

# I

## Domestizierungsversuche im Zeichen der Wiederkehr



# I. Die Diskussion um politische Theologie

Die unheimliche Wiederkehr des mythischen Zaubers in der entzauberten Rechtswelt drängt auch die Rechtswissenschaft in den Jahren um den Ersten Weltkrieg zu erneuter Bearbeitung und Bewältigung. Zwischen den aufstrebenden Vordenkern einer neuen Generation Hans Kelsen und Carl Schmitt entspinnnt sich eine Diskussion über die konstitutive Transzendenz des Rechts. Schmitt tituliert diese Debatte mit dem überkommenen Begriff politischer Theologie. Schmitts wirkungsreiche Rezeption dieser vieldeutigen Kategorie hebt in erster Linie auf eine Strukturanalogie beziehungsweise »Struktur-Verwandtschaft von theologischen und juristischen Begriffen« ab.<sup>1</sup> Der Titel bezeichnet hier also zunächst den Bezug nicht einfach des Politischen, sondern eben spezifisch der rechtlichen Semantik zum Theologischen beziehungsweise Metaphysischen.

Wie oft stehen sich Kelsen und Schmitt in dieser Debatte als Antipoden gegenüber. Gestritten wird allerdings vor dem Hintergrund wichtiger Gemeinsamkeiten. Beide affirmieren gegen vorangehende Entmystifizierungsbestrebungen einen unhintergehbaren Bezug des Rechtlichen zum Bereich des Religiösen. Der genuine Transzendenzbezug des Rechts ergibt sich nach dem Verständnis der beiden Autoren aus der strikten Unableitbarkeit rechtlichen Sollens aus der Sphäre des Seins. Diese Trennung von Sein und Sollen machen Kelsen und Schmitt im Anschluss an den Neokantianismus gegen einen strikt macht- und interessebasierten Rechtsbegriff geltend. Die so gedeutete Transzendenz des Rechts wird aber nur eingeräumt, um sogleich eine Relativierung des politisch autorisierten Rechts durch den Transzendenzgedanken, wie sie insbesondere in Naturrechtslehren geschieht, zurückzuweisen. Insbesondere grenzen sich beide durch eine konsequente Trennung von Recht und Moral von anderen idealistisch geprägten Rechtslehren ab. Die konstitutive Erhabenheit des Rechts wird also anerkannt; in dieser Anerkennung soll das erhabene Medium aber gerade seiner scheinbaren Unverfügbarkeit entledigt und stattdessen der politischen Gestaltung unterworfen werden.

## 1.1 Kelsen: Erhabenheit als Implikation positiver Normenordnung

Kelsen befasst sich schon in einigen seiner ersten Schriften gelegentlich mit der Analogie von Recht und Religion, die im Transzendenzgedanken

<sup>1</sup> C. Schmitt, *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*, 5. Aufl., Berlin 2008, S. 79.

zum Ausdruck kommt.<sup>2</sup> In seinem Buch zum soziologischen und juristischen Staatsbegriff von 1922 widmet er dem Thema dann ein ganzes Kapitel,<sup>3</sup> 1923 folgt ein eigenständiger Aufsatz unter dem Titel »Gott und Staat«.<sup>4</sup> Kelsens Ausgangspunkt bildet die Verwandtschaft des Sozialen mit dem Religiösen, die er im konstitutiven Abhängigkeitsgefühl des Subjekts und der damit verbundenen Erfahrung der Autorität des gesellschaftlichen Standpunkts erkennt.<sup>5</sup> Die Kausalitäten und Effekte dieser sozialen Einbindung in ein Höheres lassen sich psychologisch und sonst wie naturwissenschaftlich beschreiben. Dadurch kommen jedoch nur zwischenmenschliche Wirkungsverhältnisse, nicht aber das Spezifische des Sozialen in den Blick. Wirklichkeit haben soziale Gebilde als solche nur in einer ideellen, ethisch-normativen Perspektive. Als Sollensrealität sind sie dem Bereich der Natur enthoben und naturwissenschaftlich nicht beobachtbar. In diesem Sinne eignet der Sphäre des Ethischen und damit auch des staatlichen Rechts Transzendenz: Als eine geistige Wirklichkeit ist das Sollen von den Naturverhältnissen schlechthin getrennt. Diese transzendenten Wirklichkeit des Sozialen hat aber eben nur ideell-normative Realität, sie bildet keine vom Natürlichen getrennte Faktizität. Aus psychologischen und epistemologischen Gründen besteht indes nach Kelsen die Tendenz, normative Ordnungen substanzhaft zu personifizieren. Durch diese Personifikation wird ein der normativen Ordnung transzenter Standpunkt konstruiert. Eine solche Rolle kommt im Bezug auf die juridische Ordnung im frühen 20. Jahrhundert nach Kelsen insbesondere dem Staatsbegriff zu. Der in seiner rechtlichen Bedeutung eigentlich mit der Rechtsordnung identische Staat wird als unabhängige Identität vom Recht unterschieden. Diese irrite Differenzierung wird Kelsen zufolge durch die Vieldeutigkeit des Staatsbegriffs begünstigt, die über seinen rechtlichen Sinn hinausreicht. Auch verleiht die Doppelnigkeiten des Rechts als ideeller Sollensordnung einerseits, Faktum psychophysischer Macht andererseits zu der Unterscheidung. Aus diesen Mehrdeutigkeiten wird dann aber eben fälschlich der Staat als Grund der ideellen Ordnung substantialisiert. Diese Hypostase

