

I.

Theorie der juristischen Form Der Ausnahmezustand und die Frage nach der Einheit von Recht und Politik

I. Ausnahmezustand und »Rechtsform« bei Carl Schmitt

I.1 Die Normativität und das Politische: Zur Dualität im Recht

»Was als *politische* Größe existiert, ist, juristisch betrachtet, wert, daß es existiert.«

Schmitt, Verfassungslehre 22, Hervorb. im Original

Nach Carl Schmitt hat der Ausnahmezustand Bedeutung für die Frage nach der Souveränität. Denn im Ausnahmezustand erweist sich die Person oder Personengruppe, die, über ihn entscheidend, die rechtliche Ordnung transzendiert, als politisch souverän. Im Rahmen einer Theorie der Souveränität bezeugt der Ausnahmezustand damit eine Überlegenheit des Politischen über das Recht; souverän ist, wessen Entscheidung diese Überlegenheit beweist.¹

Die Bedeutung des Ausnahmezustands bei Schmitt lässt sich auf die Frage nach der Souveränität allerdings nicht reduzieren. Die These, für die der Ausnahmezustand bei ihm heuristisch relevant wird, ist grundlegender. Diese These lautet nicht, dass das Politische dem Recht überlegen ist, sondern dass das ›rein‹ Juristische, die Rechtsform selbst, *genuin politisch* ist. Dem Ausnahmezustand kommt in Schmitts Theorie die Funktion zu, diese These zu belegen und zu explizieren. Die These von der Politizität des Rechts ist gegen die Vorstellung gerichtet, dass das spezifisch Juristische in einer reinen Normativität, in ungebrochener Legalität

1 Für Schmitt liegt die Souveränität damit bei der Exekutive. Dies geht allerdings, wie Matthias Lemke festgestellt hat, »an der Verfassungsnorm repräsentativer Demokratien vorbei«, in denen nicht die Regierung, sondern das Staatsvolk souverän ist. (Lemke 2017, 13) Die empirische Analyse des Ausnahmezustands könne daher, anders als die theoretische Beschäftigung mit ihm, ohne Schmitts Theorie der Souveränität auskommen. Dass eine empirische Analyse gegenwärtiger Ausnahmeregime mit Schmitts Theorem der absolut ungebundenen Entscheidung eines Souveräns nicht in Einklang steht, zeigt eindrücklich Loevy 2016. Gleichwohl knüpfen insbesondere seit dem 11. September 2001 zahlreiche Analysen gegenwärtiger Ausnahmeregime an Schmitts Theorie an; dass dies häufig ohne zureichende kritische Auseinandersetzung mit deren autoritaristischen Konsequenzen (und Prämissen) erfolgt, kritisiert Scheuerman 2006, 61f. Eine Auseinandersetzung mit Schmitts Theorie ist, wie im Folgenden deutlich werden wird, in systematischer Hinsicht vor allem aufschlussreich bezüglich der Frage, wie rechtliche Normativität und politischer Akt im Begriff des Rechts zusammenhängen.

besteht. Schmitt entwickelt diese These vor allem in seinen Büchern *Die Diktatur* (1921) und *Politische Theologie* (1922); in der einflussreichen *Verfassungslehre* (1928) bildet sie das Prinzip der Gliederung in einen rechtsstaatlichen und in einen politischen Teil.² Die These impliziert einen bestimmten Begriff des Rechts, den man als ›nicht-isolationistisch‹ bezeichnen könnte: Wenn das Recht selbst einen politischen Gehalt aufweist, lässt sich der Begriff des Rechts nicht unabhängig vom Begriff des Politischen, sondern nur in Einheit mit diesem verstehen. Im Zentrum von Schmitts rechtstheoretischen Arbeiten steht die Frage, wie diese Einheit begriffen und erläutert werden kann: Wie hängt, dem Begriff nach, das Recht mit dem Politischen zusammen?

Die Frage erscheint schon am Anfang von Schmitts Werk in den 10er Jahren des 20. Jahrhunderts. In den Grundzügen wird sie hier schon so adressiert wie in den bekannteren Büchern der 1920er und der 1930er Jahre. Zugleich sind es gerade Umgewichtungen in dieser Frage, aus denen sich die folgenreichen Wendungen erklären lassen, die Schmitts Werk in diesen drei Jahrzehnten periodisieren: Auf eine normativistische Auffassung des Rechts in den 1910er Jahren folgte die dezisionistische Position der 1920er Jahre, die zu Beginn der 1930er Jahre von einer völkisch-nationalsozialistischen Konzeption von Ordnung und Recht abgelöst wurde. Beunruhigend und lehrreich ist dabei zu sehen, dass diese drei Perioden nicht auf radikal verschiedenen Voraussetzungen beruhen, sondern dass es sich um Optionen handelt, die angesichts der geteilten Voraussetzungen nahe beieinander liegen.

Ich werde nun diese Voraussetzungen anhand des frühen Buchs *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* von 1914 benennen, in dem sie bereits klar formuliert sind. Die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Politik erscheint hier unter den Begriffen ›Recht‹ und ›Macht‹. Recht kommt als eine wesentlich normative, Macht hingegen als eine faktische oder, wie Schmitt später in der *Verfassungslehre* (vgl. VL, 9) formulieren wird, ›seinsmäßige‹ Größe in Betracht. Im Ganzen erschließt sich das Recht nur, wenn verständlich wird, wie sich das normative mit dem faktischen Moment verbindet. Dass zwischen dem Normativen einerseits und dem »Tatsächlichen, Erfahrungsgemäßen« (Schmitt 2004, 32) andererseits eine kategoriale Differenz besteht, so dass sich Normatives und Faktisches nicht aufeinander reduzieren oder auseinander ableiten lassen, ist die erste Prämisse, die für Schmitt grundlegend bleibt. Ausgehend von dieser Prämisse vertritt Schmitt in *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*

- 2 Die *Verfassungslehre* erschien ein Jahr nach *Der Begriff des Politischen* (1927). Das in ihr zugrunde gelegte Verständnis des Politischen trägt, wie noch deutlich werden wird, erkennbar die Züge der vorangehenden Schrift. (vgl. dazu auch Böckenförde 2006, 349f.)

ein Verständnis des Rechts, das zumindest auf den ersten Blick (bzw. im ersten Kapitel) als klar normativistisch erscheint: Das Recht ist ungebrochene, »in lückenloser Geschlossenheit« (ebd., 37) bestehende Normativität. In ihm gibt es nichts Faktisches und von der sozialen Wirklichkeit bleibt es getrennt. Die Verwirklichung des Rechts, seine Umsetzung in der Gesellschaft, gehört nicht zum Recht selbst, sondern fällt in den Bereich der Macht. Dies ist der Inhalt des ersten Kapitels, *Recht und Macht*.

Das zweite Kapitel, *Der Staat*, thematisiert die Verwirklichung des Rechts. In ihr habe der Staat seinen Zweck: »*Der Staat ist danach das Rechtsgebilde, dessen Sinn ausschließlich in der Aufgabe besteht, Recht zu verwirklichen*«. (ebd., 56, Hervorh. im Original) Der Staat ist ein Mittel zum Zweck des Rechts. (vgl. ebd., 71) Weil er seinen Sinn von dem zu verwirklichenden Recht erhält, ist er von diesem her zu definieren, und nicht umgekehrt das Recht oder die Norm vom Staat her zu bestimmen. Da die Rechtsnorm von selbst nie eine Verbindung mit der Wirklichkeit eingeht (vgl. ebd., 70), bedarf es des Staates als Mittler »zwischen dem Reich des Rechts und der Wirklichkeit«. (ebd., 58) Die Norm wird durch den Staat allerdings nicht nur äußerlich mit der empirischen Welt verbunden, sondern innerlich verändert. Dadurch, dass sie »durch den Staat als Medium hindurchgegangen ist«, erfährt sie »eine spezifische Modifikation«: In das rein Normative fließt »ein Moment des Empirischen mit ein«. (ebd., 75) Schmitt versteht dieses Einfließen nicht so, dass sich Normatives und Faktisches vermischen. Vielmehr kommt es innerhalb des Normativen zu einem Bruch zwischen zwei Rechten, einem abstrakt-normativen und einem staatlich-verwirklichenden Recht. Der »Gegensatz der beiden Rechte« besteht dabei nicht in zwei getrennten Sets von Rechten, sondern »die Scheidung« ist in jedem einzelnen Rechtssatz vorzunehmen. (ebd., 77) Jeder Rechtssatz enthält, was Schmitt am Anfang der 1920er Jahre in *Die Diktatur* den »Gegensatz von Recht und Rechtsverwirklichung« nennt. (D, 191 und ähnlich XVII) Das Moment der Verwirklichung des Rechts tritt als Geltungsbedingung der Norm in diese ein. Der Dualismus besteht nicht nur zwischen Recht und Macht, zwischen Normativem und Faktischem, sondern es ist ein »Dualismus *im* Recht« (ebd., Hervorh. J.H.), im Normativen selbst. Dies ist die zweite Prämisse, die Schmitt beibehält. Mit dieser Prämisse ist verbunden, dass der Staat dem Recht nicht äußerlich ist; Verwirklichung ist »Verstaatlichung des Rechts«. (Schmitt 2004, 82) Der Inhalt des ersten Kapitels wird dadurch nicht revidiert, sondern präzisiert: Staat und Recht sind zwar getrennt, doch erscheint innerhalb des Rechts ein staatliches Moment. Die Frage ist, ob und in welcher Weise dadurch der Staat als ganzer ins Recht einrückt: Inwiefern ist der Staat als das Gegenteil des Normativen doch auch ein Teil davon? Es handelt sich, mit Hegel gesprochen,

um die Frage nach dem »inneren Unterschied« (Hegel 1988, 114) und damit zugleich nach der Einheit dieses Unterschieds.³

Bei Schmitt hat dieser innere Unterschied des Normativen die Form der ›Durchbrechung‹ der Normativität durch die Entscheidung als dem Anderen der Norm. Durchbricht der Staat das Recht und bedarf das Recht dieser staatlichen Durchbrechung, so fragt sich, inwiefern der Staat selbst zum Recht gehört. Es ist genau diese Frage, deren je unterschiedliche Beantwortung in den 1910er, 1920er und 1930er Jahren Schmitt zu deutlich verschiedenen oder verschobenen Positionen führt. In *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* scheint diese Frage noch nicht entschieden beantwortet. Zwar enthält das Recht mit der Verwirklichung auch ein staatliches Moment, aber der Staat als Sphäre wird zugleich deutlich vom Recht getrennt. In den Schriften aus den 1920er Jahren – dies gilt nicht nur für *Die Diktatur* und die *Politische Theologie*, sondern auch für die *Verfassungslehre* – ist der Staat dagegen ganz ins Recht eingerückt: Solange der Staat besteht, besteht auch ein Zustand des Rechts. In den 1930er Jahren räumt Schmitt dem Staat einen derart weiten Vorrang vor dem Normativen ein, dass das Normative jede Eigenbedeutung verliert und gerade dadurch auch der (Rechts-) Staat als ein durch Normen organisiertes Gebilde zugunsten einer Konstellation zurücktritt, in der sich die politische Einheit aus der Person des Führers und der Ordnung des Volkes konstituiert. Aus der Frage nach dem Rechtscharakter des Staates ergeben sich die Positionen, die Schmitts Werk bis zum Zweiten Weltkrieg strukturieren: Aus dem in sich dualistischen Normativismus der 1910er Jahre wird der Dezisionismus der 1920er Jahre, auf den das nationalsozialistische ›Ordnungs- und Gestaltungsdenken‹ (ÜdA, 48) der 1930er Jahre folgt.

Die Durchbrechung des Normativen durch das Faktische (oder Politische) wird dabei mit zunehmendem Nachdruck als derjenige Akt verstanden, dem das Recht seine Einheit und damit seine Existenz verdankt. Je mehr so das Recht auch begrifflich durch Durchbrechung bestimmt ist, desto mehr entfällt die Bedeutung, die dem System der Normen bei Schmitt für das Recht zukommt – bis hin zu dem Ergebnis, dass sich das zu Durchbrechende, das rechtsstaatliche Prinzip der Legalität, ganz aufgelöst hat und paradoxerweise nichts anderes mehr als Durchbrechung besteht: Das Wort des Führers ist dann Gesetz. An diesem Punkt, an dem Schmitts Position politisch ganz in den Nationalsozialismus einmündet, wird sie auch juristisch inkonsistent. Eine differenziertere Sicht auf das Problem, an dem sich Schmitt abarbeitet, geben dagegen die Bücher aus den 1920er Jahren.

- 3 Mit Hegel teilt Schmitt damit eine Grundfrage, die Frage nach der Einheit von Identität und Nicht-Identität. Zum Verhältnis von Hegel und Schmitt vgl. Kervégan 2005.

Um dieses Problem hervortreten zu lassen, ist die bereits genannte Gliederung der *Verfassungslehre* von 1928 aufschlussreich. Denn die Verbindung von Recht und Politik (Normativität und Durchbrechung), die den Begriff des Rechts kennzeichnet, spiegelt sich darin wider, wie die beiden Teile der Verfassung, ihr normativer und ihr politischer Teil, miteinander zusammenhängen: In der *Verfassungslehre* wird deutlich, inwiefern die rechtlichen Normen zu ihrer Verwirklichung auf einen politischen Akt, nämlich eine Entscheidung angewiesen sind, welche die Normativität durchbricht. Dieser politische Akt realisiert sich zum einen in der Begründung der Verfassung, im Moment ihrer Konstitution, zum anderen in der Anwendung der auf ihr beruhenden Normen, in der alltäglichen Applikation. Wie Schmitt das Verhältnis von politischem Akt und normativem System anhand von Begriff und Aufbau der Verfassung erläutert, ist im Folgenden thematisch.

System und Aktion: Die Einheit der Verfassung

Die Verfassung des bürgerlichen Rechtsstaats – nur dieser Verfassungstyp bildet den Gegenstand der *Verfassungslehre* – ist stets aus zwei Teilen zusammengesetzt: »einerseits die rechtsstaatlichen Prinzipien zum Schutz der bürgerlichen Freiheit *gegen* den Staat, andererseits der politische Bestandteil, aus welchem die eigentliche *Staatsform* (Monarchie, Aristokratie oder Demokratie oder ein ›status mixtus‹) zu entnehmen ist.« (VL, 41, Hervorh. im Original) Den rechtsstaatlichen Teil der Verfassung beschreibt Schmitt als ein in sich geschlossenes System aus Gesetzen und Normierungen. Es beruht auf Grundrechten und Gewaltenteilung als den zwei Prinzipien, die aus der Idee der bürgerlichen Freiheit folgen und ihrer Verwirklichung dienen. (vgl. VL, 126f.) Der politische Bestandteil ist vom rechtsstaatlichen verschieden und ihm gegenüber grundlegender. Er beruht auf einem ›Akt‹ der verfassungsgebenden Gewalt und enthält die grundsätzlichen Entscheidungen über die Form, die sich eine politische Einheit gibt. (vgl. VL, 21–25) Was die Verfassung des bürgerlichen Rechtsstaats auszeichnet, ist die Integration beider Teile: »In der Verbindung dieser beiden Bestandteile liegt die Eigenart der heutigen bürgerlich-rechtsstaatlichen Verfassungen.« (VL, 41) Die Eigenart besteht weniger in der Tatsache als in der Art der Verbindung; es kommt weniger darauf an, *dass*, als vielmehr, *wie* sie statthat.

Die Frage nach dem Zusammenhang, der zwischen dem Rechtsstaatlichen und dem Politischen besteht, bildet die grundlegendste Frage der *Verfassungslehre*. Es ist dieselbe Frage, die sich auch für den Begriff des Rechts stellt, am Gegenstand der Verfassungsarchitektur allerdings plastischer hervortritt. In der *Verfassungslehre* nimmt diese Frage einen großen Raum ein; den beiden Abschnitten zum rechtsstaatlichen und

politischen Bestandteil der Verfassung geht ein umfangreicher erster Abschnitt zum ›Begriff der Verfassung‹ vorher, der sich wesentlich mit dem Zusammenhang von rechtsstaatlichem und politischem Teil befasst. Diesen Zusammenhang versteht Schmitt nicht als äußerliche Verbindung, sondern als innere Einheit. Schmitt formuliert dies an manchen Stellen explizit, etwa in seinen Bemerkungen zum ›positiven Verfassungsbe-griff‹ (§ 3): »Es ist notwendig, von der Verfassung als von einer Einheit zu sprechen und insofern einen absoluten Sinn von Verfassung beizubehalten.« (VL, 23) Einen absoluten Sinn hat der Begriff der Verfassung, wenn er ein einheitliches Ganzes bezeichnet.⁴ (vgl. VL, 3)

Dass Schmitt unter dem Begriff der Verfassung eine solche Einheit versteht, wird zudem auch implizit deutlich, nämlich an der Form, die er seiner *Verfassungslehre* gibt. Der erste Satz des Vorworts lautet: »Die vorliegende Arbeit ist weder ein Kommentar noch eine Reihe monographischer Einzelabhandlungen, sondern der Versuch eines *Systems*.« (VL, XI, Hervorh. im Original) Ein systematischer Anspruch in der Darstellung kann nur plausibel erscheinen, wenn auch in der Sache ein einheitlicher Zusammenhang unterstellt wird. Ein solcher Zusammenhang bedarf desto mehr der Begründung, als die beiden zur Einheit integrierten Bestandteile grundlegend verschieden sind. Während der rechtsstaatliche Bestandteil ein *System* darstellt, macht sich im politischen Bestandteil in erster Linie ein *Akt* geltend. Woher kommt die einheitsstiftende Kraft, die es möglich macht, System und Akt zu einem System, nämlich zum Ganzen der Verfassung zu integrieren? Es ist die Pointe von Schmitts Theorie, dass die Einheit, ohne die es kein »System der Verfassungslehre« (VL, XII) geben kann, gerade nicht kraft des systematischen, rechtsstaatlichen Teils der Verfassung, sondern kraft des politischen Akts besteht. Die Einheit von System und Akt, welche die Verfassung als ganze konstituiert, ist politisch bewirkt. Von diesem Primat des Politischen ist bei Schmitt auch der begriffliche Zusammenhang von Recht und Politik bestimmt: Die Einheit von Recht und Politik ist politisch hergestellt; sie hat ihren Grund nicht in etwas Normativem, sondern in einem reinen Akt.

Wenn damit – obgleich erst grob – angedeutet ist, *wie* nach Schmitt die Einheit von Recht und Politik erfolgt, so ist noch unklar, *warum* diese Einheit besteht. Eine *begriffliche* Einheit ist eine notwendige Einheit. Was aber ist der Grund, weshalb der Begriff des Rechts nicht unabhängig von dem des Politischen gebildet werden kann? Die begriffliche Verbindung zwischen Recht und Politik ist – wie die Verbindung der beiden Verfassungsbestandteile – keine äußerliche. Wie die Verfassung aus zwei Bestandteilen – einem normativen und einem politischen – besteht, enthält

4 Dem steht bei Schmitt ein ›relativer‹ Begriff von Verfassung gegenüber, der keine einheitliche Verfassung im Ganzen meint, sondern eine nur lose verbundene Vielheit einzelner, nebeneinander stehender Verfassungsgesetze. (vgl. VL, 11)

auch der Begriff des Rechts nicht nur einen normativen, aus Gesetzen und Normierungen bestehenden, sondern ebenso einen politischen Teil. Schmitt begründet dies damit, dass es positiv-rechtliche Normen nur geben kann, wenn eine politische Ordnung besteht, in der und durch die sie gelten. Die begriffliche Verbindung hat ihren Grund darin, dass das Normativ-Rechtliche im Politischen seine Voraussetzung hat. Das politische Moment bewirkt nicht nur die Einheit von Normativem und Politischem, es bringt darüber hinaus das Normative selbst im wörtlichen Sinne ›zur Geltung‹. Nur wenn dem Rechnung getragen wird, kann nach Schmitt ein sinnvoller Begriff des Rechts gebildet werden.

In den Begriff des Rechts muss daher die politische Ordnung Eingang finden. Der Zusammenhang des normativen Systems und der politischen Ordnung ist der systematische Gegenstand der *Verfassungslehre*. ›Verfassung‹, bei Schmitt gleichbedeutend mit ›Rechtsordnung‹, enthält semantisch die beiden Aspekte ›politische Ordnung‹ und ›Normensystem‹, und entspricht insofern Schmitts Begriff des Rechts. Als eine Explikation des Rechtsbegriffs ist daher auch der im ersten Abschnitt der *Verfassungslehre* auf 120 Seiten erörterte ›Begriff der Verfassung‹ zu verstehen. Diesen engen begrifflichen Zusammenhang von Recht und Verfassung werde ich weiter unten darlegen. An dieser Stelle kommt es zunächst darauf an, dass es sich um einen *begrifflichen* Zusammenhang handelt. Die Auseinandersetzung mit Begriffen steht im Zentrum von Schmitts Büchern. Dies gilt neben den Begriffen der Verfassung und des Rechts insbesondere für den Begriff der Souveränität (PT, 13), für »eine Erfassung des Begriffs der Diktatur« (D, XIII), für den Begriff des Gesetzes (LuL, 7 und 19) und für den Begriff des Politischen (BdP, 19). Nicht nur dem letzteren eignet dabei ein politischer Zug. Mit Blick auf den Begriff des Gesetzes schreibt Schmitt: »Solche formalen Begriffe des Verfassungsrechts sind wesentlich politische Begriffe.«⁵ (LuL, 19) Schmitts zentraler Gegenstand, die juristische Begriffsbildung, hat politischen Charakter; ebenso auch die Methode, mit der sich Schmitt auf seinen Gegenstand bezieht. Zu diesem politischen Charakter und zum Verhältnis von Gegenstand und Methode in Schmitts juristischen Arbeiten sind an dieser Stelle einige Bemerkungen erforderlich.

Politische Methode und öffentliches Recht

Schmitt verortet seine Abhandlungen im Völker- und Verfassungsrecht. Diese zwei Disziplinen des öffentlichen Rechts sind für ihn die *öffentlichsten* des Rechts: Er nennt sie »publizistisch im stärksten Sinne«.

- 5 Inwiefern Schmitts Begriff der Form mit seinem Begriff des Politischen selbst wiederum in einem Zusammenhang steht, wird weiter unten (Kapitel 1.3 und 1.4) thematisch.

(Schmitt 1950b) Mit dem öffentlichen Charakter meint Schmitt die politische Relevanz: Völker- und Verfassungsrecht sind mit außen- und innenpolitischen Fragen verknüpft. Wer sich ihnen entzieht, müsse entweder auf klare Äußerungen verzichten oder bleibe unweigerlich an den disziplinären Rändern, an denen die politische Relevanz in historische oder philosophische Forschung übergehe. (vgl. ebd.) Schmitt selbst nimmt für sich in Anspruch, den politischen Gehalt seiner Disziplinen ins Licht zu rücken. Wie erwähnt, besteht ihm zufolge zwischen dem Politischen und dem Juristischen kein Gegensatz. (vgl. VL, 146) Innerhalb seiner Disziplinen wendet er sich der *juristischen* Begriffsbildung deshalb zu, weil ihm die Bildung und der Gebrauch von Begriffen als eigentlicher Brennpunkt *politischer* Konflikte erscheint. Als am intensivsten umkämpfter Begriff gilt ihm jener des Politischen selbst. (vgl. BdP, 29f.) Auch die juristischen Probleme, um deren politischen Gehalt es ihm geht, sind für ihn Probleme des Begriffs. Dies gilt nicht nur für jene Schriften, die eine begriffliche Orientierung bereits im Titel ankündigen (*Der Begriff des Politischen, Legalität und Legitimität, Theorie des Partisanen*) oder sich im Lauf des Textes als Begriffsstudie ausgeben (so die *Politische Theologie* als eine spezifische »Soziologie juristischer Begriffe«, PT, 50). Es gilt auch für die eher historisch angelegten Bücher wie *Die Diktatur*, in der »ein zentraler Begriff der Staats- und Verfassungslehre« erfasst und sein »Zusammenhang mit weiteren Begriffen der allgemeinen Rechts- und Staatslehre« aufgewiesen werden soll. (D, XIII) Auch die *Verfassungslehre* bildet hier keine Ausnahme; ihr systematischer Anspruch beschränkt sich nicht auf die Darstellung des Typus der rechtsstaatlich-demokratischen Verfassung, sondern zielt auf eine allgemeine Klärung des Verfassungsbegriffs. Schmitts juristische Ambition liegt demnach vor allen Dingen darin, Definitionen von Begriffen zu finden. Diese Feststellung darf nicht bedeuten, die politische – mithin ressentimentgeladene und offen antisemitische – Dimension seiner Werke zu ignorieren, sondern muss gerade umgekehrt heißen, die nüchtern formulierten Begriffsbestimmungen auf ihre politischen Prämissen und Konsequenzen hin zu befragen. Wenn Schmitt in Bildung und Gebrauch von Begriffen den Fokus politischer Auseinandersetzung sieht, weist dies darauf hin, dass seine juristischen Definitionen auch als politische Stellungnahmen zu verstehen sind.

Dass zentrale juristische Begriffe politisch umkämpfte Begriffe sind, widerspiegelt sich nach Schmitt auch in ihrer Struktur. Ihnen eignet ein innerer Gegensatz, ein Konflikt zwischen zwei semantischen Aspekten (etwa System/Akt, normativ/politisch, Recht/Macht). Diese innere Dualität juristischer Begriffe zum Tragen zu bringen, ist das Ziel von Schmitts Begriffsanalyse. In seiner Methode verfährt er daher »antithetisch«. Mittels der »zweigliedrigen Antithese« (BdP, 68) werden nicht nur konträre Begriffe einander äußerlich gegenübergestellt, sondern *zwei Glieder*

im selben Begriff gegeneinander in Stellung gebracht. Dies geht zumeist mit einer Stellungnahme einher, mit einer Höherwertung der einen Seite gegenüber der anderen. Entsprechend begreift Schmitt die Bipolarität der Antithese als *polemisch* und das heißt, bei seinem an Krieg (griech. *pólemos*) orientierten Verständnis des Politischen, als wesentlich politisch.⁶ (vgl. BdP, 23 und 29f.) Bei der antithetischen Methode geht es Schmitt nicht darum, eines der beiden begrifflichen Glieder als verzichtbar auszuweisen, sondern festzustellen, welches der Glieder die Einheit des begrifflichen Gegensatzes, und damit den Begriff als Einheit, herzustellen vermag.

Auch die heuristische Bedeutung, die Schmitt dem Ausnahmezustand zumisst, betrifft eine Frage des Begriffs.⁷ Wie eingangs angedeutet, handelt es sich dabei nur sekundär um den Begriff der Souveränität. Der Frage nach dem Souveränitätsbegriff liegt bei Schmitt die Frage nach dem Begriff des Rechts zugrunde, d.h. nach der begrifflichen Einheit, in der Recht und Politik stehen. Für den Begriff der Souveränität interessiert sich Schmitt, insofern es hier um das Problem dieser begrifflichen Einheit geht. In der *Politischen Theologie*, deren Untertitel *Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* lautet,⁸ beschreibt Schmitt dieses Problem, wie es sich am Souveränitätsbegriff stellt, wie folgt:

- 6 Ferner setzt Schmitt das antithetische Verfahren, wiederum antithetisch, gegen dreigliedrige Konstruktionen wie das Dreistadien-Denken bei Comte und vor allem gegen die auf ein Moment der Versöhnung zielende Dialektik Hegels. (vgl. BdP, 68) Zum politisch-polemischen Charakter von Schmitts Methode vgl. die frühe Kritik von Löwith 1960, insbes. 93f.
- 7 Von der »heuristische[n] Bedeutung des Ausnahmezustandes« spricht Schmitt explizit in den 1957 hinzugefügten Ergänzungen zu dem zuerst 1931 erschienenen, auf einem Vortrag beruhenden Aufsatz *Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit*. Die heuristische Bedeutung liegt nach Schmitt vor allem darin, dass der Ausnahmezustand ein »negative[s], aber exakte[s] Spiegelbild[] der Verfassungsstruktur« gibt. (Schmitt 1958b, 260)
- 8 Unter dem Titel *Soziologie des Souveränitätsbegriffes und Politische Theologie* erschienen die ersten drei der vier Kapitel 1923 zudem separat als Beitrag in dem von Melchior Palyi bei Duncker & Humblot herausgegebenen Sammelband *Hauptprobleme der Soziologie. Erinnerungsgabe für Max Weber*, Bd. 2, S. 3–35. Die im Titel genannte »Begriffssoziologie« zielt auf den Nachweis, dass die juristischen Begriffe einer Epoche mit den metaphysischen und theologischen Begriffen derselben Epoche strukturell identisch sind. Den Grund für diese Strukturidentität sieht Schmitt in einer »Politisierung theologischer Begriffe« (PT, 51), d.h. in ihrer Übertragung aus dem theologischen ins »weltlich-politische Denken« (Schmitt 1950a, 10). Vor diesem Hintergrund hat der Begriff der politischen Theologie bei Schmitt eine doppelte Bedeutung. Er meint sowohl den *geschichtlichen* Vorgang der

»Die Verbindung von faktisch und rechtlich höchster Macht ist das Grundproblem des Souveränitätsbegriffes. Hier liegen alle seine Schwierigkeiten, und es handelt sich darum, eine Definition zu finden, die nicht mit allgemeinen tautologischen Prädikaten, sondern durch die Präzisierung des juristisch Wesentlichen diesen Grundbegriff der Jurisprudenz erfaßt.« (PT, 26)

Das *juristisch* Wesentliche des Souveränitätsbegriffs lässt sich anhand des Ausnahmezustands verständlich machen. Schmitt hält diesen »im eminenten Sinne für die juristische Definition der Souveränität geeignet«. (PT, 14) Wenn in der Klärung des Souveränitätsbegriffs die theoretische Funktion liegt, die Schmitt dem Ausnahmezustand in der *Politischen Theologie* zuweist, kommt es allerdings darauf an, sich der Zweistufigkeit dieser Funktion klar zu werden: Der Ausnahmezustand dient der *juristischen* Definition der Souveränität, um dadurch ein Verständnis des Juristischen selbst, der Form des Rechts, zu ermöglichen. Dieser zweistufigen theoretischen Funktion entspricht der Aufbau der *Politischen Theologie*: Kapitel 1 heißt »Definition der Souveränität«, Kapitel 2 hat den Titel »Das Problem der Souveränität als Problem der Rechtsform und der Entscheidung«. Der Ausnahmezustand definiert den Begriff der Souveränität und macht an ihm das Problem der Rechtsform deutlich. Dass dieses Problem der Rechtsform *als* Problem der Souveränität manifest wird, macht Souveränität zum »Grundbegriff der Jurisprudenz«. An der Souveränität zeigt sich die Verbindung von Rechtlichem und Politischem, in der die Form des Rechts besteht. Sie zeigt sich allerdings nur, wo Souveränität sichtbar wird; zu dieser Sichtbarkeit kommt es im Ausnahmefall, nicht aber im normalen Funktionieren der Rechtsordnung. Man könne sagen, so Schmitt, dass »gerade der Ausnahmefall eine besonders entscheidende und den Kern der Dinge enthüllende Bedeutung hat«. (BdP, 33) Nicht auf die Normalität, sondern auf ihn gilt es demzufolge das theoretische Interesse zu richten. Der Ausnahmezustand ist nach Schmitt das Phänomen, an dem der politische Charakter des Rechts in besonderer Weise hervortritt. Die Frage ist nun, worin dieses Politische besteht.

Begriffsübertragung als auch das *wissenschaftliche* Verfahren der Begriffssoziologie, welche die Strukturidentitäten zum Gegenstand hat. Ernst-Wolfgang Böckenförde unterscheidet in seiner einflussreichen Analyse diese beiden Bedeutungen nicht, sondern fasst sie unter dem Stichwort »juristische« politische Theologie zusammen, die er von einer »institutionellen« und einer »appellativen« politischen Theologie unterscheidet. Hingegen scheint mir für Schmitts eigenes Verständnis des Begriffs die genannte doppelte Semantik entscheidend zu sein: politische Theologie als historischer Vorgang einerseits und als Wissenschaft von diesem Vorgang andererseits. (vgl. Böckenförde 1985, 19–21)

Souveränes Handeln und personale Entscheidung

Wie bereits erwähnt, ist das Politische bei Schmitt durch seinen Bezug zum Handeln bestimmt: Eine Sphäre, die dem menschlichen Handeln entzogen ist, kann nicht politisch sein. Der Ausnahmezustand stellt sich als eine Situation dar, in der dringend gehandelt werden muss: Die Erklärung des Ausnahmezustands kommt der Erklärung gleich, dass etwas getan werden muss. Im Aspekt des Handelns besteht die Verbindung, die der Ausnahmezustand zwischen Recht und Politik herstellt. Dass das Recht mit Handeln und Politik in einer systematischen Beziehung steht, ist allerdings eine weit geteilte Ansicht. So ist für eine demokratisch-rechtsstaatliche Rechtsauffassung grundlegend, dass die Gesetze aus einem politischen Prozess hervorgehen, an dem die von den Gesetzen betroffene Rechtsgemeinschaft gestaltend teilnehmen kann.⁹ Die Weise, in der Schmitt den Begriff des Handelns und entsprechend auch den Begriff des Politischen versteht, ist allerdings von dieser demokratisch-rechtsstaatlichen Auffassung zu unterscheiden. Unter einem genuin politischen Handeln versteht Schmitt *nicht* die gemeinsame Verständigung und das daraus resultierende Zusammenhandeln einer politischen Gemeinschaft, sondern die ›Tat‹ einer obersten Instanz: Als politisches Handeln kommt nur souveränes Handeln in Betracht. Der Ausnahmezustand hat politischen Charakter, weil sich in ihm souveränes Handeln geltend macht. Mit dem Bereich der Souveränität – dies ist die zentrale These von Schmitts *Begriff des Politischen* – ist die Sphäre des Politischen identisch; außerhalb der Souveränität gibt es nichts Politisches.

