

---

# Warum die Regel von der Ausnahme lebt

## Der Ausnahmezustand als Strukturmoment des Rechts

Liza Mattutat

---

### Zusammenfassung

Mit der Figur des Ausnahmezustands lässt sich nicht bloß ein zeitgenössisches „Paradigma des Regierens“ (Agamben) erschließen, sie gibt auch Aufschluss über ein inneres Strukturmoment des Rechts: das Moment der Vermittlung gesellschaftlicher Kräfteverhältnisse in der juristischen Entscheidung. Zur Stützung dieser These arbeitet dieser Beitrag zunächst die Problemstellung der Weimarer Debatte um den Ausnahmezustand im Kontext der Entstehung des Völkerbundes heraus. Darin gilt der Ausnahmezustand als Prüfstein, an dem sich die Frage entscheiden soll, ob eine „Herrschaft des Rechts“ möglich ist (Abschn. 2). Anschließend werden Hans Kelsens, Carl Schmitts und Hermann Hellers Positionen zu dieser Frage rekonstruiert. Während für Kelsen die Rechtsordnung und für Schmitt ein ungeteilter Machthaber souverän ist, weist Hermann Heller beide Lösungen als undialektische Vereinseitigungen zurück. Souverän ist nach ihm das „Zusammenwirken aller Beteiligten“ in der Organisation Staat (Abschn. 3). In Übereinstimmung mit Heller und unter Bezugnahme auf häufig überlesene Stellen aus Schmitts „Politischer Theologie“ entwickelt der letzte Teil, wie sich gesellschaftliche Kräfte in der juristischen Entscheidung vermitteln und vereinheitlichen (Abschn. 4).

---

L. Mattutat (✉)

Inst. für Philosophie und Kulturwissenschaft (IPK), Leuphana Universität Lüneburg,  
Lüneburg, Deutschland

E-Mail: liza.mattutat@leuphana.de

## 1 Einleitung

Carl Schmitts berühmte These, Souverän sei, „wer über den Ausnahmezustand entscheidet“ (Schmitt 1979, S. 11), wird häufig so verstanden, dass sich erst im Staatsnotstand erweist, wer wirklich die Geschicke des Staates bestimmt. Bereits Hermann Heller hat darauf hingewiesen, dass eine solche Deutung „zur Annahme zweier Souveräne im selben Staat“ (Heller 1971a, S. 127) führe – einer, der über den Ausnahme-, und einer, der über den Normalzustand entscheidet. In meinem Aufsatz möchte ich deshalb zunächst den historisch-politischen Hintergrund skizzieren, vor dem sich das Problem der Souveränität in der Debatte der 1920er-Jahre stellt: die Gründung des Völkerbunds und die damit verbundene Frage nach dem Primat des Völkerrechts oder seiner Unterordnung unter nationales Recht (Abschn. 2).

Vor diesem Problemhintergrund werde ich die drei bekanntesten und konsequentesten Positionen der Debatte darstellen. Hans Kelsen wird als „Testamentsvollstrecker [der] Lehre“ (Heller 1971a, S. 42) vom Primat des Völkerrechts, vom Primat des Rechts gegenüber dem Staat und damit eines rechtlichen Objektivismus rekonstruiert. Carl Schmitt steht Hans Kelsen in puncto Konsequenz in nichts nach, vollstreckt aber das Testament der entgegengesetzten Lehre: Völkerrechtlich argumentiert er für das Primat des nationalen Rechts, staatsrechtlich für das Primat des Staates gegenüber dem Recht und somit für einen rechtlichen Subjektivismus. Hermann Heller schließlich weist beide Positionen als undialektische Vereinseitigungen des Verhältnisses von Staat und Recht zurück (Heller 1971a, S. 83). Während das Subjekt der Souveränität für Kelsen die Rechtsordnung und für Schmitt ein zunächst nicht näher bestimmter ungeteilter Machthaber ist, begreift Hermann Heller in seiner wirklichkeitswissenschaftlichen Staatslehre den „Staat als Organisation“ als souverän. Weder Recht noch Regierung und auch nicht der Demos sind für sich genommen souverän, vielmehr kommt ihrem Zusammenwirken im Handlungsgefüge des Staates Souveränität zu (Abschn. 3).

Hellers Kritik an Kelsen und Schmitt wird zunächst als zutreffend herausgearbeitet. In seiner Souveränitätstheorie bleibt allerdings unbestimmt, wie sich das „Zusammenwirken aller Beteiligten“ (Heller 1971b, S. 350) in der Organisation Staat vermittelt. Unter Rückgang auf häufig überlesene Stellen aus Schmitts „Politischer Theologie“ werde ich eine Lesart vorstellen, die auf diese Frage eine Antwort bereithält: In der rechtlichen Entscheidung vermitteln sich die verschiedenen Elemente der Organisation Staat im Heller'schen Sinn und es bestimmt sich, was gesellschaftlich gilt. Der „Ausnahmezustand“ wird von dort aus als Moment dieser Vermittlung begriffen. Er wird so als ein inneres Strukturmoment des Rechts und nicht bloß als äußerliche Bedrohung der Rechtsordnung im Staatsnotstand verstehbar (Abschn. 4).

