

Abschnitt 4
Politische Theologie (1922)
Staat oder Revolution

65

Der Ausnahmezustand, das ist die allgemeinste Formel, auf die Schmitt diese neuen Begriffe bringt. Er entwickelt ihn in der Schrift *Politische Theologie*, im Anschluss an *Die Diktatur*. Der erste Satz dieser Untersuchung ist zugleich ein Schulfall der gerühmten Klarheit Schmitts, das heißt der Unfähigkeit seiner Bewunderer, Unklarheit zu erkennen, obgleich sie sie sehen; und zwar neblige, nachtschwarze, fast völlig undurchdringliche Unklarheit.

»Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet«, heißt es da (2004, 13), und um diesen Satz zu verstehen, müsste man nun nur noch seine Konstituenten kennen. Was aber ›Souverän‹ und ›Ausnahmezustand‹, oder sogar ›entscheiden‹ bedeutet, erschließt sich nicht ohne weiteres. Denn diese Worte haben, gegenüber der *Diktatur*, ihre Plätze auf merkwürdige Art verändert, ohne doch anders als aus diesem Werk heraus überhaupt verständlich zu sein. Das ganze verdankt sich einem verdächtigen Manoeuvre Schmitts: er verschiebt die Begriffe ein klein wenig, fast unmerklich, um damit eine andere Verschiebung zu verdecken, die er vornimmt.¹

1 Natürlich wird man keine positive staatsrechtliche Abhandlung erwarten, wenn man ein Buch zur Hand nimmt, das *Politische Theologie* heißt. Es handelt sich um eine Programmschrift. Aber die Untersuchung über *Die Diktatur* dient ihr als Material und dieses ist, wie man sehen wird, nicht ohne Grund arrangiert. Und es wird wohl nicht nur mir so gehen, dass die erste Lektüre der *Diktatur* ein eigenartiges Gefühl erzeugt hat: eine Art Ungenügen, als ob das Buch keinen, ich kann es nur englisch sagen, *point* hat. Man weiß nicht recht, was man nun gelernt haben soll. Es bleibt eigentümlich nebelhaft. Es scheint weder Thema noch These zu haben; oder aber hastig umgearbeitet worden zu sein, wie schon erwähnt: von einer Arbeit über die rechtliche Stellung der Konstituante (der Weimarer Nationalversammlung) ausgehend, über die Entdeckung der Ereignisse von 1830 hin zu den Erwägungen, die dann vom Schlusskapitel

Ausnahmezustand als »allgemeiner Begriff der Staatslehre« (ebd.) ist nämlich nicht »irgendeine Notverordnung oder jeder Belagerungszustand« (ebd.), also nicht der Ausnahmezustand als staatsrechtliche Befugnis der Exekutive oder als verfassungsrechtlich verankertes Notverordnungsrecht. Aber nur über diese Art des Ausnahmezustands hatte Schmitt in der *Diktatur* gesprochen: das britische *martial law* (1994 a, 168 – 176), den französischen *état des siège*,¹ bis zum Artikel 48 Absatz 2 WRV, der die Ausnahmebefugnisse des Reichspräsidenten regelt. Diese Rechtsinstitute werden je nach ihrer unterschiedlichen Entwicklung und Ausprägung, und zwar anhand ihrer positiv-gesetzlichen Regelung und ihrer Praxis, gesondert behandelt – wie es einem Juristen auch zukommt.

In Ansätzen entwickelt Schmitt daraus auch einen allgemeinen Begriff der Staatslehre. Nur ist dieser Begriff ein ganz anderer als der, der in der *Politischen Theologie* auftaucht; und das ist kein Versehen.

66

Martial law bedeutet »die Aufhebung der Teilung der Gewalten und ihre Ersetzung durch den bloßen Befehl des Militärbefehlshabers« (ebd., 170), die Rechtfertigung einer solchen Einrichtung soll darin liegen, dass »when it is impossible ... for Courts of Law to sit or enforce the execution of their Judgements than it becomes necessary to find some rude substitute for them and employ for that purpose the Military which is the only remaining force in the community«.² »The union of Legislative, Judicial and Executive Power in one Person

abgespalten und als *Politische Theologie* gesondert gedruckt wurden, wie ich vermute.

