

Gesetz ohne Gott

Die Ambivalenzen am Grund des Naturrechts in der Folge seiner Säkularisierung

Masterarbeit von Jonas Heller

Referent: Prof. Dr. Achatz von Müller
Korreferent: Prof. Dr. Emil Angehrn
Historisches Seminar
Universität Basel
Abgabe: 28. Februar 2010

Jonas Heller
Johanniterstrasse 3
CH-4056 Basel
Jonas.Heller@stud.unibas.ch

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	3
2. Die Verabschiedung Gottes aus dem Fundament des Naturrechts	9
3. Die Suche nach dem Phänomen des Naturrechts bei Thomas Hobbes	17
3.1 Die doppelte Unterscheidung der Hobbesschen Naturrechtskonzeption	17
3.2 Recht und Gesetz der Natur	21
3.2.1 Das Primat des Rechts vor dem Gesetz nach Leo Strauss	21
3.2.2 Die Eigenständigkeit des natürlichen Gesetzes innerhalb der gegenstrebigem Fügung von Recht und Gesetz	26
3.2.3 Der Vorrang des natürlichen Gesetzes als Aufhebung des natürlichen Rechts	30
3.3 Natürliches und positives Gesetz	39
3.3.1 Natürliches und positives Gesetz in verschränktem Verhältnis	39
3.3.2 Das Unbehagen an der Struktur und die Verlockungen des Positivismus	47
4. Positivismus als Dezisionismus: Über die Aporien eines Auswegs	53
4.1 Die Verwandtschaft zweier Gegner: Hans Kelsen und Carl Schmitt.....	53
4.1.1 Hans Kelsen und der Positivismus der Norm.....	53
4.1.2 Carl Schmitts Entscheidungspositivismus und der stille Dezisionismus Kelsens ..	61
4.2 Die systemtheoretische Begründung unentscheidbarer Entscheide	75
4.3 Derrida und die Benennung der grundlosen Gewalttat am Grund des Rechts.....	80
5. Anthropologie, Geschichte und Naturrecht.....	90
5.1 Die menschliche Natur zwischen Individuum und Gesellschaft.....	90
5.2 Die menschliche Natur im Zweifel des Historismus.....	101
5.3 Naturrecht im Dreieck von Vernunft, Gesellschaft und Idiosynkrasie	107
6. Schluss.....	110
7. Bibliographie.....	112

Dank

Für die Betreuung dieser Arbeit sei Prof. Dr. Achatz von Müller herzlich gedankt, der mir an ihrem Beginn mit Rat und Ermunterung zur Seite und in ihrem Verlauf mit hilfreichen Gesprächen zur Verfügung stand. Gedankt sei auch Prof. Dr. Emil Angehrn für seine Bereitschaft, das Korreferat zu übernehmen. Entstanden ist diese Arbeit inner- und ausserhalb Basels in stetem Austausch mit Benedict Vischer, dessen Zuspruch ebenso weiterführend wirkte wie seine Lust am Widerspruch; ihm gilt dafür, aber auch für das Darüberhinaus ein grosser Dank. Wichtige Literaturhinweise verdanke ich Prof. Dr. Dr. h.c. Hans Heinz Holz, der sich zudem die Zeit für klärende Diskussionen nahm. Für ihren korrigierenden Blick und ihre unterstützenden Worte möchte ich meinen Eltern, Susan Funk und Jonas Held ganz herzlich danken.

„Wieder brennt uns das Feuer auf den Nägeln, wieder ringen wir um die Entscheidung der gleichen geistigen und rechtlichen Grundfragen, um die es in der Epoche des Naturrechts ging.“¹

(Ernst Cassirer 1932)

1. Einleitung

Der Kampf um die Begründung des modernen Naturrechts vollzieht sich nach Ernst Cassirer in einer doppelten Frontstellung: „Er muss ebensowohl gegen die Herleitung des Rechts aus einem schlechthin irrationalen, der menschlichen Vernunft unzugänglichen und undurchdringlichen göttlichen Willen, wie gegen den Leviathan ‚Staat‘ durchgeführt werden. In beiden Fällen gilt es einen und denselben Grundsatz: den Satz ‚*stat pro ratione voluntas*‘ zu erschüttern und zu besiegen.“²

Säkulares Naturrecht sucht sich damit einem doppelten Positivitätsanspruch entgegenzustellen: der Behauptung göttlicher Setzung wie der blossen Setzung durch menschlichen Willen.³ Dabei sieht es sich vor der Aufgabe, die Absage an einen göttlichen Willen einerseits nicht zugunsten menschlicher Willkür zu erteilen, andererseits aber eine Positivierung seiner überzeitlichen Normen gerade innerhalb der durch menschlichen Willen gesetzten Rechtsordnung zu erzielen. Denn als normativer Massstab entfaltet es seine Wirksamkeit erst dann, wenn es nicht blosses Postulat bleibt, sondern im positiven Gesetz Verwirklichung findet.

Die Verknüpfung von vorpositivem Anspruch und Anspruch auf Positivierung führt in der Frage, wie Recht gelten kann, zu einer eigentümlichen Oszillation zwischen positiven und nichtpositiven Kriterien. Diese Oszillation konzeptionell umzusetzen, stellt das Naturrecht vor seine wesentliche Herausforderung. Naturrechtskonzeptionen positionieren sich einerseits bewusst jenseits des Bereichs gesetzten Rechts, um diesem eine Richtschnur und die Bedingungen rechtlicher Geltung vorzugeben. Andererseits schliessen sie Elemente ein, welche den Setzungscharakter des Rechts stützen, da sie selbst auf ein positives Recht angewiesen bleiben, in dem sie wirksam werden können. Das Oszillieren, das sich in der Herausarbeitung dieser beiden Seiten ergibt, schlägt sich innerhalb naturrechtlicher Theorien als Ambivalenz nieder.

In besonderer Deutlichkeit gelangt diese Ambivalenz in der Konzeption des Thomas Hobbes zum Ausdruck. Einen ersten Hinweis darauf gibt die zitierte Stelle Cassirers, die das

¹ Ernst Cassirer: „Vom Wesen und Werden des Naturrechts“, gekürzte Wiedergabe eines im Februar 1932 in der Juristischen Gesellschaft Hamburg gehaltenen Vortrages, in: *Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis*, Bd. 6 H. 1 (1932), S. 1-27, 21.

² Ebd., S. 6.

³ Vgl. ebd., S. 11, wo Cassirer unter positivem Recht sowohl menschliches wie göttliches subsumiert.

Bild des Leviathan gerade für eine der beiden Seiten verwendet, von der sich auch Hobbes als früher Vertreter einer säkular argumentierenden Naturrechtstheorie abzugrenzen hatte: Dass Cassirer den Leviathan in einen Zusammenhang mit der Willkür des Staatsabsolutismus stellt⁴, lässt die nicht leicht zu fassende Rolle erahnen, die Hobbes' Lehre von den natürlichen Gesetzen dem vom Menschen gesetzten Recht einräumte.

Eine historisch bedeutsame Stelle markiert Hobbes deshalb, weil bei ihm ein Problem detailliert hervortritt, das für die Geschichte der Rechtstheorie und des Rechts überhaupt von dauerhafter Relevanz bleiben sollte. Denn indem die Verabschiedung Gottes aus der Begründung des Rechts die Reflexion auf die irdische Sphäre des Menschen beschränkte, traten menschliche Natur und menschliche Setzung in der Frage der Rechtsgeltung in ein komplexeres Verhältnis. Die daraus erwachsenden Ambivalenzen und Aporien eröffneten bei Hobbes einen Problemhorizont, der seine Aktualität über die Jahrhunderte wahrte und stets von neuem als wichtiger Bezugspunkt diente. Ein präzises Verständnis des schillernden Phänomens der Rechtsgeltung bei Hobbes zu gewinnen, ist deshalb ein zentrales Anliegen dieser Arbeit. Eine erste Auseinandersetzung wird bei Hobbes zwar einen Vorrang des natürlichen vor dem positiven Gesetz erweisen, zugleich aber die nicht auszuräumenden Ambivalenzen deutlicher konturieren.

Es war gerade das Ungenügen an solcher Ambivalenz, welches das Bedürfnis nach Eindeutigkeit weckte und der Entwicklung des rechtstheoretischen Positivismus Antrieb gab. Eindeutigkeit schien nur in einem selbstbezüglichen und oszillationsscheuen Positivismus erreichbar, der sich deshalb seit seinen Anfängen in Opposition zum Naturrecht definierte.⁵ In einem auf die Auseinandersetzung mit Hobbes folgenden Schritt soll geprüft werden, inwiefern die naturrechtskritischen Theorien Hans Kelsens, Carl Schmitts und Niklas Luhmanns als Lösungen für eine in der Moderne zunehmend problematisch gewordene Begründung von Recht in Betracht kommen. Allerdings wird die naturrechtliche Ambivalenz, wie sie sich bei Hobbes erweist, nur um den Preis einer positivistisch-dezisionistischen Aporie auszuschalten sein – um den Preis einer blossen Setzung, von der her Rechtsgeltung unbegründbar wird. Dass die Auswege, die Kelsen, Schmitt und Luhmann in je eigener Weise vorgeschlagen haben, in die stets selbe Ausweglosigkeit führen müssen, wird unter Bezugnahme auf Jacques Derrida und Walter Benjamin gezeigt.

Die von positivistisch-dezisionistischer Seite vorgebrachten Entwürfe verstanden sich als Antwort darauf, dass die naturrechtliche Frage nach einer Recht begründenden Natur des Menschen keine befriedigende Antwort finden könne. Zur Methode der neuen Antworten

⁴ Vgl. ebd., S. 6.

⁵ Vgl. dazu Carl Schmitt: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 2. Aufl., unveränd. Ausg. der 1934 in der Hanseatischen Verlagsanstalt Hamburg ersch. 1. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1993, S. 26.

gehörte, die alte Frage zu umgehen. Bieten sie keine Lösung, sondern verlaufen sich ihrerseits in Aporien, gilt es die alte Frage als unumgänglich anzunehmen. Die einstweilige Ausweglosigkeit, in welche die verfolgten Auswege mündeten, gibt somit keinen Anlass zum Haltmachen; vielmehr soll von hier erst die Frage nach der Natur aufgenommen werden. Diesen Weg soll ein letzter Teil im Rückgang auf den historisch-systematischen Ausgangspunkt bei Thomas Hobbes beschreiten. Die Frage nach der menschlichen Natur in ihrer Funktion als Geltungsquelle von Recht wird erneut ins Zentrum gerückt, um ein korrigiertes Verständnis des Hobbesschen Naturbegriffs zu gewinnen. Dabei gilt es den Einwänden des Historismus Rechnung zu tragen, welche seit dem 19. Jahrhundert die Annahme einer unveränderlichen menschlichen Natur und damit den Kern jeder naturrechtlichen Theorie in Zweifel zogen. Der bei Hobbes angelegte Zusammenhang von Natur und Vernunft kann vor dem Hintergrund dieser Einwände in neuer Richtung konstruktiv aufgegriffen werden.

Die hier vorgetragene Problemstellung nahm ihren Ausgang an einer bestimmten Stelle innerhalb der Geschichte der Naturrechtslehre und blieb ihr fortan erhalten. Der Grund, von dem her allein Recht als Recht gelten könne, wurde zuvor über Jahrhunderte in einer die menschliche Natur transzendierenden Entität gesucht und in der Stoa in einem göttlichen Prinzip, in der daran anknüpfenden christlichen Tradition im Prinzip Gottes gefunden.⁶ Von einer theologischen Begründung nicht nur des Naturrechts, sondern des Rechts überhaupt, nahm eine sich selbstbewusst gebende Jurisprudenz zu Beginn der Neuzeit zunehmend Abstand: „Silete theologi in munere alieno!“, forderte der in Oxford lehrende Albericus Gentilis in seinem Werk *De iure belli* hinsichtlich der völkerrechtlichen Frage des gerechten Krieges und lieferte damit ein Schlagwort für das allgemeinere Bestreben, dem Recht einen säkularen Boden zu geben.⁷

Das Faktum des Abhandenkommens Gottes vom Grund modernen naturrechtlichen Denkens begreift die vorliegende Arbeit nicht als primär chronologischen, sondern als logisch-systematisches Moment des historischen Prozesses. Da der Moment des Abhandenkommens Gottes das Moment seiner dauerhaften Abhandenheit mit einschliesst, wirkt die aufgeworfene Fragestellung bis in die jüngste Zeit weiter. Die sich daraus

⁶ Die gemeinsamen historischen Wurzeln, die in einer Ablösung antiker Polisstrukturen durch den kosmopolitischen Horizont der neuen Imperien liegen, brachten eine enge Verwandtschaft stoischer und christlicher Vorstellungen, insbesondere hinsichtlich der charakteristischen Verbindung individualisierender Tendenzen mit universalistischen Bestrebungen. Trotz mancher Unterschiede ergaben sich für die Herausbildung des christlichen Naturrechts aufgrund dieser Übereinstimmungen wesentliche Anknüpfungspunkte in der Stoa; vgl. dazu Ernst Troeltsch: „Das stoisch-christliche Naturrecht und das moderne profane Naturrecht“, in: *Historische Zeitschrift*, Bd. 106 H. 2 (1911), S. 237-267.

⁷ Alberici Gentilis J. C. Professoris regii *De iure belli libri tres*. Nunc primùm in lucem editi. Ad illustrissimum Comitum Essexiae, Hanoviae: Exeudebat Guilielmus Antonius 1598, I, 12, S. 92.

ergebenden Schwierigkeiten lassen sich systematisch leichter greifen als lösen und es liegt mitunter darin der Grund, weshalb die als Oszillation beschriebene Naturrechtsproblematik über beträchtliche Zeitspannen hinweg immer wieder aufgenommen, nicht aber erledigt wurde.

Bevor im folgenden Kapitel eine Darstellung der historischen Anfänge des säkularen Naturrechts den Blick auf die Hobbessche Theorie freigeben wird, sind einleitend die systematischen Probleme aufzuzeigen, die den Gang der Untersuchung im Gesamten bestimmen. Was der Verzicht auf den göttlichen Grund des Rechts zunächst eröffnen muss, ist ein Fall ins Bodenlose, in „die seltsame und zunächst entmutigende Erfahrung von der letztlichen Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme“, wie sie Walter Benjamin beschrieben hatte.⁸ Die Schwierigkeiten, welchen sich eine erneute Bemühung um den Grund des Rechts gegenüber sah, lassen sich anhand der Definition umreißen, die Max Webers Rechtssoziologie für das Naturrecht in seiner modernen, säkular von Gott absehenden Form anführt:

„'Naturrecht' ist der Inbegriff der unabhängig von allem positiven Recht und ihm gegenüber prä eminent geltenden Normen, welche ihre Dignität nicht von willkürlicher Satzung zu Lehen tragen, sondern umgekehrt deren Verpflichtungsgewalt erst legitimieren. Normen also, welche nicht kraft ihres Ursprungs von einem legitimen Gesetzgeber, sondern kraft rein immanenter Qualitäten legitim sind: die spezifische und einzig konsequente Form der Legitimität eines Rechts, welche übrig bleiben kann, wenn religiöse Offenbarungen und autoritäre Heiligkeit der Tradition und ihrer Träger fortfallen. Das Naturrecht ist daher die spezifische Legitimitätsform der *revolutionär* geschaffenen Ordnungen.“⁹

Die zitierte Stelle benennt zwei verschiedene Problemkreise, deren einer ein Erbe aus der Zeit des göttlich legitimierten Naturrechts darstellt, deren anderer durch den Verzicht auf göttliche Legitimation neu hinzukam. Das erste Problem, dem jede naturrechtliche Konzeption gegenüber steht, betrifft die Frage nach dem Rechtscharakter des Naturrechts: Kann es ein Recht geben, das jenseits aller Positivierung als Recht gilt?

Von Weber wird die Frage an dieser Stelle nicht aufgeworfen. Er spricht lediglich vom Naturrecht als von „prä eminent geltenden Normen“ und knüpft damit das Naturrecht ans Kriterium der Geltung, ohne zu klären, inwiefern diese garantiert werden kann. Seinen Lesern muss sich die Frage hingegen stellen, wenn er auf derselben Seite darauf hinweist, dass „die Vorstellungen über das ‚Recht des Rechtes‘ innerhalb einer rationalen und positiven Rechtsordnung“ soziologisch nur in Betracht kommen, wo sie „das praktische Rechtsleben wirklich fühlbar“ beeinflussen, was am deutlichsten zu Beginn der Neuzeit und in der

⁸ Vgl. Walter Benjamin: „Zur Kritik der Gewalt“, in: ders.: Gesammelte Schriften, Bd. II.1, unter Mitwirkung von Theodor W. Adorno und Gershom Scholem hg. von Rolf Tiedemann und Hermann Schweppenhäuser, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1977, S. 179-203, 196.

⁹ Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5., rev. Aufl., besorgt von Johannes Winckelmann, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 2002, S. 497.

Revolutionsepoche der Fall gewesen sei.¹⁰ Während es nach Weber auf der einen Seite zum Wesen des Naturrechts gehört, unabhängig von allen positiven Normen zu gelten, kann Naturrecht auf der anderen Seite als „Recht des Rechtes“ soziologisch nur insofern relevant werden, als es im Bereich des positiven Rechts eine Wirkung zeitigt. Wenn auch von diesen beiden Seiten nur die zweite einen Gegenstand der Soziologie bildet, wird die erste Geltungsweise von Weber keineswegs verneint. Ob sie allerdings nicht doch zu verneinen wäre, ist der Zweifel, den man an dieser Stelle gegen Weber hegen kann. Denn es fragt sich, inwiefern überpositive Normen, wenn sie für das positive Recht unwirksam bleiben, als in wie immer geartetes *Recht* Geltung besitzen können. Es fragt sich, ob nicht die soziologisch nachweisbare Wirksamkeit und d.h.: die faktische Erzwingbarkeit eine wesentliche Bedingung für Recht überhaupt darstellt; ob also Naturrecht als Recht nicht insgesamt ausser Betracht fällt, wenn es soziologisch nicht in den Blick kommt – kurzum es fragt sich: Kann etwas für Recht gelten, das im gesetzten Recht nichts gilt? Dieses Problem benennt Wilhelm R. Beyer, wenn er das Naturrecht charakterisiert „als einzigartige Erscheinung eines Rechts, das nicht gilt, aber doch Geltung beansprucht.“¹¹

Ein zweites Problem ist dasjenige der Legitimität aufgrund immanenter Qualitäten. Nach Weber liegt es vor, sobald die Legitimierung nicht mehr über die Berufung auf einen transzendenten Gott geschieht: Wird der Rekurs auf diese externe Grösse durchbrochen, muss das Naturrecht den Grund seiner Geltung in sich selber finden, sich allein aus sich selbst heraus rechtfertigen. Vom Fehlen solcher Transzendenz gelangt Weber freilich rasch zu absoluter Immanenz, ohne darauf einzugehen, dass sich das säkularisierte Naturrecht nach wie vor aus einer Bezüglichkeit speist. Denn an die Stelle des Gottesbezugs ist der Bezug auf die Seinsweise der Natur derjenigen getreten, für die das Recht gilt. Als Quelle dient nicht mehr Gott, sondern die Natur des Menschen. Immanenz besteht demnach nicht in dem Sinne, dass sich naturrechtliche Normen qualitativ aus sich selbst heraus legitimieren, sondern vielmehr darin, dass die Normen der Natur immanent sind. Keine Emanation von Legitimität aus einer Norm liegt vor, sondern die Norm wird legitim erst dadurch, dass sie aus der menschlichen Natur deduziert werden kann.

Hier drängt sich die Frage auf, ob eine menschliche Natur bestimmt werden kann, d.h. ob ein genuin menschliches Wesen existiert und ob es begrifflich einzuholen ist. Deutlicher als bei Weber klingt dieses Problem bei Jacob Taubes an, der nicht von einer Selbstlegitimation der Norm, sondern vom Bezug auf den Menschen und die Bedingungen seiner irdischen Existenz ausgeht: „Und sicher muss die Frage nach dem Recht heute ‚theologisch‘ gestellt

¹⁰ Ebd.

¹¹ Wilhelm R. Beyer: *Rechtsphilosophische Besinnung. Eine Warnung vor der ewigen Wiederkehr des Naturrechts*, Karlsruhe: C. F. Müller 1947, S. 59.

werden: d.h. es muss gefragt werden: wie sieht ein Recht aus, gesetzt dass der Atheismus unser Schicksal ist? Muss ohne göttliches Recht das Abendland in Blut und Wahnsinn ersticken, oder können wir aus uns selbst ‚aus der terrestrisch-sterblichen Situation des Menschen‘ Recht und Unrecht scheiden?“¹²

Fassen wir zusammen, um die doppelseitige Problemstellung in einer einsträngigen Fragestellung zu greifen. Die beiden von der Weberstelle abgetragenen Problemkreise bilden zwei Aspekte derselben Frage nach dem naturrechtlichen Geltungsgrund. Sie betreffen je eine der beiden Konstituenten des Kompositums *Natur-Recht*. Das erste Problem, mit dem jeder naturrechtliche Entwurf konfrontiert ist, rückt den Rechtscharakter in den Vordergrund; hier muss geprüft werden, inwiefern nichtpositives Recht überhaupt den Anspruch, als Recht zu gelten, erheben kann. Das zweite Problem, das durch den Verlust göttlicher Verbindlichkeit aufgeworfen wird, betrifft die Natur des Menschen bzw. deren Formulierung in einer Anthropologie. Was aber das Mittelstück abgibt, das ein Oszillieren zwischen den beiden Problemen herstellt und sie auf diese Weise als einheitlichen Komplex in ihrem Inneren zusammenhält, ist eine Frage, die sich an der kurzen Weberstelle nicht ablesen lässt. Sie betrifft zunächst den erwähnten naturrechtlichen Drang nach Positivität und in Verbindung damit den problematischen Status positiver Rechtsgeltung, der eine naturrechtliche Fundierung des Rechts erst nahe legt. Die Problematisierung der positiven Geltung wird stets von der Seite des Naturrechts unternommen und das Oszillieren entsprechend immer von ihm ausgehen. Das positive Recht hingegen sucht die naturrechtlichen Zweifel an der Grundlage positiver Geltung auf dem Weg einer Absage an das Naturrecht auszuräumen, was mit Blick auf Luhmann deutlich wird: „‚Geltendes‘ Recht ist immer positives Recht. Wer Naturrecht – den Glauben daran mag man ihm lassen – als geltendes Recht bezeichnet, formuliert unüberlegt.“¹³ Rechtsgeltung wird an Positivität geknüpft und dem nichtpositiven Naturrecht jede Geltung abgesprochen. Dass allerdings auch viel zu überlegen bleibt, wo positives Recht als geltendes Recht gesetzt wird, dass das Fragen hier keineswegs zu seinem Stillstand gelangt, wird den Lauf dieser Arbeit bestimmen. Denn die positivistische Kritik am Naturrecht wird über eine kritische Prüfung der Grundlagen positiver Rechtsgeltung stets zurück zur Frage des Naturrechts führen. Und eben darin liegt der Grund, weshalb „um die Entscheidung der gleichen geistigen und rechtlichen Grundfragen, um die es in der Epoche des Naturrechts ging“, immer von neuem gerungen wurde – und bis heute gerungen wird.¹⁴

¹² Jacob Taubes in einem Brief an Armin Mohler vom 14. Februar 1952, in dem er sich kritisch mit Carl Schmitts *Der Nomos der Erde* auseinandersetzt; Jacob Taubes: *Ad Carl Schmitt. Gegenstrebige Fügung*, Berlin: Merve 1987, S. 34.

¹³ Niklas Luhmann: „Die Geltung des Rechts“, in: *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, Bd. 22 H. 1 (1991), S. 273-286, 273.

¹⁴ Vgl. Ernst Cassirer: „Vom Wesen und Werden des Naturrechts“, S. 1-27, 21.

2. Die Verabschiedung Gottes aus dem Fundament des Naturrechts

Der Verzicht auf Gott in der Begründung eines überzeitlich geltenden Rechts und der sich damit eröffnende Problemhorizont werden gemeinhin als Beginn des neuzeitlichen Naturrechts genommen. Ein erstes Mal kündigt sich die Möglichkeit eines solchen Verzichts beim nominalistischen Augustiner Gregor von Rimini bereits um die Mitte des 14. Jahrhunderts an: „Nam, si per impossibile ratio divina sive deus ipse non esset aut ratio illa esset errans, adhuc, si quis ageret contra rectam rationem angelicam vel humanam aut aliam aliquam, si qua esset, peccaret.“¹⁵ Der Neuzeit blieb Gregors Werk weitgehend unbekannt; nicht zuletzt deshalb, weil eine kritisch kommentierte Ausgabe fehlte. Erst in Hugo Grotius' 1625 erschienenem Werk *De iure belli ac pacis* finden wir den Gedanken erneut. Nach einer Darstellung der aus der menschlichen Vernunftnatur abgeleiteten Normen wird er auch hier mit grosser Vorsicht vorgetragen:

„Diese hier dargelegten Bestimmungen würden auch Platz greifen, selbst wenn man annähme, was freilich ohne die grösste Sünde nicht geschehen könnte, dass es keinen Gott gäbe oder dass er sich um die menschlichen Angelegenheiten nicht bekümmere. [...] Aber selbst das oben erwähnte Naturrecht [...] muss, obgleich es aus dem inneren Wesen des Menschen kommt, doch in Wahrheit Gott zugeschrieben werden, weil er gewollt hat, dass dieses menschliche Wesen besteht.“¹⁶

Selbst wenn die Existenz Gottes in keinem der beiden Fälle angezweifelt wird, soll die Geltung überzeitlicher Rechtsinhalte ohne Rekurs auf Gott auskommen. Dass zwei Stellen angeführt werden können, die einander zeitlich recht fern und inhaltlich sehr nahe stehen, zeigt, dass das systematische Moment des Gottesverzichts historisch nicht an einem einzigen Punkt ansetzt. Als eigentlichen Anfangsmoment markiere ich den späteren, da nur er eine wesentliche Anknüpfung und Fortsetzung erfährt, während in der Zeit nach Gregor von Rimini weiterhin die Ansicht dominierte, dass allein das Faktum einer göttlichen Setzung die Geltung einer natürlichen Satzung garantieren kann. Erst seit dem 17. Jahrhundert vermochte die neue Problemstellung in den Debatten um ein überzeitlich geltendes Recht Fuss zu fassen.