## 2 Der historisch-politische Hintergrund der Weimarer Debatte um den Ausnahmezustand

Als Reaktion auf die Schrecken des Ersten Weltkriegs wurde 1919 unter führendem Engagement des damaligen US-amerikanischen Präsidenten Woodrow Wilson der Völkerbund ins Leben gerufen. Ihm lag die Idee einer verfassten Weltgesellschaft zugrunde. Alle souveränen Staaten sollten in ein System gegenseitiger Sicherheit, gemeinsamer rechtlicher Verpflichtungen, Institutionen und Verfahren mit dem Ziel der Vertrauensbildung eingebunden werden. In einer Rede vom 4. Juli 1918 in Mount Vernon verleiht Wilson dieser Idee Ausdruck: „Was wir suchen, ist die Herrschaft des Rechts, gegründet auf die Zustimmung der Regierten und getragen von der organisierten Meinung der Menschheit“ (Unser 2004, S. 7). Damit hat er zugleich das Problem benannt, unter dem das Völkerrecht seit seinen Anfängen im Kontext der Kolonialisierung Amerikas (Anghie 2006) bis heute steht: Der Völkerbund sollte *zugleich* die Herrschaft des Rechts einrichten *und* auf der Zustimmung der einzelnen Staaten beruhen. Diese beiden Anforderungen schließen einander jedoch aus: Die Idee der „Herrschaft des Rechts“ erfordert eine von realen Machtverhältnissen<sup>1</sup> unabhängige Geltung des Rechts. Das Völkerrecht müsste demnach den nationalen Interessen und dem nationalen Recht übergeordnet sein und diese binden. Dies ist die Idee eines Primats des Völkerrechts. Dass das Völkerrecht zugleich von der „Zustimmung der Regierten“ abhängig soll, artikuliert hingegen die Idee eines Primats des nationalen Rechts: Wenn das Völkerrecht nur gilt, wenn und insofern die ihm unterstellten Staaten es anerkennen, ist es ihnen untergeordnet und hat nur den Status eines Vertrags, von dem man auch zurücktreten kann.

Diese völkerrechtliche Problematik der Souveränität wiederholt sich als staatsrechtliche Frage: Auch auf der Ebene des Nationalstaats herrscht das Recht nur dann, wenn es unabhängig von Machtverhältnissen gilt. Ist es hingegen von der Anerkennung oder Garantie durch faktische Mächte abhängig, sind diese die Herrscher des Rechts, denn es bindet sie nicht (Neumann 1980).

---

<sup>1</sup>Den Ausdruck „Machtverhältnisse“ wähle ich hier gerade wegen seiner Unbestimmtheit. Eine genauere Charakterisierung der faktischen Kräfte, die das Recht bestimmen, würde durch die Problemformulierung die möglichen Antworten begrenzen. Würde man hier etwa mit Carl Schmitt von einem personalen Machthaber sprechen, verstellte man sich den Blick auf nicht-personale politische Theorien wie die Hellers. Der Ausdruck ist so zunächst ein noch näher zu bestimmender Problembegriff, der nur formal anzeigt, dass Macht im Anschluss an Foucault immer als Verhältnis von Macht und Gegenmacht begriffen werden muss (Foucault 2005).

Dies ist der Problemhintergrund, vor dem Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller ihre Thesen zum Ausnahmezustand und zur Souveränität vorbringen. Es geht ihnen um die Frage, ob eine Herrschaft des Rechts im strengen Sinne möglich ist oder ob rechtliche Geltung in letzter Instanz von einer souveränen Macht jenseits des Rechts abhängt. Der Ausnahmezustand ist sozusagen der Prüfstein, an dem sich zeigen soll, ob das Recht das durch ihn dargestellte Problem lösen kann, ohne auf eine nichtrechtliche souveräne Instanz zurückzugreifen. Ist das Recht auch im politischen Ernstfall in der Lage, zu bestimmen, was geschehen darf und durch wen, bleibt das Recht auch im Grenzfall des Staatsnotstands souverän. Kann das Recht dies nicht leisten, zeigt sich im Ausnahmefall die Suprematie nichtrechtlicher Machtverhältnisse.

---

### **3 Kelsens Objektivismus, Schmitts Subjektivismus und ihre Vermittlung durch Hermann Hellers Theorie des Staates als Organisation**

#### **3.1 Kelsen: Souveränität ist „eine Eigenschaft der Rechtsordnung“**

Hans Kelsen argumentiert, dass die drei klassischen Merkmale des Staates – Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsgewalt (Jellinek 1905) – nur ausgehend von durch die Rechtsordnung geregelten Zuschreibungen bestimmt werden können. Zum Staatsvolk gehört jeder, der die in der Rechtsordnung festgeschriebenen Voraussetzungen für die Staatsbürgerschaft erfüllt. Das Staatsgebiet ergibt sich nicht aus geografischen Grenzen, sondern aus dem räumlichen Geltungsbereich der Rechtsordnung. Die Staatsgewalt unterscheidet sich „von anderen Gewaltverhältnissen [dadurch,] daß [sie] rechtlich geregelt ist, das heißt aber: daß die Menschen, die als Staatsregierung Gewalt ausüben, von einer Rechtsordnung ermächtigt sind, die Gewalt durch Erzeugung und Anwendung von Rechtsnormen auszuüben, daß die Staatsgewalt normativen Charakter hat. Die sogenannte Staatsgewalt ist die Geltung einer effektiven staatlichen Rechtsordnung“ (Kelsen 1960, S. 292). Weil sich so alle drei Elemente des Staates über die Rechtsordnung bestimmen, ist der Staat nach Kelsens Argument nichts anderes als die „wirksame Rechtsordnung“ (Kelsen 1960, S. 293).

