

Das normative Nichts der Entscheidung

Eine Studie zum Dezisionismus
in den frühen Schriften Carl Schmitts

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Philosophie
im Fachbereich Gesellschaftswissenschaften
der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

vorgelegt von

Ulrich Habfast
aus: München

1998
(Einreichungsjahr)

2010
(Erscheinungsjahr)

-
1. Gutachter/-in: Prof. Dr. Herfried Münkler
 2. Gutachter/-in: Prof. Dr. Ingeborg Maus

Tag der mündlichen Prüfung: 25.01.2000

Inhalt

Einleitung	3
I. Gesetz und Urteil	8
Wider die juristischen Methodenlehren / Die zwei »Geltungen« des Rechts / Rechtsbestimmtheit / Entscheidung, Rechtssicher- heit und Positivität des Rechts / Selbstreflexive Urteilsrichtig- keit / Die Autochthonie der Rechtspraxis	
II. Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen	37
Wirklichkeitsunabhängiges Recht / Staatliche Rechtsverwirkli- chung / Rechtsdualismus und Entscheidung / Machtvertrauen / Recht und Individuum	
III. Die Diktatur	69
Dialektische Rechtsverwirklichung / Machtvollkommenheit / Die kommissarische Diktatur / Ein verkehrter Absolutismus / Die souveräne Diktatur / Diktatur und Rechtsstaat	
IV. Politische Theologie	116
Die rechtliche Logik des Ausnahmezustandes / Entscheidung und Ausnahme / Paradoxe Souveränität / Auf der Suche nach der legitimen Souveränität / Monarchie ohne König	
Schluss	140
Siglen	143
Literatur	144

Einleitung

Der Dezisionismus war kein Einfall des Augenblicks. Als Carl Schmitt den Begriff in *Politische Theologie* prägte, hatte er sich schon eine Reihe von Jahren mit dem Thema beschäftigt. In mehreren, auf ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten beheimateten Büchern war er der eigenständigen, von rechtlichen Normen unabhängigen Bedeutung juristischer Entscheidungen nachgegangen.¹ Für den heutigen Leser ist die Kontinuität dieses Interesses bereits an der stetigen Präsenz der bekannten Schlagworte, an den Reflexionen zur „Entscheidung an sich“² erkennbar, aber darüber hinaus auch an der Beständigkeit, mit der die jeweils behandelten juristischen Fragen auf das Problem normfreier Entscheidungen zugespielt werden. Jede der in Frage stehenden Schriften hat eine Theorie dezisionistischer Entscheidung entwickelt - auch wenn der finale Begriff dazu noch fehlte. Rückblickend gesehen bildet diese, über eine Dekade sich erstreckende, intensive und ausführliche Auseinandersetzung mit den Eigenheiten der juristischen Entscheidung die Vorgeschichte des Dezisionismus, ein Ausprobieren von jenen Thesen, die später in dem mittlerweile berühmten Neologismus ihren Ausdruck gefunden haben.

Die Entstehung des Dezisionismus lässt sich in diesen frühen Schriften gut studieren. Vor allem die Vielfalt der juristischen Themen, aus denen heraus Schmitt die Thematik erarbeitet, sorgt dabei für eine perspektivische Erweiterung. So kann verfolgt werden, wie die dezisionistische Entscheidung sowohl aus Überlegungen zur gerichtli-

¹ Am Beginn dieser Auseinandersetzung steht die kleine Abhandlung *Gesetz und Urteil*, die Schmitt im Jahre 1912 noch während seiner Zeit als Gerichtsreferendar veröffentlicht hat. Sie wurde fortgesetzt in der Habilitationsschrift *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* von 1916 und fand auch Eingang in die 1921 erschienene Monographie *Die Diktatur*.

² Schmitt, *GU*, S. 49.

chen Praxis, als auch aus einer rechtsphilosophischen Rechtfertigung des Staates heraus oder aber im Rahmen von Studien zu geschichtlichen Typen des Staatsnotstandsrechts beleuchtet wird. Der Rezeption bietet sich hier ein weites Feld sehr unterschiedlicher Kontexte, aus denen immer die gleiche Problematik entwickelt wird. Aus dieser Spektrum kann nicht allein ein klareres Verständnis der dezisionistischen Rechtstheorie selbst gewonnen werden, es ist gewissermaßen im Umkehrverfahren auch möglich, aus den unterschiedlichen Thematisierungen eine bessere Sicht auf die Gründe und Motive eines Denkens in Entscheidungen zu gewinnen.

Eine wichtige Klärung, die im Rahmen einer Durchsicht der frühen Schriften zu erwarten ist, betrifft das Verhältnis von Dezisionismus und Recht. In *Politische Theologie* ist dieses Verhältnis äußerst ambivalent. Berühmt geworden ist die polemische Formel, nach der die juristische Entscheidung „normativ betrachtet, aus einem Nichts geboren“³ ist. Die Formulierung distanziert sich vom allgemein anerkannten und grundlegenden Prinzip, dass Rechtsentscheidungen aus rechtlichen Normen zu gewinnen seien. Das Maß der Konfrontation zeigt sich insbesondere darin, dass nicht die juristische Alltagsentscheidung gemeint ist, sondern diejenige, der es ums Ganze geht. Der Inbegriff juristischer Dezision ist für Schmitt die souveräne Entscheidung über den Ausnahmezustand. Die normative Unableitbarkeit der Entscheidung wird damit virulent gerade in Situationen machtpolitischer Unübersichtlichkeit, im Bürgerkrieg, während eines Staatsstreichs und damit dort, wo die herrschende Auffassung die Beachtung rechtlicher Regeln für besonders dringlich hält. Gleichwohl entlässt Schmitt auch die souveräne Entscheidung über den Ausnahmezustand nicht vollkommen aus der Sphäre des Rechts. Sie verbleibt für ihn „im Rahmen des Juristischen“⁴. Diese Versicherung ist freilich schwach und belässt die Rechtlichkeit der Dezision im Unklaren. In den Arbeiten vor *Politische Theologie* hingegen hat Schmitt das Verhältnis von Recht und Entscheidung anders beschrieben. Die normativ unableitbare Entscheidung wird hier explizit und deutlich im Rückgriff auf rechtliche

³ Schmitt, *PT*, S. 42.

⁴ *Ebd.*, S. 19.

Prinzipien gerechtfertigt. Schmitt spricht in diesem Zusammenhang vom Postulat der Rechtsbestimmtheit und der Aufgabe der Rechtsverwirklichung, denen jede juristische Entscheidung, auch die normativ nicht ableitbare zu folgen habe. Anscheinend hat Schmitt dem Irrationalismus der Entscheidung hier noch eine andere Bedeutung zugemessen. Ein genauer Vergleich und eine Untersuchung der Differenzen können hier zur Verdeutlichung beitragen und insbesondere die Ambivalenz von Recht und Entscheidung im Dezisionismus erhellen.

Wenn das Klärungspotential der Schriften vor *Politische Theologie* gehoben werden soll, dann müssen diese Arbeiten einer genauen Analyse unterzogen werden.⁵ Die Entfaltung der dezisionistischen Fragestellung wird aus den jeweiligen juristischen Kontexten genau zu verfolgen sein. Es muss dabei vor allem auf eine präzise Rekonstruktion der Argumentation ankommen. Der Dezisionismus ist „in die Zwangsjacke der Logik“⁶ zu stecken. Ohne einen peniblen Nachvollzug der Schmittschen Art, das Thema zu entfalten, auch in seinen argumentativen Winkelzügen, ohne ein Eindringen ins Labyrinth der oft schwer durchschaubaren Beweisführungen ist dieses Ergebnis nicht zu bekommen.⁷

⁵ Hasso Hofmann ist bisher der einzige, der den Dezisionismus der Schmittschen Frühschriften einer systematischen Untersuchung unterzogen hat. Im Rahmen seiner allgemeinen These, nach der Schmitt ein Konzept staatlicher Legitimität entwickelt hat, dass gegen den parlamentarisch-demokratischen Legalitätsbegriff gerichtet sei, deutet Hofmann die frühen dezisionistischen Schriften als Versuche, den rechtlichen Sinn nichtnormativer staatlicher Rechtssetzungen zu bestimmen. „Was macht einen Staatsakt, der hinsichtlich seines Inhalts zu seiner Rechtfertigung prinzipiell nicht aus vorgegebenen Normen abgeleitet werden kann, eigentlich zu einem Rechtsakt des Staates?“ (Hofmann, *Legitimität*, S. 38) Schmitt gehe es um die „Frage nach der Legitimation der legitimierenden Autorität“ (*ibd.*, S. 36), um „die rationale Rechtfertigung der Macht“ (*ibd.*, S. 72). Hofmann gelingt es, die rechtlichen Intentionen des frühen Dezisionismus herauszuarbeiten, er diagnostiziert eine „zweck-rationale Legitimitätstheorie“ (*ibd.*, S. 39) für *Gesetz und Urteil* und ein „wertrationale(s) Legitimitätsprinzip“ (*ibd.*, S. 74) für *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. Diese Rechtlichkeit verneint Hofmann allerdings für den Dezisionismus von *Politische Theologie*. Dort diagnostiziert er die Wendung zu einem „Irrationalismus der konkreten, dezisionistischen Zwecksetzung im absoluten Ausnahmezustand“ (*ibd.*, S. 77). Das Problem von Hofmanns Arbeit liegt darin, dass sie den Grund dieser Wendung weder systematisch noch entwicklungsgeschichtlich begreifbar machen kann.

⁶ Ball, *Politische*, S. 308.

⁷ Die Begrenzung auf die Entfaltung der dezisionistischen Argumentation hat zur Ausblendung zweier Bücher geführt, die Schmitt ebenfalls zwischen *Gesetz und Urteil* und *Politische Theologie* veröffentlicht hat: die Monographie *Theodor Däub-*

Ein nicht zu unterschätzender Vorteil, den die frühen Bücher Schmitts für eine Analyse des Dezisionismus bieten, liegt im Stil ihres Arbeitens. Anders die späteren Schriften, in denen, wie oft bemerkt wurde, mehr auf die Evidenz der Ergebnisse, als auf die Überzeugungskraft der Argumente geachtet wird, bemüht sich der frühe Schmitt um eine, im konventionellen Sinne klare Darlegung seiner Thesen. Hier werden wissenschaftliche Erörterungen präsentiert und keine Positionen akklamiert. Der präzise Gedanke steht höher im Kurs als das prächtige Wort. Mithin kann eine um Präzision bemühte Untersuchung hier besser ansetzen als an den reifen Werken.

An eine präzise Rekonstruktion der dezisionistischen Argumentation sollten allerdings keine falschen Erwartungen gestellt werden. Es ist nicht davon auszugehen, dass mit ihrer Hilfe eine bisher gänzlich unbekannte Theorie ans Licht gebracht oder neue und überraschende politische Verortungen⁸ des Dezisionismus geliefert werden. Es sind weder Einblicke in Schmitts „eigentliches Arcanum“⁹ zu erwarten, noch Einblicke in das „metaphysische Zentrum“¹⁰. Es wird auch kein „kairos“¹¹ freigelegt oder die Frage beantwortet, was Schmitts Werk „im Innersten zusammenhält“¹². Derartige Erkenntnisse, die sich gelegentlich zu absonderlichen Verstiegenheiten entwickeln können, suchen meist die widersprüchliche Anlage ihres Materials in der Esoterik letzter Urfragen, in unzweideutigen Erklärungen oder auch in ei-

lers »Nordlicht« und *Politische Romantik*. Besonders letztere kritisiert den Typus des Nicht-Dezisionisten nach Kräften, entfaltet aber keine Theorie der juristischen Entscheidung.

⁸ Die Untersuchungen zum Dezisionismus haben zu einer beeindruckenden Menge an ganz heterogenen politischen Deutungen geführt. Sie reichen von allgemeinen Diagnosen - Verteidigung der Gegenrevolution (Neumann, *Bürgerkrieg*, S. 39 ff.), Sicherung monopolkapitalistischer Interessen (Maus, *Bürgerliche*, S. 121 ff.) – zu sehr konkreten - vorsätzliche Zerstörung der Weimarer Republik (Korff, *Schmitt*, S. 28 ff.) - umfassen aber auch geistig-kulturelle Aspekte – Antisemitismus, (Gross, *Schmitt*, S. 163 ff., Brumlik, *Antijudaismus*, S. 247 ff.), Kampf um ein etatistisches Patriarchat (Sombart, *Männer*, S. 174 ff.), Erarbeitung einer katholische Strategie (Ball, *Politische*, S. 303 ff.) – und enden in den Vermutungen eines politischen Vitalismus (Löwith, *Dezisionismus*, S. 44), der auch als Opportunismus (Müller, *Entscheidung*, S. 570 ff.) ausgelegt wurde. Die meisten dieser Interpretation fußen freilich auf einer eher holzschnittartigen Rezeption des Dezisionismus.

⁹ Laska, *Katechon*, S. 41.

¹⁰ Hofmann, *Legitimität*, S. 11.

¹¹ Balke, *Staat*, S. 19.

¹² Linder, *Finnentrop*, S. 260.

nem geheimen, aber vermeintlich wesentlichen Sinn aufzulösen. Eine rationale Analyse hingegen kann nur zu einem klareren Blick auf eine Theorie kommen, möglicherweise auch auf deren Widersprüchlichkeit, sie vermag diese aber nicht zu beseitigen.

I. Gesetz und Urteil

Schmitt bearbeitet in der Abhandlung *Gesetz und Urteil* Methodenfragen des Rechts. Das Buch ist in einem durchaus konventionellen Sinne ein juristischer Fachbeitrag. Im Vordergrund steht die Frage, wann ein richterliches Urteil als richtig zu bezeichnen ist. Die vorherrschende Auffassung, nach der die Richtigkeit einer Rechtsentscheidung in ihrer Gesetzmäßigkeit zu suchen sei, wird dabei abgelehnt. Schmitt sucht ein anderes, von der Gesetzesbindung unabhängiges Prinzip zur Begründung der richterlichen Urteilsrichtigkeit. Das neue Prinzip wird er im Kontext der Rechtsentscheidung selbst bestimmen. *Gesetz und Urteil* kann daher als sein erster Versuch gelesen werden, eine dezisionistische Rechtstheorie zu entwickeln.¹ Schmitt hat diese Deutung im Rückblick selbst nahe gelegt und in *Gesetz und Urteil* die Anfänge seines Dezisionismus verortet².

¹ So schreibt etwa Gary Ulmen: „Obwohl Schmitt seine Dezisionismuskonzeption letztlich aus der Kritik an Kelsens Normativismus heraus formulierte, (...) können die philosophischen und soziologischen und, besonders wichtig, die juristischen Grundlagen dieser Position bereits in (...) seiner Abhandlung über *Gesetz und Urteil* gefunden werden.“ (Ulmen, *Mehrwert*, S. 102/103) Für Armin Adam gehört das Buch zum „Fundament der politischen Reflexion Carl Schmitts“ (Adam, *Rekonstruktion*, S. 30), aus Christian Krockows Sicht belegt es die „»prozessualistische Herkunft« des Schmittschen Entscheidungsbegriffs“ (Krockow, *Entscheidung*, S. 56 Fn. 49). Analoge Einordnungen finden sich bei: Hofmann, *Legitimität*, S. 32 ff.; Maus, *Bürgerliche*, S. 86 ff.; Kiefer, *Begründung*, S. 480 ff. und Bookbinder, *Judge*, S. 21.

² Schmitt nutzte die Vorbemerkung zur zweiten, 1968 erschienenen Auflage von *Gesetz und Urteil*, um seine Frühschrift in die dezisionistische Theoriebildung einzuordnen. „Die Abhandlung *Gesetz und Urteil* vom Jahre 1912 betrifft die richterliche Entscheidung und ihre Eigenständigkeit gegenüber der Norm (...) Die weitere Reflexion über die Eigenbedeutung der Entscheidung als solcher hat später (...) zu der allgemeinen Erkenntnis geführt, dass der Gesamtbereich des Rechts sich nicht nur in Normen, sondern auch in Dezisionen und Institutionen (konkreten Ordnungen) strukturiert. Der Gedanke der Eigenständigkeit der Entscheidung hatte aber auch staatstheoretische Konsequenzen. Er führte zu einer Definition der staatlichen

Wider die juristischen Methodenlehren

Schmitt zweifelt nicht aus staatsrechtlichen Gründen am Prinzip gesetzmäßiger Entscheidungen. Seine Position gründet auf einer Kritik der juristischen Mittel, die dieses Prinzip in der gerichtlichen Praxis umsetzen. Er ist der Auffassung, dass die hermeneutischen und logischen Verfahren der Gesetzesauslegung eine Herleitung des richterlichen Urteils aus dem Gesetz nicht zu leisten vermögen. Man findet in *Gesetz und Urteil* freilich keine ausführliche Auseinandersetzung mit den hermeneutischen und logischen Verfahren der juristischen Methodenlehren. Das Buch begnügt sich mit dem Versuch, über eine polemische Kritik der juristischen Mittel, die Unmöglichkeit der Bindung des Richters an das Gesetz zu belegen. Schmitt kann sich dabei auf die zeitgenössische Auseinandersetzung um Freirecht und Begriffsjurisprudenz³ beziehen. Zahlreiche seiner Argumente entnimmt er diesen Diskussionen⁴.

In erster Linie wendet sich Schmitt den beiden Termini zu, mit denen die deutsche Jurisprudenz das Postulat der richterlichen Gesetzesbindung auf den Begriff brachte. Eine ältere, heute meist als subjektive Lehre bezeichnete Auffassung, stellt sich die richterliche Bindung als eine Bindung an den Willen des Gesetzgebers vor, wohingegen die jüngere objektive Lehre von einer unpersönlichen Bin-

Souveränität als politischer Entscheidung und zu der Erkenntnis, dass die Diktatur der Schluss der Diskussion ist.“ (*Ebd.* S. V)

³ Nachdem zu Beginn des Jahrhunderts mit dem Inkrafttreten des BGB die Kodifikation des bürgerlichen Rechts in Deutschland abgeschlossen worden war, hatte sich eine grundsätzliche juristische Diskussion darüber ergeben, wie Rechtsfälle zu behandeln seien, die von dem neuen Gesetzeswerk nicht erfasst wurden. Die Mehrheit der Juristen setzte auf einen weiteren Ausbau der Methodenlehren, der dann - beginnend mit der Interessenjurisprudenz - auch erfolgte und sich im Rahmen der allgemein akzeptierten, höchstrichterlichen Rechtsfortbildung des BGB bewährte. Eine Minderheit, die heute meist summarisch als freirechtliche Bewegung bezeichnet wird, wollte dagegen den Einfluss der professionellen Methodenlehren zugunsten einer stärkeren Orientierung an Moral- und Gerechtigkeitsnormen, oder auch der juristischen Intuition des Richters zurückgedrängt sehen. (Zum Problem der richterlichen Gesetzesbindung siehe: Hassemer, *Bindung*, S. 193 ff., zur Interessenjurisprudenz: Engisch, *Einführung*, S. 184 ff., zur Fortbildung des BGB durch das Reichsgericht: Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, S. 514 ff. und zu den Reformbestrebungen der freirechtlichen Bewegung: Kaufmann, *Einleitung*, S. 3 ff.)

⁴ *Gesetz und Urteil* ist aus diesem Grund oft dem Freirecht zugeschlagen worden. Siehe u.a.: Oertmann, *Besprechung*, S. 817 und Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, S. 579 Fn. 54.

dung an den Willen des Gesetzes spricht⁵. Hinter den differenten Stichworten beider Theorien stehen dabei jeweils ein anderes Verständnis der juristischen Hermeneutik⁶, des Gesetzesbegriffs⁷ und der Rechtsanwendung⁸. Schmitt hält die Verknüpfung des Gesetzes mit einem Willen, sei es nun des Gesetzgebers oder aber des Gesetzes, für begrifflich und rechtspraktisch ungangbar. Die Vorstellung eines »Willen des Gesetzgebers«, verkennt nach ihm das komplexe Phänomen eines modernen Gesetzes. Ein Gesetz stehe im Kontext eines »Berges von Büchern«, die zum einzelnen Gesetz verfasst werden und

⁵ Als Hauptvertreter der subjektiven Lehre wird innerhalb der deutschen Rechtswissenschaft häufig Bernhard Windscheid genannt. Die Auslegung des Gesetzes durch den Richter bedeutet für diesen die „Feststellung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat“ (Windscheid, *Lehrbuch*, § 21). Der Ausleger solle sich „in die Seele des Gesetzgebers hineindenken“ (*ebd.*). Deutlicher noch formuliert die subjektive Position Ferdinand Regelsberger: „Gesetz ist der Ausdruck des Willens des Gesetzgebers, Inhalt des Gesetzes das vom Gesetzgeber erkennbar Gewollte, der Wille des Gesetzgebers“ (Regelsberger, *Pandekten*, S. 143). Die objektive Lehre ist in Deutschland von Josef Kohler, Karl Lorenz Bindung und Adolf Wach „in den Jahren 1885 und 1886 fast gleichzeitig“ (Larenz, *Methodenlehre*, S. 32) entwickelt worden. Programmatisch verkündete Kohler: „Nicht, was der Verfasser des Gesetzes will, ist entscheidend, sondern was das Gesetz will“ (Kohler, *Interpretation*, S. 1). Einen Überblick über beide Lehren geben Larenz, *Methodenlehre*, S. 27 ff. und Engisch, *Einführung*, S. 85 ff.

⁶ Die subjektive Theorie konzipiert das juristische Normverstehen eher im Sinne eines Motiv- oder Personverstehens, während die objektive Theorie der Gesetznorm einen objektiven Sinn abzulesen versucht. (Dazu: *ebd.*, S. 86 ff.) Dementsprechend zieht die subjektive Theorie im Zweifelsfalle Vorentwürfe und Beratungsprotokolle zu Rate. Die objektive Lehre hingegen versucht im Kontext des konkreten Falles, den systematischen, vom historischen Gesetzgeber unabhängig rechtlichen Kern des anzuwendenden Gesetzes zu erkennen.

⁷ Insbesondere die Hermeneutik der objektiven Lehre wirkt auf den Gesetzesbegriff zurück. Das Wesen des Gesetzes erscheint hier nicht im Akt der Rechtssetzung, sondern in der Rationalität des gesetzten Normgehalts. Kohler spricht vom Willen des Gesetzes „im teleologischen Sinne als organisches Zweckstreben“ (Kohler, *Interpretation*, S. 1) und erkennt dem Gesetzeswortlaut damit eine innere Rationalität zu. Letztlich formuliert ein Gesetz damit nicht nur einen Rechtssatz, sondern auch einen vernünftigen Rechtszweck. Larenz sieht in der Betonung der Rechtsrationalität einen Einfluss des zeitgenössischen Rationalismus: „wenn das Gesetz letzten Endes weniger deshalb gilt, weil es »positiv«, als weil es »vernünftig« ist, dann muss es nicht so sehr auf den empirischen, als auf den »vernünftigen« Willen des Gesetzgebers, d.h. auf die im Gesetz enthaltene Rechtsvernunft, ankommen. Dieser Forderung und damit einer Denkweise, die weit stärker noch vom Rationalismus als vom Historismus oder gar Positivismus bestimmt war, entsprach die »objektive« Auslegungstheorie“ (Larenz, *Methodenlehre*, S. 32).

⁸ Weil die objektive Lehre das Gesetz im Kontext eines rationalen Normgehalts auslegt, erlaubt sie dem Richter eine fall- und zeitgemäße Anwendung und öffnet ihm den Weg, das Gesetz „so auszulegen, wie es seinem erkennbaren Zweck und den Forderungen der Gerechtigkeit am meisten entspricht“ (Wach, *Handbuch*, S. 257). Dazu auch: Larenz, *Methodenlehre*, S. 34 f.

auf seiner Auslegung lasten „Bibliotheken von Präjudizien“⁹. Die Vorstellung vom Willen eines Gesetzgebers, der das Gesetz mit all seinen Bedeutungsschichten im Akt der Verabschiedung hervorbringe, ist nach Schmitt ein rechtswissenschaftlicher Fetischismus¹⁰, bestenfalls naiv¹¹, und in ihrem Personalismus nur als eine Reminiszenz an die vergangenen Zeiten der Monarchie zu verstehen¹². Der objektiven Lehre hält Schmitt vor, dass sie zwar den Personalismus der subjektiven Lehre vermeide, am Willensbegriff aber festhalte und ihn dadurch ad absurdum führe. Die Bindung des Richters an den Willen des Gesetzes, also an den vermeintlichen Willen eines unpersönlichen objektiven Normgehaltes, bedeutet für Schmitt die Aufrichtung eines noch „schlimmeren Gespenstes“¹³ als im Falle des Gesetzgebers, denn ohne einen persönlichen Gesetzgeber sei ein Wille unvorstellbar.¹⁴

⁹ Schmitt, *GU*, S. 9.

¹⁰ Die Auffassung vom Willen des Gesetzgebers „beruht auf einer handgreiflichen Verwechslung der Organe des Staats mit den konkreten Menschen, die als jeweilige Organe fungieren“ (*ebd.* S. 25).

¹¹ Die subjektive Theorie „gebraucht den Ausdruck »Wille« in naivster Weise“ (*ebd.*). Bezeichnend sind auch einige sarkastische Bemerkungen Schmitts: „Dem naiven Menschen ist es »ganz klar«: Gesetz ist das, was der Gesetzgeber, d.h. der, der das Gesetz »macht«, will, d.h. tatsächlich gewollt hat, und das muss sich doch irgendwie »feststellen« lassen, indem man ihn, wenn er noch lebt, einfach fragt; ist er aber tot, so wird es freilich schwieriger“ (*ebd.* S. 24). Ein Lehrbuch der subjektiven Hermeneutik habe, wie Schmitt anführt, den Vergleich mit einem unleserlichen Brief gewählt, den der Empfänger in der Kenntnis von Seele und Charakter des Absenders entziffern könne. Nähme man den Vergleich ernst, so „käme (es) also dahin, in dem Mienenspiel eines Abgeordneten bei der Beratung eines Gesetzes, dem Ton seiner Stimme und seinen Gebärden ernst gemeinte Interpretationsmittel zu finden.“ (*Ebd.*)

¹² Die Theorie vom Willen des Gesetzgebers „ist historisch vielleicht damit zu erklären, dass der Richter des absolutistischen Staates sich bei jeder Entscheidung als Beamter des Fürsten fühlte, dessen konkreten Willen er auszuführen hatte.“ (*Ebd.*, S. 25)

¹³ *Ebd.*, S. 30. „Nun wäre freilich die Überwindung, d.h. Klarstellung des gänzlich verschwommenen Begriffes »Willen« ebenso notwendig gewesen, wie die glänzende Attacke auf das Gespenst »Gesetzgeber«. Diesen war man los, der »Wille«, das schlimmere Gespenst, war geblieben.“ (*Ebd.*)

¹⁴ Eine Chance hat Schmitt der traditionellen Methodenlehre gelassen: Sie hätte den Willen des Gesetzes bzw. des Gesetzgebers als Fiktion im Sinn Hans Vaihingers behandeln sollen. Dieser hatte in seiner damals populären *Philosophie des Als-Ob* die These vertreten, dass wissenschaftliche Erkenntnisse häufig auf der Verwendung bewusst falscher Annahmen beruhen. Schmitt überträgt diese These auf die Rechtswissenschaft: „Die Methode ist die: man betrachtet das Ergebnis der Auslegung, als ob es der Wille des Gesetzes wäre.“ (Schmitt, *Fiktionen*, S. 805) Als eine derartige Fiktion sei auch der Wille eines Gesetzes denkbar gewesen, man wäre „zu theoretisch und praktisch wertvollen Resultaten gelangt“ (Schmitt, *GU*, S. 26 Fn. 1). Da sich die Fiktion eines Willens des Gesetzes im Wege der „Ideenverschiebung“ (Vai-

Schmitts Weigerung, im Gesetz einen Willen zu erkennen, deutet auf seine hermeneutische Grundüberzeugung hin. Er ist Anhänger einer „Identitätstheorie“¹⁵, die nicht zwischen Gesetz und Gesetzeswortlaut unterscheidet. „Im Gesetz steht doch nicht mehr als sein manifester Inhalt.“¹⁶ Das ist Schmitts rechtsmethodologisches Glaubensbekenntnis. Nur wenn der Wille des Gesetzes klar erkennbar sei¹⁷, könne die Anwendung auf ein vorgängig Gewolltes rekurrieren. Mit hermeneutischen und anderen Mitteln der Auslegung aber ist laut Schmitt ein Wille aus dem Gesetz nicht zu gewinnen.

Die Ablehnung der herrschenden Auslegungslehren trifft bei Schmitt neben den hermeneutischen Verfahren der Gesetzesauslegung auch die logischen Techniken des juristischen Schließens. Anders als die traditionelle Jurisprudenz, die in der juristischen Logik die Möglichkeit sieht, auch in schwierigen Fällen den Gesetzeswillen zu konkretisieren¹⁸, erkennt Schmitt im rechtlichen Schluss - insbesondere in den komplexeren Formen der Analogie oder des *argumentum e contrario* - kein legitimes Mittel der Rechtsfindung. Er hält einen logisch-analytischen Schluss, der über das hinausgeht, was der Gesetzeswortlaut feststellt, für nicht möglich. „Es war mit diesem Verfahren eine rein logische Ableitung aus Begriffen bezweckt, dabei aber übersehen, dass man auf rein logischem Wege seine Kenntnisse wohl ordnen, nicht aber inhaltlich vermehren kann“¹⁹.

hinger, *Als-Ob*, S. 219) inzwischen aber in ein Dogma verwandelt und dadurch ihren wissenschaftlichen Wert verloren habe, hat sich für Schmitt die Möglichkeit einer fiktionalen Konstruktion erledigt.

¹⁵ Heck, *Interessenjurisprudenz*, S. 199 f.

¹⁶ Schmitt, *GU*, S. 32. Aufgrund dieses engen Gesetzesbegriffs polemisiert Schmitt gegen die organologischen Metaphern der objektiven Theorie: „Es ist oft gesagt worden: Das eben ist der Vorteil unserer Theorie, dass sie dem Fortschritt der Zeit gerecht wird, dass der »Wille« wächst und sich entwickelt, wie das Recht, das ja auch ein lebendiger Organismus ist. Sehr gut. Nur ist zu bedenken, dass man unter einen »lebendigen Organismus« nicht subsumieren kann; dass jede Angabe über das Verhältnis und die Beziehungen der verschieden Gestaltungen des Willens zu dem manifesten Inhalt der Gesetze fehlt“ (*ebd.*, S. 36).

¹⁷ Nach Schmitt kann eine Auslegung des Gesetzeswillens nur dort gelingen, wo sich ein Gesetz als Wille versteht. Als einen Beleg für diesen Zusammenhang führt er an, dass „überall da, wo das Gesetz als Willkürakt eines einzelnen (insbesondere eines Gottes) aufgefasst wird, Wortauslegung ausschließlich vorherrscht.“ (*Ebd.*, S. 70)

¹⁸ Zu den Verfahren der juristischen Logik siehe: Neumann, *Logik*, S. 237 ff.

¹⁹ Schmitt, *GU*, S. 13. Die Verneinung der juristischen Produktivität von Hermeneutik und Logik bezeichnet den Punkt, an dem Schmitts Positionen am deutlichsten

Schmitt kritisiert nicht nur, was die Methodenlehren vorgeben zu leisten, sondern auch, was sie in ihrer falsch angelegten Aufgabe wirklich zustande bringen. Dazu ist für ihn in erster Linie eine Verunsicherung der Richter zu zählen. Das Dilemma, einerseits aus dem Gesetz hermeneutisch und logisch einen Gesetzeswillen destillieren zu müssen, andererseits aber nur untaugliche Mittel zur Verfügung zu haben, führt den Richter nach Schmitt in einen rechtlichen Zirkel. „Der Richter soll nach der herrschenden Anschauung in jeder Situation seines Tuns einem Befehl gehorchen, dessen Inhalt er meistens selbst festzustellen hat.“²⁰ Letztlich führten der unklare Willensbegriff und die problematischen Methodenlehren zur Rechtsunsicherheit. „Mit solchen Kunstmitteln lässt sich freilich alles aus dem Gesetz »entnehmen«, was man darin finden will“²¹ Schmitt zieht daraus die Konsequenz, dass die Gesetzesbindung für die juristische Methodenlehre unbrauchbar ist. Für die Rechtsprechung „ist der Umstand, dass sie das, was man als ihren »Gesetzgeber« ansprechen kann, selbst erst schafft, jedenfalls von der methodischen Bedeutung, dass sie sich auf diesen Gesetzgeber als auf etwas Fremdes, etwas ihr von außen Auferlegtes und von ihr unabhängiges nicht mehr berufen kann“²².

Die zwei »Geltungen« des Rechts

Die Unmöglichkeit einer rechtsmethodologischen Verknüpfung von Gesetzesbindung und richterlichem Urteil hat für Schmitt eine tiefer gehende Ursache. Letztlich seien dafür nicht die unzulänglichen Mittel der juristischen Hermeneutik und Logik verantwortlich. Das

mit der freirechtlichen Literatur konvergieren. Gleich dieser lehnt er „die Ausarbeitung von Begriffen“ ab „mit denen sich synthetisch aber vollständig, der Inhalt von positiven Normen oder Normengruppen wiedergeben lässt, und die in einer ununterbrochenen Reihenfolge von zunehmender Allgemeinheit angeordnet werden können, so dass sie ein System bilden, innerhalb dessen jedes Rechtsphänomen eingereiht werden kann.“ (Vallauri, *Freirechts*, S. 103/104) Mit den methodologischen Detailfragen des Freirechts, etwa dem Problem der Lücken im Recht, befasst sich Schmitt nicht.

²⁰ Schmitt, *GU*, S. 32. „Der Gesetzgeber wird konstruiert, nicht rekonstruiert.“ (*Ebd.*, S. 33)

²¹ *Ebd.*, S. 28.

²² *Ebd.*, S. 37.

Problem sei grundsätzlicher Natur. Mit der richterlichen Gesetzesbindung werden nach Schmitt zwei disparate, unterschiedlichen Imperativen folgende »Welten« fälschlicherweise in einen Zusammenhang gebracht. Es sei etwas anderes, so wiederholt er mehrfach, ob ein Gesetz richtig interpretiert oder ob es richtig angewendet werde.²³ Schmitt erkennt hier eine fundamentale Unterscheidung innerhalb des Rechts, die vom Prinzip der richterlichen Gesetzesbindung ignoriert werde. Im Rekurs auf die Wertlehre des Neukantianismus bestimmt er diese Unterscheidung anhand zweier Formen rechtlicher Geltung. „Das in der Praxis als geltend anzunehmende Merkmal der Richtigkeit einer Entscheidung und das, was die juristische Verarbeitung des Rechtsstoffes als »geltendes Recht« herausarbeitet, stehen sich als zwei Geltungen gegenüber.“²⁴ Im Kontext der einen Geltung ist das Recht dann im Sinne des »geltenden Rechts« als auszulegende und zu interpretierende Norm zu verstehen. In dieser Sphäre ist die Geltung des Rechts richtig erfasst, wenn die entsprechende Rechtsnorm richtig interpretiert wird.²⁵ In der Praxis hingegen geht es um eine andere Geltung. Die Richtigkeit eines richterlichen Urteils lasse sich daher nur innerhalb dieser anderen, spezifisch praktischen Geltungssphäre beurteilen. Es ist die Aufgabe von *Gesetz und Urteil*, die Begriffe der praktischen Geltung des Rechts zu entwickeln.

²³ „Der als geltend anzunehmende Inhalt des Gesetzes tritt dadurch, dass der Richter ihn anwendet, in eine andere Sphäre, seine Funktion wird eine andere, wie denn auch tatsächlich der abstrakt geltende Gesetzesinhalt durch die Bezugnahme auf einen konkreten Fall sofort ein anderer wird. Man mag darüber denken, wie man will; auf jeden Fall fehlt die Verbindung des abstrakt und unberührt von dem wirklichen Leben geltenden Rechtssatzes mit der konkreten Anwendung auf den Einzelfall, sobald die Richtigkeit der Interpretation ((...)) welche sich lediglich um den abstrakten Inhalt kümmert und konkrete Fälle nur zu dessen Ermittlung verwertet) und die Richtigkeit der konkreten Entscheidung für ein und dasselbe erklärt werden.“ (Ebd., S. 29)

²⁴ Ebd., S. 4.

²⁵ In diesem Kontext kommen bei Schmitt dann die zuvor gescholtenen Auslegungslehren wieder zu ihrem Recht. Als rein hermeneutische Verfahren der Textauslegung sind sie für ihn legitim, nicht aber zu Zwecken der Subsumtion: „Für die theoretische Untersuchung des Umfangs und Inhaltes einer geltenden Norm und ihres systematischen Zusammenhanges mag es gleichgültig sein, dass das Gesetz erst durch die Untersuchung selbst seinen Inhalt gewinnt; der so gefundene Gesetzgeber kann, trotzdem er das Werk der Interpretation ist, doch noch ihr Richter sein. Denn die juristische Interpretation enthält, wie jede wissenschaftliche Tätigkeit, ihre eigenen unbeweisbaren Voraussetzungen in sich und kehrt immer wieder dazu zurück.“ (Ebd., S. 37).

Noch bevor zu ersehen ist, welche Art von Geltungsbegriffen Schmitt für die Rechtspraxis entwickeln wird, machen seine einführenden Ausführungen deutlich, dass der Ersatz für den Grundsatz der richterlichen Gesetzesbindung gleich dieser ein »normativer« sein wird. Es soll nicht darum gehen, das Recht von der Rechtswirklichkeit zu unterscheiden, um in der Rechtsanwendung dann ersteres den externen Anforderungen von letzterem zu unterwerfen. „Es handelt sich also nicht um den Gegensatz von Gelten und Sein, von Norm und Empirie, von abstrakt geltendem Gesetz und »täglichem Leben«, von normativer Jurisprudenz und explikativer Sozialwissenschaft, sondern um den Gegensatz zweier Geltungen innerhalb desselben Wissensgebietes, von denen die eine Geltung, die der Praxis gefunden werden soll.“²⁶

²⁶ *Ebd.*, S. 4. Die geltungstheoretische Grundlegung der Dualität von Recht und Rechtspraxis darf daher nicht (wie z.B. bei Kiefer, *Begründung*, S. 482 f. der Fall) mit dem Gegensatz von Rechtsidee und Rechtswirklichkeit verwechselt werden. Schmitt begreift die Rechtspraxis gleich dem geltenden Recht als eine Wertosphäre. Gerade mit dieser geltungstheoretischen Betrachtungsweise unterscheidet sich sein Konzept sehr deutlich von den Zielen der Freirechtsbewegung. Dementsprechend hebt sich die Argumentation sowohl von den soziologischen, als auch von den voluntaristischen und den naturrechtlichen Varianten des Freirechts ab. Gegen eine Soziologisierung der Jurisprudenz im Sinne der Feststellung von Rechtsstatsachen (dazu: Moench, *Freirechtsbewegung*, S. 93 ff.) aber auch gegen eine Stärkung der Richterpersönlichkeit (wie etwa bei Kantorowicz, *Kampf*, S. 13 ff.) mobilisiert Schmitt das neukantianische Geltungsargument, nach dem eine empirische Tatsache nicht Maßstab einer normativen Bewertung sein könne. „Sobald eine Entscheidung vorliegt - gleichgültig wie sie entstanden ist - unterliegt sie mit ihrer Begründung besonderen Normen, die mit der individual- oder sozialpsychologischen Genesis der konkreten Entscheidung oder der herrschenden Vorstellung darüber nichts mehr zu tun haben und in einer anderen Sphäre liegen.“ (Schmitt, *GU*, S. 19) Walter Jellinek hat diesen Zusammenhang in seiner Besprechung von *Gesetz und Urteil* hervorgehoben. Schmitt wende sich „gegen jene Auffassung, die das subjektive Rechtsgefühl des Richters zur Rechtsquelle erhebt“ (Jellinek, *Besprechung*, S. 296). Schmitt hatte diese Position bereits in einem früheren Aufsatz bezogen: „Denn wenn sich aus dem positiven Recht nicht sofort ein bestimmtes Urteil entnehmen lässt, wie sollte es sich dann aus ihm ergeben, nachdem das Rechtsgefühl dafür gesprochen hat“ (Schmitt, *Tatbestandsmäßigkeit*, S. 475). Den naturrechtlichen Vorhaben, die Rechtsanwendung an überpositive Normen zu binden (dazu: Vallauri, *Freirechts*, S. 151 ff.) entgegnet Schmitt, dass diese Versuche das Dilemma der Gesetzmäßigkeit der traditionellen Lehre lediglich reproduzierten. „Es bedarf nur der Hervorhebung, dass auch diese Anschauungen letzten Endes eine »Gesetzmäßigkeit« als Kriterium der Richtigkeit einer Entscheidung aufstellen und sich von der alten Interpretationslehre in diesem Punkte nur dadurch unterscheiden, dass sie bei dem Worte »Gesetzmäßigkeit« unter Gesetz etwas anderes verstehen, das aber auch interpretiert und angewendet werden soll.“ (Schmitt, *GU*, S. 21)

Schmitt will freilich auch sicherstellen, dass die Maßstäbe der Richtigkeit richterlicher Urteile der Rechtspraxis nicht fremd sind. Die zu entwickelnde praktische Geltungssphäre muss zu den Bedürfnissen der Rechtsanwendung passen. Andernfalls würde der methodologische Vorteil gegenüber dem Gesetzmäßigkeitsprinzip wieder aufgegeben. Schmitt sucht für die Rechtspraxis deshalb einen Maßstab, der „das Rechtsleben faktisch beherrscht“²⁷. Die Geltung soll nicht von außen an die Rechtspraxis herangetragen werden, sondern in dieser selbst vorkommen. Schmitts „Wertbetrachtung der geltenden Praxis knüpft an ein faktisch wirksames Postulat an, um von ihm aus die Richtigkeit einer richterlichen Entscheidung in der geltenden Rechtspraxis zu bestimmen.“²⁸ Dabei soll die Faktizität dieses Postulats nicht die Legitimität der Geltung begründen. Schmitt begeht keine Verwechslung von Geltungs- und Wirklichkeitsbetrachtung. „Aus dem, was geschieht, lässt sich gewiss nicht ableiten, was geschehen soll.“²⁹ Der Rekurs auf die faktische Geltung eines Postulats der Rechtspraxis bedeutet nicht, jenes Postulat durch seine Wirklichkeit zu legitimieren. Für Schmitt gilt die umgekehrte Beziehung: die Wirklichkeit des Postulats ist der Grund, es als Maßstab der Rechtspraxis zu verwenden, „aus der empirischen Geltung des Postulats ergibt sich bloß seine Legitimation, als immanente Wertung der empirisch bestimmten modernen Rechtspraxis angesehen zu werden“³⁰. Eine geltungslogische Begründung des Maßstabs selbst erfolgt nicht.³¹

²⁷ *Ebd.*, S. 3.

²⁸ *Ebd.*

²⁹ *Ebd.*

³⁰ *Ebd.*, S. 3/4.

³¹ Schmitt orientiert sich mit dem Begriff faktischer Geltung erneut an der Geltungslogik der neukantianischen Philosophie. Der zeitgenössischen Rezeption war dieser Zusammenhang unmittelbar klar: „In bewusster Scheidung zwischen Wert- und Wirklichkeitsbetrachtung hebt er den Beurteilungsmaßstab aus einem Postulat, stellt aber die Verbindung zwischen seiner normativen Betrachtung und dem zur Untersuchung stehenden empirisch-bestimmten Erscheinungskomplex dadurch her, dass er die empirische Geltung dieses Postulats in der Summe eben dieser der Erfahrung zugänglicher Vorgänge (moderne Rechtspraxis) zum Ausleseprinzip erhebt.“ (Holldack, *Besprechung*, S. 464)

Rechtsbestimmtheit

Schmitt präsentiert das gesuchte Postulat der Rechtspraxis im Kontext von Überlegungen zum Verhältnis von Recht und Gesetz. Der Perspektivenwechsel von der richterlichen Praxis zur Gesetzgebung hat einen systematischen Grund. Das Postulat der Praxis, welches eine Beurteilung der Richtigkeit richterlicher Urteile erlauben soll, ist in seiner Bedeutung nicht auf die Rechtspraxis beschränkt, es betrifft das „Rechtsleben überhaupt“³². Wohl um diese Bedeutung des neuen Geltungsbegriffs klarer herausarbeiten zu können, hat Schmitt die Explikation des Postulats in den Kontext der Gesetzgebung verlegt.

Schmitts Überlegungen setzen dabei an der Art und Weise an, in der vorjuristische Normen der Moral, Prinzipien der Gerechtigkeit aber auch Zweckmäßigkeitserwägungen den Inhalt von Gesetzen determinieren. Die zeitgenössische Jurisprudenz hat dies in seinen Augen gesetzestechnisch und politisch eindeutig beantwortet. Ihr gelten Gesetze als Äußerung der Lebensordnungen und Gewohnheiten eines Volkes. Gegen diese Auffassung wendet Schmitt ein, dass sich viele Gesetze einer derartigen normativen Determination entziehen. Er nennt eine Reihe von Beispielen, bei denen das besonders deutlich werde, etwa im Falle von Gesetzen, die quantitative Regelungen vornehmen - z.B. gesetzliche Verjährungsfristen und Strafraum - oder anderer, die rein administrativer Natur sind, wie Regelungen der Straßenverkehrsordnung³³. Solche Gesetze seien durch moralische oder auch sachliche Erwägungen nicht begründbar, außergesetzlichen Normen weitgehend fremd und letztlich willkürlich und indifferent. An einem seiner Beispiele erläutert Schmitt diesen Zusammenhang ausführlicher: „Den reinsten Typus einer solchen inhaltlich »aleatorischen« Bestimmung würde eine Polizeiverordnung darstellen, die bestimmt, dass Fuhrwerke nach rechts ausweichen müssen. Es ist in der Tat gleichgültig, ob nach rechts oder links ausgewichen wird (...) Vielleicht oder wahrscheinlich hat auch hier die Polizeiverordnung längst bestehende Gewohnheiten des Verkehrs bloß sanktioniert. Aber die

³² Schmitt, *GU*, S. 55/56.

³³ Siehe *ebd.*, S. 48 ff.

Gewohnheit selbst beruht ihrem Inhalt nach nicht auf der Überlegung, dass es nützlicher, moralischer oder gerechter sei, nach rechts auszuweichen“³⁴.

Schmitt glaubt, dass die mangelnde normative Determiniertheit derartiger Gesetze eine Eigenheit des Rechts offenbart. „Diese Fälle machen eine wichtige Erscheinung des Rechtslebens deutlich: dass es häufig nicht so sehr auf die Art und Weise der Regelung, als auf eine Regelung überhaupt ankommt.“³⁵ Die inhaltliche Indifferenz, die manchen gesetzlichen Regelungen hinsichtlich vorjuristischer Normen eigen ist, soll also indizieren, dass es bei solchen Regelungen nicht auf eine materiale Entscheidung angekommen ist. Stattdessen stand der Zwang im Vordergrund, überhaupt zu einer Entscheidung zu kommen. Ein reines Sollen der Entscheidung hat das materiale Interesse an der Entscheidung überwogen. Auf das Beispiel der Polizeiverordnung bezogen bedeutet das für Schmitt: der Sinn der Verordnung beruhe nicht darauf, „dass es nützlicher, moralischer oder gerechter sei, nach rechts auszuweichen, vielmehr ausschließlich darauf, dass überhaupt eine Entscheidung gegeben werden muss.“³⁶

Die erste wesentliche Pointe dieser Überlegung liegt nach Schmitts weiterer Interpretation nun darin, dass jener Zwang zu inhaltlich indifferenten Entscheidungen nicht auf die angeführten Beispiele begrenzt sei. Es trete dort nur klarer hervor. Die anhand einer Polizeiverordnung diagnostizierte inhaltliche Indifferenz soll als Moment nicht nur allen Gesetzen, sondern jeder Rechtsnorm eigen sein, auch solchen, deren normativer Gehalt von vorjuristischen Normen anscheinend vollkommen determiniert wird. Schmitt verdeutlicht das anhand einer Linienmetapher: Ein „Moment inhaltlicher Willkür ist in allem Recht enthalten und es lässt sich eine Linie denken, die von jener Polizeiverordnung betreffend das Ausweichen über die formellen Bestimmungen des bürgerlichen und die besonders zahlreichen des Prozessrechts zu den Strafgesetzen geht, die in voller Übereinstimmung mit den moralischen Anschauungen an einen Tatbestand eine schwere Strafe knüpfen. Aber auch in den letzten Fällen macht sich das Moment der

³⁴ *Ebd.*, S. 48.

³⁵ *Ebd.*

³⁶ *Ebd.*

Willkür wieder geltend bei den Festsetzungen der Strafraumen: dass das Höchstmaß einer Gefängnisstrafe fünf Jahre sind, wird man nicht leicht inhaltlich begründen können. Den äußersten Gegenpol jener Beziehung könnte man in der Todesstrafe auf Mord erblicken, denn in dieser absoluten Strafe drückt sich das Rechtsbewusstsein wenigstens eines Teils der Rechtsgenossen so eindeutig aus, dass hier über der inhaltlichen Bestimmtheit der Entscheidung die abstrakte Bedeutung der Entscheidung an sich ganz unbeachtlich erscheint. Doch ist auch das noch nicht der äußerste Punkt jener Linie, denn die abstrakte Bedeutung des Entschiedenseins (...) bleibt auch hier bestehen.“³⁷

Mit der Verallgemeinerung des Entscheidungszwangs kann Schmitt dann die zweite und wesentliche Pointe seiner Ausführungen zum inhaltlich indifferenten Recht präsentieren. Er ist der Auffassung, dass der Zwang zur »Entscheidung an sich«, der sich in jeder Rechtsnorm zeige, von deren materialem Gehalt isolieren und getrennt untersuchen lasse. „Das Recht lässt sich von der Seite her betrachten, dass seine Bedeutung darin liegt, überhaupt eine Regelung zu geben.“³⁸ Es existieren dadurch gewissermaßen zwei Weisen des Zugangs zum Recht. Die eine stellt das Interesse an der rechtlichen Regelung in den Vordergrund, die andere eines an der Regelung an sich, sie betrachtet das Recht als Entscheidungsbedürfnis.

Schmitt ist sich des Unorthodoxen und durchaus Neuen seiner Überlegungen bewusst. Zumindest stellt er fest, dass vor ihm niemand auf die Idee gekommen sei, im indifferenten Entscheiden eine wichtige Funktion des Rechts zu erkennen. Einzig Hegel habe das Phänomen gekannt, es allerdings rationalistisch verkürzt. Die cursorische Auseinandersetzung mit einer Passage aus den *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, die Schmitt in diesem Zusammenhang führt, macht dabei noch einmal deutlich, worum es ihm geht. Gleich Schmitt kons-

³⁷ *Ebd.*, S. 49. An einer anderen Stelle fasst Schmitt das variable Verhältnis von Norminhalt und Entscheidung noch einmal knapp zusammen: „Für die Betrachtung des Inhalts der Rechtsnorm in Beziehung zu einem »vorjuristischen Normenkomplex« lässt sich eine Linie ziehen von dem Punkte, an dem diese vorjuristischen Inhalte den Inhalt des Gesetzes eindeutig bestimmen, bis zu dem Punkte, wo der Inhalt gleichgültig und ausschließlich das Festgestelltsein das Wesentliche ist.“ (*Ebd.*, S. 69)

³⁸ *Ebd.*, S. 48/50.

tatiert Hegel in seinem rechtsphilosophischen Standardwerk einen Gegensatz zwischen dem Moment des konkreten Festsetzens und der gerechtigkeitsorientierten Begründung im Kontext einer Rechtsentscheidung. „Es lässt sich nicht vernünftig bestimmen, noch durch Anwendung einer aus dem Begriff herkommenden Bestimmtheit entscheiden, ob für ein Vergehen eine Leibesstrafe von vierzig Streichen oder vierzig weniger eins (...) das Gerechte sei. Und doch ist schon ein Streich zu viel (...) eine Ungerechtigkeit.“³⁹ Hegel zufolge ist diese Kluft zwischen dem Festsetzen und der vernünftigen Begründung einer gerechten Strafe nicht zu überbrücken. Anders als Schmitt sieht er die vernünftige Begründung dadurch jedoch nicht in Verlegenheit gebracht. Während die »Entscheidung an sich« in Schmitts Konzept als selbständiges Moment zu verstehen ist, erkennt die begründende Vernunft in Hegels Begriff der Entscheidung das irrationale Moment als ein jederzeit begrenzbares an und neutralisiert dadurch dessen irrationale Kraft. „Die Vernunft ist es selbst, welche anerkennt, dass die Zufälligkeit, der Widerspruch und Schein ihre, aber beschränkte Sphäre und Recht haben, und sich nicht bemüht, dergleichen Widersprüche ins Gleiche und Gerechte zu bringen; hier ist allein noch das Interesse der Verwirklichung, das Interesse, dass überhaupt bestimmt und entschieden sei, es sei auf welche Weise es (innerhalb einer Grenze) wolle, vorhanden. Dieses Entscheiden gehört der formellen Gewissheit seiner selbst (...) an, welche sich ganz nur daran halten mag, dass sie, innerhalb jener Grenze, nur abbreche und festsetze, damit festgesetzt sei“⁴⁰. Entgegen der Hegelschen Lösung hält Schmitt es nicht für möglich, das unbegründbare Moment reinen Festsetzens innerhalb der rechtlichen Entscheidung als ein Restphänomen zu behandeln, das vom Prozess vernünftigen Überlegens gewissermaßen toleriert wird und „als eine Art Frei- und Passiergewicht der Rechtsnorm oder der Entscheidung (...) in irgend einem »nicht vernünftigen« Zusammenhang mit dem Recht steht und seine räumlich zu denkende Abgrenztheit hat“⁴¹. Im Gegenteil. Der Zwang zu einer »Entscheidung an

³⁹ Hegel, *Grundlinien*, S. 366/367.

⁴⁰ *Ebd.*, S. 367.

⁴¹ Schmitt, *GU*, S. 49 Fn. 1.

sich« müsse „begrifflich isoliert und zum Ausgangspunkt der methodischen Untersuchung genommen werden“⁴².

Zur terminologischen Benennung des Bedürfnisses nach rechtlichen Regelungen überhaupt, eines normfreien, am bloßen Feststellen orientierten praktischen Rechtsinteresses, generiert Schmitt einen eigenen Begriff. Er spricht von einem „Postulat der Rechtsbestimmtheit“⁴³. Das Wort bringt die beiden Aspekte der »Entscheidung an sich« auf den Punkt. Es bezeichnet zum einen die praktische, nicht bloß faktische Seite der normfreien Entscheidung. Das Feststellen gehorcht einem praktischen Interesse. Zugleich realisiert sich dieses Interesse aber nur in Form eines reinen Bestimmens, ohne das Hinzu nehmen von materialen Normgehalten.

