

# ZWISCHENRÄUME



**POLICY BRIEF Nr. 11**  
August 2024

## **Müssen wir Carl Schmitt lesen, um einen „Ausnahmezustand“ zu verstehen?**

**Verfasst von:**

Péter Tchet

**Abstract:**

Indem wir über „Ordnung“ und „Unordnung“ nachdenken, stellt sich die Frage, was die „Ordnung“ ausmacht bzw. wie sie zu schützen ist. Wird die „Ordnung“ nicht als Rechtsordnung einer pluralistischen Gesellschaft begriffen, besteht die Gefahr, dass die verfassungsrechtlich bestimmte Ordnung mit Hinweis auf eine metajuristisch verstandene „Ordnung“ (im Sinne von „Normalität“ statt „Normativität“) beseitigt werden kann. Die Gegenüberstellung von „Rechtsordnung“ und „Ordnung“ erfolgt häufig während eines Ausnahmezustandes: Dabei wird behauptet, eine „Unordnung“ zu vermeiden und daher die „Ordnung“ sogar jenseits der von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Maßnahmen zu schützen: Sowohl die Behauptung einer „Unordnung“ wie auch der Hinweis auf eine „Ordnung“ bedeuten aber die Gefahr, die Rechtsordnung – und somit die Grundlage einer pluralistischen Gesellschaft – zu zerstören. Daher ist es wichtig zu untersuchen, ob der Ausnahmezustand innerhalb der Rechtsordnung oder außerhalb derer erfolgt – d.h. ob eine ideologisch behauptete „Ordnung“ („Normalität“) oder die Rechtsordnung („Normativität“) dabei beschützt werden soll.

Carl Schmitt ist bis heute der bekannteste Theoretiker eines *außer- und überrechtlichen* „Ausnahmezustandes“: Bei Schmitt ist es eine politische Rhetorik, um Krisen zu behaupten bzw. die narrativ behaupteten, hervorgerufenen Krisen rechtswidrig zu entscheiden. Es ist daher wichtig zu erkennen, wann die „Ordnung“ in der „Ausnahmezustand“-Rhetorik nicht die Rechtsordnung bedeutet, sondern den Weg rechtlich nicht gebundenen, rein politischen Entscheidungen öffnet. Im folgenden Aufsatz werden daher die Gefahren des „Ausnahmezustandes“ dargestellt, zugleich wird die rechtsstaatliche Alternative dazu, anhand der „Reinen Rechtslehre“ von Hans Kelsen, aufgezeigt.

**Keywords:**

Ausnahmezustand, Carl Schmitt, Hans Kelsen, Recht, Verfassung

**Dr. Dr. Péter Techet, LL.M.** studierte Jus in Budapest und München, Journalismus in Vaduz und südosteuropäische Geschichte in Regensburg; er ist promoviert sowohl in Rechtswissenschaften als auch in Geschichtswissenschaften; er arbeitete als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Leibniz-Institut für Ost- und Südosteuropaforschung (Regensburg), am Leibniz-Institut für Europäische Geschichte (Mainz), an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg, an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich; er war Gastwissenschaftlicher am Österreichischen Historischen Institut (Rom), an der New York University, an der Universität Genua und an der Universität Luzern. Zurzeit ist er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für den Donaauraum und Mitteleuropa (Wien) bzw. an der Universität für Weiterbildung (Krems), an der er im Projekt „Europäische Un/Ordnungen“ tätig ist.

## Inhaltsverzeichnis

<b>1 EINFÜHRUNG .....</b>	<b>4</b>
<b>2 SUBJEKT DES „AUSNAHMEZUSTANDES“ .....</b>	<b>4</b>
<b>3 GEGENÜBERSTELLUNG VON „ORDNUNG“ UND RECHTSORDNUNG.....</b>	<b>5</b>
<b>4 POLITIK DES „AUSNAHMEZUSTANDES“ .....</b>	<b>8</b>
<b>5 MACHTINTERESSEN IM „AUSNAHMEZUSTAND“ .....</b>	<b>9</b>
<b>6 INSZENIERUNG DES „AUSNAHMEZUSTANDES“ .....</b>	<b>9</b>
<b>7 „AUSNAHMEZUSTAND“ ALS RHETORIK.....</b>	<b>11</b>
<b>8 GEGENKONZEPT: AUSNAHMEZUSTAND INNERHALB DER RECHTSORDNUNG.....</b>	<b>11</b>
<b>9 KONKLUSION .....</b>	<b>12</b>
<b>10 BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>14</b>

# 1 Einführung

„Wer kennt ihn schon in der großen Welt?“ – fragte Theo Rasehorn 1985, als der umstrittene deutsche Staatsrechtler Carl Schmitt verstorben war. (Rasehorn 1985, 743) In den vergangenen fast vierzig Jahren scheint aber das Interesse an Carl Schmitt – auch im „linken“ Lager – kaum abzuflachen. Es ereignen sich nämlich immer wieder Situationen, welche den prägenden Schmittschen Begriffen Aktualität – als Gefahr oder Bestätigung – verleihen. Gerade angesichts der unterschiedlichen Krisensituationen, die wir heutzutage erleben (Krieg in der Ukraine, „Klimakrise“, „Migrationskrise“ usw.) ist die Rede immer wieder – wenn auch verfassungsrechtlich nicht immer richtig – von einem „Ausnahmestand“. Und der Name von Carl Schmitt fehlt in kaum einem Artikel, der sich mit den gegenwärtigen (oder gewesenen) Notsituationen auseinandersetzt.