Dass die Vorstellung eines säkular begründeten Naturrechts im 17. Jahrhundert durchschlagende Wirkung entfalten konnte, kommt bei Carl Schmitt als Strang einer weit

¹⁵ „Denn wenn, was aber unmöglich ist, die göttliche Vernunft oder Gott selbst nicht existierten oder jene Vernunft irrte, so würde immer noch sündigen, wer gegen die rechte Vernunft handelte, sei diese nun engelhaft oder menschlich oder, wenn es eine solche denn gäbe, irgendeine andere.“ (Gregorii Ariminensis OESA *Lectura super primum et secundum sententiarum*, Bd. 6, hg. von A. Damasus Trapp und Venicio Marcolino, Berlin/New York: de Gruyter 1980, S. 235, Übersetzung J.H.)

¹⁶ Hugo Grotius: *De iure belli ac pacis libri tres. Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, Paris 1625, nebst einer Vorrede von Christian Thomasius zur ersten deutschen Ausgabe des Grotius vom Jahre 1707*, neuer deutscher Text und Einleitung von Dr. Walter Schätzel (Die Klassiker des Völkerrechts, Bd. 1), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1950, S. 33.

verzweigten Enttheologisierung in den Blick. In ihr sieht er den wesentlichen Umschlagpunkt hin zu den modernen Verhältnissen, deren Analyse er betreibt: „Für die stärkste und folgenreichste aller geistigen Wendungen der europäischen Geschichte halte ich den Schritt, den das 17. Jahrhundert von der überlieferten christlichen Theologie zum System einer ‚natürlichen‘ Wissenschaftlichkeit getan hat. Bis auf den heutigen Tag ist dadurch die Richtung bestimmt worden, die alle weitere Entwicklung nehmen musste.“¹⁷ Auf dem juristischen Feld tut diesen Schritt unter dem Eindruck des konfessionellen Bürgerkriegs noch im 16. Jahrhundert früh und mit besonderem Nachdruck der bereits erwähnte Albericus Gentilis, den Schmitt in verschiedenen Schriften als Wegbereiter einer säkularisierten Jurisprudenz anführt.¹⁸ Während Schmitt Grotius nicht in Distanz zur Theologie verortet, ihn in Fragen des *bellum iustum* vielmehr der mittelalterlich-scholastischen Tradition zurechnet und im Übrigen seine Abhängigkeit von Albericus Gentilis herausstellt, legt er in seinem Werk einen bemerkenswerten Fokus auf Thomas Hobbes.¹⁹ Dessen Haltung war nicht weniger als diejenige des Albericus Gentilis von den Erfahrungen der Religionskriege geprägt. Am säkularen Fundament des Hobbesschen Staatskonzeptes lässt Schmitt denn auch keinen Zweifel.²⁰ Ausgeleuchtet hat den Zusammenhang zwischen Bürgerkrieg und religionsferner Gedankenführung insbesondere Reinhart Koselleck in seiner von Schmitt wesentlich beeinflussten Dissertation *Kritik und Krise*.²¹ Da der Staat bei Hobbes auf naturrechtlichem Grund ruht, muss ein säkular fundiertes Staatskonzept auf eine säkular fundierte Naturrechtstheorie führen, was Kosellecks Überlegungen für den vorliegenden Kontext relevant macht.

„Paradigmatisch für die Genese der modernen Staatstheorie aus der Situation der religiösen Bürgerkriege ist Hobbes“²² – was Koselleck dabei ins Zentrum rückt, ist die ausserreligiöse

¹⁷ Carl Schmitt: *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, 7. Aufl., 5. Nachdr. der Neuausg. von 1963, Berlin: Duncker und Humblot 2002, S. 88.

¹⁸ Vgl. ebd. im Vorwort von 1963, S. 15f. sowie ders.: „Die vollendete Reformation. Bemerkungen und Hinweise zu neuen Leviathan-Interpretationen“, in: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, Bd. 4 H. 1 (1965), S. 51-69, 55; ders.: *Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Köln: Greven Verlag 1950, S. 69f. und ders.: *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Ius Publicum Europaeum*, 3. Aufl., unveränd. Nachdr. d. 1950 ersch. 1. Aufl., Berlin: Duncker und Humblot 1988, S. 91f., 96 und 131; zur Enttheologisierung der Jurisprudenz, insbesondere des Völkerrechts, vgl. ferner ebd. S. 91, 98 und 112f.

¹⁹ Zu Grotius' Abhängigkeit von Albericus Gentilis vgl. ders.: *Der Nomos der Erde*, S. 151; zu seiner Übereinstimmung mit der mittelalterlich-scholastischen Tradition vgl. ebd., S. 131.

²⁰ Dass Gott im Gedankengang der Staatskonstruktion bei Hobbes keine unentbehrliche Bedeutung zukommt, wird von Schmitt ausführlich dargelegt; vgl. dazu ders.: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt 1938, S. 49-51. Entsprechend weist Schmitt auch darauf hin, dass dem Leviathan als sterblichem Gott „nicht kraft eines ‚göttlichen Rechtes der Könige‘“ Gehorsam geschuldet werde, sondern allein, weil er den Menschen Frieden und Sicherheit bringt; ebd., S. 79f.

²¹ Vgl. Reinhart Koselleck: *Kritik und Krise. Ein Beitrag zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, Freiburg/München: Karl Alber 1959, S. 11-32.

²² Ebd., S. 17.

Argumentation, die sich aus der historischen Lage ergeben musste. Seit dem 16. Jahrhundert hatte die Aufspaltung der Kircheneinheit destabilisierend auf die herkömmliche Gesellschaftsordnung gewirkt und kriegerische Auseinandersetzungen zwischen häufig wechselnden Lagern provoziert. Den sich auch für England abzeichnenden Krieg abzuwenden und, als dies nicht gelang, ihm ein Ende zu setzen, war das praktische Anliegen von Hobbes' politischer Philosophie.²³ Dies schien ihm nur über ein Recht erreichbar, das nicht die Positionen bestimmter Parteien präferierte, da dies nicht den Frieden, sondern nur neue Konflikte bringen konnte.²⁴ Die politische Überlegung, dass sich die Fürsten die religiösen Parteien nur unterzuordnen vermögen, wenn sie in der Begründung ihrer Herrschaft das Primat des Religiösen durchbrechen, stellt allerdings nur den einen Vorzug einer säkularen Argumentation dar.²⁵ Neben ihm tritt der methodische Vorzug, dass die ausserreligiöse Begrifflichkeit Hobbes auch in eine theoretisch überparteiliche Position versetzte, „von der aus er wiederum alle Parteien zusammen, als Parteien einer Geschehenseinheit, analysieren konnte.“²⁶

Das Mittel, durch das sich Hobbes nach Koselleck seine Überparteilichkeit sichert, ist die Trennung von innerer Gesinnung und äusserem Gehorsam, die schon Schmitt in den Fokus gerückt und als den Todeskeim markiert hatte, „der den mächtigen Leviathan von innen her zerstört und den sterblichen Gott zur Strecke gebracht hat.“²⁷ Die Unterscheidung von innerem Glauben und äusserem Bekenntnis, die Schmitt als Hobbes' „unausrottbaren individualistischen Vorbehalt“ bezeichnet, kommt Koselleck als „der unbewältigte Rest des Naturzustandes“ in den Blick.²⁸ Wenn nun Koselleck die Auflösung des Absolutismus durch die Aufklärung dahin beschreibt, dass dieser jedem Individuum zugestandene moralische Binnenraum in einen politischen Anspruch umschlug, dann tritt er darin deutlich in die Fussstapfen Carl Schmitts. Doch scheint Koselleck einen Schritt weiter zu gehen, wenn er das Zugeständnis innerer Gewissensfreiheit zu Recht nicht als ein Abrücken vom eigentlich verfolgten Programm versteht, sondern als *condicio sine qua non* der Staatseinheit – selbst wenn in diese *condicio* bereits die *prima causa* einer aufklärerischen Unterhöhnung der

²³ Ein Zeichen dieses praktischen Anspruchs liefert nicht zuletzt Hobbes' aktualitätsorientierte Publikations-tätigkeit. Als in England 1642 der Bürgerkrieg ausbrach, liess Hobbes in Paris einen Privatdruck von *De Cive* erscheinen, obschon innerhalb seines dreiteiligen philosophischen Systems die Physik (*De Corpore*) und die Anthropologie (*De Homine*) der Lehre von Staat und Bürger methodisch hätte vorangehen müssen; vgl. dazu Hobbes' eigene Angaben in *De Cive*, Thomas Hobbes: *Vom Menschen; Vom Bürger. Elemente der Philosophie II/III*, eingel. und hg. von Günter Gawlick, 3. Aufl., Hamburg: Felix Meiner 1994, S. 71f.

²⁴ Vgl. Koselleck: *Kritik und Krise*, S. 18.

²⁵ Vgl. ebd., S. 13.

²⁶ Ebd., S. 21.

²⁷ Schmitt: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, S. 86. Der Trennung von innen und aussen widmet Schmitt das gesamte 5. Kapitel seiner Schrift, wobei er sich in der Hauptsache auf das 37. Kapitel von Hobbes' *Leviathan* bezieht, das in der Frage des Wunderglaubens die Scheidung der privaten von der öffentlichen Vernunft vollzieht; vgl. dazu ebd. S. 79-97.

²⁸ Ebd., S. 84f. bzw. Koselleck: *Kritik und Krise*, S. 30.

Staatsmacht einbeschrieben ist. Denn nur wo die innere Überzeugung belassen wird, sind religiös verhärtete Fronten zusammenzuführen.²⁹ Bis zu diesem Punkt schliesse ich mich Kosellecks Hobbes-Deutung an. Um den Zusammenhang zwischen innerer Glaubensfreiheit und religiös neutraler Staatskonzeption weiter hervortreten zu lassen, möchte ich einige eigene Überlegungen anfügen, bevor mich ein Vorbehalt gegenüber Kosellecks weiteren Ausführungen zur Frage des folgenden Kapitels führen wird.

Glaube bildet für Hobbes „eine Gabe Gottes, die der Mensch durch Versprechen von Belohnungen und Androhen von Folter weder geben noch nehmen kann.“³⁰ Doch steht er nicht allein ausserhalb menschlicher Befehlsgewalt, vielmehr kann er als Geschenk Gottes auch keine Pflicht darstellen, die man diesem gegenüber zu erfüllen hat.³¹ Wenn die Gedanken des Privatmannes frei sind, so untersteht der Mensch als Bürger den Vorgaben des Souveräns. Gilt es deshalb den Glauben nach aussen zu bekennen, „so muss sich die private Vernunft der öffentlichen unterwerfen, das heisst dem Statthalter Gottes.“³² In dieser Rolle sieht Hobbes freilich nicht religiöse Würdenträger. Da das Reich Christi nicht von dieser Welt sei, komme seinen Dienern keinerlei Zwangsgewalt zu, wo ihnen nicht eine bürgerliche Gewalt zur Seite steht.³³ Über Befehlsgewalt in Bekenntnissachen verfügt daher allein der Souverän, der auf diese Weise kirchliche und bürgerliche Gewalt in sich vereint.³⁴ Unmissverständlich wird das Faktum dieser auch geistlichen Kompetenz auf dem Titelkupfer der englischen Erstausgabe von 1651 jeder textlichen Erläuterung vorausgeschickt: Unter dem Vers Hiob 41, 24 „*non est potestas super terram quae comparetur ei*“ ist der gekrönte Souverän abgebildet, in der rechten Hand ein Schwert, in der linken einen Bischofsstab, die Arme schützend über einer friedlichen Stadt.

Paradoxerweise ist es gerade die äussere religiöse Herrschaft, welche die religiöse Neutralisierung des Staates betreibt. Carl Schmitt, dem der Begriff der Neutralisierung entliehen ist, sieht in der Entscheidung einer staatlich-weltlichen Obrigkeit über das Bekenntnis im Sinne eines *cuius regio, eius religio* freilich „keine Neutralisierung, sondern zunächst eher das Gegenteil, nämlich eine dogmatische Positivierung gegenüber der Eigenart

²⁹ Vgl. Koselleck: *Kritik und Krise*, S. 7f. und 29-31.

³⁰ Thomas Hobbes: *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, hg. und eingel. von Iring Fetscher, übers. von Walter Euchner, 4. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, S. 381.

³¹ Vgl. ebd., S. 219f.

³² Ebd., S. 340.

³³ Vgl. ebd., S. 379-382. Da Hobbes vor dem Hintergrund eines Konfliktes christlicher Konfessionen schreibt, bedient er sich an dieser Stelle eines allgemeinchristlichen Argumentationsschrittes. Die Zweifel an der säkularen Grundtendenz seiner Beweisführung können daher erst an der Stelle ausgeräumt werden, wo er sich auf die Vernunft bezieht.

³⁴ Vgl. dazu auch ebd., S. 279f., wo Hobbes dem Souverän die Gewalt zuspricht, über die auch für Privatpersonen verbindliche Gestaltung des öffentlichen Gottesdienstes zu entscheiden.

abweichender Meinungen des konfessionellen Gegners oder Nachbarn.“³⁵ Dass allerdings gerade dieses Zunächst in eine Neutralisierung umschlagen muss, ist der Punkt, auf den es hier ankommt. Denn dass über das Bekenntnis bestimmt, wer die wirkliche Gewalt innehat, verhindert umgekehrt, dass jemand, weil er sich im wahren Glauben wähnt, Anspruch auf Herrschaft erheben kann. Nicht die wahre Religion entscheidet über Herrschaft, sondern die bloße Herrschaft über eine jeweilige Religion. Im Staat zeigt sich damit ein Vorrang der Macht und entsprechend eine Relativierung der Religion in ihrem Anspruch auf Wirksamkeit. Zugleich tritt die Staatsreligion mit bescheidenem Wahrheitsanspruch auf, indem sich jede Einflussnahme auf den Bereich äusserer Religiosität beschränkt und die Entscheidung über einen für wahr gehaltenen Glauben dem *forum internum* des privaten Einzelnen überlassen bleibt.³⁶ Beides, die Gewalt über das Bekenntnis wie das Belassen des Glaubens, trägt seinen Teil bei zur Schwächung der Religion als Werkzeug des Staates.

Eine religiöse Neutralisierung erfahren bei Hobbes auch die den Staat begründenden Gesetze der Natur. Auch hier fällt dem aus der Trennung von innen und aussen hervorgehenden *forum internum* die entscheidende Rolle zu. Denn als innerer Vorbehalt gewährt es nicht allein individuelle religiöse Anschauungen, sondern errichtet zugleich ein die Gehorsamspflicht sprengendes Primat des vernünftig Erkennbaren vor dem bloss als göttlich Behaupteten. Die göttlichen Gesetze unterscheidet Hobbes in natürliche und positive, wobei er die Entscheidung, was unter letzteren in Betracht kommen soll, der äusseren religiösen Verfügungsgewalt des Souveräns anheim stellt. Hobbes hält fest,

„dass in allen Dingen, die nicht dem moralischen Gesetz, das heisst dem Gesetz der Natur, widersprechen, alle Untertanen verpflichtet sind, den Vorschriften zu gehorchen, die die staatlichen Gesetze zum göttlichen Gesetz erklären. Das leuchtet auch der Vernunft eines jeden ein. Denn was nicht dem Gesetz der Natur widerspricht, kann im Namen des Inhabers der souveränen Gewalt zum Gesetz gemacht werden, und es gibt keinen Grund, warum es die Menschen weniger verpflichten soll, wenn es im Namen Gottes verkündet wird.“³⁷

Den positiven göttlichen Gesetzen, die als spezifische Befehle Gottes in bestimmten Situationen an bestimmte Personen ergehen, gilt es nur insoweit nachzukommen, als sie dem natürlichen Gesetz nicht widersprechen. Diese Einschränkung hat ihren Grund darin, dass mittels der natürlichen Vernunft nicht einzusehen ist, ob ein positives, für göttlich

³⁵ Schmitt: „Die vollendete Reformation“, S. 62. Die Neutralisierung verortet Schmitt hingegen in einer zunehmend offenen Formulierung des Bekenntnisses, dessen Inhalt sich schliesslich nur noch auf „ein Häufchen Wertphilosophie“ beschränkt; vgl. ebd., S. 62f.

³⁶ In diesen Zusammenhang gehört auch, dass Hobbes statt des Gewissensbegriffs (*conscience*) bevorzugt den Begriff der von Wahrheit und Wissen verschiedenen Meinung (*opinion*) verwendet; vgl. dazu Koselleck: *Kritik und Krise*, S. 21.

³⁷ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 220f. Die Gliederung der göttlichen Gesetze in allgemeine natürliche und spezifische positive erfolgt ebd., S. 218.

ausgegebenes Gesetz auch tatsächlich ein von Gott ausgegebenes ist.³⁸ Zwar können auch positive göttliche Gesetze nie widervernünftig sein, da es in Gottes Wort schlechterdings nichts gibt, was der Vernunft widerspricht; da aber Gottes Wort zugleich vieles enthält, was über die menschliche Vernunft geht, ist es nicht zwingend vernünftig erkennbar.³⁹ Drei Wege nennt Hobbes, die das Wort Gottes zur Verkündigung seiner Gesetze nimmt: Die Vorschriften der natürlichen Vernunft, die Offenbarung und die Prophetie. Auf dem ersten eröffnen sich die natürlichen Gesetze, auf den beiden übrigen haben wir die positiven göttlichen Gesetze zu sehen. Läuft keiner der drei Wege der Vernunft zuwider, so ist doch nur ersterer auf dem Weg der Vernunft erkennbar.⁴⁰

Zwei aneinander anschliessende Konsequenzen ergeben sich daraus. Zum einen wird das natürliche Gesetz aller Inhalte entledigt, die über die Vernunft nicht einzusehen sind; das Kriterium der vernünftigen Erkennbarkeit wird zum Kriterium des natürlichen Gesetzes. Vernünftiges und vernünftig Erkennbares dürfen dabei nicht vermengt werden: Während Vernünftigkeit dem natürlichen Gesetz schon deshalb eignen muss, weil es, wenn ewig und allgemeingültig, auch göttlich, wenn aber göttlich, dann auch vernünftig ist, so bietet erst das Merkmal des Intelligiblen die Möglichkeit einer Unterscheidung von dem, was Gottes Wort im Übrigen gebietet.⁴¹ Zum andern nun erlangt das natürliche Gesetz aufgrund seiner vernünftigen Einsehbarkeit Gehorsampriorität vor diesen übrigen Geboten. Denn die natürliche Vernunft, die Hobbes als „das unbezweifelbare Wort Gottes“⁴² bezeichnet, wird über jenes gehoben, was hinsichtlich seiner Göttlichkeit in Zweifel steht.

Nicht anders als in der Trennung von Gewissen und Glauben setzt auch hier die säkulare Argumentation an einem Punkt an, der innerhalb der Religion liegt. Man mag vermuten, dass eine solche Unterwanderung von innen in beiden Fällen grössere Wirkung zeigt als jeder atheistische Angriff aus äusserer Distanz. Die Warte, von der her argumentiert wird, ist erneut der Vorbehalt des *forum internum*, das nun allerdings nicht einen primär religiösen, vielmehr einen rationalistischen Ort bietet: Die Betrachtung nimmt ihren Lauf von der Vernunft her, denn nicht kann, was sich als Göttliches etikettiert, allein deshalb als Vernünftiges in Betracht kommen, sondern umgekehrt liegt, wo ein Gesetz aus der natürlichen Vernunft folgt, der Schluss auf Göttliches nahe. Gerade im Gesetz der Natur, „das unzweifelhaft göttliches Gesetz ist“⁴³, wird der säkulare Ansatz frappanterweise durchschlagig. Denn vernünftige Erkennbarkeit ist dem natürlichen Gesetz nicht nur Stempel seiner Göttlichkeit, sondern

³⁸ Vgl. ebd., S. 218-220.

³⁹ Vgl. ebd., S. 285.

⁴⁰ Vgl. ebd., S. 272.

⁴¹ Dass alle natürlichen Gesetze, weil ewig und allgemeingültig, göttlich sind, findet sich ebd., S. 218, dass göttliches Wort nicht wider die Vernunft sein kann ebd., S. 285.

⁴² Ebd., S. 285.

⁴³ Ebd., S. 219.

zugleich das, was für seine Geltung Gott entbehrlich macht. Auch wo Gottesglaube fehlt, bewahrt das natürliche Gesetz seine Verbindlichkeit: Unglaube ist nicht die Übertretung eines der göttlichen Gesetze, „sondern die Ablehnung von ihnen allen, die natürlichen Gesetze ausgenommen.“⁴⁴ Vernunft schafft Geltung nicht deshalb, weil sie göttlich ist, sondern weil sie vernünftig ist. Eben darin liegt der säkulare Grund der Hobbesschen Naturrechtstheorie und, daraus folgend, seines Staatskonzeptes. Staatsbegründend werden die natürlichen Gesetze dadurch, dass die Vernunft Selbsterhaltung gebietet, diese aber nur im Frieden und Frieden nur im Staat gesichert ist: „Und die Vernunft legt die geeigneten Grundsätze des Friedens nahe, auf Grund derer die Menschen zur Übereinstimmung gebracht werden können. Diese Gebote sind das, was sonst auch Gesetze der Natur genannt wird.“⁴⁵

Dass das oberste Vernunftgebot gebietet, Frieden herzustellen, streicht auch Reinhart Koselleck heraus: „Die Vernunft ist für Hobbes das Ende des Bürgerkrieges; ein Satz den man in seiner geschichtlichen Bedeutung auch umdrehen kann: das Ende der religiösen Bürgerkriege ist die ‚Vernunft‘.“⁴⁶ Religiöse Orientierung, die den Bürgerkrieg schüren muss, wird von hier aus nachgerade unvernünftig.⁴⁷ Jenseits jeder religiösen Relevanz schafft der Hobbessche Staat nach Koselleck „einen neutralen Raum der Staatstechnik, in dem des Fürsten Wille einziges Gesetz ist. Vernünftig ist in solchem Staat nur die formale Gesetzmässigkeit der Gesetze, nicht ihr Inhalt, vernünftig ist das formale Gebot der politischen Moral, den Gesetzen unabhängig von ihrem Inhalt zu gehorchen.“⁴⁸ In einer Fussnote zu dieser Stelle verweist Koselleck auf eine Passage bei Carl Schmitt, in der dieser Hobbes als treibende Kraft einer Umwendung des Rechts in einen positiven Gesetzesbefehl beschreibt und ihn damit von der naturrechtlichen Tradition loskoppelt, um ihn in die Linie einzuspannen, entlang derer „die Verwandlung der Legitimität in die Legalität, des göttlichen, natürlichen oder sonstigen vorstaatlichen Rechts in ein positives, staatliches Gesetz“ vollzogen wurde.⁴⁹ Die Feststellung einer religiös neutralen Fundierung der Hobbesschen Staatskonzeption, die sich über eine Fokussierung auf die Vernunft ergibt, führt Carl Schmitt und – ihm auf den Fersen – Reinhart Koselleck zur Annahme eines Befehlspositivismus, der Hobbes neben die Bahn des Naturrechts versetzt. Diese Deutung stellt einen in der Auseinandersetzung mit Hobbes vor die Frage, ob die Sache schon dadurch zum Ziel kommt, dass das bloße Vorliegen positiver Gesetze ein Vorliegen von Vernunft bedeutet, oder ob

⁴⁴ Ebd., S. 220.

⁴⁵ Ebd., S. 98.

⁴⁶ Koselleck: *Kritik und Krise*, S. 26.

⁴⁷ Vgl. ebd., S. 28.

⁴⁸ Ebd., S. 25. Das bewusste Absehen von religiösen Inhalten, die bloss formale Funktion der Friedenssicherung sowie die Geltung der Hobbesschen Gesetze allein aufgrund ihres Ursprungs in der souveränen Macht stellt Koselleck auch ebd., S. 27 heraus.

⁴⁹ Schmitt: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, S. 102f.

vielmehr das von Natur Vernünftige selbst Gesetzeskraft hat, indem es von selbst Gesetz ist. Nur im letzteren Fall kann von Naturrecht tatsächlich gesprochen werden. Es ist dies die Frage, die mit dem Wegfall Gottes als Geltungsgarant und mit der daraus resultierenden Verwiesenheit auf vernunftmässig zu erkennendes natürlich Vernünftiges virulent wurde. Noch bevor das Verhältnis von Hobbes zu den verschiedenen positivistischen Spielarten im Einzelnen zu klären ist, werde ich gegen die bei Schmitt und Koselleck angelegte Tendenz zu erweisen suchen, dass Hobbes als Naturrechtstheoretiker in einem engeren Sinne in Betracht kommen kann.