2 Vgl. H. Kelsen, »Über Staatsrecht«, in: Werke, hg. v. M. Jestaedt, Bd. 3, Tübingen 2010, S. 439–531, 447.

3 H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2. Aufl., Tübingen 1928 (Erstauflage 1922), S. 219ff.

4 H. Kelsen, »Gott und Staat«, *Logos* 11 (1923), S. 261–284.

5 Kelsen rekurriert hier deutlich auf Schleiermachers berühmte Beschreibung der Frömmigkeit als »Gefühl schlechthiniger Abhängigkeit« (F. Schleiermacher, *Der christliche Glaube, nach den Grundsätzen der evangelischen Kirche im Zusammenhang dargestellt*, zweite Auflage (1830/31), Kritische Gesamtausgabe, Abt. 1, Bd. 13, Teilbd. 1, hg. v. R. Schäfer, Berlin 2003, S. 44 u.ö.; zur Erläuterung vgl. ebd., S. 32–40).

wird dann angeführt, um das positive Recht durch andere normative Gesichtspunkte, insbesondere naturrechtliche Postulate, zu relativieren.

Kelsens reine Rechtslehre will all diese überpositiven Elemente ausscheiden, um allein die im vorgesehenen Verfahren gesetzten Normen zu berücksichtigen.<sup>6</sup> Der Staatsbegriff wird nur noch funktionell als Abschluss- und Einheitsfigur der Rechtsordnung verwendet. In späteren Schriften führt Kelsen dann den berühmten Begriff der Grundnorm ein. Diese Bezeichnung stellt die rein logisch-funktionelle Bedeutung der Idee eines einheitlichen Rechtsgrundes deutlich heraus. Die Grundnorm wird – wie schon der Staat – ausdrücklich als »Fiktion« charakterisiert, um zum Ausdruck zu bringen, »daß ihr die Wirklichkeit nicht entspricht«.<sup>7</sup> Kelsens positivistische Fokussierung leiten zugleich – und nicht ganz spannungsfrei – wissenschaftstheoretische und politische Motive. Einerseits möchte Kelsen die Jurisprudenz als eine objektive Wissenschaft nach dem Vorbild der modernen Naturwissenschaften neu bestimmen. Durch die Ausscheidung allen Naturrechts und die Überwindung jeder Hypostasierung soll die Rechtswissenschaft »aus dem Niveau der Theologie in die Linie der modernen Wissenschaft« aufsteigen.<sup>8</sup> Diesem Postulat entspricht ein deskriptives Verfahren in strenger normativer Enthaltsamkeit. Damit verbindet sich auch ein Absehen von der Art der Rechtserzeugung: Demokratisch und autokratisch gesetzte Normen haben gleichermaßen Rechtscharakter, wenn sie aus dem vorgesehenen Verfahren hervorgehen. Jede überpositive Qualifikation des Rechtsbegriffs wird zurückgewiesen. Andererseits ist Kelsens positivistische Option aber durchaus von politisch-demokratischen Zielen geleitet. Die Unterstellung einer der positiven Ordnung transzendenten Instanz wird als Mittel der Herrschenden erkannt, ihre vom anerkannten Recht abweichenden Interessen durchzusetzen. Selbst das positive Recht autokratischer Systeme hat nach Kelsen in der Gestalt von Gewohnheitsrecht zu einem großen Teil eine demokratische Quelle und beschränkt so die Interessenverfolgung der Machthabenden. Dagegen seien es »*stets* die nach der jeweiligen Staatsordnung Herrschenden gewesen«, die positiven Rechtsänderungen »mit Argumenten aus dem Wesen des Staates entgegengratzen«.<sup>9</sup> So wird die positivistische Perspektive als Grundlage »einer Staatsreform im Interesse der Beherrschten« propagiert.<sup>10</sup>

6 Vgl. ebd., S. 284.

7 H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979, S. 207. Zum Staat als Fiktion vgl. ders., »Gott und Staat«, a.a.O., S. 282 (mit Hinweis auf Stirner).

8 Ebd., S. 283.

9 Ebd. (Hervorhebung BV).

10 Ebd.

## 1.2 Schmitt: Erhabenheit als Implikation souveräner Entscheidung

Auch Schmitt wendet sich dem Problem der politischen Theologie schon vor seiner entsprechend titulierten Schrift von 1922<sup>11</sup> zu. Vom Beginn seiner wissenschaftlichen Tätigkeit an bildet das Thema einen zentralen Gegenstand im Werk des katholischen Juristen. Vor allem in seiner Habilitationsschrift *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (1914) kommt der Bezug des Rechts zum Theologisch-Metaphysischen immer wieder zur Sprache. Die Beobachtung dieses Bezugs steht hier ausdrücklich im Kontext der Zurückweisung einer Reduktion des Rechts auf Machtverhältnisse. Das erste Kapitel der Schrift trägt den Titel »Recht und Macht« und stellt die Kritik eines machtbasierten Rechtsbegriffs ins Zentrum.<sup>12</sup> Die Differenz von Recht und Macht, Sollen und Sein schließt aber nach Schmitt einen strengen Positivismus, wie ihn Kelsen vertritt, aus. Wenn Recht nicht aus Macht ableitbar ist, kann es nicht vorbehaltlos mit einer faktischen Setzung identifiziert werden. Kelsen argumentiert nach Schmitts Analyse in mehrfacher Hinsicht widersprüchlich: Einerseits unterstreicht er die schlechthinnige Differenz von Recht und Natur. Als normative Ordnung ist Recht demnach dem Reich der Natur entzogen und auf der Ebene des Tatsächlichen nicht erfassbar. Deshalb ist die juristisch interessierende, normativ-ideelle Rechtsordnung auch streng zu trennen von der psychophysischen Kraft der Rechtsrealität. Andererseits wird Recht mit den vorfindlichen Maßgaben der faktisch herrschenden Zwangsordnung identifiziert. Das positive Recht wird überdies nach der Logik der Naturgesetzlichkeit als System von Gesetzen konstruiert, dem jedes Moment unabhängiger Willkür äußerlich bleibt. Das Modell der Rechtsrekonstruktion bietet eben die Methodik moderner Naturwissenschaft. So schlägt Kelsens Naturalismuskritik doch wieder in Naturalismus, Entmystifizierung in noch spezifischere Mystifizierung um: Die radikale Exklusion jedes nicht-positiven Gesichtspunkts führt zu einer Überhöhung der gesetzten Normen und der Instanzen, die sie erlassen und interpretieren. Die supranaturale, normative Kraft des Rechts wird unbedingt dem positiven Recht zuerkannt. In einer neuen Wendung wiederholt Kelsen die Logik der Machttheoretiker, die die Immanenz faktischer Verhältnisse zur Transzendenz rechtlichen Sollens erhebt. Auch für Kelsen gilt in diesem Sinne, was Schmitt mit Blick auf Bakunin formuliert: Er wird ein »Theologe des Anti-Theologischen«.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 9. Aufl., Berlin 2009 (Erstauflage 1922).

