

Politische Theologie als Rechtswissenschaftstheorie Kommentar zu Jean-François Kervégan

Marietta Auer

Abstract

In her contribution, Marietta Auer takes up Jean-François Kervégan's call to decontextualize Schmitt and to take up and modify individual aspects of his writings. Auer addresses the problem of a specifically jurisprudential epistemology and thus of the nature of the object and methods of jurisprudential knowledge. At issue is here nothing less than the question of the scientific nature of the science of law.

Keywords: Carl Schmitt – critical legal theory – Hans Kelsen – history of concepts – history of ideas – Julius von Kirchmann – jurisprudential epistemology – legal consciousness – legal method – political theology

I. Einleitung

Der Titel von Jean-François Kervégans Beitrag „Recht und Politik in der Zeit der Demokratiekrise“ enthält im Grunde schon die ganze Antwort auf die nachfolgend gestellte Frage, ob man Carl Schmitt heute lesen sollte und wenn ja, dann wie. Konkret mit Kervégan:¹ Es gelte, einer „reductio ad Hitlerum“ zu widerstehen und Carl Schmitt im hegelschen Sinne „aufzuheben“, namentlich die „Werkzeugkiste“ seiner Schriften zu plündern, um mit Hilfe der dekontextualisierten Schmitt'schen Werkzeuge aktuell drängende Probleme der politischen Philosophie und Demokratietheorie zu bearbeiten. Kervégan beleuchtet diese These wie schon in seinem vorangegangenen, nun in deutscher Übersetzung verfügbaren Buch über Schmitt anhand von fünf Leitbegriffen,² die von der aus dem staatstheoretischen Diskurs nie verschwundenen „Politischen Theologie“ über eine Kritik der normativistischen Rechtstheorien Hans Kelsens und Adolf Merkl's bis hin zur Neujustierung demokratischer Legitimationsbedingungen unter dem Druck einer von staatlicher Politik, staatlichem Recht und staatlicher Demokratie immer weiter gelösten postetatistischen Weltpolitik reichen.

Kervégans fünf Leitbegriffen Theologie, Normativität, Legitimität, Politik und Welt, die den unverändert kontroversen wie produktiven Gehalt von Schmitts Werk umreißen, soll hier kein sechster hinzugefügt werden. Im Folgenden wird es vielmehr um einen einzigen Gedanken aus Schmitts Œuvre gehen, der quer zu den von Kervégan hervorgehobenen Aspekten liegt und der gerade deshalb auf eine weitere Bestätigung

¹ Alle Zitate in diesem Absatz bei Kervégan, *Recht und Politik in der Zeit der Demokratiekrise*: Soll man Carl Schmitt heute lesen, und wie?, in diesem Heft.

² Kervégan, *Was tun mit Carl Schmitt?*, 2019, 95 ff.; Originalausgabe: *Que faire de Carl Schmitt?*, 2011; dazu auch Zabel, *Im Sog des Entweder-Oder. Über die Schwierigkeit, das Recht politisch zu denken*, Nachwort zu: Kervégan, *Was tun mit Carl Schmitt?*, 2019, 319 (323 ff.).

von Kervégans Werben um aktuelle Schmitt-Leserschaft zielt: Es geht um Schmitts Beitrag zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft. Das Thema ist aktuell und wird gerade derzeit wieder viel diskutiert.³ Carl Schmitt hat auch dazu überraschend Erhellendes und für den gegenwärtigen Diskurs unbedingt Aufhebenswertes zu sagen. Die einschlägigen Passagen befinden sich im dritten Kapitel der ersten „Politischen Theologie“,⁴ die, wie Kervégan zu Recht betont, weit mehr enthält als das bekannte Florilegium griffiger Kalendersprüche für moderne Theoretiker des Ausnahmezustands. Schmitts dort niedergelegte Überlegungen zu einer „Soziologie juristischer Begriffe“ sollen im Folgenden in den Kontext des seit dem 19. Jahrhundert stetig rekurrierenden Problems rechtswissenschaftlicher Epistemologie gestellt werden.

II. Kirchmanns Herausforderung

Was ist rechtswissenschaftliche Erkenntnis? Worauf zielt sie, worin liegen ihre Methoden und Erkenntnisgegenstände, wie sind ihre Erkenntnisse epistemologisch beschaffen? Kann eine Rechtswissenschaft, die diese und ähnliche Fragen nicht eindeutig und zweifelsfrei beantworten kann, überhaupt Wissenschaft sein?