Schmitt betreibt die Normfreiheit der Rechtsbestimmtheit bis zur äußersten Konsequenz. Die Separierung des formalen Zwangs- und Sollensmoments vom normativen Gehalt der rechtlichen Entscheidung wird von ihm nicht allein hinsichtlich der normativ-rechtlichen Bestimmtheit im engeren Sinne, sondern grundsätzlich, also bezüglich jeder möglichen Begründbarkeit durchgeführt. „Wenn hier gesagt wird, der Inhalt der gesetzlichen Regelung sei bis zu einem gewissen Grade gleichgültig, so ist das auch eine Aussage über den Inhalt der Regelung, die ihren Zweck betrifft.“⁴⁴ Die inhaltlich indifferente Entscheidung ist für Schmitt in jedem Sinne inhaltlich indifferent. Aus diesem Grund muss sein Postulat der Rechtsbestimmtheit auf jede weitere, materiale Bestimmung ihres praktischen Impetus verzichten und vollkommen inhaltsleer bleiben. Bei einem anderen Vorgehen würde das Postulat in jene normative Sphäre zurückkehren, die mit seiner Exposition als nicht-normativem Bestandteil des Rechts gerade verlassen werden sollte.

⁴² *Ebd.*

⁴³ *Ebd.*, S. 46.

⁴⁴ *Ebd.*, S. 55.

Entscheidung, Rechtssicherheit und Positivität des Rechts

Die vollkommene Normfreiheit des Postulats der Rechtsbestimmtheit verleiht dieser Kategorie des Rechts eine schwer fassbare Gestalt. Schmitt begegnet der Schwierigkeit, indem er die Rechtsbestimmtheit mit verwandten nicht-normativen und formalen Charakteristika des Rechts in Relation setzt. So bringt er das Postulat in einen Zusammenhang mit der Positivität des Rechts. „Das geschriebene positive Gesetz, das in bestimmter Weise publiziert wird, ist von diesem Gesichtspunkt aus das Ideal eines Gesetzes, und wie sehr dieser Gesichtspunkt im Rechtsleben als der maßgebende empfunden wird, zeigt der Umstand, dass praktisch heute ein solches Gesetz als Gesetz schlechthin bezeichnet wird. Das Moment abstrakter Regelung (...) ist es, das dem geschriebenen Gesetz das große faktische Übergewicht gibt, obwohl sich doch nicht verkennen lässt, dass auf dem Wege gewohnheitsrechtlicher Rechtsbildung ein dem Rechtsgefühl des Volkes entsprechendes Gesetz mit viel größerer Wahrscheinlichkeit erreicht werden kann.“⁴⁵. Schmitt vernimmt in der Tendenz zum positiven Gesetz eine Anerkennung des Postulats der Rechtsbestimmtheit. Entsprechend fasst er den Vorgang der Positivierung als etwas Normfernes und rein Formales. Wie er feststellt, überführt das positive Gesetz den „Stoff der Gerechtigkeit in einen anderen Aggregatzustand“⁴⁶, verwandelt ihn in eine „kompakte Masse“⁴⁷, fügt also dem Norminhalt nichts hinzu. Hier ist eine Übereinstimmung von Rechtsbestimmtheit und Rechtspositivität erkennbar. Eine weitergehende Bestimmung des Postulats der Rechtsbestimmtheit folgt daraus freilich nicht. Das gilt auch hinsichtlich anderer Einordnungen und Parallelisierungen, die rechtsphilosophische⁴⁸, gewohnheitsrechtliche⁴⁹ und sogar politische Seiten der Rechtsbestimmtheit beleuchten⁵⁰.

⁴⁵ *Ebd.*, S. 50.

⁴⁶ *Ebd.*, S. 51.

⁴⁷ *Ebd.*

⁴⁸ Schmitt setzt sich u. a. mit der neukantianischen Rechtstheorie Rudolf Stammlers auseinander. Gegen dessen Rechtsformbegriff grenzt er sich ab. Die Rechtsbestimmtheit sei nicht als juristische Denkform zu verstehen, da die rechtsbestimmte Norm „selbst ein Inhalt und etwas Substantielles“ (*ebd.*, S. 54 Fn. 1) sei.

⁴⁹ In diesem Zusammenhang ist ein in den Fußnoten versteckter Hinweis interessant, der zumindest andeutet, in welchen weiteren rechtstheoretischen Kontext Schmitt

Schmitt bringt das Postulat der Rechtsbestimmtheit auch in einen Zusammenhang mit dem Rechtsgrundsatz der Rechtssicherheit⁵¹. Allerdings berücksichtigt diese Verbindung nachvollziehbarer Weise nur die rein formalen Aspekte⁵² der Rechtssicherheit, während andere

seine Ausführungen gestellt sehen will. Dort wird eine Passage aus dem Aufsatz »Positives« *Recht* des Straßburger Rechtswissenschaftlers Erich Jung mit den Worten kommentiert: „Ich weiß nicht, ob Jung den weiteren Ergebnissen dieser Arbeit zustimmen wird; aber ihr leitender Gesichtspunkt ist in diesen Sätzen mit ermutigender Deutlichkeit ausgesprochen.“ (*Ebd.*, S. 46 Fn. 1) Die Passage aus Jungs Aufsatz, auf die Schmitt hier Bezug nimmt, lautet: „auch für das Gesetzesrecht ist es recht zweifelhaft, ob man sagen kann, die Befolgung sei befohlen, der Richter ist nicht an Weisungen gebunden usw. Die Bindung beruht also darauf, dass die Abweichung von dem Verhalten, welches das Gegenüber erwarten kann, weil diese soziale Gemeinschaft es bisher beobachtet hat oder sich generell für seine Beobachtung ausgesprochen hat, als die Verletzung des Gegenübers empfunden wird. Und damit hat das positive Recht den triftigsten Geltungsgrund, den es haben kann, nämlich denselben wie das »richtige Recht« und das Recht überhaupt.“ (*ebd.*) Wie aus der zitierten Stelle ersichtlich, gründet die Geltungskraft positiver Gesetze für Jung auf einem Bedürfnis nach Rechtskontinuität. Um diese sicher zu stellen, seien auch inhaltlich indifferenter Entscheidungen möglich. „Man drückt das Wesen der Positivität wohl manchmal auch so aus; es kommt in vielen Fällen weniger darauf an, ob so oder so entschieden wird, als dass in einem bestimmten Sinne entschieden wird. Und das, der Drang nach Kontinuität, ist der besondere Geltungsgrund alles positiven Rechts.“ (Jung, *Positives*, S. 28) Jung erläutert seine Interpretation indifferenter Entscheidungen durch die Einlassung, dass eine willkürlich gesetzte Regel gerade durch das Fehlen einer sie begründenden Norm von den Menschen schneller akzeptiert werde. „Je positiver ein Rechtssatz ist, d.h. je schwieriger seine Herleitung aus dem obersten Prinzip, um so mehr wird er geeignet sein, mit seiner tatsächlichen Durchsetzung auch jene materielle Rechtfertigung aus der obersten psychologischen Unterlage alles Rechtsempfindens zu erlangen“ (*ebd.*). Gleich Schmitt interpretiert Jung das Phänomen indifferenter Rechts im Sinne eines formalen rechtlichen Prinzips. Allerdings versucht Jung - anders als Schmitt - die Formalität seines Prinzips anhand psychologischer und gewohnheitsrechtlicher Überlegungen substantiell zu unterbauen.

⁵⁰ Schmitt behauptet, man könne „das Postulat der Rechtsbestimmtheit als ein solches der Gerechtigkeit hinstellen“ (Schmitt, *GU*, S. 51). Dieser Zusammenhang wird anhand eines Zitats des Kirchenrechtlers Rudolf Sohm erläutert: „Das Recht hängt grundsätzlich an der Form (*summum jus, summa injuria*) und es muss zunächst an der Form hängen, denn nur so vermag es zu der über den Personen stehenden (...) Entscheidung zu gelangen.“ (*Ebd.*, S. 51 Fn. 3) Die indifferente Entscheidung erscheint hier als eine überparteiliche. Freilich versäumt es Schmitt nicht, die politische Bedeutung dieser Einordnung einzuschränken: Das Postulat der Rechtsbestimmtheit dürfe keinesfalls mit der politischen Sanktion einer Rechtsnorm verwechselt werden (Siehe: *ebd.*, S. 49).

⁵¹ Zur Bedeutung der Rechtssicherheit im Recht siehe Radbruch, *Rechtsphilosophie*, S. 23 ff.

⁵² Das Postulat der Rechtsbestimmtheit benennt im Gegenüber von normativer Begründungsnotwendigkeit und indifferenter Normfestsetzung einen Gegensatz, der dem von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit ähnelt, wenn auf die Sicherheit einer Regelung gegenüber der Unsicherheit einer ins Detail gehenden normativen Begründung verwiesen wird. Dementsprechend hat Schmitt das Bedürfnis nach einer »Entscheidung an sich« mit dem Prinzip der Rechtssicherheit identifiziert. „Viel-

Dimensionen des Rechtsstaatsprinzips – die Gebote der Beständigkeit und des Interessenschutzes, aber auch das Rückwirkungsverbot – außerhalb der Betrachtung bleiben.⁵³ Schmitt klärt diesen Unterschied besonders deutlich im Rahmen einer Auseinandersetzung mit dem englischen Juristen Jeremy Bentham. „Wenn hier das Moment des abstrakten Festgestelltseins hervorgehoben wird, so steht das mit der Rechtssicherheit, wie Bentham sie versteht, nur äußerlich in Zusammenhang, weil nicht ihre volkswirtschaftliche und sozialpsychologische Bedeutung hier interessiert, sondern jenes Moment der inhaltlichen Indifferenz, das jeder Rechtssatz in sich enthält, es unmöglich macht, auf einen Inhalt Bezug nehmende Kriterien, wie das der Gerechtigkeit (im Sinne der herrschenden Wertanschauungen des Volkes) als allgemein maßgebende hinzustellen.“⁵⁴ Unter der Bedingung, dass die Rechtssicherheit nur mit ihren formalen Aspekten in den Blick genommen wird, hat Schmitt nichts gegen eine Identifikation mit dem Postulat der Rechtsbestimmtheit. Zu einer weitergehenden Erläuterung des Postulats über die Anfangsdefinition hinaus führt dieser Zusammenhang – wie schon im Falle der Rechtspositivität - dann freilich nicht.

leicht oder wahrscheinlich hat auch hier die Polizeiverordnung längst bestehende Gewohnheiten des Verkehrs bloß sanktioniert. Aber die Gewohnheit selbst beruht ihrem Inhalt nach nicht auf der Überlegung, dass es nützlicher, moralischer oder gerechter sei, nach rechts auszuweichen, vielmehr ausschließlich darauf, dass überhaupt eine Entscheidung gegeben werden muss. Es ist in der Tat gleichgültig, ob nach rechts oder links ausgewichen wird, wichtig ist nur, dass man weiß, wohin man ausweichen hat und dass man sich darauf verlassen kann, es werde allgemein nach rechts ausgewichen werden.“ (Schmitt, *GU*, S. 48) Die Rechtssicherheit, auf die hier abgestellt wird, beschränkt sich letztlich auf eine, die der Sicherheit eines Eisenbahnfahrplans gleich kommt.

⁵³ Die begrenzte Übereinstimmung von Rechtsbestimmtheit und Rechtssicherheit hat oft nicht daran gehindert, beides dennoch miteinander zu identifizieren. Siehe z.B. Balke, *Staat*, S. 389, Waechter, *Einheit*, S. 29, Hefler, *Wissenschaftlichkeit*, S. 250.

⁵⁴ Schmitt, *GU*, S. 66/67.

Selbstreflexive Urteilsrichtigkeit

Schmitt will den Maßstab richtiger richterlicher Entscheidung im Kontext des Postulats der Rechtsbestimmtheit entwickeln⁵⁵. Der Begriff der Rechtsbestimmtheit allein vermag dies freilich nicht zu leisten – die Rede von einer richtigen oder falschen »Entscheidung an sich« hätte nur geringe Überzeugungskraft. Der rein formale Charakter des Postulats der Rechtsbestimmtheit verhindert jede Möglichkeit, aus ihm ein beurteilendes Kriterium abzuleiten. Deshalb muss Schmitt zur Präsentation eines Richtigkeitskriteriums für richterliche Entscheidungen einen indirekten Weg einschlagen. Er sucht für die richterliche Praxis keinen Maßstab, der aus dem Postulat der Rechtsbestimmtheit abzuleiten wäre, sondern einen, der mit ihm vereinbar ist. Seine Lösung präsentiert er anhand eines einfachen Kriteriums: „Eine richterliche Entscheidung ist heute dann richtig, wenn anzunehmen ist, dass

⁵⁵ Um die Wirksamkeit des Postulats der Rechtsbestimmtheit im Bereich der Rechtsprechung zu belegen, führt Schmitt eine auf den ersten Blick skurril anmutende rechtswissenschaftliche Kontroverse an, die sich im Anschluss an eine zeitgenössische Reichsgerichtsentscheidung entfacht hat. Das Reichsgericht hatte zu entscheiden, ob ein von 3000 Mark auf 30000 Mark gefälschter Wechsel ungültig ist. Eine untergeordnete Instanz hatte diese Frage zunächst bejaht und damit insbesondere die Möglichkeit verneint, dass der Wechsel in seiner ursprünglichen Form noch gültig sein könne. Der Unterzeichner des Wechsels ist also mit dessen Verfälschung durch den Gläubiger von jeder Verpflichtung befreit worden. Diese, an der so genannten formeller Wechselstrenge orientierte Entscheidung ist nach Schmitt von zahlreichen Rechtswissenschaftlern gebilligt worden. Das Reichsgericht dagegen verwarf die Entscheidung als eine, wie Schmitt aus dem Urteil des Reichsgerichts zitiert, „»Überspannung« der formalen Betrachtungsweise“ (*ebd.*, S. 105). Es entschied seinerseits, dass der Wechsel in der ursprünglichen Form fortbestehe. Die Verfälschung des Wechsels sei nicht so gravierend, als dass sie nicht - durch das Streichen einer Null - wieder rückgängig gemacht werden könne. Anders wäre es, wenn die Zahl 3 in eine 8 verändert worden wäre. In diesem Falle hätte auch das Reichsgericht für ein vollkommenes Fortfallen der Obligation votiert, da die Herstellung des ursprünglichen Wechsels technisch nicht mehr möglich gewesen wäre. Gegen diese Entscheidung ist dann eingewendet worden, sie widerspreche mit der Annahme eines gültigen und eines ungültigen Teils den Grundregeln eines Wechsels. Schmitt hält beide Auffassungen, die des Reichsgerichts und die seiner Kontrahenten, für materiell-rechtlich gleich überzeugend. „Es ist nun in der Tat nicht einzusehen, auf welche Weise sich für die eine oder die andere Auffassung ein zwingender Grund oder auch nur eine ausschlaggebende Nützlichkeits- oder Zweckmäßigkeitserwägung vorbringen ließe.“ (*Ebd.*, S. 106) Weil aber eine Entscheidung ergehen muss, wird in solchen Fällen rein Recht bestimmend entschieden. „Trotzdem aber muss eine Entscheidung getroffen werden, und es ist wichtiger, dass man weiß, wie diese Frage entschieden wird, als dass sie in der einen oder anderen Weise entschieden wird.“ (*Ebd.*)

ein anderer Richter ebenso entschieden hätte.“⁵⁶ Das Kriterium soll beide Bedingungen erfüllen, die Schmitt an einen Beurteilungsmaßstab richterlicher Entscheidungen stellt: es gilt faktisch und genügt dem Postulat der Rechtsbestimmtheit.

Schmitt versucht die Angemessenheit seines Kriteriums anhand von drei „Erscheinungen der modernen Rechtspraxis“⁵⁷ zu belegen. Es handelt sich dabei um das Kollegialprinzip, die Modi richterlicher Urteilsbegründung und das Präjudiz. Das erste dieser drei Phänomene des Rechtslebens, das Kollegialprinzip, findet seinen Ausdruck nach Schmitt darin „dass mit der Wichtigkeit einer Sache grundsätzlich die Zahl der Richter, die über sie zu entscheiden hat, zunimmt“⁵⁸. Triviale Erklärungen der Richterpluralität - etwa der Art: „drei Menschen sehen mehr als einer, und sieben sehen mehr als fünf“⁵⁹ - aber auch substantiellere Begründungen, wie die Behauptung, die Richtermehrzahl garantiere eine Repräsentation des allgemeinen Rechtsgefühls, sei also ein Votum für eine volkstümliche Rechtspflege, genügen Schmitt nicht, um die Einrichtung der Richterkollegien zu begründen⁶⁰. Stattdessen soll der Ausgleich individueller Rechtsauffassungen zugunsten eines Rechtskonsenses das Wesentliche sein: „eine Entscheidung, deren Gründe durch mehrere Richter geprüft sind, hat die größere Wahrscheinlichkeit für sich, dass sie voraussehbar und berechenbar ist, dass die andern Richter ebenso entschieden hätten.“⁶¹

In Schmitts Einordnung der Richterkollegien klingt bereits die zweite Einrichtung an, mit deren Hilfe Schmitt sein Richtigkeitskri-

⁵⁶ *Ebd.*, S. 71. Unter einem »anderen Richter« versteht Schmitt dabei „den empirischen Typus des modernen rechtsgelehrten Juristen“ (*ebd.*). Die Lösung, die einen zeitgenössischen Rezensent „recht bedenklich an Münchhausen erinnert“ (Neukamp, *Besprechung*, S. 144) ist verständlicherweise als „kühn“ (Hofmann, *Legitimität*, S. 38) bezeichnet worden.

⁵⁷ Schmitt, *GU*, S. 71.

⁵⁸ *Ebd.*, S. 73.

⁵⁹ *Ebd.*

⁶⁰ Schmitt zitiert auch einige Argumente, die die Freirechtsbewegung gegen die Richterpluralität vorgebracht hat (siehe *ebd.*, S. 72 Fn. 2 und *ebd.*, S. 73 Fn. 1). Schmitt überzeugt die Verteidigung des Einzelrichters indes nicht, da sie, wie er meint, den juristischen Kern der Kollegialgerichte verkennen würden; „alle Vorstellungen über die Macht und Würde der »Persönlichkeit« bewegen sich in außerjuristischen Kategorien“ (*Ebd.*, S. 73).

⁶¹ *Ebd.*, S. 74/75. „Durch Heranziehung der Mehrheit sollen individuelle Besonderheiten in der rechtlichen Auffassung ausgeglichen werden.“ (*Ebd.*, S. 73).

terium rechtfertigt: die Entscheidungsgründe, anhand derer ein gerichtliches Urteil begründet werden muss. Die Urteilsbegründung ist, wie Schmitt feststellt, der richterlichen Entscheidung wesentlich. „Die Begründung gehört zur Entscheidung.“⁶² Auch im Falle der richterlichen Urteilsbegründung überzeugen Schmitt die traditionellen Erklärungen nicht. Der Zwang zur Urteilsbegründung finde weder in der richterlichen Selbstkontrolle⁶³ noch im Legitimationsbedarf vor den streitenden Parteien oder der Öffentlichkeit⁶⁴ einen hinreichenden Grund. Zwar wollen die Entscheidungsgründe „überzeugen“⁶⁵, aber kein Publikum und keine Streitpartei, sondern, wie Schmitt einwendet, einen eingebildeten anderen Richter, vor dem sich der entscheidende Richter im Zuge seiner Entscheidungsfindung rechtfertigt⁶⁶. „Die Entscheidungsgründe wollen also richtigerweise davon überzeugen, dass die Entscheidung (...) »erklärlich«, und zwar nicht psychologisch, sondern im Sinne der juristischen Praxis erklärlich ist, d.h. dass ein anderer Richter ebenso entschieden haben würde.“⁶⁷

Auch die dritte der in Frage stehenden Erscheinungen der modernen Rechtspraxis, das Präjudiz, also die Anerkennung von Gerichtsurteilen als Rechtsquelle insbesondere bei letztinstanzlichen, höchstrichterlichen Entscheidungen, ist Schmitt zufolge am besten durch seine

⁶² *Ebd.*, S. 82.

⁶³ Siehe *ebd.*

⁶⁴ Siehe *ebd.*, S. 83.

⁶⁵ *Ebd.*, S. 82.

⁶⁶ „Es ist ((...) psychologisch-empirisch gesprochen) kaum anzunehmen, dass bei der Abfassung der Entscheidungsgründe eines reichsgerichtlichen Urteils eine andere Vorstellung über den Adressaten der Entscheidungsgründe wirksam war, als die Vorstellung von einem Kollegium von Juristen, dem die juristischen Argumentationen entwickelt werden und das überzeugt werden soll.“ (*Ebd.*, S. 84).

⁶⁷ *Ebd.*, S. 86. Für Ernst Vollrath liegt hier eine liberalistische Rechtsauffassung vor: „Die Lösung, die Carl Schmitt in diesem Text vorschlägt (...) enthält die Idee einer Rechts- und Urteilsgemeinschaft, die, als Prinzip der Vermittlung von einzelner Wirklichkeit (Sein) und deren normativer Regelung (Sollen) genommen, zu einer liberalistischen Position hätte führen können. Sogar der Pluralismus erhebt drohend sein Haupt!“ (Vollrath, *Wie*, S. 160) Wolfgang Schluchter geht noch weiter und sieht gar eine Bejahung der später perhorreszierten »Diskussion«. „Die Diskussion, die Schmitt schon wenig später als »ewiges Gespräch« abwertet, wird hier noch bejaht. Die Entscheidung, die er schon wenig später als selbständig reklamiert und von jeder normativen Bindung freispricht, will er hier noch rational korrigiert wissen.“ (Schluchter, *Entscheidung*, S. 221) Schluchter und Vollrath übersehen freilich, dass die »Diskussion« in *Gesetz und Urteil* eine professionelle ist. Schmitt hat nicht die Öffentlichkeit im Blick. Das »diskutierende Publikum« besteht aus Juristen.

Formel vom ebenso entscheidenden anderen Richter zu erklären. Ein Richter wird danach ein Präjudiz heranziehen, weil es die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass ein anderer Richter ebenso entschieden hätte. „Wenn eine Frage durch eine Vorentscheidung beantwortet ist und ein Richter hat die gleiche Frage zu entscheiden, so wird in der Untersuchung, wie ein anderer Richter entscheiden würde, das Präjudiz als besonderes Moment von einer Bedeutung, die mit »wissenschaftlichem Wert« nichts zu tun hat.“⁶⁸ Präjudizielle Entscheidungen seien gerade in »kritischen« Fragen, wenn ein Urteil aus den zugrunde liegenden Rechtsnormen nicht eindeutig determinierbar ist, von Interesse. Nach Schmitt tritt dann die Frage, ob ein anderer Richter genauso entscheiden würde an die Stelle der eigentlichen Normentscheidung und erweist sich als das wesentliche Kriterium.

Schmitts Überlegungen zu Kollegialprinzip, Urteilsbegründung und Präjudiz sollen verdeutlichen, dass die Rechtspraxis die Richtigkeit von Entscheidungen mittels der eigenen institutionellen Einrichtungen sicherstellt. Der Maßstab richtiger richterlicher Entscheidungen ist damit vollkommen formal und rein selbstreflexiv. „Die Praxis rechtfertigt sich also durch sich selber.“⁶⁹ Jede normativierbare Abhängigkeit von einem Rechtsprinzip entfällt. Dementsprechend wäre es für Schmitt ein grobes Missverständnis, im Kriterium richtiger richterlicher Entscheidung eine neu zu implementierende Entscheidungsregel zu sehen. „Ein Richter, der richtig entscheiden will, hat also nicht vorher die Ansichten der anderen Richter sozusagen zu kodifizieren und nun zu subsumieren. Das wäre ja der alte Irrtum, der in der »Gesetzmäßigkeit« das Kriterium der Richtigkeit einer Entscheidung sieht.“⁷⁰

⁶⁸ Schmitt, *GU*, S. 108.

⁶⁹ *Ebd.*, S. 86. Lorenz Kiefer hat in der Auflösung in die Selbstreflexivität ein Missverhältnis zur anfänglichen Problemstellung gesehen. Die Frage nach der Richtigkeit einer richterlichen Entscheidung lasse eine ebenso umfassende Antwort erwarten, wie sie vom Gesetzmäßigkeitsprinzip gegeben wird. Gerade das aber leiste Schmitt nicht: „Die Frage ist fundamental, die Antwort bleibt im Relativen. (...) Im »anderen Richter« normiert sich die Praxis an der Praxis aus der schlichten Not, dass andere Maßstäbe, sobald sie wirken wollen, doch wiederum nur Praxis sind.“ (Kiefer, *Begründung*, S. 482)

⁷⁰ Schmitt, *GU*, S. 78. Die zeitgenössische Rezeption von *Gesetz und Urteil* hat diesen Status des Kriteriums meist missverstanden und es als Bestandteil des anzuwendenden Rechts gedeutet. Nach Walter Jellinek fällt Schmitts „Leitsatz unter die große Klasse der durch Verweisungen entstandenen Rechtssätze (...). Wie das Gesetz

Schmitt vergleicht seine Richterregel mit dem Kategorischen Imperativ Kants.⁷¹ So wie dieser die moralische Gesetzgebung leite, ohne selbst eine moralisch zu bewertende Maxime zu werden, so leitet das Kriterium vom ebenso entscheidenden andern Richter die Rechtspraxis, ohne normativ präsent zu sein.⁷² Die Formel vom ebenso entscheidenden anderen Richter, die jene Selbstorientierung der Rechtspraxis auf den Begriff bringt, leistet damit das von Schmitt Gewünschte: sie begründet eine eigene, spezifisch rechtspraktische und faktisch wirksame Geltungssphäre zur Beurteilung richterlicher Urteile. Schmitt gelingt damit ein kleines begriffliches Kunststück. Denn die Formel vom ebenso entscheidenden anderen Richter entwickelt im Kontext des Postulats der Rechtsbestimmtheit ein bewertendes Kriterium, obgleich die Formalität des Postulats der Rechtsbestimmtheit jede Wertung ausschließt. Derart kann auch die Richtigkeit von normativ unbegründbaren »Entscheidungen an sich« behaupten werden.

auf die Anschauungen der Gesellschaft über öffentliche Ordnung, Anstand, Polizeimäßigkeit, öffentliches Interesse, gute Sitten verweisen kann, so kann es auch die Auffassung eines konstruierten Durchschnittsrichters für maßgebend erklären.“ (Jelinek, *Besprechung*, S. 297) Oertmann fragt, die Formel fehl deutend: „woher entnimmt der Richter seine Prognose, dass auch ein anderer Richter in dem oder jenem Sinne entscheiden werde?“ (Oertmann, *Besprechung*, S. 817/818) Siehe auch Walsmann, *Besprechung*, S. 432, Wi, *Besprechung*, S. 149, Doerr, *Besprechung*, S. 539, Heck, *Interessenjurisprudenz*, S. 251 ff.

⁷¹ Schmitt, *GU*, S. 78. Hasso Hofmann hat diese Charakterisierung des Kriteriums aufgenommen und beschreibt die Formel als eine „utilitaristische Modifikation des Kantischen Kategorischen Imperativs: Du sollst eine voraussehbare und berechenbare Entscheidung fällen: entscheide nach derjenigen Maxime, von der du annehmen kannst, dass sie als allgemeine Regel akzeptiert werden würde.“ (Hofmann, *Legitimität*, S. 36). Utilitaristisch ist die Modifikation des kategorischen Imperativs freilich nicht. Die Rechtsbestimmtheit ist im Kontext der richterlichen Entscheidung ein empirisch geltendes Postulat, das sich in der reflexiven Selbstvergewisserung der Rechtspraxis realisiert, aber nicht als Zweck verfügbar ist.

⁷² In einer Selbstanzeige von *Gesetz und Urteil* hat Schmitt seine Formel vom ebenso entscheidenden anderen Richter auch als Fiktion im Sinne einer „Als-Ob-Betrachtung“ (Schmitt, *Selbstanzeige*, S. 165) des Philosophen Hans Vaihingers bezeichnet – und damit auf eine Weise verortet, die, wie er im Rahmen seiner Kritik der zeitgenössischen Methodenlehren ausgeführt hat, auch für das Prinzip der richterlichen Gesetzesbindung hätte erfolgreich sein können. Siehe dazu auch: Mehring, *Pathetisches*, S. 25 ff., der den Fiktionalismus als einen Schlüssel zu Schmitts Werk rezipiert.

Die Autochthonie der Rechtspraxis

Schmitts Kriterium richtiger richterlicher Entscheidungen entwirft ein vollkommen neues Bild der Rechtsanwendung. Im Zentrum steht nicht mehr die Rückführbarkeit der Entscheidung auf ein vorgängiges Gesetz, sondern allein das Ziel, im Rekurs auf einen eingebildeten anderen Richter Rechtsbestimmtheit zu erlangen. Schmitt ist in diesem Sinne äußerst konsequent. Gegen Ende seiner Untersuchung, in der wohl zentralen Passage seines Buches, macht er deutlich, welche Änderungen im Selbstbild der Rechtspraxis der Wandel von der Gesetzesbindung zur Rechtsbestimmtheit mit sich bringt: „Der Unterschied von den Theorien, die auf derartige von außen in das positive Recht einfließende Normeninhalte hinweisen, ist also der: sie verlegen die Bedeutung ihrer Normen vor die Entscheidung (zeitlich und logisch), der Richter geht von ihnen aus, um unter sie zu subsumieren, so dass die Entscheidung eine »gesetz«mäßige bleibt und diese »Gesetz«mäßigkeit Kriterium der Richtigkeit. Nach der hier vorgetragenen Auffassung aber liegt ihre Bedeutung in einer ganz andern Sphäre. Der Richter will mit den Entscheidungsgründen erst eine allgemeine Entscheidung für den konkreten Fall schaffen; seine Entscheidungsgründe sollen zu einer allgemeinen Überzeugung erst hinführen. Er subsumiert nicht unter Normen in dem Sinne, als ob die Subsumtion Endzweck seiner Tätigkeit wäre. Die Subsumtion unter eine (gleichgültig welche) Norm, ist nicht mehr Schluss und Ziel der Entscheidungsgründe, sondern das Mittel der Rechtsbestimmtheit. Das, woran sich die Entscheidung legitimiert, liegt nicht vor ihr (als positives Gesetz, als Kulturnorm, oder Norm des freien Rechts), sondern ist (mit Hilfe des positiven Gesetzes, der Kulturnorm oder der Norm des freien Rechts) erst zu bewirken. Nicht dass der entscheidende Richter einem Befehle gemäß handelt, konstituiert die Richtigkeit der Entscheidung, sondern dass sie dem Satze der Rechtsbestimmtheit genügt. Nicht davon ist auszugehen, dass der Richter rückwärts auf einen Willen oder einen Befehl schaut; sondern er benutzt eine Norm (d.h. ihre Wirksamkeit) als Mittel, um zu berechnen, was heute, bei diesen positiven Gesetzen, bei diesem Einfluss der außerpositiven

Normen, bei diesen Präjudizien, von der Praxis des Rechts allgemein als richtig betrachtet würde.“⁷³ Mit dieser Umkehrung der richterlichen Entscheidung werden die Rechtsnormen zu vollkommen egalisierte Mitteln der Entscheidung. Schmitt lässt die Hierarchien und Geltungsabstufungen, in die Verfassungsnormen, Gesetze, Rechtsverordnungen, Gewohnheitsrecht etc. von den Methodenlehren gebracht werden, zugunsten eines einheitlichen Rechtsnormbegriffs verschwinden. Jede Norm ist der Möglichkeit nach das gleichberechtigte Mittel der Herstellung von Rechtsbestimmtheit. Ihre jeweilige Gewichtung bemisst sich an der Zielfähigkeit ihres Normgehalts. Es ist für Schmitt durchaus die Situation denkbar, in der eine Verordnung einer Verfassungsnorm vorgezogen wird, weil jene eine rechtsbestimmte Entscheidung eher zu begründen vermag als diese. Zu dieser Egalisierung der Rechtsnormen tritt eine Entdifferenzierung der Auslegung. Ob ein Gesetz restriktiv oder aber unter Bezugnahme von Rechtsgefühl und Interessen anzuwenden ist, bleibt allein der Zielbestimmung durch das Postulat der Rechtsbestimmtheit überlassen. Es ist „an sich unentschieden, welcher der Faktoren: Gesetzesinhalt, Gerechtigkeitsgefühl, Interessenabwägung oder wie es immer genannt wird, im Einzelfalle der entscheidende ist“⁷⁴.

Die Radikalität dieser Neudefinition wird auch durch Schmitts Stellung zum Problem der richterlichen contra-*legem*-Entscheidung deutlich. An dieser Frage hatten sich im Streit zwischen Freirecht und Begriffsjurisprudenz die Geister geschieden⁷⁵. Für Schmitt indes besteht das Problem einer richterlichen Entscheidung entgegen dem Gesetz gar nicht. „Eine gegen den Wortsinn des Gesetzes verstoßende Entscheidung, und das heißt eine Entscheidung contra *legem* (...), ist unter denselben Voraussetzungen richtig, wie jede andere; nämlich dann, wenn sie von dem andern Richter (gesamten Praxis) in der gleichen Weise getroffen worden wäre.“⁷⁶ In dieser Feststellung liegt eine Ent-

⁷³ Schmitt, *GU.*, S. 97/98.

⁷⁴ *Ebd.*, S. 88.

⁷⁵ Dazu Moench, *Freirechtsbewegung*, S. 40 ff.

⁷⁶ Schmitt, *GU.*, S. 111/112. Nach Ansicht des zeitgenössischen Rezensenten Hermann Lüders orientieren sich Schmitts Überlegungen zur contra-*legem*-Entscheidung an der „Fülle von Ausnahmefällen, die die Praxis zeigen“ (Lüders, *Besprechung*, S. 77). Allerdings geschieht dies nicht – wie man meinen könnte - aus

dämonisierung, eine Normalisierung der contra-*legem*-Entscheidung. Das Zulassen der Entscheidung gegen das Gesetz ist für Schmitt nicht mehr als ein Ausdruck seines Kriteriums richtiger Entscheidung. Wenn eine Entscheidung nicht deshalb richtig ist, weil sie gesetzmäßig ist, sondern weil ein anderer Richter ebenso entschieden hätte, dann ist eine nicht gesetzmäßige trivialer Weise aus demselben Grund richtig. Die Erlaubnis einer contra-*legem*-Entscheidung ist darüber für Schmitt aber auch systematisch plausibel. Er hat das Gesetz aus seiner rechtsmethodologisch bevorzugten Stellung entfernt und die richterliche Entscheidung aus der Abhängigkeit vom Gesetz in die von der gesamten Rechtspraxis verwandelt. In einer derart normegalisierten Anwendungssituation kann einem Gesetz, wenn andere Normen zwingender sind in derselben Weise widersprochen werden, wie einer Gewohnheit oder einer bisher geübter Verwaltungspraxis.

Schmitt will seine Deutung der Rechtspraxis freilich nicht im Sinne einer entfesselten Freiheit des Einzelrichters verstanden wissen. Die Freiheit der Entscheidung bezieht sich stets nur auf die Rechtspraxis als ganzes. Der einzelne Richter besitzt keine persönliche Freiheit der Rechtsauslegung. „In keinem Punkte der Entscheidung aber darf der Richter einem absolut freien Ermessen, seiner partikularen Subjektivität, seiner persönlichen Überzeugung als solcher folgen“⁷⁷. Das gilt insbesondere für die Entscheidung contra *legem*: „Dass der einzelne Richter, trotz bester Überzeugung, contra *legem* eine richtige Entscheidung treffen könne, wird hier ausdrücklich verneint.“⁷⁸ Ein Richter kann seine juristische Freiheit nach Schmitt, selbst wenn er wollte, nicht realisieren. Er muss seine Entscheidung begründen, mit Kollegen absprechen, der Berufung und Revision aussetzen. Die Entscheidung ist stets vor der »gesamten Praxis« zu rechtfertigen. Diese institutionellen Bindungen engen die Freiheit genau auf das Maß ein, das vor dem eingebildeten anderen Richter begründbar ist. Schmitt vertraut hier darauf, dass die Institutionen der Rechtspraxis das Verhält-

Liebe zum Ausnahmezustand, sondern weil auch diese Ausnahmen von der allgemeinen Regel erfasst werden sollen. Schmitts Formel kann, wie Lüders richtig feststellt, „auf alle Erscheinungen der Rechtspraxis angewendet werden“ (*ebd.*) – auch auf die vermeintlichen Ausnahmen.

⁷⁷ Schmitt, *GU*, S. 79.

⁷⁸ *Ebd.*, S. 113.

nis von Bindung und Freiheit befriedigend balancieren. Zudem untermauert er sein Vertrauen in die Praxis durch die Versicherung, dass die gesetzmäßige Entscheidung, also diejenige Form der Rechtsfindung, die die herrschende Auffassung als die richtige betrachtet, auch durch seine Theorie als Regelfall gelten kann. Denn die gesetzmäßige Entscheidung geht stets den kürzeren Begründungsweg. „Weil die glatte Subsumtion unter ein Gesetz das sicherste Mittel ist, um die Gewissheit zu begründen, ein anderer Richter hätte ebenso entschieden, deshalb ist die Entscheidung, die im Anschluss an den einleuchtenden Inhalt des Gesetzes ergeht, immer richtig.“⁷⁹ Schmitt unterstellt für die gesetzmäßige Entscheidung sogar eine Rechtsbestimmtheitsvermutung: „Weil in Wirklichkeit das positive Gesetz, soweit sich die Entscheidung klar aus ihm ableiten lässt, das sicherste Mittel ist, Rechtsbestimmtheit und damit die richtige Entscheidung zu erreichen, deshalb ist das Interesse (...) an der »gesetzmäßigen« Entscheidung (...) berechtigt.“⁸⁰

Die Selbstregulation der Rechtspraxis führt bei Schmitt nicht zu staatsrechtlichen Konsequenzen. Er bekennt sich explizit zur politischen Dimension des Gesetzmäßigkeitspostulats und fordert, dass „dem Gesetz seine Autorität gewahrt bleiben muss“.⁸¹ Schmitt geht es nicht um die Emanzipation der Justiz vom Gesetzgeber. Diese Haltung ist ihm möglich, weil er glaubt, dass die rechtspraktische Bedeutung der Gesetzesbindung von der staatsrechtlichen separiert werden könne. „Die Frage nach der Richtigkeit der Entscheidung hat nichts mit der staatsrechtlichen Beurteilung der Tätigkeit des Richters zu tun.“⁸² Der Rechtsakt als Staatsakt ist gewissermaßen vom Rechtsakt als Rechtsakt zu unterscheiden.⁸³ Schmitt zieht zwischen der politischen

⁷⁹ *Ebd.*, S. 87.

⁸⁰ *Ebd.*, S. 87 Fn. 1. Laut Schmitt führt das Postulat der Rechtsbestimmtheit auch in einem psychologischen Sinne zur Rechtsbestimmtheitsvermutung gesetzlicher Entscheidungen: „Die psychologische Tatsache, dass jeder Richter sich scheuen wird, contra legem zu judizieren, und zunächst sich lieber auf den Wortlaut des Gesetzes als auf noch so nahe liegende und eindringliche Billigkeitserwägungen beruft, erhält ihre methodische Bedeutung dadurch, dass sie sich mit dem Satz von der Rechtsbestimmtheit in Verbindung bringen lässt.“ (*Ebd.*, S. 111)

⁸¹ *Ebd.*, S. 71.

⁸² *Ebd.*, S. 100.

⁸³ Hasso Hofmann sieht in *Gesetz und Urteil* auch die politischen Dimensionen der richterlichen Gesetzesbindung berührt. Hinter dem Postulat der Rechtsbestimmtheit

und der juristischen Geltungslogik eine Grenze und erklärt, seine Überlegungen betreffen nur die letztere. „Die »formelle Autorität des Gesetzes« und Fragen der Rechtserzeugung sind von dieser methodischen Untersuchung zu trennen.“⁸⁴ Schmitts „autochthones“⁸⁵ Kriterium richterlicher Entscheidung gilt nur für den Bereich der Rechtspraxis und lässt die Sphäre der Gesetzgebung unberührt.⁸⁶

Die Beschränkung aufs bloß Methodologische macht erneut verständlich, weshalb das Postulat der Rechtsbestimmtheit in einem nur sehr eingeschränkten Sinne auf das rechtsstaatliche Prinzip der Rechtssicherheit rekurriert. Schmitts Methodologie schlägt den größten Teil dieses Prinzips der politischen Sphäre zu. Im Kontext der Methodologie des Rechts schrumpft seine Bedeutung auf das Bestimmtheitsmoment, auf „Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit, Begründbarkeit, Gleichmäßigkeit“⁸⁷ in einem rein formalen Sinne.⁸⁸ Schmitt weiß, dass das Gesetzmäßigkeitspostulat einstmals beide Seiten des Prinzips der Rechtssicherheit zusammen gehalten hat. Das war mög-

stehe in Wirklichkeit die weitergehende Frage nach der Rechtlichkeit des Staates. „Was macht einen Staatsakt, der hinsichtlich seines Inhalts zu einer Rechtfertigung prinzipiell nicht aus vorgegebenen Normen abgeleitet werden kann, eigentlich zu einem Rechtsakt des Staates.“ (Hofmann, *Legitimität*, S. 37) Schmitts Antwort, das Postulat der Rechtsbestimmtheit, sei dann der Versuch einer „zweck-rationalen Legitimitätstheorie“ (*ebd.*, S. 39), weil sie die inhaltlich indifferenten Entscheidungen staatlicher Instanzen an das Prinzip der Vorausberechenbarkeit bindet. Diese Interpretation übersieht, dass die Schmittsche Methodologie versucht, gerade die Frage nach der Legitimität des Staates nicht stellen zu müssen.

⁸⁴ Schmitt, *GU.*, S. 112 Fn. 1.

⁸⁵ *Ebd.*, S. 71.

⁸⁶ Die unterschiedliche Stellung zur politischen Gesetzesbindung auf der einen und zur rechtspraktische auf der anderen Seite hat bei Schmitt auch zu einer ambivalenten Bewertung des Richterrechts geführt. Rechtspraktisch gesehen bejaht er die rechtliche Produktivität des Richters: „Die methodologische Betrachtung der Praxis hat zu beachten, dass der Richter dem positiven Gesetz gegenüber notwendig produktiv ist.“ (*Ebd.*, S. 101 Fn. 1) Politisch aber lehnt er das Richterrecht ab: „Der Richter ist kein Gesetzgeber. (...) Dieser schafft kein Recht, sondern er beruft sich aufs Recht.“ (*Ebd.*, S. 103).

⁸⁷ Huber, *Besprechung*, S. 2188.

⁸⁸ Die Identifikation von Rechtsbestimmtheit und Rechtssicherheit ist bei Schmitt in diesem Sinne - aber auch nur in diesem Sinne - durchgängig. „Eine richterliche Entscheidung ist dann richtig, wenn sie voraussehbar und berechenbar ist. Das ergab sich aus dem Postulat der Rechtsbestimmtheit und der Betrachtung der Rechtspraxis.“ (Schmitt, *GU.*, S. 111) Oder: „Wenn die Vermeidung der Rechtsunsicherheit das Maßgebende sein muss, dann kann nur in der Gleichmäßigkeit der Rechtspraxis, und zwar ihrer Gesamtheit, das Kriterium der Richtigkeit gesucht werden.“ (*Ebd.*, S. 112 Fn. 1)

lich, weil einfache Lebensverhältnisse keiner Rechtsmethodologie bedurften und eine „nachtwandlerische Rechtssicherheit“⁸⁹ hinreichte. Dies „genügt den modernen Lebensverhältnissen nicht mehr und hört auf, wenn an die Stelle fester und eindeutiger Beziehungen rasch wechselnde und vieldeutige treten.“⁹⁰ Eine komplexer werdende Rechtsfindung führt zu einer zunehmenden Ausdifferenzierung der Justiz, die schließlich einen eigenen, von der politischen Sphäre getrennten Maßstab der Rechtssicherheit finden muss. Nur diesen Maßstab wollte Schmitt in *Gesetz und Urteil* anhand einer eigenständigen, spezifisch rechtspraktischen Geltungslogik entwickeln.

Insgesamt gesehen will Schmitt mit seinem Kriterium vom ebenso entscheidenden anderen Richter die herrschende Rechtspraxis verteidigen. Er rechtfertigt die Rechtsprechung, wie sie ist, gibt „die leitende Idee der heutigen Praxis“⁹¹ an die Hand. Schmitts Methodologie betreibt keine Neuausrichtung der Rechtspraxis, sie dient deren Selbsterkenntnis. Sein Beitrag zur Rechtswissenschaft⁹², der weit entfernt davon ist, rechtspolitisch wirken zu wollen, folgt dem Motto: „zum Glück ist die Methode der Praxis besser als das, was die Praxis für ihre Methode hält.“⁹³ Eine Theorie, die die Rechtsprechung nur verstehen, aber nicht verändern will und die sich politischen Überlegungen demonstrativ enthält, wird am Ende so rezipiert werden, wie die Rechtspraxis, auf die sie sich bezieht. So ist *Gesetz und Urteil* von der fachjuristischen Seite als ausgesprochen modern betrachtet worden. Die Schrift befinde sich „in weitgehender Übereinstimmung mit der derzeit üblichen Auffassung“⁹⁴. Wo diese Rechtspraxis hingegen kritisch gesehen wird, etwa weil die professionalisierte Rechtsprechung als Unterminierung einer demokratisch legitimierten Gesetzge-

⁸⁹ *Ebd.*, S. 90.

⁹⁰ *Ebd.*

⁹¹ *Ebd.*, S. 2.

⁹² „Ein derartiges Aufsuchen eines in der Praxis autochthonen Prinzips ist noch Rechtswissenschaft, seines Objekts und seiner Methode wegen.“ (*Ebd.*, S. 60)

⁹³ *Ebd.*, S. 45. Hermann Kantorowicz hatte sich ähnlich geäußert: „Wozu also der ganze Lärm? Weil es besser ist, zu der richtigen Praxis auch die richtige, sie begründende Theorie zu haben, statt einer ihr ganz widersprechenden und verkehrten“ (Kantorowicz, *Kampf*, S. 35).

⁹⁴ Kaufmann, *Regel*, S. 306. Kaufmann verweist in diesem Zusammenhang auf die Rechtstheoretiker Martin Kriele, Robert Alexy und Ronald Dworkin.

bung empfunden wird⁹⁵, dort ist auch Schmitts methodologische Theorie der Kritik verfallen.

⁹⁵ In diese Richtung zielt die rechtssoziologische Kritik, die Ingeborg Maus an Gesetz und Urteil übt. Nach Maus reflektiert die Schrift einen Wandel im Begriff bürgerlicher Rechtssicherheit. Während im Zeitalter der „individualistischen Konkurrenzgesellschaft“ (Maus, *Bürgerliche*, S. 87) die Wahrung bürgerlicher Interessen im Wege klarer Rechtskodifikationen gewährleistet wurde, sei das Bürgertum im „organisierten Kapitalismus“ (*ebd.*) auf eine normativ ungebundene Instanz angewiesen, die seine Interessen schützt. Im Postulat der Rechtsbestimmtheit habe Schmitt den neuen Typ von Rechtssicherheit auf den Begriff gebracht. „In dem Maße, in dem angesichts dieser sozio-ökonomischen Wandlungen die generelle Rechtsnorm zunehmend »Zweifel« über ihre konkrete Anwendung offen lässt und umgekehrt der gleichzeitig einsetzende Versuch der Legislative, durch Spezialisierung und Beschleunigung der Gesetzgebung mit der gesellschaftlichen Entwicklung dennoch Schritt zu halten, dem Gesetz selbst Allgemeinheit und Dauer nimmt, wendet das bürgerliche Bedürfnis nach Rechtsbestimmtheit sich einer normativ ungebundenen Entscheidung zu, wobei allein in bestimmten Qualitäten der entscheidenden Instanz Garantie bürgerlicher Interessenwahrung gegeben sein soll.“ (*Ebd.*)

II. Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen

Das Buch *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*¹ widmet sich „der Frage nach dem Staat“². Dahinter steht der Versuch, „eine rechtsphilosophische Theorie des Staates zu geben“³. Schmitt zielt dabei auf einen allgemeingültigen und Epochen übergreifenden Begriff ab, es geht ihm um den idealen Staat⁴, um eine Theorie, die „den Staat in seiner Vernünftigkeit erkennen“⁵ kann. Den Kern staatlicher Tätigkeit verortet Schmitt dabei in der Aufgabe, Recht zu verwirklichen. Seine Kategorien gewinnt er im Rahmen einer Auseinandersetzung mit den regem, vor allem dem Neukantianismus zuzurechnenden rechtsphilosophischen Debatten der Zeit. Oft bleibt diese Auseinandersetzung freilich cursorisch⁶ und weicht einem Vertrauen in die eigene philosophische Phantasie, die ihre Worte und Deduktionen dann ohne genauere Nach- oder Hinweise⁷ findet. Die Schrift hat dadurch etwas von der Undurchdringlichkeit⁸ oder - je nach dem - Eleganz eines philosophischen Traktats.

¹ Die Schrift wird im Folgenden abkürzend als *Der Wert des Staates* zitiert.

² Schmitt, *WS*, S. 17.

³ *Ebd.*, S. 21.

⁴ „Für jede prinzipielle, nicht politische Untersuchung, der es auf philosophische Erkenntnis (...) ankommt, gibt es keinen als den in seiner Idee erfassten Staat, der sich zu dem, was in der Welt der Tatsachen mit dem Namen »Staat« belegt wird (...) als sein Sinn verhält.“ (*Ebd.*, S. 45)

⁵ *Ebd.*, S. 15.

⁶ Einige der zeitgenössischen Besprechungen des Buches haben das bemängelt. Walter Köhler spricht seine Vermutung recht offenherzig aus: „Es fehlt Schmitt im ganzen wohl noch an Belesenheit und Kenntnis der rechtsphilosophischen Literatur“ (Köhler, *Besprechung*, S. 451).

⁷ Das gilt insbesondere für die zahlreichen Anregungen, die Schmitt durch das Frühwerk Hans Kelsens erfahren hat.

⁸ Carl Brinkmann hat seinen Eindruck vom philosophischen Stil in die Aufforderung gekleidet, Schmitt solle seine „etwas präziös verwendete Erudition“ (Brinkmann, *Besprechung*, S. 524) in die Niederungen des Lebens tragen.

Wie schon *Gesetz und Urteil* rekurren auch die Überlegungen aus *Der Wert des Staates* auf einen Begriff juristischer Entscheidung. Anders als dort wird dieser Begriff nun nicht mehr im Kontext der Rechtspraxis ausgeleuchtet, sondern, wie es die Themenstellung erwarten lässt, im Bereich des staatlichen Handelns. Schmitts Philosophie des Staates entfaltet eine Theorie der staatlichen Rechtsentscheidung. Das bedeutet eine Erweiterung des juristischen Fokus, eine Aufhebung der begrenzten rechtspraktischen Perspektive zugunsten eines umfassenden Blicks auf die rechtliche Bedeutung des Staates, der schließlich auch kulturkritische Erwägungen, historische Erläuterungen und kirchenrechtliche Reflexionen in die Betrachtungen einfließen lässt. Auch wenn die Theorie der staatlichen Entscheidung dadurch eine gewisse weltanschauliche Dramatik erhält, die den rechtsmethodologischen Absichten in *Gesetz und Urteil* noch fremd war, bleibt Schmitt freilich auch in *Der Wert des Staates* einem „vorwiegend juristischen Interesse“⁹ verpflichtet.

Wirklichkeitsunabhängiges Recht

Schmitt eröffnet seine rechtsphilosophische Begründung des Staates mit einer Darlegung des zugrunde liegenden Rechtsbegriffs. Er zielt dabei nicht auf eine systematisch fundierte und breit angelegte Definition, sondern auf eine pointierte Position. Sein Standpunkt kann auf die einfache Formel gebracht werden: Nur eine geltungstheoretisch konsequent durchgeführte Trennung des Rechts von der Wirklichkeit, in der es gelten soll, kann die Bedeutung des Rechtsbegriffs adäquat erfassen. Diese Separierung von Recht und Wirklichkeit betont Schmitt in mehrfacher Hinsicht. Zum einen soll die Geltung des Rechts in keiner Weise von realen Begründungsprozessen abhängen. Das Recht ist aus dieser Perspektive unabhängig von den empirischen Maximen und Motiven der Menschen, es ist für das individuelle Handeln verbindlich auch dann, wenn die in Rede stehenden rechtlichen Normen von den Menschen nicht anerkannt werden. Das Recht ent-

⁹ Schmitt, *WS*, S. 18.

steht für Schmitt aus keiner wie auch immer gearteten Übereinkunft der Betroffenen. Die geforderte Trennung von Recht und Wirklichkeit weist aber auch die denunziatorische Variante von deren Verbindung zurück, die Behauptung, das Recht sei ein wandelbares und willkürliches Produkt gesellschaftlicher Verhältnisse und habe letztlich keinen eigenen normativen Sinn. Nach Schmitt kann die Einsicht in die empirische Genese des Rechts nichts zur Frage nach dessen Geltung beitragen. Schließlich verneint Schmitt auch die Möglichkeit, das Recht als eine normative orientierte Einwirkung auf die Wirklichkeit zu begreifen. Auch eine solche Rechtszwecklehre verfehlt in seinen Augen den Kern der Sache.

Um die geltungstheoretisch strikte Unabhängigkeit des Rechts von der Wirklichkeit zu belegen, bemüht sich Schmitt um eine Widerlegung der Theorien, die das Gegenteil behaupten. Der denunziatorischen Ableitung des Rechts aus der Wirklichkeit gilt dabei sein besonderes Interesse. Ihr gibt Schmitt einen klingenden Namen: er nennt sie die »Machttheorie« des Rechts. Damit wird auf keine bestimmte Theorie angespielt. Der Terminus der Macht hat für Schmitt eher eine metaphorische Bedeutung und beruht auf einer Subsumtion aller Theorien und Auffassungen, die rechtliche Normen aus Tatsachen im weitesten Sinne ableiten.¹⁰ Schmitt präsentiert diese Stellung zum Recht in all ihren Varianten, sei es nun in Gestalt volkstümlicher Vorurteile¹¹, als Lehre, die das Recht aus der Macht des Staates hervorgehen lässt, oder als rechtsphilosophische Theorie. Obgleich die Machttheorie einem ziemlich schlichten Rechtsbegriff folge, wenn sie „das

¹⁰ Vielleicht hat sich Schmitt in der Wahl des Terminus »Machttheorie« von Georg Jellinek inspirieren lassen. Für Jellinek ist die Machttheorie - neben der theologischen, der rechtlichen, der ethischen und der psychologischen - eine Variante möglicher Staatsbegründung (Jellinek, *Staatslehre*, S. 192 ff.). Der Gegensatz von Recht und Macht ist in der zeitgenössischen Jurisprudenz allerdings auch sonst oft verwendet worden, um den Zusammenhang von faktischer und normativer Rechtsgeltung zu beschreiben. Einen Überblick dazu gibt: Menzel, *Problem*, S. 1 ff.

