

## Der Feindbegriff Carl Schmitts im Antiterrorkrieg Über das Verhältnis von Recht und Politik im Ausnahmezustand

Stephan Stübinger\*

### Zusammenfassung

Die Lehren Carl Schmitts haben wieder einmal Hochkonjunktur. Insbesondere sein von der Unterscheidung zwischen Freund und Feind bestimmter Begriff des Politischen und die Idee vom Ausnahmezustand, in dem das Recht der Normallage nicht gelte, sind derzeit aktuell. Die Reaktualisierung ist vor allem der Kriegsrhetorik geschuldet, die sich im Kampf gegen den internationalen Terrorismus etabliert. Schmitts Begrifflichkeit wird in Anspruch genommen, um diverse Antiterrormaßnahmen der normalen juristischen Beurteilung zu entziehen. Die durch souveräne politische Entscheidung ausgerufenen Ausnahme soll die Geltung des Rechts suspendieren. Dabei droht die Ausnahme zur Regel zu werden. Der dadurch behauptete Vorrang des Politischen wird im Rahmen einer Analyse der Schriften Schmitts und der internationalen Rezeption seiner Theorien einer kritischen Prüfung unterzogen und zurückgewiesen.

\*

*Im Notfall „müsste ich ... vom Recht des übergesetzlichen Notstands Gebrauch machen: Wenn es kein anderes Mittel gibt, würde ich den Abschussbefehl geben, um unsere Bürger zu schützen.“ (zit. nach Focus vom 16. September 2007 – online)*

Mit diesen Worten hat Verteidigungsminister Franz Josef Jung vor einiger Zeit noch einmal für einen Aktualitätsschub des hier zu behandelnden Problems gesorgt. Das Zitat bezieht sich auf eine Situation, in der ein von Terroristen entführtes Flugzeug als Instrument für einen Anschlag missbraucht werden soll, der mutmaßlich viele Menschenleben kosten würde. Ein solches Szenario steht uns spätestens seit den Ereignissen vom 11. September 2001 bildhaft vor Augen. Seit dieser Zeit wird auch hierzulande lebhaft darüber diskutiert, ob in einer derartigen Lage der Abschuss einer solchen 'Terrormaschine' nach deutschem Recht erlaubt sein sollte oder gar geboten ist. Das Problematische liegt dabei in dem Umstand, dass durch eine

solche Maßnahme wohl zwangsläufig die Tötung unschuldiger Flugzeuginsassen einkalkuliert werden muss. Minister Jung ist sich offenbar sicher, dass er für einen entsprechenden Befehl zum Abschuss eines solchen Flugzeugs nicht nur zuständig ist, sondern auch ein zumindest übergesetzliches Notstandsrecht auf seiner Seite hätte, das ihn für diese Anweisung und die diesen Befehl schließlich ausführenden Soldaten von einer rechtlichen Sanktionierung freihalten werde. Eigentlich wäre ihm eine gesetzliche Lösung des Problems durchaus angenehmer; eine solche scheint jedoch einerseits politisch derzeit nur schwer durchsetzbar und nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu § 14 III Luftsicherheitsgesetz (BVerfGE 115, 118) andererseits auch rechtlich kaum formulierbar.

### I. Terrorismusbekämpfung – zwischen Politik und Recht: Variationen zu Carl Schmitt

Der Hinweis auf eine in solchen Situationen vorliegende Notstandslage, aus der sich eine rechtliche Befugnis zum Abschießen eines gekaperten Flugzeugs ergebe, mag bereits auf eine für Politiker bemerkenswert juristisch anmutende Argumentation hindeuten, die keineswegs selbstverständlich ist; jenes Übergesetzliche soll sich immerhin wohl noch im allgemeinen Rahmen des Rechtlichen befinden bzw. einer entsprechenden Regel folgen und nicht auf einen Zustand völliger Rechtlosigkeit verweisen, in dem alles Mögliche – und nicht nur das rechtlich Zulässige – wirklich werden darf. Schließlich gehe es um ein 'Recht des übergesetzlichen Notstands' und nicht nur um eine machtgeschützte Möglichkeit, notfalls auch jenseits rechtlicher Normhoheit zu handeln. In primär politisch dominierten Diskursen ist in den letzten Jahren nämlich nicht nur auf in diesem Sinne über-gesetzliche, sondern vermehrt auf ganz und gar außer-rechtliche Begründungsstrategien gesetzt worden, um derartige Extremsituationen irgendwie lösen zu können. Insofern hat sich neben dem juristischen Diskurs eine politische Problembehandlung etabliert, die es in existentiellen Extremlagen mit den rechtlichen Schranken staatlicher Reaktionen nicht so genau nehmen möchte; sie verspricht vielmehr, den eigentlich politischen Kern, der sich in Konstellationen dieser Art verborgen hält, unmittelbar freilegen zu können. In dieser Unmittelbarkeit einer politisch motivierten Problemlösung

\* Stephan Stübinger ist Privatdozent für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Strafrechtsgeschichte an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main und lehrt derzeit an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz.

soll auf die mannigfachen Vermittlungen und Rücksichtnahmen einer juristischen Interpretation eines solchen Geschehens verzichtet werden können. Dazu sollten die Fälle dieser Art in einer Dimension des Politischen ausgelegt werden. In Terrorakten dieser Größenordnung symbolisiere sich nämlich weit mehr als nur ein gewaltiges Verbrechen. Deshalb müsse auch die Reaktion die Symbolik des Politischen durch ein deutlich sichtbares Machtsignal spiegeln. Während sich die juristische Urteilskraft mit allzu viel Bedenken plagt, die ihre Handlungsmöglichkeiten hemmt, müsse an deren Stelle die Tatkraft der Politik treten, um ein offensichtliches Problem aus der Welt zu schaffen.

### 1. Über einen angeblichen Vorrang der Politik in Ausnahmesituationen

In diesem Zusammenhang wird immer wieder gern auf die umstrittenen Lehren von Carl Schmitt angespielt.<sup>1</sup> Nicht zuletzt die intensive Auseinandersetzung bzw. Einbeziehung seiner politischen Vorstellungen durch so prominente Autoren wie Jacques Derrida, Giorgio Agamben und Chantal Mouffe lassen dessen Positionen in den Salons der aktuellen politischen Philosophie wieder hoffähig erscheinen. Schmitt hat die wohl radikalste Version der These vom Vorrang des Politischen gegenüber dem Recht – zumindest in extremen Problemkonstellationen – vertreten.<sup>2</sup> Schmitt gilt vielen als ausgewiesener Experte bezüglich der Frage des politischen Handelns jenseits des Rechtsstaates; daher

wird bei ihm nachgefragt, wenn es um Operationsmöglichkeiten außerhalb rechtsstaatlicher Grenzen geht, denn eine kompetente Antwort auf diese Problemstellung wird nur jemandem zugetraut, dessen eigenes Denken in jenem 'Jenseits' vermutet wird, auch wenn man sich damit selbst auf gefährliches Terrain begeben muss. Diese Konstellation der Befragung eines Mannes, der eigentlich für gefährlich gehalten wird, aber ebenso für kompetent, eine Problemlösung bieten zu können, hat offenbar dazu veranlasst, Carl Schmitt als den „Hannibal Lector der modernen Politik“ zu bezeichnen<sup>3</sup>; ähnlich wie in dem berühmten Roman von Thomas Harris ('Das Schweigen der Lämmer') wendet man sich an ein wahnsinniges Genie (oder einen für genial gehaltenen Wahnsinnigen) um den akuten Wahnsinn besser verstehen und bewältigen zu können.

Nach Schmitts Grundanschauung gibt es gelegentlich Situationen, in denen die Regelungsmöglichkeiten des Rechts an Grenzen stoße, die es zu übersteigen gelte; dann müssten die rechtsstaatlichen „Hemmungen der Staatsgewalt“ gelöst werden, um das „System politischer Aktivität“ entfesseln zu können.<sup>4</sup> Nur eine im Extremen ungehemmte Macht der Politik könne die Sicherheit des staatlichen Gefüges gewährleisten. Dahinter verbirgt sich ein bestimmtes Bild eines nationalen Staatskörpers, in dem die wahrlich unabdingbaren von den notfalls entbehrlichen Bestandteilen sichtbar unterschieden werden können und in dem dann die Sicherung des eigenen Überlebens als dessen Hauptanliegen vorgesehen ist. Hinter diesen Primärzweck der staatlichen Selbstsicherheit müssen zur Not auch sämtliche normativen Bedenken zurücktreten. Insofern interessiert Schmitt weniger die Theorie des Staates als einer Organisationsform als vielmehr der Begriff des Staates als ein von einer Volksgemeinschaft belebter Organismus.<sup>5</sup> Staat mag zwar auch der Name einer juristischen Person sein, deswegen sei er jedoch noch keineswegs auf diese rechtliche Verfasstheit beschränkt, sondern genieße durch seine politische Verkörperung einer naturhaft verkörperten Ganzheit stets Vorrang vor dem Recht.<sup>6</sup> In diesem Corpus-Modell<sup>7</sup> des Staates fungiert das

1 Zur international anhaltenden und sich quer durch die traditionellen politischen Lager ziehende Schmitt-Rezeption siehe z.B. die Übersichten von Andrew Norris, A Mine that Explodes Silently, *Political Theory* 33 (2005), 887–898; Peter C. Caldwell, Controversies over Carl Schmitt, *Journal of Modern History* 77 (2005), 357–387; John P. McCormick, Irrational Choice and Mortal Combat as Political Destiny, *Annual Review of Political Science* 10 (2007), 315–339; Jan-W. Müller, Ein gefährlicher Geist (2007), bes. 229ff.; Paul Gottfried, Gloomy Observations about the Political Present, *Telos* 142 (2008), 185–192 sowie die Beiträge in dem von Rüdiger Voigt herausgegebenen Sammelband 'Der Staat des Dezisionismus', 2007 – jeweils m.w.N.

2 Carl Schmitt hat ein solches Rangverhältnis zwischen Politik und Recht allerdings nicht schon von Anfang an vertreten; in seinem 1914 erschienenen Buch 'Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen', das zwei Jahre später als Habilitationsschrift angenommen worden ist, hat er die Relation – 'politische Macht – Recht' – noch anders zu justieren versucht und ausdrücklich von einem „Primat des Rechts vor der Macht“ und vor dem Staat gesprochen (2.Aufl. 2004, 42f./50ff.); vgl. dazu eingehend Hasso Hofmann, Legitimität gegen Legalität (1964), 44ff.; Michele Nicoletti, Die Ursprünge von Carl Schmitts „Politischer Theologie“, in: *Complexio Oppositorum*, hg. v. H. Quaritsch (1988), 109–128, bes. 114ff.; Gary L. Ulmen, Politischer Mehrwert (1991), 110ff.; Andreas Koenen, Der Fall Carl Schmitt (1995), bes. 467; Ruth Groh, Arbeit an der Heillosigkeit der Welt (1998), 74ff.; Reinhard Mehring, Macht im Recht, *Der Staat* 43 (2004), 1–22, bes. 2ff.

3 So ausdrücklich Barbara Boyd (zitiert nach Alain de Benoist, Carl Schmitt und der Krieg (2007), 99 Anm. 8).

4 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, (1928 – 9. Aufl. 2003), 110 (soweit nicht anders vermerkt, sind Hervorhebung vom Original übernommen); zur Unterscheidung zwischen 'rechtsstaatlichen' und politischen Bestandteilen einer modernen Verfassung, die prinzipiell unabhängig voneinander seien, s.a. ebenda, S. 125 ff., bes. 200ff. bzw. 223ff.; vgl. dazu Marc de Wilde, Safeguarding the Constitution with and against Carl Schmitt, *Political Theory* 34 (2006), 510–515, bes. 512f.

5 Vgl. zu Schmitts Staatsverständnis i.d.S. A. Koenen, Fall Carl Schmitt (Fn. 2), 805ff.

Politische als eine Art sensibles Nervenkostüm, das durch auftretende Gefahren umgehend zu geeigneten Abwehrreaktionen gereizt werde. Rechtliche oder moralische Schranken zu bedenken, birgt manchmal Risiken für das organische Fortbestehen. In existentiellen Notlagen erweise sich dabei das Recht und die Moral als Hindernis einer aktionsbereiten Politik, die sich stets noch eine Hintertür zu dem vorrechtlichen bzw. rechtlosen Naturzustand offen lässt, in dem dann wieder allein das nackte Überleben zählt. Die ungebundene politische Handlungsfähigkeit bildet darin das überlebensnotwendige Zentrum eines sozialen Gefüges, das über das Vermögen verfügen müsse, sich zur Not von anderen Teilen zu trennen, um die Selbsterhaltung in prekären Lagen zu sichern. Zu diesen peripheren Gliedern des Staatswesens soll dabei auch das Recht zählen, dessen sich die Politik in daseinsbedrohenden Notlagen entledigen könne. Diese aus der Tierwelt bekannte Fähigkeit der Autotomie wird dabei von der Hoffnung getragen, dass sich die abgeworfenen Teile in besseren Zeiten wieder regenerieren mögen.

Der i.d.S. 'auto-tome' Staat soll sich in Ausnahmefällen seiner Rechtsteile entledigen können, da dieser normative Schweiß die Bewegungsmöglichkeiten und die Reaktionsgeschwindigkeit des politischen Körpers zu sehr einschränken würde. Das Recht vermag das Politische in gewisser Hinsicht zu lähmen, weil es bestimmte Handlungsoptionen blockiert, die ohne die normierte Selbstbindung gezogen werden könnten; denn rechtliche Normierung unterbindet die Flucht in die Entscheidung politischer Willkür. Recht soll ja gerade die Verlässlichkeit normativ bestimmbarer Verhaltenserwartungen garantieren und insbesondere die Staatshandlungen berechenbar gestalten. Eben diese Berechenbarkeit mag sich dann aber als Nachteil erweisen, wenn sich nicht kalkulierbare Risiken für die Substanz des Staatskörpers einstellen, die sich nur noch durch politische Spontanreaktionen beseitigen lassen. Eine solche Vorstellung von einem primär als politisches Handlungssystem bestehenden Staatsorganismus, der von seiner Bewährungsfähigkeit in Extremlagen her gedacht werden sollte, hat *Schmitt* erstaunlich wirkungsmächtig gegen das Bild von einem liberalen Rechtsstaat in Stellung gebracht, für den gerade die auch in der Not

durchzuhaltende rechtliche Verfasstheit das nicht unwillkürlich agierende Nervenzentrum, d.h. gleichsam Kopf und Rückgrat, des staatlichen Gebildes ausmacht. Während für den rechtsstaatlichen Liberalismus ein Rückfall in den Naturzustand nach Kräften vermieden werden soll, bleibt diese Rückzugsmöglichkeit für *Schmitt* eine politische Verhaltensressource. Dadurch soll nicht zuletzt jene Gründungsvoraussetzung des Rechtsstaats, nämlich die Vermeidung eben jener naturzuständigen Rechtlosigkeit, die allzu oft in Vergessenheit zu fallen droht, tätig in Erinnerung gerufen werden. Die naturhaften Begründungselemente bleiben auf diese Weise jeder politischen Gemeinschaftsordnung sichtbar ins Gesicht geschrieben. Die Politik soll ihr rechtloses Gewaltpotenzial vorführen, um den gewalttätigen Urgrund des Rechts aufzeigen zu können.<sup>8</sup> Das Politische bleibt in dieser Vorstellung das zentrale Handlungssystem einer staatlich verfassten Gesellschaft; es beansprucht, zumindest zur Not die Einheit des Staatsganzen repräsentieren zu können, in dem durch politische Entscheidungen die Verantwortung für den sozialen Gesamtzusammenhang übernommen wird.<sup>9</sup>

Daraus folgt für *Schmitt* insbesondere, dass das Recht in manchen Notfällen seinen Platz als allgemeine Regelungsinstanz räumen muss, damit die Entscheidungshoheit der Politik an seine Stelle treten kann. Die allgemeine Geltung der Gesetze, die für die Normallage anerkannt sein mag, muss für ihn unter besonderen Bedingungen suspendiert werden. Die normative Kraft rechtlicher Regelungen vermag demnach nämlich nur für das Normale verbindlich sein, das sich ohnehin zwanglos aus der Subsumtionslogik des Rechts ergibt; im Rahmen des syllogistischen Schließens geht nämlich alles wie von selbst: wenn die Prämissen bestimmt sind, folgt daraus mehr oder weniger zwingend eine nachvollziehbare Konklusion. Ein perfekter Ablauf der Rechtsanwendung kann zwar durch eine stets unsicher bleibende Kenntnis der Tatsachen oder eine umstrittene Auslegung der Gesetze getrübt werden. Diese Trübungen gelten jedoch als unvermeidbare Schwächen menschlicher Erkenntnisfähigkeit, für die weder das unangewandte Recht noch die unerkannte Realität als solche zugänglich seien; daher werden Gerechtigkeit und

6 Zu dieser in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts wohl herrschenden Auffassung innerhalb der deutschen Staatslehre, in deren Tradition sich auch Carl *Schmitt* stellt vgl. etwa *Volker Neumann*, *Theologie als staatswissenschaftliches Argument*, *Der Staat* 47 (2008), 163–186, bes. 164ff. m.N.

7 Zu einigen – in der politischen Theorietradition beliebten – Varianten dieser Metapher s.a. *Niklas Luhmann*, *Ökologische Kommunikation* (3. Aufl. 1990), 167ff.

8 Zur liberalismuskritischen Argumentationsweise der politischen Philosophie von Carl *Schmitt* (und Leo *Strauss*): *Leander Scholz*, *Jenseits des Liberalismus*, in: *Die gouvernementale Maschine*, hg. v. J. Böckelmann/F. Meier (2007), 166–186, bes. 171ff. Zu einigen philosophiehistorischen Variationen einer solchen Rechtsgrundlegung, die in der Verbindung von Gewalt und Gerechtigkeit bestehen soll, s.a. *Giorgio Agamben*, *Homo sacer* (2002), 41ff.

9 Zu den theoretischen Prämissen einer solchen Idee einer Leitfunktion der politischen Theorie siehe allgemein *André Kieserling*, *Selbstbeschreibung und Fremdbeschreibung* (2004), 177ff.