Einer der Klassikertexte, anhand dessen diese Fragen bis heute diskutiert werden, ist Julius von Kirchmanns 1847 vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin gehaltener Vortrag über „Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“.⁵ In dieser Abhandlung, im darauffolgenden Jahr als schmale Streitschrift veröffentlicht, legt Kirchmann, damals Erster Staatsanwalt in Berlin und wissenschaftsphilosophisch dilettierender Rechtspraktiker, den Finger in die Wunde der Verschränkung von Wahrheitsanspruch und Herrschaftspraxis, die auch heute noch oder wieder im Mittelpunkt der Diskussion über den Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft steht.⁶ Kirchmanns Büchlein avancierte im 20. Jahrhundert zu einer Lieblingsquelle kritischer Rechtswissenschaftstheoretiker,⁷ zumal es den Standpunkt seines Autors in der Sache schon auf den ersten Blick preisgibt und sich im Übrigen als Fundgrube bildpraller Zitate eignet, unter denen die berühmten „drei berichtigende(n) Worte des Gesetzgebers“, die angeblich „ganze Bibliotheken“ zu „Makulatur“ machen, nur einen von vielen Höhepunkten bilden.⁸

Auf den zweiten Blick lohnt sich indessen eine eingehendere Befassung mit den Gründen für Kirchmanns Rechtswissenschaftsverachtung. Diese führen immer wieder darauf zurück, dass die Rechtswissenschaft letztlich unabhängig davon, wie sie ihren Gegenstand auffasst, notwendig zu „zufälligen“ Ergebnissen gelangen müsse und darum keine echte Wissenschaft sein könne. Der Maßstab wissenschaftlicher Erkenntnis liegt für Kirchmann mit einer bemerkenswerten Selbstverständlichkeit, in der eine charakteristische Verschiebung des wissenschaftlichen Objektivitätsverständnisses seit

³ Exemplarisch *Hilgendorf/Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2021.

⁴ *Schmitt*, *Politische Theologie* (1922), 11. Aufl. 2021, 47 ff.

⁵ *Kirchmann*, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848.

⁶ Exemplarisch *Lepsius*, *Kritik der Dogmatik*, in: *Kirchhof/Magen/Schneider* (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, 2012, 39 ff.

⁷ Exemplarisch *Klenner*, *Kirchmann oder: Die Provokation als Produktivkraft*, in: *Kirchmann*, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, hrsg. von Klenner, 1990, 79.

⁸ *Kirchmann*, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, 23.

der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zum Ausdruck kommt,⁹ in einer erkenntnismitte-unabhängigen Wahrheitsfähigkeit von Aussagen in Anlehnung an die zeitgenössischen empirischen Naturwissenschaften.¹⁰ Nach diesem Maßstab steht die Rechtswissenschaft schlecht da, gleich wie sie ihr Erkenntnisobjekt und ihre Methoden bestimmt: Nicht nur ist es ihr verwehrt, ihre Geschichte und ihr Verharren in überholten Begrifflichkeiten abzuschütteln, um ebenso wie die Naturwissenschaften „unmittelbar an den Gegenstand heran(zu)treten“.¹¹ Der ständige Wandel des Rechts, sei es als soziologisches Phänomen oder als Zufallsergebnis positivistischer Rechtssetzung, mache dieses vielmehr als wissenschaftlichen Gegenstand von vornherein untauglich. Namentlich das positive Gesetz – „baare Willkür“, „willenlose, allezeit bereite Waffe, nicht minder für die Weisheit des Gesetzgebers, wie für die Leidenschaft des Despoten“¹² – zieht Kirchmanns Invektiven auf sich: „Indem die Wissenschaft das zufällige zu ihrem Gegenstande macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit.“¹³

Dies ist Kirchmanns Herausforderung: Das Ideal wissenschaftlicher Objektivität verengt sich seit dem späten 19. Jahrhundert zunehmend in die Richtung naturwissenschaftlicher Exaktheit. Der epistemologische Graben zwischen empirischer Naturwissenschaft und historisch-hermeneutischer Geisteswissenschaft wird damit unüberbrückbar. Seitdem muss eine Wissenschaft vom Recht, die diesen Namen verdient, erklären, wie sie der historischen Kontingenz, Wandelbarkeit und Idiosynkrasie ihres Gegenstands allgemeingültige Erkenntnisse abgewinnen will, die im naturwissenschaftlichen Zeitalter Bestand haben.

