

Legalität als Waffe? Zur Dialektik von Entlegitimierung und Relegitimierung der Legalität bei Schmitt und Kervégan¹

Klaus Günther

Abstract

In his contribution, Klaus Günther deals with Schmitt's distinction between legality and legitimacy. According to Günther, Kervégan's decontextualization of the distinction first requires a recontextualization. Thus, he shows to what extent it is underlaid, even interwoven, with another distinction, namely with the distinction between *pays réel* and *pays légal*. It has been coined by the political opposition against the principles of 1789 and determines the conceptual framing of law, democracy and human rights until today. Above all, it obfuscates their interrelationships and blocks an adequate conception of legitimacy by legality.

Keywords: Carl Schmitt – constitution – deliberative democracy – human rights – Karl Marx – legality – legitimacy – pays réel – pays légal

„Als Staatsrechtler war er [Schmitt] bereit, diesem Staat ein politisches Staatsrecht als Waffe zu reichen.“

(Michael Stolleis, 1941–2021)²

I. Einleitung

Wenn man heute überhaupt den Versuch unternehmen will, Carl Schmitts Werk nicht bloß als Kontrastfolie zu verwenden, vor der man die eigene Argumentation schärft und profiliert, sondern als einen Fundus von Problemen und Argumenten, die auch unter völlig veränderten historischen Bedingungen noch Relevanz beanspruchen können, dann müsste man so wie Jean-François Kervégan verfahren.³ In klarer und eindeutiger Distanz zu den historischen Kontexten und zu den irrlichternden Maskenspielen eines notorischen Antisemiten, der wenig vom Rechtsstaat und noch weniger von parlamentarischer Demokratie und Menschenrechten hielt, scheidet Kervégan mit größter Sorgfalt die unbrauchbaren Elemente aus dem Konglomerat von Schmitts Positionen und Begriffen. Übrig behalten will er diejenigen Metalle, die sich heute noch für die Konstruktion eines modernen und demokratischen Rechts- und Verfassungsstaates verwenden.

¹ Günter Frankenberg und Jonas Heller danke ich für hilfreiche Hinweise und Kommentare.

² Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: 1914–1945, 1999, 180.

³ Kervégan, in diesem Heft. Ich beziehe mich im Folgenden ergänzend auf Kervégan, Was tun mit Carl Schmitt?, 2019.

den lassen, vor allem aber auch als Detektoren für schleichende Erosionen und Risse, wie sie aktuell an „Recht und Politik in der Zeit der Demokratiekrise“ (Kervégan) immer deutlicher zu sehen sind. Diese Haltung teilend werde ich mich im Folgenden dem Begriffspaar *Legalität und Legitimität* zuwenden. Dabei versuche ich mich, soweit es geht, an Kervégans Empfehlung zu halten,

„aufgrund der von ihrem dramatischen Kontext entkoppelten Prämissen Carl Schmitts die Dialektik von Entlegitimierung und Relegitimierung der Legalität (zu) berücksichtigen. In dieser Hinsicht sind die von Schmitt aufgespürten Pathologien der ‚formellen‘ Demokratie ernst zu nehmen, ohne daraus die schon vor 1933 von ihm selbst bevorzugten antidemokratischen Folgen ziehen zu müssen.“⁴

Dazu werde ich allerdings in einem ersten Teil eine historische Re-Kontextualisierung vornehmen. Dies erscheint mir geboten, weil man beim Versuch der Entkoppelung darauf achten muss, inwieweit jener „dramatische Kontext“ auch in den dekontextualisierten Begriffen und Problemen weiterlebt und möglicherweise den Horizont der heutigen kritisch-konstruktiven Verwendungsmöglichkeiten verengt. Dabei lasse ich mich von der Hypothese leiten, dass Schmitt jenes Begriffspaar mit einer Hypothek belastet hat, die den Begriff der Legalität von vornherein dazu verurteilt, schlecht abschneiden. Insofern ist die Diagnose, die Hasso Hofmann in seiner frühen Studie von 1964 schon im Titel gestellt hatte, vermutlich nach wie vor zutreffend: „Legitimität gegen Legalität.“⁵ Diese Hypothek, die jenen von Benno Zabel treffend so bezeichneten „Sog des Entweder-Oder“ erzeugt,⁶ werde ich in einem bisher nur wenig beachteten historischen Kontext ausfindig machen, der das Begriffspaar bis in gegenwärtige Kontroversen über das Verhältnis von Demokratie, Recht und den Menschenrechten mitbestimmt. In einem zweiten Teil soll dann unter der von Kervégan zustimmend von Habermas übernommenen Prämissen, dass es für eine Legitimität heute „keine Fixpunkte“ mehr gibt,⁷ noch einmal die von Kervégan selbst in konstruktiv-kritischer Position zu Habermas gestellte Frage aufgenommen werden, wie Legitimität durch Legalität möglich ist.

II. Die Legitimität des *payr réel*

Eine Schwierigkeit der Schmittschen Fassung des Begriffspaares besteht darin, dass ihr Autor immer nur andeutet, was unter „Legitimität“ zu verstehen sei. Möglicherweise ist diese relative Unbestimmtheit ein weiteres Beispiel für seine von Michael Stolleis so charakterisierte Neigung zur „Begriffsspielerei, verbunden mit fundamentalen und gewollten Dunkelheiten“.⁸ Das Begriffspaar selbst hat seinen Ursprung, wie Kervégan zu Recht hervorhebt, in der monarchistischen Restauration des 19. Jahrhunderts.⁹ Daher

⁴ Kervégan, in diesem Heft.

⁵ Hofmann, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, 6. Aufl. 2020.

⁶ Zabel, Im Sog des Entweder-Oder. Über die Schwierigkeit, das Recht politisch zu denken, Nachwort zu: Kervégan, Was tun mit Carl Schmitt?, 2019, 319.

⁷ Kervégan, Was tun mit Carl Schmitt?, 2019, 214; Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, 229.

⁸ Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: 1914–1945, 1999, 181.

⁹ Kervégan, Was tun mit Carl Schmitt?, 2019, 179.

ist auch bei Schmitt die „dynastische Legitimität“ noch am klarsten konturiert.¹⁰ Ihr sind mindestens zwei Merkmale eigen: Die Gründe, auf die sich die legitime Autorität stützt, sind der Legalität in der Weise vorgegeben, dass sie für diese unverfügbar sind, weil sie aus einer normativierten Natur erwachsen, der standesgemäßen Geburt in eine durch Tradition zur Herrschaft berufenen Dynastie, sowie der Sakralisierung des monarchischen Amts-Körpers. Wie nachhaltig dieses Modell wirkt, lässt sich an Schmitts Bestimmung des zweiten Legitimitätstypus ablesen, den er noch zulassen will: Das „mit sich selbst identische[n], unmittelbar *präsente[n]* souveräne[n] Volk[es]“, das „als die ausschließlich maßstabgebende Figur eines demokratisch-plebisizitären Systems, und zwar plebiszitärer Legitimität“ auftritt.¹¹ Auch hier muss das Volk gleichzeitig naturalisiert und quasi-sakralisiert werden, damit es als ein der Legalität vorgegebenes Sein erscheinen kann.¹² Damit entbehrt es jeglichen konstruktiven Charakters und jeder Pluralität. Dagegen erscheint die Legalität als etwas Artificielles, von Menschen Gemachtes und auch wieder Änderbares, ihre Steigerung zur Legitimität durch Legalität als Anmaßung, Profanierung, Hybris. Hasso Hofmann hat den Gegensatz daher als einen von „vorgegebene[m] Geltungsgrund und menschlicher Selbstermächtigung“ charakterisiert.¹³

Eine konkrete Antwort auf die 1932 zumindest im Halbdunkel gelassene Frage nach der Legitimität gibt Schmitt nach 1945 in einem der Nürnberger Prozesse, die er 1950 unter dem Titel „Das Problem der Legalität“ veröffentlichte.¹⁴ Während des Wilhelmstraße-Prozesses von 1947, u. a. gegen den ehemaligen Staatssekretär des Auswärtigen Amtes, Ernst von Weizsäcker, wird dem dort bis Mai 1947 ebenfalls inhaftierten Carl Schmitt vom Chefankläger des Tribunals, Robert W. Kempner, als Gutachter die Frage vorgelegt: „Warum sind die Staatssekretäre Hitler gefolgt?“¹⁵ Für seine Antwort bemüht er eine begriffliche Unterscheidung, die um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert von dem französischen nationalistischen Monarchisten Charles Maurras geprägt wurde: *pays réel* versus *pays légal*, allerdings, ohne ihren Urheber zu nennen.¹⁶

Für dieses Verschweigen gab es vermutlich aus seiner Sicht gute Gründe. Maurras stieß um 1900 zu der kurz zuvor gegründeten Zeitschrift *Action Française*, die „unmittelbar aus der Dreyfus-Affäre geboren“¹⁷ wurde und die mit dem gewaltbereiten Parteiverband *Camelots du Roi* „einen integralen Rechtsnationalismus“ propagierte, um rasch zu ihrem Theoretiker zu werden.¹⁸ Unter anderem wurden „die Rückbesinnung auf das monarchistische Erbe Frankreichs [gefordert] und Freimaurer, Juden und Pro-

¹⁰ Schmitt, Legalität und Legitimität, 5. Aufl., 1993, 11, 16, 17 u. ö.

