

# Carl Schmitts Schrift “Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft”

Reinhard Mehring\*

Abstract	853
I. Fassungen der Schrift	855
II. Schmitts Rechtswissenschaftsgeschichte	859
III. Aufbauanalyse der Schrift	863
1. Der Bedeutungskern der <i>Savigny</i> -Identifikation	863
2. Zur rechtstheoretischen Krisis-Analyse	865
3. “Aufspaltung des Rechts”: die Antwort als Frage	866
IV. Frühe Rezeptionen	871
V. Aktualisierender Schluss	873

## Abstract

Als Einstieg in die juristische Schmitt-Lektüre ist die Schrift *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* gut geeignet. Der Jurist findet hier, was er erwartet und als Antidot gegen eine überspezialisierte Rechtsdogmatik auch wirklich gebrauchen kann: europäische Bildung, historischen Abstand, Aktualität. Schmitts kleine Geschichte der Instrumentalisierung der “Legalität” und seine Bedenken gegen die massive “Beschleunigung” der Verfahren klingen ihm vertraut und das Wort vom “motorisierten Gesetzgeber” (VRA 404) mag ihm treffend erscheinen. Wenn dann noch von einer “Verdrängung des Gesetzes durch die Verordnung” (VRA 404) die Rede ist und das Wort vom “Dekret” fällt, lassen sich leicht “EU-Krisenregime” oder “Trump” assoziieren. Schmitts Schrift scheint politisch auch ganz unproblematisch zu sein und einen aktuellen Nerv zu treffen. Sie verzichtet auf spekulative

---

\* Prof. Dr., Pädagogische Hochschule-Heidelberg, Abteilung Politikwissenschaft, <Mehring@PH-Heidelberg.de>.

Überarbeitete Fassung eines Vortrags, der auf Anregung und Einladung von Armin v. Bogdandy am 20.6.2017 im Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, gehalten wurde. Die Schrift *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* wird hier (mit dem Kürzel: VRA) nach dem Wiederabdruck in Schmitts Sammlung *Verfassungsrechtliche Aufsätze. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 1958, zitiert. Für die hier vertretene Gesamtsicht vgl. R. Mehring, Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie, 2009; R. Mehring, Carl Schmitt zur Einführung, 1992, 5. Aufl. 2017; R. Mehring, Carl Schmitt: Denker im Widerstreit. Werk-Wirkung-Aktualität, 2017.

Antworten und hermetische Rechtsbegriffe, die die Rezeption belasten, und wirkt ungebrochen frisch und anregend.

Ein solcher relativ unproblematischer und unkomplizierter, geradezu süffiger Zugang sollte bei einem Autor wie *Schmitt* jedoch zur Vorsicht mahnen und gegenläufige hermeneutische Anstrengungen initiieren. Bei der Rezeption der Schrift lässt sich heute gleichsam in objektiver Hermeneutik vom Autor und der Entstehungsgeschichte abstrahieren und die Schrift kontextunabhängig in zentralen Thesen rezipieren und aktualisieren, als sei sie gestern oder heute erst entstanden. Man muss ein Werk nicht genau so oder gar besser verstehen wollen als der Autor selbst. Wir müssen die „Klassiker“ heute in unsere Sprache und akademische Lage übersetzen. Worte wie „Vernunft“, „Geist“ oder auch „Recht“ müssen neu und anders konzeptualisiert werden. Die „Ismen“ lösen sich von ihren Entstehungskontexten ab. „Idealismus“ beispielsweise wird heute anders vertreten als in den Zeiten *Platons*. Und so kann man heute, pointiert gesagt, platonisch argumentieren oder gar Platoniker sein, ohne *Platon* zu zitieren.

Eine solche Abstraktionsleistung ist bei einem Autor wie *Schmitt* besonders erforderlich, dessen Schriften allerlei problematische Motive und Intentionen vertreten. Man muss hier sehr bedacht und selektiv vorgehen. Für die Aktualisierung mancher von *Schmitt* vertretener Thesen ließe sich deshalb pragmatisch einfach auf Referenzen auf *Schmitt* verzichten. So empfahl er es seinen Adepten nach 1945 auch immer wieder selbst; er riet dazu, Missverständnisse zu meiden und die eigene Karriere nicht mit seinem Namen zu belasten. Wer *Schmitt* zitiert, handelt sich über die systematischen Argumentationspflichten hinaus weitere Erklärungszwänge und Standards ein. Er eröffnet gleichsam eine zweite Front mit vermintem Gelände, in dem man sich nur sehr vorsichtig bewegen kann. Es ist also mitunter ratsam, *Schmitt*-Referenzen einfach zu meiden oder den selektiven Umgang mit bestimmten Thesen als solchen deutlich auszuweisen. Wer darauf nicht verzichten möchte und sich offensiv auf *Schmitt* bezieht, sollte seine Referenzen historisch kontrollieren und näher bedenken, was der politisch-polemische Autor und ingenieure Kriegstechniker des Diskurses einst eigentlich mit seinen Thesen verband. Eine objektive Hermeneutik, die auf historische Rückversicherungen verzichtet, gerät ansonsten leicht in die Fallstricke des Diskursstrategen. Es empfiehlt sich geradezu die Maxime, doppelte Vorsicht im Umgang zu wahren, je akademischer und unproblematischer ein *Schmitt*-Text daherkommt.

*Schmitts* Schrift *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* empfiehlt selbst historische „Abstandnahme“ und strikte Historisierung. Um einer nüchternen Aktualisierung gleichsam freie Bahn zu verschaffen, wird hier

im Folgenden eine solche Historisierung unternommen. Nach einleitenden Ausführungen zur Publikations- und Entstehungsgeschichte werden dafür ältere Varianten der Rechtswissenschaftsgeschichte skizziert, die *Schmitt* entwickelte. Die Eigenart der Schrift gegenüber den älteren Varianten wird dann in eingehender Analyse des Gedankengangs und Aufbaus, vor allem am Rekurs auf *Savigny* als Paradigma historischer Abstandnahme, festgemacht. *Schmitts Savigny*-Identifikation wird als eine autobiographische Legende in vergangenheitspolitischer Absicht gelesen, die schon frühe Leser wie *Ernst Rudolf Huber* irritierte.

## I. Fassungen der Schrift

Mit der Entgrenzung des Kriegsgeschehens infolge des Russlandfeldzugs und Kriegseintritts der USA war *Schmitt* im Nationalsozialismus (NS) publizistisch verstummt. Er erkannte damals, dass seine Konzeption einer nationalsozialistischen „Großraumordnung“ in Mitteleuropa gescheitert war und der Weltkrieg sich wahrscheinlich an der Frage der Lufthoheit entscheiden würde. Seine Schrift *Land und Meer* markierte deshalb Ende 1942 bereits einen Ausstieg aus der „völkerrechtlichen“ Apologie des Nationalsozialismus und eine erneute Umstellung auf eine „apokalyptische“ Sicht der Gegenwart als Ausnahmezustand. Nach 1945 hatte *Schmitt* als nationalsozialistisch stark belasteter Autor zunächst Publikationsverbot. Mit der Gründung der Bundesrepublik plante er für das Jahr 1950 dann sein publizistisches Comeback gleich mit vier monographischen Schriften. Dabei trat er zunächst mit der Broschüre *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* als Jurist auf, legte mit seinen Büchlein *Donoso Cortés in gesamteuropäischer Tradition* und *Ex Captivitate Salus* geistesgeschichtlich und autobiographisch nach und wollte sein Comeback schließlich Ende 1950 mit seiner großen völkerrechtsgeschichtlichen Summe *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* krönen.