Damit ist der Charakter des politischen, das ist *souveränen* Handelns noch nicht bestimmt. Worauf es Schmitt in Bezug auf dieses Handeln ankommt, ist weiter das Moment der Personalität. (vgl. PT, 13f., 38–40, 52 sowie ÜdA, 23f.) Klassische Definitionen der Souveränität, die von höchster, nicht abgeleiteter Macht sprechen, bleiben Schmitt zufolge leer, weil sie dem personalen Moment im Begriff der Souveränität nicht Rechnung tragen. (vgl. PT, 14f. und 25f.) Es kommt nun darauf an, diesen Personalismus richtig zu verstehen. Handeln wird nicht dadurch souverän, dass es eine spezifische, eben souveräne Person oder Personengruppe ist, die handelt. Der Zusammenhang ist umgekehrt: Souverän ist jemand (allein) dadurch, dass sie in einer spezifischen, eben souveränen Weise handelt. Um diesen *Modus* des Handelns – einen Modus, der notwendig personal ist – geht es in Schmitts eigener Definition am Anfang der *Politischen Theologie*: »Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand

9 Dass die Adressaten der Gesetze zugleich die Autoren der Gesetze sind, garantiert nach Jürgen Habermas die demokratische Legitimität des Rechts. (vgl. Habermas 1992, 51f., 57 und 153) Im demokratischen Rechtsstaat unterhält das Recht demzufolge eine notwendige Verbindung zur Politik.

entscheidet.« (PT, 13) Souveränes Handeln ist entscheidendes Handeln. In entscheidendem Handeln liegt für Schmitt das Kriterium des Politischen und damit auch der politische Gehalt des Rechts. Von allen rechtlichen Phänomenen ist der Ausnahmezustand jenes, in dem das Entscheidungshandeln am deutlichsten Gestalt annimmt. Insofern lässt sich an ihm der politische Gehalt des Rechts am besten ersehen; die Ausnahme, so Schmitt »offenbart [...] ein spezifisch-juristisches Formelement, die Dezision, in absoluter Reinheit.« (PT, 19)

Nicht jede reine Entscheidung ist allerdings politisch (oder souverän). Worauf es ankommt, ist zudem das Kriterium der Öffentlichkeit: Das *personale* Entscheiden der Souveränität ist keine *persönliche* Entscheidung. Es hat nicht privaten, sondern öffentlichen Charakter, denn es bezieht sich nicht auf die je eigene Lebensgestaltung, sondern auf die politische Situation. Dieser Bezug auf die politische Situation erfolgt wiederum nirgendwo grundsätzlicher als in der Entscheidung über den Ausnahmezustand. Indem es um die Frage geht, ob ein normaler Zustand noch besteht, wird in dieser Entscheidung die politische Ordnung als ganze beurteilt. (vgl. ebd.) Souveränes Entscheidungshandeln ist insofern »politisch« in einem doppelten Sinn. Erstens, weil über die *politische* Situation bestimmt wird; zweitens, weil *politisch* über diese Situation bestimmt wird, d. h. bei Schmitt: durch eine personale Entscheidung-Tat. In diesem Doppelsinn des Politischen ist souveränes Entscheiden bei Schmitt notwendig autoritär: Es handelt sich um einen Entschluss, der alle betrifft, aber kein Beschluss aller Betroffenen ist. Damit ist souveränes Entscheiden weder ein Ausdruck öffentlicher noch ein Ausdruck privater Autonomie; als personales Entscheiden über die politische Ordnung ist souveränes Handeln – und damit die politische Sphäre – öffentliche Heteronomie.

›Ordnung« und ›Person« gehören gleichermaßen zu Schmitts Begriff des Politischen. In der Souveränität zeigen sich diese zwei Seiten als *souveräne Entscheidung* einerseits und als *souveräne Einheit* andererseits. Die heuristische Bedeutung, die dem Ausnahmezustand bei Schmitt zukommt, lässt sich daraus erklären, dass er im Ausnahmezustand die Einheit dieser beiden Seiten realisiert sieht. In dieser Einheit realisiert sich für Schmitt auch die Einheit von Politik und Recht. Dies soll die nun folgende Rekonstruktion von Schmitts Theorie des Ausnahmezustands zeigen. In der Diskussion über den Ausnahmezustand bei Schmitt liegt das Gewicht zumeist auf der Seite der personalen Entscheidung. Die Seite der politischen Einheit rückt dagegen in den Hintergrund, da sie eher Schmitts Theorie des Politischen zugerechnet wird, die er in *Der Begriff des Politischen* und in *Theorie des Partisanen* formuliert. Das Ziel der folgenden Rekonstruktion ist nicht nur, diese beiden Stränge zusammenzuführen. Meine Rekonstruktion geht darüber hinaus von der These aus, dass sich Schmitts theoretischer Fokus stärker auf den

Aspekt der Ordnung als auf jenen der Entscheidung richtet. Dass Schmitt in seiner methodologischen Programmschrift *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* das Ordnungsdenken gegenüber dem Entscheidungsdenken zurückstellt, bedeutet dazu keinen Widerspruch. Denn wichtig ist die Frage, wie ›Ordnung‹ zu verstehen ist. Schmitt will darlegen, dass jede Ordnung, auch die Rechtsordnung, wesentlich *politische*, nicht *normative* Ordnung ist. Politisch wird die Ordnung, wenn sie eine Entscheidung enthält. Während es Entscheidungen gibt, die sich nicht auf die Frage der Ordnung beziehen, gibt es Schmitt zufolge keine Ordnung ohne Entscheidung. Fehlt der Aspekt der Entscheidung, so handelt es sich um ein System oder ein Regelwerk, nicht aber um eine Ordnung. Schmitt versteht ›Ordnung‹ damit als ausschließlich politischen Begriff.¹⁰ (vgl. ÜdA, 16f.)

Die Thematik der Entscheidung kommt für Schmitt (nur) insofern in Betracht, als sie konstitutiver Bestandteil einer Ordnung ist. Die Einheit von Person und Ordnung geht also – unmodern¹¹ – von der Ordnung aus und steht damit in einem Gegensatz zu einem individualistischen Verständnis der Person einerseits und zu einem liberalen Verständnis der Ordnung andererseits. Die Verbindung von Person und Ordnung tritt nach Schmitt am klarsten in der Entscheidung über den Ausnahmezustand hervor, denn diese ist in höchstem Maße personal und richtet sich zugleich wie keine andere auf den Bestand der Ordnung selbst.

Die Entscheidung über den Ausnahmezustand lässt sich in zwei verschiedenen Hinsichten betrachten: als Suspension der Verfassung (und damit als Aussetzung rechtlicher *Normativität*) oder als Einsetzung der Ordnung (und damit als Herstellung rechtlicher *Normalität*). In Schmitts Theorie scheint mir der zweite Gesichtspunkt, jener der Instituierung von Ordnung, ausschlaggebend zu sein. Zum einen deshalb, weil unter diesem Gesichtspunkt das Verhältnis von Normalität und Normativität, und damit von Politik und Recht, thematisch wird: Nur wenn der Ausnahmezustand unter dem Gesichtspunkt der Einsetzung der Ordnung in Betracht kommt, kann an ihm erkennbar werden, inwiefern die Geltung juristischer Normen eine politische Normalität voraussetzt. Zum anderen scheint mir dieser zweite Gesichtspunkt ausschlaggebend, weil für den Nachweis, dass die Entscheidung eine Suspension von Normativität bedeutet, der Rekurs auf den Ausnahmezustand gar nicht erforderlich

10 Jede andere Art von Ordnung, etwa die Ordnung des Stadtverkehrs oder die fahrplanmäßige Ordnung der Eisenbahn, ist für Schmitt dagegen höchstens »Ordnung« in Anführungszeichen. (vgl. ÜdA, 16f.)

11 Dass für die Moderne das Individuum, nicht die gesellschaftliche Ordnung das frühere Element darstellt, dass also die Ordnung vom Individuum her und nicht das Individuum von der Ordnung her zu begreifen ist, hat Leo Strauss am modernen Naturrecht, insbesondere an der Naturrechtstheorie von Thomas Hobbes herausgearbeitet. (vgl. Strauss 1977, 188–190)

wäre. Denn wie Schmitt wiederholt hervorhebt, bedarf die konkrete Anwendung eines allgemeinen Gesetzes stets einer Entscheidung, die in letzter Instanz nicht wiederum normativ, d.h. nicht durch Gesetz geregelt sein kann. (vgl. PT, 36–38; ÜdA, 14) Das Pathos, das Schmitt in die De-zision als Suspension der Verfassung und damit als Aufhebung aller Normativität legt, darf daher nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Entscheidung, im Rahmen von Schmitts Theorie, eine andere explikative Funktion hat: Es ist bei der Entscheidung gerade nicht darum zu tun, die rechtliche Normativität aus der Welt zu schaffen, sondern eine normale Ordnung zu begründen, durch die Normativität, im Sinne der Geltung rechtlicher Normen, erst möglich wird. Nicht in der Vernichtung der Norm, sondern in der Installation der Ordnung liegt die Bedeutung der Entscheidung. Schmitts Argumentation richtet sich entsprechend darauf, dass *jedes* normative System auf einer nicht-normativen Ordnung beruht. Mehr noch als in der *Aufhebung* der Verfassung zeigt sich dies, wie ich am Ende meiner Auseinandersetzung mit Schmitt darlegen werde, in der *Geltung* der Verfassung.

Im Ganzen entwickle ich in meiner Auseinandersetzung mit Schmitt das Argument, dass Normalität und Normativität bei ihm in einem wesentlich engeren Verhältnis stehen, als er es mit manchen seiner bekannten Formulierungen nahelegt. Theoretisch aufschlussreich scheint mir weniger Schmitts Insistenz darauf, dass die Normativität der Ordnung – die geschriebene Verfassung – im Ausnahmefall durchbrochen werden muss, sondern dass in der Durchbrechung der Normativität ihre Normalität besteht. Normalität und Normativität stehen sich dann bei Schmitt, anders als aus seiner Heuristik der Ausnahme hervorgeht, im Recht nicht äußerlich gegenüber, sondern sind intern miteinander verbunden. Meine Auseinandersetzung mit Schmitt zielt deshalb nicht auf die Aufhebung, sondern auf die Normalität der Verfassung: auf die Weise, in der ihre Normativität juristisch gilt. Dieses Ziel ist allerdings nur auf dem Weg eines Nachvollzugs seiner Theorie des Ausnahmezustands zu erreichen. Der Fokus dieses Nachvollzugs liegt, wie erwähnt, im Begriff der Rechtsform. Die Erschließung dieses Begriffs erfolgt in Etappen; dabei geht es darum, zu zeigen, dass der personale Entscheidungsakt in Schmitts Theorie nicht den zentralen argumentativen Stellenwert hat, den er ihm zuschreibt. Ich werde nachzeichnen, inwiefern das Moment der Entscheidung bei Schmitt selbst eine Relativierung erfährt. Deutlich wird dies, wenn die Analyse weniger der Emphase folgt, in der er die Bedeutung der personalen Entscheidung unterstreicht, als der Struktur seiner Argumentation. Während Schmitt selbst vor allem die Entscheidung als Form des Rechts benennt, werde ich erläutern, inwiefern sich in dem genannten Zusammenhang von personaler Entscheidung und politischer Ordnung bei ihm ein Primat der Ordnung feststellen lässt. Und während Schmitt diese politische Ordnung selbst in einen starken Gegensatz

zur Normativität bringt, werde ich gerade auf deren innere Verbindung abstellen, die sich in der *Verfassungslehre* abzeichnet. Eben diese Verbindung werde ich als Normalität der Durchbrechung erläutern; in ihr liegt die Form des Rechts bei Schmitt. Die Etappen in der Auseinandersetzung mit Schmitts Theorie des Ausnahmezustands lassen sich demnach wie folgt kennzeichnen: Von der Form als (personaler) Entscheidung über die Form als (politischer) Ordnung zur Form als (normativer) Durchbrechung.

Kapitel 1.2 behandelt den konstitutiven Zusammenhang, in dem die personale Entscheidung zur politischen Ordnung steht und wirft die Frage eines Primats der Ordnung auf. In Kapitel 1.3, das sich einer Gegenüberstellung von Schmitt und Hobbes widmet, steht dieser Primat der Ordnung (und damit ›Form als Ordnung‹) im Fokus. In Kapitel 1.4 wird schließlich die Form als Durchbrechung thematisch. Im folgenden Kapitel 1.2 setze ich mit Schmitts Theorie moderner bzw. neuzeitlicher Souveränität und Staatlichkeit ein, die durch die Einheit von Person und Ordnung bestimmt ist.

1.2 Souveränität als Normalisierung der Neuzeit

Es gibt kaum ein Buch von Schmitt, in dem die Souveränität kein grundlegendes Thema wäre. Systematisch behandelt er es vor allem in den beiden zu Beginn der 1920er Jahre publizierten Schriften *Die Diktatur* (1921) und *Politische Theologie* (1922). Beide Bücher führen den Begriff der Souveränität im Untertitel: Die *Politische Theologie* enthält *Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, die *Diktatur* handelt *Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. In unterschiedlicher Weise behandeln beide Bücher das Problem der Souveränität, das in der begrifflichen Verbindung von Recht und Politik besteht: Im Zentrum steht jeweils das »schwierige Problem des öffentlichen Rechts, das im Begriff der Souveränität und seiner Verbindung von höchstem Recht und höchster Macht liegt«. (D, 25) Das zuerst erschienene Buch über *Die Diktatur* dokumentiert dieses Problem in seiner realgeschichtlichen Dimension, während die Abhandlung über *Politische Theologie* in erster Linie nachweisen will, dass dieses Problem in der Rechtswissenschaft und in der rechtsstaatlichen Entwicklung seit dem 19. Jahrhundert systematisch (und nach Schmitt vergeblich) verdrängt worden ist.

Den Begriff der Souveränität aus dem juristischen Vokabular auszuschließen, ist für Schmitt das Hauptmerkmal einer positivistischen Rechtswissenschaft, die er je nach Kontext mit den Attributen ›liberal‹, ›bürgerlich-rechtsstaatlich‹, ›normativistisch‹, ›formalistisch‹ und ›legalistisch‹ belegt. Was diesen Positivismus nach Schmitt kennzeichnet,

ist die Reduktion positiven Rechts auf das Element von Gesetzen oder Normen und damit der Ausschluss des Politischen aus dem Begriff des Rechts. Um eben diese Identifikation von Recht und Gesetz zum Ausdruck zu bringen, spricht Schmitt auch von ›legalitärem Positivismus‹ und ›positivistischem Legalitätsdenken‹ (vgl. ÜdA, 26) oder schlicht von ›Gesetzespositivismus‹ (etwa in Lev, 103). Konsequenterweise sieht Schmitt diese Richtung in den Arbeiten Hans Kelsens: »Die von H. Kelsen geführte sog. Wiener Schule hat den ausschließlichen Herrschaftsanspruch eines abstrakten Normativismus in der Zeit von 1919–1932 mit besonderer ›Reinheit‹ verfochten.«¹² (ÜdA, 13, Fn. 3, Hervorh. im Original) Die Zurückweisung von Kelsen steht auch in der *Verfassungslehre* an prominenter Stelle (vgl. VL, 8f.); besonders viel Raum nimmt sie in der *Politischen Theologie* ein, wo er Kelsen vorwirft, das Problem des Souveränitätsbegriffs zu negieren.¹³ (vgl. PT, 29)

Die ›normativistische‹ Nicht-Beachtung des Souveränitätsproblems äußert sich nach Schmitt in erster Linie in der theoretischen Vernachlässigung der Ausnahme, das heißt desjenigen Falls, der erweist, dass es

- 12 Dass Schmitt das Ende auf 1932 ansetzt, ist antisemitisch motiviert. Im Zuge der Maßnahmen der Nationalsozialisten hatte Kelsen 1933 seine Kölner Professur aufgeben müssen. Schmitts Verbindung von Nationalsozialismus und Positivismuskritik wird am Ende der 1934 erschienenen Schrift explizit: »Erst nach diesem kurz zusammenfassenden Überblick über die gegenwärtige Lage der deutschen Rechtswissenschaft kann die tiefe und entscheidende Bedeutung des *neuen Begriffs vom Juristen* erkannt werden, den die nationalsozialistische Bewegung in Deutschland eingeführt hat. Die ständische Zusammenfassung der deutschen Juristen in der Deutschen Rechtsfront hat ihrer Organisation einen Begriff des Juristen zugrunde gelegt, der die bisherige positivistische Auseinanderreißung von Recht und Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Recht und Politik aufhebt und überwindet.« (ÜdA, 54, Hervorh. im Original) Insbesondere für die Trennung von Recht und Politik votierte Kelsen lange über das ihm von Schmitt verschriebene Ende hinaus. In der zweiten Auflage seiner *Reinen Rechtslehre* bemerkte er 1960, dass sich auch in der Nachkriegszeit gerade diejenigen gegen den Rechtspositivismus wendeten, die Wissenschaft und Politik vermengten. (vgl. Kelsen 1960, VIII und 1)
- 13 Die Stelle, auf die sich Schmitt dabei vor allem bezieht, lautet bei Kelsen wörtlich: »Die Souveränitätsvorstellung freilich muß radikal verdrängt werden. Diese Revolutionierung des Kulturbewußtseins tut vor allem not!« (Kelsen 1981, 320) Aus dem »Dogma« der Souveränität der Einzelstaaten folge der Primat der staatlichen Rechtsordnung. Der dadurch geförderte »Subjektivismus« der Staats-Individuen steht, so Kelsen, einer »objektivistischen Rechtsanschauung« im Weg, die sich an der Idee des Weltstaats orientiert. Das Konzept der Souveränität verhindert damit ihm zufolge zugleich ein wirkliches Völkerrecht und muss um dieses Völkerrechts willen »verdrängt« werden. (ebd., 319f.)

sich bei der Souveränität überhaupt um ein *juristisches* Phänomen handelt, dass hier also nicht nur politische Macht, sondern eine Verbindung von politischer *und* rechtlicher Macht vorliegt. Wird die begriffliche Verbindung ignoriert, die zwischen Ausnahmefall und Souveränität besteht, bleibt letztere nach Schmitt juristisch unbestimmt. Darauf zielt seine Kritik:

»Es gibt einige geschichtliche Darstellungen der Entwicklung des Souveränitätsbegriffes. Doch begnügen sie sich mit der Zusammenstellung der letzten abstrakten Formeln, in denen lehrbuchartig, abfragbar, die Definitionen der Souveränität enthalten sind. Keiner scheint sich die Mühe gegeben zu haben, die endlos wiederholte, völlig leere Redensart von der höchsten Macht bei den berühmten Autoren des Souveränitätsbegriffes genauer zu untersuchen. Daß dieser Begriff sich an dem kritischen, das heißt dem Ausnahmefall orientiert, tritt schon bei Bodin hervor.«¹⁴ (PT, 14f.)

- 14 Schmitt bezieht sich hier wie in der *Diktatur* (D, 25) auf das erste Buch von Bodins *Les six livres de la République* (Bodin 1981). Gegen Schmitts Bodin-Aneignung wurde zum einen eingewandt, dass er den Zusammenhang von Souveränität und Ausnahmezustand bei Bodin überschätze, zum anderen, dass er ihn falsch deute. Von einer Überschätzung der Ausnahme spricht Hermann Heller: »Auf Bodin beruft sich Schmitt bezüglich der begrifflichen Verbindung von Souveränität und Ausnahmezustand durchaus zu Unrecht. Bodin hat das wesentlichste Merkmal der Souveränität im Gesetzgebungsrecht gesehen.« (Heller 1927, 68f.) Dass der Souverän bei Bodin vor allen Dingen Gesetzgeber ist, betont auch Hauke Brunkhorst. (vgl. Brunkhorst 2000, 182) Für Schmitt kommt es hingegen gerade darauf an, dass die souveräne Instanz, welche die Rechtsordnung suspendiert, »nicht Gesetzgeber ist«. (LuL, 70, Hervorh. im Original) Dass Schmitt den Ausnahmezustand bei Bodin nicht überschätzt, aber falsch interpretiert, hat dagegen Étienne Balibar geltend gemacht: »Die Souveränität ist [bei Bodin, J.H.] keine ordnungstiftende Dezision, die als solche eine Antinomie ist, sondern eine Funktion der (moralischen, gesellschaftlichen und kosmischen) Ordnung.« (Balibar 2003, 233) Der Ausnahmezustand bei Bodin ist damit, anders als Schmitt meint, nicht normativ ungebunden, sondern normativ gehaltvoll. Mit Balibars Kritik an Schmitt setzt sich wiederum kritisch Derrida auseinander. (vgl. Derrida 2015, 82f.) Für eine Kritik an Bodins Souveränitätskonzept hinsichtlich der damit in Kauf genommenen Gewalt vgl. Loick 2012, 35–55; zum Zusammenhang von Recht, Staat und souveräner Dezision insbes. 45f. Dass das von Bodin entwickelte Konzept der Souveränität rasch zur Lehrmeinung avancierte, lässt sich in Verbindung mit dem Zusammenbruch der dualen mittelalterlichen Rechtswelt (*Heiliges Römisches Reich* und *Ecclesia Universalis*) sehen. Die damit entstehenden Machtkonflikte begünstigten den Gedanken einer alles bindenden Einheit, d.h. das Dogma der Souveränität. Für eine solche Argumentation vgl. Kelsen 1970, 166.

Die »Redensart« von der höchsten Macht bleibt leer, weil die Macht, wie Schmitt an späterer Stelle formuliert, nichts für das Recht »beweist«. (PT, 26) Er übt hier dieselbe Kritik: »Immer wird in den verschiedensten Variationen die alte Definition wiederholt: Souveränität ist höchste, rechtlich unabhängige, nicht abgeleitete Macht.« (PT, 25f.) Wird Souveränität als »rechtlich unabhängig« definiert, so gerät zugleich die juristische Dimension der Souveränität aus dem Blick und es bleibt bei »abstrakten Formeln«. Dass es sich bei der Souveränität hingegen um einen *juristischen* Grundbegriff handelt, zeigt sich nach Schmitt bei einer genaueren Untersuchung der »berühmten Autoren« der Souveränität, zu denen er neben Bodin vor allem Hobbes und Pufendorf rechnet.¹⁵ Bei diesen Autoren ist das Kriterium der höchsten Macht auf das »Problem der konkreten Ausnahme« (D, XVIII) bezogen. Dadurch wird deutlich, dass die höchste Macht nicht homogen ist, sondern Rechtliches und Politisches integriert.

Schmitts Kritik bewegt sich im Rahmen eines Gegensatzes von konkret und abstrakt bzw., wie es bei ihm häufiger heißt, konkret und allgemein.¹⁶ Sein Einwand gegen die juristische Fachwissenschaft lautet, dass die Problematik der »konkreten Ausnahme« in der »allgemeinen Rechtslehre bisher noch wenig systematisch« behandelt worden sei. (D, XVIII) Konkret ist die Ausnahme darin, dass sie immer Ausnahme von einer Regel (dem Gesetz, der Verfassung) und damit von etwas Allgemeinem ist. Weil die Ausnahme im Gegensatz zur allgemeinen Regel steht, ist sie konkret; auch die Souveränität, deren Definition sich am Ausnahmefall orientiert, ist damit ein konkretes Phänomen. Schmitts Anspruch ist es, dieses Konkrete systematisch darzustellen. Dem folgt auch seine *Verfassungslehre*. Im Vorwort kritisiert Schmitt, dass eine fiktive Gleichsetzung des rechtsstaatlich-normativen Bestandteils der Verfassung mit der Verfassung im Ganzen dazu geführt habe, »wesentliche Vorgänge des Verfassungslebens außer acht zu lassen oder zu verkennen.« (VL, XIIIff., Hervorh. J.H.) Es ist eben der Begriff des Lebens, der bei Schmitt als Chiffre für die konkreten, das heißt regelbrechenden Akte figuriert, in denen sich Souveränität, gegen die Fiktion ihrer Verdrängung, praktisch geltend macht.¹⁷ An der zitierten Stelle der *Verfassungslehre* fährt

15 In *De Cive* formuliert Hobbes eine Definition von Souveränität, die derjenigen Schmitts nahe steht, da sie die Befugnis, Gesetze außer Kraft zu setzen, als wesentliches Merkmal enthält – ebenso aber die Kompetenz, Gesetze zu geben. Zugleich prägt Hobbes' Definition einen Personalismus, wie ihn Schmitt in seiner eigenen Definition ins Zentrum rückt: »Now the notes of *supreme command* are these, *To make and abrogate Lawes, To determine War and Peace* [...]. He therefore that doth those things useth the Cities Right, which is the *supreme power*.« (Hobbes 1983, 103f., Hervorh. im Original)

16 Zur Bedeutung des Begriffs des Konkreten bei Schmitt vgl. Ojakangas 2005.

17 In diesem Sinn ruft Schmitt den Begriff des Lebens auch in der bekannten Passage am Ende des ersten Kapitels der *Politischen Theologie* auf. Einer

er entsprechend fort: »Am meisten hat die Behandlung des Begriffes der Souveränität unter dieser Methode der Fiktionen und Ignorierungen gelitten. In der Praxis entwickelt sich dann die Übung apokrypher Souveränitätsakte, für die es charakteristisch ist, daß staatliche Behörden oder Stellen, ohne souverän zu sein, doch gelegentlich und unter stillschweigender Duldung Souveränitätsakte vornehmen.« (VL, XIV)

Mit der Thematik souveräner Akte beginnt sich Schmitt in seinem Buch zur *Diktatur* systematisch auseinanderzusetzen. In einer Diktatur bleiben souveräne Akte nicht apokryph, sondern sind kanonisch: Durch den »Aktionscharakter der diktatorischen Tätigkeit« (D, 131f.) ist die Diktatur nach Schmitt begrifflich bestimmt. Eine ›Aktion‹ richtet sich, im Unterschied zu anderen Formen des Tätig-Seins, nicht nach normativen Vorschriften, sondern allein »nach der Lage der Sache«. (D, 133) Das Ziel der Aktion ist die Herstellung einer normalen Lage:

»Die Aktion des Diktators soll einen Zustand schaffen, in dem das Recht verwirklicht werden kann, denn jede Rechtsnorm setzt einen normalen Zustand als homogenes Medium voraus, in welchem sie gilt. Infolgedessen ist die Diktatur ein Problem der konkreten Wirklichkeit, ohne aufzuheben, ein Rechtsproblem zu sein.« (D, 133f.)

Weil ein Zustand, in dem Rechtsanwendung möglich ist, erst geschaffen werden muss, kann die Aktion, die diesen Zustand schaffen soll, keine Anwendung des Rechts sein. Sie erfolgt stets unter der Voraussetzung, dass die Verfassung suspendiert worden ist, und kann sich daher allein an der ›konkreten Wirklichkeit‹ orientieren. Dass die Aktion sich nicht nach dem Gesetzlich, sondern nur nach dem faktisch Gebotenen richtet, macht für Schmitt ihren politischen Charakter aus.¹⁸ Weil in der faktischen Normalität die Geltungsbedingung von rechtlicher Normativität (von Gesetzen) liegt, bleibt die Aktion, die auf eine solche Normalität

Rechtswissenschaft, die nur auf Normen und nicht auf souveräne Akte fokussiert, hält er eine (nicht weiter ausgeführte) ›Philosophie des konkreten Lebens‹ entgegen: »Gerade eine Philosophie des konkreten Lebens darf sich vor der Ausnahme und vor dem extremen Falle nicht zurückziehen, sondern muß sich im höchsten Maße für ihn interessieren. [...] In der Ausnahme durchbricht die Kraft des wirklichen Lebens die Kruste einer in Wiederholung erstarrten Mechanik.« (PT, 14)

- 18 Vor diesem Hintergrund betont Ingeborg Villinger Schmitts »systematische Ausrichtung des Politischen am Faktischen«. (Villinger 2008, 168) Das ›Faktische‹ ist dabei gleichbedeutend mit der Gefährdungslage der politischen Einheit. Da es, wie Schmitt in *Der Begriff des Politischen* argumentiert, keine politische Einheit ohne eine Gefährdung (d.h. ohne Feind) gibt, ist das Politische bei Schmitt ganz über dieses Faktische – die Gefährdungslage und das darin faktisch Notwendige – bestimmt.

zielt, dennoch ein Rechtsproblem. An der Diktatur zeigt sich die spannungsvolle Verbindung von Recht und Politik, die für das Phänomen der Souveränität konstitutiv ist. Den Zusammenhang des Problems der Souveränität mit jenem der Diktatur hat nach Schmitt als erster Bodin erkannt. (vgl. D, 25) Das heißt nichts anderes, als dass Bodin erkannt hat, wie Souveränität und *Ausnahme* zusammenhängen.¹⁹ In der Auffassung Schmitts hat Bodin durch diese Einsicht den modernen Begriff der Souveränität gebildet.

Staat und Person: Die Souveränität der Moderne

Die Modernität von Bodins Begriff liegt darin, dass er Souveränität unter das Kriterium der Singularität stellt: Dass eine Instanz souverän ist, heißt, dass sie allein souverän ist. In dieser Einzahl besteht die Differenz zu früheren Verwendungen des Begriffs. So schreibt Francesca Raimondi über Bodins *Les six livres de la République* (1576):

»Souveränität soll nicht mehr diverse Träger haben und fragmentiert sein, sondern das Attribut einer einzigen Verfügungsinstanz werden [...]. Von einer verschiedentlich realisierten und auf unterschiedliche Träger verteilten Befugnis wird Souveränität damit zur Bezeichnung für eine neuartige und spezifisch moderne Gestalt politischer Macht.«²⁰ (Raimondi 2014, 265)

Diese Singularität behandelt Schmitt begrifflich nicht nur als ›Einzahl‹, sondern vor allem als ›Einheit‹: An Bodins Definition hebt er hervor, dass sie »die Souveränität als unteilbare Einheit auffaßte und die Frage nach der Macht im Staat endgültig entschied«.²¹ (PT, 15) Souveränität ist unteilbare Einheit, weil ihr das Vermögen einer ungeteilten

- 19 Wenn nach Schmitt »die Diktatur notwendig ›Ausnahmezustand‹« ist (D, XVI), dann ist »das Problem der Diktatur« mit dem »Problem der konkreten Ausnahme« identisch (D, XVIII).
- 20 Vgl. ebenso Dieter Grimms Erörterungen zu »Entwicklung und Funktion des Souveränitätsbegriffs«, Grimm 2009, 16–35. Grimm hält fest, dass der Begriff der Souveränität in Frankreich schon seit dem 13. Jahrhundert im Zusammenhang mit Herrschaft gebraucht wurde, aber erst seit Bodin die Bedeutung einer letztinstanzlichen Autorität erhielt. (vgl. ebd., 16 und 18)
- 21 Jacques Derrida, der sich in *Das Tier und der Souverän* eingehend mit Bodin, Hobbes und Schmitt auseinandersetzt, geht in seiner Kritik der Souveränität von der – nur vermeintlichen – Unteilbarkeit der Souveränität aus: »[A]nzuerkennen, dass die Souveränität teilbar ist, dass sie sich teilt und aufteilt« (Derrida 2015, 120), bedeutet für ihn, mit der Dekonstruktion der Souveränität begonnen zu haben.

(nämlich letzten, nicht mehr derogierbaren) Entscheidung zugrunde liegt.²² Die »wissenschaftliche Leistung« Bodins bestehe entsprechend darin, »daß er die Dezision in den Souveränitätsbegriff hineingetragen« (ebd.) und dadurch das Kriterium der unteilbaren Einheit etabliert hat. Diese Rede von der souveränen, unteilbaren Einheit hat nun bei Schmitt einen zweifachen Sinn: Erstens ist damit die Instanz gemeint, welche im Staat die höchste Macht hat, indem sie die letzte, im Staat verbindliche Entscheidung fällt. Zweitens ist damit der Staat selbst als die machthabende Instanz gemeint. Im ersten Sinn geht es um den Ort der Macht im Staat, im zweiten um den Staat als Ort der Macht. Das – spezifisch moderne – Kriterium der unteilbaren Einheit definiert Souveränität damit erstens als *personal*, zweitens als *staatlich*. In beiden Aspekten gleichermaßen liegt für Schmitt die Modernität von Bodins Begriff der Souveränität.

In der Schmitt-Rezeption wird der Aspekt der Personalität weit mehr berücksichtigt als jener der Staatlichkeit. Dies erscheint insofern begründet, als Schmitt Gewicht darauf legt, dass der Staat nicht die Form ist, die das Politische notwendigerweise annimmt.²³ Somit ist der Staat auch nicht die einzige Erscheinungsform der Souveränität. Doch ist der Staat, und darauf kommt es Schmitt an, die moderne Erscheinung der Souveränität (und damit auch die moderne Form des Politischen). Nach der Bestimmung in *Der Begriff des Politischen* ist der Staat »seinem Wort-sinn und seiner geschichtlichen Erscheinung nach ein besonders gearteter Zustand eines Volkes, und zwar der im entscheidenden Fall maßgebende Zustand und deshalb, gegenüber den vielen denkbaren individuellen und kollektiven Status, der Status schlechthin.« (BdP, 19) Dass der Staat – und nicht etwa andere *individuelle* (lokale Grundherren) oder *kollektive* (die Kirche) Instanzen – die letzte Entscheidung trifft und in dieser Weise *maßgebend* ist, bildet nach Schmitt das Signum der Moderne. Dies herauszustellen ist ihm zufolge das Verdienst Bodins und »seines neuen, *staatlichen* Souveränitätsbegriffs«. (NdE, 124, Hervorh. J.H.) Sowohl dem Begriff wie der Sache nach sieht Schmitt den Beginn moderner Souveränität im Frankreich des 16. Jahrhunderts. Der von Bodin entwickelte Begriff der Souveränität ist dabei von Anfang an mit einer Situation der Ausnahme verbunden: Das französische 16. Jahrhundert ist eine Zeit der konfessionellen Bürgerkriege und damit einer manifesten

22 Historisch plausibel wurde »der Gedanke der souveränen *politischen* Entscheidung« angesichts der religiösen Bürgerkriege im Frankreich des 16. Jahrhunderts; auf diesem Gedanken gründet Schmitt zufolge die europäische »Organisationsform ›souveräner Staat‹« (Schmitt 1958d, 375, Hervorh. im Original) und damit eine geschichtliche Epoche der Staatlichkeit, welche vierhundert Jahre Bestand haben sollte.

23 Vgl. etwa das Vorwort von 1963 zur Neuauflage von *Der Begriff des Politischen* (1932), BdP, 10.

politischen Zerrissenheit. Auf diese Situation antwortet nach Schmitt souveräne Staatlichkeit.