3. Die Suche nach dem Phänomen des Naturrechts bei Thomas Hobbes

3.1 Die doppelte Unterscheidung der Hobbesschen Naturrechtskonzeption

Die Behauptung, Naturrecht sei geltendes Recht, gilt nach Luhmann nicht, sondern entspringt einer unüberlegten Formulierung, da Geltung stets auf Positivität verwiesen bleibe: „'Geltendes' Recht ist immer positives Recht.“⁵⁰ Auf einen ersten Blick scheint Hobbes diesem Merksatz beizustimmen. Denn in der Tat kommt die Geltung des Naturgesetzes in einigen seiner Formulierungen schwach genug daher, dass man der Deutung bei Schmitt und Koselleck Recht geben möchte. So wenn Hobbes darauf abhebt, dass das natürliche Gesetz deshalb geltendes Recht sei, „weil es in allen Staaten der Welt Teil des bürgerlichen Gesetzes ist. Denn obwohl es von Natur aus vernünftig ist, so ist es doch durch die souveräne Gewalt Gesetz.“⁵¹ Gesetzeskraft scheint den Gesetzen der Natur nicht selbst, nicht von Natur her zuzukommen, sondern erst durch ihre Erlassung in einem souveränen Akt: „Wenn einmal ein Staat errichtet ist, dann sind sie wirkliche Gesetze, nicht vorher, da sie staatliche Befehle und somit auch bürgerliche Gesetze sind. Denn sodann ist es die souveräne Gewalt, die die Menschen verpflichtet, ihnen zu gehorchen.“⁵²

Den Glauben an das Naturrecht möge man dem unüberlegt Formulierenden lassen, schiebt Luhmann an der zitierten Stelle in Parenthese ein. Hobbes glaubt daran und dieser Glaube macht seine Antwort auf die Frage nach der Rechtsgeltung vielschichtiger, als es die Einfachheit der Luhmannschen Formulierung vorsieht, vor allem aber weitaus ambivalenter, als es die Deutlichkeit der hier wiedergegebenen Sätze Hobbes' erwarten lässt. Die Ambivalenz ergibt sich daraus, dass in der Hobbesschen Naturrechtskonzeption zwei Unterscheidungen in ein komplexes Verhältnis treten. Zum einen gilt es die natürliche von der bürgerlichen Sphäre zu trennen, zum anderen in beiden Sphären das Recht vom Gesetz. Die Suche danach, was uns bei Hobbes als Naturrecht in den Blick kommen kann, hat, dies sei vorweggenommen, einen zweifachen Weg einzuschlagen. Einerseits ist für die natürliche Sphäre das Verhältnis zwischen *Gesetz* und *Recht* zu klären, andererseits und sphärenübergreifend das Verhältnis zwischen natürlichem und bürgerlichem *Gesetz*.⁵³ Letzteres drängt sich allein deshalb auf, weil ersteres nicht in völliger Unabhängigkeit davon geschehen kann. Denn wie erwähnt gilt für Konzeptionen des Naturrechts, dass sie stets einen Bezug zum positiv-bürgerlichen Gesetz schaffen, stets auf sich selbst und ihr Anderes

⁵⁰ Luhmann: „Die Geltung des Rechts“, 273.

⁵¹ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 212.

⁵² Ebd., S. 205.

⁵³ Das Verhältnis zwischen natürlichem Gesetz und natürlichem Recht wird in Kapitel 3.2, das Verhältnis zwischen natürlichem und bürgerlichem Gesetz in Kapitel 3.3 behandelt.

fokussieren. Weshalb hingegen das bürgerliche *Recht* weniger Beachtung finden darf, werden die untenstehenden Ausführungen ergeben.

Ziel dieses dritten Kapitels ist nicht allein die Vergewisserung darüber, dass ein im engeren Sinn naturrechtliches Konzept vorliegt, sondern auch eine Antwort auf die damit eng zusammenstehende Frage, welche Art Geltung das Hobbessche Naturrecht für sich reklamiert. Zunächst ist allerdings Rechenschaft abzugeben über die Wahl der Werke, die in meiner Auseinandersetzung im Zentrum stehen. Dreimal hat Hobbes seine politische Theorie in eine systematische Darstellung gefasst: 1640 in der von Ferdinand Tönnies erst 1889 postum veröffentlichten Schrift *The Elements of Law, natural and politic*, 1642 in *De Cive* und 1651 im *Leviathan*. Die Forschung geht im Wesentlichen darin einig, dass die grundlegenden Überzeugungen relativ statisch bleiben und Verschiedenheiten primär darauf zurückzuführen sind, dass Hobbes' staatsphilosophische Entwürfe von Mal zu Mal sowohl umfangreicher als auch argumentativ stimmiger werden. Als endgültiger Fassung fällt dem *Leviathan* deshalb die weitaus grösste Aufmerksamkeit zu.⁵⁴ Solcher Sicht der Dinge hat ein Exponent der *Cambridge School of Intellectual History*, der Historiker Quentin Skinner, mit dem Nachweis widersprochen, dass gewisse Elemente der Hobbesschen Theorie, insbesondere aber das Konzept der Freiheit, im *Leviathan* nicht bloss zu grösserer Konsequenz gelangen, sondern in derart neuer Weise gefasst sind, dass von einer Verwerfung früherer Positionen und von grundlegendem theoretischen Wandel zu sprechen sei.⁵⁵ Wenn in der vorliegenden Arbeit dennoch der *Leviathan* als wichtigster Referenzpunkt genommen wird, hat dies seinen Grund darin, dass die systematischen Probleme ihre dauerhafte Wirkung vorrangig vom *Leviathan* her entfaltet haben. Ihre Behandlung im Hinblick auf dieses Werk lässt deshalb die Problemkontinuität am deutlichsten hervortreten. Zulässig ist eine solche Fokussierung freilich nur, weil Hobbes das für meine Argumentation zentrale Verhältnis von natürlichem Recht und natürlichem Gesetz keiner tiefgreifenden Wandlung unterzieht.

Die Unterscheidung zwischen dem *ius naturale*, dem natürlichen Recht, und einer *lex naturalis*, einem natürlichen Gesetz, fällt zu Beginn des 14. Kapitels des *Leviathan*. Bezeichnet das natürliche Recht „die Freiheit eines jeden, seine eigene Macht nach seinem Willen zur Erhaltung seiner eigenen Natur, das heisst seines eigenen Lebens, einzusetzen“ und die Mittel zu diesem Zweck nach Massgabe der eigenen Vernunft zu wählen, so finden wir in einem natürlichen Gesetz „eine von der Vernunft ermittelte Vorschrift oder allgemeine Regel, nach der es einem Menschen verboten ist, das zu tun, was sein Leben vernichten oder ihn der Mittel zu seiner Erhaltung berauben kann, und das zu unterlassen, wodurch es seiner

⁵⁴ Vgl. Iring Fetscher: „Einleitung“, in: Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. IX-LXVI, XVIII.

⁵⁵ Vgl. Quentin Skinner: *Freiheit und Pflicht. Thomas Hobbes' politische Theorie* (Frankfurter Adorno-Vorlesungen 2005, Institut für Sozialforschung an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main), aus dem Englischen von Karin Würdemann, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2008, S. 15 sowie S. 81-120.

Meinung nach am besten erhalten werden kann.“⁵⁶ Wenn auch für beide Definitionen das Moment der Selbsterhaltung den Inhalt abgibt, gilt es nach Hobbes die Unterscheidung der Form nicht unberücksichtigt zu lassen: Während ein Recht stets in der *Freiheit* besteht, etwas zu tun oder zu unterlassen, drückt ein Gesetz die *Verpflichtung* zu einer Handlung oder ihrer Unterlassung aus.⁵⁷ Diese Unterscheidung zwischen natürlicher Freiheit und natürlicher Verpflichtung verliert allerdings ihre Simplität, wo Hobbes am Ende des 26. Kapitels Gesetz und Recht für den Bereich des bürgerlichen Staates trennt. Da es auf ein präzises Erfassen der Begriffsdifferenzierungen ankommt, gebe ich die Stelle nach der englischen Erstausgabe von 1651 wieder:

„I find the words *Lex Civilis*, and *Jus Civile*, that is to say, *Law* and *Right Civil*, promiscuously used for the same thing, even in the most learned Authors; which nevertheless ought not to be so. For *Right* is *Liberty*, namely that Liberty which the Civil Law leaves us: But *Civill* [sic] *Law* is an *Obligation*; and takes from us the Liberty which the Law of Nature gave us. Nature gave a Right to every man to secure himselfe by his own strength, and to invade a suspected neighbour, by way of prevention: but the Civill [sic] Law takes away that Liberty, in all cases where the protection of the Law may be safely stayd for. Insomuch as *Lex* and *Jus*, are as different as *Obligation* and *Liberty*.“⁵⁸

Allgemein genommen ist diese Stelle zunächst deshalb bedeutsam, weil hier die beiden für die Hobessche Naturrechtskonzeption tragenden Unterscheidungen zueinander in Beziehung treten und auf diese Weise eine gegenseitige Erläuterung finden. Die Funktion des bürgerlichen Gesetzes liegt in einer staatskonstitutiven Einschränkung der natürlichen Freiheit. Die bürgerlichen Rechte, die bestimmten Personen oder Personengruppen in Form von Chartas zugestanden werden, bilden Ausnahmen von diesem bürgerlichen Gesetz.⁵⁹ Bürgerliches Recht kann demnach nichts anderes bedeuten als die Gewährung eines Teils der natürlichen Freiheit für einen Teil der Untertanen. Denn Freiheit, unter der Hobbes stets das Fehlen äusserer Hindernisse versteht, ist als solches Negativ nicht weiter aufzugliedern. Das bürgerliche Recht soll hier deshalb nicht eigens behandelt werden, sondern als Ausschnitt der natürlichen Freiheit in Betracht kommen.

Im Begriff eben dieser Freiheit scheint nun allerdings die Unterscheidung von Recht und Gesetz für die natürliche Sphäre ins Wanken zu geraten. Denn dem bürgerlichen Gesetz steht an dieser Stelle eine Freiheit gegenüber, die ihren Ursprung im natürlichen Gesetz hat. Weil aber Freiheit stets die Form von Recht annehmen muss, ist im Folgesatz konsequenterweise nicht vom Gesetz die Rede, sondern vom Recht, das jedem von Natur her zukommt.

⁵⁶ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 99.

⁵⁷ Vgl. ebd.

⁵⁸ Ders.: *Leviathan, or the Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*. By Thomas Hobbes of Malmesbury. London, printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, 1651, reprinted with an essay by the late W. G. Pogson Smith, Oxford: Clarendon Press 1943, S. 222f.

⁵⁹ Vgl. ebd., S. 223.

Natürliches Gesetz und natürliches Recht scheinen gerade dort synonym verwendet, wo es Hobbes auf die Scheidung von *ius* und *lex* ankommt.

Doch ist die Äquivalenz in der Tat nur Schein und gerade in seiner Auflösung offenbart sich der eigentliche Gehalt der Unterscheidung. Denn von einer Identität von Gesetz und Freiheit ist nicht die Rede: Beginnt das 14. Kapitel mit dem Satz „Das *natürliche Recht* [...] ist die Freiheit eines jeden, [...]“, vermerkt Hobbes am Ende des 26. Kapitels, dass das natürliche Gesetz Freiheit nicht *ist*, sondern verleiht.⁶⁰ Die naturgesetzliche Verpflichtung, sich selbst zu erhalten, bildet die Quelle der Freiheit, das dazu Notwendige an die Hand zu nehmen. Dies freilich nur dort, wo das bürgerliche Gesetz dem natürlichen nicht von selbst zuarbeitet. Dem bürgerlichen Gesetz gegenüber äussert sich das natürliche demnach insofern als Freiheit, als aus der Selbsterhaltungspflicht das Recht entspringt, dem bürgerlichen Gesetz unter dem Umstand bedrohlicher Selbstgefährdung entgegenzuhandeln.

Eine grundsätzliche Hierarchie zwischen bürgerlichem und natürlichem Gesetz, die in Kapitel 3.3 allerdings noch eine problematisierende Differenzierung erfährt, wird hier in Andeutung sichtbar: Die *lex naturalis* behält dadurch die Oberhand, dass sie im äussersten Fall zum Bruch der *lex civilis* berechtigt. In dieser Berechtigung hat das Recht der Natur seinen Platz. Ist damit aber auch nachgewiesen, dass das Gesetz der Natur über dem natürlichen Recht steht und nicht allein über dem bürgerlichen Gesetz? Lässt sich aus dem berechtigenden Charakter ein Vorrang ableiten, den das natürliche Gesetz nicht nur gegenüber seiner Entsprechung in der anderen Sphäre, sondern auch gegenüber dem Anderen in der eigenen Sphäre behauptet? Eine Auseinandersetzung mit der einflussreichen Interpretation von Leo Strauss soll in dieser Frage Klärung bringen. Seine Überlegungen sollen in Kapitel 3.2.1 dargelegt werden, um in Kapitel 3.2.2 anhand der dabei festgemachten Kritikpunkte die eigenständige Bedeutung des natürlichen Gesetzes herauszuarbeiten. Auf dieser Grundlage kann in Kapitel 3.2.3 eine Antwort auf die Frage nach der Hierarchie zwischen natürlichem Gesetz und natürlichem Recht gegeben werden, was ein strukturelles Verständnis der Hobbesschen Naturrechtstheorie eröffnet.

⁶⁰ In der späteren lateinischen Fassung bleibt hingegen offen, ob die Freiheit, die durch das bürgerliche Gesetz beschnitten wird, vom natürlichen Gesetz seinen Ausgang nimmt; an der betreffenden Stelle wird unspezifisch eine „von der Natur gegebene Freiheit“ genannt, was die Argumentation weniger komplex gestaltet, sie aber gerade dadurch um den entscheidenden naturgesetzlichen Schliff bringt: „Invenio voces *Legem Civilem*, & *Ius Civile* à Scriptoribus promiscuè usurpatas esse; quod fieri non debet. *Ius enim Libertas* est, id est à Legibus Civilibus exemptio. Contrà, *Lex Civilis Obligatio* est, Libertatem à Natura datam tollens aut restringens. Per naturam enim unicuique *Ius* erat viribus & facultatibus suis, sui ipsius arbitrio utendi; id quod *Lex Civilis*, nisi quibus *Legis Civilis* protectionem tutum non erat expectare, sustulit.“ (Ders.: *Leviathan, sive de Materia, Forma, & Potestate Civitatis Ecclesiasticae et Civilis*, S. 137, in: Thomae Hobbes Malmesburiensis Opera Philosophica, Quae Latinè scripsit, Omnia. Antè quidem per partes, nunc autem, post cognitatas omnium Objectiones, conjunctim & accuratius Edita, Amstelodami: Apud Ioannem Blaev 1668.) Allgemeine Hinweise zum Verhältnis von englischer und lateinischer Fassung gibt Iring Fetscher: „Einleitung“, in: Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. XLII-XLIV.

3.2 Recht und Gesetz der Natur

3.2.1 Das Primat des Rechts vor dem Gesetz nach Leo Strauss

Dass für ihn ein Vorrang des natürlichen Gesetzes vor dem natürlichen Recht nicht in Frage kommt, lässt Leo Strauss ausser Zweifel. In *Naturrecht und Geschichte* markiert er das Primat des Rechts vor dem Gesetz als den eigentlichen Bruch mit der Tradition und damit als genuine Leistung von Hobbes' politischer Doktrin: „Der fundamentale Wechsel von einer Orientierung an den natürlichen Pflichten zu einer Orientierung an den natürlichen Rechten findet seinen klarsten und vielsagendsten Ausdruck in der Lehre des Hobbes, der ganz einfach ein bedingungsloses Naturrecht zur Grundlage aller natürlichen Pflichten machte, so dass die Pflichten daher nur bedingt sind. Er ist der Klassiker und der Begründer der spezifisch modernen Naturgesetzlehre.“⁶¹ Die These fand weite Verbreitung und wurde seit Strauss oft wiederholt. Vier Jahrzehnte später findet sie bei Henning Ottmann eine ganz ähnliche Formulierung: „In revolutionärer Wendung gegen das klassische Naturrecht steht am Anfang des Hobbesschen ein Recht und keine Pflicht, eine Erlaubnis, eine Lizenz, das eigene Leben mit allen Mitteln zu erhalten und nach eigener Vernunft Richter in eigener Sache zu sein“.⁶² Die Selbsterhaltung sei damit moralisch neutralisiert, keine Pflicht, sondern berechtigender Anspruch allein.⁶³

Um die Einsichtigkeit dieser These zu prüfen, gilt es den Argumentationsgang bei Strauss im Einzelnen nachzuvollziehen, was zugleich den Vorzug hat, einige zentrale Elemente der Hobbesschen Konzeption ins Blickfeld zu rücken. Ihren Ausgang nimmt die Interpretation beim Widmungsschreiben der *Elements of Law*, wo Hobbes Leidenschaft als das Prinzip begreift, von dem her eine Lehre des Naturgesetzes abzuleiten sei.⁶⁴ Zu Recht hält Strauss fest, dass Hobbes die tiefste der menschlichen Leidenschaften in der Furcht vor einem Tod

⁶¹ Leo Strauss: *Naturrecht und Geschichte*, übers. von Horst Boog, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1977, S. 189. Die Behauptung einer solchen Modernisierung bildet auch eine früh eingeführte Zentralthese in ders.: *The Political Philosophy of Hobbes. Its Basis and Its Genesis*, translated from the German Manuscript by Elsa M. Sinclair, Chicago/London: The University of Chicago Press 1984, S. VIII: „For Hobbes obviously starts, not, as the great tradition did, from natural ‚law‘, i.e. from an objective order, but from natural ‚right‘, i.e. from an absolutely justified subjective claim which, far from being dependent on any previous law, order, or obligation, is itself the origin of all law, order, or obligation.“ *The Political Philosophy of Hobbes* wurde erstmals 1936 als englische Übersetzung eines im Jahr zuvor deutsch verfassten Manuskripts veröffentlicht. *Naturrecht und Geschichte*, basierend auf den 1949 gehaltenen *Walgreen Foundation Lectures*, erschien hingegen erst 1953 auf Englisch und Deutsch. Der hier dargelegten These blieb Strauss folglich über viele Jahre seines wissenschaftlichen Wirkens hinweg treu.

⁶² Henning Ottmann: „Thomas Hobbes: Widersprüche einer extremen Philosophie der Macht“, in: Otfried Höffe (Hg.): *Der Mensch – ein politisches Tier? Essays zur politischen Anthropologie*, Stuttgart: Reclam 1992, S. 68-91, 82.

⁶³ Vgl. ebd.

⁶⁴ Vgl. Strauss: *Naturrecht und Geschichte*, S. 187 und Thomas Hobbes: *Naturrecht und allgemeines Staatsrecht in den Anfangsgründen* (Originaltitel: *The Elements of Law, natural and politic*), mit einer Einführung von Ferdinand Tönnies und einem Vorwort zum Neudruck 1976 von Arthur Kaufmann, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1990, S. 33.

durch fremde Hände ertötet.⁶⁵ Am deutlichsten tritt dies in *De Cive* hervor, wenn Hobbes den menschlichen Kampf um gemeinsam begehrte Güter beschreibt: „Bei so vielen Gefahren, die durch die natürliche Begierde der Menschen jeden einzelnen täglich bedrohen, kann man ihn nicht tadeln, wenn er sich dagegen zu schützen sucht, ja er kann gar nicht den Willen haben, anders zu handeln. Denn jeder verlangt das, was gut, und flieht das, was übel für ihn ist; vor allem flieht er das grösste der natürlichen Übel, den Tod; und zwar infolge einer natürlichen Notwendigkeit, nicht geringer als die, durch welche ein Stein zur Erde fällt.“⁶⁶ Nicht die Soziabilität, wie es die aristotelische Tradition gewollt hatte, sondern die Todesfurcht bestimmt das *Telos* des Menschen. Wendet man das Faktum der Negation eines gewaltsamen Todes in sein Positives, findet sich darin der Verweis auf „den mächtigsten und grundlegendsten aller natürlichen Wünsche [...], nämlich den Urwunsch, den Wunsch nach Selbsterhaltung.“⁶⁷ In diesem Trieb zur Selbsterhaltung findet das Hobbessche Naturgesetz seine Wurzel, weshalb nach Strauss „die moralische Grundtatsache keine Pflicht, sondern ein Recht“ darstellt.⁶⁸ Wenn nun alle Pflichten dem fundamentalen und unveräusserlichen Recht auf Selbsterhaltung entspringen, wird eine absolute oder bedingungslose Pflicht undenkbar:

„Nur das Recht auf Selbsterhaltung ist bedingungslos oder absolut. Von Natur aus gibt es nur ein vollkommenes Recht und keine vollkommene Pflicht. Das die natürlichen Pflichten des Menschen formulierende natürliche Gesetz ist, genau genommen, kein Gesetz. Da das fundamentale und absolute moralische Faktum ein Recht ist und kein Gesetz, müssen die Funktion wie auch die Grenzen der bürgerlichen Gesellschaft im Sinne des natürlichen Rechts der Menschen und nicht im Sinne seiner natürlichen Pflicht definiert werden.“⁶⁹

Angesichts der sorgfältigen Unterscheidung, die Hobbes zwischen Recht und Gesetz trifft, scheint die Interpretation von Leo Strauss, dass es sich beim natürlichen Gesetz nicht um ein Gesetz handelt, dem *Leviathan* mit einem Übermass an Gewalt zu begegnen. Zwar stellt Hobbes den Gesetzesbegriff nach der ausführlichen Explikation der Naturgesetze selbst in Frage, allerdings aus anderer Richtung. Die Zweifel an seiner Verwendung des Gesetzesbegriffs ergeben sich ihm aus der Kontrastierung von natürlichem und bürgerlichem Gesetz, die am Ende des 15. Kapitels besonders deutlich ausfällt: „Diese Weisungen der Vernunft werden von den Menschen gewöhnlich als Gesetze bezeichnet, aber ungenau. Sie sind nämlich nur Schlüsse oder Lehrsätze, die das betreffen, was zur Erhaltung und Verteidigung der Menschen dient, während ein Gesetz genau genommen das Wort dessen ist, der rechtmässig Befehlsgewalt über andere innehat. Betrachten wir jedoch dieselben

⁶⁵ Vgl. Strauss: *Naturrecht und Geschichte*, S. 187f.

⁶⁶ Hobbes: *Vom Menschen; Vom Bürger*, S. 81. Vgl. dazu auch die Stellen zur Todesfurcht in ders.: *Leviathan*, 1991, S. 76 und 98.

⁶⁷ Strauss: *Naturrecht und Geschichte*, S. 187f.

⁶⁸ Ebd., S. 188.

⁶⁹ Ebd.

Lehrsätze als im Wort Gottes verkündigt, der rechtmässig allen Dingen befiehlt, so werden sie zu Recht Gesetze genannt.“⁷⁰ Es ist dieser göttliche Gebotscharakter, aus dem A. E. Taylor Geltung und Verpflichtungskraft der natürlichen Gesetze abgeleitet wissen wollte. Nur wenn das natürliche Gesetz zugleich Gebot Gottes ist, kann sich für Taylor das Hobbessche Theorieprogramm als stimmig erweisen: „A certain kind of theism is absolutely necessary to make the theory work.“⁷¹ Entsprechend ist für Taylor das natürliche Gesetz gerade deshalb zu befolgen, weil es Gottes Gebot ist.⁷² Dass sich die Geltung der natürlichen Gesetze hingegen nicht aus ihrer Göttlichkeit, sondern aus ihrer Vernünftigkeit speist, habe ich am Ende des zweiten Kapitels dargelegt. Doch zweifellos stünden wir vor einem Problem, wenn bei Hobbes die Gesetzlichkeit der Naturgesetze in ihrem Befehlscharakter, ihre Geltung aber in autarker Vernunft Einsicht verankert wäre. Denn Gesetzlichkeit und Geltung eines Gesetzes lassen sich nicht trennen, ist doch ein Gesetz deshalb Gesetz, weil ihm Geltung zukommt.

Das Problem ergibt sich daraus, dass es Hobbes schwer fällt, das Faktum einer Geltung aus Vernunftgründen ohne weiteres an das Faktum der Gesetzlichkeit zu binden. Denn Gesetzlichkeit bedarf für ihn des Erlasses und der Durchsetzung von Seiten einer tatsächlich souveränen Gewalt – sei sie nun göttlich oder staatlich.⁷³ Diese Deutlichkeit erfährt ihre Abschwächung allerdings dadurch, dass die natürlichen Gesetze als vernünftig einsehbare *in foro interno* verpflichten, „das heisst sie verpflichten zu dem Wunsch, dass sie gelten mögen, aber in *foro externo*, das heisst zu ihrer Anwendung, nicht immer.“⁷⁴ Nur zu einem Bemühen verpflichten sie und wer sich darum bemüht, dass sie allgemein gelten, was allein unter souveräner Zwangsgewalt geschehen kann, der hat sie erfüllt – erfüllt, noch bevor sie durch Befehl erlassen und erzwungen wurden.⁷⁵ Diese vorgängige Gesetzeskraft kommt den natürlichen Gesetzen im individuellen Innern zu, d.h. dort, wo die Vernunft einerseits dem Zwang der staatlichen Gewalt entzogen bleibt, andererseits ein Primat vor dem als göttlich Behaupteten wahr – gerade dort also, wo ein heteronomer Befehl nicht greifen kann.⁷⁶

⁷⁰ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 122. Eine Parallelstelle findet sich am Ende des 3. Kapitels von *De Cive*, vgl. ders.: *Vom Menschen; Vom Bürger*, S. 114.

⁷¹ A. E. Taylor: „Eine naturrechtliche Interpretation der politischen Philosophie Hobbes“, in: Wolfgang Kersting (Hg.): *Thomas Hobbes: Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates* (Klassiker Auslegen, Bd. 5), 2., bearb. Aufl., Berlin: Akademie Verlag 2008, S. 127-143, 142.

⁷² Vgl. ebd., S. 140.

⁷³ Vgl. auch Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 205 und 212, wo Hobbes festhält, dass natürliche Gesetze nur als staatliche zum Gesetz werden. Zitiert finden sich die betreffenden Stellen zu Beginn meines Kapitels 3.1. Dass Gott seine Herrschaft über die Menschen „nicht in seiner Eigenschaft als Schöpfer oder Gnadenspender, sondern als Allmächtiger“, d.h. aber aufgrund seiner tatsächlich souveränen Gewalt übt, vermerkt Hobbes ebd., S. 273.