Dass es dennoch so aussieht, als stünde der Staat als handelndes Subjekt neben der Rechtsordnung, versteht Kelsen als eine Personifikation juristischer Verhältnisse, die er als „Denkbehelf[...] oder Hilfsbegriff[...]“ (Kelsen 1960, S. 182) zur leichteren Darstellung durchaus für zulässig hält. Wo die Staatslehre

aber davon ausgeht, der Staat existiere unabhängig von der Rechtsordnung, gar vor oder über ihr, hypostasiert sie diesen Denkbehelf. Staat und Rechtsordnung, die für Kelsen dasselbe nur in unterschiedlichen Modi der Betrachtung sind, werden dann aufgrund eines logischen Fehlers als zwei selbstständige Einheiten aufgefasst. In einer „Verwechslung des Erkenntnismittels [und zwar der Personalisierung der Rechtsordnung als „Staat“, LM] mit einem Erkenntnisgegenstand [nämlich der wirksamen Rechtsordnung, LM] wird für einen realen Gegenstand genommen, was nur ein Werkzeug war, sich des Gegenstands zu bemächtigen“ (Kelsen 1964, S. 39).

Der Ausnahmezustand stellt für Kelsen kein Problem dar, denn auch dort sieht er die Identität von Staat und Rechtsordnung gegeben. Er argumentiert, dass auch die im Staatsnotstand geltenden Befehlsstrukturen Teil der Rechtsordnung sind. Die Rechtsordnung legt fest, wer im Ausnahmezustand zu welchen Handlungen befugt ist (Kelsen 1981, S. 36). Weil das Recht so auch im Ausnahmezustand der Geltungsgrund für die Ermächtigung von Personen ist, bleibt es ihnen übergeordnet, d. h. ihnen gegenüber souverän. Es gibt, schlussfolgert Kelsen, also keinen Souverän jenseits der Rechtsordnung. Souveränität ist hingegen „nur eine Eigenschaft der Rechtsordnung“ (Kelsen 1981, S. 36) selbst. Damit hat Kelsen eine objektivistische Staatstheorie vorgelegt, in der die objektive Geltung des Rechts der Bestimmungsgrund für subjektive, machtvolle Handlungsmöglichkeiten ist.

### **3.2 Schmitt: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“**

Carl Schmitt hat an dieser Stelle gegen Kelsen eingewendet, dass er das „selbstständige [...] Problem [...] der Rechtsverwirklichung“ (Schmitt 1979, S. 31) übersieht. Wenn der Staat nichts als die „*wirksame* Rechtsordnung“ (Kelsen 1960, S. 293, Hervorhebung von LM) sein soll, muss erläutert werden, wie sie wirksam wird. Während Kelsens Objektivismus davon abhängt, dass die Rechtsverwirklichung vollständig von Rechtsnormen determiniert wird, weist Schmitt darauf hin, dass das Recht „sich nicht aus sich selbst umsetzen kann“ (Schmitt 1979, S. 42) und deshalb bei seiner Verwirklichung auf etwas Subjektives und Außerrechtliches angewiesen ist.

Im Normalfall mag es zunächst so aussehen, als wende sich das Recht gewissermaßen selbst an, d. h. als leite die Richter\*in ihr Urteil „aus dem Inhalt einer Norm restlos ab [...]“ (Schmitt 1979, S. 11) und sei so nicht anderes „als reines Organ der reinen Norm“ (Schmitt 2006, S. 14). Davon zeugt auch die bis heute verbreitete Modellierung von rechtlichen Urteilen als praktische Syllogismen:

„Das Gesetz hat einen Tatbestand A und eine Rechtsfolge B. Dann schiebt man den Sachverhalt C, den ‚Fall‘, unter den Tatbestand A. Wenn sie übereinstimmen, ergibt das für ihn die Rechtsfolge B. Das ist eine Subsumtion“ (Wesel 1984, S. 10).

Diese Vorstellung vergeht aber, wenn man sich den Ausnahmezustand vor Augen führt. Denn der Ausnahmezustand ist ein Fall, in dem „weder mit subsumierbarer Klarheit angegeben werden“ (Schmitt 1979, S. 12) kann, ob überhaupt ein Fall (von Ausnahme) vorliegt, noch „inhaltlich aufgezählt werden [kann], was in einem solchen Fall getan werden darf“ (Schmitt 1979, S. 12). Der Ausnahmezustand ist gerade „der in der geltenden Rechtsordnung nicht umschriebene Fall“ (Schmitt 1979, S. 12). Die Entscheidung über ihn kann also gar nicht aus dem Recht abgeleitet werden, weil das Recht per definitionem nichts über ihn aussagt. Im Ausnahmezustand bestimmt also nicht das Recht darüber, wer entscheidet und wie zu entscheiden ist, sondern umgekehrt: Derjenige, der entscheidet, bestimmt über das Recht. Er ist dem Recht somit übergeordnet, d. h. ihm gegenüber souverän:

Die Existenz des Staates bewährt hier eine zweifellose Überlegenheit über die Geltung der Rechtsnorm. Die Entscheidung macht sich frei von jeder normativen Gebundenheit und wird im eigentlichen Sinne absolut. Im Ausnahmefall suspendiert der Staat das Recht, kraft eines Selbsterhaltungsrechtes, wie man sagt. Die zwei Elemente des Begriffes ‚Rechts-Ordnung‘ treten hier einander gegenüber und beweisen ihre begriffliche Selbständigkeit (Schmitt 1979, S. 19).