¹¹ Ibid, 61 (Hervorh. C.S.) und 60.

¹² Deshalb beginnt Schmitt seine *Verfassungslehre* von 1928 denn auch mit der „Verfassung im absoluten Sinne“, als der „mit jeder existierenden politischen Einheit von selbst gegebenen Daseinsweise“ (Schmitt, Verfassungslehre, 5. Aufl. 1970, 4.).

¹³ Hofmann, Legalität gegen Legalität, 6. Aufl. 2020, XXXIII.

¹⁴ Schmitt, Das Problem der Legalität (1950), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 2. Aufl. 1973, 440.

¹⁵ So Schmitts Selbstauskunft, ibid., 448.

¹⁶ Ibid., 445. Bei den folgenden drei Absätzen handelt es sich um eine revidierte und ergänzte Fassung eines Teils meiner Ausführungen in: Pays réel, pays légal, patria naturae, patria iuris. Vom Sinn und Unsinn einer begriffspolitischen Unterscheidung, in: Bung/Kuhli (Hrsg.), Volk als Konzept in Recht und Politik, 2020, 63–72.

¹⁷ Moreau, Charles Maurras und die Action Française: Eine faschistische Versuchung, in: Fetscher/Münkler (Hrsg.), Pipers Handbuch der politischen Ideen, Bd. 5, 1987, 341 (343).

¹⁸ Bauerkämper, Der Faschismus in Europa 1918–1945, 2006, 90.

testanten“ diffamiert, zusätzlich mit deutlich ausländerfeindlichen Akzenten.¹⁹ Damit aktualisierte und intensivierte sie den Gegensatz zwischen Monarchisten und Republikanern, Katholiken und Protestant, also die nie völlig erlahmten Bestrebungen zu einer Revision der Ideen von 1789 und für eine Restauration des bourbonischen, als einzige legitim anerkannten sakralen Königstums.²⁰ Allerdings fungiert die römische Kirche für Maurras nur „als Vorbild von Organisation und Hierarchie und als eine Art Vormund der bürgerlichen Gesellschaft“, während der integrale Nationalismus selbst agnostisch bleiben und wie der mit ihm untrennbar verbundene Antisemitismus allein durch Wissenschaft und Vernunft begründet werden sollte.²¹ Das „wahre Land“ (*pays réel*) sei durch natürliche Gemeinschaften mit historisch über einen langen Zeitraum tradierten kulturellen und politischen Überlieferungen gekennzeichnet (nach dem Modell der Provence), während der „legale Staat“ (*pays légal*) aus einer zentralisierten bürokratischen Verwaltung bestehe, also einen artifiziellen Charakter habe und anfällig für Korruption sei, wofür emblematisch die Hauptstadt Paris steht.²²

Nach der Einschätzung Bauerkämpers blieb die politische Bedeutung dieser Bewegung eher gering, weil sie spätestens in den zwanziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts von anderen politischen Parteikonflikten und ideologischen Kämpfen überlagert wurde, vor allem denjenigen zwischen faschistischen und kommunistischen Strömungen. Dennoch wirkte ihre Semantik fort, übersprang sogar die sogenannte Erbfeindschaft zwischen Frankreich und Deutschland, die in Revanche für 1871 zu verschärfen noch mit zu den Motiven der *Action Française* gehört hatte. *Le pays réel* wurde der Name einer 1936 bis 1945 erschienenen Zeitschrift des belgischen *Mouvement Rexiste*, das ein Teil der faschistischen Bewegung im wallonischen Belgien wurde. Sein Gründer war Léon Degrelle, ab 1941 zunächst Offizier in der Wallonischen Legion der deutschen Wehrmacht, dann in der Waffen-SS und am Ende hochrangiger SS-Offizier, der sich an den Verbrechen der Deutschen im Zweiten Weltkrieg beteiligte.²³

Es dürfte kaum anzunehmen sein, dass Schmitt diese Genealogie der Unterscheidung bei der Abfassung seines Gutachtens unbekannt war.²⁴ Dort führt er sie jedoch, historisch zwar nicht falsch, allerdings verkürzend, auf die Kämpfe zwischen Legitimisten und Republikanern im Frankreich des 19. Jahrhunderts zurück und zitiert lediglich Louis Napoléon mit der 1848 geäußerten Aufforderung, „die Legalität zu verlassen, um wieder zu einem Recht zu gelangen.“²⁵ Unmittelbar im Anschluss daran stellt er – wie-

¹⁹ Ibid., 105; *Moreau*, in: Fetscher/Münkler (Hrsg.), Pipers Handbuch der politischen Ideen, Bd. 5, 1987, 345.

²⁰ *Moreau*, in: Fetscher/Münkler (Hrsg.), Pipers Handbuch der politischen Ideen, Bd. 5, 1987, 344.

²¹ Ibid., 345.

²² Ibid., 343 f.

²³ Was nicht der Erwähnung wert wäre, wenn er nicht durch seine steile SS-Karriere, persönliche Nähe zu Hitler und eine abenteuerliche Flucht ins Spanien Francos am 7.5.1945 zu einer fast schon mythischen Figur geworden wäre. Er dient u.a. als exemplarischer Fall des faschistischen Männer-Typus in Klaus Theweleits Buch *Männerphantasien* (1977/78) und wurde auf diesem Rezeptionsweg zur Modellfigur für den Protagonisten in Jonathan Littells umstrittenem Roman *Die Wohlgesinnten* (2009). Vgl. dazu Littell, Das Trockene und das Feuchte. Kurzer Einfall in faschistisches Gelände, 2009.

²⁴ Nach Aussage seines damaligen Doktoranden Walter Gurian hatte Schmitt die *Action Française* in seiner Bonner Zeit (1921-28) abonniert und las sie regelmäßig: *Motschenbacher*, Katechon oder Großinquisitor? Eine Studie zu Inhalt und Struktur der politischen Theologie Carl Schmitts, 2000, 92.

²⁵ Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 2. Aufl. 1973, 445.

derum historisch korrekt, aber unvollständig – fest: „Seit etwa 1900 spricht die Opposition in Frankreich von einem ‚pays légal‘, dem gegenüber sie ein ‚pays réel‘ vertrete.“²⁶ Dabei lässt er offen, wer der Urheber dieser begriffspolitischen Unterscheidung ist und um welche Art von Opposition mit welcher politischen Agenda es sich handelt.²⁷ Schmitt spiegelt sie dagegen in der Unterscheidung zwischen Legalität und Legitimität, mit der Folge, dass die Legalität in ein zwiespältiges, wenn nicht sogar ausgesprochen schlechtes Licht gerät. In Frankreich seien „die schärfsten Formulierungen einer rein formalistisch-funktionalen Legalität als Gegensatz gegen das substanzhafte Recht und die geschichtliche Legitimität entstanden.“²⁸ Die Legalität beschreibt er, im Gefolge seiner Studie *Legalität und Legitimität* von 1932, als Funktionsweise der modernen Bürokratie, welcher juristisch der Positivismus entspreche, als bloße effektive Rechtssetzung und -durchsetzung ohne Frage nach ihrer Rechtmäßigkeit im Sinne der Legitimität. Schmitt scheut auch nicht davor zurück, zur Erklärung des Bedeutungsverlusts der Legitimität gegenüber der Legalität auf Maurras' Beschwörung der autoritativen Funktion der (römisch-katholischen) Kirche als einzige angemessener politischer Form der bürgerlichen Gesellschaft zurückzugreifen: „Diese Verwandlung des Rechts in Legalität ist eine Konsequenz des Positivismus. Sie ist unvermeidlich, sobald ein politisches Gemeinwesen sich von der Kirche entfernt.“²⁹ Auch eine soziologische Erklärung hält er dafür bereit – die Verfallsgeschichte der Legitimität zugunsten des Aufstiegs der Legalität sei „Teil der Entwicklung des industriell-technischen Zeitalters.“ Schließlich mündet seine Darstellung in eine düstere Vision des weiteren Verlaufs dieser Entwicklung: „Das furchtbare Bild, das sich durch eine restlose Funktionalisierung der Menschheit ergibt.“³⁰ Damit ist die Antwort auf Kempners Frage so weit vorbereitet, dass sie geradezu zwingend erscheint: Begriff und Praxis der Legalität seien der „Kern des Problems“, „der Schlüssel zu einer Erkenntnis des Hitler-Regimes.“³¹ Was damit aufgeschlossen wird, ist die fatale Einsicht, dass ausgerechnet die ihrer Substanz entleerte, formal-funktionale Legalität Ursache und Grund für die Errichtung und das Funktionieren des Nazi-Staates gewesen sei:

