

Copyright Acknowledgment

Publication Information

Hösle, Vittorio. 1987. "Carl Schmitts Kritik an Der Selbstaufhebung Einer Wertneutralen Verfassung in Legalität Und Legitimität". *Deutsche Vierteljahrsschrift Für Literaturwissenschaft Und Geistesgeschichte* 61 (1): 1–34. [doi:10.1007/BF03375878](https://doi.org/10.1007/BF03375878).

This publication is made available in our archive with grateful acknowledgment to the original publisher, who holds the copyright to this work. We extend our sincere appreciation.

The inclusion of this work in our digital archive serves educational and research purposes, supporting the broader academic community's access to the works of Vittorio Hösle.

Terms of Use

Users are reminded that this material remains under copyright protection. Any reproduction, distribution, or commercial use requires explicit permission from the original copyright holder.

We are committed to respecting intellectual property rights and supporting the scholarly publishing ecosystem. If you are the copyright holder and have concerns about this archived material, please contact us immediately.

obj-idealismus-heute.phil2@uni-bamberg.de

Article

Carl Schmitts Kritik an der Selbstaufhebung einer wertneutralen Verfassung in Legalität und Legitimität
Hösle, Vittorio
in: Deutsche Vierteljahrsschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte : DVJS | Deutsche Vierteljahrsschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte : DVjs - 61 | Periodical issue - Heft 1
34 Page(s) (1 - 34)



Nutzungsbedingungen

DigiZeitschriften e.V. gewährt ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht kommerziellen Gebrauch bestimmt. Das Copyright bleibt bei den Herausgebern oder sonstigen Rechteinhabern. Als Nutzer sind Sie nicht dazu berechtigt, eine Lizenz zu übertragen, zu transferieren oder an Dritte weiter zu geben.

Die Nutzung stellt keine Übertragung des Eigentumsrechts an diesem Dokument dar und gilt vorbehaltlich der folgenden Einschränkungen:

Sie müssen auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten; und Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgend einer Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen; es sei denn, es liegt Ihnen eine schriftliche Genehmigung von DigiZeitschriften e.V. und vom Herausgeber oder sonstigen Rechteinhaber vor.

Mit dem Gebrauch von DigiZeitschriften e.V. und der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use

DigiZeitschriften e.V. grants the non-exclusive, non-transferable, personal and restricted right of using this document. This document is intended for the personal, non-commercial use. The copyright belongs to the publisher or to other copyright holders. You do not have the right to transfer a licence or to give it to a third party.

Use does not represent a transfer of the copyright of this document, and the following restrictions apply:

You must abide by all notices of copyright or other legal protection for all copies taken from this document; and You may not change this document in any way, nor may you duplicate, exhibit, display, distribute or use this document for public or commercial reasons unless you have the written permission of DigiZeitschriften e.V. and the publisher or other copyright holders.

By using DigiZeitschriften e.V. and this document you agree to the conditions of use.

Kontakt / Contact

[DigiZeitschriften e.V.](#)

Papendiek 14

37073 Goettingen

[Email: info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

Carl Schmitts Kritik
an der Selbstaufhebung einer wertneutralen Verfassung
in *Legalität und Legitimität*

Von VITTORIO HÖSLE (Tübingen)

ABSTRACT

Der Aufsatz referiert Schmitts wichtigste Argumente, zeigt, inwiefern seine Analyse der Widersprüche der Weimarer Verfassung etwas für einen bestimmten Staatstypus allgemein Zutreffendes aufdeckt, und erklärt, weshalb gleichzeitig Schmitts positive Vorschläge falsch, ja gefährlich sind. Richtigere verfassungstheoretische Konsequenzen werden abschließend erörtert.

The treatise deals with Schmitt's most important arguments, it demonstrates how his analysis of the contradictions in the Weimar constitution lays open the essential traits of a certain type of state and it explains why at the same time Schmitt's positive ideas are false, if not dangerous. Finally, more correct consequences concerning the theory of constitution are discussed.

Es gehört zum Wesen bedeutender Texte, daß sie immer mehr sagen, als ihr Autor mit ihnen sagen wollte. Denn eine wichtige Einsicht ist – gerade wenn sie als bedeutsam anerkannt werden muß – nicht bloß ein psychologischer Akt; wäre sie das und nur das, wäre sie zu keiner Verbindlichkeit fähig. Eine Einsicht ist vielmehr dann wahr, wenn sie die bloß subjektive Sphäre transzendiert, wenn sie sich etwa auf ein Problem bezieht, das unabhängig vom Bewußtsein dessen besteht, der es denkt.¹

Dieses Problem kann dem intersubjektiven Bewußtsein einer Zeit schon vertraut sein; das Individuum, das sich mit ihm befaßt, hat dann zu ihm keine besonders hervorzuhebende Beziehung. Aber auch wenn seine Einsicht neu und originell ist, wenn also das Problem, das es entdeckt und vielleicht sogar einer Lösung zuführt, den Zeitgenossen notwendig in einer Färbung zugänglich und vertraut werden wird, die dem Individuum, das es als erster angesprochen hat,

¹ Daraus folgt die Falschheit der hermeneutischen These, die da behauptet, ein adäquates Verstehen sei dann gegeben, wenn verstanden sei, was sich in der subjektiven Vorstellung des Verfassers eines Textes abgespielt habe. Diese These mag für alltägliche Texte gelten; großen Werken (ohnehin der Literatur, aber auch der Philosophie und Wissenschaft) wird sie nicht gerecht. Denn deren Bedeutung gehört – um sich Popperscher Kategorien zu bedienen – der Welt 3 des sog. objektiven Geistes an und läßt sich unter keinen Umständen auf die Welt 2 psychischer Bewußtseinszustände reduzieren.

eigentümlich ist, so ist damit keineswegs gesagt, daß auch das Problem selbst, das zunächst in dieser Färbung erscheint, auf die Individualität seines Entdeckers reduzierbar ist. Umgekehrt ist auch nicht gesagt, daß die subjektive Färbung notwendig zum objektiven Gehalt des Problems dazugehört.

Diese einleitenden hermeneutischen Bemerkungen sind hilfreich für den Umgang mit jedem Interpretandum. Ganz besonders aber sind sie nützlich für den Umgang mit jenen großen Texten, denen nicht nur eine Schule oder Jüngerschaft, sondern auch ihr Autor selbst zeitweise eine Interpretation gegeben hat, deren theoretische Unhaltbarkeit und praktische Fürchterlichkeit inzwischen allgemein anerkannt sind. Bei diesen Texten – und dazu gehören auch einige wenige, die zu nationalsozialistischem Gedankengut eine unbestreitbare positive Beziehung im Sinne einer teilweise von ihrem Verfasser selbst gewollten Wirkung auf es haben – ist es m.E. besonders dringlich, zwischen demjenigen zu unterscheiden, als was sie von Zeitgenossen verstanden worden sind und als was sie eine Zeitlang durchaus auch ihr Verfasser verstanden hat, und demjenigen, was unabhängig davon wirklich in ihnen liegt.² So scheint mir – um ein Beispiel zu nennen und zugleich zum Thema dieses Beitrags zu kommen – Carl Schmitts Abhandlung *Legalität und Legitimität* von 1932, die es im folgenden zu analysieren gilt, sowohl ein Werk zu sein, das zur intellektuellen Destabilisierung der Weimarer Republik beigetragen hat und dies partiell wohl auch tun wollte, als auch eine Schrift, aus der gerade eine aktuelle normative Theorie der parlamentarischen Demokratie viel Richtiges lernen kann.³

² Dieser hermeneutische Grundsatz wäre etwa in der Auseinandersetzung um die Affinität Richard Wagners zum Nationalsozialismus zu berücksichtigen gewesen, die kürzlich, u.a. durch die Arbeiten H. Zelinskys angeregt, geführt wurde. So überzeugend m.E. Zelinsky in seinen geistesgeschichtlich sehr wichtigen Arbeiten gezeigt hat, daß Wagner selbst – und nicht nur die Bayreuther Jünger – seinen Werken eine Interpretation gegeben hat, die eine erschreckende Nähe zu nationalsozialistischem Gedankengut aufweist, so wenig folgt daraus, daß Wagners Musikdramen auch selbst diese Bedeutung haben müssen.

³ Diese Ambivalenz seiner Schrift hat Schmitt selbst abgeschwächt, wenn er sie nach dem Krieg, in seinen Nachbemerkungen zu ihrem Wiederabdruck in den *Verfassungsrechtlichen Aufsätzen*, als “ein(en) verzweifelte(n) Versuch” bezeichnet, “das Präsidialsystem, die letzte Chance der Weimarer Verfassung, vor einer Jurisprudenz zu retten, die es ablehnte, nach Freund oder Feind der Verfassung zu fragen” (*Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954* [1958], S. 345–350, S. 345; *Legalität und Legitimität* findet sich auf S. 263–345 des im folgenden mit VA abgekürzten Bandes). Sicher ist Schmitts Schrift auch dies gewesen, ja es ist sogar zuzugeben, daß eine Lektüre in diesem Sinne die sachlich fruchtbarste ist; es ist aber wenig glaubhaft, daß Schmitt selbst schon 1932 seine Abhandlung als Warnung gerade vor jener Entwicklung verstanden hat, die 1933 einsetzte (vgl. dazu Anm. 54). Hier tendiert er (ähnlich wie Heidegger) ex post dazu, seine damalige Position sehr wohlwollend zu sehen, und es ist nicht unverständlich, daß derartige Selbstrechtfertigungsversuche Schmitt mehr Sympathien gekostet als eingebracht haben, zumal er während des Dritten Reiches sein Werk noch in der Perspektive eines

Überhaupt ist dieses Werk m.E. eine besondere Aufmerksamkeit wert, und zwar aus verschiedenen Gründen. Erstens nimmt es im Oeuvre Schmitts schon insofern eine ausgezeichnete Stellung ein, als es wie kaum ein anderes die politologisch-staatsphilosophische mit der streng juristischen Thematik verbindet, mit der sich Schmitt selbst immer identifiziert hat, obgleich nicht primär sie es war, die ihm zu seiner Berühmtheit verholfen hat. Während auf der einen Seite Bücher wie *Politische Romantik* oder *Politische Theologie* mehr ins Philosophisch-Geistesgeschichtliche weisen, auf der anderen fast alle übrigen der in den *Verfassungsrechtlichen Aufsätzen* vereinten Arbeiten in erster Linie technisch-juristischer Natur sind, ist *Legalität und Legitimität* ein verfassungsrechtlicher und zugleich ein rechtsphilosophischer Essay von höchstem Range.

Zweitens ist offenkundig, daß das Problem des Verhältnisses von Legalität und Legitimität für das ganze Denken Schmitts zentral ist – nicht von ungefähr hat H. Hofmann Schmitts Staatsdenken unter der Perspektive jener Kategorien zu rekonstruieren versucht.⁴ Im Beharren auf der Differenz zwischen beiden Begriffen liegt Schmitts Originalität gegenüber dem herrschenden staatsrechtlichen Positivismus der Weimarer Zeit begründet; es war im wesentlichen Schmitt, der den Begriff der Legitimität vom Bezug auf den dynastischen Legitimitätsbegriff des 19. Jahrhunderts befreit und seine zentrale Bedeutung auch für eine demokratische Staatstheorie aufgezeigt hat.⁵ Darüber hinaus ist unter wir-

Kampfes gegen Weimar, Genf und Versailles rekonstruiert hatte. Aber auch wenn der persönliche Vorwurf, Schmitt sei "das Chamäleon des deutschen Staatsrechts" gewesen (K. Schultes, *Der Niedergang des staatsrechtlichen Denkens im Faschismus* [1947], S. 12), nicht völlig ungerechtfertigt sein mag – die sachliche Bedeutung seines Denkens wird davon nicht betroffen.

⁴ H. Hofmann, *Legitimität gegen Legalität* (1964). Zum selben Thema vgl. auch P.P. Portinaro, *La crisi dello jus publicum europaeum* (1982), S. 149–160. (Zu Portinaros bemerkenswertem Buch s. H. Rumpf, "Neues westliches Echo auf Carl Schmitt," *Der Staat*, 22 [1983], 381–393, 383ff.). Das Legalitäts-Legitimitätsproblem hat Schmitt bis zuletzt beschäftigt; vgl. die Ausarbeitung seiner Antwort auf R. Kempners Frage 1947 in Nürnberg "Warum sind die Staatssekretäre Hitler gefolgt?" zu dem Aufsatz "Das Problem der Legalität" (1950; jetzt in: VA, S. 440–448; Nachbemerkungen: S. 448–451) sowie die Abhandlung des Neunzigjährigen "Die legale Weltrevolution: Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legalität und Superlegalität," *Der Staat*, 17 (1978), 321–339.

⁵ So schon in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923; 3. Aufl. 1961), S. 39: "Weder eine Theorie noch die Praxis von Staats- und Völkerrecht vermögen ohne einen Begriff von *Legitimität* auszukommen, und deswegen ist es wichtig, daß die heute herrschende Art der Legitimität tatsächlich demokratisch ist. Die Entwicklung von 1815 bis 1918 läßt sich darstellen als die Entwicklung eines Legitimitätsbegriffes von der dynastischen zur demokratischen Legitimität." R. Smend stimmt Schmitt schon 1928 zu: "C. Schmitt hat mit großem Recht darauf aufmerksam gemacht, daß das Legitimitätsproblem nicht nur für die Monarchie besteht, sondern ebenso für jede andere Staatsform. Ohne Legitimität, d.h. ohne Geltungsbegründung in geschichtlich geltenden,

kungsgeschichtlichem Aspekt drittens zu erwähnen, daß die bis heute andauernde Diskussion über das Legitimitätsproblem entscheidend durch die in Rede stehende Schrift Schmitts ausgelöst wurde.⁶ Nun ist die Diskussion zu diesem wohl grundlegendsten Problem der Rechtsphilosophie noch keineswegs zu einem Abschluß gelangt; ein gründliches Studium von Schmitts Schrift könnte daher – viertens – auch unter sachlichen Gesichtspunkten lohnen. Fünftens aber knüpft sich an diese Schrift nicht nur ein abstrakt-philosophisches, sondern auch ein konkret-verfassungstheoretisches Interesse – hat sie doch, m. W. zum ersten Mal im 20. Jahrhundert, mit größter logischer und staatstheoretischer Schärfe eine innere Widersprüchlichkeit in der Struktur des modernen Parlamentarismus erkannt, an der dieser in unserem Jahrhundert in verschiedenen europäischen Staaten tatsächlich zugrunde gegangen ist⁷ und um deren Behebung manche der Nachkriegsverfassungen Westeuropas, der Sache nach Schmitts Anregungen folgend, sich bemüht haben – mit beachtlichem, wenn auch nicht vollständigem Erfolg.

Im folgenden will ich erstens die entscheidenden Argumente in Schmitts Abhandlung referieren (I). Zweitens versuche ich zu zeigen, inwiefern seine Analyse der inneren Widersprüche der Weimarer Verfassung etwas Wahres, ja etwas für einen bestimmten Typus von Staatsform allgemein Zutreffendes und Wesentliches aufdeckt (II). Ich will drittens andeuten, inwiefern die positiven Konsequenzen, die Schmitt aus seiner brillanten negativen Analyse zieht, unzu-

dem Staat und seinem Recht transzendenten Werten gibt es keine Geltung der positiven Verfassungs- und Rechtsordnung selbst” (“Verfassung und Verfassungsrecht” [1928], *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze* [1955], S. 119–276, S. 215).

⁶ Vgl. W. Hennis, “Legitimität: Zu einer politischen Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft,” *Legitimationsprobleme politischer Systeme* (1976), hrsg. P. Graf Kielmannsegg, S. 9–38, S. 14f.: “Erst 1932 wirft Carl Schmitt – erstmals in der deutschen Geschichte – den Begriff (sc. der Legitimität) – wie er es für seine Arbeiten der Weimarer Zeit später generell ausgedrückt hat – ‘mit vollem Bewußtsein in die Waagschale der Zeit’” (vgl. VA, S. 8). Allerdings ist zu erwähnen, daß O. Kirchheimers Abhandlung “Legalität und Legitimität” (1932; jetzt in: O. K., *Politische Herrschaft* [1967], S. 7–29) vor derjenigen Schmitts erschienen ist (der sie zitiert: VA, S. 269), auch wenn natürlich Kirchheimer durch Schmitt – und nicht umgekehrt – beeinflußt ist. – Webers Legitimitätsbegriff steht natürlich im Hintergrund der ganzen Diskussion, unterscheidet sich aber durch seine soziologische Bedeutung wesentlich von dem staatsrechtlichen Schmitts und Kirchheimers. Zu Weber vgl. J. Winkelmann, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie* (1952).