*Schmitt* hoffte damals, mit dieser Publikationsoffensive seinen Ruf als rechtsintellektueller Meisterdenker und seine Rolle im „europäischen“ politischen Diskurs erneuern zu können. In sein *Glossarium* notierte er am 8.2.1950 wenige Wochen vor dem Erscheinen der Broschüre:

ZaöRV 77 (2017)

“Heidegger besteht die Probe des Comeback mit dem Prädikat: vollbefriedigend nach beiden Seiten; Gottfried Benn ganz großartig; Ernst Jünger fällt elend durch. Warten wir ab, wie ich abschneide.”<sup>1</sup>

Benn hatte seit dem Herbst 1948 mehrere Schriften und Gedichtbände publiziert. Schmitt denkt ansonsten hier vor allem an Heideggers “Holzwege” und Jüngers “Strahlungen”. Eine feste Erwartung bezüglich der öffentlichen Wirkung seines “Comebacks” hat er damals noch nicht. Wenige Wochen später, am 21.5.1950, notiert er dann nach ersten Rezensionen einigermaßen enttäuscht, wütend und überrascht:

“Die europäische Rechtswissenschaft? Wo ist sie und wer ist sie? Und hat sie Ehre noch so ist’s von mir (Empedokles). Schreib nur nicht diesem Dr. Lewald,<sup>2</sup> dem edelfeinen Abwürger. Non decet scribere ei qui vult proscribere.”<sup>3</sup>

Der Kommentar übersetzt: “Es ziemt sich nicht, dem zu schreiben, der einen für vogelfrei erklären will.” Schmitt bezieht sich auf eine negative Rezension aus der *Neuen Juristischen Wochenschrift*, “Carl Schmitt redivivus” überschrieben, und zitiert aus Hölderlins *Empedokles*-Fragment. Die Identifikation mit *Empedokles* intoniert genialistisch-tragischen Tiefsinn, stürzte der vorsokratische Nomothet und Philosophenkönig sich, vom Volk vertrieben, doch in den Krater des Ätna. Hölderlin dichtet:

“Und du in schauerndem Verlangen / Wirfst dich hinab in des Aetna Flammen / [...] Doch heilig bist du mir, wie der Erde Macht, / Die dich hinwegnahm, kühner Getödteter! / Und folgen möchte’ ich [...] dem Helden.”<sup>4</sup>

Bald vergleicht Schmitt die Rezeption seiner Schrift mit der “Hexenverfolgung” und liest zur Bestärkung “mit großem Gewinn wieder einmal in der *Cautio Criminalis* des Grafen Spee von 1631”.<sup>5</sup>

Seine Schrift *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* erschien erstmals im März 1950 als selbständige Broschüre im Internationalen Universitätsverlag Tübingen. 1958 erschien sie erneut innerhalb der Sammlung *Verfassungsrechtliche Aufsätze* mit einer Glosse zur Entstehungsgeschichte und Ausführungen zum Verhältnis von Savigny und Hegel. Der kleine Tübinger Verlag wurde von Serge Maiwald betrieben, dem einzigen engen Schüler, der bei Schmitt in Berlin promoviert hatte und sich dort noch habi-

<sup>1</sup> C. Schmitt, Glossarium. Aufzeichnungen aus den Jahren 1947 bis 1958, hrsgg. von G. Giesler/M. Tielke, 2015, 226.

<sup>2</sup> W. Lewald, Carl Schmitt redivivus, in: NJW 3 (1950), 377.

<sup>3</sup> C. Schmitt (Anm. 1), 230.

<sup>4</sup> F. Hölderlin, Sämtliche Werke, hrsgg. von N. v. Hellingshagen, 3. Aufl. 1943, Bd. III, 19.

<sup>5</sup> C. Schmitt (Anm. 1), 232.

litieren wollte. *Maiwald* gab damals auch die Zeitschrift *Universitas* heraus, in der mehrere erste Nachkriegspublikationen *Schmitts* erschienen. *Maiwald* war für *Schmitt* also ein wichtiger Organisator seines literarischen Comebacks, verstarb 1952 aber in jungen Jahren; nur ihm schrieb *Schmitt* einen Nekrolog.<sup>6</sup>

Zur Entstehungsgeschichte betont *Schmitt* (VRA 426), dass die Schrift 1943/44 mehrfach als "Vortrag" in Bukarest, Budapest, Madrid und Coimbra in deutscher, spanischer und französischer Sprache gehalten wurde und ursprünglich im Dezember 1944 zum 60. Geburtstag von *Johannes Popitz* erscheinen sollte. *Popitz* war im Nationalsozialismus preußischer Finanzminister gewesen. Nach dem Attentat vom 20.7.1944 wurde er als einer der Verschwörer verhaftet und am 2.2.1945 in Plötzensee gehängt. Die geplante Festschrift ist nachweisbar: Einige Korrespondenz mit dem Herausgeber *Werner Weber* ist aus dieser Zeit im *Schmitt*-Nachlass erhalten.<sup>7</sup> Das Verhältnis zwischen *Schmitt* und *Popitz* ist aus den bekannten Quellen nicht ganz transparent. Zweifellos trifft es aber zu, dass *Schmitt* auch in den späten Kriegsjahren noch ein ziemlich enges Verhältnis zu *Popitz* hatte. So lud *Popitz* ihn Ende 1943 ein, einige Tage bei ihm zu übernachten, nachdem die Familie *Schmitt* in Dahlem mit ihrem Haus ausgebombt war. Soweit wir wissen, hat *Popitz* damals aber nicht den Versuch gemacht, *Schmitt* in den Verschwörerkreis einzuweißen. *Schmitt* hat das m. W. auch nie behauptet, auch wenn er *Popitz* posthum seine *Verfassungsrechtlichen Aufsätze* widmete und ihn damit ein Stück weit für seine Legende von einer esoterischen Oppositionsgesinnung seiner Schriften nach 1936 instrumentalisierte.

Über das Verhältnis der Vorträge zur Publikation der Broschüre lässt sich manches feststellen: In seinen entstehungsgeschichtlichen Bemerkungen (VRA 426) verweist *Schmitt* auf eine Publikation oder Teilpublikation des Vortrags 1944 in ungarischer Sprache. Es ist möglich, dass einige Vortragsfassungen im Nachlass erhalten sind. Von seinen Vortragsreisen musste *Schmitt* der Universitätsleitung berichten. Diese Berichte streichen die nationalsozialistische Mission heraus und sind deshalb vorbehaltlich zu lesen. So schreibt er zum Vortrag in Bukarest:<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> C. Schmitt, Zum Gedächtnis an Serge Maiwald, in: Zeitschrift für Geopolitik 7 (1952), 447 f.; Wiederabdruck in C. Schmitt, Frieden oder Pazifismus, 2005, 872 ff.

<sup>7</sup> Dazu meine Bemerkungen in: C. Schmitt, Aufstieg und Fall, 2009, 414 ff., 434 ff.; zu *Popitz* vgl. zuletzt A. Nagel, Johannes Popitz. Görings Finanzminister und Verschwörer gegen Hitler, 2015.

<sup>8</sup> Universitätsarchiv HU-Berlin, Personalakte PA *Carl Schmitt* 159a, Bl. 46 f.; vgl. C. Tilitzki, Vortragsreisen Carl Schmitts während des Zweiten Weltkriegs, in: Schmittiana 6 (1998), 191 ff.

“Der Vortrag vor der juristischen Fakultät in Bukarest hatte zum Thema: ‘Der Einfluss des Juristen auf die Formung des europäischen Geistes’. [...] Ich führte in meiner Rede aus, dass die europäische Rechtswissenschaft als Wissenschaft im Kampf mit der Theologie entstanden ist und heute sich gegenüber einer nihilistischen Technisierung zu verteidigen hat. In dieser Position zwischen Theologie und Technik sah ich eine Parallele mit der heutigen Position des europäischen Geistes überhaupt. Ich habe insbesondere auf Savigny als den großen europäischen und zugleich deutschen Juristen hingewiesen. Die Hörer, die meinen Ausführungen folgten, haben, wie ich aus Berichten Bukarester Zeitungen und aus späteren Gesprächen entnehmen konnte, meine Ausführungen sehr gut verstanden. Die Masse der Zuhörer dagegen verstand überhaupt kein Deutsch und schien nicht einmal Eigennamen wie Savigny als solche zu identifizieren. Infolgedessen habe ich den Vortrag nur mit großer Anstrengung zu Ende führen können. Aber ich hatte das Bewusstsein, an der Stelle zu stehen, die bisher, zwei Generationen hindurch, das wichtigste Einfallstor des kulturellen Einflusses Frankreichs in Rumänien war und zum ersten Mal die Macht dieser französischen Tradition zu durchbrechen. Nur in diesem Bewusstsein habe ich die für den Redner sehr schwierige Situation durchgehalten.”