III. Über Schmitt hinaus: Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens

Kirchmanns Herausforderung ist der Problemkontext, mit dem seitdem jede ernsthafte rechtswissenschaftliche Selbstreflexion und jeder Versuch, Erkenntnisgegenstand und Methode der juristischen Disziplin wissenschaftsfest zu bestimmen, konfrontiert sind. Bevor Schmitts Beitrag zu dieser Debatte vorgestellt wird, sei zunächst der größere Horizont dreier Erkenntnispfade beleuchtet, die in der Rechtswissenschaft seit dem späten 19. Jahrhundert geradezu zyklisch wiederkehren und damit die Hintergrundfolie für die fortdauernde Aktualität von Schmitts Überlegungen bilden. Diese drei Erkenntnispfade, wohlgemerkt nicht identisch mit Schmitts Trias von Arten rechtswissenschaftlichen Denkens,¹⁴ verweisen auf drei Denkstile zur Gewinnung allgemein-

⁹ Eingehend *Daston/Galison*, *The Image of Objectivity*, *Representations* 40 (1992), 81; *dies./ders.*, *Objectivity*, 2007.

¹⁰ Kirchmann vergleicht die Rechtswissenschaft etwa mit der Botanik, Zoologie, Physiologie, Psychologie, Mathematik und Astrophysik; vgl. *Kirchmann*, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, 7 f., 12 f., 16 und passim.

¹¹ *Ibid.*, 16.

¹² *Ibid.*, 21.

¹³ *Ibid.*, 23; Rechtschreibung im Original.

¹⁴ *Schmitt*, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), 3. Aufl. 2006.

gültiger rechtswissenschaftlicher Erkenntnisse über das jeweils geltende Recht hinaus. Diese Denkstile lassen sich als *idealistisch*, *realistisch* sowie *analytisch* beschreiben.¹⁵

Idealistisch verfahren zunächst alle Naturrechtstheorien seit dem Altertum, die beanspruchen, universell gültige Rechtsgesetze aus einer überpositiven Quelle menschlicher oder göttlicher Vernunft zu schöpfen. Seit der antimetaphysischen Wende des 19. Jahrhunderts, ihrerseits eng verbunden mit der beschriebenen Zuspitzung des Ideals naturwissenschaftlicher Objektivität zum Jahrhundertende hin, ist dieser Pfad jedoch als Leitmodell rechtswissenschaftlicher Forschung ungangbar geworden. Das letzte große vernunftrechtliche System war Kants „Metaphysik der Sitten“. Dies heißt allerdings keineswegs, dass idealistische Begründungsmuster für die Rechtswissenschaft seitdem bedeutungslos geworden wären. Nicht nur das kantische Erbe, sondern auch der nationalromantische Kollektivismus Fichtes, Schellings und Hegels sowie das vorkritische Naturrecht aristotelischer und christlicher Prägung wirken trotz der verbalen Antimetaphysik der historischen Rechtsschule und des modernen Rechtspositivismus durch das gesamte 19. und 20. Jahrhundert hindurch bis in die Gegenwart hinein fort. Genau in diese provozierende Kerbe des Skandals fortbestehenden Kryptonaturrechts im Gewande des geltenden säkularen Rechts schlägt Schmitts „Politische Theologie“ mit ihrer signaturhaften Behauptung, alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre seien säkularisierte theologische Begriffe.¹⁶ Das nachfolgende Hochamt der katholischen Staatsphilosophie der Gegenrevolution, insbesondere des spanischen Diplomaten Juan Donoso Cortés, verdeutlicht, was gemeint ist:¹⁷ Eine Rechtswissenschaft, die vergessen hat oder vergessen will, dass Recht existentielle Entscheidungen über Menschenleben trifft, die die metaphysischen Prämissen solcher Entscheidungen verleugnet, durch rationale Verfahren vor sich selbst verbirgt oder durch Stellvertreterdebatten in eine unbestimmte Zukunft verschleppt, zahlt für diese Verdrängung einen Preis. Der Preis besteht darin, dass die normative Tragfähigkeit des metaphysisch entleerten Rechts dem jederzeit möglichen Einbruch des Mythos in die Gesellschaft möglicherweise genau dann nicht standhält, wenn seine Bewährung am dringlichsten gefordert wäre.¹⁸

Der zweite Pfad rechtswissenschaftlicher Epistemologie, der sich seit Mitte des 19. Jahrhunderts mit Kirchmann als exemplarischem Wegbereiter herausgebildet hat, lässt sich als *realistisch* oder empiristisch oder szientistisch beschreiben. Es handelt sich um den Versuch, den epistemologischen Graben zwischen Natur- und Geisteswissenschaften für die Rechtswissenschaft dadurch zu überbrücken, dass die Rechtswissenschaft sich gleich auf der richtigen, modernen Seite des Grabens platziert, nämlich als empirische Human- oder Sozialwissenschaft ganz auf der Höhe der zeitgenössischen exakten Methodologie. Welche Methodologie das im Einzelnen ist, hat sich seit Ende des 19. Jahrhunderts bis zur Gegenwart mehrfach verschoben. Den Anfang mach-

¹⁵ Zur Unterscheidung und Abfolge rechtswissenschaftlicher Denkstile anhand des Beispiels der Privatrechtswissenschaft Auer, Selbstreflexion der Privatrechtswissenschaft: Formation, Herausforderungen, Perspektiven, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2021, 301 ff. Auf einzelne ideengeschichtliche Nachweise wird im Folgenden verzichtet.