In der *Politischen Theologie* nennt Schmitt Bodin den »Anfang der modernen Staatslehre«. (PT, 15) Dem entspricht, dass Schmitt in *Der Nomos der Erde* betont: »In dem Titel von Bodinus ›Six livres de la République‹ muß man das Wort Respublica bereits mit Staat übersetzen. Bodinus' Werk hat eine größere und schnellere Wirkung gehabt als irgendein anderes Buch irgendeines Juristen der ganzen Rechtsgeschichte.« (NdE, 97) Die Respublica im Sinne von ›Staat‹ löst nach Schmitt die Respublica Christiana des Mittelalters ab, Staatlichkeit bedeutet demnach Säkularisierung: »Die völlig unvergleichbare, einmalige geschichtliche Besonderheit dessen, was man in einem spezifischen Sinne ›Staat‹ nennen kann, liegt darin, daß dieser Staat das Vehikel der Säkularisierung ist.« (ebd.) Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass es für Schmitt nicht allein darum geht, dass der moderne Begriff der Souveränität staatlich ist, sondern mehr noch darum, dass diese souveräne Staatlichkeit die Moderne *als Epoche* begründet. »Souveränität in dem modernen Sinne von staatlicher Einheit« (D, 200) ist das Kennzeichen der Moderne als Epoche, die nach Schmitt den Zeitraum vom 16. bis zum 20. Jahrhundert umfasst.²⁴ (vgl. das Vorwort von 1963 in BdP, 9–18 sowie Schmitt 1958d)

Der epochenmachende Zusammenhang, der zwischen Moderne, Souveränität und Staat besteht, ist nach Schmitt jener der Säkularisierung, unter der er einen dreifaltigen Vorgang versteht: erstens die Unterwerfung ständischer und kirchlicher Rechte unter eine zentralisierte Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung; zweitens die Überwindung der religiösen Bürgerkriege durch die staatliche Religionshoheit; drittens die in sich abgeschlossene Territorialisierung und damit nicht nur Vereinheitlichung nach innen, sondern ebenso nach außen. (NdE, 98f.) Säkularisierung ist somit die Durchsetzung eines dreifachen staatlichen Entscheidungsmonopols: gegenüber konkurrierenden politischen Ansprüchen im Innern, gegenüber untereinander konkurrierenden religiösen Ansprüchen, gegenüber politischen Ansprüchen im Äußern. Als *unteilbare Einheit* erscheint der Staat nach innen, konfessionell und nach außen. Auf die Suprematie gegenüber der Kirche bzw. den Kirchen ist der Begriff der Säkularisierung bei Schmitt nicht beschränkt und es sind gerade die beiden anderen Aspekte, die in diesem Zusammenhang interessieren müssen: unteilbare Einheit nach innen und unteilbare Einheit nach außen. Nach

24 Vom modernen Staat im Sinne des Rechtsstaats lässt sich allerdings bis zum Ende des 18. Jahrhunderts nicht sprechen; Schmitts Begriffe der Moderne und des modernen Staates decken sich somit nicht mit der in der Geschichtswissenschaft üblichen Terminologie. (vgl. dazu Schulze 1980, 84 sowie unten, Kapitel 4.3)

außen bedeutet die Einheit, dass es sich um einen Staat unter Staaten handelt. Nach innen bedeutet sie, dass es im Staat eine – letztlich personale – Instanz gibt, welche die Einheit konstituiert, indem sie entscheidet. Diese beiden Aspekte von Souveränität stehen nicht nebeneinander, sondern hängen zusammen: Der moderne *Staat* zeichnet sich nach Schmitt durch *Personalismus*, das heißt durch personale Dezsision aus. Beim Staat als der modernen, die Moderne begründenden Form der Souveränität handelt es sich »um die Verbindung von raumhaftem Machtkomplex und repräsentativer Person«. (NdE, 116)

Der neue Staat bildet eine in sich territorial geschlossene Einheit. Politischer »Ordnungsbegriff« ist er nach Schmitt als »Raumordnungsbegriff«. (Schmitt 1958d, 380, Hervorh. im Original) Der Staat ist ein im Raum ausgedehnter Körper und in dieser physischen Körperlichkeit der Person vergleichbar. Die Verbindung von Staat und Person ergibt sich infolgedessen zunächst aus einer Personifizierung politischer Machtkomplexe, die im 16. Jahrhundert einsetzt. Im 17. Jahrhundert verdichtet sich dieser Prozess im Konzept der souveränen Staatspersönlichkeit, die zum Rechtssubjekt in einem neuen Völkerrecht wird:

»Dieser Staat aber ist wesentlich ein einheitlicher, in sich geschlossener Flächenraum europäischen Bodens, der zugleich als ein ›magnus homo‹ repräsentiert wird. Erst jetzt ist er in Form, als Rechtssubjekt und souveräne ›Person‹. Erst mit der klaren flächenmäßigen Abgrenzung wird eine gleichgewichtige, auf der Koexistenz der souveränen Personen beruhende Raumordnung möglich.« (NdE, 117)

Die Verbindung von Staat und Person im *magnus homo*, dem großen Menschen, führte auf die Frage, ob die Souveränität im politischen Gebilde oder im politischen Oberhaupt des Staates liege. Der neu gebildete Souveränitätsbegriff ließ eine Entscheidung in dieser Frage nicht zu. So bemerkt Luhmann, dass »gerade der moderne, seit Bodin übliche Begriff der Souveränität« es erschwert habe, den Staat terminologisch vom Herrscher zu trennen. (Luhmann 1989, 108) Auch Franz Neumann hat in seiner Lektüre von Bodins *Les six livres de la République* darauf hingewiesen, dass bei Bodin Souveränität immer auch diejenige des Fürsten meint: »Der Staat ist von seinem höchsten Organ noch nicht unterschieden. Daher erscheint das Problem der höchsten Macht *des* Staates noch nicht getrennt von der höchsten Macht *im* Staat«. (Neumann 1980, 107, Hervorh. im Original) Dass Person und Staat nicht getrennt sind, stellt für Schmitt allerdings keinen Mangel, sondern gerade die Stärke von Bodins Souveränitätsbegriff dar. Bei Bodin bedeutet ›Staat‹ eine personalistische Durchdringung der Institution. Dagegen kritisiert Schmitt die positivistische argumentierenden deutschen Juristen des 19. Jahrhunderts dafür, die »Unterscheidungen von fürstlicher und staatlicher Person auf

eine ganz abstrakte Weise überspitzt« zu haben. (NdE, 118) Konkret realisieren lässt sich für Schmitt eine unteilbare Einheit und damit Souveränität nur in der Verflechtung von Staat und Person: Der Staat ist nur dann die machthabende Instanz, wenn es im Staat eine Person oder eine Gruppe von Personen gibt, die eine verbindliche Entscheidung zu treffen vermag. Ohne solche Dezision, die definitionsgemäß immer von Personen zu treffen ist und nie ›unpersönlich‹, bloß aus Normen abgeleitet werden kann, kommt dem Staat weder gegenüber konkurrierenden politischen Akteuren noch gegenüber den Kirchen eine Vorrangstellung zu. Ohne personale Dezision gibt es keinen souveränen Staat. In der Durchdringung von Person und Staat liegt die konkrete Bedingung von unteilbarer Einheit und damit von moderner Souveränität.

Schmitt ist ein Befürworter dieser staatlich-souveränen Moderne, die er vierhundert Jahre nach Bodin, wenn der souveräne Staat im 20. Jahrhundert seine Wirkung als »Ordnungsbegriff« verliert, wieder enden sieht. (vgl. Schmitt 1958d, 376 und 378) Der Rückgang von Staatlichkeit bedeutet für ihn nichts anderes als den Wiedereintritt des Chaos, des Bürgerkriegs, aus dem der souveräne Staat im 16. Jahrhundert herausgeführt habe. (vgl. NdE, 30)

Es ist zwar richtig, dass Schmitt das Politische und die Souveränität auch jenseits des Staates zu denken sucht. Vom Staat ist das Politische nicht abhängig. Im Gegenteil: Begrifflich bildet das Politische die Voraussetzung für den Staat und bleibt diesem gegenüber vorrangig. (vgl. PT II, 25) Die 1932 erschienene Fassung von *Der Begriff des Politischen* beginnt Schmitt mit dem programmatischen Satz: »Der Begriff des Staates setzt den Begriff des Politischen voraus.« (BdP, 19) Die Gleichung staatlich = politisch gilt nur dann, wenn der Staat ein Monopol auf das Politische, das heißt auf eine verbindliche Entscheidung hat. Es ist nun aber ebenso richtig, dass Schmitt neben seinem historischen Begriff des Staates, der sich auf die vierhundert Jahre der Moderne (16.–20. Jahrhundert) bezieht,²⁵ einen allgemeinen Begriff des Staates hat: Staat als »ein seinsmäßig vorhandener Zustand, ein *status* von Einheit und Ordnung«. (VL, 4, Hervorh. im Original) ›Status‹ meint dabei nichts Statisches. Vielmehr ist der Staat für Schmitt »konkretes Leben« (ebd.) und somit ›Form‹ in jenem dynamischen, akt-bezogenen Sinn, den Schmitt diesem Begriff beilegt. Wo immer eine Gruppe von Menschen unter einer kollektiv verbindlichen Entscheidungsinstanz in einen Zustand der Ordnung gebracht ist, lässt sich von ›Staat‹ sprechen. In diesem allgemeinen Sinn ist ›Staat‹ gleichbedeutend mit politischer Einheit. (vgl. VL, 205) ›Staat‹ im Sinne politischer Einheit ist mit ›Staat‹ im Sinne moderner

25 Vgl. dazu auch den programmatischen Aufsatz *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff*, der 1941 erstmals erschien, Schmitt 1958d.

Staatlichkeit nicht identisch und bei Schmitt auf diese historisch spezifische Form nicht beschränkt. So hält Schmitt gerade in *Staat, Bewegung, Volk* – jenem Text von 1933, in dem er über die Beseitigung der bisherigen liberal-demokratischen Staatlichkeit durch die »Staat- und Volktragende« nationalsozialistische Bewegung schreibt²⁶ – an »Staat« im weiteren Sinne« fest, um damit »das Ganze der politischen Einheit eines Volkes« zu bezeichnen. (Schmitt 1933, 12f.) Der in diesem weiteren Sinn verstandene Staat endet nicht mit der Epoche moderner Staatlichkeit, sondern mit dem Verlust einer personalen Instanz kollektiv verbindlicher Entscheidung. Mit diesem Verlust entfällt jeder politische Zustand und es kommt zur Anarchie, die für Schmitt folglich ein Zustand jenseits des Politischen ist (und damit im strengen Sinn gar kein Zustand, kein *status*). Staat im allgemeinen und Staat im historisch-besonderen Sinn sind zwar unterschieden; das gemeinsame Kriterium, das es erlaubt, im einen wie im andern Fall von Staat zu sprechen, ist Souveränität.²⁷ Ein nicht-souveräner Staat stellt eine *contradictio in adiecto* dar; wo überhaupt ein Staat, ein politischer Zustand vorliegt, besteht auch Souveränität. Umgekehrt impliziert Souveränität immer die Existenz eines politischen Zustandes und damit eines Staates in dem von Schmitt gemeinten allgemeinen Sinn.

Rechts-Ordnung als Staats-Recht: Der Primat der Form

Schmitt bezeichnet Staat und Souveränität als ›Ordnungsbegriffe‹. In dem 1958 erschienenen Text *Staat als konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff*, der auf einen Vortrag von 1941 zurückgeht (vgl. Schmitt 1958d, 383), spricht Schmitt von »der Sprengkraft des neuen Ordnungsbegriffes ›souveräner Staat‹«. (ebd., 378) Anhand der »Ordnungsvorstellungen Souveränität und Staat« sei es im 16. Jahrhundert möglich geworden, »in das Durcheinander der europäischen feudalen Bindungen Ordnung zu bringen«. (ebd.) Darin, ›Ordnung‹ herzustellen, sieht Schmitt die wesentliche Leistung von Souveränität und souveräner Staatlichkeit. Diese Ordnungsleistung manifestiert sich für ihn besonders deutlich im Ausnahmezustand, der sich dadurch auszeichnet,

26 Für das Insistieren der Nationalsozialisten auf dem Primat der Bewegung gegenüber dem Staat hat bereits Franz Neumann den überzeugenden Grund angeführt, dass die NSDAP nach der Machtübernahme sich gegen die in Deutschland zahlenmäßig und funktional einflussreiche staatliche Bürokratie dadurch durchzusetzen suchte, dass sie die Bedeutung des Staates in Abrede stellte. (vgl. Neumann 1980, 344)

27 Vgl. zum Zusammenhang der ›Ordnungsbegriffe‹ Souveränität und Staat Schmitt 1958d, 376–379.

dass Rechtsnormen suspendiert werden, um die staatliche Ordnung zu erhalten: Über den Ausnahmezustand schreibt Schmitt in der *Politischen Theologie*:

»Die Existenz des Staates bewährt hier eine zweifellose Überlegenheit über die Geltung der Rechtsnorm. Die Entscheidung macht sich frei von jeder normativen Gebundenheit und wird im eigentlichen Sinne absolut. Im Ausnahmefall suspendiert der Staat das Recht, kraft eines Selbsterhaltungsrechtes, wie man sagt. Die zwei Elemente des Begriffes ›Rechts-Ordnung‹ treten hier einander gegenüber und beweisen ihre begriffliche Selbständigkeit. So wie im Normalfall das selbständige Moment der Entscheidung auf ein Minimum zurückgedrängt werden kann, wird im Ausnahmefall die Norm vernichtet.« (PT, 18f.)

Im Ausnahmefall erweisen die beiden Glieder, die sich im Begriff ›Rechts-Ordnung‹ verbinden, ihre Fremdheit, wodurch die antithetische Struktur des Begriffes ersichtlich wird. Nur aus dieser Struktur heraus lässt sich der Begriff nach Schmitt verständlich machen. So schreibt er in der *Verfassungslehre*, es sei »willkürlich, ohne weiteres von Rechtsordnung zu sprechen«, und fährt fort: »Der Begriff der Rechtsordnung enthält zwei völlig verschiedene Elemente: das normative Element des Rechts und das seinsmäßige Element der konkreten Ordnung.« (VL, 10) Aus der antithetischen Struktur ergibt sich eine doppeldeutige Verwendung des Begriffes ›Rechtsordnung‹, die ebenso für den gleichbedeutenden Begriff der Verfassung gilt: ›Rechtsordnung‹ bzw. ›Verfassung‹ meint zum einen den Rechtszustand als einen Zustand politischer Ordnung und Einheit (Verfassung als »die ›Form der Formen‹, forma formarum«, VL 5, Hervorh. im Original). Zum anderen bezeichnet ›Rechtsordnung‹ auch die Verfassung als System höchster Normen und die aus diesem System abgeleiteten Gesetze und normativen Regelungen. Im ersten Sinn bezieht sich ›Rechtsordnung‹ auf die Form, im zweiten Sinn auf den Inhalt des Rechts.

Die Frage, mit der sich Schmitt befasst, ist die nach dem Verhältnis der beiden Seiten in der Rechtswirklichkeit. In der *Politischen Theologie* wie in der *Verfassungslehre* geht es in unterschiedlicher Weise darum, dass sich die Rechtsordnung nicht auf eine dieser Seiten reduzieren lässt. In jeder konkreten Rechtsordnung manifestiert sich die ihrem Begriff inwohnende Differenz: Auf der einen Seite das *normative* Recht, auf der anderen Seite die *staatliche* Ordnung; ersteres ein Moment des Sollens, letztere ein Moment des Seins. Diese Zweiseitigkeit bedeutet für Schmitt nicht, dass der Rechtsordnung keine Einheit zukomme. Der strittige Punkt liegt vielmehr darin, wie diese Einheit zu verstehen sei. Sie ist, so Schmitt, nicht ›normativ‹ zu verstehen; die Einheit der Rechtsordnung beruht nicht auf einer Norm: »Die Einheit und Ordnung liegt in der

politischen Existenz des Staates, nicht in Gesetzen, Regeln und irgendwelchen Normativitäten.« (VL, 10) Schmitt bezieht sich hier nicht etwa auf die Diktatur, sondern auf die Rechtsordnung des bürgerlich-demokratischen Rechtsstaats, dessen Verfassungstypus den Gegenstand seiner *Verfassungslehre* bildet.²⁸

Die Zweiseitigkeit der Rechtsordnung betont Schmitt gegen die positivistische Auffassung, dass sich die Einheit des Staates vollständig auf die Einheit des Normensystems, der geschriebenen Verfassung, zurückführen lasse. In diesem Sinn befürwortete Hans Kelsen, einer der wichtigsten zeitgenössischen Vertreter des Rechtspositivismus, die Tendenz, dass »sich der Staatsbegriff neuestens dem Rechtsbegriff [›Recht‹ verstanden als Gesamtheit der rechtlichen Normen, J.H.] zu nähern und mit ihm zu verschmelzen sucht«; denn so werde »die Identität« der staatlichen Ordnung »mit der Rechtsordnung« erkannt. (Kelsen 1981, 16) Gerade dadurch aber wird aus Schmitts Sicht das Problem der Einheit übergangen.²⁹ Wird die Rechtsordnung allein als normative Ordnung verstanden, kann Einheit nicht erklärt werden. Schmitt adressiert dieses Problem vorwiegend in der *Verfassungslehre*. Eine nur normative Ordnung – die geschriebene Verfassung – verfehlt das Erfordernis der Einheit in zwei Hinsichten. Erstens können geschriebene Verfassungen von sich aus keine politische Einheit herstellen. Zweitens bilden sie selbst keine systematische Einheit, denn sie folgen heterogenen Prinzipien, versammeln Gesetze ganz verschieden fundamentalen Gehalts und enthalten zumeist keine vollständige organisatorische Regelung des Staates. (vgl. VL, 15f.) Im Hinblick auf die *Weimarer Verfassung* hält Schmitt trotz der ihr eingeräumten Systematizität und relativen Vollständigkeit fest: »Auch hier löst sich die geschlossene Einheit einer verfassungsgesetzlichen Kodifikation in eine Summe zahlreicher verfassungsgesetzlicher Einzelbestimmungen auf.« (VL, 16) Ihre Einheit haben diese Normen weder in ihrem Inhalt noch in ihrer Systematik, sondern in einem *ihnen äußerlichen* politischen Willen, der »als ihre einheitliche Grundlage ihre Einheit von sich aus bewirkt.« (VL,

28 Die Position, dass die formale Faktizität der Ordnung gegenüber allem Normativ-Inhaltlichen Priorität hat, findet sich ähnlich auch in Rudolph Sohms Überlegungen zum »Rechtsbegriff des Rechts«: »Als *Ordnung* des Gemeinlebens ist endlich jede Gemeinschaftsordnung, ebenso auch die Rechtsordnung, eine Ordnung *um der Ordnung willen*. Die Erhaltung der Gemeinschaft ist an erster Stelle nur davon abhängig, daß *eine* Ordnung sei. Die Frage nach dem Inhalt der Ordnung, so bedeutsam sie auch für die Leistungsfähigkeit der Ordnung ist, steht, im Verhältnis zu dem Bedürfnis nach Ordnung überhaupt, in zweiter Reihe.« (Sohm 1923, Kursivsetzungen sind im Original gesperrt)

29 Diesen Einwand formuliert Schmitt in der *Politischen Theologie* direkt gegen Kelsen; vgl. PT, 27.

15 und ähnlich 22) Das System der Normen hat damit seine Voraussetzung in einem politischen Akt.

Die Einheit der Rechtsordnung beruht darauf, dass die Rechtsordnung nicht allein normative, sondern auch und primär politische bzw. ›seinsmäßige‹ Ordnung ist. (vgl. VL, 10) Mit anderen Worten: Als Einheit lässt sich die Rechtsordnung nur verstehen, wenn sie begrifflich in ihrer Zweiseitigkeit erkannt wird. Darin liegt nach Schmitt der Fehler der von ihm vielerorts kritisierten positivistischen Rechtswissenschaft: Ihre Methode geht von einer Trennung von Politik und Recht aus und kann das Politische im Recht nicht denken: »Sie stellt dann meistens einfach ab und erklärt die Frage für *nicht juristisch*, sondern politisch.« (NdE, 180, Hervorh. im Original) Gegen die von Gerhard Anschütz formulierte Auffassung, dass das Staatsrecht beim Ausnahmezustand aufhöre (vgl. PT, 9 und 21), vertritt Schmitt die Position, dass gerade an diesem politischen Fall das Staatsrecht als das *politische* Recht, als ein Eigen- und Vorrecht des Staates hervortrete.³⁰

Im Ausnahmezustand wird nach Schmitt die irreduzible Zweiseitigkeit der Rechtsordnung evident. Die heuristische Bedeutung des Ausnahmezustands gründet darin, dass er den Begriff der ›Rechts-Ordnung‹ in seiner Komposition – in der Differenz und Verbindung seiner Komponenten – sichtbar macht. Wenn Schmitt hinsichtlich der souveränen Ausnahme-Entscheidung von einer »Punktualisierung des Augenblicks« (PT, 8) spricht, hat ›Augenblick‹ eine wörtlich optische Bedeutung: Was in dieser Entscheidung augenfällig wird, ist die Differenz der Rechtsordnung. Deren Zweiseitigkeit erweist sich dabei im Primat der ›Ordnung‹ vor dem ›Recht‹. Während die politische Ordnung weiter Bestand hat, wird das normative Recht suspendiert, die Norm »vernichtet«: »Ist dieser Zustand eingetreten, so ist klar, daß der Staat bestehen bleibt, während das Recht zurücktritt.« (PT, 18) In der doppelten Bedeutung von ›Rechtsordnung‹ lässt sich dies so formulieren: Im Ausnahmezustand wird die Rechtsordnung – der normative Inhalt des Rechts – ausgesetzt, um die Rechtsordnung – als Form – zu erhalten: Die souveräne Entscheidung entscheidet sich hier *gegen* den Inhalt und *für* die Form. Damit tritt die für den Begriff des Rechts konstitutive Überlegenheit der Form über den Inhalt des Rechts zutage. Diese Überlegenheit der Form ist weniger eine Überlegenheit der Entscheidung als eine Überlegenheit der Ordnung; die Entscheidung ist dabei (nur) das Medium, das den Primat

30 An diesem Punkt setzt Ernst-Wolfgang Böckenfördes Deutung von Schmitts staatsrechtlichem Werk an: Das Staatsrecht ist »genuin politisches Recht«, denn es erscheint »als die verbindliche normative Ordnung und Form für Bestand, Erhalt und Aktionsfähigkeit einer in diesem [relativ homogenen, J.H.] Sinn politischen Einheit«. (Böckenförde 2006, 349) Gerade im Ernstfall, in dem die politische Einheit in ihrer Existenz bedroht ist, kommt dem Staatsrecht als dem politischen Recht eine tragende Bedeutung zu.

der Ordnung, als einen Primat der Form, sichtbar macht. Bei der Heuristik des Ausnahmezustands handelt es sich demnach um eine Heuristik der Form.

Ich werde an späterer Stelle deutlich machen, wie Schmitt die Theorie der Form auch an einem Moment der ›Durchbrechung‹ entwickelt, das nicht im Augenblick der souveränen Ausnahme hervortritt, sondern vielmehr konstitutiv in den juristischen Normalzustand eingeschrieben ist. (vgl. Kapitel 1.4) Die Theorie der Form und damit die These von der Überlegenheit der Form auf den Normalzustand zu beziehen, ist unerlässlich. Denn kommt die Theorie der Form allein in einer Heuristik der Ausnahme in Betracht, so wird angesichts des bedingungslosen Primats der Ordnung unklar, wozu es Rechtsnormen als ein selbständiges Moment überhaupt noch braucht. Die Emphase auf der Ausnahme betont in einer Weise das Politische, dass demgegenüber das Normative entbehrlich und verächtlich erscheint. Darin liegt denn auch das Problem an Schmitts methodischer Privilegierung des Ausnahmezustands: dass sie die Form des Rechts in ihrer konstitutiven Normalität und damit das Funktionieren rechtlicher *Normativität* gerade nicht erhellt, sondern das Normative in der vollständigen Suspension völlig unthematisch werden lässt. Aufschlussreich ist die Beschäftigung mit Schmitt hingegen dann, wenn gegen seine eigene Heuristik der Ausnahme die *Normalität* der Durchbrechung – auch jenseits des von Schmitt genannten Problems der Normanwendung – in den Fokus der Betrachtung rückt. Darauf zielt meine Auseinandersetzung mit Schmitt im Ganzen und besonders im letzten der mit ihm befassten Kapitel.

Relativer und radikaler Dezisionismus

Dass eine Ordnung nicht im normativen Sinn *rechtlich* sein muss, um *juristisch* zu sein, ist der Punkt, auf den es Schmitt ankommt. Diese Formulierung ist nur scheinbar paradox. Denn entsprechend der Zweideutigkeit im Begriff der Rechtsordnung (Staat oder geschriebene Verfassung) hat auch der Begriff des Rechts bei Schmitt eine doppelte Bedeutung. Während ›Recht‹ im engeren Sinn das normative Element der Rechtsordnung meint, ist ›Recht‹ im weiteren Sinn zugleich der Allgemeinbegriff des Juristischen, der sich auf alle drei juristischen Elemente (neben der Norm auch Ordnung und Entscheidung) beziehen kann.³¹ Von einer *juristischen* Ordnung lässt sich nach Schmitt auch sprechen, wenn die Rechtsordnung (i.S. von ›Verfassung‹) außer Kraft ist. So kann Schmitt formulieren: »Weil der Ausnahmezustand immer

31 Vom Unterschied dieser drei Elemente des Juristischen handelt Schmitts Abhandlung *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934),

noch etwas anderes ist als eine Anarchie und ein Chaos, besteht im juristischen Sinne immer noch eine Ordnung, wenn auch keine Rechtsordnung.« (PT, 18)

Der Primat der Ordnung (Staat) vor dem Recht (Norm) beruht darauf, dass die juristische Ordnung auf die Norm verzichten kann, während die Norm von der Ordnung abhängig bleibt: »Die Norm braucht ein homogenes Medium. Diese faktische Normalität ist nicht bloß eine ›äußere Voraussetzung‹, die der Jurist ignorieren kann; sie gehört vielmehr zu ihrer immanenten Geltung. Es gibt keine Norm, die auf ein Chaos anwendbar wäre. Die Ordnung muß hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat.« (PT, 19; vgl. auch die ähnliche Formulierung in ÜdA, 20) Erweist sich die Zweigliedrigkeit der Rechtsordnung darin, dass das eine Glied die Voraussetzung des andern ist, und damit in der Hierarchie der beiden Glieder, so kann auch die »begriffliche Selbständigkeit« (PT, 19) keine beidseitige sein. Selbständig ist nur die Ordnung und in diesem Ungleichgewicht besteht ihre »zweifellose Überlegenheit über die Geltung der Rechtsnorm« (PT, 18). Existiert keine staatliche Ordnung, kann die Rechtsnorm nicht gelten. Die Überlegenheit der Ordnung vor der Norm liegt somit im Kriterium der Geltung.

Geltung ist das Kriterium des Juristischen. Was, wie die faktische Normalität, zur Geltung der Norm gehört, darf *juristisch* nicht ignoriert werden. Die Geltung selbst ist dabei für Schmitt nichts Normatives, sondern liegt allein in dem, was faktisch durchsetzbar und durchgesetzt ist. Faktizität und Geltung stehen hier, anders als nach Habermas, in keiner die Rechtsgeltung erst konstituierenden Spannung. (vgl. Habermas 1992, 88) Denn den rechtlichen Normen kommt die Geltung bei Schmitt nicht normativ, sondern allein faktisch zu. Insofern eine so verstandene Geltung für ihn das Kriterium des Juristischen bildet, kommen rechtliche Normen juristisch nur in Betracht, wenn sie faktisch gelten. Dagegen ist, was faktisch als eine politische Größe existiert, auch unabhängig von »der Richtigkeit oder Brauchbarkeit von Normen« juristisch relevant. (VL, 22) Jede faktische Normalität ist damit zugleich juristische Normalität, nämlich insofern, als sie nicht Chaos, sondern *Ordnung* ist und damit das homogene Medium darstellt, an das die Geltung der Norm anschließen kann. Während die Ordnung juristisch aus sich selbst gelten kann, setzt die Norm, um zu gelten, Ordnung voraus. Diese Ordnung, auf der Geltung beruht, ist keine normative, sondern eine nicht-normative Ordnung; und die zentrale juristische Frage richtet sich entsprechend nicht auf Normativität, sondern auf Normalität.

Für das Verständnis des Begriffs ›Rechts-Ordnung‹ fordert Schmitt daher, »daß man von der konkreten *Ordnung* her das Recht nicht als

in der Schmitt den drei Arten des Denkens die drei Elemente des Juristischen entsprechen lässt.

›Rechtsregel‹ [das heißt nicht als Norm, J.H.] auffaßte, sondern den Begriff des Rechts von einem selbständigen Begriff ›Ordnung‹ aus bestimmte und dadurch die normativistische Beschlagnahme des Rechtsbegriffs und die Verwandlung der Rechtsordnung in eine bloße Rechtsregel überwindet.« (ÜdA, 11, Hervorh. im Original) Die Verwandlung der Ordnung in die Regel bedeutet das juristisch ausschlaggebende Kriterium der Geltung zu ignorieren.³² Ist die Ordnung (des Staates) gefährdet, meldet sich das juristische Kriterium der Geltung allerdings als unübergebar.

Um diese Gefährdung der nicht-normativen und gleichwohl juristischen Ordnung geht es im Ausnahmefall. »In seiner absoluten Gestalt« – losgelöst von jeder Bindung an Normen – ist er »dann eingetreten, wenn erst die Situation geschaffen werden muß, in der Rechtssätze gelten können.« (PT, 19) Die Aufteilung des Juristischen umfasst bei Schmitt, wie erwähnt, nicht nur Norm und Ordnung, sondern als drittes Element die Entscheidung. Schmitt lässt sich und gibt sich an vielen prägnanten Stellen so zu verstehen, dass die Entscheidung beiden anderen Elementen gegenüber primär und somit das grundlegendste, nämlich das »Formelement« des Juristischen ist. (ebd.) Dagegen möchte ich eine Lesart stark machen, der zufolge das Moment der Entscheidung dem Moment der Ordnung weitgehend untergeordnet ist. Die Entscheidung ist demnach nicht das primäre juristische Prinzip. Sie ist vielmehr das Mittel, durch das sich die Überlegenheit der Ordnung über das Normative geltend macht, und sie ist das Medium, in dem diese Überlegenheit, im Ausnahmezustand, sichtbar wird. Dies gilt, so argumentiere ich, insbesondere für die als dezisionistisch akzentuierte Periode der 1920er Jahre. Ein Primat der Entscheidung, die sich von jeder Gebundenheit an eine Ordnung gelöst hat, besteht paradoxerweise erst in dem von Schmitt so genannten »konkrete[n] Ordnungs- und Gestaltungsdenken« (ÜdA, 48), das heißt in der offen nationalsozialistischen Periode der 1930er Jahre. Ich werde also argumentieren, dass in der dezisionistischen Periode bei Schmitt nicht die Entscheidung, sondern die Ordnung maßgebend ist, während in der Periode des Ordnungsdenkens nicht die Ordnung, sondern die Entscheidung an erster Stelle steht. Dabei werde ich in einem ersten Schritt erläutern, inwiefern die Entscheidung bei Schmitt als primäres Element des Juristischen in Betracht kommen kann. In einem zweiten Schritt werde ich demgegenüber darlegen, dass in *Die Diktatur* und in der *Politischen Theologie*,

32 Dass Geltung sich nur aus der Ordnung ergibt, verdeutlicht Schmitt, wenn er an späterer Stelle die Begriffe »Rechts-Ordnung« und »Normen-Geltung« so spaltet und re-arrangiert, dass in neuer Wahlverwandtschaft Recht und Norm zusammen stehen, während er auf der anderen Seite Ordnung und Geltung verschwistert. (vgl. ÜdA, 15)

zwei Hauptschriften der dezisionistischen 1920er Jahre, die Entscheidung an der Ordnung orientiert ist. Wie diese Orientierung entfällt, wird in einem dritten Schritt thematisch.

Wenn die Entscheidung sowohl gegenüber der Norm als auch gegenüber der Ordnung primär ist, dann insofern, als diese in der Entscheidung die Bedingung ihrer Verwirklichung haben: Eine konkrete Ordnung wird nach Schmitt immer durch eine Entscheidung gegründet und eine allgemeine Norm stets durch eine Entscheidung angewandt. (vgl. PT, 36–38 und ÜdA, 14) Wo immer also Recht faktisch gelten soll, bedarf es der Entscheidung. Unter den drei Elementen des Juristischen ist die Entscheidung grundlegend, da die Verwirklichung von Recht ganz bei ihr liegt.

In der eigenständigen Bedeutung der Rechtsverwirklichung sieht Schmitt, wie er in der *Diktatur* schreibt, »das juristische Grundproblem der Staatslehre« (D, 191) und damit das grundlegende Problem des Verhältnisses von Recht und Staat überhaupt. Die für die Rechtswirklichkeit grundlegende Bedeutung der Entscheidung zeigt sich nach Schmitt im Ausnahmezustand, in dem über beides zugleich entschieden wird: über das Bestehen der Ordnung und über die Geltung der Normen. Der Akt der Entscheidung über die Ausnahme selbst erfolgt dabei immer als eine Entscheidung über die Normalität; von dieser Entscheidung hängt die Geltung der Normen ab:

»Es muß eine normale Situation geschaffen werden, und souverän ist derjenige, der definitiv darüber entscheidet, ob dieser normale Zustand wirklich herrscht. Alles Recht ist ›Situationsrecht‹. Der Souverän schafft und garantiert die Situation als Ganzes in ihrer Totalität. Er hat das Monopol dieser letzten Entscheidung. [...] Der Ausnahmefall offenbart das Wesen der staatlichen Autorität am klarsten. Hier sondert sich die Entscheidung von der Rechtsnorm, und (um es paradox zu formulieren) die Autorität beweist, daß sie, um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht.« (PT, 19)

Das von der Autorität geschaffene Recht ist die faktisch-juristische Ordnung. Das dafür nicht gebrauchte (sondern gerade vernichtete) Recht ist die Norm. Der Begriff des Rechts wird hier einmal im weiteren und einmal im engeren (normativ-rechtlichen) Sinn gebraucht: Um Recht – eine juristische *Ordnung* – zu schaffen, braucht es kein Recht – keine rechtliche *Norm*. Das, was Recht (Ordnung wie Norm) schafft, ist für Schmitt allein die Entscheidung. In einer solchen dezisionistischen Lesart bildet die Entscheidung das juristisch allein bestimmende Element.