Warum ist es aber irreführend zu denken (und sogar gefährlich zu behaupten), dass die Carl Schmittsche Souveränität (oder der Carl Schmittsche Souverän) in diesen Krisenzeiten hervorgetreten wäre bzw. hervortreten hätte?

Im folgenden Artikel gehe ich der Frage nach, welchem Ziel der Schmittsche „Ausnahmestand“ dient bzw. welche Alternative die „Reine Rechtslehre“ des österreichisch-amerikanischen Rechtswissenschaftlers Hans Kelsen dazu darbietet. Es geht dabei nicht darum, den „Ausnahmestand“ verfassungsrechtlich im Allgemeinen oder im Lichte einer konkreten Verfassung zu analysieren, sondern die historischen Gründe und der politische Zweck hinter dem Schmittschen „Ausnahmestand“ werden aufgrund einer Kelsenschen Kritik ausgearbeitet.

## 2 Subjekt des „Ausnahmestandes“

Carl Schmitt definiert in der *Politischen Theologie* – auf seine gleichzeitig plakative wie nebulöse Art –, wer der Souverän ist: „Souverän ist, wer über den Ausnahmestand entscheidet“. (Schmitt 1996a, 13) In dieser Definition wird die Frage nach der Souveränität mit dem „Ausnahmestand“ in Verbindung gebracht. Der „Ausnahmestand“ sei demnach kein Zustand, sondern ein Ereignis – nämlich eine Entscheidung. Gerade im „Ausnahmestand“ zeige sich, so Schmitt, dass die Norm nur unter normalen Verhältnissen ihrer Aufgabe der sozialen Ordnungssicherung gerecht werden könne. (Schmitt 1996a, 19) Wenn die Norm nicht mehr gelte, sondern die Normalität (wieder)herzustellen sei, komme das dezisionistische Element zum Tragen. Schmitt lässt aber bewusst offen, wer und in welchem Umfang in einem „Ausnahmestand“ handeln darf: „Es kann weder mit subsumierbarer Klarheit angegeben werden, wann ein Notfall vorliegt, noch kann inhaltlich aufgezählt werden, was in einem solchen Fall geschehen darf“. (Schmitt 1996a, 14)

Was Schmitt in der *Politischen Theologie* als „Souverän“ beschreibt, kommt bereits in seinem früheren Buch über die Diktatur als „kommissarischer Diktator“ vor, dessen Ziel das gleiche sei wie jenes des Souveräns in einem „Ausnahmestand“: Der kommissarische Diktator „hebt die Verfassung in concreto auf, um dieselbe Verfassung in ihrem konkreten Bestand zu schützen“. (Schmitt 1922, 1921, 136) Schmitt spricht hier noch von *derselben* Verfassung, als ob die selbe Verfassung gleichzeitig beseitigt und doch geschützt werden könne. Diese begriffliche Verwirrung wird erst in der *Verfassungslehre* aufgelöst: Hier unterscheidet Schmitt zwischen einer Verfassung – d.h. einem politischen Gesamtzustand, welcher einer politischen, seinsmäßigen Entscheidung entspringe – und einem „Verfassungsgesetz“. (Schmitt 2017, 21ff) Mit dieser Unterscheidung wird im Nachhinein klar, was Schmitt mit dem „Ausnahmestand“ in der *Politischen Theologie* meint: Es sei das Moment, wo die Verfassung im Sinne des politischen Gesamtzustandes mittels der verfassungsgesetzlichen Normen nicht mehr zu schützen bzw. aufrechtzuerhalten sei. Der Schutz der als politischen Gesamtzustand gemeinten „Verfassung“ bedürfe daher „einer sachlich-informierten, das Interesse des Ganzen im Auge behaltenden, entscheidungsfähigen Politik“. (Schmitt 1996b, 115)

Was im *Diktatur*-Buch noch als „kommissarischer Diktator“, in der *Politischen Theologie* als „Souverän“, in der *Verfassungslehre* als „handlungsfähiges Subjekt“ (Schmitt 2017, 21) beschrieben wird, gewinnt seine letzte Kontur im Buch, das Schmitt explizit gegen Hans Kelsen verfasste (Schmitt 1996b): Auch hier weist Schmitt die Aufgabe, die „Ordnung“ zu hüten, nicht Normen oder Institutionen, sondern einer konkreten Person zu. Der „Hüter der Verfassung“ sei demnach der Souverän, der eigentlich als kommissarischer Diktator in einem „Ausnahmestand“ im Interesse einer vermeintlichen „Ordnung“ eine (verfassungs)gesetzlich nicht gebundene Entscheidung treffe. Schmitt beantwortet also die Fragen, was einen „Ausnahmestand“ ausmache bzw. wer (was) die Verfassung zu hüten habe, in seinen Büchern immer mit dem Hinweis auf Subjekte: den allgemein formulierten „Souverän“ oder „dictator“ bzw. den konkret benannten Reichspräsidenten.