¹⁶ Schmitt, Politische Theologie, 11. Aufl. 2021, 43. Man betrachte zum Vergleich nochmals Kirchmanns ähnliche Beschreibung, aber völlig unterschiedliche Bewertung historischer Prägekraft in der Rechtswissenschaft, Kirchmann, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, 16.

¹⁷ Schmitt, Politische Theologie, 11. Aufl. 2021, 59 ff.

¹⁸ Berühmte Zitat von Cortés, 64 in Anlehnung an Cortés: „Eine Klasse, die alle politische Aktivität ins Reden verlegt, in Presse und Parlament, ist einer Zeit sozialer Kämpfe nicht gewachsen“.

ten die Zweckjurisprudenz sowie die nachfolgenden soziologischen, realistischen und kritischen Rechtsschulen von den 1930er Jahren bis in die Nachkriegszeit hinein, deren Referenzpunkt jeweils eine realwissenschaftlich verstandene Soziologie und teilweise auch Psychologie bildete. In diesen Kontext gehören auch die während des 20. Jahrhunderts wiederholt aufgeflammt verwaltungswissenschaftlichen Planungs- und Steuerungsdebatten. In jüngerer Zeit hat die Ökonomie die Soziologie als sozialwissenschaftliche Leitdisziplin abgelöst, so dass die zeitverschobene Entstehung einer Rechtsökonomik als realistisches Paradigma der Rechtswissenschaft einschließlich des Transfers fachökonomischer Verästelungen wie der wieder zur Psychologie zurückverweisenden Verhaltensökonomik eine erwartbare Folgeentwicklung darstellt. Der nahezu zyklische Verlauf der Rezeptionsgeschichte unterschiedlicher realistischer Methodenmodelle, die während des 20. Jahrhunderts alle irgendwann zugunsten noch exakterer, noch modernerer Methoden fallengelassen wurden, ohne dass sich die versprochene Exaktheit in der Rechtswissenschaft je eingestellt hätte, sollte allerdings Klarheit über den Befund schaffen, dass sich die Rechtswissenschaft der Ökonomie nicht anders als der empirischen Soziologie, Psychologie oder Neurowissenschaft immer dort entzieht, wo es um ihre normative Eigenlogik geht. Das realistische Forschungsparadigma erweist sich mithin voraussehbar immer wieder als selbstreferenzielles Spiegelkabinett empiristischer Artefakte, die sich zur Eigenrationalität des Rechts in unveränderlicher Äquidistanz bewegen.

In Schmitts „Politische Theologie“ kommt diese Einsicht indirekt überall dort zum Ausdruck, wo Schmitt die rechtswissenschaftliche Denkungsart gezielt vom naturwissenschaftlichen Leitparadigma seiner Zeit abgrenzt. Schmitts eigene, nicht immer in sich schlüssige Unterscheidung zwischen „drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“ – Normativismus, Dezisionismus, Institutionalismus –¹⁹ zielt hingegen darauf, die normative Eigenlogik des modernen Rechts in ihren eigenen Begriffen zu fassen, die sich weder auf idealistische noch auf realistische Erkenntnismittel reduzieren lassen, und in diesem Rahmen namentlich den Normativismus Hans Kelsens zu kritisieren. Damit ist ein dritter Forschungspfad eingeschlagen, der sich mit all seinen schwierig zu unterscheidenden, sich teilweise gegenseitig widersprechenden Einzelstilen als *analytisch* beschreiben lässt. Ausfluss analytischen Rechtsdenkens sind insbesondere alle rechtspositivistischen Strömungen, die spiegelbildlich zum realistischen Paradigma seit dem 19. Jahrhundert in regelmäßigen Zyklen die Reinigung der Rechtswissenschaft von idealistischen und realistischen Prämissen gefordert haben, verbunden mit dem Anspruch einer Erneuerung der Rechtswissenschaft auf der Basis genuin „juristischer“ Methoden. Die Rechtspositivismen Kelsens und H.L.A. Harts folgten dieser Denkrichtung ebenso wie die zu Schmitts Zeiten noch florierende Allgemeine Rechtslehre sowie die gegenwärtige Rechtsdogmatik einschließlich ihrer Methodenlehre, deren Ziel erklärtermaßen bis heute in der Interpretation eines Kanons autoritativer Rechtsquellen mit dem Ziel möglichst authentischer Anwendung des geltenden Rechts liegt. Das analytische Rechtsdenken bildet mit alledem zugleich das charakte-

