Schmitts „Legalität und Legitimität“
Deutungen und Definitionen

Volker Neumann

1 Vom Gesetzgebungsstaat zum Verwaltungsstaat

1.1 Otto Kirchheimer: Legitimität durch Legalität

In der Mitte des Jahres 1932 erschienen ein Zeitschriftenaufsatz und ein Buch unter dem gleichen Titel *Legalität und Legitimität*. Der Aufsatz, dessen Autor Otto Kirchheimer war, muss einen Tick früher fertig gestellt worden sein, da Schmitt ihn in seinem Buch zitiert, allerdings ohne Angabe der Seitenzahl. Daraus und aus dem Vermerk im Buch „Diese Abhandlung lag am 10. Juli 1932 abgeschlossen vor“ lässt sich schließen, dass Kirchheimer seinem akademischen Lehrer Einblick in das Manuskript des Aufsatzes gewährt hatte.

Kirchheimers Ausgangsthese lautet, dass die parlamentarische Demokratie „keine Form von Legitimität außer der ihres Ursprungs“ kennt, d.h. dass ihre Legitimität „allein“ in ihrer Legalität besteht, wobei der Begriff der Legalität nicht nur die gesetzmäßige Entstehung, sondern auch und sogar „in erster Linie“ die gesetzmäßige Ausübung der Macht einschließt (Kirchheimer 1967, S. 13). Das ist ohne weiteres einsichtig, weil die Entstehung und Anwendung des Gesetzes seine Rechtfertigung durch das demokratische Mehrheitsprinzip erfährt. Kirchheimer argumentiert weiter, dass der Zusammenhang von Legitimität und Legalität infolge der Ablösung des parlamentarischen Gesetzgebers durch das Notverordnungsrecht des Reichspräsidenten zerstört worden sei. Da nämlich die Reichsregierung nunmehr faktisch über die Gesetzgebungskompetenz verfüge, könne sie ihr Handeln nicht mehr mit dem parlamentarischen Gesetz und der Volkssouveränität legitimieren. Stattdessen versuche sie, ihre Politik durch die Behauptung einer Bindung an eine materialisierte Idee vom „Volksganzen“ zu rechtfertigen. Kirchheimer schreibt dies mit Blick auf die Präsidialkabinette, die ihre Politik mit der Autorität des vermeintlich allen Volksteilen verpflichteten

R. Voigt (Hrsg.), *Legalität ohne Legitimität?,* Staat – Souveränität – Nation,
DOI 10.1007/978-3-658-06927-8_2, © Springer Fachmedien Wiesbaden 2015

Reichspräsidenten legitimieren (Kirchheimer 1967, S. 7). Auf diese Weise werde die Legalität durch eine materiale Legitimität ersetzt.

1.2 Was ist legal?

Schmitt hielt während seiner Arbeiten an der Schrift „Legalität und Legitimität" einen Rundfunkvortrag zu der Frage „Was ist legal?" (Schmitt 2003, S. 22-24). Zunächst meinte er, die Frage lasse sich nicht einfach mit der bequemen formalistischen Antwort erledigen, legal sei eben das Gesetzmäßige. Einerseits heiße Legalität „Verzicht auf Gewalt, gewaltsamen Umsturz und Bürgerkrieg", „andererseits" bedeute sie das staatliche Monopol von Zwang und Gewalt und habe die Funktion, das Widerstandsrecht auszuschließen. Irgendeinen Widerspruch oder Gegensatz („andererseits") vermag ich in dieser Antwort nicht zu erkennen. Das Recht untersagt Gewalt und Bürgerkrieg und gewährleistet die Durchsetzung dieses Verbots durch ein monopolisiertes Gewaltmonopol. Das wusste schon Kant: „Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten also einerlei" (Kant 1968, S. 339f., § E AB 37).

