind, Kelsen wondered if, given that the Nazis themselves abolished the rule against non-retroactivity, they had a right to be protected by it. He puts it succinctly, making it clear that it is an “additional argument”,<sup>86</sup> not a main reason, to apply the sanctions established in the London Agreement retroactively. Even so, and although Kelsen’s considerations were far from the inconsistencies of the opportunist Schmitt, the Viennese man’s stance seems here to abandon the demands of methodological purity. Again, the alarms would sound for any positivist on hearing statements like this: “The non-application of the rule against *ex post facto* laws is a just sanction inflicted upon those who have violated this rule and hence have forfeited the privilege to be protected by it”.<sup>87</sup> A few pages before this statement that ends his article, we find other surprising references to the principle of criminal non-retroactivity as a value of justice; and, as a value, a relative one, that is, not conceived without restrictions. In the event of clashing with another value or principle of justice, the most important principle must prevail. And in this case, what was important was to bring the war criminals to trial, avoiding impunity. Kelsen seems to be touching upon a new way of looking at law, no longer as the empty container of content that it is in his pure theory, but as a system that is perhaps endowed with some substantial, inalienable content. Is this the case, or is it a mirage? We shall have to look at his work from 1947 to see what direction his international thought was evolving towards, after the Nuremberg trial was over.

## V. Nuremberg: milestone, but not precedent

The General Assembly of the United Nations, in its Resolution 95 (I) approved on 11<sup>th</sup> December 1946, recognised the validity and legal significance of both the London Agreement and the Nuremberg sentence, and entrusted the International Law Commission with drafting the so-called Nuremberg Principles arising from this historical event. The International Law Commission fulfilled its mission in 1950, using Nuremberg to draw up the guidelines on which the entire development of international criminal law has been based.<sup>88</sup> All of this does not seem to be enough for Kelsen, who in his 1947 text “Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?” is particularly critical of the way the trial was carried out. Nuremberg may be a milestone in the history of international law, the first time an international court has punished those responsible for an illegal war; nevertheless, according to the criteria of the Austrian jurist, in no way can the outcome of that

<sup>85</sup> Scheuerman, Carl Schmitt. The End of Law, 1999.

<sup>86</sup> Kelsen, The Judge Advocate Journal 2 (1945), 12.

<sup>87</sup> Ibid., 46.

<sup>88</sup> Alfaro, Question of International Criminal Jurisdiction, Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, §§ 37 ff.; see also Sands, After Pinochet: the role of national courts, in: Sands (ed.), From Nuremberg to The Hague. The Future of International Criminal Justice, 2003, 68 (83).

trial be taken as a legal precedent in the strict sense. Kelsen's reasons – focusing particularly on crimes against peace – are many and varied. But in all of them there is evident disappointment on seeing that much of his advice and his instructions were not heeded. Although his advice was vital in technically determining individual responsibility, most of the central features of the theory of international law that Kelsen had been carefully drawing up for years were left out of the London Agreement and the considerations expressed by the eight judges in the judgement.

The main reason that leads Kelsen to the resounding assertion that the main Nuremberg trial – contrary to what Jackson asserted – cannot be taken as a precedent for international law concerns the systemic nature of law. Although in that text from 1947 we find few direct allusions to the systematic nature of the legal system (and let us remember that international law is a part of the legal system), we know that it is a central element in Kelsen's theory. Legal norms considered as a whole do not form a disordered sum of elements but a system, a regulatory unit, that is, a legal order. Each norm is related to the other norms in the system through a precise chain of acts of will that imply the implementation of a superior norm, or else the production of a new norm and, in most cases, both actions at the same time. To affirm that a judgement such as the Nuremberg one should become a precedent is to affirm that the provisions in that judgment should become a mandatory norm for judicial bodies of the same or lower rank. A precedent can only be considered as such, according to Kelsen, if it is a law-creating source; that is, if it is mandatory for other legal practitioners. The Nuremberg judgment would clearly lack such binding power. The law-creating source is the London Agreement, and the Nuremberg tribunal limits itself to applying that. The judgement issued by the court would be a particular norm, enforceable only against those convicted; but it would lack the general effects that Jackson intended to attribute to it.

Moreover, the Nuremberg tribunal was created as an *ad hoc* tribunal, and not as a permanent court. In this sense, the judgement could not have binding effects beyond the trial. The permanent nature of an international court capable of prosecuting specific individuals is a central feature of Kelsen's theory. That is why Kelsen, back in 1947, was calling for reform in the Charter of the United Nations to introduce the possibility of individuals being prosecuted by the International Court of Justice; and, he warned, the declaration made by the General Assembly on 11<sup>th</sup> December 1946 on the Nuremberg principles is in no way equivalent to that reform.<sup>89</sup> Ultimately, then, the principle of individual responsibility in Nuremberg was not being established in a general way in international law, but only within the strict context of applying the London Agreement. Furthermore, Kelsen also warned that the Statute of the International Court of Justice, like that of the old Permanent Court of the League of Nations, restricted the mandatory effects of its judgements to a specific case and only between the parties.<sup>90</sup> That is to say, the concept of precedent does not seem to apply

<sup>89</sup> Kelsen, *International Law Quarterly* 1 (1947), 170.

<sup>90</sup> Ibid., 163. The obligation to submit all disputes arising between the members of the organisation to the authority of the court, that is, for its jurisdiction to be binding, implies another of the elements contrary to the requirements formulated by Kelsen that would also make him tremendously critical of the San Francisco Charter and of the Statute of the International Court of Justice (2000:516).

in the dispute resolution system devised within the framework of the United Nations, either.<sup>91</sup>

If Nuremberg cannot be considered a precedent in the strict sense, Kelsen also demonstrates serious reluctance to consider it a precedent in the broad sense; that is, as an example to emulate in future. Kelsen's view was always that punishment of war criminals should be "an act of international justice rather than the satisfaction of a thirst for revenge". To that extent, "the victorious states, too, should be willing to transfer their jurisdiction over their own subjects (...) to the same independent and impartial international tribunal".<sup>92</sup> Clearly, that condition was not met at Nuremberg, where the justice of the victors was imposed on the vanquished.<sup>93</sup> This selective justice, as if it were not possible that the allied forces had also carried out actions contrary to law giving rise to individual responsibility, is undoubtedly the most difficult element to accept within the context of Kelsen's construction, insofar as it involves a violation of the principle of equality under the law. The disappointed Kelsen does not hold back on the harshness of his statements: "the London Agreement has the character of a *privilegium odiosum* imposed upon vanquished states by the victors";<sup>94</sup> such states "made themselves not only legislators but also judges in their own cause".<sup>95</sup> Indeed, the only signatory states of the Agreement, and the only ones that contributed their citizens to serve as judges and prosecutors, were the four allied powers: the United States, France, the United Kingdom and the Soviet Union. Not only were the representatives of the defeated states excluded, but any representative of the neutral states was also excluded. For Kelsen, this situation was a huge mistake, especially when, as the Austrian jurist pointed out, the victorious powers did not stop committing heinous crimes. He implicitly refers to the Soviet Union, undoubtedly responsible for crimes against peace, alluding to "a state" that shared the spoils of the war waged against Poland;<sup>96</sup> although he is careful to avoid mentioning "another state" that dropped two atomic bombs on a civilian population, causing an unpreced-

<sup>91</sup> Mohamed Shahabuddeen has argued that although Article 59 of the Statute certainly forbids the resolutions issued by the Court from being binding to third parties, it can be spoken of as a precedent to the extent that its judgements contain constant references to resolutions previously adopted by the same court in previous cases (*Shahabuddeen*, Precedent in the World Court, 1996).

<sup>92</sup> Kelsen, California Law Review 31 (1943), 564.

<sup>93</sup> It should be clarified with Kelsen that an international court's imposition of individual responsibility on citizens of a state should in any case be accepted by the state via prior acceptance of the court's jurisdiction, Kelsen, Compulsory Adjudication of International Disputes, American Journal of International Law 37 (1943), 397. The case of the Nuremberg Tribunal was special from this point of view, since Germany was at that time under the special situation of a condominium by the four allied powers.

<sup>94</sup> Kelsen, International Law Quarterly 1 (1947), 170.

<sup>95</sup> Ibid., 171.

<sup>96</sup> At the trial, it was established that Germany was guilty of starting twelve wars of aggression (against Poland, France, Great Britain, Denmark, Norway, Belgium, Holland, Luxembourg, Yugoslavia, Greece, the Soviet Union and the United States), but obviously no mention was made about the Soviet Union's aggression against Poland in collaboration with Germany through the Molotov-Ribbentrop pact or the Russian aggression against Finland, Estonia, Latvia and Lithuania.

ented massacre – perhaps because it was the state where he had finally found his exile.<sup>97</sup>

In any case, the lack of impartiality or, at least, the lack of appearance of impartiality that characterised the composition of the Nuremberg tribunal, decisively affected its ability to become a role model. Some years later, Hannah Arendt herself would make some considerations very similar to those made by Kelsen in order to assess the court that tried Eichmann in Jerusalem. The German philosopher considered that the fact that the war crimes committed by dropping bombs on Hiroshima and Nagasaki were never even investigated from a legal point of view can only be understood by the fact that “International Military Tribunals [of Nuremberg, but also the one in Tokyo] were international in name”.<sup>98</sup> The lack of a real international character or the vagueness in delimiting and understanding crimes against humanity expressed in the judgement cannot serve as a model. Indeed, Arendt considered that “part of the failure of the Jerusalem Court was due to its all too eager adherence to the Nuremberg precedent”.<sup>99</sup> The remedy that Arendt suggests for these failures coincides again with Kelsen’s postulates: the creation of a permanent international criminal court;<sup>100</sup> or, as she wrote in a letter to her teacher and friend Karl Jaspers: “the Eichmann case has shown that we need a court for criminal cases in The Hague”.<sup>101</sup>

We have referred to the two most important objections that Kelsen formulated against the Nuremberg trials: their *ad hoc character* and their lack of impartiality. They are not the only ones, but they are the ones he presented most completely. What is important to underline, finally, from his 1947 text is that we once again find clear appeals to the idea of justice, made this time with greater force. As for the ability of Nuremberg to become a precedent, he goes so far as to say that:

“A judicial decision will become a precedent only if the new rule embodied in it is generally considered to be just. The judgement of Nuremberg, even if it complied with all the formal requirements of a true precedent, will hardly be considered as worthy to be followed.”<sup>102</sup>

Furthermore, regarding the retroactivity of the norms applied by the court, he reiterates some arguments already found in the 1945 text:

“The rule against retroactive legislation is a principle of justice. Individual criminal responsibility represents certainly a higher degree of justice than collective responsibility (...) Justice required the punishment of these men, in spite the fact that under positive law they were not punishable at the time they performed the acts made punishable with retroactive force. In case two postulates of justice are in conflict with each other, the higher one prevails; and to punish those who were morally responsible for

<sup>97</sup> For some years it has been known that this caution would not be enough for Kelsen to avoid investigation by the FBI in the days of McCarthyism. The first investigations into him made by the FBI date back to 1944, and remained intermittent until 1955, when his case was closed. They reached their peak when Kelsen came to be interrogated in 1953, *Losano*, Hans Kelsen criptocomunista e l’FBI: In margine al suo libro postumo Religione secolare, Sociologia del diritto 1 (2017), 140 (148).

<sup>98</sup> Arendt, Eichmann in Jerusalem, 2006, 256.

<sup>99</sup> Ibid., 274.

<sup>100</sup> Ibid., 270.

<sup>101</sup> Arendt, Letter to Karl Jaspers dated December 23<sup>rd</sup>, 1960, in: Köhler/Saner (eds.), Hannah Arendt and Karl Jaspers Correspondence, 1993, 418.

<sup>102</sup> Kelsen, International Law Quarterly 1 (1947), 164.

the international crime of the second World War may certainly be considered as more important than to comply with the rather relative rule against *ex post facto* laws.”<sup>103</sup>

It is certainly a complicated task to see how these passages fit into the hard core of Kelsen’s pure theory, characteristic for appraisal and for the clear separation between law and morality. We believe that it cannot be affirmed that Nuremberg and what Nuremberg evokes – World War II, but also the Holocaust – mean much of a turning point in the postulates defended by Kelsen. As shown in the publication of the second edition of the *Pure Theory of Law* in 1960, Kelsen would only reaffirm his positivist postulates. It would also be unsatisfactory to be content with proclaiming the positivist theorist’s incoherence by comparing these passages with others more representative of his extensive work, thus attempting to devalue their scientific worth. On the contrary, it seems to us that the Kelsenian passages quoted here indicate undeniable cracks in the building of pure legal theory. In completely exceptional historical circumstances, the radical separation between law and morality loses credibility.

On 29<sup>th</sup> November 1945, the eighth day of the trial, *Nazi Concentration Camps* was screened. It is a documentary of approximately one hour showing the harshest images of the Dantesque scene the allies encountered when they liberated the concentration camps. The Nazis themselves stirred in the dock at the images of what would turn out to be some of the most compelling evidence.<sup>104</sup> Although the magnitude of the crimes against humanity would take time to be understood, the Nuremberg trials were a fundamental instrument in clarifying the facts. Émigrés like Kelsen could not but feel shocked in the face of the reality they were beginning to realise. Nuremberg confronts us with the worst side of human beings, one that we had never seen, or that we had never wanted to see. It shows dehumanisation within the borders of the so-called “civilised Europe”, a territory where art, science and reason had reached great sophistication and excellence. What is impressive, as well as the horror and the huge evil caused, is the context in which it occurred.

Adorno wondered if poetry could be written after Auschwitz, and what education would be like after Auschwitz. Likewise, it was urgently necessary to ask how to teach law and how to think about law after Auschwitz. Gustav Radbruch is probably the best-known case among the jurists driven to abandon positivism once and for all, under the conviction that *an extremely unjust law is no law*. That is the conclusion underlying the development of international human rights law and the European constitutions of the post-war period. Law can no longer be a container without content. It needs to equip itself with a minimum of substance, which can be no other than respect for the freedom and equality of all human beings. Kelsen seems to lose his bearings at this juncture. Sometimes he seems to intend to anticipate Dworkin and Alexy, pointing to the existence of inalienable principles of justice, and the need to weigh them up between each other in each specific case.<sup>105</sup> It is a move, however, that would not be verified or developed in subsequent works. He would return to the powerful theses of

<sup>103</sup> Ibid., 165.

<sup>104</sup> Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials. A Personal Memoir*, 1992, § 8. It should be noted that at that time, screening an audiovisual as evidence examined in a trial was a completely new concept, so much so that the court had to make a generous interpretation of the procedural rules to allow it to be screened, Douglas, *Film as Witness: Screening Nazi Concentration Camps before the Nuremberg Tribunal*, *The Yale Law Journal* 105 (1995), 449–481.

<sup>105</sup> Kelsen, *International Law Quarterly* 1 (1947), 164.

a positivism that he would never abandon, but he would indeed argue they must be actively backed by unavoidable work in the sphere of politics and morality.

*Cristina García Pascual,*

Universitat de València, E-Mail: cristina.garcia@uv.es

*Jose Antonio García Sáez*

Universitat de València, E-Mail: j.antonio.garcia@uv.es

## Die Rolle der Logik bei Kelsen: Welcher Wandel?

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno\*

### Abstract

This paper tries to analyse in detail the positions Kelsen defended in different works about the role of logic in law. It defends two new theses. (i) Contrary to the majority view, it is argued that there is a continuity of the role logic plays in law along the legal works of Kelsen. It is also argued that this continuity is not broken, as many suggest, by the posthumous work *General Theory of Norms* (1979). (ii) It defends the existence, in the second edition of the *Pure Theory of Law* (1960), of two incompatible positions about the role of logic in law, and that one of these passages, which the traditional interpretation considers the only passage about the topic in this work, is in fact the discrepant part of Kelsen's work about the role of logic in law. Yet, it is argued that this small discrepancy does not mean a rupture in Kelsen's Pure Theory of Law at all.

Keywords: Kelsen – law – logic – Pure Theory of Law

### I. Einführung

Die „Reine Rechtslehre“, Kelsens juristisch-normative Theorie, wurde über einen langen Zeitraum entwickelt. Die Entwicklung begann mit Kelsens im Jahre 1911 veröffentlichter Habilitationsschrift *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*<sup>1</sup> und dauerte bis Mitte der 1960er Jahre, als Kelsen noch aktiv an dieser Lehre arbeitete.

Es darf als bekannt gelten, dass nicht alle Thesen und Argumente der Spättheorie Kelsens zu Lebzeiten veröffentlicht wurden. Wenn man den Zeitraum zwischen der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* (1960) und Kelsens Tod betrachtet, fällt auf, dass viele von ihm in dieser Periode verfasste Arbeiten vor seinem Tod veröffentlicht

\* Ein erster Entwurf dieses Aufsatzes wurde im internationalen Symposium „Aspectos da Teoria de Kelsen“ (Aspekte von Kelsens Theorie) vorgetragen, das in der Päpstlichen Katholischen Universität von Minas Gerais (PUC Minas) im Oktober 2023 stattfand. Eine zweite, weiterentwickelte Version wurde im Kolloquium des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie – Institut für Staatsrecht, Verfassungslehre und Rechtsphilosophie der Universität Heidelberg im Januar 2024 vorgetragen. Ich bedanke mich bei der Päpstlichen Katholischen Universität von Minas Gerais, bei der Universität Heidelberg, bei meinem Kollegen Martin Borowski und auch bei den Teilnehmern beider Veranstaltungen für die Möglichkeit, meine Ideen vorstellen und diskutieren zu können.