Schmitts formuliert damit einen rechtstheoretischen Subjektivismus, weil er in genauer Entgegensetzung zu Kelsen zeigt, dass das Recht in seiner Verwirklichung von subjektivem, machtvолlem Handeln abhängig ist.

### 3.3 Heller: „Souverän ist die Organisation“

Als Einwand gegen Kelsens Identifizierung von Staat und Recht stimmt Hermann Heller Schmitts Betonung der „selbständige[n] Bedeutung der Deziision“ (Schmitt 1979, S. 11) in der Rechtsverwirklichung zunächst zu: „In dieser Beziehung ist Schmitts Kritik zweifellos endgültig und war auch für die vorliegende Arbeit [Hellers Buch „Die Souveränität“, LM] in vieler Hinsicht vorbildlich. Seine Souveränitätskonstruktion aber ist [...] in sich selbst widerspruchsvoll und unhaltbar“ (Heller 1971a, S. 89). Widerspruchsvoll wird Schmitts Souveränitätsdefinition laut Heller insbesondere, wenn man der Frage nachgeht, wer das souveräne Subjekt nach Schmitt sein soll. Wer oder was ist denn „die Instanz“ (Schmitt 1926, S. 2272), die

ausnahmsweise und mit „souveräner Macht“ (Schmitt 1926, S. 2272) die Rechtsordnung durchbrechen kann und ihr daher übergeordnet ist?

Erstens steht Schmitts späteres Bekenntnis, Adolf Hitler als Reichpräsident und Reichskanzler („Führer“) sei nach Art. 48 der Weimarer Verfassung souverän, im Widerspruch zu seinen eigenen Thesen zur kommissarischen Diktatur. Während die kommissarische Diktatur die demokratische Verfassung nur suspendiert, um diese Verfassung selbst im Ernstfall zu schützen, stellt die souveräne Diktatur den Zustand, den sie zu schützen behauptet, selbst erst her (Schmitt 1928, S. 145 f.). In „Die Diktatur“ „sah deshalb Schmitt in Art. 48 noch den ‚durchaus klaren Fall einer kommissarischen Diktatur‘ und empfahl besonderer Beachtung, daß die ‚grenzenlose Ermächtigung‘ keineswegs eine Auflösung des gesamten bestehenden Rechtszustandes und die Übertragung der Souveränität an den Reichspräsidenten bedeuten soll“ (Heller 1971a, S. 90). Nun: Entweder ist die Diktatur durch den Reichspräsidenten eine kommissarische oder der Reichspräsident ist absolut souverän – beides zugleich zu behaupten, ist widersprüchlich (Heller 1971a, S. 90).

Zweitens ist fraglich, wer nach Schmitts These das Subjekt der Souveränität im Normalzustand sein soll. Dies ist in der Weimarer Verfassung unfraglich geregelt: „Die Staatsgewalt geht vom Volke aus“ (Art. 1 Abs. 2 WRV). Will Schmitt behaupten, dass im Normalzustand das „Volk“, im Ausnahmezustand aber der Reichspräsident souverän ist? Das führt, wie Heller bemerkt, „zur Annahme zweier Souveräne im selben Staat“ (Heller 1971a, S. 127). Soll aber zugleich gelten, dass Souveränität die einheitliche „höchste, nichtabgeleitete Herrschermacht“ (Schmitt 1979, S. 12) ist, ist auch dies ein innerer Widerspruch in Schmitts Souveränitätsbegriff.

Dieser Widerspruch kann durch eine einheitliche Theorie der Souveränität in Normal- und Ausnahmefall vermieden werden: „Souverän ist also, wer über den Normalzustand durch die geschriebene oder ungeschriebene Verfassung entschieden hat und dadurch, daß er sie willentlich in Geltung erhält, dauernd weiter entscheidet. Und nur wer über den verfassungsmäßigen Normalzustand entscheidet, entscheidet juristisch auch über den Ausnahmezustand, gegebenenfalls *contra legem*“ (Heller 1971a, S. 127).