Gegen die Übersetzung von Legalität mit dem Wort „Gesetzmäßigkeit" ist also nichts zu erinnern. Was bedeutet aber „gesetzmäßig"? Kirchheimers Antwort ist klar: Gesetz ist der Beschluss der Mehrheit der gesetzgebenden Körperschaft, die vom Volk gewählt und damit demokratisch legitimiert ist (Kirchheimer 1967, S. 13). Gesetz ist also das formelle Gesetz im Sinne Hermann Hellers.[1] Eine ganz andere Antwort gibt Schmitt in seinem Buch aus dem Jahre 1932: Mit „gesetzmäßig" sei das materielle Gesetz gemeint, das auf „Vernunft und Gerechtigkeit" bezogen ist (Schmitt 1973, S. 278). Das kann auch nicht anders sein, da in seiner Verfassungslehre der parlamentarische Gesetzgebungsstaat dem Liberalismus und gerade nicht der Demokratie und Volkssouveränität zugeordnet ist. Zur Erinnerung: Das Parlament ist für Schmitt der Ort, an dem die unter den Menschen ungleich verteilten Vernunftpartikeln sich sammeln und zur öffentlichen Herrschaft bringen (Schmitt 1926, S. 43f.). Wenn also Schmitt der (angeblichen) Aussage Kirchheimers zustimmt, die Legitimität des parlamentarischen Gesetzgebungsstaats bestehe „nur noch in ihrer Legalität",[2] meint er damit, dass die Legitimität eigentlich in

1 „Gesetze heißen also im Rechtsstaate nur, aber auch alle von der Volkslegislative gesetzten obersten Rechtsnormen". Heller 1971, S. 226. Ähnlich bestimmt Voigt 2013, S. 51 „formale Gesetzmäßigkeit": „Legalität ist gegeben, wenn eine Maßnahme auf Grund eines Gesetzes vorgenommen wird, das in dem formal dafür vorgesehenen Verfahren zustande gekommen ist".

2 Schmitt (1973, S. 269) zitiert Kirchheimer unrichtig, da dieser davon spricht, dass die Legitimität „allein" in der Legalität besteht (Kirchheimer 1967, S. 13). Schmitt gibt mit

„Vernunft und Gerechtigkeit“, also in materialen Qualitäten gründen sollte und gerade nicht in demokratischen Mehrheitsbeschlüssen, wie das heute leider der Fall sei. Deshalb sind auch die Gründe verschieden, die beide für den Zusammenbruch des parlamentarischen Gesetzgebungsstaats bzw. der parlamentarischen Demokratie verantwortlich machen. Während Kirchheimer auf die Entmachtung des Parlaments durch die Notverordnungen des Reichspräsidenten und die Politik der Präsidialkabinette verweist, nennt Schmitt eine Reihe ganz anderer Gründe. Darunter steht die Wandlung des Gesetzesbegriffs an erster Stelle: Die Identität von Volkswille und formellem Gesetz und der damit einher gehende Verlust jedes inhaltlichen Bezugs auf Vernunft und Gerechtigkeit habe das parlamentarische Legalitätssystem in einen „gegenstands- und beziehungslosen Formalismus und Funktionalismus“ aufgelöst (Schmitt 1973, S. 269f.). Auch die weiteren von Schmitt genannten Gründe, nämlich der Verlust der Chancengleichheit der Parteien und die in der Weimarer Verfassung angelegten drei außerordentlichen Gesetzgeber, haben infolge ihrer Inhaltsleere zum Zusammenbruch des Gesetzgebungsstaats geführt.

Es sollte deutlich geworden sein, dass Schmitt nicht immer das Gleiche meint, wenn er von Legalität spricht. Zum einen kennt er einen pejorativ konnotierten Begriff von Legalität, nämlich die inhaltsleere, funktionalistische Legalität des formellen Gesetzes. Wir werden sehen, dass er diese inhaltsleere Legalität dem Positivismus zuschreibt. Zum anderen gibt es eine positiv konnotierte Legalität, nämlich vor allem die inhaltliche, substanzhafte Legalität des materiellen Gesetzes.[3] Dieses Gesetz zeichnet sich durch den Bezug auf „Vernunft und Gerechtigkeit“ aus, oder es ist – Schmitt bleibt an diesem Punkt undeutlich – eine generelle, vorherbestimmte Normierung (Schmitt 1973, S. 278, 270), also ein allgemeines Gesetz. Diese positiv konnotierte Legalität kann es jedoch nach dem Zusammenbruch des Gesetzgebungsstaats nicht mehr geben. Deshalb lässt sich cum grano salis sagen, dass Legalität mit Inhaltsleere assoziiert wird und negativ besetzt ist.