<sup>12</sup> C. Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen 1914, S. 15ff.

<sup>13</sup> C. Schmitt, *Politische Theologie*, a.a.O., S. 70.

Das bloße Vorliegen zwangsbewehrter Erlasse vermag aus sich heraus keine normative Geltung zu begründen. Allerdings muss die dem bloß Faktischen transzendenten Rechtsidee in irgendeiner Weise konkrete Bestimmtheit und Wirksamkeit erlangen, wenn sie sich verwirklichen soll. Erforderlich ist daher Schmitt zufolge eine spezifisch rechtliche Instanz, die den Rechtsgedanken in der Welt aktualisiert. Das Insistieren auf diesem Vermittlungsmoment und seine Erkundung stehen im Zentrum von Schmitts Werk. Die Erläuterung des Problems entwickelt und verändert sich über die Jahre. In Schmitts gereifter Explikation kommt zwei Kategorien eine besonders tragende Bedeutung zu: der Entscheidung und der konkreten Ordnung. Die beiden Begriffe stehen in enger, wechselseitiger Beziehung. Zunächst betont Schmitt vor allem die Dezision als »spezifisch-juristisches Formelement«.<sup>14</sup> Es bedarf einer autoritativen Entscheidung, die eine Normenordnung einsetzt (oder aussetzt) und den Normen ihren Sinn im konkreten Fall vermittelt. Normen verleihen sich nicht selbst rechtliche Verbindlichkeit und konkrete Bedeutung. Was in größter Schärfe in der Entscheidung über Normal- oder Ausnahmezustand hervortritt, ist tatsächlich ein durchgängiges Moment der Rechtsverwirklichung. Nur durch ein im Letzten unnormierbares, daher absolut-souveränes Element der Entscheidung wird Recht wirklich. Jeder rechtlichen Würdigung, selbst der vollauf technisch-routinierten, sogar der unbewusst-impliziten des Alltagslebens, wohnt dieses ungebundene Dezisionsmoment inne, das einer Gesetzesnorm oder einem anderen Gesichtspunkt in spezifischer Weise Rechtsgültigkeit zuschreibt. In späteren Schriften relativiert Schmitt die Dichotomie von Norm und Entscheidung, indem er beide Elemente auf die Form konkret-geschichtlicher Ordnungen oder Institutionen zurückführt.<sup>15</sup> Damit meint Schmitt die gesellschaftlich gewachsenen sittlichen Verhältnisse, durch die sich Gemeinschaften konstituieren. Sie finden ihre höchste Gestalt und letzte Garantie in politischen Ordnungen. Es sind diese stetem geschichtlichen Wandel unterworfenen Ordnungen, die bestimmten Akteuren Entscheidungsautorität verleihen und den Dezisionen eine inhaltliche Richtschnur bieten. Umgekehrt strukturieren die einzelnen Entscheidungen diese Ordnungen und entwickeln sie laufend fort.<sup>16</sup>

Hatte Schmitt zu Beginn den Begriff des Staates als Vermittlungsfigur eingesetzt, so tritt im Laufe der 1920er-Jahre der weitere Begriff des Politischen an dessen Stelle.<sup>17</sup> Dieser Wechsel drückte eine geschichtliche

<sup>14</sup> Ebd., S. 19.

<sup>15</sup> Vgl. C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 3. Aufl., Berlin 2006 (Erstaufgabe 1934).

<sup>16</sup> Vgl. zum Verhältnis von geschichtlich-konkreter Ordnung und Entscheidung in der Perspektive des Spätwerks C. Schmitt, *Politische Theologie II*, a.a.O., S. 33.