⁷⁴ Ebd., S. 121.

⁷⁵ Vgl. ebd. sowie ebd., S. 131.

⁷⁶ So auch Bernard Willms: *Thomas Hobbes. Das Reich des Leviathan*, München/Zürich: Piper 1987, S. 145: „'Forum internum' heisst, dass die ganze Argumentation innerhalb des Zirkels des Selbstbezuges bleibt. Der Verpflichtende und der Verpflichtete sind ein und derselbe. Die Verpflichtung bezieht sich prinzipiell auf die Selbsterhaltung, und sie geht als Vernunftanweisung von den einzelnen selbst aus.“

Die beiden divergierenden Linien, die Hobbes hinsichtlich der Gesetzlichkeit des Naturgesetzes verfolgt, zeigen seine Unsicherheit in der Frage, was ein Gesetz wesentlich charakterisiert. Auf der einen Seite leitet ihn das Bewusstsein, dass nur klare Rechtsverhältnisse den Frieden garantieren können und dass klare Verhältnisse nur über gesetztes Recht gewonnen werden, weshalb er die Geltung der Gesetze an das Faktum ihrer Positivität anzuschliessen sucht. Auf der anderen Seite hat jede gesetzte Rechtsordnung ihren Grund im natürlichen Gesetz, so dass er diesem eine vorrangige, nichtpositive, aber für jede Positivität relevante Geltung zuschreiben möchte. Das natürliche Gesetz hat Geltung und Gesetzlichkeit dadurch, dass es gebietet, es zum positiven Gesetz zu machen, welchem wiederum aufgrund dieser Positivität Geltung und Gesetzlichkeit zukommt. Es scheint mir sinnvoll, vorläufig zweierlei Typen von Geltung und Gesetzlichkeit zu unterscheiden, deren genauer Zusammenhang in Kapitel 3.3.1 herauszuarbeiten ist. Da Hobbes bewusst ist, dass die Gesetzlichkeit des Naturgesetzes nicht mit der positiven in eins zu setzen ist, neigt er stellenweise dazu, dem Naturgesetz Gesetzlichkeit pauschal abzusprechen, an seiner Geltung aber dennoch festzuhalten.

Anders als bei Hobbes wird für Strauss der Zweifel an der Gesetzlichkeit des natürlichen Gesetzes hingegen nicht im Vergleich mit dem positiven Gesetz der bürgerlichen Sphäre manifest, sondern verbleibt im Rahmen des Natürlichen und vollzieht sich in der Okkupation des dortigen Gesetzesbegriffs durch den dortigen Rechtsbegriff. Das natürliche Gesetz wird als Nachträglichkeit abgetan und vom vorrangigen Rechtsbegriff überlagert. Indem es nicht als eigenständige Grösse erscheint, wird es vom Recht nicht bloss überschattet, sondern ist insgesamt nicht mehr als der Schatten des Rechts. Indessen tangieren Hobbes' Vorbehalte gegen den Begriff des Naturgesetzes die Unterscheidung zwischen Recht und Gesetz in keiner Weise, sondern belassen es bei einer Sache zwischen Gesetz und Gesetz.

Es müssen Strauss deshalb andere Gründe in den Blick kommen, um den Vorrang des natürlichen Rechts vor dem natürlichen Gesetz zu behaupten. Zur Höherwertung des Rechts führt ihn in erster Linie die Feststellung, dass das autonome Individuum den Ausgangspunkt der Hobbesschen Theorie bildet.⁷⁷ Darin ist Strauss zuzustimmen, denn zweifellos wurzelt Hobbes' Konzeption des Gesellschaftsvertrags im Widerspruch gegen die aristotelische Annahme, dass der Staat von Natur her bestehe und ursprünglicher sei als der Einzelne. Seinen Grund hat dies nach Aristoteles darin, dass das Ganze notwendigerweise vor seinen Teilen existiere, weil letztere keine Autarkie behaupten können.⁷⁸ Während Aristoteles den

⁷⁷ Vgl. Strauss: *Naturrecht und Geschichte*, S. 189f.

⁷⁸ Vgl. dazu Aristoteles: *Politik*, 1253 a: „ἐκ τούτων οὖν φανερόν ὅτι τῶν φύσει ἡ πόλις ἐστὶ, καὶ ὅτι ὁ ἄνθρωπος φύσει πολιτικὸν ζῷον, καὶ ὁ ἄπολις διὰ φύσιν καὶ οὐ διὰ τύχην ἦτοι φαῦλός ἐστιν, ἢ κρείττων ἢ ἄνθρωπος. [...] διότι δὲ πολιτικὸν ὁ ἄνθρωπος ζῷον πάσης μελίπτης καὶ παντὸς ἀγελαίου ζώου μᾶλλον, δῆλον. [...] καὶ πρότερον δὲ τῆ φύσει πόλις ἢ οἰκία καὶ ἕκαστος ἡμῶν ἐστιν. τὸ γὰρ ὅλον πρότερον ἀναγκαῖον εἶναι τοῦ μέρους. [...] ὅτι μὲν

Menschen mehr noch als die Biene und andere Herdentiere als ein ζῷον πολιτικόν klassiert, geht Hobbes davon aus, dass die Menschen anders als Bienen und Ameisen gerade nicht zu den „politischen Lebewesen“ zählen.⁷⁹ Ihm zufolge ist die Übereinstimmung, in der sie leben, keineswegs natürlich, sondern wird künstlich über einen Vertrag hergestellt. Um der Übereinstimmung Bestand zu geben, muss der Vertrag eine allgemeine Gewalt vorsehen, welche die unterschiedlichen Interessen auf das Gemeinwohl hinlenkt.⁸⁰

Nach Strauss hat die ältere Ansicht, wonach die Gesellschaft der Einzelperson vorausgehe, die Anschauung zur Folge, „dass die primäre moralische Tatsache die Pflicht und nicht die Rechte seien.“⁸¹ Im Umkehrschluss gelangt er von der Vorgängigkeit des Individuums auf die Vorrangstellung des Rechts. Wo die je eigene Selbsterhaltung das grundlegende Faktum des menschlichen Lebens darstellt, da tritt für Strauss die gesetzliche Verpflichtung hinter dem Recht zurück. Implizit setzt er damit voraus, dass das Gesetz sich auf andere richtet, während das Recht reflexiv auf seinen Träger weist.

Hobbes hingegen wählt ein anderes Kriterium zur Trennung von Recht und Gesetz: Recht bedeutet Freiheit, Gesetz meint Pflicht – über die Richtung, in die Gesetz und Recht wirken, ist damit noch nichts gesagt. Wenn zwar die Freiheit des Rechts notwendig auf den Rechtsträger zurückweist, braucht die Pflicht nicht auf einen Anderen zuzulaufen, kann vielmehr auch reflexiv gedacht werden. Der Schluss, den Strauss von der Vorgängigkeit des Einzelnen zum Vorrang des Rechts führt, ist kein zwingender. Dass es einiges für sich hat, davon auszugehen, dass Hobbes seine Unterscheidung von Recht und Gesetz durchaus ernst nimmt und dass deshalb sein natürliches Gesetz als eigenständige Grösse in Betracht kommt, werde ich im Folgenden zu erweisen suchen.

οὐν ἡ πόλις καὶ φύσει καὶ πρότερον ἢ ἕκαστος, δῆλον· εἰ γὰρ μὴ αὐτάρκης ἕκαστος χωρισθείς, ὁμοίως τοῖς ἄλλοις μέρεσιν ἔξει πρὸς τὸ ὅλον, ὃ δὲ μὴ δυνάμενος κοινωνεῖν ἢ μηδὲν δεόμενος δι' αὐτάρκειαν οὐθὲν μέρος πόλεως, ὥστε ἢ θηρίον ἢ θεός.“

(„Daraus ist also klar, dass die Polis zu den natürlichen Dingen gehört und dass der Mensch von Natur aus ein gemeinschaftsbildendes Lebewesen ist; und wer aufgrund seiner Natur und nicht wegen eines zufälligen Schicksals jenseits der Polis lebt, ist entweder schlecht oder mächtiger als ein Mensch; [...]. Dass aber der Mensch mehr als jede Biene und mehr als jedes Herdentier ein gemeinschaftsbildendes Lebewesen ist, liegt offen zutage. [...] Die Polis ist von Natur her auch ursprünglicher als die Hausgenossenschaft und als jeder Einzelne von uns. Denn das Ganze ist notwendig ursprünglicher als der Teil; [...]. Dass also die Polis sowohl von Natur besteht als auch ursprünglicher ist als der Einzelne, ist klar; denn wenn jeder für sich genommen sich selbst nicht genügt, so verhält er sich [zur Polis] wie die verschiedenen Teile zum Ganzen; wenn er aber unfähig ist, Teil einer Gemeinschaft zu sein, oder wenn er es aufgrund seiner Selbstgenügsamkeit nicht nötig hat, so ist er freilich nicht Teil einer Polis, demnach aber entweder ein Tier oder ein Gott.“, Übersetzung J.H.)

⁷⁹ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 133. Hobbes übersetzt den aristotelischen Begriff nicht wie hier unternommen mit „gemeinschaftsbildendes Lebewesen“, sondern bedient sich des voraussetzungsreicheren Ausdrucks „Politically creatures“; ders.: *Leviathan*, 1943, S. 130.

⁸⁰ Vgl. ders.: *Leviathan*, 1991, S. 133f. und ebenso die Stelle im 1. Kapitel von *De Cive (Vom Menschen; Vom Bürger, S. 75f.)*, wo Hobbes die griechische Vorstellung einer ζῷον-πολιτικόν-Natur des Menschen als ein „trotz seiner weitverbreiteten Geltung“ falsches Axiom bezeichnet; „es ist ein Irrtum, der aus einer allzu oberflächlichen Betrachtung der menschlichen Natur herrührt.“ Die „Anthropologie des unpolitischen Menschen“, welche die Hobbessche Konzeption von der aristotelischen unterscheidet, wird dargestellt in Wolfgang Kersting: *Thomas Hobbes zur Einführung*, 4., aktual. Aufl., Hamburg: Junius 2009, S. 20 und 27f.

⁸¹ Strauss: *Naturrecht und Geschichte*, S. 190.

3.2.2 Die Eigenständigkeit des natürlichen Gesetzes innerhalb der gegenstrebigem Fügung von Recht und Gesetz

Einen eindeutigen Hinweis, dass die Pflicht nicht nur auf andere geht, sondern reflexiv auf das Eigene weist, liefert Hobbes dort, wo er den Gedanken des natürlichen Gesetzes, das Selbsterhaltung gebietet, auch in den Bereich ausdehnt, der jenseits der Notwendigkeit der Staatsgründung und damit jenseits aller sozialen Bindung liegt:

„Es gibt auch noch andere Dinge, die zur Vernichtung von einzelnen Menschen führen wie Trunksucht und alle anderen Arten von Unmässigkeit, die man deshalb ebenfalls zu den Dingen rechnen kann, die das natürliche Gesetz verboten hat. Es ist aber weder nötig, sie ausdrücklich zu erwähnen, noch gehören sie unbedingt in diesen Zusammenhang.“⁸²

Sind diese privaten Aspekte der *lex naturalis* für den Zusammenhang des vertraglich begründeten Staatswesens nicht relevant, bieten sie doch der hier verhandelten Frage den sicheren Boden.⁸³ Sie zeigen, dass die Selbsterhaltung tatsächlich nicht allein als natürliches Recht zu nehmen ist, sondern einen verpflichtenden Zug hat, der sich nicht aus dem Recht deduzieren und deshalb auch nicht darauf reduzieren lässt. Das für Hobbes grundlegende Faktum der Selbsterhaltung nimmt nicht nur die Gestalt der Freiheit an, sondern meldet sich auch als deren konkrete Einschränkung, als Pflicht gegen sich selbst. Denn vom Laster der Trunksucht zu lassen, kann von Hobbes her nicht als Zweig der Freiheit verstanden werden, sondern steht ihr als Schranke entgegen.

Damit erweist sich, dass das natürliche Gesetz im *Leviathan* jenseits von Sozialität als eine Pflicht in Erscheinung treten kann, der kein Recht zugrunde liegt. Um das Verhältnis von natürlichem Gesetz und natürlichem Recht weiter aufzudecken, obliegt in einem nächsten Schritt die Prüfung, ob das natürliche Gesetz auch in sozialer Hinsicht einen eigenständigen Pflichtcharakter wahr. Die Eigenständigkeit des Gesetzes tritt, wie es am Beispiel der Trunksucht deutlich wurde, dort zutage, wo sich sein Wesen als Einschränkung zeigt. Liegt die Freiheit des Rechts im Fehlen der Schranke oder, wie Hobbes formuliert, in der

⁸² Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 120.

⁸³ In der neun Jahre vor dem *Leviathan* veröffentlichten Schrift *De Cive* (erste lateinische Fassung 1642; zweite, revidierte und ergänzte lateinische Fassung 1647) findet sich das Verbot übermässigen Trinkens hingegen direkt an die übrigen Gesetze geknüpft und bewahrt von hier soziale Relevanz: Da alle natürlichen Gesetze Gebote der rechten Vernunft sind, erfordert ihre Einhaltung die Fähigkeit des rechten Vernunftgebrauchs. Trunk und Rausch sind dieser Fähigkeit abträglich, so dass Mässigkeit im Alkoholkonsum eine *condicio sine qua non* für die Einhaltung aller übrigen sozial relevanten natürlichen Gesetze darstellt und damit selbst als sozial relevantes natürliches Gesetz in Betracht kommt. (Vgl. ders.: *Vom Menschen; Vom Bürger*, S. 109.) Zugleich scheint aber auch in *De Cive* die privatisierte Seite des natürlichen Gesetzes auf. Am Ende des 3. Kapitels, in dem die verschiedenen Gesetze der Natur entwickelt werden, markiert Hobbes die Bedeutung von Mässigkeit und Widerstand für die je eigene Selbsterhaltung: „Daneben gibt es aber noch andere Gebote der natürlichen Vernunft, aus denen andere Tugenden entspringen; so ist die Mässigkeit ein Gebot der Vernunft, weil die Unmässigkeit zur Krankheit und zum Tode führt; ebenso die Standhaftigkeit, d.h. das Vermögen, bei gegenwärtigen Gefahren, die schwerer zu vermeiden als zu überwinden sind, kräftigen Widerstand zu leisten; denn sie ist ein Mittel, wodurch sich der Widerstehende erhält.“ (Ebd., S. 113.)

„Abwesenheit äusserer Hindernisse“⁸⁴, so haben wir das Gesetz in der Schranke selbst zu suchen, die der Freiheit ihr Ende bereitet. Nicht Ableitung des einen aus dem andern, sondern Gegenstrebigkeit zeichnet das Verhältnis von Recht und Gesetz aus: „So unterscheiden sich Gesetz und Recht wie Verpflichtung und Freiheit, die sich in ein- und demselben Fall widersprechen.“⁸⁵

Für die Formulierung der natürlichen Gesetze ist die Geste des Widersprechens konstitutiv. Um dies deutlich zu machen, gilt es zunächst eine feine Unterscheidung in den Blick zu rücken, die zu Beginn des 14. Kapitels vorliegt. In seinen Definitionen von *ius naturale* und *lex naturalis* spricht Hobbes von *dem* natürlichen Recht, aber von *einem* natürlichen Gesetz.⁸⁶ Das natürliche Recht auf Selbsterhaltung ist ein ungeteiltes Recht auf alles: „Die Natur hat jedem ein Recht auf alles gegeben; d.h. in dem reinen Naturzustande oder ehe noch die Menschen durch irgendwelche Verträge sich gegenseitig gebunden hatten, war es jedem erlaubt zu tun, was er wollte und gegen wen er es wollte, und alles in Besitz zu nehmen, zu gebrauchen und zu geniessen, was er wollte und konnte.“⁸⁷ Indem das *ius in omnia* nichts ausschliesst, tritt es notwendig im Singular auf: Ein Recht im Sinne von Freiheit bedarf, wo es absolut ist, keiner weiteren Rechte, durch die nichts Neues hinzugefügt würde.

Die generelle Fassung dessen, was ein natürliches Gesetz ist, scheint mit dem natürlichen Recht zunächst leicht zusammen zu gehen: Das natürliche Recht ermächtigt, die zum Zweck der Selbsterhaltung erforderlichen Mittel nach Massgabe der eigenen Vernunft zu wählen; ein natürliches Gesetz besteht in einer vernunftmässigen Vorschrift zur Erhaltung der eigenen Existenz. Die abstrahierende Bestimmung des natürlichen Gesetzes in seiner allgemeinen Ganzheit wird von Hobbes in der Folge in seine konkreten Bestandteile zergliedert. Dabei kündigt sich schon in der Formulierung der ersten Regel die potentielle Gegenstrebigkeit zur singulären Totalität des natürlichen Rechts an: „*Jedermann hat sich um Frieden zu bemühen, solange dazu Hoffnung besteht. Kann er ihn nicht herstellen, so darf er sich alle Hilfsmittel und Vorteile des Kriegs verschaffen und sie benützen.*“⁸⁸

Den ersten Teil der Regel, der die Bemühung um Frieden gebietet, bezeichnet Hobbes im Folgesatz als das erste und grundlegende Gesetz der Natur. Damit ist der irreduzible Kerngehalt bezeichnet, den jedes natürliche Gesetz in sich birgt und auf den hin auch die vorstehende generelle Fassung des natürlichen Gesetzes auszulegen ist. Denn sich selbst zu

⁸⁴ Ders.: *Leviathan*, 1991, S. 99.

⁸⁵ Ebd.

⁸⁶ Vgl. ebd. bzw. für die Unterscheidung im englischen Original („The Right of Nature“ vs. „A Law of Nature“) ders.: *Leviathan*, 1943, S. 99. In der späteren lateinischen Fassung kommt die Unterscheidung aufgrund des Wegfalls der bestimmten Artikel nicht mehr zum Tragen.

⁸⁷ Ders.: *Vom Menschen; Vom Bürger*, S. 82f. Dieses *ius in omnia* erstreckt sich auch auf den Körper anderer; vgl. dazu ders.: *Leviathan*, 1991, S. 99 sowie die entsprechende Stelle in ders.: *Naturrecht und allgemeines Staatsrecht in den Anfangsgründen*, S. 98.

⁸⁸ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 99f.

erhalten wird möglich nur, wo Frieden herrscht. Zugleich gestattet der zweite Teil der Regel, sich bei Unerreichbarkeit des Friedens aller kriegerischen Mittel zu bedienen, worin nach Hobbes der Grundsatz des natürlichen Rechts liegt: „Der erste Teil dieser Regel enthält das erste und grundlegende Gesetz der Natur, nämlich: *Suche Frieden und halte ihn ein*. Der zweite Teil enthält den obersten Grundsatz des natürlichen Rechts: *Wir sind befugt, uns mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln zu verteidigen*.“⁸⁹ Um die Hierarchie zwischen natürlichem Gesetz und Recht zu bestimmen, haben wir uns die Anlage dieses ersten der sechzehn konkreten Gesetze detailliert vor Augen zu führen.

Hobbes unterscheidet offensichtlich zwischen *erstem und grundlegendem Gesetz der Natur* und *erstem Gesetz der Natur*, wobei letzteres in seinem ersten Teil ersteres enthält.⁹⁰ Dieser erste Teil des ersten Gesetzes, das Selbsterhaltung qua Friedenssuche gebietet, bildet das allgemeine Telos der fünfzehn übrigen Gesetze. Alle führen sie direkt oder indirekt, explizit oder implizit darauf zurück.⁹¹ Den Verweisungszusammenhang macht Hobbes deutlich, wo er das grundsätzliche Gesetz der Natur, sich um Frieden zu bemühen, in eine zweite und substantziellere Formulierung bringt. Dem Einwand, seine „Ableitung der natürlichen Gesetze sei zu kompliziert“, hält er am Ende seiner Erläuterung der Vernunftvorschriften entgegen, dass sie sich „zu einer auch dem bescheidensten Verstande leicht einsehbaren Maxime“

⁸⁹ Ebd., S. 100.

⁹⁰ Vgl. ebd., S. 99f.

⁹¹ Das *zweite* Gesetz (Aufgabe des *ius in omnia* um des Friedens willen) wird aus dem ersten abgeleitet (vgl. ders.: *Leviathan*, 1991, S. 100), das *dritte* (*pacta sunt servanda*) aus dem zweiten (110), das *vierte* (Dankbarkeit für vorausgegangene Gunst) ebenso wie das *fünfte* (Anpassung an die übrigen Menschen) und das *sechste* (Verzeihung früherer Angriffe gegen eine Sicherheitsleistung für die Zukunft) folgen wiederum aus dem ersten (116f.), das *siebte* (Ausrichtung von Rache an deren künftigem Nutzen) geht auf das sechste zurück (117), das *achte* (Verbot von Beleidigungen) aufs erste (117f.), das *neunte* (jeder soll den Andern als von Natur aus gleich anerkennen, da Frieden nur unter für alle gleichen Bedingungen zu erreichen ist) aufs zweite (118), das *zehnte* (gleiche Rechte für alle) und das *elfte* (Billigkeit) aufs neunte (118f.), das *zwölfte* (Umgang mit unteilbaren Dingen) und *dreizehnte* (Umgang mit unteilbaren und nicht gemeinsam geniessbaren Dingen) aufs elfte (119), das *vierzehnte* (sicheres Geleit für Friedensmittler) wie das *fünfzehnte* (Streitparteien sollen sich in Fragen der Auslegung des natürlichen Gesetzes dem Urteil eines Schiedsrichters unterwerfen und nicht in Krieg verfallen) werden schliesslich erneut auf das erste natürliche Gesetz zurückbezogen (119f.). In seinem Rückblick am Ende des *Leviathan* fügt Hobbes diesen im 14. und 15. Kapitel erläuterten Gesetzen noch das *sechzehnte* hinzu, dass im Krieg jeder verpflichtet ist, nach Kräften diejenige Autorität zu schützen, von der er in Friedenszeiten Schutz empfängt (536). Hobbes belegt die natürlichen Gesetze nur bis zum neunten mit Ziffern und bedient sich vom zehnten an nur noch formelhafter Wendungen wie „Von diesem Gesetz hängt ein anderes ab: [...]“ oder „Ferner ist dies eine Vorschrift des natürlichen Gesetzes: [...]“ (118) Die Gesetze 12 und 13, die zwei nur leicht anders gelagerte Fälle regeln, könnten aufgrund dieser Nähe auch als 12a und 12b gefasst werden. Solcher Zusammenfassung zuwiderlaufend unternimmt Wolfgang Kersting eine noch weitergehende Unterteilung und gelangt zu insgesamt neunzehn Vernunftvorschriften, indem er präzisierende Bestimmungen wie diejenige, dass niemand als Richter in eigener Sache urteilen dürfe, dass unparteiliche Richter nicht zuzulassen seien oder dass der Richter neben den Streitparteien auch Zeugen anzuhören habe, als je selbständige Vorschriften aufführt. Da im *Leviathan* diese Bestimmungen nicht deutlich als eigenständige ausgewiesen werden, ordne ich sie als analytisch abzuleitende Unterpunkte der jeweils übergeordnet auftretenden Bestimmung zu. Zur Alternativzählung vgl. Kersting: *Thomas Hobbes zur Einführung*, S. 132-136. Die Regel, die Hobbes im Rückblick als eigenes, wenn auch ebenfalls anderweitig ableitbares natürliches Gesetz anschliesst, bleibt bei Kersting unberücksichtigt.

zusammenfassen liessen, die da lautet: „*Füge einem anderen nicht zu, was du nicht willst, dass man dir zufüge.*“⁹²

Neben der grundsätzlich formulierten *lex naturalis* beinhaltet das erste der sechzehn konkret gehaltenen Gesetze in seinem zweiten Teil das eine und ungeteilte *ius naturale*. Der Einbruch des Rechts ins Gesetz zeigt das Wesen der *in foro interno* wirksamen Gesetzeskraft, die ich in Kapitel 3.2.1 als spezifische Gesetzlichkeit des Naturgesetzes markiert habe: Das Gebot, Frieden zu erstreben, verpflichtet zu einer Bemühung; scheitert die Bemühung, erfüllt das Gesetz auch, wer sich in der Folge ans Recht hält. Dies umso mehr, als der Pflicht zur Selbsterhaltung in diesem Fall allein auf dem Weg des uneingeschränkten Rechts nachzukommen ist. Deswegen gilt es das *ius naturale* innerhalb des ersten Naturgesetzes keineswegs als Fremdkörper aufzufassen, worauf im folgenden Kapitel zurückzukommen ist.

Was der Verbindung von *lex* und *ius* zugrunde liegt, ist ihr Gemeinsames der Selbsterhaltung. Im ersten natürlichen Gesetz haben wir nichts anderes zu sehen als das eine natürliche Recht und das grundsätzliche Gesetz der Natur in einer Konjunktion zu ihrem gemeinsamen Zweck: der Erhaltung des je eigenen Lebens. Im zweiten natürlichen Gesetz, das aus dem ersten folgt, entfaltet sich die Disjunktion, die als Potential bereits der Konjunktion des ersten Gesetzes innewohnt: „*Jedermann soll freiwillig, wenn andere ebenfalls dazu bereit sind, auf sein Recht auf alles verzichten, soweit er dies um des Friedens und der Selbstverteidigung willen für notwendig hält, und er soll sich mit soviel Freiheit gegenüber anderen zufrieden geben, wie er anderen gegen sich selbst einräumen würde.*“⁹³ Die konjunktive Tendenz von Naturrecht und Naturgesetz folgt aus ihrer Funktionsäquivalenz; als spezifischer Modus der Konjunktion tritt das disjunktive Moment dadurch hervor, dass der zwecks Selbsterhaltung angestrebte Friede das zwecks Selbsterhaltung bestehende *ius in omnia* einzuschränken und dadurch auszuschliessen sucht: Denn ein beschnittenes Recht auf alles ist eben kein Recht auf alles mehr. Zeichnet sich das Verhältnis von Recht und Gesetz innerhalb der natürlichen Sphäre als gegenstrebige Fügung ab, muss die Frage nach ihrer Hierarchie innerhalb dieser Figur ihre Antwort finden.