### 3 Gegenüberstellung von „Ordnung“ und Rechtsordnung

In einem „Ausnahmestand“ schlägt – wie der frühere bundesdeutsche Innenminister Gerhard Schröder (CDU) 1960 energisch vorbrachte – die „Stunde der Exekutive“. (Schröder 1960, 7177) Es wird nämlich weniger debattiert, vielmehr werden (politische) Entscheidungen im Interesse eines angeblichen „Staatszwecks“ als vorrechtlicher „Ordnung“ getroffen. Trotz des dezisionistischen Ansatzes dieses Gedankens wohnt ihm aber eigentlich ein „Ordnungsdenken“ inne, welches das Recht in ein gesetztes „Sollen“ und ein metapositivistisches „Sein“ verdoppelt, als ob das Recht die Ableitung aus einer „höheren“ Ordnung darstellte, welche es auch *contra legem* zu schützen gelte.

Auch der Schmittsche „Ausnahmestand“ stellt sich nicht als bloße Deziision heraus, ihm liegt ein meta- (und anti-)positivistisches Ordnungskonzept zugrunde. Im „Ausnahmestand“ manifestiert sich die Schmittsche These, dass die Normativität einer den Normen vorausgehenden „Normalität“ bedarf, welche aber von Normen weder herzustellen noch zu gewähren sei:

„Es gibt keine Norm, die auf ein Chaos anwendbar wäre. Die Ordnung muß hergestellt werden, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat. Es muß eine normale Situation geschaffen werden, und souverän ist derjenige, der definitiv darüber entscheidet, ob dieser normale Zustand wirklich herrscht.“ (Schmitt 1996a, 19)

Schmitt spielt also „Ordnung“ gegen Rechtsordnung aus, als ob die „normale Situation“ nicht die Geltung des Rechts (die Normativität), sondern die außerrechtliche (politische, womöglich autoritäre) Herstellung einer „Ordnung“ wäre. Weil die Bestimmung der „Ordnung“ – d.h. ob „dieser normale Zustand wirklich herrscht“ – einem „Souverän“ aufgetragen wird, öffnet die Ausnahmestandsrhetorik autoritären Tendenzen den Weg: Mit Hinweis auf eine vermeintliche „Unordnung“ und auf eine wiederherzustellende „Ordnung“ wird gerade die Rechtsordnung beseitigt. Wie Schmitt meinte, zeige sich die Stärke einer „Ordnung“ gerade in der Ausnahmesituation. (Minkinen 2013, 596) Schmitt begriff deswegen auch die „Ausnahme“ als Teil der „Ordnung“ (sogar als Ausdruck der „höheren“ „Ordnung“): „Die Ausnahme setzt sogar die unveränderte Weitergeltung der Norm voraus, von der sie abweicht. Es gehört zum Begriff der Ausnahme, daß sie eingreift, ohne aufzuheben und abweicht, ohne außer Kraft zu setzen“. (Schmitt 1928, 226)

Dem Gedanken, dass der Souverän im „Ausnahmestand“ nicht an die Rechtsordnung gebunden, aber im Interesse einer „höheren“ „Ordnung“ agiere, liegt die – in der bundesdeutschen Staatslehre weiterhin weit verbreitete (Jakab 2015, 78ff) – Auffassung zugrunde, dass die Rechtsordnung in eine größere „Ordnung“ eingebettet sei. Aufgrund dieser „Verdopplung“ des Rechts in eine Rechtsordnung und einen „Staat“ kann Schmitt behaupten, dass es eine gewisse „Ordnung“ – wie er hinzufügt: „wenn auch keine Rechtsordnung“ – sogar während der Beseitigung der Rechtsordnung, d.h. im „Ausnahmestand“ bestehe. (Schmitt 1996a, 18)

Um die im Voraus normativ nicht festgelegte Entscheidungsmacht eines „Souveräns“ ebenso als Teil des Rechts begreifen zu können, setzt also Schmitt eine höhere „Ordnung“ über der Rechtsordnung voraus. Er betrachtet die Rechtsordnung nicht in der Begrifflichkeit von Sein/Sollen, sondern in jener von Sein/Nicht-Sein (Hofmann 2002, 15), insofern stellt das Recht für ihn eine seinsmäßige Größe dar, deren normativer Inhalt (das Sollen) bloß einen Aspekt des Ganzen ausmache. Dieses „Ganze“ wird bei Schmitt mit dem Staat „hinter dem Recht“ identifiziert. In diesem Staatsbegriff komme aber, so Hans Kelsen, eine „rechtsfeindliche Bedeutung“ zum Ausdruck. (Kelsen 1964, 49) Die Idee, dass ein vorrechtlich aufgefasster „Staat“ an die

Rechtsordnung nicht (nicht immer) gebunden sei, ermöglicht nämlich auch die Rechtfertigung rechtswidriger „staatlicher“ Handlungen. (Kelsen 1922a, 136f)

Friedrich Koja bezeichnete das Ordnungsdenken als Konsequenz „eines ungeschriebenen, überpositiven Notstandsrechtes“ (Koja 1979, 8), dessen Ursprünge in der Theorie (in der Ideologie) der konstitutionellen Monarchie liegen, nach welcher sich das Staatsoberhaupt in Ausnahmeständen von den verfassungsrechtlichen Schranken lösen könne und dürfe. (Koja 1979, 9) Wenn das Recht als wechselbares und wechselndes Menschenwerk (*Rechtspositivismus*) und als dynamischer Prozess (*Rechtsrealismus*), d.h. der Staat als „bloße“ Rechtsordnung, welcher keine andere, rechtswissenschaftlich erkennbare oder begründete „Ordnung“ vorausgeht (*Legalismus*), aufgefasst werden, erscheint das Recht nicht als Abbildung einer „höheren Ordnung“.