Wahrheit nicht mehr als reine Allgemeinbegriffe gehandelt, wenn überhaupt dann gibt es das Rechte und das Wahre nur in concreto als Einzelfallgerechtigkeit und als singuläre Erkenntnis, die stets an historische Bedingtheiten und spezifische Umstände gebunden bleibt, deren Kontingenz entlarvt werden könne. Die kognitiven bzw. dogmatischen Unschärfen können jedoch der Grundvorstellung des syllogistischen Schließens nichts anhaben. Das Recht hat in einer abstrakten Form die Lösung eines konkreten Konfliktfalles immer schon vorab entschieden; diese normative Vor-Entscheidung muss gleichsam nur noch von den dafür zuständigen Gerichten 'gefunden' werden. Die Richter sind dabei stets an Recht und Gesetz gebunden, mögen sie auch in der Würdigung der Sachlage und Rechtsfrage frei sein; das richterliche Urteilen ist daher kaum mehr als ein kunstgerechtes Umsetzen eines kognitiven Dispositivs. Rechtliche Entscheidungsprozesse bleiben dem Bild einer theoretischen und praktischen Erkenntnis verpflichtet, d.h. dem Wissen um einen Sachverhalt und eine darauf anzuwendende Norm unterworfen.<sup>10</sup>

## 2. Probleme mit der Entscheidungsfindung

Dies läuft jedoch unweigerlich auf eine Paradoxie hinaus, d.h. auf zwei für sich leicht einsehbaren Grundannahmen, die beim Versuch, sie in eine einheitliche Form zusammen zu führen und gemeinsam zu denken, plötzlich unannehmbar erscheinen. Denn wenn das Resultat einer solchen Subsumtion tatsächlich schon vorfindbar ist, dann ist das Urteil als solches nicht mehr entscheidend; der Entscheidungsträger ist für das Urteil formal zuständig, aber in der Sache nicht allein verantwortlich, insofern er sich auf die geltenden Normen berufen kann, aus denen das Ergebnis abgeleitet wird. In Franz Kafkas Roman 'Der Prozess' heißt es an einer Stelle entsprechend, „das Urteil kommt nicht mit einemmal, das Verfahren geht allmählich ins Urteil über“<sup>11</sup>; die Entscheidung wird zwar erst am Schluss und als Abschluss eines Prozesses präsentiert, sie muss aber an sich schon im Verfahren präsent sein, sonst

könnte sie nicht daraus resultieren. Das Urteil ergibt sich aus dem vorliegenden Sachverhalt und den geltenden Normen, die im Prozess nur noch aufeinander bezogen werden müssen. Der Entscheidungsprozess enthält bereits, was er hervorbringt und doch geht es niemals ohne Zutun eines Urteilenden. Keine Entscheidung trägt sich selbst von allein; sie wird als eine Leistung des zuständigen Gerichts erwartet. Ein Urteil darf indes weder als willkürliches Entscheidungsverhalten verstanden noch kann es als bloßes Geschehen erlebt werden; es ist weder nur Handlung noch ein schieres Ereignis, dessen Eintreffen nur noch abgewartet zu werden braucht.<sup>12</sup> Die deutschen Worte 'Urteilen' und 'Entscheiden' führen einen unverkennbar aktivistischen Sinn mit sich und werden doch auch als Passiva empfunden, wenn die Betonung darauf gelegt wird, dass ein Urteil gefällt und eine Entscheidung gefunden wird. Eine Entscheidung wird zwar den beteiligten Richtern als ein Tun zugerechnet, sie ist aber dennoch nicht allein deren Tat oder Werk im Sinne gewöhnlicher Handlungszurechnungen, für die etwa der Wille, die Interessen, Intentionen und Motive der Handelnden eine Rolle spielen dürfen. Allenfalls rechtliche Zwecke sollten bei der Beschreibung eines Entscheidungsverhaltens Beachtung finden. Juridisches Urteilen ist demnach also ein Vorgang, bei dem sich die theoretischen und praktischen Momente nicht vollständig neutralisieren lassen; es beschreibt vielmehr einen Prozess, in dessen Vollzug sich Erkennen und Handeln nicht in der üblichen Weise sauber unterscheiden. Richter sind keine Subsumtionsautomaten, die ein Urteil ohne jede Eigenbeteiligung auswerfen könnten; insofern lässt sich das Subjektive einer Entscheidung niemals restlos tilgen, auch wenn sie als objektive Erkenntnis dargestellt werden soll. Die Anwendung eines Syllogismus im Recht ist eben keine reine Logik, in deren Kalkül von der Person des Anwenders abstrahiert werden kann.

Dennoch legt das gewöhnliche Verständnis richterlicher Entscheidungsfindung, das Schmitt kritisieren möchte, nahe, dass sich die Welt gleichsam wie von selbst in Recht und Unrecht teile und die Unterscheidung nicht mehr getroffen wird, sondern schlicht abgelesen werde. Dann

10 Zur allgemeinen geistesgeschichtlichen Grundlage einer solchen Unterwerfung einer jeden verantwortlichen Entscheidung unter das Wissen vgl. Jan Patocka, *Ketzerische Essays zur Philosophie der Geschichte* (1988), bes. 136, der darin das Erbgut des platonistischen Rationalismus walten sieht, d.h. „das platonische Bestreben, auch die Verantwortung der Objektivität der Erkenntnis zu unterwerfen“, das auch „im Untergrund der christlichen Auffassung“ weiterwirke; siehe dazu auch Jacques Derrida, *Préjugés* (1992), 23f.; ders., *Den Tod geben*, in: *Gewalt und Gerechtigkeit*, hg. v. A. Haverkamp (1994), 331–445, 334ff./352ff., der hieran eine der Aporien von Verantwortung, Recht und Gerechtigkeit herausarbeitet; hierzu wiederum Dietrich Krauß, *Die Politik der Dekonstruktion*, 2001, 181ff.

11 Franz Kafka, *Der Prozeß*, (Fischer-Taschenbuch) 1979, 180.

12 Zur Unterscheidung zwischen Erleben und Handeln als den zwei üblichen Zurechnungsweisen siehe etwa Niklas Luhmann, *Erleben und Handeln* in: H. Lenk (Hg.), *Handlungstheorien interdisziplinär II* (1978), 235–253, bes. 237; ders., *Soziale Systeme* (2. stw-Aufl. 1988), 124ff.; ders., *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1997), 332ff., bes. 335. S.a. Michel Foucault, *Die Wahrheit und die juristischen Formen* (2003), 25f., für den Erkenntnis insgesamt sowohl „ein Ereignis“ ist, „das stattfindet“, als auch in „Gestalt diverser unterschiedlicher Handlungen“ auftritt (26); er nennt zudem anhand einer Genealogie von Wissensformen verschiedene Arten der Verbindung beider Seiten juridischer Entscheidung (bes. 52ff.).

existiert kein Unterschied zwischen einer Entscheidung und der bloßen Kenntnisnahme einer bereits getroffenen Vor-Entscheidung; Urteilen wird folglich zwar als eine Art Handeln – als tätiges Unterscheiden – beschrieben, aber zugleich als Wissen verstanden. Das Grundmodell einer juristischen Normanwendung suggeriert somit Gegenläufiges: es verspricht einerseits einen kontinuierlichen Zusammenhang zwischen einem Urteil und der Sachverhaltskenntnis samt der darauf angewendeten Rechtsnormen, andererseits spielt es mit dem Gedanken, dass vor der Entscheidung des Einzelfalles noch kein Rechtsurteil da sei, d.h. der normative Kontext erst mit der konkreten Entscheidung geknüpft werden müsse, weil noch ein wesentlicher Unterschied zwischen einer abstrakten rechtlichen Regelung und der Anwendung bestehe. Im Ablauf dieser Schlussfolgerungen bleibt jedenfalls kein Platz für echte Entscheidungsmomente, in denen sich das genuin Politische des Staates platzieren könnte. Wie beim logischen Denken generell so ist es auch bei der Anwendung des juristischen Syllogismus kaum möglich, Besonderheiten oder gar Extreme zu berücksichtigen, die aus dem Rahmen des (Formal-)Logischen des Normalfalles herausfallen. Juridische Urteilstkraft ist insofern nicht mehr als die kunstgerechte Anwendung einer Schluss-Technik, die jedoch in normativ unbestimmten Situationen versagen muss, in denen sich nämlich die Wirklichkeit anders verhält als rechtlich vorgesehen. Um das Risiko derart nicht-normierter Umstände minimieren zu können, wird der moderne Rechtsstaat von einer Regelungs-Wut angetrieben, die den Ehrgeiz signalisiert, möglichst an alle erdenklichen Fallkonstellationen zu denken, um sie normativ überziehen zu können. Wer an alles gedacht hat, dürfte nicht mehr von Ausnahmen überrascht werden können.

Zu den Grundvoraussetzungen der normalen Rechtslage wird allerdings auch die rechtsförmige Durchsetzbarkeit der Rechtsurteile gerechnet, d.h. dass geltendes Recht auch wirksam werden kann. Denn nur solange die Geltung des Rechts nicht nur im Buche steht, sondern auch faktische Durchsetzung verspricht, soll von einer Rechts-Ordnung gesprochen werden dürfen. Wenn diese Wirksamkeit des rechtlichen Sollens jedoch ernsthaft bedroht ist, dann kann das Recht den eigenen Regelungsanspruch nicht mehr garantieren, da die Orientierung an rechtlichen Entscheidungen keine normativ verbindliche Verhaltensorientierung gewährleisten kann. Jenseits der rechtlichen Normalität soll sich dann aber die Entscheidungsmacht des Politischen behaupten, denn dort droht sonst Chaos auszubrechen, das nicht mehr mit Recht geregelt werden kann, sondern mit Macht beherrscht werden muss. Während sich

das rechtsstaatliche Denken am Buchstaben des Gesetzes festgebunden glaubt und darauf achten muss, dass die vor jeder Konfliktsituation ausgesprochenen Garantien des Rechts beim Wort genommen werden können, erlaube eine ergebnisoffene Handlungsvielfalt der Politik mehr Flexibilität. Das Politische gibt nicht vor, auf konfligierende Interessen oder Willkürfreiheiten unbedingt zu achten bzw. ihre Eigenarten zu wahren und sie gegebenenfalls in ein Gleichgewicht zu bringen; es stellt vielmehr vorab in Aussicht, reale Probleme – notfalls einseitig und ohne Rücksichtnahmen auf bestehende Rechtspositionen der Einzelnen – tatsächlich lösen zu können, statt sie nur im Nachhinein zu beurteilen. Lösungen dieser Art befinden sich nicht im Recht, sondern außerhalb und in diesem Außen regiert der politische Überlebenskampf. Die Politik beansprucht in dieser Hinsicht eine gegenüber dem Recht vorläufige Problemlösungskompetenz, die bestehende oder drohende Konflikte frühzeitig beseitigen soll, während sich die rechtlichen Beurteilungsmöglichkeiten mit einer nachholenden Suche nach Rechts-Folgen begnügen müsse. Politische Entscheidungsmacht schafft vorzeitig Fakten in Konfliktsituationen, in denen das juristische Urteilsvermögen lediglich verspätete Konsequenzen ziehen kann.

### 3. Politische Souveränität als Ausnahmeerscheinung?

Das Befinden über die Befreiung von der rechtlichen Regelmäßigkeit ist für Schmitt bekanntlich der Ausdruck politischer Souveränität, denn – so lautet seine berühmte Definition am Anfang seiner 'Politischen Theologie' (zuerst 1922)<sup>13</sup>: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“<sup>14</sup>. Daraus folgt dann wohl umgekehrt: wer diese Entscheidung nicht fällen kann, kann nicht souverän sein und im Normalbetrieb braucht der Staat offenbar gar keinen Souverän, erst mit der Ausnahme entscheidet sich die Frage nach der Souveränität wie von selbst. Echte politische Souveränität soll sich dabei nichts vorschreiben lassen – auch nicht vom Recht oder von der Moral. Politische Entscheidungsvielfalt möchte sich selbst durch rechtliche Gesetzmäßigkeit nicht determinieren lassen. Die normative Indeterminiertheit des Politischen

13 Zu verschiedenen Versionen von Schmitts Souveränitätsverständnis vgl. Helmut Quaritsch, Souveränität im Ausnahmezustand, *Der Staat* 35 (1996), 1–30; Renato Cristi, Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power, in: *Law as Politics*, ed. by D. Dyzenhaus (1998), 179–195; William Rasch, Conflict as a Vocation, in: *Theory, Culture & Society* 17/6 (2000), 1–32, bes. 2ff.

14 C. Schmitt, *Politische Theologie*, (2. Ausg. 1934 – 5. Aufl. 1990), 11; ähnlich bereits ders., *Die Diktatur*, (1921 – 6. Aufl. 1994), 191. Zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden der Beschreibung des Ausnahmezustandes in diesen beiden Werken vgl. John P. McCormick, The Dilemmas of Dictatorship, in: *Law as Politics*, ed. by D. Dyzenhaus (1998), 217–251, bes. 226ff.

tritt dann an die Stelle der liberalen Vorstellung von der gesetzlichen Neutralität des Rechts, das sich stets für alle Fälle quasi wie von selbst anwenden soll, indem es jeden Einzelfall durch allgemeine Normen überformt.<sup>15</sup>

Politische Souveränität leistet sich demgegenüber selbstbezogene Einseitigkeit statt rechtliche Gleichheit vor dem Gesetz, denn die souveräne Entscheidung nimmt die „konkrete Individualität, die soziale Wirklichkeit des Lebens“ in den Blick, die „in jedem umfassenden System“ rechtsstaatlicher Gesetzlichkeit „vergewaltigt“ werde, denn nach dem liberalen Rechtsverständnis innerhalb der Tradition der rationalistischen Aufklärung sei „alles Konkrete nur ein Anwendungsfall eines generellen Gesetzes“<sup>16</sup>. Ausgerechnet die Rationalität einer universalisierbaren Rechtsidee soll der individuellen bzw. vergesellschafteten Welt Gewalt antun. Wer mit dem Recht im Namen der Allgemeinheit reden möchte, vernachlässige beinahe zwangsläufig das Besondere der politischen Vielfalt. Das Universelle könne aber nicht jedem Einzelfall gerecht werden; es sind jedenfalls Konstellationen denkbar, die den Vergleich mit der generellen Norm scheuen. Einer Einstellung zum Recht, die sich dem ausnahmslosen Verweilen beim Abstrakt-Generellen verschrieben habe, attestiert *Schmitt* eine Art Lebensuntauglichkeit gegenüber den Erfordernissen der konkret-individuellen Realität des Politischen. Wer sich strikt an das Allgemeine des Normalen halten möchte, werde an manchen Besonderheiten des Konkreten einer Lebenswirklichkeit scheitern, die sich in einigen Fällen dieser Generalisierung des Rechtsdenkens verweigert. Es lässt sich eben niemals alles generell regeln, manches entzieht sich der Verallgemeinerung und im Moment des Entzugs des Regelbaren entsteht jenes Vakuum, in das die Entscheidung über die Ausnahme eingegossen wird, um die normative Leere auszufüllen. Das Singuläre, das sich aus der rechtlichen Gleichmäßigkeit herauschält, bedürfe einer besonderen Behandlungsart; hierfür könne nicht mehr die Norm, sondern nur noch eine politische Ausnahmeentscheidung zuständig sein, die jene Gewalt des Allgemeinen über das Besondere unterbricht.

Dabei geht es *Schmitt* um das tatsächlich politisch durchsetzbare Können und nicht etwa um das rechtliche Dürfen einer solchen Entscheidung über die Ausrufung eines Ausnahmezustandes. Der Souverän braucht hierfür keine Erlaubnis. Nicht die Befugnis zu zwingen soll

begründet werden, sondern die machtsichernde Stabilisierung des staatlichen Gewaltmonopols müsse in diesen Fällen schlicht demonstriert werden. Im politischen Jenseits des positiven Rechts thront das quasi-natürliche Selbsterhaltungsinteresse des Staates, das für *Schmitt* offenbar keiner weiteren Legitimation bedarf und das als dessen ‚Vor-Recht‘ immer dann in Kraft tritt, wenn es gilt, die Regelung des Normalfalls ausnahmsweise zu umgehen; in solchen Extremlagen werde demnach ein Ursprungsmoment jeder Rechtsordnung tätig in Erinnerung gerufen.<sup>17</sup> Denn: „In der höchsten Not bewährt sich das höchste Recht“, das „aus dem Lebensrecht des Volkes“ stamme.<sup>18</sup> In solchen Ausnahmesituationen müsse „der Staat bestehen“ bleiben, „während das Recht zurücktritt“ und die in der Regel geltende „Norm vernichtet“ werde, denn ohne das staatlich verfasste Substrat wäre letztlich auch das Recht verloren; daher „suspendiert der Staat das Recht, kraft eines Selbsterhaltungsrechtes“. Der Staat als solcher aber kann selbst ohne (geltendes – gesetztes) Recht bestehen. An die Stelle der Rechtsnorm tritt dann „das selbständige Moment der Entscheidung“, eine „Dezision, in absoluter Reinheit“, denn sie sei von jeder normativen Befangenheit befreit „und wird im eigentlichen Sinne absolut“. Dabei bringt dieser Akt der Souveränität gleichsam das Kunststück einer *creatio ex nihilo* fertig, indem er aus Nicht-Recht am Ende doch wieder spontan Recht zu schaffen vermag, denn in dieser Absonderung der souveränen „Entscheidung von der Rechtsnorm“ bewaise „(um es paradox zu formulieren) die Autorität ..., daß sie, um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht“, denn die (Ausnahme-)Entscheidung „ist, normativ betrachtet, aus einem Nichts geboren“ (Politische Theologie (Fn. 14), 18f./20/42).<sup>19</sup> Dennoch soll sich auch in normativer Betrachtung durchaus nicht Nichts sein oder bleiben, sondern am Ende doch wieder zum Rechtszustand führen. Über den Umweg einer autoritären Außer-Kraft-Setzung soll die Suspendierung des Rechts letztlich doch wieder der

15 Zu dieser Gegenüberstellung von politischer Souveränität und rechtsstaatlicher Neutralität bei *Schmitt* s.a. *Christoph Menke*, *Spiegelungen der Gleichheit*, (stw 2004), 300ff.

16 *C. Schmitt*, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (Text von 1926 – 6. Aufl. 1985), 79/55.

17 Dazu schon *Walter Benjamin*, *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze* (1965), 58, der in Anlehnung an *George Sorel* an die „metaphysische Wahrheit“ erinnert hat, dass „in den Anfängen alles Recht ‚Vor‘recht der Könige oder der Großen, kurz der Mächtigen gewesen sei“. Siehe hierzu auch *Günter Figal*, *Recht und Moral bei Kant, Cohen und Benjamin*, in: *Materialien zur Neukantianismus-Diskussion*, hg. v. H.-L. Ohlig (1987), 163–183, 167/175ff.

18 *C. Schmitt*, *Der Führer schützt das Recht*, *Deutsche Juristen-Zeitung* 1934, Sp. 945–950, hier: Sp. 947.

19 S. a. *Schmitts* Kennzeichnung seines „Dezisionismus“ in seinem Buch *Der Hüter der Verfassung*, (1931 – 4. Aufl. 1996), bes. 46. Zu einigen historischen Vorläufern dezisionistischer Theorien vgl. *Hermann Lübbe*, *Praxis der Philosophie – Praktische Philosophie – Geschichtstheorie* (1978), 61ff.

Rechtssetzung dienen. Ausgerechnet durch den Verrat an der Geltung des Rechts soll das Normale der Rechtslage anerkannt und bekräftigt werden können. Der Staat gönnt sich gleichsam nur deshalb eine normative Auszeit, um seine naturhaften Selbsterhaltungskräfte konzentrieren und regenerieren zu können, die letztlich jeder Form von Ordnung und somit auch dem Recht zu Grunde liegen sollen. In der politisch dekretierten Zwischenzeit bleibt die Norm in der Schwebe. Souverän ist daher derjenige, der an den Hebeln der Macht sitzt und darüber wacht, ob die normale Subsumtions-Mechanik der Rechtsanwendung wieder in Gang gesetzt wird oder nicht.