<sup>1</sup> Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, 2. Aufl. 1923. Vor dieser Arbeit hatte Kelsen schon seine Dissertation über den Begriff des Staates in Dante Alighieri veröffentlicht. Jedoch enthält diese Arbeit keinerlei Elemente seiner späteren Rechtstheorie (s. Kelsen, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, 1905).

wurden.<sup>2</sup> Dies bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass Kelsen bis zu seinem Tod aktiv war.<sup>3</sup> Andererseits wurden nach dem Tod Kelsens weitere Arbeiten veröffentlicht, darunter die *Allgemeine Theorie der Normen*, die im Jahr 1979 vom „Hans Kelsen Institut“ herausgegeben wurde.

Nach Ansicht vieler Kenner der Kelsenschen Lehre markiert die zweite Auflage der *Reinen Rechtslehre* (1960) das Ende der vorletzten Phase von Kelsens Reiner Rechtslehre und den Beginn der letzten Phase, die von einigen als „Spätlehre“ bezeichnet wird. Die meisten Interpreten der Lehre Kelsens sind der Auffassung, dass es in der Spätlehre viele bedeutende Veränderungen gab.<sup>4</sup> Eine dieser Veränderungen betrifft die Rolle der Logik im Recht. Das Ziel dieses Aufsatzes besteht darin, die Veränderungen in der Rolle der Logik im Recht nach Kelsen zu untersuchen. Im zweiten Abschnitt wird die herrschende Meinung dargestellt, nach der Kelsen in der Spätlehre bedeutende Veränderungen in der Rolle der Logik im Recht vornahm. Im dritten Abschnitt wird eine detaillierte Analyse der Rolle der Logik im Recht nach Kelsen durchgeführt. Im vierten Abschnitt vertrete ich eine von der orthodoxen Deutung abweichende These. Diese lautet: In der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* vertritt Kelsen zwei miteinander unvereinbare Positionen über die Rolle der Logik im Recht. Auf der Grundlage der vorangegangenen Analyse will ich eine weitere These verteidigen: In Kelsens Reiner Rechtslehre gibt es keinen Umbruch hinsichtlich der Rolle der Logik im Recht, vielmehr herrschte Kontinuität. Diese Kontinuität wird nur in einer Passage der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* anscheinend gebrochen, nicht aber in der *Allgemeinen Theorie der Normen*, wie die herrschende Meinung annimmt. Diese aus der Reihe fallende Passage der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* beeinträchtigt die Kontinuität der reinen Rechtslehre als Theorie jedoch nicht, sie bildet erkennbar einen Fremdkörper.

<sup>2</sup> Wie z.B. Kelsen, Vom Geltungsgrund des Rechts, Völkerrecht und rechtliches Weltbild, FS Verdroß, 1960, 157; ders., What is the Pure Theory of Law, Tulane Law Review, 34 (1960), 269; ders., Derogation, Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound, 1962, 339; ders., Der Richter und die Verfassung, Das Recht der Arbeit 57 (1962), 289; ders., Grundlage der Naturrechtslehre, Die neue Ordnung, 16 (1962), 321; ders., Die Funktion der Verfassung, Forum 11 (1964), 583; ders., Law and Logic, Philosophy and Christianity – Philosophical essays dedicated to Professor Dr. Hermann Dooyeweerd, 1965, 231; ders., Professor Stone and The Pure Theory of Law, Stanford Law Review 17 (1965), 1128; ders., Recht und Logik, Forum 12 (1965), 49, 421, 579; ders., Zum Begriff der Norm, FS Nipperdey, Bd. 1, 1965, 57; ders., On The Pure Theory of Law, Israel Law Review 1 (1966), 1; ders., Nochmals: Recht und Logik. Zur Frage der Anwendbarkeit logischer Prinzipien auf Rechtsnormen, Forum 14 (1967), 39; ders., Zur Frage des Praktischen Syllogismus, Neues Forum 15 (1968), 333. Diese Liste ist nicht erschöpfend. Es ist bemerkenswert, dass viele dieser Arbeiten die Rolle der Logik im Recht behandeln und dass sie wieder in der posthumen Arbeit *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) erschienen.

<sup>3</sup> Es wird angenommen, dass Kelsen bis in die Mitte der 1960er Jahre hinein gearbeitet hat. S. Opalek, Überlegungen zu Hans Kelsens Allgemeine Theorie der Normen, 1980, 14.

<sup>4</sup> Kürzlich sind neue Auffassungen über Kelsens Position veröffentlicht worden; s. z.B. Sasdelli, Der (angebliche) Normbegriffswandel in Kelsens Rechtstheorie und seine Folgen für die Frage der Anwendbarkeit der Logik auf Rechtsnormen, Jusletter IT 28 (2024).

## II. Die herrschende Meinung: Die vermeintlichen Veränderungen in der Rolle der Logik im Recht in der Spätlehre

Die meisten Kelsen-Spezialisten bewerten Kelsens Spätlehre klar negativ, und zwar als einen Rückbau oder die Zerstörung seines Projekts einer reinen Rechtslehre im Sinne Kants. Es kommt nicht von ungefähr, dass Stanley L. Paulson die letzte Phase der reinen Rechtslehre Kelsens als „skeptische Phase“ bezeichnet.<sup>5</sup> Doch welche Veränderungen gab es zwischen der vorletzten und der letzten Phase der reinen Rechtslehre, also im Übergang zwischen den Phasen, die Paulson als „klassische oder neukantische Phase“ und als „skeptische Phase“ (oder „Spätlehre“) bezeichnet? Betrachten wir die Thesen und Argumente einiger Autoren, die sich mit diesem Thema auseinandergesetzt haben.

Einer der ersten, der Kelsens Spätlehre deutlich kritisiert hat, war Ota Weinberger. Er wies darauf hin, dass Kelsen insbesondere in der *Allgemeinen Theorie der Normen* zu einem „Wandel zur Irrationalität“ gekommen sei:

„Das ganze Buch ‚Allgemeine Theorie der Normen‘ ist darauf angelegt, die Irrationalität der Normen zu beweisen. Deswegen wird die Argumentation gegen die Möglichkeit einer Normlogik von Kelsen nicht in einer geordneten Übersicht zusammengestellt, sondern wir finden im ganzen Text des Buches wichtige Behauptungen verstreut, die dieses Thema betreffen.“

Als ‚Normirrationalismus‘ bezeichne ich die Auffassung, daß zwischen Normen (bzw. Normssätzen) keine logischen Beziehungen – insbesondere keine logischen Widersprüche (d.h. keine Inkonsistenz) – bestehen können und daß es keine logischen Folgerungsoperationen mit normativen Gliedern geben kann.“<sup>6</sup>

Auch Mario Losano sieht Irrationalität in der *Allgemeinen Theorie der Normen*:

„Kelsen begann eine fortschrittliche Revision seiner Auffassungen, die in der Verweigerung von der Anwendbarkeit aller logischen Prinzipien auf das Recht liegt. Diese Annahme des juristischen Irrationalismus (...) ist die intellektuelle Richtung der *Allgemeine(n) Theorie der Normen*.“<sup>7</sup>

Losano versteht Irrationalismus ähnlich wie Weinberger als die angebliche Umkehrung der Richtung, die Kelsen in seinem Aufsatz *Recht und Logik* von 1965 schuf. Kelsen behauptet in dieser Arbeit, dass der Satz vom ausgeschlossenen Widerspruch sowie die Regeln der Schlussfolgerung nicht auf das Recht anwendbar sind und dass Argumente *per analogiam* und *a maiore ad minus* keine Argumente einer juristischen Logik darstellen.<sup>8</sup>

Aber auch andere Autoren sehen die vermeintlichen Veränderungen der Spätlehre Kelsens kritisch. So heißt es bei Neil Duxbury:

<sup>5</sup> Paulson, Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization, Oxford Journal of Legal Studies 18 (1998), 153 (161).

<sup>6</sup> Weinberger, Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen, 1981, 94.

<sup>7</sup> Im Original: „Kelsen inició así una progresiva revisión de sus concepciones, que culminó con la negación de la aplicabilidad al Derecho de cualquier principio lógico. Esta aceptación del irracionalismo jurídico [...] es la orientación intelectual que caracteriza a la Teoría general de las normas“ (Losano, La Teoría Pura del Derecho, Del Logicismo al Irracionalismo, 1985, 59 – Übersetzung von mir).

<sup>8</sup> Losano, 59.

„The doubts that he did have about his own jurisprudential project were not minor. It is well known among legal philosophers that Kelsen, in his late years, made two radical alterations to the pure theory. First, *having argued for the best part of his life that conflicting norms cannot be simultaneously valid*, in the 1960s he changed his mind and began to argue that although logic cannot accommodate valid conflicting norms, it is perfectly conceivable that conflicting norms could co-exist and be valid within a legal system. Kelsen's ultimate conclusion on the matter of conflicting norms is wholly unconvincing – an exercise in ‘mad logic’, as Joseph Raz once put it, whereby one valid law within a legal system might oblige and another valid law might forbid the same action – but it is at least possible to work out from some of his last writings how the conclusion was reached. However, for a clear explanation of his second radical modification of his theory – his change of heart concerning the basic norm of a legal system – one will search in vain.“<sup>9</sup>

Und im Aufsatz *Kelsen's Legal Theory: The Final Round* von 1992 behauptet Paulson im Hinblick auf die *Allgemeine Theorie der Normen* (und nicht auf die Spätlehre als Ganzes), dass wir in dieser Arbeit zwei radikale Veränderungen finden:

„The book marks truly extraordinary changes in Kelsen's theory. The legal norm emerges as the meaning of an act of will, and the validity of the legal norm is ‘conditional upon the act of will of which it is the meaning’. The basic norm, flagging in Kelsen's earlier work a Kantian or neo-Kantian argument in support of the normativity thesis, emerges here as a fiction. Reflecting the transformation of the basic norm, the normativity thesis is understood counterfactually, within the words of ‘as-if’ theorist Hans Vaihinger, whom Kelsen follows to the letter – ‘no corresponding objective reality’. In a word, Kelsen joins forces with the very ‘will’ theorists whom he had engaged in battle for so long. In an effort to give the reader a picture of these changes in Kelsen's theory, I outline, in section I, the main topics and themes of *General Theory of Norms*. I turn, in section II, to Kelsen's dramatic shift in his doctrine of the basic norm, and, in section III, to what is arguably the central theme in the book, Kelsen's sceptical view of the role of logic in the law.“<sup>10</sup>

Insbesondere mit Blick auf die Rolle der Logik im Recht beschreibt Paulson zunächst Kelsens Argument in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre*. Dieses Argument besagt, dass man die Logik nur mittelbar auf Rechtsnormen anwenden kann. Sie sei unmittelbar auf Rechtssätze anzuwenden.<sup>11</sup> Nach dieser Beschreibung richtet Paulson seine Aufmerksamkeit auf die angeblich neue Position, die in der *Allgemeine(n) Theorie der Normen* enthalten sein soll:

„Kelsen contends in *General Theory of Norms* that both norms making up an express conflict have to be valid, lest there be no conflict. And, without any basis for a *per analogiam* application of the principle of non-contradiction, the conflicting norms remain valid unless and until overturned by derogation or repeal. Kelsen describes the conflict between them as an ‘antithesis or opposition’, a matter of ‘two forces acting in different directions on the same point’.

Although not without problems of its own, this later position of Kelsen's at least has the virtue of being intuitively plausible from the standpoint of the legal positivist, for whom questions of legal validity are answered solely by appeal to the conditions set by the lawmaking process. That principles of logic might apply here is an alien notion from the positivist's standpoint. Kelsen's earlier, *per analogiam* argument represents a part of his neo-Kantian effort to ensure ‘the unity of the multiplicity of [legal]

<sup>9</sup> Duxbury, Kelsen's Endgame, Cambridge Law Journal, 67 (2008), 51 (52 – Hervorhebung von mir).

<sup>10</sup> Paulson, Kelsen's Legal Theory: The Final Round, Oxford Journal of Legal Studies 12 (1992), 265 (266).

<sup>11</sup> Ibid., 271 f.

norms'; once he abandons the neo-Kantian foundation, as he has in *General Theory of Norms*, it is not surprising that he abandons, too, the arguments he had adduced in support of the neo-Kantian view.<sup>12</sup>

Bevor eine detaillierte Analyse der in der Spätlehre vermeintlich von Kelsen vorgenommenen Veränderungen in der Rolle der Logik im Recht durchgeführt wird, sind zwei Bemerkungen angezeigt: (i) Die erste Bemerkung betrifft nicht nur Paulsons Urteil über die Veränderung der Rolle der Logik im Recht, sondern auch die angeblich von Kelsen durchgeführten Veränderungen im Allgemeinen. (ii) Die zweite Bemerkung betrifft Paulsons Behauptung, dass Kelsen sich mit der Spätlehre den Theoretikern des „Willens“ angeschlossen hätte, die er in früheren Phasen seiner Lehre stark kritisierte.

(i) Sowohl Paulsons oben zitierte Passage als auch die anderen im Aufsatz *Kelsen's Legal Theory: The Final Round* enthaltenen Thesen Paulsons betreffen in erster Linie nicht die Spätlehre Kelsens als Ganzes, sondern nur eine bestimmte Arbeit der Spätlehre: die *Allgemeine Theorie der Normen*. Die *Allgemeine Theorie der Normen* von Kelsen war eine postume Arbeit. Als Teil der Spätlehre werden normalerweise die Arbeiten angesehen, die Kelsen nach der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* verfasst hat (in einigen bestimmten Fällen auch davor). Nach 1960 hat Kelsen kein Buch mehr veröffentlicht, jedoch viele Aufsätze.<sup>13</sup>

Nach Paulson ist Kelsens Spätlehre durch drei große Veränderungen gekennzeichnet: die *Veränderung in der Theorie der Interpretation*,<sup>14</sup> die *Veränderung in der Lehre der Grundnorm* und die *Veränderung in der Rolle der Logik im Recht*. Nach Paulson bildet die Veränderung in der Theorie der Interpretation die früheste der drei Veränderungen, da sie bereits zu Beginn der 1950er Jahre erkennbar wurde.<sup>15</sup> Die Veränderung in der Theorie der Grundnorm erscheint erstmals im Jahre 1962, als Kelsen auf einer Konferenz in Österreich ausdrücklich erklärte,<sup>16</sup> dass er die Grundnorm nicht mehr als Hypothese verteidigen könne. Er vertrat angeblich eine neue Position, da er die Grundnorm als Fiktion und später als Fiktion im Sinne der Vaihingerschen Philosophie des „Als-Ob“ kennzeichnete. Diese Position erschien sowohl in den Aufsätzen,

<sup>12</sup> Ibid., 272.

<sup>13</sup> Die im Jahr 1979 von Hans Kelsen Institut veröffentlichte *Allgemeine Theorie der Normen* enthält also nur einen Teil der Spätlehre.

<sup>14</sup> Nach Paulson erscheint diese Veränderung zuerst im Vorwort der Arbeit *The Law of The United Nations*. Dann müsste sie in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* wieder erscheinen. In der *Allgemeinen Theorie der Normen* ist sie aber nicht zu finden. Diese Veränderung wurde von Paulson im Aufsatz *Kelsen's Legal Theory: The Final Round* nicht erwähnt, da dieser nur die *Allgemeine Theorie der Normen* betrifft. Jedoch betont Paulson diese Veränderung sowohl in seinem Aufsatz über die Periodisierung der reinen Rechtslehre als auch in seinen Aufsätzen über Kelsens Theorie der Interpretation. Nach Paulson hätte Kelsen sich einem Voluntarismus bzw. Dezisionismus angeschlossen, als er begann, Entscheidungen außerhalb des Rahmens der möglichen Interpretationen einer Norm als gültig zu betrachten, wenn sie von der letzten Instanz bestätigt wurden, Paulson, Toward a Periodization of the Pure Theory of Law, in: Gianformaggio (Hrsg.), Hans Kelsen's Legal Theory – A Diachronic Point of View, 1990, 11 (42 ff.); ders., Hans Kelsen on Legal Interpretation, Legal Studies 10 (1990), 136 (152).

<sup>15</sup> Paulson, in: Gianformaggio (Hrsg.), Hans Kelsen's Legal Theory, 1990, 42 ff.; ders., Legal Studies 10 (1990), 152.

<sup>16</sup> Kelsen, Diskussionen (nach Kelsen Salzburger Vortrag „Die Grundlage der Naturrechtslehre“), ZÖR 13 (1964), 117 (119 f.).

die Kelsen in der Mitte der 1960er Jahre veröffentlichte, als auch in der *Allgemeinen Theorie der Normen*.

Die dritte Veränderung betrifft die Rolle der Logik im Recht. Diese wäre die letzte Veränderung in Kelsens reinem Rechtsdenken, da sie 1965 in dem Aufsatz *Recht und Logik* und später in der *Allgemeinen Theorie der Normen* erschien. Kurz gesagt, in der *Allgemeinen Theorie der Normen* findet man nur zwei der vermeintlichen Veränderungen: diejenige der Theorie der Grundnorm und diejenige der Rolle der Logik im Recht. Ich habe an anderer Stelle versucht, zu zeigen, dass es weder in Kelsens Theorie der Grundnorm noch in seiner Theorie der Interpretation einen Umbruch gab.<sup>17</sup> Dies soll mit diesem Aufsatz komplettiert werden, in der ich mich mit der Rolle der Logik im Recht befasse und darzulegen versuche, dass es auch in Bezug auf dieses Thema keinen Umbruch in der Spätlehre gab.