„Hitler hat sich der Legalität als seiner stärksten Waffe (*sic!*) bedient. Die beiden Verlängerungen des Ermächtigungsgesetzes [...] erklären sich nur daraus, dass ihm die für ihn schicksalhafte Rolle der Legalität stets bewusst geblieben ist.“³²

Damit ist für Schmitt und seine Leser hinreichend klar, warum die Staatssekretäre Hitler gefolgt sind. Sie waren Opfer der Legalität. Die Behauptung, Hitler habe sich der Legalität als seiner stärksten Waffe bedient, dürfte freilich auch ein nachträglicher Versuch von Schmitt gewesen sein, sein eigenes damaliges Angebot zu rechtfertigen,

²⁶ Ibid.

²⁷ Man mag dies als einen weiteren Beleg für die Diagnose von Stolleis nehmen, Schmitt habe in seinen Schriften „eine ahistorische Kombinatorik mit historischen Ereignissen und Zitaten“ betrieben: *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: 1914–1945, 1999, 181.

²⁸ Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 2. Aufl. 1973, 445.

²⁹ Ibid., 447.

³⁰ Ibid., 447.

³¹ Ibid., 443.

³² Ibid., 450. Diese Formulierung findet sich allerdings erst im später hinzugefügten Anhang, bekräftigt jedoch nur in zugespitzter Form die im Gutachten getroffenen Feststellungen auf 442 f. sowie die generelle, noch nicht auf eine Person bezogene Kennzeichnung der Legalität als Waffe auf 447.

einem imaginierten substanzhaften Staat „ein politisches Staatsrecht als Waffe zu reichen.“³³ An Hitler soll demonstriert werden, dass die Legalität die falsche Waffe war und ist.

Schmitt bedient sich also einer begriffspolitischen Unterscheidung, die ursprünglich von legitimistischen, konservativ-nationalistischen Intellektuellen in Frankreich in die Welt gesetzt worden war. Mit ihnen teilt er weniger die Motive als das strategische Ziel, die Ideen von 1789, namentlich den modernen, auf gleichen Freiheitsrechten basierenden, säkularen Rechtsstaat mit einem demokratisch gewählten Parlament als Gesetzgeber, als eine lebensfremde, künstliche, abstrakte, formale und funktionale Rechtskonstruktion (*pays légal*) ohne Substanz und Verankerung im wirklichen Leben des Volkes (*pays réel*) zu bekämpfen. Ihr Todesurteil folgt aus dem Grund, der die höchsten Beamten des Nazi-Staates angeblich hat willfährig dem Regime dienen lassen. Schuld sei der Legalismus gewesen. Abgesehen davon, dass der Rechtspositivismus in weiten Teilen der Justiz, des Beamtenstums und der Rechtswissenschaft der Weimarer Republik und des NS-Staates vehement abgelehnt und bekämpft wurde, war es das erklärte Ziel des NS, „das Jahr 1789 aus der deutschen Geschichte“ zu streichen, wie Goebbels es in einer Rundfunkrede am 1.4.1933 formulierte. Schmitts Argumentation fügt sich damit ein in die nach 1945 in Gang gesetzte und unglücklicherweise auch von eingefleischten Nazi-Gegnern wie Gustav Radbruch mit beförderte Legende, der juristische Positivismus habe „den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts.“³⁴ Sie ist Teil einer bereits wenige Tage nach der Befreiung einsetzenden Vergangenheitspolitik, mit welcher die Gegner und Opfer des NS zu dessen Verursachern, wenn nicht gar zu eigentlichen Tätern, und die eigentlichen Täter zu Opfern gemacht werden sollten. Unter Berufung auf diese – inzwischen hinlänglich widerlegte – Legende wurde Kelsen und mit ihm der Rechtspositivismus insgesamt in Deutschland bis in die achtziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts hinein nachhaltig diskreditiert.

Grundiert wird diese Legende von Schmitt und anderen mit der apokalyptischen Vision einer vom modernen Menschen geschaffenen, dann aber autonom, übermächtig, unbeherrschbar und schicksalhaft gewordenen, technisch-industriellen Moderne, der die Menschheit wie der „Zauberlehrling“ hilflos ausgeliefert sei (Schmitts „restlose Funktionalisierung der Menschheit“).³⁵ Was ursprünglich als sozialwissenschaftliche Zeitdiagnose konzipiert war und auch von anderen geteilt wurde, wird nun in ein von moralischer, rechtlicher und politischer Verantwortung entlastendes Narrativ umfunktioniert. Es findet sich zumal in Westdeutschland nach 1945 allenthalben, kulminierend in Heideggers berühmt-berüchtigtem *Spiegel*-Interview aus dem Jahre 1966: Die „planetarische Technik“, von ihm angeblich schon dreißig Jahre zuvor vorausgesehen, sei „etwas, was der Mensch von sich aus nicht bewältigt“. Der von Heidegger selbst erwähnten Atombombe und ersten bemannten Mondlandung („ich bin jedenfalls erschrocken“) ließen sich die von ihm unerwähnt gelassenen, aber wohl mitgemeinten Tötungsmaschinerien des von den Deutschen verantworteten Holocaust und des Zweiten Weltkrieges ohne weiteres voranstellen. Keine Verantwortung, nirgends – wer durfte sich anmaßen, sie von Menschen zu fordern, die dem anonymen „Funktionieren“ einer weltumgreifenden Technik heillos ausgeliefert und dadurch „entwurzelt“ sind?

³³ Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: 1914–1945, 1999, 180.

³⁴ Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 (107).

³⁵ S. Fn. 30.

Keine Hilfe, nirgends: „Nur noch ein Gott kann uns retten!“³⁶ Der Funktionalismus der Legalität, dem Hitlers Staatssekretäre auf nämliche Weise ausgeliefert waren, fügt sich nahtlos in dieses Narrativ ein. Die Legitimität lässt sich nur noch im Blick zurück evozieren, aber für die Zukunft nicht mehr retten, jedenfalls nicht mehr durch den Menschen selbst.