¹¹ Ein Beispiel von vielen: „in volkstümlicher Wendung wird gesagt, dass eine Hand voll Gewalt mehr wert sei, als ein Sack voll Recht, in banaler Redensart spricht man heute von der Logik der Tatsachen. Der Sinn ist immer derselbe: jede Berufung auf ein Recht enthalte den Hinweis auf eine Macht, jedes Bestreben, einem Recht zur Anerkennung zu verhelfen, bedeute ein Streben nach Macht, die Argumente, mit denen ein Recht bewiesen werde, seien nur sublimierte Berechnungen der Möglichkeit, sich durchzusetzen, ihre Beweiskraft sei gleich der Werbekraft im gegebenen Augenblick.“ (*Ebd.*, S. 24)

Recht als Resultat einer bestimmten Verteilung sozialer Kräfte“¹² be- greife, sich für das Recht nur als empirische Erscheinung interessiere¹³ und damit nicht einmal zwischen der Macht des Mörders und der des Staates¹⁴ unterscheiden könne, formuliert sie nach Schmitt die herr- schende Rechtsauffassung. Sie befinde sich in der Mehrheit¹⁵ und scheine auch durch die eigenen Konsequenzen schwer widerlegbar¹⁶.

Natürlich glaubt Schmitt, die Machttheorie dennoch widerlegen zu können. Man müsse nur genau auf ihre Selbstrechtfertigung hören. Dann zeige sich, dass die Machttheorie, entgegen ihrer Absicht, nicht nur die Herkunft des Rechts aus der Macht selbst negiert, sondern die Abhängigkeit sogar ins Gegenteil verkehrt. „Es ist nämlich möglich, aus der Definition des Rechts als Macht eine Bewertung herauszuhö- ren, die an dem Begriffe der Macht zu hängen scheint, indem jede, wenigstens jede dauernde und beständige Macht als berechtigt und begründet - nicht bloß erklärlich - aufgefasst wird. (...) In dem Worte Macht liegt (...) ein Moment anerkennenden Respekts, wodurch es möglich wird, das Recht zu einer besonderen Art Macht, zu einer be- wussten Überlegenheit zu machen. (...) Gelangt aber auch nur das schwächste Moment einer Bewertung in das Spezifikum des Rechts gegenüber der Macht, erscheint das Recht, gleichgültig von welchem

¹² Schmitt, *WS*, S. 22.

¹³ „Das Recht ist (...) für die Machttheoretiker nur ein Teil des Seins, nicht weiter und nicht anders zu erklären als irgendein Sein, von besonderem Interesse wegen seiner unmittelbaren Bedeutung für die Menschen und ihr Zusammenleben, aber ganz eingefügt in den Mechanismus des faktischen Geschehens, aus dem es an kei- ner Stelle heraustritt.“ (*Ebd.*, S. 24)

¹⁴ „Die Macht des Mörders gegenüber seinem Opfer und die Macht des Staates ge- genüber dem Mörder sind für die Machttheorie nicht dem Wesen nach verschieden, sondern nur in ihrer durch eine historische Entwicklung bedingten äußerlichen Er- scheinung, in ihrem Umfange, ihrem Eindruck auf die Masse der Menschen.“ (*Ebd.*, S. 23)

¹⁵ In schöner Ironie beschreibt Schmitt, wie sich die Machttheorie mittels einer An- wendung auf sich selbst beweist: „Wenn die Meinung, alles Recht sei nur ein Er- gebnis tatsächlicher Machtverhältnisse und beruhe letzten Endes auf Gewalt, eine analoge Übertragung auf das Gebiet wissenschaftlicher Meinungen erfahren dürfte, so wäre die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Macht bereits entschieden. Denn die Zahl derer, die (...) dem Recht einen lediglich faktischen Grund geben, ist so groß, das sie zweifellos die Übermacht haben, solange eben nur die faktische Verbreitung ihrer Meinung berücksichtigt wird.“ (*Ebd.*, S. 22)

¹⁶ „Für diese Theorie gibt es (...) keine Widerlegung der Berechtigung der Macht. Wer ihr unterlegen ist, dem ist nicht zu helfen, er steht mit seinen Argumenten als armer Narr da“ (*ebd.*, S. 24).

Standpunkt aus, als bevorzugte Macht, so wird es qualitativ von der Macht unterschieden und ändert sein Wesen. Die Prädikate, in denen die Besonderheit des Rechts gefunden wird, führen in ihren Konsequenzen eine genaue Umkehrung der Antithese herbei: nicht das Recht wird aus der Macht, sondern die Macht wird aus dem Recht erklärt. Die Macht (...) ist selbst nur aus einem Recht zu verstehen, sie ist solche Macht nur, weil sie es »mit Recht« ist.¹⁷ Die Machttheorie des Rechts verstrickt sich nach Schmitt notwendig in eine Dialektik der Selbstwiderlegung, da ihr, entgegen dem äußeren Anschein, ein normativer Impetus innewohnt, der die Macht als berechtigte Macht darstellt und das Recht als etwas anerkennt, dem sie selbst unterworfen ist¹⁸. Die Macht unterwirft sich in dem Augenblick dem Recht, in dem sie sich als Macht behaupten will. Schmitt zieht aus dieser Dialektik der Machttheorie die entsprechenden Schlüsse. Sie zerstört für ihn jeden Versuch, das Recht aus der Wirklichkeit abzuleiten und belegt stattdessen die Selbständigkeit der Rechtsgeltung. „Die beiden Welten stehen einander gegenüber; dass der Satz, alles Recht sei nur Macht, genau umgekehrt werden kann in die These, alle Macht sei nur Recht, beweist nicht einen Zusammenhang und eine Ableitbarkeit, sondern die Unvereinbarkeit.“¹⁹

Die dialektische Beseitigung der Machttheorie hat nun nicht allein die Aufgabe, die allgemeine philosophische Position der geltungslogischen Unabhängigkeit des Rechts zu entwickeln. Schmitt versteht es vielmehr, seinen Invektiven gegen die Machttheorie eine erweiterte Bedeutung in dem Sinne zu geben, dass alle Positionen, die zur Machttheorie synthetisiert wurden, von deren Widerlegung gleichfalls betroffen sind. Derart wendet sich Schmitt vor allem gegen die, unter

¹⁷ *Ebd.*, S. 29/30. „In jeder Verneinung der Berechtigung des Rechts, wie sie in der Definition als Macht enthalten ist, versteckt sich das Unterfangen, dafür die Berechtigung der Macht darzutun; die Definition erniedrigt nicht das Recht, sondern erhebt die Macht, sie war nur möglich, weil vorher die Macht schon als Recht gedacht war.“ (*Ebd.*, S. 34/35)

¹⁸ „Man darf dieses wichtige Faktum, dass jede Macht sich mit Gründen rechtfertigt und damit wenigstens »offiziell« eine Verpflichtung zur Verantwortung anerkennt, nicht ignorieren.“ (*Ebd.*, S. 58)

¹⁹ *Ebd.*, S. 36/37.

Georg Jellineks Formel von der „normativen Kraft des Faktischen“²⁰ firmierende Rechtslehre Zitelmanns, die die normative Verbindlichkeit des Rechts in der allmählichen »Gewöhnung« an tatsächliches Verhalten erkennt²¹. Auf ähnliche Weise werden von Schmitt auch die Interessenjurisprudenz²², der Rechtspositivismus²³ und schließlich die

²⁰ Jellinek, *Staatslehre*, S. 338. Jellinek vertritt eine psychologisch orientierte Theorie der Umsetzung von tatsächlicher, rechtlicher Macht in normatives Recht: „Das Faktische hat die psychologische Tendenz sich in Geltendes umzusetzen (...) Die Umwandlung der zunächst überall rein faktischen Macht des Staates in rechtliche erfolgt stets durch die hinzutretende Vorstellung, dass dieses Faktische normativer Art sei, dass es so sein solle, wie es ist.“ (*Ebd.*, S. 339/342)

²¹ Zitelmann hat ein psychologisches »Gewohnheitsrecht« faktischen Verhaltens konzipiert: „Damit die Vorstellung des tatsächlichen Herrschens eines Rechtssatzes sich in die seiner rechtlichen Geltung verwandle, muss (...) Weiteres hinzukommen. Jene Beobachtung des tatsächlichen Herrschens muss vor Allem sich durch längere Zeit hindurch öfter wiederholen; wenn dies der Fall ist, und wenn man endlich (...) genügenden Anlass zu der Annahme hat, dass jenes tatsächliche Herrschen andauern werde (...) so erzeugt sich allmählich in dem korrekt denkenden Beobachter von selbst die eigentümliche (...) Vorstellung, dass diese tatsächliche Rechtsordnung eine rechtlich geltende Ordnung sei.“ (Zitelmann, *Gewohnheitsrecht*, S. 456) Eine Ähnliche Auffassung vertritt Felix Somló: „Recht bedeutet (...) die Normen einer gewöhnlich befolgten, umfassenden und beständigen höchsten Macht“ (Somló, *Grundlehre*, S. 105). Schmitt schlägt diese Lehren implizit seiner Machttheorie zu: „Die landläufige Meinung denkt sich die Frage nach dem Grund des Rechts so, dass endlich, wenn immer wieder nach dem Rechte des Rechts gefragt wird, der Regress an einer Tatsache sein Ende nimmt. Das ist durchaus konsequent, sobald nur zur Erklärung des Rechts die Zustimmung der Menschen oder ein anderer tatsächlicher Vorgang herbeigezogen wird. Denn auch die auf die Billigung oder Missbilligung der Menschen oder bestimmter sozialer Gruppen verweisenden Momente sind dabei lediglich als psychische Tatsachen verwendet, nicht weil sie richtig, sondern weil sie da sind.“ (Schmitt, *WS*, S. 23/24) „Im Vertrauen darauf, dass es wohl seine guten Gründe habe, wenn gerade dieser und kein anderer Satz sich zur Macht einer Rechtsnorm entwickeln konnte (...) werden Macht und Recht einfach identifiziert, unter stillschweigender Übergehung der allein wichtigen Frage nach den »guten Gründen«.“ (*Ebd.*, S. 29)

²² „Ebenso versteckt der Empiriker, der in allem Recht nur ein Spiel der Interessen sieht und überwiegende oder schutzberechtigte Interessen unterscheidet, das Problem in ununterschiedenen Vieldeutigkeiten. (...) Die Vorstellung der Interessenverletzung (...) enthält stets ein normatives Element, das entweder in dem »Interesse« oder in der »Verletzung« gefunden wird. Nicht jeder ist taugliches Subjekt eines Interesses. (...) Demnach fragt es sich, wer darüber entscheidet, ob eine Interessenverletzung vorliegt, der angeblich Verletzte oder eine höhere Instanz. (...) Es wäre auf keine Weise der Welt möglich, dass die Interessen aus sich die Norm herausdestillierten, mit der sie abgewogen und klassifiziert werden könnten. (...) Auch hier wird streng genommen das Interesse zum berechtigten Interesse, von der nackten Tatsache ist nicht mehr die Rede.“ (*Ebd.*, S. 32/34)

²³ „Wer die Behauptung aufstellt, alles Recht sei notwendig positiv, wer die Begründung des Rechts mit den positives Recht »erzeugenden« Vorgängen abschließt, bekennt sich eben damit zur Machttheorie und verneint den unvereinbaren Gegensatz von Recht und Tatsache“ (*ebd.*, S. 27).

demokratische Legitimation des Rechts²⁴ in Zweifel gezogen. Sie alle erscheinen als Varianten der Machttheorie, weil sie das Recht aus der empirischen Wirklichkeit, aus psychischen, sozialen oder ethischen Tatsachen gewinnen, und sie werden gemeinsam durch die Dialektik der Machttheorie widerlegt.

Mit einer Variante der Verbindung von Recht und Wirklichkeit pflegt Schmitt einen milderen Umgang. Es handelt sich dabei um jene Theorien, die im Recht eine, durch Normen angeleitete Einwirkung auf die Wirklichkeit erkennen wollen. In solchen Versuchen sieht Schmitt den Sinn des Rechts zumindest anerkannt. Letztlich ist ihm aber auch diese Art des Hineinnehmens der Wirklichkeit in das Recht begrifflich suspekt. Schmitt expliziert das an den Auffassungen, die das Recht - wie etwa Rudolf Stammler in seiner Bestimmung des Rechts im Sinne eines „selbstherrliches, unverletzliches, verbindendes Wollen“²⁵ - als Ergebnis kollektiven Zwecksetzens begreifen, als den normativen Endzweck empirischen menschlichen Handelns. Schmitt erkennt in derartigen Definitionen des Rechts eine *petitio principii*, „es liegt in dem »Sollen« eine Anerkennung, so dass nach dieser Erklärung der Zweck etwas ist, von dem man verlangen muss, dass es erreicht wird. In dieser Distinktion wird das Ungenügende der Definition des Rechts als eines Wollens, eines Zweckes, augenscheinlich. Das Normative, das in den Worten »verwirklicht werden soll« liegt, ent-

²⁴ „Kann aber das Meinen des Einzelnen keine Norm begründen, so können es zehn oder hunderttausend Einzelne ebenso wenig, weil die Summe sich nicht aus eigener Kraft über die Art des Summierten zu erheben vermag.“ (*Ebd.*, S. 35)

²⁵ *Ebd.*, S. 64. Recht ist nach Stammler das „unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen“ (Stammler, *Rechtswissenschaft*, S. 69) innerhalb der menschlichen Gemeinschaft. Im Begriff des Wollens wird die spezifisch rechtliche Denkform bestimmt und vom Wahrnehmen als der naturwissenschaftlichen Denkform unterschieden. Während die Wahrnehmung die Erscheinungen nach Ursache und Wirkung zergliedert, folgt das Wollen der Logik von Zweck und Mittel (Siehe *ebd.*, S. 38 ff.). In diesem Sinne ist die Rechtswissenschaft für Stammler Zweckwissenschaft, „eine Wissenschaft von den menschlichen Zwecken“ (*ebd.*, S. 36) Insoweit die Zwecke mehrerer Menschen wechselseitig Mittel füreinander sind, spricht Stammler vom „verbindenden Wollen“, das sich, wenn es sich dem Prozess allgemeiner Begründbarkeit stellt, zur „Idee einer Gemeinschaft frei wollender Menschen“ (Stammler, *Rechte*, S. 209) entwickeln soll. Zu Stammlers Rechtswissenschaft als Zweckwissenschaft siehe Larenz, *Methodenlehre*, S. 83 ff. In der Besprechung des Buches *Rechtsbegriff und Rechtsidee* von Julius Binder hat Schmitt seine Auseinandersetzung mit Stammlers Rechtsphilosophie fortgesetzt. (siehe Schmitt, *Besprechung*, S.431 ff.).

hält nämlich nur eine Rückverweisung an das Recht und besagt nichts anderes wie: das Recht ist etwas, das mit Recht verwirklicht werden soll. Die Betonung liegt auf dem Normativen, auf der Berechtigung des Zweckes, es kommt demnach nicht auf den Zweck an, sondern auf die Norm.“²⁶ Es ist abermals eine Dialektik der Selbstwiderlegung, in die Schmitt diese Rechtszwecktheorie führt. Die Behauptung eines Zusammenhanges von Recht und wirklicher Welt verwandelt sich in der Durchführung in eine Trennung, das Recht kommt nicht zur Wirklichkeit, sondern es kehrt zu sich selbst zurück. Das Wollen und dessen Zwecke werden in die Welt des Tatsächlichen zurückverwiesen.²⁷ „Das Recht, als Wille, der verwirklicht werden soll, heißt nichts anderes als eine Norm, die Zustand werden soll, also aufhört, Norm zu sein, um vom empirischen Wollen der Menschen rezipiert zu werden.“²⁸

Schmitt will mit der Widerlegung von Macht- und Rechtszwecktheorie belegen, dass das Recht im Kontext der empirischen Wirklichkeit nicht zu verstehen ist, dass es eine eigene und selbständige »Welt«²⁹ ausmacht, einen Kosmos kontextunabhängig geltender Normen. Die Argumente, mit denen er diese Auffassung in seinen Ausführungen verteidigt, sind deren geltungstheoretisch ausgerichteten Strategie entsprechend überwiegend formal. Sie beruhen im Kern auf einer Logik der Denkformen. Schmitt stellt diesen Zusammenhang selbst her: „Wird das Recht der Macht gegenüber selbständig und unabhängig, so folgt daraus ein Dualismus, der den Antithesen von Sol-

²⁶ Schmitt, *WS*, S. 39.

²⁷ In der gleichen Weise tritt Schmitt Theorien entgegen, die das Wesen des Rechts in dessen Erzwingbarkeit erkennen. „Allgemein betrachtet man jedoch das Recht als etwas, das sich auf das äußere Zusammenleben der Menschen bezieht. Es wird ihm sogar für gewöhnlich (...) eine Tendenz zur Erzwingbarkeit, also zur Einwirkung auf die Welt der Erscheinungen und Realitäten beigelegt. Solche Erklärungen des Rechts enthalten aber eine widerspruchsvolle Determination. Ein Normenkomplex, zu dessen Wesen es gehört, »Tendenz zur Erzwingbarkeit« zu haben, wäre eine Paarung heterogener Dinge, da die Norm unabhängig von der Wirklichkeit, somit auch von der Verwirklichung und der Erzwingbarkeit ihre Geltung und ihren Wert behält.“ (*Ebd.*, S. 41/42)

²⁸ *Ebd.*, S. 40. Hans Kelsen hat mit ähnlichen Argumenten eine Verbindung von Recht und Wille abgelehnt. „Das Wollen gehört der Welt des Seins an, ist ein psychisches Geschehen und darum etwas Wesensverschiedenes vom Sollen.“ (Kelsen, *Grenzen*, S. 8)

²⁹ „(...) es fragt sich eben, ob Tatsachen ein Recht zu begründen vermögen. Wird die Frage verneint, so ist der Gegensatz zweier Welten gegeben.“ (Schmitt, *WS*, S. 26)

len und Sein, von normativer und genetischer, kritischer und naturwissenschaftlicher Betrachtung entspricht.“³⁰ Es ist also zunächst ein rein formaler Rechtsbegriff, den Schmitt hier vorführt³¹. Die kritische Rezeption der zeitgenössischen Rechtstheorie zeugt dann aber von der Reichweite, die einem derartigen Rechtsbegriff zugestanden wird. Schmitts Reflexionen ziehen sich keineswegs in den Elfenbeinturm philosophischer Forschung zurück. Ihre geltungslogische Radikalität fordert nicht nur die Trennung des Rechts von begründenden Prozessen, seien sie nun wissenschaftlicher oder real-sozialer Natur. Sie dient auch als Hebel, um sich von wesentlichen Teilen der politisch wirksamen Theoriebildung der Zeit distanzieren zu können.

Staatliche Rechtsverwirklichung

Die wirklichkeitsunabhängige Geltung des Rechts, die Schmitt in der Widerlegung von Macht- und Rechtszwecktheorie herausgearbeitet hat, führt das Recht in eine Sphäre eigentümlicher Selbstgenügsamkeit. Es ist von der Welt der empirischen Wirklichkeiten getrennt, gilt für sich und ist insbesondere nicht auf seine faktische Gel-

³⁰ *Ebd.* Die Sentenz wird häufig als ein Bekenntnis zur neukantianischen Philosophie verstanden. So behauptete schon Walter Köhler: „Schmitt (...) stützt sich wesentlich auf Rickert“ (Köhler, *Besprechung*, S. 451). Auch Hasso Hofmann sieht eine solche Verbindung und hat Rickerts Theorie der „Urteilsnotwendigkeit“ mit Schmitts Auffassungen parallelisiert (siehe Hofmann, *Legitimität*, S. 58 Fn. 17). Der Nachweis derart enger Beziehungen zu einer bestimmten neukantianischen Philosophie wirkt freilich konstruiert, weil er am Text nicht belegt werden kann. Zudem zeigt Schmitt an den Details der erkenntniskritischen Überlegungen des Neukantianismus kein Interesse. Mehr als das „neokantianische Umfeld“ (Nicoletti, *Ursprünge*, S. 109), ist in *Der Wert des Staates* nicht zu erkennen. Es scheint wahrscheinlicher, dass Schmitt seine Formulierungen von Kelsen übernommen, dessen Schriften er lobend hervorhebt und der, angeregt durch Simmel und Windelband (dazu: Dreier, *Rechtslehre*, S. 33 Fn. 40), einen Schmitts Auffassungen analogen methodischen Dualismus von Recht und Wirklichkeit postulierte: „Die prinzipielle Verschiedenheit beider Denkformen lässt Sein und Sollen als zwei getrennte Welten erscheinen. (...) Der Gegensatz von Sein und Sollen ist ein formal logischer, und solange man sich in den Grenzen formal-logischer Betrachtung hält, führt kein Weg von dem einen zum anderen, stehen beide Welten durch eine unüberbrückbare Kluft getrennt einander gegenüber.“ (Kelsen, *Grenzen*, S. 6)

³¹ Bruno Beyer spricht deshalb davon, dass Schmitt „eine Betrachtung über das »Recht an sich«, (Beyer, *Besprechung*, S. 328) geschrieben habe. Ein Rezensent hat Schmitt vorgehalten, sein Begriff des Rechts bleibe „inhaltslos“ (Salomon, *Besprechung*, S. 286).

tung hin orientiert. Schmitt beschwört diese Wirklichkeitsabgewandtheit des Rechts geradezu: „Da es für das Recht keine andere Welt gibt als die des Rechts, (...) so kann sich das Recht aus sich selbst heraus nicht verwirklichen wollen.“³² Wenn nun ein Interesse an der Wirklichkeit des Rechts besteht, dann ist dies nach Schmitt ein empirisches Geschehen und dem Recht nicht inhärent. Soll das Recht verwirklicht werden, so muss folglich eine Instanz in der Wirklichkeit gefunden werden, die im Sinne des Rechts agiert. „Das Recht ist abstrakter Gedanke, der nicht aus Tatsachen abgeleitet und nicht auf Tatsachen einwirken kann, Subjekt des auf die »Verwirklichung« des Rechts gerichteten Wollens kann nur eine Realität sein. Das Problem besteht darin, die beiden Reiche miteinander zu verbinden, den Punkt zu ermitteln, von dem aus - unter Wahrung des Primates des Rechts vor der Macht - auf das Sein eine Einwirkung im Sinne rechtlicher Normen bewerkstelligt wird.“³³

Es ist der Staat, der diese Funktion erfüllen soll. Schmitt will diese Zuschreibung freilich nicht von außen vorgeben. Er versucht deshalb zu zeigen, dass eine derart verbindende Instanz von den beiden Sphären des Rechts und der Wirklichkeit jeweils selbst gesucht wird. Hinsichtlich der Welt des Wirklichen hatte bereits die Dialektik der Machttheorie gezeigt, wie die Wirklichkeit nach einer Unterwerfung unter das Recht strebt. Die Macht war nur konzipierbar, weil sie »mit Recht« Macht war. Diese Abhängigkeit der Macht vom Recht gilt nach Schmitt auch für die Macht des Staates. Der Staat, dessen Wesen von der Seite der Wirklichkeit her gesehen in der Tendenz besteht, als höchste Macht das Monopol der Rechtsetzung für sich zu proklamieren, unterwerfe sich, gleich jeder Macht, gerade dadurch dem Recht. „Der Satz, das Recht könne nur von der höchsten Gewalt ausgehen, kehrt sich (...) gegen die Machttheorie um und erhält den Inhalt, dass höchste Gewalt nur das sein kann, was vom Rechte ausgeht.“³⁴ Umgekehrt strebt auch das Recht nach einem Kontakt zur Macht. „Das Recht, das nur von der höchsten Gewalt ausgehen kann, setzt seinem

³² Schmitt, *WS*, S. 40.

³³ *Ebd.*, S. 42/43.

³⁴ *Ebd.*, S. 52.

Begriffe nach eine höchste Gewalt voraus.“³⁵ Nach Schmitt enthält das Recht deshalb ein Ethos der Verwirklichung, dem es freilich nicht selbst folgen kann, das jedoch die empirischen Zwecke einer realen Instanz bestimmen kann. „Die Frage nach dem Zweck ist nicht die Frage nach dem Wesen des Rechts, sondern die nach dem Subjekt des im Recht zu findenden Ethos. Die Norm steht über dem Mechanismus von Mittel und Zweck, aber die empirische Welt kann das Mittel des Rechts in dem Sinne eines Mediums sein, insofern in ihr ein Zustand verwirklicht werden soll, der als rechtmäßig bezeichnet werden muss“³⁶. Für diese Rolle eines Mediums setzt das Recht dann gewissermaßen jene Macht ein, die in Gestalt des wirklichen Staates besteht und subordiniert sich diesen, indem es den Zweck, Recht zu verwirklichen zum Zweck des Staates macht: Dann ist „der Zweck, der den Staat ausmacht, (...) nicht ein vom Staat sich selbst gesetztes Ziel; das Recht setzt vielmehr in demselben Moment, da es Zweck werden soll, den Staat als Träger dieses Zweckes. Der Staat hat also nicht den Zweck, sondern der Zweck erfüllt den Staat und bestimmt ihn.“³⁷

Die Macht des Staates sucht das Recht, das Recht ergreift den Staat und setzt ihn ein in die Zwecke des Rechts. Das ist der Kern des Gedankengangs, den Schmitt mit seiner Konstruktion des Staates entwickelt. Durch sie wird eine Verbindung der beiden Sphären hergestellt, in der das Recht den Primat besitzt, indem es die Macht in Gestalt des Staates nötigt, das Recht - und nur das Recht - zu verwirklichen. „Der Staat ist danach das Rechtsgebilde, dessen Sinn ausschließlich in der Aufgabe besteht, Recht zu verwirklichen, einen Zustand der äußeren Welt herbeizuführen, der (...) den Rechtsgedanken (...) entspricht.“³⁸ Ein solcher Staat ist vollkommen dem Recht unterworfen. „Der Staat (...) wird in den Rhythmus von Wertungen hineingezogen, zum Gliede einer Welt, die nicht auf ihm ruht, sondern in der er eine Bedeutung zuerteilt bekommt, die er nicht bestimmt, sondern durch die er bestimmt wird. Er verdankt seine Würde einer Gesetzlichkeit, die nicht von ihm sich herleitet, der gegenüber vielmehr seine Autorität deriva-

³⁵ *Ebd.*, S. 51.

³⁶ *Ebd.*, S. 39/40.

³⁷ *Ebd.*, S. 56/57.

³⁸ *Ebd.*, S. 56.

tiv bleibt. Das heißt, da eine solche Gesetzlichkeit nur im Recht gefunden werden kann, dass das Recht nicht aus dem Staat, sondern der Staat aus dem Recht zu definieren, der Staat nicht Schöpfer des Rechts, sondern das Recht Schöpfer des Staates ist: das Recht geht dem Staate vorher.³⁹ In diesem Sinne ist der Staat für Schmitt immer und notwendigerweise ein Rechtsstaat. „Darum gibt es keinen anderen Staat als den Rechtsstaat und jeder empirische Staat empfängt seine Legitimation als erster Diener des Rechts.“⁴⁰

Schmitt will die staatliche Verbindung von Recht und Wirklichkeit so konstruieren, dass deren begriffliche Heteronomie gewahrt bleibt. Die Macht subordiniert sich dem Recht, ohne selbst Recht zu werden und das Recht strebt nach einer Wirklichkeit, die nicht mehr die eige-

³⁹ *Ebd.*, S. 50. „Die Autorität des Staates liegt (...) nicht in der Macht, sondern im Recht, das er zur Ausführung bringt.“ (*Ebd.*, S. 71) Hasso Hofmann erkennt in der Bindung des Staates an das Recht ein „wertrationale(s) Legitimitätsprinzip“ (Hofmann, *Legitimität*, S. 74) des Staates: „Indem das reine, nichtstaatliche, originäre Recht logisch als absolut gültig erschlossen und dieses Recht als absoluter und maßgeblicher Wert rational bejaht wird, stellt sich die Abhandlung über den Wert des Staates als ein Versuch dar, die Staatsautorität - in der Terminologie Max Webers gesprochen - »wertrational« zu begreifen.“ (*Ebd.*, S. 73/74) Da Schmitts wertlogische Begriffe - wie Hofmann bemerkt - „unversehens theoretische und empirische Geltung, dogmatisches Postulat und empirische Feststellung ineinander übergehen lassen“ (*ebd.*, S. 75) und mithin auf kein klares Konzept von Wertrationalität rekurren, sollte von einem wertrationalen Legitimitätsprinzip jedoch nur in einem sehr allgemeinen, philosophisch unverbindlichen Sinne gesprochen werden.

⁴⁰ Schmitt, *WS*, S. 57. Mit der Identifikation von Staat und Rechtsstaat findet sich abermals eine Parallele zu Hans Kelsens früher Staatslehre. „Der Inhalt des Staatswillens ist die Rechtsordnung, d.h. das Recht ist der Wille des Staates. Ja, nur insofern die Rechtsordnung - d.i. die staatliche Organisation - eine einheitliche ist, ist eine einheitliche Staatsperson denkbar, und was man einen einheitlichen Staatswillen nennt, ist vielleicht nur eine Formel für die Einheitlichkeit der Rechtsordnung, der Organisation.“ (Kelsen, *Grenzen*, S. 18) Freilich hat die Identifikation von Recht und Staat bei Kelsen eine andere Bedeutung. Während für Schmitt der empirische Staat seine Autorität von der nicht-empirischen Norm erhält und den Staat in seiner Realität derart zum legitimen Verwirklicher des Rechts erklärt, zielt Kelsens Position gerade auf eine Negierung des empirischen Staates und bestimmt ihn als eine rechtliche Fiktion. „Der Effekt der Reduzierung des Staatlichen auf einen juristischen Zurechnungspunkt besteht (...) in der Verbannung aller materiellen, überpositiven Staatsmerkmale und -charakteristika. Unter Ausschaltung eines jeden metajuristischen Nimbus auf die Summe seiner Rechtsregeln beschränkt, meint Staat nur noch die Einheit eines Normenzusammenhangs, von dessen Inhalt im Grunde abgesehen werden kann. Staat schrumpft zu einer Metapher für eine unentbehrliche Konstruktion“ (Dreier, *Rechtslehre*, S. 210). Deshalb kann Kelsen behaupten: „Das ist das Wesen des Staatswillens: Eine zum Zwecke der Zurechnung vollzogene normative Konstruktion“ (Kelsen, *Grenzen*, S. 33). Der Übergang der Rechtsnorm in die Wirklichkeit ist bei Kelsen deshalb keine Aufgabe des Staates, sondern eine Leistung der Grundnorm. Siehe dazu auch: Alexy, *Geltung*, S. 154 ff.

ne ist. Es geht in der Verknüpfung von Recht und Macht um die wechselseitige Erfüllung eines Postulats, das beide jeweils wollen, aber nicht können. Die Macht anerkennt, dass sie nichts ist ohne Recht, aber sie kann nicht selbst Recht sein. Umgekehrt hat das Recht ein Ethos, das auf Verwirklichung dringt, aber es kann sich nicht selbst verwirklichen. Der Staat durchschlägt dieses Gefüge einer „dilemmatischen Kontrastdialektik“⁴¹, indem er beiden Sphäre jeweils der anderen eine Leistung aufnötigen lässt, die sie selbst nicht erbringen können. Im Grunde hat ein derartiger Staat gar keine eigene Existenz, er ist nur eine gerichtete Struktur wechselseitiger Verweisung von Recht und Wirklichkeit, eine „Zwitterexistenz“⁴². Schmitt unterstreicht diesen Zusammenhang, indem er den Staat als einen „Übergangspunkt der einen Welt zur anderen“⁴³ bezeichnet. „In ihm als Konstruktionspunkt, wird das Recht als reiner Gedanke zum Recht als irdischem Phänomen.“⁴⁴

An einem Begriff soll die staatliche Verbindung von Recht und Wirklichkeit nach Schmitt besonders sinnfällig werden. Es ist der Begriff der höchsten Gewalt. In diesem spiegelt sich zunächst terminologisch die Doppelgesichtigkeit des Staates. Der Staat ist als Wirklichkeit bloße Gewalt. Indem das Recht den Staat »ergreift«, wird die Gewalt aber im Weiteren zur rechtlichen, besonders legitimierten Gewalt, die sich nur dadurch erklären kann, dass sie sich nicht als größte, sondern als höchste Gewalt bezeichnet. „Der Sinn des Staates besteht (...) in seiner Aufgabe, Recht in der Welt zu verwirklichen und auf sie in dieser Richtung einzuwirken. Warum er die h ö c h s t e Gewalt ist, folgt aus dieser Aufgabe; warum er die höchste G e w a l t sein muss, ergibt sich aus der Richtung seiner Aufgabe, da die Einwirkung auf

⁴¹ König, *Machiavelli*, S. 345. Martin Gralher hat Schmitts Werk insgesamt unter diesem Begriff zu analysieren versucht. (Siehe Gralher, *Antinomisches*, S. 81 ff.)

⁴² Kiefer, *Begründung*, S. 484. Der Staat ist „nur eine Weise des Rechts, genauer: er ist eine Erscheinungsweise einer dem Recht nur in diesem Gewand zugänglichen Möglichkeit; er ist nichts anderes als eine wirklichkeitsfähige Modifikation von Recht, der Ort mithin, in dem zusammenfließt, was ehemals so sauber trennbar schien.“ (*Ebd.*, S. 487)

⁴³ Schmitt, *WS*, S. 56.

⁴⁴ *Ebd.*

die Welt der Phänomene eine faktische Macht zur Voraussetzung hat“⁴⁵.

Schmitts Begriff des Staates ist formal⁴⁶. Darin gleicht er dem zuvor entwickelten Rechtsbegriff. Im Wesentlichen ist der Schmittsche Staat aus *Der Wert des Staates* eine philosophische Kategorie. Es geht darum, die allgemeine und unverbrüchliche Gültigkeit der Aufgabe staatlicher Rechtsverwirklichung zu belegen. Weder wird der Staat auf

⁴⁵ *Ebd.*, S. 58 (im Original gesperrt). Schmitt erläutert diesen Begriff der höchsten Gewalt auch anhand einer theologischen Analogie: „Der Begriff des Staates bekommt so für das Recht eine genau analoge Position, wie sie der Gottesbegriff, der aus der Notwendigkeit einer Verwirklichung des Sittlichen in der realen Welt entspringt, für die Ethik einnimmt.“ (*Ebd.*, S. 58/59) Es ist nicht klar, auf welchen Gottesbegriff Schmitt hier anspielt. Nicoletti glaubt einen Bezug zum „kantianischen Gott der Ethik“ (Nicoletti, *Ursprünge*, S. 117) zu erkennen, belegt diesen Zusammenhang aber nicht. Wahrscheinlich meint Nicoletti Kants Diktum, nach dem das Dasein Gottes ein Postulat der praktischen Vernunft sei. Freilich geht es bei Kant nicht um eine »Verwirklichung des Sittlichen«, sondern um theoretische Konsequenzen des Moralbegriffs. Das Dasein Gottes ist bei Kant - neben der Unsterblichkeit der Seele und der Freiheit - „ein Postulat der reinen praktischen Vernunft (worunter ich einen theoretischen, als solchen aber nicht erweislichen Satz verstehe, so fern er einem a priori unbedingt geltenden praktischen Gesetze unzertrennlich anhängt).“ (Kant, *Vernunft*, S. 252/253). In diesem Sinne „ist es moralisch notwendig, das Dasein Gottes anzunehmen“ (*ebd.*, S. 256), wobei diese Notwendigkeit bloß subjektiv verbindlich, ein „Vernunftglaube“ (*ebd.*, S. 257) ist.

⁴⁶ Die abstrakte Anlage von Schmitts Staats- und Rechtsbegriff ist in der zeitgenössischen Rezeption von *Der Wert des Staates* überwiegend kritisch bewertet worden. So wirft W. Kulemann Schmitts Arbeit vor, sie beruhe „auf der unrichtigen Grundlage, dass sie nicht induktiv sondern deduktiv verfährt, indem sie von einem apriorisch konstruierten Begriffe des Rechts ausgeht“ (Kulemann, *Besprechung*, S. 533). In dieselbe Richtung geht auch der Vorwurf, Schmitts Theorie sei „ein an Kants Apriorismus anknüpfender und an Fichte und Hegel erinnernder antiempirischer Idealismus“ (Lemme, *Besprechung*, S. 494), der „bei der apriorischen Spekulation Hegels“ (*ebd.*, S. 495) enden müsse. Auch Walther Köhler kritisiert die Abstraktheit der Staatslehre Schmitts. Der „Mangel der ganzen Normenlehre“ (Köhler, *Besprechung*, S.452) Schmitts liege darin, dass sie die Priorität des Rechts gegenüber der empirischen Wirklichkeit auf „die willkürliche Kreatur einer abstrahierenden Gedankentätigkeit“ (*ebd.*) baut. Mit diesem Zurückweisen der Wirklichkeit - „eine merkwürdige Liebhaberei der Zeit, etwas um deswillen so hoch zu stellen, weil man es für das Absolut-Nichtwirkliche hält und weil es nun gleichsam wie ein Geist über den Wassern zu schweben das Ansehen gewinnt“ (*ebd.*) - begeben sich Schmitt der Möglichkeit, „hinter der Empirie den Goldgrund des Gedankens zu sehen“ (*ebd.*), er verkenne, dass „die Wirklichkeit (...) die einfache Realisation des Geistes ist“ (*ebd.*) und ziehe sich stattdessen in die „nebelhafte Region der Norm zurück, wo denn alle Kühe grau sind“ (*ebd.*). In vergleichbarer Weise rügt auch Ludwig Waldecker Schmitts Staatsbegriff. „Es ist ja sehr bequem, die »Regierung« als politische Einrichtung dem rechtsphilosophischen Abstraktum Staat gegenüberzustellen, und damit das sehr schwierige Verhältnis Recht, Macht und Staat in der Weise zu vereinfachen, wie dies Verf. tut. (...) es gibt nicht einen Staat schlechthin, sondern nur sehr konkrete Staaten.“ (Waldecker, *Besprechung*, S. 340)

ein bestimmtes Recht verpflichtet⁴⁷, noch hat der Staatsbegriff eine politische Bedeutung hat. „Die Methode und die Interessen einer Staatsphilosophie sind (...) mit der Methode und den Interessen irgendeines Praktikers des politischen Lebens unvereinbar.“⁴⁸

An einem Punkt nimmt Schmitts Staatsdefinition allerdings doch eine Wendung ins Praktische. Sie soll erklären, warum der Staat „im allgemeinen die Tendenz hat, sich über die ganze Erde zu verbreiten, in diesem Sinne »katholisch« zu werden.“⁴⁹ Schmitt hält es für zwingend, dass die Einheit der Aufgabe hier zur Einheit des Staates führt. Der Tendenz zur Ausbreitung der Macht „liegt der überaus richtige Gedanke zugrunde, dass es nur Eine Wahrheit, aber auch nur Eine höchste Gewalt geben kann. (...) gibt es hundert Staaten, so ist der einzelne konkrete Staat notwendig unvollkommen.“⁵⁰

Schmitts Kritik an den zeitgenössischen Staatslehren orientiert sich allerdings nicht an solchen Überlegungen. Sie hält sich ans philosophische Konzept und geißelt die verkehrte Verbindung von Recht und Staat, die den Staat nicht an das Recht hervorgehen lasse, sondern das Recht aus dem Staat. Schmitt hat dabei in erster Linie den Gesetzespositivismus im Auge. Er beklagt dessen fälschlichen Versuch, die Geltung des Rechts vollends aus der korrekten Erfüllung hoheitlicher Akte abzuleiten. Der Staat sei kein „Apparat, der unter Beobachtung gewisser Formalitäten Befehle von sich gibt, die von den Menschen

⁴⁷ Ein zeitgenössischer Rezensent hat Schmitt in diesem Zusammenhang vorgeworfen, es werde nicht geklärt, „woher (...) der Staat die Rechtsnorm, die er zu verwirklichen hat, nimmt oder zu nehmen hat“ (Biederlack, *Besprechung*, S. 120).

⁴⁸ Schmitt, *WS*, S. 16.

⁴⁹ *Ebd.*, S. 48.

⁵⁰ *Ebd.*, S. 48/49. Schmitt sieht in dieser Frage eine Überlegenheit der Katholischen Kirche gegenüber dem weltlichen Staat. Dieser sei „für immer dem Einwand ausgesetzt, dass es (...) mehrere hundert höchste Gewalten auf der Erde gibt. (...) Die Kirche dagegen, die nach ihrer Lehre die einzige Kirche ist, (...) befindet sich eben dadurch in einem unendlichen Vorteil gegenüber dem einzelnen Staat, der hundert andere Staaten als gleichberechtigt neben sich anerkennt und eine Überlegenheit über die Relativität des Zeitlichen nicht einmal prätendiert. Der konkrete Staat hat sich bei der Frage nach dem idealen Staat, der immer nur Einer sein kann, beständig den Vergleich mit der Empirie gefallen zu lassen, während die Kirche, bei der Ideal und Wirklichkeit nach der eigenen Position zusammenfallen, selbst als der ideale Staat, die *civitas Dei* auftritt (...). Gibt es nur Eine Kirche, so ist die Kirche notwendig vollkommen“ (*ibd.*). Manfred Dahlheimer hat versucht zu zeigen, dass diese Einlassungen Schmitts auf eine recht eigensinnige Positionierung der Katholischen Kirche hinauslaufen und insbesondere mit der »offiziellen« Katholischen Lehre in Deutschland nicht kongruent sind (siehe: Dahlheimer, *Katholizismus*, S. 48 ff.).

als nicht weiter zurückzuführende Gesetze hingenommen werden“⁵¹. Der Gesetzespositivismus, so argumentiert Schmitt, könne gar nicht erklären, warum das Recht, das der Staat setzt, eigentlich Recht ist. „Die These, nur das, was von einem empirischen, konkreten Staate in einer bestimmten Form als Gesetz proklamiert sei, verdiene als »Recht« betrachtet zu werden, hat noch niemals einen Grund für diese notwendige Verbindung des Rechts mit dem Staate anzugeben vermocht“⁵². Der Staat könne seine Akte nur als Recht proklamieren, wenn er anerkenne, dass er sich damit selbst binde und das Recht als etwas setze, das auch unabhängig von ihm gelte. „Die verwirrende Erklärung, das Recht sei eben der Wille des Staates und dieser jederzeit in der Lage, ein anderes Recht zu schaffen, übersieht das Entscheidende, nämlich die Vinkulierung, in die der Machtwille des Staates gerät, wenn er sich als Recht ausgibt, die Selbstunterwerfung unter den einmal ausgesprochenen Willen, der gelten soll, wie er proklamiert ist, unberührt von der fluktuierenden Tatsächlichkeit des Willens.“⁵³

Rechtsdualismus und Entscheidung

Die Schmittsche Rechtsverwirklichung lässt das Recht als staatliche Rechtsnormen einen Bestandteil der Wirklichkeit werden. Zwar bleibt auch die staatliche Rechtsnorm vom nichtwirklichen Recht abhängig und schöpft aus diesem ihre Autorität, aber sie ist nicht mehr Teil der Rechtssphäre im eigentlichen Sinne, sondern erhält infolge der Statuierung in der staatlichen Wirklichkeit „ein Moment des Empirischen“⁵⁴ und wird selbst wirklich. Mit dem Erscheinen der staatlichen Rechtsnorm geht daher eine Doppelung des Rechts einher, denn das ursprüngliche, nichtstaatliche Recht behauptet sich nach wie vor in seinem allgemeinen Anspruch auf Geltung. Das Recht und die empirische Rechtsnorm des Staates bestehen mithin nebeneinander.

⁵¹ Schmitt, *WS*, S. 57.

⁵² *Ebd.*, S. 50.

⁵³ *Ebd.*, S. 73.

⁵⁴ *Ebd.*, S. 75.

Schmitt spricht von einem „Dualismus im Recht“⁵⁵, der mit dem Recht verwirklichenden Staat entstehe. Es trenne sich der Bereich eines „originären, nichtstaatlichen Rechts“⁵⁶, der den staatlichen Rechtssatz determiniere, von einem zweiten Bereich, der gesetzten, positiven Rechtsnorm des Staates, der auf die Durchsetzung des Rechts zielt. In pointierter Form bezeichnet Schmitt das vorstaatliche Recht als ein „Naturrecht ohne Naturalismus“⁵⁷, also als ein, in seiner allgemeinen Geltung der Wirklichkeit vollkommen enthobenes Recht, welches von der positiven staatlichen Satzung zu unterscheiden sei.⁵⁸

Der Dualismus im Recht konstituiert nach Schmitt freilich nicht zwei differente Rechtskörper, sondern er ist einer, der sich gleichsam durch jede staatliche Rechtsnorm hindurch zieht. Es gilt, dass „innerhalb einer jeden staatlichen Satzung die Trennung des Rechtsgedankens von den Momenten, die sich auf die Verwirklichung und Durchführung beziehen, vorzunehmen ist.“⁵⁹ Derart betrifft der Dualismus die richterliche Entscheidung, die konkrete Fälle unter abstrakte Rechtsprinzipien bringt, aber auch eine Vollstreckung, die sich anscheinend vollkommen im Bereich der Wirklichkeit bewegt, und dennoch „mittelbar mit dem Bereiche der allgemeineren Satzung“⁶⁰ zusammenhängt. Schließlich zieht sich die Teilung des Rechts auch

⁵⁵ *Ebd.*, S. 77.

⁵⁶ *Ebd.*

⁵⁷ *Ebd.*

⁵⁸ Das Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht, auf das Schmitt hier anspielt, wird von ihm nicht weiter erläutert, weil das, wie er sich ausdrückt, „nicht Aufgabe dieser Abhandlung ist“ (*ebd.*). Der Terminus eines »Naturrechts ohne Naturalismus« bringt wohl auch nur metaphorisch auf den Begriff, was der methodische Rechtsbegriff schon ausgeführt hat: die Kombination von Normativität und konsequenter Wirklichkeitsenthobenheit. Otto Tesar hat die fehlende, weitere Erläuterung gerügt. Schmitt habe es unterlassen, „uns den naturrechtlichen Inhalt der Rechtssätze auch nur an einem Beispiel zu zeigen“ (Tesar, *Besprechung*, S. 249). Anhand einer Einlassung zum Unterschied von vorstaatlichem und positivem Recht kann man allerdings zumindest erahnen, welche Art von Naturrecht Schmitt vorgeschwebt haben mag: „Der Satz »achte deinen Nächsten« ist kein positives Gesetz und kann es nie werden. Gelingt es tüchtigen und tapferen Männern, ihn für bestimmte Zeitverhältnisse zum Richtpunkte staatlicher Gesetzgebung zu machen, so ist er ein Paragraph geworden, er tritt in eine andere Sphäre und auch der Eindruck, den er nunmehr auf die Gemüter macht, die im Paragraphen den Todfeind des Lebens sehen, ist ein anderer.“ (Schmitt, *WS*, S. 81)

⁵⁹ *Ebd.*, S. 78

⁶⁰ *Ebd.*, S. 79.

durch das einfache staatliche Gesetz, wenn der „abstrakte Rechtsge-
danke in einem positiven, staatlichen Gesetz Gestalt an(nimmt)“⁶¹.

Der wesentliche Unterschied zwischen dem originären und dem
staatlichem Recht wird nach Schmitt durch den Prozess der Verwirk-
lichung selbst hervorgerufen. Die „spezifische Modifikation“⁶² des
originären Rechts, die mit seiner Verstaatlichung eintritt, ist der Tat-
sache geschuldet, dass es nun im Kontext von Zweck und Mittel und
nicht länger in dem von Norm zu Norm agieren muss. „Der Staat, der
Mittler des Rechts, tritt handelnd in die Welt ein und muss sich dort
nach deren Mechanismus von Mittel und Zweck einrichten. In dem-
selben Augenblick, indem er die empirische Welt benutzt, um etwas
bestimmtes aus ihr zu machen, wirkt diese auf ihn zurück mit der
Macht, wie sie das Material über den Künstler, die gegebenen Ei-
genschaften des Dieners über den Herrn haben.“⁶³ Schmitt verortet die
wesentliche Eigenschaft der Modifikation des Rechts, die mit seiner,
in Kategorien der Wirklichkeit gehorchenden Realisierung einhergeht,
als eine Positivierung, als ein Festsetzen und Bestimmen des Normge-
halts. „Der Rechtsgedanke, der in der Welt vollstreckt und dem äußere-
ren Gehorsam erzwungen werden soll, bedarf einer Anerkennung der
Wirklichkeit darin, dass er mit einem präzisen Inhalt formuliert wird,
wobei die Präzision des Inhalts (...) in funktioneller Abhängigkeit von
der Entfernung zur Vollstreckung steht. Der Rechtsgedanke (...) wird
zur Satzung und in konkreter Fassung ausgesprochen. (...) weil das
Recht vom Staate als seinem exactor zwangsweise verwirklicht wer-
den soll, muss alles staatliche Recht exakt, »formuliert« und »be-
stimmt« werden, um der konkreten Verwirklichung fähig zu sein.“⁶⁴

⁶¹ *Ebd.*

⁶² *Ebd.*, S. 75.

⁶³ *Ebd.*, S. 75/76.

⁶⁴ *Ebd.*, S. 79/81. Nach Schmitt verarbeiten eine Reihe von rechtsgeschichtlich zu beobachtenden Unterteilungen des Rechts den von ihm konstatierten Rechtsdualismus - so die Differenz von kriminell und polizeilichem Recht, von jus divinum und jus humanum, oder die zeitgenössische Einteilungen in wissenschaftliches und subalternes Recht (zu letzterem siehe: Sternberg, *Rechtswissenschaft*, S. 147 ff.). Alle diese Differenzierungen begehen nach Schmitt freilich den Fehler, das Recht in zwei Rechtmassen zu zerlegen. „Die Behandlung solcher Entgegensetzungen (...) geht meist von dem falschen Bestreben aus, zwei verschiedene Norminhalte oder Zwecke als Kriterien anzunehmen“ (Schmitt, *WS*, S. 77/78).

Schmitt stellt sich den Übergang vom originären Recht zur verwirklichten Norm als etwas Definitives vor. Er soll in jedem Rechtsakt zu einem Sprung vom abstrakten Rechtsgedanken zur konkreten, positiven Satzung führen. Anders als etwa in Kelsens Begriff rechtlicher Zurechnung, in dem die Verknüpfung von rechtlichem Tatbestand und wirklichem Sachverhalt immer ein hypothetischer bleibt, eine „Form des Denkens“⁶⁵, sucht Schmitt mit dem Übergang vom Gedanken zur Wirklichkeit jeweils „den Punkt endlicher Konkretion des Rechtes“⁶⁶. Der Konflikt zwischen dem Rechtsgedanken und der Rechtsverwirklichung muss deshalb mit jeder Rechtsnorm neu gelöst werden - denn „zwischen jedem Konkretum und jedem Abstraktum liegt eine unüberwindliche Kluft, die durch keinen allmählichen Übergang geschlossen wird“⁶⁷ - und er wird gelöst, indem eine präzise Formulierung der Rechtsnorm gegeben wird und das Recht forthin als wirkliches, als eine Erscheinung in der wirklichen Welt und als Moment von deren Zwecken und Zielen existiert.

Nach Schmitt kann die jeweilige staatliche Rechtsnorm allerdings nie vollkommen aus dem Rechtsgedanken abgeleitet werden, denn sie bezieht einen wesentlichen Teil ihres Gehalts aus den rechtsfremden Zwecküberlegungen der Verwirklichung. Zu diesen Zwecküberlegun-

⁶⁵ Kelsen, *Grenzen*, S. 10.

⁶⁶ Hofmann, *Legitimität*, S. 54. Im Unterschied von endlicher und hypothetischer Konkretion des Rechts sieht Hofmann den wesentlichen Unterschied in dem, am Ausgangspunkt noch übereinstimmenden Konzepten von Schmitt und Kelsen. „Auch nicht durch noch so viele Zwischenstufen und Bindeglieder kann die unübersteigliche Kluft zwischen Sein und Sollen, Recht und Macht, Faktizität und Norm relativiert werden. Das ist die Kelsen und Schmitt gemeinsame Ausgangsposition. Streng normative, erkenntniskritische Bemühungen um diesen grundsätzliche Dualismus“ - wie Kelsen sie verfolgt - „führen (...) zur Annahme eines unendlichen normativen Konkretisierungsprozesses. (...) Der Rechtssatz Kelsens kann immer mehr individualisiert werden, indem eine unendliche, weil logisch nicht begrenzte, Vielzahl von tatsächlichen Größen tatbestandsmäßig in Bezug genommen wird, ohne dass er jemals etwas anderes wird als ein hypothetisches rechtswissenschaftliches Urteil. Schmitt indessen sucht - von jenem Dualismus ausgehend - den Punkt endlicher Konkretion des Rechtes.“ (*Ebd.*, S. 53/54) Irrig ist es allerdings, Schmitt in diesem Zusammenhang zu unterstellen, er teile mit der Verwirklichung des Rechts „Hegels Pathos der (endlichen) Konkretion“ (*ebd.*, S. 55), weil er „den Punkt (suche), in dem wirklich ist, was vernünftig ist, und das Vernünftige wirklich.“ (*Ebd.*, S. 54/55) Eine derartige Gleichsetzung von Recht und Wirklichkeit wird von Schmitt gerade nicht intendiert. Sein Rechtsnormbegriff formuliert zwar den Übergang vom Gedanken zur Satzung, aber er tilgt im entsprechenden Fall nicht die grundsätzliche Differenz von Recht und Wirklichkeit.

