



Recht – Gewalt – Gerechtigkeit*

di

Erhard Denninger *

„...da man die Gerechtigkeit nicht hat stark machen können, hat man die Stärke (Gewalt) gerechtfertigt, damit Gerechtigkeit und Stärke (Gewalt) zusammen seien, auf dass es Frieden gebe, welcher das höchste Gut ist.“ (Pascal, Pensées)

I.

Die Reflexion über das Verhältnis von „Staat“, „Macht“, „Gewalt“, „Recht“ und „Gerechtigkeit“ ist so alt wie das Nachdenken über das Zusammenleben der Menschen und den Staat überhaupt. „Zu den tiefsten Einsichten...welche der Mensch von seinem Wesen gewonnen hat,“ zählt Georg Jellinek die, welche Aristoteles in seiner „Politik“ festgehalten hat: „Wie der Mensch, wenn er im Staat seine Vollendung findet, das beste unter allen Geschöpfen ist, so ist er losgelöst von Gesetz und Recht das allerschlimmste. Ist ja gerüstetes Unrecht das gefährlichste. Und der Mensch ist geschaffen mit einer Rüstung zu Einsicht und Tugend, kann dieselbe jedoch gar leicht zum Gegenteil gebrauchen; deshalb ist er auch ohne Tugend das wildeste und ruchloseste Geschöpf, schlimmer als alle anderen in Unzucht und Völlerei. Die Gerechtigkeit nun aber (der Gegensatz zu jenem gefährlichen Unrecht) ist an den Staat gebunden; denn das Recht ist nichts als die Ordnung der staatlichen Gemeinschaft, und es bestimmt seine Entscheidung nach dem Begriff der Gerechtigkeit.“¹

* Il presente saggio è già pubblicato nella Rivista *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)*, Vol. 104, Heft 2, pp. 145 ss.

Il presente lavoro non è sottoposto a referaggio cieco in considerazione della chiara fama di cui gode lo Studioso.

* Professore emerito di Diritto costituzionale presso l'Università degli studi “J.W. v.Goethe” – Francoforte sul Meno.

¹ Aristoteles, *Politik*, I, 2., 1253 a, a. E. Zitiert nach Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 6. Neudruck der 3. Aufl. Darmstadt 1959, S. 227 f.

Im Folgenden geht es primär weder um das Verhältnis von Recht und Moral (Tugend) noch um die inhaltlichen Beziehungen zwischen „positivem“ Recht und Gerechtigkeit. Im Zentrum der Fragestellung steht vielmehr das Problem, mit dem sich schon Blaise Pascal, noch Zeitgenosse des Dreißigjährigen Kriegs, abgequält hat, mit der Frage nämlich, wie man es erreichen kann, dass das Recht oder die Gerechtigkeit (la justice) mächtig, durchsetzungsstark, „wirksam“ sei, oder, anders herum, dass ‚Macht‘ und ‚Gewalt‘ (la force) „gerecht“ seien, auf dass Frieden erreicht werde.² Juristen, Staatsrechtslehrer zumal, Soziologen, Rechtsphilosophen und Philosophen haben hierzu sehr unterschiedliche Antworten präsentiert, so dass die Frage naheliegt, ob sich aus der Analyse der Differenzen ein Mehr an Einsicht gewinnen lässt.

Ich beginne mit dem Rechtsphilosophen *Gustav Radbruch*, dem Neukantianer (südwestdeutscher Schule) in der Hoffnung, dass die bei ihm zu erwartende deutliche gedankliche Trennung der Sphären des Seins (des Seienden) und des Sollens auch zu größerer Klarheit hinsichtlich des Verhältnisses *Recht/Gewalt* führen könnte. Recht ist für Radbruch „die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.“³ In der Idee des Rechts müssen drei einander fordernde „Elemente“ oder „Bestandteile“ zum Ausdruck kommen, die jedoch einander zugleich auch antinomisch widersprechen: die *Gerechtigkeit*, die *Rechtssicherheit* und die *Zweckmäßigkeit*.⁴ Während aber die Zweckmäßigkeit nur „relativistisch“ in Bezug auf die jeweils miteinander im Streit liegenden Rechts-, Staats- und Parteauffassungen festgestellt werden kann, sollen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit „[a]llgemeingültige Elemente der Rechtsidee“ darstellen. Und – das ist bemerkenswert – im Widerstreit dieser beiden Elemente soll die Rechtssicherheit Vorrang erhalten. Sie ist die erste, große Aufgabe des Rechts, nämlich „die Ordnung, der Friede“. „Daß dem Streite der Rechtsansichten ein Ende gesetzt werde, ist wichtiger, als daß ihm ein *gerechtes* und *zweckmäßiges* Ende gesetzt werde, das Dasein einer Rechtsordnung wichtiger als ihre Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit.“⁵ Rechtssicherheit ist nur zu bewirken durch positives, gesatztes Recht, „das positive Recht aber will gelten ohne Rücksicht auf seine Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit.“ Diesen so rigorosen Rechtspositivismus der

² Blaise Pascal, 1623 – 1662, *L'Œuvre*, hrsg. von J.Chevalier, Bruges 1950, Pensées Nr. 238, Zählung nach Brunschwig Nr. 299, nach Zierlein (deutsch 1997) Nr. 147

³ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl. hrsg. v. Erik Wolf, Stuttgart 1956, 123

⁴ Ders., ebenda, 168 ff., auch zum Folgenden.

⁵ Ders., ebenda, 169, Hervorh. i.O.

„Rechtsphilosophie“ von 1932, die freilich nach 1945 und bis heute noch mehrere Auflagen erlebt hat, konnte Radbruch unter dem erschütternden Eindruck des in Gesetzesform gegossenen Unrechts der NS-Gewaltherrschaft nicht aufrechterhalten. Schon 1946 entwickelt er unter dem Titel „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“⁶ – ein Titel, der, wörtlich genommen, als doppelte, als totale Absage an den Positivismus verstanden werden kann – seine neue, als „Radbruch’sche Formel“ berühmt gewordene Sichtweise des Verhältnisses von Macht (Gewalt, Rechtssicherheit) und Recht (Gerechtigkeit).

Der Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit sei dahin zu lösen, „daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“⁷ Eine genauere Bestimmung dieses Grenz-Maßes hält Radbruch selbst für unmöglich, hingegen meint er, eine weitere Kategorie gesetzesförmlichen „Rechts“ grenzscharf bilden zu können: Wenn die *Gleichheit* bei der Setzung positiven Rechts „bewusst verleugnet“ wird, dann soll das Ergebnis, das Gesetz, nicht nur „unrichtiges Recht“ sein, „vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur“, ist dann also nicht nur „gesetzliches Unrecht“, sondern gesetzesförmliches *Nicht-Recht*. Radbruch hat dabei große Teile der NS-Gesetzgebung im Auge, beispielsweise die Nürnberger „Rassengesetze“ von 1935.⁸

Hier interessiert es nicht, ob Radbruch mit seiner Unterscheidung von „richtigem“ und „unrichtigem“ Recht noch eine weitere selbständige Kategorie bilden wollte oder ob „unrichtiges Recht“ immer dann vorliegt, wenn es die Anforderungen eines der drei antinomischen Rechtswerte verfehlt. Vielmehr fordert im Rahmen unserer Problematik der Wandel Aufmerksamkeit, den Radbruch im Verhältnis der Begriffe „Rechtssicherheit“ und „Gerechtigkeit“ vollzieht. Während beide Begriffe in der „Rechtsphilosophie“ von 1932 in schroffem Gegensatz zueinander gesehen werden – denn die von der Rechtssicherheit geforderte „Positivität“ des Rechts verlangt dessen Geltung ohne Rücksicht auf Gerechtigkeit oder Zweckmäßigkeit⁹ – versucht die „Vorschule“ von 1948 eine Annäherung beider Kategorien. Da die Rechtssicherheit (nicht etwa die Gerechtigkeit!) die *gleichmäßige* Anwendung auch des unrichtigen positiven Rechts erfordere, kann Radbruch die Rechtssicherheit als „eine Form der Gerechtigkeit“

⁶ Ders., *Süddeutsche Juristenzeitung* Nr. 5, August 1946, 107

⁷ Ders., Text zitiert nach Radbruch, *Gesamtausgabe Band 3*, Rechtsphilosophie III, bearb. von W. Hassemer, Heidelberg 1990, 89

⁸ S. etwa Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, (1948), § 36, in: *Rechtsphilosophie III*, 226
⁹ S. N. 3, 170

bezeichnen und sodann den Widerspruch von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zu einem „Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst“ erklären.¹⁰ Diese ‚Umordnung‘ der Kategorien sichert dem positiven Recht den Geltungsvorrang, abgesehen von den extremen Fällen eines „unerträglichen“ Maßes an Ungerechtigkeit. „In der Regel aber wird die Rechtssicherheit, die das positive Recht gewährt, eben als *eine mindere Form der Gerechtigkeit*, die Geltung auch ungerechten positiven Rechts rechtfertigen.“¹¹

In der ‚Lösung‘ der Antinomie, welche Radbruch anbietet, mag eine Portion Weisheit des Rechtspraktikers, immerhin als Reichsjustizminister (1921/22 und 1923), Ausdruck finden, den Theoretiker vermag sie schon deshalb nicht zu befriedigen, weil sie nicht angeben kann, wo die Grenze des noch „erträglichen“ Unrechts, damit aber auch die Grenze zwischen der Herrschaft des Rechts und der der Gewalt verläuft.