In *Die Diktatur* und in der *Politischen Theologie* vertritt Schmitt nun jedoch keinen radikalen, allein auf die Entscheidung abstellenden Dezisionismus. Zwar ist in beiden Büchern die Entscheidung das Kriterium

der Souveränität. (vgl. D, 191 und PT, 13) Doch liegt der Schwerpunkt in *Die Diktatur* nicht auf der Frage der Entscheidung, sondern auf der Frage der Ordnung. Der Diktator entscheidet nicht frei, sondern ist gebunden an einen Auftrag: die bedrohte Ordnung herzustellen. Seine Aktion ist stets »Gegenaktion«. (D, 133) Die Entscheidung ist kein ungebundenes Moment, sondern dient der Ordnung. Auch die »Selbständigkeit des Problems der Rechtsverwirklichung«, das auf die Entscheidung des Diktators verweist, ist hier zunächst in Abhängigkeit von der Ordnung gedacht. (D, 133f.) Weil zu jeder – nicht nur zur kommissarischen, sondern auch zur souveränen – Diktatur die Abhängigkeit von einer Aufgabe gehört (vgl. D, 134), ist die Entscheidung nicht das allein bestimmende Element.³³ So ist es zu erklären, dass Schmitt, obschon er die Diktatur aufgrund ihrer Verbindung mit dem Ausnahmezustand zum Paradigma der Souveränität macht, zugleich Zweifel äußert, ob der Begriff der Diktatur mit dem der Souveränität nicht in einem Widerspruch steht: »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.« (D, 134) Der Auftrag des Diktators ist es, »einen Zustand [zu] schaffen, in dem das Recht verwirklicht werden kann«, in dem also Normen Geltung haben und sich anwenden lassen. (D, 133) Dies bleibt in der *Politischen Theologie* thematisch. Neben die Abhängigkeit der Normen von der Ordnung, in der und auf die sie angewandt werden können, tritt hier ihre Abhängigkeit von der Entscheidung, durch die sie angewandt werden. Dass auch die Ordnung selbst auf einer Entscheidung beruht, kommt hier zwar bereits in Betracht, allerdings weniger, um einen Primat der Entscheidung vor der Ordnung zu behaupten, als vielmehr, um ein »normativistisches« Verständnis der Ordnung zurückzuweisen:

»[J]ede Ordnung beruht auf einer Entscheidung, und auch der Begriff der Rechtsordnung, der gedankenlos als etwas Selbstverständliches angewandt wird, enthält den Gegensatz der zwei verschiedenen Elemente des Juristischen in sich. Auch die Rechtsordnung, wie jede Ordnung, beruht auf einer Entscheidung und nicht auf einer Norm.« (PT, 16)

33 In seinem berühmten Buch *Der Doppelstaat* beschreibt Ernst Fraenkel den seit der »Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat« vom 28. Februar 1933 bestehenden »Maßnahmenstaat« als »souveräne Diktatur« in Schmitts Bedeutung des Begriffs; die Aufgabe dieser souveränen Diktatur bestand, so Fraenkel, in der »Errichtung des nationalsozialistischen Staates mit unbegrenzten Hoheitsbefugnissen«. (Fraenkel 1984, 27) Zur Differenz von souveräner und kommissarischer Diktatur bei Schmitt vgl. Voigt 2013, 88f.

In der »Vorbemerkung zur zweiten Ausgabe« der *Politischen Theologie* vom November 1933 gibt Schmitt an, dass er inzwischen nicht mehr nur zwei Elemente, sondern neben Norm und Ordnung die Entscheidung als drittes Element unterscheiden würde. Diese neue Unterscheidung ist von Schmitts Einfluss durch den Nationalsozialismus geprägt. Deutlich wird dies daran, dass Schmitt die Unterscheidung Norm, Entscheidung, Ordnung mit der Unterscheidung Staat, Bewegung, Volk koordiniert, die titelgebend ist für die im selben Jahr publizierte Schrift (Schmitt 1933). Dem juristischen Element der Deziision lässt er dabei in der politischen Einheit das Moment der Bewegung entsprechen. (vgl. PT, 8) Erst in der 1934 erschienenen Abhandlung *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* wird die dreiteilige Unterscheidung detailliert ausgeführt; und erst hier formuliert Schmitt eine radikal dezisionistische Position.³⁴

Radikal ist dieser Dezisionismus, weil hier, anders als in *Die Diktatur* und in der *Politischen Theologie*, nicht nur die Norm, sondern auch die Ordnung ganz auf das Moment der Entscheidung zurückgeführt wird. Noch in der Schrift *Legalität und Legitimität*, die Schmitt nach eigener Angabe im Juli 1932 fertiggestellt hat (vgl. LuL, 6), erscheint »Ordnung« als grundlegender Rechtsbegriff. Dies zeigt sich etwa daran, dass Schmitt den französischen Allgemeinbegriff für Recht, *droit*, schlicht mit »Ordnung« übersetzt. (vgl. LuL, 56) In dem dezisionistischen Denken dagegen, das zwei Jahre später programmatisch in *Über die drei Arten* beschrieben wird, sind »alle Normen und Gesetze«, aber auch »alle Ordnungen [...] wesentlich Entscheidungen des Souveräns«. (ÜdA, 23) Die souveräne Entscheidung ist hier nicht mehr »Gegenaktion«, keine Reaktion auf die Bedrohung der Ordnung, sondern erscheint vielmehr als »der absolute Anfang«. (ÜdA, 24) Nicht nur »normativ betrachtet«, wie in der *Politischen Theologie* (PT, 38), sondern nun auch mit Blick auf die Ordnung selbst ist die Entscheidung »aus einem Nichts geboren« (ebd.). So betont Schmitt in *Über die drei Arten*, dass »der reine Dezisionismus eine *Unordnung* voraussetzt«. ³⁵ (ÜdA, 24, Hervorh. im Original) Von jeder Ordnung wie von jeder Norm ist die Entscheidung losgelöst, weil sie beide erst begründet. (vgl. ÜdA, 23f.) Dass die Entscheidung, und zwar jene über den Ausnahmezustand, Ordnung hervorbringt, ist auch

34 Auch in dieser Abhandlung wird der nationalsozialistische Staat positiv durch die »drei Ordnungsreihen – Staat, Bewegung, Volk« charakterisiert. (ÜdA, 52 sowie 55)

35 In diesem Punkt steht das dezisionistische Denken nicht nur in Verbindung mit der Diktatur, sondern auch mit dem Totalitarismus. Bezugnehmend auf Stalins und Hitlers Herrschaftsbeginn bezeichnet Arendt »eine sich zersetzende Gesellschaftsordnung« als die Vorbedingung eines totalitären Regimes. Während Hitler diese vorgefunden habe, musste Stalin sie sich »mit künstlichen Mitteln« erst schaffen. (Arendt 2011a, 685)

die Aussage der *Politischen Theologie*: »Der Souverän schafft und garantiert die Situation als Ganzes in ihrer Totalität.« (PT, 19) In *Über die drei Arten* dient die Entscheidung allerdings nicht der Wiederherstellung der Ordnung, sondern *ist* Herstellung der Ordnung. Der ordnungserhaltende Charakter der Entscheidung wird derart zum ordnungsproduzierenden gesteigert, dass die Ordnung ganz in der Entscheidung aufgeht. Die »Herstellung der Ordnung« erscheint hier unmittelbar »[a]ls echte und reine Entscheidung«. (ÜDA, 23) Gegenüber der Entscheidung verliert die Ordnung ihre Eigenständigkeit. Wenn Schmitt von der Entscheidung sagt, sie sei »Anfang (auch im Sinne von ἀρχή)« (ÜDA, 24), so liegt in der doppelten Bedeutung des griechischen Begriffs (›Anfang‹, aber auch ›Herrschaft‹) der Hinweis, dass die Entscheidung nicht nur ursprüngliches, sondern auch dominantes Moment ist: Sie herrscht über die Ordnung, denn sie sagt, *ob* diese besteht; und sie herrscht über die Norm, denn sie sagt, *ob* diese gilt.

In dieser dezisionistischen Auffassung wird die ordnende Kraft der Entscheidung so stark, dass auch Souveränität direkt über die Herstellung von Ordnung definiert ist: »Wer die Ruhe, Sicherheit und Ordnung herstellt, ist Souverän und hat alle Autorität.« (ÜDA, 23) Zum einen tritt hier die Frage der Legitimität ganz hinter der Faktizität zurück: Die Ermächtigung des Souveräns wird zur Selbstermächtigung jenseits jeder Kommission. Zum anderen gewinnt dadurch die Entscheidung eine absolute Überlegenheit nicht nur über die Norm, sondern auch über die Ordnung. Denn unterliegt eine Ordnung nicht einer reinen Entscheidung, dann ist sie, so Schmitt in *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, von Normen bestimmt. Man hat es dann mit einer normativen bzw. »normativistischen Ordnung« (ÜDA, 22) zu tun. Dass es solche Ordnungen in der Rechtswirklichkeit gibt, erscheint aus dieser radikalisierten dezisionistischen Perspektive ausgeschlossen: Rechtswirklichkeit, das heißt verwirklichtes Recht, kann nur auf einem normativen wie ordnungsmäßigen Vakuum beruhen, entsteht also allein aus Entscheidung. Angesichts des absoluten Primats der Entscheidung kann es für Schmitt an diesem Punkt nur nicht-normative Ordnungen geben. Eine nicht-normative Ordnung meint dabei nicht eine Ordnung ohne Normen, aber eine Ordnung, in der das Moment der Norm jede Selbständigkeit und jeden eigenen Gehalt verliert.

Im Abschnitt über »Die gegenwärtige Lage der deutschen Rechtswissenschaft« und in dem sich in den Dienst des Nationalsozialismus stellenden »Schluss« von *Über die drei Arten* vertritt Schmitt selbst nicht den ›klassischen‹ Dezisionismus, den er Hobbes zuschreibt, sondern das erwähnte »Ordnungs- und Gestaltungsdenken« (ÜDA, 48), in dem sich das dezisionistisch-gestaltende Führerprinzip mit einem völkischen Ordnungsbegriff verbindet. Dabei verliert ›Ordnung‹ jede institutionelle Bedeutung; gemeint ist nicht primär die staatliche Ordnung, sondern der

»innere Ordnungszusammenhang« (ÜdA, 52) einer und insbesondere der deutschen ›Volksgemeinschaft‹. Somit hat der Staat innerhalb der sich aus ›Staat, Bewegung, Volk‹ konstituierenden Einheit »nicht mehr das Monopol des Politischen, sondern ist nur ein Organ des Führers der Bewegung«. (ÜdA, 55) Hier tritt ein Aspekt, den Arendt in ihrer Analyse totalitärer Bewegungen benennt, deutlich hervor: der durch »Strukturlosigkeit« (Arendt 2011a, 685) ermöglichte direkte Zusammenhang zwischen einer Ordnung, die nichts als ›Volk‹ ist, und einem Führer, der für die Bewegung entscheidet und als ihr Exponent mit ihr identisch wird. Dabei »hängt [der Führer] von dem ›Willen‹ der Massen, die er verkörpert, genauso ab wie die Massen von ihm, ohne den sie ›körperlos‹ bleiben würden. Ohne den Führer sind die Massen ein Haufen, ohne die Massen ist der Führer ein Nichts.« (ebd., 701) Eben dies scheint mir der Sinn des von Schmitt als Programm einer nationalsozialistischen Rechtswissenschaft formulierten »konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens« (ÜdA, 55) zu sein: Die zu gestaltende Ordnung des Volkes und die gestaltende Entscheidung des Führers sind hier wechselseitig aufeinander bezogen, aber eben so, dass das gestaltende Moment einseitig beim Führer liegt. Neben dieser Verbindung von Volk und geführter Bewegung wird bei Schmitt die dritte ›Ordnungsreihe‹, der Staat, marginal – zumindest insofern, als mit ›Staat‹ eine funktionierende *rechtsstaatliche* Ordnung gemeint ist. Ein Interesse am Rechtsstaat besteht an diesem Punkt nicht mehr, weder theoretisch noch praktisch. Die Frage, wie sich das Verhältnis von Normensystem und souveräner Entscheidung innerhalb der Ordnung des modernen Rechtsstaats genau gestaltet, kommt hier daher nicht mehr in Betracht.

Gegenüber diesem radikalen Dezisionismus, in dem die Ordnung ganz in der Entscheidung aufgeht und weder eigenen Wert noch eigene Kraft hat, bleibt der relative Dezisionismus der 1920er Jahre an eine Ordnung gebunden, von der her er seinen Auftrag gewinnt. Dabei handelt es sich nicht um eine demokratische Ordnung, die auf größtmöglicher Zustimmung und Mitbestimmung beruht, sondern einfach um ein Kollektiv, an dem die Personalität der Entscheidung eine Grenze hat. In dieser Grenze lässt sich bei Schmitt ein Primat der kollektiven Ordnung, der ›politischen Einheit‹, gegenüber der personalen Dezision festmachen, die für seine Theorie der Rechtsform bestimmend ist. Das Verhältnis von politischer Einheit und personaler Entscheidung ist für Schmitt das Problem des Souveränitätsbegriffs, der eben eine Verbindung beider darstellt. Schmitt definiert den Begriff der Souveränität auf zwei Weisen, juristisch und politisch. In der juristischen Definition ist die personale Entscheidung, in der politischen Definition die politische Einheit maßgebend. Um den Begriff der Rechtsform bei Schmitt zu erschließen, ist die juristische zur politischen Definition der Souveränität ins Verhältnis zu setzen und in ihrem Rahmen zu betrachten. Denn wenn der moderne Begriff der

Souveränität nach Schmitt ›staatlich‹ ist, indem er sich auf einen politischen »*status* von Einheit und Ordnung« (VL, 4, Hervorh. im Original) bezieht, kann diese politische Einheit auch für die juristische Definition des Begriffs nicht außer acht bleiben.

Juristisch oder politisch: Zwei Definitionen des Souveränitätsbegriffs

Die zwei Definitionen des Souveränitätsbegriffs entwickelt Schmitt an zwei verschiedenen Orten. Juristisch definiert er die Souveränität in der *Politischen Theologie*, politisch definiert er sie im *Begriff des Politischen*. Nach Schmitt besteht Souveränität in jedem Fall, in dem eine politische Einheit existiert, unabhängig von der Frage des Rechts. Während sich die juristische Definition der Souveränität am Ausnahmezustand orientiert, ist die politische Definition der Souveränität um den Kriegsfall zentriert. Auch der Kriegsfall interessiert Schmitt dabei in seiner Eigenschaft als Ausnahme- oder Ernstfall: »Daß dieser Fall nur ausnahmsweise eintritt, hebt seinen bestimmenden Charakter nicht auf, sondern begründet ihn erst. [...] Auch heute noch ist der Kriegsfall der ›Ernstfall‹. Man kann sagen, daß hier, wie auch sonst, gerade der Ausnahmefall eine besonders entscheidende und den Kern der Dinge enthüllende Bedeutung hat.« (BdP, 33) Am Kriegsfall erweist sich, dass es die politische Einheit nur in Verbindung mit einer Entscheidung gibt, nämlich der Entscheidung über den Feind.³⁶ (vgl. BdP, 50) Dies zeigt sich für Schmitt

36 Da Schmitt die Möglichkeit des Politischen an der Existenz des Feindes und den Begriff des Feindes am Krieg orientiert, erscheint seine Definition des Politischen als bellizistisch. Dem versucht Schmitt dadurch entgegenzutreten, dass er auf dem deskriptiven Charakter seiner Definition insistiert. (vgl. BdP, 32) Diese Rechtfertigung hat Karl Löwith mit Verweis auf die in Schmitts *Begriff des Politischen* »offenkundige Sympathie« für den Krieg als dem Höhepunkt großer Politik zurückgewiesen. (Löwith 1960, 106) Der eigentlich kritische Punkt liegt allerdings weniger darin, ob Schmitt hier für oder gegen den Krieg votiert, als vielmehr darin, dass er das politische Gemeinwesen allein durch die Möglichkeit eines äußeren Feindes motiviert sieht. Hierzu hat Heinrich Meier eingewandt, dass Schmitt einen Primat des Feindes setze und die Seite des Freundes vernachlässige: »Dem Freund kommt in Schmitts Konzeption keine tragende Funktion zu. Ganz im Unterschied zum Feind, der für Schmitts theoretisches Unterfangen schlechterdings unverzichtbar ist.« (Meier 2012, 87) Den »subalternen und parasitären Status« von Schmitts Freundbegriff nimmt auch Paolo Virno zum Anlass seiner Kritik. Statt ›Freund‹ allein *negativ* über den gemeinsamen Feind zu charakterisieren, betont Virno die Solidaritätsbeziehungen der Freundschaft, die *positiv* bestimmt sind durch »die gemeinsame Teilhabe an der Republik«. (Virno 2010, 66)

im kriegerischen Ausnahmefall, in dem der Feind gegenwärtig und damit ›sichtbar‹ ist: »Die Höhepunkte der großen Politik sind zugleich die Augenblicke, in denen der Feind in konkreter Deutlichkeit als Feind erblickt wird.« (BdP, 62) In der im Kriegsfall getroffenen Entscheidung, wer der Feind sei, konstituiert sich die politische Einheit als Zusammenschluss der vom Feind unterschiedenen Freunde. Wie die Entscheidung über den Ausnahmezustand erfolgt nach Schmitt auch die »spezifisch politische Unterscheidung« (BdP, 25) über Freund und Feind nicht ein für alle Mal oder ab und an, sondern permanent. Im Normalfall wird diese Entscheidung allerdings nicht explizit und Souveränität damit nicht evident. Dazu kommt es nur ausnahmsweise, nämlich im Ausnahmezustand und im Kriegsfall, denn im Unterschied zur Normalität werden diese Ausnahmefälle *erklärt*. Inhalt dieser Erklärung ist zunächst, dass eine Differenz zur Normalität vorliegt; sie besteht darin, dass die Lage nun, anders als im Normalfall, ›ernst‹ ist.

Hinsichtlich der Frage, was die beiden Ernstfälle, den des Krieges und den des Ausnahmezustands, unterscheidet und worin entsprechend die Differenz zwischen der juristischen und der politischen bzw. politik-theoretischen Definition der Souveränität besteht, liegen zunächst zwei Antworten nahe. Die eine Antwort verweist auf den Unterschied in der Bedrohungslage, auf die sich die Entscheidung richtet: Im Kriegsfall geht es um die Sicherung der politischen Einheit nach *außen*, im Ausnahmezustand um deren *innere* Befriedung. Während die Entscheidung über den Kriegsfall den äußeren Feind bestimmt, wird die Entscheidung über den Ausnahmezustand eher mit Blick auf einen inneren Feind getroffen. (vgl. dazu BdP, 43f.) Die andere Antwort bezieht sich auf die Differenz im Status der politischen Einheit: In Schmitts am Kriegsfall orientierter, politik-theoretischer Definition der Souveränität geht es um die *Entstehungsbedingung* der politischen Einheit, in seiner juristischen Definition der Souveränität dagegen um die *Erhaltungsbedingung* der bestehenden politischen Einheit. Diese beiden Antworten hängen zusammen: Während sich nach Schmitt eine politische Einheit (als Gruppierung von ›Freunden‹) nur in Bezug auf einen äußeren Feind herausbilden kann, soll diese Einheit im Ausnahmezustand zumeist gegen eine innere Bedrohung erhalten werden. Die zwei miteinander verbundenen Antworten treffen weitgehend, allerdings nicht durchgehend zu; der Ausnahmezustand kann ebenso aus Anlass eines äußeren Krieges erklärt werden, so dass der Ernstfall des Krieges mit dem Ernstfall des Ausnahmezustandes identisch ist. Unabhängig davon scheint mir, wie angedeutet, eine dritte Antwort überzeugender: Die Differenz besteht in einer unterschiedlichen Gewichtung der beiden Komponenten des Souveränitätsbegriffs.

In *Der Begriff des Politischen* liegt der Fokus primär auf der *politischen Einheit*, in der *Politischen Theologie* wie auch in *Die Diktatur* auf der *souveränen Person*. Dem entspricht eine je verschiedene

Lokalisierung der Entscheidung: In der am Kriegsfall orientierten politischen Definition der Souveränität wird die souveräne politische Einheit, in der am Ausnahmezustand ausgerichteten juristischen Definition hingegen die souveräne Person als Ort der Entscheidung markiert. Im ersten Fall ist thematisch, *dass* die politische Einheit (dadurch ist sie »maßgebende Einheit«, BdP, 36) über den Ernstfall entscheidet, im zweiten Fall steht in Frage, *wer* für die politische Einheit entscheidet. Es handelt sich dabei nicht um zwei unterschiedliche Begriffe der Souveränität, sondern um zwei verschiedene Perspektiven auf denselben Begriff. In der juristischen wie in der politischen Definition der Souveränität tritt diese mit unterschiedlichem Akzent als Verbindung von politischer Einheit und Entscheidung hervor. Die heuristische Bedeutung des Ernstfalls, jene des Krieges wie jene des Ausnahmezustands, liegt nach Schmitt darin, diese Verbindung zur Sichtbarkeit zu bringen. Beide sind sie dadurch für ihn in unterschiedlicher Weise ›Augenblicke‹ der Souveränität. In der politischen Definition der Souveränität hat die Entscheidung allerdings weniger einen personalen Charakter, sondern ist die Entscheidung einer Einheit. Dieses Moment der souveränen Einheit entwickelt Schmitt, als einen Primat des Kollektiven gegenüber dem Individuellen, insbesondere in seinen Auseinandersetzungen mit Hobbes. In ihnen wird deutlich, inwiefern Schmitt das Kriterium innerstaatlicher ›Homogenität‹ als Bedingung einer politischen und juristischen Normalität und damit als Voraussetzung von Souveränität betrachtet.

Bodin oder Hobbes: Entscheidung oder Einheit

Während sich Schmitt im Hinblick auf die personale Entscheidung und damit auf die juristische Definition der Souveränität vor allem auf Bodin beruft, sieht er hinsichtlich der Frage der inneren ›Homogenität‹ und damit der politischen Definition der Souveränität das Vorbild bei Hobbes.³⁷ Um zu erläutern, wofür Schmitt Hobbes heranzieht, ist der Blick auf Georg Jellinek hilfreich, denn Schmitts Theorie der Souveränität lässt

37 ›Homogenität‹ ist ein Begriff, den Schmitt selbst zur Beschreibung des Normalzustands verwendet. (vgl. D, 133 und 200; PT, 19) Böckenförde hat mit Blick auf diese Verwendungsweise von ›relativer Homogenität‹ gesprochen. (vgl. Böckenförde 2006, Kap. 14, S. 344–366) Relativ *homogen* deshalb, weil die Gegensätze innerhalb der politischen Einheit nicht die Intensität einer Freund-Feind-Gruppierung erreichen (vgl. ebd., 347); nur *relativ* homogen deshalb, weil sie von der Möglichkeit dieser Gruppierung und damit vom Politischen nicht »abgeschottet« (ebd., 348) sind, sondern jederzeit in Richtung dieser Fronten eskalieren können. Dem lässt sich hinzufügen: Insofern *Homogenität* vorliegt, besteht nach Schmitt eine Einheit; dass diese Homogenität nur *relativ* ist, macht diese Einheit im Sinne Schmitts politisch.

sich als Ausgestaltung der Komponenten verstehen, die Jellinek in seiner Dreielemente-Theorie zugrunde legt. Diese erklärt das Phänomen der staatlichen Souveränität über die Kombination von Herrschaftsgebiet (Territorium), Herrschermacht (Entscheidungsinstanz) und sesshaftem Volk (Bevölkerung): »Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen.«³⁸ (Jellinek 1922, 180f.) In Schmitts Bezugnahme auf Bodin bleibt der dritte Aspekt, das Moment der Bevölkerung, konturlos.

Auf den historischen Prozess, der die Integration der Menschen zu einer Bevölkerung bedeutet, legt Schmitt hingegen durchaus Gewicht. In diesem Prozess, in dem die indirekten Gewalten zurückgedrängt werden, bildet sich in Europa der neuzeitliche Nationalstaat als ›politische Einheit‹ heraus. Schmitt bezieht sich auf diesen Vorgang bereits 1921 in *Die Diktatur*: Die ständischen und kirchlichen Körperschaften werden geschwächt und die Einzelnen aus ihren diesbezüglichen Gebundenheiten gelöst.³⁹ In die staatlichen Strukturen werden die Individuen so direkt integriert und unmittelbar beherrschbar. (vgl. D, 115 und 200) Dies bedeutet für Schmitt ›Homogenität‹. Die Unteilbarkeit der politischen Einheit ist durch diese Homogenität bedingt.

Ich werde im folgenden Kapitel argumentieren, dass Schmitt die historische Integration zur Bevölkerung unter dem Begriff der *Homogenität* zur Voraussetzung eines politischen Normalzustands erklärt. Dazu soll Schmitts Interpretation von Hobbes einer kritischen Analyse unterzogen und seine grundsätzliche Verschiebung gegenüber Hobbes ins Licht gerückt werden. Anhand dieser Verschiebung kann deutlich werden, wie Schmitt den Normalzustand der politischen Einheit auffasst; dies ist zugleich notwendig, um ein adäquates Verständnis von Schmitts Konzept des Ausnahmezustands zu gewinnen. Die von Schmitt mit Insistenz wiederholte These, dass die Normalität von der Ausnahme her zu verstehen ist, gilt es dabei umzukehren: Um seine Theorie der Ausnahme verständlich zu machen, ist die zugrunde liegende Idee des Normalzustands zu analysieren. Denn es stimmt, was Schmitt in *Die Diktatur* selber meint: »es kommt darauf an, *wovon* eine Ausnahme gemacht wird«. (D, XVI, Hervorh. im Original) Im Hinblick auf meine Auseinandersetzung mit Schmitt im Gesamten dienen die folgenden Überlegungen dazu, die Verbindung verständlich zu machen, in der Schmitts Begriff der Rechtsform zum Konzept der normalen Ordnung steht. Vor diesem Hintergrund

38 Mit mehr Nachdruck auf dem Aspekt der Territorialität definiert Jellinek an etwas späterer Stelle: »Als Rechtsbegriff ist der Staat [...] die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgestattete Gebietskörperschaft.« (ebd., 183)

39 Vgl. hierzu auch unten, Kapitel 4.2, in dem dieser historische Vorgang in Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann im Zusammenhang mit der gleichzeitigen Herausbildung von positivem Recht, Souveränität und subjektiven Rechten beschrieben wird.

kann anschließend (Kapitel 1.4) die Form des Rechts als die Durchbrechung erläutert werden, welche die Normativität des Rechts normalerweise (und nicht im Fall der Ausnahme) kennzeichnet.

1.3 Politisierung des Todes: Souveräne Einheit nach Hobbes und Schmitt

Seine Theorie souveräner Staatlichkeit hat Hobbes in der Zeit des konfessionellen Bürgerkriegs in England, um die Mitte des 17. Jahrhunderts, in *The Elements of Law, natural and politic* (1640), *De Cive* (1642) sowie im *Leviathan* (1651) entwickelt. In seiner Deutung von Hobbes' Werken, nimmt Schmitt verschiedene Abweichungen gegenüber Hobbes vor. Da diese Abweichungen für ein Verständnis von Schmitts Theorie aufschlussreicher sind als die Punkte, in denen er Hobbes folgt, liegt auf den Abweichungen im Folgenden das Gewicht.

An der Idee des modernen Staates stellt Schmitt zwei Aspekte besonders heraus: die »für Fremde undurchdringliche[]« territoriale Geschlossenheit und den »in sich befriedeten« Charakter. (BdP, 44) Der Aspekt territorialer Geschlossenheit ergibt sich aus der Bestimmung des Politischen bzw. der politischen Einheit als einer gegen äußere Feinde abgeschirmten Gruppe von Menschen. Die Frage nach der inneren Befriedung dieser Menschen ist der Aspekt, für den bei Schmitt die Auseinandersetzung mit Hobbes eine zentrale Rolle spielt. Voraussetzung der Befriedung der Menschen ist ihre ›Vereinheitlichung‹ im Ganzen des Staates. Eben diese Vereinheitlichung sieht Schmitt in Hobbes' Staatskonstruktion gegeben. So schreibt er in *Die Diktatur* über Hobbes' Naturrechtstheorie: »Für das wissenschaftliche Naturrecht des Hobbes ist der einzelne Mensch ein Energiezentrum und der Staat die im Wirbel solcher Atome entstehende, die Einzelheit verschlingende Einheit, der Leviathan.« (D, 116)

Im vorliegenden Kapitel verfolge ich zwei miteinander verbundene Ziele. Ich werde einerseits den Zug in Schmitts Hobbes-Interpretation herausarbeiten, durch den er den Individualismus bei Hobbes zugunsten der Einheit auflöst. Andererseits möchte ich die Vereinheitlichung, die Schmitts Lesart von Hobbes bedeutet, als Homogenisierung explizieren. Denn in der Auseinandersetzung mit Hobbes exponiert Schmitt jene Homogenität, die er als notwendige Voraussetzung eines politisch-juridischen Normalzustandes betrachtet. Dabei entwickle ich in diesem Kapitel die These, dass sich die Voraussetzung der inneren Homogenität bei Schmitt dadurch ergibt, dass er den *vorpolitischen* Krieg, von dem Hobbes ausgeht, als einen *politischen* Krieg deutet; der Bürgerkrieg im Innern wird zu einem Krieg nach außen. Dazu gelangt Schmitt dadurch, dass er,

wie ich zeigen werde, Hobbes' Konzeption des inneren Krieges mit Platons Begriff eines äußeren Feindes verbindet. Diese ›platonische‹ Lesart ist folgenreich: Durch sie wird der Individualismus, der in einer liberalen Hobbes-Deutung wie jener von Leo Strauss augenfällig ist, restlos gestrichen. Bemerkenswert ist diese Differenz umso mehr, als Strauss wesentliche von Schmitts Voraussetzungen teilt.⁴⁰ Die für Schmitt spezifische Verbindung von äußerem Feind und innerem Krieg werde ich deshalb im Folgenden vor dem Hintergrund von Strauss' Interpretation darstellen.

Am Anfang des Politischen steht bei Hobbes der Naturzustand: Aus einer für jeden existentiell bedrohlichen Situation heraus wird der Staat gegründet. Diese Anfangssituation des Hobbes'schen Naturzustands beschreibt Leo Strauss im Vokabular von Schmitts Ausnahmezustand, ohne freilich den Begriff des Ausnahmezustands (oder den Namen Schmitts) direkt zu nennen. Die Allgemeingültigkeit von Hobbes' Souveränitätstheorie sieht Strauss darin, dass sie sich nicht auf die Normalität des Politischen beschränkt. Sie berücksichtigt auch extreme Fälle und geht von einem solchen Fall aus: vom Bürgerkrieg, der die innere Normalität des Politischen am grundlegendsten infrage stellt. Dass Hobbes die politische Gemeinschaft von diesem ›extremen‹ Punkt des Problematisch-Werdens konstruiert, hat Strauss als die Stärke seiner Theorie hervorgehoben:

»Hobbes' politische Doktrin soll universal und damit auch und besonders auf extreme Fälle anwendbar sein. Hier muß nun in der Tat zum Ruhm der klassischen Souveränitätslehre gesagt werden, daß sie auch dem extremen Fall, nämlich dem, was in Notlagen gilt, gerecht wird, während denjenigen, die diese Lehre in Frage stellen, vorgeworfen wird, daß sie nicht über die Grenzen des Normalen hinausschauen. Demgemäß baute Hobbes seine ganze moralische und politische Doktrin auf Beobachtungen über den extremen Fall auf; denn die Erfahrung, auf welcher seine Lehre vom Naturzustand fußt, ist die Erfahrung des Bürgerkrieges. In der äußersten Situation, wenn die gesellschaftlichen Bande total zerrissen sind, tritt die feste Grundlage in Erscheinung, auf welcher letztlich jede Gesellschaftsordnung ruhen muß, nämlich die Angst vor dem gewaltsamen Tod, welche die stärkste Kraft im menschlichen Leben ist.« (Strauss 1977, 203f.)

In einer der Anmerkungen, die Schmitt der Neuausgabe des *Begriffs des Politischen* von 1963 hinzufügte, beschreibt auch er selbst Hobbes' Naturzustand, den er als »Situation« begreift, in der Terminologie der Ausnahme: »[D]er Naturstand (oder besser -zustand) ist eine abnorme Situation, deren Normalisierung erst im Staat, d.h. in der politischen Einheit gelingt. [...] Das Abnorme ist die ›Verfalls-Situation‹, der Bürgerkrieg.«

40 Zum Verhältnis von Schmitt und Strauss hinsichtlich des Verständnisses des Politischen vgl. auch Meier 1988.

(BdP, 112.) Den Hobbes'schen Naturzustand denkt Schmitt nicht als vor- oder außerpolitischen Anfang der Ordnung, sondern als Verfall einer bestehenden Ordnung und damit als Situation der Gefährdung, wie sie im Ausnahmezustand unterstellt wird.

Strauss legt nun in seiner Hobbes-Deutung Schmitts These vom heuristischen Wert der Ausnahme zugrunde: Was im Extremfall des Bürgerkriegs ›in Erscheinung‹ tritt oder vielmehr ›enthüllt‹ wird, ist die Grundlage der politischen Ordnung. Die Ordnung gründet darauf, dass alle Menschen einen gewaltsamen Tod fürchten, denn vor einem solchen Tod als dem extremsten ›Vorfalle‹ zu schützen, ist der Zweck der Ordnung. Die Nähe zwischen Hobbes und Schmitt stellt Strauss an einer anderen Stelle auch in der umgekehrten Richtung her, indem er Schmitts Verständnis des Politischen im Vokabular von Hobbes beschreibt: »[D]as Politische ist ein *status* des Menschen; und zwar ist es *der* status als der ›natürliche‹, als der fundamentale und extreme status des Menschen.« (Strauss 1998, 107, Hervorh. im Original) Das Politische bei Schmitt, sagt Strauss, entspricht dem Naturzustand bei Hobbes: Bei beiden geht es um einen Zustand des Krieges, bei Hobbes zwischen Individuen, bei Schmitt zwischen Gruppen. Während Hobbes den Krieg im Naturzustand ablehnt, bejaht Schmitt den Krieg in dem von ihm *naturalisierten*, zum Naturzustand gemachten Politischen. Schmitt habe, so Strauss, ›den Hobbesschen Begriff des Naturstandes wieder zu Ehren‹ gebracht, indem er das Politische selbst als »Naturstand« denkt. (ebd., 106)

Ich möchte diesen Gedanken von Strauss im vorliegenden Kapitel entfalten, allerdings in gegenläufiger Richtung, nicht als eine Naturalisierung des Politischen, sondern als eine Politisierung des Natürlichen, nämlich als eine Politisierung des von Hobbes angenommenen *natürlichen* Fundaments des Politischen: des gewaltsamen Todes. Dieses natürliche Fundament des Politischen *politisiert* Schmitt, indem er den Tod, von dem Hobbes ausgeht, politisch wendet. Die Konsequenz, auf die es hier vor allem ankommt, liegt weniger darin, dass Schmitt den Anfang des Politischen wie den innerpolitischen Ausnahmezustand denkt, sondern darin, dass er dadurch den Ausnahmezustand von Beginn an als für das Politische *notwendig* und darum *berechtigt* vorstellt. Aus der Politisierung des Todes ergibt sich für Schmitt ein absoluter Vorrang der politischen Einheit vor dem einzelnen Individuum. Erst ein solcher Primat der souveränen politischen Einheit, den Schmitt von Hobbes ausgehend *gegen* Hobbes konstruiert, lässt das Konzept des Ausnahmezustands nach Schmitt zugleich zwingend wie wünschenswert erscheinen.