Wer oder was aber ist dieses einheitliche Subjekt der Souveränität? Die Rechtsordnung, der Reichspräsident oder der Demos? Alle diese möglichen Antworten hält Heller für undialektisch (Heller 1971a, S. 83) und schlägt stattdessen vor, den Staat als „Organisation, das zur Einheit der Entscheidung und Wirkung planmäßig organisierte Handlungsgefüge“ (Heller 1971b, S. 348), als souverän zu begreifen. Die Rechtsordnung, der Demos und die Regierung sind nach Hellers

Lehre, die er „wirklichkeitswissenschaftlich“ (Heller 1971b, S. 340) nennt, jeweils ein Element der Organisation Staat. Die Rechtsordnung begreift er als Manifestation bzw. Objektivierung der tatsächlichen Ordnung des gesellschaftlichen Lebens. Die Beteiligten schaffen sich demnach die Rechtsordnung, um „die Sicherheit einer regelmäßigen Wiederkehr des einheitsbildenden Verhaltens und damit die Sicherheit der Dauer des Handlungsgefüges“ (Heller 1971b, S. 344 f.) zu erhöhen. „Volk“ ist für Heller nur der Name für die Gesamtheit der menschlichen Leistungen, die „durch besondere Organe in einheitlich entschiedener Richtung zu einem einheitlichen Leistungs- und Wirkungszusammenhang aktualisiert werden“ (Heller 1971b, S. 343). Die Regierung ist schließlich dieses ‚besondere Organ‘, das „Aktzentrum“ (Heller 1971b, S. 344), das organisierend handelt und die Einheit der vielgestaltigen Beiträge der einzelnen dem Staat zugehörigen Menschen stiftet. Souverän ist nun keines dieser Elemente des Staates für sich genommen, sondern das Handlungsgefüge als solches: „Souverän ist die Organisation“ (Heller 1971b, S. 358).<sup>2</sup>

Hellers Souveränitätstheorie vermittelt so rechtstheoretischen Objektivismus und Subjektivismus, indem er beide zu ihrem Recht kommen lässt. Vom Objektivismus bewahrt er das Moment der geltenden Rechtsordnung, die Zuständigkeiten festlegt und deshalb den individuellen Handlungen mit staatsgewaltlichen Wirkungen vorausgesetzt ist. Der Subjektivismus ist gewahrt, weil er die Rechtsordnung als durch menschliche Praxis in Geltung gesetzt und in ihrer Geltung erhalten betrachtet.

---

#### **4 Die rechtliche Entscheidung als Vermittlung von Demos, Regierung und Rechtsordnung**

Heller betont nun treffend, „daß die Staatsgewalt als Wirkungseinheit nur durch das Zusammenwirken aller Beteiligten kausal zu erklären und eben deshalb – völlig unabhängig von allen Normen – auch nur diesem Zusammenwirken zuzurechnen ist“ (Heller 1971b, S. 350).<sup>3</sup> Wie sich dieses „Zusammenwirken aller

---

<sup>2</sup>Wird Souveränität so als Handlungsmacht begriffen, die nicht einem Einzelnen, sondern dem Verhältnis aller zukommt, ist das Konzept „Souveränität“ gewissermaßen an ihr Ende gebracht. Vgl. dazu auch die Diskussion um den Begriff der Souveränität bei Spinoza etwa bei Thomas Heerich (2000).

<sup>3</sup>Der Einschub „völlig unabhängig von allen Normen“ ist hier so zu lesen, dass die Staatsgewalt auch dann dem „Zusammenwirken aller Beteiligten“ zuzurechnen ist, wenn die Verfassung die Souveränität nur einem der Elemente der Organisation Staat zuweist. Das bedeutet aber nicht, dass Heller die Rechtsordnung insgesamt als irrelevant betrachtet, sie hat für ihn nur keine herausgehobene Stellung innerhalb der Gruppe der Elemente.



Beteiligten“ vereinheitlicht, d. h. wie ihre einzelnen ‚Leistungen‘ miteinander vermittelt werden, bleibt bei Heller jedoch unbestimmt. Ebenso unklar bleibt in seiner Bestimmung von Souveränität, was es heißt, dass die Organisation Staat die Rechtsordnung „willentlich in Geltung erhält [und dadurch] dauernd weiter entscheidet“ (Heller 1971a, S. 127).

Liest man Carl Schmitts „Politische Theologie“ gegen den Strich, hält sie den Ansatz für eine Antwort auf diese offenen Fragen in Hellers Souveränitätslehre bereit: Die Rechtsordnung ist dasjenige Element des Staates, in dem sich die konfligierenden normativen Ansprüche vermitteln – und zwar in gerichtlichen Entscheidungen.

Was Schmitt für den Ausnahmefall gezeigt hat, gilt nämlich relativ auch für den Normalfall. Auch Entscheidungen im Normalfall können nicht *restlos* aus Rechtsnormen abgeleitet werden, weil allgemeine Rechtsnormen auf singuläre Sachverhalte angewendet werden müssen. Modelliert man gerichtliche Entscheidungen als praktische Syllogismen, wird die Feststellung, dass ein Sachverhalt ein Fall der Norm ist, schlicht als geltend vorausgesetzt. Daher rührt die unmittelbare Gleichsetzung von Sachverhalt und Fall in der oben bereits zitierten Einführung in die Rechtswissenschaft: „[M]an [schiebt] den Sachverhalt C, den ‚Fall‘, unter den Tatbestand A“ (Wesel 1984, S. 10). Ob der Sachverhalt aber ein Fall der Norm ist, ist in juristischen Entscheidungen gerade die Frage: In einem Verfahren bringen Anklage und Verteidigung in der Regel zwei verschiedene Erzählungen des Sachverhalts vor. Ihr Unterschied liegt darin, dass die Anklage den Sachverhalt als Fall einer bestimmten Norm betrachtet, während die Verteidigung den Sachverhalt als Fall einer anderen Norm rekonstruiert oder beansprucht, dass er unter keine geltende Norm fällt.