Neuerdings ist die Kontroverse darüber wieder entflammt, ob *Radbruch* nach 1946 mit seiner „Unerträglichkeitsformel“ nicht doch etwa eine „naturrechtliche Wende“ seines bis dahin „wertrelativistischen“ Denkens vollzogen habe.¹² Die Neuauflage des alten Streites bringt kaum etwas Neues und ist für unsere Fragestellung unergiebig. Die Rekonstruktion der Position Radbruchs über die Kategorien ‚Naturrecht‘ oder ‚Positivismus‘ ist, wie Frommel zutreffend bemerkt,¹³ verfehlt. Ebenso verfehlt ist, wie Ralf Dreier und Stanley L. Paulson schon 1999 festgestellt haben, die Annahme einer „grundsätzlichen Kehre“.¹⁴ Lediglich einen „Wandel der Akzentuierung“ der drei Bestandteile der Rechtsidee beobachtet Winfried Hassemer: „Leitbild in der ‚Rechtsphilosophie‘ ist eher die Rechtssicherheit, Leitbild der späteren Schriften, besonders nach 1945, ist eher die Gerechtigkeit“, aber nirgendwo gebe Radbruch die Meinung auf, dass jeder der drei Bestandteile der Rechtsidee der jeweils anderen beiden bedürfe.¹⁵ Und Erik

¹⁰ Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, s. N. 8, § 10, 150

¹¹ Ders., ebenda, 150. Hervorh. nicht im Original.

¹² Vgl. Monika Frommel, *Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit*, JZ 2016, 913 ff. Frommel verneint eine solche „Kehre“ oder „Wende“. Dazu kritische Erwiderungen von J. Braun, JZ 2017, 451 ff., A. Hollerbach, JZ 2017, 455 ff., B. Rütters, JZ 2017, 457 ff., Schlusswort von M. Frommel, JZ 2017, 460 ff.

¹³ Frommel, JZ 2017, 462.

¹⁴ Dreier/Paulson, *Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs*, in: G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Studienausgabe, Heidelberg 1999, 235 ff., 244

¹⁵ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie III*, Gesamtausgabe Band 3, Heidelberg 1990, Einführung von Winfried Hassemer, 14 f. Hassemer verweist besonders auf einen „kostbaren Text“ Radbruchs von 1934: *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie*, wo Radbruch die Ideen der Menschenrechte, sowie Rechtsstaat, Gewaltenteilung, Volkssouveränität, Freiheit und Gleichheit, die Ideen von 1789 als die „unzerstörbare Grundlage“ bezeichnet, „von der man sich entfernen kann, aber zu der man immer zurückkehren muss.“ S.17 ff.

Wolf, Herausgeber der Rechtsphilosophie ab der 4. Auflage 1950, findet für diese Dreiheit ein treffendes Bild: „Der Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit, erschien ihm als Gespräch der Gerechtigkeit mit sich selbst, als eine unaufhebbare reale Daseinsspannung allen Rechts – wenn man so will, als die wesenhafte Paradoxie allen Rechts.“¹⁶

II.

Rechtssicherheit als erstrangige Aufgabe des *positiven Rechts* ist komplexer Natur und jedenfalls in dreierlei Hinsicht zu verwirklichen: als *Erkenntnisgewissheit* der Rechtsnormen, als *Durchsetzungsgewissheit* und als (individuelle) *Rechtsschutzsicherheit*.¹⁷ Während die Forderung der Erkenntnisgewissheit jedem praktisch arbeitenden Juristen in Gestalt des Grundsatzes der Normenbestimmtheit und Normenklarheit sowie in den Maximen der juristischen ‚Auslegungskunst‘ begegnet, während die Rechtsschutzsicherheit auf einer Vielzahl von verfahrensrechtlichen und entsprechenden institutionellen Voraussetzungen beruht, betrifft die Frage der Durchsetzungsgewissheit unmittelbar das Verhältnis von *Recht* und *Macht/Gewalt*. Positives Recht gilt (nur) dann, „wenn es sich wirksam durchzusetzen vermag, weil es nur dann Rechtssicherheit zu gewähren vermag.“¹⁸ Nur dann kann es den (innerstaatlichen) Frieden zwischen allen Streitparteien herstellen und garantieren, nur dann kann es eine befriedete soziale *Ordnung* anstelle blutiger Bürgerkriegsverhältnisse einrichten. Ein Blick auf die täglichen Nachrichten etwa aus dem Nahen Orient genügt zur Belehrung, dass dieses Friedens-Problem seit den Tagen eines Thomas Hobbes oder eines Blaise Pascal bis heute fortbesteht.

Eine Frieden schaffende rechtliche Ordnung kann sich als solche nur als eine einheitliche, als *einzig*, durchsetzen. Das war jedenfalls spätestens seit dem Westfälischen Frieden (1648) die in dem Gedanken der absoluten, territorial gebundenen landesherrlichen Souveränität ausgedrückte herrschende Vorstellung. Für die folgenden drei Jahrhunderte war damit die (vielleicht nur

heuristisch sinnvolle) Frage nach dem historisch-genetischen wie auch die nach dem logischen Prius zwischen gewaltgestützter sozialer Machteinheit einerseits

¹⁶ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl. hrsg. v. Erik Wolf, Stuttgart 1956, Einleitung des Hrsg. 72

¹⁷ Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Konsequenzen im Einzelnen: Denninger in Lisen/Denninger/Rachor (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 5. Aufl. 2012, Kap. B. Rdn. 53 ff.

¹⁸ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. N. 3, 180

und Rechtseinheit = Verfassung andererseits beantwortet: Das „monarchische Prinzip“, religiös-ideologisch überhöht durch die Idee des Gottesgnadentums, legitimierte die Herrschaft des *einen, souveränen* Fürsten, die als *summa potestas* oder *maiestas* auch als *legibus solutus*, also als absolut gegenüber allen weltlichen Gesetzen gedacht wurde.¹⁹ Die *puissance souveraine* trug als solche begriffsnotwendig Monopolcharakter, in erster Linie als *Gewaltmonopol*, daraus hervorgehend sodann als *Rechts(setzungs)monopol*.²⁰

Die nächsten Schritte der Jahrhunderte währenden Entwicklung des modernen europäischen Rechts- und Verfassungsstaates führten von der Ablösung der Inhaberschaft des Herrschaftsmonopols von der Person des Fürsten hin zur Übertragung auf den als künstliche Person gedachten Staat. Die Einzelheiten dieses komplexen Prozesses sind hier nicht darzustellen.²¹

Hier interessiert in Ansehung der allmählichen Ausdifferenzierung und „Konstitutionalisierung“ (Verrechtlichung durch eine „Verfassung“) der „Staatsgewalt“ vielmehr, welche Vorstellungen über die Grundbeziehung zwischen Recht und Gewalt/Macht zum Tragen kamen.

Zwei Namen, so scheint es, dürfen dabei auch heute noch in keiner Darstellung des Problems fehlen: der des Soziologen und Ökonomen *Max Weber* (etwa: Politik als Beruf, 1919) und der des Staatsrechtlers *Carl Schmitt* (etwa: Politische Theologie, 1922/1934).²² Selten oder gar nicht erscheint hingegen der Name des Zivilrechtlers *Rudolph v. Jhering* (1818 – 1892), des Stammvaters der modernen Zweck- oder „Interessenjurisprudenz“. In betonter Abkehr von der „überkommenen juristischen und rechtsphilosophischen Auffassung“ hebt er schon 1877 die Bedeutung der *Gewalt* im Verhältnis zum *Recht* in historischer wie in normativer Hinsicht hervor.²³ Es klingt wie eine Vorwegnahme des Schmitt'schen Dictums über den Ausnahmezustand,²⁴ wenn Jhering für den Fall eines lebensbedrohenden „politischen Notstandes“ meint, „die Gewalt opfert das Recht und rettet das Leben. Es sind die *rettenden Taten* der Staatsgewalt.“²⁵ Im Augenblick der Aktion

¹⁹ Epocheprägend: Jean Bodin, *Les six livres de la République*, 1576, Paris 1583, Buch I, Kap. 8. Dazu vor allem: Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band I, München 1988, 172 ff.

²⁰ „souverain“ geht zurück auf „superanus“ (mittellat.), überlegen, zu höchst sein.

²¹ Für die Entwicklung in Deutschland von 1800 – 1914 ist hinzuweisen auf M. Stolleis, s. N. 19, Band II, München 1992.

²² Man vgl. nur einmal die Häufigkeit der Zitierung beider Autoren bei Ch. Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015.

²³ R. v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, 1877, 4. Aufl., 1. Band Leipzig 1904, 196

²⁴ C. Schmitt, *Politische Theologie*, 1934, 11: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.“

²⁵ v. Jhering, s. N. 23, 195, Hervorh. i. O. Auch z. Folgenden.

verbreiten sie „Schrecken und Entsetzen“ und werden von den „Männern des Rechts als sträflicher Frevel gegen die Heiligkeit des Rechts gebrandmarkt.“ Aber das maßgebende, endgültige Urteil fälle, gemäß dem Erfolg oder Misserfolg, das „Tribunal der Geschichte“, das von allen Völkern als höchste Instanz anerkannt werde. Der Maßstab des Juristen, das positive Recht, sei „abzulösen“, weil er „zwar für die normalen Verhältnisse, denen er entnommen ist“, zutreffe, „nicht aber für ungewöhnliche Verhältnisse, auf die er von vornherein nicht bemessen ist und nicht bemessen werden konnte.“ Vielmehr sei es „das Ausnahmsrecht der Geschichte, wodurch das Bestehen des Rechts als Regel praktisch ermöglicht wird, das sporadische Auftauchen der Gewalt in ihrer ursprünglichen geschichtlichen Mission und Funktion als Begründerin der Ordnung und Bildnerin des Rechts.“²⁶ Mehr als vier Jahrzehnte später behauptet *Walter Benjamin*, Rechtsetzung sei Machtsetzung „und insofern ein Akt von unmittelbarer Manifestation der Gewalt.“²⁷ Jhering begnügt sich schließlich mit einer Gleichordnung von Recht und Gewalt. Diese sei im Verhältnis zu jenem kein „willenloses Geschöpf“, keine unselbständige Dienerin, zwischen beiden herrsche nicht „das Verhältnis zwischen Herrn und Diener, sondern zwischen zwei Ehegatten, die, um in Eintracht zu leben, gegenseitig auf sich Rücksicht nehmen müssen.“²⁸