Sowohl der Briefwechsel zwischen Kelsen und dem Rechtslogiker Ulrich Klug von 1959 bis 1965 als auch das Manuskript *Recht und Logik* (1965) zeigen,<sup>18</sup> dass die *Allgemeine Theorie der Normen* eine Reflexion von 1959 bis 1965 widerspiegelt.

(ii) Paulson führt aus: „Kelsen joins forces with the very ‘will’ theorists whom he had engaged in battle for so long.“ Kelsen hätte in seiner ersten rechtstheoretischen Arbeit *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz* (1911),<sup>19</sup> schon die vorher erschienenen Versuche der Deutung des Rechts als Phänomen vor allem des Willens kritisiert.<sup>20</sup> Diese Theorien betrachteten das Recht und zentrale Begriffe der Rechtswissenschaft, wie das subjektive Recht und die Person, auf der Grundlage eines *psychologischen* Begriffs des Willens. Dies betraf sowohl das Privatrecht (subjektives Recht aus dem Willen) als auch das öffentliche Recht (der Wille des Staates als Wille der Staatsvertreter). Meiner Meinung nach vertritt Kelsen weder in der *Allgemeine(n) Theorie der Normen* noch in der Spätlehre eine Theorie des Willens, wie er sie in früheren Schriften kritisiert hat – wie Paulson glaubt. Der Grund dafür ist einfach: Kelsen übernimmt keine Theorie eines psychologischen Willens. Wie an anderer Stelle betont, stellt für Kelsen eine Norm immer den Sinn eines Willensakts dar.<sup>21</sup> In Kelsens Arbeiten hat dies jedoch zu keiner Zeit bedeutet, dass eine Norm nur ein Willensakt im physiologischen Sinne sei, weder in den früheren noch in den späteren Schriften.<sup>22</sup>

### III. Die Rolle der Logik im Recht in Kelsens Werk

Mit Blick auf die vermeintliche Veränderung der Rolle der Logik im Recht in Kelsens Spätlehre ist zu beachten, dass die meisten Kelsen-Spezialisten von einer neuen Position in der *Allgemeinen Theorie der Normen* ausgehen. Allerdings wird dabei meist der Vergleichsrahmen nicht bestimmt, also im Vergleich zu welchen Arbeiten Kelsens die Veränderung stattgefunden haben soll.

<sup>17</sup> Was die Theorie der Interpretation betrifft, s. *Trivisonno, A Teoria da Interpretação de Kelsen: Entre Razão e Vontade, Um Pensamento vivo – Por Hans Kelsen e seus Comentadores*, 2024, 403. Was die Grundnorm betrifft, s. *Trivisonno, On The Continuity of the Doctrine of The Basic Norm in Kelsen’s Pure Theory of Law*, *Jurisprudence* 12 (2021), 321.

<sup>18</sup> *Kelsen; Klug*, Rechtsnomen und logische Analyse. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965, 1981.

<sup>19</sup> *Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. Aufl. 1923, Kapitel IV, V, VI e XXIII.

<sup>20</sup> *Paulson, Oxford Journal of Legal Studies* 12 (1992), 266.

<sup>21</sup> *Trivisonno, Jurisprudence* 12 (2021), 19.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 19.

Unter den von den bisherigen Kelsen-Interpreten vertretenen Positionen gibt es verschiedene Varianten. Einige behaupten, dass die Veränderung erst der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* widerspricht, aber die meisten scheinen zu glauben, dass sie Kelsens Werk als Ganzem widerspricht. Werfen wir also einen näheren Blick auf die diesbezüglichen Ausführungen.

Weinberger behauptet, dass „das ganze Buch ‚Allgemeine Theorie der Normen‘ darauf angelegt [ist], die Irrationalität der Normen zu beweisen“. Daher scheint Weinberger zu glauben, dass das Buch der gesamten Reinen Rechtslehre widerspricht, obwohl er es nicht ausdrücklich sagt. Duxbury definiert seinen Vergleichsrahmen genauer, indem er behauptet, dass die Rolle der Logik in der *Allgemeinen Theorie der Normen*, die von Kelsen vertreten wird, seiner Position widerspricht, die er „die meiste Zeit seines Lebens“ vertrat. Folglich gibt es hier eine ausdrückliche Begrenzung: Die Veränderung der Rolle der Logik würde Kelsens juristischem Werk als Ganzem widersprechen.

Paulsons Position scheint ambivalent. Wie wir oben gesehen haben, behauptet er zunächst, ohne einen Vergleichsrahmen zu definieren, dass die von Kelsen in der *Allgemeinen Theorie der Normen* vertretene Spättheorie „außerordentliche Veränderungen“ enthält. Es ist zu beachten, dass Paulson hier nicht nur auf die Rolle der Logik im Recht eingeht, sondern auch auf die Veränderungen der *Allgemeinen Theorie der Normen* als Ganzes hinweist. Das bedeutet, dass er sowohl die Rolle der Logik im Recht als auch die Theorie der Grundnorm behandelt. Meiner Meinung nach vertritt Paulson in dieser Passage die These, dass die *Allgemeine Theorie der Normen* Kelsens Werk als Ganzem widerspricht. Der Grund dafür besteht darin, dass Paulson einen Vergleichsrahmen nicht definiert.

Jedoch wird Paulson spezifischer, wenn er die angebliche Veränderung der Rolle der Logik im Recht betrachtet. Zunächst beschreibt Paulson die Rolle der Logik im Recht in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre*. Anschließend vergleicht er diese Rolle mit der angeblich neuen Rolle der Logik im Recht in der *Allgemeinen Theorie der Normen*. Dies könnte darauf hinweisen, dass Paulson genau weiß, dass der Vergleichsrahmen nur die zweite Auflage der *Reinen Rechtslehre* erfasst. Leider ist das aber nicht der Fall. Paulson verbindet einerseits Kelsens Position zur Rolle der Logik in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* mit seinen früheren Arbeiten zum Neukantianismus. Andererseits verbindet er die neue Position der *Allgemeinen Theorie der Normen* mit der Abkehr vom Neukantianismus. Paulson unterscheidet somit zwischen „zwei Kelsens“: dem ersten Kelsen, der ein Neukantianer war, und dem letzten Kelsen, der den Neukantianismus aufgegeben hätte. Das deutet darauf hin, dass Paulson bei seinem Vergleichsrahmen nicht nur die zweite Auflage der *Reinen Rechtslehre*, sondern auch Kelsens frühere Arbeiten berücksichtigt hat. Dies spricht dafür, Paulsons Ausführungen dahingehend zu deuten, dass Kelsen in der *Allgemeinen Theorie der Normen* eine völlig neue Position vertrat, die er zuvor nicht eingenommen hatte.

Entgegen der These, Kelsen habe in der *Allgemeinen Theorie der Normen* eine vollständig neue Position zur Logik im Recht bezogen, möchte ich die These vertreten, dass Kelsens Ansicht zur Rolle der Logik im Recht in der Spättheorie mit seinen früheren Schriften ohne weiteres vereinbart werden kann. Der dissonante Teil liegt nicht in der *Allgemeinen Theorie der Normen*, sondern in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* oder, genauer gesagt, in einem Teil der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre*. Dieser dissonante Teil besteht in einer Position, die er in einer Passage der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* ausdrücklich verteidigt hat. Die andere

Position, die nicht mit seinen früheren Arbeiten unvereinbar ist, hat er streckenweise implizit und teils auch explizit in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* vertreten.

Während seines gesamten Schaffens, einschließlich der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre*, vertrat Kelsen die Ansicht, dass zwei kollidierende Normen gleichzeitig gültig sind. In der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* gibt es jedoch eine Passage, in der Kelsen tatsächlich die mittelbare Anwendbarkeit der Logik im Recht vertritt. Allerdings bildet genau diese Passage der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* und nicht die *Allgemeine Theorie der Normen* das dissonante Element der Rechtslehre Kelsens. Kurz gesagt bildet die Rolle der Logik in der *Allgemeinen Theorie der Normen* einen kohärenten Bestandteil der reinen Rechtslehre Kelsens als Ganzes.

Diese von der orthodoxen Lesart abweichende These bedarf natürlich der Rechtfertigung. Im Folgenden soll Kelsens Position zur Rolle der Logik im Recht in seinen früheren Arbeiten erläutert werden. Ich werde zunächst Kelsens Position vor der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* behandeln. Dann werde ich seine Position in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* und anschließend in der *Allgemeinen Theorie der Normen* untersuchen. Danach können die verschiedenen Positionen verglichen werden.

## 1. Die Rolle der Logik im Recht vor 1960

Die herrschende Meinung geht davon aus, dass Kelsen erst in den 1960er Jahren begann, die Gültigkeit von zwei widersprüchlichen Normen und die Nichtanwendbarkeit der Schlussfolgerungsregeln auf Normen zu verteidigen. Bei genauerer Betrachtung wird jedoch deutlich, dass Kelsen diese Positionen bereits viel früher vertrat. In der Lehre der alternativen Bestimmungen, die Kelsen seit Ende der 1920er Jahre entwickelte, behauptete er, was er auch in der *Allgemeinen Theorie der Normen* annahm: dass es keinen logischen Widerspruch zwischen zwei kollidierenden Normen auf zwei verschiedenen Stufen gibt.

In *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (1929)<sup>23</sup> heißt es bei Kelsen:

„Die Verfassung sagt zwar, Ihrem Wortlaut und subjektiven Sinne nach, daß Gesetze so und nur so zustande kommen sollen, und daß sie diesen oder jenen Inhalt haben oder nicht haben dürfen. Aber ihr objektiver Sinn ist: auch wenn Gesetze auf einem anderen Wege zustande kommen, und auch wenn ihr Inhalt gegen die gewiesenen Richtlinien verstößt, sollen sie gelten. So muss man die Verfassung deuten, wenn auch verfassungswidrige Gesetze gelten sollen; denn auch diese müssen sich – als gültige Gesetze – auf eine Verfassung stützen können, müssen ihre Geltung irgendwoher: also nur aus der Verfassung holen, müssen irgendwie, weil gültig, auch verfassungsmäßig sein.“<sup>24</sup>

Diese Passage zeigt deutlich: Bereits im Jahr 1928 behauptete Kelsen, dass ein verfassungswidriges Gesetz und die Verfassung selbst gleichzeitig gültig sind. Die

<sup>23</sup> Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), 30; wiederveröffentlicht in: Klecatsky/Karcic/Schambek (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, 2010, 1813. Diese Arbeit wurde zuerst auf Französisch veröffentlicht; *Kelsen, La Garantie Juridictionnelle de la Constitution – La justice constitutionnelle*, Revue du Droit public 35 (1928), 197.

<sup>24</sup> Kelsen, in: Klecatsky/Karcic/Schambek (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, 2010, 1863.

Verfassungsbestimmungen hätten den Charakter von alternativen Bestimmungen, was bedeutet, dass der Gesetzgeber zwei Gesetze schaffen kann: ein Gesetz, das im Einklang mit der Verfassung steht, und ein verfassungswidriges Gesetz. Die Behauptung lässt sich nur folgendermaßen deuten: Im Falle eines verfassungswidrigen Gesetzes gelten der logische Satz vom ausgeschlossenen Widerspruch und die Regeln der Schlussfolgerungen nicht.

Eine ähnliche Idee findet sich in der ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre* (1934), als Kelsen das Konzept des „rechtswidrigen Rechts“ einführt:

„Wie kann, so muß man fragen, die Einheit der Rechtsordnung als eines logisch geschlossenen Systems von Normen aufrecht bleiben, wenn zwischen zwei Normen verschiedener Stufe eines Systems ein logischer Widerspruch besteht, wenn sowohl die Verfassung als auch das sie verletzende Gesetz, wenn sowohl das Gesetz als auch das ihm widersprechende Urteil in Geltung stehen. Daß dies aber der Fall ist, kann nach positivem Recht nicht bezweifelt werden. Dieses rechnet mit rechtswidrigem Recht und bestätigt dessen Existenz gerade dadurch, daß es mannigfache Vorkehrungen trifft, es zu verhindern oder doch einzuschränken. Aber indem es dies tut, indem es aus irgendwelchen Gründen eine, wenn auch unerwünschte Norm als Recht gelten läßt, nimmt es diesem den eigentlichen Charakter der Rechtswidrigkeit. Und in der Tat: bedeutete das als normwidrige Norm bezeichnete Phänomen, das verfassungswidrige Gesetz, das gesetzwidrige Urteil usw. wirklich einen logischen Widerspruch zwischen einer Norm höherer und einer Norm niederer Stufe, dann wäre es um die Einheit der Rechtsordnung geschehen. Dem ist aber keineswegs so.“<sup>25</sup>

Folglich betonte Kelsen bereits Ende der 1920er Jahre und noch deutlicher in der ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre*, dass es keinen logischen Widerspruch gibt, wenn Normen unterschiedlicher Stufen kollidieren. Dies bedeutet zumindest implizit, dass die Regeln der Schlussfolgerung im Recht nicht anwendbar sind.

Im Jahr 1945 wiederholt Kelsen in seinem Werk *General Theory of Law and State* die bereits erwähnte Lehre der alternativen Bestimmungen. Er betont ausdrücklich, dass es zwischen kollidierenden Normen verschiedener Stufen keinen logischen Widerspruch gibt:

„The alternative character of the higher norm determining the lower norm precludes any real contradiction between the higher and the lower norm. A contradiction with the first of the two alternative prescriptions of the higher norm is no contradiction with the higher norm itself. Further, the contradiction between the lower norm and the first of the two alternatives presented by the higher norm is relevant only as established by the competent authority. Any other opinion concerning the existence of a contradiction than that of this authority is legally irrelevant. The competent authority establishes the legal existence of such a contradiction by annulling the lower norm.

The ‘unconstitutionality’ or ‘illegality’ of a norm which, for some reason or other, has to be presupposed as valid, thus means either the possibility of its being annulled (in the ordinary way if it is a judicial decision, in another than the ordinary way if it is a statute); or the possibility of its being null. Its nullity means the negation of its existence by juristic cognition. There cannot occur any contradiction between two norms from different levels of the legal order. The unity of the legal order

<sup>25</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, 84 f.; Kelsen behauptet jedoch in einer anderen Passage (30 f.): „Ein solcher [Widerspruch] kann nur zwischen zwei Soll- oder zwischen zwei Seins-Sätzen, niemals zwischen einem ein Sollen und einem ein Sein aussagenden Satze, wohl also zwischen zwei Normen, nicht aber zwischen einer Soll-Norm und einem Seins-Tatbestand bestehen.“ Diese Passage scheint die von Kelsen in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* vertretene Position zu antizipieren.

can never be endangered by any contradiction between a higher and a lower norm in the hierarchy of law.<sup>26</sup>

Also verteidigte Kelsen schon lange vor den 1960er Jahren eine Position, welche die meisten Kelsen-Interpreten als eine Position nur der Spätlehre ansehen.

## 2. Die Rolle der Logik im Recht in der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre

In der zweiten Auflage der *Reine(n) Rechtslehre* behauptete Kelsen, dass logische Prinzipien wie der Satz vom ausgeschlossenen Widerspruch und die Regeln der Schlussfolgerung nicht unmittelbar oder direkt auf das Recht anwendbar seien, sondern nur mittelbar oder indirekt. Die Anwendbarkeit auf das Recht würde durch die Rechtssätze erfolgen. Um die Anwendbarkeit der Logik auf das Recht in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* umfassend verstehen zu können, erweist es sich als hilfreich, den Begriff des Rechtssatzes zu klären.

Die Unterscheidung zwischen Rechtsnorm und Rechtssatz ist teilweise problematisch, da sich Kelsens diesbezügliche Auffassung während der Entwicklung seiner Theorie änderte.<sup>27</sup> Da in dieser Untersuchung Kelsens Position zur Rolle der Logik im Recht in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* im Vordergrund steht, beschränke ich mich auf Kelsens dortige Unterscheidung zwischen der Rechtsnorm und dem Rechtssatz. Kelsen behauptet hier:

„Sie [die Rechtswissenschaft] beschreibt die durch Akte menschlichen Verhaltens erzeugten und durch solche Akte anzuwendenden und zu befolgenden Rechtsnormen und damit die durch diese Rechtsnormen konstituierten Beziehungen zwischen den von ihnen bestimmten Tatbeständen. Die Sätze, in denen die Rechtswissenschaft diese Beziehungen beschreibt, müssen als Rechtssätze von den Rechtsnormen unterschieden werden, die von den Rechtsorganen erzeugt, von ihnen anzuwenden und von den Rechtssubjekten zu befolgen sind. Rechtssätze sind hypothetische Urteile, die aussagen, daß im Sinn einer – nationalen oder internationalen – der Rechtserkenntnis gegebene Rechtsordnung unter gewissen von dieser Rechtsordnung bestimmten Bedingungen gewisse von dieser Rechtsordnung bestimmte Folgen eintreten sollen. Rechtsnormen sind keine Urteile, das heißt Aussagen über einen der Erkenntnis gegebenen Gegenstand. Sie sind, ihrem Sinne nach, Gebote und als solche Befehle, Imperative; aber nicht nur Gebote, sondern auch Erlaubnisse und Ermächtigungen; jedenfalls aber nicht – wie mitunter, Recht mit Wissenschaft identifizierend, behauptet wird – Belehrungen.“<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Kelsen, General Theory of Law and State, 1945, 161 f.