¹⁹ So die Fassung in der Vorbemerkung zur 1934 erschienenen zweiten Auflage der *Politischen Theologie*; vgl. Schmitt, *Politische Theologie*, 11. Aufl. 2021, 8. Der gegenüber der Erstauflage unveränderte Text handelt dagegen lediglich vom Dualismus von Normativismus und Dezisionismus. Nochmals anders zeitgleich mit der Zweitaufgabe der „Politischen Theologie“ Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934. Näher zu den institutionellen Garantien im Verfassungsrecht zudem Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), 11. Aufl. 2017, 170 ff.

ristische Rechtsparadigma der Moderne, das im Rechtsbegriff der soziologischen Systemtheorie kongenial zum Ausdruck kommt und meist eine typische institutionelle Kulisse voraussetzt, zu der Elemente wie der Stufenbau der Rechtsordnung, die Unterscheidung von Primär- und Sekundärregeln sowie die Überprüfbarkeit und Änderbarkeit von Rechtsakten in rechtsförmigen Verfahren zählen.

Doch auch das analytische Paradigma endet letztlich in selbstreferentiellen Sackgasen, die das Dilemma zwischen leerem Formalismus und positivistischer Beliebigkeit rechtswissenschaftlicher Erkenntnis – siehe Kirchmann – sogar besonders stark akzentuieren. In diese Kerbe schlägt nun wiederum Schmitt mit seiner Stilisierung von Normativismus und Dezisionismus zu zwei

„Typen juristischer Wissenschaftlichkeit, die man danach bestimmen kann, wie weit ein wissenschaftliches Bewusstsein von der normativen Eigenheit der rechtlichen Entscheidung besteht oder nicht“.²⁰

Der an Kelsens Normativismus gerichtete Vorwurf lautet dabei nicht in erster Linie, dass diesem ein wesentliches wissenschaftliches Bewusstsein fehle, sondern dass es vielmehr auf Metaphysik hinausläuft, Rechtswissenschaft ohne ein solches Bewusstsein zu betreiben. Der Vorwurf der Metaphysik, normalerweise von Seiten der Vertreter des Rechtspositivismus gegen seine idealistischen Gegner adressiert, fällt also auf erstere zurück: Denn auch Kelsen betreibt Metaphysik, indem er den Staat als Entscheidungsträger aus dem modernen Recht ebenso wegdefiniert wie Gott aus dem naturwissenschaftlichen Weltbild der Moderne. Die Metaphysik der reinen Rechtslehre besteht namentlich in ihrem strukturell szientistischen Weltbild, das „Naturgesetzlichkeit und normative Gesetzlichkeit identifiziert“, auf der „Verwerfung aller ‚Willkür‘“ beruht, „jede Ausnahme aus dem Bereich des menschlichen Geistes“ verweist und auch in der Demokratie nichts anderes als ein gesetzmäßiges Wirken rechtsstaatlicher Mechanismen, einen „Ausdruck relativistischer, unpersönlicher Wissenschaftlichkeit“ zu erkennen vermag.²¹ Damit schließt sich der Kreis zum Anfang: Der Metaphysik ist im säkularen Recht nicht zu entkommen. Und wehe dem, der versucht, Kryptonaturwissenschaft im Gewande analytischer Rechtsforschung zu betreiben: Dieses Mäntelchen schützt gleich zweimal nicht vor den metaphysischen Fallen des modernen Weltbilds.

IV. Rechtswissenschaftliche Epistemologie bei Schmitt: Soziologie juristischer Begriffe

Worin liegt nun Schmitts Beitrag zu einer Lösung dieses erkenntnistheoretischen Trilemmas? Die Lösung liegt, soviel vorab, nicht in dem für die „Politische Theologie“ zentralen Begriff des Ausnahmezustands und auch nicht in Schmitts Dezisionismus. Letzterer mag zwar dazu verführen, Schmitt als rechtstheoretischen Nihilisten abzutun, der die zeitgenössischen realistischen und analytischen, kurz: rationalistischen Rechtslehren polemisch ablehnt, nur um dann in einer Umkehrung Auguste Comtes zur Staatstheologie eines katholischen Reaktionärs des vorvergangenen Jahrhunderts zu regredieren. Schmitts juristische Epistemologie auf diesen Zusammenhang zu reduzieren und

²⁰ Schmitt, Politische Theologie, 11. Aufl. 2021, 39.