Ich beginne im Folgenden mit einer Analyse von Hobbes, um die Position Schmitts davon kontrastierend abzusetzen. Dieser zweite Schritt erfordert auch deswegen eine genaue Lektüre, weil Schmitt selbst an vielen Orten betont, in seinen politischen Prämissen – und damit auch darin, was ihm als Prämisse des Politischen gilt – Hobbes weitgehend zu

folgen. Meine Lektüre, die auf den Gegensatz von Schmitt und Hobbes zielt, richtet sich damit gegen das erklärte Selbstverständnis Schmitts. Dabei beziehe ich mich allerdings vor allem auf Schmitts Schriften der 1920er Jahre (sowie auf die 1934 erschienene Abhandlung *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*), in denen er Hobbes positiv als Theoretiker eines personalistischen Souveränitätsbegriffs und einer letzten, personalen Entscheidung rezipiert. In der 1938 erschienenen Schrift *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols* übt Schmitt hingegen, wie bereits der Titel anzeigt, eine Kritik an Hobbes' Konzeption des souveränen Staates. Stein des Anstoßes ist dabei die von Hobbes gewährte innere Religionsfreiheit als Ausgangspunkt der liberalen Freiheitsrechte, die wiederum einen prinzipiellen Vorrang der Individuen vor dem Staat begründen. In einer von antisemitischem Ressentiment geprägten Interpretation insbesondere Spinozas und einer Engführung von »liberal« und »jüdisch« argumentiert Schmitt, dass im Anschluss an Hobbes die absolute Souveränität des Staates von liberalen Autoren ausgehöhlt und damit dem Untergang preisgegeben wurde. Die Schuld am Ende des Staates trägt letztlich ein als jüdisch etikettierter Liberalismus. In die Verantwortung nimmt er aber ebenso Hobbes, der den Grundstein für die liberale Lesart gelegt habe. Schmitts in seiner *Leviathan*-Schrift formulierte Kritik an Hobbes steht allerdings auf einem anderen Blatt als die Differenz zwischen Schmitt und Hobbes, um die es im Folgenden geht: Nicht eine *nachträgliche* Selbstbeschränkung des Staates, nicht die innere Religionsfreiheit, wird thematisch, sondern die *Voraussetzung* des Politischen. Was diese Voraussetzung betrifft, gibt sich Schmitt, wie ich nun argumentieren werde, als Schüler von Hobbes aus, konzipiert sie dabei aber in ganz anderer Richtung. Weil es bei Schmitt wie bei Hobbes um die Verhinderung eines gewaltsamen Todes und das politische Verhältnis von Schutz und Gehorsam geht, ist diese Differenz nicht auf den ersten Blick ersichtlich. Da sie für die jeweilige Konzeption des Politischen folgenreich ist, gilt es sie detailliert herauszuarbeiten, wobei ich nun mit Hobbes einsetze.

Zum Eintritt in den Staat motiviert nach Hobbes die natürliche Vernunft. Sie gebietet jedem, »dem gewaltsamen Tode als dem höchsten Übel der Natur auszuweichen«. ⁴¹ (Hobbes 1994, Widmung, S. 62) Die Motivation, auf der das Politische gründet, ist bei Hobbes jedem Einzelnen natürlich eingeschrieben; wenn sie dadurch in einen Gegensatz zum Sozialen und Politischen rückt, so erscheint mir wichtig, zugleich die Arbeiten in Erinnerung zu rufen, die deutlich gemacht haben, dass der von Hobbes geschilderte Individualismus keine vorgesellschaftliche

41 Vgl. dazu auch die Stellen zur Todesfurcht in Hobbes 1994, 81 und Hobbes 1991, Kap. 11, S. 76 und Kap. 13, S. 96–98.

Disposition darstellt, sondern einer spezifischen Gesellschaftsform zuzurechnen ist. Dieser Einwand, mit dem die Behauptung des Natürlichen zurückgewiesen wird, geht auf Hegel zurück und wurde im 20. Jahrhundert unter Rückgriff auf die marxistische Theorie wieder aufgenommen. Darauf muss hier Bezug genommen werden, um zu verdeutlichen, was mit der Behauptung gemeint ist, dass bei Schmitt eine Vorstellung von Tod und Leben politisiert wird, die bei Hobbes unpolitisch und insofern ›natürlich‹ gedacht wird. Der spezifische Sinn dieses Unpolitischen soll hier anhand überzeugender Einwände herausgearbeitet werden, die Hobbes' Naturzustand als Beschreibung einer spezifischen gesellschaftlichen (und insofern nicht vopolitischen) Formation explizieren.

Jenseits des Gesetzes: Das Vopolitische bei Hobbes

In seinem *Naturrechtsaufsatz* kritisiert Hegel an der empiristischen Methode, für die neben Hobbes auch Locke, Grotius und Pufendorf stehen, dass die Abstraktion des Naturzustands eben diejenigen Eigenschaften des Menschen als natürlich und notwendig begreift, die am gegenwärtigen Menschen vorgefunden werden. Für die Unterscheidung zwischen Zufälligem und Notwendigem sei dabei leitend, dass die Abstraktion so viel enthalten müsse, »als man für die Darstellung dessen, was in der Wirklichkeit gefunden wird, braucht; das richtende Prinzip für jenes Apriorische ist das Aposteriorische.« (Hegel 1986, 445) Im Individualismus der Naturrechtstheorien spiegle sich eine gewandelte Sphäre des Sittlichen, in der »physische Bedürfnisse und Genüsse [...] in ihren unendlichen Verwicklungen *einer* Notwendigkeit gehorchen und [...] das System der sogenannten politischen Ökonomie bilden.« (ebd., 482, Hervorh. im Original) Der von Hegel kritisierte aposteriorische Maßstab leistet, so Seyla Benhabib, einer Verdinglichung des Gegebenen Vor-schub: »[W]as als Darstellung der ›natürlichen Bedingungen des Menschengeschlechts‹ ausgegeben worden war, entpuppt sich als ein von den Bedingungen der Individuen in der zeitgenössischen Gesellschaft abgezo-genes Bild.« (Benhabib 1992, 20)

Hegels Argument, dass dem Naturzustand bei Hobbes eine bestimmte Vorstellung des Sozialen zugrunde liege, wurde im 20. Jahrhundert insbesondere von Franz Borkenau und Crawford Brough Macpherson aufgenommen. Beide haben in philosophiehistorisch-vergleichenden Studien dargelegt, dass Hobbes' Beschreibung des Naturzustandes nicht den natürlichen Menschen, sondern den bürgerlich-zivilisierten Menschen zeigt. Borkenau sucht nachzuweisen, dass nicht nur die von Hobbes vorausgesetzte natürliche Welt, sondern auch seine Argumentation eine bürgerliche sei und dass sie spezifisch bürgerlichen Interessen

dient.⁴² (vgl. Borkenau 1971, 442) Dem Begriff der Souveränität komme bei Hobbes, wie in der modernen Staatslehre insgesamt, eine fundierende Bedeutung zu, weil eine an diesem Begriff orientierte Beschreibung der Gesellschaft ständische Strukturen außer Acht lässt und so der Durchsetzung des Kapitalismus theoretisch wie politisch das Wort spricht. (vgl. ebd., 100) Hobbes ist, so Borkenau, »als Ideologe des bewusstest bürgerlichen Teils der landed gentry« anzusprechen. (ebd., 451)

Damit verbindet sich bei Borkenau die an Marx anschließende These, dass der Konkurrenzkampf um knappe Güter, den Hobbes im Naturzustand situiert, als Abstraktion des zeitgenössischen Klassenkampfes zu begreifen ist: »Hobbes' ›bellum omnium in omnes‹ entsteht aus einer Vermischung der Züge des Konkurrenzkampfes mit denen des Klassenkampfes. Vom Klassenkampf ist das unbegrenzte Machtstreben übriggeblieben, aber der Klassenkampf ist auf das Niveau des Konkurrenzkampfes heruntergebracht, wo es nur individuelle Interessen und zwar nur individuelle materielle Interessen gibt.«⁴³ (ebd., 463, Hervorh. im Original)

Nach Macpherson sind es gerade die *anti*-sozialen Züge des Hobbes'schen Individualismus, die in der Rezeption dazu geführt haben, seine Schilderung des Naturzustandes als *nicht*-sozial aufzufassen. Von Hobbes' anti-sozialem Modell der Gesellschaft, so das Argument, werde auf einen nicht-sozialen und damit *natürlichen* Naturzustand geschlossen:

»Sein Gesellschaftsmodell impliziert einen ähnlich unablässigen Kampf eines jeden um Macht über andere, wenn auch innerhalb eines Rahmens von Gesetz und Ordnung. Das Verhalten der Menschen in Hobbes' Gesellschaftsmodell ist, wenn man will, so anti-sozial, daß, wenn er dieses Verhalten in seinen hypothetischen Naturzustand überträgt, es leicht als eine Feststellung über das Verhalten nicht-sozialer Menschen mißverstanden werden kann. Es handelt sich jedoch um eine Feststellung über das Verhalten sozialer, zivilisierter Menschen.« (Macpherson 1967, 35)

Wie bei Borkenau stellt auch für Macpherson der Konkurrenzkampf die Kontinuität zwischen Natur- und Gesellschaftszustand her. Diesen Kampf beschreibt Macpherson nicht als Abstraktion des Klassenkampfes, sondern als Kampf um Macht. Damit bewegt er sich näher am Wortlaut von Hobbes (vgl. Hobbes 1991, Kap. 13), bringt aber

42 Ebenso notiert Luhmann, dass die frühneuzeitlichen Sozialvertragskonzepte im Rückblick als »Ideologie« des aufstrebenden Bürgertums« erscheinen. (Luhmann 2008a, 221)

43 Dass er sich an Marx' materialistischer Methode orientiere, um Hobbes' »Lehre direkt aus der gesellschaftlichen Wirklichkeit abzuleiten«, bemerkt Borkenau ebd., 439.

dessen Beschreibung ebenfalls in den Zusammenhang mit der Gesellschaft des 17. Jahrhunderts. Denn Hobbes erkenne »gerade in dem tatsächlichen Verhalten der Menschen in der zivilisierten Gesellschaft jene unaufhörliche Begierde eines jeden nach Macht über die anderen. Seine ganze Beschreibung des Machtmarktes, und auch die von Wert und Ehre als der Bundesgenossen der Macht, soll für existierende Gesellschaften gelten.«⁴⁴ (Macpherson 1967, 60) Das Modell, das Hobbes »mehr oder weniger bewusst« der Gesellschaft schlechthin zugrunde legte, verbindet Macht, Markt und Eigentum, weshalb es Macpherson unter den Begriff der »Eigentumsmarktgesellschaft« (ebd., 61) fasst.

Wenn Macpherson in Hobbes' Hypothese des vorpolitischen Zustandes keine Beschreibung von Natürlichem sieht, dann deshalb, weil »Hobbes' Naturzustand nicht von den gesellschaftlich erworbenen Merkmalen des zeitgenössischen Menschen abstrahiert, sondern nur von der Möglichkeit, Gesetze und Verträge durchzusetzen, also von der Furcht vor einem Herrscher«. (ebd., 42) Was den Zustand des Politischen vom Naturzustand unterscheidet, ist allein ein durchsetzungsfähiges Recht. Entsprechend ist ein »natürlicher« Mensch nicht vorsozial, sondern entspricht einer bestimmten Gesellschaftsformation: »Ein natürlicher Mensch ist ein zivilisierter Mensch, nur ohne die Beschränkung durch Gesetze.« (ebd., 43) Dies bedeutet die Umkehrung von Hobbes' Postulat, das sich wie folgt formulieren lässt: Ein zivilisierter Mensch ist ein natürlicher Mensch, nur durch Gesetze beschränkt. Diese Gesetze ändern Hobbes zufolge das Verhalten der Menschen nicht (deren gegenseitige Bezugnahme aufeinander bleibt individuiert), doch gewähren die Gesetze den Schutz eines jeden vor dem Individualismus jedes anderen.

In diesem Schutz liegt die erstrebenswerte Differenz, die nach Hobbes den Übertritt vom natürlichen in den politischen Zustand motiviert. Vor dem Hintergrund des Vorangehenden ist deutlich geworden, was bei Hobbes mit »natürlich« gemeint ist: das Leben des Menschen vor (oder nach) dem Politischen, das durch die Geltung von (positiven) Gesetzen bestimmt ist. Der Austritt aus dem Naturzustand bedeutet das Überschreiten der Grenze vom *vorgesetzlichen* in den *gesetzlichen* Zustand. Die Grenze des Gesetzes bildet damit bei Hobbes die Linie, die das Vorpolitische vom Politischen trennscharf scheidet. Dass der Anfang des Politischen nicht schon innerhalb seiner Grenzen liegen kann, steht bei

44 Eine von Borkenau und Macpherson verschiedene Position vertritt Arendt: Hobbes beschreibe weder den Menschen überhaupt noch den Menschen der gegenwärtigen Gesellschaft. Vielmehr beziehe sich seine Beschreibung auf den Menschen, wie er sein muss, »um den Forderungen einer kommenden Gesellschaftsordnung« zu entsprechen. Im Fokus steht nach Arendt der Mensch einer *erst noch zu verwirklichenden* bürgerlichen Welt. (vgl. Arendt 2011a, 318)

Hobbes daher außer Frage. Eben dies ändert sich in der Hobbes-Lektüre Schmitts.

Jenseits der Natur: Die Politisierung des Vropolitischen bei Schmitt

In seiner Deutung von Hobbes verortet Schmitt den Anfang des Politischen im Politischen selbst und führt damit Erhaltung und Gründung, Ausnahme und Anfang zur Identität. Diese Verschiebung von Hobbes zu Schmitt möchte ich im Folgenden erläutern. Bei Hobbes wie Schmitt dient der Staat allein dem Zweck der Sicherung der Existenz. Dieser Zweck motiviert seine Gründung und solange er ihn im Ganzen reibungslos erfüllt, herrscht im Staat ein Zustand politischer Normalität. Die Normalität besteht in einer Ökonomie ständigen Tausches: Gegen den Schutz, den die Untertanen vom Staat erhalten, leisten sie ihm Gehorsam. Hobbes' Relation von »Schutz und Gehorsam« (Hobbes 1991, Schluss, S. 544) scheint sich Schmitt vorbehaltlos anzuschließen, wenn er formuliert:

»[E]s gibt keine Über- und Unterordnung, keine vernünftige Legitimität oder Legalität ohne den Zusammenhang von Schutz und Gehorsam. Das *protego ergo obliigo* ist das *cogito ergo sum* des Staates, und eine Staatslehre, die sich dieses Satzes nicht systematisch bewusst wird, bleibt ein unzulängliches Fragment. Hobbes hat es [...] als den eigentlichen Zweck seines ›Leviathan‹ bezeichnet, die ›mutual relation between Protection and Obedience‹ den Menschen wieder vor Augen zu führen«. (BdP, 49, Hervorh. im Original)

So hobbesianisch dies klingen mag, so wenig ist es das. Dies zeigt sich dort, wo aufgrund einer Bedrohung des Staates die Normalität auf dem Spiel steht; dort also, wo die Ökonomie des Tausches aus dem Gleichgewicht gerät, weil der Staat seinen Zweck nicht mehr zuverlässig erfüllen kann. Sind die Individuen bei Hobbes in diesem Fall von ihren staatsbürgerlichen *Pflichten* entbunden, verlieren sie bei Schmitt ihre staatsbürgerlichen *Rechte*. Dies erklärt sich daraus, dass zwar bei Hobbes wie bei Schmitt der Zweck des Staates in dem durch ihn garantierten Schutz liegt, der Gegenstand dieses Schutzes aber verschieden ist. Zwar geht es jeweils um staatlich garantierte Selbsterhaltung; doch während die Selbsterhaltung bei Hobbes auch nach der Staatsgründung individuell bleibt, hat sie bei Schmitt schon vor dem Staat einen kollektiven Sinn, wie ich im Folgenden darlegen werde.

Im »Krieg eines jeden gegen jeden« (Hobbes 1991, Kap. 13, S. 96), wie er im hypothetischen Naturzustand besteht, ist die Möglichkeit der Selbsterhaltung nach Hobbes ausgeschlossen. Weil Frieden nur durch

eine »allgemeine Gewalt« garantiert werden kann, braucht es zur Vermeidung des Todes den Staat.⁴⁵ (ebd., Kap. 17, S. 134) Aus der Todesfurcht ergibt sich bei Hobbes *ex negativo* das politisch Erstrebte. So formuliert Strauss: »Der Tod nimmt den Platz des *telos* ein, oder, um die Zweideutigkeit des Hobbesschen Denkens beizubehalten, die Furcht vor dem gewaltsamen Tod drückt am eindringlichsten den mächtigsten und grundlegendsten aller natürlichen Wünsche aus, nämlich den Urwunsch, den Wunsch nach Selbsterhaltung.« (Strauss 1977, 187f., Hervorh. im Original) Dieser Wunsch ist und bleibt ein »je eigener«. Die Errichtung des Staates etabliert zwar ein Leben innerhalb des Politischen, aber damit kein politisches Leben. Versteht man unter einem politischen Leben, sich mit anderen zusammenzutun, um »gemeinsame Sache mit ihnen zu machen« (Arendt 2009, 81), behält das Leben bei Hobbes einen unpolitischen Charakter. Politisch, so lässt sich in Anlehnung an Charles Taylor feststellen, wird das Handeln dadurch, dass es nicht nur seiner Art, sondern auch seinem Sinn nach kollektiv ist. Ein solches Handeln findet sich bei Hobbes nicht:

»Im Verständnis von Hobbes, Locke, Bentham und dem ›common sense‹ des zwanzigsten Jahrhunderts, den sie formen halfen, werden politische Gesellschaften durch Ansammlungen von Individuen gegründet, um durch gemeinsames Handeln Vorteile zu erhalten, die sie nicht individuell sichern konnten. Das Handeln ist kollektiv, doch sein Sinn bleibt ein individueller. Das gemeinsame Gute wird ausschließlich durch individuelle Güter gebildet.« (Taylor 1993, 112)

Die Selbsterhaltung bleibt auch im Staat ein individuelles Gut. Wie im Naturzustand geht es dabei um die Erhaltung jedes Selbst als Einzelnem.⁴⁶ Da die Selbsterhaltung außerhalb des Politischen verbleibt, hat auch das gemeinsame Gut »des allgemeinen Friedens und der allgemeinen Sicherheit« (Hobbes 1991, Kap. 17, S. 134) keinen allgemeinen, keinen gemeinsamen Wert. Den Naturzustand zu verlassen bedeutet nur, ihn

45 Diesen Zusammenhang zwischen der (nicht historisch gemeinten) Hypothese des Naturzustands und der Notwendigkeit des Staates stellt Hobbes in allen drei systematischen Werken seiner politischen Philosophie her: In *The Elements of Law Natural and Politic* (1640), in *De Cive* (1642) sowie im *Leviathan* (1651) geht die Schilderung des Naturzustandes jeweils dem Nachweis voran, dass in souveräner Herrschaft das einzige Gegenmittel liege. (vgl. dazu Macpherson 1967, 32f.) Zu den Unterschieden der drei Werke hinsichtlich der Darstellungsform der politischen Philosophie vgl. Ludwig 1996, 55–62.

46 In diesem Sinn auch Christoph Menke: »Weil aber der gesellschaftsgründende Vertragsschluß, der in ein und demselben Zug Normativität und Souveränität schafft, in Ausübung des natürlichen Rechts eines jeden einzelnen

um die fehlende Sicherheit zu ergänzen und dadurch das in ihm stattfindende Leben ›unter Schutz‹ zu stellen. Ist diese Sicherheit nicht mehr gewährleistet, endet nach Hobbes die politische Beziehung:

»Die Verpflichtung der Untertanen gegen den Souverän dauert nur so lange, wie er sie auf Grund seiner Macht schützen kann, und nicht länger. Denn das natürliche Recht der Menschen, sich selbst zu schützen, wenn niemand anderes dazu in der Lage ist, kann durch keinen Vertrag aufgegeben werden. Die Souveränität ist die Seele des Staates, von der die Glieder keinen Bewegungsantrieb empfangen können, wenn sie einmal den Körper verlassen hat. Der Zweck des Gehorsams ist Schutz.« (ebd., Kap. 21, S. 171)

Weil mit der allgemeinen Sicherheit zugleich jede individuelle entfällt, schuldet dann niemand mehr Gehorsam. Die souveräne Beziehung von Schutz und Gehorsam löst sich insgesamt – für alle – auf; damit auch der Staat, dessen ›Seele‹ in dieser souveränen Beziehung besteht. Für den Einzelnen kann die politische Beziehung aber auch dann enden, wenn die allgemeine Sicherheit gewährleistet ist, ohne dass sie seine eigene abdeckt. Dies ist dort der Fall, wo der Staat selbst eine Bedrohung für das Leben des Individuums bedeutet: Bei der Todesstrafe und im Kriegsfall. Sich der Todesstrafe gewaltsam zu widersetzen, räumt Hobbes dem Einzelnen auch dann ein, wenn dieser schuldig und die Bestrafung rechtmäßig ist. (vgl. ebd., 168–170) Ähnlich gilt Hobbes die Fahnenflucht, sofern sie aus Furcht und nicht aus Verrat geschieht, und die damit verbundene Befehlsverweigerung nicht als »ungerecht«, sondern nur als »ehrlos«. (ebd., 169) Weil die den Staat begründende Übertragung des natürlichen Rechts (*ius in omnia*) auf den Souverän eine willentliche Handlung des Untertanen darstellt und daher »ein Gut für ihn selbst« sein muss, kann das vorpolitische Recht auf Widerstand vertraglich nicht aufgegeben werden. (ebd., Kap. 14, S. 101, Hervorh. im Original)

Zugleich wird die souveräne Befugnis, die Verweigerung mit dem Tod zu bestrafen, dadurch nicht in Frage gestellt. Schließlich wurde der Staat von allen Einzelnen ermächtigt, allgemeinen Frieden herzustellen, der indirekt die Sicherheit aller als Einzelner ermöglichen sollte. Dies heißt auch, dass der Staat mit der Sicherheit der Einzelnen in direkter Weise nie befasst ist. Außer-politisch bleibt die Selbsterhaltung damit von beiden Seiten: von Seiten der Untertanen, die sich nicht im Namen eines Gemeinsamen zu Autoren staatlichen Handelns machen, sondern nur um des je Eigenen willen; von Seiten des Staates, weil er seine politische Aufgabe nicht in der Garantie einer individuellen, sondern in der Herstellung einer allgemeinen, dem Einzelnen gegenüber gleichgültigen

erfolgt; weil also die Sicherung der natürlichen Macht der Selbsterhaltung sein Grund ist, bleibt sie auch sein Zweck«. (Menke 2015, 54)

Sicherheit hat. Anders formuliert: Der Staat kümmert sich nicht um Selbsterhaltung, sondern sichert die Ordnung.

Mit der Selbsterhaltung bleibt auch der gewaltsame Tod ausnahmslos ein Tod außerhalb des Politischen. Weil das politische Band für den Einzelnen reißt, sobald der Staat ihn nicht mehr schützt, stirbt er, wenn er durch Gewalt stirbt, nicht mehr im Staat. Darin liegt der fundamentale Unterschied zu Schmitt, der den gewaltsamen Tod, von dem Hobbes ausgeht, innerhalb des Politischen und als *politischen* Tod konzipiert. Schmitt folgt Hobbes darin, in der Wahrscheinlichkeit eines gewaltsamen Todes das Gründungsmoment des Politischen zu sehen. Wie erwähnt, teilt er auch die sich daraus ergebende Konsequenz, dass im Zentrum der politischen Lebensform nicht die kollektive Willensbildung, sondern die Relation von Schutz und Gehorsam steht. Doch gerade die Selbsterhaltung des Einzelnen, der Hobbes den Vorrang gibt, fällt bei Schmitt in die absolute Verfügbarkeit des Staates:

»Der Staat als die maßgebende politische Einheit hat eine ungeheure Befugnis bei sich konzentriert: die Möglichkeit Krieg zu führen und damit offen über das Leben von Menschen zu verfügen. Denn das *jus belli* enthält eine solche Verfügung; es bedeutet die doppelte Möglichkeit: von Angehörigen des eigenen Volkes Todesbereitschaft und Tötungsbereitschaft zu verlangen, und auf der Feindesseite stehende Menschen zu töten.« (BdP, 43, Hervorh. im Original)

Schmitt entwirft damit ein Verhältnis von Schutz und Gehorsam, das gerade die Idee verwirft, die bei Hobbes den Kern dieses Verhältnisses darstellt, nämlich das unbedingte Recht auf Selbsterhaltung. Es stellt sich die Frage, auf welcher Grundlage diese Verschiebung erfolgt. Bei Hobbes erscheint der Staat als Antwort auf ein vorpolitisches Problem: den hypothetischen Krieg zwischen Individuen. Indem er diese seine Voraussetzung tilgt, entsteht der Staat. Er gründet sich dadurch, dass er den gewaltsamen Tod als sein Fundament ausschließt, den ihn erforderlich machenden Krieg beendet und damit das Vropolitische ausräumt.

Eine solche vorpolitische Voraussetzung, durch dessen Tilgung sich das Politische begründet, gibt es bei Schmitt nicht. Für ihn stellt der Tod keine vorpolitische Voraussetzung des Politischen, sondern sein politisiertes Fundament dar. Das Politische ›konsumiert‹ hier nicht seine Grundlage, sondern produziert sie erst. Dass bei Schmitt die Bedingung des Politischen ihrerseits politisch ist, zeigt sich, wenn er zirkulär formuliert: »Die politische Einheit setzt die reale Möglichkeit des Feindes und damit eine andere, koexistierende, politische Einheit voraus.« (BdP, 50) Der Feind ist kein Individuum, sondern eine kollektiv vereinte Gesamtheit und damit selbst eine politische Kategorie.

Platonische Feindschaft: Zur Differenz von polémios und echthros

Weil sich alles politische Handeln auf die politische Kategorie des Feindes zurückführen lässt, gilt Schmitt die Unterscheidung von Freund und Feind als »Kriterium« (BdP, 25) des Politischen: Politisches Handeln ist eine Form von Gemeinschaftshandeln von Freunden gegen Feinde. Bei diesem Feind handelt es sich für Schmitt nicht um einen privaten, sondern um den öffentlichen Feind.⁴⁷ Das Verhältnis zum öffentlichen Feind ist keine individuelle Angelegenheit.⁴⁸ Es ist frei von subjektiven Gefühlen wie Hass und Ressentiment. (vgl. BdP, 28) Dem Feind werden keine Qualitäten zugeschrieben, aufgrund derer er zum Feind wird. Merkmal des Feindes ist allein, dass gegen ihn Krieg geführt wird.

Schmitt versucht diese Definition durch eine im Griechischen und Lateinischen gegebene lexikalische Differenzierung zu plausibilisieren. Dem politischen Feind, den er vor Augen hat, entspricht nicht griech. *echthros* und lat. *inimicus* – das ist feindlich auch im Sinne von ›verhasst‹ – sondern griech. *polémios* und lat. *hostis*, also verfeindet im Sinne von ›bekämpft‹. In *polémios* ist der Bezug zum Krieg (*pólemos*) so deutlich wie möglich. Zugleich steht im griechischen Sprachgebrauch fest, dass der Begriff des Feindes sich von dem des Krieges herleitet und nicht umgekehrt. Nun bezieht sich Schmitt allerdings nicht nur auf den griechischen Sprachgebrauch im Allgemeinen, sondern auf Platon im Besonderen. Schmitt gibt an, bei Platon sei »der Gegensatz von *πολέμιος* und *ἐχθρός* sehr stark betont, aber mit dem anderen Gegensatz von *πόλεμος* (Krieg) und *στάσις* (Aufruhr, Erhebung, Rebellion, Bürgerkrieg) verbunden.« (BdP 27, Fn. 5) Der starke Gegensatz, von dem Schmitt spricht, findet sich bei Platon nun allerdings ebenso wenig wie die Verbindung der beiden Gegensatzpaare, die Schmitt suggeriert. Im Vergleich von Schmitts Deutung mit Platons Text dokumentiert sich Schmitts begriffliches Interesse als begriffliche Interessiertheit.

An der entsprechenden Stelle von Buch V der *Politeia*, auf die Schmitt recurriert, kommen *polémios* und *echthros* als lexikalisch unterschiedene, semantisch jedoch austauschbare Begriffe vor. (vgl. Platon, *Politeia*

47 Diesem öffentlichen Charakter entspricht sehr genau die römische Praxis der Feindschafts-Erklärung; so schreibt Theodor Mommsen in seinem *Römischen Staatsrecht*: »Wen der Magistrat unter Mitwirkung des Senats zum Freund oder zum Feind erklärt, der ist *amicus populi Romani* oder *hostis populi Romani*«, Freund oder Feind des römischen Volkes. (Mommsen 1888, 1026, Hervorh. im Original)

48 Die Tendenz einer Privatisierung und Psychologisierung des politischen Feindes kritisiert Schmitt heftig und macht sie für die Totalisierung und Intensivierung des Verständnisses von Feind und Krieg im 20. Jahrhundert verantwortlich; vgl. dazu das *Corollarium 2* in BdP, 94f. sowie Schmitt 1937/38, 562f.

V, 471a–b) An ihrer Differenzierung ist Platon nicht in der Weise gelegen, in der es Schmitt suggeriert. Vielmehr verwendet Platon *échthra* als allgemeinen Gattungsbegriff der Feindschaft, innerhalb dessen er *stásis* und *pólemos* – Zwist und Krieg – als eine schwache und eine starke Art unterscheidet. (vgl. ebd., 470c–d) *Stásis* als schwache Form der Feindschaft bezeichnet eine Entzweigung der Griechen *nach innen*. Sie bedeutet nicht mehr als ein vorübergehendes Krank-Sein (*noseîn*) Griechenlands⁴⁹; denn weil die Griechen von Natur aus Freunde und Verwandte (*philoí*) sind, reißt das politische Band zwischen ihnen nicht vollends und eine *restitutio ad integrum* steht außer Frage. Einen solchen Zwist unter Griechen werden diese daher »auch nicht einmal Krieg nennen«. (Platon 1991, 470e–471a, S. 403) *Pólemos*, Krieg, als stärkere Form der Feindschaft richtet sich *nach außen*. Hier stehen sich Griechen und Nichtgriechen als zwei geschlossene Gruppen gegenüber, die einander »ausländisch« (*othneîos*) und fremd (*allótrios*) sind. Weil Griechen und Barbaren von Natur aus Feinde (*polémioi*) sind, ist diese auf den wirklichen Krieg bezogene Feindschaft nicht vorübergehend, sondern die außenpolitische Normalität.⁵⁰ (vgl. Platon, *Politeia* V, 470b–471a)

Ob sich Platons Beschreibung mit den historischen Verhältnissen der klassischen Zeit deckt, braucht hier nicht entschieden zu werden.⁵¹

- 49 Derrida wendet gegen Schmitt ein, der die *stásis* als »Selbsterzehrung« eines Volkes oder Staates, den *pólemos* hingegen als Möglichkeit der Staats- oder gar Volksgründung interpretiert (BdP, 27f., Fn. 5), dass diese Differenz brüchig ist. Es handle sich nicht um zwei verschiedene Formen des Streits, sondern um »eine Differenz im selben«. (Derrida 2002, 160) In beiden Fällen ist der Streit »natürlich« (*phýsei*), denn auch die *stásis* ist nicht gegen die Natur, sondern befällt die Natur in natürlicher Weise: als »Denaturierung der Natur *in* der Natur«. (ebd. sowie ebd., 136f., Hervorh. im Original) Der Gedanke, dass es in der Natur der Staaten liegt, krank zu werden und zu sterben, findet sich auch bei Hobbes und Rousseau; vgl. Hobbes 1991, Kap. 21, S. 171 bzw. Rousseau 2003, Buch III, Kap. 11, S. 96f.
- 50 Platon lässt es allerdings nicht bei der Unterscheidung der zwei Arten von Feindschaft (*échthra*) bewenden, sondern fordert eine politische Praxis ein, die den Unterschied aufhebt: Die Griechen sollen den Barbaren ebenso begegnen, wie sie es gegenwärtig untereinander tun. Den Bürgern soll dies gesetzlich vorgeschrieben und der von Natur (*phýsei*) bestehende Unterschied damit durch ein Gesetz (*nómos*) kassiert werden. (vgl. *Politeia*, 471b–c)
- 51 Jean-Pierre Vernant stimmt mit Platon darin überein, dass der Krieg im Inneren Griechenlands in dem Sinne »harmlos« ist, dass er nicht »auf Leben und Tod, d.h. die Vernichtung des Feindes in seinem sozialen und religiösen Sein« zielt und die gemeinsamen politischen Bande nicht sprengt. (Vernant 1987, 38f.) Allerdings ist dieser Krieg ihm zufolge – hierin unterscheidet er sich vom Urteil Platons – kein Zeichen einer Krankheit Griechenlands, sondern »der Normalzustand«, nämlich Teil einer agonalen Kultur, in der »Krieg und Frieden nicht zwei völlig gegensätzliche Zustände« darstellen.

Vielmehr geht es darum zu verstehen, in welcher Weise Schmitt sie aufnimmt. Er schließt an die zweite Art der platonischen Feindschaft an: Entscheidend für seinen Begriff des Feindes ist die Normalität des Krieges. »Feind« ist diejenige fremde politische Gemeinschaft, der gegenüber Krieg die natürliche Einstellung ist. Auch wenn der Kriegsfall *faktisch* die Ausnahme bleibt, stellt er *strukturell* doch die normale Beziehung dar. Diese zweite Art der platonischen Feindschaft wird von Schmitt nun allerdings radikalisiert. Im Krieg sieht er nämlich nicht bloß einen *Bestandteil der außenpolitischen*, sondern zugleich die *Bedingung der innenpolitischen* Normalität.