⁶⁷ Schmitt, *WS*, S. 80.

gen selbst kann das originäre Recht nichts beitragen. Aus dessen Perspektive stellt sich das staatliche Recht an diesem Punkt als indifferent dar, als willkürlich und normativ unableitbar. Es gilt daher „dass in jedem positiven Gesetz (... ein) Moment des bloßen Festgestelltseins zur Geltung kommt“⁶⁸. Schmitt führt aus, dass es Rechtssätze gebe, „die ganz in der Bedeutung einer solchen Mittelstellung aufgehen, sozusagen kein Eigenlicht im Sinne des Rechtsgedanken haben und nur auf einen außer ihnen liegenden verweisen.“⁶⁹ Konsequenterweise schließt Schmitt aus dieser Beobachtung, dass im Falle solcher Rechtssätze eine originär-rechtliche Determination nicht mehr gegeben ist und es allein auf den Verwirklichungszweck ankommt. Und Schmitt zieht auch den Umkehrschluss, nach dem die Aufgabe staatlicher Rechtsverwirklichung unter Umständen den Verzicht auf normative Bestimmtheit nach sich zieht, sodass „es unter Umständen wichtiger ist, dass überhaupt Etwas positive Bestimmung wird, als welcher konkrete Inhalt dazu wird. Diese inhaltliche Indifferenz (...) ergibt sich aus dem Verwirklichungsstreben des Staates.“⁷⁰ Die »Entscheidung überhaupt« ist für Schmitt also die notwendige Folge einer mangelnden Reichweite der normativen Sphäre. „Die Begründungsmöglichkeit bleibt hinter der Verwirklichungspflicht zurück; in die Lücke tritt die Dezision.“⁷¹ Sie ist gewissermaßen der Preis, der gezahlt werden muss, wenn das Recht aus der Sphäre der abstrakten Geltung in die Wirklichkeit herabsteigt. In etwas drastischen Worten bringt Schmitt diesen Zusammenhang auf den Punkt: „Das Aufgeben der zeitlosen Richtigkeit und die Rezeption eines Momentes inhaltlicher Indifferenz sind (...) das Opfer, das gebracht werden muss, weil mit den Mächten der realen Erscheinungswelt paktiert wurde.“⁷²

⁶⁸ *Ebd.*

⁶⁹ *Ebd.*, S. 78.

⁷⁰ *Ebd.*, S. 80.

⁷¹ Kiefer, *Begründung*, S. 490.

⁷² Schmitt, *WS*, S. 81.

Machtvertrauen

Die Dezision löst für Schmitt zwar das Problem der mangelnden normativen Ableitbarkeit von Akten staatlicher Rechtsverwirklichung, aber sie verbleibt zunächst im Theoretischen. Ihr fehlt noch der Ausblick ins Praktische, eine Beschreibung der staatlichen Institutionen, die eine dezisionistische Rechtsverwirklichung umsetzen. Zwar findet man in *Der Wert des Staates* keine ausführlichen Einlassungen zu einer Staatslehre der Rechtsverwirklichung, die grundsätzliche staatsrechtliche Richtung ist jedoch klar erkennbar. Sie besteht in einer direkten Übertragung der theoretischen Lösung ins Praktische. In der gleichen Weise, in der das bloße Bestimmen des Rechtsinhalts die Metamorphose des Rechtsgedankens in das positive Recht vollbringt, soll der Recht verwirklichende Staat durch Bestimmtheit und Einheit seiner Institutionen jene Metamorphose unterstützen. Denn „sobald irgendwo das Bestreben einer Verwirklichung von Gedanken, einer Sichtbarmachung und Säkularisierung auftritt, erhebt sich gleich, neben dem Bedürfnis nach einer konkreten Entscheidung, die vor allem, und sei es auf Kosten des Gedankens, bestimmt sein muss, das Bestreben nach einer in derselben Weise bestimmten und unfehlbaren Instanz, die diese Formulierung gibt.“⁷³

Schmitt erläutert die Institution des Recht verwirklichenden Staates anhand der Katholischen Kirche. Er ist der Auffassung, dass die Katholische Kirche nicht nur die juristischen Anforderungen erfüllt, die sich daraus ergeben, ein nicht weltliches Recht - im Falle der Kirche ein *jus divinum* - in der Wirklichkeit durchzusetzen, es im theologischen Sinne sichtbar⁷⁴ zu machen und zu säkularisieren⁷⁵. Sie sichert

⁷³ *Ebd.*, S. 81/82.

⁷⁴ Den Begriff der Sichtbarmachung hat Schmitt in seinem Aufsatz *Die Sichtbarkeit der Kirche* wieder aufgenommen. Dort wird eine hierarchische Trias von Recht, Staat und Individuum theologisch als die von Gott, Jesus und Mensch reformuliert. Darin übernimmt der Mensch gewordene, »sichtbare« Sohn des »unsichtbaren« Gottes die Rolle des »sichtbaren« Staates, der das »unsichtbare« Recht verwirklicht. „Eine Veranstaltung zur Geltendmachung des Unsichtbaren im Sichtbaren muss im Unsichtbaren wurzeln und im Sichtbaren erscheinen, der Mittler steigt hernieder, weil die Vermittlung nur von oben nach unten, nicht von unten nach oben erfolgen kann, die Erlösung liegt darin, dass Gott Mensch (nicht dass der Mensch Gott) wird.“ (Schmitt, *Sichtbarkeit*, S. 75) Zur allgemeinen Bedeutung von *Die Sichtbarkeit der Kirche* für Schmitts Werk siehe Adam, *Rekonstruktion*, S. 13 ff.

darüber hinaus mit der Institution eines päpstlichen Oberhauptes auch die Bestimmtheit einer letzten Instanz in vorbildlicher Weise. Da der Papst in Zweifelsfällen befugt sei, „Entscheidungen ex cathedra“⁷⁶ zu verkünden, könne er die Aufgabe der Rechtsverwirklichung optimal wahrnehmen. Als ein Mittler von Recht und Wirklichkeit besitzt er von der Seite des Rechts her die Befugnis eines „unfehlbaren Interpreten des natürlichen Sittengesetzes“⁷⁷, von der Seite der wirklichen Welt her erscheint er als eine diesseitige Institution, die mit den Mitteln weltlicher Macht verbindlich Recht verwirklicht. Schmitt hält diese Einrichtung der katholischen Kirche für juristisch vorbildlich. „Die Konsequenz der Unfehlbarkeit von Entscheidungen ex cathedra liegt auf der Hand, und wer die Prämisse, ein jus divinum und eine Rechtsordnung der Kirche zugibt, wird dieser Konsequenz seine Bewunderung nicht versagen können.“⁷⁸

Aus den Einrichtungen der katholischen Kirche juristisch zu lernen, bedeutet für Schmitt, auch unter den anderen Prämissen des weltlichen Staates eine institutionalisierte souveräne Amtsgewalt zu fordern, die das wirkliche Recht im Namen des originären selbstverantwortlich setzt. Dementsprechend konzipiert er die weltliche souveräne Gewalt als ein institutionalisiertes Amt, das die nichtweltlichen Dimensionen des Rechts mit der Wirklichkeit verbindet. „Der Rechtsgedanke, der einer Umgestaltung der Wirklichkeit zur Richtschnur dienen soll, muss positiv werden d.h. sein Inhalt wird durch einen Akt souveräner

⁷⁵ Michele Nicoletti deutet die Theorie der Rechtsverwirklichung aus *Der Wert des Staates* insgesamt im Sinne des Säkularisierungsbegriffs und vernimmt in der Schrift den Beginn eines theologisch motivierten Dezisionismus. „Säkularisierung - Entscheidung - absolute Instanz stellen die drei grundlegenden Verbindungsringe in Schmitts Denken dar.“ (Nicoletti, *Ursprünge*, S. 121)

⁷⁶ Schmitt, *WS*, S. 82.

⁷⁷ *Ebd.*, S. 83.

⁷⁸ *Ebd.*, S. 82. Wohl wegen ihres meist juristischen Charakters hat Hugo Ball den kirchenrechtlichen Überlegungen aus *Der Wert des Staates* jede theologische Bedeutung bestritten: „Einen Widerspruch der Schmittschen Schriften könnte man freilich darin finden, dass die theologische Form des Systems nicht von Anfang an da ist, nicht aus einem fest gegründeten Glauben, sondern aus Konsequenzen entsteht; (...) Die ersten Schriften scheinen außerhalb der Kirche entstanden oder wenigstens konzipiert zu sein.“ (Ball, *Politische*, S. 321) In diesen Zusammenhang ist auch die lapidare Bemerkung eines zeitgenössischen Rezensenten von *Der Wert des Staates* einzuordnen, der Schmitt eine mangelnde Kenntnis der relevanten Literatur vorhält: „Die christliche Rechts- und Staatsphilosophie ist ihm leider völlig unbekannt geblieben“ (Biederlack, *Besprechung*, S. 120/1).

Entscheidung gesetzt“⁷⁹. Der Sprung vom idealen zum verwirklichten Recht vollzieht sich in der staatlichen Praxis allein über den Weg einer normativ indifferenten Entscheidung des staatlichen Souveräns.

Schmitt weiß, dass seine Konzeption der staatlichen Rechtsverwirklichung das Risiko eingeht, das Recht der staatlichen Macht auszuliefern. Wenn das verwirklichte Recht letztlich der Entscheidung einer – notwendigerweise mächtigen - höchsten Instanz zu verdanken ist, dann ist auch für ihn die Möglichkeit eines Umschlagens der Rechtsverwirklichung in Machtentfaltung nicht von der Hand zu weisen.⁸⁰ Doch er hält dieses Risiko für unvermeidbar. Jeder Versuch, es zu kompensieren und „den Vorgang der Verwirklichung d.h. der Verstaatlichung des Rechts zum Schutze der abstrakten Norm einer Kontrolle zu unterwerfen“⁸¹, muss in seinen Augen scheitern, weil dem Dilemma der Verwirklichung nicht zu entrinnen sei. „Kein Gesetz

⁷⁹ Schmitt, *WS*, S. 79.

⁸⁰ Das Umschlagen der Rechtsverwirklichung in eine Apologie der Macht ist von der Rezeption häufig diagnostiziert worden. „Die Lehre vom Staat als Nicht-Recht, welches dialektisch auf das Recht bezogen ist, erweist sich als Spielart des Machtstaatsgedankens.“ (Hofmann, *Legitimität*, S. 53) Ähnlich auch Lorenz Kiefer: „Die strikte Scheidung von Sein und Sollen wirkt ermächtigend auf die Entscheidungsinstanz ‚Staat‘. (...) Weil schon dem Sein ein Sollen inhäriert, kann Recht, wenn auch unter Substanzverlust, überhaupt erst wirklich, Wirklichkeit rechtlich und der Staat Rechtsverwirklicher werden. Das Abstraktionsprodukt »reines Recht« ist für den Staat von legitimierender Relevanz; zwar verdankt sich der Staat als Rechtsstaat ganz diesem Recht, aber praktisch kehrt sich diese Relation um, und inwieweit der Staat Rechtsstaat und damit Recht wird, liegt in der Entscheidungskompetenz des faktischen Staates. Darin siegt der Entscheidungs-Begriff über den Sein-Sollen-Dualismus. Das reine Recht ist zwar Legitimationsinstanz, aber es ist nur theoretisch souverän; praktisch kann sich das Rechtsgeschöpf »Staat« gegen seinen Schöpfer entscheiden“ (Kiefer, *Begründung*, S. 489) Im Weiteren noch Günter Meuter: Mit der Theorie der Souveränität „enthüllt sich zugleich, was von der scheinbar so machtinkulierenden These vom »Primat des Rechts« zu halten ist, wonach nicht das Recht im Staat, sondern der Staat im Recht ist. Die erste Komponente der Antithese ist (...) eine Fiktion, die sich propagandistisch nutzen lässt. Die zweite Komponente jedoch gilt es wörtlich zu nehmen: Der Staat ist im Recht - auch gegen das Recht.“ (Meuter, *Katechon*, S. 251) Volker Neumann erkennt den Umschlag des Rechts in Macht bereits mit Blick auf die inhaltliche Indifferenz der staatlichen Rechtsverwirklichung: „Der Staat ist unter einen Handlungszwang gestellt: er soll handeln ohne Rücksicht auf das Kriterium inhaltlicher Richtigkeit seiner Handlungsaakte. Carl Schmitt argumentiert in einem geschlossenen System: die »inhaltliche Indifferenz« des staatlichen Rechts ist gefordert vom abstrakten Recht, das festgestellt sein will; zugleich versieht das abstrakte Recht jeden, auch einen möglicherweise »unrichtigen« Rechtsakt des Staates mit einer nicht hinterfragbaren Würde und Autorität. Einfacher ausgedrückt: der Staat hat immer recht, solange er handelt.“ (Neumann, *Bürgerkrieg*, S. 28)

⁸¹ Schmitt, *WS*, S. 82/83.

kann sich selbst vollstrecken, es sind immer nur Menschen, die zu Hütern der Gesetze aufgestellt werden können, und wer selbst den Hütern nicht traut, dem hilft es nichts, ihnen wieder neue Hüter zu geben. (...) Es gibt einen Punkt, an dem das Richtige sich nicht mehr erzwingen lässt.“⁸² Es ist Schmitt aus diesen Gründen auch nicht möglich, den Weg vom Rechtsgedanken zur positiven Norm durch eine Pluralität staatlicher Instanzen reversibel und für mögliche Korrekturen offen zu halten. Solchen Versuche der Balancierung und Relativierung des Übergangs vom Recht zur Macht lassen für ihn eher ein grundsätzliches Misstrauen erkennen, das in der Rechtsgeschichte in den verschiedensten Varianten - „von den Philosophen in Platons Staat bis zu Fichtes Forderung eines Ephorates“⁸³ - zu beobachten gewesen sei, aber letztlich nicht befriedigt werden könne. Das Risiko der Macht ist nach Schmitt immer zu tragen, da der Gegensatz von Recht und Wirklichkeit nicht zu harmonisieren ist.

Trotz eines gewissen Fatalismus der Verwirklichung ist Schmitts Haltung zur Rechtsverwirklichung dennoch meist optimistisch geprägt. Das zeigt bereits sein Verweis auf die Katholische Kirche. Deutlicher noch belegen diesen Optimismus einige Äußerungen in *Der Wert des Staates*, die ein geradezu provokantes Vertrauen in den Staat⁸⁴ erkennen lassen. „Der Wille des absoluten Herrschers kann nur deshalb Gesetz sein, weil er seinem Amte nach nichts mehr wollen kann, wie das, was Recht ist. (...) Durch die Art Gottähnlichkeit, die der absolute Monarch als »lebendiges Gesetz« erhält, wird er sofort dem Recht unterworfen, wie der Gott der Theologie, dessen allmächtiger Wille nichts Böses und nichts Unvernünftiges wollen kann.“⁸⁵

⁸² *Ebd.*, S. 83.

⁸³ *Ebd.*, S. 82.

⁸⁴ Wohl unter dem Eindruck des ersten Weltkrieges hat ein Rezensent diese optimistische Einschätzung des staatlichen Handelns bemängelt. „Der Satz S. 54 (hier S. 57 U.H.): »Vom Recht bis in jedes Element beherrscht, kann der Staat nur das Recht wollen«, empfängt in diesen Tagen welthistorischer Vorgänge eine Beleuchtung, die ihre völlige Einseitigkeit und ganze Unhaltbarkeit verdeutlicht.“ (Lemme, *Besprechung*, S. 495)

⁸⁵ Schmitt, *WS*, S. 95/96. Diese gewissermaßen automatische Rechtmäßigkeit des Staates erläutert Schmitt ein weiteres Mal im Kontext der Katholischen Kirche. „Das einleuchtendste Beispiel (...) liefert auch hier die römisch-katholische Lehre mit ihrer Konstituierung des *charisma veritatis* durch bloße Verleihung des Amtes, womit das Amt nicht mehr auf dem *charisma* beruht, sondern die Verleihung konstitu-

Recht und Individuum

Die Theorie staatlicher Rechtsverwirklichung in *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* führt auch zu Überlegungen zum Verhältnis von Recht und Individuum. Das deutet bereits der Titel an. Die Explikation der Rechts- und Staatsbegriffe lässt diese Ankündigung zunächst freilich unberücksichtigt. Erst gegen Ende seines Buches komplettiert Schmitt das avisierte Programm und präsentiert eine Verortung des Individuums in seiner Philosophie von Recht und Staat. In deren Koordinatensystem ist das Individuum anfangs lediglich ein Beispiel von Wirklichkeit. „Das Individuum (...) als empirisches Einzelwesen ist zunächst nichts wie Tatsache.“⁸⁶ Diese Einordnung geschieht nicht ohne Pathos: „Das leibliche konkrete Individuum ist, wenn die Betrachtung sich nicht über die materielle Körperlichkeit erhebt, eine gänzlich zufällige Einheit, ein zusammen gewelter Haufen von Atomen, dessen Gestalt, Individualität und Einzigkeit keine andere sind, wie des Staubes, der vom Wirbelwind zu einer Säule gefügt wird.“⁸⁷ Einen nicht bloß natürlichen Sinn erlangt das Individuum erst, wenn es sich in seiner Individualität negiert, und dem vom Staat verwirklichten Recht unterordnet - die „objektiv gültige Norm erfüllen heißt, vom Einzelnen aus gesehen, die eigene subjektive empirische Wirklichkeit verneinen.“⁸⁸

Das Individuum kann den Stand bloß empirischer Existenz nicht nur dadurch verlassen, dass es sich einer rechtlichen Norm unterordnet. Es sind auch andere Formen möglich.⁸⁹ Im Kontext seiner staats-

tiv für das charisma wird. (...) und der Satz, dass Gott, wem er ein Amt gibt, auch den nötigen Verstand verleiht, ist nicht nur soziologisch, sondern auch juristisch von Interesse und überall anerkannt.“ (*Ebd.*, S. 102/3) Auch in *Die Sichtbarkeit der Kirche* findet Schmitt für die Rechtsverwirklichungsautomatik des Staates eine theologische Parallele. „Wenn der Christ der Obrigkeit gehorcht, weil sie - Grund und Grenze - von Gott ist, so gehorcht er Gott und nicht der Obrigkeit.“ (Schmitt, *Sichtbarkeit*, S. 74)

⁸⁶ Schmitt, *WS*, S. 98.

⁸⁷ *Ebd.*, S. 101.

⁸⁸ *Ebd.*, S. 89.

⁸⁹ Schmitt zufolge vollzieht bereits das denkende Individuum eine Unterordnung unter eine allgemeine Norm: „Sogar der Satz cogito ergo sum lässt eine Auslegung, die vom einzelnen empirischen Individuum fortgeht und auf eine normative Konstruktion verweist, nicht nur zu, sondern legt sie auch nahe. (...) das wesentliche ist hier, dass in dem bewussten Denken die Hingabe an die Gesetze und Werte des rich-

philosophischen Überlegungen interessieren Schmitt aber nur zwei Möglichkeiten des Überschreitens bloß wirklicher Individualität: die ethische und eben die rechtliche. Ethisch kann sich der Einzelne der Sphäre rein empirischen Daseins entheben, indem er sich dem Sittengesetz unterwirft. Seinen »Wert« erlangt er dann durch das nichtempirische, von seiner tatsächlichen Einzelexistenz unabhängige Vernunftgesetz. „Daher darf aber auch das Subjekt der Autonomie in der Kantischen Ethik nicht das empirische, zufällige, der Sinnenwelt angehörende Individuum sein, weil es durch kein Interesse an das Gesetz gebunden ist, und die Fähigkeit, Subjekt der Autonomie zu werden, sich nicht aus den empirischen Tatsachen, sondern aus der Vernunft ergibt. Nur insofern es ein vernünftiges Wesen ist, hat es Autonomie, ist sein Wille ein allgemein gesetzgebender.“⁹⁰ Die rechtliche Erhebung des Individuums erfolgt im Unterschied zur ethischen in der Subordination unter heteronome Normen. Der Einzelne erhält hier seinen »Wert«, indem er sich den vor ihm existierenden Normen des Rechts beugt. „Das Individuum (...) als empirisches Einzelwesen verschwindet, um vom Recht und dem Staat, als Aufgabe, Recht zu verwirklichen, erfasst zu werden und selbst seinen Wert in dieser abgeschlossenen Welt nach ihren eigenen Normen zu empfangen. (...) nicht, um den Einzelnen zu vernichten, sondern um aus ihm etwas zu machen“⁹¹.

Schmitt stellt die ethische und die rechtliche Form, dem Individuum einen »Wert« zu geben, als prinzipiell gleichberechtigt nebeneinander. Das Recht gibt dem Einzelnen eine rechtliche Würde - „Andere Beurteilungsweisen können für das Individuum einen anderen Wert ergeben, in ihm auch eine autonome Instanz für eine Gesetzgebung erblicken“⁹². Gleich Kant folgt Schmitt damit dem Unterschied innerer und äußerer Gesetzgebung, von Autonomie und Heteronomie⁹³, in der die äußere, weil auf Zwang beruhende Gesetzgebung, die

tigen Denkens liegt, wodurch das zufällige Einzelindividuum verschwindet, um teilzunehmen an einem außerindividuellen Wert, der allein das zum wertenden gewordene Prädikat »Sein« verdient.“ (*Ebd.*, S. 88)

⁹⁰ *Ebd.*, S. 89. „Das Selbst im höchsten Sinne ist ein ethisches Gebilde, nicht der einzelne Mensch.“ (*Ebd.*, S. 88)

⁹¹ *Ebd.*, S. 10/11.

⁹² *Ebd.*, S. 10.

⁹³ Siehe *ebd.*, S. 60 ff.

rechtliche ist. Mit der autonomen Gesetzgebung der Vernunft gibt sich das Individuum danach ein sittliches Gesetz, im Staat wird das Individuum hingegen nach Gesetzen gezwungen, es begründet keine Norm, sondern es wird unter Normen gebracht. Im Unterschied zu Kant, vor allem aber zur neukantianischen Rechtsphilosophie, führen die unterschiedlichen Formen ethischer und rechtlicher Gesetzgebung für Schmitt allerdings zu einer strikten Trennung von Ethik und Recht. „Recht und Sittlichkeit (...) sind (...) nicht auf dasselbe Prinzip zurückzuführen.“⁹⁴ Schmitt weist damit den Versuch zurück, den Zwang, den das Recht auf das Individuum ausübt, mit der zwanglosen Autonomie sittlicher Gesetzgebung zu harmonisieren. Die Idee, dass eine freie Assoziation von Individuen sich im Wege vernünftiger Gesetzgebung Normen gibt, unter die sie sich im selben Zuge zwingen, geht nach Schmitt fehl, weil die Vernunftgesetzgebung immer rein bleibe und das Moment des Zwanges nicht legitimieren könne. Eine ethische Rechtstheorie „lässt die wichtigsten Fragen, insbesondere die nach der Berechtigung des rechtlichen Zwanges unbeantwortet; sie deutet nicht einmal an, ob jeder beliebige Zwang von irgendjemand einer vernünftigen Vorschrift beigefügt werden darf und dadurch die Norm zur Rechts-

⁹⁴ *Ebd.*, S. 70. Schmitt bezieht seine Kritik auf die Neukantianer Stammler, Natorp und Cohen. Diese legten „das Hauptgewicht auf die Einheitlichkeit der ethischen und rechtlichen Gesetzgebung, die beide aus derselben praktischen Vernunft sich zu ergeben haben. Sie unterscheiden danach Recht und Sittlichkeit als zwei, trotz der Unterschiede auf dieselbe Gesetzmäßigkeit zurückzuführende Prinzipien.“ (*Ebd.*, S. 63) Die Denkform von Zweck und Mittel, ist nach Stammler eine ethische, wenn sie sich auf das wünschende Wollen des Einzelnen Menschen bezieht, und eine rechtliche, wenn sie das wirkende Wollen von Vielen umfasst (Siehe Stammler, *Rechtswissenschaft*, S. 49 ff.). Schmitt glaubt, dass beide Formen des Wollens nicht unter einen Begriff zu bringen sind: „Bei der Ethik ist es das getrennte Wollen des Einzelnen für sich, beim Recht sind es dann eben mehrere Wollen im numerischen Sinne. Es fehlt jede Einheitlichkeit von Recht und Sittlichkeit, wenn beide auf die Gegenüberstellungen von Innerlichkeit und Äußerlichkeit, Einzelne und Mehrere reduziert werden, in der Ethik aber der Einzelne mit seiner Innerlichkeit als das reale empirische Individuum erscheint, während die mehreren Individuen, die das Recht in ihrem Wollen als Mittel füreinander bestimmt, plötzlich in einer ganz anderen Sphäre auftreten, die von jeder Empirie rein ist. (...) Der Einzelne, an den sich die kantische Ethik wendet, und die Mehreren, die im Recht eine Rolle spielen, sind unter keinen einheitlichen Oberbegriff zu zwängen“ (Schmitt, *WS*, S. 66/68). Mit ähnlichen Argumenten begegnet Schmitt dem Versuch Natorps, die Heteronomie des Rechts zur Autonomie der Ethik „emporaläutern“ (*ebd.*, S. 67) zu wollen. „Die Heteronomie lässt sich mit der Autonomie auf keinem Wege vereinigen (...) Keine Umschreibung, keine Bildlichkeit hilft über die Unvereinbarkeit hinweg.“ (*Ebd.*, S. 68)

norm wird.“⁹⁵ Der Zwang im Recht ist nach Schmitt ein Phänomen, das erst mit dessen Übergang in die Wirklichkeit entsteht und sich aus keiner Normbegründung ergeben kann⁹⁶. Derart stellt allein der von ihm konzipierte Mittler Staat den Zusammenhang von Norm und Wirklichkeit und damit die Legitimität des Rechtszwanges her - aber eben um den Preis, dass die Individuen nicht mehr Subjekte autonomer Gesetzgebung sind, sondern heteronomen Rechtsnormen folgen.

Die Individuen werden mit der Schmittschen Rechtsverwirklichungstheorie einer Sinnstiftung von oben unterworfen. Die Rechte und Pflichten des Einzelnen kommen allein unter diesem Gesichtspunkt zur Geltung: „das konkrete Individuum (...) wird vom Staate gezwungen, und seine Pflicht wie seine Berechtigung sind nur der Reflex eines Zwanges.“⁹⁷ Die Menschen und deren Interessen haben aus dieser Sicht nur eine Bedeutung, wenn sie rechtlichen Normen zugeordnet werden können. Sie verwandeln sich letztlich in eine juristische „Konstruktion“⁹⁸. Mit dieser These distanziert sich Schmitt konse-

⁹⁵ *Ebd.*, S. 62. In der Frage nach der Bedeutung des Zwanges im Recht sieht Schmitt die wesentliche Differenz, die seine Rechtslehre von der Kantschen trennt. Zwar stimmt er Kant darin zu, dass der Unterschied zwischen ethischer und rechtlicher Gesetzgebung im Charakter der Verbindlichkeit zu suchen sei: ethische Pflichten binden innerlich, rechtliche äußerlich. Da Kant diese Unterscheidung aber bloß im Sinne differenter psychologischer Triebfedern verstanden habe, könne er nicht angeben, wann eine Norm Bestandteil des Rechts sei und erzwungen werden könne, und wann sie lediglich eine nicht erzwingbare Norm der Ethik sei. „Wenn Kant aber das unterscheidende der Rechtspflicht nicht in ihrem Inhalt oder ihrer Autorität, sondern in einem psychologischen Motiv erblickt, so macht er seine Einteilung der sittlichen Pflichten in solche des Rechts und solche der Ethik oder Sittlichkeit im engeren Sinne unmöglich (...) . Warum (...) Pflichten Rechtspflichten sind und nicht von irgendeiner andern Instanz als dem Staat gesetzt werden können, warum mit andern Worten nicht jeder Verein oder jede romantische Räuberbande derartige Pflichten unter Benutzung der ihr zugänglichen faktische Macht und der daraus sich ergebenden Motive aufstellen kann, lässt sich aus der kantischen Einteilung nicht entnehmen“ (*ebd.*, S. 60/61). In einem Aufsatz, der im gleichen Jahr wie *Der Wert des Staates* erschienen ist, hat Schmitt diese Kritik weiter zugespitzt: „Bei dieser Konstruktion muss (...) jeder einzelne, der gefährdet ist, ein Recht zur Hinrichtung haben.“ (Schmitt, *Schopenhauers*, S.30)

⁹⁶ „(...) was Zwang und Erzwingbarkeit ist, kann nur von der Erfahrung gelernt werden, Tendenz zum Zwange kann nur ein Erfahrungswesen haben, nicht aber eine reine Norm.“ (Schmitt, *WS*, S. 62)

⁹⁷ *Ebd.*, S. 86.

⁹⁸ *Ebd.*, S. 93. „Wenn überhaupt von Individualität gesprochen werden kann, so liegt darin schon die Definition des mit Individualität prädierten Gegenstandes als eines Zurechnungspunktes für Bewertungen nach Normen.“ (*Ebd.*, S. 12) Diese Unterordnung der Individualität unter das Recht kann als eine Variante von Kelsens Theorie rechtlicher Zurechnung gelesen werden. Bei Kelsen ist die Zurechnung die

quent von der Position, dass vom empirischen Individuum her, aus den wirklichen Interessen der Menschen heraus, staatlich sanktionierte Rechtsnormen entstehen könnten. „Kein Individuum hat im Staate Autonomie.“⁹⁹ Die liberalen Rechtstheorien, die auf individualistischen Rechts- und Staatsbegriffen fußen, werden von Schmitt zwar nicht explizit erwähnt, aber in einigen polemischen Bemerkungen lässt er durchblicken, dass deren Konzepte die Gegenposition repräsentieren.¹⁰⁰ Der Recht verwirklichende Staat sei „weder eine Sekuritätsanstalt noch eine Wohlfahrtseinrichtung“¹⁰¹, er ist für Schmitt stattdessen eine „überindividuelle, nicht interindividuelle Instanz, die ihre Würde keiner Schilderhebung der Einzelnen verdankt, sondern ihnen mit originärer Autorität entgegentritt.“¹⁰²

spezifisch juristische Denkform, mit deren Hilfe die Handlungen von Personen normativen Tatbeständen zugeordnet werden. In diesem Sinne ist der empirische Mensch für Kelsen juristisch uninteressant. „Sowohl in der Jurisprudenz wie in der Ethik ist man gewohnt, die Person streng vom Menschen zu trennen. Nicht die biologisch-physiologische Einheit Mensch, nicht diese organisch verbundene Summe von Lebensprozessen ist es, die mit der spezifisch ethisch-juristischen Einheit »Person«, diesem Subjekte der Zurechnung identisch ist. (Kelsen, *Grenzen*, S. 30)

⁹⁹ Schmitt, *WS*, S. 101.

¹⁰⁰ Der Gesellschaftsvertragstheorie wirft Schmitt das bekannte Argument der Verwechslung juristischer und historischer Betrachtung vor. „Wird der Staat auf einen Vertrag gegründet und soll er dadurch »entstanden« sein, dass mehrere Individuen zusammentraten und sich zu einem Gesamtwesen verbanden (...) so verweist ein solcher Vertrag bereits auf eine vorausgesetzte Rechtsordnung. Die Individuen (...) treten nicht als beliebige Einzelmenschen sondern als Kontrahenten im Rahmen einer Rechtsordnung auf, sodass der Vorgang der Staatsgründung durch Vertrag nicht mehr ein historisches sondern ein juristisches Ereignis bedeutet. Der Fehler der Vertragstheorie war daher nicht die Konstruktion eines Vertrages, sondern die Annahme empirischer Individuen als Vertragsparteien.“ (*Ebd.*, S. 105/106)

¹⁰¹ *Ebd.*, S. 86.

¹⁰² *Ebd.* Die Rezeption hat in solchen Formulierungen häufig konkrete politische Stellungnahmen identifiziert. So etwa Ingeborg Maus: „Speziell aber gegen eine Aktualisierung konkreter gesellschaftlicher Ansprüche, die hier schon in der Hobbeschen Version des Gegeneinanders von borniertem Egoismus und rohesten Instinkten gezeichnet sind, richtet sich eine Akzentuierung des dezisionistischen Moments des Gesetzes (Maus, *Zäsur*, S.95) Auch Volker Neumann vernimmt in diesem „Antiindividualismus und -rationalismus“ (Neumann, *Bürgerkrieg*, S. 31) weniger eine philosophische Position, als „eine unfreiwillige Karikatur der politischen Auffassungen breiter Schichten des deutschen Bürgertums. Die idealisierte »fungible Persönlichkeit« hat Heinrich Manns Roman »Der Untertan« nachgezeichnet.“ (*Ebd.*, S. 33) Eine ähnliche Einordnung hat - unter dem Eindruck des ersten Weltkrieges - der zeitgenössische Rezensent Ludwig Waldecker unternommen. „Der Feuilletonist der jüngsten Vergangenheit könnte seine helle Freude an den Deduktionen des Verf. haben, die das Verhältnis zwischen Staat und Individuum in der jüngsten Gegenwart so richtig zu kennzeichnen scheinen. Und doch würde auch er vielleicht nachdenk-

Die Unterwerfung des Individuums unter das staatliche Recht setzt sich dem naheliegenden Einwand aus, dass der Staat die Freiheit des Individuums zerstöre. Schmitt tritt solchen Bedenken mit den methodologischen Argumenten seiner Zweiweltenlehre entgegen. Wenn es um die Freiheit des Individuums gehe, dann bewege man sich in der Sphäre der tatsächlichen Wirklichkeit und der empirischen Staaten, aber jenseits der Bereiche des Rechts und der Imperative des Recht verwirklichenden Staates. Die Freiheit des Individuums ist für Schmitt ein Begriff der empirischen Sphäre. Die Rede von deren Beschränkung hat für ihn daher nur in der Auseinandersetzung mit der empirischen Macht einen Sinn. „Von der Freiheit des Individuums kann nur in dem Sinne gesprochen werden, dass der Staat nicht als Erscheinung des Rechtsgedankens, sondern als Machtkomplex aufgefasst wird, das Individuum aber (...) als Träger berechtigter Forderungen. (...) Die Freiheit des Individuums wäre dann die Formel für konkrete politische Forderungen, die zur Voraussetzung haben, dass der Staat, gegen den sie sich richten, kein reiner Rechtsstaat ist, sondern ein Mittel für materielle Zwecke“¹⁰³. Weil das Recht am tatsächlichen Kampf zwischen Macht und Individuum nicht teilhat, und der Recht verwirklichende Staat sich daran nur im Sinne des Rechts beteiligt, kann nach dieser Logik eine Gefahr für das Individuum von beiden nicht ausgehen. Und insoweit vom empirischen Staat eine Gefahr ausgeht, kann diese durch keine rechtsphilosophische Behandlung gebannt werden. „Die Vernichtung des Individuums (...) kommt nicht vom Recht und dem ganz in der Verwirklichung des Rechts aufgehenden Staate her, sondern von dem Machtkomplex Staat, von der Tatsächlichkeit, der durch einen Kampf der Macht mit der Macht zu begegnen ist. Die Frage, wie hier dem empirischen Individuum zu helfen wäre, ist keine rechtsphilosophische mehr, ebenso wenig wie die Frage, auf welchem Wege es zu bewerkstelligen ist, dass die Machtinhaber sich stets an das Recht halten.“¹⁰⁴ Derartige Probleme betreffen nach Schmitt „rein technische

lich, wenn wirklich aus den gegenwärtigen Ausnahmezuständen die Regel werden sollte.“ (Waldecker, *Besprechung*, S.339/40)

¹⁰³ Schmitt, *WS*, S. 99.

¹⁰⁴ *Ebd.*, S. 106/107.

Fragen der Politik“¹⁰⁵ und liegen damit jenseits der Interessen seiner Untersuchung. „Es ist hier nicht von politischen Dingen die Rede.“¹⁰⁶

Das Ausblenden der Freiheit einer empirischen Individualität gründet Schmitt freilich nicht allein auf methodologische Distinktionen. Er lässt vielmehr durchblicken, dass ihm die täglichen Interessen und Wünsche der Menschen auch sonst als unwesentlich erscheinen. Die Menschen trachten danach – wie er mit den Worten des Dichters Theodor Däubler anmerkt - „»voll Hast ihr Einzelglück zu retten«“¹⁰⁷, sie trieben – mit einer Formulierung Hegels - „»Unzucht mit sich selbst«“¹⁰⁸ und seien unfähig, „in einer großen Sache aufzuzehn“¹⁰⁹. Mit diesem Blick auf die »große Sache« wird deutlich, dass Schmitt die Unterordnung unter das Recht nicht als eine demütige, sondern als eine versteht, in der der Mensch seine Würde erhält. Im Bild des großen Staatsmannes, und nicht in der Existenz des Einzelnen in der Masse, hat diese Würde ihre Bedeutung. Jedenfalls erläutert Schmitt an diesem Fall am eindringlichsten, wie sich der Einzelne in der Unterordnung unter das Recht »erheben« könne: „es wäre lächerlich, von irgend einem großen Staatsmanne, gleichgültig, welche Motive ihn trieben, etwa von Caesar, dem großen Friedrich oder Bismarck, zu sagen, sie hätten ihr Ziel in der »harmonischen Ausbildung ihrer Persönlichkeit« gesehen. Nur die Identifikation mit der Aufgabe, die maßlose Hingabe an die Sache, das Aufgehen in der Aufgabe, der Stolz, Diener des Staates (...) zu sein, (...) das allein macht die großen und bewunderungswürdigen Augenblicke ihres Lebens aus.“¹¹⁰ Mit der Möglichkeit, eine Norm zur Tat werden zu lassen, kann das Individuum teilhaben am staatlichen Monopol auf Rechtsverwirklichung und diese

¹⁰⁵ *Ebd.*, S. 107.

¹⁰⁶ *Ebd.*, S. 90.

¹⁰⁷ *Ebd.*, S. 85.

¹⁰⁸ *Ebd.*, S. 91.

¹⁰⁹ *Ebd.*, S. 92. Schmitt bringt seine Abneigung gegen den Einzelnen auf ein knapp formuliertes Gebot: „Nur von uns selbst sollen wir schweigen.“ (*Ebd.*, S. 97) Hier deutet sich eine »Kritik der Zeit« an, der Schmitt zwei Jahre nach *Der Wert des Staates* in seinem Essay *Theodor Däublers »Nordlicht«* Ausdruck verliehen hat. (Siehe dazu: Kennedy, *Expressionismus*, S. 236ff.)

¹¹⁰ Schmitt, *WS*, S. 90/91. Schmitt will diese Art Dienst am Staat getrennt wissen von der Tätigkeit von „»Pflichtwichten« (Däubler)“ (*ebd.*, S. 92), die den Staat mit der „vorgesehenen Behörde“ (*ebd.*) verwechseln.

Teilhabe ist in Schmitts Beurteilung auch der letzte Sinn individueller Existenz.¹¹¹

¹¹¹ „Jeder Wert, der mit dem einzelnen Menschen verknüpft werden kann, besteht in der Hingabe an den überindividuellen Rhythmus einer Gesetzlichkeit. In der Welt des Staates ist dieses Grundprinzip aller Erscheinung des Wertes am klarsten zur Tat geworden.“ (*Ebd.*, S. 93)

III. Die Diktatur

Schmitts Studie *Die Diktatur* entwickelt ihren Gegenstand im historischen Durchgang und konzipiert im Kontext der juristischen, politischen und philosophischen Literatur der Neuzeit¹ eine Reihe von Diktaturtypen. Der thematische Bogen, der dafür gespannt wird, reicht von den frühneuzeitlichen Theorien der Staatsraison über Jean Bodins Souveränitätstheorie und die konkurrierenden Lehren der Monarchomachen bis hin zu den Pamphletisten und Schriftstellern der Englischen und Französischen Revolutionen sowie deren publizistischen Vorspielen und Nachwirkungen. Dabei legt die Arbeit im historischen Material eine juristische Grundstruktur frei, die in zwei Varianten, als kommissarische und souveräne Diktatur präsentiert wird. Das Buch ist trotz seiner monografischen Anlage also auch „um systematische Zusammenhänge bemüht“². Neben den rechtshistorischen Varianten

¹ Schmitt beschränkt seine Untersuchung auf die Neuzeit. Die römische Diktatur behandelt er nur am Rande. Das ist bemerkenswert, denn die Diktatur war in der römischen Republik ein anerkanntes Staatsamt. Zudem weist Schmitt im Rahmen seiner kursorischen Bemerkungen selbst auf Zusammenhänge zwischen der modernen und der römischen Diktatur, sowie auf die Parallelitäten ihrer Entwicklungen hin. „Gerade die(se) auffällige Verschiedenheit der ältern republikanischen und der spätern sullanischen und caesarischen Diktatur hätte eine nähere Bestimmung innerhalb des Begriffes der Diktatur nahe legen können. Der Gegensatz von kommissarischer und souveräner Diktatur, der im Folgenden als die grundlegende Entscheidung entwickelt werden soll, ist hier bereits in der politischen Entwicklung selbst angedeutet und liegt eigentlich in der Natur der Sache.“ (Schmitt, *DD*, S. 3)

² *Ebd.*, S. XI. Ein zeitgenössischer Rezensent betrachtet Schmitts juristische Systematisierung der Diktatur mit Skepsis: „Dies muss umso kühner anmuten, als hier aus krausen, jeder Ordnung und Einordnung durch ihre Grenzlage spottenden Ausnahmeverhältnissen der verschiedensten Zeiten und fast noch mehr aus der bloßen Spekulation der verschiedensten Literaturen ein fester Begriff, ja geradezu eine Disziplin, gewonnen werden soll, jedenfalls mehr als eine »Summe politischer Erfahrungen und Methoden«, (Wittmayer, *Besprechung*, S. 492) Da Schmitt aber „Widersprüche bewusst auf sich beruhen“ (*ebd.*) lasse, und „meistens durch andere zu uns spricht“ (*ebd.*, S. 494), bleibe im Dunkeln, ob er „mehr beabsichtigt als die Diskus-

steht „ein zentraler Begriff der Staats- und Verfassungslehre“³ im Fokus des Interesses. Zu den aktuellen Bezügen, die sich angesichts aktueller Ereignisse⁴ hätten ergeben können, hat Schmitt im Wesentlichen geschwiegen. Hinsichtlich einer Theorie juristischen Entscheidens besitzt *Die Diktatur* eine lediglich indirekte Bedeutung⁵. Das Buch bereitet die staatsrechtlichen Begrifflichkeiten vor, die dann in *Politische Theologie* zur Einführung des staatsrechtlichen Devisionismus führen. In diese Sinne ist *Die Diktatur* ein Prolegomenon zur späteren Arbeit, ein Laboratorium, in dem die Herausbildung der Themenstellungen beobachtet werden kann.

sion von Jahrhunderten abzurollen, um doch nur einen literarischen Begriff zu gewinnen“ (*ebd.*).

³ Schmitt, *DD*, S. XI.

⁴ *Die Diktatur* ist im Jahre 1921 erschienen, zu einer Zeit also, in der der Rat der Volksbeauftragten gerade die revolutionäre Beseitigung des Kaiserreiches vollzogen hatte und weitergehende, wie gegenrevolutionäre politische Aktionen an der Tagesordnung waren. Schmitt hat seine explizite Aufgabe hier in der rechtswissenschaftlichen Klärung gesehen. „Trotzdem kann, nachdem aus andern Zusammenhängen ein Begriff der Diktatur gewonnen ist, bereits hier gezeigt werden, welche für die Erkenntnis der Sache wesentlichen Momente im politischen Sprachgebrauch enthalten sind, wodurch in die betäubende Vieldeutigkeit des Schlagworts eine vorläufige, nicht nur rein terminologische Orientierung gebracht und ein Hinweis auf den Zusammenhang mit weitere Begriffen der allgemeinen Rechts- und Staatslehre möglich wird.“ (*Ebd.*) Gary Ulmen sah freilich einen deutlichen Motivationszusammenhang zwischen den politischen Ereignissen und Schmitts Studie. „Es gibt keinen Zweifel, dass die Errichtung einer Diktatur des Proletariats in Russland nach der bolschewistischen Revolution einer der Faktoren war, die Schmitt im Jahre 1919 veranlassten, die (...) Studie über die Diktatur zu schreiben. Hauptgrund jedoch war die Situation in Deutschland. Nach der Novemberrevolution 1918 bis zur Einführung einer provisorischen Verfassung im Februar 1919 war Friedrich Ebert (...) gezwungen gewesen, in der Krisensituation diktatorische Macht auszuüben. (...) Die Erfahrungen, die Schmitt während seiner Tätigkeit bei der Militärregierung in München machte, brachten ihm die »Kriegszustands«-Klausel zweifellos nahe, aber sein unmittelbares Interesse galt der konkreten Situation der neuen Republik und der Verteidigung der neuen Verfassung, in seiner Sicht: der Demokratie.“ (Ulmen, *Mehrwert*, S. 395) Ähnlich auch: Bendersky, *Theorist*, S. 30.

⁵ Natürlich finden sich auch in *Die Diktatur* an verstreuten Stellen Reflexionen zur juristischen Entscheidung. So wird im Zusammenhang der Explikation eines Gegensatzes von wissenschaftlichem Naturrecht und Gerechtigkeitsnaturrecht ausgeführt, der „Wert des Staates“ (Schmitt, *DD*, S. 22) bestehe für ersteres darin, „dass er das Recht schafft, indem er den Streit um das Recht entscheidet.“ (*Ebd.*). Solche Einlassungen gehören aber nicht in die Systematik der vorgelegten Diktaturtheorie.

Dialektische Rechtsverwirklichung

Schmitt setzt seinem Buch eine kurze Reflexion zum Begriff der Diktatur voran. Er rekurriert dabei auf jene Kategorien, die er zuvor in *Der Wert des Staates* entwickelt hat. Im Zentrum steht erneut das Konzept staatlicher Rechtsverwirklichung, mithin die Aufgabe des Staates, die beiden Sphären des Rechts und der Wirklichkeit auf eine Weise zu verbinden, die ein ideales Recht in der realen Welt zur Geltung bringt. In *Die Diktatur* geht es nun um einen besonderen Fall von Rechtsverwirklichung. Es ist jener Fall, der eintritt, wenn Krieg oder Revolution die faktische Geltung des Rechts bedrohen und der Staat, vor die Aufgabe gestellt, das Recht zu verteidigen, die Bedrohung nur mehr beseitigen zu können meint, indem er selbst zu Mitteln greift, die das Recht ignorieren. Der Staat muss in dieser Situation das Recht also negieren, um es zu verwirklichen. Diese Art Recht verwirklichenden Handelns nennt Schmitt Diktatur.

Eine derartige Diktatur verlässt nach Schmitt nicht den Raum des Rechts. Wie die normale staatliche Tätigkeit auch, dient sie ausschließlich dessen Verwirklichung und gehorcht weiterhin einem Primat des Rechts. Der Unterschied zur normalen staatlichen Tätigkeit liegt in der Radikalisierung des Problems der Rechtsverwirklichung. Schmitt bindet den Eintritt diktatorischer Rechtsverwirklichung dabei an zwei Voraussetzungen. Zunächst liegt beim Übergang zur Diktatur immer eine bestimmte äußere Situation vor: es erscheint ein Gegner der Rechtsordnung, dessen Ziel es ist, das geltende Recht zu zerstören. Die zweite Voraussetzung liegt dann vor, wenn der Staat den Angriff nicht mit Mitteln zurückschlagen kann, die ihm die geltenden Rechtsnormen an die Hand geben. Es entsteht die Alternative, entweder rechtliche Normen zu beachten und die Rechtsordnung dem Gegner auszuliefern, oder aber mit den eigenen Aktionen das Recht zu negieren, es damit aber verteidigen zu können. Die Schmittsche Diktatur wählt die zweite der Alternativen, bringt Rechtsverwirklichung und Recht damit in einen äußeren Gegensatz, der sich im Effekt der Verteidigung des Rechts aufhebt. „Die innere Dialektik des Begriffes liegt darin, dass gerade die Norm negiert wird, deren Herrschaft durch die

Diktatur in der geschichtlich-politischen Wirklichkeit gesichert werden soll. Zwischen der Herrschaft der zu verwirklichenden Norm und der Methode ihrer Verwirklichung kann also ein Gegensatz bestehen. Rechtsphilosophisch liegt hier das Wesen der Diktatur, nämlich in der allgemeinen Möglichkeit einer Trennung von Normen des Rechts und Normen der Rechtsverwirklichung.“⁶

Soll der Gegensatz von Recht und Rechtsverwirklichung einen rechtlichen Sinn behalten, dann darf dieser Gegensatz nicht dauern. Das ist eine weitere Bedingung, die Schmitt an einen juristischen Begriff der Diktatur stellt. Mit dem Sieg über den Gegner des Rechts muss auch die Recht negierende Diktatur ihr Ende finden. „Eine Diktatur, die sich nicht abhängig macht von dem einer normativen Vorstellung entsprechenden, aber konkret herbeizuführendem Erfolg, die demnach nicht den Zweck hat sich selbst überflüssig zu machen, ist ein beliebiger Despotismus.“⁷ Erst mit dem Ende der Diktatur und der Wiederherstellung des Rechts realisiert sich der Primat des Rechts. Derart bewegt sich die Schmittsche Diktatur entlang einer Zeitachse. Dem Staat wird heute die Negation des Rechts erlaubt, damit morgen das Recht Wirklichkeit werden kann.⁸

⁶ *Ebd.*, S. XVI.

⁷ *Ebd.*

⁸ Ernst Niekisch hat diesen zeitlichen Zusammenhang hervorgehoben: „Die Gesetze werden vorübergehend aufgehoben, um die Voraussetzung dafür zu schaffen, dass sie später wieder unbeeinträchtigt fortbestehen können.“ (Niekisch, *Dämonen*, S. 88) Dass die Diktatur bei Schmitt eine Kategorie des Rechts ist, wird interessanterweise gerade von den marxistischen Autoren verstanden und hervorgehoben. So bezeichnet Arkadij Gurland die Schmittsche Diktatur als „ein Mittel der Rechtsverfolgung im Dienste einer bestimmten Rechtsidee“ (Gurland, *Diktatur*, S. 116), bzw. als „eine Norm der Rechtsverfolgung, eingeschlossen in eine von ihr verschiedene Norm des Rechts“ (*ebd.*, S. 117). Das bedeutet, „dass die Diktatur als solche keine Rechtsordnung ist, sondern ein System exzeptioneller Normen der Rechtsverfolgung, das in einer bestimmten Rechtsordnung enthalten ist“ (*ebd.*). Max Adler sieht in der Diktatur ein „Mittel zur Verwirklichung einer bestimmten Rechtsordnung“ einen „Rechtsbegriff“ (Adler, *Staatsauffassung*, S. 194), der in seiner modernen Fassung als „Ausnahmestand“ (*ebd.*, S. 196) auch für die proletarische Diktatur zu gebrauchen sei. Freilich haben auch andere den Zusammenhang von Diktatur und Rechtsverwirklichung gesehen, so z.B. Klaus-Michael Kodalle: „Zweifel an einer rationalen Vermittlung von Ausnahme und Normalzustand bei Carl Schmitt mögen voll begründet und angebracht sein; nur darf man nicht unterschlagen, dass Schmitt in seiner Theorie die Bindung der Diktatur an die Rechtsverwirklichung postulierte“ (Kodalle, *Mythos*, S. 72).

Die Schmittsche Diktatur ist während des Ausführens ihre Aufgabe frei in der Wahl der Mittel. Ihr Ziel ist allein der wirkliche Erfolg, die Beseitigung des Gegners. Danach wählt sie ihre Mittel. Hier tritt die wirklichkeitsorientierte Anlage der dialektischen Rechtsverwirklichung besonders deutlich hervor. Der Diktator handelt, wie Schmitt es immer wieder nennt, „ausschließlich nach Lage der Sache“⁹, rein in Kategorien faktischer Verhältnisse. Rechtliche Rücksichten müssen zurückstehen. „Einen konkreten Erfolg bewirken, bedeutet (...), in den kausalen Ablauf des Geschehens eingreifen mit Mitteln, deren Richtigkeit in ihrer Zweckmäßigkeit liegen. Gerade aus dem, was sie rechtfertigen soll, wird die Diktatur zu einer Aufhebung des Rechtszustandes überhaupt, denn sie bedeutet die Herrschaft eines ausschließlich an der Bewirkung eines konkreten Erfolges interessierten Verfahrens, die Beseitigung der dem Recht wesentlichen Rücksicht auf den entgegenstehenden Willen eines Rechtssubjekts, wenn dieser Wille dem Erfolg hinderlich im Wege steht; demnach die Entfesselung des Zweckes vom Recht.“¹⁰ Die rein sachliche Tätigkeit der Diktatur negiert zwar das Recht, diese Negierung ist aber keine normierende, sondern bleibt rein faktisch, sie ist eine den Widerständen der Wirklichkeit geschuldete Notwendigkeit. Schmitt spricht deshalb davon, dass die Dik-

⁹ Schmitt, *DD*, S. XVIII.

¹⁰ *Ebd.*, S. XVI/XVII. Schmitt beschreibt sehr ausführlich das rein sachtechnische Vorgehen der Diktatur: „Im Verlauf der weiteren Untersuchung wird sich immer wieder zeigen, dass der Inhalt der Tätigkeit des Diktators darin besteht, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, etwas »ins Werk zu richten«: der Feind soll besiegt, der politische Gegner beruhigt oder niedergeschlagen werden. Immer kommt es auf die »Lage der Sache« an. Weil ein konkreter Erfolg herbeigeführt werden soll, muss der Diktator mit konkreten Mitteln in den kausalen Ablauf des Geschehens unmittelbar eingreifen. (...) Er kann daher, wenn es sich wirklich um den äußersten Fall handelt, keine allgemeinen Normen beobachten. Denn wenn das konkrete Mittel zur Erreichung eines konkreten Erfolges, etwa das, was die Polizei zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit tun darf, in normalen Zeiten mit einer gewissen Regelmäßigkeit berechnet werden kann, so lässt sich für den Notfall nur sagen, dass der Diktator eben Alles tun darf, was nach Lage der Sache erforderlich ist. Hier wird also nicht mehr nach rechtlichen Rücksichten gefragt, sondern nur nach dem im konkreten Fall geeigneten Mittel zu einem konkreten Erfolg. Auch hier kann das Vorgehen falsch oder richtig sein, aber diese Beurteilung bezieht sich nur darauf, ob die Maßnahme im sachtechnischen Sinne richtig, d.h. ob sie zweckmäßig ist. Rücksichten auf entgegenstehende Rechte (...) können »sachwidrig«, also im sachtechnischen Sinne schädlich und falsch sein. Daher herrscht gerade in der Diktatur ausschließlich der Zweck, von allen Hemmungen des Rechts befreit und nur durch die Notwendigkeit bestimmt, einen konkreten Zustand herbeizuführen.“ (*Ebd.*, S. 11/12)

tatur eine „konkrete Ausnahme“¹¹ vom Recht darstellt. Die entsprechenden Rechtsnormen werden bloß ignoriert, von ihnen wird im Rahmen der Maßnahmen und Aktionen aus Gründen rein technischer Praktikabilität gewissermaßen abgesehen, es wird aber von der Diktatur kein neues Recht geschaffen. Der Orientierungspunkt aller rechtlichen Ausnahmen, jeder sachlichen Aktion der Diktatur ist die Wiederherstellung des geltenden Rechts.