Dieser Exkurs zu einem Begriffspaar, das Schmitt zur Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen Legalität und Legitimität verwendet, entlastungsstrategisch pfiffig adaptiert unter gleichzeitiger Verschleierung seiner Genealogie und Wirkungsgeschichte, lässt deutlich werden, was mit einzuberechnen wäre, wollte man heute nach fragwürdigen Rezeptionen suchen. Dann müsste auffallen, dass das „Volk“ als ein „Mehr“ gegenüber den „legalen Formen“ nicht nur beim sogenannten „Linkspopulismus“, bei „Autoren wie Jacques Rancière oder Ernesto Laclau [...] zu einer gewissen Rehabilitierung eines spezifischen Populismus dienen kann.“³⁷ Viel markanter und radikaler verhilft jene Unterscheidung heute jedoch vor allem rechtspopulistischen Strömungen zur Artikulation. Dies ist überall der Fall, wo ein regelmäßig mit Homogenitätsvorstellungen konnotiertes „wahres Volk“ angerufen wird, um es dem vermeintlich bürokratischen Funktionalismus parlamentarischer Repräsentation, einer Pluralismus und Grundrechte schützenden Verfassungsgerichtsbarkeit und einer rechtsstaatlichen Administration, vor allem den mit Rechtssetzungsbefugnissen ausgestatteten supranationalen Organisationen wie der EU, entgegenzusetzen. Die bevorzugte politische Form dafür ist das Plebisitz als Ausdruck des vermeintlich authentischen Volkswillens, mit Carl Schmitt gesprochen „die plebisitär-demokratische Folgerichtigkeit des mit sich selbst identischen, unmittelbar *präsenten* souveränen Volkes.“³⁸ Beispiele dafür sind die Brexit-Kampagne („Taking back control!“), die Bestrebungen zur Errichtung sogenannter illiberaler Demokratien in Ungarn und Polen sowie die schleichende Umwandlung von Wahlen in Plebiszite, wie bei den von Chávez veranstalteten Wahlen in Venezuela oder bei der letzten US-Präsidentenwahl. Steve Bannon, der rechtskonservative Vordenker von Donald Trumps „America First“-Kampagne und zu Beginn von Trumps Präsidentschaft kurzzeitig dessen Berater, propagierte leitmotivisch den Widerstand des wahren Volkes gegen die vermeintlich globalen und korrupten Eliten in Washington D.C. Es ist daher kein Zufall, dass er nicht nur ein Bewunderer von Marine Le Pen ist, sondern auch von Charles Maurras.³⁹ Die noch 1987 von Patrick Moreau vorgetragene Diagnose, die heutigen Splittergruppen der auf Maurras sich beziehenden Bewegungen seien „nur noch eine Kuriosität in der politischen Landschaft“, mag auf die damalige Lage und heute auch noch auf ihre royalistischen Motive

³⁶ Heidegger, Nur noch ein Gott kann uns retten!, Interview mit Rudolf Augstein und Georg Wolff, in: Der Spiegel (30), Nr. 23, vom 31.5.1976. Heidegger hatte verfügt, dass das 1966 geführte Interview erst nach seinem Tode veröffentlicht werden durfte. Differenzierter zur Verantwortung gegenüber der „Technik“ noch Heidegger in: Die Frage nach der Technik (1953), in: Heidegger, Gesamtausgabe, 1. Abt., Bd. 7, 2000, 5. Der Mensch sei von der Technik „keineswegs in einen dumpfen Zwang ein[ge]sperrt“, aber er könne der „Gefahr der Mißdeutung“ erliegen, vor allem dann, wenn „er selber nur noch als Bestand genommen werden soll“ (die restlose Funktionalisierung) und sich gleichzeitig zum „Herrn der Erde“ aufspreize, damit aber andere Weisen des Weltzugangs (z.B. den „dichterischen“) versperre – so „geht der Mensch am äußersten Rande des Abgrunds“ (26–28).

³⁷ Kervégan, Was tun mit Carl Schmitt?, 2019, 196.

³⁸ Schmitt, Legalität und Legitimität, 5. Aufl., 1993, 61 (Hervorh. C.S.).

³⁹ Wiegel, Trumps Ideologie kommt aus Frankreich, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 3.4.2017, online unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/von-trump-zu-biden/trump-berater-stephen-bannon-ist-fan-von-marie-le-pen-14953081.html> (22.3.2021).

zutreffen. Aber die begriffspolitische Verwendung der Unterscheidung zwischen dem Legalismus des *pays légal* und der Legitimität des *pays réel* ist aktueller denn je. In der Wissenschaft vom Verfassungsrecht findet sich diese Strategie bei Bertrand Mathieu, dessen Buch *La loi contre la démocratie*⁴⁰ schon im Titel rhetorisch fragend darauf hindeutet – Demokratie gegen Legalität. Viel deutlicher noch als bei Schmitt sind es jetzt vor allem die Menschenrechte, soweit sie durch ihre Positivierung selbst zu einem Teil der Legalität geworden sind und infolgedessen von Gerichten auch gegen demokratische Mehrheitsentscheidungen geltend gemacht werden können, die gegen das wahre Volk in Stellung gebracht werden. Die Menschenrechte sind in diesen Augen nichts anderes als ein privilegierendes Sonder-Recht von Minderheiten gegen eine vermeintlich homogene Mehrheit, also, so die Schlussfolgerung, gegen die Demokratie. In diesem Sinne hat Bertrand Mathieu die Protestbewegung der *gilets jaunes* in Frankreich als legitimen demokratischen Widerstand gegen eine Hypertrophie des menschenrechtlichen Legalismus interpretiert, dem er dazu noch unterstellt, moralisierend aufzutreten, als Symptom für

„l'échec d'une conception hyper-individualiste et moralisatrice des droits de l'homme qui profite d'abord aux communautés sexuelles, religieuses, minoritaires mais qui ne répond pas aux exigences d'égalité et de liberté de la plus grande partie des citoyens.“⁴¹

III. Legitimität durch Legalität?

Mit der hier vorgenommenen Re-Kontextualisierung des Begriffspaares ist freilich nicht gesagt, dass es damit wertlos geworden ist und dass sich Legalität nicht instrumentalisieren ließe. Dies trifft aktuell auch und gerade auf autoritäre Regime zu. Wie Günter Frankenberg eindringlich gezeigt hat, wird Legalität, vor allem in der Form von Verfassungsgesetzen, von autoritären Regimen für ein ganzes Bündel von Zwecken genutzt.⁴² Dazu gehört die Organisation eines plebisitzären Kults der Unmittelbarkeit, überhaupt die Nutzung als Governance-Skript für die Konstruktion und Implementierung von Ordnung und die Disziplinierung von konkurrierenden Eliten und Gegnern, die Propagierung von Sicherheit und homogener imaginärer Gemeinschaft, die Selbstdarstellung als völkerrechtlich anerkennungswürdiger, souveräner Staat und das Vorhalten von Vertrauenskapital für Allianzen nach außen.⁴³ Hier ist aber klar, dass die Instrumentalisierbarkeit nicht ein Problem der Verfassungsgesetz-Legalität ist, sondern derjenigen, die sie für ihre Zwecke instrumentalisieren. Deutlich wird dies auch an der für viele autoritäre Regime typischen schleichenden Transformation einer *rule of law* in eine *rule by law*.⁴⁴ Das Gesetz wird hier zum bloßen Ausdrucksmedium für plebisitzäre Mehrheiten oder für von der Regierung propagierte politische Ziele, zu denen das Volk von der Regierung vorab „konsultiert“ wird, wie in Ungarn seit 2010 bereits achtmal

⁴⁰ Mathieu, *Le droit contre la démocratie?*, 2017.

⁴¹ Mathieu, *De quoi le mouvement des „gilets jaunes“ est le révélateur?*, 3 Décembre 2018, <http://www.bertrandmathieu.fr/2018/12/de-quoi-le-mouvement-des-gilets-jaunes-est-le-revelateur.html> (22.3.2021).

⁴² Frankenberg, *Autoritarismus – Verfassungstheoretische Perspektiven*, 2020.

⁴³ Ibid., Kap. VIII und 323.

⁴⁴ Keane, *Die neuen Despoten. Vorstellungen vom Ende der Demokratie*, Merkur, Nr. 790 (2015), 18 (18, 27).

geschehen,⁴⁵ selbstverständlich in der Gewissheit, dass sie eine Mehrheit finden werden, bei überragend wichtigen Zielen eine große Mehrheit. Eigentlich bedürfte es dazu gar nicht mehr der Gesetzesform – hier hat Schmitt Recht, auch wenn er diese Diagnose gegen den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat richtet: „[...] der Gesetzgeber macht im Gesetzgebungsverfahren, was er will; es ist immer ‚Gesetz‘ und schafft immer ‚Recht‘.“⁴⁶

Es lässt sich vorstellen, dass solche Gesetze leicht zur Waffe einer Mehrheit gegen eine Minderheit werden können. Spätestens dann stellt sich jedoch die Frage, welchen Mehrwert diejenigen gewinnen wollen, die für eine schlichte Maßnahme den Titel eines Gesetzes beanspruchen. Warum dann nicht einfach die Maßnahme oder, noch deutlicher, den „Befehl“⁴⁷? Wenn es die Legalität sein soll, dann muss in ihr doch mehr enthalten sein als die reine Willkür, also mehr, als die Kritik ihrer beliebigen Instrumentalisierbarkeit voraussetzt. Es scheint, dass die Legalität nur unter der Bedingung zur Waffe werden kann, dass ihr Waffencharakter gleichzeitig verschleiert wird. Selbst wenn man Schmitt in seiner Behauptung, Hitler habe sich mit den Verlängerungen des Ermächtigungsgesetzes der Legalität als Waffe bedient, für einen Moment folgen will, zeigt sich in dieser Instrumentalisierung so etwas wie ein performativer Selbstwiderspruch. Mit der Behauptung der Legalität wird eine Unterwerfung unter das Recht kundgegeben, die mit Inhalt und Ziel der Ermächtigung selbst negiert wird. Die Berufung auf Legalität funktioniert also nur, weil sie extern als das Gegenteil dessen verstanden wird, was sie intern anstrebt. Es ist nicht anders als beim Versprechen. Wer nur instrumentell verspricht, setzt voraus, dass der Empfänger des Versprechens nicht-instrumentell erwartet. Würden alle nur noch instrumentell versprechen, würde das zur Beseitigung der Möglichkeit eines Versprechens überhaupt führen. Eigentlich handelt es sich um den klassischen Fall eines Rechtsmissbrauchs.