Hierin liegt für *Schmitt* gleichsam der Anschein des Göttlichen, der ihn von 'Politischer Theologie' reden lässt, da aus einer radikalen Negation des Rechts eine positive Quelle des Negierten entspringt, wenn aus dem Nichts (dem Zustand der Nicht-Rechtlichkeit) doch wieder neues Recht geschöpft werde. Die Suspendierung des Rechts ist für das Recht nicht etwa bedeutungslos, da die politische Deziision zugleich der Schöpfungsakt für das Recht nach dem Ausnahmezustand sein kann. Die Geltung der Rechtsnorm wird suspendiert, um das zu retten, was geopfert wird, nämlich die normative Ordnung des Rechts. Die vorübergehende Rechtlosigkeit soll folglich doch die Wiedererschaffung eines Rechtszustandes bezwecken, wobei ungewiss bleibt, ob ein nahtloser Anschluss an die bisherige Normallage möglich ist. Obwohl dieser autoritäre Beschluss jenseits des (positiven) Rechts entschieden wird, kann der Souverän jedenfalls insofern kein Unrecht begehen. Diese Absolutionsgarantie ist eine der Voraussetzungen der absoluten Souveränität und folgt aus der Normindifferenz der reinen Deziision. Als rein politische Entscheidung soll die Deziision rechtlich und ethisch neutral, d.h. frei von jeder juristischen und moralischer Beurteilung bleiben. Die Suspendierung des Rechts beseitigt zugleich auch eine mögliche Bewertung der puren Politik als Unrecht. Da die reine Deziision nicht aus der Anwendung eines Regelsystems hervorgeht, lässt sie sich auch nicht davor oder ihm gegenüber zur Verantwortung ziehen; verantwortlich ist man nur gegenüber einer normativen Ordnung, an die man zum Zeitpunkt einer Handlung oder Entscheidung gebunden ist. Eine souveräne Entscheidung antwortet jedoch nicht auf eine normative Fragestellung und ist daher im Grunde unverantwortlich, da sie auf jede gesetzmäßige Vermittlung verzichtet.

Der Staat soll gleichsam zwischenzeitlich aus seiner rechtlichen Haut fahren, um nach dem politischen Entscheidungsakt sofort wieder in die Normalität zurückzugleiten. Die im Rechtsstaat durch die Verfassung eigentlich

„fixierte Unruhe“<sup>20</sup> wird gleichsam für einen Moment wieder freigelassen, ehe die Normalität der Rechtsform wiederkehren kann. In politisch bewegten Zeiten darf das Recht nicht statisch bleiben; daher muss mitunter der Rechtsstatus ausnahmsweise aufgehoben werden, um für Ruhe sorgen zu können. Der eigentliche Fixpunkt des Staates sei nicht die Normordnung, sondern die Politik, um die Recht, Moral und andere Normensysteme kreisen. Das Urteil zwischen Normal- und Ausnahmezustand läuft dabei auf eine Person-im-Amt zu, die nach Wiederherstellung der Rechtslage gefeiert oder gefeuert werden mag; über ihr (politisches) Schicksal entscheidet der tatsächliche Erfolg der Notmaßnahme. Der Souverän braucht daher nicht die Normüberschreitung als solche zu scheuen, sondern nur das Risiko des Misslingens der Suspendierung des Rechts. Dies ist die Kehrseite der Restverantwortung, die der politische Souverän im Ausnahmezustand vom Recht übernimmt. Aus einer erfolgreichen Beseitigung der Notlage kann der Souverän dann für alle Ausnahmeaktivitäten eine Art von Legitimation ohne Normativität schöpfen; eine wirkungsvolle Selbsterhaltungstat spendet rückwirkend gewissermaßen ein 'Natur-Recht' auf ein übergesetzliches Ausnahmeverhalten. Das einzig verbleibende Überbleibsel einer normativen Ressource in diesem Modell der sich selbst legitimierenden Ausnahmebehandlung ist daher der quasi-naturgesetzliche Selbsterhaltungsdrang des Staates. Die nicht weiter hinterfragbare Evidenz des staatlichen Durchhaltewillens bildet für *Schmitt* das Anfangscredo seiner Politischen Theologie. Ohne einen solchen Glaubensvorschluss, der das Überleben des Staates an das Vertrauen in seine Bestandskraft bindet, würde die gesamte Konstruktion nicht nur normativ, sondern auch faktisch in der Luft hängen.

Gegenüber rechtlichen Verfahrensweisen, hinter denen ein unüberwindlicher Entscheidungszwang waltet, hat der politische Souveränitätsakt sogar den Vorteil, zumindest eine zusätzliche Option ziehen zu können: die reine Deziision lässt die Alternative zwischen dem Entscheiden und Nicht-Entscheiden über die Ausrufung des Ausnahmezustands offen: es geht ihr um eine ergebnisoffene Behandlung von etwas letztlich Unentscheidbarem. Gerade deshalb lässt sie sich als reine Deziision beschreiben, die jenes rechtliche Entscheidungsparadoxon umschiffet. Das Recht

---

20 So lautet einer der Bestimmungsversuche, mit denen Friedrich *Schlegel* einst eine Charakterisierung „der repräsentativen Verfassung“ vornehmen wollte: diese sei nichts anderes „als die fixierte Unruhe, die angehaltene Revolution, der gebundene absolute Staat“ (Signatur des Zeitalters (1820–1823), Kritische Schriften und Fragmente, hg.v. E. Behler / H. Eichner, Studienausgabe Band 4, 1988, 251–334, 325).

muss demgegenüber stets zu einer Entscheidung zwingen, die es zwar aufschieben aber niemals ganz verweigern kann, da auch der Aufschub oder die Weigerung des Rechtsentscheidens noch eine rechtlich verbindliche Konsequenz haben würde: die Sanktionierung des Status quo. Solange ein einmal aufgerufenes normatives Urteil ausbleibt, gilt der jeweils aktuelle Zustand als Rechtszustand, in dem den Beteiligten Rechte zustehen, die sie gegeneinander geltend machen können. Die Beseitigung dieses Zustandes könnte als widerrechtlich ausgelegt werden oder zumindest eine neue Entscheidung über die Rechtmäßigkeit dieser Verhaltensweise provozieren. Dabei geht das Recht davon aus bzw. suggeriert zumindest, dass es sich bei Rechtsurteilen um einen Erkenntnisakt – eine Entscheidungsfindung – handelt. Mit Jacques Derrida könnte man das das „klassische Vorrecht (*prérogative*) des Urteils“ nennen, „ein Vorrecht des Theoretischen und des Konstativen über das Performative oder das Pragmatische“ (*Préjugés* (Fn. 10), 21f.). Dies mag man zwar als erkenntnistheoretisch naiv denunzieren, eine solche Denunziation allein vermag aber noch lange nicht die Evidenz, ohne diese Sichtweise nicht auskommen zu können, zu beseitigen. Für die Suche nach der richtigen Beurteilung werden dann bestimmte Verfahren im Recht eingerichtet, die eine formale Zuständigkeitsverteilung vorsehen; in der Sache präsentiert sich das Urteil aber als durch das Recht prädestiniert und allgemein nachvollziehbar. Die Urteilskompetenz ist zwar im Rechtssystem monopolisiert, dem Entscheidungsmonopol des Rechts korrespondiert aber – jedenfalls idealerweise – eine universell zugestandene Fähigkeit zur Rechtseinsicht, die jedem zukommt und nicht etwa nur den zuständigen Juristen vorbehalten ist.

Der Souverän steht hingegen nicht unter einem solchen (rechtlichen) Entscheidungszwang, wenn er festsetzt, ob das Normale weiter gelten oder eine Ausnahme hiervon herrschen soll; er entscheidet über die Anwendbarkeit des Rechtscodes, bevor ein Fall in den juristischen Syllogismus eingespeist wird. Nicht Recht/Unrecht, sondern Recht/Nicht-Recht – das ist hier die Frage; die Entscheidung darüber wird außerhalb des Rechts – in der politischen Umwelt des Rechtssystems – getroffen. Souveränität, die als „Grenzbegriff“ den Umfang des juristischen Regelungsbereichs beschreibt, liegt daher auf der Schwelle zum Rechtssystem und ihr Inhaber steht „außerhalb der normal geltenden Rechtsordnung“ (*Politische Theologie* (Fn. 14), 11/13). Das Ob und Wie des souveränen Entscheidens fällt dann letztlich nach Gutdünken, ohne allerdings einer bloß individuellen Laune zu folgen. Der Ausnahmezustand wird nämlich nicht etwa konstatiert, sondern ausgerufen.<sup>21</sup>

Die Entscheidung über diesen Vorfall muss folglich als rein performativer Akt verstanden werden, denn vor ihrer Ausrufung mag die Notlage irgendwie spürbar sein, zur echten Ausnahme wird sie erst durch die Suspendierung des Rechts durch den Souverän, der die Entscheidung mit Macht an sich reißt.<sup>22</sup> Dadurch werden die konstativen Momente des Entscheidens geleugnet. Die Entscheidung über die Ausnahme wird nicht ‚gefunden‘, da sie auf keine vorfindlichen oder anwendbaren Kriterien verweist, sondern muss in einer Weise entschieden werden, die jene bereits angedeutete paradoxe Struktur einer juristischen oder ethischen Entscheidungsfindung verdrängen möchte. Rechtliche und moralische Urteile geben sich nur den Anschein des echten Entscheidens, wobei sie im eigentlichen Sinne nichts zu entscheiden haben, da sie zugleich als bloße Anwendung eines bereits gegebenen Gesetzes angesehen werden, d.h. lediglich schon Entschiedenenes wiedergeben. Demgegenüber sei nur eine reine Dezision eine Form des Entscheidens, bei der tatsächlich mit der Entscheidung etwas entschieden wird, was zuvor als nicht-entschieden oder auch unentscheidbar gelten muss. Auf die allgemeine Einsicht in die Begründung oder Nachvollziehbarkeit dieser Ausrufung soll der Souveränitätsakt in keiner Weise angewiesen sein. Auch wenn die reine Dezision auf die Evidenz einer faktisch bestehenden Not schießen muss, so geht es ihr nicht um die Überprüfbarkeit des Befundes über etwas Faktisches, aus dem bestimmte Schlussfolgerungen gezogen werden können.

#### 4. Die Reinheit der reinen Dezision

Die Chancen für das Gelingen eines solchen Versuchs der Paradoxievermeidung dürften jedoch eher schlecht stehen. Die Annahme einer durch nichts kontrollierten Entscheidungsmöglichkeit auf der Basis des Nicht-Wissens und der Nicht-Regelung erscheint unannehmbar. Daher möchten einige der souveränen Entscheidung i.S. Schmitts

21 Zu den verschiedenen Facetten von Schmitts Konzept des Ausnahmezustandes vgl. Oren Gross, *The Normless and Exceptionless Exception*, *Cardozo Law Review* 21 (2000), 1825–1868; G. Agamben *Homo sacer* (Fn. 8), 25ff.; ders., *Ausnahmezustand*, 2004, 42ff. (dazu auch Wendell Kisner, *Agamben, Hegel, and the State of Exception*, *Cosmos and History* 3 (2007), 222–253); Hasso Hofmann, „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“, *Der Staat* 44 (2005), 171–186; J.P. McCormick (Fn. 1), *Annual Review of Political Science* 10 (2007), 319ff.; V. Neumann (Fn. 6), *Der Staat* 47 (2008), 175ff.; Wolfgang Hetzer, *Rechtsstaat oder Ausnahmezustand?*, 2008, 217ff.

22 Vgl. dazu etwa Slavoj Žižek, *Willkommen in der Wüste des Realen*, 2004, 111ff.; Jacques Derrida, *Schurken*, (stw) 2006, 206ff. Zu Derridas Positionierung in dieser Thematik s.a. Michel Rosenfeld, *Derrida's Ethical Turn and America*, *Cardozo Law Review* 27 (2005), 815–845, bes. 821ff.; Nick Mansfield, *Derrida and the Culture Debate*, *Macquarie Law Journal* 6 (2006), 97–111, bes. 107ff.



gleichwohl noch ein konstatives Restmoment zugestehen, insofern diese implizit feststelle, ob eine Situation dem Normalen oder einer Ausnahme davon angehört und dabei auf die Voraussetzung der Normallage reflektieren müsse; wer von der Regel abweichen möchte, sollte zumindest die Bedingungen der Regelmäßigkeit kennen und zunächst deren Anwendbarkeit prüfen. Die Kenntnis dessen, was normalerweise gilt, führe quasi per Ausschlussprinzip auf die Spur möglicher Ausnahmen.<sup>23</sup> In dieser Hinsicht entscheide letztlich doch der Umfang des fraglichen Normbereichs über mögliche Ausnahmen. Insofern müsse auch für eine solche Entscheidung ein Wissensbestandteil eingerechnet werden, der ihr aus logischen Gründen vorausgehe; daher sei selbst eine vermeintlich reine Dezision noch mit gewöhnlichen Momenten theoretischer und praktischer Erkenntnis benetzt. Damit müsste freilich unterstellt werden, dass diese 'Feststellung' auch unabhängig von der Suspendierung des Rechts gedacht werden könnte, so dass dann über die Außerkraftsetzung der geltenden Normen erst in einem weiteren Akt zu befinden wäre.

Eine von dem Suspendierungsakt trennbare Konstatierung der Ausnahme als solche ist in der Konzeption von *Schmitt* jedoch zumindest nicht eindeutig vorgesehen, denn dort fallen die Ausrufung der Ausnahme und die Außerkraftsetzung des Normalen offenbar ohne jede Zäsur notwendig zusammen. Die „reflexive Diagnostik“<sup>24</sup>, von der in Bezug auf die vermeintliche Konstatierung der Ausnahmesituation gesprochen wird, ist daher gerade kein eigenständiges Konstituens eines Souveränitätsaktes. So etwas wie ein Diskurs über die Bedingungen einer Extremlage findet nicht statt. Ein Befund über die Ausnahme ist ohne die Aussetzung der Rechtsgeltung jedenfalls nicht von Bedeutung, denn der Rede von einer Ausnahme kommt kein eigener theoretischer Erkenntniswert zu, wenn damit nicht zugleich die praktische Konsequenz einer außerlegalen Regelungsmöglichkeit verbunden ist. In *Schmitts* Vorstellung einer souveränen Entscheidung existiert kein isolierbares kognitives Moment, das als Grund die Auflösung der Normallage erst zur Folge haben könnte; das Erkennen einer Notlage bildet daher nicht die vorhergehende Wissensgrundlage für eine Entscheidung über die Außerkraftsetzung geltender Normen. Die Ausnahme ist kein 'Seinszustand', aus dessen Erkenntnis ein Sollen in Form einer Suspendierung der normalen Sollgeltung des Rechts abgeleitet werden müsste. Weder die Reflexion auf die normale Rechtslage noch der Blick auf die empirisch wirksamen Umstände einer Ausnahme

aktivieren einen Syllogismus, der einen logischen Schluss von diesen Befunden auf eventuell notwendige Konsequenzen erlauben sollte. Eine reine Dezision hat daher weder eine normative noch eine kognitive Basis, auf deren Boden erst eine vorhersehbare und berechenbare Entscheidungsgrundlage bereitet würde. Vielmehr werden beide Momente der Entscheidung – die Ausrufung der Ausnahme und die Suspendierung des Rechts – gleichursprünglich im selben Souveränitätsakt gesetzt und sind nicht einmal durch eine logische Sekunde getrennt. Es gehört zur Vorstellung der Spontaneität einer solchen dezisionistischen Reinform, dass sie weder durch einen normativen Grund legitimiert noch durch eine Art von Diagnose verursacht wird. Die Ausnahme besteht folglich gerade im Entzug von Rechten, indem eine solche Situation von der Anwendung der Normen ausgenommen wird.<sup>25</sup>

In diesem Theoriegebäude werden dann enorme Handlungsspielräume außerhalb der Verhaltensregulierungen des Rechts eröffnet, die jene Konzeption der Ausnahmefälle derzeit wieder ungeheuer attraktiv erscheinen lassen.<sup>26</sup> Wer es demgegenüber sehr streng mit der universalen Geltung des Rechts nehmen möchte, der baue eine unnötige und gefährliche Distanz zur politischen Handlungsmacht auf, die allein den Ordnungsaspekt einer Rechtsordnung gewährleisten könne. Als Machtwort eines Souveräns haftet der Entscheidung über den Ausnahmezustand freilich ein Moment unvermeidbarer Willkür an,<sup>27</sup> da sie sich weder über Recht noch über Moral restlos legitimieren lässt; denn solange auf verbindliche Kriterien zur Begrenzung einer souveränen Entscheidung verwiesen werden könnte, wäre nämlich jene Instanz entscheidend, die über das Eingreifen und die Wirksamkeit dieser Einschränkungsmöglichkeiten zu befinden hätte und der politischen Souveränität wäre doch noch eine höhere Instanz vorgesetzt.<sup>28</sup> Die vermeintlich souveräne Entscheidung muss allerdings den äußeren Zwängen gehorchen, die innerhalb einer Ausnahmesituation walten, denn die normativ ungezügelter Bedürfnisse eines blanken staatlichen Selbsterhaltungsinteresses lassen sich niemals so ganz beherrschen. Durch die Loslösung von jedweder Norm verfällt die reine Dezision einer tatsächlichen Notwendigkeit, wenn nicht sogar der Zufälligkeit.<sup>29</sup> Allein das faktisch Realisierbare kann am politischen Entscheidungshorizont erscheinen. Die Macht der Dezision hält sich demnach stets in den engen Grenzen des Machbaren, die von der konkreten Situation vorgegeben und aufgestellt werden. Die normative Ungebundenheit der Dezision über die Ausnahme führt daher keineswegs zu mehr Entscheidungs-

23 So insbesondere C. Menke Spiegelungen (Fn. 15), bes. 305ff.

24 C. Menke *ibid.*, bes. 307.

25 Vgl. dazu auch G. Agamben, *Homo sacer* (Fn. 8), 27f.

Freiheit, sondern ist stets dem Erfordernis unterworfen, die Extremsituation zu überwinden, d.h. nach Möglichkeit zum Recht zurückfinden zu müssen. Die mögliche Wahl zwischen Regel und Ausnahme fällt mit dem empirisch Notwendigen oder Zufälligen zusammen, wenn sie sich durch nichts bestimmen lässt.

Für einen Lösungsansatz im Sinne *Schmitts* bleibt insofern allerdings nur, auf die Rechtschaffenheit des Souveräns zu hoffen, der die Ausnahme nutzt, um alsbald zur Regel zurückzukehren. Als einzig markierbarer Grund bleibt daher lediglich die bedrückende Evidenz einer Notlage, deren Abwendung die an sich willkürliche bzw. zufällig zu fällende Deziision doch als Notwendigkeit erscheinen lassen kann, um den Makel des bloß Willkürlichen abstreifen zu können. Wenn es dann aber gelingt, die Not erneut zum Recht zu wenden, ist die Rückkehr zur normativen Regelmäßigkeit geschafft oder aber ein neuer Rechtszustand erschaffen, der auf einer veränderten Faktenlage beruht.