<sup>27</sup> Ob Kelsen wirklich seine Auffassung zu diesem Thema verändert hat, kann hier offenbleiben. In frühen Arbeiten scheinen die Rechtsnorm und der Rechtssatz weniger getrennt zu sein. Verschiedentlich scheinen Rechtsnorm und Rechtssatz austauschbar verwendet zu werden (s. z.B. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923; ders., Reine Rechtslehre, 1934). Jedoch gilt es zu beachten, dass Kelsens ausdrückliche Aussagen zu diesem Thema unterschiedlich ausfallen: Einerseits führt Kelsen in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* aus, dass er nicht immer den Unterschied zwischen Rechtsnorm und Rechtssätze klar genug betont hätte (Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 73 f.). Anderseits behauptete Kelsen im Jahr 1965, dass er *immer* die Rechtssätze als nicht verbindlich betrachtet habe, s. Kelsen, Stanford Law Review 17 (1965), 1134. Zu diesem Thema vgl. auch Pelegrino da Silva, Kelsens Theorie der Rechtserkenntnis, 2019, 53 ff.

<sup>28</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 73. Eine deutliche Unterscheidung zwischen Rechtsnorm und Rechtssatz erschien schon im Jahr 1941, als Kelsen behauptete, dass Rechtssätze Normen beschreiben, aber selbst keine Rechtsnormen sind. Sie stellen, so Kelsen, *ought propositions* dar. S. Kelsen, The pure theory of law and analytical jurisprudence, Harvard Law Review 55 (1941), 44 (51).

Kurz gesagt sind Rechtsnormen von Rechtsorganen geschaffene Imperative, während Rechtssätze hypothetische Urteile von Rechtswissenschaftlern sind, die Rechtsnormen beschreiben.

Nach Kelsens Position in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* können der Satz vom Widerspruch (später Satz vom ausgeschlossenen Widerspruch) und die Regeln der Schlussfolgerung nur auf Sätze oder Aussagen angewendet werden, die wahr oder unwahr sein können. Deshalb können sie nicht direkt oder unmittelbar auf Rechtsnormen angewendet werden, da Rechtsnormen nicht wahr oder unwahr, sondern nur gültig oder ungültig sein können. Allerdings können sie indirekt oder mittelbar auf Rechtsnormen angewendet werden:

„Zwei Rechtsnormen widersprechen sich und können daher nicht zugleich als gültig behauptet werden, wenn die beiden sie beschreibenden Rechtssätze sich widersprechen; und eine Rechtsnorm kann aus einer anderen abgeleitet werden, wenn die sie beschreibenden Rechtssätze in einen logischen Syllogismus eingehen können.“<sup>29</sup>

Es bietet sich an, Kelsens Position anhand von einigen Beispielen zu illustrieren.<sup>30</sup> Nehmen wir zunächst ein Beispiel, in dem zwei Rechtssätze zwei Rechtsnormen beschreiben:

- |               |   |
|---------------|---|
| Rechtssatz 1: | Das Verkehrsrecht des Landes A gebietet, dass wer rechts überholt, eine Strafe von 100 € bezahlen soll;       |
| Rechtssatz 2: | Das Verkehrsrecht des Landes A gebietet, dass wer rechts nicht überholt, eine Strafe von 100 € bezahlen soll. |

Kelsens Argument in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* lautet wie folgt: Rechtssätze sind Aussagen, die Rechtsnormen beschreiben. Rechtssätze können wahr oder unwahr sein. Folglich können sie sich widersprechen. Da Rechtsnormen Gegenstand von Rechtssätzen sind, können sie sich widersprechen, auch wenn dies indirekt geschieht. Daher können die Rechtsnormen

- |               |   |
|---------------|---|
| Rechtsnorm 1: | Wer rechts überholt, soll eine Strafe von 100 € bezahlen!       |
| Rechtsnorm 2: | Wer rechts nicht überholt, soll eine Strafe von 100 € bezahlen! |

nicht gleichzeitig gültig sein.

Ein Rechtssyllogismus mit Rechtssätzen bzw. faktischen Sätzen wäre:

- |               |  |
|---------------|--|
| Rechtssatz 3: | Das Verkehrsrecht des Landes A bestimmt, dass, wer rechts überholt, eine Strafe von 100 € bezahlen soll. |
| Tatsache 1:   | Johanna hat im Land A rechts überholt.   |
| Rechtssatz 4: | Folglich soll Johanna eine Strafe in Höhe von 100 € bezahlen.  |

<sup>29</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 77.

<sup>30</sup> Ich beziehe die Inspiration für die Illustration von Kelsens Argument in der zweiten Auflage der *Reine(n) Rechtslehre* durch ein derartiges von Paulson, Kelsen's Legal Theory: The Final Round. Paulson beschränkt sich allerdings auf die Anwendung des Satzes des ausgeschlossenen Widerspruchs. Er führt ein Beispiel für die Anwendung der Regeln der Schlussfolgerung ein (Syllogismus) nicht an.

Da die Rechtssätze und der faktische Satz in einer Folgenrelation zueinanderstehen, befinden sich auch ihre entsprechenden Gegenstände – die allgemeine Norm, die Tatsache und die individuelle Norm – indirekt in einer Folgenrelation:

Rechtsnorm 3: Wer im Land A rechts überholt, soll eine Strafe von 100 € bezahlen.

Tatsache 1: Johanna hat im Land A rechts überholt;

Individuelle Norm 4: Johanna soll 100 € als Strafe bezahlen.

Zusammengefasst besteht hierin die Rolle der Logik im Recht, die Kelsen in der zweiten Auflage der *Reine(n) Rechtslehre* oder zumindest in einem Teil von ihr verteidigt hat.

### 3. Die Rolle der Logik im Recht in der Allgemeinen Theorie der Normen

In der *Allgemeinen Theorie der Normen* stellt Kelsen eine Ansicht vor, die sich von der in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* befürworteten zumindest teilweise unterscheidet. Kelsen betont, dass Normen „der Sinn von auf das Verhalten anderer gerichteter Willensakte“ sind und „als solche weder wahr noch unwahr sind“. Daher sind sie den Prinzipien der traditionellen Logik nicht unterworfen, weil diese auf Wahrheit oder Unwahrheit bezogen sind.<sup>31</sup>

Kelsen behandelt die Anwendung von Regeln der Schlussfolgerung im Recht:

„Als eine *normative* Schlussfolgerung von dem Allgemeinen auf das Besondere bezeichnet man eine solche, deren Obersatz eine generelle hypothetische Norm ist, die unter bestimmten, und zwar *generell* bestimmten, Bedingungen ein generell bestimmtes Verhalten als gesollt setzt; deren Untersatz eine Aussage ist, die das individuelle Vorhandensein der im Obersatz bestimmten Bedingung behauptet und deren Schluß-Satz eine individuelle Norm ist, die das im Obersatz generell bestimmte Verhalten individuell als gesollt setzt. Das bedeutet, daß die individuelle Norm der generellen Norm entspricht.“<sup>32</sup>

Kelsen selbst führt ein Beispiel dafür ein:

- ,1) Wenn ein Mensch einem anderen ein Versprechen gegeben hat, soll er es halten.
- 2) Der Mensch Maier hat dem Menschen Schulze versprochen, ihm 1.000 zu zahlen.
- 3) Der Mensch Maier soll sein dem Menschen Schulze gegebenes Versprechen halten, d.h. dem Schulze 1.000 zahlen.“<sup>33</sup>

Kelsen erklärt, dass im theoretischen Syllogismus beide Prämissen den gleichen logischen Charakter besitzen, da in diesem Fall beide Aussagen sind.<sup>34</sup> Im Fall des praktischen Syllogismus ist jedoch der Obersatz eine allgemeine Norm und der Untersatz eine Aussage, die etwas beschreibt, das passiert oder passiert ist.<sup>35</sup> Nach Kelsen kann

<sup>31</sup> Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, 153, 166.

<sup>32</sup> Ibid., 184.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Nach Kelsen können Aussagen wahr oder unwahr sein, da sie etwas beschreiben. Anderseits können Normen nicht wahr oder unwahr sein, sondern gültig oder ungültig sein, da sie Verhalten vorschreiben; ibid., 130, 175.

<sup>35</sup> Ibid., 185.

die Geltung einer individuellen Norm nicht von der Geltung der ihr entsprechenden allgemeinen Norm abgeleitet werden,<sup>36</sup> da die individuelle Norm durch den Willensakt ergeht, der diese individuelle Norm schafft.<sup>37</sup>

Folglich vertrat Kelsen in der *Allgemeinen Theorie der Normen* nicht mehr die indirekte Anwendbarkeit oder Anwendbarkeit *per analogiam* sowohl des Satzes vom ausgeschlossenen Widerspruch als auch der Regeln der Schlussfolgerung auf das Recht. Das heißt, er vertrat nicht mehr die indirekte Anwendbarkeit der Logik auf Rechtsnormen durch ihre direkte Anwendbarkeit auf die entsprechenden Rechtssätze.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Ibid., 186.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Eine wichtige Quelle für das Verständnis der vermeintlichen Veränderungen von Kelsens Denken über die Rolle der Logik im Recht vor und nach die Veröffentlichung der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* stellt der Briefwechsel zwischen Kelsen und dem Logiker Ulrich Klug von 1959 bis 1965 dar. Die Briefe und auch zwei Manuskripte über *Recht und Logik* (von 1959 und 1965), die Kelsen Klug übersandt hatte, wurden gemeinsam von Klug als Buch im Jahre 1981 veröffentlicht (*Kelsen/Klug*, Rechtsnormen und logische Analyse. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965). In einem Brief von 27. April 1959 behauptete Kelsen, dass die Logik sowohl auf das Recht als auch auf die Rechtswissenschaft anwendbar sei (ibid., 10). Diese Ansicht ist mit der von Kelsen in einem Teil der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* vertretenen Ansicht vereinbar. In dem Manuskript von 1959 behauptete Kelsen, dass die reine Rechtelehre logische Prinzipien auf Rechtsnormen anwendet, und folglich, dass zwei Normen sich widersprechen, wenn eine Norm vorschreibt, dass man sich in einer bestimmten Weise verhalten soll, und eine andere Norm vorschreibt, dass man sich nicht auf diese Weise verhalten soll (ibid., 16). In einem weiteren Brief von 28. Juli 1959 behauptete Kelsen ausdrücklich, dass logische Prinzipien nicht direkt auf Rechtsnormen anwendbar sind, sondern nur indirekt. Das bedeutet, dass logische Prinzipien nur indirekt durch Rechtssätze auf Rechtsnormen anwendbar sind (ibid., 37). Bemerkenswerterweise schreibt Kelsen in einem auf den 4. Juli 1960 datierten Brief: „Im Falle eines Normenkonfliktes ist nicht die Frage: welche der beiden Normen gilt und welche nicht gilt; denn beide sind geltende Normen, sondern die Frage: welche der beiden ihre Geltung verliert, welche zu gelten aufhört, und welche weiter gilt“ (ibid., 46 f.). Im gleichen Brief betont Kelsen, dass die Derogation kein logisches Prinzip darstellt (ibid., 47) und dass ein Konflikt zwischen Rechtsnormen keinen Widerspruch bildet (ibid., 48 f.). Dies deutet auf eine Position hin, die nicht mit der in einer Passage der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* vertreten indirekten Anwendbarkeit der Logik im Recht vereinbart werden kann. Also kann man vermuten, dass Kelsen kurz nach der Veröffentlichung der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* diese Passage über die indirekte Anwendbarkeit der Logik auf das Recht nicht mehr unterschreiben würde. In den weiteren Briefen nach 1960 wird deutlich, dass Kelsen zunehmend die nicht Anwendbarkeit der Logik im Recht verteidigt hat. In dem Manuskript *Recht und Logik* von 1965 lehnt Kelsen die Anwendbarkeit des Satzes vom ausgeschlossenen Widerspruch ab (ibid., 63, 65 ff.) und kehrt zu der Lehre der alternativen Bestimmungen zurück, um die gleichzeitige Geltung von zwei angeblich widersprechenden Normen zu behaupten: dem verfassungswidrigen Gesetz und der ihm begründenden Verfassung (ibid., 69). Außerdem lehnt Kelsen in dem Manuskript von 1965 die Möglichkeit der Ableitung einer individuellen Norm aus einer generellen Norm ab (ibid., 76). Er kritisiert auch die Behauptungen, dass das Argument *per analogiam* und das Argument *a maiore ad minus* logische Argumente seien. Er kam zu dem Schluss, dass es keine Rechtslogik gibt. Das Manuskript *Recht und Logik*, das Kelsen an Klug übersandte, wurde noch im Jahre 1965 in der Zeitschrift *Forum* veröffentlicht (Hefte 142, 143 und 144; s. *Kelsen/Klug*, Rechtsnormen und logische Analyse, 1981, 92). Diese Argumente spiegeln entsprechende Passagen der *Allgemeinen Theorie der Normen* wider.

Es besteht kein Zweifel daran, dass es zwischen der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* – genauer gesagt einem Teil davon – und der *Allgemeinen Theorie der Normen* eine Unvereinbarkeit in Bezug auf die Rolle der Logik im Recht gibt. Um den vermeintlichen Wandel zu verstehen, sind zwei Bemerkungen notwendig: (i) Kelsen vertrat bereits vor 1960 genau die gleiche Position, die er in der Spätlehre, insbesondere im Aufsatz *Recht und Logik* und in der *Allgemeinen Theorie der Normen* vertrat, nämlich dass zwei kollidierende Normen gleichzeitig gültig sind; (ii) in anderen Passagen der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* vertrat Kelsen ebenfalls diese Position, das heißt, dass zwei kollidierende Normen gleichzeitig gültig sind. Folglich gibt es in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* zwei unvereinbare Ansichten über die Rolle der Logik im Recht. Dies soll abschließend näher dargelegt werden.

#### **IV. Zwei unvereinbare Ansichten über die Rolle der Logik im Recht in der zweiten Auflage der Reine(n) Rechtslehre (1960)**

Wie bereits erwähnt, behauptete Kelsen in der zweiten Auflage der *Reine(n) Rechtslehre*, dass

„[z]wei Rechtsnormen [sich] widersprechen und daher nicht zugleich als gültig behauptet werden [können], wenn die beiden sie beschreibenden Rechtssätze sich widersprechen (...).“<sup>39</sup>

Allerdings stellt Kelsen in anderen Passagen der zweiten Auflage der *Reine(n) Rechtslehre* Behauptungen auf, die mit der Möglichkeit eines logischen Konflikts zwischen Normen, auch wenn nur indirekt, nicht vereinbar zu sein scheinen. Im ersten Kapitel, in dem Kelsen das Recht als normative Zwangsordnung betrachtet, heißt es:

„Daraus ergibt sich, daß innerhalb einer solchen normativen Ordnung ein und dasselbe Verhalten in diesem Sinne ‚geboten‘ und zugleich ‚verboten‘ sein und daß diese Situation ohne logischen Widerspruch beschrieben werden kann. Die beiden Sätze: A soll sein, und A soll nicht sein, schließen sich gegenseitig aus; von den beiden damit beschriebenen Normen kann nur eine gelten. Beide können nicht zu gleicher Zeit befolgt oder angewendet werden. Aber die beiden Sätze: Wenn A ist, soll X sein, und: Wenn non-A ist, soll X sein, schließen sich gegenseitig nicht aus, die beiden damit beschriebenen Normen können zu gleicher Zeit gelten; unter einer Rechtsordnung kann eine Situation bestehen – und tatsächlich bestehen solche Situationen, wie wir noch sehen werden –, in der ein bestimmtes menschliches Verhalten und zugleich das gegenteilige Verhalten eine Sanktion zur Folge haben. Die beiden – die Sanktionen als gesetzlich setzenden – Normen können nebeneinander gelten und tatsächlich angewendet werden, weil sie sich nicht widersprechen, das heißt: sie können ohne logischen Widerspruch beschrieben werden. Aber in den beiden Normen kommen zwei einander entgegengesetzte politische Tendenzen, zwar kein logischer Widerspruch, aber ein teleologischer Konflikt, zum Ausdruck. Die Situation ist möglich, aber sie ist politisch unbefriedigend. Daher enthalten Rechtsordnungen in der Regel Bestimmungen, denenzufolge eine der beiden Normen nichtig ist oder vernichtet werden kann.“<sup>40</sup>

Diese Passage zeigt, dass Kelsen bei der Abfassung der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* unsicher war, welche Rolle die Logik im Recht spielen sollte. Einerseits behauptet er, dass Normen, die zwei kollidierende Pflichten angeben, nicht gleichzeitig gültig sein können. Andererseits behauptet er aber, dass zwei Normen, die Sanktio-

<sup>39</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 77.

<sup>40</sup> Ibid., 26 f.

nen für zwei kollidierende Handlungen vorsehen, gleichzeitig gültig sein können, was er später in der *Allgemeinen Theorie der Normen* wieder verteidigt.

Die Normen, die hier als „Pflicht aussprechende Normen“ bezeichnet werden, sind diejenigen, die Kelsen früher als „sekundäre“ Normen bezeichnet hat, sowohl in der *Allgemeinen Staatslehre* als auch in der ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre*.<sup>41</sup> In der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* hat er sie jedoch nur noch als eine Art unselbständiger Normen bezeichnet. Diese Norm sei überflüssig, da sie keine Pflicht schafft.<sup>42</sup>

Die Normen, die eigentlich Rechtspflichten schaffen, sind die authentischen Rechtsnormen, die Kelsen früher als „primäre“ Normen bezeichnete. In der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* widersprechen sich diese Normen logisch nicht, auch wenn sie zwei Sanktionen für miteinander unvereinbares Verhalten vorsehen.