Der Begriff der Recht verwirklichenden Diktatur hat nach Schmitt allerdings den Mangel, dass er nicht anzugeben vermag, wer die Diktatur einsetzen darf. „Die Rechtfertigung der Diktatur, die darin liegt, dass sie das Recht zwar ignoriert, aber nur, um es zu verwirklichen, hat also wohl inhaltliche Bedeutung, ist aber noch keine formale Ableitung und daher keine Rechtfertigung im Rechtssinne, denn der noch so gute wirkliche oder vorgebliche Zweck kann keinen Rechtsbruch begründen, und die Herbeiführung eines den Prinzipien normativer Richtigkeit entsprechenden Zustandes verleiht noch keine rechtliche Autorität. Das formale Merkmal liegt in der Ermächtigung einer höchsten Autorität, die rechtlich imstande ist, das Recht aufzuheben und eine Diktatur zu autorisieren.“¹² *Die Diktatur* gibt keine systematische Antwort auf die Frage nach Beschaffenheit einer höchsten Autorität. Schmitt will in dem Buch lediglich die historisch beobachtbaren Antworten analysieren. „Abstrakt gesprochen, wäre das Problem der Diktatur das in der allgemeinen Rechtslehre bisher noch wenig systematisch behandelte Problem der konkreten Ausnahme. Darauf ist in dieser Arbeit nicht eingegangen, aber für die Erkenntnis der Diktatur war es notwendig, zu untersuchen, von welcher höchsten Autorität, die allein solche Ausnahmen gewähren kann, die bisherigen Konstruktionen der Diktatur ausgehen.“¹³

¹¹ *Ebd.*, S. XVII.

¹² *Ebd.*

¹³ *Ebd.*, S. XVII/XVIII.

Machtvollkommenheit

Schmitt beginnt seine rechts- und ideengeschichtlichen Untersuchungen zur Diktatur in der frühen Neuzeit. Es kommt damit eine Zeit in den Blick, in der die mittelalterliche Ordnung endgültig von der politischen Bühne verschwindet und der moderne Staat zur Vorherrschaft gelangt. Im Vergehen befand sich ein polyzentrischer politischer Kosmos mit seinen Konflikten zwischen Kaiser und Papst, einer Reichsordnung, die Könige, Fürsten, Bürger und Klerus in sich eingliederte, daneben aber auch eine politisch relativ eigenständige Stadtkultur¹⁴. Im Aufbruch befanden sich die europäischen Königshäuser, die ihre Besitzungen in zentralistische Nationalstaaten verwandelten und mit absolutistischen Ansprüchen ausstatteten. Der Wechsel betrifft auch das politische Gesicht des Staates. Während sich der mittelalterliche Staat mit einer theologisch-moralischen Rechtfertigung schmückte, ist der frühneuzeitliche Staat ein Machtstaat. Er konzentriert in seinem Innern ein Personal von Beratern, die sich auf eine Technik des Machterhalts und -erwerbs verstehen, wobei Schmitt die Betonung auf die Technik legt. Eine „dreifache aus Rationalismus, Technizität und Exekutive sich zusammensetzende Richtung zur Diktatur (das Wort hier im Sinne einer Art Anordnung gebraucht, die sich prinzipiell nicht von dem Einverständnis oder der Einsicht des Adressaten abhängig macht und seine Zustimmung nicht abwartet) steht am Anfang des modernen Staates. Der moderne Staat ist historisch aus einer politischen Sachtechnik entstanden.“¹⁵ Für Schmitts Theorie der Diktatur ist diese Entwicklung von Interesse, weil sie das ureigene In-

¹⁴ Zu den spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen politischen Verhältnissen siehe: Willoweit, *Verfassungsgeschichte*, S. 61 ff. Allgemein zur Mannigfaltigkeit der spätmittelalterlichen politischen Geschichte siehe: Bosl, *Europa*.

¹⁵ Schmitt, *DD*, S. 12/13. Nach Schmitt hat sich während der Renaissance auch in einem ganz allgemeinen Sinne die Vorherrschaft eines spezifisch technischen Weltzugangs herausgebildet. Dieser sei „für die Renaissance charakteristisch (gewesen) und in dessen Folge (seien) auch große Künstler der Renaissance mehr den technischen als den ästhetischen Problemen ihrer Kunst (nachgegangen)“ (*ebd.* S. 8). Schmitt hätte in diesem Kontext Passagen aus dem, bezeichnenderweise »Der Staat als Kunstwerk« betitelten Kapitel der *Kultur der Renaissance* des Baseler Kunsthistoriker Jacob Burckardt zitieren können. Burckhardt schreibt dort über die italienische Staatskunst: „Fürsten und Ratgeber sind darin eins, dass nur nach Lage der Dinge, nach den zu erreichenden Zwecken zu handeln sei.“ (Burckhardt, *Renaissance*, S. 72)

strumentarium der Diktatur, die Mittel eines Handelns allein nach Lage der Sache hervorgebracht hat. Die Entwicklung ist aber auch aus einem weiteren Grund von Interesse. Indem der neuzeitliche Staat die alte Ordnung sachtechnisch beseitigt, schafft er sich eine Machtvollkommenheit, die zu rechtfertigen ist. Mit der Diktatur wird die Frage nach der Souveränität aufgeworfen. Sie wird die Diktatur als deren Pendant begleiten. Schmitt führt die Entstehung dieses Zusammenhangs vor. Er verfolgt allerdings nicht die historischen Phänomene, sondern die Kontroversen der Epoche. Das Problem der Diktatur wird als ideengeschichtlicher Abriss vorgestellt, in dem die politischen Theoretiker der Zeit erscheinen, der Italiener Machiavelli, die Autoren der Staatsraison und die französischen Monarchomachen.

Niccolo Machiavelli gilt Schmitt als der wesentliche und frühe¹⁶ Theoretiker der neuen politischen Sachtechnik. Die herausgehobene Rolle verdankt der Florentiner dem Charakter der Analysen, die man seinen *Discorsi* und dem *Principe* entnehmen kann. Ohne Rücksichten auf rechtliche und moralische Imperative beschreibt Machiavelli dort die Methoden der Erlangung, Verteidigung und Vergrößerung politischer Macht, wobei er in den *Discorsi* mehr eine Republik und ihre Freiheit im Auge hat, während der *Principe* die Mittel und Wege einer Alleinherrschaft untersucht. Schmitt erkennt in den beiden Büchern eine einheitliche Methode, eine erfolgsorientierte Technik, in wechselnden Staaten unter wechselnden Umständen das jeweils Politische in den Griff zu bekommen. „Irgendein politisches Resultat - sei es nun

¹⁶ Nach Schmitt haben die meisten humanistischen Schriftsteller der Renaissance die Diktatur noch als eine Angelegenheit der Altertumskunde behandelt. Das gelte z.B. für jene politischen Autoren - Schmitt nennt Lipsius und Besold - die die Diktatur für „eine weise Erfindung der römischen Republik“ (*ebd.*, S. 1) hielten, ohne in ihr eine Einrichtung von allgemeiner staatsrechtlicher Bedeutung zu sehen. Falls Parallelen zur eigenen Zeit gezogen wurden, sei dies überwiegend im Wege naiver Analogien geschehen: „Wo in Deutschland das römisch-rechtliche Institut mit staatlichen und politischen Verhältnissen des 16. Jahrhunderts verglichen wird, handelt es sich (...) nicht um eine Verwertung römischer Einrichtungen für eine rechtswissenschaftliche Begriffsbildung, sondern zunächst nur um eine Umdeutung, die in ihrer Naivität an die biblischen und mythologischen Bilder erinnert, auf denen Ereignisse der Vergangenheit im Kostüm der Gegenwart erscheinen“ (*ebd.*, S. 5). Insbesondere die Unterscheidung der älteren Diktatur von der sullanischen bzw. caesarischen hätte keine Berücksichtigung gefunden. Schmitt glaubt, dass den Erfahrungen der Zeit eine „Entwicklung von der Demokratie zum Caesarismus“ (*ebd.*, S. 4) fremd war und dass einem, auf das absolute Fürstentum gerichteten Interesse deshalb ein differenzierter Diktaturbegriff fremd bleiben musste.

die Herrschaft eines Einzelnen oder eine demokratische Republik, die politische Macht des Fürsten oder die politische Freiheit des Volkes - ist als Aufgabe gestellt. Die politische Machtorganisation und die Technik ihrer Erhaltung und Erweiterung ist bei den verschiedenen Staatsformen verschieden, aber immer etwas, das sachtechnisch herbeigeführt werden kann, wie der Künstler nach der rationalistischen Auffassung ein Kunstwerk schafft. Je nach den konkreten Verhältnissen - geographische Lage, Charakter des Volkes, religiöse Anschauungen, soziale Machtgruppierung und Tradition - ist die Methode verschieden und entsteht ein verschiedenartiges Gebäude.“¹⁷ Das Nebeneinander von Republik und Alleinherrschaft in Machiavellis Schriften ist häufig als Widersprüchlichkeit und Unentschiedenheit interpretiert worden¹⁸. Nach Schmitt liegen die jeweiligen normativen Gehalte von Republik und Fürstenstaat jedoch außerhalb des Interesses Machiavellis. Sein sachtechnischer Neutralismus vertieft weder eine Norm zur Überzeugung, noch behauptet er die Legitimität einer Staatsform. „Im Principe handelt es sich (...) nicht um die moralische oder juristische Rechtfertigung, sondern um die rationale Technik des politischen Absolutismus.“¹⁹. Der Neutralismus degradiert umgekehrt alle normativen Gehalte zu faktischen Gegebenheiten, die in die Berechnungen der je gestellten, rein sachlich zu behandelnden Aufgabe einfließen. „In den republikanischen Discorsi rühmt Machiavelli die guten Instinkte des Volkes, im Principe wiederholt er, dass der Mensch von Natur böse, Bestie, Pöbel ist. Das hat man als anthropologischen Pessimismus bezeichnet, aber es hat theoretisch eine ganz andere Bedeutung. (...) Im Principe (...) wird, als von einem Konstruktionsprinzip, davon ausgegangen, dass der Mensch gewisse moralisch vielleicht als minderwertig erscheinende Qualitäten haben muss, um sich als Material für diese Staatsform zu eignen. Denn Menschen, bei denen das Konstruktionsprinzip des republikanischen Gemeinwesens, die *virtu*, gegeben ist, würden eine Monarchie nicht ertragen. Die Art politischer Energie (...) lässt nur eine Republik zu. Je nachdem nun die Aufgabe gestellt wird, ein absolutes Fürstentum oder eine Republik zu kon-

¹⁷ *Ebd.*, S. 9.

¹⁸ Vgl. dazu Münkler, *Staatsraison*, S. 34 f.

¹⁹ Schmitt, *DD*, S. 9.

struieren, muss das Menschenmaterial, mit der das technische Verfahren zu rechnen hat, verschieden sein, da sonst der gewünschte Erfolg nicht erreicht werden kann.“²⁰ Die Konzentration auf das Technische des je zu Erreichenden hat Machiavelli dazu geführt, auch Verbrechen als Mittel der Politik zu empfehlen²¹. Meist wird in diesem Zusammenhang auf die Bewunderung des rücksichtslosen Cesare Borgia hingewiesen, der seine Condottieri ermorden ließ, als es ihm nützlich erschien. Dieses und seine offensichtliche Ablehnung universal verbindlicher moralischer Normen, haben Machiavelli den schlechten Ruf eingetragen, der ihm und seinen Schriften nachgeht. Schmitt indes legt Wert darauf, hier nicht einen zynischen Amoralismus, sondern das konsequent verfolgte sachtechnische Ethos zu vernehmen. „Bei diplomatischen und politischen Angelegenheiten nimmt ihn die Frage, wie ein bestimmter Erfolg erreicht werden kann, wie man etwas »macht«, am meisten in Anspruch, und wo sich im Principe ein ehrlicher Affekt verrät, ist es Hass und Verachtung für den Dilettanten, den Stümper des politischen Lebens, der eine Sache halb macht, mit halben Grausamkeiten und halben Tugenden“²².

²⁰ *Ebd.*, S. 9/10.

²¹ Siehe etwa Machiavelli, *Fürst*, S. 67 ff.

²² Schmitt, *DD*, S. 8. Zu Machiavellis politischer Theorie siehe Münkler, *Machiavelli*, S. 243 ff., der Schmitts Interpretation im Wesentlichen teilt. „Mehr als moralisch verwerfliches hat er (d.h. Machiavelli; U.H.) politisch ineffizientes oder gar falsches Handeln kritisiert und verurteilt, und man kann ihn mit einem gewissen Recht als den geistigen Vater jenes Satzes bezeichnen, wonach Irrtum und Versehen die der Politik eigentümlichen Verbrechen seien. Doch diese technizistische Analyse der Politik ist für Machiavelli nicht das letzte Wort seiner Politikbetrachtung, sondern eher deren Ausgangspunkt: Ziel ist und bleibt immer die Erhaltung, Stabilisierung und womöglich Vergrößerung des Gemeinwesens, dem ein Politiker jeweils verpflichtet ist.“ (Münkler, *Einleitung*, S. 36) - Machiavelli hat sich im 34. und 35. Kapitel des 1. Buches der *Discorsi* kursorisch auch mit dem Problem der Diktatur beschäftigt. Nach Schmitt galt ihm das Institut, wie anderen Autoren seiner Zeit auch, primär als eine Einrichtung der römischen Republik. Schmitt merkt allerdings an, dass Machiavelli trotz der historischen Beschränkung und im Gegensatz zu den meisten seiner Zeitgenossen, der römischen Diktatur einen politischen und rechtlichen Sinn abgelesen habe. Er hätte in der Diktatur Roms einen Weg gesehen, in Zeiten der Gefahr im verfassungsrechtlichen Rahmen das Überleben der Republik zu sichern. So habe er in der historischen Tatsache, dass die römischen Diktatoren nach eigenem Ermessen alle Maßnahmen treffen, nicht aber die Gesetze ändern durften, nicht nur ein erfolgreiches Rezept gesehen, die Staatsgewalt zu konzentrieren, sondern darin auch eine juristische Unterscheidung von Beschlussfassung und Vollstreckung erkannt, die das Handeln des Diktators im verfassungsrechtlichen Rahmen halte. Laut Machiavelli könne der Diktator „»deliberare per se stesso«, alle Maßnahmen treffen, ohne an die beratende oder beschließende Teilnahme einer anderen

Nach Schmitt hat die politische Sachtechnik ihren wirksamsten Ausdruck in der Lehre von der Staatsraison gefunden. Sie sei das Programm, durch das die Ideen Machiavellis in die Politik der bestehenden Staaten habe einziehen können.²³ In der Lehre sieht Schmitt die alles berechnenden Imperative politischer Selbsterhaltung am Werk. Die Staatsraison folgt „einer über den Gegensatz von Recht und

Stelle gebunden zu sein (*fare ogni cosa senza consulta*) und auf sofort rechtskräftige Strafen erkennen. Aber alle diese Befugnisse sind von der gesetzgeberischen Tätigkeit zu unterscheiden. Der Diktator kann die bestehenden Gesetze nicht ändern, weder die Verfassung noch die Behördenorganisation aufheben, noch neue Gesetze machen (*fare nuove leggi*). Die ordentlichen Behörden bleiben nach Machiavelli bei der Diktatur bestehen als eine Art Kontrolle (*guardia*).“ (Schmitt, *DD*, S. 7) Machiavellis Darstellung der römischen Diktatur, die Schmitt hier paraphrasiert, lautet: „(...) Zudem wurde der Diktator nur für bestimmte Zeit und nicht für dauernd gewählt, und nur zu dem Zweck, um die Ursache, derentwegen er gewählt worden war, zu beseitigen. Seine Machtbefugnisse waren zwar sehr weitgehend: er konnte aus eigener Machtvollkommenheit die Mittel gegen die dringende Gefahr wählen, derentwegen er eingesetzt worden war, er konnte alles machen, ohne sich vorher beraten zu müssen, und konnte jeden ohne Berufung bestrafen. Doch er konnte nichts tun, was dem Staat hätte schaden können; er konnte zum Beispiel nicht dem Senat oder dem Volk seine Machtbefugnisse nehmen, er konnte die alten Einrichtungen des Staates nicht abschaffen und neue einführen.“ (Machiavelli, *Discorsi*, S. 95) Machiavelli hat im Rat der Zehn der Republik Venedig eine, der römischen Diktatur analoge Einrichtung wahrgenommen und diese den zeitgenössischen italienischen Stadtrepubliken zur Nachahmung empfohlen. „Ohne eine ähnliche Einrichtung übersteht ein Staatswesen nur schwer außergewöhnliche Ereignisse. (...) Fehlt einem Freistaat eine solche Einrichtung, so ist es unausbleiblich, dass er entweder bei Aufrechterhaltung der Verfassung zugrunde geht oder, um nicht zugrunde zu gehen, die Verfassung brechen muss.“ (*Ebd.*, S. 96) Nach Schmitt hat die Rezeption der römischen Diktatur Machiavelli zu der Einsicht geführt, sie sei „ein der republikanischen Verfassung eigentümliches Mittel, die Freiheit zu wahren“ (Schmitt, *DD*, S. 6) und damit Parallelen eröffnet, „die einen mehr oder weniger bewussten Versuch enthalten, das Institut als einen Begriff der allgemeinen Staatslehre zu entwickeln.“ (*Ebd.*)

²³ Die Literatur der Staatsraison stand in der Regel in einem ambivalenten Verhältnis zu den Schriften Machiavellis. Meist haben die Anhänger der neuen Lehre den »gottlosen« Machiavelli »offiziell« abgelehnt, seine Rezepte aber in Fällen der Not für akzeptabel gehalten. Sie verbanden „eine vehemente Kritik an dessen politischer Theorie mit einer casualiter eingeschränkten Beachtung seiner Vorschläge.“ (Münkler, *Namen*, S. 122.) Systematisch geäußert hat sich diese Einstellung in der Unterscheidung von guter und schlechter Staatsraison, wobei die gute Form im Sinne des öffentlichen Wohles und unter Beachtung des göttlichen Rechts auftrat, während die schlechte als der ungezügelter Gebrauch der machiavellistischen Rezepte zu Zwecken des reinen Machterhalts geißelt wurde. Der Italiener Pietro Andrea Canoniero etwa hat vier Kriterien formuliert, anhand derer man die gute Staatsraison erkennen könne: 1. Das geltende Recht wird übertreten. 2. Die Übertretung orientiert sich am öffentlichen Nutzen. 3. Die Situation erlaubt kein anderes Handeln. 4. Für die Übertretung kann kein anderer Grund, als der der Staatsraison angegeben werden. Zu Canoniero: Münkler, *Staatsraison*, S. 52, dort auch ein Überblick über andere Autoren der Staatsraison.

Unrecht sich erhebenden, nur aus den Notwendigkeiten der Behauptung und Erweiterung politischer Macht gewonnenen soziologisch-politischen Maxime.“²⁴ Sie „kennt auch da, wo sie der Heiligkeit des Rechts ihre Referenz macht, in Wahrheit nur die tatsächlich geltenden Rechtsvorstellungen, die eben weil sie eine wirkliche Macht sein können, auch zur Lage der Sache gehören.“²⁵ Der frühneuzeitliche Staat wandle sich unter der Ägide der neuen Lehre in eine gut funktionierende Maschinerie zur Umsetzung politischer Ziele, er werde beraten von machiavellistisch Arbeitenden, deren sachtechnische Neutralität sich allein auf die Lösung der gestellten Aufgaben konzentriere. Schmitt schildert das eindringlich: „Militär und bürokratisch geschultes Beamtentum, die »Exekutive«, sind der Kern dieses Staates, der seinem Wesen nach Exekutive ist. Der Exekutive kann es vom technischen Gesichtspunkt aus gleichgültig sein, in welchem Dienst sie funktioniert - die geschulten Funktionäre traten leicht aus dem Dienst eines Staates in den eines andern über und besonders brauchbare Kommissare deutscher Fürsten waren Landfremde -, weil die Regeln guten Funktionierens von der rechtlichen Eigenart des Auftraggebers unabhängig sind und auf einer soziologisch-praktischen Sachtechnik beruhen.“²⁶

Einem Theoretiker der Staatsraison wendet sich Schmitt intensiver zu: dem Bremer Juristen Arnold Clapmar. Dieser war der bedeutendste Autor der Arcanliteratur, einer Gattung, die vor allem im deutschsprachigen Raum die Themen der Staatsraison diskutierte.²⁷ Die Rezepte Machiavellis wurden dort als die Arcana eines Staates, als die geheimen Pläne der Machthaber bezeichnet, sich und den Staat zu erhalten und mit den offiziellen Zielen der Staaten in Kontrast gesetzt, wodurch die Arcana, weil nicht sichtbar, mit Recht und Moral vereinbar schienen. „Der Gegensatz zwischen der mitunter amorali-schen Politik der Regierung und dem moralischen Leben der Bürger, das durch diese Politik ermöglicht werden sollte, war, so der Arcanis-

²⁴ Schmitt, *DD*, S. 13.

²⁵ *Ebd.*

²⁶ *Ebd.*

²⁷ Zum Verhältnis von Arcanliteratur und Staatsraison siehe: Münkler, *Staatsraison*, S. 56 ff., Weinacht, *Staat*, S. 141 und ders., *Thesen*, S. 67.

mus, nur zu überwinden, indem die amoralischen Praktiken der Politiker dem Blickfeld der Bürger entzogen wurden, damit sie durch die Kenntnis der politischen Methoden moralisch nicht korrumpiert würden.“²⁸ Die Arcanliteratur war der Versuch, die neue Lehre mit den tradierten Rechtsvorstellungen zu harmonisieren.²⁹ Clapmars spezifischer Beitrag zur Debatte liegt dabei in der methodischen und juristischen Systematisierung. In seinen *De Arcanis rerumpublicarum libri sex* hat er die geheimen Praktiken der Staaten ausgiebig dargestellt und mit den anerkannten Rechten der Fürsten ins Verhältnis gesetzt. Das hat seinem Buch zu dem Erfolg verholfen, den es hatte.³⁰

An der juristischen Systematisierung der Arcantheematik interessiert Schmitt eine Distinktion, die Clapmar anhand zweier Begriffspaare einführt. Das eine Paar benennt zwei Formen von Arcana, die *arcana imperii* und die *arcana dominationis*, in welche Clapmar den Oberbegriff der *arcana reipublicae* im Rahmen seiner Untersuchung unterteilt hat. Erstere betreffen den bestehenden Machtzustand eines Staates und erläutern, nach Staatsformen unterteilt, die Mittel, wie er erhalten werden kann; sie bezeichnen das „Fabrikationsgeheimnis“³¹ der Erhaltung des Staates. In der Aristokratie scheint eine kluge Ämterverteilung sowie Rede- und Pressefreiheit angezeigt, während für die Monarchie „die verschiedenen Methoden das Volk in Ruhe zu halten“³² beschrieben werden. „Der ganze durch Machiavelli inaugurierte Katalog von Rezepten, wie man es anzufangen hat, um sich im Besitz der politischen Macht zu erhalten, fehlt hier ebenso wenig wie die Vorstellung von dem Volk als dem großen, bunten Tier, das mit bestimmten Praktiken behandelt werden muss.“³³ Die *arcana dominationis* hingegen dienen dem Schutz der herrschenden Personen für

²⁸ Münkler, *Namen*, S. 291.

²⁹ Pointiert bei Stolleis: „Das tabuisierte Thema wird auf diese Weise systematisiert und in Deutschland diskutabel gemacht.“ (Stolleis, *Arcana*, S. 53).

³⁰ *De Arcanis* ist im Jahre 1605 posthum veröffentlicht und bis 1673 insgesamt dreizehn Mal aufgelegt worden (siehe dazu: *ebd.*, S. 51). Zu Leben und Werk Clapmars siehe: Oestreich, *Clapmarius*, S. 260, sowie Stolleis, *Rechts*, S. 99 ff.

³¹ Schmitt, *DD*, S. 14.

³² *Ebd.*, S. 15.

³³ *Ebd.*

den Fall außergewöhnlicher Ereignisse, wie Revolutionen und Rebellionen und sie erläutern „die Mittel, wie man damit fertig wird“³⁴.

Das zweite Begriffspaar, das Schmitt aus dem System Clapmars entnimmt, reformuliert das Verhältnis der beiden Formen der *Arcana* auf dem Gebiet des Rechts. Als Pendant zu den *arcana imperii* sind da zunächst die *jura imperii*, die die seit Bodin allgemein anerkannten Souveränitätsrechte umreißen, etwa das Recht, Gesetze zu geben. Im Gegensatz zu den *arcana imperii*, die als geheime Techniken der Staatserhaltung nach Lage der Sache und Art des Staates wechseln, beschreiben die *jura imperii* die öffentlichen und unveränderlichen Rechte des Staates. Analoges gilt für die *arcana dominationis*. Sie finden ihre Entsprechung in den *jura dominationis*, den außerordentlichen Souveränitätsrechten, die der Machthaber in besonderen Situationen zur Verteidigung seiner Position einsetzen darf, und die vom *jus commune* abweichen dürfen.

Im Verhältnis von *arcana* und *jura* sieht Schmitt eine rechtliche Beziehung. So hätten die *arcana imperii* den Sinn, die »ewigen« *jura imperii* zu erhalten. Die verschlungenen und geheimen Pläne der Regierenden sind danach nur der Weg, eine essentiell rechtliche Position zu realisieren. Eine analoge Beziehung wird von Schmitt für die *arcana dominationis* postuliert. Sie haben in den *jura dominationis*, ihre rechtliche Grundlage. Diese außerordentlichen Rechte dürften nur in Anspruch genommen werden, wenn es um die Sicherung einer legitimen Machtposition gehe. Clapmars unterscheide deshalb die *arcana dominationis* von den *flagitia dominationis*, den „consilia Machiavelistica“³⁵, die den Fürsten zum Missbrauch der Gewalt verführen. Sie seien durch die *jura dominationis* nicht gedeckt.

Die wesentliche Pointe liegt nun darin, dass Schmitt der rechtlichen Beziehung von *arcana* und *jura* nicht traut. Er sieht in den außerordentlichen Souveränitätsrechten eine neue, rechtlich gar nicht zu bindende Machtvollkommenheit. So habe bei Clapmar die Rede von der Ausnahme, die der legitime Herrscher vom gemeinen Recht mache, um seine Position zu sichern, zwar den Sinn, eine Begrenzung auszu-

³⁴ *Ebd.*

³⁵ *Ebd.*, S. 16.

drücken: Der Herrscher darf das Recht zum Zweck der Selbstverteidigung brechen - sonst aber nicht. Nach Schmitt ist diese Begrenzung aber nicht durchführbar, da das eingesetzte Mittel, das rein sachtechnische Handeln des Herrschers, keine Begrenzung erlaube. Der Herrscher müsse alles dürfen, was nach Lage der Sache notwendig sei. In den außerordentlichen Souveränitätsrechten zeigten sich deshalb keine abgegrenzten Rechte, sondern die Machtvollkommenheit der Souveränität selbst. „Wenn *jura dominationis* aufgezählt werden, so ist das ein Versuch, die unbegrenzte Machtvollkommenheit auf einzelne abgegrenzte Beziehungen zu bringen. Trotzdem bleiben sie auch bei Clapmar die allgemeine Befugnis, das zu tun, was nach Lage der Sache erforderlich ist, d.h. etwas prinzipiell Unbegrenztes. Scheinbar ist das Ausnahmerecht noch Recht, weil es in der Ausnahme eine Begrenzung zu haben scheint, in Wahrheit ist die Frage nach der Souveränität dieselbe wie die nach den *jura extraordinaria*.“³⁶ Und weiter: „Dass sie auf den Ausnahmefall beschränkt ist, hat keine positive Bedeutung, denn es handelt sich dabei nur um eine aus Gerechtigkeitsprinzipien abgeleitete Beschränkung. Juristisch kommt doch nur in Betracht, dass darüber, ob der Ausnahmefall gegeben ist, immer der Inhaber der Machtvollkommenheit selbst entscheidet. (...) Wer den Ausnahmezustand beherrscht, beherrscht daher den Staat, denn er entscheidet darüber, wann dieser Zustand eintreten soll und darüber, was alsdann nach Lage der Sache erforderlich ist.“³⁷ Auf das Problem der souveränen Machtvollkommenheit des modernen Staates gibt die Unterscheidung von *jura arcana* und *dominationis* also keine juristisch befriedigende Antwort. Die intendierte rechtliche Bindung des Herrschers läuft leer und die Frage nach der Rechtlichkeit einer, nach freiem Ermessen handelnden Macht bleibt unbeantwortet.³⁸

³⁶ *Ebd.*, S. 17/18.

³⁷ *Ebd.*

³⁸ Nach Schmitt hat die Verleugnung der neuen Machtvollkommenheit keineswegs deren historische Wirksamkeit behindert: „Clapmar erörtert den Begriff der *plenitudo potestatis* oder die Machtvollkommenheit nicht; er nennt den Ausnahmezustand »etwas wie eine legitime tyrannis« (...). In Wahrheit handelt es sich um diese *plenitudo potestatis*, einen Begriff, der damals noch nicht wie im späteren Staatsrecht des alten Deutschen Reiches nur eine Summe bestimmter, dem deutschen Kaiser zustehender Reservatsrechte angab und nur ein *simulacrum majestatis* war, sondern die rechtlich prinzipiell unbegrenzte Machtbefugnis bedeutet, die auch in die bestehende

In den Monarchomachen erkennt Schmitt die Gegner der fürstlichen Machtvollkommenheit. Unter dem Titel werden seit den konfessionellen Bürgerkriegen alle politischen Autoren rubriziert, die in der Zeit ein Widerstandsrecht gegen den König postuliert hatten.³⁹ Mehrheitlich sind die Monarchomachen den protestantischen Hugenotten zuzuordnen, es finden sich aber auch katholische Vertreter. Gemeinsam ist ihnen der Kampf gegen das absolutistische Königtum. Mit teils theologischen Argumenten wie etwa der Annahme eines Bundes zwischen Gott, König und Volk, oder aber im Rekurs auf einen germanisch-rechtlich verstandenen Vertrag zwischen Herrscher und Volk, wird der König von den Monarchomachen rechtlich gebunden und für den Verletzungsfall mit Widerstand bedroht. Das Widerstandsrecht blieb in der Regel auf die Stände beschränkt, weil nur diese als legitime Emanationen des Volkswillens akzeptiert wurden. Schmitt hält diese Art von ständischer Opposition für vergebens, weil sie der sachtechnischen Macht der Fürsten unterlegen sei. Er versucht dieses Urteil anhand der *vindicae contra tyrannos* des Protestantens Stephanus Junius Brutus⁴⁰ zu belegen. Brutus ist in seiner Schrift der Frage nachgegangen, unter welchen Bedingungen Widerstand gegen den König erlaubt sei, und hat zu diesen Zwecken zwei Typen von tyrannischer Herrschaft umrissen. „Der Tyrann wird nach Gerechtigkeitsgesichtspunkten definiert: Tyrann ist derjenige, der entweder mit Gewalt oder bösen Künsten die Herrschaft an sich reißt (*tyrannus absque titulo*) oder die ihm rechtmäßig übertragene Herrschaft unter Verletzung des Rechts und der von ihm beschworenen Verträge miss-

Rechtsordnung, die bestehenden Ämter und wohl erworbenen Rechte eingreifen darf. Sie ist eine über die ordentlichen konstituierten Gewalten erhabene, die konstituierende Gewalt in sich begreifende Macht und wirkt häufig nicht anders wie im modernen Staat die Allmacht des *pouvoir constituant*. (...) Das war der staatsrechtliche Begriff, mit dessen Hilfe der mittelalterliche Rechtsstaat und seine auf wohl erworbenen Rechten beruhende Ämterhierarchie aufgehoben werden konnten. Diesen Begriff haben besonders Karl V. und Ferdinand II. zu benutzen versucht, um sich gegen die deutschen Stände durchzusetzen.“ (*Ebd.*, S. 17)

³⁹ Zur politischen Theorie der Monarchomachen siehe: Bermbach, *Widerstandsrecht*, S. 107-129, aber auch Neumann, *Herrschaft*, S. 94 ff. und Wolzendorff, *Staatsrecht*, S. 6-179.

⁴⁰ Der Name Stephanus Junius Brutus ist ein Pseudonym. Wer der Verfasser der Schrift ist, konnte bis heute nicht zweifelsfrei geklärt werden. Siehe Bermbach, *Widerstandsrecht*, S. 118.

braucht (tyrannos ab exercitio ...).⁴¹ Die Voraussetzung legitimer Herrschaft ist demnach an die Achtung der Rechtsordnung gebunden. „Die rechtmäßige Amtsausübung besteht darin, dass der Fürst die nur vom Volk, d.h. von den Ständen, zu erlassenden Gesetze beobachtet.“⁴² Hier sieht Schmitt den problematischen Punkt: „Still-schweigend und als etwas von selbst Verständliches wird vorausgesetzt, dass das öffentliche Interesse ebenso wie das Recht etwas Eindeutiges, keinem Zweifel Unterliegendes und allgemeiner Übereinstimmung Gewisses ist.“⁴³ Das sei aber nicht der Fall. Denn was im konkreten Fall rechtens ist, das sei ja gerade strittig.

Für Schmitt bringt der Disput zwischen Machiavellisten und Monarchomachen keine Antwort auf das Problem der Machtvollkommenheit des neuzeitlichen Staates. Seine Auseinandersetzung mit dem Gegenstand resümiert er kurz und knapp: „Das schwierige Problem des öffentlichen Rechts, das im Begriff der Souveränität und seiner Verbindung von höchstem Recht und höchster Macht liegt, konnte weder mit den Mitteln einer politisch-technischen Theorie gelöst werden, noch war es damit erledigt, dass man es, wie die Monarchomachen, ignorierte.“⁴⁴ Schmitt attestiert den beiden Theorielagern das juristische Versagen vor der neuen Situation. Darin seien sich beide gleich. In der Frage des historischen Erfolgs ende freilich die Gemeinsamkeit. Denn eine ständische Opposition, die auf „vasallistisch-naturrechtliche“⁴⁵ Argumente vertraut, habe sich einer, durch Arcana sachtechnisch geschulten, fürstlichen Macht als hoffnungslos unterlegen erwiesen. Der Kampf zwischen fürstlicher Machtvollkommenheit und ständischem Rechtsstaat ist nach Schmitt deshalb zugunsten der ersteren entschieden worden.⁴⁶ Damit hat eine politische Praxis ob-

⁴¹ Schmitt, *DD*, S. 20.

⁴² *Ebd.*

⁴³ *Ebd.*, S. 21.

⁴⁴ *Ebd.*, S. 25.

⁴⁵ Dennert, *Souveränität*, S. 55.

⁴⁶ Schmitt illustriert die Unterlegenheit der ständischen Position auch an einem staatsrechtlichen Detail der *Vindicae*, dem Versuch, die königliche Macht dadurch zu begrenzen, dass den ständischen Beamten, im Gegensatz zu den königlichen, eine unabhängige Stellung eingeräumt wird. Er entgegnet darauf: „In den *Vindicae* zeigt sich (...) ein (...) Hauptpunkt des Kampfes: der Gegensatz zwischen der absolutistischen Bürokratie und den ständischen Beauftragten. Der Fürst soll nach den *Vindicae* zwar auch *officarii* haben, aber deren Auftrag erlischt nach dem Tode des

siegt, die ihr sachtechnisch geschultes Handeln auf die Maximierung der staatlichen Macht orientiert und selbst das Recht in diesen Kontext integriert. Im Ergebnis ist die neue Machtvollkommenheit der Fürsten ungebunden und frei. Am Beginn des neuzeitlichen Staates steht für Schmitt folglich eine ausgefeilte Technik sachtechnischen Handelns, die mit der Machtvollkommenheit des Fürsten auf einen Begriff der Souveränität verweise, der es an einer rechtlichen Begründung mangelte. Die Epoche Machiavellis hat derart die Mittel der Schmittsche Diktatur und deren Pendant, die Souveränität, in den Bereich des Staatsrechts gebracht, aber nicht als juristische Kategorien, sondern als noch in diese Form zu bringendes Problem.

Die kommissarische Diktatur

Den wesentlichen juristischen Theoretiker der Machtvollkommenheit des modernen Staates erkennt Schmitt im französischen Staatsrechtler Jean Bodin. In dessen Theorie der Souveränität sei die entscheidende Herausforderung des neuzeitlichen Staates geklärt worden, denn Bodin habe das Phänomen der Machtvollkommenheit nicht bloß politisch instrumentalisiert, sondern es einer juristischen Lösung zugeführt. Schmitt orientiert seine Bodinrezeption an dessen *Sechs Bücher über den Staat*. Bodin hat dort die Souveränität anhand einer seither berühmt gewordenen Formulierung definiert: „Unter der Souveränität ist die dem Staat eignende absolute und zeitlich unbegrenzte Gewalt zu verstehen.“⁴⁷ In der kurzen Formel ist zunächst die höchst mögliche Konzentration staatlicher Macht angesprochen, eine Abstraktion, die häufig provozierend gewirkt hat, weil sie von allen historischen und legitimierenden Aspekten der Souveränität absieht und sie als Tatsache des staatlichen Lebens hinnimmt.⁴⁸ Wie Bodins weitere Aus-

Königs, während die *officarii Regni* bleiben. Die Beauftragten des Königs sind bloße Diener, *servi ad obsequium tantummodo instituti*. Damit haben die *Vindiciae* in der Tat einen entscheidenden Punkt getroffen aber nicht erkannt: gerade diese *servi* haben (...) den ständischen Rechtsstaat beseitigt.“ (Schmitt, *DD*, S. 21)

⁴⁷ Bodin, *Bücher*, S. 205.

⁴⁸ Bodins Theorie der Souveränität beseitigt das traditionelle Problem der Rechtfertigung höchster Gewalt. Es existiert weder eine natur- oder vertragsrechtliche

führungen aber zeigen, meint seine Rede von der absoluten und zeitlich unbegrenzten Gewalt nicht nur eine rein empirische Konzentration von Macht, sondern auch eine im juristischen Sinne. So besteht das entscheidende Kennzeichen souveräner Gewalt nach Bodin in dem Recht, anderen das Gesetz vorzuschreiben⁴⁹, wobei aus diesem Recht wiederum die historischen Souveränitätsrechte ableitbar sein sollen⁵⁰. Die Souveränität zeigt sich dann als Spitze einer Hierarchie anerkannter rechtlicher Kompetenzen. In die gleiche Richtung weist die Tatsache, dass Bodin alle staatlichen Ämter in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Souveränität konzipiert. Was für ordentliche Beamte selbstverständlich ist, gilt nach Bodin auch für anscheinend selbstherrliche Einrichtungen. Die römischen Dezemviren etwa, die eingesetzt wurden, um im so genannten Zwölftafelgesetz römisches Recht zu setzen, sind für Bodin, obwohl kein Rechtsmittel gegen dieses Gesetz zulässig war, nicht souverän, weil ihre Machtbefugnisse mit der Erfüllung der Aufgabe erloschen und an einen anderen zurückfielen, also zeitlich begrenzt waren und deshalb von einem anderen Amt abhängig blieben⁵¹. Diese Argumentation Bodins hat zur Folge, dass kein Staatsamt, sondern allein ein Monarch oder das Volk als Inhaber souveräner Gewalt anerkannt wird, sie führt aber auch dazu, den Souverän entweder an der Spitze oder über einer Ämterhierarchie stehend zu verorten. Die derart zur Einheit von faktisch und rechtlich-institutionell höchster Gewalt verdichtete Souveränität hat zudem die Eigenschaft der Dauer. Sie ist kein Ausdruck spontaner Machtballung,

Ableitung, noch eine theologische Legitimation. Bodins Souveränität ist kein „Gegenstand konstitutiver Akte, sondern empirisch-rationaler Feststellungen und deren juristischer Subsumtion.“(Quaritsch, *Souveränität*, S. 253) Auch die Frage, welche Herrscherrechte zur obersten Position gehören, also welche substantiellen Souveränitätsrechte die *plenitudo potestatis* ausmachen, wird beseitigt. (Siehe *ibd.*, S. 260)

⁴⁹ „Es zeigt sich (...), dass das Wesen der souveränen Macht und absoluten Gewalt vor allem darin besteht, den Untertanen in ihrer Gesamtheit ohne ihre Zustimmung das Gesetz vorzuschreiben.“ (Bodin, *Bücher*, S. 222).

⁵⁰ „Diese Befugnis zu Erlass und Aufhebung von Gesetzen umfasst sämtliche anderen Hoheitsrechte und Souveränitätsmerkmale. Genau genommen könnte man daher sagen, dass sie das einzige Souveränitätsmerkmal ist, weil sie eben alle anderen in sich einschließt“ (*ibd.*, S. 294). Im Einzelnen erwähnt Bodin folgende Hoheitsrechte: das Recht der Kriegserklärung und des Friedensschlusses, das Recht, die höchsten Beamten zu ernennen, die höchstgerichtliche Entscheidungsgewalt, das Begnadigungsrecht, den Treueeid, das Münzrecht, die Bestimmung der Maße und das Besteuerungsrecht (siehe *ibd.*, S. 295-313).

⁵¹ Siehe *ibd.*, S. 206.

sondern eine Kategorie stabiler Rechtsordnungen. In der Verbindung von tatsächlich höchster Gewalt und juristischer Herleitung, in der Einheit von Recht und Macht also, sieht Schmitt den Kern von Bodins Souveränitätsbegriff. „Wer die absolute Macht hat, ist eben der Souverän, und wer das ist, muss im einzelnen Fall festgestellt werden, aber nicht aufgrund bloß tatsächlicher Feststellung des politischen Einflusses (...). Eine Rechtsbeziehung, nämlich Ableitbarkeit der tatsächlich noch so starken Macht, ist das Entscheidende.“⁵²

Mit der juristischen Definition der Souveränität ist für Bodin, wie Schmitt anmerkt, auch „die Frage nach der Diktatur beantwortet.“⁵³ Sie ist beantwortet, weil die Diktatur durch die Existenz der souveränen Gewalt in ein staatliches Amt mutiert, das, wie jedes andere Amt, rechtlich wie faktisch vollkommen abhängig bleibt. Allerdings hat der spezifische Charakter des diktatorischen Handelns, das Ausnahmehafte seines Auftretens nach Schmitt die Folge, dass die Diktatur zwar ein abhängiges, aber doch kein normales Amt ist. Um diese Differenz auch in Bodins System aufzuzeigen, zieht Schmitt aus dessen Staatslehre die Unterscheidung des Beamten vom Kommissar heran. Bodin hat mit dieser Distinktion zwei Varianten staatlichen Personals beschrieben, die sich im Kern dadurch voneinander trennen lassen, dass das eine immer auf Grundlage eines Gesetzes, das andere lediglich auf Befehl des Souveräns tätig wird. „Der Beamte ist eine öffentliche Person bekleidet mit einem ordentlichen, durch Edikte umschriebenen Amt, während der Kommissar eine öffentliche Person ist, bekleidet mit einem außerordentlichen, durch einfache Ermächtigung umrissenen Amt.“⁵⁴ Bodin erläutert den Hauptunterschied durch einige weitere Unterteilungen. So zeichnet sich die Tätigkeit des Beamten durch Regelmäßigkeit und Dauer aus und hat im Rahmen der gesetzlichen Grundlage ein eigenes Ermessen, wobei der einmal ernannte Beamte ein Recht auf sein Amt erwirbt. Der Kommissar wird dagegen bei Gelegenheit einer staatlichen Aufgabe durch Ordonnanz ein-

⁵² Schmitt, *DD*, S. 27/28.

⁵³ *Ebd.*, S. 28.

⁵⁴ Bodin, *Bücher*, S. 428.

gesetzt, hat einen bestimmten Auftrag⁵⁵, auf dessen Erledigung hin seine Macht sachlich und zeitlich beschränkt⁵⁶ ist und der ihm kein eigenes Ermessen einräumt. Nach Bodin ist es also weniger das sachliche Aufgabengebiet, als die Art der Erledigung, die den Beamten vom Kommissar unterscheidet⁵⁷.

Schmitt identifiziert im Handeln eines Kommissars, einer staatlichen Person mithin, die nicht aufgrund eines Gesetzes, sondern auf Befehl, nicht im Rahmen einer regelmäßigen Ausübung, sondern nach Notwendigkeit tätig wird, die juristische Institution einer vom Souverän abhängigen staatlich-amtlichen Diktatur. Allerdings stimmt Schmitt nicht allen Aspekten des Bodinschen Kommissarbegriffs zu. So hält er es für unangemessen, das Handeln des Kommissars - im Gegensatz zu dem des Beamten - als unfrei und ohne Ermessen zu bestimmen⁵⁸. Ein Diktator müsse nach Lage der Sache handeln und hat jene Lage im einzelnen nach eigenem Ermessen zu beurteilen. Auch Bodins Auffassung, dass es dem Souverän obliege, zur Erfüllung einer staatlichen Aufgabe zwischen einem Beamten oder einem Kommissar wählen zu können, weist Schmitt zurück. Eine Diktatur könne nur kommissarisch, nicht aber ordentlich-amtlich durchgeführt werden. Um den beiden Differenzen Rechnung zu tragen, unterteilt Schmitt Bodins Kommissarbegriff in vier Untertypen, wobei er für die ersten drei, den Dienstkommissar, den Geschäftskommissar und den

⁵⁵ Für den Beamten gilt, „dass er ein ordentliches Amt bekleidet, weil er sich dadurch vom Kommissar unterscheidet, der eine außerordentliche, von der jeweiligen Situation bestimmte öffentliche Aufgabe hat, ähnlich wie in der Antike der Diktator“ (*ebd.*, S. 430).

⁵⁶ „Zum Wesen der Kommission gehört es jedoch, dass sie mit Erledigung des Auftrages erlischt, auch wenn sie nicht widerrufen wird und an sich für längere Zeit als vorhergesehen erteilt ist.“ (*Ebd.*, S. 433)

⁵⁷ Dennoch ist Bodin der Auffassung, dass die Machtbefugnisse der Beamten „immer auch weiter reichen und umfassender sind, als die des Kommissars.“ (*Ebd.*, S. 441)

⁵⁸ Da Bodin das Dienstverhältnis eines staatlichen Funktionärs als ein personales konzipierte, konnte er laut Schmitt dem Kommissar im Rahmen seiner Tätigkeit kein Ermessen zubilligen. (Siehe Schmitt, *DD*, S. 37) Freilich hat Bodin selbst das Problem erkannt, und anhand einer recht unbestimmten Klausel konzidiert: „Kommissare dürfen von ihren schriftlichen Weisungen um keinen Finger breit abweichen, es sei denn, es stünde darin (...) die Klausel »Selon les personnes...«, die ihm erlaubt, die Entwicklung der Dinge zu verfolgen und dementsprechend nach seinem vernünftigen Ermessen von seinem Auftrag abzuweichen.“ (Bodin, *Bücher*, S. 441/442)

Verhandlungskommissar Bodins Auffassung fehlenden Ermessens teilt, während er diese im Falle des vierten Typs, in dem des Aktionskommissars ablehnt. Der Schmittsche Aktionskommissar besitzt für seinen Auftrag freies Ermessen, nach Lage der Sache das Nötige zu tun. Und nur dadurch kann er das staatliche Amt der Diktatur ausfüllen. „Der Diktator (...) ist ein Kommissar, bei dem die Vollmacht, die er erhält, einen ganz anderen Charakter hat als beim Dienst- und beim Geschäftskommissar. Hier wird das Interesse an einem zu bewirkenden Erfolg so groß, dass rechtliche Hindernisse, die der Erreichung des Erfolges im Wege stehen, gegebenenfalls (worüber der Kommissar entscheidet) beseitigt werden können. (...) Für diese Art Kommissar soll hier die Bezeichnung Aktionskommissar gebraucht werden. Ihm gegenüber versagt (...) Bodins formale Unterscheidung von Gesetz und Ordonnanz. Der Diktator, wie Bodin ihn auffasst, ist nämlich begriffsnotwendig Kommissar, seiner Tätigkeit ist es, rechtlich betrachtet, wesentlich, dass sie gar nicht anders als kommissarisch wahrgenommen werden kann. Hier steht es nicht im Belieben des Souveräns, nach seiner Wahl ein Gesetz oder eine Ordonnanz zu erlassen. Das Gesetz, das nach Bodin die Zuständigkeit des ordentlichen Beamten begründet, müsste den Inhalt dieser Zuständigkeit generell angeben. Ein Gesetz aber des Inhalts, dass rücksichtslos alles geschehen kann, was nach Lage der Sache erforderlich ist, (...) wäre die Aufhebung aller Zuständigkeiten und gesetzlichen Schranken. Die Diktatur kann kein ordentliches Amt und kein *munus perpetuum* sein.“⁵⁹

Bodins Definition der Souveränität und das zum Aktionskommissar verfeinerte Amt des Kommissars bieten für Schmitt die juristische Grundlage, auf der er den ersten seiner beiden Diktaturbegriffe, den der kommissarischen Diktatur, konzipiert. In diesem Typ von Diktatur ist die staatliche Allmacht auf die rechtlich wie faktisch höchste Gewalt des Souveräns konzentriert, während die Diktatur als eine amtliche auf die Ausführung eines Auftrages beschränkt bleibt. Sie darf nach Lage der Sache alles tun, was zur Erreichung des erteilten Auftrages nötig ist, also auch Normen des Rechts negiert, wenn dies nötig wird, ist aber in ihren Möglichkeiten jederzeit durch den Auftrag be-

⁵⁹ Schmitt, *DD*, S. 39/40.

schränkt und gelangt nie zu eigener Machtvollkommenheit. Die klare Verteilung der Kompetenzen zwischen Souveränität und Diktatur wird unterstützt durch das Bestehen einer Rechtsordnung nicht nur in dem Sinne, dass der Souverän die Spitze einer derartigen Ordnung darstellt und die ordentlich-amtliche Tätigkeit neben der außerordentlichen bestehen bleibt⁶⁰, sondern auch, weil die juristische Ableitung darauf beruht, dass die Souveränität von Dauer ist. Derart kann die kommissarische Diktatur als Recht verwirklichendes Handeln im Rahmen und im Sinne einer bestehenden Rechtsordnung begriffen werden. Sie gehorcht damit den systematischen juristischen Begriffsvorgaben, die Schmitt mit der Formel einer Dialektik der Rechtsverwirklichung vorgegeben hat. Die Aktionen der Diktatur gelten allein der Verteidigung der beauftragenden Rechtsordnung, und zwar auch dort, wo die Normen der bestehenden Rechtsordnung negiert werden. „Die kommissarische Diktatur hebt die Verfassung in concreto auf, um dieselbe Verfassung in ihrem konkreten Bestand zu schützen.“⁶¹

Die juristische Figur der kommissarischen Diktatur wird von Schmitt in zahlreichen staatlichen Einrichtungen und in verschiedenen historischen Epochen aufgespürt. Allerdings handelt es sich dabei nicht immer um strikte Entsprechungen. Schmitt behandelt die kommissarische Diktatur eher als einen juristischen Idealtypus, dessen staatsrechtliche Konkretisierung es in der historischen Rechtswirklichkeit zu erkennen gelte. Der erste von zwei Zeiträumen, denen sich Schmitt ausführlicher zuwendet, liegt zeitlich vor Bodin und betrifft den Kirchenstaat des 13. und 14. Jahrhunderts⁶². Schmitt sieht den mittelalterlichen Lehnsstaat innerhalb der Kirche bereits zu dieser Zeit durch die Souveränität des Papstes und eine von diesem abhängige

⁶⁰ Schmitt weist darauf hin, dass die Dualität von Gesetz und Ordonnanz bei Bodin auf das Bestehen eines Rechtsstaat verweist. Es kann „der Unterschied von Beamter und Kommissar nicht ausschließlich in einer willkürlichen Anordnung beruhen. Vielmehr ist ein monarchischer Rechtsstaat vorausgesetzt, der die bestehende Ämterorganisation grundsätzlich respektiert“ (*ebd.*, S. 35/36).

⁶¹ *Ebd.*, S. 136.

⁶² Wie die zahlreichen Verweise in *Die Diktatur* belegen, verdankt Schmitt seine Darstellung hier vor allem dem Leipziger Kirchengeschichtler Albert Hauck (1845-1918).

Ämterbürokratie ersetzt⁶³. Es sollen neben den ordentlichen auch außerordentliche Beamte existiert haben, die ihre Geschäfte kommissarisch⁶⁴ führten. „Wo der päpstliche Legat war, verfügte er über die Ämter, ordinierte Bischöfe, visitierte und reformierte die Kirchen und Diözesen, entschied in Sachen des Glaubens und der Disziplin und erließ allgemeine Statuten (...); er hat einen Auftrag, den er erfüllen muss, stellen sich ihm auf seinem Wege Hindernisse entgegen, so kann er Alle, die ihn hindern oder ihm nicht gehorchen, strafen, denn seine potestas wäre ja »delusoria«, wenn er keine coercitio hätte“.⁶⁵ Die päpstlichen Legaten waren – wie Schmitt ausführt - zunächst meist in richterlicher Funktion tätig. Die Art ihres Auftrages hätte diese Grenzen jedoch bald gesprengt und den Legaten in einen nach Lage der Sache handelnden Kommissar, einen kommissarischen Diktator im Schmittschen Sinne verwandelt. Der „kommissarische Exekutor (ist) nicht nur als Richter prüfend und entscheidend, also Recht sprechend, sondern Recht verwirklichend tätig (...). Was sich im Laufe der geschichtlichen Entwicklung noch mehrfach zeigen wird, tritt bereits hervor: die executio gehört zur Gerichtsbarkeit, aber weil sie in den

⁶³ „Die päpstliche Souveränität innerhalb der Kirche hat den mittelalterlichen Lehnsstaat bereits im 13. Jahrhundert überwunden. Das Wesentliche der päpstlichen Amtsgewalt liegt seit Innocenz III. darin, dass der Papst nicht mehr nur der oberste Lehnsherr der Kirche ist; »(...) Die Prälaten sind nicht mehr seine Vasallen, sondern seine Beamten, der Lehnseid ist (...) zum Amtseid geworden (...)«, (Schmitt, *DD*, S. 43) Schmitt zitiert hier den Kirchengeschichtler Johannes Haller (siehe: Haller, *Papsttum*, S. 26). Zur Bedeutung der päpstlichen Souveränität innerhalb der Kirche siehe: Heussi, *Kirchengeschichte*, S. 207 ff. und Pirenne, *Geschichte*, S. 283 ff.