---

dem fehlerhaften Zitat zu erkennen, dass die Legalität für ihn „nur noch“ eine Verfallserscheinung ist. Dieser pejorative Akzent fehlt bei Kirchheimer völlig.

3 Schmitt kennt daneben noch ein zweites Verständnis positiv konnotierter Legalität: Ein rein formelles Gesetz könne „denkbar und erträglich“ sein, wenn das Gesetzgebungsverfahren so gestaltet wird, dass diverse Hemmungen und Gegengewichte (Zweikammersystem, unabhängige königliche Regierung, königliche Sanktion des Gesetzesbeschlusses, bundesstaatliche Kontrollen) einen sicheren Schutz von Freiheit und Eigentum gegen Willkür und Missbrauch der Gesetzesform bieten; Schmitt 1973, S. 277.

1.3 Materiale oder plebiszitäre Legitimität des Verwaltungsstaats

Was folgt auf den Zusammenbruch des parlamentarischen Gesetzgebungsstaats? Schmitt antwortet, auf Grund der Notverordnungspraxis des Reichspräsidenten erscheine der deutsche Staat der Gegenwart als eine Verbindung von Verwaltungs- und Jurisdiktionsstaat (Schmitt 1973, S. 339); an anderer Stelle diagnostiziert er eine „Wendung zum Verwaltungsstaat" (Schmitt 1973, S. 266). Es liegt auf der Hand, dass dieser neue Staatstypus eine andere Legitimität als die Legalität des Gesetzgebungsstaates benötigt. Die Antwort auf die Frage, was Legitimität überhaupt sei, ist in der Schrift des Jahres 1932 sehr dürftig. An einer Stelle heißt es nur, Legitimität sei das „spezifische Rechtfertigungssystem", in dem ein Staatstypus bzw. staatliches Handeln stehen (Schmitt 1973, S. 267).[4] Was also ist das „Rechtfertigungssystem" des Verwaltungsstaates?

Kirchheimer meint, der neue Verwaltungsstaat würde seine Legitimität in fiktiven Bindungen an das Volksganze suchen (Kirchheimer 1967, S. 14 f.). Zwar spricht auch Schmitt gelegentlich von einer Bindung an das „Interesse des Ganzen", lässt dann aber keinen Zweifel an der Unfähigkeit des planenden Verwaltungsstaates, aus sich selbst heraus eine neue Legitimität zu begründen. Der neue deutsche Staatstypus könne nur in der plebiszitär-demokratischen Legitimität des Reichspräsidenten seine Grundlage finden, da die plebiszitäre Legitimität die einzige Art staatlicher Rechtfertigung sei, die heute als allgemein gültig anerkannt werde.[5] In einer Spätschrift findet er für die Antiquiertheit materialer Legitimitätsvorstellungen eine griffige Formulierung: „Legitimität würde eine ganze Konterbande alter Begriffe und Umbesetzungen mit sich führen und könnte Tradition, Erbe, Vaterschaft und die Nekromantik des Alten decken" (Schmitt 1970, S. 112f.). Das Wort von der „Nekromantik" (Totenbeschwörung) könnte von Max Webers Kritik an der Vergötzung von Werten inspiriert worden sein: „Die alten vielen Götter, entzaubert

4 Nach Voigt 2013, S. 51 bezeichnet Legitimität den Glauben bzw. das Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit politischer Herrschaft. Mit Legitimität verbindet sich insbesondere die Anerkennungswürdigkeit von Institutionen, Normen und Personen. Schmitt würde dieser Beschreibung nicht widersprechen.