Im Vergleich zur „staatsbelasteten“, etatistischen Denktradition in der (bundes)deutschen Rechtswissenschaft stellt das legalistische, formalistische Rechtsverständnis in Österreich – nicht zuletzt als Folge des mentalen Erbes eines vor allem durch das Recht zusammengehaltenen Vielvölkerstaates und wegen des großen Einflusses der „Reinen Rechtslehre“ (Jakab 2021) – eine Alternative – wie Ewald Wiederin schreibt: ein „Denken vom Recht her“ (Wiederin 2007, 296f) – dar.

Am radikalsten und konsequentesten richtet sich also Hans Kelsens „Reine Rechtslehre“ gegen den Gedanken, welcher die Trennung von Sein und Sollen in der „Verdopplung“ des Rechts aufhebe. Besonders in der Frage des „Ausnahmestandes“ zeigen sich die gravierenden Unterschiede zwischen Schmitt, der das Recht als mögliches Mittel einer auch vorstaatlich / vorrechtlich existierenden „Ordnung“ begreift, und Kelsen, der den Staat nicht nur an das Recht koppelt, sondern mit der Rechtsordnung gleichsetzt. (Kelsen 2019, 14, 59) In der Kelsenschen Rechtslehre ist eine andere „Ordnung“ jenseits oder oberhalb der Rechtsordnung *per definitionem* ausgeschlossen. (Kelsen 1922a, 205ff, 252) Für Kelsen sei die Idee einer seinsmäßigen „Verfassung“ (d.h. eine vorrechtliche „Ordnung“) ein „naturrechtliches Kunstideal“ (Kelsen 2008, 103), d.h. die Folge eines metaphysisch-mystischen Denkens, welches hinter jedem Objekt ein tieferes, unsichtbares Wesen – wie Kelsen schreibt: „hinter jeder Quelle einen Quellgott“ – zu erkennen glaube. (Kelsen 1922b, 138) Einerseits wird so der Erkenntnisgegenstand hypostasiert und personifiziert (siehe: „Verfassung“ hinter der Verfassung oder „Souverän“ im „Ausnahmestand“); andererseits deutet dieses metaphysische Denken die Fluidität und Relationalität – mit Hinweis auf ein vermeintliches Wesen „dahinter“ – in feste Substanzen um. (Kelsen 1922b, 138ff)

## 4 Politik des „Ausnahmezustandes“

Der Gesetzespositivismus will das Recht berechenbar gestalten, indem er den „Ausnahmezustand“ nicht als Entscheidung, sondern als Normkomplex auffasst. Wenn Verfassungen Fälle auflisten, die eine temporär begrenzte, exzeptionelle staatliche Handlung ermöglichen, kommt nicht der Schmittsche „Souverän“, sondern ein für den speziellen Vorfall der Notsituationen vorbestimmter Teil der Rechtsordnung zur Geltung. Sowohl die Voraussetzungen, welche eine Ausnahmesituation ermöglichen, als auch die Regeln, welche während dieser angewendet werden dürfen, sind im Voraus gesetzlich festgelegt. Der Ausnahmezustand ist in diesem Sinne nicht der wunder- und kraftvolle Einbruch einer vorrechtlichen Macht, sondern die Anwendung eines Normkomplexes innerhalb der bestehenden und bekannten Rechtsordnung. Der juristische Ausnahmezustand unterscheidet sich demnach weder in seiner Gültigkeit noch in seiner Anwendbarkeit von den anderen Normen einer Rechtsordnung.

Diese normativistisch-gesetzespositivistische Normalisierung nimmt allerdings der „Ausnahme“ ihr Wesen: Sie ist keine Ausnahme mehr im Sinne einer Abnormalität (sie ist *per definitionem* nicht abnormal, weil sie von Normen geregelt ist), die „Ausnahme“ kommt bloß seltener zur Anwendung als andere Normen, welche für die Normalsituationen vorhergesehen wurden. Wie Malte Johannes Becker bemerkt: „Ein konsequenter Positivist kann das Problem des Ausnahmezustandes dann letztendlich nur ignorieren“, weil sein Begriffsapparat nur Normalsituationen beschreiben, regeln und vorhersehen könne. (Becker 2020, 14) Diese „Normalisierung“ des „Ausnahmezustandes“ bedeutet freilich – wie Günter Frankenberg schreibt –, dass „[d]er Ausnahmezustand nicht statt[findet]“ (Frankenberg 2010, 126), weil der Ausnahmezustand nach dem Rechtspositivismus *keine Ausnahme (aus dem Recht)*, sondern *eine Ausnahmenorm (im Recht)* sei. Einer Rechtslehre, welche den „Ausnahmezustand“ als Teilrechtsordnung der bestehenden Rechtsordnung begreift, liegt die Illusion zugrunde, dass Verfassung und Gesetze jegliche, zukünftige Ereignisse – auch die extremsten und unvorstellbarsten Fälle – vorauszusehen und im Voraus vollkommen zu regeln vermöchten. (Salter 2012, 56ff)