⁹² Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 120f. Zwar findet sich die goldene Regel des „*Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris.*“ an früherer Stelle (ebd., S. 100) im Zusammenhang mit dem zweiten natürlichen Gesetz, doch liegt in ihm allein die Konsequenz aus dem ersten grundlegenden Gesetz, das es deshalb mit der goldenen Regel in eins zu denken gilt.

⁹³ Ebd., S. 100.

3.2.3 Der Vorrang des natürlichen Gesetzes als Aufhebung des natürlichen Rechts

Das konjunktiv-disjunktive Verhältnis von natürlichem Gesetz und natürlichem Recht, ihre gegenstrebige Fügung, lässt sich durch die besondere Situierung des letzteren erklären. Während die Definitionspassage, in der eine Gegenüberstellung von *ius* und *lex* erfolgt, den Anschein gibt, beide Elemente kämen auf derselben Ebene zu liegen, zeigt sich an den ersten beiden Naturgesetzen deutlich die konstitutive hierarchische Integration, von der her ein Verständnis der Hobbesschen Naturrechtskonzeption allein zu gewinnen ist.⁹⁴ Das *ius naturale* tritt als integrativer Bestandteil der ersten zwei Naturgesetze in Erscheinung, wobei es in ihnen nicht bloss enthalten ist, sondern vielmehr aufgehoben wird in einem dreifachen Sinne, der eine gewisse Ähnlichkeit mit Hegels Figur der Aufhebung zeigt.⁹⁵

Aufgehoben im Sinne von „vernichtet“ wird das *ius naturale*, indem es dort seine Schranke finden und damit als ein Uneingeschränktes aufhören muss, wo Frieden bewirkt werden soll, wie ihn das natürliche Gesetz in seinem generellen Kerngehalt vorsieht. Eine solche Vernichtung ist im ersten Gesetz implizit, im zweiten, daraus abgeleiteten hingegen explizit angezeigt. In diesem Vernichtungsaspekt liegt das disjunktive Moment des Verhältnisses von natürlichem Gesetz und natürlichem Recht.

Aufgehoben im Sinne von „bewahrt“ ist das Recht auf alle Mittel zur Selbsterhaltung dort, wo der Friedenswille das eigene Leben in Gefahr bringt. Es ist dies durchaus so zu verstehen, dass das natürliche Recht in einer gleichsam lokal-logischen Hinsicht im Innern des Gesetzes aufgehoben, d.h. nicht allein *durch* es bewahrt, vielmehr auch *in ihm* aufbewahrt ist. Das formale In-Sein des natürlichen Rechts innerhalb der Formulierung des ersten und zweiten natürlichen Gesetzes ist an ein inhaltliches In-Sein geknüpft. Dieses hat seinen Grund in der Funktionsäquivalenz von *ius* und *lex* hinsichtlich der Selbsterhaltung als gemeinsamem τέλος: Das natürliche Gesetz schliesst das natürliche Recht dadurch ein, dass die prinzipiell auf Frieden drängende Pflicht zur Selbsterhaltung, wo die eigene Existenz bedroht wird, aus sich selbst ein Recht auf sämtliche Mittel freigibt – gleichviel, ob mit diesen Mitteln auch dem Frieden gedient sei. Seinen Ausdruck findet das natürliche Recht demnach aber nur in denjenigen Zuständen, die wir als Ausnahme fassen können. Für die Allgemeinheit besteht ein solcher Ausnahmefall in dem immer schon zu verlassenden Naturzustand auf gleiche Weise wie im Bürgerkrieg, für den Einzelnen liegt er innerhalb des bürgerlichen Staates stets dann vor, wenn sein Leben auf dem Spiel steht.⁹⁶

⁹⁴ Vgl. ebd., S. 99f.

⁹⁵ Zur Figur der Aufhebung vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel: *Wissenschaft der Logik I. Erster Teil: Die objektive Logik, erstes Buch*, Werke in 20 Bänden, Bd. 5, auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu ed. Ausg., Red. Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1986, S. 113-115.

⁹⁶ Das *exeundum e statu naturali*, d.h. die Forderung, das *bellum uniuscuiusque contra unumquemque* durch einen Verzicht auf das *ius in omnia* zu überwinden, bildet das Fazit des 13. Kapitels des *Leviathan* (vgl.

Der dritte Sinn einer Aufhebung als Erhöhung ergibt sich daraus, dass das Recht jenseits des Ausnahmezustands als bloße Potentialität unter Verschluss bleibt. Solches Verbleiben hinter Schranken heisst bewahrter Inhalt zu sein: Das natürliche *ius in omnia* ist in der *lex naturalis* im Modus der Enthaltung enthalten. In eben diesem *Enthalten* als einem Doppelten von *Inhalt* (beinhalten) und *Verzicht* (sich enthalten) finden wir die Aufhebung des natürlichen Rechts hin zu einer höheren Geltungsform und d.h.: zu einer Geltungsform höherer Vernunft.

Die Tendenz zur Verfeinerung des natürlichen Rechts wird dabei deutlicher noch in der ihm eigenen Definition. Das Recht gestattet, die Mittel zur Selbsterhaltung nach eigener Vernunft zu bestimmen und birgt in dieser Vernunftgeleitetheit das Potential einer Aufhebung hin zu seinem Höheren. In eben diesem Vernunftbezug weist es auf das seinerseits aus Vernunftgrundsätzen bestehende natürliche Gesetz zurück, so dass nicht allein das natürliche Recht in der Formulierung des Gesetzes enthalten ist, sondern auch das Gesetz im Recht. Hier scheint das Gesetz auf als das Signal, auf das hin das Recht sich richtet und man ist versucht zu sagen: sich hinrichtet – denn in der Ausrichtung an der Vernunft bewahrt das natürliche Recht den Keim seiner Aufhebung im umfassenden Hegelschen Sinne.

Solche Anlage zur Selbstaufgabe entfaltet das Recht der Natur jederzeit dort, wo es zur Wahl von Selbsterhaltungsmitteln kommt. Ist das Urteil über die Mittel an die Vernunft gebunden, wird es freier Willkür entzogen. Dass das *ius in omnia* dadurch eine Schranke erhält, wird im 1. Kapitel von *De Cive* explizit: „Sollte aber jemand etwas als für seine Erhaltung nötig erklären, was er selbst nicht dafür hält, so würde er damit gegen die natürlichen Gesetze verstossen [...]“.⁹⁷ Das 3. Kapitel zeigt, dass die einzige Übereinstimmung unter den Menschen im Urteil besteht, dass Krieg, indem er jeder vernünftigen Selbsterhaltung zuwiderläuft, notwendig schlecht sei.⁹⁸ In allen übrigen Angelegenheiten ist der Terminus „eigene Vernunft“ hingegen nicht nur possessiv, sondern auch separativ zu verstehen, da bei den Handlungen des täglichen Lebens das Urteil über ihre Vernünftigkeit in den Bereich der privaten Meinung fällt.⁹⁹ Dies ergibt sich mitunter daraus, dass sich die Leidenschaften der Menschen unterscheiden und ihnen deshalb je Verschiedenes als ein für das eigene Leben Gutes in den Blick kommt.¹⁰⁰ Nur der Zustand des Krieges erscheint aus keinem Blickwinkel vernünftig; da er sich durch das *ius in omnia* auszeichnet,

Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 96-98) und des 1. Kapitels von *De Cive* (vgl. ders.: *Vom Menschen; Vom Bürger*, S. 84f.). Bürgerkrieg bedeutet für Hobbes nichts anderes als einen Rückfall in solchen Naturzustand, wobei dieser keine bestimmte Epoche meint, sondern ein jederzeit mögliches Phänomen sozialer Regellosigkeit (vgl. ders.: *Leviathan*, 1991, S. 97). Dass dem Einzelnen auch im geregelten Staat ein vertraglich nicht aufgebbares Recht auf Widerstand bei drohender Gewalt bleibt, vermerkt Hobbes ebd., S. 101f. und 107.

⁹⁷ Ders.: *Vom Menschen; Vom Bürger*, S. 82.

⁹⁸ Vgl. dazu ebd., S. 112.

⁹⁹ Vgl. ders.: *Leviathan*, 1991, S. 122. Auch an dieser Stelle geht Hobbes davon aus, dass unter den Menschen nur in dem einen Punkt Einigkeit herrscht, dass Krieg schlecht und Frieden gut sei. Zur subjektiven Vernunft des Naturzustands vgl. auch Willms: *Thomas Hobbes*, S. 139-141.

¹⁰⁰ Vgl. Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 75 und 122.

gerät auch dessen dauerhafter Gebrauch zur Unvernünftigkeit: „Wer also meint, dass man am besten in dem Zustande geblieben wäre, wo allen alles erlaubt war, der widerspricht sich selbst; denn jeder verlangt aus natürlicher Notwendigkeit nach dem für ihn Guten, und niemand wird einen solchen Krieg aller gegen alle, welcher diesem Zustande natürlicherweise anhaftet, als etwas für ihn Gutes ansehen.“¹⁰¹ In Kriegszeiten steht die eigene Existenz dauerhaft in Gefahr, denn in ihnen kommen nicht nur alle zivilisatorischen Errungenschaften zum Erliegen, die das menschliche Leben gut, weil angenehm machen, sondern „es herrscht, was das Schlimmste von allem ist, beständige Furcht und Gefahr eines gewaltsamen Todes – das menschliche Leben ist einsam, armselig, ekelhaft, tierisch und kurz.“¹⁰²

Frieden wird zum grundlegenden Gut und zur Maxime jeder Vernunft. Da Hobbes die Existenz eines *finis ultimus* oder *summum bonum*, dessen Erreichen zufriedene Seelenruhe garantieren könnte, bestreitet¹⁰³, liegt kein höherstufigeres Ziel als Frieden vor, weshalb diesem für jeden die grösste Bedeutung zukommen muss. Das vernunftgeleitete *ius in omnia* muss sich selbst Einhalt gebieten und bringt den Grund seiner Aufhebung eigens hervor. In dieser Aufhebung haben wir seine eigentliche Verwirklichung zu sehen, was zugleich bedeuten muss, dass das Hobbessche *exeundum e statu naturali* im natürlichen Recht, dessen unumschränkte Geltung den Naturzustand charakterisiert, seine Wurzel hat. Damit strebt der Naturzustand nicht aufgrund äusserer Zwänge und nicht einmal aus externen Erwägungen, sondern allein aus sich selbst heraus seinem Ende zu. Allein aus sich selbst heraus freilich insofern, als das natürliche Recht seine Orientierung – und damit seine Aufhebung – intern aus dem ihm einbeschriebenen natürlichen Gesetz erhält. Der Vernunftgrundsatz des natürlichen Gesetzes bildet die Leitlinie, an der entlang das natürliche Recht aus sich heraus und über sich hinaus gelangt. Was Simone Goyard-Fabre von der Freiheit des natürlichen Rechts behauptet und was darüber hinaus zu den verbreiteten Meinungen über das Hobbessche Naturrechtsdenken gehört, würde ich vor diesem Hintergrund in Abrede stellen: „It knows no limits, no marks, no references and no sanctions.“¹⁰⁴ Weil es zum natürlichen Gesetz keinen Gegensatz bildet, sondern unter dessen Leitung steht, kann das *ius naturale* gerade eines nicht sein: „a pseudo-right, savage and anarchical“.¹⁰⁵

Die Aufhebung ist der Modus, in dem die gegenstrebige Fügung von Recht und Gesetz eine dominante Richtung erhält. In ihr erweist das Gesetz seinen Vorrang, indem es einerseits das Recht in seine Schranken nimmt und ihm andererseits seine Orientierung gibt. Da

¹⁰¹ Ders.: *Vom Menschen; Vom Bürger*, S. 84.

¹⁰² Ders.: *Leviathan*, 1991, S. 96.

¹⁰³ Vgl. ebd., S. 75.

¹⁰⁴ Simone Goyard-Fabre: „Metamorphosis of the Idea of Right in Thomas Hobbes’s Philosophy“, in: C. Walton and P. J. Johnson (Hg.): *Hobbes’s ‘Science of Natural Justice’* (International Archives of the History of Ideas, Bd. 111), Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers 1987, S. 153-164, 158.

¹⁰⁵ Vgl. dazu ebd., S. 162.

Gegenstrebigkeit eine Bewegung bedeutet und die beschriebene Aufhebung die eigentliche Bewegung der gegenstrebigsten Fügung bildet, strebt das Recht letztlich gegen das Gesetz hin und fügt sich ihm. Anders als Strauss darlegt, liegt keine Okkupation des Gesetzes durch das Recht vor. Vielmehr haben wir Hobbes' Naturrechtskonzeption vom Gesetz her zu lesen, das nichts anderes ist als ein säkular zu begreifendes Gesetz der Vernunft. In der Vernunft ist denn auch der Angelpunkt der Hobbesschen Theorie zu sehen. Strauss übersieht dies, indem er die Vernunft in den Schatten der Leidenschaft rückt: „Was bei den meisten Menschen zumeist am mächtigsten ist, ist nicht die Vernunft, sondern die Leidenschaft. [...] Das Naturgesetz muss von der mächtigsten aller Leidenschaften abgeleitet werden.“¹⁰⁶ Die mächtigste aller Leidenschaften ist die Todesfurcht.¹⁰⁷ Ihr zur Seite stellt Hobbes im *Leviathan* die Begierde nach einem angenehmen Leben. Doch sind dies nur die Antriebe, die den Menschen friedfertig machen; seine Möglichkeit, den Naturzustand zu überwinden, liegt indessen „teils in den Leidenschaften, teils in seiner Vernunft“.¹⁰⁸ Noch enger knüpft Hobbes die Verbindung von Leidenschaft und Vernunft in *De Cive*, wo er als die beiden sichersten Forderungen der menschlichen Natur „die Forderung der natürlichen Vernunft, vermöge deren jeder dem gewaltsamen Tode als dem höchsten Übel der Natur auszuweichen sucht“, von der Forderung der natürlichen Begierde nach alleinigem Gebrauch der gemeinsamen Dinge unterscheidet.¹⁰⁹ Die Todesfurcht wird hier von den übrigen Leidenschaften abgesetzt, indem sie als Auftraggeber der Vernunft erscheint. Sowohl in *De Cive* wie im *Leviathan* kommt der Vernunft die entscheidende Rolle nun dadurch zu, dass sie die Grundsätze des Friedens nahe legt und in der natürlichen Sphäre die Brücke zwischen Recht und Gesetz schafft.

Allerdings gilt es gerade in der gegenseitigen Bezogenheit von Gesetz und Recht die Differenz zwischen beiden aufrecht zu erhalten. Jede Interpretation, welche die beiden Phänomene aufgrund ihrer Nähe vermengt, wird das Hobbessche Modell des Staatsvertrags als in sich widersprüchlich auffassen und in ihrem Kern verfehlen müssen. Ein Beispiel solcher fehlgeleiteter Deutung mag Niklas Luhmann geben, der sich zwar nicht spezifisch auf Hobbes bezieht, ihn aber auch nicht aus seiner allgemeinen Beobachtung zum Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts ausschliesst:

„Die natürliche Freiheit wird durch den Gesellschaftsvertrag, den Staatsvertrag, die Individualverträge eingeschränkt, wenn nicht ganz geopfert. Die Freiheitsempfase, die einen freien, eben vertraglichen, Verzicht auf Freiheit miteinschliesst, legitimiert zugleich den Verzicht auf Widerstandsrecht und die Subjektion des Subjekts im absoluten Staat. Auch hier

¹⁰⁶ Strauss: *Naturrecht und Geschichte*, S. 187.

¹⁰⁷ Vgl. dazu den Beginn meines Kapitels 3.2.1.

¹⁰⁸ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 98.

¹⁰⁹ Ders.: *Vom Menschen; Vom Bürger*, S. 62.

werden also die zivilisatorischen Errungenschaften der individuellen Freiheit und der staatlich geordneten (friedlichen) Gesellschaft als naturrechtliche Abweichungen vom Naturrecht, also paradox vorgestellt.“¹¹⁰

Keine naturrechtliche Abweichung vom Naturrecht, sondern vielmehr eine *naturgesetzliche* Weichenstellung innerhalb des natürlichen *Rechts* bildet den Kern der Hobbesschen Konzeption. Luhmanns Rede von der Paradoxie trifft deshalb für den Fall Hobbes ins Leere und ist mit Vorteil durch diejenige von der Aufhebung zu ersetzen.

Quentin Skinner bringt dagegen eine Deutung vor, die sich sowohl von derjenigen Luhmanns als auch von der hier bisher vorgetragenen unterscheidet. Er hält dafür, dass Hobbes, anders als häufig behauptet, der natürlichen Freiheit auch innerhalb des absoluten Staates eine ungebrochene Stellung einräume, was er über die Erläuterung des Hobbesschen Freiheitsbegriffs nachzuweisen sucht. Im *Leviathan* bedeute Freiheit nicht, *sui iuris* zu sein oder unabhängig vom Willen anderer zu leben, sondern schlicht, die eigenen Fähigkeiten einzusetzen, ohne durch ein äusseres Hindernis unmittelbar physisch blockiert zu werden: Auch unter einem absoluten Souverän „behalten wir unsere natürliche Freiheit als Ganzes ohne Abstriche.“¹¹¹ Um seine Deutung zu stützen, zieht Skinner insbesondere das 21. Kapitel des *Leviathan* heran, wo Hobbes von der Freiheit der Untertanen handelt: „*Freiheit* bedeutet genau genommen das Fehlen von Widerstand, wobei ich unter Widerstand äussere Bewegungshindernisse verstehe.“¹¹² Furcht vor Strafe mag zwar die Treue gegenüber den Gesetzen fördern, dennoch besteht immer die Freiheit, sie zu übertreten: „Furcht und Freiheit sind vereinbar.“¹¹³

Nun räumt Skinner allerdings zugleich ein, dass die Menschen in ihrer Rolle als Untertanen keine Freiheit zum Ungehorsam gegenüber den Gesetzen beanspruchen können, weil sie sich dem Souverän vertraglich unterworfen haben.¹¹⁴ Ebenso wenig unterschlägt er die zentrale Stelle im *Leviathan*, wo der Zweck des Gesetzeserlasses als Einschränkung der natürlichen Freiheit bestimmt wird.¹¹⁵ Beides führt er in der Folge einer Relativierung zu, indem er erneut den Freiheitsvorrang bei Hobbes unterstreicht und nach wenigen Seiten zur Feststellung zurückgelangt, „dass wir unsere natürliche Freiheit, die Gesetze nach unserer Wahl zu befolgen oder zu missachten, zu allen Zeiten behalten.“¹¹⁶ Wenn Skinners Argumentation auch auf weite Strecken überzeugt, fällt doch ins Auge, dass er zwischen der

¹¹⁰ Niklas Luhmann: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1995, S. 514f.

¹¹¹ Skinner: *Freiheit und Pflicht*, S. 115; dieses für den *Leviathan* charakteristische Freiheitsverständnis wird von Skinner in seinem 3. Kapitel wiederholt beschrieben; vgl. ebd., S. 81-120.

¹¹² Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 163. Seinen Freiheitsbegriff definiert Hobbes auch zu Beginn des 14. Kapitels; vgl. ebd., S. 99.

¹¹³ Ebd. Vgl. dazu auch die Ausführungen bei Skinner: *Freiheit und Pflicht*, S. 103-106.

¹¹⁴ Vgl. ebd., S. 107.

¹¹⁵ Vgl. ebd., S. 107f. sowie Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 205f.

¹¹⁶ Skinner: *Freiheit und Pflicht*, S. 113.

Gehorsamspflicht und der Missachtungsfreiheit keinen vermittelnden Zusammenhang herstellt, was vor das Problem stellt, dass Hobbes die Freiheit im Staat zugleich als möglich und nicht möglich erachten müsste oder anders formuliert: dass Widerstand zugleich zulässig und unzulässig wäre. Wenn Skinner die Pflicht ihrer Bedeutung nach hinter der Freiheit zurückstellt, wird das Problem nicht eigentlich gelöst, sondern lediglich umgangen.

Ein klärender Zusammenhang scheint hingegen auf, wenn gezeigt wird, dass Skinners Bestimmung der Hobbesschen Freiheit als eine Freiheit der Bewegung akzeptiert werden kann, ohne dass dadurch der problematische Schluss auf eine uneingeschränkte Freiheit im Staat notwendig wird. Um diesen Nachweis anhand der These der Aufhebung zu erbringen, soll die bei Skinner aufgeworfene Frage nach der Autorisierung des Souveräns auf einen weiteren Aspekt hin beleuchtet werden.¹¹⁷ Skinner betont die Widersprüchlichkeit, in die sich ein Bürger begibt, wenn er dem Souverän, den er zu all seinen Handlungen, damit auch zu all seinen Gesetzen vorgängig ermächtigt hat, den Gehorsam verweigert.¹¹⁸ Der Punkt, den ich hervorheben möchte, besteht darin, dass dem Gehorsam durch die Autorisierung zugleich Zweck und Grenze gesetzt wird:

„Ferner ist die Zustimmung eines Untertans zur souveränen Gewalt in den Worten enthalten: ‚Ich autorisiere alle ihre Handlungen oder nehme sie auf mich.‘ Darin liegt nicht die geringste Beschränkung seiner früheren natürlichen Freiheit, denn wenn ich dem Souverän erlaube, *mich zu töten*, so bin ich nicht verpflichtet, mich auf seinen Befehl hin selbst zu töten.“¹¹⁹

Was freiheitsbewahrend wirkt, ist das von Luhmann im weiter oben stehenden Zitat gelegnete Recht auf Widerstand. In der Tat wurde die Frage, ob es bei Hobbes ein Widerstandsrecht geben könne, kontrovers diskutiert. Eine Antwort scheint mir allerdings möglich, wenn man sich bewusst zu machen sucht, aus welcher Quelle sich dieses Recht speist und in welchen Kanälen es gehalten wird. Da der Souverän, wie Hobbes es im 18. Kapitel des *Leviathan* darlegt, durch die Rechtsübertragung jedes Einzelnen in all seinen Handlungen autorisiert wurde, ist es nicht rechtens, ihn absetzen oder gar töten zu wollen und selbst für die eigenen Bestrafungen hat jeder die volle Autorschaft zu tragen.¹²⁰ Angesichts solch apodiktisch daherkommender Äusserungen ist für Carl Schmitt ein Widerstandsrecht „auf einer Ebene mit dem staatlichen Recht in jeder Hinsicht, faktisch wie rechtlich, widersinnig und eine Absurdität.“¹²¹ Dem ist zuzustimmen. Für ein Widerstandsrecht in

¹¹⁷ Zu Hobbes' Theorie der Autorisierung vgl. ebd., S. 108-110 sowie ders.: „Hobbes on Representation“, in: *European Journal of Philosophy*, Bd. 13 H. 2 (2005), S. 155-184 bzw. die überarbeitete und gekürzte Fassung dieses Aufsatzes als 5. Kapitel („Hobbes als Theoretiker der politischen Repräsentation“) in ders.: *Visionen des Politischen*, hg. und mit einem Nachwort von Marion Heinz und Martin Ruehl, aus dem Englischen von Robin Celikates und Eva Engels, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2009, S. 173-195.

¹¹⁸ Vgl. Skinner: *Freiheit und Pflicht*, S. 108f.

¹¹⁹ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 168f.

¹²⁰ Vgl. ebd., S. 136-139.

¹²¹ Schmitt: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, S. 71.

Gestalt eines bürgerlichen Gesetzes fehlt bei Hobbes tatsächlich jeder Ansatzpunkt. Schmitt und andere Interpreten mit ihm belassen es in der Folge bei dieser einseitigen Betrachtung und gelangen von hier dahin, ein Recht auf Widerstand für den Fall Hobbes gesamthaft in Abrede zu stellen.¹²²

Doch gibt es daneben eine häufig an den Rand gedrängte andere Seite. Wenn sich ein Widerstandsrecht auch nicht auf bürgerlich-staatlicher Ebene festmachen lässt, so ergibt es sich dennoch aus dem naturgesetzlich bestimmten Zweck des Staates sowie des Gehorsams gegen ihn. Zu Recht weist Otfried Höffe darauf hin, dass die Autorisierung des Souveräns im Hinblick auf eine erwartete Leistung erfolgte, weshalb die Legitimation der Rechts- und Staatsordnung auf einer nicht nur formalen, sondern auch materialen Gerechtigkeit beruht.¹²³ Die Untertanen knüpfen ihren Gehorsam an einen konkreten, vom Staat zu erfüllenden Zweck: „Der Zweck des Gehorsams ist Schutz.“¹²⁴ Aus diesem Zweck bezieht das Recht auf Widerstand seinen unaufgebbaren Charakter: „Die Verpflichtung der Untertanen gegen den Souverän dauert nur so lange, wie er sie auf Grund seiner Macht schützen kann, und nicht länger. Denn das natürliche Recht der Menschen, sich selbst zu schützen, wenn niemand anderes dazu in der Lage ist, kann durch keinen Vertrag aufgegeben werden.“¹²⁵ Es liesse sich somit unterscheiden zwischen einem aus dem Autorisierungsakt erwachsenden bürgerlich-staatlichen Widerstandsverbot und einem dem Autorisierungszweck entspringenden Widerstandsrecht. Doch wird, und dies ist der für die Auseinandersetzung mit Skinner entscheidende Punkt, diese Unterscheidung hinfällig, weil bei genauerem Hinsehen der naturgesetzliche Zweck, auf den der Akt der Autorisierung und der bürgerliche Gesetzeserlass zurückgehen, dem Recht auf Widerstand von sich aus Grenzen setzt, so dass das Faktum der Autorisierung zwar gewichtig, aber letztlich nur sekundär scheint: „Vereitelt deshalb unsere Gehorsamsverweigerung den Zweck, zu dem die Souveränität eingesetzt worden war, dann ist keine Freiheit zur Verweigerung gegeben, andernfalls durchaus.“¹²⁶ Ein uneingeschränktes Recht auf Widerstand stünde nicht nur der Autorisierung des Souveräns, sondern auch und

¹²² Vgl. ebd., S. 71f. sowie Ottmann: „Thomas Hobbes: Widersprüche einer extremen Philosophie der Macht“, S. 83 oder Kersting: *Thomas Hobbes zur Einführung*, S. 152f.