⁷ Natürlich ist vornehmlich an die legale Revolution Hitlers 1933 zu denken, die *Legalität und Legitimität* tatsächlich vorwegnimmt (vgl. schon W. Gueydan de Roussel in seiner “Introduction” zur französischen Ausgabe von *Legalität und Legitimität* [1936], S. 1–38, S. 22). 1958 erwähnt Schmitt auch noch die Vorgänge vom Frühjahr 1948 in der Tschechoslowakei “als Parallellfall von der entgegengesetzten Seite her” (VA, S. 7). Der Aufsatz “Die legale Weltrevolution” ist durch die Lektüre von S. Carillos *Eurocomunismo y Estado* (1977) angeregt.

reichend sind, ja im Grunde nur dazu beitragen, die Gefahr zu realisieren, die jene Analyse als Bedrohung des grenzenlos pluralistischen Parlamentarismus aufgezeigt hatte. Dieses Resultat ist paradox; es hat seinen letzten Grund in der sein ganzes Werk durchziehenden Unfähigkeit Schmitts, eine wirklich überzeugende legitimierende Instanz zu erfassen (III). Abschließend will ich ganz knapp skizzieren, welche richtigeren verfassungstheoretischen Konsequenzen aus Schmitts Analysen zu ziehen wären (IV).

I.

Gemäß der für Schmitt kennzeichnenden, seinen Rang als Staatsdenker begründenden Verbindung von allgemein-theoretischen Betrachtungen und mit Konkretheit gesättigter, kategorial äußerst differenzierter Detailanalyse besteht *Legalität und Legitimität*, nebst einer Einleitung und einem Schluß, aus zwei Teilen: erstens einer *allgemeinen* auf seine logischen Strukturen ebenso wie auf seine historische Genese abzielenden Erörterung des Legalitätssystems des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates und zweitens ihrer *konkreten* Anwendung auf eine Untersuchung der inneren Spannungen in der Weimarer Verfassung.

Unter Gesetzgebungsstaat versteht Schmitt – im Unterschied zu einem Jurisdiktions-, Regierungs- oder Verwaltungsstaat⁸ – ein politisches System, in dem nicht Menschen, sondern (wenigstens dem Anspruch nach) Normen herrschen. Nicht die Fallentscheidung eines Richters, nicht der Befehl eines Regierungschefs, nicht die auf Zweckmäßigkeit ausgerichtete Maßnahme, sondern das legale Handeln “aufgrund eines Gesetzes” ist hier Quelle der Legitimität aller staatlichen Macht. Da für den Gesetzgebungsstaat das Gesetz alleiniger Ursprung der Legitimität ist, reduziert sich in ihm Recht auf Gesetz (von der problematischen Ausnahme des Gewohnheitsrechtes einmal abgesehen); als Gesetz gilt dabei “die unter Mitwirkung der Volksvertretung zustande gekommene staatliche Regelung” (S. 276). In diesem politischen System, das im 19. Jahrhundert nach der Auflösung des monarchischen Legitimitätssystems entwickelt wurde und für den modernen Staat typisch ist⁹, ist das Gesetz geradezu absolut: Es verlangt unbedingten Gehorsam, so daß ihm gegenüber das alte Widerstandsrecht der Stände nicht mehr anerkannt ist; es verfügt über das Monopol, Recht zu setzen; den anderen staatlichen Gewalten gegenüber hat es eine klare Priorität; schließlich ist ihm der Vorbehalt eigentümlich, in verfassungsrechtlich

⁸ Diese Vierteilung soll die klassische Staatstypologie von Monarchie, Aristokratie und Demokratie zwar nicht völlig ersetzen, scheint Schmitt aber für das Verständnis des modernen Staates fruchtbarer zu sein (S. 266).

⁹ In reinster Form wurde dieses System in Frankreich entwickelt. Deshalb ist der Gegensatz von Legalität und Legitimität zum ersten Mal in diesem Lande thematisiert worden (vgl.: “Das Problem der Legalität,” S. 445; *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* [1943/44; als eigenes Buch: 1950], S. 31).

garantierte Grund- und Freiheitsrechte einzugreifen. Gerade diese Macht des Gesetzes aber – so Schmitt – hat nur Sinn, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, Voraussetzungen, die freilich jener Formalismus bestreitet, der zur Ideologie des Gesetzgebungsstaates geworden ist und der das Legitimitätsproblem einfach durch den Legalitätsbegriff lösen möchte.¹⁰ Dagegen insistiert Schmitt darauf, daß diese Lösung nur eine Scheinlösung ist, ein Spiel mit Worten (S. 278f., S. 285f.), und daß das Legalitätssystem vielmehr immer schon präsupponiere, daß eine prästabilisierte Harmonie zwischen einer materialen Gerechtigkeit und dem Gesetz bestehe (S. 276, S. 325). Ohne diese Voraussetzung ginge jede Würde des Gesetzes, jeder Anspruch auf Rechtsstaatlichkeit verloren und wäre der Verzicht auf das Widerstandsrecht “eine unverantwortliche Dummheit” (S. 278).

Im einzelnen will Schmitt zeigen, daß der Gesetzgeber im Gesetz nicht alles machen könne, was er wolle, sondern daß er bestimmte Schranken beachten müsse, wenn nicht der Sinn des Gesetzgebungsstaates zerstört werden solle. So hält Schmitt erstens an der alten Lehre der deutschen Vorkriegsjurisprudenz fest, daß ein Gesetz zumindest insofern Einschränkungen unterliege, als es festlege, was für *jedermann* gelten solle; die zeitgenössische Lehre, für die ein Gesetz “nicht einmal mehr der Intention nach eine generelle (Gleiches gleich behandelnde) dauernde Regelung mit einem meßbaren und bestimmten Inhalt” sein muß (S. 280), ist seiner Ansicht nach im allgemeinen verfehlt, da auf diese Weise das Gesetz von einer Maßnahme ununterscheidbar werde und damit die für den Gesetzgebungsstaat wesentliche Differenz von Legislative und Exekutive verlorengelange.¹¹ Zweitens – und das ist das eigentlich Wichtige – setzt der Gesetzge-

¹⁰ Vgl.: *Theorie des Partisanen* (1963), S. 85: “Es gibt eine republikanische Legalität, und das eben ist in der Republik die einzige Form der Legitimität. Alles andere ist für den echten Republikaner ein republikfeindlicher Sophismus.”

¹¹ Dies ist nach Schmitt nur in einer folgerichtigen Demokratie erträglich, in der von einer völligen Homogenität des Volkswillens und einer Übereinstimmung dieses Willens mit demjenigen der Parlamentsmehrheit ausgegangen werden kann. – Eine Aufweichung der Unterscheidung von Gesetz und Maßnahme erkennt Schmitt auch in jener juristischen Interpretation von Art. 48 der Weimarer Verfassung, die dem Reichspräsidenten nicht nur die Befugnis zu Maßnahmen, sondern auch zu Gesetzen zuspricht (S. 320ff., S. 332ff.); dagegen beharrt Schmitt in seinem Vortrag “Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung” (1924; als Anhang abgedruckt in: *Die Diktatur*, 2. Aufl. [1928], S. 213–259; ebd. S. 247) darauf, “daß der Reichspräsident nur *Maßnahmen* treffen kann”; vgl. auch “Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit” (1931), in: VA, S. 235–260 (Nachbemerkungen: S. 260–262), S. 242.

Sonst falle die für den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat grundlegende Unterscheidung von Gesetz und Gesetzesanwendung hinweg, wie ja auch umgekehrt in der realen Wirklichkeit wegen der Instabilität der Parlamentsmehrheiten “die gesetzliche Normierung ihren früheren Charakter (sc. der Dauer) verliert und zur bloßen Maßnahme

bungsstaat als elementare Bedingung seiner Gerechtigkeit voraus, daß jeder die gleiche Chance politischer Machtgewinnung habe, was für diesen Typ von Staat konkret bedeutet: die gleiche Chance, die Mehrheit im Parlament zu erlangen und Gesetze zu erlassen.¹² Ohne dieses Prinzip, das daher von Gesetzen nicht verletzt werden dürfe, würde nicht nur jeder Gerechtigkeit Hohn gesprochen, “sondern es wäre auch mit dem System selbst bereits nach der ersten Mehrheitsgewinnung zu Ende, weil gleich die erste Mehrheit sich legal als dauernde Macht einrichten würde” (S. 285). Wenn nämlich Gesetze nicht an dieses grundlegende Prinzip des Gesetzgebungsstaates gebunden wären, könnte die Mehrheit durch ein nach dem formalistischen Verständnis legales und legitimes Gesetz den Gegner für illegal erklären. Auf diese Weise würde die Mehrheit zum Staat selbst (S. 288). Allgemein besteht nach Schmitt, auch bei Vermeidung der schlimmsten Exzesse, *eine überlegale Prämie auf den legalen Machtbesitz*, und zwar aufgrund der Auslegung von Ermessensbegriffen, der Legalitätsvermutung und der sofortigen Vollziehbarkeit von Anordnungen (selbst bei justizförmigem Schutz). Um so wichtiger ist also jenes Prinzip, das freilich gegenseitiges Vertrauen voraussetzt: Denn zweifelt die eine Partei an der Loyalität der anderen diesem Prinzip gegenüber, so darf sie nicht nur, sie muß gerade aufgrund der Logik des Prinzips diesem Prinzip zuwiderhandeln und ihr den Zugang zur Macht verwehren. “So wirft im kritischen Moment jeder dem andern Illegalität vor, jeder spielt den Hüter der Legalität und der Verfassung. Das Ergebnis ist ein legalitäts- und verfassungsloser Zustand” (S. 291).¹³

wird” (S. 335). Nur bezüglich der Plebiszite habe man sich “auf einen materiellen Gesetzesbegriff und auf das Prinzip der Gewaltenunterscheidung besonnen und dadurch Maßnahmen, Regierungsakte u. a. von diesem Gesetzgebungsverfahren ausgeschlossen” (S. 337). – Die Unvermeidlichkeit von Maßnahmegesetzen für den modernen Sozialstaat hat besonders der späte Schmitt voll erkannt (vgl. VA, S. 347f.).

¹² Zu Recht meint Schmitt gegen K. Wolzendorff (*Staatsrecht und Naturrecht* [1915]), nicht so sehr die Chance, einen Prozeß zu führen, als vielmehr diejenige, die Legislative zu beherrschen, sei die logische Voraussetzung für die Beseitigung des Widerstandsrechts; denn die Justiz sei ja an die Gesetze gebunden (S. 287f.).

¹³ Interessant ist Schmitts These, daß gerade in einem solchen halbanarchischen Zustand, der nicht mehr von wechselseitigem Vertrauen getragen ist, sondern in dem die staatliche Macht aufs höchste zersplittert ist, der Staat aus Schwäche dazu tendiert, total zu werden. “Ein pluralistischer Parteienstaat wird nicht aus Stärke und Kraft, sondern aus Schwäche ‘total’; er interveniert in alle Lebensgebiete, weil er die Ansprüche aller Interessenten erfüllen muß. Insbesondere muß er sich in das Gebiet der bisher staatsfreien Wirtschaft begeben, auch wenn er dort auf jede Leitung und politischen Einfluß verzichtet” (S. 342; vgl. auch den Aufsatz “Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland” [1933], VA, S. 359–365; Nachbemerkungen: S. 365–366). Eine besondere Aktualität scheinen mir Schmitts diesbezügliche Ausführungen heute in Italien zu haben, wo die Politisierung aller Lebensbereiche – auch etwa der Wissenschaft – nur die Spiegelseite der völligen Schwächung der Staatsgewalt ist. Vermutlich ist das große Interesse der italieni-

Nach diesen allgemeinen Erörterungen zur logischen Inkonsistenz eines formalistisch verstandenen Gesetzgebungsstaates wendet sich Schmitt der Weimarer Verfassung zu. In ihr erkennt er drei außerordentliche Gesetzgeber, die neben dem in Art. 68 als grundsätzlichem Gesetzgeber statuierten Reichstag wirken und in das parlamentarische Gesetzgebungssystem fremde Elemente einführen, die dessen Kohärenz in Frage stellen.¹⁴ Es handelt sich dabei erstens um den zweiten Hauptteil der Weimarer Verfassung, der eine Auszeichnung materieller Rechtsnormen darstellt, zweitens um die durch Art. 73, Abs. 1; Art. 73, Abs. 2; Art. 74, Abs. 3; Art. 76, Abs. 2 und besonders¹⁵ Art. 73, Abs. 3 vorgesehene Möglichkeit plebiszitärer, direkt-demokratischer Gesetzgebung und drittens um die diktatorischen Kompetenzen, die Art. 48 dem Reichspräsidenten verleiht. Von Interesse sind hier zumal Schmitts Ausführungen zum ersten Punkt, den er auch selbst als den wesentlichen ansieht. Mit großem Scharfsinn erkennt er, daß der besondere durch die Erhöhung des für eine Verfassungsänderung erforderlichen Quorum (Art. 76) gegebene Schutz von Verfassungsnormen höchstens im Fall von *Verfahrensregeln* mit dem Grundgedanken des Gesetzgebungssystems verträglich ist – hier ist er u.U. sogar erforderlich, um die gleiche Chance politischer Machtgewinnung zu bewahren. Inkompatibel mit jenem System ist aber der Schutz *materiell-rechtlicher* Bestimmungen, wie sie im Teil der Verfassung über die „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“ aufgeführt sind. Wieso? Zunächst kritisiert Schmitt die formalistische Auffassung, daß die Erhöhung des Quorum schon als solche Gerechtigkeit garantiert; es wäre abstrakt zu behaupten, daß die Mißhandlung von 2 Menschen durch 98 bei weitem nicht so ungerecht sei wie diejenige von 49 durch 51 (S. 295). Ferner setzt die Demokratie eine Homogenität des Volkes voraus¹⁶, so daß Abstimmungen nicht eine Überstimmung, sondern eine Übereinstimmung in einer tieferen Schicht erstreben; würden etwa einige Volksgruppen unter den besonderen

schen Staatsrechtler an Schmitt – die italienischen Veröffentlichungen zu Schmitt kommen an Zahl gleich nach den deutschen – auf die auffälligen Ähnlichkeiten der gegenwärtigen italienischen Situation mit der Weimarer Republik zurückzuführen. Zur Rezeption Schmitts in Italien in den letzten zehn Jahren vgl. P. Giordano, „Note su Schmitt e Kelsen nel dibattito italiano (1972–1983),“ *Trimestre*, 17/3–4 (1984), 323–340.

¹⁴ Hinzukommen als Konsequenzen aus der föderalistischen Verfassungsstruktur weitere widerstrebende Momente, die Schmitt in *Legalität und Legitimität* allerdings ausdrücklich unberücksichtigt läßt (S. 335).

¹⁵ Mit Nachdruck verweist Schmitt auf die wesentlichen Unterschiede zwischen Volksentscheid und Volksbegehren (S. 312ff.; vgl.: *Volksentscheid und Volksbegehren* [1927], S. 7, S. 51).

¹⁶ Zu diesem für Schmitts politische Philosophie grundlegenden Gedanken vgl. etwa: *Die geistesgeschichtliche Lage*, S. 14 sowie für seine Anwendung auf einen Staatenbund: *Die Kernfrage des Völkerbundes* (1926), S. 21f., S. 63ff. Zwar kann der Gedanke überstrapaziert werden und dann als Basis für gefährliche Konsequenzen fungieren; dennoch ist ihm eine tiefe Wahrheit nicht abzusprechen: Ein Zusammenleben von Menschen ist ohne

Schutz der Verfassung gestellt, dann läge in der Konsequenz davon nur deren volle Exemption mit Anerkennung ihres Rechtes auf Sezession. Im Falle einer solchen Homogenität ist aber nur eine einfache Mehrheit zu rechtfertigen¹⁷; ohne diese Voraussetzung jedoch ist eine qualifizierte Mehrheit entweder, wenn sie aus einem homogenen Machtblock besteht, für die verbleibende Minderheit nur um so erdrückender und gefährlicher oder, wenn sie das Resultat eines Kompromisses zwischen heterogenen Blöcken ist, ein beliebiger Machtklumpen.