## II. Eine Ausnahme ohne Regel – und ohne Ende?

Nun liegt es freilich in der Logik dieses Ansatzes, dass niemals so ganz sicher vorhersehbar ist, ob und wann ein bestimmtes Problem als eine derartige Extremlage betrachtet wird, für deren Bewältigung es tatsächlich zur

Ausrufung des Ausnahmezustandes kommt; die souveräne Entscheidung soll sich ja gerade nicht nach einer folgerichtigen Konklusion am Ende eines für jeden nachvollziehbaren Syllogismus richten, denn sonst wäre es keine reine Deziision, die sich ihre zu entscheidenden Inhalte gerade nicht diktieren lässt und deren Ergebnis sich daher nicht voraussagen lassen darf, um sich nicht unter die Herrschaft eines rechtlichen oder moralischen Kriterienkatalogs stellen zu müssen. Nur wenn ein Problem in diesem Sinne aus dem normativen Rahmen des Rechts und der Moral fällt, kann eine echte Entscheidung über etwas im Prinzip Unentscheidbares fallen; aber nicht jede Not löst eine Ausnahmeentscheidung aus.<sup>30</sup> In ihrer Umgangsweise mit der Paradoxie des Entscheidens unterscheidet sich die reine politische Deziision von einer juristischen Urteilsfindung: für den Bereich des Politischen kann die prinzipielle Unentscheidbarkeit offen als Machtfrage deklariert werden; demgegenüber wird das Recht dies gerade nicht thematisieren dürfen. Darauf hat bereits Walter *Benjamin* in seiner berühmten Abhandlung 'Zur Kritik der Gewalt' (1921), den vermutlich auch Carl *Schmitt* gekannt haben dürfte,<sup>31</sup> hingewiesen, denn dann „würde ein Licht auf die seltsame und zunächst entmutigende Erfahrung von der letztlich Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme fallen“; da dies aber nicht geschehe, müsse das Recht „in der nach Ort und Zeit fixierten 'Entscheidung' eine metaphysische Kategorie“ anerkennen (Fn. 17), 54/44), da juridisches Urteilen vorgeben müsse, in einem erkenntnisgleichen Akt zu entscheiden, was bereits durch

26 Zur Aktualität dieser Argumentationsfigur (nicht nur i.S. *Schmitts*) – besonders i.R.d. verfassungsrechtlichen und politischen Diskussion in den USA – s.a. *Bryan S. Turner*, Sovereignty and Emergency, in: *Theory, Culture & Society* 19/4 (2002), 103–119; *Oren Gross*, Chaos and Rules, *Yale Law Journal* 112 (2003), 1011–1134 bes. 1118ff.; *George Steinmetz*, The State of Emergency and the Revival of American Imperialism: Toward an Authoritarian Post-Fordism, *Public Culture* 15/2 (2003), 323–345, bes. 336ff.; *Bruce Ackerman*, The Emergency Constitution, *Yale Law Journal* 113 (2004), 1029–1091; *John Ferejohn / Pasquale Pasquino*, The law of the exception, *I.CON* 2 (2004), 210–239; *M. Ignatieff*, Das kleinere Übel, 2005, 46ff., bes. 67ff.; *Lior Barshack*, Constituent Power as Body, *University of Toronto Law Journal* 56 (2006), 185–222; *David Dyzenhaus*, Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?, *Cardozo Law Review* 27 (2006), 2005–2040, bes. 2006ff.; *Kevin J. Heller*, The Rhetoric of Necessity, *Georgia Law Review* 40 (2006), 779–806, bes. 780ff.; *William E. Scheuerman*, Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11, *Journal of Political Philosophy* 14 (2006), 61–84; *Mary A. Franks*, Guantanamo Forever, *Harvard Law & Policy Review* 1 (2007), 259–266; *Alain de Benoist*, Global terrorism and the state of permanent exception, in: *The International Political Thought of Carl Schmitt*, ed. by L. Odysseos / F. Petito, 2007, 73–96, bes. 85ff.; ders., Carl Schmitt (Fn. 3), 68ff.; *Sara E. Davies*, International law and the state of exception, in: *Security and the War on Terror*, ed. by A.J. Bellamy et. al., 2008, 71–92, bes. 74ff. jeweils m.w.N.; vgl. zudem *John T. Parry*, Terrorism and the New Criminal Process, *William&Mary Bill of Rights Journal* 15 (2007), 765–835, bes. 829ff., der auch die strafrechtlichen und prozessualen Konsequenzen in den Blick nimmt. S.a. *Wolfram Höfling / Steffen Augsberg*, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, *JZ* 2005,1080–1088, 1086ff.

27 Vgl. schon *Georg W.F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts § 279, (stw) Werke 7, S. 444, der meint: „Die Souveränität ... existiert nur ... als die abstrakte, insofern grundlose Selbstbestimmung des Willens, in welcher das Letzte der Entscheidung liegt“

28 Siehe dazu allgemein *Niklas Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft (2000), 338ff., bes. 342ff. Zu einigen vermeintlichen Berührungspunkten zwischen *Luhmanns* und *Schmitts* politischer Theorie vgl. *Chris Thornhill*, Niklas Luhmann, Carl Schmitt and the Modern Form of the Political, *European Journal of Social Theory* 10 (2007), 499–522; *J.-W. Müller*, Ein gefährlicher Geist (Fn. 1), 209ff.; s.a. *W. Rasch* (Fn. 13), *Theory, Culture & Society* 17/6 (2000), 22ff.; hierzu und zum Folgenden auch *Andreas Fischer-Lescano / Ralph Christensen*, Auctoritatis Interpositio, *Der Staat* 44 (2005), 213–241, bes. 215ff./220ff.

29 Zur Gleichsetzung von Zufälligkeit und äußerlicher Notwendigkeit vgl. schon *G.W.F. Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte I, hg. v. J. Hoffmeister (6. Aufl. 1994), 29.

30 Allgemein zum Entscheidungsparadox: *Niklas Luhmann*, Die Paradoxie des Entscheidens, *Verwaltungs-Archiv* 84 (1993), 287–310; ders., Das Recht der Gesellschaft (1993), bes. 307ff.; ders., Organisation und Entscheidung (2000), 123ff., bes. 132ff.; s.a. *Heinz v. Foerster*, in: ders./*B. Pörksen*, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners, (2. Aufl. 1998), 159ff.; *Jacques Derrida*, Bemerkungen zu Dekonstruktion und Pragmatismus, in: *C. Mouffe* (Hg.), Dekonstruktion und Pragmatismus (1999), 171–195, bes. 190ff.; ders., (Fn. 10), in *Gewalt und Gerechtigkeit*, 392ff. bes. 404f.

den Willen des Gesetzes vorentschieden und nur noch abzuleiten sei.

Anders als ein Rechtsurteil, das sich auf einen verallgemeinerbaren und insofern unpersönlichen Entscheidungs-Findungs-Prozess 'des Gerichts' berufen kann, wird die politische Deziision meist einer (natürlichen) Person – dem Souverän – zugerechnet, die auf kein Normensystem mehr verweisen kann, da sie über dem geltenden Recht residiere; ein Einziger soll es auf sich nehmen, über die Ausnahme zu entscheiden. *Schmitts* Konzept der Souveränität ist dabei wohl nur auf einen Einzelnen an der Spitze des Staates zugeschnitten, weshalb es auch so gut zum Führerprinzip der Nationalsozialisten gepasst hat.<sup>32</sup> Denn wenn hingegen mehr als nur Einer die Entscheidung treffen müssen, so setzt dies den Austausch von Gründen bzw. die Nennung von Kriterien voraus, was für die Ausrufung eines Ausnahmezustandes nicht erforderlich sein soll. In einer solchen Konstellation wird das normative Gefüge als solches zwar entlastet, denn alles was Recht ist, bleibt Recht, zugleich wird es jedoch außer Kraft gesetzt, um auch noch die im Normalfall rechtlich oder moralisch verbotenen Verhaltensweisen in Betracht ziehen zu können. Um keine denkbare Handlungsoption vorab ausschließen zu müssen, wird diese Art von Unberechenbarkeit politischer (Re-)Aktionsmöglichkeiten gleichsam mit Berechnung in den Handlungspool des Staates einkalkuliert. Daher lässt sich nicht mit Bestimmtheit sagen, ob etwa für den hier fraglichen Fall eine entsprechende Notwendigkeit zur Abwehr eines solchen Terroranschlags mit außer-rechtlich begründeten Mitteln bestehen würde oder nicht. Im Zusammen-

hang mit der Souveränitätskonzeption von *Schmitt* muss folglich immer mit dieser Unbekannten gerechnet werden.

Um diese Unschärfe möglichst vermeiden zu können, fragen einige, ob in Zeiten eines globalen Terrorismus nicht sogar von einem permanenten Ausnahmezustand die Rede sein könne, in dem die Regellosigkeit zur Regel geworden sei.<sup>33</sup> Nicht selten ist beschworen worden, dass nach dem 11. September 2001 'alles anders' sei als zuvor; die einstige Normalität sei zerfallen, in sich zusammengestürzt wie die Zwillingsstürme von New York. Die Chance auf einen 'ewigen Frieden', der nach dem Ende des 'Kalten Krieges' vorübergehend realisierbar erschien, sei vorerst vertan. Der seitdem im Anti-Terrorkampf ausgerufene Extremfall vermag scheinbar nicht mehr zur Normalität zurückzufinden. Wenn wir uns mit einer dauerhaften terroristischen Gefahr abfinden müssen, dann sollten wir uns eben daran gewöhnen, uns in einer anhaltenden Extremlage einzurichten, d.h. dann wird die Anwendung des Rechts gegenüber (vermeintlichen) Terroristen beinahe zur Ausnahme. Den terroristischen Akteuren werden zumindest einige der ihnen im Normalfall zustehenden Rechte verweigert, um die inner- bzw. zwischenstaatliche Ordnung erhalten zu können. Immerhin lässt sich gerade im Zusammenhang mit diversen Anti-Terrormaßnahmen (bis hin zum Einsatz von Folter) eine geradezu inflationäre Berufung auf diese Begründungsfigur à la Carl *Schmitt* verzeichnen<sup>34</sup>. Der Verdacht ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich die aktuelle Theorie und Praxis der Politik ein intellektuelles Feigenblatt zulegen möchte, um die Blöße der reinen Willkür im Umgang mit vermeintlichen Terroristen bedecken zu können; an die Stelle rechtlicher Beurteilung tritt eine Demonstration politischer Macht, die sich als souverän

31 Vgl. G. Agamben Ausnahmezustand (Fn. 21), 64f. Jacques Derrida, Gesetzeskraft (1991), 67, hat sogar behauptet, die Veröffentlichung dieses Aufsatzes habe Benjamin „einen Glückwunsch Carl Schmitts eingebracht“; skeptisch hierzu Raphael Gross, Carl Schmitt und die Juden, (erweiterte stw-Ausgabe 2005), 12f. Fn. 21, der den dafür erforderlichen Beleg vermisst.

Zum Verhältnis von *Schmitt* und Benjamin s.a. Samuel Weber, Taking Exception to Decision, diacritics 22/3–4 (1992), 5–18; Horst Bredekamp, From Walter Benjamin to Carl Schmitt, via Thomas Hobbes, Critical Inquiry 25 (1999), 247–266 m.w.N.

32 Siehe vor allem *Schmitts* verhängnisvollen Aufsatz „Der Führer schützt das Recht“ in: Deutsche Juristen-Zeitung 1934, Sp. 945–950, in dem *Schmitt* im Prinzip des Führertums sowohl die Quelle für die legislative als auch judikative Gewalt sehen wollte. Wer denkt, dass der „Führer ... kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft“, braucht sich nicht zu wundern, wenn er nicht oder zu spät bemerkt, dass daraus allenfalls Unrecht folgen kann.

In diesem Zusammenhang kann man an einen Aphorismus von Johann Gottfried Seume erinnern: „Wo ein einziger Mann den Staat erhalten kann, ist der Staat in seiner Fäulnis kaum der Erhaltung wert“ (Apokryphen (1806/1807), in: Seumes Werke, Zweiter Band (1962), 203).

33 Vgl. G. Agamben Ausnahmezustand (Fn. 21), 9 / 31f.; ders., Vom Ausnahmezustand, Lettre International 61 (2003), 61–63; Oren Gross, What „Emergency“ Regime?, Constellations 13 (2006), 74–88; A. de Benoist (Fn. 26), in: Political Thought, bes. 88ff.; ders., Carl Schmitt (Fn. 3), 72ff. m.w.N.; Otto Depenheuer, Selbstbehauptung des Rechtsstaats (2. Aufl. 2008), 51f.; siehe dazu auch M. de Wilde (Fn. 4), Political Theory 34 (2006), bes. 513f.; Tilman Reitz, Der Ausnahmezustand, in dem wir leben, in: Die gouvernementale Maschine, hg. v. J. Böckelmann/F. Meier, 2007, 45–57. Differenzierend Kim L. Scheppelle, Law in a Time of Emergency, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 6 (2004), 1001–1083, bes. 1068 ff./ 1081 ff., die zumindest im internationalen Vergleich nur noch einen post-schmittianischen Ausnahmezustand gelten lassen möchte, der nicht mehr außerhalb sondern innerhalb des Rechts angesiedelt sei; s.a. dies., Small Emergencies, Georgia Law Review 40 (2006), 835–862, bes. 838f./861f., wo sie weitere Differenzierung vorschlägt. William E. Scheuerman hat wohl als einer der ersten bereits für die Zeit vor dem 11. September 2001 eine solche Tendenz zu einem permanenten Ausnahmezustand im politischen Denken der Gegenwart gewittert: Globalization and Exceptional Powers, Radical Philosophy 93 (1999), 17–21.

geriert und glauben machen möchte, dass bereits jede Rede von einer bestehenden Ausnahme die Desavouierung des Rechts rechtfertigen könne. Dabei wird wohl übersehen, dass es mitunter beschämender sein kann, eine Belehrung durch einen historisch blamierten Ansatz vorzuschützen als den willkürlichen Umgang als solchen bloßzulegen.

Einige meinen jedenfalls, *Schmitts* Lehre habe nach dem 11. September bei der eifertigen Formulierung und Umsetzung der neo-konservativen Sicherheitspolitik in den USA Pate gestanden,<sup>35</sup> wobei *Schmitt*, der seit längerem bereits als spiritus rector des US-amerikanischen Konservatismus gehandelt wird,<sup>36</sup> keineswegs als einziger Kandidat für dieses Patenamnt gehandelt wird; teilweise wird zusätzlich oder auch alternativ noch Leo *Strauss*, dem auch im Übrigen eine spannungsreiche Ideengemeinschaft im Verhältnis zu Carl *Schmitt* nachgesagt wird,<sup>37</sup> als philosophischer „Gedankenvater“ dieser Politikrichtung nominiert.<sup>38</sup> Zuletzt wurde selbst Immanuel *Kants* Konzept des ‚ewigen Friedens‘ zu den möglichen Quellen für eine Politik des ‚liberalen Illiberalismus‘ gezählt,<sup>39</sup> bzw. als honorige Instanz für eine Legitimation präemptiver und präventiver Kriegführung herangezogen.<sup>40</sup> In umgekehrter Richtung wird mit vergleichbarer Intention und einigem Spürsinn versucht, ideengeschichtliche Quellen für das feindlich gestimmte Denken und Handeln von Terroristen freizulegen. Dabei werden einige phantasievoll geknüpft Verbindungstricke aufgezeigt, die nicht selten bis zu angeblich ‚gegenaufklärerischen‘ Werken von *Hamann* und *Herder* zurückführen.<sup>41</sup> In all diesen Fällen ist freilich nie so ganz zu klären, wer von den angeblichen Geistesverwandten durch diese Art von Genealogie geadelt oder getadelt werden soll. Immerhin erweist sich *Schmitts* Werk flexibel genug, um manche seiner Ansichten auch in umgekehrter Stoßrichtung als Speerspitze einer geradezu anti-amerika-

nisch gefärbten Kritik an der gegenwärtigen US-Politik zu verwenden.<sup>42</sup>

### 1. *Kollateralschäden im ‚Krieg gegen den Terror‘?*<sup>43</sup>

Die These von einer momentanen Permanenz des Ausnahmezustandes spiegelt sich zudem in der Form einer verbalen Aufrüstung, durch die das verbrecherische Tun der Terroristen zu einem kriegerischen Akt aufgewertet wird. In einem solchen Attentat wie dem des 11. September 2001 sei mehr als nur ein Verbrechen zu erblicken; dieses ‚Mehr‘, im Vergleich zu bloß deliktischem Verhalten, ist in einer eher symbolischen Deutung solcher Handlungen zu vermuten: darin sei eine Art Kriegserklärung zu sehen.<sup>44</sup> Den Attentätern gehe es nicht nur um die Zerstörung von beliebigen Menschenleben, sondern um einen Angriff auf das politisch-kulturelle System des Westens. Auf eine solche Provokation der westlichen Wertegemeinschaft müsse entsprechend deutlich geantwortet werden; hier sind dann wieder die Staaten als politische Akteure gefragt, nachdem deren Ende bereits vielfach verkündet worden ist. In der Form kriegerischer Auseinandersetzung wird der Vorrang der Politik gegenüber dem Recht besonders deutlich.<sup>45</sup> Schon die unverkennbar politisch aufgeladene Symbolik verbiete es, allein in rechtlichen Kategorien zu denken; wenn überhaupt, dann komme allenfalls eine (zumindest analoge) Anwendung von ‚Kriegs-Recht‘ in Frage, dessen Grenze zum normalen (Polizei-)Recht in Zeiten des Terrorismus ohnehin verschwimme.<sup>46</sup> In Anbetracht einer solchen Interpretation dieses Geschehens als ein unverkennbar politisches Zeichen müsse der Gedanke an eine bloß strafrechtliche Beurteilung von Verbrechen in den Hintergrund treten. Es sei vielmehr eine Machtfrage, die dazu nötige, in solchen Angriffsfällen nicht tatenlos

34 Siehe dazu die Hinweise bei *Fleur Johns*, Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception, *European Journal of International Law* 16 (2005), 613–635, bes. 619ff.; *Christopher Kutz*, Torture, Necessity and Existential Politics, *California Law Review* 95 (2007), 235–276, 238/268ff.; *John T. Parry*, The Shape of Modern Torture, *Melbourne Journal of International Law* 6 (2005), 516–533, bes. 523 m. Fn. 35; ders., „Just for Fun“, *Journal of National Security Law & Policy* 1 (2005), 253–284, bes. 275f.; *Sanford Levinson*, „Precommitment“ and Postcommitment“, *Texas Law Review* 81 (2003), 2013–2053, bes. 2033 m. Fn. 97; *Oren Gross*, Are Torture Warrants Warranted?, *Minnesota Law Review* 88 (2004), 1481–1555, bes. 1517; ders., The Prohibition on Torture and the Limits of the Law, in: *Torture*, ed. by S. Levinson (2004), 229–253, bes. 239; dazu auch *Henry Shue*, Torture in Dreamland: Disposing the Ticking Bomb, *Case Western Reserve Journal of International Law* 37 (2005), 231–239, bes. 235f.; *Thomas P. Crocker*, Overcoming Necessity, *SMU Law Review* 61 (2008), 221–279, bes. 229f.; ders., Torture, with Apologies, *Texas Law Review* 86 (2008), 569–613, bes. 604f.