5 „Nachdem die dynastische Legitimität der konstitutionellen Monarchie entfallen ist, haben die deutsche Reichswehr […] und das Reichsbeamtentum […] in der plebiszitären Legitimität des vom deutschen Volk gewählten Reichspräsidenten die Möglichkeit einer neuen Basis gefunden" (Schmitt 1973, S. 273). „Auch eine Regierung, die statt auf die parlamentarische Legalität oder auf die plebiszitäre Legitimität eines gewählten Präsidenten, sich auf die Kräfte des Heeres oder des Beamtentums stützen wollte, brauchte die plebiszitäre Legitimität als Sanktion, weil es heute nun einmal keine andere Sanktion gibt" (Schmitt 1973, S. 340f.).

und daher in Gestalt unpersönlicher Mächte, entsteigen ihren Gräbern, streben nach Gewalt über unser Leben und beginnen untereinander wieder ihren ewigen Kampf“ (Weber 1982, S. 605).

Über diesen Befund in Sachen „Legitimität“ ließe sich reden, wenn Schmitt die Selbstbeschränkung auf die plebiszitäre Legitimität durchhielte. Genau das tut er aber nicht. Er versteht unter Legitimität nämlich sehr wohl werthaltige, substanzhafte Inhalte und Ordnungen, beschwört also doch die „Nekromantik des Alten“. Das tut er vor allem am Ende seiner Schrift, wo er die Neugestaltung der deutschen Verfassung vor diese Alternative stellt: „Anerkennung substanzhafter Inhalte und Kräfte des deutschen Volkes oder Beibehaltung und Weiterführung der funktionalistischen Wertneutralität mit der Fiktion gleicher Chance für unterschiedslos alle Inhalte, Ziele und Strömungen“. Es ist klar, dass Schmitt für die erste Alternative plädiert: Die Entscheidung müsse für das Prinzip des zweiten Hauptteils der Verfassung und seinen Versuch einer substanzhaften Ordnung fallen. Dieser Teil der Weimarer Verfassung verdiene, „von Selbstwidersprüchen und Kompromissmängeln befreit und nach seiner inneren Folgerichtigkeit entwickelt zu werden“ (Schmitt 1973, S. 344 f.). Im Klartext heißt das erstens, dass der staatsorganisationsrechtliche Teil der Verfassung, für den die Legalität steht, über Bord geworfen wird, abgesehen natürlich von der Präsidialgewalt des Art. 48 WRV. Es heißt zweitens, dass von der Verfassung nicht mehr als ein nicht näher definierter Kernbestand von Grundrechten übrig bleibt.

1.4 „Legal, illegal, scheißegal“

Forsthoff hat im Oktober 1932 in einem Zeitungsartikel die Zielrichtung von Schmitts „Legalität und Legitimität“ treffsicher benannt: Nachdem die Legalität als ein rechtfertigendes Prinzip ihren Sinn verloren habe, komme alles darauf an, „die Legitimation zum staatlichen Handeln von der Sache her zu gewinnen, das heißt, sich mit der Berufung auf die politischen Ziele zu rechtfertigen“. Verfassungstreue sei heute der Dienst an diesen Zielen, aber nicht „das bloße Verharren in der Legalität“ (Forsthoff 1932). Auch für Huber ist die aus dem zweiten Hauptteil der Reichsverfassung abgeleitete Legitimität so etwas wie das weltanschauliche Substrat der bürgerlichen Ordnung. Heute handele verfassungsgemäß, wer die im zweiten Hauptteil versprochene Volksordnung herstellt, nicht aber wer an den durch Schuld der Parteien zerstörten und unanwendbar gewordenen Organisationsnormen des ersten Hauptteils unter allen Umständen festzuhalten sucht (Landeck [=Huber] 1932, S. 737). Trotz der einen oder anderen Nuance geben der Lehrer und seine beiden Schülern die gleiche Parole aus: „Legal, illegal, scheißegal“. Es ist schon so:

Die Schrift „Legalität und Legitimität" ist eine aggressive Kampfschrift gegen die Weimarer Republik und ihre Verfassung.[6]