Die Frucht dieser „ehelichen“ Verbindung – um in Jherings schiefem biosoziologischen Bild zu bleiben – ist die souveräne *Staatsgewalt*. Sie erfordert den „durch den Zweck des Staates selber gegebene(n)“ „Besitz der höchsten, jeder andern Macht innerhalb des Staatsgebietes überlegenen Gewalt.“²⁹ Der Staat sei damit der berufene und einzige Inhaber der sozialen Zwangsgewalt: „das Zwangsrecht bildet das *absolute Monopol* des Staates“; dieser „ist die einzige Quelle des Rechts, denn Normen, welche ...nicht erzwungen werden können, sind keine *Rechtssätze*.“³⁰

Bemerkenswert, nicht allein als Zeugnis spätabolutistischen „konstitutionellen“ Denkens, sind die Argumente, mit denen v. Jhering die Möglichkeit der Begründung und Aufrechterhaltung einer stabilen, überlegenen, eben souveränen

²⁶ Den Gedanken der Ermöglichung der Regel durch die Ausnahme formuliert C. Schmitt (*Politische Theologie*, 1934, 22) so: Die Ausnahme „bestätigt nicht nur die Regel, die Regel lebt überhaupt nur von der Ausnahme.“ Und Giorgio Agamben, der Schmitt zitiert, meint: „Deshalb muß die Behauptung, dass die Regel [...] überhaupt nur von der Ausnahme ‚lebt‘, buchstäblich genommen werden. Das Recht lebt von nichts anderem als dem Leben, das es durch die einschließende Ausschließung der *exceptio* in sich hineinzunehmen vermag“, Agamben, *Homo sacer*, 2002, 37. Dazu s. u.

²⁷ W. Benjamin, Zur Kritik der Gewalt, (1920 ?/21), in *Angelus Novus*, Frankfurt 1966, 42 ff., 61

²⁸ v. Jhering, wie N. 23

²⁹ v. Jhering, s. N. 23, 242

³⁰ Ders., ebenda, 247. Hervorh. i. O.

Machtposition der Staatsgewalt auch gegenüber einer numerisch weit stärkeren Gegenposition der Bevölkerungsmehrheit begründet. Denn „die Erfahrung aller Zeiten hat...bewiesen, daß die Staatsgewalt nahezu die ganze Bevölkerung gegen sich haben und gleichwohl imstande sein kann, ihre Machtposition zu behaupten.“ Zwei Momente seien hier ausschlaggebend: „die Organisation der Macht in den Händen der Staatsgewalt und die moralische Macht des Staatsgedankens.“ Die letztere beschreibt er als „Einsicht in die Notwendigkeit der staatlichen Ordnung, den Sinn für Recht und Gesetz, die Angst vor der mit jeder Störung der Ordnung verbundenen Bedrohung der Person und des Eigentums, die Furcht vor der Strafe.“³¹ Wichtiger als diese Aufzählung der psychologischen Elemente des bourgeoisen (Rechts)Sicherheitsbedürfnisses ist sein Hinweis auf die Überlegenheit der *organisierten* Macht über die *unorganisierte*. Dieser Gedanke begegnet uns rund einhundert Jahre später wieder in *Hannah Arendts* Analyse des Phänomens ‚Macht‘. „Eine zahlenmäßig kleine, aber *durchorganisierte* Gruppe von Menschen kann auf unabsehbare Zeiten große Reiche und zahllose Menschen beherrschen, und es ist historisch nicht allzu selten, dass kleine und arme Völker den Sieg über große und reiche Nationen davontragen.“³² Aber anders als v. Jhering, der zwischen der ‚Macht‘ und der ‚Gewalt‘ (der Staatsgewalt) keinen deutlichen Unterschied macht, erkennt Arendt beide als „ganz verschiedenartige Phänomene“, obwohl sie zumeist zusammen auftreten.³³ Mehr noch: Macht und Gewalt sind nicht nur verschieden, sondern *Gegensätze*. „Wo die eine absolut herrscht, ist die andere nicht vorhanden.“³⁴ Macht ist, so Arendt, im Unterschied zur Gewalt und zu den Mitteln, deren diese bedarf, nicht „materiell“ und auch nicht „instrumental“, vielmehr ist sie eine aus „dem handelnden und sprechenden Miteinander der Menschen“³⁵ entstehende, aktualisierbare, aber auch leicht wieder vergehende *Potenz*, die nicht, wie physische (Gewalt)-Ressourcen, einfach gespeichert, besessen, gemessen und abgerufen werden kann. Sie ist, und das erklärt ihre relative Unabhängigkeit von materiellen Faktoren, eine besondere, freilich durchaus ‚organisierbare‘ Art der *Kommunikation*, und ist deshalb stets an eine Gruppe (im Verein mit oder im Gegensatz zu anderen Gruppen) gebunden.

H. Arendt insistiert auf dem Gegensatz und Unterschied von Macht und Gewalt. Zwischen ihnen „gibt es keine quantitativen oder qualitativen Übergänge; man kann weder die Macht aus der Gewalt noch die Gewalt aus der Macht ableiten,

³¹ Ders., ebenda, 248 f. und 245

³² H. Arendt, *Vita activa oder Vom tätigen Leben*, München 7. Aufl. 1992, Neuausgabe 1981, 193 ff., 194. Hervorh. nicht i. O.

³³ Dies., *Macht und Gewalt*, München 1970, 1993, 53

³⁴ Dies., ebenda, 57

³⁵ Dies., *Vita activa*, 193

weder die Macht als den sanften Modus der Gewalt noch die Gewalt als die eklatanteste Manifestation der Macht verstehen.“³⁶

III.

Eine derartig *dichotomische* Betrachtung der Beziehung von Macht und

Gewalt hat seit langem reichlich und heftig Kritik erfahren, vor allem, aber nicht nur von soziologischer Seite. Die lange Reihe der Historiker, Sozialphilosophen und Soziologen, die nach dem Motto „Im Anfang war die Gewalt“ für die Begründung wie für den Fortbestand einer sozialen Ordnung auf ein Zusammenwirken von (physischer) Gewaltsamkeit und Machtausübung setzen, reicht, um nur wenige Namen seit dem 19. Jahrhundert zu nennen, von *Jacob Burckhardt*³⁷ und *Max Weber*³⁸ über *Theodor Litt*³⁹ und *Heinrich Popitz*⁴⁰ bis zu *Wolfgang Sofsky*⁴¹, *Étienne Balibar*⁴², *Giorgio Agamben*⁴³ und *Jan Philipp Reemtsma*⁴⁴.

Angesichts dieser Problemlage drängt sich die Frage auf, ob *Hannah Arendt* für ihre „Außenseiterposition“ besondere Gründe oder Motive geltend machen kann. Man nähert sich der Antwort, wenn man die fundamentale Bedeutung in Betracht zieht, welche Arendt dem Begriff der ἀρχή, also des Anfangs, des Ursprungs und des ‚Prinzips‘ zuerkennt.⁴⁵ Während sie kritisch feststellt, noch keine politische Philosophie habe sich wesentlich mit der Bedeutung des Anfangs des *individuellen* Menschseins, mit seiner „Gebürtlichkeit“ auseinander gesetzt, legt sie bezüglich der Anfänge *kollektiver* menschlicher Existenz(en), also etwa auch der Staatsgründungen, einen tiefeschürfenden Vergleich der Französischen und der Amerikanischen Revolution vor, „On Revolution“. Dabei stößt sie scheinbar unausweichlich auf die Ursprungslegenden: Kain erschlug Abel, Romulus erschlug

³⁶ Dies., *Macht und Gewalt*, 58

³⁷ J. Burckhardt, z.B. *Die Kultur der Renaissance in Italien*, Wien o.J., Der Staat als Kunstwerk, 50. Ders., *e Weltgeschichtliche Betrachtungen*, 2. Kap., 1. Der Staat, Stuttgart 1978, 32: „a) die Gewalt ist wohl immer das Prius. Um ihren Ursprung sind wir nie verlegen, weil sie durch die Ungleichheit der menschlichen Anlagen von selbst entsteht.“

³⁸ M. Weber, *Politik als Beruf*, Köln 2014, 6

³⁹ Th. Litt, *Staatsgewalt und Sittlichkeit*, München 1948, 45 f.

⁴⁰ H. Popitz, *Phänomene der Macht*, 2. Aufl., Tübingen 1992, 48, 63

⁴¹ W. Sofsky, *Traktat über die Gewalt*, Frankfurt 1996, 25

⁴² É. Balibar, *Der Schauplatz des Anderen*, Hamburg 2006, 264 ff., 280

⁴³ G. Agamben, *Homo sacer*, Frankfurt 2002, 190

⁴⁴ J.P.Reemtsma, *Vertrauen und Gewalt*, Hamburg 2008, 140, 168. Alle Seitenangaben in den vorstehenden Fußnoten (37 – 43) stehen nur beispielhaft für die jeweilige Position.

⁴⁵ H. Arendt, z.B.: *Über die Revolution*, München 1974, 274; zur „Natalität“: *Vita activa*, München 1981, 14 ff.