Nun formulieren Normen grundsätzlich nur eine allgemeine Bestimmung eines Tatbestands. Dass ein Sachverhalt, ein „konkretes Faktum“ (Schmitt 1979, S. 41), aber diesen Tatbestand erfüllt, ergibt sich nicht unmittelbar aus den Rechtsnormen. Aus ihr „ergibt sich kein Zurechnungspunkt, sondern nur eine Qualität eines Inhaltes“ (Schmitt 1979, S. 43). Die Norm kann ihre eigene Anwendung also nicht regeln. Deshalb kann die juristische Entscheidung auch im Normalfall nicht *restlos* aus der Norm abgeleitet werden. Die Rechtsnorm gibt auch im Normalfall nur den Rahmen vor, innerhalb dessen entschieden werden muss. Diese Selbstständigkeit der Dezision, auf die Schmitt insistiert, „ist in der Eigenart des Normativen begründet und ergibt sich daraus, daß ein konkretes Faktum konkret beurteilt werden muß, obwohl als Maßstab der Beurteilung nur ein rechtliches Prinzip in seiner generellen Allgemeinheit gegeben ist“ (Schmitt 1979, S. 41).

Wenn sich aber nicht ableiten lässt, *dass* ein konkreter Sachverhalt ein Fall der Norm ist, sondern *entschieden* werden muss, *ob* er Fall der Norm ist, dann konkretisiert sich, *was* allgemein Fall der Norm ist, in der Entscheidung. Das heißt, das allgemeine Gesetz bestimmt sich, *indem* einzelne Sachverhalte unter es gebracht werden. Es bestimmt sich deshalb in der Rechtsanwendung beständig fort.

Ist der Ausnahmezustand nun nach Schmitts Definition ein Fall, in dem „weder mit *subsumierbarer Klarheit* angegeben werden“ (Schmitt 1979, S. 12) kann, ob ein Fall vorliegt, noch „inhaltlich aufgezählt werden [kann], was in einem solchen Fall geschehen darf“ (Schmitt 1979, S. 12), erfüllt streng genommen jeder Fall diese Kriterien. Denn aufgrund der Allgemeinheit des Rechts kann niemals „mit subsumierbarer Klarheit“ festgelegt sein, ob ein Sachverhalt ein Fall einer bestimmten Norm ist oder nicht. Mit „Ausnahmezustand“ ist somit nicht nur die Bedrohung des Staates im Ernstfall, sondern auch ein Strukturmoment des Rechts benannt: eben die selbstständige Bedeutung der Deziision auch im Normalfall.

Deshalb „lebt [die Regel] überhaupt nur von der Ausnahme. In der Ausnahme durchbricht die Kraft des wirklichen Lebens die Kruste einer in Wiederholung erstarrten Mechanik“ (Schmitt 1979, S. 22). Denn was das Gesetz selbst besagt, steht nicht unabhängig von seiner Anwendung fest, vielmehr besagt es nur etwas Bestimmtes durch das wirkliche Subsumieren einzelner Fälle. Es ist also bestimmtes Recht nur durch die Deziision, in der sich Norm und Einzelfall miteinander vermitteln.

Carl Schmitt nutzt den Ausnahmezustand so gewissermaßen als methodische Fiktion, um zu zeigen, dass das Recht immer, auch in seinem gewöhnlichen Funktionieren, auf etwas Subjektives und Außerrechtliches angewiesen ist. Das zeigt auch, dass er einen nicht namentlich genannten protestantischen Theologen des 19. Jahrhunderts – es handelt sich um Søren Kierkegaard (Kierkegaard 1909, S. 200) – zustimmend zitiert: „Die Ausnahme erklärt das Allgemeine und sich selbst. Und wenn man das Allgemeine richtig studieren will, braucht man sich nur nach einer wirklichen Ausnahme umzusehen“ (Schmitt 1979, S. 22).

Es ist nun Schmitts Blindheit für politische Auseinandersetzungen und seinem Autoritarismus geschuldet, dass er die sich daraus ergebende nichtrechtliche Souveränität einzelnen Personen zugeschrieben hat – und zwar im Normalfall dem Richter und im Ausnahmezustand dem Reichspräsidenten. Eine Richterin entscheidet aber nicht unabhängig von den politischen Macht- und Kräfteverhältnissen, in denen sie lebt und arbeitet. Welche Urteile sie fällen kann, d. h. welche Auslegungen von Normen akzeptiert werden, hängt von ebendiesen politischen Kräfteverhältnissen ab.