¹²³ Vgl. Otfried Höffe: „Sed autoritas, non veritas, facit legem“. Zum Kapitel 26 des *Leviathan*“, in: Wolfgang Kersting (Hg.): *Thomas Hobbes: Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates* (Klassiker Auslegen, Bd. 5), 2., bearb. Aufl., Berlin: Akademie Verlag 2008, S. 193-211, 210.

¹²⁴ Hobbes: *Leviathan*, S. 171.

¹²⁵ Ebd. Zu diesem Recht auf Widerstand als Verteidigung des eigenen Körpers vgl. auch ebd., S. 101f., 107 und 168f. Den Zusammenhang zwischen Zweckerfüllung und Vertragsverpflichtung betont auch Herfried Münkler: *Thomas Hobbes*, 2., vollst. überarb. Aufl., Frankfurt/New York: Campus 2001, S. 124f. Ebenso beschreibt Kersting die naturgesetzliche Zweckgebundenheit des Staates, die an der unaufgebbaren Selbsterhaltung orientiert ist, und fasst dabei die Selbsterhaltung als Grenze der politischen Obligation, ohne allerdings einen erneuten Bezug zur bei ihm weiter vorne behandelten Frage nach dem Recht auf Widerstand herzustellen; vgl. Kersting: *Thomas Hobbes zur Einführung*, S. 177f., 195 und 200-203.

¹²⁶ Hobbes: *Leviathan*, S. 169.

primär ihrem naturgesetzlichen Zweck entgegen und bedeutete nichts anderes als die Freiheit eines uneingeschränkten *ius in omnia*.

Skinner's Meinung, dass wir im Staat „unsere natürliche Freiheit als Ganzes ohne Abstriche“ behalten, teile ich vor dem Hintergrund dieser Ausführungen nicht.¹²⁷ Denn in der Tat ist das Recht auf Widerstand nichts anderes als das im natürlichen Gesetz aufgehobene natürliche Recht, welches Hobbes als Freiheit beschreibt. Das Recht auf Widerstand ist die Erscheinungsform, die das natürliche Recht annimmt, wo das natürliche Gesetz bereits in den bürgerlichen Staat geführt hat. In ihm ist es bewahrt und im *extremus necessitatis casus*, nur aber in diesem, zu seiner Entlassung bereit. Zugleich ist Skinner aber darin Recht zu geben, dass nach Hobbes die Freiheit erst vollends verloren ist, wo man in seiner äusseren Bewegung physisch gehindert wird.¹²⁸ Die sich daraus ergebende Ambivalenz scheint mir ihren Grund darin zu haben, dass bei Hobbes implizit ein mehrstufiges Freiheitskonzept vorliegt, in dem eine nur durch äussere Kräfte einzuschränkende Bewegungsfreiheit von einer sich vernünftig selbst beschränkenden Freiheit unterschieden ist. Darin sind nicht zwei Begriffe von Freiheit zu sehen, sondern zwei Stufen ihrer Einschränkung. Wenn die Freiheit der Bewegung und d.h. letztlich die Freiheit, jede Handlung zu vollziehen, äusserlich uneingeschränkt bleibt, ist damit eine gleichzeitige Einschränkung dieser Freiheit durch die eigene Vernunft nicht ausgeschlossen. Dass die Freiheit an der Vernunft ihr Mass zu nehmen hat, zeigt die den Rahmen der Physik überschreitende Freiheitsdefinition zu Beginn des 14. Kapitels des *Leviathan* deutlicher als die bereits zitierte des 21. Kapitels, die in diesem Rahmen verbleibt:

„Unter *Freiheit* versteht man nach der eigentlichen Bedeutung des Wortes die Abwesenheit äusserer Hindernisse. Diese Hindernisse können einem Menschen oftmals einen Teil seiner Macht wegnehmen, das zu tun, was er möchte, aber sie können ihn nicht daran hindern, die ihm verbliebene Macht so anzuwenden, wie es ihm sein Urteil und seine Vernunft gebieten.“¹²⁹

Wenn die äussere Bewegungsfreiheit auch solange nicht erlischt, wie der Körper nicht gegen den eigenen Willen in Ketten liegt, so steht sie doch stets unter dem Gebot der Vernunft, was eine zweckgerichtete Einschränkung bedeutet. Da der Freiheit von der Vernunft durch den Akt der Autorisierung und im Hinblick auf ihren naturgesetzlichen Zweck Grenzen auferlegt wurden, lässt der Hinweis auf eine äusserlich uneingeschränkte Bewegungsfreiheit meines Erachtens nicht den Schluss zu, dass Freiheit im bürgerlichen Staat als Ganzes ohne Abstriche vorliegt. Vielmehr wird in der Figur der Aufhebung deutlich, weshalb „der Akt unserer *Unterwerfung* [...] sowohl unsere *Verpflichtung* als auch unsere *Freiheit*“ enthalten kann, wie

¹²⁷ Vgl. Anm. 111.

¹²⁸ Vgl. Skinner: *Freiheit und Pflicht*, S. 97-101.

¹²⁹ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 99.

Hobbes es im 21. Kapitel des *Leviathan* formuliert.¹³⁰ Denn sie lässt verstehen, wie die Vernunft und das von ihr erstrebte bürgerliche Gesetz die natürliche Freiheit einschränkt, ohne sie als die Freiheit, sich im Notfall Bewegung zu verschaffen, vollends zu verdrängen.

Die These, dass Hobbes eine Naturrechtskonzeption entwickelt hat, in der die natürliche Verpflichtung der natürlichen Freiheit ihren Rahmen gibt, wurde in den letzten Absätzen der Freiheitsemphase Quentin Skinners entgegengesetzt. Da sich der strittige Punkt am Problem des Widerstandsrechts konkretisiert, fand damit bereits ein Übergang in die bürgerliche Sphäre statt. Diese stellt den Zielpunkt der Hobbesschen Naturrechtstheorie dar. Was sie auszeichnet, sind die Einsetzung eines Souveräns und die durch ihn erlassenen positiven Gesetze. In welchem Verhältnis diese zu den natürlichen Gesetzen stehen, gilt es für die Frage nach der Struktur der Hobbesschen Naturrechtslehre in einem letzten Schritt zu erwägen.

¹³⁰ Ebd., S. 168.

3.3 Natürliches und positives Gesetz

3.3.1 Natürliches und positives Gesetz in verschränktem Verhältnis

In der Verbindung des natürlichen Gesetzes mit dem natürlichen Recht liegt die Aufhebung des letzteren beschlossen. Sie bedeutet den Beginn des bürgerlichen Staates, da sich die Aufgabe des *ius in omnia* in dessen Übertragung auf den Souverän vollzieht. Um die Kontinuität zwischen dem Einzelnen des Naturzustands und der Gesellschaft des Staates zu begreifen, haben wir den personellen Charakter der den Übergang markierenden Rechtsübertragung stets gegenwärtig zu halten. Hobbes definiert den Staat als eine Person, „bei der sich jeder einzelne einer grossen Menge durch gegenseitigen Vertrag eines jeden mit jedem zum Autor ihrer Handlungen gemacht hat, zu dem Zweck, dass sie die Stärke und Hilfsmittel aller so, wie sie es für zweckmässig hält, für den Frieden und die gemeinsame Verteidigung einsetzt.“¹³¹ Weil das Handeln der Staatsperson über die Vertragshandlung jeder Person mit jeder autorisiert wird, liegt im staatlichen Handeln das Handeln aller und jedes Einzelnen.¹³²

Triebfeder, aus dem Naturzustand heraus- und einen Vertrag einzugehen, bildet die Einsicht, dass aufgrund der allgemeinmenschlichen Leidenschaften jedem ein Übergriff von allen droht und dass aufgrund der weitgehenden körperlichen, vor allem aber geistigen Gleichheit der Übergriff eines jeden für jeden eine Gefahr darstellt. Doch wurde deutlich, dass Leidenschaft nicht nur Ursache des Kriegszustands ist, sondern auch Grund seiner Überwindung. Die ständige und stets bewusste Angst vor dem Tod bildet den Stachel im Fleisch der Vernunft und fordert von ihr einen Ausweg, dessen Tor sich im allseitigen Kontrakt weist.¹³³ Das eindringlichste Bild für diese Ausgangslage sowie den Ausgang aus ihr hat Carl Schmitt gezeichnet: „Der Schrecken des Naturzustandes treibt die angsterfüllten Individuen zusammen; ihre Angst steigert sich aufs äusserste; ein Lichtfunke der *Ratio* blitzt auf – und plötzlich steht vor uns der neue Gott.“¹³⁴ Mit der Nennung des neu geschaffenen Gottes lässt Schmitt die eben zitierte Passage einer allseitigen Rechtsübertragung anklingen: „Dies ist die Erzeugung jenes grossen *Leviathan* oder besser, um es ehrerbietiger auszudrücken, jenes *sterblichen Gottes*, dem wir unter dem *unsterblichen Gott* unseren

¹³¹ Ebd., S. 134f.

¹³² Vor diesem Hintergrund hat Eric Voegelin hervorgehoben, dass die Person des Souveräns hinter der Gemeinschaft zurücktritt: „[D]ie vorher gestaltlose Vielzahl von Menschen wählt sich nicht einen Herrscher, sondern verbindet ihre Vielheit zu der Einheit einer Person; die Vielzahl wird zur Einheit des Commonwealth, indem sie sich einen Persönlichkeitsträger verschafft; das Commonwealth, nicht der gewählte Souverän, ist die Person, die von jetzt ab als Akteur der Geschichte auftritt.“ (Eric Voegelin: *Die politischen Religionen*, hg. und mit einem Nachwort versehen von Peter J. Opitz, München: Wilhelm Fink 1993, S. 44.)

¹³³ Vgl. dazu Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 94-98.

¹³⁴ Schmitt: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, S. 48.

Frieden und Schutz verdanken.“¹³⁵ Die Göttlichkeit des Leviathan ist dabei in säkularem Sinne als blosses Attribut seiner Allmacht zu verstehen. Nur „weil die Staatsgewalt allmächtig ist, hat sie göttlichen Charakter“, stellt Schmitt klar: „Ihre Allmacht aber ist ganz anderer als göttlicher Herkunft: sie ist Menschenwerk und kommt durch einen von Menschen eingegangenen ‚Vertrag‘ zustande.“¹³⁶ An der Attribuierung von Göttlichkeit hängt die gedankliche Beweisführung in keinerlei Hinsicht, denn mit dem Staatsvertrag wird ein nur irdischer Frieden bezweckt.¹³⁷ Nach dem natürlichen Gesetz, und also vernünftigerweise, liegt er im Interesse aller, doch wirken ihm natürliche Leidenschaften entgegen. Aufgabe des Staates ist es, diese Leidenschaften im Zaum zu halten und die Menschen zur Einhaltung der natürlichen Gesetze zu zwingen. Erreicht wird dies durch den Erlass bürgerlicher Gesetze, deren Einhaltung die Furcht vor Strafe garantieren kann.¹³⁸ Die Furcht, die aus dem Naturzustand drängt, garantiert im Staat die Möglichkeit seiner Erhaltung.

Noch eine weitere und wichtigere Verbindung zwischen natürlicher und bürgerlicher Sphäre ist zu verzeichnen. In den bisherigen Ausführungen tritt eine enge Verschränkung der beiden Gesetzestypen hervor, die Hobbes an späterer Stelle explizit formuliert: „Das Gesetz der Natur und das bürgerliche Gesetz schliessen sich gegenseitig ein und sind von gleichem Umfang.“¹³⁹ Einerseits ergehen die Regeln und Vorschriften der Vernunft als staatliche Befehle und werden dadurch zu bürgerlichen Gesetzen; aufgrund der hinzugewonnenen Positivität und der daran gebundenen Durchsetzbarkeit sind sie nun Gesetz im umfassendsten Sinne.¹⁴⁰ Andererseits fällt nach Hobbes das bürgerliche Gesetz unter die Anordnungen der

¹³⁵ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 134. Das titelgebende Wesen seines Hauptwerks nennt Hobbes nur an drei Stellen beim Namen. Nach einer Erwähnung in der Einleitung (S. 5) bleibt der Leviathan dem ersten, vom Menschen handelnden Teil fern und taucht erst zu Beginn des zweiten, den Staat behandelnden Teils an der ihm angemessenen Stelle auf (S. 134). Einen expliziten Bezug zur alttestamentarischen Quelle (Hiob 41, 24-25) stellt erst die dritte Passage her (S. 244). Eine Interpretation dieser drei Stellen, die den Leviathan als Entität zwischen grossem Menschen, grossem Tier, grosser Maschine und sterblichem Gott zeigen, gibt Schmitt: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, S. 29-32.

¹³⁶ Ebd., S. 50f. Eine mehr noch funktionalistische denn machttheoretische Analogie zwischen *deus immortalis* und *deus mortalis* zieht dagegen Henning Ottmann: „Und der Staat wird zum ‚sterblichen Gott‘, weil er die Todesfurcht in diesem Leben so beseitigt wie die Religion das ewige Leben für das Jenseits verheisst.“ Doch auch er sieht in Göttlichkeit und Omnipotenz des Souveräns „Säkularisate, Kopien göttlicher Allmacht und Schöpferkraft“, wengleich er der Theologie grössere Bedeutung einräumt und die Säkularisierung als unvollständig erachtet; Ottmann: „Thomas Hobbes: Widersprüche einer extremen Philosophie der Macht“, S. 86.

¹³⁷ Vgl. Schmitt: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, S. 50.

¹³⁸ Vgl. Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 131.

¹³⁹ Ebd., S. 205.

¹⁴⁰ Vgl. ebd. sowie ebd., S. 207, wo Hobbes deutlich macht, „dass das Gesetz ein Befehl ist und ein Befehl in der Erklärung oder Kundgebung des Willens des Befehlenden durch mündliche, schriftliche oder andere ausreichende Hinweise besteht“. Auch John Austins einflussreiche Definition sollte später die Gesetze als einen besonderen Typus von Befehlen behandeln, wobei die zur Durchsetzung notwendige Sanktionsmacht als Kriterium dient, Befehl und Wunsch zu scheiden; vgl. John Austin: *The Province of Jurisprudence Determined*, London: Weidenfeld and Nicolson 1955, S. 13-16, 24-26 und 192-195. Eben solche an Sanktion geknüpfte Befehlsmacht leitet als Wesen des Staates den zweiten Teil des *Leviathan* ein; vgl. Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 131 und 134f. Vor solchem Hintergrund sieht Wolfgang Kersting in Hobbes zu Recht den „Begründer der Befehls- oder Imperativentheorie des Rechts“; Kersting: *Thomas Hobbes zur Einführung*, S. 181.

Natur. Denn jeder Untertan eines Staates hat sich zur Beachtung des bürgerlichen Gesetzes vertraglich verpflichtet; die Einhaltung von Verträgen aber bildet das dritte natürliche Gesetz (*pacta sunt servanda*), weshalb der Gehorsam gegen das bürgerliche Gesetz auf dem natürlichen gründet und von diesem erfasst wird.¹⁴¹ Dass sich das vom Souverän erlassene positive Gesetz in den Bereich des natürlichen Gesetzes fügt, lässt sich innerhalb der Hobbesschen Konzeption zugleich auch daher erklären, dass der Souverän, der den vernunftmässigen Frieden garantiert, indem er bürgerliche Gesetze erlässt, vom natürlichen Gesetz geboten und ihm deshalb samt seiner ausgegebenen Gesetze zugehörig ist. Vor diesem Hintergrund erstaunt wenig, dass Hobbes die Verschränkung von natürlichem und bürgerlichem Gesetz bis an den Rand der Identität denkt:

„Bürgerliches und natürliches Gesetz sind keine verschiedenen Arten, sondern verschiedene Teile des Gesetzes, wobei der eine – geschriebene – Teil bürgerlich, der andere – ungeschriebene – natürlich genannt wird. Aber das natürliche Recht, das heisst die natürliche Freiheit des Menschen, kann vom bürgerlichen Gesetz beschnitten und eingeschränkt werden: ja, der Zweck des Erlasses von Gesetzen ist kein anderer als eine solche Einschränkung, ohne die kein Friede möglich ist. Und auf der Welt wurden Gesetze zu nichts anderem eingeführt als um die natürliche Freiheit der Einzelmenschen dergestalt zu begrenzen, damit sie sich nicht gegenseitig schaden, sondern beistehen und sich gegen einen gemeinsamen Feind zusammenschliessen.“¹⁴²

Ausgehend von der hier beschriebenen engen Verschränkung von bürgerlichem und natürlichem Gesetz liesse sich erneut der Vorrang des natürlichen Gesetzes vor dem natürlichen Recht erweisen. Denn schliessen sich die beiden Gesetze gegenseitig ein, so stehen sie gemeinsam der Freiheit des natürlichen Rechts als Schranke entgegen. Allerdings wurde am Ende von Kapitel 3.1 ein Vorrang des natürlichen vor dem bürgerlichen Gesetz behauptet, was zum hier beschriebenen gegenseitigen Einschluss in Spannung steht. Das Verhältnis der beiden Gesetzestypen gilt es deshalb genauer zu prüfen und auf allfällige Hierarchien hin zu befragen.

Klar ist, dass natürliches Gesetz und bürgerliches Gesetz – gerade wie natürliches Gesetz und natürliches Recht – in ihrer Funktionsäquivalenz ein Gemeinsames haben: Alle stehen sie unter dem Zeichen, Selbsterhaltung zu fördern und Frieden zu ermöglichen. Diesen Frieden zu stiften, leitet das natürliche Gesetz an, ihn faktisch durchzusetzen und zu sichern, kommt dem bürgerlichen Gesetz und seiner Strafverfolgung zu. Dient das bürgerliche Gesetz dem natürlichen als Mittel seiner Umsetzung, liegt es nahe, in dieser Dienstbarkeit eine allgemeine Unterordnung zu vermuten. Nur wenige Seiten nach der zuletzt zitierten Stelle erhärtet sich die Vermutung einer solchen Hierarchie in der Feststellung, dass „es aber weder einen untergeordneten noch einen souveränen Richter gibt, der sich nicht in seinem Urteil über die

¹⁴¹ Vgl. Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 205 und 110f.

¹⁴² Ebd., S. 205f.

Billigkeit irren könnte“.¹⁴³ Diesem Kriterium der Billigkeit untersteht der Souverän und mit ihm das gesamte bürgerliche Gesetzeswesen, das seinem Handeln entspringt. Indem der Souverän vertraglich von allen Untertanen zu jeder beliebigen Handlung autorisiert wurde, steht Ungerechtigkeit als „die Nichterfüllung eines Vertrages“¹⁴⁴ zwar ausserhalb seiner Möglichkeit, eines Verstosses gegen die Billigkeit kann er sich hingegen jederzeit schuldig machen: „Es ist richtig, dass die Inhaber souveräner Gewalt unbillige Handlungen begehen können, nicht aber Ungerechtigkeit oder Unrecht im eigentlichen Sinn.“¹⁴⁵

Eine Unterordnung des bürgerlichen unter das natürliche Gesetz besteht deshalb, weil die souveräne Gesetzestätigkeit der Billigkeit untersteht, Billigkeit aber dem natürlichen Gesetz zugehört: Der Billigkeit bleibt ein Souverän ebenso unterworfen „wie einer der Geringsten aus seinem Volk, da sie eine Vorschrift des natürlichen Gesetzes ist.“¹⁴⁶ Als elftes der sechzehn konkret formulierten natürlichen Gesetze meint Billigkeit eine richterliche Gleichbehandlung streitender Parteien im Sinne der „Beachtung des Gesetzes von der gleichmässigen Verteilung dessen, was jedermann vernünftigerweise zusteht“.¹⁴⁷ Sie wird, wie Hobbes bemerkt, „ungenau“ auch als austeilende Gerechtigkeit bezeichnet, weil sie im Akt des Schiedsrichters besteht, das Gerechte zu definieren und zuzuteilen.¹⁴⁸ Ein „*richtiges Verständnis* des grundlegenden Gesetzes der Natur, das man *Billigkeit* nennt“, führt Hobbes als erste der Eigenschaften an, über die ein guter Gesetzesinterpret verfügen sollte.¹⁴⁹ Jeder Richter ist angehalten, „aus den Grundsätzen seiner eigenen natürlichen Vernunft zu erforschen, was in dem Fall, über den er zu urteilen hat, Billigkeit ist.“¹⁵⁰ Dass dabei nicht nur der Sachverhalt und die Vernunft, sondern auch geschriebene Gesetze heranzuziehen sind, steht dieser Forderung keineswegs entgegen. Indem an ihnen der buchstäbliche Wortlaut vom gemeinten Sinn unterschieden wird, bilden die bürgerlichen Gesetze den eigentlichen

¹⁴³ Ebd., S. 212.

¹⁴⁴ Zur Definition von Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit als Erfüllung bzw. Nichterfüllung eines Vertrags vgl. ebd., S. 110.

¹⁴⁵ Ebd., S. 139.

¹⁴⁶ Ebd., S. 262.

¹⁴⁷ Ebd., S. 119; vgl. auch ebd., S. 115f., wo Hobbes Billigkeit als richterliches Verhalten bestimmt, jedem das Seine zuzuteilen. Es mag verwirrend anmuten, dass Hobbes auch die Vertragsgerechtigkeit anhand der Digesten-Formel „*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*“ erläutert (vgl. ebd., S. 110 sowie ebd., S. 205). Doch wird in diesem Fall das Seine als ein Eigenes im Sinne von Eigentum verstanden, das erst mit dem über Vertragseinhaltung wachenden Staat entstehen kann. Soll die Struktur der Hobbesschen Naturgesetze nicht voreilig zum Einsturz gebracht werden, gilt es dieses staatlich gesicherte materielle Eigene von der ideellen Urteilsfähigkeit des Richters, und damit Vertragsgerechtigkeit von Billigkeit, zu trennen.

¹⁴⁸ Vgl. ebd., S. 115f. Die Bezeichnung „ausgleichende Gerechtigkeit“ lehnt Hobbes in diesem Zusammenhang zum einen deshalb als ungenau ab, weil er die auf Aristoteles zurückgehende Unterscheidung zwischen ausgleichender und austeilender Gerechtigkeit für unglücklich hält, zum anderen wohl aber auch deswegen, weil Gerechtigkeit nach dem dritten natürlichen Gesetz die Einhaltung abgeschlossener Verträge meint, womit das Phänomen der Billigkeit, wie Hobbes es versteht, gerade nicht getroffen ist.

¹⁴⁹ Ebd., S. 216. Die englische Formulierung lautet „*A right understanding of that principall Law of Nature called Equity*“; vgl. ders.: *Leviathan*, 1943, S. 217. Die lateinische Fassung setzt entsprechend jeweils *aequitas*.

¹⁵⁰ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 213.

Entfaltungsort der Billigkeit. Mag der Buchstabe aufgrund semantischer Unschärfen in verschiedene Richtungen weisen, bleibt der Sinn des Gesetzes eindeutig und Hobbes sucht nachzuweisen, weshalb dieser Sinn in Richtung Billigkeit zu denken ist: „Nun nimmt man immer an, die Absicht des Gesetzgebers sei Billigkeit, denn es wäre eine grosse Beleidigung, wenn ein Richter vom Souverän anders dächte.“¹⁵¹ Wo der Wortlaut des Gesetzes keinen vernünftigen Urteilsspruch zulässt, hat ihn der Richter deshalb durch das natürliche Gesetz zu ergänzen.¹⁵²

Wenn Christoph Menke vorschlägt, „Billigkeit (als Übersetzung von *epieikeia*) als die Tugend, genereller: als die Haltung angemessener Gesetzesanwendung zu verstehen“ und damit das Streben meint, die formale Allgemeinheit des Gesetzes an den konkreten Fall anzupassen, so ist dem im Hinblick auf den Hobbesschen Billigkeitsbegriff grundsätzlich zuzustimmen und allenfalls hinzuzufügen, dass das natürliche Gesetz in seiner Gesamtheit die Richtschnur dieser Anpassung gibt.¹⁵³ Denn am ehesten lässt sich das Phänomen der Billigkeit, wie es bei Hobbes aufscheint, als das Postulat verstehen, das bürgerliche Gesetzeswesen in stetem Einklang mit den natürlichen Vernunftgesetzen zu gestalten: Billigkeit heisst, das bürgerliche Gesetz gemäss dem natürlichen anzuwenden und mehr noch: es, wenn auch allmählich nur, zum natürlichen umzuwenden. Eine solche Definition würde auch erklären, weshalb Hobbes den Begriff der natürlichen Billigkeit mit den Begriffen der natürlichen Vernunft und des natürlichen Gesetzes in äusserste Engführung bringt.¹⁵⁴

Einen Vorrang entfaltet das natürliche Gesetz der Billigkeit dadurch, dass Setzung und Anwendung des bürgerlichen Gesetzes in ihm – und d.h. nach obigen Ausführungen: in den natürlichen Gesetzen im Allgemeinen – ihr inhaltliches Mass finden. Wo sie dies nicht tun, werden ihrer Geltung Grenzen gesetzt. Wird durch den Souverän oder in seiner Ermächtigung ein Urteil gefällt, das den geltenden bürgerlichen Gesetzen widerspricht, erfahren diese, da sie veränderlich sind, eine Revision; ein Urteil, das den natürlichen Gesetzen widerspricht, vermag sich dagegen nicht als Gesetz zu etablieren:

„Denn obwohl ein falsches Urteil, falls es in Kenntnis und mit Erlaubnis des Souveräns kraft dessen Autorität gefällt wird, bei veränderlichen Gesetzen den Erlass eines neuen Gesetzes für die Fälle bedeuten mag, bei denen jeder kleine Umstand gleichgeartet ist, so sind dennoch

¹⁵¹ Ebd., S. 215.