²¹ Ibid., 46 f., 53.

womöglich in eine ungebrochene ideologische Kontinuitätslinie von der Gegenrevolution des 19. Jahrhunderts bis zum Aufstieg des Nationalsozialismus zu stellen, heißt indessen, schlicht zu ignorieren, wie präzise er seinen ideengeschichtlichen Zugriff nutzt, um einen doppelten Zusammenhang zu beleuchten: Einerseits formt die historische Wirklichkeit mit ihren dezisionistischen Entscheidungen unzweifelhaft das Recht. Ebenso einschneidend wirkt aber andererseits die Prägekraft ideeller Konzepte und daraus abgeleiteter rechtswissenschaftlicher Begriffe auf die historische Wirklichkeit zurück, und zwar oft ohne zeitgenössisches Bewusstsein für die Existenz dieses Zusammenhangs.

Schmitts Überlegungen zu einer „Soziologie juristischer Begriffe“ beginnen mit einer Erkenntniskritik der Geschichtsphilosophie hinter der zuletzt skizzierten Wirkbeziehung. Läuft es auf eine „spiritualistische“ im Gegensatz zu einer „materialistischen“ Geschichtsauffassung hinaus, ohne Rücksicht auf die historische Wirklichkeit der modernen Gesellschaft nach ideengeschichtlichen Wirkungsanalogien zwischen modernen juristischen und vormodernen theologischen Grundbegriffen zu suchen, wie es die „Politische Theologie“ beansprucht?²² Die Frage scheint an der Oberfläche eine Entscheidung darüber vorauszusetzen, welche Geschichtsphilosophie zutrifft: Die materialistische etwa des Marxismus, die den ideellen Überbau einer Gesellschaft als kausale Folge ihrer materialen Basis deutet und damit

„eine isolierte Betrachtung ideologischer Konsequenz unmöglich (macht), weil sie überall nur ‚Reflexe‘, ‚Spiegelungen‘, ‚Verkleidungen‘ ökonomischer Beziehungen sieht, also konsequent mit psychologischen Erklärungen, Deutungen, und, wenigstens in ihrer vulgären Fassung, mit Verdächtigungen arbeitet“?²³

Oder die idealistische der gegenrevolutionären Staatsphilosophen, die politische Umbrüche „aus einer Änderung der Weltanschauung“ erklären und namentlich die Französische Revolution auf die Aufklärungsphilosophie zurückführen wollen?²⁴ Ist Kapitalismus kausal für Demokratie? Oder Demokratie kausal für Kapitalismus? Diese schneidend aktuelle Frage ist, daran lässt Schmitt keinen Zweifel, jedenfalls in dieser Reduktion auf zwei einseitige Deutungsmodelle historischer Kausalität – wedelt der Hund mit dem Schwanz oder der Schwanz mit dem Hund? – nicht entscheidbar, weil beide Deutungsversuche in demselben Gegensatz zwischen dem Materiellen und dem Ideellen verharren, nur um diesen schließlich reduktionistisch zugunsten der einen oder anderen Seite hinweg zu definieren – „ein Verfahren, das mit methodischer Notwendigkeit zur Karikatur werden muß.“²⁵

Eine erste epistemologische Lehre aus diesen Vorüberlegungen lautet mithin: Das Materielle und das Ideelle sind in der historischen Kausalität und damit auch in der Wirkungsgeschichte des Rechts nicht trennbar. Für die juristische Epistemologie heißt dies, dass es keinem rechtswissenschaftlichen Forschungsparadigma, das die idealistischen Anteile in den Realien des Rechts einer bestimmten Epoche verleugnet, gelingen wird, zur ganzen Tiefe rechtswissenschaftlicher Erkenntnis vorzustoßen. An der Oberfläche bleiben damit insbesondere alle Rechtstheorien, die beanspruchen, entweder auf rein realistischem oder auf rein analytischem Wege zu metaphysikfreier rechtswissenschaft-

²² Ibid., 47 f.