*Schmitts* Bukarester Titel ist eine Analogiebildung zum Vortrag *Die Formung des französischen Geistes durch die Legisten*, den er in ähnlicher kulturpolitischer Mission in Paris gehalten hatte. *Schmitt* vertrat einen nationalistischen Hegemonialismus und betonte die Überlegenheit des “deutschen” Rechtsdenkens unter Rekurs auf *Hegel* oder *Savigny*. Was er hier im Bericht zur “Position” oder Lage der Rechtswissenschaft “zwischen Theologie und Technik” und zu *Savigny* sagt, trifft noch den Kern der späteren Veröffentlichung. Sicher ist das Typoskript vom Herbst 1944 erhalten, das *Schmitt* für die Festschrift an *Poptiz* schickte. Es fand sich im Nachlass von *Rudolf Smend* und die beachtlichen Abweichungen zur Druckfassung von 1950 sind in der Edition des Briefwechsel *Schmitt-Smend* annotiert.<sup>9</sup> *Schmitts* Rede von “Abstandnahme”, “Asyl” und “Krypta” der Rechtswissenschaft beispielsweise ist ein späterer Zusatz. Vor allem enthielt das Typoskript von 1944 aber einen anderen Schluss. So schrieb *Schmitt* u. a.:

“Ich möchte mit einem Bekenntnis schließen. Das wahre Geheimnis des großen Aufbruchs zur Rechtswissenschaft, der 1814 entstand, liegt in dem Bündnis wissenschaftlichen Geistes mit einem durch den Krieg geweckten Bewusstsein neuer und jugendlicher Kraft. So werden auch in den Leiden des gegenwärtigen Weltkrieges neue Keime wissenschaftlichen Geistes entstehen. Sie werden selbst im Lärm der Materialschlachten und des Luftterrors die geheimnisvolle Stille zu

<sup>9</sup> R. Mebring (Hrsg.), “Auf der gefahrenvollen Straße des öffentlichen Rechts ...” Briefwechsel Carl Schmitt – Rudolf Smend 1921–1961, 2. Aufl. 2012, 113 ff.

finden wissen, die zu ihrem Wachstum gehört und werden eines Tages ihre Blüte entfalten und ihre Früchte tragen. Dieses Vertrauen, und nicht etwa ein Programm für Ausgrabungen, schöpfe ich aus Savignys Aufruf zur Rechtswissenschaft. Der Geist europäischer Rechtswissenschaft wird sich auf sich selbst besinnen und der Genius, der uns in den Schrecken früherer Jahrhunderte nicht verlassen hat, wird uns auch in diesem Weltkrieg retten."

Dieser Schluss entspricht im Tenor den allgemeinen Schlussformeln von Schmitts anderen Kriegspublikationen, die von Vergil zu Hölderlin<sup>10</sup> als Referenzautoren wechseln. Stets hat Schmitt genaue Listen geführt,<sup>11</sup> welche Typoskripte und Schriften er wem gab. So wissen wir, dass er das Typoskript vor Kriegsende an Erwin v. Beckerath und Rudolf Smend, Gustav Adolf Walz und Wolfgang Siebert gab, 1948 dann an Serge Maiwald, Ernst Forsthoff und andere. Die Druckfassung von 1950 verschenkte er etwa 100 Mal, nicht zuletzt an befreundete ausländische Kollegen. Die Textgeschichte und der engste Adressatenkreis der Publikation lassen sich also einigermaßen klären. Gewiss hat Schmitt seine umfangreiche Abhandlung nicht überall vollständig vorgetragen. Eine strikte Identität zwischen den Vorträgen von 1943/44 und der Publikation von 1950 hat es nicht gegeben. Von einer starken intentionalen Verfälschung des Textes ist aber auch nicht zu reden. Schmitt hat die hegemoniale Mission seiner Schrift heruntergefahren und dem Savigny-Rekurs einen defensiven und konservativen Anstrich gegeben. Urheberrechtlich würde man heute aber dennoch vermutlich von einer relativen Identität des Textes von 1950 mit den Vortragsfassungen sprechen.

## II. Schmitts Rechtswissenschaftsgeschichte

Schmitt hat stets komplexe historische Genealogien entwickelt. Dabei vertrat er einen eigenen Kanon und Gegenkanon gegen den Mainstream. Referenzautoren waren ihm Argumente, mit denen er "geistesgeschichtliche" Konstellationen, Etappen und Linien agonaler Auseinandersetzungen markierte.<sup>12</sup> Grob lassen sich drei Hauptlinien unterscheiden: eine Linie neuzeitlicher Staatstheorie von Bodin und Hobbes bis Hegel, eine Linie des "organischen" Staatsdenkens von Hegel über Lorenz von Stein, Gneist und Gierke bis Smend und eine Linie mechanistisch-normativistischen Rechtsdenkens von Laband bis Anschütz und Kelsen. In seiner Begriffsgeschichte

<sup>10</sup> Vgl. dazu R. Mehring, Carl Schmitt: Denker im Widerstreit, 2017, 320 f.

<sup>11</sup> Landesarchiv NRW, Abteilung Rheinland, Standort Duisburg, Nachlass Carl Schmitt, RW 265-19600.

<sup>12</sup> Zu Schmitts Kanonpolitik R. Mehring (Anm. 10), 37 ff., 337 ff.

der *Diktatur* arbeitete Schmitt diese Linien erstmals material durch. Die strikte Kanonisierung der Linienführung beginnt dann 1922/23 mit der *Politischen Theologie* und der *Geistesgeschichtlichen Lage des heutigen Parlamentarismus*. Die alternativistische Unterscheidung der “organischen” und der “mechanistisch-normativistischen” Linie bringt 1930 die Broschüre über Hugo Preuß<sup>13</sup> und dessen *Stellung in der deutschen Staatslehre*. Die *Politische Theologie* hatte die Opposition von Dezisionismus und Normativismus, *Hobbes* und *Kelsen*, als Anfang und Ende des neuzeitlichen Staatsrechtsdenkens eingeführt; *Legalität und Legitimität* verschärfte dann die Legalismus- und Positivismuskritik. Im Nationalsozialismus fügte Schmitt 1934 in seiner Schrift *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* noch das “konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken” hinzu, das er mit *Hegel* autorisierte und dessen rechtspolitische Hintergründe und geistesgeschichtliche Linienführungen hier nicht weiter interessieren.

Die Schrift *Über die drei Arten* erschien im Frühjahr 1934. Schmitts nationalsozialistische Dogmatik wandelte sich dann nach dem 30.6.1934 und dem Artikel *Der Führer schützt das Recht*. Schon lange vertrete ich die These, dass dieser Artikel in Schmitts damaliger Publizistik einen Wendepunkt bedeutete und einen Strategiewechsel in der NS-Apologie markierte:<sup>14</sup> Schmitt begrub damals seine anfängliche Hoffnung auf die Verfassungsfähigkeit des Nationalsozialismus, wechselte aus der Optik des Normalzustands in die apokalyptische Optik des Ausnahmezustands über und stellte von einer juristisch-institutionellen Rechtfertigung des Nationalsozialismus auf eine antisemitische Sinnggebung um. Sein Schlüsselwort heißt hier “unmittelbare” Gerechtigkeit. Sie kennzeichnet das “Staatsnotrecht” im “Ausnahmezustand” gegenüber dem rechtsstaatlich vermittelten Normalzustand. Schmitt schreibt:

“Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft.”<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Wiederabdruck jetzt als Anhang zu: C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 5. Aufl. 2016; vgl. auch C. Schmitt, *Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Descartes*, in: ARSP 30 (1937), 622 ff.

<sup>14</sup> Dazu R. Mebring, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, 2009, 351 ff.; zum vorgängigen “institutionellen” Sinnstiftungsversuch vgl. R. Mebring, *Vom Staatsrat zum Führerrat? Carl Schmitts Staatsrat-Projekt 1933*, in: R. Mebring (Anm. 10), 80 ff.

<sup>15</sup> C. Schmitt, *Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934*, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 39 (1934), Sp. 945 ff.; hier zitiert nach dem Wiederabdruck in C. Schmitt, *Positionen und Begriffe*, 1940, 199 ff., hier: 200; Schmitt argumentiert mit Revolutionsabwehr, Staatsnotrecht, epochalem Legitimitäts- und Verfassungswandel und auch mit einer Begrenzung der gesetzeswidrigen “unmittelbaren” “Gerichtbarkeit” “auf den

*Schmitt* beerdigte damals die Eigenlogik des Rechtscodes und der Trennung von Moral, Politik und Recht und erkannte den Nationalsozialismus als personalistischen "Führerstaat". Umgehend schloss er eine Begriffsgeschichte des Rechtsstaatsbegriffs an und unterschied zwischen einem legalistischen Rechtsstaat und einem personalistischen "Gerechtigkeitsstaat". Es ist möglich und geradezu wahrscheinlich, dass er diesen "Führerstaat", ähnlich wie sein Berliner Kollege *Carl August Emge*, als diktatorischen und terroristischen Leviathan ansah und sich über die Rechtssicherheit dieses Systems wenig Illusionen machte. Deshalb radikalisierte er auch die innen- und außenpolitischen Feinderklärungen und schrieb in den Jahren 1935/36 seine fürchterlichsten Texte. Mit äußerstem Zynismus warf er sich nun in die Apologie des Terrorstaates und markierte die Unterscheidung von Freund und Feind dabei nicht zuletzt antisemitisch.

So feierte er die Nürnberger Rassegesetzgebung in der *Deutschen Juristen-Zeitung* unter dem ungeheuerlichen Titel *Die Verfassung der Freiheit*<sup>16</sup> – ich verstehe nicht, dass dieser Artikel nicht ebenso verrufen ist wie *Der Führer schützt das Recht* – und er organisierte seine Tagung über *Das Judentum in der Rechtswissenschaft*. *Schmitt* ergänzte die starke Nationalisierung seiner Rechtswissenschaftsgeschichte, wie sie sich etwa in *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* findet, nun durch seine starke antisemitische Kodierung des Gesetzesdenkens: von *Spinoza* bis *Laband* und *Kelsen*.