- 1 Zur Vorgeschichte im *loi martiale* bis zu dessen Abschaffung 1793 siehe *Die Diktatur* (1994 a, 176 – 182), über Artikel 92 der Verfassung von 1799 – »la suspension de l'empire de la constitution« – (ebd., 184), bis zu Artikel 66 des *Acte additionnel* vom 22. 4. 1815, wo erstmals ein Belagerungszustand bei inneren Unruhen erwähnt wird (ebd., 187); bis hin dann zum sogenannten fiktiven Belagerungszustand im Gesetz vom 9. 8. 1849.
- 2 Der britische Jurist Charles Clode (zit. n. ebd.).

is the essence of martial law; and the martial law is neither more nor less than the will of the General of the army.« (Ebd.)

Der »Kern« des *martial law* ist »die von rechtlichen Rücksichten befreite, aber im Dienst eines staatlichen Zweckes stehende Tat-handlung. Diese ist ... einer Rechtsförmigkeit nicht zugänglich.«¹ »Auch der Soldat nimmt ja Subsumtionen vor und kommt zu einem Urteil, aber man wird nicht sagen können, daß er den Feind aufgrund eines summarischen und sofort vollstreckbaren Urteils getötet habe... Die positivistisch sogenannte ›Form‹ versagt gegenüber Dingen, um die es sich hier handelt.« (Ebd., 172) Rechtsgarantien und »Formvorschriften betreffen und erreichen ... niemals die Aktion selbst, sondern nur ihre Voraussetzung. Diese wichtige Unterscheidung geht auf einen Unterschied von zwei ganz verschiedenen Arten rechtlicher Regelung zurück, nämlich einer solchen, die einen Inhalt

- 1 Schmitt erörtert im Folgenden (1994 a, 172 ff.) die so genannte Lehre von der zusammengesetzten Amtshandlung. Diese Lehre tritt in der Tat immer noch dann auf, wenn so genannte staatliche Realakte vorliegen, also staatliches Handeln, das nicht ohne weiteres als Verwaltungsakt, § 35 Verwaltungsverfahrensgesetz (BVwVfG), einzuordnen ist. Das wird immer dann der Fall sein, wenn das Handeln nicht in einer rechtlichen Regelung im einzelnen Falle besteht, sondern etwa in der Anwendung von Gewalt. Ein Rechtsschutz wäre dann – nach immer noch h. M., und insbesondere gegen Gewaltmittel – nicht gegeben. Die Rechtsprechung hat deshalb, um einen Rechtsschutz zu ermöglichen, zum Realakt eine Duldungsverfügung dazukonstruiert, das heißt die Anordnung etwa eines Polizeivollzugsbeamten, den hiermit erteilten Schlag als einen rechtmäßigen hinzunehmen, so etwa BayVGH NVwZ 1988, 1055. Das klingt natürlich abenteuerlich, aber ermöglichte immerhin den Rechtsweg nach § 113 Absatz 1 Satz 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) als Fortsetzungsfeststellungsklage. Neuerdings wird stattdessen unter Hinweis auf Artikel 19 IV Grundgesetz (GG) die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO bemüht. Die Kontroverse darüber ist äußerst kurzweilig für Juristen, ansonsten platterdings nicht nachvollziehbar. Warum Schmitt meint, tatsächliches Handeln sei der Rechtsform nicht zugänglich, lässt sich im letzten Grund nur vor diesem Hintergrund begreifen. Laien neigen dazu, zu glauben, dazu und nur dazu sei so etwas wie Recht da. Nur Juristen können das nicht begreifen. Dazu hat man sie.

tatbestandsmäßig umschreibt, und einer anderen, bei der nur die Voraussetzungen tatbestandsmäßig umschrieben sind.« (Ebd., 175)¹

Schmitt zieht die Regelung der Notwehr nach § 32 Absatz 2 StGB als Beispiel heran: diejenige Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff abzuwehren, ist als Notwehr gerechtfertigt. Im Rahmen dieser Norm ist zum Beispiel eine Rechtsgüterabwägung nicht vorzunehmen: jedes Mittel, das erforderlich ist, um den Angriff zu beenden, ist erlaubt;² und »so kann auch hier ... derjenige, der die Nothandlung ausübt, nicht von dem unterschieden werden, der darüber entscheidet, ob der Notfall gegeben ist«. (Ebd., 176) Nur dass die Befugnis der Notwehr jedermann, das *martial law* hingegen den dafür zuständigen Behörden zugewiesen ist.³