²³ Ibid., 48.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid., 49.

licher Erkenntnis zu gelangen. Doch wie lässt sich die Erforschung der Realien des Rechts mit deren idealistischer Hintergrundkulisse verbinden, ohne in den Fehler eines einseitigen Kausaldenkens in die eine oder andere Richtung zu verfallen? Dazu bedarf es mit Schmitt einer richtig verstandenen „Soziologie juristischer Begriffe“. Zwei Dinge sind damit allerdings nicht gemeint: Zum einen ebender gerade abgelehnte vulgärmarxistische Fehlschluss von den gesellschaftlichen Produktionsverhältnissen auf die daraus „soziologisch“ folgende Existenz einer bestimmten gesellschaftlichen Ideologie; zum anderen aber auch – etwas feinsinniger – die Ausdifferenzierung bestimmter berufs- und klassenspezifischer Rechtsverständnisse als Abbild sozialer Strukturen im Sinne einer „Soziologie bestimmter Typen“.²⁶ Gemeint ist vielmehr eine von historischen Kausalitäten gelöste strukturalistische Suche nach Stilkonkordanzen zwischen der begrifflichen Struktur des Rechtsdenkens und der sozialen Struktur einer bestimmten Epoche, die nach Schmitt

„allein Aussicht auf ein wissenschaftliches Resultat hat. Zu ihr gehört, daß, hinausgehend über die an den nächsten praktischen Interessen des Rechtslebens orientierte juristische Begrifflichkeit, die letzte, radikal systematische Struktur gefunden und diese begriffliche Struktur mit der begrifflichen Verarbeitung der sozialen Struktur einer bestimmten Epoche verglichen wird. Ob das Ideelle der radikalen Begrifflichkeit hier der Reflex einer soziologischen Wirklichkeit ist, oder ob die soziale Wirklichkeit als Folge einer bestimmten Art zu denken und infolgedessen auch zu handeln aufgefaßt wird, kommt hierfür nicht in Betracht. Vielmehr sind zwei geistige, aber substantielle Identitäten nachzuweisen.“ – „Voraussetzung dieser Art Soziologie juristischer Begriffe ist also radikale Begrifflichkeit, das heißt eine bis zum Metaphysischen und zum Theologischen weitergetriebene Konsequenz. Das metaphysische Bild, das sich ein bestimmtes Zeitalter von der Welt macht, hat dieselbe Struktur wie das, was ihr als Form ihrer politischen Organisation ohne weiteres einleuchtet.“²⁷

Nun lässt sich diesem Grundgedanken der „Soziologie juristischer Begriffe“ sicherlich entgegenhalten, dass auch dieser Herangehensweise eine sogar besonders offenkundige geschichtsphilosophische Meta-Metaphysik zugrunde liegt. Wie soll es möglich sein, bei bewusster Ausklammerung der historischen Kausalitätsfrage zu einem Nachweis ideengeschichtlicher Wirkbeziehungen in der Realität des Rechts zu gelangen, und sei es nur durch den Nachweis mikrohistorischer Einflüsse, indem etwa gezeigt wird, dass ein bestimmter Jurist einen bestimmten Philosophen tatsächlich gelesen hat? Das Entscheidende an Schmitts Überlegungen ist jedoch, dass es auf derlei Mikrogeschichte gerade nicht ankommt, um den Nomos einer Epoche zu erfassen, da derartige Details nicht den Ausschlag geben, sondern vielmehr „die Metaphysik der intensivste und klarste Ausdruck einer Epoche ist.“²⁸ Die nachfolgend angeführten Beispiele geben Schmitt recht, weil sie plausibel machen, auf welcher Ebene die Legitimität der Monarchie des 17. Jahrhunderts angesiedelt war, die nur aufgrund ihrer Einbettung in das metaphysisch gesättigte Bewusstsein der zeitgenössischen Gesellschaft „dieselbe Evidenz“ entfalten konnte, „wie für eine spätere Epoche die Demokratie.“²⁹ Auch die Autorin dieser Zeilen hat sich schon einmal an einer solchen Theorieschöpfung versucht, nämlich an der Rückführung des modernen Privatrechts auf eine Wertungsgesamtheit, die erst vor dem ideengeschichtlichen Horizont der Neuzeit ihre

²⁶ Beispielsweise Richtersozilogie; vgl. *ibid.*, 49 unter Verweis auf Max Weber.

²⁷ Beide Zitate *ibid.*, 50 f.

²⁸ *Ibid.*, 51.

²⁹ *Ibid.*, 50.