¹⁵² Vgl. ebd. Während Hobbes die aristotelische Tugendlehre im Allgemeinen einer entschiedenen Kritik unterzieht, hält er sich an dieser Stelle eng an die Beschreibung des Phänomens der Billigkeit (ἐπιεικεία) bei Aristoteles. Im fünften Buch der *Nikomachischen Ethik*, das sich den Formen der Gerechtigkeit widmet, charakterisiert Aristoteles das Billige (τὸ ἐπιεικές) als ein Gerechtes, das nicht nach dem Gesetz geht, sondern als Berichtigung des gesetzlich Gerechten fungiert („τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον μὲν ἔστιν, οὐ τὸ κατὰ νόμον δέ, ἀλλ' ἐπανόρθωμα νομίμου δίκαιου“); Aristoteles: *Nikomachische Ethik*, 1137 b.

¹⁵³ Vgl. Christoph Menke: *Spiegelungen der Gleichheit* (Polis, Bd. 2), Berlin: Akademie Verlag 2000, S. 175.

¹⁵⁴ Vgl. dazu Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 209-213, insbesondere aber die Formulierung auf S. 210: „nach dem natürlichen Gesetz, das heisst nach allgemeinen Billigkeitsgrundsätzen“.

falsche Urteile bei unveränderlichen Gesetzen wie den natürlichen für den gleichen oder einen anderen Richter in allen späteren gleichgearteten Fällen nicht Gesetz.“¹⁵⁵

Die Einschränkung „in allen *späteren* [Hervorhebung J.H.] gleichgearteten Fällen“ zeigt nun aber, dass der Spruch, wenn er auch in Zukunft nicht als Gesetz gelten kann, für dieses Mal als verbindlich zu nehmen ist. Denn die jeweilige richterliche Entscheidung gilt als „eine ausreichende Verwirklichung des natürlichen Gesetzes in diesem individuellen Fall“, selbst wo ein Betroffener meint, ihm sei „nach dem natürlichen Gesetz, das heisst nach allgemeinen Billigkeitsgrundsätzen, ein Unrecht geschehen“.¹⁵⁶

Man mag sich fragen, weshalb diese Verwirklichung ausreichend sei. Mir scheint die Antwort im Hinweis auf den Souverän zu liegen: Das Urteil stellt eine Auslegung des natürlichen Gesetzes kraft souveräner Autorität dar, wodurch es selbst zum Urteil des Souveräns wird, „das in diesem Augenblick für die klagenden Parteien Gesetz ist.“¹⁵⁷ Vom Souverän wissen wir zum einen, dass seine Einsetzung vom natürlichen Gesetz aus Gründen der Rechtssicherheit geboten ist, zum anderen bemerkt Hobbes an wenig entfernter Stelle, dass man für die Person des Staates zunächst anzunehmen habe, dass seine Worte und Handlungen „immer mit der Billigkeit und der Vernunft übereinstimmen.“¹⁵⁸ Der Zusammenhang dieser Feststellungen, welche beide die Naturgesetzlichkeit des Souveräns erweisen wollen, ist leicht zu finden. Denn gerade die im Hinblick auf ihn geübte Vernunftvermutung vermag der friedensnotwendigen Rechtssicherheit Vorschub zu leisten, indem sie den Zweifel an der Richtigkeit seines Urteils aufschiebt. Die ausreichende Verwirklichung des natürlichen Gesetzes ist demnach dadurch garantiert, dass eine souveräne Entscheidung dem natürlichen Gesetz mittelbar auch dort entspricht, wo sie ihm unmittelbar zuwiderläuft.

Das verschränkte Verhältnis der beiden Gesetzestypen gewinnt vor dem Hintergrund dieser Beobachtungen der souveränen Gesetzestätigkeit feinere Umrisse: In seinen bürgerlichen Erlassen und Urteilen hat der Souverän *prinzipiell* das Nachsehen hinter dem natürlichen Gesetz. Zugleich erzielt er *aktuell* auch mit einer falschen Auslegung des natürlichen Gesetzes eine ausreichende Verwirklichung desselben, da sein Urteil die Rechtssicherheit erhält, während die Absenz eines verbindlichen Entscheids unweigerlich in ein neues *bellum omnium in omnes* münden müsste. Oder anders formuliert: Angesichts der

¹⁵⁵ Ebd., S. 212. Wenn Wolfgang Kersting im Hinblick auf das gesetzliche Interpretations- und Definitionsmonopol des Souveräns das Hobbessche Letztinstanzlichkeitsargument als „antinaturrechtlich“ bezeichnet, da es den Souverän nicht an vertragliche Übereinkünfte und naturrechtliche Gerechtigkeitsnormen binde, trägt er meines Erachtens der Bedeutung der Billigkeit an dieser Stelle nicht genügend Rechnung; vgl. dazu Kersting: *Hobbes zur Einführung*, S. 190f.

¹⁵⁶ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 210.

¹⁵⁷ Ebd., S. 212.

¹⁵⁸ Ebd., S. 209.

souveränen Fehlbarkeit in Billigkeitsdingen ermöglicht das *in dubio pro rege* zwar eine Verwirklichung des natürlichen Gesetzes in Form der Erfüllung seiner rechtssichernden Funktion, dies aber unter völligem Absehen von seinen *prinzipiellen*, sich nach den Grundsätzen der Billigkeit richtenden Inhalten. Gerade aufgrund dieses Defizits wird eine nur *aktuelle* Geltung zugestanden, was in den Formulierungen „in diesem individuellen Fall“ bzw. „in diesem Augenblick“ hinreichend deutlich wird.

Wenn die natürlichen Gesetze auch im bürgerlichen Staat gelten, so lassen sich die beiden Gesetzestypen nicht primär über den Ort, sondern die Art ihrer Geltung unterscheiden. Die beiden in Kapitel 3.2.1 erst vorläufig umrissenen Typen von Geltung können an dieser Stelle präziser gefasst und in ihrer Hierarchisierung bestimmt werden. Dem aufgrund seiner vom Souverän bescheinigten Positivität geltenden Gesetz gebührt ein Vorrang, den ich den faktischen Vorrang der *Aktualität* nenne. Dem unmittelbar von der Vernunft her zu verstehenden und von ihr her geltenden Gesetz, mag es positiv sein oder nicht, kommt ein Vorrang zu, den ich als idealen Vorrang der *Prinzipialität* bezeichne. Der Geltungsbegriff, wie er der Hobbesschen Argumentation zugrunde liegt, ist damit *ambivalent* im wörtlichsten Sinne. Vernünftiges wie positives Gesetz: *ambo valent* – beide gelten sie aufgrund einer je eigenen Vorrangigkeit.

Dennoch erweist sich die Ende Kapitel 3.1 behauptete Höherstellung des natürlichen Gesetzes in dreierlei Hinsicht. Erstens hat sich in der Analyse des Gefüges von natürlichem Gesetz und natürlichem Recht bestätigt, dass die naturgesetzliche Selbsterhaltungspflicht zum Bruch des bürgerlichen Gesetzes berechtigt. Dabei wird im Ausnahmefall der Existenzbedrohung das im natürlichen Gesetz aufgehobene natürliche Recht als ein Recht auf Widerstand entäussert. Wo das Mittel der Rechtssicherheit mit dem Zweck der Selbsterhaltung in direkten Konflikt gerät, gilt es letzterem sein Recht zu verschaffen und unter allen möglichen Mitteln das neuerdings vernünftige zu wählen.

Zweitens ergibt sich die Vorrangigkeit des natürlichen Gesetzes vor dem bürgerlichen nicht nur in solch allerdringlichster Aktualität, sondern auch in der umgekehrten Richtung als zuwartender Vorbehalt unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit. Dieser Vorrang besteht darin, dass das natürliche Vernunftgesetz prinzipiell auch dann gilt, wenn es aktuell nicht gilt, kurz darin, dass es in der ihm eigenen Geltungsweise nie zu gelten aufhört und deshalb zu Recht ewig heisst. Das aktuell geltende Gesetz hingegen, selbst wenn es sich zuweilen oder gar auf alle Zeit faktisch gegenüber dem natürlichen Vernunftgesetz durchsetzen sollte, kann in seiner Spezifität grundsätzlich jederzeit vollends vernichtet und ersetzt werden – ein Potential, das sich mit Blick auf die partikulare Temporalität und Lokalität gesetzter Rechtsordnungen häufig genug aktualisiert.

Drittens wird die Geltungsweise der Positivität deshalb zweitrangig, weil sie keine Autarkie behaupten kann, sondern eines prinzipiellen Vorschusses bedarf, ohne den sie faktisch nicht wirksam wird. Der Vorschuss, den die positive Geltung aus der Prinzipialität bezieht, liegt im erwähnten *pacta sunt servanda*. Ohne das dem natürlichen Gesetz geschuldete Axiom, dass Verträge und somit auch die über den Staatsvertrag legitimierten bürgerlichen Gesetze einzuhalten sind, entbehrt jede positive Rechtsordnung ihrer Grundlage, wird bodenlos und in ihrer Geltung nichtig.¹⁵⁹ Freilich vermag die souveräne Gewalt Gesetzesverstöße Einzelner zu ahnden und durch ihre Sanktionen weiteren Übertretungen vorzubeugen, dies allerdings nur insoweit, als die Konformität der Mehrzahl gewahrt bleibt. Andernfalls verliert die Zwangsgewalt ihre Zwangskraft, da die von ihr geschürte Angst vor Bestrafung nicht hinreicht, die Vertragserfüllung zu garantieren. Wo dies eintritt, sind die Parteien von der Vertragspflicht suspendiert. Damit zerfiele der vertragsbasierte Staat und was bliebe, ist Krieg: „Die Verpflichtung der Untertanen gegen den Souverän dauert nur so lange, wie er sie auf Grund seiner Macht schützen kann, und nicht länger.“¹⁶⁰ Wollte man einwenden, dass das *pacta sunt servanda* hinfällig wird, wo die Macht des Staates nur gross genug ist, sämtliche Vergehen zu verfolgen und die Furcht durch allerlei Repressalien aufrecht zu erhalten, muss entgegnet werden, dass sich diese Macht ihrerseits vertraglich ergeben hat, indem sie auf ein grundlegendes *pactum omnium cum omnibus* zurückgeht, das in der Übereinkunft zur Rechtsübertragung auf die Person des Souveräns besteht: Verträge einzuhalten, gebietet eine Macht, die nicht auf Macht, sondern auf Vertrag beruht.¹⁶¹

¹⁵⁹ Kersting unterscheidet bei Hobbes eine analytische Bestimmung der Gerechtigkeit als Gesetzesgehorsam von einer zweiten, kommutativ-kontraktuellen Bestimmung der Gerechtigkeit als Einhaltung von Verträgen. Da Hobbes aber die Gehorsamspflicht gegen die Gesetze dadurch begründet, dass sich jeder Untertan zu ihrer Einhaltung vertraglich verpflichtet hat, scheint mir diese Unterscheidung hinfällig und eine Bestimmung von Gerechtigkeit als Vertragseinhaltung ausreichend; vgl. dazu Kersting: *Thomas Hobbes zur Einführung*, S. 195-197 sowie Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 205.

¹⁶⁰ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 171.

¹⁶¹ Dass Hobbes' vertragstheoretische Begründung zirkulär verläuft, indem die staatliche Gewalt als Garant und zugleich als Inhalt des Vertrags erscheint, stellt auch Otfried Höffe heraus; vgl. Otfried Höffe: „Widersprüche im Leviathan: Zum Gelingen und Versagen der Hobbesschen Staatsbegründung“, in: ders. (Hg.): *Thomas Hobbes: Anthropologie und Staatsphilosophie*, Freiburg Schweiz: Universitätsverlag 1981, S. 113-142, 129.

3.3.2 Das Unbehagen an der Struktur und die Verlockungen des Positivismus

Die Verschränkung zwischen natürlichem und bürgerlichem Gesetz hat sich im letzten Kapitel daran gezeigt, dass das natürliche Gesetz eine Gesetzlichkeit im vollen Sinne erst über seine Erlassung in bürgerlichen Gesetzen erlangt, während der Gehorsam gegen das bürgerliche Gesetz auf dem dritten Naturgesetz des *pacta sunt servanda* beruht. Der Schein einer Gleichrangigkeit der beiden Gesetzestypen wurde dadurch aufgelöst, dass das natürliche Gesetz eine Geltung vorweisen kann, die unabhängig von der bürgerlichen Gesetzeslage besteht und an der letztere aus Billigkeitszwängen auf längere Sicht ihr Mass zu nehmen hat. Das bürgerliche Gesetz bleibt hingegen in seiner Geltung in jeder Hinsicht vom Gebot der Vertragseinhaltung abhängig, zumal dieses dem bürgerlichen Staat, dem das positive Gesetz zugehört, insgesamt zugrunde liegt. Der staatskonstituierende Vertrag erfährt auf diese Weise eine doppelte naturgesetzliche Fundierung, indem einerseits *sein Eingehen* vom natürlichen Gesetz in toto geboten, andererseits *sein Einhalten* vom dritten natürlichen Gesetz gefordert wird.

Die Vorrangigkeit des natürlichen vor dem bürgerlichen Gesetz ist damit ebenso erwiesen wie die Vorrangigkeit des natürlichen Gesetzes vor dem natürlichen Recht; am natürlichen Gesetz erhält sowohl der Souverän, da nur hinsichtlich der bürgerlichen Gesetze *legibus solutus*, als auch das zur Selbsterhaltung nicht nur berechnete, sondern verpflichtete Individuum seine Schranke. Weil eine Naturrechtslehre nur vorliegt, wo eine nicht allein aus Positivitätsgründen geltende Verpflichtung den Massstab abgibt, ist es allein diese Vorrangigkeit, die in der Hobbesschen Lehre vom Naturgesetz eine Naturrechtslehre sehen lässt. Eine Höherwertung der Freiheit des Rechts vor jeder Verpflichtung, wie sie von Strauss und Skinner vorgeschlagen wird, müsste dagegen zum Urteil führen, dass wir bei Hobbes keine Naturrechtslehre im eigentlichen Sinne finden.

Doch gerade in der Art, in der das Naturgesetz seinen Vorrang ausspielt, meldet sich ein Unbehagen an seiner Struktur, das die Zuflucht zu einer positivistischen Position nahe legen mag. Der erste Vorrang, der im Recht auf Widerstand besteht, bereitet dabei keine Schwierigkeiten. In ihm wird das Gesetz der Selbsterhaltung in einer Weise durchgängig, die sämtliche Forderungen der Staatstreue hinter dem freigesetzten *ius in omnia* vollends zurückstellt und einen Ausgang aus dem Zustand des Staates in Kauf nimmt. Problematisch hingegen wird der Vorrang dort, wo er sich jenseits des Notfalls und innerhalb des Staatsgefüges zu behaupten sucht, d.h. eben da, wo die Hobbessche Konzeption, die den Naturzustand als einen zu überwindenden ausweist, mit ihren vernünftig einsehbaren Naturgesetzen hinzielt. Denn innerhalb der Staatlichkeit ergibt sich eine bemerkenswerte Reibung zwischen der zweiten Art des Vorrangs, die in der Billigkeit besteht, und der dritten

Art, die auf das Gebot der Vertragseinhaltung abstellt: Das elfte natürliche Gesetz der Billigkeit, das der Positivität ihre Richtung vorgibt, läuft stets gegen das dritte natürliche Gesetz des schlichten *pacta sunt servanda*, auf dem der Staat samt der in ihm wirksamen Positivität beruht. Die Konkurrenz von Mittel und Zweck des Friedens, von Aktualität und Prinzipialität, erwächst somit nicht erst in einer Konfrontation von bürgerlicher Staatlichkeit und natürlichem Gesetz, sondern hat ihre Wurzel innerhalb der Struktur der natürlichen Gesetze selbst. Denn im Gebot der Vertragseinhaltung findet sich das rechtssichernde Element, mit dem das bürgerliche Gesetz zu seiner Stütze und in dieser Stütze zu seiner Zweitrangigkeit gelangt.

Im Gegensatz zum Fall der Ausnahme, in dem Selbsterhaltung allein durch Widerstand gegen den rechtssichernden Staat gelingt, kann sofortige Durchsetzung dem Anspruch der Billigkeit nicht gerecht werden, da sie, die das bürgerliche Gesetzeswesen in stetem Einklang mit den natürlichen Vernunftgesetzen zu gestalten fordert, auf den Staat als ihren eigentlichen Entfaltungsraum angewiesen bleibt. Dass das *pacta sunt servanda* seinerseits an der Billigkeit seine prinzipielle Schranke findet, wurde hinreichend dargelegt. Die Oszillation zwischen Rechtssicherheit als positivistischem Kernelement auf der einen Seite und naturgesetzlicher Zweckgerichtetheit auf der andern ist gleichsam in die Struktur der natürlichen Gesetze hineinverlegt und strahlt von hier auf das Verhältnis von bürgerlichem und natürlichem Gesetz aus.

Die potentielle Gegenläufigkeit des in der Rechtssicherheit bestehenden Mittels und des im Frieden bestehenden Zwecks scheint mir innerhalb des natürlichen Gesetzes deshalb nicht auflösbar, weil Zweck und Mittel sich nicht ohne Weiteres trennen lassen. Denn Hobbes sieht angesichts der zugrunde gelegten Anthropologie für den Zweck nur ein einziges Mittel: den Staat, der auf Rechtssicherheit nicht verzichten kann, weil er schlechterdings um ihretwillen besteht. Das Mittel rückt damit nahe an den Zweck und in der Tat scheint in der Rechtssicherheit solange der Zweck selbst zu liegen, als es nicht zum Härtefall der Existenzgefährdung kommt. Der Zweck rückt aber auch nahe an das Mittel, denn Billigkeit soll verhindern, dass die Menschen ihr Vertrauen in die Gerichte verlieren und den rechtssichernden Staat gefährden, indem sie ihren Streit auf eigene Hand ausfechten, was in den kriegerischen Naturzustand führen muss.¹⁶²

Mir scheint, dass diese Verstricktheit von Mittel und Zweck, von klassisch positivistischen und klassisch naturrechtlichen Elementen, sich auch in der Auseinandersetzung mit Hobbes als Ambivalenz niederschlägt. In einem Aufsatz zur Frage nach dem Rechtspositivismus bei Hobbes hält Otfried Höffe zunächst fest, dass die Aufgabe, zu der die Staatsmacht verpflichtet

¹⁶² Vgl. Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 119.

sei, deren Reichweite einschränke, weshalb Legitimation mit Limitation einhergehe: „Der Souverän besitzt also einen wohlbestimmten Auftrag und keine *carte blanche*.“¹⁶³ Unter dem Hinweis, dass der Souverän über vertraglich uneingeschränkte Autorisierung verfüge, werden am Ende des Aufsatzes Rechtslegitimation und Rechtslimitation hingegen nur mehr locker verknüpft, während *carte blanche* und wohlbestimmter Auftrag nicht mehr als Alternative, sondern kombiniert auftreten: „An keinerlei Vorgaben gebunden, erhält die oberste Staatsgewalt eine Blankovollmacht, die aber, wie gesagt, den Zweck, um dessentwillen die Staatsgewalt und ihre Gesetze eingerichtet werden, garantiert.“¹⁶⁴ Das einer *contradictio in adjecto* nahe stehende Bild einer letztlich doch eingeschränkten Blankovollmacht bringt den Widerstreit innerhalb der Hobbesschen Naturgesetze recht treffend zum Ausdruck. Freilich fasst Höffe diesen Widerstreit nicht als innernaturgesetzlich determinierte Angelegenheit, sondern mehr als Sache zwischen Naturgesetz auf der einen und Absolutismus auf der anderen Seite.¹⁶⁵ Die Tatsache, dass Hobbes mit dem Begriff eines limitierend wirkenden natürlichen Gesetzes in der Tradition der überpositiven Rechts- und Staatskritik verbleibt, gilt ihm deshalb als hinreichender Anlass, die Positivismusthese für Hobbes mehr zu verwerfen als anzunehmen: „Hobbes ist nicht in dem Sinn Ahnherr des neuzeitlichen Rechtspositivismus, dass er sich jener überpositiven Rechts- und Staatskritik widersetzt, die – zunächst unter dem Titel ‚göttliches Gesetz‘, später als ‚Naturgesetz‘ oder ‚Naturrecht‘ und neuerdings als ‚Gerechtigkeit‘ – über Jahrhunderte das Abendland bestimmt.“¹⁶⁶ Dass Höffe positivistische Tendenzen nicht leugnen möchte, wird in seiner Angabe deutlich, dass er für die Titelthese des Aufsatzes „Sed autoritas, non veritas, facit legem“, die sich im 26. Kapitel des *Leviathan* findet, „eine nichtpositivistische, zumindest nicht rein positivistische Interpretation“ sucht.¹⁶⁷

Dieselbe Ambivalenz findet sich bei Wolfgang Kersting. In Anbetracht der Letztinstanzlichkeit des Souveräns spricht er dem *Leviathan* zunächst jede naturrechtliche Herrschaftslimitierung ab¹⁶⁸, ergänzt später aber, dass die Herrschaftsausübung

¹⁶³ Höffe: „Sed autoritas, non veritas, facit legem“, S. 202.

¹⁶⁴ Ebd., S. 210.

¹⁶⁵ Vgl. ebd., S. 206.

¹⁶⁶ Ebd., S. 202.

¹⁶⁷ Ebd., S. 193. Ein bemerkenswertes Argument, weshalb Hobbes nicht rechtspositivistisch auszulegen sei, hat Mark C. Murphy vorgebracht. Murphy bestreitet die Möglichkeit eines Konflikts zwischen natürlichem und bürgerlichem Gesetz, weil alles, was die Selbsterhaltung unmittelbar gefährdet, vertraglich nicht veräußert werden kann und folglich nicht in den Status eines bürgerlichen Gesetzes gelangt. Da auf diese Weise das bürgerliche Gesetz mit dem natürlichen in Einklang steht, liegt Hobbes' Konzeption nach Murphy einem naturgesetzlichen Verständnis der bürgerlichen Gesetze deutlich näher als dem Rechtspositivismus. (Vgl. Mark C. Murphy: „Was Hobbes a Legal Positivist?“, in: *Ethics*, Vol. 105 No. 4 (1995), S. 846-873, 849-858.) Murphys Argument betrifft allerdings nur den ersten Vorrang des Widerstands, nicht aber die Zweck-Mittel-Kollision des zweiten und dritten Vorrangs, die erneut vor die rechtspositivistische Frage führt.

¹⁶⁸ Vgl. Kersting: *Thomas Hobbes zur Einführung*, S. 181, 185, 190 und 193f.; ferner auch ders.: „Einleitung: Die Begründung der politischen Philosophie der Neuzeit im *Leviathan*“, in: ders. (Hg.): *Thomas Hobbes*:

funktionalistisch eingeschränkt sei, indem sie sich an den Zweck knüpfe, die Sicherheit der Untertanen zu garantieren und die natürlichen Gesetze einer bürgerlichen Verrechtlichung zuzuführen¹⁶⁹. In diesem Zweck schlummert nach Kersting „sicherlich beträchtliches herrschaftslimitatives Potential“.¹⁷⁰ Wenn Kersting zuweilen auch von einer „antinaturrechtlich“ verfahrenen Argumentation oder von der „naturrechtsfreien Welt Hobbes“ spricht¹⁷¹, so sieht er den von Hobbes konzipierten friedensstiftenden Staat dennoch „als Ort der Verwirklichung der natürlichen Gerechtigkeit“¹⁷². Dass Hobbes nicht unter die Rechtspositivisten falle, wiederholt er mehrfach und ausdrücklich.¹⁷³ Dass er damit seine frühere Ansicht korrigiert, ist hingegen als Hinweis zu nehmen, dass Hobbes' Ambivalenz durchaus zu einer solchen Annahme verleitet.¹⁷⁴

So legt in Anlehnung an Leo Strauss auch der Politikwissenschaftler Iring Fetscher dar, dass Hobbes den Anfang einer Entwicklung bildet, „an deren Ende der prinzipienlose Rechtspositivismus und der seelenlose wertneutrale, unmenschliche moderne Staat steht.“¹⁷⁵ H. L. A. Hart wie Carl Schmitt behandeln Hobbes in einer Reihe mit den Positivisten Jeremy Bentham und John Austin.¹⁷⁶ M. M. Goldsmith stellt zwar Unterschiede zu Austin heraus, rechnet Hobbes aber aufgrund einer Imperativtheorie, welche die Gesetze als Befehl eines uneingeschränkten Souveräns zeige, dem Positivismus zu.¹⁷⁷ Sein Urteil könnte eindeutiger nicht ausfallen: „Hobbes is not only a command theorist but also a legal positivist.“¹⁷⁸ Die Argumente von Fetscher, Hart, Schmitt und Goldsmith lassen sich über einen Nachweis der Zweckgebundenheit souveräner Herrschaft entkräften, wie ihn die Analysen von Höffe und Kersting erbringen. Eine Ambivalenz zwischen Naturgesetz und Absolutismus bleibt bei

Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates (Klassiker Auslegen, Bd. 5), 2., bearb. Aufl., Berlin: Akademie Verlag 2008, S. 9-24, 22-24.