35 Dazu *Ulrich Thiele*, Der Pate, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 8/2004, 992–1000; *Alan Wolfe*, A Fascist Philosopher Helps us Understand Contemporary Politics, *The Chronicle of Higher Education* Vol. 50 / Iss. 30 (2004), B. 16; *Sanford Levinson*, Torture in Iraq & the Rule of law in America, *Daedalus* (Summer 2004), 5–9, 7ff.; ders., Preserving Constitutional Norms in Times of Permanent Emergencies, *Constellations* 13 (2006), 59–73; ders., Constitutional Norms in a State of Permanent Emergency, *Georgia Law Review* 40 (2006), 699–751, bes. 706/738f. und: The Deepening Crisis of American Constitutionalism, ebenda, 889–914, bes. 902ff. jeweils m.w.N.; s.a. B.S. *Turner* (Fn. 26), *Theory, Culture & Society* 19/4 (2002), 103ff.; K.L. *Scheppele* (Fn. 33), bes. 1002/1004/1068ff.; *William E. Scheuerman*, Time to Look Abroad?, *Georgia Law Review* 40 (2006), 863–876; ders., Carl Schmitt and the Road to Abu Ghraib, *Constellations* 13 (2006), 108–124; *Scott Horton*, State of Exception, *Harper’s Magazine*, July 2007, 74–81, bes. 80f.; kritisch zu einer solchen Gleichsetzung – freilich in ganz unterschiedlicher politischer Färbung – einerseits *Chantal Mouffe*, Über das Politische (2007), 100ff.; andererseits A. *de Benoist*, Carl Schmitt (Fn. 3), 9ff. u.ö.; differenzierend *Marc Tushnet*, Meditations on Carl Schmitt, *Georgia Law Review* 40 (2006), 877–888.

zuschauen zu müssen, sondern sich die Möglichkeit offen zu lassen, notfalls mit der Kraft einer ebenso symbolträchtigen Reaktion antworten zu können. Während juridisches Urteilen nur auf den 'Buchstaben des Gesetzes' verweisen könne, müsse schon auf der Ebene der begrifflichen Wahrnehmung terroristischer Geschehnisse politische Tatkraft gezeigt werden. Hier entscheide sich das welthistorische Schicksal, welche religiös-kulturelle Sicht sich durchsetzen werde.

So sieht man auch die Frage nach einer möglichen Abschlussbefugnis in den hier einschlägigen Fallkonstellationen in den Sog der inzwischen allgegenwärtigen Semantik vom 'Krieg gegen den Terrorismus' einstrudeln.<sup>47</sup> Es bestehe immerhin die Möglichkeit, dass sich derlei Szenarien als ein 'kriegerischer Luftzwischenfall' entpuppen könne.<sup>48</sup> Im Abschließen eines gekaperten Flugzeugs müsse sich daher zugleich die Wehrhaftigkeit und Bestandskraft des politischen Systems symbolisieren, dessen Gesamtgefüge letztlich von mehr als seiner rechtlichen Verfasstheit abhängt. Auf unbeteiligte Dritte, die mehr oder weniger zufällig zwischen die Fronten in diesem 'Anti-Terror-Kampf' geraten, kann dann wohl keine Rücksicht genommen werden. Umgekehrt wäre die bloße Tatenlosigkeit ein Zeichen politischer Ohnmacht, die sich in solchen Kriegeszeiten fatal auswirken könne, da sie die falschen Signale setze. Selbst wenn nicht gleich der Untergang des Abendlandes zu befürchten sei, so müsse doch mit einem

erheblichen Staatsversagen in puncto Sicherheitsgewährleistung gerechnet werden. Auf diese Weise soll dem Recht zu Gunsten der Politik die Bewertungshoheit über Fälle dieser Art entzogen werden, denn Krieg ist nun einmal die ur-eigene Sache des Politischen (immerhin gilt nicht selten auch umgekehrt: Politik ist die Ur-Sache des Krieges). Nach einer viel zitierten Phrase von Clausewitz, dem Klassiker aller Kriegstheoretiker, soll nämlich ein Krieg „eine bloße Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln“ sein;<sup>49</sup> in diesen Fortsetzungszusammenhang sei dann auch der politische Terrorismus und dessen Bekämpfung einzuordnen, die demzufolge ebenfalls nichts anderes als „war by other means“ seien, mit der denkbaren Besonderheit, dass „this war may never end“<sup>50</sup>. Die Prophezeiung von einem womöglich unendlichen Krieg gegen den Terrorismus gesellt sich so zur Diagnose von einem permanenten Ausnahmezustand und soll auf diese Weise der Politik notfalls den Einsatz ihres kriegerischen Instrumentariums im Anti-Terror-Kampf sichern.

## 2. Verbrechen oder Feindschaft?

Wenn demnach die freiheitlich demokratische Grundordnung als solche auf dem Spiel stehe, dann müsse an die Stelle rechtlicher Bedenken, die stets aus der Perspektive nachträglicher Beurteilung formuliert werden können, die tatkräftige Vorsorge politischer Akteure treten. So werden kapitale Verbrechen vor eine sprachliche Kriegskulisse geschoben, zu deren wieder entstaubten Requisiten weitere begriffliche Artikel aus dem Theorienarsenal von Carl Schmitt zählen und in das beliebte Sprachspiel vom 'Krieg gegen den Terrorismus' einbezogen werden können; darin zeige sich geradezu beispielhaft, wie Slavoj Žižek ((Fn. 22), 114) beiläufig bemerkt hat, dass selbst die „pluralistischen und toleranten liberalen Demokratien zutiefst 'schmittianisch' geblieben sind“. Zu Schmitts Theorienerblast zählt dann vor allem dessen Unterscheidung zwischen Freund und Feind, die als Basisdifferenz seines 'Begriffs des Politischen' fungiert. Neben der Rede vom Ausnahmezustand und der Freund/Feind-Unterscheidung erfreut sich schließlich noch ein weiteres Thema aus Schmitts Theorien-

36 Vgl. etwa – in kritischer Absicht: John P. McCormick, Carl Schmitt's Critique of Liberalism (1997), bes. 302f.; William E. Scheuerman, Carl Schmitt: The End of Law (1999), 11f./180ff./261ff. u.ö.; skeptisch zu diesem Befund allerdings Paul Piccone / Gary Ullmen, Uses and Abuses of Carl Schmitt, Telos 122 (2002), 3–32 sowie Joseph W. Bendersky, The Definitive and the Dubious: Carl Schmitt's Influence on Conservative Political and Legal Theory in the US, Telos 122 (2002), 33–47 m.w.N.

37 Zum Verhältnis von Schmitt und Strauss siehe grundlegend Heinrich Meier, Carl Schmitt, Leo Strauss und „Der Begriff des Politischen“ (erw. Ausgabe 1998), 9ff.; vgl. auch Robert Howse, From Legitimacy to Dictatorship – and Back Again, in: Law as Politics, ed. by D. Dyzenhaus, 1998, 56–91; Walter Schmidt, Politische Theologie III, in: C. Gaitanides u.a. (Hg.), Europa und seine Verfassung, FS-Zuleeg, 2005, 15–34, bes. 29ff.; L. Scholz (Fn. 8), in: Die gouvernementale Maschine, 166ff.

38 So Alexandra Homolar-Riechmann, Pax Americana und gewaltsame Demokratisierung, ApuZ B 46/2003, 33–40, 37.

39 Vgl. Michael C. Besch, America's Liberal Illiberalism, International Security 32 (Winter 2007/08), 7–43, bes. 11ff.

40 Siehe z.B. Heinz Kluss, Immanuel Kant und die Reichweite der Kanonen, Internationale Politik, Heft 11–12 (2004), 155ff.; s.a. Fabio Vander, Kant and Schmitt on Preemptive War, Telos 125 (2002), 152–166; B. Sharon Byrd / Joachim Hruschka, Kant, das Recht zum Kriege und der rechtliche Zustand im Verhältnis der Staaten zueinander, ARSP 94 (2008), 70–85; treffend kritisch Reinhard Hesse, Über Kants vermeintlichen Wandel vom Friedensutopisten zum Kriegsapologeten, Kant-Studien 98 (2007), 218–222

41 Kritisch zu dieser Form von Zuschreibungs-Politik: Robert E. Norton, The Myth of the Counter-Enlightenment, Journal of the History of Ideas 68 (2007), 635–658, der zahlreiche Belege für derartige Verknüpfungen anführen kann.

42 In diesem Sinne vor allem A. de Benoist, Carl Schmitt (Fn. 3), bes. 87ff.; kritisch zu einer solchen Lesart zuletzt etwa P. Gottfried (Fn. 1), Telos 142 (2008), 189ff.

43 Zu dem etwas zynisch klingenden Begriff eines 'Kollateralschadens' siehe etwa Michael Bohlander, In Extremis-Hijacked Airplanes, „Collateral Damage“ and the Limits of Criminal Law, Criminal Law Review (July 2006), 579–592, bes. 585ff.; Kay Waechter, Polizeirecht und Kriegsrecht, JZ 2007, 61–68, bes. 63ff.

haushalt derzeit großer Beliebtheit, das sich um die Emergenz einer 'Neuen Weltordnung' dreht. In diesem Kontext ist nach der 'Politischen Theologie' und dem 'Begriff des Politischen' mitsamt der diese Schrift ergänzenden 'Theorie des Partisanen' (1963) auch noch Schmitts 'Nomos der Erde' (zuerst 1950) zum Gegenstand zahlreicher Publikationen geworden.<sup>51</sup>

Die für den 'Begriff des Politischen' zentrale Ein-Gruppierung in Freund oder Feind macht sich dabei unentbehrlich, so dass ohne diese Unterscheidung das politische Handeln und Verhandeln gar kein Kriterium hätte.<sup>52</sup> Gerade in Zeiten eines Ausnahmezustandes, in dem die normale Rechtsgeltung suspendiert ist, ersetzt die politische Freund/Feind-Gruppierung die juristische Bewertung krimineller Verhaltensweisen. Terroristen seien dementsprechend nicht bloß Verbrecher, sondern Feinde.<sup>53</sup> Mit dieser Politisierung der Kriminalität wird allerdings nicht selten zugleich das Urteil über Handlungen durch Vorurteile über feindliche Personen verdrängt, so als ob immer schon feststünde, wer Feind ist und wer nicht. Nicht die Taten, sondern die Täter bilden das Problem, die am Tätigwerden gehindert werden sollen. So bestimmt schon die

Auswahl der Differenzierungen, mit denen eine Situation beschrieben wird, die Art und Weise ihrer möglichen Bewältigung, d.h. ob eine rechtliche oder politische Problemlösung gewählt werden soll. Es gehört zur Verführungskunst der Lehren von Carl Schmitt, dass mit seinen Theorien Politik – Begriffspolitik – betrieben werden kann.<sup>54</sup>

Mit der Unterscheidung zwischen Freund und Feind scheint alles ganz einfach zu sein: Im (Er-)Finden des Feindes soll die Berechtigung zu seiner Bekämpfung bereits mitgeliefert werden, ohne dass ein weiteres Legitimationsbedürfnis spürbar werde. In der Logik dieser Differenzierungsweise ist der Krieg als Mittel nämlich immer schon vorgesehen. Wer es mit Feinden zu tun hat, darf sich nicht allein auf das Recht verlassen, weil sie als solche im juristischen Wortschatz nicht vorkommen sollen. Politik ließe sich demgegenüber nur (mit Freunden) gegen Feinde betreiben. In Schmitts Grundvorstellung existiert dabei zunächst die Feindschaft als reale Relation, die sich nicht selten in einem Krieg realisieren könne, denn der „Krieg folgt aus der Feindschaft“, er ist „nur die äußerste Realisierung der Feindschaft“ (Begriff des Politischen (Fn. 52), bes. 33).<sup>55</sup> Die Existenz von Feinden oder zumindest die eines festen Feindbildes geht der Kriegführung regelmäßig also voraus, d.h. man muss seinen Feind kennen und als solchen anerkennen und „sogar anerkennen ..., daß er mich als Feind anerkennt“, um notfalls einen Krieg gegen ihn führen zu können. In dieser „gegenseitigen Anerkennung der Anerkennung liegt die Größe des Begriffs“ der Feind-

44 Zu der nach dem 11. September 2001 rasch aufgekommenen Kriegs-Rhetorik vgl. etwa *Tawia Ansah*, War: Rhetoric & Norm-Creation in Response to Terror, *Virginia Journal of International Law* 43 (2003), 796–860, 798ff.; s.a. *George P. Fletcher*, Romantics at War, 2002, 1ff., bes. 9ff., der sich mit großem geistesgeschichtlichem Aufwand um eine ausreichende philosophische Grundlegung dieser Redeweise bemüht. Kritisch zu dem in der amerikanischen Politik seit langem eingeübten „war-talk“ z.B. *Bruce Ackerman*, This is not a War, *Yale Law Journal* 113 (2004), 1871–1907; s.a. *David Cole*, Enemy Aliens, *Stanford Law Review* 54 (2002), 953–1005, bes. 959; *Michael Walter / Frank Neubacher*, Die Suche nach strafrechtlichen Antworten auf den internationalen Terrorismus, *KrimJ* 34 (2002), 98–108; *Tom Rockmore*, On the So-Called War on Terrorism, *Metaphilosophy* 35 (2004), 386–401; *Rosa Ehrenreich Brooks*, War Everywhere, *University of Pennsylvania Law Review* 153 (2004), 675–761, bes. 744ff.; *Hans-H. Kühne*, Unzeitgemäße Betrachtungen zum Problem des Terrorismus, in: *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen*, FS-Schwind (2006), hg. v. T. Feltes u.a., 103–110, 104ff.; *Lucia Zedner*, Securing Liberty in the Face of Terror, *Journal of Law and Society* 32 (2005), 507–533, 522ff.; *Mary E. O'Connell*, When is a War not a War?, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 12 (2006), 534–539; *Herfried Münkler*, Die Neuen Kriege, 3. Aufl. 2007, 13ff.; *Manuel Ladiges*, Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum, 2007, 294ff.; *W. Hetzer*, Rechtsstaat (Fn. 21), bes. 93ff.; *Matthew C. Waxman*, Detention as Targeting, *Columbia Law Review* 108 (2008), 1365–1430, bes. 1372ff. Zum Versuch, diese neue Form asymmetrischer Konflikte in die Tradition der Lehre vom gerechten Krieg zu stellen s.a. *Cian O'Driscoll*, New thinking in the just war tradition, in: *Security and the War on Terror*, ed. by A.J. Bellamy et al. (2008), 93–105. Für eine deutliche Unterscheidung zwischen Terrorismus und Krieg auf der begrifflichen Ebene tritt z.B. *Igor Primoratz* ein: A Philosopher Look at Contemporary Terrorism, *Cardozo Law Review* 29 (2007), 33–51, bes. 45f., der hierfür auch eine eigene Definition des Terrorismus anbietet (40).

45 Durch die Demonstration militärischer Gewalt reklamiert die nationalstaatlich organisierte Politik auch gegenüber der Weltwirtschaft die Rückeroberung ihrer längst verloren geglaubten Dominanz, denn seit langem gilt die Ökonomie als wahre Regentin der Welt: vgl. dazu *Stephan Stübinger*, Das „idealisierte“ Strafrecht (2008), bes. 111 m.w.N.

46 Vgl. hierzu *K. Waechter* (Fn. 43), *JZ* 2007, 61ff.

47 Zu diesem Topos vgl. etwa *Wolfgang Hetzer*, Terrorabwehr im Rechtsstaat, *ZRP* 2005, 132–135; *Manfred Nowak*, Das System Guantanamo, *APuZ* 36/2006, 23–30; s.a. *Thomas Pogge*, Making War on Terrorists – Reflections on Harming the Innocent, *Journal of Political Philosophy* 16 (2008), 1–25.

48 Vgl. *Dieter Wiefelspütz*, Der kriegerische Luftzwischenfall und der Einsatz der Streitkräfte zur Verteidigung, *RuP* 43 (2007), 73–85, bes. 81f.; dagegen wiederum *Burkhard Hirsch*, Bemerkungen zu der Behauptung eines Rechts zur vorsätzlichen Tötung Unschuldiger, *RuP* 43 (2007), 153–158; ders., Zum Verbot des Rettungstotschlags, *NJW* 2007, 1188–1189, 1189: „Ein Terrorakt ist kein Krieg“; s.a. die mit politischer Diplomatie geäußerten Differenzierungen von *Wolfgang Schäuble*, Aktuelle Sicherheitspolitik im Lichte des Verfassungsrechts, *ZRP* 2007, 210–213, bes. 213.

49 *Carl v. Clausewitz*, Vom Kriege, *Hinterlassene Werke* (1832ff.), Band 1, 28. Zur Aktualität dieses Zitates s.a. *W. Hetzer*, Rechtsstaat (Fn. 21), 36ff.; *Herfried Münkler*, Krieg, *EWE* 19 (2008), Heft 1, 27–43, 28f.

schaft,<sup>56</sup> denn sie beruht stets auf Gegenseitigkeit: ein anderer ist nur dann ein Feind, wenn dieser zugleich als dessen Feind anerkannt wird. Nach dieser Unterscheidung stehen sich stets auf beiden Seiten Feinde gegenüber, zwischen denen kein Wertgefälle klafft. Der Eintritt in einen Kriegszustand bewahrt dann zunächst diese strenge Symmetrie einer wechselseitig anerkannten Feindschaft. Durch diese symmetrische Form einer beidseitigen Konfrontation von Feinden grenzt sich *Schmitts* Kriterium des Politischen von anderen historisch wirksamen Formen der politischen Semantik ab, die statt dessen mit betont asymmetrischen Gegenbegriffen (wie z.B. 'Zivilisierte'/'Wilde', 'Gläubige'/'Ungläubige', 'Mensch/Unmensch', 'Übermensch/Untermensch') hantieren, in die stets ein signifikantes Moment der Abwertung der einen Seite der Unterscheidung eingeflochten war.<sup>57</sup> Solange diese Symmetrie gewahrt bleibt, kann für *Schmitt* der klassische Kriegsbegriff auch nicht von rechtlichen oder moralischen Unterscheidungen überformt werden, zumindest nicht in der Weise, dass auf der einen Seite ein vermeintlich 'gerechter' Krieg geführt wird, während auf der anderen Seite ein 'böser' oder 'krimineller' Feind steht.<sup>58</sup> In einer rein politischen Differenzierung sind die im Krieg befindlichen Feinde 'jenseits von Gut und Böse' bzw. 'jenseits von Recht und Unrecht'; d.h. aber auch: keine der Parteien ist 'im Recht', wenn es zum Austausch von Feindseligkeiten kommt. Mit der Freund/Feind-Unterscheidung glaubt *Schmitt* eine Differenzierungsweise gefunden zu haben, mit deren Hilfe sich die Politik als eigenständig gegenüber Recht, Moral und Ökonomie auszeichnen könne; denn schon zu seiner Zeit ist diese Eigen-

ständigkeit bestritten worden, da das Politische vor allem hinter ökonomischen Interessen zu verschwinden drohte.<sup>59</sup>

Allerdings kennt *Schmitt* auch eine im Vergleich zu dem skizzierten Idealverlauf gegenläufige Reihung von Krieg und Feindschaft, die für ihn allerdings „das schlimmste Unheil“ darstellt, in der nämlich „die Feindschaft sich aus dem Kriege entwickelt, statt daß, wie es richtig und sinnvoll ist, eine vorherbestehende, unabänderliche, echte und totale Feindschaft zu dem Gottesurteil eines totalen Krieges führt“<sup>60</sup>. Ein anfangs grundlos, weil ohne echtes Feindbild geführter Krieg, findet dann einen Sinn allenfalls noch in der Hervorrufung eines Feindes. Wenn eine – mangels entsprechender Konstatierung – tatsächlich zunächst nicht existierende Feindschaft folglich nicht den Grund für einen Krieg liefern kann, dann soll aber zumindest die Kriegführung selbst als ein performativer Akt einen echten Feind kreieren können; an die Stelle der Feinderkennung tritt die Kriegserklärung und ersetzt den Grund durch die Folge. Wer bis dahin noch keinen Feind hatte, schafft sich einen durch eine feindlich-kriegerische Maßnahme. In diesem Fall appliziert die Militarisierung der Politik das Kriterium des Politischen. Die Existenz eines Feindes muss keineswegs zwangsläufig in der Ausrufung eines Krieges münden; umgekehrt gilt jedoch: kein Krieg ohne Feindschaft – gleich, ob sie Initial oder Resultat einer kriegerischen Auseinandersetzung ist. Die für *Schmitts* 'Begriff des Politischen' vorausgesetzte Notwendigkeit eines Feindes gibt die alternativen Formen der Begründung des Verhältnisses zwischen Krieg und Feindschaft immerhin deutlich unter-

50 So ganz ausdrücklich *Alan M. Dershowitz*, *Why Terrorism works* (2002), 5f. In der hier in Rede stehenden Problematik hat *Dershowitz* sich beiläufig entsprechend positioniert: für ihn scheint dies offenbar gar nicht problematisch zu sein, denn es gelte: „It is clearly right to shoot down a commercial jet with hundreds of innocent passengers in it, if the jet is being flown toward a fully occupied large building that cannot be evacuated“ (189). In dieser Hinsicht ähnlich *M. Bohlander*, (Fn. 43), *Criminal Law Review* (July 2006), 580. Zu verschiedenen Versuchen, Terrorismus unter den (klassischen) Begriff des Krieges zu subsumieren, s.a. *Mark R. Reiff*, *Terrorism, Retribution, and Collective Responsibility*, in: *Social Theory and Practice* 34/2 (2008), 209–242, 209ff. m.w.N.