Stets nationalisierte er seine Rechtswissenschaftsgeschichte. Dabei kontrastierte er die deutsche Entwicklung vor allem mit Frankreich und England. Auch seine Besprechungsabhandlung *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff* ist national codiert.<sup>17</sup> Diese Nationalisierung des Rechtsdenkens findet sich noch im *Nomos der Erde*. *Schmitt* assoziiert den "Dezisionismus" und Etatismus mit "terranem" und kontinentalem französischem "Geist", den universalistischen "Normativismus" aber mit dem "maritimen" Denken der angelsächsischen Tradition. Die Überlegenheit des "deutschen" Rechtsdenkens stellt er etwa in seinen großen Abhandlungen über *Das "allgemeine deutsche Staatsrecht" als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung* oder *Die Formung des französischen Geistes durch den*

---

zeitlichen und sachlichen Umfang des Bereiches der drei Tage" (PB 202). Buchstäblich fordert *Schmitt* im Artikel also eine Rückkehr zur Legalität des Status quo ante. Politisch wusste er aber, dass dies illusorisch war, und er betrachtete den "Führerstaat", mit dessen "unmittelbarer" (nicht rechtssicher positiver) Gerechtigkeit als Ausnahmezustand.

<sup>16</sup> C. *Schmitt*, Die Verfassung der Freiheit, in: Deutsche Juristen-Zeitung 40 (1935), Sp. 1133 ff.

<sup>17</sup> C. *Schmitt*, Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff, 1938.

Legisten Anfang der 40er Jahre mit Verweis auf *Hegel* heraus.<sup>18</sup> Diese Abhandlungen sind in ihren wissenschaftshistorischen Linienführungen zweifellos interessant. Sie gehen in den Erträgen auch in die zusammenfassende Schrift über *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* ein, wobei näher zu bedenken wäre, weshalb *Schmitt* *Hegel* als zentralen Referenzautor plötzlich durch den Verweis auf *Savigny* ersetzt und den *Savigny*-Rekurs dann 1958 ebenso plötzlich mit seiner Glosse zum Verhältnis von *Savigny* und *Hegel* wieder beerdigt. Will man aber genauer sehen, welche materialen Vorarbeiten in die Broschüre von 1950 eingingen, so muss man *Schmitts* Rechtswissenschaftsgeschichte seit 1934 noch etwas genauer betrachten:

Nach seiner Broschüre *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* publizierte *Schmitt* eine ganze Reihe kleinerer Artikel, meist in der *Deutschen Juristen-Zeitung* oder der *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, die die Profilierung eines genuin “nationalsozialistischen Rechtsdenkens”<sup>19</sup> mit historischen Reflexionen auf den “Weg des deutschen Juristen”<sup>20</sup> verknüpften. *Schmitt* schrieb auch einige interessante Artikel, die man als rechtstheoretische Analysen des fortschreitenden Formverlusts und der Paralyse des Legalitätscodes betrachten kann. Genannt seien hier nur sein Artikel *Kodifikation oder Novelle?*<sup>21</sup> und seine bedeutende Abhandlung *Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen* von 1936, die auch in die Sammlung *Positionen und Begriffe* von 1940 aufgenommen ist. *Schmitt* analysierte die Destruktion und Paralyse des Legalitätsmodus also sehr umfassend, auch in vergleichender europäischer Perspektive, und er verband den Befund des Bedeutungswandels und Bedeutungsverlustes der “Legalität” mit einer Wendung zum “Typus” des Juristen und “Rechtswahrers”. Diese Wendung von der Legalitätsform des Rechts zum Habitus und Typus des Richters

<sup>18</sup> C. *Schmitt*, Das “allgemeine deutsche Staatsrecht” als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 100 (1940), 5 ff.; C. *Schmitt*, Die Formung des französischen Geistes durch den Legisten, in: Deutschland-Frankreich. Vierteljahresschrift des Deutschen Instituts Paris 1 (1942), 1 ff.

<sup>19</sup> Vgl. dazu C. *Schmitt*, Nationalsozialistisches Rechtsdenken, in: *Deutsches Recht* 4 (1934), 225 ff.; Faschistisches und nationalsozialistisches Rechtsdenken, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 41 (1936), Sp. 619 f.

<sup>20</sup> Dazu etwa C. *Schmitt*, Der Weg des deutschen Juristen, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 39 (1934), Sp. 691 ff.; Die geschichtliche Lage der deutschen Rechtswissenschaft, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 41 (1936), Sp. 15 ff.; Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes, in: *Deutsches Recht* 6 (1936), 181 ff.

<sup>21</sup> C. *Schmitt*, *Kodifikation oder Novelle? Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung*, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 40 (1935), Sp. 919 ff.

und Juristen war schon eine Konsequenz, die seine Frühschrift *Gesetz und Urteil*<sup>22</sup> aus der freirechtlichen Bewegung zog.

Ich will damit nicht behaupten, dass *Schmitts* Rechtswissenschaftsgeschichte primär als Problemdiagnose zu verstehen sei und dass sie die Rechtsvermutungen schon früh vom Gesetzgeber und Legalitätsmodus auf den Gerechtigkeitssinn des professionellen Juristen<sup>23</sup> verlagerte. *Schmitt* explizierte seine Destruktion des Legalitätsmodus aber immer wieder als analytischen Befund. Überall folgte er dabei der Argumentationsstrategie des "aktiven Nihilismus": Was fällt, soll man stoßen! *Schmitts* emphatische Rede vom "Aufhalter" und "Katechon" bezieht ihr Pathos und auch ihre Unglaubwürdigkeit aus der Verleugnung der radikalisierenden Verschärfung, Verstärkung und Beschleunigung der Verfallstendenzen, die er mit seiner messerscharfen Logik und Rhetorik formulierte. Man kann seinem Scharfsinn dabei ruhig etwas Tragik konzedieren: *Schmitts* rationalisierender, prinzipieller und systematisierender Blick konnte nur Verfallstendenzen sehen. Er wurde damit geradezu unvermeidlich zum "Beschleuniger wider Willen".<sup>24</sup> Genau diese Tragik und Unglückslogik thematisierte er bei *Savigny* und *Hegel*, mit denen er sich identifizierte. Der selbsternannte Aufhalter fragte sich selbst wohl auch oft, ob er nicht eigentlich ein Beschleuniger war.

### III. Aufbauanalyse der Schrift

#### 1. Der Bedeutungskern der *Savigny*-Identifikation

Die Schrift *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* steht am Beginn der Ausarbeitung des *Nomos der Erde*. Den Krieg hielt *Schmitt* damals längst für verloren. Parallel schrieb er an seinem Vortrag *Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation*.<sup>25</sup> Sehr elastisch stellte er damals von

---

<sup>22</sup> C. *Schmitt*, *Gesetz und Urteil*. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, 1912.

<sup>23</sup> Dazu vgl. E.-W. Böckenförde, *Vom Ethos der Juristen*, 2010.

<sup>24</sup> C. *Schmitt*, *Beschleuniger wider Willen* oder: Problematik der westlichen Hemisphäre, in: *Das Reich*, vom 19. April 1942, 3 ff.

<sup>25</sup> C. *Schmitt*, *Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation*, in: *Die neue Ordnung* 3 (1949), 1 ff.; Wiederabdruck in C. *Schmitt*, *Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation*, 1950, 80 ff.

“Deutschland” auf “Europa” um. Da seine “Großraumlehre”<sup>26</sup> allerdings – von 1939 bis 1942 – ein deutsches Mitteleuropa gewünscht und gerechtfertigt hatte, ist der semantische Shift nicht allzu groß: Nazideutschland hatte Europa für sich okkupiert, die deutsche Wissenschaft wollte die europäische sein. Während *Donoso Cortés* dabei schon in den 20er Jahren ein Identifikationsautor war, rückte *Savigny* nun plötzlich in *Hegels* Stelle ein. Damals erweiterte *Schmitt* sein Spiegelkabinett: So treten auch *Vitoria*<sup>27</sup> und *Tocqueville*<sup>28</sup> hinzu. Wichtiger als die einzelnen okkasionellen Identifikationsmasken ist für *Schmitt* dabei die historische Parallele der Lage. Vor allem drei Epochen dienen ihm als historische Parallelen: die spätantike Zeit des Urchristentums, die *Schmitt* ausdrücklich die “große Parallele” nennt, die frühe Neuzeit als Übergang vom konfessionellen Bürgerkrieg zur säkularen Staatlichkeit und die Zeit um 1848: die Epoche des Scheiterns der bürgerlichen Revolution in Deutschland, des Zusammenbruchs des deutschen Idealismus und der Wendung zum Positivismus, Materialismus und Naturalismus.