2 Variationen zum Thema

2.1 Das konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken

Lässt sich die Rechtspraxis und Rechtstheorie im Nationalsozialismus mit Hilfe des Begriffspaars „Legalität und Legitimität" beschreiben? Schmitt verwendet für diese Beschreibung ein anderes Begriffspaar, nämlich „konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken", zu dem er sagt, es sei nach dem Zusammenbruch des Positivismus zum herrschenden juristischen Denktypus geworden. Eingeleitet hätten diesen Zusammenbruch die Generalklauseln, also „unbestimmte Rechtsbegriffe aller Art, Verweisungen an außergesetzliche Maßstäbe und Vorstellungen wie gute Sitten, Treu und Glauben, Zumutbarkeit und Nichtzumutbarkeit, wichtiger Grund usw.". Diese Generalklauseln begründen die Möglichkeit, „der konkreten Wirklichkeit eines Lebensverhältnisses unmittelbar gerecht zu werden, um einen wirtschaftlichen Vorgang in gerechter Weise … zu erfassen" (Schmitt 1934, S. 58f., 62). Schmitt meint in der Tat, dass das konkrete Ordnungsdenken die Trennung von Sein und Sollen aufhebt und aus Seinstatbeständen Rechtsquellen macht.

Ist aber jeder Seinstatbestand schon „konkrete Ordnung"? Ein zeitgenössischer Rezensent hatte angemerkt, dass „auch der eingerissene Schlendrian, auch das harmonische Zusammenleben eines Verbrechervereins" Ordnung ist, aber wohl schwerlich Recht sein kann (Lange 1934, S. 1896). Was ist das Kriterium der Unterscheidung zwischen einer konkreten Ordnung, die Recht schafft, und einer – wie es in einer Frühschrift Schmitts heißt (1917, S. 76) – „faktischen Konkretheit", die das nicht vermag? Die Antwort gibt der dem „konkreten Ordnungsdenken" beigefügte Zusatz „Gestaltungsdenken". Durch diese Verbindung würden „Missverständnisse und Missdeutungen (entfallen), die diesem Denken politische Tendenzen einer bloßen Restauration vergangener Dinge oder Konservierung überalterter Einrichtungen zu unterstellen suchen" (Schmitt 1934, S. 58). Das „Gestaltungsdenken" fügt dem Denken in konkreten Ordnungen ein dezisionistisches Element hinzu.[7] Wer im

6 Im Ergebnis ebenso Beaud 1997, S. 77: Cet essai „était bien destiné à combattre la Constitution de Weimar … et, avec elle, la République de Weimar".

7 Ebenso Mager 2003, S. 165: „Da keinerlei objektive Kriterien dafür vorhanden sind, welche Lebensbereiche institutionell zu gestalten sind, bleibt nur die Entscheidung des jeweils Entscheidungsmächtigen. Damit mündet die Rechtsentstehungslehre des kon-

„deutschen Rechtsstaat Adolf Hitlers“ für die gestaltende Entscheidung zuständig ist, liegt auf der Hand: Das Gesetz ist „Plan und Wille des Führers“ (Schmitt 1936, S. 185).

Seinstatbestände, die den Filter des Gestaltungsdenkens durchlaufen haben, sind konkrete Ordnungen und könnten – was Schmitt selbst nicht tut – legitim genannt werden. Gibt es im NS-Regime der Sache nach so etwas wie Legalität? Das wäre allenfalls dann der Fall, wenn der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, also der Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes gelten würde. Schmitt äußert sich zum Vorbehalt sehr klar: Kein Verwaltungsbeamter oder Richter dürfe „unmittelbar, d. h. ohne Vermittlung oder Umschaltung durch ein positives staatliches Gesetz, die Grundsätze des nationalsozialistischen Parteiprogramms bereits als positive Rechtsnorm durchführen und vollstrecken“ (Schmitt 1934a, S. 716). Er kann sich auf einen Beitrag von Freisler (1933, S. 695) berufen, wenn er weiter ausführt: Der Richter dürfe nur das Recht der „durch den Führer gesetzten Normen“ anwenden.