1. Der Legitimitäts-Mehrwert der Legalität

Will man sich dem Mehrwert der Legalität annähern, trifft man doch wieder auf die mit den Ideen von 1789 verbundenen Begründungsfiguren. Legalität als Waffe und überhaupt die Kritik der Legalität als „Problem“ werden nur dadurch möglich, dass jene Ideen marginalisiert oder ignoriert werden. Stattdessen wird eine im Halbdunkel der Unbestimmtheit lokalisierte Legitimität jenseits der vor 1789 bestehenden und danach bloß restaurierten dynastischen als kritische Gegeninstanz angerufen. Soweit ein Bezug auf jene Ideen überhaupt hergestellt wird, dient dies nur dazu, sie für historisch obsolet zu erklären, wofür Schmitt nicht das einzige Vorbild ist⁴⁸, oder ihnen wird, wie Schmitt es im *Problem der Legalität* vorgemacht hatte, sogar die Verantwortung für den Prozess

⁴⁵ S. dazu die offizielle Homepage des Premierministers Orbán: <<http://abouthungary.hu/blog/ungarns-jungste-nationalen-konsultation-wurde-am-montag-gestartet-hier-ein-rueckblick-auf-fruhere-konsultationen/>>.

⁴⁶ Schmitt, Legalität und Legitimität, 5. Aufl., 1993, 25.

⁴⁷ Ibid., 26.

⁴⁸ Z.B. ibid., 15 und 23, und, vor allem, in Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 5. Aufl., 1979. Zu den übrigen Staatsrechtler nach 1918, die „das ganze 19. Jahrhundert mit seinem Liberalismus, Parlamentarismus, seinen ‚Sekurität‘ garantierenden Grundrechten und seinem Rechtsstaat für den Plunder der Vergangenheit hielten“, s. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: 1914–1945, 1999, 107.

zugeschrieben, der zum Verlust jeglicher Legitimität und damit zur Perversion der Legalität als Waffe führte. Über die Entgegensetzung von Liberalismus und Demokratie, Legalität und Legitimität geht aber der Sinn für den bereits 1789 explizit unternommenen Versuch verloren, den Begründungszusammenhang von Menschenrechten und Demokratie aufzuzeigen. Dabei fungieren die Menschenrechte nicht bloß, wie damals oft behauptet, als – später zunehmend verblassender – metaphysischer Fixpunkt an einem naturrechtlichen Legitimationshimmel über der Legalität der nationalstaatlichen Verfassungsgesetze und der parlamentarischen Gesetzgebung.⁴⁹ Vielmehr enthält dieser Begründungszusammenhang bereits den Keim einer Legitimität durch Legalität.

2. Zweck-Mittel-Verhältnis von Menschenrechten und politischer Assoziation des Volkes

Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789 hat in Art. 2 klar und einfach zum Ausdruck gebracht, dass der Zweck jeder politischen Assoziation nur die Bewahrung der natürlichen Menschenrechte sein könne: „Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme.“ Menschen assoziieren sich politisch zu dem Zweck, die Menschenrechte zu bewahren, das heißt, um sie konkretisierend zu verwirklichen.⁵⁰ Umgekehrt formuliert: Die Bewahrung der Menschenrechte ist der Zweck der politischen Vereinigung. Man kann hier die Nähe zu einer allgemeinen Rechtsfigur vermuten, nach der eine Personenvereinigung rechtlich durch einen gemeinsamen (wirtschaftlichen oder ideellen) Zweck bestimmt sein muss.⁵¹ Der Zusammenschluss selbst ist entscheidungsabhängig und situationsgebunden, also contingent. Deshalb gibt es auch eine Pluralität politischer Assoziationen. Jede bewahrt auf ihre Weise die Menschenrechte, indem sie sich eine Verfassung gibt, die, wie im September 1791 geschehen, jene Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte für diese bestimmte politische Assoziation unter bestimmten historischen, geographischen und weiteren kontingenten Bedingungen enthält. Auch wenn diese Assoziation zumeist mit einem bestimmten „Volk“ identisch ist, so ist das entscheidende Moment nicht irgendeine (natürliche, kulturelle, politische) Vorgegebenheit eines homogenen Volkes, sondern das Moment des politischen Zusammenschlusses zur Bewahrung (und konkretisierenden Verwirklichung) der Menschenrechte. Deshalb kann auch jede*r, der*die diesen Zweck teilt, der Assoziation beitreten, gleich welcher Herkunft, Religion, etc. Die Assoziation ist also auch mit einem internen Pluralismus vereinbar, sofern nur Einvernehmen über den Zweck besteht. Das Volk wird durch die Assoziation überhaupt erst konstituiert, ist insofern also nicht natürlich, sondern artifiziell, das Ergebnis einer gemeinschaftlichen Konstruktion. Man könnte diesen Zweck-Mittel-Zusammenhang durchaus mit Kervégan (unter Verweis auf § 3 in Schmitts *Verfassungslehre* von 1928) als „Gesamt-Entscheidung über Art und Form der politischen

⁴⁹ S. zur historischen und systematischen Entwicklung des Verhältnisses von Naturrecht und Menschenrechten Lohmann, Echo des Naturrechts?, in: Stekeler-Weithofer/Zabel (Hrsg.), Philosophie der Republik, 2018, 450.

⁵⁰ Das Moment des Zusammenschlusses wird von Jürgen Habermas akzentuiert in: Faktizität und Geltung, 1992, 163.

⁵¹ Vgl. nur Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, Rn. 1; für die „patria iuris“ Roms (im Unterschied zur lokal-ethnischen „patria naturae“) vgl. Cicero, de legibus II, 5; de re publica I, 39.

Einheit“⁵² interpretieren, jedoch nicht im Sinne Schmitts als existentielle, „aus politischem Sein hervorgegangene[n] politische Entscheidung über die Art und Form des eigenen Seins.“⁵³ Der Entschluss, sich zur konkretisierenden Realisierung der Menschenrechte zu assoziieren, bezieht ihren performativen Sinn nicht aus einem Sein, sondern erst aus dem Zweck der Realisierung der Menschenrechte. Das Volk ist *pays légal* und nicht *pays réel*.

Daher ist das Volk nicht immer schon „mehr“ als seine Gesetze und seine politisch-existentielle Verfassung liegt auch nicht auf eine unbestimmte Weise dem Verfassungsgesetz voraus und ist ihm nicht vorgegeben, um in diesem und in der verfassungsmäßigen einfachen Gesetzgebung bloß zum Ausdruck zu kommen.⁵⁴ Die Legalität ist nach diesem Verständnis nicht insofern an Legitimität gebunden, als erst ein wie auch immer (politisch-existentiell, kulturell, natürlich, etc.) bestimmtes, „wahres“ Volk vorhanden sein muss, das sich dann in einem zweiten Schritt des Rechts und der Legalität als des Mediums seiner Artikulation bedient. Vielmehr ist das Volk von vornherein überhaupt nur *als Assoziation* zu dem Zweck zu verstehen, die Menschenrechte unter historisch kontingenten Bedingungen situationsgebunden und -angemessen zu realisieren. Abbé Sieyès sagt in einem von Kervégan angeführten Zitat: „Die Nation ist vor allem anderen da, sie ist der Ursprung von allem. Ihr Wille ist immer gesetzmäßig.“⁵⁵ Kervégan fügt zutreffend in Klammern hinzu: „(legitim!)“. Diese Bestimmung muss man aber zusammen mit Sieyès' Definition der Nation lesen:

„Was ist eine Nation? Eine Körperschaft von Gesellschaftern, die unter einem gemeinschaftlichen Gesetz leben und durch dieselbe gesetzgebende Versammlung repräsentiert werden usw. (Qu'est-ce qu'une nation? Un corps d'associés vivant sous une loi commune et représenté par la même législature, etc.).“⁵⁶

Wenn die Nation also *vor allem anderen* da ist, so ist sie das nur *als* eine Körperschaft von Assoziierten unter gemeinsamen Gesetzen. Die gemeinsamen Gesetze sind die Verfassung mit einer Menschenrechtserklärung (qua Verfassungsgesetz, Legalität), die Ausrichtung auf diesen Zweck ist der Nation also schon immer inhärent. Das Verfassungsgesetz ist die Positivierung der Menschenrechte in einem konkreten Fall einer historisch und sozial situierten verfassungsgebenden Versammlung von Freien und Gleichen und in der Folge dann durch die verfassungsmäßige einfache Gesetzgebung.