51 Vgl. etwa *William Rasch*, *Human Rights as Geopolitics*, *Cultural Critique* No. 54 (2003), 120–147; *Ilse Staff*, *Der Nomos Europas*, in: *C. Gaitanides u.a. (Hg.), Europa und seine Verfassung*, FS-Zuleeg, 2005, 35–45; *Mitchell Dean*, *A Political Mythology of World Order*, *Theory, Culture & Society* 23/5 (2006), 1–22 sowie die Aufsätze in den primär dieser Schrift gewidmeten Heften der Zeitschriften *Constellations* 11/4 (2004); *The South Atlantic Quarterly* 104/2 (2005); *Leiden Journal of International Law* 19/1 (2006) und im Sammelband 'The International Political Thought of Carl Schmitt', ed. by *L. Odysseos / F. Petito*, 2007, in denen jeweils Beiträge zu internationalen Tagungen zu diesem Thema präsentiert werden.

52 Siehe vor allem *C. Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*, Text von 1932 mit e. Vorwort u. 3 Corollarien, 1963 (ND 1987), bes. 26ff. Aus der Fülle von Deutungsversuchen zu *Schmitts* 'Begriff des Politischen' vgl. etwa den von *Reinhard Mehring* herausgegebenen 'kooperativen Kommentar': *Carl Schmitt – Der Begriff des Politischen*, 2003, sowie *Hasso Hofmann*, *Legitimität* (Fn. 2), 101ff.; *ders.*, *Feindschaft – Grundbegriff des Politischen?*, *Zeitschrift für Politik* 12 (1965), 17–39; *Pasquale Pasquino*, *Bemerkungen zum „Kriterium des Politischen“ bei Carl Schmitt*, *Der Staat* 25 (1986), 385–398; *Ernst Vollrath*, *Wie ist Carl Schmitt an seinen Begriff des Politischen gekommen?*, *Zeitschrift für Politik* 36 (1989), 151–168; *Thomas Vesting*, *Erosionen staatlicher Herrschaft*, *AöR* 117 (1992), 4–45; *E.-W. Böckenförde*, *Recht, Staat, Freiheit* (2. Aufl. 1992), 344ff.; *H. Meier*, *Carl Schmitt* (Fn. 37); *ders.*, *Die Lehre Carl Schmitts* (2.Aufl. 2004), 51ff.; *Andrew Norris*, *Carl Schmitt on Friends, Enemies and the Political*, *Telos* 112 (1998), 68–88; *Jacques Derrida*, *Politik der Freundschaft* (2000), bes. 123ff./162ff./190ff./199ff.; *Udo Tietz*, *Die Grenzen des Wir* (2002), 232ff.; *David R. Wenger*, *Der Grund des Politischen bei Carl Schmitt*, *Der Staat* 43 (2004), 83–120; *Sergei Prozorov*, *Liberal Enmity*, *Millennium* 35 (2006), 75–99; *Reinhard Mehring*, *Carl Schmitt zur Einführung* (3. Aufl. 2006), bes. 19ff./126ff.; *ders.*, *Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen*, in: *Geschichte des politischen Denkens*, hg. v. *M. Brocker* (2007), 510–524; *C. Mouffe*, *Über das Politische* (Fn. 35), 18ff./101ff.; *Rupert Simon*, *Die Begriffe des Politischen bei Carl Schmitt und Jacques Derrida* (2008), bes. 69ff.; *W. Hetzer*, *Rechtsstaat* (Fn. 21), 227ff.

scheidbar zu erkennen, auch wenn dies für das Ergebnis selbst keinen Unterschied mehr ausmacht.

### 3. Zurechnungsprobleme im sog. „Feindstrafrecht“ – eine Parallele?<sup>61</sup>

Einer solchen Klarheit, die zumindest auch eine Art Leistung einer Theorie oder Begriffsbildung darstellt, entbehren demgegenüber neuere Theorieangebote, die ebenfalls das Wort Feind anführen. So ist es etwa in Günther Jakobs Differenzierung zwischen ‚Bürger‘ und ‚Feind‘ alles andere als klar, ob hier eine als real angenommene Feindschaft ein schärferes ‚Strafrecht‘ begründen soll oder umgekehrt, die Feindbestimmung erst aus dem Faktum einer härteren Gangart folgt. Für beide Lesarten finden sich in seinen Texten entsprechende Indizien: einerseits will er davon ausgehen, dass nur derjenige durch Feindstrafrecht „fremdverwaltet“ werden müsse, der sich zuvor „zum Terroristen gemacht“ habe (ZStW 117 (2005), 849f.) und sich somit als Feind im Wege einer „Selbstexklusion“ selbst aus der Gesellschaft verabschiede. Insofern scheint es Feindstrafrecht geben zu müssen, weil es tatsächlich Feinde gibt. Feindschaft ist dann quasi ein Sachverhalt, auf den ein besonderes Sanktionenrecht erlassen und angewendet wird; das Recht folgt nur einer tatsächlichen Entwicklung. Andererseits versucht er jedoch zugleich, die Existenz eines Feindstrafrechts „aus den vom Gesetzgeber so genannten Bekämpfungsgesetzen und anderen Vorschriften zu destillieren“; danach wird zum Feind, wer als solcher behandelt – d.h. bekämpft – wird, da erst die Anwendung der Bekämpfungsgesetze die Qualifizierung als Feind realisiere, denn schließlich entscheide allein die Gesell-

schaft „selbst, wer in sie eingeschlossen ist und wer nicht“ (HRRS 8–9/2006, 294/293f.). Die Einordnung als Feind oder Bürger ergibt sich aus der Inklusion-/Exklusionsmechanik des aktuellen gesellschaftlichen Zurechnungsbetriebs. Ob es so etwas wie reale Feindschaft ‚gibt‘ bleibt insofern offen; das Phänomen eines vermeintlichen Feindstrafrechts kann insofern nur aus der Existenz unterschiedlicher Reaktionsformen geschlossen werden.

Jakobs bietet zwei alternative Erklärungsmodi für sein Konzept des Feindstrafrechts an; für keine von beiden kann oder will er sich eindeutig entscheiden. Da sich die unterschiedlichen Deutungen zum Feindstrafrecht jedoch wechselseitig ausschließen, müsste aber eine Entscheidung fallen. In der ersten Variante muss die Existenz von Feinden als eine Art Erkenntnisproblem angesehen werden. Wenn es tatsächlich Feinde (wessen? – des Rechts?) geben sollte, dann scheint sich eine im Unterschied zum deliktisch handelnden ‚Normalbürger‘ abweichende Sanktionierung wie von selbst zu begründen, denn Ungleiches kann ungleich härter behandelt werden; die Frage kann nur noch sein, welche Behandlungsweise angemessen erscheint und welche unverhältnismäßig anmutet. Falls sich jedoch herausstellen sollte, dass die Differenzierung zwischen Feind und Bürger in tatsächlicher Hinsicht fehlerhaft, dann kollabiert die Unterscheidung und ein Feindstrafrecht erweist sich als illegitim. In diesem Fall müsste das neu erfundene Konzept wieder aufgegeben werden. Offenbar misstraut Jakobs dem Glauben an real existierende Feindschaft, scheut aber zugleich die Aufgabe seiner mühsam etablierten Unter-

53 Vgl. dazu Kenneth Anderson, Law and Terror, Political Review No. 139 (2006), 3–24, 15; James Griffith, The Tension Between ‚Criminal‘ and ‚Enemy‘ as Categories for Globalized Terrorism, International Journal of Applied Philosophy 20 (2006), 107–126; Tung Yin, Enemies of the State, Lewis & Clark Law Review 11 (2007), 903–940, bes. 910ff.; s.a. D. Cole (Fn. 44), Stanford Law Review 54 (2002), 953ff.; John Yoo, The Terrorist Surveillance Program and the Constitution, George Mason Law Review 14 (2007), 565–604, bes. 572ff. Auf der Basis seiner eigenen Unterscheidung zwischen Bürger und Feind auch Günther Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 3/2004, 88–95, 92; ders., Staatliche Strafe (2004), bes. 46; ders., Terroristen als Personen im Recht?, ZStW 117 (2005), 839–851, bes. 845f./849ff.; ders., Feindstrafrecht?, HRRS 8–9/2006, 289–297, bes. 295; ähnlich O. Depenheuer, Selbstbehauptung (Fn. 33), 62ff.

54 Zu dieser begrifflichen Dimension von Schmitts ‚Methode‘ vgl. Jan Müller, Carl Schmitt’s method: between ideology, demonology and myth, Journal of Political Ideologies 4/1 (1999), 61–85.

55 Zu Schmitts Verhältnisbestimmung zwischen verschiedenen Formen von Krieg und Feindschaft und deren Bedeutung für die Begriffsbestimmung des Politischen vgl. z.B. Benjamin Arditi, On the Political, Telos 142 (2008), 7–28.

56 So C. Schmitt, Ex Captivitate Salus (2.Aufl. 2002), 89f.

57 Vgl. dazu Reinhard Koselleck, Vergangene Zukunft (2. Aufl. 1992), 211ff./244ff., bes. 258f.; zu einigen historischen Beispielen solcher Klassifizierungen s.a. Rudolf Stichweh, Fremde, Barbaren und Menschen, in: Der Mensch – das Medium der Gesellschaft?, hg. v. P. Fuchs / A. Göbel, 1994, 72–91.

Zu den asymmetrisch angelegten Differenzierungen dürfte wohl auch Günther Jakobs‘ Unterscheidung zwischen Bürger und Feind zählen, die sich ebenso als Differenz zwischen Person und Unperson übersetzen lassen soll: vgl. dens., Strafe (Fn. 53), 40ff.; dens., (Fn. 53) HRRS 8–9/2006, 292ff.

58 Vgl. dazu vor allem C. Schmitt, Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff, (1938 – 2.Aufl. 1988), bes. 42ff.; ders., Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, (1950 – 3. Aufl. 1988), bes. 123ff.

59 Vgl. etwa die entsprechende Befürchtung bei C. Schmitt, Parlamentarismus (Fn. 16), 18. Entsprechend heißt es beispielsweise auch bei Erich Unger, Politik und Metaphysik, 1921, 6ff., bes. 7: „Politik – das heißt heute im wesentlichen: Wirtschaft“.

60 C. Schmitt, Totaler Feind, totaler Krieg, totaler Staat (1937), in: ders., Frieden oder Pazifismus?, hg. v. G. Maschke, 2005, 481–485 (–507), hier: 485; ähnlich ders., Theorie des Partisanen (1963), 96.

61 Zum „Feindstrafrecht“ von Günther Jakobs und dessen Differenz zur Konzeption von Carl Schmitt siehe zuletzt auch die treffende Darstellung von Katrin Gierhake, Feindbehandlung im Recht?, ARSP 94 (2008), 337–361, bes. 340ff.



scheidung, die auch für eine solche Interpretationsoption offen bleiben soll; schließlich kann nicht ausgeschlossen werden, dass es 'draußen in der Welt' tatsächlich Feinde gibt. Allerdings möchte er seiner Konzeption mögliche Irrtümer bei der Feindbestimmung ersparen.

Um das Täuschungsrisiko zu minimieren, schiebt *Jakobs* die zweite Deutungsmöglichkeit nach. Die zweite Alternative zeigt sich weitgehend irrtumsresistent. Der Schluss von einem tatsächlich beobachtbaren Zurechnungsakt auf das Vorhandensein eines entsprechenden Zurechnungsobjektes scheint stets zu funktionieren. Das Faktum, an das sich der Befund eines feindstrafrechtlichen Sonderrechts anschließt, ist hier allein der reale Zurechnungsprozess. Feinde muss es geben, weil es Feindstrafrecht gibt; umgekehrt gilt: mit dessen Abschaffung verschwindet die Feindschaft wieder. Die vom normalen Bürgerstrafrecht sich unterscheidenden Sanktionsformen kreieren sich gleichsam Feinde als Behandlungsobjekt; wo ein Wort ist, ist auch ein Gegenstand, der damit bezeichnet werden kann. Die als Beleg angeführten Bekämpfungsgesetze diktiert die Ausschlussbedingungen für jene, die unter der Anwendung dieser Gesetze als Feinde ausgeschlossen und bekämpft werden. Diese Sichtweise passt besser zu *Jakobs'* Behauptung, er vertrete keineswegs eine positive Legitimationsstrategie zur Begründung des Feindstrafrechts; er „beschreibe“ lediglich, „wie das geltende Recht zwischen der Bestrafung eines Bürgers, der ein Verbrechen begangen hat, und dem Umgang mit einem Feind unterscheidet“ (HRRS (8–9/2006), 295). Nicht er selbst will zwischen Bürger und Feind differenzieren; er beobachte nur, wie mit dieser inzwischen sogar in Gesetzesform gegossenen Differenzierung beobachtet wird. Eine solche Beobachtung von Beobachtungen kann aber nur die Zurechnungswege beschreiben, die tatsächlich beschriftet werden; d.h. zur Beschreibung steht nur der Akt des Exkludierens eines Feindes durch eine entsprechende gesellschaftliche Zuschreibung zur Verfügung. Allein das sich durch eine entsprechende Behandlungsweise manifestierende Ausgeschlossen-Werden als solches kann beschrieben werden. In dieser „kalten Deskriptivität“<sup>62</sup> ist im Grunde gar kein Diagnoseinstrument enthalten, das auf die Feststellung von Feindschaft ausgerichtet werden kann. Eine Aussage über einen vermeintlichen Selbstausschluss von jemandem, der sich selbst „zum Terroristen gemacht“ und damit als Feind geriert habe (ZStW 117 (2005), 850), dürfte in diesem Theorienhaushalt eigentlich nicht vorkommen. Allerdings möchte *Jakobs* nicht ausschließen, dass die Unterscheidung

zwischen Bürger und Feind in der Sache berechtigt ist, was dann der Fall wäre, wenn es Feinde wirklich geben sollte. Aus diesem Grund hält er an beiden Deutungsvarianten fest. Dies lässt freilich an der vermeintlichen Neutralität seiner reinen Deskriptionsabsichten zweifeln.

Das Prekäre der offen gelassenen Anwendung unterschiedlicher Imputationslogiken lässt sich aufzeigen, wenn man sie auf ein anderes historisches Beispiel anzuwenden versucht, das ein vergleichbares Zurechnungsproblem aufweist. Gemeint ist die Hexenverfolgung<sup>63</sup>. Wenn und solange man Hexen für reale Wesen hält, die wegen ihrer Gefährlichkeit verbannt werden müssen oder gar verbrannt werden sollten, ergibt sich aus dem Glauben an ihre Existenz eine Begründung für entsprechende Abwehrmaßnahmen, die deren Exklusion durch ihre Exekution lediglich nachvollziehen. Wer sich 'zur Hexe gemacht hat' oder gar als solche geboren wurde, kann entsprechend 'fremdverwaltet' werden, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Kommen hingegen Zweifel an ihrer Realität auf, so kann immerhin auf die zweite Zurechnungsweise zurückgegriffen werden, um aus der realen Verfolgungspraxis die Wirklichkeit der Hexerei zu 'destillieren'. Dann ließe sich sagen, es müsse Hexen gegeben haben, weil sie ja tatsächlich als solche verfolgt worden sind.

#### 4. Feindschaftsinflation

Carl Schmitt lässt demgegenüber keinen Zweifel daran, dass von real-existierenden Feinden auszugehen ist. Die Freund/Feind-Eingruppierung beschreibt eine ontologische Differenz und nicht nur eine gesellschaftliche Zuschreibungstechnik. Feindschaft scheint für ihn eine Art anthropologische Konstante des *zoon politikon* zu sein. Er will nicht nur andere bei ihrem Unterscheidungsgebrauch beobachten, sondern selbst die begriffliche Differenzierung liefern, mit der Politik – notfalls auch jenseits von Recht und Moral – betrieben werden kann. So erhält seine Theorie einen Anteil an der Machtpraxis des Politischen. Bei genauerem Hinsehen, kommt Schmitt jedoch nicht mit einem einzigen Feind-Begriff aus; er benötigt vielmehr eine zunehmende Entfaltung dieser Basisdifferenz des Politischen. Für ihn scheint es nämlich verschiedene Kriegsorten und unterschiedliche Grund-Folge-Beziehungen zwischen Krieg und Feindschaft zu geben, die auf sein Grundmodell der politischen Freund/Feind-Gruppierung nicht recht pas-

62 Günther Jakobs, Die Schuld der Fremden, ZStW 118 (2006), 831–854, 844 Fn. 49.

63 Vgl. hierzu die interessante Parallelisierung zwischen der Hexenverfolgung und der Terrorbekämpfung von Jan Zopfs, Rechtliches Bedenken wegen der „Anti-Terror-Maßnahmen“?, Spee Jahrbuch 2006, 31–46; ders., „Unschuld bis zum Beweis der Schuld“, Jahrbuch des Instituts für Zeitgeschichte Hagen, Band 8 (2006/2007), 395–407.

sen wollen. Deshalb hat *Schmitt* seinen Feindbegriff immer wieder variieren müssen, um ihn als Fundament des Politischen halten zu können,<sup>64</sup> auch wenn er sich schließlich nur noch mit einer „reale(n) Möglichkeit“ der „Wirklichkeit eines Feindes“ begnügen musste, d.h. allein schon die bloße Vorstellung potentieller Feindschaft für das Politische wirksam hielt. Wer die Existenz eines Feindes zwar nicht erlebt aber immerhin doch für nicht unmöglich hält, soll insgeheim das Kriterium des Politischen akzeptiert haben.<sup>65</sup> Denn eines ist für *Schmitt* nicht denkbar: der restlose Verzicht auf die Freund/Feind-Unterscheidung, die im Grunde nur eine Feindbestimmung ist, da es auf eine – von *Schmitt* nicht näher bestimmte – Freundschaft eigentlich nicht ankommt<sup>66</sup>; ein Freund braucht manchmal bloß der Feind des Feindes zu sein. Jedenfalls entfiel ohne diese Unterscheidung „das politische Leben überhaupt“, denn dann „gibt es nur noch politikreine Weltanschauung ... aber weder Politik noch Staat“<sup>67</sup>. Demnach dürfte für Carl *Schmitt* das gelten, was Heiner *Müller* in seiner „Wolokolamsker Chaussee IV“ formuliert hat: „der Staat der keinen Feind hat ist kein Staat mehr“. Eine vollständige Abstinenz dieser in das Politische eingeschriebenen Differenz entzieht sich jedoch der Vorstellungskraft von *Schmitt* und entspricht auch nicht seinen Wahrnehmungen, die die Existenz von Feinden nicht zuletzt durch die Vielzahl von Kriegen historisch belegen und insofern zumindest die bleibende Möglichkeit seines Kriteriums erweisen soll, denn „Politisches Denken und politischer Instinkt bewähren sich also theoretisch und praktisch an der

Fähigkeit, Freund und Feind zu unterscheiden“ (Begriff des Politischen (Fn. 52), 67). Der ersatzlose Verzicht auf diese Unterscheidung müsste daher das Politische selbst aus dem kollektiven Gedächtnis streichen. Daher sind für ihn die „Schlimmsten ... die, die leugnen, daß es für sie überhaupt Feindschaft gebe“<sup>68</sup>. Ihnen erklärt er sich selbst zum Feind, um zu demonstrieren, dass es ohne diese Differenz nicht geht.<sup>69</sup> Hierbei schleicht sich jedoch ein geradezu inflationärer Gebrauch des Feindbegriffs in *Schmitts* Texten ein und es wird ein Bedeutungsüberschuss produziert. Nicht jeder Feind wird von realer Feindschaft getragen; so mancher fällt aus der Wirklichkeit des Politischen heraus und löst sich von der dort vorgenommenen begrifflichen Bindung.