Dass z. B. Adolf Hitler trotz des erfüllten Tatbestands des Hochverrats für den Putschversuch 1923 nur zur Mindeststrafe von 5 Jahren Festungshaft mit Möglichkeit auf frühzeitige Entlassung auf Bewährung verurteilt wurde, ist aus der Stärke der Rechten in den 1920er-Jahre zu erklären: Sie sind die großen Gewinner der Landtagswahl zwei Monate nach Prozessbeginn im April 1924. Das verhandelnde Bayerische Volksgericht kam den Angeklagten durch seine politische Ausrichtung zugute, war aber eigentlich zumindest unzuständig, wenn nicht illegitim. Der vorsitzende rechtskonservative Richter Georg Neithardt war strategisch klug gewählt, denn er sah über Hitlers Vorstrafen hinweg, erlaubte ihm, den Gerichtssaal zur Bühne zu machen, und fand in seinem Urteil lobende Worte für den Verurteilten (Gritschneder 2001). Dass die Klagen von Hartz-IV-Empfänger\*innen gegen die Kürzung von Leistungen immer wieder scheitern, obwohl sie aus guten und für etwa ein Drittel der Richter\*innen ausreichenden Gründen deren Unrechtmäßigkeit beanspruchen, gibt Aufschluss über heutige Kräfteverhältnisse in Bezug auf die aktivierende Arbeitsmarktpolitik (o. A. 2016).

Trotz Schmitts Blindheit für politische Kräfteverhältnisse und seines Autoritarismus gibt die „Politische Theologie“ Hinweise darauf, wie die Leerstelle in Hellers Staatstheorie zu füllen sein könnte: Das Zusammenwirken aller vermittelt sich in den Entscheidungen des Rechts und wird durch sie in allgemeine Geltung gesetzt. Wie diese Entscheidungen ausgehen, hängt in Deutschland unter anderem von parteipolitischen Positionen und ihrem Kräfteverhältnis in Bundestag und Bundesrat ab. Sie sind beeinflusst durch die öffentliche Debatte über ihren Gegenstand. Die Entscheidungen sind weiter vorstrukturiert durch die Argumentationen der Prozessparteien, die den Sachverhalt unterschiedlich rahmen, und begrenzt durch die gängige Auslegungspraxis, die in Kommentaren festgeschrieben ist und durch andere Urteile beeinflusst wird. So wirken mittelbar alle am politischen Diskurs Beteiligten – mit mehr oder weniger Gewicht – an der Fortbestimmung des gesellschaftlich Geltenden mit. Der Richter\*in kommt innerhalb dieses Zusammenwirkens eine dennoch herausgehobene Stellung zu, denn in ihrem Urteil legt sie „so gut wie möglich dar[...], daß das Ergebnis ‚zwingend‘ war“ (Kennedy 1995, S. 79). Dies ist ein „Erfordernis der Form“ (Kennedy 1995, S. 77) des Urteils, denn die Richter\*in muss ihr Urteil als praktischen Syllogismus anlegen, d. h., sie muss den Sachverhalt so rekonstruieren, dass es so aussieht, als fielen er von selbst unter die Norm. „Die ‚sylogistische Technik‘ [...] betrifft daher nur die rekonstruierte Logik des Rechts und nicht die ‚angewandte Logik‘“ (Sack 2016, S. 117). Durch dieses Erfordernis der Form hebt das Urteil den umstrittenen Sachverhalt „aus dem Bereich privaten Geschehens und parteiischer Konstruktion heraus und hebt [ihn] auf ein offizielles, autoritatives, gewissermaßen neutrales Postament hinauf“ (Kirchheimer 1981, S. 611). Das Gerichtsverfahren

verallgemeinert so das gesellschaftlich umkämpfte Thema, setzt eine Deutung in Geltung und beendet die Auseinandersetzung für den Augenblick, indem es seine Entscheidung als allgemeines und neutrales Ergebnis darstellt.

Um ein Beispiel von oben aufzugreifen: In der Auseinandersetzung um Hartz-IV-Sanktionen wird darum gestritten, was als ein menschenwürdiges Leben und was als staatliches Handeln in Einklang mit dem Sozialstaatsprinzip zu gelten hat. In der sogenannten „Klagewelle“ streiten viele Betroffene einzeln um die Rechtmäßigkeit der Sanktionen. Im Jahr 2015 waren 2325 der 5867 Widersprüchen gegen die Leistungskürzungen, die vor Gericht verhandelt wurden, erfolgreich (o. A. 2016).<sup>4</sup> Ebenso umkämpft sind die parlamentarischen und außerparlamentarischen Einschätzungen der Vereinbarkeit der Sanktionen mit der Menschenwürde und dem Sozialstaatsprinzip. Als Kernstück der Agenda 2010 sind die Hartzreformen unter der rot-grünen Regierung unter aktiver Beteiligung der Opposition, insbesondere der CDU/CSU, umgesetzt worden. Es gab und gibt also eine breite parteipolitische Befürwortung der aktivierenden, sanktionsbewehrten Arbeitsmarktpolitik. Kritik üben hingegen viele außerparlamentarische Kräfte, manche Gewerkschaften, Wohlfahrtsverbände, kritische Jurist\*innen und zivilgesellschaftliche Gruppen. Vor diesem Hintergrund wies das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluss von 06. Mai 2016 eine Richtervorlage des Sozialgerichts Gotha zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Hartz-IV-Sanktionen als unzulässig zurück (Bundesverfassungsgericht 2016). Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von Leistungskürzungen dadurch zunächst unbeantwortet gelassen und den rechtlichen Streit darum, was als menschenwürdiges Leben in Deutschland zu gelten hat, offengelassen. Hätten die Richter des Verfassungsgerichts ein Urteil gefällt, wäre das Thema auf dem Rechtsweg zunächst entschieden und es gäbe keine *rechtliche* Möglichkeit mehr, das Votum anzufechten – andere politische Wege stehen dem Widerstand gegen Hartz-IV-Sanktionen natürlich weiterhin und immer offen. Dennoch wäre die Entscheidung auf ein „offizielles, autoritatives, gewissermaßen neutrales Postament“ (Kirchheimer 1981, S. 611) gehoben und hätte damit *zunächst* festlegt, was gesellschaftlich als menschenwürdiges Leben gilt.