Schmitt kappt diesen Zweck-Mittel-Zusammenhang und schließt dessen Re-Aktivierung kategorisch aus. Wenn er in der *Verfassungslehre* gegen den Positivismus gerichtet sagt: „Eine Verfassung beruht nicht auf einer Norm, deren Richtigkeit der Grund ihrer Geltung wäre“, um dann zur einzigen Alternative der politisch-existentiellen Entscheidung überzugehen, dann mag das auf Kelsens transzendentale Voraussetzung einer

⁵² Kervégan, Was tun mit Carl Schmitt?, 2019, 203; Schmitt, Verfassungslehre, 5. Aufl. 1970, 20 und 75.

⁵³ Schmitt, Verfassungslehre, 5. Aufl. 1970, 76.

⁵⁴ So aber Schmitt zu Beginn seiner *Verfassungslehre*: „Der Staat *hat* nicht eine Verfassung, »der gemäß« ein staatlicher Wille sich bildet und funktioniert, sondern der Staat *ist* Verfassung, d.h. ein seismäßig vorhandener Zustand, ein *status* von Einheit und Ordnung“ (Schmitt, Verfassungslehre, 5. Aufl. 1970, 4, Hervorh. C.S.) (ich danke Jürgen Habermas für diesen Hinweis).

⁵⁵ Sieyès, zitiert nach Kervégan, Was tun mit Carl Schmitt?, 2019, 207.

⁵⁶ Sieyès, Was ist der Dritte Stand? (1789), in: ders., Politische Schriften 1788-1790, 2. Aufl. 1991, 124.

Grundnorm zutreffen, nicht aber auf die Menschenrechte. Diese sind zwar „richtige Normen“, aber nicht im Sinne einer der Verfassung in einem unendlichen Regress vorausliegenden Normenhierarchie, sondern als interpretationsbedürftige, ungesättigte Normen, die von Haus aus auf eine Konkretisierung und Positivierung in historisch kontingenten, nationalstaatlichen Verfassungen (oder, wie heute zu ergänzen wäre, auch in inter- und supra-nationalen Organisationen wie z.B. der Grundrechte-Charta der EU oder der EMRK des Europarates) angewiesen sind. Bereits beim Zusammenschluss zu einer politischen Assoziation mit dem Zweck, die Menschenrechte konkretisierend zu verwirklichen, treten die Assoziierten als Träger der Menschenrechte, als Freie und Gleiche, einander gegenüber. Wenn die politische Assoziation zu dem Zweck eingegangen wird, die Menschenrechte konkretisierend zu verwirklichen, dann müssen die sich Assoziiierenden jeweils bereits für sich den Status eines Menschenrechtssubjekts reklamieren und dergestalt an der verfassunggebenden Versammlung teilnehmen. Die politische Assoziation ist daher auch eine Assoziation von Menschenrechtssubjekten, die sich mit den Mitteln des Rechts, also der Legalität, eine Verfassung mit Grund- und Menschenrechten geben werden. Es sind die Menschenrechte, die jede*n Einzelne*n dazu ermächtigen, den *status constitutus*⁵⁷ für sich zu beanspruchen, mit dem sie sich gemeinsam im Wege der Verfassungsgebung einen weiteren Status zuerkennen: den eines*r Staatsbürgers*in mit positivierten Grund- und Menschenrechten.

Die Menschenrechte mögen moralisch oder, in der Sprache des 18. Jahrhunderts, naturrechtlich gerechtfertigt sein oder sie mögen in rudimentärer Form als subjektive Rechte historisch bereits vorliegen – sie bleiben abstrakt, unbestimmt und unvollständig, solange sie nicht durch eine Pluralität verfassunggebender Versammlungen in Verfassungsgesetzen jeweils aktiviert, konkretisiert und positiviert werden. Erst in diesem Prozess werden die Menschenrechte sachlich, zeitlich und sozial so weit gesättigt, das sie als Menschen- und Grundrechte einer nationalstaatlichen Verfassung operieren können.⁵⁸ Weil aber kein Verfassungsgesetz aufgrund seiner historischen Situationsgebundenheit und interpretierten Situationsangemessenheit die Menschenrechte ein für allemal ausschöpfen kann, bleiben sie auf eine kontinuierliche Exhaustion durch die Verfassungs- und Gesetzgebungsdimension innerhalb jeder politischen Assoziation angewiesen, inzwischen auch auf die Dynamik der Positivierung internationaler Menschenrechtserklärungen und -verträge.⁵⁹ Mit den Menschenrechten wird die Geschichte nicht stillgestellt, ihr Sinn muss angesichts neuer Situationen und unvorhergesehener Herausforderungen immer wieder neu im Code der Legalität ausbuchstabiert werden. Deshalb muss auch jede*r Staatsbürger*in mit seinen*ihren positivierten Grundrechten immer auch zugleich Menschenrechtssubjekt bleiben. Dieser Status kann niemals von dem der Staatsbürgerschaft konsumiert werden. Ein solcher Doppel-Status verschafft jener Legalitäts-Legitimitäts-Dynamik überhaupt erst die Akteur*innen, die in außergewöhnlichen Situationen die Differenz zwischen positivem Verfassungsgesetz und den Menschenrechten zur Geltung bringen, indem sie neue Rechte einfordern.⁶⁰ Wie

⁵⁷ Denninger, Staatsrecht I, 1973, 28.

⁵⁸ Zur konstitutiven Angewiesenheit der Menschenrechte auf ihre Positivierung in nationalen (und heute: auch internationalen) Rechtsordnungen s. eindringlich, im Jahre 1949, Arendt, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, in: Menke/Raimondi (Hrsg.), Die Revolution der Menschenrechte, 2011, 394.

⁵⁹ Günther, Der Sinn für Angemessenheit, 1988, 298; Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, 159; ders., Auch eine Geschichte der Philosophie, Bd. 2, 2019, 396.

⁶⁰ S. dazu ausführlicher Günther, Geteilte Souveränität, Nation und Rechtsgemeinschaft, KJ 49 (2016), 321 (335).

sich inzwischen zeigt, wirkt diese Dynamik immer hartnäckiger auch retrospektiv in die Vergangenheit zurück, aktuell bei den Kontroversen um das vergangene, bis heute fortwirkende Unrecht von Kolonialismus und Rassismus. Die Unterscheidung zwischen Legitimität und Legalität kann daher immer nur relativ sein, und nur als solche wirkt sie kritisch als konkrete, nicht jedoch abstrakte Negation. Die menschenrechtliche Legitimität bleibt ohne Legalität unvollständig und die Legalität von Verfassung und Gesetzgebung bezieht ihren Sinn überhaupt nur aus dem Zweck, menschenrechtliche Legitimität unter wechselnden Bedingungen situationsangemessen herzustellen. Darin liegt der von Schmitt unterschlagene Mehrwert der Legalität.