Entscheidend aber ist nach Schmitt, daß mit der Gewährung eines besonderen Schutzes an bestimmte materielle Inhalte der wertneutrale Funktionalismus jenes Rechtsbegriffs verlassen wird, nach dem Recht immer und nur das ist, was von der jeweiligen Mehrheit beschlossen wird. Es ist nicht möglich, in der Verfassung bestimmten Werten unabhängig von ihrem Zustandekommen im einfachen Gesetzgebungsverfahren eine substantielle Dignität zuzusprechen und gleichzeitig einen Funktionalismus zu vertreten, nach dem diese Werte, ja der Funktionalismus selbst ohne weiteres legal abgeschafft werden können.¹⁸ Beson-

ein gemeinsam Anerkanntes nicht denkbar. Im pluralistischen Staat ist das, wie Schmitt zu Recht hervorhebt, die Verfassung: "Wird nun der Staat zu einem pluralistischen Parteienstaat, so kann die Einheit des Staats nur so lange bestehen, als die zwei oder mehreren Parteien sich einigen, indem sie gemeinsame Prämissen anerkennen. Die Einheit beruht dann insbesondere auf der von allen Parteien anerkannten Verfassung, die als gemeinsame Grundlage unbedingt respektiert werden muß. Staatsethik wird dann zur Verfassungsethik" ("Staatsethik und pluralistischer Staat" (1930), in: *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923–1939* [1940], S. 133–145, S. 144).

¹⁷ Interessant ist Schmitts Hinweis darauf, daß beim verfassungsändernden Volksentscheid auf Volksbegehren nach Art. 76 statt der im Parlament erforderlichen Zweidrittelmehrheit die einfache Mehrheit genügt, was implizite "eine merkwürdige Mißtrauenserklärung gegen den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat" darstelle (S. 317).

¹⁸ Einen Widerspruch zum Prinzip des funktionalistischen Gesetzgebungsstaates sieht Schmitt auch in jener Auslegung des Art. 48, die dem Reichspräsidenten Maßnahmen gestattet, die den organisatorischen Verfassungsbestimmungen zuwiderlaufen, ihm aber die Suspendierung der materiellen Grundrechte (mit Ausnahme der sieben in Art. 48, Abs. 2 ausdrücklich aufgeführten) verbietet (S. 323ff.). Zwar sei es "an sich denkbar und keineswegs ein logischer Widerspruch in sich, alle organisatorischen Bestimmungen für antastbar, alle materiell-rechtlichen Sicherungen des zweiten Hauptteils dagegen für heilig und unantastbar zu erklären. Nur wäre das ein anderes Staatswesen als ein der Weimarer Verfassung doch immer noch vorschwebender parlamentarischer Gesetzgebungsstaat" (S. 331). Denn auf diese Weise würde gerade der zweite Teil der Verfassung zum entscheidenden und grundlegenden. Darüber hinaus meint Schmitt – nach dem Grundsatz a maiori ad minus –, dem Reichspräsidenten müßten schon deswegen alle materiellen Grundrechte zur Disposition stehen, weil die namentlich angeführten die allgemeinsten und fundamentalen seien – so Art. 114 (persönliche Freiheit) und Art. 153 (Eigentum). – 1924 hatte Schmitt freilich noch darauf beharrt, daß "nur die aufgezählten sieben Grundrechte des Satz 2... außer Kraft gesetzt werden" könnten. "Weder andere Verfassungsbestimmungen noch die Verfassung als Ganzes lassen sich verfassungsmäßig mit Hilfe dieses Artikels beseitigen" ("Die Diktatur des Reichspräsidenten," S. 244).

ders nachdrücklich weist Schmitt auf den Widerspruch hin, der zwischen dem zweiten Hauptteil und der von der Mehrheit der zeitgenössischen Verfassungslehrer – etwa von Gerhard Anschütz – vertretenen Auffassung¹⁹ besteht, nach der das parlamentarische System sogar gegen sich selbst neutral sein müsse, es also keine Grenzen der Verfassungsänderung und damit auch keine verfassungswidrigen Ziele, keine verfassungsfeindlichen Parteien²⁰ geben könne. Diese Verabsolutierung des Formalismus widerspricht nicht nur dem zweiten Hauptteil, sie widerspricht sogar ihrem eigenen Prinzip; denn sie muß anerkennen, daß eine Gruppe, die über eine Zweidrittelmehrheit verfügt, beliebige Inhalte in die Verfassung aufnehmen kann, die so lange Verfassungsrang haben müssen, bis die Gegenpartei selbst die Zweidrittelmehrheit erhalten hat; ist jene erste Gruppe auf 34 % geschrumpft, bindet sie demnach immer noch legal die übrigen 66 % an ihren Willen. Ja, mehr noch: Eine Zweidrittelmehrheit könnte sogar beschließen, daß in Zukunft bestimmte Normen prinzipiell nicht mehr abzuschaffen seien. “Für ein formalistisch-gegenstandsloses Denken ist das legal, in bester Ordnung und auf legale Weise in Ewigkeit nicht mehr zu beseitigen” (S. 306).

Dieser Widerspruch zwischen Mehrheitsfunktionalismus und der Auszeich-

¹⁹ Vgl. G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919* (14. Aufl. 1933, Nachdruck 1960), S. 403f.: “Auf dem durch Art. 76 geregelten Gesetzgebungswege können... Verfassungsrechtsänderungen *jeder Art* bewirkt werden... Die... verfassungsändernde Gewalt ist gegenständiglich unbeschränkt.” (So spricht Anschütz in einer Festrede *Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung* [1923], S. 25f. von der Möglichkeit einer legalen Remonarchisierung Deutschlands.) Später heißt es, die entgegengesetzte Auffassung etwa Schmitts könne “vielleicht die Eigenschaft einer *de lege ferenda* beachtlichen politischen Forderung beanspruchen,” *de lege lata* sei sie jedoch abzulehnen (S. 405; was ja so unrichtig nicht ist). G. Schwab, *The challenge of the exception* (1970), S. 96, Anm. 20 entnehme ich, daß Anschütz 1930 in einem Brief an Schmitt mit Nachdruck auf der eigenen Interpretation von Art. 76 beharrt hat. – Nicht ganz so formalistisch wie derjenige Anschütz’ ist der Standpunkt R. Thomas, der freilich auch möglichst keine Grenzen der Verfassungsänderung zulassen möchte und Schmitts Lehre als “wunschrechtliche’ Behauptung” kritisiert (“Grundbegriffe und Grundsätze,” *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, hrsg. G. Anschütz/R. Thoma, 2 Bde. [1932], Bd. II, S. 108–159, S. 154). – Seine Lehre von den Grenzen der Befugnis zu Verfassungsänderungen hat Schmitt ausführlich in seiner *Verfassungslehre* (1928; 4. Aufl. 1965), S. 102–112 entwickelt. – In einem ausgezeichneten Aufsatz hat W. Graf Vitzthum kürzlich darauf hingewiesen, daß sich ähnliche Gedanken wie bei Schmitt zwar nicht bei einem Juristen, aber doch bei einem Dichter seiner Zeit finden – bei H. Broch (“Brochs demokratie- und völkerbundtheoretische Schriften,” *Hermann Broch*, hrsg. P.M. Lützeler [1986], S. 289–307).

²⁰ 1958 nennt es Schmitt die Kernthese von *Legalität und Legitimität*, “daß die Legalität einer Partei nur dann verneint werden kann, wenn die Befugnis zu Verfassungsänderungen begrenzt ist” (S. 345). Diese These ist zwingend; illegal könnten sonst nur die Handlungen einzelner Parteimitglieder genannt werden (S. 303).

nung substantieller Inhalte ist nach Schmitt in der Weimarer Verfassung nicht aufgehoben, ja er ist in ihr prinzipiell nicht aufzuheben. Vielmehr geht es darum, in der Erkenntnis, daß die Weimarer Verfassung in Wahrheit zwei Verfassungen sind, sich für die eine der beiden zu entscheiden. Schmitt optiert dabei energisch für den zweiten Teil: "Der Kern des zweiten Hauptteils der Weimarer Verfassung verdient, von Selbstwidersprüchen und Kompromißmängeln befreit und nach seiner inneren Folgerichtigkeit entwickelt zu werden. Gelingt das, so ist der Gedanke eines deutschen Verfassungswerkes gerettet. Im anderen Fall ist es mit den Fiktionen eines gegen Wert und Wahrheit neutralen Mehrheitsfunktionalismus bald zu Ende. Dann rächt sich die Wahrheit." (S. 344f.)

II.

Die Faszination, die von Schmitts Schrift ausgeht, beruht auf der Verbindung mehrerer Punkte. In erster Linie ist zweifellos die *Originalität* von Schmitts Gedankenführung anzuerkennen. In einer Zeit, in der der Rechtspositivismus und der daraus folgende Relativismus zur Ideologie nahezu aller Juristen geworden waren – man denke etwa an Kelsen und Radbruch –, ist es ein großes Verdienst Schmitts, darauf beharrt zu haben, daß der Formalismus erstens nicht so voraussetzungslos ist, wie er zu sein beansprucht, und zweitens nicht einmal auf konsistenten, geschweige denn richtigen Voraussetzungen aufbaut. Im *logisch stringenten Nachweis* gerade des letzten Punktes liegt die zweite Leistung von Schmitts Abhandlung. In der Tat besticht gerade an diesem Werk Schmitts der Grad, in dem eine ungewöhnliche logische Sensibilität die Analyse eines konkreten rechtlichen Textes – der Weimarer Verfassung – leitet. Schmitt hat nicht nur einen Blick für die mehr oder weniger offen zutage liegenden Inkohärenzen zwischen einzelnen Bestimmungen der Verfassung; er vermag außerdem den *Geist* zu durchschauen, der gewissen verfassungsrechtlichen Entscheidungen zugrunde liegt, und ihn bis zu jenen seiner Konsequenzen zu explizieren, an denen er offenkundig in Widerspruch tritt zu den Folgen anderer Bestimmungen. Die Forderung nach logischer Kohärenz einer Verfassung, nach innerer Stimmigkeit durchzieht die Schrift (vgl. nur S. 30); die Folgerichtigkeit ist eine nicht legitim überschreitbare Schranke für den Gesetzgeber und den Vater einer Verfassung (s. S. 275).

Aber nicht nur im allgemeinen methodischen Vorgehen, auch in der konkreten Analyse ist Schmitt überzeugend. Zumal seine These von der Inkompatibilität der beiden Teile der Weimarer Verfassung trifft etwas Wesentliches. Schmitt sieht klar, daß in dieser Konstitution zwei Tendenzen am Werke sind, die zwar beide typische Resultate der Moderne sind, aber dennoch einander radikal widersprechen: einerseits die organisatorisch-staatsrechtliche Option für eine formale parlamentarische Demokratie, in der das Parlament souveräne Quelle

allen Rechts ist, das keiner weiteren Legitimierung durch Gott, den König usf. bedarf; andererseits die materialrechtliche Auszeichnung einer Reihe von Grundrechten und Grundpflichten. Man kann nicht – dies ist Schmitt unbedingt zuzugeben – der Ansicht sein, daß nur ein bestimmtes Verfahren Legitimität erzeuge, und gleichzeitig daran festhalten, daß bestimmte Normen auch vor einfachen gegen sie gerichteten Mehrheitsentscheidungen geschützt sein müßten. *Entweder* gibt es substantielle Werte, deren Geltung nicht von der Beliebigkeit von Mehrheitsentscheidungen abhängt und deren Schutz sich daher die Verfassung zu Recht vornimmt – dann aber ist die gängige ideologische Grundlage des Parlamentarismus, die rechtspositivistische Reduktion von Legitimität auf Legalität und von Legalität auf Mehrheitsentscheidungen durch die Volksvertretung, nicht akzeptabel. *Oder* man hält das Mehrheitsverfahren für die einzig legitimierende Instanz, da es keine davon unabhängigen Werte gebe – dann aber ist die Einführung einer zweiten, höheren Art von Normen, von *Grundrechten* nicht zu rechtfertigen.²¹

Bemerkenswert ist nun, daß Schmitt diese mit aller Schärfe eruierte Alternative nicht für rational unentscheidbar zu halten scheint. Zumindest implizit unterstellt er, daß die Lage nicht einfach so ist, daß die beiden Teile der Weimarer Verfassung zwar jeweils einer dem anderen widersprechen, aber sich so vollkommen symmetrisch verhalten, daß keiner vor dem anderen ausgezeichnet werden kann. Auch wenn Schmitt seine Option für den substantiellen Teil nicht ausdrücklich begründet, ist klar, daß er der Ansicht ist, daß der Mehrheitsfunktionalismus nicht nur der ihm entgegengesetzten Annahme substantieller Werte, sondern darüber hinaus zumindest potentiell *auch sich selbst* widerspricht. Denn nicht nur vermag er keine materialen Grundrechte, *er vermag nicht einmal sich selbst zu begründen*: Seinem innersten Grundgedanken nach ist er vielmehr neutral gegen sich selbst und daher stets auf dem Sprung, sich selbst aufzuheben. Wenn das einzige Legitimität stiftende Prinzip, das gilt, besagt, daß alles, was die Mehrheit beschließt, gelten muß, dann muß die Mehrheit natürlich auch das Recht haben, zu beschließen, daß in Zukunft Mehrheitsentscheidungen nicht mehr gelten sollen. Welches Prinzip sollte ihr das verbieten? Offenbar wäre dazu ein weiteres Prinzip nötig, das dasjenige der Mehrheitsent-

²¹ Sehr zu Recht erkennt Schmitt, daß es gegenüber diesem Entweder-Oder kein Drittes im Sinne eines neutralen Standpunktes gibt; denn dieser wäre gerade der Relativismus, den er zu vermeiden vorgibt. "Wer in der Frage: Neutralität oder Nicht-Neutralität neutral bleiben will, hat sich eben für die Neutralität entschieden. Wertbehauptung und Wertneutralität schließen einander aus. Gegenüber einer ernst gemeinten Wertbehauptung und -bejahung bedeutet die ernst gemeinte Wertneutralität eine Wertverneinung" (S. 300f.). Die Stringenz dieses Gedankengangs wird in O. Kirchheimers und N. Leites' "Bemerkungen zu Carl Schmitts *Legalität und Legitimität*" (1933; jetzt in: O.K., *Von der Weimarer Republik zum Faschismus*, hrsg. W. Luthardt [1976], S. 113–151; ebd.: S. 130f.) zu Unrecht bestritten.

scheidung irgendwie einschränkte; die Möglichkeit eines solchen wird aber von dem Mehrheitsfunktionalismus kategorisch bestritten. Kurz: Nur wenn der Mehrheitsfunktionalismus nicht absolut gilt, kann er die Selbstaufhebung vermeiden; er gilt also in jedem Fall nicht absolut.

Die Bedeutung dieser bei Schmitt mehr in die konkrete juristische Analyse verwickelten als rein begrifflich herausgearbeiteten Argumentation kann kaum überschätzt werden. Sie stellt eine strenge Widerlegung der staatsrechtlichen Hauptideologie der Weimarer Zeit dar, die bis heute zahlreiche Vertreter gefunden hat – ich meine den mehrheitsfunktionalen Rechtspositivismus –, und zwar m.E. die einzig wirklich strenge. Denn eine Widerlegung ist nur dann voraussetzungslos – und d.h. überzeugend –, wenn sie nicht externe Voraussetzungen an das Kritisierte heranträgt, sondern dieses als in sich selbst inkonsistent, als sich von selbst aufhebend erweist. Die Selbstaufhebungsfigur ist das zentrale Argument in der Philosophie, von ungeheurer Fruchtbarkeit sowohl in der theoretischen als auch in der praktischen Philosophie,²² und es spricht für Schmitts Scharfsinn, daß er es auch in einer Zeit verwendet hat, da sich die Fachphilosophie von Argumenten dieser Struktur größtenteils abgewandt hatte.²³

Schmitts Aufweis der Selbstaufhebung des Mehrheitsfunktionalismus ist nicht nur theoretisch von Interesse. Die logische Wahrheit ist nicht ohne Zusammenhang mit der realen Wirklichkeit, und etwa ein halbes Jahr nach Abschluß der Schrift begann mit der Ernennung Adolf Hitlers zum Reichskanzler eine legale Revolution,²⁴ deren Struktur, wie Schmitt 1958 zu Recht beansprucht, schon vorher, in *Legalität und Legitimität*, “ein für allemal erkannt und festgehalten” war (S. 345). Hitler konnte, ungehindert durch ein Verfassungsverständnis, für das die Verfassung nur ein Verfahren zur Erzeugung beliebiger Mehrheiten festschrieb und das keine Legitimität jenseits der Legalität anerkannte, “auf

²² Vgl. Verf., *Wahrheit und Geschichte* (1984), S. 272ff. sowie das gerade eben erschienene Buch von W. Kuhlmann, *Reflexive Letztbegründung* (1985), das schlüssig nachweist, daß der für die empirische Erkenntnis durchaus zutreffende Fallibilismus notwendig eine Erkenntnis voraussetzt, die nicht selbst fallibel ist, wenn er die Selbstaufhebung vermeiden will.