Ausgangspunkt ist zunächst der ‚wirkliche Feind‘, der dabei eigentlich stets auf der „eigenen Ebene“ steht; für ihn soll jener mystisch klingende Vers gelten, den *Schmitt* gern und häufig von Theodor *Däubler* geborgt hat: „Der Feind ist unsere eigene Frage als Gestalt“<sup>70</sup>. Weil nur ein ebenbürtiger Gegner einen anderen ernsthaft in Frage stellen kann, dient die Benennung eines Feindes zugleich auch der existentiellen Selbstfindung; wer keinen Feind hat, der soll im Grunde auch nichts über sich selbst wissen können. Daher mahnt *Schmitt* zur Vorsicht: „sprich nicht leichtsinnig vom Feinde. Man klassifiziert sich durch seinen Feind. Man stuft sich ein durch das, was man als Feindschaft anerkennt“ (Ex Captivitate (Fn. 56), 90); drum gelte, solange das politische Wesen vom Dasein eines Feindes abhängt: „Nenne mir Deinen Feind, und ich sage Dir, wer Du bist“. Daher ist es für ihn eine „Sache der Vernunft ... den Feind zu bestimmen (was immer zugleich Selbstbestimmung ist)“; diese selbstbestimmende Funktion, durch die eine Feindschaft zur existentiellen Ergänzung des eigenen Selbstverständnisses beitragen soll, kann der Feind nur erhalten, „so lange ich ihn als Feind realisiere!“ (Glossarium (Fn. 68), 243/36/190)<sup>71</sup>. Eine mögliche Realisierung einer in diesem

64 Vgl. hierzu und zum Folgenden die Differenzierungen von Kriegsarten bzw. Formen von Feindschaft bei C. *Schmitt*, Über das Verhältnis der Begriffe Krieg und Feind (1938), in: Frieden oder Pazifismus (Fn. 60), 598–605 (–611); ders., Ex Captivitate (Fn. 56), 56ff.; ders., Nomos (Fn. 58), bes. 112ff./123ff./285ff.; ders., Theorie (Fn. 60), bes. 45ff./85ff., sowie das Vorwort von 1963 zur Neuaufgabe des ‚Begriff des Politischen‘ (Fn. 52), 17f.

65 C. *Schmitt*, Politische Theologie II, (1970) 2. Aufl. 1984, 124.

66 Zu dieser Einseitigkeit der Freund/Feind-Unterscheidung siehe bereits die „Anmerkungen zu Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen“ von Leo *Strauss* (1932), in: Gesammelte Schriften, Band 3, hg. v. H. Meier, 2001, 217–238, bes. 221f. Zu anderen frühen – namentlich konservativen – Kritikern von *Schmitts* politischer Leitunterscheidung s.a. A. *Koenen*, Fall Carl Schmitt (Fn. 2), 395ff.

67 C. *Schmitt*, Begriff des Politischen (Fn. 52), 52/54. Zu diesem Aspekt der Lehre Carl *Schmitts* siehe J. *Derrida*, Politik (Fn. 52), 124ff. Im Anschluss an *Schmitt* hat zuletzt Chantal *Mouffe* in ihrem Buch ‚Über das Politische‘ eine „Wir-Sie-Beziehung“, die „unter bestimmten Umständen immer antagonistisch werden, d.h. sich in eine Beziehung zwischen Freund und Feind verwandeln kann“ für eine „conditio sine qua non der Bildung politischer Identitäten“ erklärt (a.a.O. (Fn. 35), 24f.); s.a. dies., Das demokratische Paradox (2008), 55ff.; dazu auch Robin M. *Schott*, Die Unterscheidung Freund/Feind und der Begriff des Konflikts, in: E.M. Vogt u.a. (Hg.), *Derrida und die Politiken der Freundschaft* (2003), 107–131, bes. 109ff./124ff.

68 C. *Schmitt*, Glossarium, hg. v. E. Freiherr von Medem (1991), 4.

69 Vgl. C. *Schmitt*, Ex Captivitate (Fn. 56), 90: „Weh dem, der keinen Feind hat, denn ich werde sein Feind sein am jüngsten Tage“. Zu der von *Schmitt* erklärten Feindschaft gegen die Feinde seiner Freund/Feind-Unterscheidung s.a. R. *Gross*, Carl Schmitt (Fn. 31), 393f.

70 C. *Schmitt*, Theorie (Fn. 60), 87. Dieser Satz findet sich u.a. auch schon in: Ex Captivitate (Fn. 56), 90 (dort kursiv hervorgehoben) und im Glossarium (Fn. 68), 213//217/243. Vgl. dazu H. *Meier*, Lehre Carl Schmitts (Fn. 52), 76ff.; ders., Carl Schmitt (Fn. 37), 91 m. Fn. 103; R. *Groh*, Arbeit (Fn. 2), 64ff.; J.-W. *Müller*, Ein gefährlicher Geist (Fn. 1), 65ff. Zu *Schmitts* Verhältnis zu *Däubler* s.a. Ellen *Kennedy*, Politischer Expressionismus, in: *Complexio Oppositorum*, hg. v. H. Quaritsch (1988), 233–251, bes. 236ff. Zum theopsychologischen Bekenntnischarakter dieser Aussage s.a. D.R. *Wenger* (Fn. 52), *Der Staat* 43 (2004), bes. 118.

klassischen Sinne 'wirklichen Feindschaft' kann für *Schmitt* nur der „nach anerkannten Regeln verlaufende, gehegte Krieg des klassischen europäischen Völkerrechts“ sein, der für ihn „nicht viel mehr als ein Duell zwischen satisfaktionsfähigen Kavalieren“ sei (Theorie (Fn. 60), 56). Allein diese „Hegung des europäischen Landkrieges zum reinen Staatenkrieg“, die *Schmitt* sogar als „Kunstwerk menschlicher Vernunft“ verklärt, bietet Raum für jene 'wirkliche Feindschaft', die sich im „Krieg in Form“ realisieren könne, der sich „aus dem Begriff des auf beiden Seiten gerechten Feindes entwickelt“<sup>72</sup>.

Die einzige Form eines 'gerechten Krieges', die *Schmitt* anerkennen möchte, ist jene Formgerechtigkeit des 'gehegten Krieges', der nur einander als gleichwertig anerkennende Kontrahenten kennt; im Übrigen kritisiert er entsprechende Lehrmeinungen von einer vermeintlichen Gerechtigkeit, die mit kriegerischen Mitteln umgesetzt werden könne.<sup>73</sup> Gerade das Formgebende als solches ist für ihn die Legitimationsbasis für den Einsatz äußerster Mittel im Rahmen einer kriegerischen Auseinandersetzung, denn allein „die Form nicht die *iusta causa*“ rechtfertige die Kriegshandlungen bis hin zur Tötung eines Feindes (Glossarium (Fn. 68), 32). Daher ist es nicht der Zweck der kriegerischen Mittel zu heiligen vermag, sondern die richtige – nämlich gehegte – Kriegsform kann jeden Krieg rechtfertigen. Nur unter dem Aspekt einer gerechten Formung sei die Feindschaft und eine Kriegführung zwischen Gleichen gleichsam eine „Ehrensache“, wie *Schmitt* es in seinem Aufsatz „Über das Verhältnis der Begriffe Krieg und Feind“ einmal formuliert hat ((Fn. 64), 599). Im Übrigen sei eine kriegerische Auseinandersetzung eine moral- und rechtsfreie Veranstaltung, in der ethische oder juristische Unterscheidungen keine Anwendung finden dürften, solange sie von einem wechselseitigen Anerkennungsverhältnis gleichwertiger Feinde getragen werde; denn in diesem Fall fügen sich die Kontrahenten innerhalb einer festgelegten Feindschaftsbeziehung in eine definierbare Rolle

und sorgen quasi wie von selbst durch rollenkonformes Verhalten für die Verhältnismäßigkeit der einzusetzenden Mittel.

Die Hegung des Krieges meint dabei nicht zuletzt eine Entkriminalisierung des Feindbildes, die eine Errungenschaft innerhalb der von Kriegen durchdrungenen Geschichte darstellen soll, denn „mit jenen Hegungen des Krieges war der europäischen Menschheit etwas Seltenes gelungen: der Verzicht auf die Kriminalisierung des Kriegsgegners, also die Relativierung der Feindschaft, die Verneinung der absoluten Feindschaft ...“ (Theorie (Fn. 60), 92). Schlimmer noch als ein Feind ist für *Schmitt* der Verbrecher, weil er ein Produkt einer juristischen Diskriminierung ist, die der Statik gleichberechtigter Gegnerschaft einen Riss zufügt und ein asymmetrisches Bewertungsgefälle zwischen den Kontrahenten bewirkt. Ein Delinquent wird im Gefühl der moralischen Überlegenheit und im Namen einer Allgemeinheit, die sich allein im Recht wähnt, verfolgt. Wirkliche Feindschaft müsse demgegenüber im gegenseitigen Einvernehmen gepflegt werden; es sei geradezu eine Frage der Ehre, die wechselseitige Infragestellung zu beantworten. Nur im Gehege einer regelgerechten Feindschaft komme es nicht dazu, dass sich die Kontrahenten wechselseitig kriminalisieren, wodurch die vorausgesetzte Wertsymmetrie und das Anerkennungsverhältnis zwischen Gleichen verletzt werde.

*Schmitts* quasi-romantische Kriegsverherrlichung umfasst freilich keinen allzu großen Geschichtszeitraum. Da solche kriegerischen Auseinandersetzungen in einer formvollendeten Reinheit, wenn es sie je gegeben haben sollte, historisch allenfalls selten vorkommen, kommt *Schmitt* mit dem Begriff einer 'wirklichen Feindschaft' nicht aus; er selbst erahnt womöglich, dass es 'wirkliche Feinde' in seinem Sinne nicht gibt. Die historischen Realitäten weigern sich jedenfalls beharrlich, für diesen Entwurf einer begrifflichen Wirklichkeit auszusagen. Daher bleiben für *Schmitt* zwei Möglichkeiten: entweder er muss eingestehen, dass seine Theorie nicht (mehr) passt, da sich das Realpolitische von seiner Begriffswelt entfernt hat, oder er muss seinen theoretischen Ansatz erweitern und mit zusätzlichen Differenzierungen operieren. *Schmitt* hat sich für letzteres entschieden, obwohl ersteres redlicher gewesen wäre, denn es hätte näher gelegen zu behaupten, dass absolute Feindschaft und absoluter Krieg, die schon zu seiner Zeit die realen Erscheinungsformen bildeten, außerhalb seiner Vorstellung über das Politische bleiben und daher keine eigentlich politischen Formen der Auseinandersetzung in seinem Sinne darstellen. Wie so oft verhindert aber die Eitelkeit des Theoretikers die Einsicht in die Unangemes-

71 Zu diesen Funktionsbeschreibungen der Feindschaft bei *Schmitt* s.a. *Alexandre Lefebvre*, *The Political Given*, Telos 132 (2005), 83–98, bes. 88ff.; *Gary L. Ullmen*, *Partisan warfare, terrorism and the problem of a new nomos of the earth*, in: *The International Political Thought of Carl Schmitt*, ed. by L. Odysseos / F. Petit (2007), 97–106, 103f.

72 C. *Schmitt*, *Nomos* (Fn. 58), 123/125; zum Begriff des 'Krieges in Form' s.a. ebenda, 138. Zu *Schmitts* Begriff der „Hegung“ vgl. etwa *Hermann W. Schmidt*, *Vom Geistesgrund und der Feindschaft im „Begriff des Politischen“ bei Carl Schmitt*, in: *Epirrhosis*, hg. v. H. Barion u.a. (1968), 651–664, bes. 656ff.

73 Zu *Schmitts* Kritik an den traditionellen Vorstellungen eines 'gerechten Krieges' siehe etwa *Chris Brown*, *From humanized war to humanitarian intervention*, in: *The International Political Thought of Carl Schmitt*, ed. by L. Odysseos / F. Petit (2007), 56–69.

senheit seiner Theorie; es ist offenbar angenehmer, die engen Vorgaben der eigenen Begrifflichkeit beliebig zu erweitern als ihre völlige Unangemessenheit zur Beschreibung neuer Realitäten einzuräumen. Wenn es nach dem ursprünglichen Theorieentwurf nur die Form einer 'wirklichen Feindschaft' sein sollte, mit dem sich der Begriff des Politischen formulieren lassen soll, dann markiert jede Ausdehnung das Scheitern dieser Begriffsbildung. Statt zuzugeben, dass seine politische Leitunterscheidung zwischen Freund und Feind nicht ausreicht, die Wirklichkeit des Politischen zu erfassen, fügt er neue Formen von Feindschaftsbeziehungen hinzu, die ihm geeignet erscheinen, auch das bisher Unbeschreibliche zu beschreiben.

Das Gegenteil der 'wirklichen' Feindschaft ist dann nicht etwa eine 'unwirkliche' oder gar 'fiktive', sondern eine 'absolute' Feindschaft, die sich von der formgerechten Einhegung des europäischen Staatenkrieges gelöst hat.<sup>74</sup> Dieser Ablösungsprozess beschreibt zunächst ein semantisches Problem, denn „Sprache und Begriffswelt des gehegten Krieges und der dosierten Feindschaft waren dem Einbruch der absoluten Feindschaft nicht mehr gewachsen“. Die Realität passt folglich nicht mehr zur begrifflichen Wirklichkeit, die sich *Schmitt* für die politische Theorie ausgedacht hat. Er vermutet freilich im „Feindbegriff selbst ... eine Verwirrung“ (Theorie (Fn. 60), 58/88), statt das Problem in der eignen Verklärungsarbeit an diesem Begriff zu sehen. Schließlich ist nicht zuletzt durch sein eigenes Bemühen um eine Verniedlichung des fein gehegten Krieges die Idee von einer kriegerischen Reinform in die Vorstellungswelt seiner Zeitgenossen gekommen. Mit dem einbrechenden Absolut-Werden von Krieg und Feindschaft bricht nun auch die Theorie von einem vermeintlich sauberen Kriegsgehege zusammen, denn sie kann die unreine Wirklichkeit nicht ertragen. Es stellt sich heraus, dass das Gerede von der Hegung des Krieges nur der Pflege des eigenen Kriteriums für das Politische dienen sollte. Feinde verhalten sich aber tatsächlich nur selten so ehrenhaft wie *Schmitt* es sich ausgedacht hat. *Schmitts* Feindbegriff muss sich deshalb ausdehnen und umfasst schließlich doch eine „absolute“ Feindschaft und einen ebensolchen Krieg, die sich von den Regularien des gehegten Staatenkrieges abgekoppelt haben. „Der Krieg der absoluten Feindschaft kennt keine Hegung“ (Theorie (Fn. 60), 56). Es kommt zu einer „Zerstörung der Form durch die Form“ einer absoluten Feindschaft. Außerhalb des Geheges regulärer Kriege beginnt dann aber nicht etwa etwas anderes – schlimmeres – als Krieg und Feindschaft,

obwohl *Schmitt* sein Unbehagen gegen diese formlose Formen der Auseinandersetzung kaum verbergen kann, sondern jene Schlagworte gelten plötzlich absolut, weil insgesamt nicht auf sie verzichtet werden soll. Allerdings erkennt *Schmitt* selbst, dass die Unterscheidung zwischen Freund und Feind zwar eine Konstante der Menschheitsgeschichte beschreiben mag, sich aber deshalb keineswegs stets so menschlich darstellen lässt, wie von ihm erhofft, sondern in ihrer absoluten Gestalt zunehmend unmenschlich wird.

Kennzeichen der neuen Form von Krieg und Feindschaft ist mitunter gerade das, was durch die Hegung verhindert werden sollte, nämlich die wechselseitige Kriminalisierung der Gegner. Das Recht zum Krieg wird dabei meist mit dem Unrecht der anderen Seite begründet; die Bekämpfung der Untaten eines solchen Gegners sieht sich selbst im Recht und bestreitet zugleich der anderen Seite einen Rechtsstatus dessen, den *Schmitt* als 'wirklichen Feind' bezeichnen würde. Die Auseinandersetzung ist daher nicht mehr 'in Form', sondern gerät außer sich: „Nichtformgerecht ist der Krieg bei dem ein Teil den anderen entrechtet“ (Glossarium (Fn. 68), 32). Es ist daher gerade die Anwendung rechtlicher Kategorien auf eine kriegerische Auseinandersetzung, die jene Symmetrie zwischen gleichen Feinden stört und in ein Ungleichgewicht bringt. Denn die Differenzierung zwischen Recht und Unrecht selbst ist asymmetrisch und zwingt zur Abwertung einer Seite dieser Unterscheidung, die als negativ und nicht anschlussfähig bezeichnet wird.

Mit dem Versuch, auch noch die Absolutheit von Krieg und Feindschaft in seine Theorie zu integrieren, stellt *Schmitt* die eigenen begrifflichen Möglichkeiten auf eine Zerreißprobe. Einem Kriterium, das sich beliebig weit ausdehnt, wenn es die Realität nicht mehr trifft, entschwindet freilich die Unterscheidungskraft. Einem derart ausgeleierten Feindbegriff fehlt dann nämlich die Spannkraft, um noch hinreichend bestimmbare Phänomene um- und begreifen zu können. Begriffe dienen jedoch dazu, etwas Bestimmtes von anderem Bestimmten unterscheiden zu können. Was diese Funktion nicht mehr erfüllen kann, wird zum bloßen Wort, mit dem nur noch eine unbestimmte Allgemeinbedeutung ausgeschlossen werden kann; dann taugt es aber nicht mehr als fixes Unterscheidungsmerkmal des Politischen.

74 Zum Begriff der absoluten Feindschaft s.a. *George Schwab*, *Enemy oder Foe*, in: *Epirrhosis*, hg. v. H. Barion u.a. (1968), 665–682.