Im Unterschied zu Platon und zum griechischen Sprachgebrauch bestimmt bei Schmitt der Krieg nicht nur den Begriff des Feindes, sondern auch jenen der Freunde. Bei Platon sind die Griechen nicht deshalb als Freunde (*philoí*) vereint, weil ihnen von außen ein Feind droht. Für Schmitt dagegen beruht der politische Zusammenschluss *allein* auf der Möglichkeit des äußeren Feindes und damit des Krieges. Ihren Zweck hat die politische Einheit nur in der »seinsmäßigen Behauptung der eigenen Existenzform« gegen einen Feind, der die seinsmäßige Verneinung dieser Form darstellt. (BdP, 46, ähnlich 26 und 31) Politisch qualifiziert ist nicht die Existenzform selbst, denn sie erscheint eher als bloße Überlebensform denn als eine inhaltlich, das heißt nach innen bestimmte Lebensart. Das Politische liegt allein in der Tatsache, dass sich ein Kollektiv im spezifischen Sinn der »Kampfgruppierung« (PT, 34) *nach außen* hin formiert, um sich gegen die von dort drohende existenzielle Negierung zu behaupten. Das Politische ist diese doppelte Negation: Verneinung des Verneinenden, das heißt Verneinung des Feindes, der dadurch, wie unter anderen Haverkamp bemerkte, zum konstituierenden Moment wird: »[T]he enemy constitutes or brings to a constitution a state of political affairs whose concreteness is owed to what it threatens rather than to what it supports and binds rather than organizes«. (Haverkamp 2005, 2554)

Konkretheit meint hier nicht Inhaltlichkeit.⁵² Im Krieg gegen einen äußeren Feind hat die Politik weder ihren Inhalt noch ihr Ziel, doch ist

(ebd., 45 und 40) Der Krieg ist dann nicht der Ernstfall, sondern rückt »in die Nähe der großen panhellenischen Spiele«. (ebd., 39) Der Einfluss von Jacob Burckhardts Beurteilung der klassisch-griechischen Kultur als »agonal« ist hier nicht zu übersehen. Der Krieg ist nach Vernant »so natürlich und notwendig gegenwärtig«, dass er keinen eigenen Bereich bildet: »er ist das Politische selbst«. (ebd., 45) Dass die griechischen Poleis sich normalerweise im Frieden nach außen befanden, wendet Christian Meier gegen die These von der Häufigkeit der Kriege in der Antike im Allgemeinen und gegen Vernant im Besonderen ein. (vgl. Meier 1991, 8, 10f. und 38f.)

52 Dass sich Schmitts Begriff des Politischen durch eine bemerkenswerte Substanzlosigkeit auszeichnet, hat im Besonderen Löwith kritisiert. (vgl.

er »die als reale Möglichkeit immer vorhandene *Voraussetzung*, die das menschliche Handeln und Denken in eigenartiger Weise bestimmt und dadurch ein spezifisch politisches Verhalten bewirkt.« (BdP, 33, Hervorh. im Original) Von der »extremsten Möglichkeit [des Kampfes] her gewinnt das Leben der Menschen seine spezifisch *politische* Spannung.« (ebd., Hervorh. im Original)

Wenn Schmitt nun, anders als Platon, im Krieg nach außen die Voraussetzung sieht, die das Politische nach innen erst hervorbringt, so folgt er Platon zugleich darin, dass dieser äußere Krieg keine außer- oder vorpolitische Angelegenheit darstellt, sondern selbst politischen Charakter hat. Denn der Feind ist ein Feind im politischen Sinne und bekämpft wird er durch die eigene politische Einheit. Diese Betrachtung des Krieges *als politisch* bedeutet wiederum eine Radikalisierung gegenüber Hobbes, der von einem *vorpolitischen* Krieg zwischen den Individuen ausgeht.⁵³ Bei Schmitt hat der gewaltsame Tod, gegen den das Politische schützen soll, seinen Ort nicht mehr außerhalb des Politischen, sondern ist ausnahmslos ein politischer Tod. »Die Begriffe Freund, Feind und Kampf«, schreibt Schmitt, »erhalten ihren realen Sinn dadurch, daß sie insbesondere auf die reale Möglichkeit der physischen Tötung Bezug haben und behalten.« (BdP, 31) Dieser Bezug ist ein beidseitiger: Nicht nur referieren die politischen Begriffe auf den gewaltsamen physischen Tod, sondern dieser Tod selbst wird zum politischen Begriff. Die Gefahr des Getötet-Werdens steht wie bei Hobbes am Anfang des Politischen. Der Tod

Löwith 1960, 103 und 108) Die Inhaltsleere des Begriffs stellt ferner Hasso Hofmann heraus. (vgl. Hofmann 2002, 107) Aufschlussreich ist die Position Arendts. In ihrem Urteil ist der »Verlust an Substanz« das Kennzeichen nicht von Politik überhaupt, sondern spezifisch von *totalitärer* Politik. Denn der Politik des Totalitarismus gehe es *nicht* darum, eine bestimmte Ideologie, etwa spezifische »Wahnideen der Rasselehre oder der Klassentheoreme«, zu verwirklichen, sondern um den Beweis, dass wirklich alles möglich ist, »daß selbst die verrückteste Politik oder das verrückteste Auswahlprinzip für politische Handlungen noch eine gute und möglicherweise eine gleiche [sic] gute Chance auf Erfolg hat wie ein anderes«. (Arendt 2011a, 81ff.) Diese Beliebigkeit dem bestimmten Inhalt gegenüber macht totalitäre Politik substanzlos. Dass, wie Schmitt sagt, eine Angelegenheit dann vollständig politisch wird, wenn sie jede andere – religiöse, ökonomische, moralische – Qualität, d.h. jede inhaltliche Bestimmtheit verloren hat (vgl. BdP, 35f.), rückt seine Definition des Politischen in die Nähe von Arendts Definition totalitärer Politik.

- 53 Ein Kriegszustand besteht bei Hobbes freilich auch zwischenstaatlich. Obschon der zwischenstaatliche Kriegszustand unter den Bedingungen des Politischen steht, ist er gleichwohl insofern *vorpolitisch*, als das Verhältnis der Souveräne untereinander dem Verhältnis der Individuen im Naturzustand analog ist. (vgl. dazu Heller 2017, 167–174)

hat allerdings dadurch eine Politisierung erfahren, dass er einen Teil – und damit ein Produkt – eben derjenigen politischen Sphäre bildet, die vor ihm schützen soll.⁵⁴

Schmitt gelangt zu seinem Begriff des Feindes im Ausgang von Platon und Hobbes, genauer: durch eine Verbindung von Platons Begriff eines äußeren Feindes mit Hobbes' Begriff des vopolitischen Krieges. Die Verbindung ergibt sich nicht daraus, dass Platon und Hobbes als zwei getrennte Elemente miteinander kombiniert und um das jeweils andere ergänzt würden, sondern dadurch, dass Schmitt Platon von Hobbes und Hobbes von Platon her versteht: In einer hobbesianischen Lesart von Platon macht er den *äußeren* Feind (im Sinne von *polémios*) zur *Voraussetzung* des Politischen; und in einer platonischen Lesart von Hobbes macht er den *vopolitischen* Krieg zwischen den Individuen zu einem *politischen* Krieg, zu einem Krieg zwischen Feinden, die sich in politischer Form, als »Gesamtheit von Menschen« (BdP, 27) gegenüberstehen.

In seiner platonischen Lesart von Hobbes lässt Schmitt das Individuum vollständig im Staat aufgehen: »das Ganze, der Leviathan, wird zum substantiellen Träger alles [sic] Rechts«. (D, 117) Die Differenz zur liberalen Hobbes-Lektüre Leo Strauss' ist bemerkenswert. Nach Strauss zielte Hobbes gerade auf den Nachweis, dass das »Individuum an sich, ohne Berücksichtigung seiner Eigenschaften [...] als essentiell vollständig und unabhängig von der bürgerlichen Gesellschaft aufzufassen« sei. »Alle Rechte der bürgerlichen Gesellschaft oder des Souveräns sind abgeleitet von Rechten, die ursprünglich dem Individuum gehörten.« Dass der Staat auf den Rechten der Einzelnen beruht, bedeutet nicht nur, dass die Individuen »in jeder Hinsicht älter« sind als die bürgerliche Gesellschaft. (Strauss 1977, 190) Es bedeutet auch, dass sie als selbständige Größen erhalten bleiben und die Rechte, die sie dem Staat geliehen haben, zurückgewinnen, sobald dieser in seiner Aufgabe versagt. Bei Schmitt werden die Individuen dagegen kassiert, was sich auch darin spiegelt, dass in seinen Bezugnahmen auf Hobbes das zentrale Moment der individualistischen Vertragsschließung, das ist des Konsenses nach innen, relativiert wird oder ganz unerwähnt

54 Dass am Anfang des Politischen ein solches ironisches Produktionsverhältnis steht, hat Rousseau kritisch festgestellt. Er hat eingewandt, dass der Krieg allein »den Vorkehrungen entsprungen ist, die die Menschen trafen, um sich einen dauerhaften Frieden zu sichern«. (Rousseau 1989, 60) In den vor- oder außer-politischen Beziehungen zwischen Privatleuten kann es dagegen, so Rousseau, zum Krieg in einem begrifflich strengen Sinn nicht kommen, da Krieg einen zwischenmenschlichen Zustand von einer gewissen Dauer darstellt, dauerhafte Beziehungen im Vopolitischen aber nicht existieren. (vgl. ebd., 57)

bleibt.⁵⁵ Den einzelnen Vertragspartnern wie auch ihrer Summe gegenüber ist der Leviathan juristisch »transzendent«. (Lev, 52) Die Gründung der souveränen politischen Einheit erfolgt in der Hobbes-Lektüre Schmitts über den Kopf der Individuen hinweg; deren bedingungslose Unterordnung unter den Staat steht damit von Beginn weg fest. Diese Suspension des Individuellen folgt daraus, dass Schmitt den Anfang der politischen Einheit in einer Extremsituation verortet, in der ein Tod droht, der unpersönlich gegeben und empfangen wird, ja der als *politischer* Tod am individuellen Leben gleichgültig vorbeigeht: Als individuell oder persönlich kommt das Leben des Einzelnen hier zu keinem Zeitpunkt in Betracht. In diesem Sinn ist Schmitts Deutung totalitär.

Politik und Leben

Der systematische Primat, den das Individuum bei Hobbes behauptet, wird bei Schmitt in die absolute Unterlegenheit gewandt. Darin liegt die offenkundigste Verschiebung, die Schmitt in seiner Interpretation von Hobbes vornimmt. Sie macht deutlich, dass es in die Irre führt, in Schmitt einen »Hobbesianer reinsten Wassers« zu sehen.⁵⁶ Die Verschiebung ist die Konsequenz aus der Politisierung der Hobbes'schen Fundamente. Ein Staat, der in einem *politischen* Tod gründet, kann nicht den Sinn haben, den Hobbes intendiert: Er bezweckt keine Befriedung vopolitischer Individuen nach innen und damit auch nicht den Schutz dieser Individuen als Einzelner. Wird der Tod, den zu verhindern das Politische bezweckt, selbst als politisch, nämlich als Tötung durch einen politischen Feind begriffen und wird dadurch der Begriff des Politischen an einem kollektiven Kampf nach außen orientiert, so entfällt die normative Orientierung am Leben der Einzelnen, die bei Hobbes die unaufgebbare Grundtatsache seiner politischen Konzeption bildet.

Dies bedeutet zunächst, dass das Leben der Einzelnen zum politischen Material wird, über das der Staat verfügen kann. Es bedeutet zugleich, dass das Leben, das geschützt werden soll, *vor allem dasjenige des Politischen selbst ist*: das Leben des politischen Ganzen, dem der Einzelne sein Leben verdankt und für das er es daher im Ernstfall hergeben muss. An die Politisierung des Todes knüpft sich eine Vitalisierung des Politischen.⁵⁷ Die

55 *Relativiert* ist das Vertragsmoment in Lev, 51f. und Schmitt 1994, 15f., *unterschlagen* hingegen in Schmitt 2006, 23f. Zu Schmitts Aneignung und Umdeutung von Hobbes' Theorie der Repräsentation vgl. ferner Thomä 2016, 398–400.

56 So sieht es Wolfgang Kersting. (vgl. Kersting 2009, 206)

57 Die Differenz zu Hobbes bringt Schmitt an diesem Punkt in eine gewisse Nähe zu Rousseau, der im *Gesellschaftsvertrag* einer politischen Logik

Verschiebung gegenüber Hobbes ist damit eine doppelte. Sie liegt zunächst darin, dass sich der Zusammenschluss nicht nach innen richtet, sondern sich gegen außen wendet; für Schmitt besteht das Gemeinsame – das politische Gut, auf der die Kohäsion beruht – darin, den von außen drohenden politischen Tod gemeinsam zu verhindern. Die zweite Verschiebung liegt darin, dass es im Politischen nicht länger um den politischen Tod, sondern um den Tod des Politischen geht. Das Politische am Leben zu erhalten, wird zur ersten politischen Aufgabe. Erstes und wichtigstes Instrument dazu ist bei Schmitt der Ausnahmezustand.

Der Ausnahmezustand bildet für Schmitt den Verbindungspunkt von Politik und Leben; in ihm zeigt sich, dass das Politische eine lebendige Form hat. Zur Politisierung des Todes stellt das Leben der Politik keinen Gegensatz dar, sondern ist seine Fortsetzung. Im Ausnahmezustand setzt sich die Politisierung des Todes dadurch fort, dass hier der Feind, auf den hin sich das Politische nach außen gründet, ins Innere versetzt und dadurch politisch ›vereinnahmt‹ ist. Der Krieg nach innen ist für Schmitt, anders als für Platon, kein bloßer Zwist, sondern der nach innen gekehrte äußere Krieg. Der Krieg, der als Ernstfall die Voraussetzung des Politischen bildet, ist bei Schmitt mit dem Krieg, der als Ernstfall die Voraussetzung für den Ausnahmezustand darstellt, strukturell identisch. Gründung und Ausnahme folgen bei Schmitt derselben Logik: Nach außen zeigt sie sich, wie ich argumentiert habe, als Politisierung des Todes, nach innen als Vitalisierung des Politischen. Diese ›Verlebendigung‹ des Politischen ist nicht identisch mit der Politisierung des Lebens, die im Fokus biopolitischer Debatten steht. In diesen ist thematisch, wie das Leben selbst zum bevorzugten Gegenstand der Politik wird, indem sich die Politik unmittelbar auf das Leben (der Menschen) bezieht. Schmitt ist kein biopolitischer Denker, sondern ein Theoretiker moderner Souveränität, die er als Verbindung von Personalität und Staatlichkeit versteht. Das Leben, um das es hier geht, ist das Leben des Politischen selbst.⁵⁸ Dieses Leben des Politischen zeigt

folgt, nach der das Leben des Einzelnen, da es ein bedingtes Geschenk des Staates darstellt, in dessen unbedingte Gewalt übergehen kann: »Der Gesellschaftsvertrag hat die Erhaltung der Vertragsschließenden zum Zweck. Wer den Zweck will, will auch die Mittel, und diese Mittel sind mit einigen Gefahren, selbst mit einigen Verlusten untrennbar verbunden. Wer sein Leben auf Kosten der anderen erhalten will, muß es auch für sie hingeben, wenn es nötig ist.« (Rousseau 2003, Buch II, Kap. 5, S. 37) Für eine Kritik an Rousseau, die den auf die Einzelnen ›legitim‹ ausgeübten Zwang unter dem Gesichtspunkt der Volkssouveränität in den Blick nimmt, vgl. Loick 2012, 108–112.

- 58 Für das Leben der in politische Gemeinwesen (Staaten) integrierten oder aus ihnen exkludierten Menschen ist diese Vitalisierung des Politischen allerdings nicht folgenlos; vielmehr ist sie mit einer Politisierung des

sich für Schmitt auch in der souveränen Durchbrechung der Rechtsordnung: Im Ausnahmezustand hat die lebendige Form des Politischen die Form des den normativen Inhalt suspendierenden Rechts. Deutlich wird nach Schmitt damit zugleich, dass die Form des Rechts selbst einen politischen Gehalt hat.

Die »Eigenart« der Rechtsform

Der Begriff der juristischen Form ist bei Schmitt in zwei Hinsichten spezifiziert. ›Form‹ meint erstens, wie bereits erwähnt, »nicht etwas Rechtsatzmäßiges oder normativ Gesolltes«, sondern »etwas Seinsmäßiges, einen *Status*«. (VL, 5, Hervorh. im Original) Um die Form der Rechtsordnung zu wahren, wird im Ausnahmezustand deren rechtsatzmäßiger Inhalt außer Kraft gesetzt. Zweitens bezeichnet ›Form‹ nicht das Geformte, sondern das Formgebende. Etwas wie eine ›leere Form‹ ist, so verstanden, eine *contradictio in adiecto*. Denn bei der Form handelt es sich nicht um eine leere Schablone, die durch einen Inhalt zu füllen wäre, sondern um den ausfüllenden und in diesem Sinn bestimmenden Akt.

So schreibt Schmitt am Ende des zweiten, von der Rechtsform handelnden Kapitels der *Politischen Theologie*: »Die Form [...] liegt in der konkreten, von einer bestimmten Instanz ausgehenden Entscheidung.« (PT, 40) Dieses »konstitutive, spezifische Entscheidungsmoment« ist, vom Inhalt der zugrunde liegenden Norm aus gesehen, »etwas Neues und Fremdes«. (PT, 37) Denn aus dem Inhalt der Norm lässt es sich nicht ableiten. Schmitt nennt dieses konstitutive Element, das »mit rechtslogischer Notwendigkeit« in jeder Entscheidung dazu tritt, den »Eigenwert der Form«. (PT, 33)

Die Entscheidung ist nun nicht insofern formal, als sie sich nicht auf eine inhaltliche Bestimmung der Wirklichkeit einließe. Denn genau in dieser Bestimmung liegt ihr Zweck. Dass sie formal ist, heißt vielmehr, dass sie gegenüber den Normen als dem Inhalt des Rechts grundlegend verschieden ist: »Das Formale im spezifisch-rechtlichen Sinne liegt in einem Gegensatz zu dieser inhaltlichen Qualität«. (PT, 38) Der Gegensatz von Form und Inhalt ist ein Gegensatz von ›besonders‹ (oder wie Schmitt formuliert: ›konkret‹) und ›allgemein‹. Das Allgemeine ist dabei nicht die Form, sondern der Inhalt: die allgemein formulierte Norm. Das Besondere liegt dagegen im formalen Element, in der immer konkreten Entscheidung. Über die juristische Form schreibt Schmitt:

menschlichen Lebens verknüpft. Dies wird in verschiedenen Kapiteln von Teil II, der den Zusammenhang von Ausnahmezustand und Menschenrechten expliziert, im Fokus der Analyse stehen. (vgl. v.a. die Kapitel 3.1–3.3)

»Sie hat nicht die apriorische Leerheit der transzendentalen Form; denn sie entsteht gerade aus dem juristisch Konkreten. Sie ist auch nicht die Form der technischen Präzision; denn diese hat ein wesentlich sachliches, unpersonliches Zweckinteresse. Sie ist endlich auch nicht die Form der ästhetischen Gestaltung, die eine Dezision nicht kennt.« (PT, 40)

Die »spezifische Eigenart der Rechtsform« (PT, 38), wie sie sich für Schmitt darstellt, besteht in der Verbindung von Formalem und Konkretem. Seine Forderung, dass diese Eigenart »in ihrer rein juristischen Natur erkannt werden« müsse (ebd.), bedeutet, den konkreten Charakter dieser Form zu verstehen. Der Gegensatz, in dem die konkrete Form zum allgemeinen Inhalt des Rechts – die Entscheidung zur Norm – steht, ist kein äußerlicher. Denn die Form lässt die Norm nicht unberührt, sondern bedeutet ihre »Transformation«. (PT, 37)

Nur durch Transformation kann die allgemeine Norm in die konkrete Wirklichkeit überführt, das heißt angewandt werden. Dabei ändert die Norm nicht ihre Form, sondern kommt mit Form überhaupt in Kontakt; Transformation meint somit weniger Umformung als vielmehr Formierung. Der Formgewinn der Norm, den sie durch ihre »Umsetzung in die Wirklichkeit« (PT, 35) erfährt, ist zugleich ihre Durchbrechung: Verlust der Allgemeinheit, die ihre Normativität kennzeichnet. Wenn Schmitt darauf insistiert, dass es sich bei der Rechtsverwirklichung, und damit bei der Form des Rechts, um ein »selbständiges« Problem handelt (vgl. PT, 29, 33, 36, 37, 40), geht es um eben diese Durchbrechung des Normativen.

Die Form ist damit nicht etwas Bestehendes, das den normativen Inhalt durchbricht, sondern sie besteht in dieser Durchbrechung. Daraus resultiert für Schmitt die heuristische Bedeutung, die dem Ausnahmezustand nicht nur für die juristische Definition der Souveränität, sondern allgemeiner für ein Verständnis der Rechtsform zukommt. Insofern gilt vom Ausnahmezustand, was Jacques Rancière über den ästhetischen Zustand sagt: Er »ist reine Suspendierung, ein Augenblick, in dem die Form als solche wahrgenommen wird.« (Rancière 2006, 40) Die Form, die in der Suspension der Normen sichtbar wird, ist die Entscheidung. Die Ausnahme »entzieht sich der generellen Fassung, aber gleichzeitig« – nämlich gerade dadurch – »offenbart sie ein spezifisch-juristisches Formelement« – nämlich das Element der juristischen Form – »in absoluter Reinheit«. (PT, 19) Die Rechtsform tritt hier in »Reinheit« hervor, weil nach Schmitt die mit dem Ausnahmefall verbundene Entscheidung in besonders hohem Grad, »im eminenten Sinne Entscheidung« ist. (PT, 13) Sie ist dies, weil sie in einem besonders eklatanten Bruch zur Norm steht: Durch die Entscheidung, dass faktisch ein Ausnahmefall vorliegt und juristisch ein Ausnahmezustand besteht, wird das allgemein-inhaltliche Moment der Norm nicht durchbrochen (»transformiert«), um die Norm anzuwenden, sondern mit dieser Entscheidung wird die »Norm vernichtet« (PT, 19).

An diesem Punkt gilt es Schmitt vor dem Hintergrund seiner eigenen Prämissen zu widersprechen: Gerade weil das Moment der Normativität ganz außer Kraft gesetzt ist, tritt im Ausnahmezustand die von ihm gesuchte Form des Rechts nicht hervor. Die Rechtsform ist – bei Schmitt selbst – nicht als absolute Durchbrechung und damit nicht als völlige Preisgabe der Normativität zu verstehen. Das heißt auch: Die Form des Rechts besteht *nicht*, wie Schmitt sagt, in einem personal begriffenen Akt der Entscheidung. Dies ist als grundlegender Einwand gegen Schmitts Heuristik der Ausnahme zu formulieren (und wird im nächsten Kapitel detailliert thematisch).

Eine solche Heuristik der Ausnahme prägt insbesondere die vielbeachtete *Politische Theologie*. Anders verhält es sich in der einige Jahre später erschienenen *Verfassungslehre* von 1928. Hier wird das Verhältnis von Normensystem und Entscheidung im modernen Rechtsstaat insgesamt deutlich komplexer gefasst als durch bloße Überordnung der Entscheidung über die Norm. Auch in der *Verfassungslehre* geht es Schmitt um das Moment der Durchbrechung. Er macht dieses Moment gegen eine »Fiktion« von Verfassung geltend, die er so zusammenfasst: »Es wird fingiert, daß erstens die Verfassung nichts ist als ein System von gesetzlichen Normierungen, daß zweitens dieses System geschlossen und daß es drittens »souverän« ist, d.h. an keiner Stelle aus Gründen und Notwendigkeiten der politischen Existenz *durchbrochen* oder nur beeinflusst werden kann.« (VL, 131, Hervorh. J.H.) Dieses falsche Verständnis der Verfassung zeichnet Schmitt zufolge nicht nur ein bestimmtes liberales Nachdenken über die Verfassung aus, sondern bildet vielmehr ein Merkmal des liberalen Staates. Das Dokument, in dem der liberale Staat seine Sicht auf sich selbst darlegt, ist die Verfassung selbst. Die *Verfassungslehre* ist deshalb, mehr noch als die *Politische Theologie*, der Ort, an dem Schmitt seine Kritik an einem nur bürgerlich-rechtsstaatlichen und insofern unpolitischen Verständnis der Verfassung formuliert. Dabei scheint die Stoßrichtung der *Politischen Theologie* in der *Verfassungslehre* auf den ersten Blick eine Fortsetzung zu finden: Seit dem 16. Jahrhundert – dem Beginn der Neuzeit oder, wie Schmitt sagt, der Moderne – sei »die Frage nach der Souveränität« identisch mit der »Frage nach der Durchbrechung«. (VL, 107) Die erste Frage nicht zu adressieren, heißt für Schmitt daher, auch von der zweiten zu schweigen. An der Realität des modernen Rechtsstaats gehe das vorbei, denn:

»Auch für den modernen Rechtsstaat sind diese Durchbrechungen das Kriterium der Souveränität. Die Schwierigkeit liegt hier darin, daß der bürgerliche Rechtsstaat von der Vorstellung ausgeht, die gesamte Ausübung aller staatlichen Gewalt restlos in geschriebenen Gesetzen erfassen und umgrenzen zu können, so daß kein politisches Handeln irgendeines Subjekts – sei es der absolute Monarch oder das politisch zum Selbstbewusstsein gekommene Volk

–, keine Souveränität mehr möglich ist, sondern verschiedenartige Fiktionen aufgestellt werden müssen: daß es überhaupt keine Souveränität mehr gebe, oder, was das gleiche ist, daß die ›Verfassung‹, genauer: die verfassungsgesetzlichen Normierungen, souverän seien usw. [...] In Wirklichkeit aber sind es gerade die wesentlich politischen Entscheidungen, welche der normativen Umschreibung entgehen. Die Fiktion der absoluten Normativität hat dann kein anderes Ergebnis, als daß eine so fundamentale Frage wie die nach der Souveränität im Unklaren gelassen wird. Für die unvermeidlichen Souveränitätsakte entwickelt sich dann eine Methode *apokrypher Souveränitätsakte*.«⁵⁹ (VL, 107f., Hervorh. im Original)

Die durchbrechenden Akte, die in der ›normativen Umschreibung‹ außer acht bleiben, erfolgen im wörtlichen Sinn apokryph: ›verborgen‹. Apokryph heißt aber auch ›unecht‹ und hat somit die pejorative Bedeutung, auf die es Schmitt ankommt. Politisches Handeln, so Schmitt, soll sich zu erkennen geben. Fest steht für ihn, dass es sich vielleicht wegreden lässt, aber doch nicht ausbleiben kann. Politische, das heißt das Gefüge der Gesetze durchbrechende Entscheidungen erscheinen ihm unverzichtbar. Sie springen ab und an wie Schachtelteufel aus der vermeintlichen Geschlossenheit des Normativen heraus. Und das Subjekt der Entscheidung, das sich als solches nicht zeigen darf, verbirgt sich dabei hinter apokryphen Akten wie der Schachtelteufel im Kostüm des Clowns. In seinem *Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machthaber* schreibt Schmitt, es »wäre nämlich schon ein großer Erfolg, wenn man es erreichen könnte, daß die wirkliche Macht öffentlich und sichtbar auf der politischen Bühne erscheint.« (Schmitt 1994, 31) Stattdessen fallen Fiktionen wie Vorhänge herab und verdecken, dass es eine politische Bühne überhaupt gibt. Die Annahme, dass ein unpolitischer Zustand eingetreten sei, bezeichnet Schmitt in *Der Begriff des Politischen* als »unehrliche Fiktion«. ⁶⁰ (BdP, 51)

›Apokryphe Souveränitätsakte‹ sind die Folge dieser »Fiktion der absoluten Normativität« (VL, 108) und zugleich ihre Entlarvung. Indem sie zeigen, dass politische Entscheidungen fallen *müssen*, machen sie klar, dass ein politischer Zustand – ein Zustand, in dem Entscheidungen fallen *können* – noch besteht. Gegenüber einem Schauspiel, das nur apokryphe Akte enthält und gleichsam hinter der Bühne stattfindet, erscheint der

- 59 Auf der anderen Seite sieht Kelsen den rechtstheoretischen Blick gerade dann von »Fiktionen getrübt«, wenn er sich nicht ausschließlich auf die Norm richtet, und er gibt an, in seinen Werken den »Kampf gegen die rechtstheoretische Fiktion« zu führen, die glauben macht, dass der Gegenstand der Rechtswissenschaft in irgendeiner Weise über »die einfachen und reinen Relationen des Rechtssatzes« hinausgehe. (Kelsen 1981, VI)
- 60 Die spezifische Form von Aufrichtigkeit, die Schmitt mit dem Ausdruck »unehrliche Fiktion« in Anspruch nimmt, hat Derrida aufschlussreich herausgearbeitet und problematisiert. (vgl. Derrida 2015, 118f.)

Ausnahmезustand, da in ihm der Souverän sichtbar hervortritt, gleichwohl enthüllend, offenbarend, ›wahr‹ im griechischen Sinn von ›unverborgen‹, und für Schmitt in gewisser Weise geradezu befreiend.

Ich werde im folgenden Kapitel allerdings zeigen, dass Schmitt die Frage nach der durchbrechenden Form des Rechts zwar im Hinblick auf den Ausnahmезustand aufwirft, sich seine Antwort aber vielmehr in seiner Beschreibung rechtsstaatlicher Normalität findet. Die Frage nach dem Zusammenhang von Durchbrechung und Erhaltung, nach Form und Begriff des Rechts wird am Normalfall gerade deshalb beantwortbar, weil sie sich hier nicht in heuristischer Evidenz, sondern viel komplexer stellt. Dazu muss der Begriff der Rechtsform als ›substantielle Form‹ und das heißt in Verbindung mit dem Begriff des Lebens in Betracht kommen.

1.4 Leben, Form, Durchbrechung: Die Einheit der Souveränität im Subjekt

»Und wenn man sich für das Leben interessiert«, sagte Hans Castorp, »so interessiert man sich namentlich für den Tod. Tut man das nicht?«

»Na, so eine Art von Unterschied bleibt da ja immerhin. Leben ist, daß im Wechsel der Materie die Form erhalten bleibt.«

»Wozu die Form erhalten«, sagte Hans Castorp.

»Wozu? Hören Sie mal, das ist aber kein bißchen humanistisch, was Sie da sagen.«

»Form ist ete-pe-tete.«

»Sie haben entschieden was Unternehmendes heute. Förmlich was Durchgängerisches. Aber ich falle nun ab«, sagte der Hofrat. »Ich werde nun melancholisch«, sagte er und legte seine riesige Hand über die Augen.

Hans Castorp und Hofrat Behrens in Thomas Manns Der Zauberberg. (1981, 282)

Mit Hans Castorp und Hofrat Behrens stehen sich in Thomas Manns *Der Zauberberg* zwei unterschiedliche Auffassungen des Verhältnisses von Leben und Form gegenüber. Für Hofrat Behrens ist Leben die Erhaltung von Form. Dadurch ist das Leben vom Tod, in dem die Form zerfällt, unterschieden. Für Hans Castorp hingegen ist dieser Unterschied nicht nennenswert: Denn wie der Verwesungsprozess besteht auch der Lebensprozess hauptsächlich in »Oxydation«, wodurch komplexe Strukturen »in simplere Verbindungen zerlegt« werden. (Mann 1981, 282) Behrens'

Auffassung vom Leben als Formerhaltung stellt Castorp eine Perspektive entgegen, in der Leben Entformung ist: Abbau von Form.

In Behrens' folgender, das Gespräch beendender Bemerkung deutet sich eine dritte Lesart des Lebens an. Leben ist nicht nur Erhaltung oder Zersetzung von Form, sondern selbst Form. Leben ist das, was Behrens mit Blick auf Castorp sagt: »Förmlich was Durchgängerisches.« Leben ist *förmlich*, wesentlich Form, und als Form *durchgängerisch*: Leben ist die Form der Durchbrechung. Durchbrochen wird das Tote, Erstarnte, das, wie Castorp viel später sagen wird, »nicht Formlosigkeit, sondern Überform« ist. (ebd., 532) Erstarnte Überform, man könnte auch sagen: geschlossenes System, wird vom Leben de-formiert. Demnach ist Leben Formierung durch Deformation. Einer solchen Deutung des Lebens, die Formierung und Deformation verbindet, nähert sich Castorp bereits im Anschluss an das zitierte Gespräch mit Behrens an. Leben erscheint ihm als eine »zwischen Aufbau und Zersetzung in sonderbarer Seinsschweben sich erhaltende[] empfindliche[] Substanz«; in diesem vermischten Zustand hat es sein »heilig-unreine[s] Geheimnis.« (ebd., 290)

Schmitts Begriff der Form, Angelpunkt seiner Rechtstheorie, gilt ihm als ›Leben‹ in diesem dritten Sinn. Entscheidend ist dabei auch für die ihn interessierende Form des Rechts der Begriff der Substanz: Die Rechtsform hat Leben als ›substanzielle‹ Form. Dabei meint ›Substanz‹ wie bei Mann etwas Gemischtes. Denn die ›rein‹ juristische Form ist nicht rein rechtliche, sondern zugleich politische Form. Der Anspruch von Schmitts Theorie ist es, die Einheit dieses Gemischs aufzuweisen. Diese Einheit ist für ihn *juristisch* relevant, denn sie bestimmt das Recht begrifflich: Ein juristisch adäquater Rechtsbegriff muss das Recht als Einheit von Recht und Politik verstehen. Möglich wird ein solches Verständnis des Rechtsbegriffs, wenn das Recht von seiner Form her begriffen wird. Die Rechtsform selbst ist nach Schmitt jener einheitsstiftende Akt, der Recht und Politik verbindet. In der Bestimmung des Rechts durch seine Form liegt der Zug, durch den Schmitt den Anspruch seiner Theorie einzulösen sucht. Vor diesem Hintergrund wird klar, warum der Ausnahmezustand bei Schmitt heuristische Bedeutung hat. Denn im Ausnahmezustand aktualisiert sich die Rechtsform »in absoluter Reinheit« (PT, 19). Die Rechtsform erscheint im Ausnahmezustand als unauflöslicher Zusammenhang von politischer Einheit (Ordnung) und souveräner Person (Entscheidung). Diese Form tritt gerade dadurch hervor, dass der Inhalt des Rechts (die Norm) »vernichtet« (ebd.) wird.

Die heuristische Klarheit kommt nur zum Preis einer Unklarheit: Durch die Heuristik des Ausnahmezustands wird unklar, wie die Form des Rechts mit dem Inhalt oder der Materie des Rechts zusammenhängt. Der Ausnahmezustand bedeutet die Suspension der Verfassung und damit die Auflösung dieses Zusammenhangs. Gerade im Zusammenhang eines normativen und eines politischen Teils besteht allerdings, wie

Schmitt in der *Verfassungslehre* darlegt, die rechtsstaatliche Normalität des Rechts. Diese Normalität wird, anders als Schmitt in der *Politischen Theologie* behauptet, durch eine Heuristik der Ausnahme nicht begrifflich. Denn hier tritt die Form wörtlich »in absoluter«, von allem Inhalt getrennter »Reinheit« heraus. Darin liegt der heuristische Gewinn und zugleich der begriffliche Verlust: Wo sich die Einheit von politischer Ordnung und personaler Entscheidung in größter Deutlichkeit zeigt, wird die Einheit von Form und Materie des Rechts unklar. Die Form des Rechts, in der sich Recht und Politik verbinden, ist aber diese doppelte Einheit: von Ordnung und Entscheidung einerseits, von Form und Materie andererseits. Form gilt es deshalb nicht nur *im Unterschied* zur Materie, sondern auch *als Einheit* von Form und Materie zu verstehen. Verliert sich dagegen die normativ-inhaltliche Dimension des Rechts, so reduziert sich Recht auf Politik. Die Einheit besteht dann nicht mehr aus der Spannung von zweien, sondern wird monoton. Der theoretische Anspruch, die Einheit eines Unterschiedenen aufzuweisen, lässt sich gerade dann nicht einlösen. Die These, von der ich im Folgenden ausgehe, ist daher, dass sich der Ausnahmezustand gar nicht eignet, um dasjenige begrifflich zu erläutern, was Schmitt erläutern will. Am Problem, um das es ihm geht, geht eine Heuristik der Ausnahme vorbei.