<sup>17</sup> Vgl. C. Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, a.a.O.; ders., *Der Begriff des Politischen. Text von 1932*

Diagnose, aber auch eine normative Option aus: Konstatiert wird das Verwischen des Unterschieds von Staat und Gesellschaft, postuliert eine totale Politik. Das Politische wird durch die Unterscheidung von Freund und Feind definiert, während der frühe Staatsbegriff noch ganz von der universalen Rechtsidee bestimmt war und Pluralität als Evidenz der konstitutiven Unvollkommenheit jedes konkreten Staates in den Blick kam. In einem Vortrag vor der Kant-Gesellschaft räumt Schmitt 1930 zwar die Bedeutung der Menschheitsidee (wie der Ideen Gottes und der Welt) als regulativer Idee ein.<sup>18</sup> Dieses Zugeständnis an das kantianische Auditorium wird aber sofort relativiert, spielt kaum eine systematische Rolle und wird denn auch an anderer Stelle nicht aufgenommen. Im Vordergrund steht selbst im Kant-Vortrag die in Anlehnung an Proudhon formulierte polemische Devise: »Wer Menschheit sagt, will betrügen.«<sup>19</sup> An die Stelle eines ambivalenten, im Letzten aber positiven Menschenbilds tritt eine dezidiert pessimistische Anthropologie.<sup>20</sup> Die zunächst so leidenschaftlich vertretene Unterscheidung von Recht und Macht tritt zunehmend zurück. Hatte die Habilitation einen Primat des Rechts gegenüber dem Staat vertreten und die spezifische Autorität des Staates aus dieser Abhängigkeit erklärt,<sup>21</sup> so wird in den darauffolgenden Schriften immer stärker die Voraussetzunglosigkeit rechtsstiftender Autorität betont, die, »um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht«.<sup>22</sup> In der nationalsozialistischen Phase werden die »austauschbaren, bald ›oszillierenden‹, bald alternativen Entgegensetzungen von Recht und Macht, Recht und Staat, Recht und Politik, Geist und Macht, Geist und Staat, Individuum und Gemeinschaft, Staat und Gesellschaft usw. usw.« dann rundheraus als Ausdruck der zu überwindenden liberalen Ideologie angeprangert<sup>23</sup> (obwohl Schmitt weiterhin und sogar in noch schärfерem Ton gegen die

*mit einem Vorwort und drei Corollarien*, 9., korrigierte Aufl., Berlin 2015.

- 18 C. Schmitt, »Staatsethik und pluralistischer Staat«, *Kant-Studien* 35 (1930), S. 28–42, 38.
- 19 Ebd.; entsprechend auch C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, a.a.O., S. 51.
- 20 Vgl. die überwiegend positive Einschätzung in C. Schmitt, »Die sichtbare Kirche. Eine scholastische Erwägung« (1917), in: ders., *Die Militärzeit 1915 bis 1919. Tagebuch Februar bis Dezember 1915, Aufsätze und Materialien*, Berlin 2005, S. 445–452, 451; dezidiert negativ dagegen ders., *Der Begriff des Politischen*, a.a.O., S. 55ff.
- 21 Vgl. C. Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, a.a.O., S. 46.
- 22 C. Schmitt, *Politische Theologie*, a.a.O., S. 19.
- 23 C. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburg 1933, S. 22. Vgl. auch ders., *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, a.a.O., S. 15f. und 30, Anm. 20.

positivistische Ableitung des Rechts aus einem Faktischen polemisiert)<sup>24</sup>. Entgegen der Naturalismuskritik des Frühwerks stützt sich die Lehre von den konkreten Ordnungen, die an die Tradition mittelalterlichen Naturrechtsdenkens anschließt, auf »natürliche« Lebenszusammenhänge, die ihr »Eigenrecht« nicht »von einem normativistischen oder positivistischen Gesetzesdenken denaturieren [...] lassen« dürfen.<sup>25</sup>

All diese Korrekturen laufen darauf hinaus, den Abstand der Rechtsidee gegenüber der gegebenen Ordnung und den in ihr freigesetzten Impulsen einzuebnen. Von Anfang an hatte Schmitt betont, dass Recht allein in seiner effektiven politischen Vermittlung Realität hat. Die Transzendenz des Rechts gegenüber den herrschenden Machtverhältnissen hatte aber doch einen Raum steter öffentlicher Kritik eröffnet.<sup>26</sup> Auf logische Begriffe gebracht, bewegt sich Schmitt zusehends von einem Paradigma der Mittelbarkeit zu einem der Unmittelbarkeit. Tatsächlich bedient sich Schmitt genau dieser Begriffe und bezeugt dabei die Verschiebung der Perspektive. Die Habilitation schließt damit, den Staat als Figur der Mittelbarkeit zu würdigen.<sup>27</sup> Im Staat wird, wie Schmitt darlegt, unter kritischer Teilnahme seiner individuellen Glieder ein normativer Standpunkt wirklich, den der Mensch nicht ohne diesen Umweg, diese Vermittlung erfassen kann. Der Mittler bleibt dabei stets sowohl von der durch ihn realisierten Idee als auch von den unmittelbaren gesellschaftlichen Verhältnissen unterschieden. Demgegenüber beansprucht die Lehre von den konkreten Ordnungen, die Absetzung des Rechts von der Wirklichkeit im Gesetzespositivismus zu überwinden und »der konkreten Wirklichkeit eines Lebensverhältnisses unmittelbar gerecht zu werden«.<sup>28</sup> Recht soll hier nicht mehr vermittelt, durch eine Praxis institutioneller Distanznahme, die in keinem empirischen Staatswesen aufgeht, sondern im sofortigen und vorbehaltlosen Bezug auf die Wirklichkeit und die in ihr gewachsenen Lebensordnungen realisiert werden.

Trotz seiner zunehmenden Engführung des Rechts mit der gegebenen politischen Machtordnung gibt Schmitt die Affirmation rechtlicher Transzendenz nicht auf. Weiterhin hält er dem Positivismus die Unzulässigkeit vor, Recht auf »etwas Tatsächliches, durch menschliche Macht unmittelbar faktisch Erzwingbares« zu gründen.<sup>29</sup> Er wiederholt in seiner letzten Monographie die These einer ungebrochenen Strukturverwandtschaft theologischer und juristischer Begriffe und kommentiert

<sup>24</sup> Ebd., S. 30f.