*Schmitt* betrachtete das Scheitern der Revolution von 1848 als historisches Unglück und negativen Wendepunkt der Nationalgeschichte. Anders als etwa *Rudolf Smend* vertrat er dennoch keine positive Utopie einer Bürgergesellschaft. Seine starke Wertung des Scheiterns von 1848 ist innerhalb seines Geschichtsbilds eigentlich kaum verständlich. Jedenfalls spiegelte *Schmitt* die “geistesgeschichtliche” Lage der Gegenwart immer wieder in den spektralen Perspektiven einer ganzen Kohorte von Autoren um 1848: *Donoso Cortés*, *Lorenz v. Stein*, *Karl Marx*, *Bruno Bauer*, *Julius Stahl*, *Alexis de Tocqueville* und nun in *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* eben *Friedrich Carl von Savigny*. Der *Savigny*-Rekurs von 1950 ist die erste und einzige Identifikation mit einem professionellen Juristen, die sich in *Schmitts* Werk findet. Wichtig ist hier, dass er sich nicht nur mit dem Autor des “Aufrufs” von 1814 identifiziert, sondern auch und gerade mit *Savigny* als “Unglücksfigur” (VRA 418) in seiner “unglücklichen Rolle” als Minister für Gesetzgebung und Präsident des preußischen Staatsrats vor 1848. Dabei versäumt er auch den Hinweis nicht, dass *Savigny* bald “wieder zu sich selbst und zu seiner europäischen Größe” (VRA 419) zurückfand. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass der preußische Staatsrat *Schmitt*,<sup>29</sup> Staatsrat von *Görings* Gnaden, gerade durch seine Studien zur Geschichte des Staats-

<sup>26</sup> C. *Schmitt*, Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht, 1939, 4 mehrfach erw. Aufl. bis 1942.

<sup>27</sup> C. *Schmitt*, *Der Nomos der Erde*, 1950, 69 ff.

<sup>28</sup> C. *Schmitt*, *Ex Captivitate Salus*, 1950, 25 ff.

<sup>29</sup> Vgl. dazu *D. Blasius*, *Carl Schmitt. Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich*, 2001.

rats zur späten *Savigny*-Identifikation fand. Schon mit seiner Ernennung zum Staatsrat im Sommer 1933 hatte er mit historischen Studien zur Institution begonnen. Bald setzte er Schüler – *Guydan de Roussel* und *Hans Schneider* – an dieses Thema. *Schneider*<sup>30</sup> habilitierte sich dann über die Geschichte des preußischen Staatsrats und *Schmitt* dürfte nicht zuletzt durch diese Arbeit auf seine *Savigny*-Identifikation gestoßen sein. Sie ist das Alleinstellungsmerkmal und der Kern der Schrift *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* innerhalb von *Schmitts* diversen Varianten der Rechtswissenschaftsgeschichte. Von der *Savigny*-Identifikation her erklärt sich der Einstieg mit der Geschichte des Römischen Rechts und Aufruf zur „Abstandnahme von der gesetzestaatlichen Legalität“.

## 2. Zur rechtstheoretischen Krisis-Analyse

Verdeutlichen wir den Gedankengang der Schrift: *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* gliedert sich in sechs Kapitel, die *Schmitt* als „Stadien“ der Rechtsgeschichte beschreibt: Er geht von der geschichtlichen Tatsache einer gemeineuropäischen Rechtswissenschaft aus und nennt als „konkrete Ordnungen“, die den staatlichen Individuationen vorgängig sind, vor allem die Rezeption des römischen Rechts und die „Rezeption des Konstitutionalismus“ (VRA 397) der Allgemeinen Staatslehre. Es muss hier nicht beschäftigen, was die nationalsozialistische Rechtswissenschaft und auch *Schmitt* alles seit 1933 gegen die Rezeption des römischen Rechts gesagt und geschrieben haben.<sup>31</sup> Das gilt auch für den Stand der Diskussion nach *Wieacker* und *Koschaker*, den *Schmitt* gut kennt. Nur beiläufig sei darauf hinzuweisen, dass er bei seinen Ausführungen zur gemeineuropäischen Rezeption des römischen Rechts von der „geistesgeschichtlichen“ Voraussetzung des Christentums gänzlich schweigt. Seine Broschüre grenzt die Eigenart der Rechtswissenschaft durchgängig von der Theologie ab und erörtert deshalb, anders als der *Nomos der Erde*, auch nicht das Christentum.

Nach den zwei Kapiteln zum römischen Recht folgen zwei Kapitel zur „Krisis der gesetzestaatlichen Legalität“ im 19. und 20. Jahrhundert. *Schmitt* vertritt hier zunächst die originelle und interessante These, dass diese – von *Julius Kirchmann*<sup>32</sup> erstmals prägnant formulierte – Krisis im 19. Jahrhundert zunächst noch durch die Rolle der Rechtswissenschaft und der

---

<sup>30</sup> *H. Schneider*, Der preußische Staatsrat 1817-1918, 1952.

<sup>31</sup> Kurze Einordnung bei *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Bd. III: 1914-1945, 1999, 339 f.

<sup>32</sup> *J. Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848.

Rechtswissenschaftler bei den großen Kodifikationen abgemildert und abgebremst war. Durch die Kodifikationen erschien das Gesetz in systematischer Ordnung als Einheit und Ganzheit gegenüber den Eingriffen des Gesetzgebers noch als relativ eigenständige und objektive Macht und Größe. Für das zweite Stadium der Krisis diagnostiziert *Schmitt* dann aber die Destruktion der Gesetzesform durch den – wie er sagt – “motorisierten Gesetzgeber”, der den Geltungsanspruch auf Allgemeinheit und Dauer im Übergang zu Verordnungen und Anordnungen verschleift. Mit originellen Formulierungen wiederholt er also seine rechtstheoretische Analyse der Zerstörung der Gesetzesform, die seit den frühen 20er Jahren schon sein allgemeines rechtstheoretisches Motiv für die Beisetzung des “bürgerlichen Rechtsstaats” war: *Schmitt* hatte sich für die Diktatur als Staatsform des 20. Jahrhunderts erklärt, weil er den Übergang vom Steuerungsmodus des Gesetzes zur Maßnahme für irreversibel hielt. Diese rechtstheoretische Perspektive der Destruktionsanalyse hielt er auch nach 1933 tiefenscharf und differenziert fest; seine Bedeutung als Jurist im Nationalsozialismus besteht nicht zuletzt in dieser fortdauernden rechtstheoretischen Analyseperspektive. Nicht nur *Schmitt* hat damals aber die nationalsozialistische Destruktion der Gesetzesform beobachtet. Hier wären auch andere Namen und Texte zu nennen: ein unlängst erst publizierter Vortrag *Ernst Rudolf Hubers* aus dem Wintersemester 1944/45 etwa.<sup>33</sup> *Horst Dreier*<sup>34</sup> wies in seinen Aufsätzen zur nationalsozialistischen Rechtswissenschaft schon auf solche rechtstheoretische Beiträge der NS-Wissenschaft hin. Wenn *Schmitt* im Nationalsozialismus kritische rechtstheoretische Beiträge schrieb, ist nicht bestritten, dass der Analytiker der Paralyse der Rechtsform zugleich der Apologet der Beschleunigung der Destruktion war. Es wurde ja schon gesagt, dass seine scharfen Begriffsbildungen geradezu zwangsläufig doppelbödig sind und die Tendenzen beschleunigen, die sie erfassen.

### 3. “Aufspaltung des Rechts”: die Antwort als Frage

Die letzten beiden Kapitel der Schrift geben eine Antwort auf die Krisendiagnose. Genauer wäre von Verhaltensmaximen im professionellen Um-

<sup>33</sup> Dazu *E. Grothe/R. Mehring* (Hrsg.), Das “Problem des geheimen Gesetzes” und die Grenze des “Führernotrechts”. Erstveröffentlichung von *Ernst Rudolf Hubers* Vortrag “Gesetz und Maßnahme” aus dem Wintersemester 1944/45, in: *Der Staat* 55 (2016), 69 ff.

<sup>34</sup> *H. Dreier*, Staatsrecht in Demokratie und Diktatur. Studien zur Weimarer Republik und zum Nationalsozialismus, hrsgg. von M. Jestaedt/S. L. Paulson, 2016; dazu meine Besprechung in: *Philosophischer Literaturanzeiger* 70 (2017), 53 ff.

gang mit dem "Problem der Legalität" zu sprechen. Hier liegt jenseits der neuen Formulierungen der genuine Beitrag der Schrift über die früheren Versionen hinaus. Das fünfte Kapitel lautet: "Savigny als Paradigma der ersten Abstandnahme von der gesetzestaatlichen Legalität". Die Titelformulierung legt nahe, *Schmitt* als Paradigma einer zweiten Abstandnahme für das zweite Stadium des 20. Jahrhunderts hineinzuschreiben. Es wurde bereits gesagt, dass er nicht nur auf *Savignys* Aufruf von 1814 hinwies, sondern auch auf die spätere "unglückliche Rolle" und den "Widerspruch", dass der Kritiker der Gesetzeskodifikation zum "Minister für Gesetzesrevision" wurde. Es wurde gesagt, dass *Schmitt* hier nicht zuletzt auf die historische Parallele zum eigenen nationalsozialistischen Staatsrat-Fall zielte. Diese *Savigny*-Identifikation gehört also ins weite Feld der exkulpativen Legendenbildungen des Staatsrats *Schmitt* nach 1945.