Remus. Kein Anfang scheint ohne Gewaltsamkeit möglich; Jahrhunderte hindurch tradierte die Legende, biblisch wie klassisch: „Am Anfang aller Brüderlichkeit steht der Brudermord, am Anfang aller politischen Ordnung steht das Verbrechen.“⁴⁶

An diesem Punkt vollzieht Hannah Arendt jedoch den entscheidenden Schritt, mit dem sie sich von dem tradierten Gründungsmuster *Gewalt-Macht-Ordnungs-Rechtsordnung* löst. Am Beispiel der Amerikanischen Revolution erkennt sie die Möglichkeit des Abschieds von den gewalttätigen Ursprungslegenden. Während die Französische Revolution, mit den Worten Hegels, die Herrschaft der Tugend und des Schreckens und damit die fürchterlichste Tyrannei gebracht habe,⁴⁷ konnten es die amerikanischen Revolutionäre „an revolutionärem Geist mit jedem ihrer europäischen Kollegen aufnehmen, aber sie wurden Gründer; sie wurden nicht der Spielball von Ereignissen und Umständen, von blindwütenden Kräften,...“⁴⁸ Zu den Fundamenten des neuen Gemeinwesens (der Vereinigten Staaten) gehörte das „Prinzip wechselseitigen Versprechens und gemeinsamen Beratens.“ Und Arendt pflichtet der Feststellung *Alexander Hamiltons* bei, das amerikanische Volk habe im positiven Sinne die wichtige Frage beantwortet, „whether societies of men are really capable or not of establishing good government from reflection and choice, or whether they are forever destined to depend for their political constitutions on accident and force.“⁴⁹ Ob der Gegensatz der beiden großen Revolutionen von Arendt historisch „richtig“ gesehen und bewertet wird, spielt in unserem Zusammenhang keine Rolle. Entscheidend ist die prinzipielle Anerkennung der Möglichkeit einer Herrschafts- oder Staatsgründung nicht allein aus dem Geist der Gewalt.

IV.

Mit der scharfen begrifflichen Trennung von „Macht“ und „Gewalt“, wie Hannah Arendt sie entwickelt hat, haben wir einen Sprung aus der Endzeit des monarchischen Konstitutionalismus in die zweite Hälfte des vorigen Jahrhunderts gewagt. Dazwischen liegen zwei Weltkriege, der Übergang von einem durch die vererbliche preußische Königskrone vermittelten Erbkaisertum⁵⁰ in die

⁴⁶ Dies., *Über die Revolution*, 1974, 21

⁴⁷ G. W. F. Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, *Theorie Werkausgabe Band 12*, 533

⁴⁸ H. Arendt, *Über die Revolution*, 1974, 275.

⁴⁹ A. Hamilton, *The Federalist Papers*, The Federalist No. 1, 1966, S. 1. Arendt, wie N. 48.

⁵⁰ Vgl. Art. 11 Verf. des Deutschen Reichs vom 16. 4. 1871 und Art. 53 PreußVerf vom 31. 1. 1850.

demokratische „Weimarer“ Republik, in die totalitäre Diktatur des Nationalsozialismus, in die Herrschaft der Besatzungsmächte nach 1945 bis hin zur Zweistaatlichkeit von Bundesrepublik West und DDR (Ost).

Und die neue Einheit Deutschlands seit 1990 nach der „friedlichen Revolution“ in der DDR 1989 – Hannah Arendt hat sie nicht mehr erlebt – ist in die weitere Betrachtung einzubeziehen.

So wechsellvoll die hier in Erinnerung gerufene deutsche Geschichte der letzten etwa einhundert Jahre für die sie erlebenden Zeitgenossen allemal und für die Verfassungsrechtler insbesondere war, so erstaunlich ist andererseits die zu beobachtende Kontinuität, ja Konstanz wichtiger Grundannahmen der Staatstheoretiker, ungeachtet aller positivrechtlichen Umbrüche. Dies betrifft zum einen die Präferenz des *Identitätsgedankens*, der die Identität des Deutschen Reiches als einer juristischen Person seit der Bismarckschen Reichsgründung bis auf den heutigen Tag postuliert. Den vielfältigen praktisch-politischen wie rechtlichen Gründen für die Stärke dieses Identitätsdenkens ist hier nicht nachzugehen.⁵¹ Die andere erstaunliche Kontinuität betrifft die Zuordnung und das Verhältnis der Begriffe *Macht, Gewalt, Staat*, und Staatsgewalt. Schon Rudolph v. Jhering hatte, wie gezeigt, dem Staat das „absolute Monopol“ auf das „Zwangsrecht“ zugesprochen. Doch bedurfte es der systematischen Begriffsarbeit eines *Max Weber*, um auf diesem Feld auch juristisch verwertbare Kategorien zu bilden. Weber gehörte zu den zahlreichen Intellektuellen in Europa, die 1914 den Ausbruch des (Welt)Kriegs begrüßten. Er nennt ihn mehrmals „groß und wunderbar.“⁵² Vier Jahre später, im ersten Nachkriegswinter 1918/1919 hält er dann vor Münchener Studenten seinen berühmten Vortrag „Politik als Beruf“. Da zitiert er nicht nur, voll zustimmend, Leo Trotzki's dictum „Jeder Staat wird auf Gewalt gegründet“, sondern er nimmt die „Gewaltsamkeit“ als entscheidendes Definitionsmerkmal des Staates an: „Staat ist diejenige menschliche Gemeinschaft, welche innerhalb eines bestimmten Gebietes - ... - das *Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit* für sich (mit Erfolg) beansprucht.“⁵³ Und: „Gewaltsamkeit ist natürlich nicht etwa das normale oder einzige Mittel des Staates – davon ist keine Rede -, wohl aber das ihm spezifische.“ Diese Definition des Staates durch ein spezifisches *Mittel*, nämlich die monopolartige (und erfolgreiche) Inanspruchnahme legitimen physischen

⁵¹ Noch heute sind die Ausführungen lesenswert, mit denen Gerhard Anschütz die rechtliche Identität des Bismarck-Reiches mit der Weimarer Republik trotz der Revolution 1918 belegt, vgl. seinen Kommentar : *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, Nachdruck 1960 der 14. Aufl. von 1933, 3 ff., 8 ff., 31 ff.

⁵² Vgl. J. Kaube, *Max Weber, Ein Leben zwischen den Epochen*, Berlin 2014, 350 und die Nachweise dort 464.

⁵³ M. Weber, *Politik als Beruf*, Köln 2014, (Erstveröff. 1919) , 7. Hervorh. im O. Zum Folgenden: 6

Zwanges oder legitimer Gewaltsamkeit, hat Weber vielfach wiederholt; sie gehört zum Kern seiner Begriffsbildung.⁵⁴

„Der Appell an die nackte Gewaltsamkeit der Zwangsmittel“ als Wesensmerkmal, als entscheidendes Definiens des Staates⁵⁵ : Der Gegensatz dieser Position Max Webers zu derjenigen von Hannah Arendt könnte nicht größer sein. Hatte diese doch gerade resümiert: „Macht gehört in der Tat zum Wesen aller staatlichen Gemeinwesen, ja aller irgendwie organisierten Gruppen, Gewalt jedoch nicht.“ Gewalt kann auch die größte Macht vernichten, „aus den Gewehrläufen kommt immer der wirksamste Befehl, der auf unverzüglichen, fraglosen Gehorsam rechnen kann. *Was niemals aus den Gewehrläufen kommt, ist Macht.*“⁵⁶ Zu Recht betont Jürgen Habermas⁵⁷ den entscheidenden Unterschied im Machtbegriff beider Autoren: Während für Weber *Macht* „jede Chance“ bedeutet, „innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht,“⁵⁸ „entspricht“ *Macht* für H. Arendt „der menschlichen Fähigkeit, nicht nur zu handeln oder etwas zu tun, sondern sich mit anderen zusammenzuschließen und im Einvernehmen mit ihnen zu handeln.“ Über sie „verfügt niemals ein Einzelner; sie ist im Besitz einer Gruppe und bleibt nur solange existent, als die Gruppe zusammenhält.“⁵⁹ Sie ist eine „Potentialität“⁶⁰ der Kommunikation, des *gemeinsamen* Handelns, nicht primär, wie bei Weber, der Willensdurchsetzung *gegen* einen *widerständigen* Anderen.

Dass nach dem Ende oder Beinahe-Ende eines Weltkrieges⁶¹ die Ideen des Pazifismus hochfliegen und Gehör verlangen, ist nicht erstaunlich. Sowohl der Genfer Völkerbund, der im Januar 1920 gegründet worden war, als auch die „Vereinten Nationen“ von 1945 proklamierten als ihr Ziel, „künftige Geschlechter

⁵⁴ Vgl. etwa: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4. Aufl., 1. Halbband, Tübingen 1956, Kap. 1, § 17, 29, oder:

Richtungen und Stufen religiöser Weltaflehnung, zuerst in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 41. Band, 387 ff., wiederveröff. in: M. Weber, *Soziologie * Weltgeschichtliche Analysen * Politik*, hrsg. von J. Winkelmann, Stuttgart 1956, 441 ff., 453: „Der Appell an die nackte Gewaltsamkeit der Zwangsmittel nach außen nicht nur, sondern auch nach innen ist jedem politischen Verband schlechthin wesentlich. Vielmehr: er ist das, was ihn für unsere Terminologie zum politischen Verband erst macht: der „Staat“ ist derjenige Verband, der das Monopol *legitimer Gewaltsamkeit* in Anspruch nimmt, - anders ist er nicht zu definieren.“ Hervorh.. i. O.

⁵⁵ S. vorige Note.

⁵⁶ H. Arendt, *Macht und Gewalt*, München/Zürich, 1993, 52 und 54. Hervorh. nicht i. O.

⁵⁷ J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, 183 f.

⁵⁸ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, I, 1956, Kap. 1, § 16, 28.

⁵⁹ H. Arendt, *Macht und Gewalt*, 1970, 45.

⁶⁰ Dieselbe, *Vita activa*, 1992, 194.