---

<sup>4</sup>Da Widersprüche nur gegen Verwaltungsakte eingelegt werden können und individuell begründet werden müssen, wird in den einzelnen Fällen nur sehr selten direkt auf das Recht auf ein menschenwürdiges Leben (Art. 1 GG) oder auf das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 GG) Bezug genommen. Die „Klagewelle“ beteiligt sich nicht *direkt* an der Auslegung der Rechtsbegriffe „Menschenwürde“ und „Sozialstaatsprinzip“. Dennoch ist sie ein Teil des Widerstands gegen die Sanktionen und so *indirekt* am Streit um die juristische Auslegung von „Menschenwürde“ und „Sozialstaatsprinzip“ beteiligt.

Dies ist ein Beispiel für das „Zusammenwirken aller Beteiligten“ – d. h. der Handlungen der Parlamentarier\*innen, der Gewerkschaften, der Richter\*innen und Jurist\*innen, der Kläger\*innen usf. –, das die gegebene Ordnung „in Geltung erhält“. Dieses Zusammenwirken entscheidet allerdings nicht *durch das In-Geltung-Halten* „ständig weiter“, wie Heller meinte. Es erhält vielmehr Geltung, *indem* es ständig weiter entscheidet.

---

## Literatur

- Anghie, Antony. 2006. The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities. *Third World Quarterly* 27 (5): 739–753.
- Bundesverfassungsgericht. 2016. *Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 06. Mai 2016*. 1 BvL 7/15 – Rn. (1–23).
- Foucault, Michel. 2005. *Analytik der Macht*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Gritschneider, Otto. 2001. *Der Hitler-Prozeß und sein Richter Georg Neithardt: Eine Rechtsbeugung von 1924 mit Folgen*. München: Beck.
- Heerich, Thomas. 2000. *Transformation des Politikkonzepts von Hobbes zu Spinoza*. Würzburg: Königshausen & Neumann.
- Heller, Hermann. 1971a. *Gesammelte Schriften*, Bd. 2. Leiden: Sijthoff.
- Heller, Hermann. 1971b. *Gesammelte Schriften*, Bd. 3. Leiden: Sijthoff.
- Jellinek, Georg. 1905. *Allgemeine Staatslehre*, Bd. 1. Berlin: Häring.
- Kelsen, Hans. 1960. *Reine Rechtslehre*. Wien: Deuticke.
- Kelsen, Hans. 1964. *Aufsätze zur Ideologiekritik*. Neuwied: Luchterhand.
- Kelsen, Hans. 1981. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Aalen: Scientia-Verlag.
- Kennedy, Duncan. 1995. Konsequenzen der richterlichen Entscheidung. In *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Hrsg. Günther Teubner, 55–87. Baden-Baden: Nomos.
- Kierkegaard, Søren. 1909. *Furcht und Zittern/Wiederholung*. Gesammelte Werke Bd. 3. Jena: Diederichs.
- Kirchheimer, Otto. 1981. *Politische Justiz. Verwendung politischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken*. Frankfurt a. M.: EVA.
- Neumann, Franz. 1980. *Die Herrschaft des Gesetzes: Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- o. A. 2016. Sanktion für Arbeitslose: Jeder dritte Hartz-IV-Einspruch hat Erfolg. Spiegel online. <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/hartz-iv-jeder-dritte-einspruch-gegen-sanktionen-hat-erfolg-a-1086078.html>. Zugegriffen: 8. Juni 2016.
- Sack, Fritz. 2016. Neue Perspektiven in der Kriminologie. In *Kriminologische Grundlagentexte*, Hrsg. Daniela Klimke und Aldo Legnaro, 107–124. Wiesbaden: Springer VS.
- Schmitt, Carl. 1926. Besprechung von Gerhard Anschütz' „Die Verfassung des Deutschen Reichs“. *Juristische Wochenschrift* 55:2272.
- Schmitt, Carl. 1928. *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. München: Duncker & Humblot.

- Schmitt, Carl. 1979. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl. 2006. *Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Unser, Günter. 2004. *Die UNO: Aufgaben, Strukturen, Politik*. München: dtv.
- Wesel, Uwe. 1984. *Juristische Weltkunde. Eine Einführung in das Recht*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.



<http://www.springer.com/978-3-658-16587-1>

Ausnahmestand

Theoriegeschichte - Anwendungen - Perspektiven

Lemke, M. (Hrsg.)

2017, XII, 344 S. 7 Abb. in Farbe., Softcover

ISBN: 978-3-658-16587-1