Mit dem „Ausnahmezustand“ spricht Schmitt gerade das Problem an, dass auch eine Norm einer faktischen Macht bedürfe, um wirksam werden zu können. (Voigt 2019, 92) Schmitt hebt deswegen die Person – statt der Norm – und somit die Seinsfrage der faktischen Macht hervor: Durch die ständige Möglichkeit des „Ausnahmezustandes“ – als Entscheidungsmoment – will Schmitt auch in der bestehenden Rechtsordnung das Politische immer wieder *in Erinnerung rufen*. (Kervégan 2011, 189) In einer Rechtslehre, welche dem Recht die Politik als *Gegen- und Übermacht* vorausschickt, ist der „Ausnahmezustand“ gerade das Moment, in dem sich die ungebundene, unkontrollierbare politische Gewalt zu Wort meldet – und darin besteht ihre Gefahr.



## 5 Machtinteressen im „Ausnahmezustand“

Während die Rechtsordnung einer pluralistischen Gesellschaft allen Interessen die gleichen Chancen gewährt, stellt die Strategie, hinter der Rechtsordnung eine „wesentliche“ „Ordnung“ („den Staat“) vorzufinden, einen politischen Versuch dar, die bestehenden politischen und wirtschaftlichen Machtverhältnisse mit einer pseudo-juristischen Argumentation abzuschirmen. Schmitt theoretisiert also die reaktionäre Illusion einer „höheren“ „Ordnung“, und trauert dabei – wie Frankenberg schreibt – „[der] vollendete[n] Vergangenheit einer transzendentalen, legitimierten, einheitlichen Ordnung von Staat und Gesellschaft“ nach. (Frankenberg 2010, 143f) Der „Souverän“ hat bei Schmitt also die vorrechtliche und antipluralistische „Einheit“ zu bewahren (Schmitt 1996b, 159) – und so etwa die Interessen der Wirtschaft gegenüber anderen sozialen Interessen zur Geltung zu bringen. (Schmitt 1995, 81)

In Begriffen wie „Staat“, „Staatsinteresse“, „Gesamtwille“ werden herrschende Gruppeninteressen objektiviert. Ein Dualismus von „Staat“ und „Recht“ ermöglicht also, wie Kelsen betonte, den jeweiligen Herrschenden, sich immer auf einen „Staat“ zu berufen, wenn das positive Recht für sie zu negativen Konsequenzen führt. (Kelsen 1964, 47) Wie Kelsen ausführte, sei der angebliche „Staat“ hinter (über) der Rechtsordnung der letzte Fluchtpunkt einer herrschenden Klasse, die ihre Macht in einer pluralistischen Demokratie als bedroht empfindet: „Hinter der treuherzigen Versicherung, daß der Staat »leben« müsse, verbirgt sich meist nur der rücksichtslose Wille, daß der Staat so leben müsse, wie es diejenigen für richtig halten, die sich der Rechtfertigung eines »Staatsnotstandsrechtes« bedienen“. (Kelsen 2019, 157)

Aus diesem Grund erklärt sich die unterschiedliche Bewertung des „Ausnahmezustandes“ bei Kelsen und Schmitt: Schmitt bringt den „Ausnahmezustand“ ins Spiel, um den „Herrschenden“ weitere Mittel zur Absicherung ihrer Herrschaft in die Hand zu geben, Kelsen hingegen erkennt diesen ideologischen (*in concreto* antidemokratischen und antipluralistischen) Charakter des „Ausnahmezustandes“. Schmitt will dementsprechend nicht die Rechtsordnung schützen, sondern eine pluralistische Rechtsgemeinschaft im Interesse bestimmter (herrschender) Partikularinteressen verhindern: „Außer den rein parteimäßigen Kräften muß es immer auch andere, unparteiische und überparteiische Kräfte geben, wenn die staatliche Einheit sich nicht in ein pluralistisches Nebeneinander sozialer Machtkomplexe auflösen soll“. (Schmitt 1996b, 100f)

## 6 Inszenierung des „Ausnahmezustandes“

Um das eigentliche politische Ziel des Schmittschen „Ausnahmezustand“ zu begreifen, ist es angebracht, sich des berühmten Schmitt-Zitates nochmals anzunehmen. Schmitt schreibt bewusst nicht: „Souverän ist, der *im Ausnahmezustand* entscheidet“ (weil die Frage, wer in einer Ausnahmesituation zu entscheiden vermag, von der Verfassung

oder den anderen Gesetzen und nicht einer politischen Macht, wie etwa dem Schmittschen Souverän, beantwortet wird), sondern: „Souverän ist, der *über den Ausnahmezustand* entscheidet“. (Schmitt 1996a, 13, Hervorhebung von mir) Eine Entscheidung *über den „Ausnahmezustand“* ist eine Entscheidung, die diesen erst hervorruft.