*Schmitts* Staatsrat-Legende besagt, dass *Schmitt* ein "etatistischer Aufhalter" in preußischer Tradition war,<sup>35</sup> der anfangs an die Verfassungsfähigkeit des Nationalsozialismus glaubte und mit einem Zähmungskonzept strategisch auf *Göring* setzte, nach dem 30.6.1934 aber den Versuch einer institutionell-etatistischen Sinngebung aufgab. Die Staatsrat-Legende ist also mit einer Etatismus-Legende verbunden, für die *Schmitt* nach 1945 gerne gelegentlich auch auf seine Privataudienz bei *Mussolini* im Jahre 1936 verwies.<sup>36</sup> Diese Staatsrat-Legende hatte nach 1945 nicht zuletzt die exkulpativ Funktion, vom fortdauernden nationalsozialistischen Engagement an der Seite *Hans Franks* abzulenken, als dessen "Gefolgsmann" *Schmitt* sich bis Ende 1936 verstand.

Wenn hier die autobiographische Legende und Bedeutungsschicht der *Savigny*-Identifikation betont wird, sollen die Aussagen und Beiträge zur *Savigny*-Forschung nicht relativiert werden. So eindringlich *Schmitt Savigny* aber auch skizziert, so schwer ist entscheidbar, wie er zu *Savigny* systematisch steht. Er betont vor allem "Savignys Lehre von den Quellen des Rechts" (VRA 411), übernimmt aber nicht die Lehre vom "Volksgeist", die ihn nie interessierte, sondern übersetzt *Savignys* Rechtsquellenlehre in eine kursiv hervorgehobene These, die er seinerseits nicht deutlich expliziert. *Savignys* Lehre bringt *Schmitt* auf den Satz: "Die Rechtswissenschaft ist eben selbst die eigentliche Rechtsquelle." (VRA 412) Er erläutert:

"Das Gesetz ist ihr nur Stoff, den sie womöglich gestaltet und veredelt: die wissenschaftliche Form, die sie allein zu geben vermag, sucht eine dem Gesetzesstoff innewohnende Einheit zu enthüllen und zu vollenden und erzeugt

<sup>35</sup> Vgl. dazu *R. Mehring*, Vom Staatsrat (Anm. 14), 80 ff.

<sup>36</sup> Vgl. dazu *C. Schmitt*, Faschistische und nationalsozialistische Rechtswissenschaft, in: Deutsche Juristen-Zeitung 41 (1936), Sp. 619 f.

dadurch ‘ein organisches Leben, das bildend auf den Stoff selbst zurückwirkt’.” (VRA 412)<sup>37</sup>

Die Grenzen der *Savigny*-Identifikation sind hier nicht auszuloten. Systematisch ist es gewiss richtig, dass die institutionalisierte Rechtswissenschaft an der Rechtskultur und Rechtsfortbildung einer Gesellschaft maßgebend mitwirkt. Gesetze werden juristisch formuliert, Verfassungsorgane leisten Normgebung und Normenkontrolle und nicht nur die Richter sind professionelle Juristen. Bundesverfassungsrichter sind häufig gar Juraprofessoren. Wenn die Rechtswissenschaft als “Rechtsquelle” den Rechtsmaterien auch eine systematische Form gibt, so waren die rechtspolitischen Aufgaben des Staatsrats *Savigny* aber doch von denen der NS-Rechtswissenschaft deutlich unterschieden. Davon schweigt *Schmitt*. Er proklamierte mit seiner “Großraumlehre” und seinen Auslandsvorträgen Anfang der 1940er Jahre selbstverständlich einen Führungsanspruch der deutschen Rechtswissenschaft und ein imperiales Konzept von der Durchsetzung der NS-Rechtswissenschaft in “Mitteleuropa”. Den imperialen Anspruch seiner Forderung rechtswissenschaftlicher “Systembildung” nahm er nach 1945 mit seinem semantischen Shift zur “europäischen” Rechtswissenschaft und zum “Jus Publicum Europaeum” dezent zurück.

Er erläutert seine These von der Rechtswissenschaft als “Rechtsquelle” und der vielfältigen Mitwirkung der Rechtswissenschaft am staatlichen Gesetz in seiner Broschüre *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* 1950 nun nicht eingehend, sondern unterscheidet hier idealtypisch nur drei nationale Kulturen der Rechtswissenschaft: den englischen case law-“Praktiker”, den französischen Typus des Legisten und *Savignys* “Aufruf” zur historischen Abstandnahme, und schließt dann noch einige starke Thesen zur Entwicklung der Germanistik nach *Savigny* an: Er nennt *Bachofen* den “wahren Erben *Savignys*” (VRA 416) und stellt sich selbst im *Nomos der Erde* in eine Linie *Savigny-Bachofen*. Der akademische Sinn dieser Wendung zur “mythologischen Forschung” ist hier nicht zu klären. *Schmitt* nimmt auch jede systematische Rezeption selbst in eine polemische Auffassung zurück; er aktualisiert *Savigny* nicht als bedeutenden Rechtsquellenlehrer und also Rechtsphilosophen, sondern als polemischen Autor der Widersprüche seiner Zeit. So schreibt er:

“Ich finde das Geheimnis seiner großen äußeren und inneren Wirkung in etwas ganz anderem. Sein Aufruf war die erste bewusste Distanzierung zur Welt der Setzungen. Seine Bedeutung liegt nicht in einer Argumentation, sondern in der geistigen Situation, die seinem Hauptargument, seiner Lehre von der ab-

<sup>37</sup> *Schmitt* zitiert *F. v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1840, 46.

sichtslosen Entstehung des Rechts, erst die geschichtliche Größe gibt, weil sie die Rechtswissenschaft zum Gegenpol des bloß faktischen Setzungsrechts macht, ohne das Recht in die Bürgerkriegsparolen des Naturrechts zu werfen." (VRA 418)

Die Bedeutung eines "Klassikers" setzte *Schmitt* weniger in transhistorische Wahrheiten als in die Repräsentation einer "Krise" oder "Lage". Er rezipierte Autoren stets nur selektiv als Repräsentanten profilierter Perspektiven im Rahmen seiner verfassungsgeschichtlichen Gesamtbetrachtung, folgte also keinem Autor buchstäblich im Geltungsanspruch, sondern las die Werke als Spiegel verfassungspolitischer Konstellationen, die er distanziert von seiner politisch-theologischen Sicht der Gegenwart her betrachtete. *Schmitt* sah Autoren im perspektivischen Kanon und in ihrer jeweiligen Lage. Niemandem folgte er blind. Deshalb ist er auch nicht einfach als "Hobbesianer" oder "Hegelianer" zu bezeichnen. Im *Savigny*-Kapitel steht dafür auch ein Satz, den er später mehrfach wiederholt: "Eine geschichtliche Wahrheit ist nur einmal wahr." (VRA 415) *Schmitt* meint hier vermutlich die Antwort auf eine historische Herausforderung oder "Frage". Die dialektische Antwort gibt dem "organischen Leben" (*Savigny*) eine neue Wendung und geschichtliche Möglichkeit. *Savigny* eröffnete die methodische Alternative der historischen Rechtsbetrachtung durch seine Einsicht in die "Gefahr der Mechanisierung und Technisierung des Rechts" (VRA 420).

Im letzten Kapitel formuliert *Schmitt* seine Sicht der Lage nun ganz grundsätzlich mit den polaren Schlüsselbegriffen von Theologie und Technik, Legalität und Legitimität. Im *Nomos der Erde* betont er formelhaft eingängig, dass die europäische Rechtswissenschaft "zwischen Theologie und Technik"<sup>38</sup> entstanden sei und zerrieben werde. Diese Problemformulierung findet sich der Sache nach auch in *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*. Stärker wirkt dort aber die wiederholte Rede von einer "Aufspaltung des Rechts in Legalität und Legitimität" (VRA 422, 424, 425). *Schmitt* verknüpft die Legitimität dabei mit der Theologie, die Legalität aber mit Rechtstechnik. Dem "motorisierten Gesetzgeber" korreliert die "subalterne Instrumentalisierung" (VRA 422) des distanzlosen Rechtstechnikers. *Schmitt* schließt mit kritischen Worten zur "tödlichen Legalität" und "todbringenden Vergesetzlichung des Rechts" (VRA 425).