Soll die Einheit von Recht und Politik verständlich werden, muss die Rechtsform anders gedacht werden. Das bedeutet, die Durchbrechung anders zu denken, in der die Form besteht. Im Ausnahmezustand erscheint die Durchbrechung als Suspension und damit als Verlust von Normativität. In diesem Kapitel möchte ich zeigen, inwiefern Durchbrechung bei Schmitt auch als Erhaltung zum Tragen kommt und zwar nicht nur als Herstellung und Erhaltung von Ordnung, sondern auch als Herstellung und Erhaltung von Normativität. Dies erfordert einen Blickwechsel von der Ausnahme zur rechtsstaatlichen Normalität, und damit von der *Diktatur* und der *Politischen Theologie* zur *Verfassungslehre*. Fällt die Durchbrechung im Ausnahmezustand unter den Begriff der Suspension, so im Normalfall unter jenen des Lebens. Rechtsform als »Leben« zu verstehen, heißt nach Schmitt, sie als »substanzielle« Form zu verstehen. In den folgenden Überlegungen werde ich das Konzept der »substanziellen Form« erschließen, um so die Frage nach der Einheit von Recht und Politik bei Schmitt zu klären.

Ich werde dazu in vier Schritten vorgehen. In einem ersten Schritt werde ich die Merkmale des bei Schmitt in Frage stehenden Lebensbegriffs skizzieren. Es soll hier deutlich werden, dass Schmitts Begriff des Lebens weder mechanistisch noch organistisch, sondern in einem spezifischen Sinn formalistisch ist. Die Art dieses Formalismus werde ich vor dem Hintergrund des Formalismus-Verständnisses Kelsens erläutern. Vor diesem Hintergrund dienen die folgenden drei Schritte dazu, den Zusammenhang dieses Lebensbegriffs mit dem Begriff der »substanziellen

Form« zu entwickeln. Im zweiten Schritt werde ich den Begriff der ›substantziellen Form« ausgehend von seiner philosophischen Herkunft bei Aristoteles und Thomas von Aquin erläutern. Anschließend werde ich in einem dritten Schritt in Auseinandersetzung mit Hegel und der Hegeldeutung bei Kojève die Wendung darstellen, die Schmitt dem Begriff der ›substantziellen Form« gegenüber dem klassischen Verständnis bei Aristoteles und Thomas gibt. Im vierten und letzten Schritt zeige ich, wie Schmitt anhand dieses Begriffs eine Theorie des Rechts als Theorie einer sich selbst durchbrechenden und in diesem Sinn ›reflexiven« Normativität entwickelt.

Leben, formalistisch

Für Schmitt ist der Begriff des Lebens interessant, weil sich an ihm die rechtlich-politische ›Vermischtheit« der Rechtsform als das spezifisch Juristische explizieren lässt. Auch wenn sich Schmitt, um die Lebendigkeit des Rechts zu plausibilisieren, gerne auf Hobbes und die Metapher des politischen Körpers und des Staates als Person beruft, ist sein Lebensbegriff jenem bei Hobbes entgegengesetzt. Hobbes bestimmt das Leben als Bewegung aus eigenem Antrieb. Lebendig sind nicht nur die natürlichen Geschöpfe, die Gott geschaffen hat, sondern auch die künstlichen, die der Mensch hergestellt hat: Automaten, das heißt selbsttätige (griech. *autómatos*) Maschinen. Das Leben des Staates ist das Leben einer solchen Maschine. Leben und Mechanismus schließen sich bei Hobbes nicht aus. (vgl. Hobbes 1991, Einleitung, S. 5) Aus der Sicht Schmitts hingegen ist es nicht möglich, den Staat zugleich als lebendig und als Maschine zu denken. Der Automatismus der Maschine schließt personales Handeln aus und verdrängt dadurch den Souverän. (vgl. PT, 52 und D, XV) Gerade weil das Leben des Politischen auf Souveränität beruht, kann der Staat, als Mechanismus, nicht lebendig sein. Leben ist für Schmitt vielmehr dasjenige, was jede Mechanik durchbricht. (vgl. PT, 21) Die Durchbrechung der Mechanik (der Gesetze, nach der eine Maschine funktioniert) ist kein Nebeneffekt, den das Leben en passant zeitigt, sondern es ist nach Schmitt das, was das Leben ausmacht und worin es besteht. Insofern ist das Leben für Schmitt dem Begriff nach ein ›Wunder«. Denn als Wunder bestimmt er (in Anlehnung an Donoso Cortés) eben die Durchbrechung, namentlich »die Durchbrechung des rechtlichen Zusammenhangs«, die in der Suspendierung der staatlichen Gesetze liegt. (D, 135f.; ähnlich PT, 43) Gegenüber dem normalen Funktionieren bedeutet das Wunder der Durchbrechung die Produktion von etwas Unberechenbarem und Neuem.⁶¹ Im Folgenden

61 Zum durchbrechenden Charakter des Wunders bei Schmitt, im Verhältnis zu Franz Rosenzweigs ein Jahr vor der *Politischen Theologie* erschienenem

zitiere ich einen Gedanken von Byung-Chul Han über den Begriff des Lebens. In ihm gelangt jener Gegensatz zum Ausdruck, den Schmitt zwischen dem Wunder des Lebens und dem Gesetz der Maschine ansetzt:

»Keine Maschine kann mehr hervorbringen, als sie aufgenommen hat. Gerade darin besteht das Wunder des Lebens, dass es mehr hervorbringen kann, als es aufgenommen hat, und etwas ganz anderes hervorbringt, als das, was es aufgenommen hat. Das ist das Leben. Leben ist Geist. Darin unterscheidet es sich von der Maschine. Aber dieses Leben ist da bedroht, wo alles maschinell wird, wo alles von Algorithmen beherrscht wird.«⁶²

Als Wunder der Durchbrechung kann das Leben nicht Maschine sein. Um den Lebens-Charakter des Politischen zu verstehen, ist die Metapher vom Körper damit allerdings noch nicht grundsätzlich zurückgewiesen. Dass das Leben des Politischen nicht im Sinne eines mechanischen Körpers begriffen werden kann, bedeutet nicht, dass es überhaupt nicht als Körper aufgefasst werden könnte. Dies legt die Theoriegeschichte nahe: Historisch hat sich die Metapher des politischen Körpers vom Mechanismus zum Organismus verschoben. (vgl. dazu Koschorke et al. 2007, 357) Der Begriff des Organismus gewann im 19. Jahrhundert rechtswissenschaftliche Bedeutung, ohne seine naturwissenschaftliche Prägung zu verlieren. Ein naturwissenschaftlicher, das heißt nicht-humanistischer Begriff des Organismus orientiert sich nicht am Bild des menschlichen Körpers mit Kopf, Seele und Gliedern; er impliziert keine hierarchische Binnenstruktur zwischen den einzelnen Teilen, sondern ihre gegenseitige Verflechtung. Damit unvereinbar ist allerdings wiederum die Vorstellung von Souveränität, die begrifflich etwas Höchstes, die Verbindung von höchstem Recht und höchster Macht, darstellt. Im Politischen kann Leben für Schmitt deshalb nicht Organismus bedeuten, sondern nur »Eingriff in die organische Evolution«. (Parl, 68; vgl. auch ebd., 60)

Schmitts Lebensbegriff ist nicht-mechanistisch und anorganisch. Der Grund, weswegen das Leben des Politischen aus seiner Perspektive weder mechanisch noch organisch gedacht werden kann, ist derselbe: Sowohl mechanisches als auch organisches Leben schließen Souveränität aus, damit aber genau dasjenige, was dem Politischen Leben gibt. Weil es das Politische für ihn nur als Lebendiges gibt, kann ohne Souveränität nichts Politisches existieren. Mechanisches und organisches Leben ist unpolitisches Leben und damit das Gegenteil dessen, was Schmitt unter dem Leben des Politischen begreift. Zum Leben des Politischen gehört

Buch *Der Stern der Erlösung* (1921), vgl. die Ausführungen bei Honig 2009, 90–95.

62 <http://www.zeit.de/zeit-wissen/2014/05/byung-chul-han-philosophie-neoliberalismus/seite-5>; abgerufen am 21.05.2016.

für Schmitt, dass es mit dem mechanischen und dem organischen Leben Schluss macht. Das mechanische Leben, das für Schmitt Wiederholung ist, wird vom politischen Leben *durchbrochen*: »In der Ausnahme durchbricht die Kraft des wirklichen Lebens die Kruste einer in Wiederholung erstarrten Mechanik.«⁶³ (PT, 21) Organisches Leben hingegen ist Entwicklung und wird vom politischen Leben *unterbrochen*: Die Diktatur, die »notwendig« Ausnahmezustand ist (D, XVI), »scheint eine Unterbrechung der kontinuierlichen Reihenfolge der Entwicklung zu sein« (Parl, 68). Wirkliches Leben, das heißt politisches Leben – ein anderes kommt angesichts der Politisierung des Todes nicht in Betracht⁶⁴ –, ist das Gegenteil oder vielmehr die Entgegensetzung zu beidem: zu mechanischer Repetition und organischer Kontinuität. Leben ist weder zyklisch noch linear, sondern interruptiv. Um eben dies sein zu können, ist es zugleich auf dasjenige angewiesen, was es durchbricht, denn es gibt keine Durchbrechung ohne Durchbrochenes. Wenn Leben Durchbrechung ist, dann ist es die Beziehung, die zwischen dem Durchbrechenden und dem Durchbrochenen besteht. Und wenn Souveränität ›Leben‹ ist, so geht es auch bei ihr um diese Relation.

Souveränität ist bei Schmitt lebendige Form. Was bei der Form der Souveränität – der Rechtsform – für Schmitt auf dem Spiel steht, ist die Einheit von durchbrechendem und durchbrochenem Recht. Die Schwierigkeit, vor die diese Form stellt, kann in Abgrenzung zum Begriff der Souveränität bei Kelsen Kontur erhalten. Auch Kelsen denkt den Begriff der Souveränität zugleich als Höchstes und als Form: »Dieses Wort, das aus dem Lateinischen, das von ›supremitas‹ herkommt und in allen modernen Sprachen zu einem Fachausdruck geworden ist, bedeutet im Grunde nicht viel mehr als einen Superlativ überhaupt, das Zuhöchst-Sein dessen, wovon es ausgesagt wird.«⁶⁵ (Kelsen 1970, 164f.)

63 Die Kraft des wirklichen Lebens ist bei Schmitt eine *negative* Kraft: Sie ist nicht die Kraft der Einsetzung, sondern der Außer-Kraft-Setzung. Die Suspension der Regeln bedeutet das Aufbrechen einer verkrusteten Normalität. So beschreibt es auch Ingeborg Bachmann in *Der gute Gott von Manhattan*. Hier ist es allerdings nicht der *unumschreibbare* faktische Tatbestand wie bei Schmitt (vgl. PT, 13f.), sondern ein »*unbeschreibliche[s]* Lächeln«, das andeutet, »daß die Spielregeln bald außer Kraft gesetzt werden«, und anfängt, »wie ein glühendes Zigarettenende in einen Teppich, in die verkrustete Welt ein Loch zu brennen«. (Bachmann 1975, 29, Hervorh. im Original) Die Durchbrechung der Verkrustung nimmt auch hier den Ausgang von etwas (dem Lächeln), das sich der Beschreibung, d.i. der Einordnung in das bestehende Regelsystem (hier nicht des Rechts, sondern der Sprache) entzieht.

64 Vgl. dazu oben, Kapitel 1.3.

65 Auch in seinem elf Jahre früher erschienenen Buch über *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920) bestimmt Kelsen

Indem der Begriff der Souveränität nur ein Zuhöchst-Sein meint, hat er »einen durchaus formalen Charakter« (ebd., 173): Souveränität ist »Rechtsform«. (ebd., 175) Formal ist nach Kelsen, was sich nicht auf den Inhalt des rechtlich Geltenden bezieht, sondern nur auf die Geltung selbst. (vgl. ebd., 168) Souveränität ist der höchste Punkt, von dem Geltung ausgeht und in diesem Sinn *höchste Form*. Der Grund der Rechtsgeltung, darin stimmen Kelsen und Schmitt überein, liegt nicht im Inhalt, sondern in der Form. An diesem Punkt setzt auch die Differenz an. Höchste Form ist für Kelsen eine höchste Norm. Von dieser leitet sich die Geltung jeder anderen zur Rechtsordnung gehörenden Norm ab. Indem sie garantiert, dass die Geltung des Rechts etwas rein Normatives ist, stellt die höchste Norm zugleich sicher, dass im Recht nichts anderes vorkommt als Norm. Darin besteht die Einheit des Rechts und zugleich seine Reinheit, welche die *Reine Rechtslehre* behandelt: Beschrieben wird das Recht unter dem Gesichtspunkt reiner Normativität.

Faktisches Eingreifen und damit eben das, was Schmitt unter Leben versteht, bleibt bei Kelsen aus dem Recht ausgeschlossen. Für die höchste Norm impliziert dies, dass sie nicht das Resultat einer Setzung sein darf. Denn Setzung hieße eine Person anzunehmen, deren Akt die reine Normativität unterbricht. Die Normativität bleibt nur ungebrochen intakt, wenn die höchste Norm nicht als personale Setzung, sondern als anonyme Voraussetzung erscheint.⁶⁶ Alleiniges Postulat dieser höchsten Norm ist nach Kelsen, »daß man sich so verhalten soll, wie die historisch erste Verfassung, der gemäß die positive Rechtsordnung erzeugt ist, vorschreibt.« (Kelsen 1960, 443) Damit bestimmt die höchste Norm

Souveränität als ein Zuhöchst- oder Zuoberst-Sein (vgl. Kelsen 1981, 5). In beiden Schriften – die spätere ist im Wesentlichen eine knappe Zusammenstellung der Thesen der früheren – geht es Kelsen um den Nachweis, dass die Idee einzelstaatlicher Souveränität mit der Idee einer völkerrechtlichen Ordnung unvereinbar ist. Er plädiert dafür, diese Unvereinbarkeit zugunsten des Völkerrechts aufzulösen und das »Dogma« der Souveränität fallen zu lassen, das heißt, wie er sich ausdrückt, es radikal zu verdrängen (vgl. Kelsen 1981, 320) oder zumindest dahingehend zu neutralisieren, dass Souveränität nur noch eine Eigenschaft des Rechtssystems im Ganzen, also der alle Staaten umspannenden Einheit bezeichnet, nicht mehr aber eine Eigenschaft des Einzelstaates (vgl. Kelsen 1970, 178). Für Kelsen ist damit, anders als für Schmitt, eine Staatlichkeit jenseits von Souveränität vorstellbar.

66 »Als höchste Norm muß sie [die Grundnorm, J.H.] vorausgesetzt sein, da sie nicht von einer Autorität *gesetzt* sein kann, deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müßte. Ihre Geltung kann nicht mehr von einer höheren Norm abgeleitet, der Grund ihrer Geltung nicht mehr in Frage gestellt werden. Eine solche als höchste vorausgesetzte Norm wird hier als Grundnorm bezeichnet.« (Kelsen 1960, 197, Hervorh. im Original)

»lediglich den Geltungsgrund, nicht den Geltungsinhalt des positiven Rechts«. (ebd., Hervorh. im Original) Als Grund der positiven Rechtsgeltung ist die höchste Norm nicht selbst Bestandteil des positiv geltenden Rechts. Wie Lykurg, der mythische Gesetzgeber Spartas, die Stadt verlässt, nachdem er ihre Gesetze in Geltung setzt, hat die höchste Form im Recht selbst keinen Ort. Dass sie nicht zum Recht gehört, ist die Voraussetzung für dessen Homogenität: Reine Normativität lässt eine *Setzung* der Geltung nicht zu. Auch Souveränität (die Geltung setzt und garantiert) bleibt so außerhalb des Rechts. Kelsens Konsequenz, dass das in der Wissenschaft noch bestehende Dogma der Souveränität auszuräumen sei, ist insofern folgerichtig. Der Begriff »Souveränität«, der lediglich das Zuhöchst-Sein bedeutet, erhält Kelsen zufolge »[e]inen bestimmten Sinn« erst durch das Subjekt, von dem es ausgesagt wird. (Kelsen 1970, 165) Wird das formale Zuhöchst-Sein allerdings nicht einem Subjekt, sondern einer Norm zugeschrieben, verliert der Begriff der Souveränität seinen Sinn. Denn die Formalität, die dann vorliegt, besteht gerade in ihrem unpersönlichen Charakter und daher jenseits von Souveränität.

Für Schmitt ist dies eine abstrakte und insofern missverstandene Formalität. Eine Form, die von Person und Souveränität abstrahiert, verfehlt ihm zufolge das für Formalität konstitutive Konkrete; mit der Begründung, »daß die Jurisprudenz etwas Formales sei«, käme Kelsen »nicht zur Sache«: Seine Ausführungen blieben »in der Antichambre der Jurisprudenz«. (PT, 29) Die »positivistisch sogenannte ›Form‹« (D, 172) gilt Schmitt nicht als Form im eigentlichen Sinne. Einem »hilflosen Formalismus, der alles als Gesetz bezeichnet« (VL, 142), sei nur geholfen, wenn er »an der in der Rechtsform liegenden spezifischen Realität des Rechtslebens« nicht länger »ahnungslos« vorbeigehe (PT, 40). Dies bedeutet für Schmitt, das Recht nicht in normativer Homogenität, sondern in der Heterogenität der souveränen Durchbrechung zu denken.

Als Herstellung von Einheit darf Souveränität, auch wenn sie wesentlich Durchbrechung ist, mit Homogenität gleichwohl nicht unvereinbar sein. Wie also kann die souveräne Durchbrechung juristisch so gedacht werden, dass sie die Einheit des Rechts nicht sprengt, sondern stiftet? Nach Schmitt ist dies nur möglich, wenn das Recht nicht als ›System‹ gedacht wird. Denn die Durchbrechung des Systems bedeutet notwendig den Verlust seiner Einheit. Anders ist dies, wenn das Recht als ›Leben‹ begriffen wird. Zum Leben gehört begrifflich ein Moment der Überschreitung, durch das Einheit nicht vernichtet, sondern konstituiert wird. Den irreduzibel politischen Charakter des Rechts versteht Schmitt als solche unifizierende Überschreitung. In dieser (immanenten und für Schmitt insofern säkularisierten) Transzendenz liegt zugleich das Theologische des Politischen: Insofern Schmitt die personale Tat, die das geschlossene System transzendiert, als das Kriterium des Politischen auffasst, hat das Politische für ihn genuin theologischen Charakter. In der *Politischen*

Theologie fasst Schmitt die Transzendenz unter zwei Begriffe, den des Wunders (PT, 43) und den des Lebens (PT, 21). Der Begriff des Lebens ist nichts anderes als der säkularisierte Begriff des Wunders: Die Transzendenz des Wunders erscheint im Begriff des Lebens in immanenter Form. Nichts anderes als dies – Immanentisierung der Transzendenz – bedeutet bei Schmitt Säkularisierung.

Leben ist bei Schmitt eine konkrete, »individuelle Fülle« (Parl, 79), die sich in keine abstrakte Einheit bringen lässt und hinsichtlich derer alle Systematisierung Gewalt ist: »Die konkrete Individualität, die soziale Wirklichkeit des Lebens wird in jedem umfassenden System vergewaltigt.« (ebd.) Form als Leben zu denken, heißt zunächst, sie nicht dem Abstrakten, sondern dem Konkreten zuzurechnen. Die Konkretisierung der Form ist nicht ihre Materialisierung, ihr Füllen mit Inhalt; konkret ist die Form vielmehr als »substanzielle«. (vgl. PT, 31) Substantialität, dies wird im Folgenden deutlich werden, ist für Schmitt gerade kein Gegensatz zu Relationalität. Die Form ist vielmehr substanziell, weil sie eine Relation zum Ausdruck bringt: zwischen dem, was durchbrochen wird, und dem, was durchbricht. Dass die Form für Schmitt »etwas Substantielles« ist, kündigt sich in einer Fußnote zum »mißverständlich sogenannten ›Formalismus‹« bereits in der frühen Schrift *Gesetz und Urteil* aus dem Jahr 1912 an. (Schmitt 1969, 52) Weder hier noch später findet das Kompositum der »substanziellen Form«, das er mit dem Begriff des Lebens eng führt, allerdings eine explizite Klärung, ebenso wenig wie die Einzelbegriffe ›Form‹ und ›Substanz‹, aus denen es sich zusammensetzt.⁶⁷ Ein Verständnis kann deshalb nur im Rückgriff auf die Tradition gewonnen werden.

*Forma substantialis in der Tradition:
Aristoteles und Thomas von Aquin*

Der Begriff der *forma substantialis* findet sich prominent in der *Summa Theologica* des Thomas von Aquin (I, 76, 4–8). Dass Schmitt den Begriff der Substanz mit der scholastischen Tradition in Verbindung bringt, wird in *Die Diktatur* deutlich, wenn er betont, dass es sich bei der Unterscheidung zwischen Substanz der Souveränität und inhaltlich geregelter Ausübung der Souveränität nicht um »eine unbeachtliche scholastische Spitzfindigkeit« handle, sondern um »das juristische Grundproblem der Staatslehre«. (D, 191) Es ist aufschlussreich, diese Stelle nicht als Abwertung, sondern als Aufwertung der Scholastik zu verstehen: Ihre Überlieferung ist nicht leichtfertig als Summe von Spitzfindigkeiten abzutun. Insofern Schmitts Begriff des Lebens mit demjenigen der »Form im

67 In der *Politischen Theologie* bezieht sich Schmitt an einer Stelle auf Kurt Wollendorff, dessen Aufsatz *Der reine Staat* »die Diskussion auf den

substanziellen Sinne« (PT, 33) identisch ist, muss diese Tradition auf jene Elemente hin befragt werden, aus denen sich Schmitts ontologischer Begriffsrahmen erschließt. Das Problem der substanziellen Form übernimmt die Scholastik von Aristoteles, der es in Buch Z der *Metaphysik* behandelt. In der substanziellen Form besteht nach Ernst Tugendhat die Hauptschwierigkeit für die Interpretation der aristotelischen Substanzlehre. (vgl. dazu Tugendhat 2003, 161–166) In Buch Z vertritt Aristoteles die These, dass nicht nur das aus Form (*eĩdos*) und Materie (*hýle*) Zusammengesetzte (*sýnolon*) – das konkrete Einzelwesen –, sondern auch die Form (*eĩdos*) dieses Zusammengesetzten eine Substanz und zwar die vor allen ausgezeichnete erste Substanz (*próte ousía*) ist (vgl. *Met. Z* 11, 1037a, 21–30): Das aus Form und Materie Zusammengesetzte, das eine Substanz darstellt, hat eine Form, die wiederum Substanz ist. Diese substanzielle Form ist eine Form zweiter Stufe. Sie ist reine Form und gleichwohl nicht in dem Sinne absolut, dass sie vom Zusammengesetzten, vom konkreten Einzelwesen, abgelöst wäre: Als dessen Form bleibt sie daran gebunden.

Die damit verbundenen Probleme können hier nur so weit angedeutet werden, als sie das Verständnis des Kompositums »substanzielle Form« bei Schmitt erhellen. Die Hauptfrage ist, wie sich die substanzielle Form zu dem aus Form und Materie zusammengesetzten Einzelwesen verhält. Dies impliziert zum einen die Frage, weshalb neben dem aus Form und Inhalt Zusammengesetzten überhaupt noch eine weitere, reine Form gedacht werden muss; zum anderen die Frage, inwiefern diese reine Form als (erste) Substanz vorgestellt werden kann und muss. (vgl. Tugendhat 2003, 83) Dazu muss vor Augen stehen, was Substanz hier heißt. Aristoteles definiert in Buch Z »Substanz« als dasjenige Seiende, das als einziges in einem absoluten und ursprünglichen Sinn seiend ist. Der Substanz kommen folgende Merkmale zu: Sie ist erstens einheitlich, also nicht weiter teilbar. Sie kann zweitens von nichts anderem ausgesagt werden, denn sie stellt selbst das letzte Substrat dar, von dem alles andere ausgesagt wird. Als letztes Substrat ist sie drittens vollumfänglich selbständig.⁶⁸ Für die reine

entscheidenden Begriff, nämlich den der Form im substanziellen Sinne« gebracht habe. (PT, 33) Im genannten Aufsatz bringt Wolzendorff zwar gegen die »Formalistik und Mechanik des doktrinären (westeuropäischen) Konstitutionalismus« (Wolzendorff 1920, 225), d.h. gegen einen »Formalismus romanischen Geistes« (221), mit dem der »deutsche Geist« (226) nicht zu rechtkomme, einen Begriff der Form in Anschlag, der mit »Leben«, »Lebensgehalt« und »Lebenskraft« einer (als germanisch verstandenen) »Idee des reinen Staates« in Verbindung (228f.) und damit einem kritisierten »Mechanismus der Staatsmaschine« (202) entgegen steht – der Begriff der »substanziellen Form« selbst findet sich in diesen nationalistischen Überlegungen Wolzendorffs hingegen nicht.

68 Vgl. dazu die knappe Zusammenstellung der Merkmale in Halfwassen 1998, 498f.

Form, die erste Substanz ist, heißt dies, dass sie ontologisch ursprünglicher und ›mehr seiend‹ (*mállon ón*) ist nicht nur gegenüber der Materie, sondern auch gegenüber dem aus Form und Materie zusammengesetzten Einzelwesen. (vgl. *Met. Z* 3, 1029a, 5–7 und 27–33) Wie sie als ontologisch vorgängig gedacht werden kann gegenüber dem Zusammengesetzten, von dem sie sich zugleich nicht trennen lässt, ist das zentrale Problem.

In seinem Nachwort zur 2003 erschienenen fünften Auflage von *TI KATA TINOS* hält Tugendhat dafür, dass die von Aristoteles in Buch Z vertretene These zur substanziellen Form »in unlösbare Schwierigkeiten führt« (Tugendhat 2003, 161) und hält seinen eigenen Lösungsansatz aus dem Jahr 1958 (vgl. dazu ebd., § 12, S. 81–87) für unzureichend. Zugleich notiert er, dass der These im ontologischen Denken des Aristoteles nicht die Bedeutung zukommt, die ihr zugeschrieben wird. Nur für einen speziellen Fall ist sie bei Aristoteles gleichermaßen wichtig wie verständlich: demjenigen der Lebewesen. (vgl. ebd., 162)

Eben dieser Fall, in dem sich die substanzielle Form auf das Lebendige bezieht, ist auch für Schmitt zentral. Bei den Lebewesen ist die substanzielle Form die Seele (*psyché*). (vgl. *Met. Z* 11, 1037a, 28–29; hier spezifisch in Bezug auf den Menschen) In *De anima* schreibt Aristoteles: Die Seele ist die Substanz »als« (*hos*) Form bei denjenigen Körpern, die potenziell Leben (*zoé*) besitzen. (vgl. *De anima* B, 412a, 19–21) Durch die Seele hat der Körper Leben; das Beseelte ist das Lebendige. (vgl. ebd., 413a, 20–22) Vermittelt über den Begriff der Seele ergibt sich bei Aristoteles die Identität von substanzieller Form und Leben. Leben bedeutet, das Prinzip (*arché*) von Bewegung (*kínesis*) und Stillstand (*stásis*) in sich selbst zu haben. (vgl. ebd., 412b, 17) Die Identität von Form und Leben gestaltet sich analog in Schmitts Theorie der Entscheidung: Die substanzielle Form – die souveräne Entscheidung – ist ›lebendig‹, indem sie über *kínesis* und *stásis*, über den normalen Verlauf des Rechts und über den suspendierenden Stillstand bestimmt. Diese Entscheidung erfolgt ohne äußere Vorgaben: Die Rechtsform als Form im substanziellen Sinn zu denken, heißt daher, sie als etwas absolut Selbständiges zu denken. Es heißt zugleich, sie nicht als statisch, sondern als dynamisch zu denken: als Akt der »Formierung«. (vgl. PT, 35) Zunächst formiert die Form sich selbst. (vgl. *De anima* B, 413a, 25) In dieser ›Autoformierung‹ gibt sie sich selbst das Sein. Darin ist sie lebendig. Zugleich gibt sie das Sein dem Zusammengesetzten, dem Lebewesen, dessen Seele sie ist.

An diesem Punkt setzt Thomas von Aquin mit seiner Interpretation von Aristoteles und der substanziellen Form ein. Er interessiert sich für das Problem der Seele beim Menschen. Gewicht legt er darauf, dass von allem Selbständigen ein *Tätigsein* prädiiziert werden kann. Auch für die Seele, die als Substanz selbständig ist, trifft dies zu. (vgl. *Summa Theologica* I, 75, 2) Bei Thomas wird thematisch, worauf sich dieses Tätigsein, diese Aktivität der substanziellen Form erstreckt: In ihrem Tätigsein

bringt die substanzielle Form nicht nur sich selbst hervor, sondern schafft das ganze Sein, dessen Form sie ist: »*Sed forma substantialis dat esse substantiale. Ergo unius rei est tantum una forma substantialis. Anima autem est forma substantialis hominis.*«⁶⁹ (ebd., 76, 2) Was bedeutet es, dass die substanzielle Form das substanzielle Sein »gibt«? Das Sein, um das es hier geht, ist das Sein des aus Form und Materie Zusammengesetzten, des konkreten Einzelwesens. Dass die substanzielle Form dieses Sein »gibt«, bedeutet, dass es seine Einheit stiftet. Nur dadurch kann das Zusammengesetzte bestehen, ohne zu zerfallen: Für das Einzelwesen bedeutet die substanzielle Form sein Leben.

Das zusammengesetzte Einzelne, um dessen Einheit es bei Schmitt geht, ist das Recht. Es besteht einerseits aus dem System der Normen; dies ist sein inhaltlicher Teil, seine Materie. Und es besteht andererseits aus der souveränen Entscheidung; darin liegt seine Form. Im Ausnahmezustand durchbricht die Entscheidung das Normensystem, indem sie dieses suspendiert. Die Einheit des Rechts ist dadurch gefährdet: Die Form droht die Materie und dadurch auch sich selbst zu zerschlagen. Doch was hier durchbricht, ist nach Schmitt »die Kraft des wirklichen Lebens« (PT, 21). Die Entscheidung ist nicht allein die Form erster Stufe, die zusammen mit der Materie das Zusammengesetzte des Rechts bildet. Sie ist zugleich die Form zweiter Stufe, welche die Einheit herstellt und dem Recht Leben, das heißt überhaupt ein konkretes Sein gibt.

In der *Politischen Theologie* verwehrt sich Schmitt gegen das positivistische Befürworten Kelsens und anderer, dass die Form »aus dem Subjektiven ins Objektive verlegt« (PT, 35) und die Einheit und Geltung des Rechts allein auf das Normensystem abgestellt wird (vgl. PT, 27f.). Es erklärt sich von hier, weswegen Schmitt, wenn er über positivistische Theorien schreibt, die Begriffe »Form« (D, XX und 172) und »formal« (D, XI) in Anführungszeichen setzt: Wird die Form ins Objektive, ins Normensystem verlegt, hat man es nur mit Materie, nicht aber mit Form zu tun. Nur wenn die Form *Subjekt* ist, bleibt sie ein Formales. Ist das Objektive identisch mit der Norm, so das Subjektive mit der Tat. Bei der Forderung, die Form im Subjektiven zu halten, geht es um diese *Tat*, um Form im Sinne der Formierung. Auf die Frage, wie die Form ihren subjektiven Charakter wahren kann, antwortet Schmitt, so meine hier vertretene These, mit dem Postulat des Substantiellen: Wird die Form »im substantiellen Sinne« (PT, 33) aufgefasst, bleibt sie Subjekt und damit ein formierender Akt.

69 »Die substanzielle Form aber gibt das substanzielle Sein. Also hat eine Sache nur eine substanzielle Form. Die Seele aber ist die substanzielle Form des Menschen.« (Übers. J.H.)

Substanz als Subjekt: Eine Umdeutung nach Hegel

In diesem Punkt findet sich Schmitt einig mit Hegel, der von Aristoteles die Verbindung von Substanz und Form übernimmt und ihm auch darin folgt, Form als Tätigkeit zu begreifen.⁷⁰ Wie Schmitt plädiert Hegel, ebenfalls im Rahmen einer Formalismus-Kritik, dafür, die Substanz subjektiv zu denken.⁷¹ Schmitts girlandenartig ausladende Assoziationskette ›Souveränität - substanzielle Form - Subjekt - Tat‹ lässt sich von dieser Hegel'schen Seite her in eine argumentative Bündelung bringen. Dem dienen die folgenden Überlegungen.