Der fiktionale und manipulative Charakter des so gemeinten „Ausnahmezustandes“ zeigte sich in der Geschichte sowohl beim „Preußenschlag“ (1932) – als der deutsche Reichspräsident *über den „Ausnahmezustand“* entschied, um das politische Ziel der Beseitigung einer sozialdemokratisch geführten Landesregierung zu erreichen – als auch bei der „Nacht der langen Messer“ (1934). Die preußische Regierungskoalition verlor 1932 ihre Mehrheit im Parlament, aber die reichspräsidentiale Entscheidung, die Regierung durch ein Präsidentenkabinett zu ersetzen, war weder notwendig noch angemessen; die Regierung hätte etwa geschäftsführend weiterregieren können. Erst die reichspräsidentiale Entscheidung erzeugte den „Ausnahmezustand“, der dem Reichspräsidenten ermöglichte, sich einer sozialdemokratisch geführten Regierung zu entledigen. 1934 war der fiktionale und manipulative Charakter des „Ausnahmezustandes“ noch eindeutiger: Die Ermordung vieler parteiinterner oder rechtskonservativer Rivalen des Hitler-Regimes war nicht einmal vom nationalsozialistischen Recht gedeckt, dieser Akt war gerade eine Entscheidung im Schmittschen Sinne, in der der „Souverän“ – in einem *fiktionalen* und *manipulativen* „Ausnahmezustand“ – als *faktische* Macht hervortrat.

Schmitt spielte sowohl 1932 als auch 1934 eine wichtige Rolle. Beim „Preußenschlag“ übernahm er die Verteidigung der reichspräsidentialen Entscheidung vor dem Staatsgerichtshof. (Seiberth 2001) Nach der „Nacht der langen Messer“ verfasste er den berühmt-berüchtigten Artikel „Der Führer schützt das Recht“ (Schmitt 1934), in dem sein Rechtskonzept, das auch seinem Begriff des „Souveräns“ und des „Ausnahmezustandes“ zugrunde lag, noch eindeutiger zum Vorschein kam. Das Recht sei bei Schmitt nichts anderes als der Wille des jeweiligen „Souveräns“, sprich: Es gebe kein Recht, das über dem Willen eines „Führers“ (eines „Souveräns“) stehe. 1932 beschreibt Schmitt noch *in abstracto* den Souverän als „höchste[n] Gesetzgeber, höchste[n] Richter und höchste[n] Befehlshaber zugleich“. (Schmitt 1988, 10) 1934 benennt er schon, wen er damit *in concreto* meint: „Inhalt und Umfang seines Vorgehens bestimmt der Führer selbst.“ (Schmitt 1934, 948) Was Carl Schmitt in seinem Artikel von 1934 formulierte, war die konsequente Anwendung seiner politischen Theologie. Hitler entschied *über den „Ausnahmezustand“*, seine Souveränität schöpfte sich nicht aus der Rechtsordnung (es war keine Entscheidung *im Ausnahmezustand*), sondern aus seinem eigenen Willen. So konnte die faktische Macht des „Souveräns“ aus dem fiktionalen und manipulativen „Ausnahmezustand“ entstehen.

## 7 „Ausnahmezustand“ als Rhetorik

In diesem Sinne ist Carl Schmitt kein Theoretiker eines verfassungsrechtlich und/oder gesetzlich festgelegten Ausnahmezustandes, sondern jener einer unkontrollierten, ungebundenen und ungeteilten politischen Macht, welche sich unter dem *Vorwand eines „Ausnahmezustandes“* der bestehenden Rechtsordnung entledigen kann. Darin besteht das „weltliche Wunder“ der politischen Theologie (Schmitt 1996a, 43), welche „das Zauberstück“ möglich macht, – wie Hans Kelsen schreibt – „aus Nichtrecht Recht, aus einem nackten Machtakt einen Rechtsakt zu deuten“. (Kelsen 1964, 48) In diesem politischen Moment zeige sich die bloße Gewalt, welche zwar allem Recht innewohne, aber das Recht jederzeit beseitigen könne.

Der Schmittsche „Souverän“ zaubert diese Gewalt herbei: Der „Souverän“ erscheint *nicht als Reaktion auf eine tatsächliche Ausnahmesituation*, sondern er erzeugt den „Ausnahmezustand“. Der Schmittsche „Ausnahmezustand“ ist dementsprechend fiktional, er wird nur heraufbeschworen, d.h. „erzählt“, um politische Machtansprüche, denen die Rechtsordnung sowohl in der Normal- als auch der Ausnahmesituation Grenzen setzt, ungebunden und absolut geltend machen zu können.

Der Schmittsche „Souverän“ im „Ausnahmezustand“ unterscheidet sich insofern von einer „souveränen Diktatur“ (Schmitt 1921, 137) nicht wesentlich, nur *in der Selbstdarstellung des handelnden Subjekts*. Ob die „Ordnung“ im „Ausnahmezustand“ durch die souveräne Entscheidung wiederhergestellt oder erst hergestellt wird, hängt dementsprechend nur davon ab, wie sich der „Souverän“ *ex post facto* inszenieren will – als eine revolutionäre oder als eine konservative Kraft. Die Erzählung jeglicher Vorgeschichte (auch jene einer souveränen Entscheidung) ist immer „ein *rückwirkender Vorgang*“, in dem viele Fragen und Aspekte, die eine andere Erklärung nahelegen würden, ausgeblendet werden. (Koschorke 2009, 271, Hervorhebung im Orig.) Der „Ausnahmezustand“ ist das Moment, wo einer ungebundenen politischen Macht gelingt, den Ereignissen ihre Erklärung aufzudrücken – und somit „*iudex in causa sua*“ zu werden. Der Schmittsche „Ausnahmezustand“ stellt insofern keine zeitlich begrenzte und parlamentarisch kontrollierte Ausnahme im Recht dar, sondern einen unbegrenzten und unkontrollierten *Austritt aus diesem*.