Anders als *Savigny* formuliert er keine starke Alternative. Seine Broschüre ist eine Krisendiagnose ohne Antwort. Sie ist insbesondere keine klare Stellungnahme zur eigenen Rechtspolitik und Destruktion des Legalitäts-

---

<sup>38</sup> So die stehende Formel von C. Schmitt (Anm. 27), 6 u. ö.

modus im Nationalsozialismus. *Schmitt* hatte die “Aufspaltung des Rechts in Legalität und Legitimität” im Nationalsozialismus ja selbst forciert, indem er die “Legitimität” des personalistisch integrierten “Führerstaates” vom Legalitätsmodus entkoppelte und “Legitimität gegen Legalität” setzte, um *Hasso Hofmanns*<sup>39</sup> wegweisende Dissertation zu zitieren; *Schmitt* hatte für die Legitimität *Hitlers* gegen die Rechtssicherheit des “bürgerlichen Rechtsstaats” optiert. Eine Selbstkritik nimmt er nun nur insoweit vor, als er über die Kritik des Legalitätsmodus hinaus auf starke Präntentionen von “Legitimität” verzichtet und die “Legitimität” in die Nähe von “Theologie” und die “Bürgerkriegsparolen des Naturrechts” rückt. Pries *Schmitt* also zunächst *Savignys* rechtswissenschaftliche “Rechtsquellenlehre”, so schließt seine Schrift eigentlich mit einem Legitimitätsverzicht.

*Schmitt* meidet dabei die Erwähnung des Grundbegriffs und Stichworts, mit dem er selbst auf die “Aufspaltung des Rechts in Legalität und Legitimität” antwortete: die Rede vom “Nomos”. Die beiden juristischen Publikationen von 1950 sollten sich ergänzen: *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* formulierte als Krisendiagnose die Frage, den Befund der Aufspaltung von Legalität und Legitimität, auf den der *Nomos der Erde* positiv antwortete. *Schmitt* deutete dabei an, dass seine Rede vom “Nomos” über die Völkerrechtsgeschichte hinaus in irgendwie “mythologischer Forschung” auch eine positive Rechtsquelle formulierte. Was die Broschüre von 1950 selbst nicht leisten wollte, ist hier aber nicht zu entwickeln: Der Legalismus- oder Positivismuskritik ist hier kein tragendes Legitimitätskonzept und keine systematisch überzeugende Verhältnisbestimmung von Legalität und Legitimität entgegenzustellen. Es sei nur angedeutet, dass auch der *Nomos der Erde* eine Verfallsgeschichte erzählt: eine Meistererzählung von der “historischen Legitimität” oder von der Entstehung und vom Untergang des neuzeitlich-klassischen, “nichtdiskriminierenden” Völkerrechts. In erster Annäherung lässt sich *Schmitts* “spatialer” Ansatz beim “Raum”, seine Geschichte des Konnexes von “Raum und Recht, Ordnung und Ortung”<sup>40</sup> dabei als eine Variante rechtssoziologischer Betrachtung der Rechtsgeltung auffassen. *Schmitt* verweist erneut auf die Macht als Grund des Rechts: Recht ist nur dann legitim, wenn es auch effektiv gilt und zwingend durchgesetzt wird. Ein ohnmächtiges Europa kann das Völkerrecht dagegen nicht weiter gestalten.

<sup>39</sup> H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, 1964.

<sup>40</sup> C. Schmitt, Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, 1950, 17.

## IV. Frühe Rezeptionen

Das Verhältnis der Broschüre *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* zu den anderen Publikationen von 1950 ist hier nicht eingehender zu diskutieren: zum *Nomos der Erde*, *Ex Captivitate Salus*, *Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation* oder auch zu dem Aufsatz *Das Problem der Legalität*, der die Legalitätsgesinnung der Beamten als Machtressource *Hitlers* darstellt und also die – heute oft kritisierte – Positivismuslegende von der Mitschuld des Rechtspositivismus an der "legalen Revolution" des Nationalsozialismus vertritt. Wichtig sind auch die Glossen zum Wiederabdruck in den Verfassungsrechtlichen Aufsätzen von 1958. In den Glossen zu *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* stellt sich *Schmitt* gegen *Savigny* nun auf die Seite *Hegels*, weil *Hegel* die aktuelle Form von Legalität und Legitimität besser begriffen habe; in den Glossen zum Aufsatz *Das Problem der Legalität* verortet er die "Aufspaltung von Legalität und Legitimität" historisch genauer: Er datiert ihren Beginn mit der "Restaurationszeit nach 1815" (VRA 449) und skizziert eine Linie strategischer Instrumentalisierung der Legalität von *Marx* bis *Brecht* und *Hitler*. Auch dazu wäre mehr zu sagen.

Es sei aber nur wiederholt, dass *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* im März 1950 als erste größere Publikation in der Bundesrepublik – ein dreiviertel Jahr vor dem *Nomos der Erde* – erschien. *Schmitt* schickte das Büchlein Ostern 1950 mit einer alternativistischen Widmung an *Ernst Jünger* und überließ es dem Adressaten sich auszusuchen, wie die Schrift wohl gemeint sei. Seine Widmung lautete:

"Dilexi justitiam et odi iniquitatem"<sup>41</sup>

- propterea a) unxit me Dominus meus oleo laetitiae; sic Psalm 44(45) 8;  
b) morior in exilio; sic ultima verba S. Gregorii VII Papae"

Aus der Bibel zitierte *Schmitt*: "Ich liebte die Gerechtigkeit und hasste das Unrecht, deshalb hat mich mein Herr mit dem Öl der Freude gesalbt." *Papst Gregor* zitierte er mit letzten Worten der Gottesverlassenheit, die auf die Kreuzigungsszene anspielen: "Ich liebte die Gerechtigkeit und hasste das Unrecht, deshalb sterbe ich in der Verbannung." Zwar suchte *Schmitt* damals 1950 eine Wiederannäherung an die Katholische Kirche; der alte Weggefährte und Freund *Ernst Jünger* wusste aber sehr genau, dass *Schmitt* die institutionelle Vermittlung des religiösen Heilsversprechens eigentlich nicht für erforderlich hielt und eine biblische Unmittelbarkeit zu Gott annahm.

<sup>41</sup> Das Widmungsexemplar befindet sich in der Studienbibliothek *Ernst Jüngers* in der *Stauffenberg'schen* Oberförsterei zu Wilfingen (WJB16.03/08).

*Schmitt* vertrat eine positive religiöse Grundbejahung und sah sich letztlich “mit dem Öl der Freude gesalbt”. Sein publizistisches Comeback stieß damals aber auf einigen Widerstand. Zahlreiche Rezensenten wiesen auf die apologetischen Geschichtsklitterungen hin. Nur auf zwei Reaktionen von Bonner Meisterschülern sei hingewiesen:

*Forsthoff* nahm die Schrift mit einem Brief vom 16.3.1950 devot zustimmend auf und entwickelte eingehende Überlegungen zur “Steuerung” der Rezeption.<sup>42</sup> Der verfassungstheoretisch selbständigere *Ernst Rudolf Huber*<sup>43</sup> bestritt dagegen in einem seitenlangen Brief vom 16.6.1950 so ziemlich alles, was *Schmitt* schrieb: *Huber* beleuchtete *Savignys* Rolle anders und wertete die Konfrontation von Legalität und Legitimität um: Er verteidigte den Modus der Legalität gegen *Schmitts* Kritik und kritisierte die Legitimitätspräntionen. So schreibt er:

“Bei aller Polemik gegen die legalitäre Instrumentalisierung darf dann wohl auch nicht vergessen werden, dass in dieser Endphase der Dekomposition nicht nur das ‘Gesetz’, sondern auch das ‘Naturrecht’ zu einem Werkzeug der Willkür, der Diskriminierung und des Terrors wird. Die Berufung auf ‘konkrete Ordnung’, auf ‘gesundes Rechts- und Volksempfinden’, auf irrationale Energien, auf Natur oder Vernunft, auf Gerechtigkeit und Menschlichkeit, auf christliches Naturrecht und auf göttliches Rechtsgebot wird so gut wie das Gesetz zu einer Waffe der planmäßigen Diskriminierung, Entrechtung und Vernichtung. So wird die Dekomposition erst vollendet, indem sich zur offenen Brutalität pseudolegalitärer Setzungen das Gift pseudo-legitimer Beteuerungen gesellt, immer unter dem Beistand einer beflissenen Jurisprudenz. Es fragt sich, wo es in einem solchen Zustand noch ein Asyl des unverfälschten Rechtsbewusstseins geben kann.”<sup>44</sup>

Zwar teilte *Schmitt* diese kritische Sicht der Legitimitätspräntionen als naturrechtliche “Bürgerkriegsparolen” eigentlich; zutreffend weist *Huber* seinen Bonner Lehrer aber darauf hin, dass die polemische Wendung gegen die “Legalität” von der Apologie der nationalsozialistischen Legitimität ablenkte und so eine redliche Auseinandersetzung mit der eigenen Rolle mied. Zweifellos sah *Huber* auch *Schmitts Savigny*-Identifikation als ein solches strategisches Ausweichmanöver und eine apologetische Legende an. *Huber*

<sup>42</sup> *Forsthoff* am 16.3.1950 an *Schmitt*, in: Briefwechsel Ernst Forsthoff/Carl Schmitt (1926-1974), hrsgg. von D. Mußgnug/R. Mußgnug/A. Reinthal, 2007, 68 f.