⁶⁴ „Das Wort committere ist bereits im kanonischen Recht ein technischer Ausdruck und bezeichnet im Gegensatz zu remittere die Übertragung einer Jurisdiktionsbefugnis an jemand, der sie sonst nicht haben würde, also an einen andern als den ordentlichen Richter. Der den Ausführungen Bodins zugrundeliegende Gegensatz einer auf Gesetz (lex, constitutio) oder Auftrag (commissio) beruhenden obrigkeitlichen Befugnis ist hier mit größter Klarheit aufgestellt.“ (Schmitt, *DD*, S. 46) Schmitt ist der Auffassung, dass Bodin die Gegenüberstellung von Kommissar und ordentlichem Beamten einer Rezeption des kanonischen Rechts verdankt. „Eine Unterscheidung, die in der kanonistischen Rechtslehre und bei den Glossatoren in der Lehre vom kanonistischen Richter bereits ausführlich erörtert war, verwertet er (d.i. Bodin; U.H.) für einen allgemeinen staatsrechtlichen Begriff, indem er den ordentlichen Beamten (officier) dem Kommissar (commissaire) gegenüberstellt.“ (*Ebd.*, S. 33)

⁶⁵ *Ebd.*, S. 45/46. Nach Schmitt wurde der Legat des kanonischen Rechts juristisch als ein Stellvertreter des Papstes konzipiert: „Die rechtliche Grundlage dieser umfassenden Befugnisse wurde in der Weise konstruiert, dass Alles was der Legat tat, als vom Papst selbst vorgenommen betrachtet wurde, vorbehaltlich des päpstlichen Widerrufs. (...) Der Papst ist durch den Legaten überall.“ (*Ebd.*, S. 45/46)

wirklichen Ablauf eines konkreten Geschehens kausal eingreifen muss, ergibt sich aus ihrer Natur, dass sie über das Erkenntnisverfahren hinausgreift: sie führt vielleicht zu weiteren Verhandlungen und nach Lage der Sache z.B. bei Widerstand des *exequendus* zu Maßnahmen, deren Umfang und Größe unberechenbar sein kann. Hier tritt daher die charakteristische Wendung auf, dass das Nähere der *discretio* des mit der Herbeiführung eines konkreten Zustandes betrauten Exekutionskommissars anheim gestellt wird. (...) Dem Legaten konnte allgemein eine Provinz zur Wiederherstellung der öffentlichen Ruhe und des Friedens der Bevölkerung (*pax, quies populorum*) und zur Säuberung von schlechten Elementen (*purgare malis hominibus*) übergeben werden.“⁶⁶

Nach Schmitt hat sich auch im Kontext des weltlichen Staates die kommissarische Form staatlicher Tätigkeit herausgebildet. Er nennt für die frühneuzeitlichen Staaten „Sendlinge mit besonderen Aufgaben und Befugnissen“⁶⁷ wie etwa die englischen *commissioners*. Die weitere Entwicklung habe dann auch eine Ausdehnung der kommissarischen Kompetenzen hervorgebracht, jedoch nicht zum kommissarischen Diktator im juristisch präzisen Sinne geführt. Als wesentliches Hindernis macht Schmitt die Wandlung des frühneuzeitlichen in den absolutistischen Staat aus. Die Veränderung habe die Möglichkeit der kommissarischen Diktatur von zwei Seiten her unterbunden. Zum einen seien die Kommissare vom absolutistischen Staat in Funktionäre des Fürsten verwandelt⁶⁸ und ihnen damit die Freiheit der Tätigkeit

⁶⁶ *Ebd.*, S. 46/47. Schmitt zitiert ausführlich die Befugnisse eines Senators der Stadt Rom, der vom Papst im Jahre 1398 zum »*vicarus in temporalibus et capitaneus generalis Urbis*« (siehe *ebd.*, S. 52) ernannt wurde, und die schließlich in eine, für die kommissarische Diktatur typische Kompetenz münden, alles nach Lage der Sache notwendige zu tun, nämlich in „die allgemeine Ermächtigung, alle Maßnahmen tatsächlicher Art, die zur Reformation und Wiederherstellung der öffentlichen Ruhe erforderlich erscheinen, vorzunehmen“ (*ebd.*, S. 53).

⁶⁷ *Ebd.*, S. 49.

⁶⁸ „Die fürstlichen Kommissare waren aus Geschäftskommissaren Dienstkommissare geworden und in eine bürokratische Organisation eingegliedert. Der Kommissar wird zum abhängigen Funktionär, der eine geregelte Zuständigkeit hat“ (*ebd.*, S. 75). Schmitt exemplifiziert diesen Zustand anhand des absolutistischen Frankreich: „Der absolute König von Frankreich regierte durch Kommissare. Der Intendant, der Träger der königlichen Verwaltung (...) war Kommissar. Als Kommissar hatte der Intendant nur solche Befugnisse, die sich für seine Person und seinen Aufgabenkreis aus der Kommission ergaben.“ (*Ebd.*, S. 97/98)

genommen worden, die ein Kommissar im Stande eines Stellvertreter des Papstes habe und die ein Handeln nach Lage der Sache erfordere. Zum andern habe der absolutistische Staat das Gegenüber des Kommissars beseitigt. Ein Staatswesen, dem allein die Willensäußerung des Fürsten als Recht gelte, ziehe die Unterscheidung von ordentlich-amtlicher und außerordentlicher Tätigkeit notwendigerweise ein und beseitige die juristische Grundlage der kommissarischen Diktatur.⁶⁹ Wie Schmitt feststellt, entstehe dadurch allenfalls eine ganz andere Art von Diktatur. Zwar „bleibt der Charakter der Unmittelbarkeit und damit des Kommissarischen (im Sinne von Bodin), insoweit nicht wie beim Richter eine Rechtsnorm als selbständiges Mittel zwischen Auftraggeber und Beauftragtem steht. Wegen der funktionellen Abhängigkeit kann aber nicht mehr, wie das Bodin tut, die Stellung eines Diktators mit der dieses Kommissars verglichen werden. Höchstens das ganze System könnte Diktatur heißen, wegen der zentralen Bedeutung eines sachtechnischen Zweckes.“⁷⁰

Ein verkehrter Absolutismus

Die Entfaltung der Machtvollkommenheit neuzeitlicher Staaten wurde nach Schmitt von Beginn an durch oppositionelle Gegenbewegungen ständischen Ursprungs begleitet. Seien es nun die lokalen kirchlichen Gewalten, die gegen die päpstliche *plenitudo potestatis*, die französischen Parlamente, die gegen den König, oder die Reichsstände, die gegen den Kaiser stritten, immer wären es die Macht und das Recht von partikularen Körperschaften gewesen, die hier gegen die Souveränität als eine alles Hergebrachte verschlingende Machtvollkommenheit auftraten. Schmitt sieht hier eine Kontinuität, die in den Theorien der Monarchomachen und in der Staatslehre Montes-

⁶⁹ Die „Unterscheidung zwischen den beiden Arten staatlicher Tätigkeit setzte einen klaren Gegensatz von Gesetz und Ordonnanz voraus und musste bei der weiteren Entwicklung des Absolutismus gegenstandslos werden, weil in der absolutistischen Staatslehre jede staatliche Machtäußerung im wesentlichen und ununterschieden nur auf dem Willen des Fürsten beruht.“ (*Ebd.*, S. 40)

⁷⁰ *Ebd.*, S. 75.

quieus⁷¹ auch theoretisch zum Ausdruck kam. An verstreuten Orten führt er eine Reihe von Beispielen solcher Gegenbewegungen an.⁷² Auch die weitere Entwicklung der Diktatur beruht nach Schmitt auf einer Opposition gegenüber der Souveränität, allerdings auf einer ganz anderen Art davon. Es ist eine, die nicht die Machtvollkommenheit selbst angreift, sondern ihre personale Verortung, eine Bewegung, die die Machtvollkommenheit im Gegenteil erhalten und nutzen will, aber nicht im Umkreis des Fürstenwillens, sondern um eine gänzlich unpersonale natürliche oder moralische Ordnung herbeizuführen. Schmitt entnimmt diese Bewegung gegen die personale Souveränität den Schriften von Autoren der vorrevolutionären Aufklärung in Frankreich. Es handelt sich hierbei also nicht um ein juristisches, sondern eher um ein philosophisches Ereignis. Als Repräsentanten erscheinen praktisch alle Strömungen und Richtungen, neben Voltaire, dem bekannteren, auch weniger geläufige Vertreter der *philosophes*,

⁷¹ Für Schmitt thematisiert Montesquieus Gewaltenteilungslehre den Gegensatz von absolutem Königtum und Parlament. Er rezipiert diese Lehre also weniger im Rahmen eines verfassungsrechtlichen Interesses, als in einem historischen Sinne. Montesquieus Theorie, in deren Kontext Schmitt anstelle der üblichen Rede von einer Teilung das Bild einer Balance der Gewalten bevorzugt, wandelt sich dadurch von einer bloß juristisch-institutionellen Position in eine „zur Bezeichnung der Verständigung zwischen Parlament und König“ (*ebd.*, S. 103), also zum Versuch eines sozialen Ausgleichs. „Die Lehre von der balance verbindet (...) Montesquieu mit der Lehre der *corps intermédiaires* (...). Insoweit steht Montesquieu noch in der ständischen Tradition und setzt der über alle staatlichen Mittel verfügenden Macht des Königs (...) die intermediären Gewalten entgegen.“ (*Ebd.*, S. 104) Schmitt hätte für seine Interpretation auch die Tatsache vorbringen können, dass Montesquieu die staatlichen Gewalten auf unterschiedliche soziale Schichten aufteilen wollte (Siehe dazu: Neumann, *Montesquieu*, S. 181).

⁷² Für den Fall der Souveränität des Papstes führt Schmitt Marsilius von Padua an. Dieser hatte in seiner Schrift *Defensor Pacis* gegen eine päpstliche *plenitudo potestatis* polemisiert und die umfassenden Eingriffe der päpstlichen Kommissare als »Tyrannei« bezeichnet. (Siehe Schmitt, *DD*, S. 44) Die Strategie der Opponenten gegen die Souveränität bestand nach Schmitt meist darin, die Position der Souveränität in eine umfassende Staatsordnung zu integrieren. „Wie die konziliare Theorie gegen die *plenitudo potestatis* des Papstes geltend gemacht hatte, dass die Machtvollkommenheit nicht durch den Papst, sondern durch die Kirche ausgeübt werden müsse und der Papst sich unmittlbarer Eingriffe in die Stufenfolge der Hierarchie und die ordentlichen Zuständigkeiten der Ämter zu enthalten habe, wie die deutschen Reichsstände (diese allerdings mit anderem Erfolg) der Meinung waren, dass nicht der Kaiser, sondern das Reich, das Imperium, von dem der Kaiser selbst nur ein Teil sei, die majestas habe, so sagen die französischen Parlamente, der König stehe nicht außerhalb des Staates, sondern sei selbst ein Teil des Königreichs.“ (*Ebd.*, S. 100/101) Dem »anderen Erfolg« der Reichsstände widmet Schmitt einen eigenen Exkurs, in dem er ausführt, wie diese mit ihrem Kampf gegen Wallenstein eine Souveränität des Kaisers verhinderten. (Siehe *ebd.*, S. 79-96)

aber ebenso die Physiokraten und schließlich die politische Philosophie des Jean Jacques Rousseau.

Die neue Bewegung beginnt für Schmitt mit den Physiokraten, einer Gruppe, die durchaus noch im Umkreis des absoluten, also personal-souveränen Staates steht. Von Haus aus gelten die Physiokraten⁷³ als die Begründer einer eigenständigen ökonomischen Wissenschaft. Der bedeutendste ihrer Vertreter, François Quesnay, hat in seinen *tableau économique* die Grundposition der ganzen Richtung formuliert und den Kreislauf eines Wirtschaftslebens konstruiert, in dem die Landwirtschaft als der produktive Zweig erscheint, während Industrie, Handwerk und Handel als bloß konsumierend beschrieben werden, als sterile Klasse, wie Quesnay sie provozierend nannte. Mit dieser Theorie haben die Physiokraten auf die Überbesteuerung der Landwirtschaft und deren wirtschaftliche Folgen im Frankreich des 18. Jahrhunderts reagiert. Entscheidend für Schmitts Rezeption sind zwei Momente der physiokratischen Theoriebildung. Zum einen hatten die Physiokraten ihre Wissenschaft als eine im weiteren Sinne physikalische begriffen und dementsprechend die Wirtschaft als einen Teil der natürlichen Ordnung konzipiert. Allerdings stelle sich diese Ordnung nicht von selbst ein, sondern müsse durch staatliches Handeln herbeigeführt werden. Der Staat habe seine Macht einzusetzen, um die natürliche wirtschaftliche Ordnung zu verwirklichen⁷⁴. In Schmitts Worten bedeutet dies: „durch natürliches, d.h. rationalistisch-abstraktes Denken lässt sich eine allgemein gültige politische und soziale Ordnung und Gerechtigkeit entwickeln, die von Staats wegen durchgeführt werden muss.“⁷⁵ Den konsequentesten Vertreter der Schule erkennt Schmitt in Le Mercier de la Riviere. Mercier habe in seinem 1767 erschienenen Buch *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* die wissenschaftlichen Thesen der Physiokraten mit der Theorie absoluter staatlicher Macht verbunden und „das System des despotis-

⁷³ Zu den Theorien der Physiokraten siehe: Reichelt, *Physiokraten*, S. 579-588.

⁷⁴ Als Beispiel kann hier eine Formulierung des Physiokraten Dupont de Nemours gelten: „Es gibt einen natürlichen Richter letzter Instanz für alle Anordnungen, selbst für die des Herrschers, und dieser Richter ist die Tatsache (die Evidenz) ihrer Übereinstimmung mit oder ihrer Gegensätzlichkeit zu den natürlichen Gesetzen“ (Dupont zitiert nach *ebd.*, S. 581).

⁷⁵ Schmitt, *DD*, S. 110.

me légal aus allgemeinen Vernunftprinzipien“⁷⁶ entwickelt. Darin überantwortete er die gesamte Macht einem aufgeklärten Monarchen und wies jede Teilung der Gewalten zurück, da sie eine Schwächung der Regierung bedeuten würde. „Das große Wort dieser Gedankenwelt ist Einheit (...), eine Einheit von Evidenz, Macht und Autorität, deren Despotismus auf der Erkenntnis der wahren Gesetze sozialer Ordnung beruht, bei dem insofern das wahre Interesse des Souveräns mit dem wahren Interesse der Beherrschten gleich ist“⁷⁷.

Mit den Ideen des aufgeklärten Monarchen und des legalen Despotismus ist zunächst eine Stärkung der souveränen Machtvollkommenheit einhergegangen. Die Physiokraten sind deshalb oft als Verteidiger des französischen Absolutismus betrachtet worden. Doch der Preis dieser Verteidigung lag in der Bindung des Monarchen an eine natürliche und moralische Ordnung, wodurch die souveräne Gewalt des Fürsten nur noch legitim war, wenn sie für die Zwecke dieser Ordnung eingesetzt wurde. In Schmitts historischer Betrachtung kommt Gabriel Bonnot de Mably das Verdienst zu, diese Abhängigkeit in einen Stachel gegen die Machtvollkommenheit souveräner Fürsten gewendet zu haben. Mably war ein *philosophe*, der weniger ein System entwickelt hat, als vielmehr in zahlreichen Schriften praktische politische Fragen mit theoretischen Reflexionen mischte, ein „vielschreibender Eklektiker“⁷⁸ und vor allem bedeutsam, weil er für die Repräsentativverfassung stritt und die Wandlung der *états généraux* in ein Parlament forderte. Schmitt vernimmt in den Schriften von Mably jene spezifische Macht der republikanischen Selbstregierung, die sich in erster Linie in einem Misstrauen gegen die staatliche Exekutive äußert. In diesem Licht erscheint Mably zunächst als vehementer Kritiker des rationalen Etatismus der Physiokraten, der nicht an die Gleichheit von Aufklärung und staatlicher Tätigkeit glaubt. Er zweifle an der Kraft philosophischer Evidenz und huldige stattdessen einem anthropologischen Pessimismus, den Schmitt in den Worten resümiert: „Der Mensch ist kein Engel, der darauf wartet, die Wahrheit zu hören.“⁷⁹

⁷⁶ *Ebd.*, S. 111.

⁷⁷ *Ebd.*, S. 111/112.

⁷⁸ Fetscher, *Denken*, S. 499.

⁷⁹ Schmitt, *DD*, S. 113.

Dies gelte vor allem für die Regierungen, in denen sich nach Mably keine Automaten zur Umsetzung rationaler Erkenntnisse befinden, sondern Menschen, die ihren Leidenschaften folgen. Schmitt sieht hier den entscheidenden Punkt. In der Anwendung des anthropologischen Pessimismus auf die Regierung wird die absolutistische Theorie umgekehrt und die Rechtfertigung des Staates wandelt sich in ein Misstrauen gegen ihn. „Die absolutistische Lehre von der natürlichen Bosheit der Menschen wird dadurch erschüttert, dass ja auch die regierenden Menschen infolgedessen natürlicherweise von Leidenschaften und Unwissenheit beherrscht sind. Demnach kommt es gerade darauf an, gegen sie Hemmungen und Garantien zu schaffen (...). Aus der Umkehrung, wie sie sich bei Mably ausspricht, folgt die Auffassung, dass Regierung und Staat notwendige und daher auf ein Minimum zu beschränkende Übel sind.“⁸⁰ Aus dem Misstrauen gegen die Regierung habe Mably ein neues Verständnis der Gewaltenteilung abgeleitet. Ihm gelte die Trennung der Legislative von der Exekutive als Voraussetzung dafür, dass erstere die letztere kontrollieren und überwachen könne. „Die Exekutive muss immer wieder geteilt werden nach den verschiedenen Zweigen der Verwaltung (...). Regelmäßige Kontrolle der Regierung durch besondere Kommissionen der Legislative ist notwendig; es wird sogar ein periodisch wiederkehrendes »Reformjahr« empfohlen, in dem eine besonders strenge Kontrolle ausgeübt wird.“⁸¹

Die Physiokraten hatten mittels einer normativen Bindung gegen die souveräne Machtvollkommenheit opponiert, während Mably nun im Namen einer moralischen Ordnung ein generelles Misstrauen gegen die Regierung streut. Damit geben sich zwei anscheinend ganz disparate Formen der Opposition zu erkennen, die aber, wie Schmitt zu zeigen versuchen wird, gemeinsam einen neuen Typ von Diktatur hervorbringen. In Mablys Opposition gegen die Exekutive sieht Schmitt einen solchen „neuen Begriff der Diktatur“⁸² bereits aufscheinen. Die Diktatur sei hier nicht mehr als eine kommissarische mit einem begrenzbaren Auftrag denkbar, sondern nur mehr als eine, die un-

⁸⁰ *Ebd.*, S. 113/114.

⁸¹ *Ebd.*, S. 115.

⁸² *Ebd.*, S. 116.

ter eben jenen Prämissen einer permanenten Kontrolle der exekutiven Gewalt im Sinne einer natürlichen Ordnung handelt, als „eine Art Reformationskommissar mit unbegrenzten Vollmachten gegenüber der gesamten konstituierten staatlichen Organisation“⁸³.

Nach Schmitt hat aber erst die politische Philosophie Rousseaus die Vereinigung des Misstrauens gegen die Exekutive mit der Ermächtigung des Staates in ganzer Konsequenz vollzogen. Schmitt schildert Rousseaus politische Philosophie in *Die Diktatur* ausführlich. Sein Ausgangspunkt ist das Zentrum der Rousseauschen Theoriebildung: der Gesellschaftsvertrag. „Jeder von uns unterstellt gemeinschaftlich seine Person und seine ganze Kraft der höchsten Leitung des Gemeinwillens, und wir empfangen als Körper jedes Glied als unzertrennlichen Teil des Ganzen.“⁸⁴ Schmitt sieht das im Vergleich zu traditionellen Vertragstheorien Besondere der Rousseauschen Gesellschaftsvertragstheorie in der Vorstellung eines freien Zusammenschlusses aller Individuen, in der die Freiheit des Einzelnen nicht verloren gehe, sondern als Teil der Gründung erhalten bleibe. „In der Konstruktion des Staates formuliert sich das so, dass der Staat nicht mehr durch die Unterwerfung unter irgendeine Macht und einen Vertrag mit dieser Macht, den Herrschaftsvertrag, begründet wird, sondern der *pacte social* enthält nur eine Einigung.“⁸⁵ Schmitt ist freilich der Auffassung, dass der Rousseausche Gesellschaftsvertrag die Freiheit des Einzelnen am Ende doch beseitigen muss. Rousseau behaupte zwar, dass der Einzelne mit dem Eintritt in die Gemeinschaft seine Freiheit nicht verliere, doch solle diese Freiheit niemals gegen den Gemeinwillen stehen dürfen. Mit der Unterscheidung der *volonté générale* von der *volonté particulière*, dem egoistischen Einzelwillen des Individuums, der dem Gemeinwillen widersprechen kann und dessen Freiheit durch den Gesellschaftsvertrag nicht gedeckt ist, habe

⁸³ *Ebd.*

⁸⁴ Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, S. 74. Eine allgemeine Darstellung von Rousseaus politischer Philosophie findet sich bei Fetscher, *Rousseaus*, S. 101 ff.

⁸⁵ Schmitt, *DD*, S. 118. Rousseau hat das Grundproblem des Gesellschaftsvertrags wie folgt beschrieben: „Es muss eine Gesellschaftsform gefunden werden, die mit der gesamten gemeinsamen Kraft aller Mitglieder die Person und Habe eines jeden einzelnen Mitglieds verteidigt und beschützt; in der jeder einzelne, mit allen verbündet, nur sich selbst gehorcht und so frei bleibt wie zuvor.“ (Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, S. 73)

Rousseau das selbst klar gemacht. „Die Frage nach den unveräußerlichen Rechten des Individuums und einer dem Eingriff der souveränen *volonté générale* entzogenen Freiheitssphäre kann darum gar nicht mehr erhoben werden. Sie wird durch die einfache Alternative beseitigt, dass das Individuum entweder mit dem Generellen übereinstimmt und dann wegen der Übereinstimmung einen Wert hat oder dass es nicht übereinstimmt und dann eben null und nichtig, böse, korrupt und überhaupt kein beachtlicher Wille im moralischen oder rechtlichen Sinne ist.“⁸⁶ Nach Schmitt hat Rousseau seiner Ablehnung partikularer Einzelwillen auch anhand einer besonderen Art von Gesetzgebern zum Ausdruck gebracht.⁸⁷ Weil die partikularen Willen der Einzelnen die Stiftung einer Verfassung verunmöglichen könnten, schlägt Rousseau vor, einen Landesfremden damit zu beauftragen, ohne allerdings die Notwendigkeit der Zustimmung aller dadurch zu verneinen. „Er entwirft das weise Gesetz, die Sanktion kommt nur der *volonté générale* zu.“⁸⁸ Schmitt sieht den Einzelwillen hier im Namen des allgemeinen Willens beseitigt.

Die zentrale Bedeutung der *volonté générale* hat laut Schmitt dazu geführt, dass Rousseau alle Organe des Staates als abhängige Instrumente der *volonté générale* konstruiert hat. Weil er zudem die Möglichkeit abgelehnt habe, die *volonté générale* durch eine staatliche Einrichtung repräsentieren zu lassen, hätten sich für ihn alle Ämter in Ausführungsorgane verwandelt, in Ämter, auf die es, einmal erworben, kein Recht gebe, und deren Träger jederzeit abberufen werden könnten, mithin – wie Schmitt schließt – um Kommissare im Sinne Bodins. „Nichts beweist den Staatsabsolutismus Rousseaus so sehr wie diese, alle seine Vorstellungen beherrschende Verwandlung der gesamten staatlichen Organtätigkeit in ein beliebig widerrufliches, unbedingt abhängiges, kommissarisches Funktionieren.“⁸⁹ So verwundere es nicht, dass sich im *Gesellschaftsvertrag* auch ein eigenes Kapitel

⁸⁶ *Ebd.*, S. 120.

⁸⁷ Dem Thema hat Rousseau im *Gesellschaftsvertrag* ein eigenes Kapitel gewidmet. Siehe Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, S. 99 ff.

⁸⁸ Schmitt, *DD*, S. 128.

⁸⁹ *Ebd.*, S. 127.

zur Diktatur finde⁹⁰. Wie die meisten seiner Zeitgenossen auch, habe sich Rousseau dort auf die Rezeption des römischen Instituts beschränkt, deren Bestehen er lobt, auch da, wo die Diktatur, wie in der Zeit der späten Republik, die gesamte Rechtsordnung suspendiere. Schmitt schließt aus diesen Ausführungen, dass Rousseau mit der notwendigen Abhängigkeit jeder staatlichen Tätigkeit von der *volonté générale* keineswegs die Möglichkeit einer starken Konzentration staatlicher Macht ausschließt. Im Gegenteil. Es handele sich nur um eine besondere Art von Konzentration, um eine die zwar nichts von ihrer Macht einbüße, aber zugleich von der *volonté générale* vollkommen abhängig bleibe. „Der Diktator diktiert nach außen, aber weil er Kommissar ist, muss ihm (im Innenverhältnis) selbst wieder diktiert werden.“⁹¹

In den beiden politischen Figuren des externen Gesetzgebers und des Diktators erkennt Schmitt eine große Antithese, den Gegensatz einer Person, die alle Macht hat, aber kein eigenes Recht, und ihr gegenüber, welcher alles Recht habe, jedoch keine Macht. Weil beide aber auf dasselbe zielten, auf die *volonté générale*, sei es nur eine Frage der Zeit, bis sie zusammen fänden. Die politische Figur, die daraus hervorgehe, sei ein ganz neuer Typ von Diktatur, ein gesetzgebender Diktator. „Hier ist der Gegensatz zwischen machtlosem Recht und rechtloser Macht schon so extrem, dass er umschlagen muss. Der Legislator steht außerhalb des Staates, aber im Recht, der Diktator außerhalb des Rechts, aber im Staat. Der Legislator ist nichts als noch nicht konstituiertes Recht, der Diktator nichts als konstituierte Macht. Sobald sich eine Verbindung einstellt, die es ermöglicht, dem Legislator die Macht des Diktators zu geben, einen diktatorischen Legislator und einen verfassungsgebenden Diktator zu konstruieren, ist aus der kommissarischen Diktatur die souveräne Diktatur geworden.“⁹²

⁹⁰ Siehe Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, S. 190 ff.

⁹¹ Schmitt, *DD*, S. 127.

⁹² *Ebd.*, S. 129. Schmitts Rousseaurezeption ist sicher eigenwillig. Gleichwohl findet sie auch Zustimmung, so etwa bei Hendrik Hamacher (Hamacher, *Diktatur*, S. 134 ff.), der die Berechtigung der Schmittschen Sicht durch Hannah Arendts ähnlich gelagerte Interpretation belegt sieht. (*Ebd.*, S. 142 ff, siehe auch Arendt, *Revolution*, S. 93 ff.)

Die souveräne Diktatur

Am 10. Oktober 1793 hat der französische Nationalkonvent die nur einige Monate zuvor vom Volk in allgemeiner Abstimmung angenommene Verfassung mit der Begründung suspendiert, die gegenrevolutionären Bewegungen im Inneren würden den Bestand der Verfassung bedrohen. Die provisorische Regierung wurde für revolutionär erklärt, bis ein Frieden die Lage normalisiert habe und das, obwohl eine derartige Maßnahme durch die neue Verfassung nicht normiert war. Der Konvent begründete seine Aktion in direkter Berufung auf das Volk. Die suspendierte Verfassung trat später dann nicht wieder in Kraft. Schmitt sieht in diesen Vorgängen den historisch ersten Fall einer souveränen Diktatur.

Die souveräne Diktatur scheint zunächst nur eine einfache Variation der kommissarischen zu sein. Während diese eine bestehende Ordnung suspendiert, um sie zu sichern, beseitigt die souveräne Diktatur eine bestehende Ordnung, um eine neue zu schaffen. Doch Schmitts Definition der souveränen Diktatur macht deutlich, dass der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Typen nicht in der Bewahrung der Rechtsordnung durch die kommissarische und die Zerstörung und Neuschaffung durch die souveräne Diktatur besteht. „Die souveräne Diktatur sieht (...) in der gesamten bestehenden Ordnung den Zustand, den sie durch ihre Aktion beseitigen will. Sie suspendiert nicht eine bestehende Verfassung kraft eines in dieser begründeten, also verfassungsmäßigen Rechts, sondern sucht einen Zustand zu schaffen, um eine Verfassung zu ermöglichen, die sie als wahre Verfassung ansieht. Sie beruft sich also nicht auf eine bestehende, sondern auf eine herbeizuführende Verfassung.“⁹³ Das Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden Diktaturtypen liegt also in der Art von Rechtsordnung, auf die sich beide im Rahmen ihren Aktionen berufen. Im Falle der kommissarischen Diktatur ist dies eine bestehende Ordnung, in dem der souveränen eine ideelle, erst zu verwirklichende. Obwohl die Aktionen der souveränen Diktatur bündig als das Geben einer neuen Verfassung bezeichnet werden könnten, ist dies im Kontext der Schmitt-

⁹³ Schmitt, *DD*, S. 137.

schen Begriffsbildung doch missverständlich, denn jene neue Verfassung wird keineswegs aus dem Nichts geschöpft. Im Gegenteil, die Aktion der souveränen Diktatur verhält sich gegenüber der Rechtsordnung genauso konservativ wie die kommissarische, nur dass die »konservierte« jetzt eine ideelle ist. Auch im Zentrum der souveränen Diktatur steht also ein Abhängigkeitsverhältnis. Die kommissarische und die souveräne Diktatur beruhen nach Schmitt auf der gleichen juristischen Grundstruktur. Bei beiden handelt es sich um eine Aktionskommission, die im Rahmen einer rein sachtechnisch verfahrenen Aktion⁹⁴, eine Gefahr für die Rechtsordnung beseitigt, wobei sie von einer Instanz dieser Rechtsordnung dazu ermächtigt werden. Lediglich die Positionen dieser gemeinsamen Struktur sind anders besetzt. Die kommissarische Diktatur erfordert eine konstituierte Souveränität als Auftraggeber, während die souveräne diesen Auftraggeber in einer noch zu schaffenden Rechtsordnung verortet. Durch die analoge Legitimation macht sich der souverän-diktatorische Beauftragte genauso abhängig wie der kommissarische, er unterscheidet sich als Exekutor von der ihn beauftragenden, freilich erst zu schaffenden Verfassung, in der gleichen Weise, wie der kommissarische Diktator vom Souverän. Die sachliche Aufgabe ist im einen Fall die Beseitigung einer Gefahr für die bestehende Rechtsordnung, im anderen die Beseitigung der bestehenden Rechtsordnung, die als Behinderung der zu schaffenden empfunden wird.

Das Kernproblem der souveränen Diktatur liegt für Schmitt in der Frage, wie es möglich sein soll, sich auf eine Rechtsordnung zu berufen, sich von ihr ermächtigen zu lassen, mithin von ihr abhängig zu sein, die als wirkliche gar nicht existiert. „Denn der Staat kann rechtlich nur in seiner Verfassung begriffen werden und die totale Negation der bestehenden Verfassung müsste eigentlich auf jede rechtliche Begründung verzichten, weil die herbeizuführende Verfassung nach der eigenen Prämisse noch nicht besteht. Demnach würde es sich um eine bloße Machtfrage handeln.“⁹⁵ Dieser kritische Punkt scheint die ge-

⁹⁴ „Sowohl bei der souveränen, wie bei der kommissarischen Diktatur gehört die Vorstellung eines durch die Tätigkeit des Diktators herbeizuführenden Zustandes zum Begriff.“ (*Ebd.*, S. 135)

⁹⁵ *Ebd.*, S. 137.

meinsame juristische Logik für den Fall der souveränen Diktatur in Zweifel zu ziehen. Schmitts Lösung besteht in der Konstruktion einer besonderen Art von Rechtsordnung. Das Machtproblem könne gelöst werden, „wenn eine Gewalt angenommen wird, die ohne selbst verfassungsmäßig konstituiert zu sein, trotzdem mit jeder bestehenden Verfassung in einem solchen Zusammenhang steht, dass sie als die begründende Gewalt erscheint, auch wenn sie selbst niemals von ihr erfasst wird, sodass sie infolgedessen auch nicht dadurch negiert werden kann, dass die bestehende Verfassung sie etwa negiert.“⁹⁶ Im Kontext der souveränen Diktatur geht Schmitt danach von einem in sich gedoppelten Begriff der Rechtsordnung aus. Zum einen ist die Rechtsordnung eine begründende Gewalt. Auf diese beruft sich die souveräne Diktatur. Zum anderen ist sie die wirkliche Rechtsordnung. Diese wird von der souveränen Diktatur beseitigt. Der Zusammenhang der beiden Formen der Rechtsordnung wird dadurch sichergestellt, dass die begründende jede mögliche wirkliche Rechtsordnung aus sich hervorzubringen vermag. Ein Konflikt der beiden Bestandteile kann im Rahmen der souveränen Diktatur nicht stattfinden, denn die begründende Ordnung wird nie selbst wirklich, so dass die diktatorische Aktion, wenn sie eine wirkliche Ordnung im Namen der begründenden beseitigt, die wahre, d.h. die begründende Ordnung nie in Gefahr bringt. Ein „Minimum von Verfassung“⁹⁷ bleibt immer erhalten.

Eine derart begründende Gewalt erkennt Schmitt in dem *pouvoir constituant* des Volkes, wie sie von dem, in allen Phasen der französischen Revolution einflussreichen politischen Theoretiker Emmanuel Joseph Sieyes postuliert wurde. Sieyes hat das Konzept des *pouvoir constituant* im fünften Kapitel seiner am Vorabend der Revolution erschienen Schrift *Was ist der Dritte Stand* begründet. Der *pouvoir constituant* wird dort als der Kernbestandteil einer Dreistufentheorie⁹⁸ beschrieben, entlang derer die Gründung jeder politischen Gemeinschaft, jeder Nation, wie Sieyes sich ausdrückt, historisch wie normativ verstanden werden könne. Am Beginn jeder Gemeinschaft steht demnach eine Gruppe von Individuen, die sich vereinen wollen.

⁹⁶ *Ebd.*

⁹⁷ *Ebd.*, S. 145.

⁹⁸ Zur Dreistufentheorie siehe: Eberhard Schmitt, *Repräsentation*, S. 210 ff.

Es ist die Epoche des Naturrechts, denn in ihr bringt jeder den Willen zur Gemeinschaft noch in der Form von Einzelwillen zum Ausdruck. „Diese erste Epoche ist also durch eine Entscheidung von individuellen Willensakten charakterisiert. Sie sind der Ursprung aller Macht; die gesellschaftliche Vereinigung ist ihr Werk.“⁹⁹ In der folgenden Epoche ist die Gemeinschaft gegründet und die einzelnen Willen haben sich zur Einheit des gesellschaftlichen Willens vereint. „Man sieht, dass hier die Gewalt dem Bürger-Ganzen gehört.“¹⁰⁰ Die dritte Epoche ist nach Sieyes die der Regierung durch Repräsentation¹⁰¹. Sie entsteht durch die Übertragung der Ausübung des Willens der Gemeinschaft auf eine kleine Zahl ihrer Mitglieder. „Die Gesellschaftsmitglieder sind zu zahlreich und leben auf einer zu ausgedehnten Fläche, als dass sie ihren gemeinschaftlichen Willen problemlos selbst ausüben könnten. Was tun sie? Sie erübrigen das, was nötig ist, um für die öffentlichen Bedürfnisse zu sorgen, und sie vertrauen diesen Teil des nationalen Willens, d.h. die nationale Macht und deren Ausübung, einigen unter sich an.“¹⁰² Die Übertragung der Ausübung politischer Gewalt vollziehe sich im Rahmen einer Verfassung. Von Repräsentanten des Bürger-Ganzen erarbeitet, formuliere die Verfassung die Verfahren der Ausübung des Gemeinschaftswillens und verpflichte das Handeln der Regierung auf die von der Gemeinschaft gewollten Zwecke.

Die entscheidende Pointe der Dreistufentheorie Sieyes liegt nun darin, dass jede der Stufen auch mit dem Erscheinen der dritten und letzten in ihren Rechten erhalten bleibt. So wirkt der gemeinsame Wille Aller, die Macht des Bürger-Ganzen auch nach Einsetzung einer Regierung fort. Gleich Rousseau kennt Sieyes also keinen Herrschaftsvertrag, durch den die Mitglieder einer Gemeinschaft ihre natürlichen Rechte an einen Repräsentanten abtreten. Das Modell von Sieyes zeichnet sich stattdessen durch eine Gleichzeitigkeit von Verfassung begründender Gewalt und deren verfasster Repräsentation

⁹⁹ Sieyes, *Stand*, S. 78.

¹⁰⁰ *Ebd.*

¹⁰¹ Zur politischen Idee der Repräsentation bei Sieyes, siehe: Loewenstein, *Volk*, S. 10 ff.

¹⁰² Sieyes, *Stand*, S. 78/79.

aus. Da die Verfassung begründende Gewalt auch nach Einsetzung der Regierung existent bleibt, kann sie nach Sieyes jederzeit aktiv werden und eine neue Verfassung geben, „es bedarf nur, dass ihr Wille sich zeigt, um jedes positive Recht angesichts der Quelle und des obersten Herrn jedes positiven Rechts außer Kraft zu setzen.“¹⁰³ Die verfassungsgebende Gewalt der Bürger ist dabei nicht allein im negierenden Sinne vorhanden, es ist ihr nicht nur erlaubt jede Verfassung zu beseitigen, sie ist auch in der Neuschöpfung jederzeit vollkommen frei. „Die Nation existiert vor allem anderen; sie ist der Ursprung von allem. Ihr Wille ist immer legal; sie ist das Gesetz selbst.“¹⁰⁴

Die verfasste Regierung steht bei Sieyes durch die postulierte Allgewalt der Nation in einer eigenartigen Abhängigkeit. Zwar erhält sie in der Notwendigkeit der Repräsentation eine deutliche Legitimation, aber ihre repräsentative Funktion bleibt immer prekär und vorläufig, weil die wollende Kraft der Gemeinschaft jederzeit einzugreifen vermag. „Der gemeinschaftliche Wille ist bei ihnen nur in Kommission“¹⁰⁵, so bringt Sieyes das spezifische Verhältnis auf den Begriff. Diese Abhängigkeit der Regierung von einem vollkommen freien Gründungswillen wird noch dadurch verstärkt, dass der politische Wille des Bürger-Ganzen selbst nie die Form verfassten Rechts annimmt. Er bleibt stets die nicht verfasste, bloß gründende Gewalt, die auf der zweiten Stufe von Sieyes Modell die Regierung einsetzt. „Es wäre lächerlich anzunehmen, dass die Nation selbst durch Formalitäten oder durch die Grundverfassung gebunden sei, die sie ihren Bevollmächtigten auferlegt hat. (...) Die Nation darf und kann sich nicht an verfassungsmäßige Ordnungen binden.“¹⁰⁶ Der *pouvoir constituant* bleibt das „unorganisierbar Organisierende“¹⁰⁷.

¹⁰³ *Ebd.*, S. 83.

¹⁰⁴ *Ebd.*, S. 80. Sieyes variiert diese Position in zahlreichen Formulierungen: „Die Nation ist alles, was sie sein kann, allein dadurch, dass sie ist.“ (*Ebd.*, S. 81) „Alle Formen sind gut, und ihr Wille ist immer das höchste Gesetz.“ (*Ebd.*, S. 83) „Hier ist die Wirklichkeit alles, die Form bedeutet nichts.“ (*Ebd.*, S. 84)

¹⁰⁵ *Ebd.*, S. 79.

¹⁰⁶ *Ebd.*, S. 81/83. Sieyes versucht die Unmöglichkeit einer Selbstbindung der Nation durch die einfache Frage „Was ist ein mit sich selbst geschlossener Vertrag?“ (*Ebd.*, S. 82) zu veranschaulichen. Stefan Breuer erkennt in dieser Ungebundenheit des *pouvoir constituant* „ein Abziehbild der souveränen Macht der Könige“ (Breuer, *Sieyes*, S. 501). „Die Wurzeln der Argumentationslinie, die die potestas absoluta der Nation verkündet (...) liegen in der potestas absoluta der Monarchie. (...) Hatte schon

In der Gleichzeitigkeit von Verfassung begründender und verfassender Gewalt erkennt Schmitt jene Doppelung der Rechtsordnung in eine begründende und eine wirkliche, die sein Begriff souveräner Diktatur erfordert. Die Konstruktion des *pouvoir constituant* macht es denkbar, dass die Zerstörung und Neuerschaffung einer Rechtsordnung einhergeht mit der Berufung auf eine Rechtsordnung, die unzerstörbar ist. Die souveräne Diktatur ist damit keine alleinige Angelegenheit der Macht, sondern eine des Rechts. Wie im Falle der kommissarischen Diktatur bedeutet jede Aktionen der souveränen Diktatur die Konservierung und Verteidigung einer Rechtsordnung – jetzt aber nicht die einer konstituierten, sondern die einer konstituierenden.¹⁰⁸

Die Abhängigkeit der souveränen Diktatur vom konstituierenden Willen des Bürger-Ganzen ist nach Schmitt freilich prekär. Der Grund dafür liegt in einer Eigenart des *pouvoir constituant*. „Der Wille kann

Bodin im 16. Jh. in der Entbundenheit vom positiven Gesetz das wichtigste Merkmal des souveränen Fürsten gesehen, so ist Sieyes Konzept jetzt ein Absolutismus der Volkssouveränität“ (*ebd.*, S. 515). Breuer vertritt freilich auch die These, dass die potestas absoluta der Nation das Naturrecht zu achten habe. Wie die erste Stufe des Sieyesschen Modells der politischen Gemeinschaftsbildung zeige, gebe es bei Sieyes einen naturrechtlichen „Vorrang der Einzelwillen“ (*ebd.*, S. 502) vor dem Gemeinwillen, der sich z.B. in der staatlichen Pflicht, das bürgerliche Eigentum zu verteidigen, geäußert habe. Allerdings sei damals, wie Breuer weiter ausführt, die „Spannung zwischen nationalstaatlicher Organisation und individualistischer Naturbasis noch nicht sichtbar.“ (*Ebd.*, S. 504) geworden. Nach Breuer hat Schmitt die naturrechtlichen Aspekte des *pouvoir constituant* ignoriert: „Hatte Sieyes den *pouvoir constituant* als eine abgeleitete Größe eingeführt, die gegenüber der individualistischen Naturbasis vollkommen sekundär war, so löst ihn Schmitt aus allen Vermittlungen und erhebt ihn zu einem *ens a se*, das durch nichts, auch nicht durch unveräußerliche Menschenrechte, gebunden sei“ (*ebd.*, S. 510). Eine ausführliche und kritische Auseinandersetzung der Schmittschen Sieyesrezeption findet sich bei Thiele, *Volkssouveränität*, S. 177 ff. und bei Pasquino, *Sieyes*, S. 371 ff.

¹⁰⁷ Schmitt, *DD*, S. 142.

¹⁰⁸ Vilmos Holczhauser hat die Tatsache, dass sich auch die souveräne Diktatur von einer Ordnung abhängig macht, zu der Position geführt, „Carl Schmitts Begriff der souveränen Diktatur (... sei), streng genommen, eine Unterart der kommissarischen“ (Holczhauser, *Repräsentation*, S. 360). Beide Typen der Diktatur sind danach durch die Begriffe »Kommission«, »Auftrag«, »Fortfall nach Erreichen des Auftrags« etc. charakterisiert. Der Unterschied liege darin, dass die souveräne Diktatur nicht nur ein „Mandat“ (*ebd.*), sondern auch „Repräsentation“ (*ebd.*) sei. Sie nehme einen Auftrag wahr und repräsentiere zugleich den Auftraggeber. Es ist allerdings fraglich, ob diese Einordnung mit Holczhausers Auffassung vereinbar ist, in der souveränen Diktatur stritten der Repräsentant und der Repräsentierte um den Vorrang. „Letztendlich konkurrieren (...) Subjekt und Adressat der souveränen Diktatur um die höchste konstituierte Entscheidungsgewalt“ (*ebd.*, S. 361/2). Da dies für die kommissarische Diktatur sicher nicht zutrifft, wäre die souveräne dann doch mehr als eine Unterart der kommissarischen.

unklar sein. Er muss es sogar sein, wenn der *pouvoir constituant* wirklich unkonstituierbar ist. (...) In Wahrheit darf er nicht präzise sein, denn sobald er sich irgendwie formuliert hat, hört er auf, konstituierend zu sein und ist selber konstituiert.“¹⁰⁹ Der *pouvoir constituant* äußert sich nie selbst. Sobald er sich äußert, äußert er sich aus dem Mund eines Repräsentanten. Das gilt auch für die Ermächtigung einer Diktatur. Der Auftrag der Diktatur wird stets vom Beauftragten formuliert. Dennoch sieht Schmitt in der souveränen Diktatur die Abhängigkeit vom *pouvoir constituant* gesichert. „Die Aufgabe, den Weg freizumachen durch die revolutionäre Beseitigung der bestehenden Ordnung, würde sich (...) auf den *pouvoir constituant* berufen und von ihm abhängig machen. (...) Es) liegt eine Aktionskommission vor, wie bei der kommissarischen Diktatur, und (...) der Begriff (bleibt) funktionell abhängig von der Vorstellung einer richtigen Verfassung. (...) Aber während die kommissarische Diktatur von einem konstituierten Organ autorisiert wird (...), ist die souveräne (...) aus dem formlosen *pouvoir constituant* abgeleitet. (...) Ein »Minimum von Verfassung« ist immer noch da, solange der *pouvoir constituant* anerkannt ist. Aber (...) der an sich problematische Inhalt des konstituierenden Willens (ist) bei der Sachlage, durch die jene Diktatur gerechtfertigt wird, der eigenen Voraussetzung nach aktuell nicht vorhanden. Daher ist die diktatorische Macht souverän, aber nur als Übergang“¹¹⁰. Die Formlosigkeit des *pouvoir constituant*, die stete Erfordernis seiner Repräsentation, lässt die souveräne Diktatur also die Position der Souveränität übernehmen, aber nur »als Übergang«. Ihre Souveränität ist gewissermaßen nur geliehen. „Daraus entsteht eine seltsame Beziehung zu

¹⁰⁹ Schmitt, *DD*, S. 143/144.

¹¹⁰ *Ebd.*, S. 145/146. Die Konstruktion der souveränen Diktatur wirft nicht nur die Frage auf, wie sich deren Abhängigkeit von einem Auftrag sicherstellen lässt. Sie muss auch eine Antwort auf die umgekehrte Frage finden, wie eine souveräne Instanz, die sich von einem Auftrag abhängig macht, dennoch souverän bleibt. „Zu jeder Diktatur gehört eine Kommission, und es fragt sich, ob es eine mit der Souveränität vereinbare Kommission gibt und wie weit es dem Begriff der Souveränität widerspricht, dass sie von einem Auftrag abhängig ist. Die Eigenart des *pouvoir constituant* ermöglicht eine solche Abhängigkeit, weil es wegen des Charakters dieses *pouvoir* als eines nichtkonstituierten und niemals konstituierbaren denkbar ist, dass der Inhaber der staatlichen Gewalt sich selbst abhängig macht, ohne dass die Gewalt, von der er sich abhängig macht, konstituierter Souverän wird“ (*ebd.*, S. 137/138).

der Allmacht des konstituierenden Willens. Auch wenn der Wille des Volkes inhaltlich gar nicht vorhanden ist, sondern durch die Repräsentation erst formiert wird, bleibt die unbedingte im prägnanten Sinne des Wortes kommissarische Abhängigkeit des Repräsentanten von diesem Willen bestehen. (...) Die Korrelation von größter Macht nach Außen und größter Abhängigkeit nach Innen bleibt demnach bestehen, aber nur formal. (...) Die im Namen des *pouvoir constituant* handelnden Repräsentanten sind demnach formal unbedingt abhängige Kommissare, deren Auftrag aber inhaltlich nicht zu begrenzen ist.“¹¹¹ Es besteht also nach wie vor ein Rechtfertigungszusammenhang, ein dialektischer freilich, in dessen Rahmen ein Diktator am Werk ist, „der auch seinen Auftraggeber diktiert, ohne aufzuhören, sich an ihm zu legitimieren.“¹¹²

Nach Schmitt gibt es eine Diktatur, die einen Wechsel der Rechtsordnung herbeigeführt hat, ohne den juristischen Rechtfertigungszusammenhang der souveränen Diktatur für sich zu reklamieren. Es handelt sich dabei um das Regime des Oliver Cromwell. Der Führer der independistischen Armeen, der sich während der englischen Revolution an die Spitze des Empire brachte, hatte am 20. April 1653 das Lange Parlament, bis dahin Träger der Souveränität des Commonwealth, aufgelöst und eine neue Ordnung begründet. Cromwell agierte anscheinend wie ein souveräner Diktator. Laut Schmitt war er aber keiner. Der Grund liege in der Art, in der Cromwell die Beseitigung der alten Ordnung begründet habe. „Cromwell berief sich für seine Mission auf Gott.“¹¹³ Mit dieser Begründung sei das eingetreten, was die souveräne Diktatur mit der Konstruktion des *pouvoir constituant*, einer immerhin irdischen Instanz, vermieden habe: die Beseitigung der bestehenden Ordnung ist etwas ganz und gar irrationales, juristisch nicht mehr zu begreifendes geworden. „Der Protektor war Träger einer persönlichen Mission, die Beseitigung der bestehenden Ordnung wurde nicht rational begründet, sondern war der Ausnahmefall, den die monarchomachische Staatstheorie als den Fall des *a Deo excitatus*

¹¹¹ *Ebd.*, S. 143/144.

¹¹² *Ebd.*, S. XVIII.

¹¹³ *Ebd.*, S. 138. Zu Cromwell Regime siehe: Schröder, *Revolutionen*, S. 158 ff. und Saage, *Widerstand*, S. 168 ff.

bezeichnete. Mit juristischen Kategorien ist dieser Vorgang überhaupt nicht zu fassen. Man hat von der Diktatur gesagt, sie sei ein Wunder (...) In Wahrheit ist nicht die Diktatur dieses Wunder, sondern die Durchbrechung des rechtlichen Zusammenhanges, die in einer solchen neu begründeten Herrschaft liegt. Sowohl die kommissarische wie die souveräne Diktatur hat dagegen einen rechtlichen Zusammenhang.“¹¹⁴ Der Fall Cromwell bedeutete für Schmitt einen vollkommenen Wechsel der Rechtsordnung. Die souveräne Diktatur dagegen hat mit ihrer Berufung auf den *pouvoir constituant* - jenes »Minimum von Verfassung« - nie den Raum rechtlicher Kontinuität verlassen.

Diktatur und Rechtsstaat

Zum Abschluss seiner Untersuchung behandelt Schmitt die rechtsstaatliche Diktatur. Er präsentiert dabei keinen weiteren Typ von Diktatur, sondern eine Beschreibung der Versuche, die Diktatur mit Hilfe von positiv-rechtlichen Regelungen zu erfassen. Es geht mithin um die Diktatur im Rahmen jener liberalen Verfassungsstaaten, die nach der französischen Revolution das rechtliche Gesicht der europäischen Nationen bestimmten. Das britische *martial law*¹¹⁵ dient Schmitt als erstes Beispiel einer derartigen Verrechtlichung der Diktatur. Die Notwendigkeit dieses, dem innerstaatlichen Kriegsrechts zugehörenden Gesetzes ergibt sich ihm aus der Tatsache, dass spätestens seit der *Bill of Rights* die Unversehrtheit persönlicher Freiheitsrechte staatlich garantiert wurde, die rein sachlich orientierten Aktionen eines innerstaatlichen Kriegsrechts solche Rechte aber unter Umständen negieren mussten. „Das eigentliche rechtliche Problem war (...), wie die bei Eingreifen des Militär unvermeidlichen, unmittelbaren Verletzungen von Leib und Leben und Eigentum, sei es der Auführer selbst, sei es unbeteiligter Dritter rechtlich zu erklären ist.“¹¹⁶ Das *martial law* habe

¹¹⁴ Schmitt, *DD*, S. 138/139.

¹¹⁵ Schmitt behandelt auch das französische Pendant, die *loi martiale*, allerdings weniger ausführlich. Siehe: *ebd.*, S. 182 ff. Siehe dazu auch: Schmitt, *Belagerungszustand*, S. 139 ff.

¹¹⁶ Schmitt, *DD*, S. 172.

dieses Problem gelöst, indem es für den militärischen Einsatzfall, etwa zur Bekämpfung innerer Unruhen, von einer „Art gesetzlosen Zustandes“¹¹⁷ ausgegangen sei. „Das martial law bezeichnet demnach einen der sachtechnischen Durchführung einer militärischen Operation freigegebenen Raum, in dem geschehen darf, was nach Lage der Sache notwendig ist.“¹¹⁸ Das *martial law* war im rechtsstaatlichen Sinne nach Schmitt nur darin rechtlich, dass es die Voraussetzungen seines Eintritts regelte. Es wurde also nicht, wie in rechtsstaatlichen Belangen sonst üblich, der Inhalt der staatlichen Tätigkeit, sondern allein die Bedingung von deren Zulässigkeit umschrieben. Das staatliche Handeln selbst war von rechtlichen Bindungen befreit¹¹⁹. Da eine solche Freiheit dem rechtsstaatlichen Denken fremd ist, seien teils auch rechtliche Fiktionen geschaffen worden, die die Rechtsförmigkeit der militärischen Aktion unterstellen sollten.¹²⁰

Die weitere Entwicklung der rechtsstaatlichen Diktatur verfolgt Schmitt am Institut des Belagerungszustandes. Ursprünglich war der Belagerungszustand ein rein kriegsrechtlicher Begriff. Für den Fall der Belagerung eines militärischen Platzes durch den äußeren Feind bestimmte er das Verhältnis der Zivil- und Militärbehörden¹²¹. Der Belagerungszustand bedurfte, anders als der Kriegszustand, keiner expliziten Erklärung. Als „faktischer Zustand militärtechnischer Art“¹²² verstand sich sein Eintritt juristisch gesehen von selbst: „sobald der befestigte Platz von allen Verbindungen nach außen abgeschnitten ist (...), ist der Belagerungszustand ipso facto vorhanden.“¹²³ Seinen rein

¹¹⁷ *Ebd.*

¹¹⁸ *Ebd.*, S. 174.

¹¹⁹ „Es ist die von rechtlichen Rücksichten befreite, aber im Dienste eines staatlichen Zweckes stehende Tathandlung. Diese ist in ihrer effektiven Tatsächlichkeit, also in ihrem Kern, einer Rechtsförmigkeit nicht zugänglich.“ (*Ebd.*, S. 175)

¹²⁰ Schmitt geht darauf allerdings nur mit Hohn und Spott ein: „Wenn auf den Militärbefehlshaber alle rechtlichen Befugnisse sämtlicher Behörden übergehen, so ist z.B. die aus militärischen Gründen notwendige Zertrümmerung eines Hauses im Inland nicht etwa ein Enteignungsbeschluss, verbunden mit der Festsetzung, dass keine Entschädigung gewährt wird und womöglich noch der uno acto erfolgenden sofortigen Zurückweisung etwa zu erhebender Beschwerden.“ (*Ebd.*)

¹²¹ Mit dem Verhältnis von ziviler und militärischer Gerichtsbarkeit hat sich Schmitt auch in einem früheren Aufsatz beschäftigt. Siehe: Schmitt, *Kriegszustandes*, S. 785 ff.