## 8 Gegenkonzept: Ausnahmezustand innerhalb der Rechtsordnung

Wenn die Rechtsordnung auf eine *faktische* Notsituation verhältnismäßig reagiert, tritt kein (neuer) „Souverän“ hervor, sondern die Rechtsordnung wendet all ihre „Mittel“ an, die ihr zur Lösung einer Notsituation gesetzlich im Voraus und unter Vorbehalt einer parlamentarischen bzw. gerichtlichen Kontrolle festgelegt zur Verfügung stehen. Der

„Ausnahmezustand“ ist dementsprechend einerseits ein faktisches Ereignis, das effektive und effiziente Lösungen erfordert, andererseits ein juristischer Zustand, in dem die erforderlichen effektiven und effizienten Lösungen – zeitlich und inhaltlich begrenzt – ermöglicht werden, aber im Rahmen der bestehenden Rechtsordnung (unter derselben Verfassung und ihren Prinzipien) verbleiben. (Zwitter 2012, 24) Im juristischen Ausnahmezustand steht nicht ein überpositiver „Staat“ in Gefahr – weil der Staat nichts mehr und nichts anderes ist als die Rechtsordnung –, sondern das Gelten der Rechtsordnung, d.h. ihre Wirksamkeit, ist bedroht und muss im Rahmen der Rechtsordnung geschützt werden. (Koja 1979, 21)

Solange die Not- oder Ausnahmesituation von der Verfassung oder anderen Gesetzen festgelegt ist, stellt die Anwendung der für diese Fälle vorgesehenen Rechtsvorschriften keine souveräne Entscheidung dar. In diesem Sinne besteht kein Unterschied zwischen dem Normal- und dem Ausnahmezustand, weil beide Zustände von derselben Rechtsordnung vorbestimmt sind. (Merkl 1927, 167) In der verfassungsrechtlich (oder in anderen Gesetzen) festgelegten Not- oder Ausnahmesituation, die in vielen Ländern während einer Notsituation aktiviert werden kann, bleibt dieselbe Rechtsordnung gültig, die auch im Normalzustand gilt. Wie Friedrich Koja schreibt: „Der so verstandene Staatsnotstand ist [...] ein Verfassungszustand und kein Zustand der Verfassungslosigkeit“ (Koja 1979, 14), d.h. der Staat als Rechtsordnung sei im Ausnahmezustand „nicht »allmächtig«, sondern nur »mächtiger« oder auf andere Art »mächtig« als im Normalzustand.“ (Koja 1979, 15)

Insofern ist der juristische Ausnahmezustand ein *lex specialis*: Einerseits ist es die Rechtsordnung, die „handelt“, d.h. es tritt kein vorrechtlicher „Staat“ oder „Souverän“ hervor; andererseits ist der „Ausnahmezustand“ eine juristische Reaktion auf eine faktische Lage, d.h. die Regeln, die in einem „Ausnahmezustand“ angewendet werden, befreien die Politik nicht vom Recht. (Zwitter 2012, 32) John Ferejohn und Pasquale Pasquino sprechen von zwei Normsystemen innerhalb derselben Verfassungsordnung: einem für die normale Situation und einem für die Ausnahmesituation (das letztere erfordere nämlich direktere und schnellere Entscheidungen). (Ferejohn / Pasquino 2004, 223) Beide Normsysteme sind jedenfalls Teile derselben Rechtsordnung: Auch ein „Ausnahmenormsystem“ (als *lex specialis*) erlaubt und ermöglicht keine Beseitigung der ganzen Rechtsordnung (als *lex generalis*) im rein politischen Interesse.

## 9 Konklusion

Wie und mit welchem Zweck der „Ausnahmezustand“ konzipiert ist, hängt davon ab, welches Rechtsgut dadurch zu schützen ist. In einem Verfassungsstaat stellt die Normativität ein Rechtsgut dar (Jakab 2005, 329), die in einem

„Ausnahmestand“ nicht beseitigt, sondern gerade angesichts der faktisch vorhandenen Herausforderungen erst recht abgesichert, gewährt werden muss.

Nach dem Rechtspositivismus besteht das Wesen des Rechts in seiner Normativität und dementsprechend ist der Zweck des „Ausnahmestandes“ eine normativ vorbestimmte und kontrollierte Antwort auf normwidrige bzw. abnormale Tatsachen. Im Gegensatz dazu ist der Schmittsche „Ausnahmestand“ nicht die Verteidigung der Normativität (im juristischen Sinne), sondern jene der faktischen Machtlage, die sich mit dem „Ordnungsdenken“ manipulativ und politisch in eine „Normalität“ übersetzen ließ – es ist aber nicht die Normativität des Rechts, sondern die normierende Kraft der außerrechtlichen Politik.

Immer wieder, wenn „Krisen“ behauptet werden, die mit der (Wieder-)Herstellung einer „Ordnung“ gelöst werden müssten, sollten wir uns die möglichen politischen Gefahren der Rhetorik eines „Ausnahmestandes“ bewusst sein. Um die im Titel aufgeworfene Frage zu beantworten: Ja, wir müssen Carl Schmitt lesen – aber nicht um die juristische Situation in einer Ausnahmesituation zu verstehen, sondern um die Gefahren von „Krisen“- und „Ordnungs“-Diskursen zu erkennen.