Außer dieser Passage gibt es noch andere Passagen in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre*, die gegen die indirekte Anwendbarkeit der Logik auf das Recht sprechen. Kelsen bestätigt in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* die Lehre der alternativen Bestimmungen, die er Ende der 1920er Jahre entwickelt hatte. Wie oben gesehen, behauptet diese Lehre die Gültigkeit sowohl von der Verfassung als auch von verfassungswidrigen Gesetzen. In der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* sagt Kelsen:

„Die Aussage, daß ein gültiges Gesetz ‚verfassungswidrig‘ sei, ist eine *contradictio in adjecto*; denn ein Gesetz kann gültig nur auf Grund der Verfassung sein. Wenn man Grund hat anzunehmen, daß ein Gesetz gültig ist, muß der Grund seiner Geltung in der Verfassung liegen. Von einem ungültigen Gesetz kann aber nicht ausgesagt werden, daß es verfassungswidrig sei, da ein ungültiges Gesetz überhaupt kein Gesetz, weil rechtlich nicht existent ist, und daher darüber keine rechtliche Aussage ist. Soll die in der traditionellen Jurisprudenz übliche Behauptung eines verfassungswidrigen Gesetzes einen möglichen juristischen Sinn haben, kann sie nicht wörtlich genommen werden.“<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, 41 f.; ders., Reine Rechtslehre, 1934, 30, 34 f.

<sup>42</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 55 f.; in der ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre* unterscheidet Kelsen primäre und sekundäre Rechtsnormen. Die ersten, die die authentische Rechtsnormen sind, verbinden einen Zwangsakt als Sanktion mit einem Tatbestand. Sie sind Normen, welche die eigentlichen Rechtspflichten schaffen. Die sekundären Normen seien überflüssig, weil sie bloß aussprüchen, was die primären Normen schaffen: Rechtspflichten. Eine primäre Norm sei z.B., „Wer Mord begeht, soll mit dem Tode bestraft werden!“. Eine sekundäre Norm wäre z.B., „Du sollst nicht töten!“ (Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, 30 ff.). In der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* wendet Kelsen diese Nomenklatur nicht mehr an. In dieser Arbeit unterscheidet er einerseits die authentische Rechtsnorm (die ehemaligen primären Normen) und die unselbständigen Rechtsnormen. Dann unterscheidet er fünf Arten von unselbständigen Rechtsnormen: (i) die Norm, die ein bestimmtes Verhalten vorschreibt, die überflüssig ist (z. B. „Du sollst nicht töten!“, die ehemalige primäre Norm); (ii) die Norm, die den Geltungsbereich einer weiteren Norm einschränkt, und deswegen ein Verhalten erlaubt; (iii) die Norm, die eine weitere Norm völlig aufhebt, die derogierenden Norm; (iv) die Norm, „die zu einem bestimmten Verhalten ermächtigt[t]“; (v) die Norm, „die den Sinn anderer Normen näher bestimmt[t] [...]“ (Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 55 ff.). Unter diesen fünf Arten unselbständiger Rechtsnormen ist nur die erste Art überflüssig, das heißt, die ehemalige sekundäre Norm.

<sup>43</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl 1960, 275.

Nach Kelsen erlauben einige Rechtsordnungen, dass ein Rechtsorgan entscheidet, beispielsweise ein Gericht oder der Gesetzgeber, ob ein Gesetz verfassungswidrig ist oder nicht.<sup>44</sup> Hierzu sagt Kelsen:

„Ist die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze einem einzigen Gericht vorbehalten, kann dieses ermächtigt sein, die Geltung des als ‚verfassungswidrig‘ erkannten Gesetzes nicht nur für einen konkreten Fall, sondern für alle Fälle, auf die sich das Gesetz bezieht, das heißt, das Gesetz als solches, aufzuheben. Bis zu diesem Augenblick aber ist das Gesetz gültig und von allen rechtsanwendenden Organen anzuwenden.“<sup>45</sup>

Also bestätigt Kelsen in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* die Lehre der alternativen Bestimmungen, die ein verfassungswidriges Gesetz und die Verfassung als gültig betrachtet, bis das ermächtigte Organ das Gesetz aufhebt. Nach dieser Lehre sind sowohl die höheren als auch die widersprechenden niedrigeren Normen gleichzeitig gültig. Andererseits kann man nicht bestreiten, dass Kelsen in einer anderen Passage der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* – die schon zitiert worden ist – die indirekte Anwendbarkeit der Logik auf das Recht behauptet hat. In dieser Passage erklärt Kelsen, wie dargestellt, dass zwei widersprechende Normen nicht gleichzeitig gültig sein können. Dies lässt nur einen Schluss zu: In der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* gibt es zwei verschiedene und miteinander unvereinbare Ansichten über die Rolle der Logik im Recht.

## V. Schluss

Die in dieser Untersuchung durchgeführte Analyse zeigt, dass Kelsen während der meisten Zeit seines Schaffens die Möglichkeit der Gültigkeit von zwei kollidierenden Rechtsnormen vertrat. Oberflächlich in einer Passage der ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre* und tiefer in einer Passage der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* vertrat Kelsen eine hiervon abweichende Ansicht. Diese Passage der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre*, die als die „dissonante Passage“ über die Rolle der Logik im Recht verstanden werden kann, bildet diejenige, in der Kelsen die indirekte Anwendbarkeit der Logik auf das Recht vertrat. Die Gültigkeit von zwei kollidierenden Rechtsnormen, sei es einer übergeordneten und einer untergeordneten Norm oder einer späteren und einer früheren Norm, bleibt in Kelsens Werk möglich, vorbehaltlich einer Passage der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre*. Kelsen hat dies ausdrücklich in den Passagen erklärt, in denen er das rechtswidrige Recht und die Lehre der alternativen Bestimmungen darlegte. Nach 1960 hat Kelsen seine von jeher gehegten und erklärten Ansichten schlicht wiederholt und vertieft. Ein Beispiel hierfür liegt in der von Kelsen nach 1960 ausdrücklich aufgestellten These, dass die Regel *lex posterior derogat legi priori* kein logisches Prinzip darstellt.<sup>46</sup>

Wenn es eine Dissonanz zur Rolle der Logik im Recht in den Arbeiten von Kelsen gibt, findet sich diese Dissonanz weder in der *Allgemeinen Theorie der Normen* noch in anderen Arbeiten der Spätlehre. Die Dissonanz liegt in einer Passage der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre*, genau in der Passage, in der Kelsen die indirekte Anwendbarkeit der Logik auf das Recht vertritt.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid., 278.

<sup>46</sup> Kelsen/Klug, Rechtsnormen und logische Analyse, 1981, 48.

Kelsen hat sich in seinen frühen Arbeiten nicht ausdrücklich mit der Anwendbarkeit der Regeln der Schlussfolgerung auf das Recht beschäftigt. Aber Kelsens diesbezügliche Ansicht in der *Allgemeinen Theorie der Normen* ist mit seinen früheren Ansichten ohne weiteres vereinbar, da er immer die Notwendigkeit eines Willensakts für die Existenz einer Norm betont hat. Das bedeutet nicht, dass Kelsen das Recht aus einer psychologischen Perspektive des Willens heraus entfalten wollte. Es bedeutet jedoch, dass die Schaffung einer Norm immer von einem Willensakt abhängt. Daher können die Regeln der Schlussfolgerung keine neuen Rechtsnorm schaffen.

Kurz gesagt gibt es keinen Umbruch hinsichtlich der Rolle der Logik im Recht in der reinen Rechtslehre Kelsens, insbesondere nicht in der *Allgemeinen Theorie der Normen*. Die *Allgemeine Theorie der Normen* von Kelsen stimmt in Bezug auf die Rolle der Logik im Recht mit seinem restlichen Werk überein. Es gibt jedoch eine punktuelle Dissonanz, die nicht in der *Allgemeinen Theorie der Normen*, sondern in der Passage der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* zu finden ist, in der Kelsen die indirekte Anwendbarkeit der Logik auf das Recht vertritt.

Wir haben oben gesehen, dass einige Autoren wie Weinberger und Losano Kelsens Spätlehre als einen Wandel zur Irrationalität betrachtet haben. Der Grund dafür besteht darin, dass in der Meinung dieser Autoren Kelsen in der Spätlehre die Nichtanwendbarkeit der Logik auf das Recht zu vertreten *begonnen* hätte. Wenn ich recht habe, hat Kelsen nicht nach 1960, das heißt nicht in der Spätlehre, die Nichtanwendbarkeit der Logik auf das Recht zu vertreten *begonnen*, da er diese Ansicht seit seinen früheren Arbeiten vertreten hat. Würde folglich die Ablehnung der Anwendbarkeit der Logik auf das Recht Irrationalität bedeuten, hätte Kelsen meiner Meinung nach immer den Irrationalismus vertreten.

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno,  
Universidade Federal de Minas Gerais/ Pontifícia Universidade Católica de  
Minas Gerais,  
E-Mail: travessoni@daad-alumni.de

## Nomodynamik als prozedurale Rechtstheorie Zwischen Normativismus und Ferrajolis axiomatischer Theorie

*Leonardo Di Carlo*

### Abstract

Nomodynamic theories use to describe legal systems as simple systems of legal sources and therefore are usually associated to free and creative character of their activity. It's paradigmatical example of this Kelsen's theory, according which all the sources would like to be basically voluntaristic. Here, on the contrary, moving from the analysis and the discussion of Kelsen's interpretation from Ferrajoli, which refuses with remarkable theoretical insight the thesis of the incompatibility between normativism and logic, one will attempt to demonstrate the alternative thesis of the normativism as *procedural theory of law*. As such, therefore it would like to be able to warrant a however little check of rationality or, better, of reasonableness.

**Keywords:** axiomatic theory – deontic logic – nomodynamic – normativism – procedural theory of law – reasonableness

### I. Einleitung

Die nomodynamischen Theorien, die – wie bekannt ist – ein Rechtssystem als bloßes System von Rechtserzeugungsquellen beschreiben, sind in der Regel mit dem Merkmal der freien und kreativen Tätigkeit verbunden. Ein paradigmatisches Beispiel bietet hier Kelsens Theorie, die besagt, dass jede Quelle, vor allem die richterliche, da sie gleichzeitig exekutiv (Anwendungsmoment) und normsetzend (Normerzeugung) ist, konstitutiv freiwillig (voluntaristisch) ist.<sup>1</sup>

Von der Analyse und den Diskussionen über die Kelseninterpretation von Ferrajoli ausgehend, der mit erstaunlichem, theoretischem Scharfsinn die normativistische These der Unvereinbarkeit von Normativismus und Logik ablehnte,<sup>2</sup> wird hier im Gegen teil versucht, die alternative These von Normativismus als *prozedurale Rechtstheorie* aufzuzeigen. Als solche wäre der Normativismus eben fähig, eine wie auch immer mindeste Form von Rationalitäts- oder besser Vernunftskontrolle zu garantieren und das, wie im Weiteren argumentiert wird, angesichts der Tatsache, dass die Nomostatik von der Nomodynamik absorbiert wird. In anderen Worten, die hier vorgestellte These der prozeduralen Merkmale der Nomodynamik impliziert eine weitere These, nämlich die der *Auflösung* (Absorbierung) der Nomostatik in letzterer, also der Nomodynamik.

<sup>1</sup> Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 239–242.

<sup>2</sup> Vgl. Ferrajoli, La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen, 2016. Die Rechtstheorie von Ferrajoli wurde von ihm zuletzt vollständig und systematisch in ders., La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale, 2021, formuliert.

Das Vorangehende hat eine weitere Implikation. Das Bewusstsein, dass die Nomodynamik prozedural begriffen wird, suggeriert zunächst dem Gesetzgeber im Hinblick auf die Verfassung und anschließend dem Richter und den Verwaltungsorganen in Hinblick auf den Gesetzgeber, dass die übergeordnete Quelle tatsächlich den Handlungsspielraum der untergeordneten Quelle nicht einschränkt: Erstere bildet bloß einen formalen Parameter zur Rationalitätskontrolle der anderen. Das würde zur Anerkennung eines Ermessensspielraums der untergeordneten Quelle führen, die seit jeher den gesellschaftlichen, außerrechtlichen Kräften nähersteht als die übergeordnete Quelle. Von Böckenfördes Definition eines „schweren“ Konstitutionalismus ausgehend, der – im Gegensatz zum „leichten“ weniger präskriptiv ist, weil er die Rechtsordnung von jenen sozialen Dynamiken abwendet,<sup>3</sup> fördert die hier vertretene These der prozeduralen Merkmale der nomodynamischen Theorie ein Verständnis einer osmotisch offenen Rechtsordnung der sozialen Dynamik, die daher mit einer größeren präskriptiven Gewalt (Kraft) ausgestattet wäre.

Während die Idee des prozeduralen Charakters des Normativismus hier zu Tage tritt, betont Ferrajoli im Gegenteil dazu den dezisionistischen Charakter des Normativismus und postuliert nicht nur die Existenz einer nomostatischen neben einer nomodynamischen Dimension, sondern auch ihre reziproke *Autonomie*. Jedoch endet die Anerkennung eben jener *Autonomie*, die eine nachfolgende Konstitutionalisierung der gesamten Ordnung impliziert, in einer Bejahung eines schweren, weniger präskriptiven Konstitutionalismus. Jene Autonomie, die logische Schlussfolgerungen von Norm zu Norm erlaubt, müsste nämlich zu einer Angleichung der unverfassungsrechtlichen Rechtsordnung an die verfassungsrechtliche führen und den Ermessensspielraum derjenigen politischen und institutionellen Akteure, die gewöhnlich an der Schnittfläche zu den gesellschaftlichen Kräften stehen, deutlich komprimieren.

Die Auslegung des Normativismus als prozedurale Rechtstheorie, die hier vorgeschlagen wird, würde es hingegen erlauben, Kelsens Modell als ein Modell zurückzugewinnen, das es schafft, Rationalität und Präskriptivität auszugleichen, während das theoretische Modell von Ferrajoli zwar entschieden zugunsten der Rationalität, aber zu Ungunsten der Präskriptivität ausfällt.

## II. Die juristische Norm zwischen Struktur und System

Die zentrale These von Ferrajolis Lesart der kelsenianischen Doktrin ist folgende. Die mangelnde Anerkennung der nomostatischen Perspektive hat zur Anwendung einer nomodynamischen Herangehensweise geführt, die auf der Definition von Norm als konditionaler Satz der Zurechnung eines zwangsläufigen Aktes zu einer unrechtmäßigen Handlung basiert. Die Idee einer Sanktion verweist selbstredend auf eine Quelle oder ein Organ, das dieselbe festlegt oder androht, und setzt eine entschieden nomodynamische Perspektive voraus.

Diese Definition hat ihrerseits teufelskreisartig die mangelnde Anerkennung des normativen Charakters der Bestimmungen der Grundrechte – vor allem jener Unterklasse der Grundrechte, die die sozialen Rechte bildet – verursacht. Es handelt sich um jene Rechte, die häufig ohne Sanktionen oder zumindest ohne Vollstreckungsgewalt für Strafmaßnahmen einhergehen. In der italienischen Rechtsordnung hat das in

<sup>3</sup> Vgl. Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 1991, 47–51, 58 ff., 86 ff., 90–92.

der Verfassung verankerte Recht auf Arbeit anders als die Freiheitsrechte weder eine Entsprechung in einer Verpflichtung des Staates, Arbeitsplätze zu schaffen, noch in den Rechten der Bürger, Rechtsmaßnahmen zu ergreifen, um einen Arbeitsplatz zu erhalten oder um eine nicht an Vollbeschäftigung interessierte Politik zu sanktionieren.

### **1. Subjektives Recht zwischen Nomostatik und Nomodynamik**

Der defizitäre Aspekt von Kelsens Definition der Norm als Zurechnung einer Sanktion zu einer unrechtmäßigen Handlung tritt deutlich hinsichtlich des Verständnisses von subjektivem Recht und den Grundrechten hervor. Versteht man nämlich unter subjektivem Recht einerseits den Reflex einer Pflicht und andererseits seine Justitiabilität,<sup>4</sup> dann wären Rechte im Sinne Kelsens weder die Grundrechte noch die in vielen internationalen Verträgen mit rein politischen Intentionen und ohne „primäre Garantien“ stipulierten Rechte.<sup>5</sup>

Diese Beziehung zwischen dem rechtlichen Anspruch und seiner Justifiabilität wird weniger vom nomodynamischen Prinzip der Positivität von juristischen Normen als vielmehr von der nomostatischen und substantiellen Dimension abgeleitet.<sup>6</sup> Nimmt man nämlich eine nomostatische Perspektive ein, so könnte man nach Ferrajoli als subjektives Recht auch alle Grundrechte definieren, die positiv statuiert wurden und die, unter den Voraussetzungen der logischen Prinzipien von Kohärenz und Vollständigkeit, sowohl zu einer Auflösung der *widersprüchlichen* Normen mit diesen Grundrechten als auch zu einer Statuierung der relativen, primären und sekundären Garantien, d.h. zur Überwindung von *Lücken*, führen. Wir könnten in einem ersten Schritt die mit jenen Rechten zugeordneten Pflichten aufgrund logischer Schlussfolgerung ermitteln und in einem zweiten Schritt die gesetzgebenden Garantien statuieren, die das Recht selbst effektiv macht. Die Präsenz der Grundrechte impliziert daher die Pflicht, die Widersprüche zu *beseitigen*. Die Pflicht besteht in einer Auflösung der widersprüchlichen Normen mit jenen Rechten wie den ihnen gegensätzlichen gesetzlichen Normen, oder darin die Lücken zu *füllen*, die aus der Abwesenheit einer korrelierenden Pflicht oder aus der Abwesenheit einer Vollstreckungsgewalt entstehen. Kelsens Normativismus stellt folgerichtig ein juristisches Modell dar, das auf die tatsächliche Dynamik reduziert wurde und dadurch eine absolut konservative dogmatische Konstruktion ist, die sich so auf denselben Wellenlänge befindet wie alle anderen Formen des Naturrechts.