Karl Marx stand dieser Zweck-Mittel-Zusammenhang noch klar vor Augen, nicht zuletzt deswegen, weil er für ihn ein Grund seiner Kritik der Menschenrechte in seiner Abhandlung „Zur Judenfrage“ von 1844 war. Das Problem der bürgerlichen Gesellschaft von 1789 und danach ist nach Marx, dass sie Menschenrechte und Demokratie nicht in ihrem wechselseitigen Bedingungsverhältnis begreift, sondern in zwei getrennte Sphären auseinanderreißt: in den politischen Staat als Repräsentation des Allgemeinen auf der einen und in die individualistisch konzipierten Menschenrechte auf der anderen Seite. Diese Trennung führt faktisch dazu, dass die gesellschaftliche Ungleichheit menschenrechtlich zementiert wird in der Rechtsform subjektiver Rechte als Sicherung des egoistischen Individualismus. Die Vereinzelung konkurrierender Individuen und die daraus resultierende gesellschaftliche Ungleichheit werden als Menschenrechte entpolitisirt und der Veränderung durch demokratische Gesetzgebung entzogen. Für Marx enthält dieser Vorgang zwei – für ihn offensichtlich leicht lösbare – „Rätsel“: Das erste besteht darin, dass mit dem politischen Projekt der bürgerlichen Revolution, die Teilung der Gesellschaft in feudale Stände zu überwinden und ein „politisches Gemeinwesen zu gründen“, gleichzeitig „die Berechtigung des egoistischen, vom Mitmenschen und vom Gemeinwesen abgesonderten Menschen feierlich proklamiert“ werde.⁶¹ Das zweite von Marx so bezeichnete Rätsel führt ihn auf das in den Revolutionsverfassungen akzentuierte Zweck-Mittel-Verhältnis zwischen Menschenrechten und Demokratie: Die Irritation,

„dass das Staatsbürgertum, das *politische Gemeinwesen* von den politischen Emanzipatoren sogar zum bloßen *Mittel* für die Erhaltung dieser sogenannten Menschenrechte herabgesetzt, dass also der *citoyen* zum Diener des egoistischen *homme* erklärt [...]“

werde.⁶² Freilich resultieren beide Rätsel aus der Tatsache, dass der Zweck, die Menschenrechte konkretisierend zu realisieren, durch das Mittel, die auf eine Verfassungsgesetzgebung gerichtete politische Assoziation einer revolutionären bürgerlichen Gesellschaft, partikularistisch interpretiert und praktiziert wird. Es handelt sich um eine Konkretisierungsweise, welche lediglich die vorhandenen gesellschaftlichen Ungleichheiten – mit Ausnahme der feudalen Standesungleichheiten – mit den Menschenrechten gleichsetzt und sie auf diese Weise perpetuiert und schützt, vor allem die Sicherheit des privaten Eigentums. Damit wird eine Schranke gegen die Demokratie errichtet mit der Folge, dass „das politische Leben [...] aufgegeben werden muss, sobald es seinem Zwecke, diesen Menschenrechten, widerspricht“.⁶³ Marx konnte daher, wie er zwei Jahre

⁶¹ Marx, Zur Judenfrage, in: ders., Die Frühschriften, 1971, 171 (194).

⁶² Ibid., 194 f. (Hervorh. K.M.).

⁶³ Ibid., 195.

zuvor formulierte, nur in der „Demokratie das aufgelöste Rätsel aller Verfassungen“ finden.⁶⁴

Aber ist damit jener Zweck-Mittel-Zusammenhang zwischen den Menschenrechten und der Bildung einer verfassunggebenden politischen Assoziation von Freien und Gleichen schon erledigt? Ist die von Hasso Hofmann so genannte „genuin marxistische Unterscheidung“ zwischen Liberalismus und Demokratie, die er Carl Schmitt zuschreibt und die dieser ja auch in der Parlamentarismus-Schrift von 1923/26 sowie in der Studie zu Legalität und Legitimität von 1932 offensiv ausspielt, das letzte Wort? Freilich ist die bürgerliche Gesellschaft durch einen Klassengegensatz gekennzeichnet und sogar schon im Jahre 1789 bis spät in das 20. Jahrhundert hinein durch die für weitgehend selbstverständlich gehaltene Exklusion von Frauen und von Menschen mit nicht-weißer Hautfarbe (einschließlich Versklavung) sowohl aus den Menschenrechten als auch aus der parlamentarischen Repräsentation. Wie eine Reprise auf Marx klingt daher auch Schmitts kritische Analyse des Grundrechtsteils der Weimarer Reichsverfassung. Hier gehe es nur um „geschützte Objekte, Personen oder Personengruppen“, die „aus der Demokratie herausgenommen, eximiert und damit gegenüber der Mehrheit als mehr oder weniger exklusiv Sondergemeinschaften privilegiert“ werden.⁶⁵ Schmitt sagt darüber hinaus mit aller wünschenswerten Deutlichkeit, „dass damit die Demokratie bereits verneint ist“⁶⁶, ja, dass damit sogar eine „Gegen-Verfassung“⁶⁷ zur staatsorganisationsrechtlichen (eine demokratische Gesetzgebung institutionalisierenden) Verfassung geschaffen worden sei. Nicht anders argumentiert freilich auch Bertrand Mathieu, wenn er eine hyper-individualistische Interpretation der Menschenrechte beklagt, mit der Minderheiten sich eine privilegierte Position gegenüber der demokratischen Mehrheit verschaffen würden, wobei er allerdings nicht die Minderheit einer ökonomisch dominierenden Klasse vor Augen hat, sondern „religiöse, sexuelle“ und, wie man vermuten darf, ethnische, kulturelle und andere von der Mehrheit diskriminierte Minderheiten.

3. Menschenrechte und deliberative Demokratie

Aber auch diese Entgegensetzung von Menschen-/Grundrechten und Demokratie zeigt als den „eigentlich problematischen Zug“ in Schmitts Analyse „die Trennung von Demokratie und Liberalismus“.⁶⁸ Schmitt

⁶⁴ Marx, Kritik der Hegelschen Staatsphilosophie (1841/42), in: Die Frühschriften, 1971, 47. Miguel Abensour hat überzeugend gegen Marx' Kritik geltend gemacht, dass dieser bei seiner Kritik der Menschenrechte „das Symbolische mit dem Ideologischen verwechselt oder vielmehr das Symbolische auf das Ideologische reduziert habe“, statt (mit Claude Lefort) „die Menschenrechte (als) einen wesentlichen Bestandteil der symbolischen Ordnung der modernen Demokratie“ zu denken. *Abensour, Demokratie gegen den Staat: Marx und das machiavellische Moment*, 2012, 238.

⁶⁵ Schmitt, Legalität und Legitimität, 5. Aufl., 1993, 41; dazu *Kervégan, Was tun mit Carl Schmitt?*, 2019, 193 f.

⁶⁶ Schmitt, Legalität und Legitimität, 5. Aufl., 1993, 41.

⁶⁷ Ibid., 52.

⁶⁸ Habermas, Die Schrecken der Autonomie. Carl Schmitt auf Englisch, in: ders., Eine Art Schadensabwicklung, 1987, 103 (113).

„stellt die begrifflichen Weichen so, dass er die demokratische Willensbildung von den universalistischen Voraussetzungen allgemeiner Partizipation lösen, auf ein ethisch homogenes Bevölkerungsubstrat einschränken und zur argumentfreien Akklamation unmündiger Massen herabsetzen kann“.⁶⁹

Nur so kann er den Gegensatz zwischen plebisitärer und repräsentativer, parlamentarischer Demokratie zu einem zwischen „plebisitärer Legitimität“ und „gesetzgebungsstaatlicher Legalität“ steigern und das „mit sich selbst identische, unmittelbar präsente[n] souveräne[n] Volk[es]“ zum außerordentlichen Gesetzgeber „*ratione suprematis*“ erklären.⁷⁰ Als sei das nicht genug, assoziiert er diesen Gegensatz auch noch mit dem philosophischen zwischen *voluntas* und *ratio*.⁷¹ Auch hier ist einzuräumen, dass Schmitt auf der im 19. und 20. Jahrhundert immer rascher und stärker ansteigenden Woge des Nationalismus und Imperialismus schwimmt, die zunächst den Zweck-Mittel-Zusammenhang zwischen den Menschenrechten und dem Volk als politischer Assoziation unter sich begräbt, um dann ungehindert ihre ganze Gewalt in nationalistisch aufgepeitschten Massenmobilisierungen zu entfesseln. Im Verlauf dieser Wellenbewegung kommt es zu folgenreichen begrifflichen Umbesetzungen: Das von seinem inhärenten Bezug auf den Zweck der Menschenrechte gesäuberte Volk wird zur ethisch und kulturell homogenen Nation, dessen vorkonstitutionelles Sein sich nur voluntaristisch und präsentistisch in Ja-/Nein-Plebisziten als einziger legitimer Form der Demokratie artikulieren kann.