<sup>25</sup> Ebd., S. 38, 42.

<sup>26</sup> Vgl. C. Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, a.a.O., S. 97.

<sup>27</sup> Ebd., a.a.O., S. 108ff.

<sup>28</sup> C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, a.a.O., S. 51.

<sup>29</sup> Ebd., a.a.O., S. 30.

szientistische Vorbehalte gegenüber Theologie und Metaphysik beiläufig in alter polemischer Schärfe.<sup>30</sup> Auch mit Blick auf Thomas Hobbes, die zeitlebens zentrale Referenzfigur seines Dezisionismus, betont Schmitt 1963 in der Neuauflage von *Der Begriff des Politischen*, dass die Konstitution der Rechtsordnung in der Entscheidungskraft des Souveräns bei Hobbes durchaus eine »Tür zur Transzendenz« in Anspruch nehme.<sup>31</sup> Die Wahrheit Jesu Christi bilde bei Hobbes die letzte Grundlage der politischen Ordnung. Doch: »Die Wahrheit vollzieht sich nicht selbst, dazu bedarf es vollziehbarer Befehle.«<sup>32</sup> Daher verlange die Herrschaft Jesu Christi einen weltlichen Souverän im Sinne einer verbindlichen Interpretationshoheit. Gerade die radikale Transzendenz der Wahrheit, ihr mangelnder Selbstvollzug, begründet demnach die Autorität des weltlichen Souveräns, der unbedingt den transzendenten Standpunkt präsentiert. Die Souveränität ist also mehr und anderes als bloß faktische Macht. Und doch zeichnet sie sich durch nichts anderes aus als durch ihre überlegene Macht.

Auch Schmitt teilt letztlich das Schicksal, das er bei Kelsen beobachtet. Die kritische Unterscheidung von Recht und Macht schlägt um in Machtaffirmation. Ein spezifischer Machtstatus wird rechtlich überhöht. Waren es bei Kelsen die naturgesetzlich konstruierte Positivität des Gesetzes und die es erlassenden und auslegenden Instanzen, so werden bei Schmitt die souveräne Entscheidung beziehungsweise die ihr zugrundeliegende ›Natürlichkeit‹ der konkret-geschichtlichen Ordnungen zum maßgebenden Fakt. Schmitt kann insofern seinerseits als »Theologe des Anti-Theologischen« bezeichnet werden, der faktische Macht mit der Aura rechtlicher Transzendenz versieht. Wie im nationalsozialistischen Totalitarismus evident wurde, entfesselt Schmitts Affirmation von gelebter Ordnung und autoritärer Entscheidung die politischen Machtverhältnisse sogar noch sehr viel stärker und umfassender als Kelsens Verabsolutierung des positiven Gesetzes.

### 1.3 Benjamins Kritik

Dass die zwei konkurrierenden Versuche, Recht aus dem Spiel von Macht und Interesse zu befreien, letztlich in einer Bekräftigung der Macht aufgehen, entspricht dem Verdikt der rechtskritischen Perspektive, die ein dritter prominenter Beitrag zur irritierenden Erhabenheit des Rechts in den frühen 1920er-Jahren formuliert. Walter Benjamin publiziert 1921 seinen berühmten, frühen Text *Zur Kritik der Gewalt*, der

<sup>30</sup> Vgl. C. Schmitt, *Politische Theologie II*, a.a.O.

<sup>31</sup> C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, a.a.O., S. 113.

<sup>32</sup> Ebd.

die Verwerfung der Gewalt des Rechts ins Zentrum der Ausführungen stellt. Der junge Marxist folgt mit prägnanter Entschiedenheit den Theorien, die Recht als Reflexion der Macht demaskieren: »Rechtsetzung ist Machtsetzung.«<sup>33</sup> Freilich anerkennen und unterstreichen auch Kelsen und Schmitt, dass die Verwirklichung des Rechts das Element einer Setzung mit Mitteln der Macht impliziert. Dabei halten sie aber dafür, dass Macht in den Dienst der davon unabhängigen Rechtsidee genommen werden kann. Benjamin bestreitet dies. Nicht nur in seinen Mitteln, sondern auch in seinen Zwecken ist Recht durch Macht bestimmt. Die Rechtsordnung beschränkt die bestehenden Machtverhältnisse also nicht, indem sie eine überlegene Macht zugunsten eines ethischen, allgemeinen Standpunkts einsetzt. Im Gegenteil: Sie verschärft die Entfesselung des gegebenen Machtgefälles, indem sie dieses rechtlich heiligt.

Den Theoretiker der Aura interessiert nun eben insbesondere der eigentümliche Vorgang der Sublimierung, der Recht seine spezifische, von anderen Gestalten der Macht unterschiedene Kraft verleiht. Diesen ordnet er im spezifischen Charakter rechtlicher Gewalt. Rechtsetzung und -erhaltung erkennt Benjamin als »mythische Gewalt«.<sup>34</sup> Der Begriff des Mythischen ist mit Bedacht gewählt und rekurriert auf die Unterscheidung von Mythos und Offenbarungsreligion.<sup>35</sup> Den idealtypischen Mythos kennzeichnet ein konsequentes Immanenzdenken.<sup>36</sup> Der Mensch ist

33 W. Benjamin, »Zur Kritik der Gewalt«, in: Gesammelte Schriften, a.a.O., Bd. II.1, S. 179–203, 198.

34 Ebd., S. 199 u.ö.

35 Die Quelle dieser Gegenüberstellung bei Benjamin dürfte Hermann Cohens jüdisch-kantianische Religionsphilosophie gewesen sein. Vgl. W. Benjamin, »Juden in der deutschen Kultur«, in: Gesammelte Schriften, a.a.O., Bd. II.1, S. 807–813, 809, wo Benjamin diese Konfrontation als Leitgedanken von Cohens religionsphilosophischem Hauptwerk angibt. Vgl. H. Cohen, *Religion der Vernunft aus den Quellen des Judentums. Eine jüdische Religionsphilosophie*, Wiesbaden 2008, insbes. S. 50.