In der Vorrede zur *Phänomenologie des Geistes* mahnt Hegel an: »Es kömmt nach meiner Einsicht [...] alles darauf an, das Wahre nicht als *Substanz*, sondern ebensosehr als *Subjekt* aufzufassen und auszudrücken.« (Hegel 1988, 13f., Hervorh. im Original gesperrt) Das Wahre begreift Hegel *zugleich* als Substanz und Subjekt. Möglich ist dies, wenn die Substanz als etwas Lebendiges, aristotelisch gesprochen: als erste Substanz oder als Seele in Betracht kommt⁷²: »Die lebendige Substanz ist ferner das Sein, welches in Wahrheit *Subjekt*, oder was dasselbe heißt, welches in Wahrheit wirklich ist, nur insofern sie die Bewegung des sich selbst Setzens, oder die Vermittlung des sich anders Werdens mit sich selbst ist.« (Hegel 1988, 14, Hervorh. im Original gesperrt) Das *wirkliche*, das heißt politische Leben, von dem Schmitt spricht, bricht als Subjekt durch. Die Form ist substanziell gedacht, wenn sie subjektiv konzipiert ist. Mit Hegel findet sich Schmitt vor allem in Übereinstimmung, wenn die Lesart Hegels zugrunde gelegt wird, die Kojève vorschlägt.⁷³

Dass die Substanz Subjekt, nämlich Mensch ist, bedeutet, dass sie »nicht (statisch-gegebenes-)Sein, sondern *Tat*« ist: ein »Akt-des-sich-setzens

- 70 Vgl. dazu Rohs 1969, 28f.; zu Hegels Anknüpfung an die antike, mittelalterliche und neuzeitliche Diskussion in seinem Denken der Form vgl. insgesamt das aufschlussreiche Kapitel *Die Hegelsche Logik als Metaphysik der Form*, 11–36.
- 71 Zum Verhältnis von Hegel und Schmitt vgl. allgemein Mehring 1989 sowie hinsichtlich der Konzeption des Politischen Kervégan 2005, insbes. die Kapitel I, II und V des zweiten Teils.
- 72 In einem Brief an Alexandre Kojève schreibt Iring Fetscher am 05.04.1953: »Hegel ist gewiß als Vollender der klassischen, aristotelischen Philosophie zu begreifen; wie umgekehrt Thomas vom Christentum aus Aristoteles aufgenommen hat.« (in Kojève 1975, 351) Diese Feststellung kann besonders für den Zusammenhang von Substanz und Leben gelten.
- 73 Dass Kojèves Hegel-Interpretation ihrerseits »durchfurcht ist von einem Begriff des Politischen der von C.S. stammt«, hat Jacob Taubes (in einem Brief vom August 1985 an Piet Tommissen, den Herausgeber der *Schmittiana*) zu Recht bemerkt. (in Kopp-Oberstebrink et al. 2012, 196) Dies trifft insbesondere mit Blick auf Kojèves nachdrücklich vertretene Behauptung zu,

oder des Sich-selbst-erschaffens«. (Kojève 1975, 219, Hervorh. im Original) Dabei handelt es sich nicht um eine einmalige, sondern um eine fortlaufend stattfindende und in diesem Sinne geschichtliche Tat. Sie ist Setzung, dies allerdings nicht als Position, sondern als Negation. Negiert wird, was bereits vorliegt: das natürlich und menschlich Gegebene. Indem der Mensch das Gegebene negiert, scheidet er sich als etwas Anderes davon ab und erschafft sich gerade durch die Eröffnung dieser Differenz zur Natur »als ein *Werk*«. (ebd., 221, Hervorh. im Original) Da die unterscheidende Tat allerdings nicht abschließend ist, sondern andauert, ist der Mensch weniger das Werk, als das er sich schafft, sondern vielmehr die Tat, durch die er sich schafft. Als Werk darf er nur so aufgefasst werden, dass er weiterhin »nicht gegebenes Sein, sondern vielmehr schöpferische (= das Gegebene negierende) Tat ist«. (ebd.) Schöpfung hat den Charakter von Negativität im Sinne einer Durchbrechung des bereits Gesetzten. Die Gesetze, die der Mensch in seiner negierenden Formierung durchbricht, sind diejenigen der Natur. Der Natur gegenüber verhält sich der Mensch dadurch, dass er sich selbst von ihr (unter)scheidet und somit die Immanenz ihrer Gesetze überschreitet, als Wunder: »Wiewohl er in der Natur lebt, unterliegt er nicht ihren Gesetzen (Wunder!): insoweit er sich ihr entgegenstellt und sie negiert, ist er ihr gegenüber unabhängig, d.h. autonom oder *frei*.«⁷⁴ (ebd., 224, Hervorh. im Original) Indem er die Natur durch seine negierende Tat »tatsächlich *transzendiert*« (ebd., 227, Hervorh. im Original), überschreitet er die Schwelle in die geschichtliche Welt. Als Durchbrechung der Natur ist seine Tat Geschichte.

Es bedarf wenig, um die Analogie zu Schmitts Konzept der Rechtswirklichkeit und Rechtsverwirklichung herzustellen: Die souveräne Entscheidungsstat ist das geschichtliche Ereignis, das die naturgesetzliche Mechanik suspendiert und die Kruste der statisch-erstarrten Normlandschaft dynamisch durchstößt wie ein erstmalig ausbrechender und aktiv bleibender Vulkan, oder besser: wie der Gott Vulcanus selbst, um in dieses Bild das säkularisiert-personalistische Moment aufzunehmen. Mit dieser souveränen Tat tritt nun aber erst diejenige Seite ins Licht,

dass das Tun des Einzelnen nur dann allgemeinen Charakter gewinnt, wenn es im Einsatz des Lebens für den Staat kulminiert. Mit Schmitt teilt Kojèves Interpretation von Hegel, dass die Geschichtsfähigkeit des Menschen ihre Voraussetzung in der Eventualität von Feindschaft und Krieg, d.h. in einem gewaltsamen politisierten Tod hat: »Der Mensch ist nur insoweit geschichtlich, als er aktiv am Leben des Staates teilnimmt, und diese Teilnahme gipfelt im freiwilligen Einsatz des Lebens in einem rein politischen Kriege. So ist der Mensch nur insoweit wahrhaft geschichtlich oder menschlich, als er – zumindest potenziell – Krieger ist.« (Kojève 1975, 252) Der Idee des Todes misst Kojève für die Philosophie Hegels eine »überragende Rolle« zu. (ebd., 217 und insges. Kap. V)

74 Zum Wunder vgl. ferner Kojève 1975, 231 und 236f.

die die Einheit des Rechts gefährdet, noch nicht hingegen jene, welche sie stiftet. Die Form (Entscheidungs-Akt) erscheint hier im Gegensatz zur Materie (Normen-System), damit aber erst als eines der beiden Elemente, aus denen das Recht sich zusammensetzt, und nicht als die Einheit, die das Zusammengesetzte bindet und ihm, mit Thomas gesprochen, Sein bzw. Leben gibt (*dat esse substantiale*). Kurz: Die Form ist hier noch nicht ›substanziell‹ und nicht lebendig gedacht. Damit entbehrt sie der Einheit und dem Recht überhaupt fehlt das Leben, auf das Schmitt zielt. Das Recht erstarrt so zwar nicht normativ im System, aber es zerbirst eruptiv an einer in ihrem Übermaß schließlich formlos werdenden Form.

Für dieses Problem sieht Kojève bei Hegel eine Lösung. Durch die Negativität der Tat, die der Mensch ist, spaltet er sich zwar als Subjekt von der objektiven Welt der Natur ab und stellt sich ihr entgegen. Doch: »[J]ene selbe Negativität, die als menschliche Existenz im Schoße der Natur Wirklichkeit geworden ist, vereinigt auch von neuem Subjekt und Objekt«. (Kojève 1975, 219) Durch die Entscheidung, dass ein Ausnahmezustand vorliegt, bringt sich der Souverän als das Andere des Systems und damit als eine der zwei Seiten des zusammengesetzten Einzelwesens »Recht« hervor; durch dieselbe Entscheidung, verstanden als substanzielle Form, stiftet er die Einheit von Materie (oder Norm) und Form (oder Entscheidung). Die Entscheidung leistet dies, indem sie im Rahmen des Rechts bleibt wie der Mensch trotz seiner Geschichtlichkeit im Rahmen der Natur. Die substanzielle Form, so auch Tugendhats Interpretation von *Metaphysik* Z 11, 1037a, 29 ist auch als Form zweiter Stufe der Materie nicht äußerlich. Sie ist *ēidos enón*, die in der Materie, so Tugendhat, »darinnenseiende« Form. (Tugendhat 2003, 83) Möglich ist dies deshalb, weil die Form *in sich selbst* die Spaltung von der Materie vollzieht, diese dadurch transzendiert und gleichwohl in ihr verbleibt. Dieser Gedanke ist nun nicht aristotelisch. Bei Aristoteles führt das Problem, wie Tugendhat feststellt, »in unlösbare Schwierigkeiten« (ebd., 161) und findet aus ihnen nicht mehr heraus. Die Lösung findet sich erst bei Hegel, der in diesem Punkt, solange mit Kojève gelesen, dann tatsächlich zum »Vollender der klassischen, aristotelischen Philosophie« (Fetscher in Kojève 1975, 351) wird. Der Mensch bringt sich selbst als das Andere der Natur hervor, indem er die Natur (als Sünde) in sich selbst negiert. (vgl. Kojève 1975, 224) Dadurch bringt er allerdings nicht nur sich selbst als das von der Natur Verschiedene hervor, sondern zugleich die Natur als das von ihm Verschiedene. Bei Hegel selbst lässt sich dieser Gedanke in der *Enzyklopädie* an jener Stelle nachvollziehen, an der er die Natur als dasjenige bestimmt, was sich der Geist als seine eigene Voraussetzung setzt. (vgl. Hegel 1991, § 381 und 384)

In diesem Sinn lässt sich bei Schmitt die souveräne Entscheidung über den Ausnahmezustand als substanziell verstandene Form des Rechts

begreifen: Als die Tat des Souveräns, der sich *in eo actu* nicht nur selbst als das Subjekt der Souveränität hervorbringt, sondern in seiner durchbrechenden Selbst-Unterscheidung vom System der Normen dieses System erst schafft und bestätigt. Indem er sich selbst *und* seinen Gegensatz als ein einheitliches Subjekt erzeugt, ist und schafft er die Form des Rechts im substanziellen Sinne. Indem der Souverän dem Recht die Einheit gibt, garantiert er das Rechts-Leben überhaupt. Für das »Problem der Souveränität als Problem der Rechtsform und der Entscheidung«, wie das zweite Kapitel der *Politischen Theologie* heißt, bietet die richtig, ›im substanziellen Sinn‹ verstandene Rechtsform nach Schmitt die Lösung. Allerdings erscheint gerade die so verstandene Form im Ausnahmezustand nicht. Der Ausnahmezustand zeigt, anders als Schmitt suggeriert, nur eine Form erster Stufe, keine substanzielle Form. Denn insofern im Ausnahmezustand die Normativität ganz zurückgedrängt (›die Norm vernichtet«, PT, 19) wird, ist hier auch die gesuchte Einheit durchbrochen. Nicht der Ausnahmezustand, sondern die Normalität der geltenden Verfassung ist daher für Schmitts ›Problem der Rechtsform‹ – für den Zusammenhang von Leben und Form bzw. von Durchbrechung und Einheit – von Interesse.

*Reflexivität als Selbstdurchbrechung:
Zur Theorie der Normativität bei Schmitt*

Das Problem der Rechtsform bei Schmitt stellt sich an dieser Stelle wie folgt: Verstehen wir die Materie (das Normensystem) in der beschriebenen Weise als das Produkt der Selbstspaltung der Form, so erscheint es zugleich als das von der Form (der Entscheidung) Abgespaltene. Form und Materie, Normensystem und Entscheidung, wären so als einander äußerlich zu denken, entstanden im Akt der Trennung, in dem die Form die Materie veräußert. Die Einheit von Form und Materie wäre dann dadurch gestiftet, dass die Entscheidung das Normensystem als sein Anderes hervorbringt und garantiert. So aber ist es nicht.

Die souveräne Entscheidung bringt *nicht* die Rechtsordnung im Sinne des Normensystems hervor. An dieser Stelle muss noch einmal der Unterschied betont werden, der zwischen der *Form* der Rechtsordnung und der *Materie* oder dem Inhalt der Rechtsordnung besteht. Die Form dieser Ordnung liegt in der Entscheidung: Sie garantiert die Rechtsförmigkeit der Ordnung. Die Materie der Rechtsordnung liegt hingegen in der Vielzahl der Normen, angefangen bei der Verfassung als dem grundlegenden Normensystem. Wenn Schmitt behauptet, dass der Souverän die Rechtsordnung garantiert oder gar schafft, ja dass er der Grund der Ordnung ist, dann ist er nicht der Grund der Ordnung als ganzer, denn er ist nicht der Grund der Materie der Ordnung, des Systems der

Normen. Der Souverän begründet die Rechtsordnung nicht in dem Sinn, dass er ihre Normen etabliert; Normenproduktion – Gesetzgebung – ist bei Schmitt, anders als bei Bodin, nicht die Aufgabe und erst recht nicht das Kennzeichen des Souveräns: Souverän ist nicht, wer die Verfassung einsetzt, sondern wer sie aufhebt. Nicht die Materie der Ordnung, sondern ihre Form bringt der Souverän hervor. Allerdings sind Materie (Normen) und Form (Entscheidung) nicht gleichwertige Bestandteil der Ordnung. Normative Ordnungen gibt es für Schmitt nicht; im Hinblick auf Normativität spricht Schmitt nur von »Ordnungen« in Anführungszeichen. (vgl. BdP, 67) Ordnung ist bei Schmitt mehr etwas Formales denn etwas Inhaltliches. Zwar ist eine Rechtsordnung auch, aber nicht primär eine normative Ordnung. Präziser: Die Rechtsordnung *ist* eine formale, auf Entscheidung beruhende Ordnung, während sie eine normative Ordnung (ein Normensystem, eine Verfassung und die zugehörigen Gesetze) bloß *hat*. Was die Ordnung hat, ist für sie sekundär. Sie kann es aufgeben, ohne dass sie aufhört zu sein, was sie ist. Eben dies wird deutlich, wenn im Ausnahmezustand die Verfassung als das System der Normen suspendiert wird, während die juristische Ordnung, der Staat, bestehen bleibt. (vgl. PT, 18) Aufgrund dieses Primats der Form vor der Materie kann der Souverän nach Schmitt die Ordnung im Wesentlichen hervorbringen, ohne etwas mit ihrem normativen Teil zu schaffen zu haben. Indem der Souverän Rechtsförmigkeit herstellt, garantiert er das für die Ordnung ›Substanzielle‹. Da es auf die Form ankommt, spielt die Materie keine wesentliche Rolle. Dies aber, darauf kommt es hier an, trifft nicht zu.

Zwar mag die programmatisch gehaltene *Politische Theologie* einen solchen Eindruck vermitteln. Er bestätigt sich aber nicht, sobald auch andere von Schmitts Abhandlungen in Betracht kommen. Der Punkt, den ich im Folgenden entwickeln möchte, lautet in Kürze: Die Form ist der Materie nicht äußerlich. Die Einheit von Form und Materie kann nicht so verstanden werden, dass die Form die Materie, um sie zu erhalten, aus sich entlässt. Denn dies hieße, dass die Form (die Entscheidung) die Materie (das Normensystem) *als etwas Anderes* erhält. In dem Moment, in dem die Form die Materie abspaltet, ginge so die Einheit verloren, auch wenn noch eine erhaltende Verbindung besteht. Eine Einheit liegt nur vor, wenn das Bedingungsverhältnis wechselseitig ist: Die Materie setzt nicht nur die Form voraus, sondern die Form setzt ebenso die Materie voraus. Entscheidung und Normensystem sind nicht so verknüpft, dass sie im Akt der Hervorbringung auseinandertreten (und sich fortan äußerlich als ihr je Anderes gegenüberstehen). Die Form spaltet die Materie nicht ab, sondern findet mit ihr zusammen, ohne mit ihr zusammen zu fallen. Die Einheit bleibt eine Einheit von Verschiedenem, von Form *und* Materie, die sich wechselseitig bedingen. Wie dies juristisch zu denken ist, klärt Schmitt in der *Politischen Theologie*, in der er die substanzielle

Form des Rechts programmatisch ankündigt, wie erwähnt nicht. Hingegen finden sich Hinweise in seinem Hauptwerk, der von verschiedenen politischen Seiten geschätzten, erstmals 1928 erschienenen *Verfassungslehre*.⁷⁵ Hier wird deutlich, dass die Durchbrechung nicht als Trennung der Form von der Materie, sondern als *Eingehen* der Form in die Materie zu verstehen ist. Die Durchbrechung ist somit ein Teil der normativen Struktur. Die Form der Entscheidung ist in den Stoff der Normativität »eingewoben«. Das heißt auch: Die Form kann ohne diesen Stoff, ohne die Materie des Normensystems, nicht existieren und hat in ihm seine Voraussetzung. Dass die Durchbrechung durch die Form Eingang in die normative Struktur findet, hat zunächst die paradox anmutende Folge, dass sich nicht nur das Recht insgesamt, sondern auch sein normativer Bestandteil – das System der Normen – *nicht* auf ein System von Normen reduzieren lässt. Dies gilt es nun anhand von Schmitts *Verfassungslehre* auseinander zu setzen.

Das System der Normen ist im Wesentlichen die geschriebene Verfassung, die Kodifikation, aus der sich die weitere rechtliche Normierung ableitet. Diese Verfassung nun ist für Schmitt nicht rein normativ. Denn in diese Verfassung fließt die »Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit« (VL, 20) mit ein. Die Entscheidung, in der sich die politische Einheit ihre politische Form gibt – Demokratie, Monarchie, parlamentarisch-monarchische Regierung auf demokratischer Grundlage usf. (vgl. VL, 21–23) –, stellt einen politischen Akt dar. Für die geschriebene Verfassung ist dieser Akt konstitutiv, da er sie grundlegend bestimmt. Das geschieht zumeist in den Präambeln oder in den ersten, die allgemeinen Bestimmungen enthaltenden Artikeln. In den ersten Artikeln der *Weimarer Verfassung*, die Schmitt vorrangig vor Augen hat, bestimmt sich das Deutsche Reich selbst als parlamentarische Demokratie.⁷⁶ Bei diesen Artikeln, darauf kommt es an, handelt es sich Schmitt zufolge *nicht* um Normen. Es handelt sich um Bestimmungen *ohne* Gesetzesform. Die Artikel stehen in der Verfassung, ohne Verfassungsgesetze zu sein. Auch als Rahmengesetze oder

75 Habermas nennt die *Verfassungslehre* »brillant« (Habermas 1987, 108); Taubes berichtet, wie er 1948 in Jerusalem Zeuge davon wurde, dass der damalige Justizminister Pinchas Rosen die *Verfassungslehre* beim Plan heranzog, eine Verfassung Israels zu entwerfen (vgl. Taubes 1987, 66).

76 Konkret handelt es sich um die Bestimmungen, dass die Staatsgewalt vom Volk ausgehe, dass das Deutsche Reich die Gestalt einer Republik mit bundesstaatlicher Struktur habe, dass Gesetzgebung und Regierung in parlamentarisch-repräsentativer Form bestehen und dass das Funktionieren des Staates an den beiden bürgerlich-rechtsstaatlichen Prinzipien der Grundrechte und der Gewaltenteilung seine grundlegende Orientierung nehme. (vgl. VL, 24)

Grundsätze will Schmitt sie nicht ansehen und eben darin liegt für ihn ihre Bedeutung:

»Sie sind *mehr* als Gesetze und Normierungen, nämlich die konkreten politischen Entscheidungen, welche die politische Daseinsform des deutschen Volkes angeben und die grundlegende Voraussetzung für alle weiteren Normierungen, auch diejenigen der Verfassungsgesetze, bilden. Alles, was es innerhalb des Deutschen Reiches an Gesetzlichkeit und an Normativität gibt, gilt nur auf der Grundlage und nur im Rahmen dieser Entscheidungen. Sie machen die Substanz der Verfassung aus.« (VL, 24, Hervorh. im Original)

Das politische ›Mehr‹ in der normativen Kodifikation, das ihre Normativität durchbricht, ist ihre ›Substanz‹. Sie ist, meine ich, im erläuterten Sinn als ›substanzielle Form‹ zu verstehen. Erst von dieser Substanz her gewinnt das Normensystem seine Einheit und damit seinen systematischen Gehalt.⁷⁷ Was ansonsten nur »eine Menge zusammenhangloser, äußerlich gekennzeichnete Gesetze« wäre (VL, 25), bringt die substanzielle Form der Entscheidung in einen Zusammenhang. Gegenüber dieser ›existenziellen‹, über die Existenzform der politischen Einheit bestimmten Entscheidung sind alle anderen Gesetze, »für welche aus irgendwelchen Gründen die Form des Verfassungsgesetzes gewählt wird«, »relativ« und »sekundär«. (ebd.) Die Kodifikation zerfällt in zwei Arten von Bestimmungen: die »echten Fundamentalbestimmungen« über die politische Form auf der einen Seite, die »verfassungsgesetzlichen Einzelheiten« auf der anderen.⁷⁸ (VL, 12) Die beiden Arten von Bestimmungen werden danach unterschieden, ob sie für die politische Einheit eine ›existenziell-seinsmäßige‹ Bedeutung haben. Die Unterscheidung zwischen einem politischen und einem normativen Moment verortet Schmitt hier also innerhalb der normativ verstandenen Verfassung selbst.⁷⁹

77 Die beiden Prinzipien des rechtsstaatlichen Systems – Grundrechte (als »Verteilungsprinzip«) einerseits, Gewaltenteilung (als »organisatorisches Prinzip«) andererseits – stellen Schmitt zufolge die Systematik nicht her; denn sie folgen aus einer Entscheidung für eine »politische Form«, die sie von sich aus nicht zu begründen vermögen. (VL, 200)

78 Bezogen auf das Beispiel der *Weimarer Verfassung* wären die beiden Absätze des Artikel 1 (»Das Deutsche Reich ist eine Republik.« und »Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.«) der ersten Seite zuzurechnen, die Artikel 129 Abs. 3 Satz 3 und 144 Abs. 1 Satz 2 hingegen der zweiten (»Dem Beamten ist Einsicht in seine Personalausweise zu gewähren.« und »Die Schulaufsicht wird durch hauptamtlich tätige, fachmännisch vorgebildete Beamte ausgeübt.«). (vgl. VL 12 und 27)

79 Es handelt sich im Grundsatz um dieselbe Differenz, die Schmitt 1914 in *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* zwischen einem

Damit wird die geschriebene Verfassung nicht äußerlich der politisch-formierenden Entscheidung untergeordnet. Es handelt sich vielmehr um eine Hierarchisierung und Heterogenisierung *innerhalb* der geschriebenen Verfassung, deren »Wesen« oder Substanz gerade »nicht in einem Gesetz oder einer Norm enthalten ist«. (VL, 23) Wenn Schmitt einige Seiten davor schreibt, die Einheit der Verfassungsgesetze liege »außerhalb dieser Normen in einem politischen Willen«. (VL, 15, Hervorh. im Original), dann ist dies nicht so zu verstehen, dass der politische Wille (und damit die Garantie der Einheit) außerhalb der geschriebenen Verfassung läge. Vielmehr liegen der politische Wille und die Einheit innerhalb der Verfassung, nämlich in jenen ihrer Bestimmungen, die nicht-normativ sind und keine Gesetzesform haben. Die souveräne Durchbrechung der Norm durch die Form vollzieht sich so als Selbstdurchbrechung innerhalb des Normativen. Wie der Ausnahmezustand die Immanentisierung des Wunders ist, so die Verfassung die Immanenz der Ausnahme.

Neben der *exceptionellen* Selbstdurchbrechung des Rechts im Ausnahmezustand steht die *normale* Selbstdurchbrechung des Normativen, in der die alltägliche Form der politischen Einheit ihren verfassungsmäßigen Ausdruck hat. ›Leben‹ und ›Substanz‹ hat das Recht nicht nur im Ausnahmezustand, sondern in der Durchbrechung, die das Recht *jederzeit* ist. Die souveräne politische Entscheidung wirkt fortwährend in die Kodifikation hinein. Im Ausnahmezustand, in dem sie von der Person des Souveräns getroffen wird, tritt sie gleichsam aus der Verfassung heraus und wird dadurch sichtbar. Hier, in der Ausnahme, zeigt sich, wie das rechtsstaatliche Recht immer schon funktioniert: nicht nur als ein Mehr von Entscheidung, das sich in der alltäglichen Normanwendung als ein Überschuss der Rechtsverwirklichung gegenüber der Rechtsnorm niederschlägt; sondern als eine auf Dauer gestellte Selbstdurchbrechung seiner verfassungsmäßigen Normativität. Doch im Ausnahmezustand, dies ist der Einwand gegen Schmitts heuristische Emphase der Ausnahme, zeigt sich diese Selbstdurchbrechung gerade nicht in ›Reinform‹, da das normative Element durch das formale ganz beseitigt wird: Die Ordnung die hier nach Schmitt besteht, ist noch eine juristische, aber keine Rechtsordnung mehr. (vgl. PT, 18)

Anders lässt sich dagegen in der *Verfassungslehre* Schmitts Insistenz verstehen, ›Verfassung‹ von ›Verfassungsgesetz‹ zu unterscheiden. Diese Unterscheidung separiert nicht eine normative Kodifikation von einem über die politische Form entscheidenden Akt. Sie trennt vielmehr die innere Normativität des Verfassungssystems auf und flicht in sie ein

abstrakt-normativen und einem staatlich-verwirklichenden Normbestandteil und 1921 in *Die Diktatur* zwischen »Normen des Rechts und Normen der Rechtsverwirklichung« angesetzt hatte. (vgl. Schmitt 2004, 77 und D, XVII)

politisches Moment ein, das wiederum die Einheit des Systems erst herstellt. Im selben Zug ist durch diese Selbstdurchbrechung des Normativen die homogene Einheit des Rechts als eine sich selbst durchbrechende, heterogene Form *stabilisiert*.

Das Leben (oder die Form) des Rechts ist somit allerdings anders zu denken, als Schmitt meint: nicht bloß als eine Form, die im Ausnahmezustand mit der Norm bricht, sondern als ein normatives System, das im Normalfall mit sich selbst bricht. Es ist zwar richtig, dass Schmitt in der normalen Rechtsanwendung eine Durchbrechung (die ›Transformation‹) der angewandten Norm sieht. (vgl. PT, 36f. und oben, Kapitel 1.1.) Doch worum es hier geht, ist nicht die äußere, sondern die innere ›Transformation‹ des Normativen, nämlich die Selbstdurchbrechung des Systems. Sie lässt sich so formulieren: Das Recht *ist* System, insofern es sich durchbricht. Die Form des Rechts ist das sich selbst durchbrechende System.

In der *Verfassungslehre* führt Schmitt den Ausnahmezustand zum ersten Mal dort ein, wo er seinen auf der Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz basierenden, »positiven« Begriff der Verfassung etabliert.⁸⁰ Der Ausnahmezustand dient ihm dabei als Beispiel, an dem sich die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung zeigt. Im Ausnahmezustand bleibt die Unantastbarkeit der Verfassung gerade dadurch gewährleistet, dass die Verfassungsgesetze angetastet bzw., wie Schmitt schreibt, »durchbrochen« werden:

»Die *Verfassung ist unantastbar*, die *Verfassungsgesetze* dagegen können während des Ausnahmezustandes suspendiert und durch Maßnahmen des Ausnahmezustandes durchbrochen werden. Nach Art. 48 Abs. 2 RV. ist der Reichspräsident zu solchen Maßnahmen befugt; die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124, und 153 RV. festgesetzten Grundrechte können zeitweise außer Kraft gesetzt werden. Das alles berührt die grundlegenden politischen Entscheidungen und die Substanz der Verfassung nicht, sondern steht gerade im Dienste der Aufrechterhaltung und der Herstellung dieser Verfassung. Darum wäre es widersinnig, aus der Unantastbarkeit der Verfassung eine Unantastbarkeit jedes einzelnen Verfassungsgesetzes

- 80 Die Beziehung zwischen Normensystem (Verfassung im relativen Sinne) und politischer Einheit (Verfassung im absoluten Sinne) ist bei Schmitt vermittelt durch einen dritten, den »positiven« Verfassungsbegriff. Seine *Verfassungslehre* versteht Schmitt als die Lehre von der Verfassung im Sinne dieses »positiven« Begriffs. (vgl. VL, 44) Da dieser Begriff das Verhältnis zwischen absoluter und relativer Verfassung bezeichnet, löst er die letzteren beiden Begriffe nicht ab, sondern schließt sie ein (oder hebt sie, im Hegel'schen Sinn, auf). »Verfassung« im positiven Sinne meint die »Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit«. (VL, 20) »Positiv« ist der Begriff damit im doppelten Sinn von (Verfassungs-)Setzung und (Verfassungs-)Gesetz.

zu machen und in jeder einzelnen verfassungsgesetzlichen Bestimmung ein unübersteigliches Hindernis für den Schutz der Verfassung im ganzen zu sehen. Das hieße im praktischen Ergebnis nichts anderes, als das einzelne Gesetz über das Ganze der politischen Existenzform zu setzen und Sinn und Zweck des Ausnahmezustandes in sein Gegenteil verkehren.« (VL, 26f., Hervorh. im Original)

Das Moment der Durchbrechung ist hier ebenso grundlegend wie das der Erhaltung. Erhalten wird nicht nur »das Ganze der politischen Existenzform«, sondern eben auch die Verfassung als System. Durchbrochen wird, anders als hier explizit wird, *nicht nur* das einzelne Gesetz und auch nicht eine Mehrzahl einzelner Gesetze, sondern eines der »beiden Prinzipien des rechtsstaatlichen Bestandteils jeder modernen Verfassung«, das Prinzip der Grundrechte.⁸¹ (vgl. VL, 126) Die Durchbrechung ist eine politische Handlung, die Normatives durchbricht, während sie Politisches *unberührt lässt* (die grundlegende politische Entscheidung) bzw. *sicherstellt* (die politische Existenzform). Ist die Durchbrechung das Leben des Rechts, so ist es, Schmitt zufolge, ein politisches Leben im Dienst des Politischen: Das Leben des Rechts ist kein verrechtlichtes, sondern ein politisiertes Leben.

Zugleich aber liegt das Leben des Rechts für Schmitt gerade in der Verbindung von Politischem und Systematischem. Diese Verbindung besteht in der Bewegung einer politischen Durchbrechung des Systems im Innern des Systems selbst. Entfällt das System, so mag es mit der politischen Einheit vielleicht weitergehen, mit dem Leben des Rechts aber hat es ein Ende. Als »Rest« kann das Leben nicht zurückbleiben, weil es allein in der politisch-rechtlichen Beziehung besteht, die das normative System garantiert, indem es dieses zugleich durchbricht. Das Denken der Ausnahme und des Rechts überhaupt hat einen Sinn nur dann, wenn das Gesetz, das System der Normen, als eine gegenüber der Entscheidung *eigenständige* Größe Bestand hat: *nómos* (Recht) und *thesmós* (Gesetz) dürfen nicht ineinander fallen.⁸² Ohne die Differenz von Norm und Form, ohne die Heterogenität der Durchbrechung, wird die Einheit des Rechts nicht verständlich. Sie erschließt sich allein in der reflexiven Figur der Selbstdurchbrechung. In einem Satz lässt sich dies mit der Stelle bei Gregor von Nazianz (Oratio theol. III, 2) formulieren, die Schmitt in *Politische Theologie II* zitiert: »Das Eine – *to Hen* – ist immer im Aufruhr – *stasiatson* – gegen sich selbst – *pros heauton*.« (PT II, 90, Hervorh. im Original) Dies gilt für das Recht »immer«, denn darin besteht nach Schmitt dessen Form. Es gilt besonders im Ausnahmezustand, in der *stasis* selbst.

- 81 Das andere Prinzip ist die Gewaltenteilung. Beide Prinzipien folgen, so Schmitt, aus der Grundidee der bürgerlichen Freiheit. (vgl. VL, 125)
- 82 Schmitts Insistenz auf dieser Unterscheidung ist in vielen seiner Schriften thematisch; vgl. u.a. PT II, 87; ÜdA, 13–15; LuL, 15 und besonders deutlich Schmitt 1958b, 242.

Im Ausnahmezustand wird das Gesetz (*thesmós*) suspendiert, während das Recht (*nómos*) bestehen bleibt. Denjenigen Aspekt der Souveränität, der sich gesetzlich nicht regeln lässt, nennt Schmitt in *Die Diktatur* »Substanz« der Souveränität (D, 191) bzw. »Substanz der staatlichen Allmacht, die auf Grund einer bestimmten Sachlage [...] das System der [geregelten, J.H.] Kompetenzen durchbricht.« (D, 190)

Diese Substanz kann nur bestehen, wenn es das System gibt, in das sie einbricht; *nómos* kann es nur im Unterschied zu *thesmós* geben. Fällt dieser Unterschied zwischen Recht und Gesetz, so könnten auch Souveränität und Ausnahmezustand nicht länger im Recht verortet werden. In seinem Aufsatz über *Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit* von 1931 hält Schmitt an der Bedeutung dieser Unterscheidung fest. (vgl. Schmitt 1958b, Teil III) In *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* von 1934 verliert das Normativ-Gesetzliche Moment (*thesmós*) hingegen jede eigenständige Bedeutung. Im selben Schritt, in dem Schmitt eine nationalsozialistische Rechtsauffassung vertritt, nach der das Recht im Zusammenhang von völkischer Ordnung und rechtsgestaltendem Führer aufgeht, ist auch der grundlegende theoretische Anspruch aufgegeben, einen Begriff des Rechts zu finden, der ein normatives und ein politisches Moment verbindet. Die Insistenz auf Heterogenität, die Schmitts Rechtsdenken ausgezeichnet hatte, ist nationalsozialistischer Einförmigkeit gewichen. Der Ausnahmezustand, an dem Schmitt diese Heterogenität aufzuzeigen suchte, ist in der Schrift von 1934 deshalb nicht mehr von Interesse, denn Heterogenität des Rechts und Ausnahmezustand gehören bei Schmitt zusammen.

Ganz anders verhält sich dies in der Theorie des Ausnahmezustands, die Giorgio Agamben vorgelegt hat. Zwar steht auch bei Agamben der Ausnahmezustand in Verbindung mit einer Theorie der juristischen Form. Doch die Heterogenität von Recht und Gesetz, auf die es bei Schmitt ankommt, ist bei Agamben kein Gegenstand dieser Theorie. Im Gegenteil ist für Agamben der Ausnahmezustand jenes Phänomen, in dem Recht und Gesetz vollständig zur Deckung kommen, in dem das Recht ganz im Gesetz aufgeht. Dazu kommt es, indem Agamben eine Tendenz von Schmitt aufnimmt, sie radikalisiert und in dieser Radikalisierung gegen Schmitt verkehrt. Diese Tendenz Schmitts ist die in diesem Kapitel beschriebene Einbindung des zentralen Merkmals des Ausnahmezustands, des Moments der Durchbrechung, in das normale Funktionieren der rechtlichen Normativität. Agamben radikalisiert dieses Motiv, indem er den Ausnahmezustand selbst mit der rechtlichen *Normalität* gleichsetzt. Und er verkehrt es gegen Schmitt, indem er diese Normalität – die Logik des Ausnahmezustands – als das Wesen der rechtlichen *Normativität*, als das Gesetz selbst, bestimmt. Bei Agamben zeigt der Ausnahmezustand nicht, dass das Recht seiner Form nach mehr ist als das

Gesetz, sondern der Ausnahmezustand wird zur Form des Gesetzes. Die mit dieser Form verbundenen Konzepte von Subjekt und Leben weichen von jenen bei Schmitt deutlich ab. Vor allem aber ist bei Agamben das der Normativität entgegengesetzte (und zugleich in sie eingeflochtene) Moment des Handelns ganz zurückgenommen. Diese Entmächtigung und Entrechtung, die der Ausnahmezustand bedeutet, steht bei ihm in einem Zusammenhang mit der modernen Idee der Menschenrechte. Auf den Zusammenhang von juristischer Form, Ausnahmezustand und Menschenrechten richtet sich die nachfolgende Auseinandersetzung.