Nicht anders als bei der Opposition zwischen menschenrechtlicher Legitimität einerseits und der Legalität des Verfassungsgesetzes sowie der einfachen Gesetzgebung andererseits erweist sich auch hier die starre Konfrontation von plebisitärer und repräsentativer Demokratie aus wenigstens drei Gründen als schief.

Erstens, wird mit der identitären Konzeption des Volkes, mit der Umwandlung der politischen Assoziation von Freien und Gleichen in ein *pays réel*, der Status eines*r jeden als Subjekt der Menschenrechte, den er*sie schon für sich in Anspruch nimmt, wenn er*sie einer politischen Assoziation beitritt, kassiert. Infolgedessen verändert sich der Sinn jeder demokratischen Gesetzgebung. Nach der Konzeption von Sieyès und von 1789 sind die Assoziierten allein und ausschließlich *in einer Hinsicht* homogen – in der untereinander geteilten Intention, die Menschenrechte in einer Verfassung konkretisierend zu realisieren. Das Verfahren der konkretisierenden Realisierung kann dann aber nicht beliebig sein. Es muss dem Status eines Menschenrechtssubjekts unter mehreren Gesichtspunkten entsprechen. Die Assoziierten nehmen an dem Verfahren als Träger*innen von subjektiven Rechten teil, die in dem und durch das Verfahren selbst bewahrt werden müssen.⁷² Damit ist jede Transformation eines*r jeden Einzelnen in eine überindividuelle Homogenität ausgeschlossen. Weiterhin können sie nur gemeinsam als gleiche Mitgesetzgeber, im Wechsel von der Adressaten- in die Autorenrolle, also in einem demokratischen Verfahren, über die konkretisierende Ausgestaltung ihrer Menschenrechte für ein rechtsförmiges Zusammenleben beraten und beschließen. Schließlich bleiben die Menschenrechte, so unvollständig und unbestimmt sie sind, in allen Stadien von der Verfassungsgebung über Verfassungsänderungen bis hin zur ein-

⁶⁹ Ibid., 113; Denninger, Demokratische „Bürgertugend“ und Krise des Parlamentarismus, ARSP 107 (2021), 114 (116 f.); Schmitt, Legalität und Legitimität, 5. Aufl., 1993, 26, 29, 31, 40 f., 60 f.

⁷⁰ Schmitt, Legalität und Legitimität, 5. Aufl., 1993, 61 und 64.

⁷¹ Ibid., 61.

⁷² Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, Kap. III.

fachen Gesetzgebung stets latent und präsent; sie können in Konflikt- und Ausnahmesituationen aktiviert werden, um neue Rechte einzufordern oder den Bedeutungsgehalt der bestehenden Rechte zu erweitern.

Zweitens, lässt sich der universalistische Sinn der Menschenrechte für eine Assoziation unter vielen nur dann in die Legalität eines positiven Verfassungsgesetzes mit einer Menschenrechtserklärung adäquat übersetzen, wenn Verfassungsgesetz und verfassungsmäßige Gesetzgebung demokratisch inklusiv sind. So wie sich bei den Menschenrechten Adressaten und Autoren nur in ihren wechselnden Rollen unterscheiden lassen, so müssen bei der Interpretation und Ausgestaltung der Menschenrechte durch die Mitglieder einer Assoziation alle zugleich Adressaten und Autoren sein können. Weil jede Assoziation für sich die Menschenrechte situationsgebunden und situationsangemessen bestimmen muss, hat dies unvermeidlich Dissens und Konflikt über die richtige Interpretation zur Folge sowie Kollisionen zwischen einzelnen Rechten, die Abwägungen und kohärente Interpretationen erfordern. Deshalb muss die Konkretisierung im Medium der politischen Deliberation stattfinden und kontinuierlich fortgesetzt werden. Das Verhältnis von Legitimität und Legalität ist daher notwendigerweise auf Diskussion und Argumentation angewiesen, einschließlich Kritik und Dissens. Damit entdramatisiert sich der Gegensatz zwischen parlamentarischer und plebiszitärer Demokratie erheblich und lässt sich institutionell variieren, beispielsweise in Form einer repräsentativen Demokratie mit einer die Institutionen „belagernden“ Öffentlichkeit⁷³, deren Beteiligte politische Rechte haben, mit einer Verfassungsgerichtsbarkeit und einer der Begründungspflicht unterliegenden Rechtsprechung, deren Entscheidungen wiederum öffentlich kritisiert werden können.

Damit erweist sich auch, drittens, die Entgegensetzung von plebiszitärer *voluntas* und deliberativer *ratio* als irreführend. Ohne hier auf die von Schmitt wieder einmal nur bedeutungsschwer gestreifte und dann doch unexpliziert gelassene Philosophiegeschichte dieses Gegensatzes einzugehen⁷⁴, sei nur darauf hingewiesen, dass Schmitt diesen selbst unterläuft, wenn er behauptet, dass die „Doppelheit der beiden Arten von Gesetzgebung und Gesetzgeber [...] nämlich eine Doppelheit von zwei verschiedenartigen Rechtfertigungssystemen“ sei.⁷⁵ Welche Rechtfertigung für wen und wofür? Offenbar nimmt Schmitt die Adressaten der plebiszitären Demokratie ernster, als sie nach seiner Konzeption als bloß zu summierende Sender und Empfänger von Ja-/Nein-Willenkundgaben sein können. Wenn doch *gerechtfertigt* werden muss, dann wären sie eher als kommunikative Subjekte anzuerkennen, die sich in ihrem Handeln an Gründen orientieren und deshalb untereinander rechtfertigende Gründe geben, verlangen und kritisieren können. Wenn sie sich wechselseitig auf diese Weise ernst nehmen, dann können sie letztlich nur „als Teilnehmer an rationalen Diskursen“⁷⁶, als Träger eines „Rechts auf Rechtfertigung“⁷⁷ oder eines Rechts auf freie Stellungnahme⁷⁸ Ja oder Nein sagen. Eine der vielen Bedeutungen des Menschenwürde-Status, in dem die einzelnen Menschrechte zusammenfließen, hat hier ihren Grund. Ihr adäquater Ausdruck wäre

⁷³ Ibid., Kap. VIII.

⁷⁴ Vgl. dazu jüngst: *Habermas, Auch eine Geschichte der Philosophie*, Bd. 1, 2019, Kap. VI (759 ff.).

⁷⁵ Schmitt, Legalität und Legitimität, 5. Aufl., 1993, 64.

⁷⁶ Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, 138.

⁷⁷ Forst, Das Recht auf Rechtfertigung, 2007.

⁷⁸ Günther, Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht, in: Koller/Varga/Weinberger (Hrsg.), *Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik*, ARSP-Beitrag 54 (1992), 58.

dann nicht die plebiszitäre, sondern die deliberative Demokratie, in deren Verfahren die Menschenrechte Medium und Thema im unaufhörlichen Wechsel zwischen Legitimität und Legalität sind.

Wäre durch eine solche demokratische Dynamisierung menschenrechtlicher Legitimität doch noch eine Legitimität durch Legalität ohne Fixpunkte möglich⁷⁹ – oder wäre das wiederum nur „eine Theologie des Rechts“?⁸⁰

Klaus Günther,
Goethe-Universität Frankfurt, E-Mail: K.guenther@jur.uni-frankfurt.de

⁷⁹ Neben *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, Kap. III, vgl. die ähnliche, freilich radikalere, aber auch weniger präzise konturierte Konzeption einer „wilden Demokratie“ bei Claude Lefort und Miguel Abensour: Mit der „wilden Demokratie“ werde, so Abensour, eine „politische Bühne eröffnet“, „auf der ein Kampf entbrennt zwischen der Domestizierung des Rechts und seiner permanenten Destabilisierung-Rekreation durch die Einbindung neuer Rechte, neuer Forderungen, die man nunmehr als legitim erachtet. Ist nach Claude Lefort das Vorhandensein dieser Streitigkeiten, die immer wieder von neuem aufleben, dieses Durcheinanderwirbeln der Rechte nicht das, was die Demokratie über ihre traditionellen Grenzen des Rechtsstaats hinausträgt?“, *Abensour*, Demokratie gegen den Staat, 238; und früher schon *Rödel/Frankenberg/Dubiel*, Die demokratische Frage, 1989, 101 f.

⁸⁰ *Zabel*, Nachwort zu: *Kervégan*, Was tun mit Carl Schmitt?, 2019, 334; *Kervégan*, Was tun mit Carl Schmitt?, 137 f.