⁶¹ Die Charta der Vereinten Nationen wurde am 26. Juni 1945 in San Franzisko beschlossen – die beiden Atombomben auf Hiroshima und Nagasaki fielen im August des Jahres [!]

vor der Geißel des Krieges zu bewahren, die ...unsagbares Leid über die Menschheit gebracht hat“ – so die Präambel der Charta der UN vom 26. Juni 1945. Und ein zentraler Grundsatz der Charta ist das allgemeine Verbot der „Androhung oder Anwendung von Gewalt“ in den internationalen Beziehungen (vorbehaltlich des Rechts der Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe), Art. 2 Nr. 4, 51 UN-Charta. Mehrere nationale Verfassungen der ersten Nachkriegsjahre nach 1945 bringen in der einen oder anderen Form die Ächtung des Krieges zum Ausdruck, so die Verfassungen Japans (1946/47), Italiens (1947) und das deutsche Grundgesetz 1949. Die erste der Nachkriegsverfassungen der deutschen Bundesländer, die hessische vom 1. Dezember 1946, statuiert ganz kurz: „Der Krieg ist geächtet.“(Art. 69).

Angesichts dieser nur zu verständlichen „pazifistischen“ Grundstimmung überrascht es umso mehr, wenn man bei Philosophen und Staatstheoretikern jener Jahre einer positiven Einschätzung der Rolle der „Gewalt“ begegnet, die ganz der von Weber vorgezeichneten Linie entspricht.

So hat der Philosoph und einflussreiche Pädagoge *Theodor Litt* in einer 1942 verfassten, bis zum Ende der NS-Herrschaft unter Verschluss gehaltenen, dann 1947 aber veröffentlichten Abhandlung über „Staatsgewalt und Sittlichkeit“ das Verhältnis von (staatlicher) Gewaltausübung und (rechtlicher) Ordnung eingehend analysiert. Ohne das Eingreifen der Gewalt, so Litt, könne die Ordnung nicht nur nicht zur Anerkennung gelangen, sondern nicht einmal ein klares Profil gewinnen. „Die Ordnung ist auf den geburtshelferischen Beistand angewiesen, der ihr von der Gewalt geleistet wird.“⁶² Doch nicht nur die Begründung der Ordnung – etwa eines Staates – sei gewaltbedingt, sondern auch eine bestehende, „durchgebildete“ Ordnung finde sich bei Versagen der Mittel zu gütlicher Einigung „an dieselbe Instanz verwiesen, die auch im Zustande der werdenden Ordnung einzig Klarheit zu schaffen vermag: an die *Gewalt*.“ Im Widerstreit zweier Ordnungen hänge die Lösung davon ab, „welche der streitenden Parteien dahin gelangt, die Mittel der physischen Gewaltausübung in ihre Verfügung zu bringen und für sich zum Einsatz zu bringen.“⁶³

Wieder eine Generation später macht *Ernst-Wolfgang Böckenförde* das Verhältnis von Staatsgewalt und Sittlichkeit wieder zum Thema.⁶⁴ Schon 1969 hatte der von Hegel wie von Carl Schmitt und Hermann Heller beeinflusste Staatsrechtler und –theoretiker ein in der Bundesrepublik aufkommendes „introvertiertes“ Rechtsstaats-Denken kritisiert, welches die „Dialektik von Recht und Macht ebenso

⁶² Th. Litt, *Staatsgewalt und Sittlichkeit*, München 1947, 45 f.

⁶³ Ders., ebenda, 48 f., Hervorh. i. O.

⁶⁴ E.-W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin 1978.

wie die von Recht und Staat im Rechtsstaatsbegriff“ nicht reflektiere. Kein Staat könne „allein aus der Gewährung rechtsstaatlicher Freiheit sich konstituieren oder erhalten. Er bedarf eines einigenden Bandes, einer homogenitätsverbürgenden Kraft, die dieser Freiheit vorausliegt und den Staat als politische Einheit erhält.“⁶⁵ Wohl auch unter dem Eindruck der terroristischen Entführung und Ermordung von Hanns Martin Schleyer im Herbst 1977 legt Böckenförde im Frühjahr 1978 seine grundsätzlichen staatsrechtlichen Überlegungen vor: Die Struktur des Staates als politischer Einheit ist in dreifacher Hinsicht zu begreifen: als *Friedenseinheit*, als *Entscheidungseinheit* und als *Machteinheit*. Die letztere ist die Voraussetzung für das Wirksamwerden der erstgenannten. Der Staat muss „in der Lage und bereit sein, gegenüber Widerstrebenden den Geltungsanspruch rechtlicher Normen und getroffener Entscheidungen auch durchzusetzen, ihnen durch Einsatz von Macht tatsächliche Wirksamkeit zu verschaffen.“⁶⁶ Bemerkenswert ist dabei, dass Böckenförde das Verhältnis von „Macht“ und „Gewalt“ als physischer Gewaltsamkeit nicht näher, sondern nur negativ bestimmt: Die „Machteinheit“ „Staat“ ist „keineswegs mit der Fähigkeit zu physischer Gewaltanwendung gleichbedeutend“, gleichwohl muss sie „sich allen anderen innerstaatlichen Machtgruppierungen als überlegen erweisen, fähig sein, diese sich einzuordnen.“ Diese „Machteinheit ist nicht lediglich ein Hilfsmittel staatlicher Friedens- und Rechtswahrung, sondern ebenso deren Voraussetzung. Nur als schon bestehende und sich erneuernde Machteinheit vermag der Staat“ den innerstaatlichen Frieden herzustellen „und die Geltung der Rechtsordnung als ein Mittel der Friedenswahrung zu gewährleisten.“⁶⁷

Hier bleibt manches unklar. Es hat den Anschein, dass „Macht“ der umfassendere Begriff ist, der die Fähigkeit zur „Gewaltanwendung“ mit einschließt; ein Gegensatz zwischen beiden wird jedenfalls nicht gesehen. Unklar bleibt auch das Verhältnis von „Macht“einheit und „Rechts“ordnung. Es scheint, als müsse die Machteinheit „Staat“ schon bestehen, bevor sie den inneren Frieden schaffen und damit eine Rechtsordnung mit Geltungskraft hervorbringen kann. Wenn aber diese Machteinheit „Staat“ schon bestehen muss, damit sie Frieden und damit eine ‚geltende‘, und das heißt hier: tatsächlich sozial wirksame Rechtsordnung schaffen und aufrechterhalten kann, dann stellt sich die Frage nach den Ursprüngen, den tragenden Elementen und den Instrumenten dieser als Einheit wirkenden Macht – jenseits der Überlegenheit purer Gewalt. Das „ewige

⁶⁵ Ders., Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: *Festschrift für A. Arndt*, 1969, 53 ff. Wieder veröff. in Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt 1991, 92 ff., 169. Der Ausdruck „introvertierter Rechtsstaat“ stammt von Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, 213 ff.

⁶⁶ E.-W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, 15.

⁶⁷ S. vorige N.

Gespräch“ zwischen feindlich miteinander konkurrierenden Parteien kann es jedenfalls nicht sein. Im Jahr 2006 beantwortet Böckenförde diese Frage nach der einheitsbildenden, „homogenitätsverbürgenden“ Kraft mit seiner schon vierzig Jahre zuvor formulierten These: „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“⁶⁸ Und unter Berufung auf Hegel antwortet er mit der Frage, „ob nicht auch der säkularisierte weltliche Staat letztlich aus jenen inneren Antrieben und Bindungskräften leben muss, die der religiöse Glaube seiner Bürger vermittelt“, wobei freilich die Schwelle von 1789 (mit der Proklamierung der Menschen- und Bürgerrechte!) nicht wieder nach rückwärts überschritten werden dürfe. Dass diese Frage-Antwort angesichts einer einerseits a-religiösen, „säkularisierten,“ andererseits aber religiös pluralistischen Gesellschaft in einem säkularisierten Staat nicht befriedigen kann, liegt auf der Hand. Das scheint auch Böckenförde selbst so zu sehen. Denn „angesichts zunehmender und eher heterogener religiös-kultureller Vielfalt“ setzt er auf die „Gemeinsamkeit des Lebens in und unter einer vernunftgetragenen [!] gesetzlichen Ordnung, die unverbrüchlich ist.“ Gesetzesloyalität und ein „Ethos der Gesetzlichkeit“ werden zur Grundlage des Zusammenlebens.⁶⁹ Ob diese das geforderte, „ein bestimmtes Wir-Gefühl vermittelnde[s] einigende[s] Band“ dauerhaft hervorzubringen vermögen, mag dahinstehen. Entscheidend ist die Erkenntnis: „Kein Staat lässt sich allein auf Machtkonzentration und Ausübung von Zwangsgewalt gründen, so unverzichtbar diese auch sind“.⁷⁰ Machteinheit und Rechtsordnung („Gesetzlichkeit“) müssen also zusammenkommen, wenn der säkularisierte pluralistische Staat Existenz gewinnen und Bestand haben soll.⁷¹

Damit ist das (schon von Pascal formulierte) Problem beschrieben, aber nicht gelöst. Anleihen aus der Welt der „Bilder“ helfen auch nicht weiter, Jhering's Vergleich von Recht und Gewalt mit einträchtiglich lebenden Ehegatten ebenso wenig wie Josef Isensee's Beschreibung der Recht/Macht-Beziehung als Verhältnis von Herr und Knecht.⁷² Vielmehr gilt es, die Akzentsetzungen möglichst genau auszumachen. Hatte Böckenförde, wie gezeigt, im Gefolge Ernst Forsthoff's die „Rechtsstaatsintrovertiertheit“ der deutschen Staatsrechtslehre der sechziger Jahre

⁶⁸ Böckenförde, *Der säkularisierte Staat*, München 2007, 71; früher ders., *Der Staat als sittlicher Staat*, 1978, 37; noch früher ders., *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, 1967.

⁶⁹ S. vor. N., 34 ff.

⁷⁰ S. vor. N., 24 f.

⁷¹ Dies war, für den Staat seiner Zeit, schon eine grundlegende Einsicht von Blaise Pascal. Vgl. dazu Denninger, *Gerechtigkeit und/oder Gewalt? Pascals Pensées wieder gelesen*. In: *FS für U. Neumann*, 2017.