36 Mit besonderer Schärfe stellte zur selben Zeit wie Benjamin auch Franz Rosenzweig die Immanenzlogik als Kern des mythischen Denkens heraus. Vgl. F. Rosenzweig, *Der Stern der Erlösung*, Frankfurt a.M. 1988, S. 1–99, 37: »Denn dies ist das Wesen des Mythos: ein Leben, das nichts über sich und nichts unter sich kennt; [...] ein Leben rein in sich.« Benjamin würdigte Rosenzweig in dem in der vorhergehenden Fußnote zitierten Artikel als bemerkenswerte Fortentwicklung von Cohens Religionsphilosophie (W. Benjamin, »Juden in der deutschen Kultur«, a.a.O., S. 809). Erhellend zum ideengeschichtlichen Hintergrund des Mythosbegriffs und der Differenz zur Offenbarung ist auch Rosenzweigs bereits 1914, einige Jahre vor Cohens religionsphilosophischem Hauptwerk, verfasster Aufsatz »Atheistische Theologie«, in: *Zweistromland. Kleinere Schriften zu Glauben und Denken*, Der Mensch und sein Werk. Gesammelte Schriften, Bd. 3, hg. v. R. und A. Mayer, Dordrecht u.a. 1984, S. 687–697.

einbegriffen in eine naturgegebene Ordnung, die drohend ihre Unverbrüchlichkeit behauptet. Jeder Versuch des Ausbruchs muss scheitern. Er wird als Verschuldung sanktioniert und verstrickt den Menschen als Schuldigen nur noch tiefer in der unentrinnbaren Schicksalsordnung. Wirklicher gesichtlicher Wandel, das heißt die Überschreitung der durch die gegebenen Naturverhältnisse determinierten Dynamiken, ist ausgeschlossen. Rechtsgewalt hat nun insofern mythischen Charakter, als sie nicht nur einen bestimmten Gehalt der Rechtsordnung mit Gewalt festsetzt, sondern im selben Zuge einen originären Schein der Unverbrüchlichkeit dieser Ordnung evoziert. Durch die stete Drohung und nötigenfalls Ausübung überlegener Gewalt präsentiert sich die Rechtsordnung als unantastbar und unverrückbar. Hierin wurzelt nach Benjamins Diagnose die eigentümliche Erhabenheit des Rechts. Diese mythische Logik entfaltet Rechtsgewalt, wie Benjamin ausführt, manifestativ: Die Unerbittlichkeit und Überlegenheit, mit der die Gewaltandrohung jedem Gedanken der Missachtung entgegentritt, zeigt eine unverrückbare Ordnung an. So vermittelt Recht dem Status quo einer gegebenen Machtordnung den Eindruck einer notwendigen Schicksalsordnung, die jede Überschreitung ausschließt. Auf diese Mythisierung zielt Benjamins Bezeichnung der Rechtsetzung als Machtsetzung: Recht wird nicht nur durch Macht gesetzt. Umgekehrt wird zugleich Macht durch Recht gesetzt, das heißt sanktioniert, bekräftigt, zementiert. Macht behauptet sich im Medium des Rechts auf diese Weise selbst und gewinnt in diesem mythischen Zirkel eine neue Intensität. Von Anfang an hält Benjamin fest, dass sich seine Kritik sowohl auf positivistische als auch auf naturrechtliche Rechtsverständnisse bezieht. In beiden Fällen vermittelt die rechtlich sanktionierte Gewalt einer aus den gegebenen Machtverhältnissen hervorgegangenen Ordnung – sei es das Produkt eines bestimmten Verfahrens, sei es eine Konzeption von Naturgesetzen – den mythischen Schein des unbedingt Gebotenen. Kelsens Positivismus und Schmitts naturwüchsige Ordnungen führen es einmal mehr vor: Rechtliche Gewalt ist stets eine Figur anti-theologischer Theologie, ein Medium der Verklärung des Faktisch-Gegebenen.

Benjamins Kritik wendet sich also nochmals in aller Radikalität gegen die Erhabenheitsprätention des Rechts. Ihrem Schein schicksalhaft-entzogener Ordnung stellt er die Idee der Geschichte gegenüber. Geschichte ereignet sich nach Benjamin in der »Entsetzung des Rechts«.<sup>37</sup> Der Entsetzungsbegriff verweist nicht auf die Errichtung eines besseren rechtlichen oder auch rechtsfreien Zustands jenseits der bestehenden Ordnung, sondern auf den negativen Vorgang des Aufbruchs scheinbar unverbrüchlicher Ordnung. In der tätigen Erkenntnis eines Anderen jenseits der gegebenen Denk- und Handlungshorizonte aktualisiert sich ein

<sup>37</sup> W. Benjamin, »Zur Kritik der Gewalt«, a.a.O., S. 202.