Außerordentlich brisant war der Vorrang des Gesetzes. Denn das NS-Regime sah sich mit einer Frage konfrontiert, die jedes politische System nach einer Revolution oder einem Umbruch beantworten muss: Was geschieht mit dem Recht des abgelösten alten Systems? Es ist ausgeschlossen, auf einen Schlag das alte Recht durch ein systemkonformes neues Recht zu ersetzen. Sollte man nicht denjenigen alten Normen, die nicht ausdrücklich geändert oder aufgehoben wurden, die Geltung absprechen? Das könnte zu gefährlichen Störungen und Konflikten führen. Schmitt schlägt eine differenzierte Lösung vor: Alle nicht ausdrücklich aufgehobenen Gesetze gelten weiter, aber sie tun das in einem eingeschränkten Sinne, nämlich „nur als Funktionsnorm des staatlichen Behördenapparates, nicht mit dem Geist und den Grundsätzen, die ihnen im alten Staat zugrunde lagen“. Wie aber lassen sich die alten Grundsätze durch neue ersetzen? Die Antwort lautet: Durch Auslegung der Gesetze „im nationalsozialistischen Sinne“. Insbesondere alle unbestimmten Rechtsbegriffe, alle sog. Generalklauseln müssten „unbedingt und vorbehaltlos“ im nationalsozialistischen Sinne ausgelegt und angewandt werden (Schmitt 1934a, S. 717).

Die Frage, ob die NS-Rechtspraxis und Rechtstheorie sich mit Hilfe des Begriffspaars „Legalität und Legitimität“ beschreiben lässt, ist zu verneinen. Denn entgegen den Behauptungen, die Schmitt nach 1945 in die Welt setzen wird, gab es keine Rechtspraxis, die den von ihm genannten Attributen staatlicher Legalität und positivistischer Rechtsanwendung auch nur ansatzweise genügt hätte: Ob-

kreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens letztlich in Dezisionismus“. Rottleuthner (1983, S. 29) bezeichnet das gesamte nationalsozialistische Rechtsdenken als einen „substantiellen Dezisionismus“, was in besonderer Weise für das konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken gelte.

jektivität, Festigkeit, Unverbrüchlichkeit, strenge Wissenschaftlichkeit, Sicherheit und funktionierende Berechenbarkeit (Schmitt 1934, S. 31). Die Auflösung der Gesetzesbindung durch Interpretation im nationalsozialistischen Geist war das gerade Gegenteil. Deshalb kann die Frage ohne Zögern beantwortet werden, ohne dass Hitlers Voluntarismus, die Rechtsetzung durch Führerbefehle und die polykratischen Strukturen des Regimes thematisiert werden müssen.

2.2 Rechtswissenschaft als Rechtsquelle

In der 1950 erschienenen Schrift *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*[8] geht es um eine Kritik am Positivismus und um die Suche nach einer methodischen Alternative. Mit dem Wort Positivismus wird jene „Theorie und Praxis unseres Rechtslebens" bezeichnet, die als Recht nur das positive Recht anerkennt, dessen Geltungsgrund immer nur *Setzungen* sind, hinter denen ein staatlicher Wille steht (Schmitt 1973a, S. 386). Positivismus ist also der Staatswillenspositivismus Labandscher Prägung. Für diesen Positivismus konnte es damals eigentlich kein europäisches Recht geben, da es weder einen europäischen Gesamtstaat noch einen europäischen Gesetzeswillen gab. Dass es dennoch in allen europäischen Rechtsordnungen gemeinsame rechtliche Maßstäbe gibt, wird mit der Rezeption des römischen Rechts erklärt, zu der alle europäischen Nationen einen Beitrag geleistet hätten (Schmitt 1973a, S. 387-392).