### III. Selbstbehauptung oder Selbst-Enthauptung des Rechtsstaats?

#### 1. Offene Bekenntnisse

Wenn sich – wie gezeigt werden sollte – die theoretischen Grundlagen von *Schmitts* politischer Theologie und Begriffsbildung als ungeeignet erweisen, da sich die Rede vom Ausnahmezustand kaum mehr als eine Verschleierung bloßer Willkür politischer Zwangsmaßnahmen ohne Recht herausstellt und die Freund/Feind-Differenzierung bereits als begriffliche Präzisierung des Politischen wegen der Unfähigkeit, die Absolutheit der Feindschaft auszuschließen, scheitern muss, so müssen die aktuellen Anwendungsbemühungen um so mehr verwundern. Schon die Rede von asymmetrischer Kriegführung<sup>75</sup> lässt erkennen, dass die von *Schmitt* vorausgesetzte Symmetrie wirklicher Feindschaft im Kampf gegen einen internationalen Terrorismus fehlt. Die neuen Anti-Terror-Kriege lassen sich nicht einmal unter das fassen, was *Schmitt* als Partisanenkrieg in seine „Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen“ (so der Untertitel zu seiner „Theorie des Partisanen“) aufnehmen wollte<sup>76</sup>. Will man diesen Begriffszauber auf die gegenwärtige Lage anwenden, so zeigt sich, dass Terroristen keine ‚wirklichen Feinde‘ sind und der Kampf gegen den Terror nicht einmal einen Krieg außer Form darstellen dürfte. Kennzeichen der Auseinandersetzung ist gerade die Kriminalisierung terroristischer Aktionen, die lediglich verbal als Krieg tituliert wird. Die Schwierigkeit, terroristische Aktionen, wie die Untaten des 11. September 2001, nicht mehr strafrechtlich ahnden zu können, weil die Terroristen nicht nur unschuldige Opfer, sondern auch sich selbst in den Tod reißen, ändert nichts daran, dass es sich hierbei gleichwohl ‚nur‘ um kapitale Verbrechen handelt. Nicht die faktische Sanktionierung, sondern die Strafbarkeit entscheidet über eine zutreffende Kategorisierung. Terrorismus und die Frage nach seiner Bewältigung bleibt zwar primär ein politisches Problem, dies hindert aber nicht, rechtliche Kategorien sowohl zur Beurteilung von Terrorakten als auch für eine angemessene

Restriktion von Anti-Terror-Maßnahmen zu verwenden. Beides muss mit Recht geregelt werden und darf sich nicht in die Ausrede einer ausnahmsweisen Notwendigkeit der Suspendierung des Rechts flüchten.

Der Befund über die Unanwendbarkeit schmittianischer Lehren im Falle einer konsequenten Berücksichtigung ihrer eigenen Prinzipien spricht nicht etwa für die politische Theorie *Schmitts*, wohl aber gegen diejenigen, die eine ungenaue Lehre auch noch ungenau anwenden. Wie so oft könnte es freilich gerade die Ungenauigkeit einer Lehrmeinung sein, die das Geheimnis ihres Erfolges ausmacht. Derjenige, der am kräftigsten am Begriffsbaum *Schmitts* gerüttelt hat, um aus den herabfallenden Früchten einen neuen Theoriekompott kochen zu können, der den aktuellen Geschmack der aktuellen Politik treffen soll und wohl auch tatsächlich getroffen hat, ist bislang der Kölner Staatsrechtler Otto *Depenheuer*. Seine kleine Schrift ‚Selbstbehauptung des Rechtsstaats‘ hat es immerhin zu einer öffentlichen Leseempfehlung von Bundesinnenminister Wolfgang *Schäuble* – in einem Interview mit der Wochenzeitung ‚DIE ZEIT‘ (Nr. 30 v. 19.07.2007, S. 4) – geschafft. In diesem schmalen Band kehren viele der oben aufgeführten Theoriemomente aus *Schmitts* Begriffswelt zumindest schlagwortartig wieder; namentlich die Lehren über den Ausnahmezustand bzw. den Ernstfall, der von der Normalität abweicht (S. 35ff.), und die politische Kategorie des Feindes (S. 55f.), die nun auch für das Juridische kompatibel gemacht werden<sup>77</sup>. Damit will er für eine Erdung der ‚Politischen Theologie‘ sorgen und einen juristisch gangbaren Weg vorzeichnen, wie sich der Staat gegen die akuten terroristischen Bedrohungen selbst behaupten könne. Dadurch werden die problematischen Konzeptionen *Schmitts* ins Recht geholt. Allerdings scheint sich *Depenheuer* doch nicht ganz sicher zu sein, wo sich der Ort befindet, an dem die Ausnahme herrscht. Zwar spricht er vom „Ausnahmerecht“ (S. 37ff.), doch weiß er auch: „der Ausnahmefall bedeutet in seiner intensivsten Form das Ende des Rechts. Dem ‚Recht der Ausnahme‘ ist eine normative Entgrenzung eigentümlich: wer die Ausnahme definiert, entzieht sich – ganz oder teilweise den Bindungen des Rechts“ (41). Durch diese Entbindung soll einer durch Terroristen ausgelösten existenziellen Notlage abgeholfen werden, die sich ebenfalls den rechtlichen Bindungen entziehen würde. Ein entsprechender Definitionsversuch vollzieht sich demnach stets jenseits rechtlicher Grenzen. *Depenheuer* setzt also auf eine außer-rechtliche

75 Vgl. hierzu etwa H. *Münkler*, Kriege (Fn. 44), 48ff. u.ö.; ders. (Fn. 49), EWE 19 (2008)/1, 36ff.

76 Ebenso J. *Derrida*, Schurken (Fn. 22), 149/211f.; ders., in einem Gespräch mit *Giovanna Borradori*, Autoimmunisierung, wirkliche und symbolische Selbstmorde, in: J. Habermas / J. Derrida, Philosophie in Zeiten des Terrors, 2004, 117–178, 137; wohl auch H. *Münkler*, Kriege (Fn. 44), 189ff.; bezogen auf den Terrorismus der 1970er Jahre i.E. ebenso bereits, *Julien Freund*, Der Partisan oder der kriegsrische Friede, in: *Complexio Oppositorum*, hg. v. H. Quaritsch (1988), 387–391, bes. 390f.; a.A. jedoch R. *Simon*, Begriffe des Politischen (Fn. 52), 156ff. m.w.N.; wohl auch A. *de Benoist*, in: *Political Thought* (Fn. 26), 81f.; ders., Carl Schmitt (Fn. 3), 60f.

77 Ausführlich zu *Depenheuer*: Wolfgang *Hetzer*, Sicherheit durch Ausnahmezustand?, StraFo 2008, 93–102; ders., Rechtsstaat (Fn. 21), 179ff.

Lösung, um außerordentlichem und grenzenlosem Unrecht begegnen zu können. In jenem juristischen Abseits, für das die USA einen konkreten Ort namens „Guantanamo“ gefunden haben, befindet sich auch der Feind; in dieser „Chiffre für die Sicherheitsverwahrung von Menschen, die als Gefahr erkannt werden“, sieht *Depenheuer* immerhin „eine verfassungstheoretisch mögliche Antwort im Kampf der rechtsstaatlichen Zivilisation gegen die Barbarei des Terrorismus“ (63f.). Dabei handelt es sich bei dieser praktizierten Option der Verfassungstheorie freilich um eine rechtliche Unmöglichkeit, solange es mangels entsprechender Verfahren gerade an einer rechtsförmigen Erkenntnis fehlt, dass die Gefährdung der Sicherheit tatsächlich von den dort Inhaftierten ausgeht. Solange nicht einmal die rechtlich vorgesehenen Verfahrensweisen angewendet werden, kann von einer angemessenen Beachtung substantieller Rechtspositionen noch gar keine Rede sein.<sup>78</sup> Wer – als selbst ernannter Wächter vor dem Gesetz – anderen in dieser Weise den Zugang zu rechtlichen Verfahren verwehrt, positioniert sich selbst außerhalb des Rechts, indem er ihm den Rücken kehrt<sup>79</sup>; dies hat inzwischen auch der US-amerikanische Supreme Court so gesehen und das Gefangenenlager auf Kuba für verfassungswidrig erklärt<sup>80</sup>. Auch *Depenheuer* muss für das deutsche Rechtssystem anerkennen, dass „Feindschaft ... keine Kategorie der geltenden Rechtsordnung“ ist, obwohl es so etwas wie „materielles Feindrecht“ gebe, das von einer „Feindpolitik“ flankiert werde (65/67/73).

*Depenheuer* veranschaulicht seine Position nicht zuletzt am Beispiel der Diskussion über den Abschuss eines von Terroristen gekaperten Flugzeugs (24f./75ff.), das somit in den begrifflichen Rahmen zwischen Feindschaft und Ausnahmezustand eingespannt wird. Freilich bleibt auch für eine solche Sicht der Dinge stets die Frage nach der Möglichkeit einer – gegebenenfalls politischen – Rechtfertigung der Tötung Unschuldiger, die in solchen Fällen wohl unweigerlich zu befürchten ist. Schließlich werden die

Insassen eines von Terroristen entführten Flugzeuges durch die staatliche Abwehraktion getötet, noch bevor sie Opfer des terroristischen Anschlags werden. In dieser Hinsicht wird von *Depenheuer* an eine entsprechende Opferbereitschaft der Bürger appelliert. In Zeiten eines Krieges seien Bürgeropfer dieser Art wohl unvermeidlich; dies gelte eben auch in dem zumindest kriegsähnlichen Kampf gegen den Terrorismus. Damit ist nicht allein gemeint, dass die betroffenen Bürger ohnehin in solchen Situationen bereits Opfer der Terroristen sind, sondern dass ihnen gegenüber dem Staat und den von dem Anschlag potentiell betroffenen Mitbürgern abverlangt werden dürfe, in normativer Hinsicht das Opfer ihres eigenen Lebens zu erbringen; es gehöre gleichsam zu einer Art Pflicht, für den Staat zu sterben<sup>81</sup>. So wird dann – ebenfalls mit Carl Schmitt – wieder nach der „doppelte(n) Möglichkeit: von Angehörigen des eigenen Volkes Todesbereitschaft und Tötungsbereitschaft zu verlangen“ gefragt.<sup>82</sup> Mit der Opferung Unschuldiger soll dabei ein Beitrag zu „staatlicher Selbstbehauptung“ geleistet werden, denn im Ausnahmefall gelte: „Solidarität überlagert Individualität“; die Selbstaufgabe des Einzelnen verhindere die „Selbstaufgabe des Gemeinwesens“ (95/123 (Fn. 134)/97).

*Depenheuer* kann das staatliche Verlangen nach einem mitunter todbringenden Bürgeropfer letztlich nicht aus dem Recht ableiten, sondern nur aus einer „Grundpflicht des Bürgers“ gegenüber Staat und Gemeinschaft, die offenbar aus einem normativen Jenseits stammen muss (91). Dadurch lässt sich nicht verbergen, dass auch sein Versuch einer Legitimierung des Abschusses einer Terrormaschine außerhalb des Rechts angesiedelt ist. Erst wenn die rechtlichen Bedenken gegen eine politisch erforderliche Staatsräson aus dem Weg geräumt werden können, kann seine Vorstellung von einer „Selbstbehauptung des Rechtsstaates“ realisiert werden. Dabei wird leicht übersehen, dass das Recht nicht irgendein Glied unserer Staatsform ist, auf das zur Not verzichtet werden könnte. Es ist vielmehr der Kopf des ganzen Gebildes; wer ihn ausschaltet oder gar abschlägt, behauptet nicht den Rechtsstaat, sondern ent-hauptet ihn.

78 Siehe hierzu *Jenny S. Martinez*, Process and Substance in the „War on Terror“, *Columbia Law Review* 108 (2008), 1013–1092, 1015ff./1028ff./1079ff., bes. 1091f., die kritisiert, dass sich die gerichtlichen Auseinandersetzungen in den USA bislang vornehmlich um prozessuale Fragen drehen und dabei die materiell-rechtliche Problematik nur unzureichend in den Blick geraten ist.

79 Dies ist eine der Lehren, die Jacques *Derrida* aus seiner Lektüre von *Kafkas* Erzählung ‚Vor dem Gesetz‘ ziehen möchte: vgl. *Préjugés* (Fn. 10), 61f. Siehe dazu auch *Rodolphe Gasché*, Eine sogenannte „literarische“ Erzählung, in: *Einsätze des Denkens*, hg. v. H.-D. Gondek / B. Waldenfels (1997), 256–286, 262ff.

80 *Boumediene v. Bush* 553 U.S. \_\_ (2008); vgl. dazu *Charles Lane*, Das Ende von Guantánamo, *DIE ZEIT* Nr. 26 v. 19. Juni 2008, S. 11; *Jan P. Book / Julia Geneuss*, Gefangene jenseits des Rechts?, *ZIS* 7/2008, 325–332, bes. 328ff.

81 Zu einigen Variationen dieser immer wieder behaupteten Pflicht: *Michael Walzer*, *Obligations* (1970), 77ff.

82 C. Schmitt, *Begriff des Politischen* (Fn. 51), 46 (s.a. ebenda, S. 70); vgl. *Otto Depenheuer*, Das Bürgeropfer im Rechtsstaat, in: *Staat im Wort*, FS-Isensee (2007), hg. v. O. Depenheuer u.a., 43–60, 44; ders., *Selbstbehauptung* (Fn. 33), 76 m. Fn. 93 auf S. 117; s.a. *Gerd Roellecke*, Politische Macht und Tod, *Der Staat* 45 (2006), 617–626, bes. 625f.; vgl. auch dessen Interpretation dieser Stelle: „Die Entscheidung über Krieg und Feind“, in: Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, hg. v. R. Mehring (2003), 93–110, bes. 96ff.

## 2. *Verschämte Anspielungen*

Auch wenn sich speziell im deutschen Diskussionszusammenhang – aus verständlichen Gründen – noch nicht viele trauen, ähnlich offene Anleihen an den Lehren Schmitts zu nehmen, so schimmern diese Gedanken gelegentlich eben doch durch, wenn die Behandlung der aufgeworfenen Problematik in das semantische Milieu des Politischen gezogen wird. Selbst wenn die Begriffe Schmitts als solche nicht im Mund geführt werden, so kommen sie doch leicht in den Sinn; beispielsweise bei denjenigen, die eine lediglich bedingte Abwehrbereitschaft des Rechtsstaats monieren und statt dessen für eine ‚wehrhafte Verfassungsinterpretation‘ eintreten möchten.<sup>83</sup> Oder auch bei jenen, die rechtliche Bedenken gegenüber militärischen Lösungen des Problems mit dem Hinweis kontern, es gebe nun einmal Konstellationen, die sich einer juristischen Beurteilung entziehen, in denen das Recht gleichsam mit seinem Latein am Ende sei und gefälligst schweigen müsse. In solchen Situationen müsse die Entscheidung über die konkrete Handlungsweise den (politischen) Verantwortungsträgern überlassen bleiben, die an den Hebeln der Macht sitzen. Was mit Recht nicht zu regeln sei, müsse mit Macht entschieden und mit Gewalt durchgesetzt werden.

Und spielen derartige Überlegungen nicht auch eine Rolle, wenn etwa selbst von denen, die explizit für die gleichsam offiziell auszudrückende Rechtswidrigkeit eines Abschusses einer Terrormaschine votieren, insgeheim der Wunsch gehegt wird, in einer entsprechenden Situation möge sich ein zuständiger Entscheidungsträger bereit finden, sich über das Recht zu erheben und das politisch Notwendige zu unternehmen. Eine solche Hoffnung auf eine derartige Lösung der tragischen Entscheidungssituation hat ausgerechnet Dieter Hömig, der als Berichterstatter am Bundesverfassungsgericht zu der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz beigetragen hat, öffentlich geäußert.<sup>84</sup> Wer in einer derart – offenen oder versteckten – Weise davon ausgeht, durch den tatkräftigen Eingriff eines politischen Verantwortungsträgers mögen dort Fakten geschaffen werden, wo der Rechtsstaat eigentlich nur

Untätigkeit verordnen kann, stützt sich letztlich doch auf den vermeintlichen Vorrang des Politischen gegenüber dem Recht.<sup>85</sup>

So einfach darf sich die rechtliche Bewertungshoheit über das gesamte Staatshandeln indes nicht verdrängen lassen. Um zu einer in diesem Sinne ‚reinen‘ rechtswissenschaftlichen Behandlungsweise der hier in Rede stehenden Problematik zurückkehren zu können, war es jedoch erforderlich die Kontamination durch sich im ‚Ausnahmestand‘ wöhnende ‚Feindpolitik‘ zuerst einmal aufzudecken, bevor man sich den juristischen Lösungsmöglichkeiten zuwenden kann. An Stelle einer – wenn auch nur ausnahmsweise – grundlosen Selbstbestimmung des Willens politischer Souveränität muss sich eine stets grundrechtlich zu bestimmende Entscheidung des Rechts behaupten; denn wahre Souveränität beweist sich vielleicht erst in der Vermeidung von Ausnahmen vom Recht durch dessen konsequente Anwendung. In diesem Sinne lässt sich mit Kant an das Prinzip eines demokratischen Verfassungsstaates erinnern:<sup>86</sup>

„Das Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepaßt werden“<sup>87</sup>.

83 So etwa Christian Hillgruber, Der Staat des Grundgesetzes – nur „bedingt abwehrbereit“?, JZ 2007, 209–218, bes. 214ff.; vgl. auch Ulrich Palm, Der wehrlose Staat?, AöR 132 (2007), 95–113, zusammenfassend 112f.; Christof Gramm, Der wehrlose Verfassungsstaat, DVBl 2006, 653–661.

84 Vgl. FAZ vom 05.01.2007, S. 4; geradezu genüsslich vorgeführt von O. Depenheuer, Selbstbehauptung (Fn. 33), 33; ders. (Fn. 82), FS-Isensee, 2007, 47 Fn. 16, sowie Josef Isensee, Leben gegen Leben, in: FS-Jakobs (2007), hg. v. M. Pawlik / R. Zaczek, 205–234, 222; Wolfgang Bosbach, Der Rechtsstaat in Zeiten des Terrors, in: Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, hg. v. S. Huster / K. Rudolph, 2008, 137–150, 148.

85 Wer die politische Befangenheit von Carl Schmitt scheut, mag sich lieber an den weit unverfänglicher wirkenden Max Weber wenden, der – in Umkehrung einer Wendung von Jürgen Habermas – als ein ‚legitimer Lehrer‘ bzw. ‚natürlicher Vater‘ von Carl Schmitt bezeichnet werden könnte. Habermas hatte in einer Diskussionsbemerkung von 1964 behauptet: „wir können nicht daran vorbei, daß Carl Schmitt ein legitimer Schüler Max Webers war“; in der Fußnote zu dieser Stelle hält er dann die Formulierung „für zutreffender: Carl Schmitt war ein ‚natürlicher Sohn‘ Max Webers“ (Wertfreiheit und Objektivität, in: ders., Logik der Sozialwissenschaften (erweiterte (stw-)Ausgabe 1985), 77–85, 85 m.Fn. 9).

86 Siehe dazu auch Paul Formosa, „All Politics Must Bend Its Knee Before Right“: Kant on the Relation of Morals to Politics, in: Social Theory and Practice 34/2 (2008), 157–181.

87 I. Kant, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, A 312, Weischedel (stw-)Werkausgabe VIII, 642.