67

Der sogenannte Belagerungszustand entwickelt sich zuerst im französischen Recht, nachdem mehrere andere Rechtsinstitute des Ausnahmerechts abgeschafft worden waren. Er entwickelt sich aus der militärrechtlichen Regelung des Falles einer wirklichen Belagerung eines befestigten Ortes, wie er in den Koalitionskriegen nicht selten vorkam (ebd., 179f.); in der Zeit Napoleons dehnen sich die Voraus-

- 1 Diese Formulierung ist phantastisch unpräzise für einen Juristen. Im ersten Fall ist es die Rechtsfolge, die tatbestandlich umschrieben werden soll.
- 2 Erforderlich ist aber nicht das, was gar nicht geeignet ist. Wer etwa rechtswidrig geschlagen wird und sich, anstatt etwa von einer mitgeführten Waffe Gebrauch zu machen, auf das mildere Mittel verlegt, den Angreifer zu beschimpfen, ist grundsätzlich wegen Beleidigung strafbar, § 185 StGB, vgl. aber § 199 StGB.
- 3 Das heißt: der Krone (ebd., 168) beziehungsweise dem Kongress oder dem Präsidenten der Vereinigten Staaten (ebd., 170). Die Entgrenzung, die der Vergleich mit dem Notwehrrecht heraufbeschwört, ist für das Folgende bedeutsam, § 32 Absatz 2, 2. Alt. StGB: »oder von einem anderen«. Man beachte den Unterschied zu § 34 StGB, der eine Rechtsgüterabwägung vorschreibt.

setzungen auf inneren Aufruhr und unerlaubte Ansammlungen aus. (Ebd., 185; aufgrund Artikel 101, 102 des Dekrets vom 24. 12. 1811.) Im Belagerungszustand gingen die Befugnisse aller zivilen Behörden auf den zuständigen Militärkommandeur über; nicht alleine die exekutiven, sondern auch die der Gerichte (ebd., 186), was ein Abschneiden des Rechtsschutzes bedeutet.

Die königliche Regierung von 1830 stürzte, wie bereits erwähnt, über ihren Versuch, die Verfassung einseitig zu ändern; gegen die entstehenden Unruhen erklärte sie, ohne Angriff von außen, Paris in Belagerungszustand.¹ Nach ihrem Sturz und einer Änderung der Verfassung, die dergleichen eigentlich ausschließen sollte, machte die Regierung der neuen Dynastie Orléans von derselben Bestimmung allerdings denselben Gebrauch; wenn auch einige der aufgrund des Belagerungszustandes ausgesprochenen Todesurteile keinen Bestand hatten: Der Kassationsgerichtshof hob die Urteile als verfassungswidrig auf. (Ebd., 194)² Namentlich der Übergang der jurisdiktionellen Gewalt, also die Abschneidung des Rechtsweges, blieb im Falle des nicht wirklichen, nur erklärten Belagerungszustandes nach vorherrschender Ansicht verfassungswidrig. Die Befugnisse aus dem Dekret von 1811 reichten nicht aus, um die Grundlage für einen Ausnahmezustand in Friedenszeiten zu tragen.

Das änderte sich beim Juniaufstand 1848. Die verfassunggebende Nationalversammlung von 1848 erklärte Paris am 24. 6. 1848 in Belagerungszustand, und zwar nicht aufgrund geltenden Rechts, sondern aus eigenem Recht; Schmitt behandelt das als einen Fall der souveränen Diktatur. (Ebd., 197) Das Gesetz vom 9. 8. 1848 regelt erstmalig ausdrücklich den sogenannten politischen Belagerungszustand, das

1 Ordonnanz vom 28. 7. 1830, unter ausdrücklicher Berufung auf das genannte Dekret Napoleons von 1811. Das dürfte zur Empörung gegen den König und seinen Sturz wesentlich beigetragen haben: »Das Dekret von 1811 mußte daher verfassungswidrig erscheinen, sobald es auf den Kampf gegen den innenpolitischen Gegner angewandt wurde« (ebd., 187), und wenn der Belagerungszustand nicht durch Gesetz erklärt wurde, weil er in das justizielle Grundrecht des gesetzlichen Richters eingriff (ebd., 188).

2 Cass. 29. juin 1832, Geoffroy; Cass. 30 juin 1832, Colombat; Cass. 7 juillet 1832, Poiron; Cass. 13 juillet 1832, N.