²³ Man findet sie in den 20er Jahren besonders bei H. Rickert. Vgl. z.B.: *Grundprobleme der Philosophie* (1934), S. 163f.

²⁴ Daß Hitler die Legalität ganz bewußt als seine effizienteste Waffe eingesetzt hat, beweist am deutlichsten sein Legalitätseid im Scheringerprozeß 1930. Auch “die beiden Verlängerungen des Ermächtigungsgesetzes vom 24. März 1933 in den Jahren 1937 und 1939 und vor allem die höchst sonderbare, fristgerechte Selbstverlängerung vom 10. Mai 1943 erklären sich nur daraus, daß ihm (sc. Hitler) die für ihn schicksalhafte Rolle der Legalität stets bewußt geblieben ist” (Nachbemerkungen zu: “Das Problem der Legalität,” S. 450). Die Treue der deutschen Beamtenschaft Hitler gegenüber erklärt sich wesentlich aus der formalen Legalität seiner Macht.

legale Weise die Tür der Legalität, durch die er eingetreten ist, hinter sich schließen und den parteipolitischen Gegner, der dann vielleicht mit den Stiefeln gegen die verschlossene Tür tritt, als einen gemeinen Verbrecher behandeln” (S. 286).²⁵

Nun ist die Machtergreifung der Nationalsozialisten – die legale Selbstaufhebung einer demokratischen Verfassung hin zu einer (souveränen, nicht kommissarischen) Diktatur – in der Geschichte keineswegs ein beispielloser Vorgang. Die Einführung der Oligarchie in Athen 412/11 v. Chr. geschah durch Beschluß der Volksversammlung, und gleichzeitig zeigt der für das attische Staatsrecht zentrale Begriff der *γραφὴ παρανόμων*, daß die Möglichkeit eines verfassungsfeindlichen Gesetzes und die Notwendigkeit, dem zu begegnen, auch theoretisch schon im 5. Jahrhundert v. Chr. zum Bewußtsein gekommen war.²⁶ Dennoch

²⁵ Daß eine solche legale Beseitigung der Legalität von manchem prominenten Zeitgenossen schon ex ante als illegal angesehen wurde, zeigt sich in Brünings Ausspruch: “Wenn man erklärt, daß man, auf legalem Wege zur Macht gekommen, die legalen Schranken durchbrechen werde, so ist das keine Legalität” (zitiert nach O. Kirchheimer, S. 14).

²⁶ Der attische Staatsstreich von 412/11, der in der staatsrechtlichen Diskussion um die Selbstaufhebung der Demokratie m. W. bisher noch nicht erwähnt wurde, ist außerordentlich bemerkenswert, weil er nicht bloß eine einfache Selbstaufhebung darstellt, sondern auf formal korrekte Weise sogar die staatsrechtliche Institution der *γραφὴ παρανόμων* – das schon vorhandene Bollwerk gegen eine solche Selbstaufhebung – umging. Unter letzterer verstand man die öffentliche “Klage wegen Gesetzwidrigkeit... zum Schutze des im Rat oder in der Volksversammlung durch einen Antrag oder Beschluß verletzten Gesetzes”; sie “galt als eine Hauptschutzwehr der demokratischen Verfassung” und sollte dafür sorgen, daß “auch die *Gemeindeversammlung* bei ihren Verhandlungen und Beschlüssen an das *Verfassungsrecht* gebunden” blieb (*Handbuch der Altertumswissenschaft*, 4. Abt., 1 Tl., I Bd.: *Griechische Staatskunde* von G. Busolt, Zweite Hälfte: *Darstellung einzelner Staaten und der zwischenstaatlichen Beziehungen*, bearbeitet von H. Swoboda [1926], S. 895f.). 412/11 wurde nun vor der Umwandlung der Demokratie in eine gemäßigte Oligarchie durch die Volksversammlung *in einem ersten Schritt die γραφὴ παρανόμων selbst abgeschafft* (was in etwa der Beseitigung von Art. 79 III GG entspräche, bevor man zur Beseitigung von Art. 1 und 20 schritt; natürlich sollen mit diesem Vergleich nicht die großen verfassungsrechtlichen Differenzen zwischen antikem und modernem Staat – ohne bzw. mit geschriebener Verfassung – bestritten werden). “Die entscheidende Volksversammlung wurde an dem bestimmten Tage auf Betrieb der Syngrapheis von den eingeschüchternen willenslosen Prytanen nach dem Kolonos berufen. Die Syngrapheis beantragten, daß die Prytanen alle Anträge in bezug auf die Rettung des Staates zur Abstimmung vorlegen sollten. Klagen wegen Gesetzwidrigkeit... oder sonstige gerichtliche Schritte gegen einen Antragsteller sollten unter der Androhung der Todesstrafe nicht gestattet sein, damit jeder Athener mitraten und ungestraft das, was er wollte, beantragen könnte. Mit diesem Antrage beobachteten sie trotz ihrer außerordentlichen Vollmacht doch insoweit das verfassungsrechtliche legislative Verfahren, als sie nicht unmittelbar Veränderungen der Verfassungsgesetze beantragten, sondern für die Einbringung solcher Anträge erst die Bewilligung der Straflosigkeit nachsuchten... Der Antrag

scheint die von Schmitt erörterte Struktur der politischen Selbstaufhebung gerade für das 20. Jahrhundert kennzeichnend zu sein – setzt sie doch in ihrer Reinform einen prinzipiellen Rechtspositivismus und d.h. die Preisgabe theologischer oder naturrechtlicher Normenbegründung voraus, wie sie im 19. Jahrhundert zusammen mit der Auflösung des Christentums als herrschender Weltanschauung erfolgt ist. Die moderne Überzeugung vom “Polytheismus der Werte” (Max Weber), von der Unmöglichkeit einer verbindlichen Begründung kategorischer Normen liegt der funktionalistischen Ideologie eines material keinerlei Einschränkungen unterworfenen Verfahrens zugrunde, und in kaum einer neueren Verfassung hat dieser nach allen Seiten offene Neutralismus und Pluralismus stärkeren Ausdruck gefunden als in der Weimarer Reichsverfassung.²⁷ Ein solcher Pluralismus ist aber, wenn er absolut gesetzt und nicht in einen ihn erst begründenden substantiellen Rahmen einbezogen wird, aus sich heraus nicht in der Lage, das Umkippen in sein Gegenteil zu verhindern. Dies mit aller nur wünschenswerten Klarheit – und zwar im voraus – begriffen zu haben, macht den bleibenden Wert von *Legalität und Legitimität* aus.

III.

Nach dem bisher Gesagten ist Schmitts Schrift eine genial-hellsichtige Analyse der logischen Widersprüchlichkeit und daher der realen Gefährdung der Weimarer Verfassung – eine Analyse, aus der, wie noch zu zeigen sein wird, gerade eine staatsrechtliche Theorie viel lernen kann, die der modernen Demokratie zu jener Stabilität verhelfen will, die ihr auf der Basis eines wertneutralen Funktionalismus nicht zuteil werden kann. Schmitts Schrift erscheint in dieser Perspektive tatsächlich als “Warnruf” und “Notschrei,” wie sie Schmitt selbst 1958 bezeichnet hat (S. 345); und ein unbefangener Leser, der sich von Schmitts späterer Selbstdarstellung leiten ließe und von seinen sonstigen Werken und

wurde natürlich angenommen” (S. 905 f.). – Der Umschlag einer substanzlosen Demokratie in eine Tyrannis wird, wenn auch in begrifflich recht rudimentärer Weise, schon von Platon analysiert (Rep. 562a ff.).

²⁷ Vgl. dazu J. Winckelmann, “Die verfassungsrechtliche Unterscheidung von Legitimität und Legalität,” *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 112 (1956), 164–175, 169: “Es war ein Verfassungsstatut der Unentschiedenheit, ein einstweiliges Organisationsschema, ein Sichoffenhalten für alle denkbaren Arten von Verfassungsentscheidungen, Gemeinschaftsgestaltungen und Zukunftsmöglichkeiten, ohne daß der Umkreis des als legitim Geltenden vermöge einer konstitutiven Wertordnung umgrenzt war.” S. auch 165 f.: “Aber sonst wußte die Weimarer Verfassung mit ihrem Wertneutralismus nichts von einem Problem der Legitimität der Demokratie. Die Demokratie Weimarer Provenienz hatte geglaubt, das Problem ihrer eigenen Legitimitätsgrundlage ignorieren zu können, indem an deren Stelle das freie Selbstbestimmungsrecht des Parteienabsolutismus gesetzt wurde.”

seinem politischen Einsatz nichts wüßte, könnte nach einer ersten Lektüre tatsächlich zu der Auffassung gelangen, der Verfasser dieser Abhandlung müsse ein brillanter Verteidiger des substantiellen Kerns der Weimarer Verfassung und ein unerbittlicher Gegner ihrer 1933 erfolgten legalen Selbstaufhebung in den Nationalsozialismus gewesen sein.²⁸ Paradoxerweise aber ist gerade jener Staatsdenker, der über die intellektuelle Potenz verfügte, die Selbstaufhebung des Gesetzgebungssystems als drohende Gefahr vorherzusehen, ein Befürworter derjenigen geworden, die diese Selbstaufhebung getätigt haben, während umgekehrt ein Rechtsphilosoph wie Kelsen, von dessen Rechtspositivismus aus der Machtergreifung der Nationalsozialisten Legitimität nicht abgesprochen werden konnte²⁹, dem nationalsozialistischen Deutschland den Rücken kehrte. Wie

²⁸ Immerhin hat Schmitt noch am 19. 7. 1932 – neun Tage nach der Fertigstellung von *Legalität und Legitimität* – in der *Täglichen Rundschau* einen Wahlkampfauftritt gegen die NSDAP veröffentlicht (L.-A. Bentin, *Johannes Popitz und Carl Schmitt* [1972], S. 102, Anm. 139), der er dann am 1. 5. 1933 beigetreten ist. Im Januar 1933 hat Schmitt ferner in dem Aufsatz „Die Stellvertretung des Reichspräsidenten“ (jetzt in: VA, S. 351–356; Nachbemerkungen: S. 356–358) die auf einem nationalsozialistischen Antrag beruhende, durch eine völlig heterogene Mehrheit im Dezember 1932 zustandegekommene und (nach Schmitts Angaben VA, S. 357) wesentlich gegen Schleicher gerichtete Änderung von Art. 51 der Weimarer Verfassung, die als Stellvertreter des Reichspräsidenten nicht mehr den Reichskanzler, sondern den Reichsgerichtspräsidenten bestimmte, aufs schärfste als Aushöhlung des liberalen Prinzips der Gewaltenteilung verurteilt. Auch Schmitts Unterstützung des „Preußenschlags“ vom 20. 7. 1932 kann nicht als Ausdruck einer unmittelbaren Sympathie für die Nationalsozialisten gewertet werden; Schmitt stand im Sommer 1932 höchstens den Deutschnationalen nahe, war schlimmstenfalls „ein Mann der Regierung Papen“ (H. Muth, „Carl Schmitt in der deutschen Innenpolitik des Sommers 1932,“ *HZ*, Beiheft 1: *Beiträge zur Geschichte der Weimarer Republik*, hrsg. Th. Schieder [1971], S. 75–147, S. 107; vgl. S. 136). Gegen Muths Einordnung hat J.M. Bendersky („Carl Schmitt in the summer of 1932: A Reexamination,“ *Revue européenne des sciences sociales*, 16 [1978], 39–53) allerdings geltend gemacht, Schmitt habe sich eher dem Kreis um General Schleicher verbunden gefühlt, den er wie J. Popitz seit 1929 persönlich kannte (vgl. J.M. Bendersky, *Carl Schmitt* [1983], S. 113ff.; C. Bonvecchio, *Decisionismo* [1984], S. 69ff.; zu Popitz s. gerade eben G. Schutz, „Über Johannes Popitz (1884–1945),“ *Der Staat*, 24 [1985], 485–511). Für eine gewisse Distanz zu den Ideen Papens spricht in der Tat, daß Schmitt, wie Muth selbst zugibt (S. 125), „zu keinem Zeitpunkt des Jahres 1932 als Propagandist irgendeines dieser Restaurationsvorschläge (sc. Papens, Gayls u.a. bezüglich der Weimarer Verfassung) hervorgetreten ist,“ obgleich als „das eigentlich sensationelle Ergebnis“ von *Legalität und Legitimität* durchaus eine „Preisgabe des ersten Teils der Reichsverfassung in toto“ (S. 111) herausgelesen werden kann – freilich ebenso eine große Treue zur geltenden Verfassung, deren Kern durch keine Verfassungsänderung aufgegeben werden dürfe. – Vgl. Anm. 54.

²⁹ Zur Ablehnung, auf die *Legalität und Legitimität* gerade bei Demokraten wie dem Juristen Quabbe und dem Zentrumspolitiker Kaas stieß, vgl. H. Muth, S. 145ff.; J.M. Bendersky, *Carl Schmitt*, S. 186f. – In der Gegenwart hat etwa I. Maus (*Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus* [1976]) in Schmitts Kritik am Positivismus nur reaktionäre

ist dieser Sachverhalt zu erklären? Eine gründliche Erklärung von Schmitts Option für den Nationalsozialismus hätte dessen ganzes Werk zu berücksichtigen; sie ist hier nicht möglich. Konzentrieren will ich mich auf jene Momente in *Legalität und Legitimität*, die jene Option im Grunde erklärbar machen.

Zunächst ist festzustellen, daß Schmitts Analyse der inneren Schwächen des parlamentarischen Gesetzgebungssystems dahin tendiert, die an der Extremform dieses Systems – einem gegen sich selbst neutralen Legalitätsfunktionalismus – gewonnenen Ergebnisse auf den Typus parlamentarischer Demokratie überhaupt zu übertragen. Dieser Übergang ist freilich ein logischer Kurzschluß. Denn auch wenn der Mehrheitsfunktionalismus sich selbst nicht begründen kann, folgt daraus nicht, daß er nicht *durch etwas anderes* begründet werden könnte. Der wertneutrale Funktionalismus kann nicht absolut gelten – aber das heißt nicht, daß er nicht in ein anderes System als dessen bedingtes, aber dennoch wesentliches Moment integriert werden könnte. Ein solches Mischsystem zieht aber Schmitt nicht in Betracht, obgleich gerade es eine Kohärenz haben könnte, die den isolierten einzelnen Systemen abgeht. Es fällt auf, daß Schmitt in diesem Sinne undialektisch denkt und die Möglichkeit einer Synthese der verschiedenen Systeme, eines Gleichgewichts der Gewalten kaum berücksichtigt.³⁰ Dafür ist Schmitts Souveränitätsbegriff mitverantwortlich; denn die verschiedenen Gewalten müssen nach ihm zwar in *einem* Punkte vereint werden, aber eben in dem *einen* Souverän (S. 265), den Schmitt nicht als *Totalität* der verschiedenen Gewalten zu konzipieren vermag. Als Alternative zum Gesetzgebungssystem kommt für ihn daher nur das Jurisdiktions-, Verwaltungs- oder Regierungssystem in Frage. Schmitt favorisiert nun offenbar einen Verwaltungsstaat, und zwar aus zwei Gründen: erstens infolge der richtigen Einsicht, daß der aus der Krise des wirtschaftsliberalen Staates des 19. Jahrhunderts hervorgegangene moderne Staat mit Wirtschaftsaufgaben notwendig eine starke Verwaltung erfordert (S. 266f.), und zweitens infolge seiner prinzipiellen Neigung, die konkrete Entscheidung, das real handelnde, sich in Ausnahmesituationen bewährende Machtzentrum für das Wesentliche am Staat zu halten. „Sowohl der Regierungs- wie der Verwaltungsstaat erblicken eine besondere Qualität im konkreten, ohne weiteres vollziehbaren oder zu befolgenden Befehl. Den Advokatenplädoyers, die den Jurisdiktionsstaat begleiten, wie den ebenfalls endlosen Diskussionen des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates machen sie

Momente sehen können, obgleich nicht schwer zu begreifen ist, daß die Ablehnung des Rechtspositivismus notwendige – wenn auch gewiß nicht hinreichende – Bedingung ist, um die Selbstaufhebung der Weimarer Republik negativ bewerten zu können. Zu Maus' Buch vgl. die kritische Besprechung von H. Rumpf, „Carl Schmitt und der Faschismus,“ *Der Staat*, 17 (1978), 233–243.