¹²² Schmitt, *DD*, S. 184.

¹²³ *Ebd.*

kriegsrechtlichen Bezug hat der Begriff nach Schmitt in der Endphase der französischen Revolution verloren. Es sei damals gesetzlich festgelegt worden, dass der Belagerungszustand von der Regierung erklärt werden könne, und das nicht nur über militärisch befestigte, sondern auch über rein zivile Plätze. Der Belagerungszustand habe damit einen neuen Sinn bekommen. „Der formelle Akt der Regierungserklärung tritt an die Stelle der wirklichen Notlage. Der Begriff erhält einen politischen Sinn, das militärtechnische Verfahren wird in den Dienst der innern Politik gestellt.“¹²⁴ In dieser Form sei das Institut erhalten geblieben, später sogar mit Verfassungsrang¹²⁵, bis es durch die Revolution von 1830 abgeschafft wurde. Die neue französische Verfassung garantierte die bürgerlichen Rechte und verbot deren auch nur zeitweilige Suspension bei inneren Unruhen, der Belagerungszustand wurde nicht mehr erwähnt. Trotzdem sei er während der Unruhen im Jahre 1832 mehrfach erklärt worden, allerdings mit der deutlich hinzugefügten politischen Absicht, in die Rechte Unbeteiligter und den Geschäftsgang der ordentlichen Behörden nicht einzugreifen. „Hier ist deutlich zu erkennen, dass aus dem Mittel unbedingter militärischer Aktion, aus der kommissarischen Diktatur, das Rechtsinstitut des Belagerungszustandes werden sollte. Entsprechend dem rechtsstaatlichen Charakter des Bürgerkönigtums wurde versucht, die Zuständigkeit des Militärbefehlshabers nicht nur nach ihren Voraussetzungen, sondern auch nach ihrem Inhalt rechtlich zu beschränken.“¹²⁶

Die Revolution von 1848 brachte dann die endgültige Regelung des Belagerungszustandes, den so genannten fiktiven oder politischen Belagerungszustand. Anhand des neuen Instituts, das schon einige Jahre vorher diskutiert wurde, um den Unterschied zur militärischen Operation zu verdeutlichen, wurde nun versucht, sowohl die Zuständigkeit der Erklärung, als auch die Befugnisse des Militärs präzise festzulegen. So durften Freiheitsrechte nur durch Gesetz eingeschränkt werden. Allerdings nicht jedes. Das Recht auf Eigentum etwa und die

¹²⁴ *Ebd.*, S. 186.

¹²⁵ Durch Art. 66 des *Acte additionnel* von 1815 ist der Belagerungszustand ein Bestandteil der französischen Verfassung geworden. Er durfte per Gesetz erklärt werden.

¹²⁶ *Ebd.*, S. 196.

Freiheit der Arbeit waren ausgenommen. „Entscheidend ist, dass an die Stelle einer Ermächtigung zu der nach Lage der Sache erforderlichen Aktion eine Reihe von umschriebenen Befugnissen tritt und nicht mehr die Verfassung als ganzes suspendiert wird, sondern eine Anzahl bestimmter verfassungsmäßiger Freiheitsrechte und auch diese nicht schlechthin, sondern unter Angabe der zulässigen Eingriffe.“¹²⁷ Nach Schmitt reduziert diese Regelung die Kompetenzen des bei Unruhen einschreitenden Militärs auf „einige weitgehende sicherheitspolizeiliche Befugnisse (...). Die unmittelbare Aktion ist dagegen nicht erfasst.“¹²⁸ Diese Ausblendung führe zu dem Paradox, dass Maßnahmen des Militärs zwar weitgehend rechtlich eingeehgt werden, weitergehende Aktionen aber rechtlich unerfasst blieben. Aus der Notwendigkeit, Unruhen zu bekämpfen, „ergab sich die Konsequenz, dass man einzelne Rechte, zuerst das Recht auf den *juge naturel*, dann persönliche Freiheit und Pressfreiheit herausnahm, ohne zu beachten, dass die Tätigkeit des Militärbefehlshabers von dem Widerstand und der Kampfarm des Gegners abhängig ist und in Leben und Eigentum des politischen Gegners eingreift, die doch nach der heutigen Rechtsauffassung mit der Erklärung des Belagerungszustandes nicht aufhören, Staatsbürger zu sein und verfassungsmäßig garantierte Freiheitsrechte zu haben, dass er ferner auch unbeteiligte Bürger (...) in ihren Freiheitsrechten beeinträchtigen muss. Während nun von diesen oft furchtbaren Eingriffen nicht die Rede ist, wird die Befugnis, eine Zeitung zu unterdrücken, ausführlich erörtert und diskutiert, so dass der Gesichtspunkt der eigentlichen Aktion in den Hintergrund tritt vor sicherheitspolizeilichen Anordnungen.“¹²⁹ Hinter dem Rücken der positiv-rechtlichen Regelungen des fiktiven Belagerungszustandes könne sich dann die Machtvollkommenheit einer diktatorischen Aktion frei entfalten. „Und während eine Umgrenzung der Befugnisse des Militärbefehlshabers versucht wurde, verstand es sich von selbst, dass die Befugnisse der verfassungsgebenden Versammlung, als des Trägers eines *pouvoir constituant*, grenzenlos und auch an verfassungsmäßig garantierte Freiheiten nicht gebunden waren. Ein Dekret vom

¹²⁷ *Ebd.*

¹²⁸ *Ebd.*

¹²⁹ *Ebd.*, S. 200.

27.06.1848 beschloss die Deportation sämtlicher wegen Teilnahme am Aufstand festgenommener Personen (...). Demnach gab es eine Stelle, an der eine prinzipiell grenzenlose Gewalt auftreten konnte. Der *pouvoir constituant* war die Grundlage dafür. (...) Die Diktatur, von der man soviel sprach, war keine Diktatur des Militärbefehlshabers, sondern ein Fall der souveränen Diktatur einer konstituierenden Versammlung. Der Militärbefehlshaber war ihr kommissarischer Beauftragter.“¹³⁰

In Schmitts Betrachtungen ereilt die rechtsstaatliche Diktatur letztlich das gleiche Schicksal, das bereits die Theorie der Staatsraison und der Machiavellismus erlitten hatten: sie scheitert an der juristischen Bewältigung des Problems der Machtvollkommenheit des modernen Staates. Weder die Geheimhaltung noch die Verrechtlichung löse dieses Problem. Die kommissarische und die souveräne Diktatur hätten dagegen eine juristische Antwort gefunden und die Macht des Staates in einen rechtlichen Kontext gestellt. Die Diktatur ist dort eine nach Lage der Sache frei agierende Verwirklichung des Rechts, die jederzeit abhängig bleibe von einer souveränen Macht, die ihr den Auftrag erteilt und aus deren Willen sie ihre Macht ableitet. Während Schmitts kommissarische Diktatur dieser Grundstruktur gewissermaßen von selbst entspricht, musste dem Begriff der souveränen Diktatur, der die beiden Seiten der Souveränität und der Diktatur zum Verschmelzen zu bringen schien, unter Verwendung des *pouvoir constituant* auf die Gesetze einer Dialektik der Rechtsverwirklichung erst getrimmt werden. Auch die souveräne Diktatur kann im Rahmen ihres Auftrags lediglich

¹³⁰ *Ebd.* Nach Schmitt unterliegt auch der Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung dem paradoxen Verhältnis von Rechtsstaat und Diktatur. Nach Artikel 48 Absatz 2 kann der Reichspräsident, wenn die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestört ist, die zur Wiederherstellung nötigen Maßnahmen treffen. Seine Entscheidungen unterliegen der Kontrolle des Reichstags. Nach Schmitt handelt es sich dabei um eine rechtlich nicht begrenzte Aktionskommission, also eine kommissarische Diktatur. Da Artikel 48 Absatz 3 jedoch die Rechte, die verletzt werden dürfen, im Einzelnen aufzählt, entstehe die typische Merkwürdigkeit einer rechtsstaatlichen Diktatur. Es sei „eine sonderbare Regelung, erst eine den gesamten bestehenden Rechtszustand (...) suspendierende Ermächtigung zu erteilen und dann eine beschränkte Zahl von Grundrechten aufzuzählen, die suspendiert werden dürfen. Es ist sinnlos, den Reichspräsidenten, der Städte mit giftigen Gasen belegen (...) darf, außerdem noch eigens darüber zu vergewissern, dass er z.B. den Behörden Zeitungsverbote freigeben kann. Das Recht über Leben und Tod wird implicite, das Recht zur Aufhebung der Pressfreiheit explizite erteilt.“ (*Ebd.*, S. 203)

entscheiden, was nach Lage der Sache zu tun ist, sie entscheidet jedoch nicht über die Rechtsordnung. Deren wirkliches Bestehen und Fortbestehen wird durch das Fortgelten des Minimums von Verfassung eines *pouvoir constituant* vorausgesetzt. Nicht zu übersehen ist freilich, dass Schmitt die kommissarische Diktatur für das eigentliche Meisterstück juristischer Arbeit hält. Die souveräne Diktatur hingegen, die in einer Mischung aus Faszination und Schauern vorgestellt wird, verbleibt in einem eigentümlichen Zwielficht.¹³¹

¹³¹ Hugo Ball wollte Schmitt vom Konzept einer weltlichen souveränen Diktatur abbringen. Dem Staat stehe allein die kommissarische Diktatur zu, während die souveräne eine Sache der Kirche sei. Er bedauert, „dass Schmitt in diesem Buche noch an eine Souveränität außerhalb der Kirche glaubt, während man als römischer Katholik an dem Satze festhalten muss, dass innerhalb der Politik nur eine kommissarische Diktatur irrational zu begründen ist.“ (Ball, *Politische*, S. 324)

IV. Politische Theologie

Schmitts *Politische Theologie* entwickelt eine Theorie staatlicher Souveränität. Es handelt sich dabei freilich um keine Ausarbeitung im konventionellen Sinne. Die „vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität“¹ wollen aus je anderer Perspektive einige Kernelemente des wichtigen Begriffs der Staatsrechtslehre aufzeigen. Dabei kommt eine Reihe von recht heterogenen Themen in den Blick. In einem der Kapitel wird eine Definition der Souveränität präsentiert, in einem anderen der theologische Ursprung des säkularen Begriffs expliziert. Im Weiteren beleuchtet Schmitt die staatliche Souveränität als grenzlose juristische Entscheidung, eine These, die das Buch auch mit der Schöpfung des Neologismus Dezisionismus pointiert unterstreicht. Zudem wird eine Kritik der rechtsstaatlichen Souveränitätsbegrenzung entwickelt und schließlich die prophetische Prognose einer Erneuerung der personalen Souveränität aus der katholischen Gegenrevolution dargeboten. Die Vielzahl der Themen, aber auch die Eigenarten des Stil, worunter vor allem Schmitts Interesse an prägnanten Thesen und Formulierungen², aber auch die Vernachlässigung einer behutsamen und genauen Entfaltung der Argumentation zu zählen sind, lassen die Einheit der Fragestellung gelegentlich in den Hintergrund treten. Dennoch ist *Politische Theologie* ein systematisch orientiertes Buch. Es handelt sich keineswegs um eine lose Aufsatzsammlung oder gar um eine bloße Gelegenheitsschrift. Die Arbeit resümiert die Überlegungen zur normlosen juristischen Entscheidung, die in *Gesetz und Urteil*, a-

¹ So der Untertitel von *Politische Theologie*.

² Der Stil der Darstellung hat die Rezeption von *Politische Theologie* ganz wesentlich beeinflusst: „Es ist die erste Schrift, die seitdem vor allem wegen ihrer Begrifflichkeit zitiert wird, weniger wegen der in ihr ausgesprochenen Substanz.“ (Noack, *Schmitt*, S. 70)

ber auch in *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* entwickelt wurden und führt sie mit den staats- und notstandsrechtlichen Theorien aus *Die Diktatur* zu einer Skizze staatlicher Souveränität zusammen. *Politische Theologie* versucht, die zuvor recht ausführlich vorgetragenen Thesen begrifflich und thematisch auf den Punkt zu bringen.

Die rechtliche Logik des Ausnahmezustandes

Schmitt hat seine Theorie der Souveränität in einer kurzen Formel konzentriert: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.“³ Anders als in den gängigen Beschreibungen, die den Gegenstand meist als höchste und unbeschränkte Gewalt bestimmen⁴, soll die Souveränität durch eine einfache Kompetenz erfasst werden. Die Tatsache, dass diese Kompetenz im Bereich des Staatsnotstandsrechts zu verorten ist und den Begriff der Souveränität als einen „Grenzbegriff“⁵, als einen „Begriff der äußersten Sphäre“⁶ behandelt, weckt mancherlei Assoziationen. Allein schon die Präsenz des Wortes Ausnahmezustand aktiviert ein breites Panorama von politischen und auch tagespolitischen Bezügen. Doch daran will *Politische Theologie* nicht anschließen. Mit bewusst polemischer Note vermerkt Schmitt, es ginge ihm um keinen „konfusen Begriff, wie in der unsauberen Terminologie populärer Literatur“⁷. Er bemühe sich stattdessen um eine „juristische Definition“⁸. Der Begriff des Ausnahmezustandes sei ein „all-

³ Schmitt, *PT*, S. 11.

⁴ So z.B. Georg Jellinek in seiner Allgemeinen Staatslehre: „Souveräne Staatsgewalt ist (...) eine Gewalt, die keine höhere über sich kennt; sie ist daher zugleich unabhängige und höchste Gewalt.“ (Jellinek, *Staatslehre*, S. 475). Schmitt ist freilich der Ansicht, dass bereits vor ihm einige Klassiker der Staatsrechtslehre die Definition der Souveränität am Ausnahmezustand orientiert haben. Neben Pufendorff nennt er vor allem Bodin. So sei für diesen „die Befugnis, das geltende Gesetz aufzuheben - sei es generell, sei es im einzelnen Fall -, so sehr das eigentliche Kennzeichen der Souveränität, dass Bodin alle anderen Merkmale (...) daraus ableiten will.“ (Schmitt, *PT*, S. 15)

⁵ *Ebd.*, S. 11.

⁶ *Ebd.*

⁷ *Ebd.*

⁸ *Ebd.*

gemeiner Begriff der Staatslehre“⁹. Schmitts Interesse am Zusammenhang von Souveränität und Ausnahmezustand ist also ein primär juristisches, oder genauer, eines juristischer Präzisierung¹⁰.

Die juristische Verortung des Ausnahmezustandes ist keine im üblichen Sinne. Dementsprechend finden sich bei Schmitt dazu keine normrechtlichen Bestimmungen. Lediglich die bekannten terminologischen Variationen des Staatsnotstandes sind zu vernehmen, verbale Spielarten, die sich in Worten wie »Notfall« oder »höchste Gefahr« zum Ausdruck bringen. Für Schmitt deuten die bloß phrasenhaften Umschreibungen des Ausnahmezustandes, die er ausführlich und variantenreich zitiert, auf einen Zusammenhang hin, der den Kernpunkt des Gegenstandes benennt: die grundsätzliche normrechtliche Unbenennbarkeit des Ausnahmezustandes. Mit einer gewissen Ironie stellt er fest, dass die alltäglichen Bezeichnungen des staatlichen Notfalls gerade deshalb existierten, weil der Ausnahmezustand juristisch gar nicht zu erfassen sei. Er könne „höchstens als Fall äußerster Not, Gefährdung der Existenz des Staates oder dergleichen bezeichnet, nicht aber tatbestandsmäßig umschrieben werden.“¹¹ Diese normrechtliche Nichtexistenz des Ausnahmezustandes ist für Schmitt umfassend und vollkommen. Sie betrifft die Rechtserkenntnis im gleichen Maße wie die Rechtsfolge. „Es kann weder mit subsumierbarer Klarheit angegeben werden, wann ein Notfall vorliegt, noch kann inhaltlich aufgezählt

⁹ *Ebd.*

¹⁰ Hier liegt ein weiterer Grund dafür, dass Schmitt die Souveränität nicht anhand des Begriffs der »höchsten Gewalt« definieren will. In dem Wort vollzogen Recht und Macht eine Verschmelzung, während Schmitt beide Momente explizit benannt wissen will. „Die Verbindung von faktisch und rechtlich höchster Macht ist das Grundproblem des Souveränitätsbegriffes.“ (*Ebd.*, S. 27) Es versteht sich von selbst, dass Schmitt vor diesem Hintergrund eine Definition der Souveränität aus dem Begriff der Macht ablehnt. Das geschieht freilich nicht aus moralischen Gründen, sondern aus der Einsicht heraus, dass die Macht das Recht nicht zu determinieren vermag. „Eine unwiderstehliche, mit naturgesetzlicher Sicherheit funktionierende höchste, das heißt größte Macht gibt es in der politischen Wirklichkeit nicht; die Macht beweist nichts für das Recht“ (*ebd.*, S. 26). Dementsprechend hat Schmitt für einen machtorientierten Souveränitätsbegriff nur lakonische Bemerkungen parat: „Das abstrakte Schema, das als Definition der Souveränität aufgestellt wird (Souveränität ist höchste, nicht abgeleitete Herrschermacht), kann man gelten lassen oder nicht, ohne dass darin ein großer praktischer Unterschied läge.“ (*Ebd.*, S. 12) Schmitt schlägt vor, „die endlos wiederholte, völlig leere Redensart von der höchsten Macht“ (*ebd.*, S. 13) im Zusammenhang mit Betrachtungen zum Souveränitätsbegriff aufzugeben.

¹¹ *Ebd.*, S. 12.

werden, was in einem solchen Fall geschehen darf¹². In Schmitts Blick existiert der Ausnahmezustand also als eine Gleichzeitigkeit von Bedrohung und juristischer Blindheit. Eine für den allgemeinen Fall nicht näher beschreibbare Lage gefährden Recht und Staat, wobei der Rechtsordnung die Mittel fehlen, diese Bedrohung zu erkennen und abzuwenden. Juristisch gesehen beschreibt der Ausnahmezustand auf minimalistische Weise nicht mehr als diesen Zusammenhang.

Nach Schmitt hat das Versagen des Rechts im Ausnahmezustand einen Grund, der im Allgemeinheitscharakter rechtlicher Normen und damit in der Natur des Rechts selbst liegt. Allgemeine Normen könnten ihre juristische Aufgabe nur erfüllen, wenn auch die Wirklichkeit entsprechend beschaffen sei, wenn die zu behandelnden Fälle einer Normalität alltäglicher Vorkommnisse gehorchen. „Jede generelle Norm verlangt eine normale Gestaltung der Lebensverhältnisse, auf welche sie tatbestandsmäßig Anwendung finden soll und die sie ihrer normativen Regelung unterwirft. Die Norm braucht ein homogenes Medium. Diese faktische Normalität ist nicht bloß eine »äußere Situation«, die der Jurist ignorieren kann; sie gehört vielmehr zu ihrer immanenten Geltung. Es gibt keine Norm, die auf ein Chaos anwendbar wäre.“¹³ Da die Wirklichkeitsnormalität im Ausnahmefall nicht gegeben sei, würden allgemeine Normen in dieser Lage wirkungslos. Die Geltung der Norm entfällt. Der Normallgemeinheit entgeht die unnormale Wirklichkeit gewissermaßen, oder - wie Schmitt den Zusammenhang von Normallgemeinheit und Wirklichkeitsnormalität pointiert - „eine generelle Norm, wie sie der normal geltende Rechtsatz darstellt, kann eine absolute Ausnahme niemals erfassen“¹⁴. Nach

¹² *Ebd.*

¹³ *Ebd.*, S. 19/20.

¹⁴ *Ebd.*, S. 11. Trotz der sonst kritischen Haltung, die Hermann Heller dem Schmittschen Souveränitätsbegriff gegenüber einnimmt, hat auch er den Zusammenhang von Rechtsnorm und Normalität hervorgehoben: „Die Geltung einer Norm setzt denjenigen normalen Allgemeinzustand voraus, für den sie berechnet ist, und ein völlig unberechenbarer Ausnahmezustand kann normativ nicht bewertet werden.“ (Heller, *Staatlehre*, S. 288) Sigmund Rohatyn hingegen hat gerade in der vorausgesetzten Generalität gesetzlicher Normen den Schwachpunkt des Schmittschen Ausnahmezustandes gesehen. „Nur wer im Recht nichts als eine generelle Norm sieht, kann in dem Ausnahmezustand eine Ausnahme von der betreffenden Regel sehen.“ (Rohatyn, *Integrationslehre*, S. 278) Rohatyn setzt dagegen Kelsens Lehre vom Stufenbau

Schmitt bleibt einer juristischen Welt der Normallgemeinheit jede Wirklichkeit jenseits der Wirklichkeitsnormalität zwingend fremd. Insoweit das normative Recht die Ausnahme dennoch in den Blick zu nehmen versuche, erscheine sie ihr als unbegreiflich. Eine „Jurisprudenz, die sich an den Fragen des täglichen Lebens und der laufenden Geschäfte orientiert“¹⁵, für die „nur das Normale das erkennbare“¹⁶ ist, rezipiert den Ausnahmezustand zwingend als ein „Chaos“¹⁷, dem sie „fassungslos gegenüber“¹⁸ steht. Dieser sei juristisch nicht bearbeitbar, und erscheine aus der Perspektive der Norm schlicht als „der in der geltenden Rechtsordnung nicht umschriebene Fall“¹⁹.

Die Blindheit im Angesicht des Ausnahmezustandes gilt nach Schmitt für das Recht, nicht jedoch für den Staat. Als institutionalisierter Apparat werde er von der Ohnmacht des Rechts nicht tangiert. Im Ausnahmezustand sei „klar, dass der Staat bestehen bleibt, während das Recht zurücktritt.“²⁰ Dementsprechend verschiebt sich für Schmitt der Orientierungspunkt des Handelns im Ausnahmezustand vom Recht zum Staat. Ihm obliege es, die Ausnahmesituation zu bewältigen, mithin die Notlage zu beenden, eine „Beseitigung“²¹ des Ausnahmezustandes herbeizuführen. Konsequenterweise kann diese Aktion nach dem Entfall des Rechts keine normrechtlich zu verortende sein. Der Staat vollzieht die Behebung der Notlage nur mehr „kraft eines Selbstverteidigungsrechtes, wie man sagt“²². Für Schmitt ist das freilich kein Mangel. Im Gegenteil, er behandelt diesen Sachverhalt als einen Indikator. Der Staat sei gewissermaßen von Natur aus besser geeignet, mit derartigen Lagen fertig zu werden. „Die Existenz des Staates bewährt hier eine zweifellose Überlegenheit über die Geltung der Rechtsnorm.“²³. Aus juristischer Perspektive erscheint diese

des Rechts, die auch eine individuelle Rechtsnorm kenne und so keiner Ausnahme von der Rechtsnormgeltung bedürfe (siehe: *ebd.*).

¹⁵ Schmitt, *PT*, S. 18.

¹⁶ *Ebd.*

¹⁷ *Ebd.*, S. 20.

¹⁸ *Ebd.*, S. 18.

¹⁹ *Ebd.*, S. 12.

²⁰ *Ebd.*, S. 18.

²¹ *Ebd.*, S. 12.

²² *Ebd.*, S. 19.

²³ Schmitt, *PT*, S. 19.

Frontstellung des Staates dann als eine umfassende Ermächtigung, es entsteht „eine prinzipiell unbegrenzte Befugnis“²⁴, eine Macht mithin, die sich auch gegen das Recht zu wenden vermag bis zur „Suspendierung der gesamten bestehenden Ordnung“²⁵. Mit der »Beseitigung« des Ausnahmezustandes mutiert die zunächst bloß rezeptive Blindheit in eine agierende. Auf die Ohnmacht des Rechts folgt dessen Suspension.

Am Ende tritt der Recht suspendierende Ausnahmezustand allerdings nicht vollkommen aus der rechtlichen Sphäre heraus. Schmitt kommt zu dieser Einschätzung, da er die Recht negierenden Aktionen des staatlichen Handelns als rechtliche versteht, allerdings nicht in einem normrechtlichen, sondern in einem weiteren, gewissermaßen teleologischen Sinne. Das staatliche Handeln im Ausnahmezustand verantwortet sich danach dem Ziel, eben jene Wirklichkeitsnormalität wieder herzustellen, die durch den Ausnahmezustand zerstört worden ist. Der Imperativ des Staates im Notstand lautet: „Es muss eine normale Situation geschaffen werden“²⁶. Da der Bestand der Wirklichkeitsnormalität für Schmitt die Geltungsvoraussetzung allgemeiner Normen darstellt, bekommt die Wiedereinsetzung der normalen Situation dadurch einen rechtlichen Sinn.²⁷ Sie dient der Wiederherstellung

²⁴ *Ebd.*, S. 18.

²⁵ *Ebd.* Hasso Hofmann hat diese Position des Staates anschaulich beschrieben. Der Ausnahmezustand ist nach Hofmann ein Zwischenzustand, in dem der Staat seine Macht zu verlieren drohe, aber noch nicht verloren hat – „welcher dann eintritt, wenn die Rechtsordnung durch Erschütterung der faktischen Normalität gesprengt wird, ohne dass indessen schon Anarchie und Chaos herrschen“ (Hofmann, *Legitimität*, S. 63). Auf dem Wege, diese Macht wieder zu erlangen, entfallen dann alle rechtlichen Hemmungen. Hofmann interpretiert Schmitts Feststellung, dass Rechtsätze nur gelten, wenn eine normale Situation herrscht, im Sinne eines Vorbehaltes, den die souveräne Macht gegenüber dem Recht behält. „Eine staatlich gesetzte Rechtsnorm (...) gilt nur solange das tatsächliche Lebensverhältnis, auf welches sie Anwendung finden soll, stabil und berechenbar, d.h. zugleich: von der Staatsgewalt kontrollierbar ist. Jeder staatliche Rechtssatz gerät auf diesem Wege unter den Vorbehalt der hier geradezu unheimlich geschärften *clausula rebus sic stantibus*.“ (*Ebd.*)

²⁶ Schmitt, *PT*, S. 20.

²⁷ Die »normale Situation« darf daher nicht als soziologische Kategorie, etwa als „außerrechtliche, herrschaftssoziologische Basis aller Rechtsgeltung“ (Bolsinger, *Dezisionismus*, S. 480) missverstanden werden. Die Normalität hat hier eine rein rechtliche Bedeutung, ein Zusammenhang, der sich gerade dadurch zeigt, dass der Inhalt der normalen Situation von der jeweiligen Rechtsordnung abhängt. „In der konkreten Wirklichkeit stellt sich die öffentliche Ordnung und Sicherheit sehr verschieden dar, je nachdem etwa eine militärische Bürokratie, eine von kaufmännischem Geist beherrschte Selbstverwaltung oder eine radikale Parteiorganisation dar-

der im Staatsnotstand zerstörten Rechtsgeltung. „In seiner absoluten Gestalt ist der Ausnahmefall dann eingetreten, wenn erst die Situation geschaffen werden muss, in der Rechtssätze gelten können.“²⁸

Die rechtliche Legitimation des Ausnahmezustandes reformuliert das Konzept einer dialektischen Rechtsverwirklichung, das Schmitt bereits in *Die Diktatur* entwickelt hat.²⁹ Es handelt sich abermals um jene „innere Dialektik“³⁰, nach der – wie es in dem vorangegangenen Buch hieß – „gerade die Norm negiert wird, deren Herrschaft durch die Diktatur in der geschichtlich-politischen Wirklichkeit gesichert werden soll“³¹. Hatte Schmitt diese Dialektik der Rechtsverwirklichung dort noch anhand verschiedener Typen von Diktatur durchdekliniert, wird sie nun in *Politische Theologie* unter dem Namen Ausnahmezustand für eine Diktatur im allgemeinen Sinne skizziert. Auch der Ausnahmezustand hat den rechtlichen Sinn, genau die Rechtsordnung mit Recht suspendierenden Mittel zu verteidigen, deren Bestand durch diesen Zustand bedroht ist. Mit der Verallgemeinerung der Diktaturtypen im Begriff des Ausnahmezustandes verändert sich allerdings das konzeptionelle Zentrum dieser rechtlichen Legitimation. Während in *Die Diktatur* stets ein »Minimum von Verfassung« vor der suspensiven Kraft der Diktatur geschützt wurde, weil allein diese

über entscheidet, wann diese Ordnung und Sicherheit besteht und wann sie gefährdet oder gestört wird.“ (Schmitt, *PT*, S. 15/16)

²⁸ *Ebd.*, S. 19. Peter Schneider erkennt die rechtliche Dimension des Ausnahmezustandes bereits im von Schmitt angeführten »Selbstverteidigungsrecht« des Staates. „Wenn vom Selbsterhaltungsrecht des Staates die Rede ist, dann allerdings wird, wenn auch nur flüchtig, die normative Begründung der staatlichen Deziision sichtbar.“ (Schneider, *Ausnahmezustand*, S. 264)

²⁹ Auf den systematischen Zusammenhang hat Giorgio Agamben im Rahmen seiner eigenen Überlegungen zur Logik des Ausnahmezustandes hingewiesen: „Es ist der Aspekt dieser komplexen Strategie, den Ausnahmezustand im Recht zu verankern, unter dem das Verhältnis zwischen *Die Diktatur* und *Politische Theologie* hier betrachtet wird. Im allgemeinen haben Juristen und Rechtsphilosophen hinsichtlich des Buches von 1922 (d.i. *Politische Theologie* - U.H.) ihr Augenmerk vor allem auf die Theorie der Souveränität gelenkt, ohne zu bemerken, dass diese ihre Bedeutung ausschließlich auf Grundlage der Theorie des Ausnahmezustandes gewinnt, die schon in *Die Diktatur* ausgearbeitet worden war.“ (Agamben, *Ausnahmezustand*, S. 45)

³⁰ Schmitt, *DD*, S. XVI.

³¹ *Ebd.* Volker Neumann sieht das freilich anders. Er verneint den dialektischen Zusammenhang des Ausnahmezustandes und leugnet jede rechtliche Rückbindung. „War selbst die souveräne Diktatur noch rückgebunden an ein Rechtssubjekt, so wirft der Souverän im Ausnahmezustand jede rechtliche Bindung ab. (...) Insofern ist die Theorie der Souveränität die Theorie des gelungenen Staatsstreichs.“ (Neumann, *Bürgerkrieg*, S. 60/61)

Ausnahme die Abhängigkeit – auch der souveränen - Diktatur von einer vorgegebenen Rechtsvorstellung garantierte, sieht *Politische Theologie* die Kontinuität des Rechtlichen in der Verpflichtung, über die Herstellung einer »normalen Situation« die Bedingungen der Rechtsgeltung überhaupt zu sichern. Der archimedische Punkt der ganzen Konstruktion wird nicht länger rechtlich substantiell, anhand einer bestimmten zu verteidigenden Rechtsordnung angegeben, sondern rein formal, durch die Benennung von Voraussetzungen rechtlicher Geltung, die für jede mögliche Rechtsordnung verbindlich sind.

Entscheidung und Ausnahme

Schmitts Theorie der Souveränität zieht neben dem Begriff des Ausnahmezustandes noch einen weiteren zur Definition ihres Gegenstandes heran: es gehört zur Souveränität, dass über den Ausnahmefall entschieden wird. Die Wortwahl ist hier keine Frage des Stils. Mit dem Terminus der Entscheidung nimmt Schmitt Bezug auf einen juristischen Begriff. Er greift dafür auf Überlegungen zurück, die er bereits in *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* dargelegt hat und die nun in *Politische Theologie* in groben Zügen rekapituliert und für den Souveränitätsbegriff nutzbar gemacht werden.

Eine juristische Entscheidung hat nach Schmitt in erster Linie eine Brückenfunktion: sie dient der Übertragung einer Rechtsidee in die Rechtswirklichkeit. Das Ergebnis dieser Übertragung ist staatliches positives Recht.³² Der eigentlich interessante Punkt liegt für Schmitt allerdings in der normativen Unvollständigkeit einer derartigen Entscheidung. Die Übertragung gelinge nie vollständig, das positive

³² Schmitt paraphrasiert seine Thesen zur Bedeutung der staatlichen Rechtsentscheidung aus *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* ausführlich: „Die Rechtsform wird beherrscht von der Rechtsidee und der Notwendigkeit, einen Rechtsgedanken auf einen konkreten Tatbestand anzuwenden, das heißt von der Rechtsverwirklichung im weitesten Sinne. Weil die Rechtsidee sich nicht selbst verwirklichen kann, bedarf es zu jeder Umsetzung in die Wirklichkeit einer besonderen Gestaltung und Formung. Das gilt sowohl für die Formierung eines allgemeinen Rechtsgedankens in einem positiven Gesetz als auch für die Anwendung einer positiven generellen Rechtsnorm in der Rechtspflege oder Verwaltung.“ (Schmitt, *PT*, S. 39)

Recht bleibe stets hinter der Rechtsidee zurück, sei nie im ganzen Umfang aus der Rechtsidee ableitbar. „Denn jeder Rechtsgedanke überführt die niemals in ihrer Reinheit Wirklichkeit werdende Rechtsidee in einen anderen Aggregatzustand und fügt ein Moment hinzu, das sich weder aus dem Inhalt der Rechtsidee noch, bei der Anwendung irgendeiner generellen positiven Rechtsnorm, aus deren Inhalt entnehmen lässt. Jede konkrete juristische Entscheidung enthält ein Moment inhaltlicher Indifferenz, weil der juristische Schluss nicht bis zum letzten Rest aus seinen Prämissen ableitbar ist“³³ Die Untertermination der juristischen Entscheidung sei unvermeidbar, denn sie liege „in der Eigenart des Normativen begründet und ergibt sich daraus, dass ein konkretes Faktum konkret beurteilt werden muss, obwohl als Maßstab der Beurteilung nur ein rechtliches Prinzip in seiner generellen Allgemeinheit gegeben ist.“³⁴ Schmitt sieht in der unvollständigen Begründbarkeit juristischer Entscheidungen freilich nicht allein einen Mangel. Gerade diese Eigenheit verschaffe der Entscheidung einen „selbständigen Wert“³⁵, stelle eine Leistung dar, die einen legitimen Bestand habe neben der normativen Determination des positiven Rechts. „Die rechtliche Kraft der Dezision ist etwas anderes als das Resultat der Begründung. (...) Das Formale im spezifisch-rechtlichen Sinne liegt in einem Gegensatz zu dieser inhaltlichen Qualität“³⁶. Norm und Entscheidung, so könnte man sagen, treten in einen innerrechtlichen Gegensatz und leisten dabei auf je eigene Weise einen Beitrag zur Verwirklichung des Rechts. Die souveräne Entscheidung über den Ausnahmezustand ist für Schmitt der Extremfall des Gegensatzes von Norm und Entscheidung. Sie ist der Fall, der die inhaltliche Bestimmung mangels normativer Subsumierbarkeit zugunsten der bloßen Entscheidung vollkommen in den Hintergrund treten lässt. Während „im Normalfall das selbständige Moment der Entscheidung auf ein Minimum zurückgedrängt werden kann“³⁷, zeige sich im normlosen Ausnahmefall „ein spezifisch-juristisches Form-

³³ *Ebd.*, S. 41.

³⁴ *Ebd.*, S. 41/42.

³⁵ *Ebd.*, S. 42.

³⁶ *Ebd.*, S. 42/43.

³⁷ *Ebd.*, S. 19.

element, die Dezision, in absoluter Reinheit“³⁸. Schmitt spricht davon, dass die Entscheidung über die Ausnahme „im eminenten Sinne Entscheidung“³⁹ sei. Der Gegensatz von Norm und Entscheidung findet seine deutlichste Form. Hier gilt: „Die Entscheidung ist, normativ betrachtet, aus einem Nichts geboren.“⁴⁰

Die juristische Entscheidung hat für Schmitt auch eine personale Bedeutung. Sie realisiert Zuständigkeitsfragen. Da der einzelne Rechtssatz nicht angebe, wer ihn anwenden solle, „das Gesetz nicht sagt, wem es Autorität gibt“⁴¹, werde die Zuständigkeit erst mit der Rechtsentscheidung abschließend geklärt. Schmitt rekapituliert auch hier Überlegungen aus *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. Das Recht sei, wie er dort ausgeführt hat, eine abstrakte Norm, die sich nicht selbst verwirklichen könne und nur durch das Handeln einer Person, einer, wie er es jetzt nennt, „auctoritatis interpositio“⁴² zur staatlichen Rechtsnorm werde. „Eine unterscheidende Bestimmung darüber, welche individuelle Person oder welche konkrete Instanz eine solche Autorität für sich in Anspruch nehmen kann, ist aus der bloßen Rechtsqualität eines Satzes nicht zu entnehmen.“⁴³ Im juristischen Alltag sind Zuständigkeitsfragen für Schmitt durch Verfahrensregeln geklärt. Im Ausnahmefall aber würden solche Regelungen in derselben Weise schwinden, wie schon die normativen Bestimmungsgründe und die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen. Hier zeige die Situation des Staatsnotstands erneut eine juristische Blindstelle und es frage sich „wer für den Fall zuständig sein sollte, für den keine Zuständigkeit vorgesehen war“⁴⁴. Der Souverän, durchaus personal gedacht, trifft dann, durch keinerlei Rechtsnorm gebunden, die Entscheidung über den Ausnahmefall. In diesem Sinne ist die souveräne Entscheidung über den Ausnahmezustand für Schmitt auch aus personaler Perspektive »im eminenten Sinne Entscheidung«, der besondere Fall von Entscheidung, der nur noch Entscheidung ist.

³⁸ *Ebd.*

³⁹ *Ebd.*, S. 11.

⁴⁰ *Ebd.*, S. 42.

⁴¹ *Ebd.*, S. 43.

⁴² *Ebd.*, S. 42.

⁴³ *Ebd.*

⁴⁴ *Ebd.*, S. 16.

Mit der Kennzeichnung als juristischer Entscheidung verbleibt die souveräne Entscheidung über den Ausnahmezustand für Schmitt innerhalb der juristischen Sphäre. Sie macht zwar eine Ausnahme, aber nur im normativen, nicht im juristischen Sinne. Schmitt macht sehr deutlich, dass auch die »absolute Dezision« den Bereich des Rechts im weitesten Sinne nicht verlässt. Es sei „auch der Ausnahmefall der juristischen Erkenntnis zugänglich, weil beide Elemente, die Norm wie die Entscheidung, im Rahmen des Juristischen verbleiben“⁴⁵. Im Grunde ist die souveräne Entscheidung über den Ausnahmezustand für Schmitt nur die Extremform der juristischen Alltagsentscheidung. Diese rechtliche Situierung gilt auch für die personale Seite der souveränen Entscheidung. Schmitt betont, dass auch sie eine juristische bleibe. Das gelinge, weil die personale Entscheidung zwar ohne Zuständigkeitsnormen erfolge, der Souverän als Person aber ein Bestandteil des bestehenden Rechts bleibe. „Er steht außerhalb der normal geltenden Rechtsordnung und gehört doch zu ihr“⁴⁶. Zwar kann die souveräne Entscheidung hier nicht mehr als Extremform der juristischen Alltagsentscheidung beschrieben werden, aber sehr wohl als eine, die den Kontext der rechtlich vorgesehenen Zuständigkeiten nicht verlässt.

Die Situierung der souveränen Entscheidung als einer juristischen ergänzt die rechtliche Logik des Ausnahmezustandes. Dort ist das normfreie Handeln des Staates im Ausnahmezustand rechtlich gerechtfertigt, weil es sich am Ziel einer Wiederherstellung der Rechtsgeltung orientiert. Der Staat umgeht mit der Suspension des Rechts die Unmöglichkeit, den Ausnahmezustand unter Normen zu subsumieren, aber er legitimiert sein Handeln am rechtlichen Zweck. Weil sich dieses Handeln qua juristischer Entscheidung vollzieht, kommt zur allgemein-rechtlichen Rechtfertigung nun noch eine juristische hinzu. Das Recht suspendierende souveräne Handeln ist also in einem zweifachen Sinne rechtlich gerechtfertigt. Beide Bestimmungsbegriffe

⁴⁵ *Ebd.*, S. 19.

⁴⁶ *Ebd.*, S. 13. Susanne Heil erkennt in der Eigenheit des Souveräns, innerhalb und außerhalb der Rechtsordnung zu stehen, erneut die Dialektik der Rechtsverwirklichung, denn der Souverän bleibe durch diese gedoppelten Position „zugleich auf die Regelungen verwiesen, die er aufhebt.“ (Heil, *Beziehungen*, S. 102)

der Souveränitätsdefinition, der Ausnahmezustand und die juristische Entscheidung tragen gemeinsam zum Anspruch bei, das Definierte als einen Gegenstand des Rechts zu präsentieren.

Paradoxe Souveränität

Schmitts Definition der Souveränität versteht sich als eine Bestimmung, die auf jeden Souveränitätstyp anwendbar ist. Sie will in einem rechtswissenschaftlichen Sinne allgemeingültig sein. „Ob nun Gott souverän sei (...) oder der Kaiser oder der Lehnsherr oder das Volk“⁴⁷: jede dieser historischen Varianten wird im Wege einer „Anwendung des Begriffes auf einen konkreten Tatbestand“⁴⁸ erfasst. Diese allgemeine Anwendbarkeit betrifft neben den im engeren Sinne definitivischen Aspekten auch den Gültigkeitsbereich der rechtlichen Logik des Souveränitätsbegriffs. Schmitt ordnet die Kompetenz, im Ausnahmezustand das Recht im Namen des Rechts zu brechen, nicht allein der herrschenden Souveränität zu, sondern jeder denkbaren.⁴⁹ Er geht mit seiner Definition sogar soweit, einen Wechsel in der Position der Souveränität als Anwendung seiner Definition und ihrer legitimierenden Kraft zu betrachten. Dieses Nebeneinander von konservativer auf revolutionärer⁵⁰ Legitimierung zeigt sich besonders deutlich in der dop-

⁴⁷ Schmitt, *PT*, S. 16.

⁴⁸ *Ebd.*

⁴⁹ Hermann Heller hat Schmitt die Neutralität seiner Souveränitätstheorie vorgehalten und darin ihre praktische Unbrauchbarkeit gesehen. Nach Heller ist es Schmitt „so wenig wie Kelsen (...) gelungen, im gegenwärtigen Staate eine als Souveränitätssubjekt in Betracht kommende Willenseinheit zu entdecken.“ (Heller, *Souveränität*, S. 92) Otto Kirchheimer hingegen hat gerade in der Neutralität den Sinn der Schmittschen Souveränitätsdefinition gesehen: „Carl Schmitts »Dezisionismus« hatte schon 1922 die Hoffnung aufgegeben, ein dauerndes Subjekt der Souveränität zu finden, das darauf bedacht und in der Lage wäre, die Interessen und Wünsche der verschiedenen Gruppen und Parteien ins Gleichgewicht zu bringen. Er ging daraufhin dazu über, Souveränität jenen Personen oder Gruppen zuzusprechen, die unter außergewöhnlichen Umständen sich als fähig erweisen, politische Herrschaft auszuüben.“ (Kirchheimer, *Souveränität*, S. 92) Kirchheimer war freilich der Auffassung, dass der Schmittsche Souveränitätsbegriff eher ein Symptom für die Auflösung, als ein aussichtsreicher Versuch der Erneuerung staatlichen Souveränität ist (siehe *ebd.*, S. 93 ff.).

⁵⁰ Die Möglichkeit einer revolutionären Option ist insofern bemerkenswert, als Schmitt diesen Fall in *Die Diktatur* aus der juristischen Betrachtung noch ausgeschlossen hatte. Dort wurde die Neugründung souveräner Macht am Beispiel Crom-

pelten Lesart, der die Souveränitätsdefinition unterliegt. Sie lässt sich im Sinne einer je bestehenden Souveränität deuten und schreibt diesem dann das Recht zur Entscheidung über den Ausnahmezustand zu. Sie lässt sich aber auch umgekehrt lesen. Die Sentenz »Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet« bedeutet dann, dass in der Entscheidung über den Ausnahmezustand sich allererst zeigt, wer Souverän ist. Das kann der herrschende sein, aber auch ein anderer.

Die Erweiterung der Logik des Ausnahmezustandes ins Revolutionäre verändert freilich deren Statik. Ihr archimedischer Punkt kann nicht länger in der Verteidigung der je bestehenden Rechtsordnung liegen. Stattdessen rückt die dezisionistische Entscheidung in den Mittelpunkt. Schmitt hat diese Konsequenz klar formuliert: „Auch die Rechtsordnung, wie jede Ordnung, beruht auf einer Entscheidung und nicht auf einer Norm.“⁵¹ Die Entscheidung, die damit in das Zentrum des Ausnahmezustandes tritt, ist nicht mehr die Entscheidung eines herrschenden Souveräns oder seines Konkurrenten, sondern eine, die sich auch im Wechsel der Rechtsordnungen durchhält, also letztlich eine anonyme Entscheidung, eine Entscheidung »an sich«. Schmitt deutet an, dass eine derartige Legitimation letztlich „paradox“⁵² ist. So verwundert es nicht, dass eine Entscheidung, die selbst die Grundlage schafft, auf der sie sich legitimiert, als der „circulus vitiosus“⁵³ einer

well als eine „Durchbrechung des rechtlichen Zusammenhangs“ (Schmitt, *DD*, S. 138) beschrieben, die mit „juristischen Kategorien (...) überhaupt nicht zu fassen“ (*ebd.*) sei. Nun ist dieser Vorgang für Schmitt mit juristischen Kategorien durchaus zu fassen.

⁵¹ Schmitt, *PT*, S. 16. Theoriegeschichtlich rekurriert Schmitt an dieser Stelle auf die Staatslehre Thomas Hobbes. Der „klassische Vertreter des (...) dezisionistischen Typus“ (*ebd.*, S. 44) habe bereits die bestimmende Bedeutung der staatlichen Entscheidung für die Rechtsordnung erkannt und auf eine, der Schmittschen Antithese von Norm und Entscheidung vergleichbare Formulierung gebracht: „Autoritas, non veritas facit legem (Leviathan, Kap. 26).“ (*Ebd.*)

⁵² *Ebd.* Ein schönes Beispiel für das Paradox einer Legitimation, die sich durch sich selbst rechtfertigt, hat Schmitt bereits in *Die Diktatur* geliefert: „Dem Gesetz, das seinem Wesen nach ein Befehl ist, liegt eine Entscheidung über das staatliche Interesse zugrunde, aber das staatliche Interesse besteht erst dadurch, dass der Befehl ergeht.“ (Schmitt, *DD*, S. 23)

⁵³ Hofmann, *Legitimität*, S. 69. Hasso Hofmann hat die paradoxe Zirkularität der souveränen Entscheidung klar gesehen. „Einerseits ist also das bloße Dass der Entscheidung Mittel zu dem zweistufigem Zweck der Rechts-Ordnung als einem je vorgegebenen formalen Zweck, und andererseits muss die Entscheidung eben diesen Zweck im absoluten Ausnahmezustand erst konkret setzen.“ (*Ebd.*, S. 77) Allerdings ist Hofmann der Auffassung, dass sich der Zirkel am Ende doch in die „Irrationalität

„Position der Rechtsfindung durch Rechtsschaffung“⁵⁴ beschrieben wurde.⁵⁵

der konkreten, dezisionistischen Zwecksetzung im absoluten Ausnahmezustand“ (*ebd.*) auflöst. Dadurch werde „die endgültige Abwendung von dem ursprünglichen, dialektischen Ansatz vollzogen“ (*ebd.*).

⁵⁴ Waechter, *Einheit*, S. 56. Kay Waechter hat die souveräne Entscheidung als dialektisches Verhältnis von Recht und Macht beschrieben. Sie stelle „eine Dialektik zwischen Recht und Macht her, die (...) durch den Sprung in die Entscheidung das Recht durch die Macht begründet, ohne dass dabei die Macht die Legitimation aus dem Recht verlieren würde“ (*ebd.*). Ähnlich auch Rita Bischof: Die Souveränität „ist das schlechthin Irrationale und doch auf eine vernünftige Ordnung bezogen. Sie ist mit einem Wort der selbst nicht vernünftige Ursprung rationaler Ordnungsformen.“ (Bischof, *Souveränität*, S. 220)

⁵⁵ Es ist natürlich oft versucht worden, den Zirkel der souveränen Entscheidung aufzulösen – meist in Richtung einer machtorientiert interpretierten, irrationalen Rechtssetzung. So resümiert Hasso Hofmann, nachdem er die dialektische Interpretation des Ausnahmezustandes zugunsten einer irrationalen aufgegeben hat: Die „Überlegenheit des Staates über Rechtsordnung und Chaos beruht einzig und allein auf seiner bloßen Existenz als faktischer Machtorganisation. (...) Mittels absoluter Dezsion wird bestimmt, was Recht, was Unrecht ist“ (Hofmann, *Legitimität*, S. 68). Die ganze Konstruktion sei „nur auf logische und folglich inhaltsleere Vorrangigkeit des Rechts gegründet“ (*ebd.*) und beweise dadurch „seinen wahren, rein machtstaatlichen Charakter“ (*ebd.*). Ähnlich argumentiert auch Wolfgang Schluchter: „Weil der Zuständige entschieden hat, ist die Entscheidung richtig. Zuständig ist aber immer der, der die Macht hat: Auctoritas, non veritas facit legem. Weil er die Macht hat, kann er bestimmen, wann der Ausnahmezustand vorliegt, und weil er dies vermag, beherrscht er ihn und ist deshalb souverän.“ (Schluchter, *Entscheidung*, S. 230) Es wurde auch versucht, das Paradox durch die Fokussierung auf die Subjektivität der Souveränität aufzulösen. Im Zentrum steht dann der Entscheidungen treffende Souverän, der Sinn seiner Entscheidungen wird zweitrangig. Waldemar Gurian (unter dem Pseudonym Paul Müller) hat dafür die erste Formulierung gefunden: „Die Entscheidung als solche ist entscheidend.“ (Müller, *Entscheidung*, S. 571) Karl Löwith spricht dann von der „Entscheidung für die Entschiedenheit“ (Löwith, *Dezsionismus*, S. 44), Christian Krockow später vom „Rückzug auf das bloße Dass der Entscheidung“ (Krockow, *Entscheidung*, S. 60) und Hofmann von der „Irrationalität der bloßen Entscheidung um ihrer selbst willen“ (Hofmann, *Legitimität*, S. 78). Wieder eine andere Variante sieht in der Bewährung der Macht den Kern der souveränen Entscheidung über den Ausnahmezustand. „Die faktische »Normalität« einer politischen Ordnung erweist sich so als das Vermittelnde zwischen souveräner Entscheidung und normativer Regelung. Juridische und außerjuridische Normen, deren An-Sich-Geltung Schmitt aufs schärfste bestreitet, haben einen Sinn nur als Strukturmomente einer gegebenen Ordnung, die ihrerseits gegründet ist auf den Willen und die Fähigkeit zur politischen Selbstbehauptung in der stets möglichen Krise.“ (Bielefeldt, *Kampf*, S. 30) Oder erneut Waldemar Gurian: „Das Entscheidende der Entscheidung ist, wenn ich mich so ausdrücken darf, dass ihre Norm die Kraft der Bewährung und Durchsetzung ist.“ (Müller, *Entscheidung*, S. 570). Nicht ohne Originalität ist in diesem Zusammenhang Volker Neumanns historische Anwendung der Souveränitätsdefinition: „Wäre der Kapp-Putsch erfolgreich gewesen, dann hätte sich eben Kapp als der Souverän erwiesen.“ (Neumann, *Bürgerkrieg*, S. 61)

Auf der Suche nach der legitimen Souveränität

Schmitt bietet in *Politische Theologie* neben juristischen Überlegungen auch theologische und soziologisch-politische Betrachtungen zum Souveränitätsbegriff. Das geschieht im Kontext einer Methode, die eine Parallelisierung von Begriffsreihen vornimmt. Dabei werden die staatsrechtlichen Begriffe, mit deren Hilfe eine bestimmte Epoche ihre gesellschaftliche Verfassung reflektiert mit den wesentlichen theologischen und philosophischen Begriffen derselben Epoche in Relation gesetzt. Das weitere Vorgehen besteht dann darin, dass „hinausgehend über die an den nächsten praktischen Interessen des Rechtslebens orientierte juristische Begrifflichkeit, die letzte, radikal systematische Struktur gefunden und diese begriffliche Struktur mit der begrifflichen Verarbeitung der sozialen Struktur einer bestimmten Epoche verglichen wird.“⁵⁶ Nach Schmitt offenbart der Vergleich jeweils eine homologe Semantik. „Das metaphysische Bild, das sich ein bestimmtes Zeitalter von der Welt macht, hat dieselbe Struktur wie das, was ihr als Form ihrer politischen Organisation ohne weiteres einleuchtet“⁵⁷. Die politischen Begriffe befinden sich – anders gespro-

⁵⁶ *Ebd.*, S. 59. Eine Analogisierung von Theologie und Politik findet sich nach der Französischen Revolution bei vielen politischen Autoren, so etwa bei de Bonald und de Maistre (Siehe dazu: Beneyto, *Apokalypse*, S. 132), als allgemeiner Topos aber auch bei anderen (Siehe: Ottmann, *Theologie*, S. 170).

⁵⁷ Schmitt, *PT*, S. 59/60. Schmitt grenzt sein Vorgehen im gleichen Maße von spiritualistischen wie von materialistischen Reduktionen ab. Während die spiritualistische Methode die Wirklichkeit aus der Idee und die materialistische die Idee aus der Wirklichkeit erkläre, will Schmitt im Bereich der Ideen verbleiben. Sein Vergleich von Metaphysik und Staatsvorstellung solle je „zwei geistige, aber substantielle Identitäten“ (*ebd.*, S. 59) aufweisen. Für eine spiritualistische Methode biete „die politische Theologie der Restaurationszeit eine vortreffliche Illustration. Denn die gegenrevolutionären Schriftsteller erklärten die politischen Änderungen aus einer Änderung der Weltanschauung und führten die französische Revolution auf die Philosophie der Aufklärung zurück.“ (*Ebd.*, S. 56) Als Beispiel einer materialistischen Methodik gilt Schmitt die marxistische Geschichtsphilosophie, welche die These vom Einfluss der Verhältnisse auf die Idee „ins Ökonomische radikalisiert und systematisch ernst genommen (hat), indem auch für die politischen und sozialen Änderungen ein Zurechnungspunkt gesucht und im Ökonomischen gefunden wird.“ (*Ebd.*) Beide Verfahren verfallen bei Schmitt einer, wohl an Hegels Polemik gegen das Erklären geschulten, lächerlich machenden Kritik. „Die spiritualistische Erklärung materieller Vorgänge und die materialistische Erklärung geistiger Phänomene suchen beide ursächliche Zusammenhänge zu ermitteln. Sie stellen erst einen Gegensatz zweier Sphären auf und lösen dann, durch die Reduzierung des einen auf das andere, diesen Gegensatz wieder in ein Nichts auf, ein Verfahren, das mit methodischer Konsequenz zur Karikatur werden muss.“ (*Ebd.*, S. 57) Schmitt hält als Bei-

chen - im Sinne einer „genealogische(n) Hermeneutik“⁵⁸ in Abhängigkeit von den theologischen⁵⁹ und metaphysischen.