⁷² J. Isensee in *HStR II*, 2004, § 15, Staat und Verfassung, Rdn. 99

des vorigen Jahrhunderts kritisiert, so steigert Josef Isensee in der Gegenwart die Kritik zum Vorwurf einer „gestörten Wahrnehmung des Staates“, der „Staatsvergessenheit“ und „Staatsverdrängung“.⁷³ In dem von ihm maßgeblich mitverfassten und edierten repräsentativen „Handbuch des Staatsrechts“, das eben keineswegs nur ein Handbuch des Verfassungsrechts sein soll,⁷⁴ geht es zunächst freilich um das Verhältnis von „Staat“ und „Verfassung“, eine Frage, die der nach dem Verhältnis vom Huhn zum Ei ähnelt. Dahinter steht aber die Beziehung von Macht/Gewalt zu Recht (und Gerechtigkeit) in Frage. Ganz in der Tradition Max Webers erklärt Isensee das ‚Staat‘ definierende Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit zum „Funktionszentrum des modernen Staates.“⁷⁵ Und er lässt keinen Zweifel daran, dass mit ‚Gewalt‘ in diesem Zusammenhang die ‚vis‘, der körperliche Zwang, gemeint ist und nicht etwa ‚potestas‘, wie in der „Staatsgewalt“, die, nach Grundgesetz, vom Volke ausgeht. Schwierig wird es, wenn es darum geht, das Verhältnis von ‚Staat‘ und ‚Verfassung‘ eindeutig zu bestimmen. Immer wieder betont Isensee mit wechselnden Formulierungen, der ‚Staat‘, seine Existenz, liege, bildlich gesprochen, der Verfassung ‚voraus‘. „Wo verfassungsrechtliche Normen herrschen sollen, muss die Machtfrage *vorab entschieden sein* zugunsten des staatlichen Systems, das über den Inhalt der Normen letztverbindlich entscheidet.“⁷⁶ Die erste der Bedingungen für die Realisierung des Geltungsanspruchs einer Verfassung(snorm) „ist die Existenz des Staates. Er bildet zugleich den Gegenstand der Verfassung wie die Voraussetzung ihrer Geltung“.⁷⁷ Für Isensee bildet „der Staat als solcher“ (was immer das heißen mag!?) „den Rohbau, der um bewohnbar zu werden, der inneren Ausgestaltung bedarf. An dieser hat die Verfassung wesentlichen Anteil“.⁷⁸ Wenn aber die ‚Verfassung‘, die die *rechtliche* Grundlage des Zusammenlebens in einer staatlich organisierten Gemeinschaft sein soll, - um im Bilde zu bleiben - auf die Innenausgestaltung des Hauses beschränkt sein soll, dann muss man nach dem *Bauplan* für den ‚Rohbau‘ fragen. Seine Vorgaben tragen doch wohl normativen Charakter; nichts hindert, sie (ebenfalls) als ‚Verfassung‘ zu bezeichnen; nach ihren Maßstäben soll der Rohbau ‚Staat‘ errichtet, eben ‚verfasst‘ werden. Isensee, auf Jean Bodins absolutistischem Souveränitätsbegriff fußend, sieht das anders:⁷⁹ „Der moderne Staat ist auf Souveränität hin angelegt.“⁸⁰ Diese (innere) Souveränität ist als höchste, im Innern

⁷³ Isensee, s. vor. N., Rdn. 7, 6 Fn. 12, 17

⁷⁴ Vgl. schon das Vorwort zur 1. Auflage des *Handbuchs, Band I*, 1987: „Es „entwickelt Wesenselemente des Staates, der Gegenstand und Voraussetzung der Verfassung ist, ...“

⁷⁵ Isensee, *HStR II*³, 2004, § 15, Rdn. 86 u. ff.

⁷⁶ Isensee, wie vor. N., Rdn. 100, Hervorh. nicht im Original

⁷⁷ Derselbe, *HStR IX*³, 2011, § 190, Rdn. 57

⁷⁸ Derselbe, *HStR XII*³ 2014, § 254, Rdn. 4

⁷⁹ *Summa legibus soluta potestas*, Isensee, *HStR II*, § 15, Rdn.98

⁸⁰ Derselbe, ebenda, Rdn. 102, auch zum Folgenden

allen gesellschaftlichen Kräften überlegene Macht eine „Verfassungsvoraussetzung“; sie ist kein „Rechtstitel“, sondern „eine existentiell politische Kategorie der Macht.“⁸¹ Und die notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung der inneren Souveränität ist das *Gewaltmonopol*.⁸² Dieses „liegt als Fundament des modernen Staates jeder möglichen Verfassung, damit auch den Grundrechten, voraus.“⁸³

Das Gewaltmonopol ist in dieser Sichtweise aber auch nicht die auf rein faktische Überlegenheit gegründete Machteinheit, sondern es soll „die ausschließliche Befugnis“ sein, ein bestimmtes Handlungsinstrumentarium, nämlich die Androhung und Anwendung physischer Gewalt, zu nutzen.⁸⁴ Aber die erfolgreiche Nutzung dieser Befugnis ist von existentieller Bedeutung, denn der Staat „steht und fällt damit, dass er das Gewaltmonopol gegenüber den nichtstaatlichen Kräften effektiv behauptet.“⁸⁵ Um dem Staat hierbei kein allzu großes Risiko aufzubürden, wird als Entsprechung zum Gewaltmonopol eine „Grundpflicht des Bürgers“ konstruiert: die *Friedenspflicht*, „sich der physischen Gewalt zu enthalten“. Diese „Grundpflicht“ des Bürgers „liegt jeder anderen Pflicht und jedem Recht der staatlichen Ordnung voraus“.⁸⁶

Also: Isensee kennt eine für den Staat grundlegende Befugnis und eine Grundpflicht für den Bürger, die aller möglichen Verfassung und allem möglichen staatlichen Recht „vorausliegen“. Da es sich dabei nicht um rein faktische Machtbeziehungen handeln soll, bleibt nur die Frage, ob wir damit nicht doch wieder im Zeitalter des Naturrechts angekommen wären. Die Verfassung des Grundgesetzes, nach der „alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht“, als eine seit bald 70 Jahren nicht nur „mögliche“, sondern erfolgreich „wirkliche“ Verfassung, samt den Landesverfassungen und der bundesstaatlich gegliederten gesamten Rechtsordnung erscheint demgegenüber bei gehöriger Auslegung als ausreichend, um sowohl das friedliche Zusammenleben der Bürger als auch die staatliche Prärogative der Konfliktentscheidung *in rechtlicher Form* zu gewährleisten. Der ‚Leviathan‘ ist damit ein für alle Mal gebändigt.

V.

⁸¹ Derselbe, *HStR XII*³, § 268, Rdn. 97, ähnlich vor. N.

⁸² Derselbe, *HStR II*, § 15, Rdn.101

⁸³ Derselbe, wie N. 68, Rdn. 129

⁸⁴ Derselbe, wie vor. N., Rdn. 131. Hervorh. nicht i. O.

⁸⁵ Derselbe, wie N. 73, Rdn. 86

⁸⁶ Derselbe, wie vor. N. , Rdn. 93, ebenso wie N. 75, Rdn. 132

Wir fragen, ob die vielfältigen, von Isensee dargebotenen Verhältnisbestimmungen uns zu einer klaren Antwort auf unsere Doppelfrage nach der Beziehung von Recht und Macht/Gewalt einerseits, und nach der von Staat zu Verfassung andererseits verhelfen können.

Sein Schlüsselbegriff ist das „Gewaltmonopol“, die „staatliche Machteinheit“, auf die der „Verfassungsstaat“ existenznotwendig verwiesen ist.⁸⁷ Einerseits soll das Gewaltmonopol „als Fundament des modernen Staates“ „jeder möglichen Verfassung“, also wohl auch jeder verfassungsbasierten Rechtsordnung „vorausliegen“.⁸⁸ Die auf ihm beruhende „Souveränität“ ist kein Rechtstitel, sondern „eine Kategorie der Macht“. Andererseits wird das Gewaltmonopol jedoch als *Befugnis* zur Androhung und Anwendung körperlichen Zwangs beschrieben, also als eine *Kompetenz* staatlicher Funktionsträger, die sinnvoll nur als Teil einer *Rechtsordnung* begriffen werden kann. Dem entspricht es, wenn als „Grundpflicht des Bürgers“ eine Friedenspflicht postuliert wird,⁸⁹ die aber gleichfalls nur als *Rechtspflicht* gedacht werden kann, da die moralische Verfassung des Individuums hier nicht in Rede steht. Für Isensee „liegt“ jedoch auch diese „Grundpflicht“ „jedem Recht der staatlichen Ordnung voraus“, (s. o. zu N. 82) und gehört damit offenbar demselben rätselhaften Zwischenreich zwischen schierer Gewalt und rechtlicher Ordnung an wie das entsprechende, ebenso unklar als „Staatsvorbehalt“, und nicht etwa als (objektives) Recht oder als Kompetenz bezeichnete „Gewaltmonopol“.⁹⁰

So bleibt nur Hoffnung auf mehr Klarheit, wenn man Isensee's Aussagen über den *Ausnahmestand* in Betracht zieht, dieses verfassungstheoretische Dilemma, welches einigen schon als „Gretchenfrage der Jurisprudenz“ erscheint.⁹¹ Da ist vom *Ausnahmerecht* die Rede, welches das Gewaltmonopol als „Grundlage der staatsrechtlichen Normalität“ bestätigt.⁹² Und dann stellt Isensee die Grundsätze eines teils geschriebenen, teils „einschlußweise im Grundgesetz enthaltenen

⁸⁷ Derselbe, wie N. 72

⁸⁸ Dies ist eine Lieblingsvokabel von Isensee, deren genauer Sinn aber im Dunkeln bleibt.