³⁰ Sie seien, heißt es S. 266, nur „in vorübergehenden Zwischenzeiten“ möglich. Die These von der Unbeständigkeit der Mischverfassungen ist ein klassischer Topos; vgl. etwa Tacitus, Ann. IV 33.

ein Ende und erkennen schon im Dezisionismus der sofort vollziehbaren Anordnung an sich einen positiven Rechtswert. Hier gilt: 'Das Beste in der Welt ist ein Befehl'" (S. 269).

In der konkreten Situation der Weimarer Republik befürwortet Schmitt einen Ausbau des Präsidialsystems, durch den der Reichspräsident, dank einer großzügigen Auslegung von Art. 48, nahezu unbeschränkte diktatorische Vollmachten erhielt (S. 335). Er – so meinte wohl Schmitt – wäre allein in der Lage, als Hüter der Verfassung deren Selbstaufhebung zu verhindern. Hinter dieser Option für ein starkes Präsidialsystem stehen plebiszitäre Vorstellungen: Die Absolutheit der Stellung des Reichspräsidenten sollte durch die direkte Wahl legitimiert sein (S. 339)³¹; die Legitimität der plebiszitären Beantwortung einer an das Volk klar und unmißverständlich gestellten Ja-oder-Nein-Frage wird von Schmitt der gesetzgebungsstaatlichen Legalität gegenübergestellt. Hier freilich zeigt sich eine merkwürdige Ambivalenz in Schmitts Argumentation: Das Wort "Legitimität," das am Anfang der Schrift im Gegensatz zu "Legalität" eine von kontingenter Faktizität unabhängige ethische Geltung von Normen bezeichnete, wird immer mehr zum Attribut eines Verfahrens, das sich zwar von dem Legalität erzeugenden des Parlaments spezifisch unterscheidet, aber mit ihm doch darin übereinkommt, daß es ein bloßes Verfahren ist, das keiner Beurteilung aufgrund höherer, materialer Kriterien unterliegt.³² Legale Entscheidungen des Parlaments können demnach illegitim sein, plebiszitäre Entscheidungen des Volkes hingegen per definitionem nicht. Freilich ist einer tieferen Betrachtung klar, daß Schmitt damit das Legitimitätsproblem – und die damit zusammenhängende Frage nach dem Widerstandsrecht, die Schmitt als einer der ganz wenigen Staatsrechtler seiner Zeit wenigstens stellt (S. 285f.) – ebensowenig löst wie der Rechtspositivismus bzw. nur nach Art jener, die "den Krieg dadurch aus der Welt schaffen ..., daß man ihn eine 'von Schlachten größeren oder kleineren Umfangs begleitete friedliche Maßnahme' nennt und das als 'rein juristische Definition des Krieges' bezeichnet" (S. 285f.). Wenn aber das zentrale rechtsphilosophische Problem der Legitimität nicht dadurch bewältigt werden kann, daß man plebiszitäre Entscheidungen einfach "legitim und nicht bloß legal" nennt, dann müssen gegen Schmitts positive Vorschläge dieselben Einwände geltend gemacht werden, die er selbst gegen das Gesetzgebungssystem vorbringt. Denn nicht nur dieses kann sich selbst aufheben – nach demselben Muster kann in einem Plebiszit das Volk beschließen, Plebiszite abzuschaffen und sich einer den Volkswillen ebenso wie materiale Werte vergewaltigenden Staatsmacht anzuliefern, nach demselben Muster kann ein Reichspräsident mit diktatorischen Befugnissen, statt zum Verteidiger der substantiellen Werte der

³¹ Vgl.: *Der Hüter der Verfassung* (1931), S. 156ff.

³² Vgl. S. 315, S. 318f., S. 339, wo der gesetzgebungsstaatlichen Legalität die plebiszitäre Legitimität gegenübergestellt wird, sowie O. Kirchheimer/N. Leites, S. 148.

Verfassung zu werden, einen Reichskanzler ernennen, der sich seine Entmachtung und die brutalste Verletzung ebendieser Werte vorgenommen hat. Das Problem der Selbstaufhebung einer Verfassung, das Schmitt für das Gesetzgebungssystem analysiert hat, ist keineswegs auf dieses beschränkt – dies nicht begriffen zu haben, ist m.E. das größte Manko von *Legalität und Legitimität*.³³

Woher rührt diese Grenze der sonst so scharfsinnigen Schrift? Im Grunde rührt sie daher, daß Schmitts Legitimitätsbegriff ebenso formal ist wie der liberale Legalitätsbegriff, ja, daß Schmitt in letzter Instanz selbst Rechtspositivist ist.³⁴ Dieses Urteil mag überraschen, sind doch sonst seine Polemik gegen den formalistischen Rechtspositivismus, sein Betonen substantieller Werte, sein Insistieren auf der alteuropäischen Rechtstradition gegen die auflösenden Ten-

³³ Vgl. K. Sontheimer, "Carl Schmitt: Seine 'Loyalität' gegenüber der Weimarer Verfassung," *Neue Politische Literatur*, 3 (1958), 758–770, 767: "Sch. hat einfach unrecht, wenn er unterstellt, Hitler sei durch das 'funktionalistische Mehrheitssystem' legal zur Macht gelangt. Nicht eine 51-prozentige Mehrheit hat ihm zum Reichskanzleramt verholfen, sondern gerade das Präsidialsystem, zu dessen Advokaten Sch. sich gemacht hat." (Allerdings berücksichtigt Sontheimer das Ermächtigungsgesetz nicht.) Ähnlich L.-A. Bentin, S. 101: "Diese Lehre (sc. von den Grenzen legaler Verfassungsänderung), in Weimar von der h. M. abgelehnt, hat in Art. 79 Eingang in das Bonner Grundgesetz gefunden. Sie ist ein unbestreitbares Verdienst Carl Schmitts. Wenn er aber heute in apologetischer Absicht darin einen "Notschrei" (VA, S. 345) gegen den Verfassungsbruch sieht und die Lehre einer unantastbaren Verfassungssubstanz als "fabelhaftes" Instrument gewertet wissen will, das er Hindenburg in die Hand gab, um den Nationalsozialismus abzuwehren (Gespräch mit dem Verf. am 10. 2. 1969), so muß betont werden, wie Schmitts Ausbau des Art. 48 (als Instrument des souveränen Diktators) diesen als Hebel jeden möglichen Verfassungsbruchs umschmiedete." S. auch H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung* (1953), S. 47. Schon H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1931), S. 51f., S. 54 kritisiert, daß Schmitts Auslegung des Art. 48 die Möglichkeit von Verfassungsbrüchen durch den Reichspräsidenten unberücksichtigt läßt.

³⁴ So G. Zaccaria, "La critica del normativismo: giuridico e metagiuridico nella teoria del diritto di Carl Schmitt," *La politica oltre lo stato: Carl Schmitt*, hrsg. G. Duso (1981), S. 139–152, S. 146: "Ma, malgrado la polemica contro il positivismo giuridico, per l'identificazione totale, questa sì tutta hobbesiana, tra diritto positivo e diritto posto dal sovrano-Stato, non è affatto arbitraria una catalogazione di Schmitt tra i positivisti giuridici." Treffend nennt Zaccaria Schmitts Dezisionismus "un Hobbes decapitato dalle premesse giusnaturalistiche e prestatuali" (S. 142). Ähnlich P.P. Portinaro, "Che cos'è il decisionismo?," *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 59 (1982), 247–267, 263: "Si potrebbe forse affermare che Schmitt non è di fatto un giusnaturalista, pur manifestando una certa nostalgia per il giusnaturalismo, mentre è di fatto un positivista, anche se nutre una spiccata antipatia nei confronti del positivismo giuridico." Insofern dürfte Schmitts Anspruch, "der letzte, bewußte Vertreter des jus publicum Europaeum" zu sein (*Ex Captivitate Salus* [1950], S. 75), einer falschen Selbsteinschätzung entspringen. Der letzte Vertreter der großen europäischen staatsrechtlichen Tradition, die immer naturrechtlich fundiert war, dürfte Hegel gewesen sein, und Hegel ist nach Schmitt am 30. 1. 1933 gestorben (*Staat, Bewegung, Volk* [1933], S. 32).

denzen der Moderne, seine Sympathie etwa für den Katholizismus als Spezifika von Schmitts Denken bekannt.³⁵ Aber einer genaueren Analyse kann nicht entgehen, daß Schmitt im Innersten seiner Überzeugungen vom modernen Glauben beherrscht ist, daß es keine letzten Werte geben könne, deren Geltung ideeller Natur und von faktischer Anerkennung unabhängig ist. Wie nahezu allen seiner Zeitgenossen³⁶ ist auch Schmitt die philosophische Problematik einer rationalen Begründung legitimer Geltungsansprüche fremd geworden, und deswegen kann er als Legitimitätsschaffende Instanz nur aufgreifen, was für eine gleichsam soziologische Betrachtungsweise im realen Bewußtsein seiner Zeit noch am ehesten als solche zu gelten scheint: "Und doch ist die plebiszitäre Legitimität die einzige Art staatlicher Rechtfertigung, die heute allgemein als gültig anerkannt sein dürfte" (S. 340). Mit dieser Reduktion der Anspruch auf Gerechtigkeit erhebenden Legitimität auf das plebiszitäre Verfahren kapituliert Schmitt vor dem relativistischen Geist seiner Zeit. Es ist bemerkenswert, daß die Unterhöhlung der ethischen Dimension des Legitimitätsbegriffs in *Legalität und Legitimität* schon 1932 kritisiert worden ist, und zwar in H. Gerbers Abhandlung *Freiheit und Bindung der Staatsgewalt*.³⁷ Einerseits erkennt Gerber die Schmittsche Unterscheidung von Legalität und Legitimität als wesentlich an; er klagt: "Deutsches Staatsrecht ist immer mehr der Legalität verfallen und hat das Gefühl für Legitimität verloren" (S. 18). Auch der Kritik Schmitts am verfassungstheoretischen Formalismus – zumal was die Frage der Verfassungsänderung angeht – schließt sich Gerber an (ohne allerdings Schmitts These von der Inkompatibilität beider Teile der Weimarer Verfassung zu akzeptieren; S. 19).

³⁵ S. etwa G. Miglio, "Oltre Schmitt," in: G. Duso (Hrsg.), S. 41–47, S. 42.

³⁶ Eine Ausnahme ist der m.E. bedeutendste Staatsrechtler der Weimarer Republik, H. Heller – in vielem die Synthese von Kelsen und Schmitt –, der in seiner *Staatslehre* von 1934 deutlich erkennt, daß ohne ein die Faktizität transzendierendes Fundament der ideellen Geltung von Normen nur der reine Machtpositivismus übrigbleibt, ohne freilich dieses Fundament irgendwie explizieren zu können. Vgl. zumal das Kapitel "Die Rechtfertigung des Staates. Staatsfunktion und Rechtsfunktion" (*Gesammelte Schriften*, 3 Bde. [1971], Bd. III, 325–339), bes. 329f.: "So wird für die ganze Epoche seit dem Zusammenbruch des Naturrechts charakteristisch das prinzipielle Unvermögen, die Frage der staatlichen Rechtfertigung überhaupt zu verstehen, geschweige denn sie befriedigend zu beantworten. Das Problem des sittlichen Geltungsgrundes des Staates wird fast ausnahmslos verwechselt mit der Frage nach dem soziologischen Geltungsgrund der staatlichen Macht... Mangels eines jeden objektiven Maßstabes der Richtigkeit muß deshalb die herrschende Lehre notwendig das Recht des Stärkeren anerkennen." Heller führt die Geltung von Rechtssätzen auf diejenige ethischer Rechtsgrundsätze zurück (S. 332), kann aber die Geltung letzterer nicht mehr begründen – es sei denn mit dem vagen Hinweis auf ein Gefühl (S. 334). Im Zusammenhang mit dieser Frage erörtert Heller ausführlich das Problem des Widerstandsrechts (S. 336ff.).

³⁷ Gerbers Buch ist ein interessantes Beispiel dafür, wie schnell Schmitts Schriften rezipiert wurden.

“Nachdem selbst die Grundrechte ihre Heiligkeit eingebüßt haben, gibt es *nichts Heiliges mehr im Staatsleben*. Es ist alles antastbar, wenn sich nur eine beliebige Mehrheit im Parlament findet. Und dieses formale Mehrheitsprinzip selbst kann nicht heilig sein, weil es eben formal ist; heilig aber kann nur eine konkrete Substanz sein” (S. 22). Trotz dieser Übereinstimmungen verweist Gerber jedoch mit Nachdruck auf die Differenzen zwischen Schmitts und seinem Legitimitätsbegriff. Er müsse deutlich betonen, daß er diesen Begriff anders auffasse, “als es *Schmitt* (vgl. *Verfassungslehre* S. 87ff.) tut. Hier bezieht er Legitimität auf die über Art und Form der staatlichen Existenz getroffene politische Entscheidung, welche die Substanz der Verfassung ausmacht und gilt, weil die politische Einheit existiert und das Subjekt der verfassunggebenden Gewalt Art und Form dieser Existenz bestimmen kann. Abgelehnt wird ausdrücklich die Rechtfertigung an einer ethischen oder juristischen Norm. – Dagegen möchte ich gerade diese ethische Rückbeziehung als den Kern aller Legitimität aufgefaßt haben. Auch von einer verfassunggebenden Gewalt kann nur unter der Voraussetzung einer bestimmten geltenden Wahrheits- und Wertüberzeugung gesprochen werden, die sie eben als solche legitimiert!” (S. 37)³⁸

Gerbers Einwand trifft einen zentralen Punkt. Schmitts plebiszitäre Interpretation des Legitimitätsbegriffes ist nur ein Ausdruck seiner schon erwähnten Unfähigkeit, die normative Geltungsfrage in ihrem unabweisbaren Ernst auch nur zu erfassen. Diese Unfähigkeit zeigt sich noch deutlicher in jener Position, die man gemeinhin mit Schmitts Namen verbindet – dem Dezisionismus.³⁹ Dieser (der in merkwürdigem Kontrast steht zu Schmitts Bemühungen um eine logische Kohärenz im Rechtsbegriff) kann ja nicht ernsthaft beanspruchen, eine Überwindung des normativistischen Formalismus Kelsens zu sein – ist er doch

³⁸ Aus den angeführten Zitaten dürfte schon hervorgehen, daß für Gerber das Legitimitätsproblem nur auf religiöse Weise lösbar ist; vgl. insbesondere S. 18, S. 21, S. 23 und die Berufung auf Gogarten und Brunner S. 36, S. 40, S. 41. Auch Schmitt nimmt an, daß ohne Religion die Legitimitätsfrage ihren Sinn verlieren muß. “Diese Verwandlung des Rechts in Legalität ist eine Konsequenz des Positivismus. Sie ist unvermeidlich, sobald ein politisches Gemeinwesen sich von der Kirche entfernt” (“Das Problem der Legalität,” S. 447). Der Gedanke einer rationalen, philosophischen Rechtfertigung des Rechts fehlt sowohl bei Gerber wie bei Schmitt.