### **2. Kelsens Definition von Norm**

Die fehlerhafte Anerkennung der Grundrechte als wahre Normen, die eben vorgebrachten wurde, lässt sich, wie bereits vorweggenommen wurde, von der defizitären normativistischen Definition der rechtlichen Norm ableiten.

Der Auffassung Kelsens von der Norm als konditionalen Satz zwischen einer unrechtmäßigen Handlung und einem darauffolgenden zwangsläufigen Akt liegt der Begriff *Zurechnung* zugrunde, demgemäß eine juristische Norm die folgende logische sprachliche Standardform hat: „wenn A gegeben ist, dann soll B gegeben sein“,

<sup>4</sup> Vgl. Ferrajoli, La logica del diritto, 2016, 36–39; Kelsen, Teoria generale del diritto e dello Stato, 1959, 80; La Torre, Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica, 1996, 186 f.

<sup>5</sup> Vgl. Ferrajoli, La logica del diritto, 2016, 40.

<sup>6</sup> Ibid., 55.

z.B. „Wenn X einen Raub begangen hat, dann soll er zu einer Haftstrafe verurteilt werden“. Hier ist unter *Sollen* generalisierend auch ein Verbot oder einer Erlaubnis zu verstehen. In einfachen Worten kann man sagen, dass hiermit ausgedrückt wird, dass die unverbundenen Fragmente der sozialen Welt miteinander verbunden und bloß durch rechtliche Normen zusammensetzt sind und dass die gesellschaftliche Wirklichkeit daher eine normative Natur besitzt. Hier überlagern sich Normativismus und Rechtspositivismus.

Von diesem *Standardsatz* ließen sich zwei Folgerungen ableiten. Erstens: Alle rechtlichen Normen, einschließlich aller autonomen privatrechtlichen Handlungen bieten nur Anlass für die Realisierung oder die Nicht-Realisierung von widerrechtlichen Taten, auf denen ein Zwangsakt folgt. Wenn ein Normsatz nicht die Standardform annimmt, handelt es sich bloß um ein *Normfragment*, das später in den vorliegenden konditionalen Fall der *Standardform* eingefügt werden sollte. Zweitens: Wenn jede Norm auf das Schema einer widerrechtlichen Handlung/Zwangsakt zurückzuführen ist, dann sind die wahren Adressaten der rechtlichen Norm nicht private Bürger, sondern öffentliche Beamte, d.h. die Richter im engeren Sinne, die ausschließlich mit der Androhung bestimmter rechtlicher Sanktionen beauftragte Subjekte sind.

Der erste Einwand Ferrajolis betrifft die Definition von Widerrechtlichkeit als Bedingung für Sanktionen. Wenn für ein verbotenes Verhalten keine Sanktion vorgesehen wäre, dann könnte man dieses nicht als unrechtmäßige Handlung qualifizieren.<sup>7</sup> Das würde eine Aporie darstellen, wenn eine Verbotsnorm, obwohl sie positiv statuiert wurde, keine Sanktion vorsähe und somit eine inexistierende Norm wäre, was natürlich kontraintuitiv ist.<sup>8</sup> Einfacher jedoch sei eine Handlung als unrechtmäßig zu betrachten, wenn sie von einer Norm als solche qualifiziert werde, unabhängig von den Sanktionsmaßnahmen.<sup>9</sup> Das sei vor allem in einem internationalistischen Rahmen nützlich, wenn beispielsweise der Krieg, der innerlich als etwas Negatives beurteilt wird, unabhängig von den gegen ihn gerichteten Sanktionen als ein unrechtmäßiger Akt angesehen werden müsse.<sup>10</sup>

### 3. Eine neue Klassifikation der juristischen Normen

Zweitens stelle Kelsens Reduzierung aller Normen auf einen hypothetisch-konditionalen Normsatz eine „unverdiente und irreführende Generalisierung“ dar.<sup>11</sup> Diese Rekonstruktion einer juristischen, hypothetisch ausgedrückten Norm könne also nicht die Struktur der *thetischen Normen* erklären, das heißt jener Normen, die direkt, unmittelbar und konstitutiv Situationen und *Status* wie die attributiven Normen der Grundrechte oder der Rechtsfähigkeit verfügen.<sup>12</sup>

Ferrajoli betont die Unreduzierbarkeit der *thetischen Normen* und der konstitutiven Normen auf der Kelsens hypothetisch-konditionale Form beruht. Würden sich die zwei Kategorien der Thetik und der Konstitutivität überschneiden, so erhielte man,

<sup>7</sup> Ibid., 27. Zur Definition von Unrechtmäßigkeit als Voraussetzung einer Sanktion s. Kelsen, La dottrina pura del diritto, 1966, 152 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Ferrajoli, La logica del diritto, 2016, 29.

<sup>9</sup> Ibid., 31.

<sup>10</sup> Ibid., 31–34.

<sup>11</sup> Ibid., 14. In dieselbe Richtung Celano, La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica, 1999, 194.

<sup>12</sup> Vgl. Ferrajoli, La logica del diritto, 2016, 15.

im absoluten Gegensatz zum normativen Monismus von Kelsen, eine neue normative Aufteilung auf vier Ebenen in der Form der *thetisch-deontischen* Normen, der *thetisch-konstitutiven* Normen, der *hypothetisch-deontischen* und schließlich der *hypothetisch-konstitutiven* Normen.<sup>13</sup>

Zu den *thetisch-deontischen* Normen zählen die konstitutionellen, unmittelbar auf die Grundrechte bezogenen Normen oder die Normen, die direkt Pflichten oder Verboten (zum Beispiel „Rauchen verboten“) vorschreiben.<sup>14</sup> *Thetisch-konstitutive* Normen sind alle Normen, die unmittelbar einen *Status* konstituieren (zum Beispiel, die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches, die die Rechtsfähigkeit zuschreiben). *Hypothetisch-deontische* Normen hingegen sind die Normen, die den Straftaten Sanktionen zuschreiben. Die *hypothetisch-konstitutiven* Normen sind schließlich zivilrechtliche Normen, die die juristischen *Status* als Folgen von vorausgesetzten Handlungen festlegen, wie Heirat, Ernennungen und so weiter (man nehme die verfassungsrechtliche Norm „Wer Präsident der Republik war, wird, vorbehaltlich des Verzichts, von Rechts wegen auf Lebenszeit Senator.“)<sup>15</sup>

Kelsens Theorie habe, so Ferrajoli, von diesen vier Typologien die *hypothetisch-deontischen* Normen verabsolutiert und lasse dabei die Unreduzierbarkeit der übrigen Typologien auf das obengenannte, zu Unrecht verabsolvierte Modell außer Acht.<sup>16</sup> Die gegenseitige Unreduzierbarkeit zeige sich in der Unterscheidung von Freiheitsgrundrechten und Vermögensrechten, wie dem Eigentumsrecht. Während die ersten *thetisch-deontischer* Natur sind – das Recht auf freie Meinungsäußerung verfügt unmittelbar, dass alle Personen ihre eigene Meinung frei äußern können –, sind die Vermögensrechte *hypothetisch-deontisch* oder *hypothetisch-konstitutiv*, insofern man Eigentümer durch Vertragsabschluss oder durch Testamentsannahme werden kann.

Nun scheint jedoch hier, dass die Unterscheidung dieser vier Typologien von Normen und insbesondere die Unterscheidung zwischen Thetik und Hypothetik in Frage steht. Es scheint nämlich, dass alle *thetischen* Normen auf eine hypothetische Form zurückgeführt werden können. Die Norm des Grundrechts „Jeder hat das Recht, seine eigene Meinung zu äußern“ wird zu „wenn die Meinung von X keine Verletzung für die anderen Bürger darstellt, dann ist X frei, die eigene Meinung zu äußern“, oder noch einfacher: „wenn ein Verhalten einer Meinungsäußerung entspricht, dann ist man frei, diese Meinung zu äußern“. Alle rechtlichen Regeln haben eine konditionale Form, weil sie aus der *Abwägung* gegensätzlicher Prinzipien angesichts der Umstände eines konkreten Falles entstehen. Folgt man den theoretischen Prinzipien Alexys, so sind die Umstände des Falles nichts anderes als eine konditionale Klausel eines normativen Satzes, der die Form einer Regel hat.<sup>17</sup>

Zudem stammt die volle Übertragbarkeit der deskriptiven Elemente eines *thetischen* Satzes in einer konditionalen Struktur aus der Tatsache, dass eine Norm nur dann eine präskriptive Form ausdrückt, wenn die auf die deontischen Modalität bezogenen Elemente wahr oder wahrscheinlich, d.h. *richtig*, sind. Wenn man den wahren oder falschen Charakter dieser Elemente hervorheben möchte, dann muss man die Aussage mit konditionalen Begriffen ausdrücken. Die Bestimmung „Jeder hat das Recht, seine

<sup>13</sup> Ferrajoli, La costruzione della democrazia, 2021, 53–57.

<sup>14</sup> Ibid., 146–148.

<sup>15</sup> Ferrajoli, La logica del diritto, 2016, 23.

<sup>16</sup> Ibid., 23 f.

<sup>17</sup> Vgl. Alexy, Teoria dei diritti fondamentali, 2012, 110–115.

eigene Meinung zu äußern“ wird mit dem wahren/falschen Vorsatz übersetzt „wenn es wahr ist, dass ein Verhalten eine eigene Meinung darstellt, dann ist man frei, sie zu äußern“. Die Dimension der *Richtigkeit* liegt in der Natur einer Norm als Norm.<sup>18</sup>

Was jedoch den Begriff der Konstitutivität betrifft, hat Kelsen ihn zwar nicht besonders detailliert dargestellt, aber dennoch die grundsätzlichen Züge durch den Begriff der Norm als *qualifizierendes Schema*<sup>19</sup> in einem gewissen Maß intuitiv erfasst.

Daraus ergibt sich, dass Ferrajolis Vierteilung der juristischen Normen aufgrund der Kategorien von *Thetik*, *Hypothetik*, *Deontik* und *Konstitutivität* Schwachstellen aufweisen, insbesondere was die Auflösung der Thetik in der Hypothetik angeht.

Man kann schließlich im Einklang mit der Ferrajolis Lesart des Normativismus als inkonsistenten Positivismus behaupten, dass es richtig ist, dass im Gegensatz zum Geist des Rechtspositivismus ganze Normklassen, die ohne „primäre“ und „sekundäre Garantien“ auskommen, keine Rechte wären. Werden als wahre Normen ausschließlich mit primären und sekundären Garantien ausgestattete Normen verstanden, so würde sich Kelsens Normativismus gerade am genuinen Geist des Positivismus stoßen, für den eine juristische Norm eine solche auch unabhängig von möglichen Korrelativen einer verpflichtenden Vollstreckungsgewalt darstellt, solange sie gültig statuiert wurde.

### III. Kritik an der Autonomie der Nomostatik

Wie bereits vorweggenommen, betrifft die Analyse von Ferrajoli jedoch die Möglichkeit, Normen auf logische Weise zu erzeugen, was einerseits nur eine strenge und wesenhafte nomostatische Perspektive garantieren kann und andererseits Kelsens Verabsolutierung des nomodynamischen Aspektes verhindert.<sup>20</sup>

Aus einer nomostatischen Perspektive bestehen alle subjektiven Rechte und alle Pflichten aus den präskriptiven Sätzen, die durch die logischen Verhältnisse bestimmt werden, in denen sich die einen mit Verpflichtungen und Verboten und die anderen mit ihnen jeweils zugeordneten positiven oder negativen Erwartungen auseinandersetzen.<sup>21</sup> Diese logischen Verhältnisse sind analytische Wahrheiten aufgrund von systematischen und daher *unantastbaren* logischen Prinzipien von Kohärenz und Vollständigkeit, die aus sich heraus die Möglichkeit von Widersprüchen und Lücken ausschließen. Von einem dynamischen Standpunkt aus stehen dieselben logischen Prinzipien im Gegensatz dazu, da sie außerhalb des juristischen Systems bleiben und positiv zu statuieren sind, um angewendet werden zu können.<sup>22</sup>

Kelsens Ablehnung der Anwendbarkeit von logischen Prinzipien auf das Recht liegen zwei Argumente zu Grunde: das erste ist allgemein theoretischer, das andere politischer Natur. Auf den ersten Blick basiert die Unanwendbarkeit von logischen Prinzipien auf das Recht auf einer der zentralen Thesen seiner Theorie, nämlich

<sup>18</sup> Über den wahren/falschen Charakter eines normativen Satzes, vgl. *Di Carlo*, Teoria istituzionale e ragionamento giuridico, 2017, 145 f.

<sup>19</sup> Vgl. *Kelsen*, Lineamenti di dottrina pura del diritto, 2000, 50 ff.

<sup>20</sup> Vgl. *Ferrajoli*, La logica del diritto, 2016, 43 ff.; *Kelsen*, La dottrina pura del diritto, 1966, 86 f.

<sup>21</sup> Vgl. *Ferrajoli*, La logica del diritto, 2016, 46 f.; zur Unhaltbarkeit der statisch-substantiellen Dimension in modernen Rechtsordnungen vgl. *Celano*, I diritti nella jurisprudence anglosassone contemporanea, Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica 2002, 6.

<sup>22</sup> Vgl. *Ferrajoli*, La logica del diritto, 2016, 49 f.

der Übereinstimmung von *Geltung* und *Existenz*. Dadurch wird das Problem von unrechtmäßigem Recht, von jenem Recht also, das die Regeln von Kohärenz und Vollständigkeit nicht respektiert, beseitigt.<sup>23</sup> Dadurch tritt Kelsen jedoch in deutlichen Gegensatz zur Rechtstheorie und vor allem zur heutigen Rechtspraxis, die aus der Begründung und Argumentation jeder normativen Akte besteht.<sup>24</sup>

Unter einem politischen Gesichtspunkt basiert die Ablehnung der Anwendung logischer Prinzipien auf das Recht hingegen auf ideologischen Gründen zur Unterstützung des rechtspositivistischen Paradigmas, insofern als die logische Erzeugung von Normen eine Entmachtung der produktiven Rolle von formell anerkannten rechtlichen Quellen erzeugt.

Ferrajoli folgend erzeugt das alles große Kosten im Sinne einer Komprimierung der Rechtsstaatlichkeit. Die von Kelsen aufgestellte Theorie der Unanwendbarkeit logischer Prinzipien auf das Recht mündet tatsächlich in einer kreativen Auffassung nicht nur der ordentlichen, sondern vor allem des Verfassungsgerichtsbarkeit und stimmt hierin mit der Theorie des Konstitutionalismus von Alexy überein.<sup>25</sup> Obwohl die *Abwägung* als Kern der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung impliziert, ein nicht-kognitivistisches oder geringfügig kognitivistisches Modell im Vergleich zu dem logischen Modell zu sein, das dem rechtlichen Syllogismus zugrunde liegt.<sup>26</sup> Dies alles führt jedoch zu einem Umsturz der dem Rechtsstaat eigenen Hierarchie der Quellen, der gerade in der Richterschaft ein Staatsorgan sieht, das nicht mit der Erzeugung, sondern vielmehr mit der Anwendung von Normen beauftragt ist.

Von dem hier eingenommenen Standpunkt aus kann man gegen Ferrajoli einwenden, dass die der Rechtsordnung inneren Prinzipien von Kohärenz und Vollständigkeit aus einer statisch-substantiellen Perspektive logischerweise, *ipso iure*, keine Überwindung von Widersprüchen und Lücken implizieren. Beginnen wir mit dem unrechtmäßigen Akt. Logisch semantisch betrachtet, und dieses ist die zentrale Aussage meiner Argumentation, impliziert ein unrechtmäßiges Verhalten keine Sanktion. Um ein widerrechtliches Verhalten zu beseitigen und zu sanktionieren, bedarf es einer weiteren positiv statuierten Norm, die eine Sanktion im Fall des Verbrechens oder einer Verletzung eines subjektiven Rechts vorsieht.

Ebenfalls vom logisch-semantischen Standpunkt aus impliziert die negative Erwartung seitens der Person A logischerweise, und hier folgen wir Hohfeld, die Pflicht der Unterlassung oder negative Erwartung seitens der Person B. All das wird von Ferrajoli als „primäre Garantie“ definiert. Dieses Recht aber impliziert keine Aufhebung von ihm widersprüchlichen Normen. Es impliziert auch keinen Erlass von Normen zur Anwendung des Rechts selbst. Um die Lücken zu füllen, – in diesem Fall, um die unterverfassungsrechtliche Gesetzgebung im Sinne der Grundrechte auszurichten –

<sup>23</sup> Ibid., 149. Die Ablehnung der Anwendbarkeit von Logik auf das Recht ist 1934 zu finden, als Kelsen begann, die Rechtsordnung in einem ausschließlich nomodynamischen Sinn zu betrachten (ibid., S. 154). Hieran knüpft die bekannte Behauptung der Rechtsanwendung als Willensakt und nicht als Erkenntnisakt an (ibid., 156 f.). Zu Kelsens Lösung des Problems des unrechtmäßigen Rechts, vgl. Moreso, La giustificazione kelseniana del judicial Review, in: Moreso/Troper (Hrsg.), Giustizia costituzionale e Stato di diritto, 2012, 20 f.

<sup>24</sup> Vgl. Ferrajoli, La logica del diritto, 2016, 159 f.

<sup>25</sup> Ibid., 176. Zum Konstitutionalismus der Prinzipien, der auf der allgemeingültigen, qualitativen Unterscheidung von Prinzipien und Regeln basiert, wie zum Beispiel jene, die von Dworkin und Alexy vertreten wird, Ferrajoli, La democrazia attraverso i diritti, 2013, 95 ff.