Wirksamkeit entfalten konnte.³⁰ Die Entstehung des modernen Privatrechts liefert ebenfalls ein Beispiel für ein rechtswissenschaftsgeschichtliches Großphänomen, das sich nicht unabhängig von einer bestimmten philosophisch-metaphysischen Ideengeschichte verstehen lässt, und zwar wiederum unabhängig davon, ob sich ein wirkungsgeschichtlicher Nachweis etwa für die Kant-Lektüre Friedrich Carl v. Savignys tatsächlich erbringen lässt.³¹

Wie soll man diese Vorgehensweise nennen? Die Bezeichnung „Soziologie juristischer Begriffe“³² ist – abgesehen davon, dass es wie gesehen nicht um die realwissenschaftliche Rückführung juristischer Ideologien auf gesellschaftliche Realitäten geht – schon deshalb nicht oder nicht mehr präzise, weil die Soziologie im weiteren Verlauf des 20. Jahrhunderts entgegen ihrer herausfordernden Rollenzuschreibung durch Schmitt nicht die Funktion des Naturrechts des 17. und 18. Jahrhunderts übernehmen konnte, „Gerechtigkeitsforderungen, geschichtsphilosophische Konstruktionen oder Ideale“ zu formulieren,³³ sondern trotz gelegentlicher philosophischer Höhenflüge eher als kleinteilige Gesellschaftswissenschaft auf der empiristischen Seite des Wissenschaftsspektrums verharret ist. Treffender ist es, von juristischer Bewusstseinsgeschichte, Begriffsgeschichte, Ideengeschichte oder Geschichte des Rechtsbewusstseins zu sprechen, auch wenn zuzugeben ist, dass der Kern dieses „Rechtsbewusstseins“ methodisch nicht greifbar ist, ja strenggenommen nicht einmal existieren dürfte – darin steckt eben der nichtauflösbare Nomos einer bestimmten Epoche mit der ihr eigenen metaphysischen Färbung, die all ihre kulturellen Emanationen einschließlich ihres Rechts durchzieht.³⁴ An dieser Stelle führen diese Überlegungen schließlich wieder zur Aktualität Schmitts zurück, denn gerade seine Beobachtungen zu der Rechts- und Staatsform, die das Pendant des modernen naturwissenschaftlichen Weltbilds in seiner metaphysischen Leere bildet, haben bis heute nichts von ihrer treffenden Schärfe verloren. „Die generelle Geltung eines Rechtssatzes wird mit der ausnahmslos geltenden Naturgesetzlichkeit identifiziert“, schreibt er, „die Maschine läuft jetzt von selbst“,³⁵ und dass „bei der Masse der Gebildeten alle Vorstellungen von Transzendenz untergehen und ihnen entweder ein mehr oder weniger klarer Immanenz-Pantheismus oder aber eine positivistische Gleichgültigkeit gegen jede Metaphysik evident wird.“³⁶ Bedarf es noch mehr, um zu zeigen, wie bereitwillig sich Schmitts Schriften dem heutigen Zugriff im Sinne Jean-François Kervégans darbieten? „Es geht nicht darum, Carl Schmitt zu ‚rehabilitieren‘, sondern aus seinen Schriften theoretische Elemente heraus-

³⁰ Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 2014.

³¹ Zur Debatte über diesen Punkt einerseits *Haferkamp*, *Privatrechtshistorisches zu Marietta Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute. Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie*, 2017, 47 (48); andererseits *Auer*, *Privatrecht ist doch wie Liebe: Erwiderung auf Calliess, Haferkamp, Hosemann, Lepsius*, in: *ibid.*, 98 (100 ff.).

³² Den Begriff macht sich etwa Hasso Hofmann zu eigen, der Schmitts Methode auf Schmitt selbst anwendet; vgl. *Hofmann*, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 6. Aufl. 2020, 5.

³³ *Schmitt*, *Politische Theologie*, 11. Aufl. 2021, 44. Allein diese Zuschreibung wäre ein weiterer lohnender Gegenstand wissenschaftsgeschichtlicher Forschung auf den Spuren Schmitts.

³⁴ Eingehend zu dem diesen Nomos tragenden institutionellen Rechtsglauben *Engelmann*, *Rechtsgeltung als institutionelles Projekt. Zur kulturellen Verortung eines rechtswissenschaftlichen Begriffs*, 2020, 161 ff. unter Verweis auf Robert M. Cover.

³⁵ Beide Zitate bei *Schmitt*, *Politische Theologie*, 11. Aufl. 2021, 52.

³⁶ *Ibid.*, 54.

zuziehen, die zur Bildung einer kritischen Rechtstheorie, insbesondere eines nicht-normativistischen Begriffs von Normativität, beitragen können.“³⁷ – *Voilà*.

Marietta Auer,
MPI für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt,
E-Mail: auer@rg.mpg.de

³⁷ *Kervégan*, Recht und Politik in der Zeit der Demokratiekrise: Soll man Carl Schmitt heute lesen, und wie?, in diesem Heft.