³⁹ Bekanntlich ist der Dezisionismus die Lehre nur *einer* Epoche aus Schmitts Leben gewesen, wenn auch sicher der fruchtbarsten. Während die Frühschrift *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (1914) noch auf der Priorität des Rechts gegenüber dem Staat (und dieses gegenüber dem einzelnen) beharrt (S. 71ff., S. 100ff.), beginnt mit der Abhandlung *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934) nach der normativistischen und der dezisionistischen Phase die Wendung hin zu einem Ordnungsdenken.

nicht minder formalistisch.⁴⁰ In der Ideologie der Entscheidung um der Entscheidung willen – wie man sie ähnlich bei E. Jünger und M. Heidegger findet⁴¹ – geht es nicht um den Inhalt der Entscheidung, sondern nur darum, daß aus der Unbestimmtheit, in der alles möglich ist, herausgetreten wird – gleichgültig wohin und mit dem ausdrücklichen Bewußtsein, daß es auf den Inhalt der Entscheidung nicht ankommt⁴²; die Leere des inhaltlosen Subjektivismus wird aber damit nicht überwunden, sondern nur perenniert. Schmitt hat früh und zu Recht in der romantischen Unfähigkeit zu substantieller Bindung, in dem grenzenlos beliebigen Subjektivismus, für den alles Objektive nur Anlaß zum Tausel in sich selbst ist, eine, ja *die* Gefahr für das moderne Bewußtsein gesehen, auch und gerade was deren politische Folgen angeht.⁴³ Aber er hat nie begriffen, daß das, was er positiv dem Subjektivismus der Moderne entgegensetzte, selbst seinem Bannkreis angehörte, selbst nur politische Romantik war. *Die Politische Theologie* mit ihrem Betonen des Ausnahmezustandes, ihrer Überordnung der interessanten Ausnahme über den langweiligen Normalfall⁴⁴ erweist sich ge-

⁴⁰ Vgl. zu den Affinitäten zwischen Schmitt und Kelsen H. Ehmke, S. 33: “Das Endergebnis ist das gleiche: die Identifizierung von Recht und Macht bzw. von Macht und Recht.”

⁴¹ Grundlegend dazu Ch. Graf v. Krockow, *Die Entscheidung* (1958).

⁴² Vgl. M. Greiffenhagen, *Das Dilemma des Konservatismus in Deutschland* (1971), S. 249: “Der Grundtenor dieses Bewußtseins liegt in einer ebenso heroischen wie nihilistischen Entschlossenheit, die nicht weiß und auch nicht wissen will, wozu sie entschlossen ist... Die Entscheidung entspringt einem normativen Nichts und beweist sich allein in der vitalen Kraft ihres Mutes zu sich selbst.” – Die Wendung vom “normativen Nichts” ist vorgeprägt in: *Politische Theologie* (1922), S. 42.

⁴³ Vgl. folgende schöne Stelle aus: *Politische Romantik* (1919, 2. Aufl. 1925), S. 227: “So löst sich die tumultuarische Buntheit des Romantischen in ihr einfaches Prinzip eines subjektivierten Occasionalismus auf, und der geheimnisvolle Widerspruch der verschiedenartigen politischen Richtungen der sogenannten politischen Romantik erklärt sich aus der moralischen Unzulänglichkeit eines Lyrismus, der jeden beliebigen Inhalt zum Anlaß ästhetischen Interesses nehmen kann. Ob monarchische oder demokratische, konservative oder revolutionäre Gedanken romantisiert werden, ist für das Wesen des Romantischen gleich, sie bedeuten nur occasionelle Anknüpfungspunkte für die romantische Produktivität des schöpferischen Ich.”

⁴⁴ Vgl. *Politische Theologie*, S. 22, wo Schmitt selbst den Romantizismusvorwurf vorwegzunehmen und abzuwehren versucht: “Gerade eine Philosophie des konkreten Lebens darf sich vor der Ausnahme und vor dem extremen Falle nicht zurückziehen, sondern muß sich in höchstem Maße für ihn interessieren. Ihr kann die Ausnahme wichtiger sein als die Regel, nicht aus einer romantischen Ironie für das Paradoxe, sondern mit dem ganzen Ernst einer Einsicht, die tiefer geht als die klaren Generalisationen des durchschnittlich sich Wiederholenden. Die Ausnahme ist interessanter als der Normalfall.” – Treffend schreibt H. Heller in seiner Schrift über *Die Souveränität* (1927) zu Schmitts politisch-theologischer Definition des Souveränitätsbegriffs über den Ausnahmezustand: “Müßte nicht, wer diese Analogie (sc. mit dem Begriff des Wunders) und Schmitts Souveränitätsdefinition

rade nach den Kriterien der *Politischen Romantik* als romantisches Werk, heißt es doch dort: "Das Normale ist seinem Begriffe nach unromantisch, weil jede Norm die occasionelle Ungebundenheit des Romantischen zerstört" (S. 226). Es ist insbesondere K. Löwith gewesen, der diesen okkasionalistischen Charakter von Schmitts Dezisionismus herausgearbeitet hat.⁴⁵ Er streicht mit Nachdruck die "radikale Gleichgültigkeit gegen jeden politischen Inhalt" (S. 108) in Schmitts "*Entscheidung für die Entschiedenheit*" (S. 103) heraus, die nicht scharf genug von dem Ernst der Entscheidung bei jenen Denkern unterschieden werden könne, auf die Schmitt sich gerne beruft: Donoso Cortés einerseits und Kierkegaard andererseits (vgl. S. 98ff.). Denn der spanische Katholik und der dänische Protestant glaubten, als Christen, noch an etwas, ließen ihre Entscheidungen von etwas als absolut positiv Empfundenern abhängen; der Dezisionismus Schmitts sei dagegen wesentlich profan (S. 100), da er "weder an die Theologie des 16. noch an die Metaphysik des 17. und am allerwenigsten an die humanitäre Moral des 18. Jahrhunderts glaubt, sondern nur noch an die Kraft der Entscheidung" (S. 98).⁴⁶

Doch Schmitts Versuch einer dezisionistischen Überwindung des Okkasionismus ist nach Löwith nicht nur selbst okkasionalistisch, er ist auch nihilistisch. Dies zeige sich besonders in Schmitts Bestimmung des Politischen als Freund-Feind-Verhältnis (S. 108).⁴⁷ Denn wenn die Ausbildung von Feindschaft, ja die Möglichkeit eines Kampfes auf Leben und Tod für das Politische konstitutiv ist, es aber gleichzeitig völlig beliebig ist, wer zum Feind erklärt wird, dann sind die verhängnisvollsten Konsequenzen vorprogrammiert. Nun ist ein Hinweis auf unerwünschte Konsequenzen niemals eine immanente Kritik. Eine solche ergibt sich aber, wenn man darauf reflektiert, daß auch das existenzialistische Todespathos der Freund-Feind-Theorie, die den Unernst des Liberalismus am radikalsten überwinden sollte, im Grunde ebenfalls nichts ist als Liberalismus.

ernst nimmt, den Gottesglauben mit dem Glauben an den Zauberer oder Medizinmann identifizieren? Gott verfügt doch nicht nur... nicht einmal wesentlich über Wunder, sondern wirkt sich gerade im gesetzlichen Gesamtzusammenhange aus, der übrigens nicht weniger wunderbar ist, als seine Durchbrechung" (*Gesammelte Schriften*, II, 90f.).

⁴⁵ "Der okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt" (1935), *Gesammelte Abhandlungen* (1960), S. 93–126 (S. 117ff. sind später hinzugefügt).

⁴⁶ Löwith bezieht sich auf die Zentralgebiete in der Rede über "Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen" (1929), jetzt in: *Der Begriff des Politischen*, 4. Aufl. (1963), S. 79–95.

⁴⁷ Vgl. M. Schmitz, *Die Freund-Feind-Theorie Carl Schmitts* (1965), S. 243: "Die Politik auf die Negation fremden Seins zu reduzieren, ist der ins Politische transponierte Nihilismus selbst." Nach Schmitz liegt der politischen Theorie Schmitts "die Erfahrung des europäischen Nihilismus zugrunde, der in sich die Zerstörung des übernommenen Wertsystems und des traditionellen Vertrauens auf die Vernunft und ihre Fähigkeit zu einer sinnvollen Ordnung des menschlichen Zusammenlebens bedeutet" (S. 242).

Dies ist die bekannte These L. Strauss' gewesen⁴⁸, dessen nähere Argumentation hier wiederzugeben sich lohnt. "Daher ist die Bejahung des Politischen als solchen," schreibt Strauss, "die Bejahung des Kampfes als solchen, ganz gleichgültig, wofür gekämpft wird. Damit ist gesagt: wer das Politische als solches bejaht, verhält sich *neutral* gegenüber allen Freund-Feind-Gruppierungen. ... als Gespanntheit zu *gleichgültig welcher* Entscheidung macht sie von der ursprünglich um der Neutralisierung willen eröffneten Möglichkeit eines Jenseits aller Entscheidung Gebrauch. Wer das Politische als solches bejaht, der respektiert alle, die kämpfen wollen; er ist genau so *tolerant* wie die Liberalen – nur in entgegengesetzter Absicht... So erweist sich die Bejahung des Politischen als solchen als ein Liberalismus mit umgekehrtem Vorzeichen" (S. 179f.).⁴⁹

Die eben skizzierten Überlegungen dürften klarmachen, warum Skepsis angebracht ist gegenüber Schmitts Äußerungen über substantielle Werte in *Legalität und Legitimität*. Sicher, Schmitt ist und bleibt ein Wertkonservativer – aber sein Festhalten an den substantiellen Werten der Weimarer Verfassung entspringt nicht einem unbefangenen Glauben an deren Gültigkeit, sondern der angestrengten, politisch motivierten Überwindung der theoretischen Zweifel, die auch ihn durchsetzt haben.⁵⁰ In seiner Perspektive muß man sich nicht an bestimmte Werte halten, weil sie gültig sind – sie sind vielmehr gültig, weil allein der Glaube an Werte – und zwar an irgendwelche – dem Menschen Haltung und dem politischen System Stabilität verleihen kann.⁵¹ Auch in *Legalität und*

⁴⁸ "Anmerkungen zu Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen" (1932), jetzt in: L.S., *Hobbes' politische Wissenschaft* (1965), S. 161–181.

⁴⁹ Scharfsinnig ist auch Strauss' Kritik, daß Schmitts Polemik gegen ein moralisches Bewerten des Politischen unvermeidlich selbst ein moralisches Urteil darstelle (S. 179).

⁵⁰ So hat Schmitt nach dem Krieg die Wertethik – den modernen Ersatz für das Naturrecht – aufs schärfste kritisiert, und zwar weil ihre Werte keine Legitimität zu begründen vermöchten, auf beliebigen, standpunktgebundenen Setzungen beruhten und daher einen ewigen, notwendig höchst aggressiven Kampf miteinander führten ("Die Tyrannei der Werte" [1967], jetzt in: C. Schmitt/E. Jünger/S. Schelz, *Die Tyrannei der Werte* [1979], S. 9–43). Der hierin zum Ausdruck kommende Wertrelativismus steht zumindest zu dem, was explizit in *Legalität und Legitimität* gesagt wird, in Widerspruch, wie H. Rumpf zu Recht hervorgehoben hat (*Carl Schmitt und Thomas Hobbes* [1972], S. 100ff.); besonders auffällig ist, daß der Verwender der Selbstaufhebungsfigur 1967 in der Bestimmung der Wertfreiheit als höchsten Wertes keine Inkonsistenz zu erkennen vermag (vgl. S. 36).

⁵¹ Vgl. M. Stolleis, "Carl Schmitt," *Staat und Recht*, hrsg. M.J. Sattler (1972), S. 123–146 und S. 178–182, S. 136: "Im Zusammenbruch traditioneller Glaubens- und Wertssysteme blieb ihm nur der scheinbar inhaltsleere Rekurs zu "Ordnung" und "Entscheidung" an sich, als den metaphysizierten Hülsen eines aller materialen Ethik entkleideten Herrschaftssystems. Schmitts Feststellung, daß bei der Fragwürdigkeit aller bisherigen Bezugssysteme nur noch die mit 'echter' Macht und 'echter' Autorität durchgesetzte Entscheidung einen Halt zu geben vermag, ist die antidemokratische Form jenes Wertrela-

Legitimität ist Schmitts Haß gegen den substanzlosen Parlamentarismus des ersten Teils der Weimarer Reichsverfassung stärker als seine Liebe zu den Werten des zweiten Teils; diese schöpft nicht aus sich Kraft, sondern scheint nur dazusein, um jenen Haß zu legitimieren.

Dieser Typ des „angestregten Konservativen,“ wie man ihn nennen könnte, hat in unserem Jahrhundert den des unbefangenen Konservativen abgelöst – so wie auch im religiösen Bereich seit dem 19. Jahrhundert die naive Gläubigkeit einem reflektierten Rasonieren gewichen ist, das den Wert der Frömmigkeit vornehmlich psychologisch-existenziell oder soziologisch, nicht aber eigentlich theologisch begründet.⁵² Schmitt ist nur ein, wenn auch besonders eindruckliches, Exemplar dieses Typus, der allen Krisenzeiten bekannt ist; weitere Beispiele aus dem 20. Jahrhundert wären etwa Spengler und Gehlen. Dieser Typus aber entfaltet, eben wegen der ihm eigentümlichen geistigen Halbheit in der Reaktion auf die Zersetzung der traditionellen Werte, eine gefährliche Dialektik: Er tendiert dazu, aus Angst vor dem Tode Selbstmord zu begehen, konkret: sich aus Angst vor der Selbstaufhebung der liberalen politischen Ordnung, die sich selbst und die traditionellen Werte nicht mehr hinreichend schützt, einer politisch starken Kraft anzuvertrauen, die zwar jene Werte verteidigen sollte, in Wahrheit jedoch oft genug bloße Macht ist, die die Selbstaufhebung und die Zerstörung jener Werte nur besiegelt.⁵³ Weil der grenzenlose Liberalismus in die Diktatur führt, soll einem die Diktatur, da wenigstens konsequent, gleich recht sein – so pflügt diese *forma mentis* zu denken.⁵⁴ Besonders klar läßt sich diese

tivismus, den etwa Radbruch und Kelsen zur Grundlage ihres Demokratieverständnisses machten.“

⁵² Bezüglich Schmitts politischer Theologie heißt es in diesem Sinne bei C. Galli: „Che la teologia politica sia, in Schmitt, ben lontana dal possedere un significato autenticamente religioso, appare dunque evidente; l'elemento teologico non contraddice la centralità (l'autonomia) secolarizzata del „politico“: la teologia fornisce a Schmitt solo un modello strutturale, non un dogma sostanziale“ („La teologia politica in Carl Schmitt: Proposte per una lettura critica,“ in: G. Duso (Hrsg.), S. 127–135, S. 131).

⁵³ Vgl. dazu Verf., „Moralische Reflexion und Institutionenzerfall: Zur Dialektik von Aufklärung und Gegenklärung,“ erscheint in: *Hegel-Jahrbuch* 1986 oder 1987.