Für den Begriff der Souveränität führt Schmitt seine Methodik anhand von vier Paaren staatlicher und metaphysischer Begrifflichkeit durch. Er beginnt mit dem Begriffspaar von Theismus und Monarchie. Die Entsprechung von Theologie und politisch-sozialer Welt hätte hier im Nebeneinander eines der Welt transzendenten, allmächtigen, sie regierenden Gottes und einer Staatsvorstellung bestanden, die den Souverän als der Gesellschaft transzendente, persönliche und omnipotente Macht darstelle. Die beide Weltbilder, die im 17. und 18. Jahrhundert die herrschenden gewesen sein sollen, haben nach Schmitt auf der einen Seite „den Souverän als eine persönliche Einheit und letzten Urheber“⁶⁰ begriffen und auf der anderen Seite eine strenge Gottes-herrschaft - „ein einziger Gott regiert die Welt.“⁶¹ – impliziert. In der Parallele von göttlichem Wunder und staatlichem Ausnahmezustand soll die Analogie in diesem Fall besonders prägnant ablesbar sein⁶². Denn bei beidem handele es sich um Äußerungsformen, in denen sich eine Autorität betätigt, die der Welt transzendent ist und deren Sinn dem Planen der Menschen letztlich unverständlich bleibe.

Vom Theismus hebt Schmitt ein anderes theologisches Weltbild ab: den Deismus. Hier sei eine Gottesvorstellung zu beobachten, die jedes direkte Eingreifen in das Weltgeschehen negiere. Schmitt parallelisiert

spiel einer derartigen Karikatur den Versuch bereit, Hegels Philosophie aus den Kontemplationsmöglichkeiten eines von materieller Arbeit entlasteten Universitätsgelehrten zu erklären oder Kelsens Rechtslehre aus dem relativistischen Überlegenheitsgefühls eines unter wechselnden Regierungen arbeitenden Juristen. (*Ebd.*, S. 58) Mehr als ein sozial-psychologisches Portrait käme dabei nicht heraus.

⁵⁸ Ottmann, *Theologie*, S. 173.

⁵⁹ „Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe.“ (Schmitt, *PT*, S. 49) Ernst-Wolfgang Böckenförde hat drei mögliche theoriestrategische Motive für eine derart politisch-theologische Parallelisierung unterschieden. Das erste Motiv betrifft am ehesten die hier erörterte und meint den „Vorgang der Übertragung theologischer Begriffe auf den staatlich-juristischen Bereich“ (Böckenförde, *Theologie*, S. 19). Davon zu unterscheiden seien nach Böckenförde eine politische Theologie als religiöse Legitimation des Staates oder als politisches Engagement im Sinne der Offenbarung (siehe *ebd.*, S. 19 ff.).

⁶⁰ Schmitt, *PT*, S. 60.

⁶¹ *Ebd.*, S. 61.

⁶² „Der Ausnahmezustand hat für die Jurisprudenz eine analoge Bedeutung wie das Wunder für die Theologie.“ (*Ebd.*, S. 49) Zur Bedeutung der Analogisierung von Ausnahmezustand und Wunder in Schmitts politischer Theologie siehe: Hernandez Arias, *Donoso*, S. 106 ff.

das mit der konstitutionellen Monarchie, die den Monarchen über einen Staat stellt, der jedoch von anderen Personen nach Prinzipien des Rechts regiert wird. Der „liberale Konstitutionalismus versucht, den König durch das Parlament zu paralysieren, ihn aber doch auf dem Thron zu lassen, also dieselbe Inkonsequenz, die der Deismus begeht, wenn er Gott aus der Welt ausschließt, aber doch an seiner Existenz festhält.“⁶³ Entscheidend sei, dass damit jedes ausnahmsweise Eingreifen einer souveränen Instanz gedanklich unmöglich werde, also gerade das verschwinden müsse, was Schmitt als Kennzeichen der Souveränität herausgearbeitet hat. „Denn die Idee des modernen Rechtsstaates setzt sich mit dem Deismus durch, mit einer Theologie und Metaphysik, die das Wunder aus der Welt verweist und die im Begriff des Wunders enthaltene, durch einen unmittelbaren Eingriff eine Ausnahme statuierende Durchbrechung der Naturgesetze ebenso ablehnt wie den unmittelbaren Eingriff des Souveräns in die geltende Rechtsordnung.“⁶⁴ Mit einem Satz: „Der Rationalismus der Aufklärung verwarf den Ausnahmefall in jeder Form.“⁶⁵

Schmitt analysiert die deistische Theologie und den liberalen Konstitutionalismus in deutlich pejorativem Ton. Es ist nicht zu verkennen, dass er die klassische Souveränität, die der absoluten Monarchie, als die echte Souveränität im Sinne seines Begriffs begutachtet. Die Untersuchung der weiteren historischen Parallelitäten bestätigt das noch, denn das diagnostizierte Verschwinden des Souveräns setzt sich in der dritten Form von Analogie, die Schmitt untersucht, fort. Sie findet sich im 19. Jahrhundert und steht unter dem Zeichen des naturwissenschaftlichen Weltbildes mit seiner Vorstellung eines nach rein sachlichen Gesetzen funktionierenden Weltganzen. Dem korrespondiere auf staatlicher Seite die Annahme eines nach unpersönlichen Rechtsprinzipien funktionierenden Staatswesens. Hier erscheinen Welt und Staat für Schmitt letztlich als Automaten, die jedes personalen, außergesetzlichen Eingreifens entbehren. „Die generelle Geltung eines Rechtssatzes wird mit der ausnahmslos geltenden Naturgesetzlichkeit identifiziert. Der Souverän, der im deistischen Welt-

⁶³ Schmitt, *PT*, S. 75/76.

⁶⁴ *Ebd.*, S. 49.

⁶⁵ *Ebd.*

bild, wenn auch außerhalb der Welt, so doch als Monteur der großen Maschine geblieben war, wird radikal verdrängt. Die Maschine läuft jetzt von selbst. (...) Dadurch geht das dezisionistische und personalistische Element des bisherigen Souveränitätsbegriffes verloren“⁶⁶

Die vierte und letzte Parallelität präsentiert Schmitt anhand der Utopien der modernen revolutionären Bewegungen des Sozialismus und Anarchismus. Bei diesen steigere sich der Gedanke des Automatismus ins Moralische, es entsteht ein reiner Weltimmanentismus, eine „Vorstellung vom Leben, das kraft seiner natürlichen Richtigkeit die richtigen Formen von selbst aus sich selbst schafft.“⁶⁷ Wichtig sei, dass der Staat in dieser Vorstellung letztlich verschwinde, „weil das Richtige sich von selbst ergibt“⁶⁸, und damit jede Möglichkeit souveräner Entscheidung, vom Ausnahmezustand gar nicht zu reden. Mit beidem verschwänden auch Metaphysik und Theologie. „Die große Linie der Entwicklung geht zweifellos dahin, dass bei der Masse der Gebildeten alle Vorstellungen von Transzendenz untergehen und ihnen entweder ein mehr oder weniger klarer Immanenz-Pantheismus oder aber eine positivistische Gleichgültigkeit gegen jede Metaphysik evident ist.“⁶⁹

Die »Soziologie der Souveränitätsbegriffe« führt Schmitt zu einer Verfallsgeschichte staatlicher Souveränität. Der Weg von der theokratischen Monarchie zum modernen Sozialismus ist für ihn ein Weg der Verabschiedung der Souveränität. Betrachtet man dieses Ergebnis vor dem Hintergrund der postulierten allgemeinen Anwendbarkeit der Souveränitätsdefinition, dann legt dieser Befund den Schluss nahe,

⁶⁶ *Ebd.*, S. 62.

⁶⁷ *Ebd.*, S. 81.

⁶⁸ *Ebd.*, S. 84.

⁶⁹ *Ebd.*, S. 64. Auch Donoso Cortes hat die These vertreten, dass „zwischen Politik und Religion eine absolut notwendige Beziehung besteht“ (Donoso, *Europas*, S. 219) und vier Paare politisch-theologischer Parallelen konzipiert, die sich weitgehend mit den Schmittschen decken. Donoso geht zunächst vom Idealfall einer Religion aus, die einen persönlichen und allmächtigen Gott ins Zentrum der Schöpfung setzt und der die absolute Monarchie im weltlichen Staat entspricht. Dem setzt er drei Paare entgegen, in denen sich die Negation von Gott und Monarchie schrittweise steigert. Als erste Negation tritt die Parallele von Deismus und Parlamentarismus mit der Leugnung der Vorsehung einerseits, der Ablehnung einer königlichen Regierung andererseits auf. Danach folgen Pantheismus und Demokratie - die Macht von Religion und Politik wird entpersonalisiert - und schließlich Atheismus und Anarchismus, die Abschaffung Gottes und der Regierung. (Siehe: *Ebd.*, S. 220 ff.) Siehe dazu auch: Hernandez Arias, *Donoso*, S. 191 ff.

dass die generelle Gültigkeit der Definition in der Durchführung nicht im gleichen Maße wirksam wird, weil die theologischen und metaphysischen Prinzipien vieler Epochen dem entgegenstehen. Allein die theokratische Monarchie kann sich in der Schmittschen Darstellung zur staatsrechtlichen Ausnahme und zur dezisionistischen Entscheidung bekennen, alle anderen Staatsformen müssen das ablehnen. Aus dem Wissen, dass andere sich den gewünschten Konsequenzen verweigern, kann Schmitts Theorie der Souveränität deshalb durchaus als eine Parteinahme für die theokratische Monarchie gelesen werden.

Monarchie ohne König

Obgleich die Schmittsche Verfallsgeschichte staatlicher Souveränität eine Parteinahme für die theokratische Monarchie nahe legen würde⁷⁰, ist in *Politische Theologie* kein Plädoyer für deren Wiederherstellung zu finden. Das hat einen einfachen Grund. Schmitt hält das Verschwinden der Monarchie für definitiv. Er glaubt, „dass die Zeit der Monarchie zu Ende ist, weil es keine Könige mehr gibt“⁷¹. Diese Diagnose teilt er mit dem spanischen Gegenrevolutionär Donoso Cortes. Anders als die Konterrevolutionäre de Bonald und de Maistre, die an einer Restituierung der Monarchie arbeiteten und eine neue Legitimität der Monarchie suchten, um die Bewegung der Revolution umzukehren⁷², hielt Donoso eine Erneuerung der Monarchie für unmöglich, da ihr das theologische Fundament entzogen worden war⁷³.

⁷⁰ Eine implizite Parteinahme für die Monarchie könnte auch aus der Darstellung des restaurativen Königtums im Frankreich der Jahre 1814 bis 1830 herausgelesen werden, die Schmitt in *Die Diktatur* präsentiert hat. Wie er dort ausführt, hätte dieses Königtum in seinen Ausnahmefugnissen „nicht etwa eine kommissarische Ermächtigung für den Notfall, sondern einen Ausdruck ihrer Souveränität“ (Schmitt, *DD*, S. 193) gesehen. Bemerkenswerterweise findet sich an dieser Stelle in *Die Diktatur* auch eine Vorformulierung der Souveränitätsdefinition aus *Politische Theologie*: „Ist Souveränität wirklich staatliche Allgewalt, (...) so ergreift die rechtliche Regelung immer nur den berechenbaren Inhalt der Ausübung, niemals die substantielle Fülle der Gewalt selbst. Die Frage, wer über sie, d.h. den rechtlich nicht geregelten Fall entscheidet, wird die Frage nach der Souveränität.“ (*Ebd.*, S. 194)

⁷¹ Schmitt, *PT*, S. 83.

⁷² Siehe dazu: Eisfeld, *Maistre*, S. 107 ff.

⁷³ „Die Monarchie göttlichen Rechts endigte mit Ludwig XVI. auf dem Schafott, die Monarchie des Ruhmes endigte mit Napoleon auf einer Insel. Die erbliche Monar-

Gleichwohl sah Donoso keinen Anlass für Resignation und entwickelte eine politische Position, die Schmitts Interesse weckte, weil sie einen Ausweg aus dem Dilemma bot, nach dem Ende der Monarchie für diese streiten zu müssen.

Donosos politisches Weltbild bewegt sich im Spannungsfeld von Politik und Religion. Politische Antriebe und religiöse Vorstellungen sind für ihn die beiden wesentlichen Kräfte, die auf den Menschen einwirken können, wobei die Existenz schwacher politischer Antriebe auf starke religiöse schließen lässt. Diese Relation gilt bei Donoso freilich auch in umgekehrter Richtung. Den Zusammenhang hat er im Bild zweier Thermometer illustriert. „Geht das religiöse Thermometer in die Höhe, dann sinkt von selbst und eben damit auch das politische Thermometer; fällt aber das religiöse Thermometer, dann steigt sofort und gesetzmäßig auch das politische Thermometer“⁷⁴. Die Geschichte der christlichen Welt begreift Donoso vor diesem Hintergrund als die Geschichte des Fallens des religiösen und des Steigens des politischen Thermometers. Am Beginn stehe die Gemeinde Jesu. In ihr habe das religiöse Thermometer hohe Werte gezeigt, während das politische Nullwerte einnahm. „Denn die Gesellschaft, die Jesus Christus mit seinen Jüngern begründet hat, ist die einzige Gesellschaft, die eine Regierung nicht nötig hatte und eine Regierung auch nicht geschaffen hat.“⁷⁵ Danach, in der Zeit, die Donoso als apostolische etwas weiter ausdehnt als üblich, nämlich bis zu Konstantin dem Großen, sieht er einen „Keim religiöser Willkür“⁷⁶ entstehen. Diesem schwachen Absinken des religiösen Thermometers habe ein Ansteigen des politischen entsprochen, das Donoso in der Einführung eines „Schieds- und

chie endigte mit Karl X. in der Verbannung, und soeben ist nun mit Louis Philippe auch die letzte Monarchie zugrunde gegangen, die überhaupt noch möglich war: die Monarchie der Klugheit.“ (Donoso, *Rede*, S. 187/188) In der ihm eigenen theologischen Dramatik lässt Donoso diese Entwicklung sogar als Gottes Ratschluss, das Ende der Monarchie als Produkt der Vorsehung erscheinen: „(...) die Februarrevolution kam plötzlich und unvermutet wie der Tod. Was war geschehen? Gott hatte über die französische Monarchie das Verdammnisurteil gesprochen. Diese hatte sich vergebens bemüht, den Umständen der Zeit Rechnung zu tragen. Es war umsonst. Es half ihr nichts. Ihre Verurteilung war in letzter Instanz ausgesprochen. Ihr Untergang war endgültig besiegelt.“ (*Ebd.*, S. 187)

⁷⁴ *Ebd.*, S. 195.

⁷⁵ *Ebd.*, S. 197. Sie dazu auch Donoso, *Essay*, S. 32 ff.

⁷⁶ Donoso, *Rede*, S. 197.

Friedensrichters“⁷⁷ in den Gemeinden verortet. Auf dem Weg des Anstiegs des politischen Thermometers folgt für Donoso als nächstes die feudale Monarchie, „die schwächste aller Monarchien“⁷⁸, dann im Zuge der lutherischen Reformen, die absolute. Danach habe sich der Staat durch die Schaffung der stehenden Heere weiter intensiviert. „Denn schon genügte es den Regierungen nicht mehr, absolut zu sein. Sie verlangten mehr, und sie gewannen das Privilegium, nicht nur absolut zu sein, sondern auch noch eine Menge Soldaten, eine Million Arme und Fäuste für sich in Bewegung zu setzen.“⁷⁹ Dem folgte die Einführung der Polizei, „eine(r) Million Augen“⁸⁰, der zentralisierten Verwaltung, „eine(r) Million Ohren“⁸¹. Die Entstehung der technisierten Moderne schließlich habe das politische Thermometer auf seinen Höchststand gebracht. „Uns genügen weder die Million Fäuste, noch die Million Augen, noch auch die Million Ohren. Wir brauchen mehr. Wir brauchen jetzt vor allem das Recht, uns an allen Ecken und Enden zur selben Stunde einzufinden und uns überall und gleichzeitig Ansehen und Geltung zu verschaffen. Und siehe - sie erlangten auch dieses Privileg. Denn der Telegraph wurde erfunden.“⁸² Der Expansionsgeschichte des Staates habe jeweils die Verfallsgeschichte des religiösen Lebens entsprochen. In seiner Zeit sah Donoso das Ende der Religion gekommen und das Politische ins Unermessliche gesteigert. Es bestehe die Gefahr der großen, Welt umfassenden Herrschaft, es „sind die Wege geebnet für einen Tyrannen, der überall eingreift und alles an sich reißt. Es ist schon alles für ihn vorbereitet.“⁸³

Im Rahmen der Thermometertheorie wäre es folgerichtig, in der Wiederherstellung der Religion ein Mittel zu erkennen, das die politische Tyrannei verhindert. Donosos scheint auch in diese Richtung zu zielen: „Jawohl, meine Herren, jetzt haben wir zu wählen! Von zwei Möglichkeiten - die eine oder die andere. Entweder kommt jetzt der

⁷⁷ *Ebd.*, S. 198.

⁷⁸ *Ebd.*

⁷⁹ *Ebd.*, S. 199.

⁸⁰ *Ebd.*

⁸¹ *Ebd.*

⁸² *Ebd.*, S. 200.

⁸³ *Ebd.*, S. 202.

religiöse Aufschwung, oder er kommt nicht.“⁸⁴ Falls er kommt, so schließt Donoso, wird das politische Thermometer wieder sinken, wenn aber nicht, dann sieht er die Welt im Widerstreit von Revolution und Konterrevolution versinken. „Wenn aber die Macht der religiösen Einwirkung - so wie heute - beseitigt und völlig verschwunden ist, dann, meine Herren, wird jede Regierung außerstande sein, den gestellten Anforderungen zu genügen. Dann, meine Herren, dann wird selbst der Despotismus versagen; dann wird auch dieser dem wachsenden Sturme nicht mehr gewachsen sein.“⁸⁵ Donoso empfiehlt seiner Zeit also die religiöse Erneuerung. Darin könnte seine Position ihren Abschluss finden. Doch Donoso endet nicht mit einer entsprechenden Empfehlung. Stattdessen verblüfft er mit einer eigentümlichen Wende und behauptet, das Wiedererwecken des religiösen Lebens sei zwar möglich, aber nicht wahrscheinlich. „Ist denn ein derartiger Umschwung überhaupt noch möglich? O ja, meine Herren, er ist möglich. Aber ist er denn auch wahrscheinlich? Und hier meine Herren, bin ich gezwungen, Ihnen ein Bekenntnis abzulegen, ein Bekenntnis, das meine Seele mit dem tiefsten Schmerze erfüllt. Denn ich muss Ihnen bekennen: Nein, meine Herren, ich glaube nicht an die Wahrscheinlichkeit einer derartigen Umkehr; (...) Ich habe zwar schon viele Individuen gesehen, die vom Glauben abgefallen waren, aber den verlassenen Heilsweg des Glaubens schließlich doch wieder gefunden haben. Aber ich habe noch niemals ein Volk gesehen, das wieder zum Glauben zurückgekehrt wäre, nachdem es ihn preisgegeben hatte.“⁸⁶ Donoso schlägt das nahe liegende Votum für eine religiöse Erneuerung also aus. Er hält sie für unmöglich. Stattdessen zieht er seine Zuhörer in einen Strudel apokalyptischer Erwartung. Im Grunde müsste ihn die diagnostizierte Unwahrscheinlichkeit des religiösen Wandels zum Verstummen bringen, da jedes Mittel gegen die politischen Verhältnisse unbrauchbar geworden ist. Doch Donoso verstummt nicht, er findet trotz allem noch zu einer Position. Zwar sei die Wahl zwischen Freiheit und Diktatur nicht mehr möglich, weil der Weg zur Freiheit durch das Ende der Religion verstellt ist, aber auch

⁸⁴ *Ebd.*, S. 200.

⁸⁵ *Ebd.* S. 201.

⁸⁶ *Ebd.*, S. 202/203.

die Unausweichlichkeit der absoluten Herrschaft des Staates enthält für ihn noch eine Handlungsoption. „Heute ist nur eines noch möglich. Möglich ist heute nur noch die Entscheidung zwischen der Diktatur der Empörung und der Diktatur der Regierung (...) zwischen der Diktatur des Dolches und der Diktatur des Säbels.“⁸⁷ Donoso entscheidet sich für die letztere. „Sobald ich aber vor diese Alternative gestellt werde, meine Herren, dann entschieße ich mich für die Diktatur der Regierung, einfach deshalb, weil diese weniger drückend und weniger schimpflich ist“⁸⁸, weil sie „aus helleren und reineren Regionen“⁸⁹, „weil sie vornehmer und weil sie ehrenvoller ist“⁹⁰.

Die Rechtfertigung der Diktatur, die Donoso vorlegt, unterliegt offensichtlich einem Zwiespalt. Einerseits folgt sie der Diagnose, dass die Gesellschaft von Gott abgefallen ist und das politische Thermometer deshalb bis in die Höhe der politischen Tyrannis steigen wird, dem absoluten Gegenteil von Donosos religiösem Gesellschaftsideal. Eine Wende der Entwicklung ist ausgeschlossen. Auf der anderen Seite aber ist Donoso der Überzeugung, sich für die Freiheit entscheiden zu müssen, also gerade für das vollkommen Verlorene. Im Rahmen seiner Analysen ist eine solche Entscheidung freilich nicht mehr zu rechtfertigen. Donoso enthebt sich dem Zwiespalt, indem er seine Entscheidung im Rückzug auf reine Überzeugungen trifft, mit Gründen, die nur mehr in Metaphern und Allegorien einen Bezug zu seiner politisch-theologischen Theorie herzustellen vermögen⁹¹. Schmitt hat deshalb davon gesprochen, dass Donoso eine „anspruchsvolle moralische Entscheidung“⁹² getroffen habe, die zugleich eine „nicht rasonierende

⁸⁷ *Ebd.*, S. 208/209.

⁸⁸ *Ebd.*, S. 208.

⁸⁹ *Ebd.*

⁹⁰ *Ebd.*, S. 209.

⁹¹ Man kann dieses Ende der Rechtfertigungen auch im Sinne einer katechontischen Theologie interpretieren: „Zuletzt fällt aber selbst die Diktatur Donosos Geschichtspessimismus anheim, indem er ihr keinen politischen Auftrag geben kann, sondern nur die negative Aufgabe, Katechon, Aufhalter des nahen Endes, zu sein.“ (Münkler, *Donoso*, S. 287) Zur Bedeutung des Katechon in Schmitts Werk siehe Laska, *Katechon*, S. 34 ff. und Grossheutschi, *Katechon*. Insbesondere Grossheutschis eingehende Analyse zeigt freilich, dass der Begriff gerade durch eine historisch-philologische Untersuchung jene Aussagekraft verliert, die seine metaphorische Verwendung bei Schmitt auszeichnet.

⁹² Schmitt, *PT*, S.83.

und nicht diskutierende, sich nicht rechtfertigende, also aus dem Nichts geschaffene absolute Entscheidung“⁹³ sei. Allein mit dieser Gleichzeitigkeit von Moral und Irrationalität habe er seine Entscheidung noch begründen können, eine Entscheidung, die am Ende freilich eine absurde wird. Letztlich ist Donosos Position eine Verzweiflungsposition.⁹⁴

⁹³ *Ebd.* In der theologischen Färbung des Dezisionismus Donosos wird gelegentlich der wesentliche Unterschied zum Hobbesschen Dezisionismus gesehen. So fordere Hobbes, „dass die Sinn vermittelnde Religion dem Schutz gewährenden Staat - und nicht umgekehrt - unterzuordnen ist. Demgegenüber hat Donoso den Mythos einer Entscheidungsschlacht zwischen den christlich-konservativen Kräften der Ordnung und den antichristlich-sozialistischen Kräften der Anarchie ins Zentrum seiner Theorie gestellt und dazu aufgerufen, (...) sich den christlichen Kräften anzuschließen.“ (Münkler, *Schmitt*, S. 352. Siehe dazu auch: Maschke, *Zweiseitigkeit*, S. 193 ff.)

⁹⁴ Luis Díez del Corral hebt in seiner Interpretation der politischen Position Donosos den dilemmatischen Charakter der Entscheidung hervor, wenn auch die vollkommene Hoffnungslosigkeit gemildert ist. Zudem spielt del Corral Donosos Dezisionismus gegen dessen »anspruchsvolle moralische Entscheidung« aus. „Weil er (d.i. Donoso; U.H.) die vom Liberalismus gebotene Ordnung für unzulänglich hielt und an ihr unzweideutige Symptome der Auflösung entdeckte, verfocht er die Wiederherstellung einer auf feste religiöse Prinzipien gegründeten Ordnung; diese führt bei ihrer historischen Konkretisierung zu einem qualvollen Dilemma; und gerade deshalb bedarf es des ganzen Gewichts der Dezision. Aber Dezision im Sinne Donosos bedeutet nicht eine vom menschlichen Willen geschaffene Ordnung, sondern eine um so unbedingtere Unterwerfung unter die »Ordnung«, je höher sie über dem Willen steht; Dezision bedeutet hier etwas völlig anderes als das willkürliche Wählen zwischen zwei auf der selben Ebene liegenden Möglichkeiten; es geht um die Anerkennung, nicht um die Proklamation einer an sich bestehenden und den Menschen transzendenten Ordnung.“ (Corral, *Liberalismus*, S. 339)

Schluss

Schmitts Dezisionismus versucht der normativ nicht ableitbaren Entscheidung einen rechtlichen Sinn abzugewinnen. Die Verneinung der Norm ist ihm ein Modus der Bejahung des Rechts. Das widersprüchliche Verhältnis der dezisionistischen Entscheidung zum Recht, das einem genaueren Blick auf die einschlägigen Formulierung auffällt, ist also keine Inkonsistenz der Theorie, sondern Programm, die Gleichzeitigkeit von Normirrationalität und Rechtsbindung Teil des Konzepts. Die Strategie kann in allen Phasen der Entstehung des Dezisionismus beobachtet werden und sie wird vor diesem Hintergrund auch und besonders deutlich in *Politische Theologie*, der Schrift, die den Dezisionismus terminologisch begründete. Schmitts Begriffsbildungen versuchen jeweils, die Schwierigkeiten eines Vorhabens, dass normative Indifferenz mit juristischem Gehalt kombiniert, in den Griff zu bekommen. Für verschiedene Bereiche des Rechts werden juristische Kategorien entwickelt, die die Kluft zwischen Normverneinung und Rechtsbejahung überbrücken sollen. Sowohl das Postulat der Rechtsbestimmtheit aus *Gesetz und Urteil*, als auch die Aufgabe der Rechtsverwirklichung in *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* und schließlich die Dialektik der Rechtsverwirklichung, verkörpert in den Begriffen kommissarischer und souveräner Diktatur in *Die Diktatur* und im souveränen Ausnahmezustand von *Politische Theologie*, stellen Bindeglieder zur Verfügung, die den Ausfall der Norm als ein rechtliches Phänomen und zugleich als wichtige Eigenschaft des Rechts präsentieren.

Die Durchführung des Programms weckt freilich oft den Eindruck dass die Rechtlichkeit der Dezision am Ende eine nominale bleibt. Sowohl das Postulat der Rechtsbestimmtheit als auch die staatliche

Aufgabe der Rechtsverwirklichung sind abstrakte Prinzipien, die Schmitt rechtlich nur mit Leben erfüllen kann, wenn er sie – wie im Falle der Rechtsbestimmtheit – aus den professionellen Verfahren des modernen juristischen Betriebs herausdestilliert, oder aber – so im Falle der Rechtsverwirklichung – auf das Vertrauen baut, dass das Recht der Macht überlegen sei. Mit dem Anspruch, die Rechtlichkeit der Dezision auch für den Fall konservativer und revolutionärer Ausnahmezustände zu erweisen, nähert sich das Unternehmen dann dem Paradox. Während *Die Diktatur* mit einer Typik von Diktaturformen das Thema dialektischer Rechtsverwirklichung noch problemlos behandeln konnte, weil der historisch-empirische Zugriff Legitimationsfragen ausblendet, verstrickt sich *Politische Theologie* mit der, auch im Wechsel der Rechtsordnung anzuwendenden Rechtfertigung des Ausnahmezustandes im Zirkel einer »Rechtsfindung durch Rechtschaffung« und in der Absurdität einer Entscheidung, die sich nur mehr im Wissen ihrer eigenen Richtigkeit zu rechtfertigen vermag.

Hinter der normfreien Dezision können versteckte Interessen, geschlossene Kompromisse, individuelle Willkür oder, ganz allgemein gesprochen, eine Macht stehen, die sich nicht ausweisen will. Schmitt ignoriert diese Zumutungen ans Recht. Er nimmt sie nur juristisch wahr, als normativ nicht ableitbare, aber eben doch juristische Entscheidungen. Dieses Motiv einer Verrechtlichung des Nicht-Rechtlichen¹ offenbart sich sehr deutlich in Schmitts Reaktion auf ein geflügeltes Wort der zeitgenössischen Jurisprudenz. Es stammt vom Staatsrechtslehrer Gerhard Anschütz und resümiert die rechtliche Bedeutung des so genannten Preußischen Verfassungskonflikts aus den

¹ Auf diese Strategie wirft die Rezeption des Schmittschen Ausnahmezustandes durch Giorgio Agamben ein besonderes Schlaglicht. Agamben ist der Auffassung, dass Schmitt mit der Theorie des Ausnahmezustandes auf Benjamins Begriff der Gewalt aus dem Aufsatz *Zur Kritik der Gewalt* von 1921 geantwortet hat. Benjamin vertritt dort die rechtsphilosophische These, dass jede Recht setzende und jede Recht erhaltende Gewalt, die sich als Mittel für gerechte Zwecke versteht, die intendierte Gerechtigkeit notwendigerweise desavouiert. Er fordert daher eine „Entsetzung des Rechts samt den Gewalten“ (Benjamin, *Kritik*, S. 64) und vertraut die Gerechtigkeit einer „göttliche(n) Gewalt“ (*ebd.*) an. Agamben ist der Auffassung, dass Schmitt diese Art von Gewalt durch seine Theorie des Ausnahmezustandes „in den Rechtskontext zurückholen“ (Agamben, *Ausnahmezustand*, S. 66) wollte – und zwar, um sie „zu neutralisieren“ (*ebd.*), ihr mithin jene revolutionäre Kraft zu nehmen, die sie in Benjamins Konzept einer Abschaffung des Rechts innehat.

sechziger Jahren des 19. Jahrhunderts². „Das Staatsrecht hört hier auf“³ – mit diesen Worten hatte Anschütz die Vorgänge um den Streit und die abschließende Indemnitätsvorlage im Rückblick kommentiert. Für Schmitt bedeutet der Satz einer Kapitulation der Jurisprudenz. Er akzeptiert die Formel nicht. Im Grunde formuliert seine juristische Beschäftigung mit dem Ausnahmezustand, mit den Situationen höchster staatlicher Machtentfaltung die gegenteilige Forderung: das Staatsrecht hört hier nicht auf. Schmitt will noch die klarste Machtfrage allein in juristischen Kategorien verhandeln. Der so gerne als Apologet der Macht betitelte Staatsrechtler ist in Wirklichkeit eher das Gegenteil: ein Fanatiker des Rechts.

² Zum Preußischen Verfassungskonflikt siehe: Huber, *Verfassungsgeschichte*, S. 275 ff.

³ Anschütz, *Lehrbuch* S. 906.

Siglen

In den Fußnoten wurden die folgenden Siglen zur Zitierung verwendet.

DD Carl Schmitt: Die Diktatur, Berlin 1978.

GU Carl Schmitt: Gesetz und Urteil, München 1969.

PT Carl Schmitt: Politische Theologie, Berlin 1985.

WS Carl Schmitt: Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Berlin 2004.

Literatur

Die in den Fußnoten für die Titel verwendeten Kürzel sind im Folgenden durch Kursivdruck hervorgehoben.

Adam, Armin: *Rekonstruktion* des Politischen, Weinheim 1992.

Adler, Max: Die *Staatsauffassung* des Marxismus, Darmstadt 1973.

Agamben, Giorgio: *Ausnahmezustand*, Frankfurt 2004.

Alexy, Robert: Begriff und *Geltung* des Rechts, Freiburg u.a. 1992.

Anschütz, Gerhard; Meyer, Georg: *Lehrbuch* des deutschen Staatsrechts, München u.a. 1919.

Arendt, Hannah: Über die *Revolution*, München 1974.

Balke, Friedrich: Der *Staat* nach seinem Ende, München 1996.

Ball, Hugo: Carl Schmitts *Politische* Theologie, in: Ders., Der Künstler und die Zeitkrankheit, Frankfurt 1988, S. 303-335.

Bendersky, Joseph W.: Carl Schmitt, *Theorist* for the Reich, Princeton University Press, 1983.

Beneyto, José María: *Apokalypse* der Moderne, Stuttgart 1988.

Benjamin, Walter: Zur *Kritik* der Gewalt und andere Aufsätze, Frankfurt 1965.

Bermbach, Udo: *Widerstandsrecht*, Souveränität, Kirche und Staat: Frankreich und Spanien im 16.Jahrhundert, in: Fetscher, Iring; Münkler, Herfried (Hg.): Pipers Handbuch der politischen Ideen, Bd. 3, München 1985, S. 101-162.

- Beyer, Bruno: *Besprechung* der Schrift »Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen« von Carl Schmitt, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 70. Jg. 1. Heft, Tübingen 1914, S. 328-331.
- Biederlack, (ohne Vorname): *Besprechung* der Schrift »Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen« von Carl Schmitt, in: Soziale Kultur, 37. Jg., Mönchengladbach 1917, S. 119-121.
- Bielefeldt, Heiner: *Kampf* und Entscheidung, Würzburg 1994.
- Bischof, Rita: *Souveränität* und Subversion, München 1984.
- Bodin, Jean: *Sechs Bücher* über den Staat, München 1981.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Politische Theorie und politische *Theologie*, in: Taubes, Jakob (Hg.): Der Fürst dieser Welt, München u.a. 1983, S. 16-25.
- Bolsinger, Eckard: Was ist *Dezisionismus* ?, in: Politische Vierteljahresschrift, 39. Jg., Heft 3, Wiesbaden 1998, S. 471-502.
- Bookbinder, Paul: From the other *Judge* to the other German: Carl Schmitt 1910-1936, Brandeis University 1972.
- Bosl, Karl: *Europa* im Aufbruch, München 1980.
- Breuer, Stefan: Nationalstaat und pouvoir constituant bei *Sieyes* und Carl Schmitt, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Vol. LXX, Stuttgart 1984, S. 495-517.
- Brinkmann, Carl: *Besprechung* der Schrift »Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen« von Carl Schmitt, in: Deutsche Literaturzeitung, Jg. 36 Nr. 10, Berlin 1915, S. 520-523.
- Brumlik, Micha: Carl Schmitts theologisch-politischer *Antijudaismus*, in: Wacker, Bernd (Hg.): Die eigentliche katholische Verschärfung, München 1994.
- Burckhardt, Jacob: Die Kultur der *Renaissance*, Stuttgart 1988.
- Corral, Luis Díez del: Doktrinärer *Liberalismus*, Neuwied u.a. 1964.
- Dahlheimer, Manfred: Carl Schmitt und der deutsche *Katholizismus*, Paderborn 1998.

- Dennert, Jürgen: Ursprung und Begriff der *Souveränität*, Stuttgart 1964.
- Donoso Cortes, Juan: *Rede* vom 4. Januar 1849 über die politischen Grundsätze der Gegenwart und die Diktatur, in: Ders.: Briefe, parlamentarische Reden und diplomatische Berichte aus den letzten Jahren seines Lebens (1849-1853), Köln 1950, S. 179-209.
- : Rede vom 30. Januar 1850 über die soziale Frage in Spanien in ihrer Beziehung zur allgemeinen Lage *Europas*, in: Ders.: Briefe, parlamentarische Reden und diplomatische Berichte aus den letzten Jahren seines Lebens (1849-1853), Köln 1950, S. 210-237.
- : *Essay* über den Katholizismus, den Liberalismus und den Sozialismus, Weinheim 1989.
- Doerr, Fr.: *Besprechung* der Schrift »Gesetz und Urteil« von Carl Schmitt, in: Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 73. Bd., Stuttgart 1913, S. 537-539.
- Dreier, Horst: *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie* bei Hans Kelsen, Baden-Baden 1990.
- Eisfeld, Rainer: Joseph de *Maistre* und L.-G.-A. de Bonald, in: Fetscher, Iring; Münkler, Herfried (Hg.): Pipers Handbuch der politischen Ideen, Bd. 4, München 1986, S. 103-114.
- Engisch, Karl: *Einführung* in das juristische Denken, Stuttgart u.a. 1983.
- Fetscher, Iring: Politisches *Denken* im Frankreich des 18. Jahrhunderts vor der Revolution, in: Fetscher, Iring; Münkler, Herfried (Hg.): Pipers Handbuch der politischen Ideen, Bd. 3, München 1985, S. 423-528.
- : *Rousseaus* politische Philosophie, Frankfurt 1975.
- Grahler, Martin: *Antinomisches* Denken und dilemmatische Kontrastdialektik - Warum Carl Schmitt kein Liberaler sein konnte, in: Hansen, Klaus; Lietzmann, Hans (Hg.): Carl Schmitt und die Liberalismuskritik, Opladen 1988, S. 81-91.
- Gross, Raphael: *Carl Schmitt* und die Juden, Frankfurt 2000.

- Grossheutschi, Felix: Carl Schmitt und die Lehre vom *Katechon*, Berlin 1996.
- Gurland, Arkadij: Marxismus und *Diktatur*, Frankfurt 1981.
- Haller, Johannes: *Papsttum* und Kirchenreform, Bd. 1, Berlin 1903.
- Hamacher, Hendrik: Carl Schmitts Theorie der *Diktatur* und der intermediären Gewalten, Neuried 2001.
- Hassemer, Winfried: Rechtssystem und Kodifikation: Die *Bindung* des Richters an das Gesetz, in: Kaufmann, Arthur; Hassemer, Winfried (Hg.): Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg 1985, S. 193-213.
- Heck, Philip: Gesetzesauslegung und *Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1914.
- Hefler, Günter: *Wissenschaftlichkeit* als Einsatz, in: Pircher, Wolfgang: Gegen den Ausnahmezustand, Wien 1999, S. 249-284.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: *Grundlinien* der Philosophie des Rechts, Frankfurt 1976.
- Heil, Susanne: „Gefährliche *Beziehungen*“, Stuttgart u.a., 1996.
- Heller, Hermann: Die *Souveränität*, Berlin u.a. 1927.
- Heller, Hermann: *Staatslehre*, Tübingen 1983.
- Hernandez Arias, Jose Rafael: *Donoso Cortes* und Carl Schmitt, Paderborn u. a. 1998.
- Heussi, Karl: Kompendium der *Kirchengeschichte*, Tübingen 1988.
- Hofmann, Hasso: *Legitimität* gegen Legalität, Berlin 1992.
- Holldack, Felix: *Besprechung* der Schrift »Gesetz und Urteil« von Carl Schmitt, in: Kantstudien, Bd. 17, Berlin 1912, S. 464-467.
- Holzhauser, Vilmos: Konflikt und *Repräsentation*, in: Der Staat, 27. Bd., Berlin 1988, S. 351-370.
- Huber, Ernst Rudolf: Deutsche *Verfassungsgeschichte* seit 1789, Band 3, Stuttgart 1988.

- Huber, Ulrich: *Besprechung* der Schrift »Gesetz und Urteil« von Carl Schmitt, in: Neue Juristische Wochenschrift, 22 Jg. 2. Halbband, München u.a. 1969, S. 2188-2189.
- Jellinek, Walter: *Besprechung* der Schrift »Gesetz und Urteil« von Carl Schmitt, in: Archiv für Öffentliches Recht, Bd. 23, Tübingen 1914, S. 296-299.
- Jellinek, Georg: Allgemeine *Staatslehre*, Kronberg 1976.
- Jung, Erich: »*Positives*« Recht, Gießen 1907.
- Kant, Immanuel: Kritik der praktischen *Vernunft*, Frankfurt 1977.
- Kantorowicz, Hermann (unter dem Pseudonym Gnaeus Flavius): *Der Kampf* um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906.
- Kaufmann, Arthur: *Einleitung*, zu: Fuchs, Ernst: Gerechtigkeitswissenschaft, Karlsruhe 1965, S. 1-19.
- Kaufmann, Matthias: *Recht ohne Regel?*, Freiburg u.a. 1988.
- Kelsen, Hans: Über *Grenzen* zwischen juristischer und soziologischer Methode, in: Klecatsky, Hans (Hg.): Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 1, Wien u.a. 1968, S. 3-36.
- Kennedy, Ellen: Politischer *Expressionismus*, in: Quaritsch, Helmut (Hg.): *Complexio Oppositorum*, Berlin 1988, S. 233-251.
- Kiefer, Lorenz: *Begründung*, Deziision und Politische Theologie, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Vol. 1990 LXXVI / Heft 4, Stuttgart 1990, S. 479-499.
- Kirchheimer, Otto: Zur Frage der *Souveränität*, in: Ders.: Politik und Verfassung, Frankfurt 1964, S. 57-95.
- Kodalle, Klaus-Michael: Politik und *Mythos*, Stuttgart u.a. 1973.
- Koehler, Walter: *Besprechung* der Schrift »Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen« von Carl Schmitt, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, 39. Jg., München u.a. 1915, S. 451-453.
- Koenig, René: Niccolo *Machiavelli*, München u.a. 1979.

- Kohler, Josef: Über die *Interpretation* von Gesetzen, in: Grünhutsche Zeitschrift, Bd. 13, Wien 1886, S. 1-60.
- Korff, Friedrich Wilhelm: Anmerkungen zu Carl Schmitt, in: Neue Deutsche Hefte, Jg. 21, Heft 1/1974, Berlin 1974, S. 3-30.
- Krockow, Christian Graf von: *Die Entscheidung*, Frankfurt 1990.
- Kulemann, W.: *Besprechung* der Schrift »Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen« von Carl Schmitt, in: Theologische Literaturzeitung, Nr. 17, Leipzig 1914, S. 533-534.
- Laska, Bernd A.: »*Katechon*« und »*Anarch*«, Nürnberg 1997.
- Larenz, Karl: *Methodenlehre* der Rechtswissenschaft, Berlin u.a. 1975.
- Lemme, (ohne Vorname): *Besprechung* der Schrift »Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen« von Carl Schmitt, in: Theologisches Literaturblatt, Jg. 1914, Leipzig 1914, S. 494-495.
- Linder, Christian: *Der Bahnhof von Finnentrop*, Berlin 2008.
- Loewenstein, Karl: *Volk* und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789, Aalen 1964.
- Löwith, Karl: Der okkasionelle *Dezisionismus* von Carl Schmitt, in: Ders.: *Sämtliche Schriften*, Bd 1, Stuttgart 1984, S. 32-71.
- Lüders, Hermann: *Besprechung* der Schrift »Gesetz und Urteil« von Carl Schmitt, in: *Archiv für die gesamte Psychologie*, XXIX. Bd., Leipzig u.a. 1913, S. 76-77.
- Machiavelli, Niccolo: *Discorsi*, Stuttgart 1977.
- : *Der Fürst*, Stuttgart 1978.
- Maschke, Günter: *Die Zweiseitigkeit* der Entscheidung - Thomas Hobbes und Juan Donoso Cortés im Werk Carl Schmitts, in: Quaritsch, Helmut (Hg.): *Complexio Oppositorum*, Berlin 1988, S. 193-221.
- Maus, Ingeborg: *Bürgerliche* Rechtstheorie und Faschismus, München 1980.

- Maus, Ingeborg: Zur »Zäsur« von 1933 in der Theorie Carl Schmitts, in: Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, München 1986, S. 93-110.
- Mehring, Reinhard: *Pathetisches Denken*, Berlin 1989.
- Meier, Christian: Zu Carl Schmitts *Begriffsbildung* - Das Politische und der Nomos, in: Quaritsch, Helmut (Hg.): *Complexio Oppositorum*, Berlin 1988, S. 537-556.
- Menzel, Adolf: Zum *Problem* »Recht und Macht«, in: Zeitschrift für Öffentliches Recht, Bd. 5, Wien u.a. 1926, S. 1-26.
- Meuter, Günter: *Der Katechon*: zu Carl Schmitts fundamentalistischer Kritik der Zeit, Berlin 1994.
- Moench, Dietmar: Die methodologischen Bestrebungen der *Freirechtsbewegung* auf dem Weg zur Methodenlehre der Gegenwart, Frankfurt 1971.
- Müller, Paul (Pseudonym für: Gurian, Waldemar): *Entscheidung* und Ordnung, in: Schweizerische Rundschau, 34.Jahrgang, Heft 7, Einsiedeln u.a. 1934, S. 566-576.
- Münkler, Herfried: Carl *Schmitt* und Thomas Hobbes, in: Neue Politische Literatur, 29.Jg. 1984, Stuttgart, S. 352-356.
- : *Machiavelli*, Frankfurt 1984.
- : *Staatsraison* und politische Klugheitslehre, in: Fetscher, Iring; Münkler, Herfried (Hg.): *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, Bd. 3, München 1985, S. 23-72.
- : Juan *Donoso Cortés* und der spanische Katholizismus, in: Fetscher, Iring; Münkler, Herfried (Hg.): *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, Bd. 4, München 1986, S. 277-287.
- : *Im Namen* des Staates, Frankfurt 1987.
- : *Einleitung* zu: Machiavelli, Niccolo: *Politische Schriften*, Frankfurt 1990, S. 15-47.

- Neukamp, (ohne Vorname): *Besprechung* der Schrift »Gesetz und Urteil« von Carl Schmitt, in: *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, Bd. 44, Berlin 1914, S. 144-148.
- Neumann, Franz: *Die Herrschaft des Gesetzes*, Frankfurt 1980.
- : *Montesquieu*, in: Ders.: *Demokratischer und autoritärer Staat*, Frankfurt 1986, S. 142-194.
- Neumann, Ulfrid: *Juristische Logik*, in: Kaufmann, Arthur, Hassemer; Winfried: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg 1985, S. 237-261.
- Neumann, Volker: *Der Staat im Bürgerkrieg*, Frankfurt 1980.
- Niekisch, Ernst: *Das Reich der niederen Dämonen*, Berlin 1980.
- Nicoletti, Michele: *Die Ursprünge von Carl Schmitts "Politischer Theologie"*, in: Quaritsch, Helmut (Hg.): *Complexio Oppositorum*, Berlin 1988, S. 109-128.
- Noack, Paul: *Carl Schmitt*, Berlin u.a. 1993.
- Pasquino, Pasquale: *Die Lehre vom „Pouvoir Constituant“ bei Emmanuel Sieyes und Carl Schmitt*, in: Quaritsch, Helmut (Hg.): *Complexio Oppositorum*, Berlin 1988, S. 371-385.
- Pirenne, Henri: *Geschichte Europas. Von der Völkerwanderung bis zur Reformation*, Frankfurt 1982.
- Oertmann, P.: *Besprechung* der Schrift »Gesetz und Urteil« von Carl Schmitt, in: *Literatur-Beilage zur Deutschen Juristen-Zeitung*, XVIII. Jahrgang, Nr. 12, Berlin 1913, S. 817-818.
- Oestreich, Gerhard: *Arnold Clapmarius*, in: *Neue Deutsche Biographie*, Bd. 3, Berlin 1957, S. 260.
- Ottmann, Henning: *Politische Theologie als Begriffsgeschichte*, in: Gerhardt, Volker (Hg.): *Der Begriff der Politik*, Stuttgart 1990, S. 169-188.
- Quaritsch, Helmut: *Staat und Souveränität*, Frankfurt 1970.
- Radbruch, Gustav: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Göttingen 1947.

- Regelsberger, Ferdinand: *Pandekten*, Leipzig 1893.
- Reichelt, Helmut: Die *Physiokraten*, in: Fetscher, Iring; Münkler, Herfried (Hg.): *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, Bd. 3, München 1985, S. 579-588.
- Rohatyn, Sigmund: Die verfassungsrechtliche *Integrationslehre*, in: *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, Bd. 9, Wien u.a. 1930, S. 261-284.
- Rousseau, Jean-Jacques: Vom *Gesellschaftsvertrag* oder Prinzipien des Staatsrechts, in: Ders.: *Politische Schriften*, Bd. 1, Paderborn 1977, S. 59-208.
- Saage, Richard: *Herrschaft, Toleranz, Widerstand*, Frankfurt 1981.
- Salomon, (ohne Vorname): *Besprechung* der Schrift »Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen« von Carl Schmitt, in: *Zeitschrift für Socialwissenschaft*, Neue Folge 5.Jg., Leipzig 1914, S. 285-286.
- Schluchter, Wolfgang: *Entscheidung* für den sozialen Rechtsstaat, Baden-Baden 1983.
- Schmitt, Carl: Über *Tatbestandsmäßigkeit* und Rechtswidrigkeit des kunstgerechten operativen Eingriffs, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 31 Heft 1, Berlin 1911, S. 467-478.
- : *Gesetz und Urteil*, München 1969.
- : *Juristische Fiktionen*, in: *Deutsche Juristen-Zeitung*, 18.Jg. Nr.12, 1913, S. 804-806.
- : *Selbstanzeige* von Gesetz und Urteil, in: *Kantstudien*, Bd. 18, Berlin 1913, S. 165-166.
- : *Schopenhauers* Rechtsphilosophie außerhalb seines philosophischen Systems, in: *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 10.Jg., Heidelberg 1914, S. 27-31.
- : *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Berlin 2004.

- : Die Einwirkungen des *Kriegszustandes* auf das ordentliche strafprozessuale Verfahren, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 38. Bd., Berlin 1917, S. 783 – 797.
- : *Besprechung* von: Binder, Julius: Rechtsbegriff und Rechtsidee, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3.Folge Bd. 17, Heft 3/4, München u.a. 1916, S. 431-440.
- : Theodor Däublers »Nordlicht«, Berlin 1991.
- : Diktatur und *Belagerungszustand*, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 38. Bd., Berlin 1917, S. 138-161.
- : Politische Romantik, München u.a. 1919.
- : Die *Sichtbarkeit* der Kirche, in: Summa, 1. Jg., Hellaerau 1917, S. 71-80.
- : Die Diktatur, Berlin 1978.
- : Politische Theologie, Berlin 1985.
- Schmitt, Eberhard: *Repräsentation* und Revolution, München 1969.
- Schneider, Peter: *Ausnahmezustand* und Norm, Stuttgart 1957.
- Schröder, Hans-Christoph: Die *Revolutionen* Englands im 17. Jahrhundert, Frankfurt 1986.
- Sombart, Nicolaus: Die deutschen *Männer* und ihre Feinde, München 1991.
- Somló, Felix: Juristische *Grundlehre*, Leipzig 1927.
- Stammler, Rudolph: Die Lehre vom dem richtigen *Rechte*, Berlin 1902.
- : Theorie der *Rechtswissenschaft*, Halle 1911.
- Sternberg, Theodor: Einführung in die *Rechtswissenschaft*, Berlin u.a. 1920.
- Stolleis, Michael: Geschichte des Öffentlichen *Rechts* in Deutschland, Erster Bd.: Reichspublizistik und Polizeywissenschaft 1600-1800, München 1988.

- : *Arcana imperii* und *Ratio status*, in: Ders.: *Staat und Staatsraison* in der frühen Neuzeit, Frankfurt 1990, S. 37-72.
- Sieyes, Emmanuel Joseph: *Was ist der Dritte Stand*, Essen 1988.
- Tesar, Otto: *Besprechung* der Schrift »Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen« von Carl Schmitt, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 36.Bd., Berlin 1915, S. 248-249.
- Thiele, Ulrich: *Advokative Volkssouveränität*, Berlin 2003.
- Ulmen, Gary L.: *Politischer Mehrwert*, Weinheim 1991.
- Vaihinger, Hans: *Philosophie des Als Ob*, Leipzig 1922.
- Vallauri, Luigi Lombardi: *Geschichte des Freirechts*, Frankfurt 1971.
- Vollrath, Ernst: *Wie ist Carl Schmitt an seinen Begriff des Politischen gekommen?*, in: *Zeitschrift für Politik* 36.Jg. 2/1989, Köln u.a. 1989.
- Wach, Adolf: *Handbuch* des Deutschen Civilprozessrechts, Bd. 1, Leipzig 1885.
- Waechter, Kay: *Studien zum Gedanken der Einheit des Staates*, Berlin 1994.
- Waldecker, Ludwig: *Besprechung* der Schrift »Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen« von Carl Schmitt, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Dritte Folge Bd. 17, München u.a. 1916, S. 337-342.
- Walsmann, (ohne Vorname): *Besprechung* der Schrift »Gesetz und Urteil« von Carl Schmitt, in: *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, Fünfter Jahrgang, Mannheim u.a. 1913, S. 431-432.
- Weiland, Rene: *Jenseits der Gerechtigkeit*, in: Pircher, Wolfgang: *Gegen den Ausnahmezustand*, Wien 1999, S. 285-301.
- Weinacht, Paul-Ludwig: *Staat. Studien zur Bedeutungsgeschichte des Wortes von den Anfängen bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin 1968.
- : *Fünf Thesen zum Begriff der Staatsraison*, in: Schnur, Roman (Hg.): *Staatsraison. Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs*, Berlin 1975, S. 65-71.

- Wi (ohne vollst. Namen): *Besprechung* der Schrift »Gesetz und Urteil« von Carl Schmitt, in: Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 42, Leipzig 1913, S.148-149.
- Wieacker, Franz: *Privatrechtsgeschichte* der Neuzeit, Göttingen 1967.
- Willoweit, Dietmar: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, München 1990.
- Windscheid, Bernhard: *Lehrbuch* des Pandektenrechts, Frankfurt 1891.
- Wittmayer, L.: *Besprechung* der Schrift »Die Diktatur« von Carl Schmitt, in: Zeitschrift für Öffentliches Recht, Bd. 5, Wien u.a. 1926, S. 492-495.
- Wolzendorff, Kurt: *Staatsrecht* und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt, Aalen 1961.
- Zitelmann, Ernst: *Gewohnheitsrecht* und Irrtum, in: Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 66 Heft 3, Freiburg u.a. 1883, S. 445-468.