geschichtlicher Standpunkt, der die mythische Behauptung der Zwangsläufigkeit des bestehenden Rechtshorizonts sprengt. Dieser Standpunkt bewährt sich nicht in einem neuen Zustand, sondern eben als Geschichte immer neuer Überschreitung. Im Drang, allen Schein letztgültiger Ordnung zu durchbrechen, bezeugt sich ein Gerechtigkeitsgebot, das nicht durch einen anderen Rechtsrahmen verbürgt werden kann, sondern jeden abschließenden Ordnungsbegriff übersteigt.<sup>38</sup>

Die Sprengkraft dieses Aufbruchs impliziert, dass er dem gesellschaftlichen Handeln nicht zur Disposition steht. Aufgetan wird ja eben der Blick für das Andere jenseits des herrschenden Bewusstseinshorizonts. Diese Alterität, Unverfügbarkeit und Ereignishaftigkeit des Geschichtlichen fasst Benjamin mit der berühmt-berüchtigten Figur »göttlicher Gewalt«. »Wie in allen Bereichen dem Mythos Gott, so tritt der mythischen Gewalt die göttliche entgegen.«<sup>39</sup> Während der Mythos die Unentrinnbarkeit der naturgegebenen Weltordnung beschwört, verheiñt Gott die erlösende Transzendierung der bestehenden Weltverhältnisse. Diese kühne Unterscheidung im Kern von Benjamins Argumentation ist keine abstrakte religiöse Spekulation. Sie bringt zur Sprache, dass wirklicher geschichtlicher Wandel die Offenbarung eines Horizonts bedeutet, der das in den gegebenen Verhältnissen geformte Denken und Handeln der Subjekte unterbricht und überschreitet. Im Kern der Geschichte steht ein aus der Perspektive der handelnden Subjekte passives Moment: Die ereignishafte Erfahrung eines Anderen, Neuen jenseits des gegebenen Denk- und Handlungshorizonts, die dessen Kontingenz und Beschränktheit offenbart. Obwohl sich das eröffnete Andere fortlaufend entzieht und jeder Begreiflichkeit versagt, drängt sich seine Wahrheit unbedingt auf. Obgleich es jeden sicheren Handlungsleitfaden auflöst, fordert und verheiñt es die Überschreitung des Bestehenden als einen Schritt der Gerechtigkeit und Befreiung. Unterbrechung, Transzendenz, Absolutheit, Gebot, Verheiñung, Gerechtigkeit, Freiheit: Diese Modi der Erfahrung bezeugt die theologische Sprache der jüdisch-christlichen Tradition. Dergestalt bedeutet der wahre geschichtliche Aufbruch ein Walten göttlicher Gewalt. Er hat den Charakter der unverfügablen Ankunft eines Rettenden, wie ihn die jüdische Messiahoffnung tradiert.<sup>40</sup>

Die Rede von Gewalt ist dabei höchst dialektisch. Zwar erläutert Benjamin das göttliche Wirken in der Tat mit Attributen und Beispielen gewaltsamer Intervention. Paradoxalement insistiert er aber gleichzeitig auf

<sup>38</sup> Vgl. zur Gerechtigkeit als Fluchtpunkt des geschichtlichen Aufbruchs ebd., S. 198.

<sup>39</sup> Ebd., S. 199.

<sup>40</sup> Vgl. zum messianischen Charakter der Geschichte W. Benjamin, »Über den Begriff der Geschichte«, in: Gesammelte Schriften, a.a.O., Bd. I.2, S. 691–704; ders., »Theologisch-politisches Fragment«, in: Gesammelte Schriften, a.a.O., Bd. II.1., S. 203f.

der genuinen Gewaltlosigkeit der Handlungen, in denen die göttliche Gewalt aufscheint.<sup>41</sup> Die Entsetzung kann handfeste Gewaltanwendung implizieren, muss es aber nicht. Die göttliche Gewalt »nimmt« Opfer »an«, »fordert« sie jedoch nicht, wie Benjamin erklärt.<sup>42</sup> Wesentlich gewaltsam ist das Ereignis der Geschichte insofern, als es das schicksalhafte Fortlaufen der Machtordnungen aufbricht. Diese Disruption hat aber zugleich im Kern gewaltlosen Charakter, weil sie nicht auf die Einsetzung einer neuen Zwangsordnung zielt, sondern ihren Sinn gerade in der Öffnung für das vom Ordnungzwang Ausgeschlossene hat: ein Vorgang, den die Überschreitung »nicht sowohl veranlaßt als vielmehr vollzieht«.<sup>43</sup> Als Zeugnis der Wirklichkeit des gewaltlosen Standpunkts jenseits des Rekurses auf repressive Ordnungen würdigt Benjamin neben dem proletarischen Generalstreik, der auf keine veränderte Ordnung, sondern auf den gänzlichen Umsturz staatlichen Zwangs zielt, Formen gewaltloser Konfliktlösung zwischen Privaten und Staaten. Die Ausführungen zu diesen rechtsbefreiten Weisen der Übereinkunft erscheinen flagrant romantisierend, soweit sie darin eine Abwesenheit oder auch nur eine konsequente Abmilderung der Gewalt im Verhältnis zu formalen Rechtsverhältnissen unterstellen. Benjamin scheint es aber weniger um diese Verhältnisse als solche, sondern um ein bestimmtes Erfahrungsmoment zu gehen, das in diesen Verhältnissen – wie immer unrein und schwach – zum Vorschein kommt. Die Beispiele dokumentieren eine unhintergehbarer Erfahrung wahrer zwischenmenschlicher Verständigung. In dieser Erfahrung offenbart sich ein Sinn dafür, die Ansprüche Anderer jenseits der Behauptung des eigenen Bewusstseinshorizonts in ihrer Verbindlichkeit wahrzunehmen und zu beantworten. In solcher Überschreitung des gegebenen Standpunkts zugunsten einer höheren Gerechtigkeitsforderung, die sich in keiner festen Ordnung erschöpft, liegt die Möglichkeit und Wirklichkeit geschichtlichen Handelns, des Ereignisses göttlicher Gewalt.