⁵⁴ Daher hat Schmitt das Ermächtigungsgesetz vom 24. 3. 1933 unmittelbar nach seiner Verabschiedung bejahen können, obwohl er genau wußte, daß es auf einer Interpretation von Art. 76 beruhte, die nach seiner Auffassung inakzeptabel war. „Das Gesetz beruht zunächst formal auf Art. 76 RVerf. Nach der herrschenden, insbes. von *Anschütz* vertretenen Auslegung des Art. 76 hat die Befugnis zur Verfassungsänderung überhaupt keine Grenzen“ („Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich,“ *Deutsche Juristen-Zeitung*, 38 [1933], 455–458, 456). Gleichzeitig scheinen ihm aber mit der vollzogenen Selbstaufhebung der Weimarer Republik seine alten Überlegungen erledigt: „Hüten wir uns davor, mit der Sophistik des alten Parteienstaates die Rechtsgrundlagen des neuen Staates zu untergraben. Mit dem Staat wird auch das Staatsrecht und die Staatsrechtslehre gereinigt und erneuert werden müssen“ (458). So müsse man davon ausgehen, daß die

Dialektik an der berühmten Rede über die Diktatur von Donoso Cortés aufzeigen, dessen wichtigster Rezipient in Deutschland sicherlich Schmitt gewesen ist. *Weil Donoso Cortés nicht zu Unrecht befürchtet, daß aus dem Zusammenbruch der alten legitimistischen Ordnung in Spanien eine Diktatur hervorgehen müsse* – eine Diktatur des Dolches, wie er sagt –, *verteidigt er das Institut der Diktatur*

Weimarer Verfassung nicht mehr gelte – sonst könnte durch ein einfaches Reichstagsgesetz das neue Verfassungsrecht wieder beseitigt werden (*Staat, Bewegung, Volk*, S. 6). Praktisch wichtig sei freilich gewesen, daß diese Selbstaufhebung legal erfolgte, sei doch “die Legalität ein Funktionsmodus des staatlichen Beamten- und Behördenapparates und insofern von politischer und juristischer Bedeutung... Für das heute geltende Recht bedeutet jene “Ermächtigung” vom 24. März 1933 nicht mehr, als eine Art republikanischer Analogie zu der ausdrücklichen Enthebung vom Treueid, die ein Monarch beim Thronverzicht oder bei der Abdankung ausspricht” (S. 8; vgl. auch: “Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen; ‘Legislative Delegationen’” [1936], *Positionen und Begriffe*, S. 214–229, S. 227). Seine Selbstaufhebung habe der legale Formalismus nur verdient, und die Macht, die sie getätigt, könne auf Legitimität und Substantialität Anspruch erheben, heißt es in Schmitts unsäglichlicher Rechtfertigung der Morde im Zusammenhang mit dem sog. Röhm-Putsch. “Er (sc. der Führer) zeigte den Gegensatz eines substanzhaften, von Sittlichkeit und Gerechtigkeit nicht abgetrennten *Rechts* zu der leeren *Gesetzlichkeit* einer unwahren Neutralität und entwickelte die inneren Widersprüche des Weimarer Systems, das sich in dieser neutralen Legalität selbst zerstörte und seinen eigenen Feinden auslieferte” (“Der Führer schützt das Recht,” *Deutsche Juristen-Zeitung*, 39 [1934], 945–950, 945). In dieser Perspektive erscheint Hitler als Träger der Legitimität, während Schmitt nach dem Krieg seine Einführung des Legitimitätsbegriffs – sachlich nicht zu Unrecht – dahingehend rechtfertigte, daß ohne einen solchen Begriff die drohende legale Selbstaufhebung der Weimarer Republik nur akzeptiert hätte werden können. Vgl. P.P. Portinaro, *La crisi*, S. 160: “In sede di valutazione storica, invece, occorre sottolineare che, se nel 1950 il nazismo viene interpretato da Schmitt come manipolatore della legalità, nei primi anni del regime esso era stato presentato come il principio della legittimità che subentra alla legalità e realizza lo Stato di giustizia sulle ceneri dello Stato di diritto.” – In Anbetracht der angeführten Äußerungen Schmitts aus den Jahren 1933 und 1934 erscheint es daher unglaublich, wenn er 1978 behauptet, in *Legalität und Legitimität* habe er es “für verfassungswidrig erklärt, in der chaotischen Situation des Herbstes und Winters 1932/33 einen Nationalsozialisten oder einen Kommunisten zum Reichskanzler zu ernennen und ihm die politischen Prämien auf den legalen Machtbesitz... auszuliefern” (“Die legale Weltrevolution,” S. 324; vgl. S. 333). Sicher, Schmitts Text kann so gelesen werden; aber wenn man weiß, daß Schmitt 1933 der Weimarer Republik vorwarf, Kommunisten und Nationalsozialisten auf die gleiche Stufe gestellt zu haben (*Staat, Bewegung, Volk*, S. 37), so ist es naheliegend zu vermuten, Schmitt habe schon 1932 sich zwar nicht mit den Nationalsozialisten identifiziert (vgl. Anm. 28), wohl aber ihre Machtergreifung für ein notfalls in Kauf zu nehmendes Übel gehalten, wenn es dadurch gelänge, die Gefahr einer kommunistischen Mehrheit im Reichstag zu bannen. – Für den italienischen Faschismus hat Schmitt früh Sympathien gezeigt (“Wesen und Werden des faschistischen Staates” [1929], *Positionen und Begriffe*, S. 109–115), wobei er bemerkenswerterweise von ihm eine Schwächung des kapitalistischen Privateigentums erwartete (S. 113).

– einer Diktatur des Säbels freilich, die die des Dolches verhindern solle.⁵⁵ Dieser Gedankengang ist zwar immer gefährlich, aber in bestimmten historischen Augenblicken nicht völlig unsinnig; in der Tat konnte die verzweifelte Situation am Ende der Weimarer Republik auch einen Klugen und Wohlmeinenden zur Ansicht zwingen, daß nur eine Diktatur (etwa Schleichers) die Republik retten könnte. Doch bleibt eine solche Argumentation, wie gesagt, immer gefährlich; im Einsatz für die Diktatur des Säbels kann man leicht diejenige des Dolches vorbereiten, die ja auch nur auf die weitere Auflösung der Republik hofft, ja am Ende kann man sogar die Diktatur des Dolches mit der Diktatur des Säbels verwechseln. Die Verantwortung für einen solchen Fehler fällt immer, auch bei nachweislich besten Absichten, auf diejenigen zurück, der ihn begangen hat, und an Schmitt, der offenbar den unmittelbaren Instinkt für die traditionellen Werte verloren hatte, bleibt unauslöschlich der Makel haften, daß er sich schließlich für die Diktatur des Dolches eingesetzt hat – und daß damit gerade der energischste Warner vor der Selbstaufhebung des wertneutralen Funktionalismus in tragischer Verstrickung selbst zu ihr beigetragen hat.

IV.

Als Ergebnis der bisherigen Analysen läßt sich zusammenfassend sagen, daß *Legalität und Legitimität* in der *Kritik* an einer Extremform des Gesetzgebungssystems überzeugend ist, in den eigenen *positiven Vorschlägen* jedoch selbst dem Fehler unterliegt, den sie an jener Extremform aufgezeigt hat: Ein diktatorischer Verwaltungsstaat – zumindest, wie ihn Schmitt konzipiert – ist ebenso von der Selbstaufhebung bedroht wie ein Gesetzgebungsstaat, ja er ist selbst die größte Gefahr für jene substantiellen Werte, die Schmitt bewahrt wissen möchte. Wie manch anderer Denker ist Schmitt stärker im Negativen als im Positiven. Will man mit ihm über ihn hinaus, stellt sich daher die Frage: Was für positivere Konsequenzen als die von ihm selbst gezogenen folgen aus seinen kritischen Überlegungen für eine Theorie, die an der parlamentarischen Demokratie als der legitimsten Staatsform⁵⁶ festhalten möchte?

⁵⁵ J. Donoso Cortés, *Obras completas*, hrsg. C. Valverde, 2 Bde. (1970), II, 305–323, 322f. Dazu vgl.: *Donqso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation* (1950), S. 105: “In Wirklichkeit bedeutete ihm die gekrönte Diktatur... nur ein praktisches *pis aller*, eine Notwehr gegen die Diktatur anderer Kräfte und Mächte, die er für gefährlicher, boshafter und intensiver diktatorisch hielt.”

⁵⁶ Daß sie dies ist, kann ich hier nicht begründen, wie ich überhaupt in dieser Abhandlung eigene Überlegungen zu einer philosophischen Lösung des Legitimitätsproblem nicht entwickeln kann. Dazu sei verwiesen auf Ch. Jermanns und meine Beiträge in: *Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie*, hrsg. Ch. Jermann (1986), die eine rationale Rekonstruktion und Aktualisierung von Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts* versuchen.

Entscheidend ist zunächst, daß eine Verfassung nicht gegen sich selbst neutral sein darf. Das gilt sinnvollerweise für jede Verfassung, und auch wenn dieser Selbstschutz einer Verfassung keineswegs schon eine hinreichende Bedingung für Legitimität ist, so ist doch klar, daß gerade eine Verfassung, die auf Legitimität begründeten Anspruch erhebt, auf keinen Fall auf diesen Selbstschutz verzichten kann. Es kann jedenfalls nicht "der Sinn der Verfassungsbestimmungen über die Verfassungsrevision" sein, "ein Verfahren zur Beseitigung des Ordnungssystems zu eröffnen, das durch die Verfassung konstituiert werden sollte. Wenn eine Verfassung die Möglichkeit von Verfassungsrevisionen vorsieht, so will sie damit nicht etwa eine legale Methode zur Beseitigung ihrer eigenen Legalität, noch weniger das legitime Mittel zur Zerstörung ihrer Legitimität liefern" (S. 311).

Diese Einsicht Schmitts ist in der Tat von zahlreichen modernen demokratischen Verfassungen anerkannt, die die Lehren aus dem Zusammenbruch der Weimarer Republik gezogen haben.⁵⁷ Art. 79 III des Bonner Grundgesetzes etwa erklärt u.a. die Abschaffung der Art. 1 und 20 für unzulässig, Art. 139 der italienischen Verfassung verbietet Verfassungsrevisionen, die die republikanische Staatsform selbst zum Gegenstand haben. Bemerkenswert ist, daß die italienische Verfassung die Revision nur einer organisatorisch-staatsrechtlichen Bestimmung ausschließt, die deutsche hingegen daneben auch die der materiellrechtlichen Grundrechte, die das Individuum betreffen (Art. 1). Wie mir scheint, läßt sich die weitergehende deutsche Einschränkung logisch gegenüber der restriktiveren italienischen Lösung auszeichnen; denn organisatorische Normen setzen offenbar ein bestimmtes Menschenbild voraus. So ist eine Demokratie als Staatsform nur sinnvoll bei Anerkennung der Menschenwürde jedes einzelnen Individuums; die Demokratie impliziert die Geltung der Menschenrechte.⁵⁸ Die-

⁵⁷ Vgl. die interessante verfassungsgeschichtsphilosophische Interpretation der Entwicklung von der Weimarer Verfassung zum Grundgesetz in D. Wandschneiders subtiler Abhandlung "Die dialektische Notwendigkeit des Negativen und ihre ethische Relevanz," erscheint in: *Hegel-Jahrbuch* 1986 oder 1987. – Frankreich hat freilich schon 1884 Grenzen der Verfassungsänderung festgelegt. "Die Verteidigung der *französischen Republik* als Staatsform wurde durch das Verfassungsgesetz vom 18. August 1884 geregelt. Dieses Gesetz liefert ein instruktives Beispiel des französischen Stils im Vergleich mit dem deutschen Modell der Weimarer Republik, die dazu prädestiniert war, ein Opfer der legalen Revolution *Hitlers* zu werden... Das Gesetz ordnet an, daß ein *Antrag* auf Beseitigung der republikanischen Staatsform in dem Verfahren der Verfassungsrevision überhaupt nicht gestellt werden darf. 'La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision'" ("Die legale Weltrevolution," S. 330f.).

⁵⁸ R. Smend hat schon 1933 zu Recht darauf hingewiesen, daß auch in der Weimarer Verfassung zwischen beiden Teilen – dem organisatorischen und dem über die Grundrechte und Grundpflichten – durchaus ein Zusammenhang bestehe, und dies an folgendem Beispiel verdeutlicht: "Wenn die Verfassung dem Arbeiter die Koalitionsfreiheit und eine Reihe anderer sozialer Rechte und Sicherungen gewährleistet, so ist das zunächst nicht sozialpolitisch, sondern verfassungspolitisch gemeint: in einem Staat der breitesten

sem Bedingungsverhältnis trägt auch die Tatsache Rechnung, daß etwa das Grundgesetz – anders als die Weimarer Reichsverfassung – die individuellen Grundrechte vor den organisatorisch-staatsrechtlichen Bestimmungen abhandelt.

Aus der Begrenzung des Rechts auf Verfassungsänderungen folgt, daß ein Staat das Recht hat, verfassungswidrige Parteien für illegal zu erklären (vgl. Art. 21 II GG; s. auch Art. 9 II und Art. 18 GG). Dies setzt in der Tat jene Begrenzung voraus (vgl. Anm. 20), ergibt sich aber auch unmittelbar aus ihr. Doch nicht nur ist es unabdingbar, gewisse fundamentale Normen für absolut gültig zu erklären. Darüber hinaus gibt es auch Normen, die zwar nicht prinzipiell unwandelbar sein können, weil ihnen ein Moment der Kontingenz anhaftet, die aber trotzdem legitimerweise einen besonderen Schutz genießen: Das sind die meisten der sonstigen verfassungsrechtlichen Bestimmungen, die, insofern sie etwa die *Rahmenbedingungen* für die Gesetzgebung festlegen, einen logisch anderen Status haben als die konkreten Gesetze, die durch sie erst ermöglicht werden.

Aus der Tatsache, daß das Parlament in seiner Gesetzgebung an die Verfassung gebunden ist, folgt, wenn jene Bindung nicht ein bloßer Wunsch sein soll, die Notwendigkeit einer konkreten Institution, die die Legislative kontrolliert, und es dürfte klar sein, daß dafür am ehesten ein Verfassungsgericht in Frage kommt. Schmitt freilich hat schon 1929 in einem Beitrag für die Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, der immerhin den Titel trägt "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung,"⁵⁹ eine Verfassungsgerichtsbarkeit nach amerikanischem oder österreichischem Vorbild abgelehnt⁶⁰; und 1931 hat er dann ausdrücklich – unter Rückgriff auf die Lehre vom *pouvoir neutre* – den Reichspräsidenten zum Hüter der Verfassung erklärt.⁶¹ Freilich hat Kelsen noch im selben Jahr⁶² gegen Schmitts Konzeption den schon erwähnten Vorwurf erhoben, daß in ihr die Möglichkeit einer Verletzung der Verfassung durch das Staatsoberhaupt ignoriert werde (S. 51f.) und daß sogar "die Formel, mit der C.S. selbst das Wesen der 'Neutralität' bestimmt, die die Voraussetzung für das

demokratischen Grundlage ist die verfassungsmäßige Mitbestimmung der Arbeiterschaft doch nur gesichert, wenn sie nicht nur formaldemokratisch stimmberechtigt, sondern auch sozial in der Lage freier aktiver demokratischer Staatsbürger ist" ("Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht" [1933], *Staatsrechtliche Abhandlungen*, S. 309–325, S. 319).

⁵⁹ VA, S. 63–100; Nachbemerkungen: S. 100–109.

⁶⁰ Allerdings ist es bezeichnend, daß Schmitt gleichzeitig einer Stellungnahme des Reichsgerichts bezüglich eines richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen implizit vorwirft, "die verfassungsrechtlich sehr wichtige Frage nach den Grenzen der Revisions- oder Änderungsbefugnis" (gemäß Art. 76) nicht einmal zu stellen (S. 93).

⁶¹ *Der Hüter der Verfassung*, S. 132ff.

⁶² *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*

Amt eines Hüters der Verfassung sein soll,... geradezu auf ein Verfassungsgericht abgestellt" sei und sich gegen das Staatsoberhaupt richte (S. 46). In der Tat ist überzeugend, daß ein Gericht eher vor Verfassungsbrüchen schützen kann als das Staatsoberhaupt oder gar – in Kanzlerdemokratien, wo das Staatsoberhaupt entmachtet ist⁶³ – der Regierungschef; denn diese sind eher an bestimmte politische Interessen gebunden als Richter, deren Ausbildung auf die Interpretation vorgegebener Texte geht.⁶⁴ (Daß natürlich auch sie falsche – d.h. illegitime – Entscheidungen treffen können, ist zuzugestehen; die Möglichkeit menschlichen Irrtums ist auch in der besten Verfassung nicht auszuschließen, sondern nur einzuschränken.) Zu Recht haben daher zahlreiche westliche Demokratien nach dem Krieg eine Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt, und es ist bemerkenswert, daß Schmitt selbst an einigen Stellen in *Legalität und Legitimität* en passant eine Entwicklung in diese Richtung erörtert, wobei er nicht ohne Recht hervorhebt, daß diese dem Selbstverständnis des reinen Gesetzgebungsstaates widerspreche und in ihn Momente des Jurisdiktionsstaates einführe (S. 282, S. 290, S. 307ff., S. 336)⁶⁵; es handelt sich bei einem solchen Staat also um eine Mischform. In ihr ist die Souveränität des Parlaments negiert; ja, im Grunde kann nach dieser Konzeption niemand souverän sein, da auch die Verfassungsrichter an die Verfassung gebunden sind. In der Verlängerung dieser Argumentationslinie liegt die in der Gegenwart von M. Kriele vertretene Auffassung, im modernen Verfassungsstaat sei kein Verfassungsorgan, sondern nur deren Totalität souverän.⁶⁶ Auf der Basis der Einsicht in die logische Notwendigkeit, die Selbstaufhebung zu vermeiden, läßt sich also innerhalb der demokratischen

⁶³ In Verfassungsdemokratien ist das eigentliche Staatsoberhaupt ohnehin das Verfassungsgericht; dieses allein hat die Kompetenz, die früher dem König zustand, demokratisch zustandgekommene Gesetze aus Legitimitätsgründen zurückzuweisen.