⁸⁹ S. N. 82

⁹⁰ Isensee, wie N. 73, Rdn. 132

⁹¹ S. Augsberg, Denken vom Ausnahmestand her, in: Arndt, Betz u.a.(Hrsg.) *Freiheit-Sicherheit-Öffentlichkeit*, 2009, 17 mit Hinweis auf G. F. Schuppert, *AöR* 120 (1995) 83. Eine spezifisch staatsrechtliche Blickverengung findet bei Isensee ihren Ausdruck darin, dass in seiner Problemendarstellung, *HStR* ³XII, § 268, Rdn. 115 ff., (2014), die Arbeiten von G. Agamben (*Homo sacer*, 2002, und *Ausnahmestand*, 2004) nicht vorkommen. Dass auch die Monographie von G. Frankenberg, *Staatstechnik, Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmestand*, stw 1968, 2010, keinerlei Erwähnung findet, ist hoffentlich nur ein ‚dummer Zufall‘. Eine ähnliche ‚Blickverengung‘ kennzeichnet den Beitrag von C. Enders, ebenfalls in *HStR* XII, § 276, Rdn. 26 ff.

⁹² Isensee, *HStR* IX, 2011, § 190, Rdn. 129

Notrechts“ vor, die den Verfassungsrechtler nicht überraschen: Subsidiarität des Notrechts gegenüber allen noch möglichen gesetzeskonformen Rettungsmaßnahmen; Verfassungs- und Gesetzesüberschreitungen nur im Rahmen des Übermaßverbotes; Situationsbezogenheit und Vorläufigkeit aller Maßnahmen; Funktionsadäquanz bei Kompetenzabweichungen; Intention auf möglichst baldige Rückkehr zur verfassungsrechtlichen Normallage; schließlich auch die Wahrung der Unantastbarkeit des in Art. 79 Abs. 3 und Art. 19 Abs. 2 GG umschriebenen materialen Verfassungskerns.⁹³ Isensee beschreibt damit die Minimalverfassung des sich im „Ausnahmestand“ mithilfe des Gewaltmonopols selbst behauptenden Verfassungsstaates. Aber man muss sehen, dass seine Überlegungen, wiewohl sie von der „klassischen“ Theorie Carl Schmitts ihren Ausgang nehmen,⁹⁴ einen Begriff von Ausnahmestand zugrunde legen, der mit demjenigen Carls Schmitts wenig gemeinsam hat.

Während bei Isensee der Ausnahmestand immerhin noch eine *Rechtsordnung* kennt, welche die Geltung so fundamentaler Prinzipien wie des Menschenwürdesatzes, des Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzips und des Übermaßverbotes fordert, ist bei Carl Schmitt der Ausnahmestand gerade

durch das antipodische Auseinandertreten der beiden Elemente *Recht* und *Ordnung* gekennzeichnet.⁹⁵ Dieser Zustand ist bei ihm weder Anarchie noch Chaos, vielmehr besteht noch eine Ordnung, „wenn auch keine Rechtsordnung. Die Existenz des Staates bewährt hier eine zweifellose Überlegenheit über die Geltung der Rechtsnorm. Die Entscheidung macht sich frei von jeder normativen Gebundenheit und wird im eigentlichen Sinne absolut.“ „So wie im Normalfall das selbständige Moment der Entscheidung auf ein Minimum zurückgedrängt werden kann, wird im Ausnahmefall die Norm vernichtet. Trotzdem bleibt auch der Ausnahmefall der juristischen Erkenntnis zugänglich, weil beide Elemente, die Norm wie die Entscheidung, im Rahmen des Juristischen verbleiben“ (S. 19). Schmitt bleibt freilich die Antwort auf die Frage schuldig, inwiefern jenseits jeglicher Normativität („Vernichtung der Norm“) noch von einem Rahmen „des Juristischen“ gesprochen werden kann, das heißt, ob und wie sich die schiere („absolute“) Dezision, in äußere Handlung umgesetzt, von einem Akt purer Gewalt unterscheidet.

So unterscheiden sich die Positionen von Carl Schmitt und Josef Isensee grundsätzlich: Für den Erstgenannten ist die Ausnahme das Paradigma, welches

⁹³ Derselbe, wie in N. 87, Rdn.123

⁹⁴ Derselbe, s. N. 87, Rdn. 116

⁹⁵ Vgl. C. Schmitt, *Politische Theologie*, 1934, 18 ff., auch zum Folgenden. Ausführlich dazu schon: P. Schneider, *Ausnahmestand und Norm*, 1957, S. 259 ff., 262 f.

das ihn interessierende „spezifisch-juristische Formelement“, die *Dezision*, in Reinkultur zeigt. Diese wiederum, bar jeder Normativität, „offenbart das Wesen der staatlichen Autorität am klarsten.“⁹⁶ Zu dieser antinormativistischen Leere „passt“ es übrigens durchaus, wenn Schmitt schon 1933, also ein Jahr vor dem Erscheinen der „Zweiten Ausgabe“ der „Politischen Theologie“, in seiner den NS-Staat verherrlichenden Studie „Staat, Bewegung, Volk“ nicht mehr von *Dezision*, sondern von „Führung“ als von dem „Kernbegriff des nationalsozialistischen Staatsrechts“ spricht.⁹⁷ Wohin diese „Führung“ mit ihrer Forderung nach „unbedingte[r] Artgleichheit zwischen Führer und Gefolgschaft“ geführt hat, ist bekannt.

Ganz anders also das Erkenntnisinteresse und der Frageansatz von Isensee: Wie kann der Verfassungsstaat den Ausnahmezustand bewältigen, „ohne seine *raison d' être*, die *Freiheitlichkeit*, preiszugeben?“⁹⁸

VI.

Eine theoretische Analyse des *Ausnahmezustands* ist – über alle empirischen Befunde bestehender Zustände hinaus – für unsere Frage nach den Möglichkeiten des „Zusammenkommens“ von Recht und Gewalt (Macht) und damit von „Gerechtigkeit“ (s. o. zu I.) deshalb so interessant, weil in ihm einerseits *Normativität* und *Faktizität* weitestgehend auseinander treten, sie andererseits aber doch einen Zusammenhang wahren, jedenfalls dann, wenn das Kennzeichen ‚Ausnahme‘ ernst genommen wird, wenn also eine Rückkehr zu einer normativ geprägten ‚Normalität‘ intendiert wird.

Während die Theorie des Ausnahmezustands bei Carl Schmitt zunächst „nur“ zur Klärung der Souveränitätsfrage diene, wird sie, charakteristisch erweitert, bei dem Philosophen *Giorgio Agamben* zum Ausgangspunkt einer umfassenden, historisch illustrierten Theorie des Politischen.⁹⁹ Schmitt folgend benennt Agamben das „Paradox der Souveränität“ so: Der Souverän steht zugleich außerhalb und innerhalb der Rechtsordnung.¹⁰⁰ Ihn charakterisiert „das Oxymoron einer *Ekstase-Zugehörigkeit*.“¹⁰¹ Das Besondere der im Ausnahmezustand geschaffenen Situation

⁹⁶ Schmitt, wie N. 95, 20.

⁹⁷ Derselbe, *Staat, Bewegung, Volk*, 1933, 32 ff., 36, sowie 42

⁹⁸ Isensee, wie N. 87, Rdn. 117, Hervorh. nicht i. O.

⁹⁹ G. Agamben, *Homo sacer*, Die souveräne Macht und das nackte Leben, Frankfurt 2002; ders., *Ausnahmezustand* (*Homo sacer* II. 1), Frankfurt 2004; ders., *Stasis*, Der Bürgerkrieg als politisches Paradigma, Frankfurt 2016.

¹⁰⁰ Agamben, *Homo sacer*, 25.

¹⁰¹ Ders., *Ausnahmezustand*, 45.

soll darin liegen, dass sie weder als faktische noch als rechtliche bestimmt werden kann, sondern „dazwischen eine paradoxe Schwelle der Ununterschiedenheit errichtet.“¹⁰²

Dieses von *Günter Frankenberg* kritisch vermerkte „rätselhafte Weder-Noch“ des Ausnahmezustandes¹⁰³ gewinnt (furchterregende) Konturen, wenn man Agambens Beschreibung dessen hinzunimmt, was er die „biopolitische Wende der Moderne“ nennt.¹⁰⁴ Dabei stützt er sich in eigenwilliger und höchst einseitiger Weise auf das Konzept von „Biopolitik“, welches *Michel Foucault* in den siebziger Jahren in mehreren Vorlesungen zur Geschichte der „Gouvernementalität“ entwickelt hatte. Foucault erkennt eine seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts auf der vorangehenden „Disziplinartechnik“ aufbauende, sie aber verändernde Machttechnologie, welche er als „eine Art Verstaatlichung des Biologischen“, als eine den Menschen als Lebewesen ergreifende Regulierungsmacht beschreibt.¹⁰⁵ Er grenzt diese scharf gegenüber der aus der „klassischen“ Souveränität (Bodin, Hobbes) fließenden Disziplinierungsmacht ab. Während sich die Souveränität auf die Grenzen eines Territoriums und die Disziplinierung sich auf die „Dressur“ individueller Körper richtet, zielt die neue Biopolitik der Sicherheit „auf die Gesamtheit einer Bevölkerung“. Es geht darum, durch einen nicht individualisierenden, sondern „massenkonstituierenden“ Zugriff der Macht „das Leben zu optimieren.“ „Die Souveränität machte sterben und ließ leben. Nun tritt eine Macht in Erscheinung,...die im Gegenteil darin besteht, leben zu machen und sterben zu lassen.“¹⁰⁶ Das Interesse dieser Biomacht gilt folgerichtig Themen wie der Geburten- und Sterberate, dem Geburtenzuwachs, der öffentlichen Hygiene und der medizinischen Versorgung der Bevölkerung.