<sup>26</sup> Ferrajoli, La logica del diritto, 2016, 147–151.

benötigt man auch in diesem Fall eine dritte Norm, die zur *Ausstrahlung* der Grundrechte in jeden Bereich der Rechtsordnung verpflichtet.

Aber wenn man sagt, dass eine dritte Norm benötigt wird, sowohl um den Widerspruch zwischen Grundrechten und unterverfassungsrechtlichen Normen aufzuheben, als auch um die gesamte Rechtsordnung im Sinne der Grundrechte anzupassen, dann bedeutet das, dass den Normen der Grundrechte keine expansive Kraft zukommt, die ihnen Ferrajoli zuschreibt.<sup>27</sup> Um es klarer auszudrücken: Die Norm N<sub>1</sub> über das Grundrecht auf Religionsfreiheit erzeugt an sich weder den Anspruch, den Widerspruch mit unterverfassungsrechtlichen Normen zu überwinden, noch den Anspruch, die Lücken im Sinne einer mangelhaften Verwirklichung derselben Norm zu beseitigen. Um das zu tun, benötigt man eine weitere hierarchisch sowohl N<sub>1</sub> als auch N<sub>2</sub> übergeordnete Norm N<sub>3</sub>, die besagt, dass das Recht auf Religionsfreiheit gegenüber den widersprüchlichen unterverfassungsrechtlichen Normen überwiegt. Ähnliche verhält es sich im Fall der Lücken. Die verfassungsrechtliche Norm der Grundrechte N<sub>1</sub> verpflichtet die Erzeugung, die Interpretation und die Anwendung der unterverfassungsrechtlichen Norm N<sub>2</sub> nur unter der Voraussetzung einer dritten Norm N<sub>3</sub>, die die Konstitutionalisierung der gesamten Rechtsordnung im Lichte von N<sub>1</sub> vorschreibt.

Diese Logizisierung der gesamten Rechtsordnung durch die Beseitigung von Widersprüchen und Lücken, die von einer starren Verfassung vorgeschrieben wird, wird meiner Ansicht nach nicht von logischen, jeder Rechtsordnung immanenten Prinzipien auferlegt,<sup>28</sup> insofern man hier an der logisch expansiven Kraft der juristischen Normen zweifelt. Diese Kraft erscheint hier vielmehr rechtlich positiv, weil sie von positiv statuierten Normen abhängt und nicht allein durch die nomostatische Dimension der Rechtsordnung verursacht werden kann.

Allerdings würde sich der eben gegen Ferrajoli vorgetragene Einwand, demzufolge die Grundrechte logischerweise keine Überwindung von Widersprüchen und Lücken implizieren, entkräften, wenn die Grundrechte, wie es in der *Theorie der Grundrechte* von Alexy formuliert wird, zunächst von den Prinzipien abgeleitet werden und zweitens die Prinzipien mit Werten gleichgesetzt werden.<sup>29</sup> Die Logik des Wertes ist nämlich jene progressive, expansive und optimierende Realisierung<sup>30</sup> und macht daher die Präsenz von weiteren Normen, die die optimierende Realisierung desselben Wertes vorschreiben, unnötig. Im Gegensatz dazu verhindert die von Ferrajoli aufgenommene strenge Trennung zwischen rechtlicher Normativität und axiologischer Dimension ein angemessenes Verständnis der Dynamik von Rechtsordnungen.

#### IV. Normativität als prozedurale Rechtstheorie

Wie aus dem Vorherigen hervorgeht, zeigt man, dass Widersprüche und Lücken nicht *automatisch* überwunden werden können, sondern nur aufgrund der Präsenz einer

<sup>27</sup> Ferrajoli, La costruzione della democrazia, 2021, 18–21. In demselben Kontext nimmt Ferrajoli eine konstitutionalistische und gleichzeitig rechtspositivistische Perspektive ein: ibid., 178–182. Auf der Theorie von Ferrajoli, die konstitutionalistische und gleichzeitig rechtspositivistisch ist, vgl. La Torre, Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi, 2020, 203 ff.

<sup>28</sup> Vgl. Ferrajoli, La logica del diritto, 2016, 197.

<sup>29</sup> Vgl. Alexy, Teoria dei diritti fondamentali, 2012, 162 ff.

<sup>30</sup> Zur Optimierung als Logik des Guten, vgl. Halpin, Rights and Law. Analysis and Theory, 1997, 224.

Grundrechtsnorm, die an der Spitze der Rechtsquellen steht. Man benötigt immer eine Norm N<sub>3</sub>, die die Widerspruchs- und Lücken-Überwindung auslöst.

Die Norm N<sub>3</sub> ist eine von einer autoritativen Quelle der Rechtsordnung erzeugte Norm, und daher steht die nomostatische Perspektive immer neben jener nomodynamischen. Konkret bedeutet das folgendes: Wenn N<sub>1</sub> eine Grundrechtsnorm von verfassungsrechtlicher Bedeutung ist, dann wird das Überwiegen von N<sub>1</sub> gegenüber widersprüchlichen Normen, wie zum Beispiel den ordentlichen unterverfassungsrechtlichen Normen, oder die Anwendung von N<sub>1</sub> auf die unterverfassungsrechtliche Rechtsordnung von dieser dritten Norm N<sub>3</sub> bestimmt, die hierarchisch N<sub>1</sub> übergeordnet ist. N<sub>1</sub> sollte daher von der Norm N<sub>3</sub> ergänzt werden, die im Fall der heutigen verfassungsrechtlichen Ordnungen die Norm ist, die der verfassungsrechtlichen Quelle die Präeminenz zuschreibt und den untergeordneten Organen die Aufgabe der Anwendung von N<sub>1</sub> zukommen lässt. Nehmen wir zum Beispiel die italienische Verfassung: Die Norm N<sub>3</sub>, die den Vorrang der Grundrechtsnorm N<sub>1</sub> gegenüber der ordentlichen unterverfassungsrechtlichen Norm N<sub>2</sub> festlegt, ist Art. 134, die das Verfassungsgericht ermächtigt, die Nichtigkeit/Vernichtbarkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes zu erklären.

Es gibt wirklich eine *konstituierende Gewalt*, auf die Ferrajoli richtigerweise Kellsens *Grundnorm* reduziert. Diese konstituierende Gewalt, die im Fall der heutigen freiheitlich-demokratischen Rechtsordnungen mit der konstituierenden Versammlung (*Assemblea costituente*) identifiziert werden kann, ist die ursprüngliche Quelle des nomodynamischen Systems, die den Text der Verfassung erlassen hat, während das Parlament gleichzeitig als die höchste Quelle der Gesetzgebung anerkannt wird. In dem das Parlament als höchste Quelle der Rechtsordnung bestimmt wird, hat die konstituierende Gewalt gleichzeitig die Grenzen der Kompetenzen dieses Parlaments umrissen, Grenzen, die mit der Verfassung und innerhalb jener vor allem mit der Anerkennung der Grundrechte und Grundprinzipien des Rechtssystems übereinstimmen.<sup>31</sup> Anders gesagt: Die konstituierende Gewalt schreibt dem Parlament mit dem Handlungsspielraum vor, was das Parlament tun *kann*, tun *muss* und nicht tun darf.<sup>32</sup>

Dasselbe kann über Gerichtsurteile und Verwaltungsakte gesagt werden. Letztere, obwohl sie gelegentlich in Verbindung mit einzelnen Individuen oder Einzelfällen erlassen werden und vor Gericht gebracht werden oder zu Einzelmaßnahmen führen, können aufgrund des allgemeinen Quantors von Einzelnormen zu allgemeinen und abstrakten Normen werden. Auch in diesem Fall gilt das, was über das Verhältnis von konstituierender Gewalt und Parlament gesagt wurde. Die gesetzliche Gewalt stellt die gerichtliche Gewalt und die verwaltungsrechtliche Gewalt als Quellen, um die vor Gericht gebrachten Kontroversen zu schlichten oder um öffentliche Interessen zu verwirklichen. Durch die Befugnis der Gewalt umreißt die gesetzliche Gewalt den Kompetenzrahmen, der vom allgemeinen Gesetz vertreten wird, in dem der

<sup>31</sup> Vgl. Di Carlo, Teoria istituzionale e ragionamento giuridico, 2017, 167f.

<sup>32</sup> Nebenbei: Die Sphäre der Möglichkeiten der Gesetzgebung implementiert den Wert der *rechlichen Gewissheit*, während die Pflichten (wie die Verpflichtung, die sozialen Grundrechte zu verwirklichen) und die Verbote (wie das Verbot, den Grundrechten widersprechende Normen zu erlassen) den Wert der *Gerechtigkeit* darstellen. Über das Verhältnis von Gewissheit und Gerechtigkeit vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2003, 172 f.; Alexy, Certezza del diritto e correttezza, Rivista internazionale di filosofia del diritto 2 (2014), 180; Bäcker, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, 2015, 199–204, 265 ff.

Richter oder der Verwaltungsbeamte sich bewegen kann. Das Legalitätsprinzip wird entsprechend der Kompetenznorm, die die gesetzliche Gewalt den untergeordneten exekutiven Quellen vorzeichnet, reduziert. Daraus folgt, und das ist die zentrale Aussage dieses Aufsatzes, dass jede richterliche Norm das allgemeine Gesetz als Kompetenznorm einhalten muss, innerhalb derer sich der Richter verbindlicher Weise bewegen muss und deren Verletzung letztendlich zu nichts anderem als einem einfachen *Verfahrensfehler* führt.<sup>33</sup>

Besser gesagt, erzeugt die Quelle  $F_1$  die Norm  $N_1$ , die die Quelle  $F_2$  festlegt und verwirklicht. Ihrerseits erlässt  $F_2$  im Einklang mit der Grundrechtsnorm  $N_1$  die unverfassungsrechtliche Normen  $N_2$ . Die Rechtsordnung erscheint als Verkettung von Akten und rechtlichen Quellen, die ihrerseits Normen erlassen, die ihrerseits als Parameter für weitere Akte und untergeordnete Normen fungieren, und so weiter. Ferrajoli beschreibt diese Verkettung von Akten und Quellen meisterhaft.<sup>34</sup> Es ist aber meiner Meinung nach ambivalent, diesen Verkettungsprozess noch als nomostatische Perspektive zu qualifizieren. Ja, wenn die hier vorgestellte Rekonstruktion der übergeordneten substantiellen Normen als Kompetenzrahmen für die untergeordneten Normen richtig ist, so absorbiert die nomodynamische Perspektive letztendlich die nomostatische. Letztere fungiert dann als Korrektiv der ersteren.

Die hier formulierte These kann auf folgendes Schlagwort reduziert werden: die nomostatische Perspektive als *inneres Korrektiv* der nomodynamischen Perspektive. An der Spitze dieses nomodynamischen Systems steht die konstituierende Gewalt, die, wie Ferrajoli suggeriert,<sup>35</sup> am besten Kelsens Begriff der Grundnorm ersetzt. Insgesamt aber bleibt Kelsens nomodynamische Perspektive prädominant und erfährt nur eine *Ergänzung* durch die nomostatische Perspektive. Zusammenfassend kann ohne Zweifel behauptet werden, dass man, wenn Kompetenz als Handlungsrahmen einer Rechtserzeugungsquelle verstanden wird, eine *Auflösung der Nomostatik in der Nomodynamik* erlebt.<sup>36</sup>

Während für Ferrajoli das nomostatische Profil und das nomodynamische Profil beide parallel laufen, wird hier dagegen der Versuch einer neuen Lesart von Kelsens nomodynamischer Theorie vorgestellt, die von der Idee der Auflösung der substantiellen und nomostatischen in eine dynamisch-prozedurale Dimension ausgeht. Das Ergebnis dieser Interpretation ist, dass das, was gemein als substantielle Dimension der Rechtsordnung definiert wird, zu einer prozeduralen Bedingung der Gültigkeit

<sup>33</sup> Im Allgemeinen zu den verschiedenen Formen der Spielräume, vgl. Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl. 2018, 180–185; Klatt, Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance, in: Sieckmann (Hrsg.), Proportionality, Balancing, and Rights, 2021, 173 ff.; ders., Abwägung im Erkenntnisvakuum. Zu Bedeutung und Funktion formeller Prinzipien, in: Bäcker (Hrsg.), Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff. Elemente einer diskursiven Theorie fundamentaler Rechte, 2022, 308–312; Sieckmann, Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte, in: Clérigo/Sieckmann (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys, 2009, 193 f.; ders., Rechtsphilosophie, 2018, 204–206.

<sup>34</sup> Vgl. Ferrajoli, La logica del diritto, 2016, 93.

<sup>35</sup> Ibid., 98 f., 103.

<sup>36</sup> Es ist bemerkenswert, dass der frühe Kelsen im Gegensatz zum reifen Kelsen Vertreter einer typisch statischen Rechtskonzeption war (ibid., S. 119–121); vgl. dazu Carrino, Autopoiesi dell’ordinamento dinamico, in: Gianformaggio (Hrsg.), Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana, 1991, 220. Zu der These der notwendigen Ergänzung der nomostatischen mit der nomodynamischer Perspektive s. Ferrajoli, La costruzione della democrazia, 2021, 90 ff.

der entsprechenden Norm deklassiert wird. Letztendlich müsste man eher von *prozeduralen Gültigkeitsbedingungen im weiteren Sinne* und von *prozeduralen Gültigkeitsbedingungen im engeren Sinne* sprechen, wobei letztere mit den traditionellen Gültigkeitsbedingungen von Verfahren gleichgesetzt werden und erstere sich sowohl auf die Verfahrensbedingungen im engeren Sinne als auch auf die substantiellen Normen beziehen. In anderen Worten gesagt: auch wenn der Text der Verfassung lang und ausführlich ist, bleibt sie immerhin und nur eine *Rahmenordnung* und niemals eine *Grundordnung*.

*Leonardo Di Carlo,*  
Università di Foggia, E-Mail: leonardo.dicarlo@unifg.it

**Karlheinz Muscheler, Das Recht des Todes. Grundlegung einer juristischen Thanatologie, Duncker & Humblot, Berlin 2024, 617 S.**

*Yury Safoklov*

Der Autor beginnt sein Werk mit einer vielversprechenden, ja ambitionierten Ankündigung: „Es sollen die Grenzen eines neuen und eigenständigen Rechtsgebiets abgesteckt und die innerhalb der Grenzen liegenden Gegenstände dargestellt werden.“ Es wird „etwas Neues und damit etwas Schwieriges“ gewagt, die Konstruktion eines unbekannten Bauwerks, die Verlegung des Pfads in einer nicht erkundeten Gegend. Indessen ist aus der Rechtsgeschichte hinlänglich bekannt, dass neue Rechtsgebiete nicht „auf Knopfdruck“, also nicht infolge der Publikation grundlegender Werke entstehen, auch wenn es sich um unbestrittene, herausragende wissenschaftliche Meilensteine handelt. Vielmehr beginnt der Vorgang stets mit der Annäherung an und Erschließung von neuen Lebensphären, die gesellschaftspolitische Relevanz gewinnen und vom Recht zunächst behutsam begleitet, später durchdrungen und in manchen Fällen entscheidend bestimmt werden. Der Versuch, eine juristische Thanatologie zu konzipieren, ist mithin eine weniger schöpferische denn ordnende, systematisierende Aufgabe: Es soll der rechtliche Rahmen für den Umgang mit dem Phänomen des Todes in einer auf dem Gedanken der individuellen Persönlichkeitsentfaltung und Selbstbestimmung basierenden Gesellschaft entworfen und die Möglichkeiten erwünschter und unerwünschter bzw. zulässiger und unzulässiger Entwicklungen innerhalb der geltenden Rechtsordnung geschildert werden.

Das Buch beginnt mit einer umfangreichen Einleitung, in welcher die behandelten Themenfelder und die grundlegenden Probleme skizzenhaft umrissen werden. Die Schwerpunkte der Betrachtung werden auf die Balance zwischen Privatheit und Öffentlichkeit sowie Verrechtlichung des Sterbens („Privatisierung, Medikalisierung, Juridifizierung“), die Individualisierung des Sterbens einschließlich der überaus virulenten und aktuellen Problematik der Euthanasie, die vorsterbliche Phase mit der Frage nach der Notwendigkeit lebenserhaltender bzw. -verlängernder Maßnahmen, den die Hinterbliebenen des Verstorbenen in den Blick nehmenden Fragenkomplex der „Domestizierung“ der Trauer und den Abschluss des Sterbensprozesses im Rahmen des Bestattungs- und Friedhofswesens gesetzt. Das philosophische Meinungsspektrum über die Frage der Unsterblichkeit der Seele wird anschließend in einem sprunghaften Überblick anhand einiger Dialoge von Plato sowie Werke ausgewählter Denker der Aufklärungsepoke unter Ausblendung des gesamten christlich-philosophischen Schrifttums beleuchtet.