⁶⁴ Da der Sinn der erschwerten oder verunmöglichten Revision von Verfassungsnormen der ist, bestimmte Grundwerte der Verletzung durch die Mehrheit zu entziehen, ist es wichtig, daß diejenigen, die über das Vorliegen einer solchen Verletzung entscheiden, nicht auf eine Wiederwahl durch die Mehrheit des Volkes, Parlaments usw. angewiesen sind.

⁶⁵ Vgl.: "Grundrechte und Grundpflichten" (1932), VA, S. 181–230 (Nachbemerkungen: S. 230–231), S. 192: "Die zwei Verfassungsteile entsprechen dann der Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft; die Grundrechte sind, wie Gneist es ausdrückt, "die Generalpostulate der Gesellschaft" an den Staat. Daraus ergibt sich folgerichtig, daß vom Staat unabhängige Gerichte die Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung unter dem Gesichtspunkt dieser Grundrechte prüfen, und der Staat in diesem besonderen Sinne ein *Justizstaat* ist." Merkwürdig ist, daß Schmitt derartige Gerichte für außerstaatliche Organe zu halten scheint.

⁶⁶ Vgl. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre* (1975), S. 56ff., S. 111ff. Kriele selbst entwickelt die Selbstaufhebungsfigur bezüglich der Identitätsdemokratie S. 233ff., greift allerdings nicht auf Schmitts Überlegungen zur Selbstaufhebung der Weimarer Verfassung zurück. – Den "Gedanken einer Souveränität der Verfassung" schreibt Schmitt übrigens Hugo Preuß zu (*Hugo Preuß* [1930], S. 9).

Staatsformen eine Verfassungsdemokratie mit Verfassungsgerichtsbarkeit auszeichnen.⁶⁷

Allerdings ist klar, daß auch eine Verfassungsdemokratie wie die Bundesrepublik Deutschland, obgleich sie gegenüber der Weimarer Republik bedeutende institutionelle Sicherungen gegen eine Selbstaufhebung enthält, gegen sie nicht völlig immun ist. Institutionen hängen immer an Individuen und deren Überzeugungen von dem, was recht ist; sind diese schlecht, sind auch die besten Institutionen nicht zu retten. Denkbar wäre etwa im Fall des Grundgesetzes, daß die im Augenblick noch isolierte formalistische Auffassung, Art. 79 sei selbst abschaffbar, zur herrschenden Meinung würde, wodurch auch die legale Abschaffung von Art. 1 und 20 ermöglicht würde.⁶⁸ Eine solche Befürchtung scheint mir nicht völlig unrealistisch. Denn die Pointe der Verfassungsdemokratie beruht auf der Anerkennung von Werten und Normen, deren *Geltung* weder aus dem demokratischen Konsens stammt noch geschichtlichen Wandlungen unterliegt, sondern zeitlos ist (auch wenn die Normen selbst natürlich nur in der Geschichte durch soziale Anerkennungsprozesse verwirklicht werden können).⁶⁹ Das erhellt besonders deutlich, wenn man etwa Schmitts Argumente gegen ein Verfassungsgericht genauer analysiert.⁷⁰ So verweist Schmitt auf konstitutive Differenzen zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit auf der einen und Zivil-, Straf-

⁶⁷ Es wäre daher zu erwägen, ob nicht in Art. 79 III GG als unabänderliche Bestimmung auch die Existenz des Bundesverfassungsgerichts aufgeführt werden sollte; denn Art. 79 III hat doch wohl nur Praxisrelevanz, wenn ein Verfassungsgericht existiert.

⁶⁸ Vgl. Anm. 26 zum attischen Staatsstreich von 412/11.

⁶⁹ Es ist klar, daß es neben solchen a priori zu begründenden Normen (deren Anerkennung m.E. gerade für eine stabile Demokratie zentral ist) auch Normen gibt, deren *Geltung* von historischen Rahmenbedingungen abhängt (die ohne diese also ihren Sinn verlieren) bzw. ausschließlich aus dem demokratischen Konsens entspringt: Der Rechtsverkehr etwa ist legitim, weil man sich im Mehrheitsverfahren auf ihn geeinigt hat; man hätte sich genausogut auf den Linksverkehr einigen können. Die Norm demokratischer Konsensbildung selbst oder diejenige der Unantastbarkeit der Menschenwürde jedoch können nicht denselben Stellenwert haben wie diejenige des Linksverkehrs. S. dazu ausführlicher – in Anschluß an Hegel und Radbruch – Verf., „Das abstrakte Recht,“ in: Ch. Jermann (Hrsg.), S. 55–99. – Ein scharfes Kriterium, um apriorische von kontingenten Normen zu unterscheiden, ist nicht nur deswegen wichtig, weil es – wie oben gezeigt – sinnvoll ist, fundamentale Normen durch die Aufnahme in die Verfassung uneingeschränkter Revisionsmöglichkeiten zu entziehen; auch umgekehrt ist klar, daß nur rational begründbare Normen einen besonderen Schutz genießen dürfen; bei völlig beliebigen Bestimmungen ist eine erschwerte Abänderbarkeit – und d.h. eine Aufnahme in die Verfassung – nicht zu rechtfertigen (es sei denn bei organisatorischen Bestimmungen, wo oft nur das Daß einer solchen Norm, nicht ihre nähere quantitative Ausführung begründbar ist; wohl aber ist rational einzusehen, daß es für die Stabilität eines Staates sinnvoll ist, daß etwa die Amtsdauer des Staatsoberhaupts nicht jede Legislaturperiode verändert wird).

⁷⁰ „Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung.“

und Verwaltungsgerichtsbarkeit auf der anderen Seite; denn die Verfassung sei "kein Gebiet staatlicher Tätigkeit, wie Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten, Verhängung von Strafen oder Verwalten" (S. 73). Während die richterliche Entscheidung sich sonst an ein vorgegebenes Gesetz zu orientieren habe, werde in der Verfassungsgerichtsbarkeit *über* ein Gesetz geurteilt; das aber sei nicht mehr Gerichtsbarkeit (S. 77; vgl. S. 108), werde doch hier der wesentliche "Zusammenhang von richterlicher Unabhängigkeit und gesetzlicher Bindung" zerstört (S. 84). Nun könnte man gegen diese Ausführungen vorbringen, daß die Verfassungsgerichtsbarkeit zwar durchaus eine Gerichtsbarkeit *sui generis* sei – eben eine Gerichtsbarkeit höherer Stufe –, aber auch als solche sehr wohl Gerichtsbarkeit bleibe; denn auch sie müsse versuchen, unter (zugegebenermaßen sehr allgemeine) Bestimmungen – eben die der Verfassung – zu subsumieren. (Freilich liegt ihre Daseinsberechtigung darin, daß eine solche Subsumtion nicht immer gelingt – etwa bei für verfassungswidrig erklärten Gesetzen.) Hier aber wendet Schmitt ein, daß eine Verfassungsgerichtsbarkeit nicht rein subsumieren könne; es trete notwendig ein dezisionistisches Moment hinzu, das nur dem Politiker, nicht aber dem Richter zustehe (S. 79). Der Gedanke der Verfassungsgerichtsbarkeit setze im Grunde den Glauben "an inhaltliche, absolute Normen" voraus, "deren Findung und Handhabung allein eine absolute Gerichtlichkeit ermöglicht" (S. 98). Schmitts Hinweis darauf, daß die Verfassungsgerichtsbarkeit mehr als jede andere Rechtsprechung auf außerjuristische Momente angewiesen ist, ist gewiß richtig. Doch die Vorbehalte, die er ihr gegenüber deswegen hat, sind dann und nur dann akzeptabel, wenn man sich seiner Auffassung anschließt, daß diese außerpositiven Momente notwendig beliebiger Dezision überlassen sein müssen, was die Rechtssicherheit gewiß tödlich gefährden würde. In der Tat findet sich diese Voraussetzung auch in der bekannten Kritik seines Schülers E. Forsthoff an der Entwicklung der Verfassungsauslegung.⁷¹ Doch eben diese Voraussetzung Schmitts und Forsthoffs ist durchaus fraglich,⁷² ja kann gerade von *Legalität und Legitimität* her kritisiert werden;

⁷¹ "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes," H. Barion/E. Forsthoff/W. Weber, *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag* (1959), S. 35–62.

⁷² Vgl. die an Smend orientierte Kritik an Forsthoffs Aufsatz bei A. Hollerbach, "Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?," *Archiv für öffentliches Recht*, 85 (1960), 241–270. – Daß Forsthoffs Kritik an gelegentlichen Beliebigkeiten in den Interpretationen der Grundrechte etwas Richtiges sagt, kann nicht bestritten werden. Aber aus ihr folgt m.E. nur, daß man sich um eine möglichst präzise und rationale Klärung der Grundrechte und zumal um Ausbildung von Entscheidungskriterien bei Wertkonflikten bemühen muß, nicht, daß nicht die Grundwerte es wären, aus deren Verwirklichung der moderne Staat allein seine Legitimation beziehen kann. Klar ist ferner, daß bei der Analyse der Grundprinzipien des Rechts philosophische Mittel erforderlich sind – das gilt für jede Wissenschaft (die Klärung der Prinzipien der Mathematik etwa ist Philosophie der Mathematik und nicht mehr selbst Mathematik) und braucht keineswegs ein Übel zu sein, wie etwa Forsthoff und Schmitt (vgl. Anm. 50) unterstellen.

denn der staatsrechtlich unabweisbare Begriff der Legitimität gibt ohne die Annahme überpositiver, aber trotzdem nicht beliebiger materieller Werte, die nicht deswegen gelten, weil sie anerkannt sind, sondern die anerkannt werden sollen, weil sie gelten, überhaupt keinen Sinn; nur solche Werte können das positive Recht rechtfertigen.⁷³

Allerdings ist die Geltung derartiger Werte oder Normen, wie sie nach dem bisher Gesagten gerade eine Verfassungsdemokratie in besonderem Maße voraussetzt, in unserer Zeit, in der auf der einen Seite die Konzeption einer Legitimation ausschließlich durch Verfahren, auf der anderen Seite der Historismus die herrschenden Ideologien ausmachen, in hohem Maße Zweifeln ausgesetzt. In der Konsequenz dieser Zweifel liegt notwendig ein Mißtrauen gegenüber der Verfassungsdemokratie und zumal die Überzeugung von der Unrechtllichkeit einer Bestimmung wie Art. 79 III GG; denn man kann sich nicht das Recht anmaßen, alle folgenden Generationen an eine Norm zu binden (ja auch nur das Quorum für ihre Revision zu erhöhen), und zugleich der Ansicht sein, die Geltung dieser Norm verdanke sich nur unserem Konsens in einem bestimmten historischen Augenblick.⁷⁴ Zwischen der Auffassung unseres Grundgesetzes, daß die Verfassungsrevision Grenzen unterliege⁷⁵, und den relativistischen Tendenzen des gegenwärtigen Zeitgeistes, die an diejenigen der Weimarer Zeit erinnern, besteht ein unversöhnlicher Widerspruch. Jene Auffassung ist einerseits für die verfassungsmäßige Struktur unseres Staates zentral, dürfte andererseits ohne rechtsphilosophische Voraussetzungen nicht zu legitimieren sein, wie sie nicht gerade zu den gängigen common-sense-Überzeugungen unseres modernen Bewußtseins gehören. Der hierin liegende, für unsere geistige Situation symptomatische Widerspruch dürfte von den meisten zugestanden werden; es ist als das Hauptproblem Europas durchaus allgemein bekannt, daß es seit dem 19. Jahrhundert in einem ständig zunehmenden Wertvakuum lebt. Es könnte aber gegen eine Dramatisierung dieses Widerspruchs eingewandt werden, daß sich die

⁷³ Vgl. J. Winckelmann, "Die verfassungsrechtliche Unterscheidung," S. 174: "Es kann demnach neben der Frage der Legalität diejenige nach der Legitimität der staatlichen Willensbildung niemals verstummen, ohne daß das Recht selbst zu schweigen beginnt." S. 172 bestimmt Winckelmann als Aufgabe der Verfassungsrechtslehre "die Darlegung des normativen Geltungsgrundes von Legitimität."

⁷⁴ Vgl.: "Die legale Weltrevolution," S. 337: "Mit welchem Recht schreiben die Menschen von heute den Menschen von morgen eine Verfassung vor? Schon die aufgeklärten Revolutionäre des 18. Jahrhunderts kannten das Problem und nahmen in ihre Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 24. Juni 1793, Art. 28, einen problemgeladenen Satz auf: Eine Generation kann nicht durch ihre Gesetze künftige Generationen unterwerfen."

⁷⁵ Bedauerlich ist daher die Volkssouveränitätsvorstellungen suggerierende Formulierung in Art. 20 II 1 GG: "Die Staatsgewalt geht vom Volke aus" – einem Artikel, der gerade der Souveränität des Volkes entzogen ist. Ungleich geschickter ist m.E. die Formulierung in Art. 2 I 2 BV: "Träger der Staatsgewalt ist das Volk."

Stärke eines freiheitlichen Staates gerade daran bemesse, wie weit er diesen Widerspruch auszuhalten vermöge. So schreibt E.-W. Böckenförde: "*Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.* Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her ... reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots, zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben."⁷⁶ Es liegt mir fern zu bestreiten, daß Böckenförde etwas für den von der traditionellen Legitimationsinstanz der Kirche emanzipierten modernen Staat Wesentliches und Tiefriechendes sagt: Der Rechtsstaat kann mit Mitteln des Rechtszwangs seine eigene Legitimität nie und nimmer herstellen; er kann sich selbst nicht begründen, sondern bedarf dazu einer anderen, höheren Sphäre: Nur die Religion bzw., in einem aufgeklärten Zeitalter, die Philosophie kann das Problem der Begründung letzter Werte lösen. Aber, so scheint mir, ein Rechtsstaat muß auch, will er die eigene Selbstaufhebung vermeiden, etwa mit kultur- und bildungspolitischen Mitteln einen Zustand zu beheben suchen, in dem die herrschende Weltanschauung der öffentlichen Meinung seinem innersten Kern gegenüber nicht neutral, sondern geradezu feindlich ist. Zu derartigen Selbstschutzmaßnahmen hat der Staat nicht nur ein Recht, sondern sogar eine Pflicht. Denn die Überwindung eines solchen Widerspruches⁷⁷ dürfte für sein Bestehen von weitaus größerer Bedeutung sein, als man gemeinhin vermutet. Wenn nämlich von Carl Schmitts *Legalität und Legitimität* etwas zu lernen ist, dann dies, daß Widersprüche dieser Art nicht theoretisch zu bleiben pflegen. Über kurz oder lang rächt sich die Wahrheit immer.

⁷⁶ "Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation" (1967), E.-W.B., *Staat, Gesellschaft, Freiheit* (1976), S. 42–64, S. 60.

⁷⁷ Dieser Widerspruch ist zwar harmloser als derjenige der Weimarer Verfassung, der ein *verfassungsinerner* Widerspruch ihrer beiden Teile war (genauer: einer Interpretation einer zentralen Bestimmung des ersten Teils und des zweiten Teils); aber da eine Verfassung kein von der Realität losgelöstes Gebilde ist, sondern diese bestimmen will, gefährdet ein Widerspruch zwischen ihr und dem Geist der realen Welt mittelbar auch sie selbst. Bonn ist nicht Weimar, aber lernen kann und sollte es viel von Weimar (vgl. VA, S. 8).