<sup>43</sup> Dazu *R. Mehring*, “Steine als Geschenk”. Ernst Rudolf Hubers verfassungstheoretische Revision von Schmitts “Dezisionismus”, in: *R. Mehring, Carl Schmitt: Denker im Widerspruch*, 2017, 151 ff.

<sup>44</sup> *Huber* am 16.6.1950 an *Schmitt*, in: *C. Schmitt/E. R. Huber. Briefwechsel*, hrsgg. von E. Grothe, 2014, 365 f.

betonte also, dass die Kritik an der "Aufspaltung von Legalität und Legitimität" auch die Legitimitätsfrage nicht vernachlässigen darf.

## V. Aktualisierender Schluss

Eingangs wurde zwischen einer historisierenden Lesart und einer kontextbundenen aktualisierenden Rezeptionshaltung unterschieden. Einige Aspekte strikter Historisierung wurden benannt. Dabei wurde *Schmitts* Rekurs auf *Savigny* als Paradigma der "Abstandnahme" als eine autobiographische Legende bezeichnet, die dem eigenen nationalsozialistischen Staatsrat-Fall nicht angemessen war. Versetzt man *Schmitts* Schrift aber in einen anderen Zeitrahmen und aktualisiert sie für die Gegenwart, so sind einige starke Thesen anregend und vertretbar. *Schmitts* Hinweis auf vorgängige und unthematische gemeineuropäische Verfassungsstandards scheint zutreffend; die rechtstheoretische Analyse der Dekomposition des Legalitätsmodus und auch die allgemeinen Thesen zum "motorisierten Gesetzgeber" und der Gefahr des Distanzverlustes im fragmentierten Rechtssystem sind ebenfalls anregend und treffend; und was die Paralyse der Gesetzesform angeht, so erleben wir gerade im Twitter-Regime des *Donald Trump* neue Tiefen. Aufmerksame Juristen können heute aus dem Stand rechtstheoretische und rechtskulturelle Fragwürdigkeiten etwa des EU-Krisenregimes der letzten Jahre nennen. *Schmitts* Krisendiagnose der Stadien der Dekomposition des Rechtscodes wäre in nüchterner und differenzierter rechtstheoretischer Analyse vielfältig aktualisierbar. Dabei ist eine rationalisierende Kraft und Funktion der Rechtswissenschaft wohl unbestreitbar; schließlich wird Rechtspolitik überwiegend von Juristen gemacht. Das Juristenmonopol in der Politik und Verwaltung hat unstrittig Grenzen und Gefahren. Das alles ließe sich an *Schmitts* Schrift anknüpfend vielfältig diskutieren.

Neben der apologetischen Fassung der *Savigny*-Identifikation wurde hier vor allem die Krisis-Perspektive des Antwortverzichts auf das skizzierte Dilemma der "Aufspaltung des Rechts in Legalität und Legitimität" betont. Selbstverständlich sind rechtsphilosophische Verhältnisbestimmungen von Legalität und Legitimität unverzichtbar; über Legitimitätskonzepte und Legitimitätspräventionen lässt sich jenseits ihrer pauschalen Verdammung als "Bürgerkriegsparolen" auch einiges positiv sagen. Das ist auch *Schmitt* klar. Seine Schrift *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* verzichtet aber auf die rechtsphilosophische Antwort und beschränkt sich auf die Krisendiagnose, weil *Schmitt* erst mit dem – wenige Monate später publizierten – *Nomos der Erde* seine Antwort geben wollte. Ob sie systematisch trägt, sei

ZaöRV 77 (2017)

dahingestellt. Die juristischen Schriften von 1950 verhalten sich jedenfalls wie Frage und Antwort: Während *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* sich dabei noch im Rahmen geläufiger juristischer Terminologien und Problemstellungen bewegt, formuliert *Schmitt* seine Antwort im *Nomos der Erde* sehr eigen und hermetisch. Auch deshalb ist die Schrift *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* vergleichsweise beliebt, während der *Nomos der Erde* als sperriger Text trotz des terminologiepolitischen Coups der Rede vom “Jus Publicum Europaeum”<sup>45</sup> eher gemieden wird. Grundsätzlich möchte ich *Schmitt* zustimmen, dass die Bedeutung eines “Klassikers” weniger in tragenden Antworten als in der scharfen Artikulation bestimmter Konstellationen und Probleme liegt. Wenn *Schmitt* das 20. Jahrhundert als “zweites Stadium” der Krisis der gesetzesstaatlichen Legalität beschreibt, muss man heute vielleicht von einem “dritten Stadium” sprechen, in dem der liberaldemokratische Verfassungsstandard mit der Entkoppelung von der Nationalstaatlichkeit in ein neues Stadium eingetreten ist und das Projekt des modernen Verfassungsstaates insgesamt an Grenzen seiner Strukturidentität gelangt.

*Schmitts* bedeutender Bonner Schüler *Ernst Rudolf Huber* publizierte 1965 eine Aufsatzsammlung *Nationalstaat und Verfassungsstaat*,<sup>46</sup> die die neuen Aufgaben und Fragen bereits im Titel trägt: War der Standard des modernen Verfassungsstaates an den gegebenen Nationalstaat gebunden? War die politische Einheit der “Nation” der substantielle Kern der Legitimität des Verfassungsstaates? Ist das Legalitätssystem des Verfassungsstaates in seiner rechtsstaatlichen Struktur von dieser starken Legitimitätsquelle abhängig? Der historische Konnex von Nationalisierungs- und Demokratisierungsprozessen wird heute erneut gesehen und betont. Die Solidaritätsressource der Nation war für die Demokratisierung des Verfassungssystems eine relativ eigenständige Kraftquelle. Ein älterer Historiker und sozialdemokratisches Urgestein wie *Heinrich August Winkler* meint dazu heute lapidar:

“Der an universalen Prinzipien orientierte ‘Verfassungspatriotismus’, für die alte Bundesrepublik fraglos ein großer Gewinn, reicht nicht aus, um die Solidari-

<sup>45</sup> Dazu A. v. Bogdandy/S. Hinghofer-Szalkay, Das etwas unheimliche Ius Publicum Europaeum. Begriffsgeschichtliche Analysen im Spannungsfeld von europäischem Rechtsraum, droit public de l’Europe und Carl Schmitt, in: ZaöRV 73 (2013), 209 ff.

<sup>46</sup> E. R. Huber, Nationalstaat und Verfassungsstaat. Studien zur Geschichte der modernen Staatsidee, 1965.

tät zu begründen, auf die es im vereinten Deutschland ankommt: die nationale Solidarität."<sup>47</sup>

*Schmitt* vertrat schon mit seiner *Verfassungslehre*<sup>48</sup> grundsätzlich die Auffassung, dass die Prinzipien des "bürgerlichen Rechtsstaats", das Organisationsprinzip der Gewaltenteilung und das Verteilungsprinzip der Grundrechte, vom "rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff" getragen werden, der jedoch mit der Wendung zum "Exekutivstaat" und der Entwicklung vom Gesetz zur "Maßnahme" in seiner basalen Funktion erodiert und paralytisiert sei. Erosionen der Grundrechte erleben wir heute nicht nur im Asylrecht, dem Recht auf "informationelle Selbstbestimmung" oder auch dem Recht auf Glaubensfreiheit. Ein neologistisches Unwort wie "Staatstrojaner" indiziert gewichtige Verschiebungen. Die genaue Beobachtung dieser Entwicklungen ist die verantwortliche Aufgabe der Rechtswissenschaft. Krisisschriften werden aus guten Gründen oft vorbehaltlich und skeptisch aufgenommen. *Schmitts* Schriften sind hinter sinnige Trojaner, die manches mit- und einschleppen, das man nicht wirklich will. Auch *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* ist nicht so harmlos und unproblematisch, wie sie daherkommt. Bei nüchterner Lektüre eignet sie sich aber dennoch, oder gerade deshalb besonders gut für einen juristischen Zugang zum semantischen Kosmos *Carl Schmitts*.

---

<sup>47</sup> H. A. Winkler, Wider die postnationale Nostalgie, in: H. A. Winkler, Zerreißproben. Deutschland, Europa und der Westen 1990-2015, 2015, 34 f.

<sup>48</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, 125 ff. (§§ 12/13).