Die auf diese Weise entstandene europäische Rechtswissenschaft sei im 19. Jahrhundert mit dem Sieg des Positivismus in eine Krise geraten. Denn – so fragt Schmitt – was bleibt von einer Wissenschaft übrig, deren Aufgabe sich in der kommentierenden Begleitung ständig wechselnder staatlicher Anordnungen erschöpft? Der moderne, die Wirtschaft lenkende Interventionsstaat habe in allen europäischen Ländern das Verfahren der Gesetzgebung beschleunigt – Schmitt spricht von einem „motorisierten Gesetzgeber" – und die Bedeutung der Rechtswissenschaft entsprechend verringert (Schmitt 1973a, S. 407). Schmitt will in dieser Vergesetzlichung die Gefahr des Verlustes der Autonomie und Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft erkennen (Schmitt 1973a, S. 408-420). Und für Deutschland als dem am stärksten industrialisierten Land Europas enthalte die Verwandlung des Gesetzes in staatliche Legalität die „Gefahr der Mechanisierung, Technisie-

8 Schmitt nimmt diesen Text acht Jahre später in seine *Verfassungsrechtlichen Aufsätze* auf, wobei er dem Titel den Klammerzusatz „(1943/44)" hinzufügt. In der Nachbemerkung erklärte er den Zusatz damit, dass der Text auf einen Vortrag zurückgeht, den er in den genannten Jahren an fünf europäischen Fakultäten in deutscher, spanischer oder französischer Sprache gehalten hat. Schmitt 1973a, S. 426.

rung und Termitisierung“.[9] Es seien die französischen Legisten gewesen, die den Prozess in Gang gesetzt hätten, der mit der Aufspaltung des Rechts in Legalität und Legitimität begonnen habe und mit der Verwandlung der historischen in die revolutionäre Legitimität geendet sei. Diese These erhält dann noch eine antimarxistische Unterfütterung aus Zitaten von Lenin und Georg Lukacs.[10]

Gibt es einen Ausweg aus dieser kritischen Situation? Rettung verspricht eine Besinnung auf Savigny, genauer auf seine Lehre von den Rechtsquellen, wonach das „Recht als konkrete Ordnung“ nicht gesetzt wird, sondern in einer absichtslosen Entwicklung entsteht und von Juristen bewusst gemacht wird. Die eigentliche Rechtsquelle ist also nicht die – wie das der Positivismus will – *Setzung* von Recht durch gesetzgebende Organe, sondern die Rechtswissenschaft selbst, die Seinstatbestände als *konkrete Ordnungen* erkennt und in den Rang von Recht erhebt (Schmitt 1973a, S. 388f.). In der Tat ist der Text aus dem Jahre 1950 eine Weiterentwicklung des konkreten Ordnungsdenkens aus dem Jahre 1934, ohne dass dies so deutlich gesagt wird.[11] Wir hatten gesehen, dass Schmitts Lehre über kein inhaltliches Kriterium verfügt, das eine konkrete Ordnung, die Recht schafft, von einer bloß faktischen Konkretheit, die das nicht kann, zu unterscheiden vermag, und dass deshalb dem konkreten Ordnungsdenken ein dezisionistisches Element hinzugefügt wird, nämlich das Gestaltungsdenken. Jetzt im Jahre 1950 löst er das skizzierte Problem dadurch, dass er an die Stelle des Führers die Rechtswissenschaft setzt, die entscheiden soll, was eine absichtslos entstandene konkrete Ordnung und damit Recht ist. Dieser Konstruktion wird der Vorzug zugeschrieben, dass der duale Gegensatz von Legalität und Legitimität überwunden werden kann.

9 Schmitt 1973a, S. 420-425. - Schmitt kann sich hier auf einen Aufsatz stützen, den er 1942 in der von Karl Epting herausgegebenen Zeitschrift „Deutschland-Frankreich. Vierteljahresschrift des Deutschen Instituts Paris“ veröffentlicht hatte. Legisten – so Schmitt damals – würden in allen europäischen Ländern erscheinen, in denen die Rezeption des römischen Rechts das mittelalterliche Bildungsmonopol des Klerus und die Alleinherrschaft des kanonischen Rechts gebrochen habe. Diese Laizisierung habe sich in Frankreich am ersten, klarsten und am entschiedensten politisch durchgesetzt. Dem französischen Legisten werde das Recht zu lex, loi, Legalität, Gesetz, das ein Werk staatlicher Macht sei. Seine Besonderheit bestehe darin, dass er aus einem Rechtswahrer zu einem Gesetzeswahrer werde (Schmitt 1995, S. 187f. und 191). Schmitt beschreibt den Legisten mit Worten und Wertungen, die seiner Positivismuskritik stark ähneln, ohne dass er allerdings ausspricht, dass die französischen Legisten Vorläufer des Positivismus gewesen seien. Jedenfalls sind sie für ihn keine Lösung, sondern Teil der Probleme, die seiner Meinung nach der Positivismus verursacht hat.