## 10 Bibliographie

Becker, Malte Johannes 2020, Notverordnung und Decreto-Legge. Der Ausnahmezustand in den Verfassungstraditionen Deutschlands und Italiens, Tübingen.

Ferejohn, John / Pasquino, Pasquale 2004, The law of the exception: A typology of emergency powers, in: International Journal of Constitutional Law 2, 2004/2, S. 210–239.

Frankenberg, Günter 2010, Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand, Frankfurt/M.

Hofmann, Hasso 2002, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, Berlin.

Jakab, András 2005, Das Grunddilemma und die Natur des Staatsnotstandes. Eine deutsche Problematik mit ausländischen Augen, in: Kritische Justiz 38, 2005/3, S. 323–336.

Jakab, András 2015, Staatslehre – Eine deutsche Kuriosität, in: Christoph Schönberger (Hg.), Der „German Approach“. Die Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, mit Kommentaren von Atsushi Takada und András Jakab, Tübingen, S. 75–121.

Jakab, András, Rechtstheoretische Grundlagen des österreichischen Verfassungsdenkens, in: András Jakab (Hg.), Methoden und theoretische Grundfragen des österreichischen Verfassungsrechts. Eine Einführung für Fortgeschrittene, Baden-Baden / Wien, S. 37–70.

Kelsen, Hans 1922a, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, Tübingen.

Kelsen, Hans 1922b, Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie, in: Imago. Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse für die Geisteswissenschaften, 8, S. 97–141.

Kelsen, Hans 1964, Gott und Staat [1923], in: Hans Kelsen, Aufsätze zur Ideologiekritik, hg. von Ernst Topitsch, Neuwied am Rhein, S. 29–55.

Kelsen, Hans 2008, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? [1930/31], in: Hans Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie, hg. und mit einer Einführung und Auswahlbibliographie vers. von Robert Chr. van Ooyen, Tübingen, S. 58–105.

Kelsen, Hans 2019, Allgemeine Staatslehre. Studienausgabe der Originalausgabe 1925, Tübingen / Wien.

Kervégan, Jean-François 2011, *Que faire de Carl Schmitt?*, Paris.

Koja, Friedrich 1979, *Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff*, Salzburg.

Koschorke, Albrecht 2009, *Wie werden aus Spannungen Differenzen? Feldtheoretische Überlegungen zur Konfliktsemantik*, in: Heinz Fassmann / Wolfgang Müller-Funk (Hg.) / Heidemarie Uhl (Hg.), *Kulturen der Differenz. Transformationsprozesse in Zentraleuropa nach 1989*, Göttingen, S. 271–285.

Merkl, Adolf Julius 1927, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin.

Minkinen, Panu 2013, *Political constitutionalism versus constitutional theory: Law, power, and politics*, in: *International Journal of Constitutional Law* 11, 2013/3, S. 585–610.

Rasehorn, Theo 1985, *Das lange Fortleben des NS-Staatsrates Prof. Carl Schmitt*, in: *Die Neue Gesellschaft / Frankfurter Hefte*, 8, S. 741–743.

Salter, Michael G. 2012, *Carl Schmitt. Law as politics, ideology and strategic myth*, Abingdon / New York.

Schmitt [Schmitt-Dorotić], Carl 1921, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München / Leipzig.

Schmitt, Carl 1928, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung [1924]*, in: Carl Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. 2. Aufl., München / Leipzig, S. 213–259.

Schmitt, Carl 1934, *Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934*, in: *Deutsche Juristen-Zeitung*, 01. 08. 1934, S. 945–950.

Schmitt, Carl 1988, *Legalität und Legitimität [1932]*, Berlin.

Schmitt, Carl 1995, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft [1932]*, in: Carl Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, hg. von Günter Maschke, Berlin, S. 71–91.

Schmitt, Carl 1996a, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität [1922]*, Berlin.

Schmitt, Carl 1996b, *Der Hüter der Verfassung [1931]*, Berlin.

Schmitt, Carl 2017, *Verfassungslehre [1928]*, Berlin.

Schröder, Gerhard 1960, in: *Plenarprotokolle des Deutschen Bundestages*, 3. Wahlperiode – 124. Sitzung von 28. 09. 1960, Bonn, S. 7174–7177.

Seiberth, Gabriel 2001, *Anwalt des Reiches. Carl Schmitt und der Prozess „Preußen contra Reich“ vor dem Staatsgerichtshof*, Berlin.

Voigt, Rüdiger 2012, Ausnahmezustand. Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur, in: Rüdiger Voigt, Ausnahmezustand. Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur, Baden-Baden, S. 87–122.

Wiederin, Ewald 2021, Denken vom Recht her. Über den *modus austriacus* in der Staatsrechtslehre, in: Helmut Schulze-Fielitz (Hg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin, S. 293–317.

Zwitter, Andrej 2012, Rechtstheoretische Erläuterungen zur Begrifflichkeit und Theorie des Staatsnotstandsrechtes, in: Andrej Zwitter (Hg.), Notstand und Recht, Baden-Baden, S. 20–46.