Auf den ersten Blick argumentiert Benjamin radikal rechtskritisch: Naturrecht und Rechtspositivismus werden gleichermaßen abgelehnt, alle Rechtsetzung wird verworfen, postuliert wird Rechtsentsetzung und Rechtsvernichtung.<sup>44</sup> Bei genauerem Hinsehen ist Benjamins Bezugnahme auf den Rechtsbegriff aber zweideutiger: Zunächst handelt der Text nicht von Recht als solchem, sondern von Gewalt und in diesem Zusammenhang spezifisch von Rechtsgewalt. Die Kritik gilt dem Recht

<sup>41</sup> Dieses Paradox unterstreicht und diskutiert insbesondere die Interpretation von J. Butler, *Parting Ways. Jewishness and the Critique of Zionism*, New York 2012, S. 69ff.

<sup>42</sup> Ebd., S. 200.

<sup>43</sup> Ebd., S. 194. Die Aussage bezieht sich an der Stelle auf den proletarischen Generalstreik.

<sup>44</sup> Als »rechtsvernichtend« bezeichnet Benjamin die göttliche Gewalt ebd., S. 199.

als einer staatlich-monopolen Zwangsordnung, die jede Divergenz ausschließt. Benjamin wendet sich aber ausdrücklich weder gegen jede Form der Normativität, noch gegen alle Gewalt oder spezifischer allen Zwang. Er verwirft einen »kindischen Anarchismus«, der »keinerlei Zwang der Person gegenüber anerkennt, und erklärt ›Erlaubt ist was gefällt.‹«<sup>45</sup> Der abgelehnten Gewalt wird ein anderer Gewaltbegriff gegenübergestellt. Diese gewaltlos-göttliche Gewalt steht nicht für Bindungslosigkeit, sondern für eine vom Prinzip der Gerechtigkeit bestimmte »höhere Ordnung der Freiheit« ein.<sup>46</sup> Das Einbrechen göttlicher Gewalt, das diese höhere Ordnung eröffnet, verbindet sich in Benjamins Erläuterung mit dem jüdischen Gesetz. Zu beachten ist weiter, dass Benjamin mit Blick auf die Figur göttlicher Gewalt jede Identifikationslogik abweist. Während die mythische Gewalt die machtförmige Fixierung eines Zustands beschreibt, bezeichnet die göttliche Gewalt das im Letzten unverfügbare Ereignis geschichtlicher Bewegung und insofern keinen durch eine bestimmte Aktion zu kontrollierenden Vorgang. Benjamin hält denn auch mit Blick auf die beiden Gewalten fest: »nur die mythische, nicht die göttliche, wird sich als solche mit Gewissheit erkennen lassen [...]. Von neuem stehen der göttlichen Gewalt alle ewigen Formen frei, die der Mythos mit dem Recht bastardierte.«<sup>47</sup> Der letzte Satz markiert nochmals klar, dass die göttliche Gewalt das Recht hinter sich lässt. Er unterstreicht aber auch, dass sich dies nicht auf die »Formen« des Rechts, sondern auf die mythische Logik bezieht, die Benjamin in der gewaltsamen Behauptung einer unerschütterlichen Rechtsordnung erkennt. Die Unerkennbarkeit, Ungreifbarkeit und Unverfügbarkeit der rechtsentsetzenden Gewalt lässt es problematisch erscheinen, diese Figur in negativer Identifikation von jeder Gestalt des Rechts abzugrenzen. Es scheint denkbar, dass sich im Bereich rechtlicher Semantik neben der verworfenen Gewalt der Setzung und Erhaltung auch das rechtsentsetzende Ereignis geschichtlicher Transzendenz abspielen kann. Das wird von Benjamin nicht unmittelbar erwogen. Seine Erläuterungen stellen im Gegenteil die von rechtlichen Formen und Begriffen distanzierte politisch-revolutionäre Aktion in den Vordergrund. Die durchgreifende Dialektik der Argumentation und der damit einhergehende affirmative Bezug auf zentrale rechtliche Topoi – Gesetz, höhere Ordnung, Gerechtigkeit – drängt es aber doch auf, die Spannung von Mythos und Geschichte nicht als abstrakte Disjunktion von Recht und Nicht-Recht zu begreifen, sondern im Innern der rechtlichen Semantik anzusiedeln.<sup>48</sup> Folgt man dieser Fährte, so lässt sich weitergehend fragen, inwiefern das Mythische

<sup>45</sup> Ebd., S. 187.

<sup>46</sup> Ebd.

<sup>47</sup> Ebd., S. 203.

<sup>48</sup> Interpretationen, die Benjamins Rechtsentsetzung innerhalb des Rechts verorten, wurden verschiedentlich vorgeschlagen. Vgl. J. Butler, *Parting Ways*,

und das Göttliche einander nicht nur entgegenstehen, sondern dabei zugleich aufeinander bezogen und ineinander verstrickt sind. Genau die Wege, die sich hier auftun, werden durch die rechtssphilosophischen Beobachtungen der Tradition, die von Kant zu Derrida führt, beschritten und ausgemessen.

a.a.O., S. 73; C. Menke, *Recht und Gewalt*, a.a.O., S. 59ff.; A. Fischer-Lescano, *Rechtskraft*, a.a.O., S. 61ff.