10 Schmitt 1973a, S. 425 f. in Fn. 45, wo Lenin mit „Der Radikalismus, die Kinderkrankheit des Kommunismus“ und Lukacs mit „Geschichte und Klassenbewusstsein“ zitiert wird.

11 Anders Hofmann 1992, S. 251, der den Zusammenhang der Schrift mit der Nomos-Theorie betont, das konkrete Ordnungsdenken aber nicht erwähnt.

Das, was die Rechtswissenschaft als geschichtlich gewordenes Recht bestimmt, soll gleichermaßen legal und legitim sein.

Was ist von Schmitts Therapievorschlag zu halten? Dass trotz der Dynamik des Interventionsstaates durch still und absichtslos wirkende Kräfte konkrete Ordnungen entstehen sollen, ist nicht nachvollziehbar. Und warum sollte die Rechtswissenschaft mit ihrer Behauptung, es gebe solche Ordnungen und diese seien geltendes Recht, bei irgendjemandem Gehör finden? Dass ein Juraprofessor, der von 1933 bis 1945 an einer deutschen juristischen Fakultät gelehrt hat, im Jahre 1950 ausgerechnet die Rechtswissenschaft als Hüterin eines europäischen Rechtsbewusstseins beschwört, grenzt schon an Chuzpe.

2.3 Nomos oder: Legitimität gegen Legalität

Was bedeutet das griechische Wort „Nomos"? Wie fast immer im Werke Schmitts erschließt sich die Bedeutung eines Wortes durch seinen Gegensatz. Nomos ist der „Gegensatz zum demokratischen Volksbeschluss" (Schmitt 1974, S. 37f.), er steht gegen die „Herrschaft des Gesetzes" und die „gesetzespositivistische Verwirrung". Nomos meint gerade nicht wie das Wort „Norm" eine menschliche Setzung, eine vom Sein getrennte Sollensvorschrift (Schmitt 1974, S. 38). Nomos ist nicht (gesetzesstaatliche) Legalität, sondern ihr Korrektiv, also ein Akt der Legitimität (Schmitt 1974, S. 42).

Wie aber entsteht ein dem Nomos gemäßes und damit legitimes Völkerrecht? Es entsteht nicht durch seine Zurückführung auf eine Grundnorm, auch nicht durch zwischenstaatliche Willensäußerungen, also nicht durch vertragliche Selbstbindung und den Satz „pacta sunt servanda", auch nicht durch ein übereinstimmendes Rechtsbewusstsein der Völker und ebenso wenig durch irgendwelche Grundwerte oder oberste göttliche Gebote. Völkerrecht entsteht nach der Nomoslehre vielmehr durch die bindende Kraft einer europa-zentrischen Raumordnung, die das Jus Publicum Europaeum bildet. Wie aber kann aus Räumen ohne menschlichen Willensakt Recht entstehen? Die Nomoslehre antwortet mit dem Postulat, dass Recht und Gerechtigkeit in der Erde wurzeln und das in dreifacher Weise: Die Erde berge das Recht als Lohn der Arbeit in sich, sie zeige es als feste Grenze an sich und sie trage es als öffentliches Mal der Ordnung auf sich: „Das Recht ist erdhaft und auf die Erde bezogen" (Schmitt 1974, S. 13). Die Suche nach Legitimität erreicht hier ihren tiefsten Punkt.

http://www.springer.com/978-3-658-06926-1

Legalität ohne Legitimität?
Carl Schmitts Kategorie der Legitimität
Voigt, R. (Hrsg.)
2015, VIII, 292 S., Softcover
ISBN: 978-3-658-06926-1