Im zweiten Kapitel wird das Recht gegen den Tod, in der Systematik des Verfassers also der Fragenkomplex „Privatisierung, Medikalisierung, Juridifizierung“ des Todes untersucht. Die Analyse beginnt mit dem Tötungsverbot, was die Vorstellung von der Fixierung der Gesellschaft auf die individuelle Selbstbestimmung, wenn schon nicht konterkariert, so doch jedenfalls gewissermaßen erschüttert: Am Anfang der umfassenden Todesthematik scheint immer noch die fremdbestimmte, gewaltsame, die persönliche Autonomie negierende Lebensbeendigung zu stehen. Neben den verfassungs- und strafrechtlichen Grundlagen des Tötungsverbots werden das Notwehrrecht und der entschuldigende Notstand, also das ausnahmsweise bestehende Tötungsrecht,

besonders ausführlich erörtert. Bei der Behandlung der Notwehr nach § 32 StGB wird die Frage nach dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit diskutiert und letztlich verneint; insbesondere erteilt der Verfasser dem Versuch, die Notwehr unter Berufung auf Art. 2 Abs. 2 EMRK einem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt zu unterstellen, eine Absage und begründet dies damit, dass die EMRK nur Rechtsverhältnisse zwischen Bürger und Staat und nicht solche zwischen den Bürgern, wie dies in einer Notwehrsituation der Fall ist, regele. Diese Auffassung ist sowohl aus systematischen als auch als teleologischen Gründen unzutreffend. In der deutschen Verfassungsordnung nimmt die EMRK gemäß Art. 25 GG zwar „nur“ den Rang eines einfachen Gesetzes ein, fungiert aber nach der Rechtsprechung des BVerfG als „Rechtserkenntnisquelle“, die bei der Auslegung des Grundgesetzes zwingend zu berücksichtigen ist. Auf der anderen Seite stellen die Grundrechte des Grundgesetzes nicht lediglich individuelle Abwehrpositionen gegen staatliche Eingriffe, sondern darüber hinaus auch Elemente einer objektiven Werteordnung dar, die im Wege mittelbarer Drittewirkung einen umfassenden grundrechtsgeprägten Rechtsraum auch im Verhältnis der Bürger untereinander errichten. Dies bedeutet, dass die Gewährleistungen der EMRK – konkret: das Verhältnismäßigkeitsgebot bei Tötungen aus Art. 2 Abs. 2 EMRK – ihre Wirkung auf das Recht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und damit auch auf die Notwehr nach § 32 StGB ausstrahlen. Der Verzicht auf das Erfordernis einer verhältnismäßigen Notwehr führt im Übrigen zu Situationen, in denen die Tötung zur Abwehr eines Angriffs auf das Sacheigentum gerechtfertigt werden könnte (das Beispiel stammt vom Verfasser selbst) – ein Ergebnis, welches dem Rechtsempfinden ersichtlich widerspricht. Die Rechtfertigung der Notwehr wird anschließend aus christlicher – überwiegend katholischer –, naturrechtlicher und kantisch-hegelianischer Perspektive betrachtet, bevor der Verfasser seinen eigenen, allein auf den Individualrechtsschutz abstellenden Rechtfertigungsansatz darlegt und begründet. Er verwirft die von der herrschenden Meinung befürwortete sozialethisch-generalpräventive Komponente der Notwehr, um den in Notwehr Handelnden nicht zum „Agenten des Staates“ zu machen und ihn infolgedessen nicht den für staatliches Handeln geltenden rechtlichen Schranken zu unterwerfen. Welch weitreichendes Notwehrverständnis dieser Ansicht zugrunde liegt, wird an der Behauptung klar, das Notwehrrecht sei ein vor- und überstaatliches Naturrecht und bleibe im Kern der staatlichen Gesetzgebung entzogen. Die Konstruierung eines solchen angeborenen „Notwehrgrundrechts“ lässt sich indes rechtshistorisch, teleologisch und verfassungspolitisch nicht begründen. Die Ausführungen zur fehlenden Schutzwürdigkeit des Angreifers, dem der Verfasser infolge seiner verbrecherischen Handlungen den Verlust seines Lebens als Resultat der Notwehr zumutet, sind zudem mit der Garantie der Menschenwürde, die ihrem Träger in absolut jeder Lebenssituation erhalten bleiben muss, nicht vereinbar. Auch die Problematik des entschuldigenden Notstands im Sinne des § 35 StGB wird einer kritischen Begutachtung unterzogen, wobei hier, im Gegensatz zur Notwehr, nicht die Reichweite, sondern die Legitimation der das Unrecht zwar nicht beseitigenden, aber den Täter exkulpierenden Strafvorschrift überprüft wird. Nach der Widerlegung aller vorhandenen Legitimationsansätze (Aufwertung des Erfolgswerts durch den Erfolgswert der Güterrettung, Fehlen general- und spezialpräventiver Bestrafungsgründe in Bezug auf den Notstandstäter, Regelungsbedürftigkeit des Interessenkonflikts) konstatiert der Verfasser, dass das Recht durch eine solch nicht zufriedenstellende Regelung der Interessenkollision nur seine Schwäche eingestehen. Eingehend wird das „ewige“ Thema der Todesstrafe behandelt, deren systematische Verortung im Kapitel über das Tötungsverbot im Strafrecht freilich durchaus fragwürdig erscheint: Art. 102 GG, den

der Verfasser zu Beginn seiner Ausführungen zitiert, gehört selbstverständlich nicht dem Strafrecht an und richtet sich mit seinem Verbot an Staatsorgane, die nicht vom Strafrecht, sondern vom Verfassungsrecht adressiert und verpflichtet werden.

Das dritte Kapitel behandelt den überwiegend neuen Themenbereich des Rechts auf den Tod. Den altbekannten, rechtsgeschichtlich und rechtskulturell aufgeladenen Teil bildet hier die Problematik der Selbsttötung, deren Zulässigkeit sowohl vom BVerfG als auch von Fachgerichten inzwischen nicht angezweifelt wird. Die verbleibenden Strafbarkeitsreste aus dem Themenkomplex der freiwilligen Lebensbeendigung betreffen bei genauer Betrachtung Todesprozesse, deren Verlauf der Sterbende aus verschiedenen Gründen nicht mehr zu beherrschen vermag und für deren Abschluss die tatbeherrschenden Dritten zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden. Der Bereich der medizinischen Suizidassistenz einschließlich der aufsehenerregenden höchstrichterlichen Rechtsprechung (BVerwG und BVerfG) über die Gewährung des Zugangs zu todbringenden Medikamenten eröffnet dagegen ein neues Kapitel im Problemfeld der persönlichen Entfaltungsfreiheit in der Endphase des Lebens. Der Verfasser vertritt ein sehr weites Selbstbestimmungsverständnis und plädiert für die grundsätzliche Straflosigkeit organisierter Suizidbeihilfe, deren Dienste die Sterbe-willigen auch dann in Anspruch nehmen können dürfen, wenn sie weder unheilbar krank sind noch unerträgliche Schmerzen erleiden. Bei allen Argumenten, die auf die Stärkung der individuellen Entscheidungsautonomie und die praktische Wirksamkeit der dem Suizidenten verfassungsrechtlich garantierten Freiheiten abzielen, fällt auf, dass das Rechtsgut Leben allein aus einzelpersönlicher, ja egozentrischer Perspektive gedeutet wird, während die gesellschaftliche Dimension des menschlichen Lebens völlig ignoriert wird. Dabei finden sich bereits in Abhandlungen der antiken Denker zahlreiche Deutungen der Rolle des Einzelnen im Gemeinwesen – es sei nur an die berühmte aristotelische Deskription des Menschen als eines „politischen“, also in den Staat (Polis) eingebundenen Lebewesens erinnert –, während in der gegenwärtigen Verfassungslehre kommunaristische Theorien die Fixierung auf das Individuum kritisch hinterfragen, alternative Modelle zum Drang nach der immer weiter fortschreitenden Abgrenzung und Absicherung der individuellen Freiheitssphäre bieten und den Einzelnen nicht in verdachtsvoll-konfrontativem Kontrast, sondern in Zusammenspiel und Interaktion mit den Mitmenschen betrachten.

Auf das vierte Kapitel, welches im Wesentlichen aus der Kritik des in Rechtsprechung und Schrifttum vorherrschenden Hirntod-Kriteriums besteht, folgt im fünften Kapitel die Behandlung der überaus umfang- und facettenreichen postmortalen Problematik – des rechtlichen Umgangs mit dem Leichnam. Zu Beginn werden die „Pflichten in Bezug auf Leichen“ behandelt, wobei der Autor zunächst eine übersichtsartige Darstellung der „Lehren der Kirche“ – hier werden allerdings allein die Ansichten von Aurelius Augustinus, Thomas von Aquin und Franz Xaver von Linsenmann erwähnt – und einiger moralphilosophischer Ansätze gibt, um anschließend seine eigene Auffassung zu präsentieren. Deren Kernaussage besteht darin, dass der Tote weder Würdeträger noch Rechteinhaber sein könne, weil Würde und Rechte allein Personen, also zurechnungsfähigen Subjekten zuständen. Die Rechte des Verstorbenen gingen daher kraft ausdrücklicher bzw. konkludenter Willensbekundung auf dessen Erben über, wobei die Rechtsnachfolge nicht nur materielle, sondern auch immaterielle Rechtspositionen einschließe. Dieser als „eigene Lösung“ bezeichnete Ansatz entpuppt sich indessen als juristische Verwertung der sog. Beendigungsthese, einer der vorstehend erörterten Auffassungen, nach welcher sämtliche Existenz der Person mit ihrem Tod endet. Die Defizite des befürworteten Übergangsmodells wer-

den allerdings schnell deutlich: Zum einen bleiben die Leichen der Toten ohne Erben ungeschützt und somit mangels eintrittsberechtigter Rechteinhaber jedem potentiellen Missbrauch ausgesetzt, zum anderen lässt sich der Übergang höchstpersönlicher Rechte wie des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die der Inhaber zeitlebens nicht delegieren darf, mit keinerlei vertretbaren juristischen Argumenten begründen. Mit seinen Ausführungen offenbart der Verfasser auch die prozessrechtliche Schwierigkeit des Übergangsmodells: es gibt keinen Kläger und somit grundsätzlich keine Abwehrmöglichkeit für den Fall, dass der Erbe die Vorgaben des Verstorbenen für den Umgang mit seinem Körper oder seinen Rechten missachtet. Die Folgen und Auswirkungen des Übergangsmodells werden im anschließenden Abschnitt über das Recht der Totenfürsorge einschließlich der altbekannten Themenbereiche (Umbettung, Obduktion, Bestattung) sowie der neuen, durch den technologischen Fortschritt bedingten und geprägten Problemfelder (Transplantation, postume Fortpflanzung) behandelt.

Das sechste Kapitel hat das postmortale Persönlichkeitsrecht zum Gegenstand. Der Autor beginnt mit der strafrechtlichen Dimension und beantwortet die im vorstehenden Kapitel offen gebliebene Frage nach dem Schutz von Verstorbenen ohne Erben, indem er in Anlehnung an Kants „Metaphysik der Sitten“ die Allgemeinheit („wir alle“) zu Treuhändern der Ehre des Toten erklärt, um anschließend in einer höchst emotionalen Stellungnahme die Rechtsprechung des BVerfG zum postmortalen Ehrenschutz im Strafrecht anzugreifen. Es folgt die Behandlung der zivilrechtlichen Facetten der Problematik, wobei der Schwerpunkt auf dem postmortalen Persönlichkeitsrecht im Zivilrecht liegt. Dieses richterrechtlich – zunächst vom BGH und später vom BVerfG – entwickelte Rechtsinstitut wird der Kombination aus Art. 2 Abs. 1 mit Art. 1 Abs. 1 GG entnommen und fungiert als Rechtsgrundlage für eine ganze Reihe zivilrechtlicher Unterlassungs-, Beseitigungs-, Widerrufs- und Schadensersatzansprüche. Den inzwischen beträchtlichen Bestand an einschlägiger Rechtsprechung bezeichnet der Verfasser in überaus kritischer Manier als „einzige Quelle von Rechtsunsicherheit“, der weder klare Tatbestände noch ein widerspruchsfreies Rechtsfolgensystem entnommen werden könnten. Den Grund für diesen unbefriedigenden Zustand glaubt er in der Verengung des Blicks auf Art. 1 Abs. 1 GG und der Ignorierung des über den Tod hinaus gehenden Persönlichkeitsschutzes nach Art. 2 Abs. 1 GG zu erblicken. Diese Kritik geht indessen weitgehend ins Leere, weil nach der herrschenden Auffassung im verfassungsrechtlichen Schrifttum das BVerfG die Rechtsgrundlage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eben in Art. 2 Abs. 1 GG verortet und Art. 1 Abs. 1 GG lediglich zur Konkretisierung und Präzisierung des Schutzgehalts heranzieht. Die Ausführungen werden von einem Überblick über die Rechtsprechung des BGH zum postmortalen Persönlichkeitsschutz in der digitalen Sphäre abgerundet.

Im letzten, siebten Kapitel wird die „Enteignung der Toten“ untersucht. Mit dieser Überschrift werden Fälle ins Visier genommen, in denen Rechte an immateriellem oder materiellem Eigentum nach dem Tod des Inhabers aufgrund gesetzlicher Regelungen verfallen. Der Verfasser plädiert zunächst für die Streichung der urheberrechtlichen Schutzfrist aus §§ 64 f. UrhG, weil die Ungleichbehandlung zwischen den Eigentumsrechten, die keiner Schutzfrist unterliegen, und den Urheberrechten sich nicht begründen lasse, das zur Begründung der Schutzfrist angeführte Argument über die Befriedigung des vermeintlichen Interesses der Öffentlichkeit am Zugang zu den urheberrechtlich geschützten Werken letztlich nur großen Marktplatzen die massenhafte und gewinträchtige Verwertung ermögliche und das Urheberrecht als persönliches Recht des Schöpfers ebenso wenig zeitlich beschränkt werden dürfe wie die Urheberschaft des Schöpfers selbst. Fristregelungen im Bereich des Erbrechts

(§§ 2210, 2109, 2162 BGB) lehnt der Verfasser als willkürlich und teleologisch verfehlt ab; zudem tritt er die Fristregelungen tragenden „Angst vor der toten Hand“ mit dem rechtspraktischen Hinweis auf die geringe Relevanz der Vorschriften und dem rechtstheoretischen Gegenargument der Unzulässigkeit pauschalen Misstrauens gegenüber den auf die Bestimmung der Rechtsverhältnisse zwischen den hinterbliebenen Erben vermeintlich versessenen Erblassern entgegen. Mit dem hinter den Ausführungen erkennbaren Wunsch, die eigentums- und vermögensrechtliche Verfügungsfreiheit vor Zugriffen der Allgemeinheit größtmöglich zu schützen, korreliert die Ablehnung der Erbschaftssteuer, die nach Meinung des Verfassers zur Doppelbesteuerung des bereits der Einkommens- oder der Grunderwerbssteuer unterzogenen Vermögens, der Benachteiligung der mit der Vermögensmasse im „personalen Näheverhältnis“ lebenden Erben und Ungleichbehandlungen zwischen verschiedenen Personengruppen führt.

Das Buch endet mit einem nicht gerade optimistischen Fazit. Für den Verfasser offenbaren sowohl die Rechtstheorie als auch die Rechtpraxis im Umgang mit Fragen aus dem thanatologischen Bereich ein „Gesamtbild in düsteren Farben“; Würde, Leben und Selbstbestimmung befinden sich jedenfalls in potentieller, bisweilen aber auch in aktueller Gefahr. Diese ernüchternde Diagnose kann hinsichtlich des rezensierten Werks keineswegs wiederholt werden. Die Aufgabe, den thanatologischen Diskurs im juristischen Bereich zu systematisieren, in klar definierte Konturen einzurichten und von thematisch verwandten Rechtsbereichen abzugrenzen, ist zweifellos als erfüllt anzusehen. Die akuten Probleme und Defizite wurden pointiert und lückenlos lokalisiert, womit die künftigen Forschungsrichtungen vorgezeichnet sind. Die zur Behebung der festgestellten Mängel angebotenen Lösungsansätze sind jedenfalls diskussionswürdig, auch wenn man die behandelten Interessen- bzw. Güterkonflikte durchaus unter anderen Vorzeichen betrachten und dementsprechend anders entscheiden kann. Es darf als nicht zu leugnendes Faktum festgehalten werden: Die juristische Thanatologie hat ihren Platz im farbenreichen Ensemble der rechtswissenschaftlichen Disziplinen gefunden und eingenommen.

*Yury Safoklov,*  
FernUniversität in Hagen, E-Mail: [yury.safoklov@fernuni-hagen.de](mailto:yury.safoklov@fernuni-hagen.de)

# Tierethik mit menschlichem Gesicht



## Tierethik

Von Univ.-Prof. Dr. Michael Rosenberger,  
Dr. Konstantin Deininger und  
Univ.-Prof. Dr. Herwig Grimm

2025, 267 S., brosch., 24,90 €

ISBN 978-3-7560-1563-4

E-Book 978-3-7489-4368-6

(Studienkurs Ethik)

Das Lehrbuch gibt einen Überblick über wichtige Ansätze der Tierethik in Geschichte und Gegenwart. Seine Leitfrage ist, wie der abendländische Anthropozentrismus überwunden und den Tieren moralischer Status zuerkannt werden kann. Jedes der acht Kapitel bietet im Anschluss an eine verständliche und klar strukturierte Darstellung einiger ethischer Ansätze einen oder mehrere

Quellentexte mit Fragen sowie ein praktisches Fallbeispiel für die Diskussion unter Studierenden. Ein umfangreiches Literaturverzeichnis und ein Glossar mit allen einschlägigen Fachbegriffen sind weitere Hilfen für das Studium. Dabei wendet sich das Lehrbuch an Studierende aller Fachrichtungen, von der Veterinärmedizin bis zur Philosophie, von der Biologie bis zur Theologie.

 Nomos  
eLibrary nomos-elibrary.de

Bestellen Sie im Buchhandel oder  
versandkostenfrei online unter [nomos-shop.de](http://nomos-shop.de)  
Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer

 **Nomos**