Bei *Giorgio Agamben* wird durch die Aufmerksamkeit der „Biopolitik“ für das „natürliche nackte Leben“ dieses in einseitiger Übersteigerung „zum unmittelbaren Träger der Souveränität“ deklariert.¹⁰⁷ Agamben verkennt dabei Bedeutung und Funktion der „Menschen“rechte, die den Menschen gerade nicht nur als bloßes

¹⁰² Ders., *Homo sacer*, 28. Kritisch zu Agambens Theorie schon *Günter Frankenberg*, *Staatstechnik*, 2010, besonders 145 ff.; sowie ders., *Im Ausnahmezustand*, *KJ* (50) 2017, 3 ff., 12 f.

¹⁰³ *G. Frankenberg*, *KJ* 2017, 13.

¹⁰⁴ *Agamben*, *Homo sacer*, 162; auch 146: „fundamentale biopolitische Struktur der Moderne“.

¹⁰⁵ *M. Foucault*, *Kritik des Regierens*, 2010, 63 ff.; ders., *Sicherheit, Territorium, Bevölkerung*, 2006, Vorlesung 1 vom 11. Januar 1978, 13 ff.

¹⁰⁶ Ders., *Kritik des Regierens*, Vorlesung vom 17. März 1976, 71.

¹⁰⁷ *Agamben*, *Homo sacer*, 137: „Es ist nicht möglich, die „nationale“ und biopolitische Entwicklung und Bestimmung des modernen Staats des 19. und 20. Jahrhunderts zu verstehen, wenn man vergisst, dass ihm nicht der Mensch als freies und bewusstes politisches Subjekt zugrunde liegt, sondern vor allem sein nacktes Leben, die einfache Geburt, die als solche im Übergang vom Untertan zum Bürger vom Prinzip der Souveränität eingesetzt wird.“ Zur Kritik vgl. oben

„Leben“, ‚zoé‘, sondern als „mit Vernunft und Gewissen begabte“ Wesen (Art. 1 AEMR 1948) begreifen, denen „Freiheit, Eigentum, Sicherheit und Widerstand gegen Unterdrückung“ unveräußerlich zukommen (Art. 2 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789). Und *Hannah Arendt* hat – entgegen Agambens Kritik¹⁰⁸ – unmissverständlich darauf aufmerksam gemacht, dass alle einzelnen Menschenrechte eines noch unabdingbar voraussetzen: „das Recht jedes Menschen auf Mitgliedschaft in einem politischen Gemeinwesen“.¹⁰⁹ Art. 6 AEMR 1948 trägt dem in etwa Rechnung mit der Formel: „Jeder Mensch hat überall Anspruch auf Anerkennung als Rechtsperson.“ Der Biologismus¹¹⁰ Agambens hingegen führt nur in „das Lager“, sei es ein Flüchtlingslager oder ein Konzentrationslager¹¹¹.

Agamben erkennt das „Lager“ (hier ist das nationalsozialistische Konzentrationslager gemeint) als den Ort, „an dem sich der höchste Grad der *conditio inhumana* verwirklicht hat, die es auf Erden je gegeben hat.“¹¹²

Umso verstörender wirkt es, wenn er das Lager als „*nómos* der Moderne“ bezeichnet, als „verborgene Matrix, als *nómos* des politischen Raumes, in dem wir auch heute noch leben.“ „Das Lager und nicht der Staat ist das biopolitische Paradigma des Abendlandes,“ lautet eine seiner abschließenden Thesen.¹¹³

Von Anfang an sei die abendländische Politik „eine Biopolitik“ gewesen, „so dass sich jeder Versuch, die politischen Freiheiten auf den Bürgerrechten zu gründen, als nichtig erweist.“

Die Kritik dieser in unhistorischen und empirisch nicht belegten Verallgemeinerungen formulierten Thesen wird zunächst die Unklarheit des Begriffs „Biopolitik“ hervorheben, der jedenfalls mit der vergleichsweise vorsichtigen, an historischen Phänomenen orientierten Begriffsbildung Foucaults kaum noch etwas gemein hat. Sodann wird, zweitens, niemand die ‚Unmenschlichkeit‘ und das Ausmaß des Lager(un)wesens insbesondere in den totalitären Systemen des 20. Jahrhunderts leugnen oder auch nur verharmlosen wollen. Aber dieses zu einem „*nómos*“ der Moderne oder des Westens

¹⁰⁸ Ders., ebenda, 128.

¹⁰⁹ H. Arendt, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, in: Menke/Raimondi, Hrsg., *Die Revolution der Menschenrechte*, Frankfurt 2011, 394 ff., 406.

¹¹⁰ Streng genommen müsste man hier, in dem man den Unterschied von *biós* und *zoé* ernst nimmt, nicht von Biologismus sondern von Zoélogismus sprechen.

¹¹¹ Die beiden Arten von Lagern dürfen hinsichtlich der rechtlichen Stellung ihrer „Bewohner“ natürlich nicht gleichgesetzt werden, wenngleich die materiellen Lebensbedingungen in vielem vergleichbar sein mögen. Das hat wohl Papst Franziskus zu seiner Gleichsetzung veranlasst, vgl. *Frankfurter Allg. Zeitung* vom 24. 4. 2017, 2. Vgl. auch Agamben, *Homo sacer*, 183 f.

¹¹² Ders., ebenda, 175. Auch zum Folgenden.

¹¹³ Ders., ebenda, 190. Auch zum Folgenden.

hochzustilisieren, an welchem der freiheitliche, auf Bürgerrechte gegründete Verfassungsstaat zuschanden werden müsse, ist eine unerträgliche, ‚einseitige‘ Behauptung. Wenn der Absturz in die Rechtlosigkeit des „natürlichen, nackten Lebens“ eine der negativen Möglichkeiten des Menschen und des Endes von ‚Politik‘ beschreibt, dann steht dem der seit Jahrhunderten immer wieder erneuerte Versuch entgegen, dem Menschen in seiner Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft die Wahrnehmung seiner elementaren Rechte zu garantieren.

VII.

Die Vielfalt der Meinungen zum Thema „Recht und Gewalt“ (oder: „Norm und Faktum“ oder: „*biós* und *zoé*“), von der hier nur ein kleiner Ausschnitt vorgestellt werden konnte, lässt es von vornherein als sinnlos erscheinen, so etwas wie das Resümee einer Entwicklung ziehen zu wollen.

Doch ist die Versuchung zu groß, nicht wenigstens ein paar Sätze festzuhalten:

(1) ‚Gewalt‘ und ‚Macht‘, gleichgültig wie man ihr Verhältnis zueinander bestimmt (s. Hannah Arendt!), sind wohl am Beginn staatlicher Herrschaft beteiligt. Aber (erfolgreiche) Gewaltsamkeit zum entscheidenden Definitionsmerkmal des Staats-Begriffs zu machen (M. Weber und Folgende), verfehlt heute die demokratische Wirklichkeit. Um Weber gerecht zu werden, sollte man freilich nicht übersehen, dass er stets vom Monopol *legitimer* „(das heißt: als legitim angesehene[r])“¹¹⁴ physischer Gewaltsamkeit spricht. *Legitimität* der Machtausübung, das ist die Grund-Gerechtigkeit, welche die staatliche Gemeinschaft von einer Räuberbande, dem *magnum latrocinium* des Augustinus, unterscheidet. Aber keiner der drei reinen Typen legitimer Herrschaft, die Max Weber beschreibt,¹¹⁵ setzt eine Gesetzgebung gemäß dem vereinigten Willen des Volkes, d. h. der sich als Freie und Gleiche begreifenden Staatsbürger (wie etwa bei Kant¹¹⁶) voraus.

(2) Ausnahmezustand und Revolution haben Gemeinsamkeiten: Beide bezeichnen einen Zustand maximaler ‚Entfernung‘ von der bisher geltenden Rechtsordnung. Aber keiner der beiden Zustände ist „rechtsfeindlich“ oder „rechtlos“ etwa im Sinne einer Ununterscheidbarkeit von „natürlichem Leben“. Ausnahmezustand und Revolution sind beide Übergangsphänomene im Hinblick auf eine anzustrebende, neue, noch zu „verwirklichende“ Rechtsordnung. Beide gewinnen ihre Legitimität nur durch diese Intentionalität.

(3) Das „Lager“ im Sinne der Kategorienbildung Agamben’s kann als ein Ort begriffen werden, wo Rechts- und Gewaltanwendung möglicherweise ineinander

¹¹⁴ M. Weber, *Politik als Beruf*, Köln 2014, 8.

¹¹⁵ Ders., *Wirtschaft und Gesellschaft* I, 1956, Kap. III, 122 ff.

¹¹⁶ Vgl. I, Kant, *Rechtslehre* 2. Teil, § 46.

übergehen, mit einander „verschwimmen“. Es besteht jedoch kein Grund, es deshalb zu einem (neuen) ‚Paradigma‘, einem Leitbild oder Denkmuster ‚abendländischer‘ Politik zu erklären. Vielmehr ist es die Aufgabe *staatlicher* Politik, gemäß den internationalen Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und gemäß den nationalen Vorschriften über Asylsuchende, „heimatlose Ausländer“, Staatenlose und Flüchtlinge den betroffenen Personen rechtlichen Schutz und existenzielle Hilfe zu gewähren. Es ist die Aufgabe einer modernen *sozialstaatlichen* ‚Biopolitik‘, diese Personengruppen, mit den Worten Foucaults, „leben zu machen“, und ihnen zu beweisen, dass ihre Berufung auf ihre „Menschenrechte“ eben nicht nur auf den „Inbegriff eines heuchlerischen oder schwachsinnigen Idealismus“¹¹⁷trifft.

*

¹¹⁷ So, kritisch, H. Arendt, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, Frankfurt a. M. 1955, 406.