¹⁶⁹ Vgl. Kersting: *Thomas Hobbes zur Einführung*, S. 195 und 200-203.

¹⁷⁰ Ebd., S. 200.

¹⁷¹ Ebd., S. 190 bzw. S. 141.

¹⁷² Ebd., S. 203.

¹⁷³ So ebd., S. 160, 182f. und 203.

¹⁷⁴ Vgl. ebd., S. 160, Anm. 105. Die frühere Auffassung vertrat Kersting in der ersten Auflage seiner Einführung; vgl. ders.: *Thomas Hobbes zur Einführung*, Hamburg: Junius 1992, S. 122f.: „Hobbes ist der erste Rechtspositivist in der Geschichte der politischen Philosophie: Jenseits der positiven Gesetze gibt es nichts.“ Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Problem des Rechtspositivismus bei Hobbes findet sich in ders.: *Politik und Recht. Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie*, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2000, S. 275-303.

¹⁷⁵ Vgl. Fetscher: „Einleitung“, in: Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. XLVI sowie Strauss: *The Political Philosophy of Hobbes*, S. 164: „While thus for Plato the ‚concreteness‘, the ‚materiality‘ of morals was and could be no problem, Hobbes travels the path which leads to formal ethics and finally to relativist scepticism.“ Dass sich bei Hobbes durchaus ein materialer Ansatz findet, hat Otfried Höffe gezeigt; vgl. Anm. 123.

¹⁷⁶ Vgl. H. L. A. Hart: *The Concept of Law*, second edition, with a postscript ed. by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford: Clarendon Press 1994, S. 63f. bzw. noch deutlicher Schmitt: „Die vollendete Reformation“, S. 59: „Hobbes ist der geistige Vater des modernen juristischen Positivismus, der Vorläufer von Jeremias Bentham und John Austin, der Wegbereiter des liberalen Gesetzesstaates.“

¹⁷⁷ Vgl. M. M. Goldsmith: „Hobbes on Law“, in: Tom Sorell (Hg.): *The Cambridge Companion to Hobbes*, Cambridge/New York/Oakleigh: Cambridge University Press 1996, S. 274-304, 274-287.

¹⁷⁸ Ebd., S. 275.

letzteren dennoch. Bei Hobbes lässt sie sich dort ablesen, wo er trotz offenkundiger Wahrheit der natürlichen Gesetze an der Notwendigkeit eines inappellablen, inhaltlich nicht gebundenen und insofern absoluten souveränen Interpretations- und Legislationsentscheids festhält, gestützt auf die Begründung, dass das Naturgesetz, obwohl vernünftig einsehbar, sich der Einsicht dennoch versperrt. Zwar sei es dem, der sich ohne Parteilichkeit und Leidenschaft seiner natürlichen Vernunft bedient, leicht zugänglich, weil es aber kaum und „vielleicht auch keine“ Menschen gibt, die nicht zuweilen durch Selbstliebe oder andere Leidenschaften geblendet würden, sei das Gesetz der Natur „nunmehr zum dunkelsten aller Gesetze geworden“.¹⁷⁹ Was uneindeutig scheint, selbst wenn es eindeutig ist, kann nicht leisten, was Positivität vermag: Rechtssicherheit.

Auch diese Ambivalenz, wie Hobbes sie vorführt und wie sie sich in den Interpretationen Höffes und Kerstings niederschlägt, liesse sich meiner Ansicht nach über die im letzten Kapitel beschriebene Vorrangigkeit zu naturgesetzlichen Gunsten auflösen. Doch wurzelt die Ambivalenz tiefer, denn was nachträglich als Widerstreit zwischen dem Naturgesetz und einem ihm äusseren Absolutismus erscheint, findet seinen Grund in der Struktur der Naturgesetze selbst. Es ist das oszillierende Moment zwischen Billigkeit und Vertragseinhaltung, welches das natürliche Gesetz auch dort dunkel macht, wo man es einer unparteiischen Betrachtung unterzieht. Die ambivalente Konstellation zwischen Prinzipialität und Aktualität wird der Schwebelage trotz aller aufgezeigten Vorrangigkeit deshalb nicht entzogen, weil das positivistische Element innerhalb des natürlichen Gesetzes eine Stütze erhält.

Um die Ambivalenz zu rechtfertigen, könnte man argumentieren, dass ein Vorrang keinen Entscheid, nicht die Vernichtung der Alternative, sondern eine Tendenz meint im doppelten Sinne von Spannung und Neigung: Auch dort, wo eine Neigung zu verbuchen ist, bleibt die Spannung bestehen. Die Unentschiedenheit bräuchte auf diese Weise nicht als Versäumnis aufgefasst zu werden, da Hobbes mit ihr der Struktur Rechnung trägt, in der er das Verhältnis von natürlichem und positivem Gesetz anlegt. Die enge Verwobenheit lässt es nicht zu, dass das Vorrangige dasjenige, dem es den Rang ablauft, vollends ausmerzt. Vielmehr meldet sich das Nachrangige stets von neuem in der ihm eigenen Vorrangigkeit.

Und doch fragt sich, weshalb das Nachrangige seinen spezifischen Vorrang gerade in der ihm fremden Sphäre des natürlichen Gesetzes verankern muss. Ist die Aufnahme des schlichten und positivistisch inhaltsleer gehaltenen Gebots des *pacta sunt servanda* der Preis, den das Naturgesetz für die seit Albericus Gentilis und Hugo Grotius betriebene Entlassung Gottes bei Hobbes zu bezahlen hat? Wird die leer gewordene Stelle, die einst die göttliche

¹⁷⁹ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 211.

Geltung innehatte, mittels einer leeren Geltung besetzt, wie sie die Rechtshistorikerin Marie Theres Fögen mit der Formel „Gesetz ist Gesetz aufgrund Gesetzes“ umschreibt?¹⁸⁰ Sicher ist, dass sich die positivistische Seite umso weniger wegreden lässt, als sie Teil des natürlichen Gesetzes ist. Die Frage drängt sich auf, ob Goldsmith das legitimationstheoretisch zentrale Moment eines naturgesetzlich geforderten *pactum omnium cum omnibus* nicht zu Recht in Analogie zu anderen positivistischen Prinzipien der Systemschliessung setzt, die er als „principle of closure“ bezeichnet:

„For Kelsen this final authority is the „grundnorm“ (whose validity is presupposed), and for Hart it is an ultimate rule of recognition (which is in fact accepted by some society); for Hobbes it is a human being or group, committee, or assembly of human beings. That person or group is sovereign by virtue of a procedure of authorization by the subjects.“¹⁸¹

Auch wenn die Vorrangigkeit des natürlichen vor dem positiven Gesetz dargelegt und Hobbes als Naturrechtstheoretiker ausgewiesen wurde, lassen die herausgearbeiteten Unschärfen den Sprung zu positivistischer Eindeutigkeit verlockend erscheinen. Wenn nicht allein der positive Geltungstyp trotz der beschriebenen Zweitrangigkeit regelmässig seinen eigenen Vorrang behauptet, sondern dieser Vorrang selbst naturgesetzlich fundiert ist, so dass nicht nur von geltungstheoretischer Ambivalenz, sondern mehr noch von einer in sich verhakten Geltungsbegründung und damit letztlich von Aporie die Rede sein könnte, so drängt es zu sehen, welchen Ausweg und welche Lösung ein Entscheid für den Positivismus bieten könnte. Das Neue eines solchen Entscheids liegt darin, dass er zu einer Entscheidung führt, die eine Auflösung der Ambivalenz verspricht. Wohin und wie weit diese Lösung trägt, soll im Folgenden dargelegt werden.

¹⁸⁰ Marie Theres Fögen: *Das Lied vom Gesetz*, München: Carl Friedrich von Siemens Stiftung 2007, S. 93.

¹⁸¹ Goldsmith: „Hobbes on Law“, S. 278.

4. Positivismus als Dezisionismus: Über die Aporien eines Auswegs

4.1 Die Verwandtschaft zweier Gegner: Hans Kelsen und Carl Schmitt

4.1.1 Hans Kelsen und der Positivismus der Norm

In diesem vierten Kapitel wird eine allmähliche Parallelführung von Kelsen, Schmitt und Luhmann unternommen, um sie auf der Grundlage einer noch zu erweisenden Gleichsträngigkeit mit der gegenläufigen Theorie von Thomas Hobbes zu konfrontieren. Ihre Gemeinsamkeit muss dabei herausgestellt werden, ohne die bestehenden Differenzen einzuebnen. Die geteilte Grundlage ergibt sich aus einem recht, weil weit verstandenen Positivismusbegriff. Unter den Titel „Rechtspositivismus“ möchte ich die Kontrahenten Schmitt und Kelsen zugleich subsumieren, denn beide stellen sie im selben Mass auf das Moment der Setzung ab. Abweichungen ergeben sich daraus, dass Kelsen die Setzung von der Norm her begreift, während Schmitt sie dezisionistisch fasst. Tritt Rechtspositivismus bei Kelsen als „Gesetzespositivismus“¹⁸² auf, bietet sich für Schmitt, der als Recht nicht nur die Norm behandelt, der Begriff „Entscheidungspositivismus“ an.

Von der gängigen Terminologie weicht die hier vorgeschlagene ab. Konventionellerweise wird der Rechtspositivismus als eine Sache Kelsens klassiert, der neben Bentham, Austin und Hart zu seinen wichtigsten Exponenten zählt. Schmitts Dezisionismus wird hingegen kaum dem Positivismus zugeschlagen, weil „Positivität“ zumeist nur objektiv geltenden Normen zugeschrieben wird, die man von subjektiven Willensäußerungen trennt.¹⁸³ Wird dieses enge Verständnis von Rechtspositivismus, das sowohl den Begriff des Rechts als auch den der Positivität auf die Norm hin festlegt, durch die Aufspaltung in eine normativistische und eine dezisionistische Seite erweitert, eröffnen sich dem theoretischen Vergleich neue Perspektiven. Die begriffserweiternde Unterscheidung ermöglicht, die verschiedenen Konzepte des gesetzten Rechts dem Naturrecht als nichtpositivem Recht gegenüberzustellen, so dass naturrechtliche Spezifika in den Blick treten können.

Gegen die Überzeugungen, wie sie dem Naturrecht zugrunde liegen, wandte sich Hans Kelsen in deutlicher Weise: „Wer in Tatsachen Normen, in der Wirklichkeit Werte zu finden, zu entdecken oder zu erkennen glaubt, täuscht sich selbst.“¹⁸⁴ Dass Wirklichkeit und Werte zwei verschiedenen Bereichen zugehören und von jener nicht auf diese geschlossen werden kann, ist das grundlegende Credo der *Reinen Rechtslehre* Hans Kelsens. Die regelmässig

¹⁸² Ein in diese Richtung präzisiertes Begriffsverständnis zeigt die englische Bezeichnung „legal positivism“. Darunter wird eben diejenige gesetzespositivistische Richtung gefasst, die im Deutschen ungenau unter dem „Rechtspositivismus“ gehandelt wird.

¹⁸³ Diese Auffassung geht wesentlich auf Kelsen zurück; vgl. dazu Hans Kelsen: *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2., vollst. neu bearb. und erw. Aufl., Wien: Franz Deuticke 1960, S. 7-10 und 48.

¹⁸⁴ Ebd., S. 405.

wiederkehrenden Stellen, an denen Kelsen gegenwärtig hält, dass aus einem Sein kein Sollen erwachsen könne, sind wie eine Kette von Marksteinen in den Text eingelassen.¹⁸⁵ Seine eigene Überzeugung entwickelt er dabei in der Abgrenzung von dem, was jenseits der Markierung liegt. Denn nur in der Unterscheidung seien die beiden Geschiedenen je für sich zu begreifen. Das Verstehen nimmt seinen Weg deshalb über das metatheoretische In-Beziehung-Setzen zweier Seiten, die einander in der theoretischen Praxis unvermittelt gegenüberstehen. Am deutlichsten klingt dies im Aufsatz *Die Idee des Naturrechts* an, in dem Kelsen positives und natürliches Normsystem auf ihre Geltungsprinzipien hin befragt:

„Es ist der Gegensatz zwischen Naturrecht und positivem Recht, aus dem heraus allein das Wesen des einen wie des anderen verstanden werden kann. Auch das positive Recht ist eine Ordnung menschlichen Verhaltens; aber diese unterscheidet sich von der ‚natürlichen‘ dadurch, dass sie nur eine ‚künstliche‘, d.h. vom Menschen geschaffene ist und als solche, als blosses Menschenwerk auftritt.“¹⁸⁶

Dass das positive Recht als „blosses Menschenwerk“ daherkommt, bedeutet für Kelsen nichts anderes, als dass es seine normative Quelle, d.h. seinen spezifischen Geltungsgrund, allein im menschlichen Willen bzw. in dem von ihm ausgehenden Setzungsakt hat, während das natürliche Recht seine Fundierung in der Natur als einem dem Menschen Unverfügbaren findet. Im Fall des positiven Rechts ist es eine bestimmte Weise der Normerzeugung, die Geltung garantiert; die Normen des Naturrechts hingegen gelten kraft ihres inneren Gehalts, weil sie gut, richtig oder gerecht sind. Was positives und natürliches Recht auf die zwei Seiten einer Grenze versetzt, ist nach Kelsen der Gegensatz eines formalen und eines materialen Geltungsprinzips.¹⁸⁷

Diese Grenze wird nun nicht als immer schon bestehende bloss ex post erkannt, wenn man ihr entlang eine Antwort auf die Frage nach dem Unterschied zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht sucht, sondern muss wesentlich auch als eine verstanden werden, die der Rechtspositivismus mit hervorbringt. Kelsens Lehre des positiven Rechts zielt darauf, das Recht in seine Schranken zu weisen und die Rechtswissenschaft von dem zu befreien, was seiner Überzeugung nach ins Jenseits der Grenze gehört. Der Gedanke der Reinheit hat dabei durchwegs programmatischen Charakter und der *Reinen Rechtslehre* ist nicht nur an Grenzerkenntnis gelegen, sondern mehr noch an Grenzziehung:

„Wenn sie sich als eine ‚reine‘ Lehre vom Recht bezeichnet, so darum, weil sie nur eine auf das Recht gerichtete Erkenntnis sicherstellen und weil sie aus dieser Erkenntnis alles ausscheiden

¹⁸⁵ Die Geschiedenheit von Sein und Sollen wird ganz zu Beginn der *Reinen Rechtslehre* (S. 5) als tragendes Moment eingeführt und im Anschluss gerade auch dort hervorgehoben, wo die Naturrechtslehre thematisiert wird (vgl. ebd., S. 196f., 227 sowie, im Anhang zum Problem der Gerechtigkeit, S. 405, 414 und 430).

¹⁸⁶ Ders.: „Die Idee des Naturrechts“, in: ders.: *Staat und Naturrecht. Aufsätze zur Ideologiekritik*, mit einer Einleitung hg. von Ernst Topitsch, München: Wilhelm Fink 1989, S. 73-113, 77.

¹⁸⁷ Vgl. ebd., S. 77f.

möchte, was nicht zu dem exakt als Recht bestimmten Gegenstande gehört. Das heisst: sie will die Rechtswissenschaft von allen ihr fremden Elementen befreien. Das ist ihr methodisches Grundprinzip.“¹⁸⁸

„Bestimmen“ muss dabei, gleichviel ob Kelsen es selbst darauf anlegt, in seiner Doppeldeutigkeit von deskriptiver Erkenntnis und dezisionistischer Anordnung begriffen werden.¹⁸⁹ Wenn Kelsen auf der selben Seite vermerkt, dass seine Theorie „ausschliesslich und allein ihren Gegenstand erkennen“ wolle, so ist das nur die halbe Wahrheit. Dass sie einzig versucht, „die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll“, stösst hingegen, selbst wenn es Kelsens aufrichtige Überzeugung war, bereits an Unwahrheit.¹⁹⁰ Denn das Recht und die darum bemühte Wissenschaft *sollen* nach Kelsen rein sein von fremden Einflüssen, was sie, wie er selbst schreibt und wogegen er anschreibt, *nicht sind*.¹⁹¹ In seiner Rechtslehre haben wir denn auch nicht eine objektive Deskription dessen zu sehen, was realerweise Recht ist, sondern vielmehr ein kathartisches Unternehmen, das seinen Erkenntnisgegenstand als ein im Vorhinein Bestimmtes zu bestimmen sucht und als ein Recht, wie es idealerweise sein sollte, erst konstruiert.

Gewiss geben Kelsens hier nachvollzogene Überlegungen seine Überzeugung frei, dass, wer das Recht mit weltanschaulichen Postulaten füllt, es entweder unbeabsichtigt missverstehe oder absichtlich missdeute. Dasselbe gilt für die Wissenschaft vom Recht, die, weil mit Psychologie, Soziologie und Ethik vermengt, an einem Methodensynkretismus krankt, „der das Wesen der Rechtswissenschaft verdunkelt und die Schranken verwischt, die ihr durch die Natur ihres Gegenstandes gezogen sind.“¹⁹² Kelsens Anliegen liesse sich in dem Satz zusammenfassen, dass das Recht und die Rechtswissenschaft sein *sollten*, was sie ihrem Wesen nach eigentlich *sind*. Wenn Kelsen zwar nicht scharf genug zwischen wesensmässigem und faktischem Sein unterscheidet, wird dennoch deutlich, dass es ihm auf die Darstellung des faktischen Seins nicht ankommt, sondern er vielmehr ein ihm wesensmässig scheinendes Sein konstruiert. Weil er dieses ideale Sein als das eigentlich reale ansieht, gelangt er dazu, seine Theorie als objektive Beschreibung auszugeben.

Kelsens Konstruktion des Gegenstandes, und darin liegt das für unseren Zusammenhang Wesentliche, geschieht als Bewegung gegen das als Kontrapunkt gefasste Naturrecht. Eben deshalb fügt Kelsen seiner zweiten Auflage einen Anhang hinzu, in dem er ausführt, „was von

¹⁸⁸ Ders.: *Reine Rechtslehre*, S. 1.

¹⁸⁹ Dass Kelsen eine solche Doppeldeutigkeit von sich weisen würde, zeigt das Vorwort zur zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* von 1960, wo er „eine objektive, ihren Gegenstand nur beschreibende Rechtswissenschaft“ als sein tragendes Anliegen formuliert; ebd., S. VIII.

¹⁹⁰ Vgl. ebd., S. 1.

¹⁹¹ Vgl. ebd. das Vorwort zur 1934 erschienenen Erstaufgabe, S. IV-VI sowie ebd., S. 1.

¹⁹² Ebd., S. 1.

einem wissenschaftlichen Standpunkt“ über das Problem der Gerechtigkeit „und insbesondere über die Naturrechtslehre zu sagen ist.“¹⁹³ Denn für ihn ist es gerade „die wiedererwachte Metaphysik der Naturrechtslehre“, welche, die Grenzen zwischen Wissenschaft und Politik missachtend, ein inhaltliches Wertmass für das positive Recht bestimmen zu können glaubt und „mit diesem Anspruch dem Rechtspositivismus entgegentritt.“¹⁹⁴

Wie gezeigt wurde, ist es allerdings nicht weniger der Positivismus, der sich dem Naturrecht entgegen aufbaut und sich dabei das Naturrecht als Gegner aufbaut.¹⁹⁵ Von der Unmöglichkeit des Naturrechts ist Kelsen überzeugt; dessen Fehler veranschlagt er darin, vom Sein zum Sollen zu schreiten.¹⁹⁶ Weil nach Kelsen aus einer Seins-Tatsache keine Soll-Norm resultiert, Normativität nicht aus Faktizität zu gewinnen ist, kann die Geltung einer Norm nur aus einer anderen und höheren folgen.¹⁹⁷ Da diese erneut auf einer ihr gegenüber höheren beruht, ergibt sich eine fortschreitende Begründungsbewegung und mit ihr der Stufenbau der Rechtsordnung.¹⁹⁸ In einem infiniten Regress droht der Bau allerdings in haltloses Wanken zu geraten, wenn die Jurisprudenz nicht einen Riegel schiebt:

„Wie erwähnt, ist die Norm, die den Geltungsgrund einer anderen Norm darstellt, dieser gegenüber eine höhere Norm. Aber die Suche nach dem Geltungsgrund einer Norm kann nicht, wie die Suche nach der Ursache einer Wirkung, ins Endlose gehen. Sie muss bei einer Norm enden, die als letzte, höchste vorausgesetzt wird. Als höchste Norm muss sie *vorausgesetzt* sein, da sie nicht von einer Autorität *gesetzt* sein kann, deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müsste. Ihre Geltung kann nicht mehr von einer höheren Norm abgeleitet, der Grund ihrer Geltung nicht mehr in Frage gestellt werden. Eine solche als höchste vorausgesetzte Norm wird hier als Grundnorm bezeichnet.“¹⁹⁹

Der „Geltungsgrund einer positiven Rechtsordnung, das ist einer im Wege von Gesetzgebung oder Gewohnheit erzeugten, im grossen und ganzen wirksamen Zwangsordnung“, liegt in der vorausgesetzten Grundnorm, „dass man sich so verhalten soll, wie die historisch erste Verfassung, der gemäss die positive Rechtsordnung erzeugt ist, vorschreibt.“²⁰⁰ Seine Gültigkeit bezieht das positive Recht daraus, dass es sich demjenigen Prozess verdankt, den die geltende Verfassung, deren Einsetzung sich über dazwischen liegende Verfassungen bis auf die historisch erste Verfassung zurückführen lässt, für die positive Rechtserzeugung

¹⁹³ Ebd., S. VIII.

¹⁹⁴ Ebd.

¹⁹⁵ Auf die antinaturrechtlichen Wurzeln des Positivismus hat Carl Schmitt hingewiesen: „Für die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts bedeutete „Positivismus“ zunächst etwas Polemisches: die Ablehnung alles ‚aussergesetzlichen‘, alles nicht durch menschliche Satzung geschaffenen Rechts, mag es als göttliches, natürliches oder vernünftiges Recht auftreten.“ (Schmitt: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, S. 26.)

¹⁹⁶ Vgl. Kelsen: *Reine Rechtslehre*, S. 227 sowie ders.: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Julius Springer 1925, S. 251 und ders.: *Was ist Gerechtigkeit?*, Wien: Franz Deuticke 1953, S. 38.

¹⁹⁷ Vgl. ders.: *Reine Rechtslehre*, S. 196.

¹⁹⁸ Vgl. ebd., S. 228.

¹⁹⁹ Ebd., S. 197.

²⁰⁰ Ebd., S. 443.

vorsieht. Allein der Geltungsgrund, nicht der Geltungsinhalt wird durch die Grundnorm bestimmt, so dass für die Frage der Geltung jedes inhaltliche Kriterium ohne Bedeutung bleiben muss: „Keiner positiven Rechtsordnung kann wegen des Inhalts ihrer Normen die Geltung abgesprochen werden. Das ist ein wesentliches Element des Rechtspositivismus; und gerade in ihrer Theorie der Grundnorm erweist sich die Reine Rechtslehre als positivistische Rechtslehre.“²⁰¹

Die Grundnorm liefert das Fundament des positiven Rechts, ohne ihm selbst zuzugehören und kann es nur liefern, weil sie ihm nicht selbst zugehört, da anders der infinite Begründungsregress jeden gewonnenen Boden stets aufs Neue durchbrechen müsste. Indem das positive Recht seine Geltung jenseits seiner selbst findet, ergibt sich eine gewisse Parallele zum Naturrecht, das den Geltungsgrund ebenfalls ausserhalb der Positivität ansetzt. Kelsen selbst ist sich dieser Parallele bewusst und bezeichnet von hier aus den Unterschied zwischen einer positivistischen Rechtslehre und einer Naturrechtslehre „als einen bloss relativen, nicht absoluten“.²⁰²

Die Parallele lässt sich von der Seite des Naturrechts her noch um einen Gedanken verlängern, wenn man berücksichtigt, dass nach Kelsen auch dieses bzw. seine verschiedenen, mitunter gegenläufigen Prägungen nur auf einer verschwiegenen Grundnorm beruhen können, da der Schluss vom Sein aufs Sollen eine logische Unmöglichkeit bedeutet. Das Normengefüge des Naturrechts geht nach Kelsen davon aus, dass von der Natur her Befehle für das menschliche Verhalten ergehen, dass die Natur demnach eine höchste, über dem menschlichen Gesetzgeber stehende Autorität darstellt. Nicht anders als das positive Recht tritt damit das natürliche als ein gesetztes und d.h.: ein positives Recht auf, gesetzt freilich nicht durch menschlichen, sondern durch übermenschlichen Willen.²⁰³ Weil es diese setzende Autorität als Tatsache behauptet und Tatsachen nie den Geltungsgrund einer Norm abgeben können, muss für Kelsen die vorausgesetzte Norm zugrunde liegen, dass den Befehlen der Natur zu gehorchen sei, was als Grundnorm des Naturrechts zu verbuchen ist. Diese Überlegungen sind auch insofern bedeutsam, als Kelsen auf ihnen aufbauend die Möglichkeit eines säkularen Naturrechts leugnet: Weil der Natur kein Wille und daher keine normative Kraft eignet, können Normen „als der Natur immanent nur angenommen werden, wenn man in der Natur den Willen Gottes annimmt.“²⁰⁴

²⁰¹ Ebd., S. 224.

²⁰² Ebd., S. 226.

²⁰³ Vgl. ebd., S. 227 sowie ebd., S. 203, wo Kelsen beiläufig registriert, dass die natürlichen Normen „von einer meta-rechtlichen Autorität, wie Gott oder Natur“ gesetzt seien.

²⁰⁴ Ebd., S. 227. Die These vom notwendig metaphysisch-religiösen Charakter des Naturrechts wiederholt Kelsen mehrfach; vgl. ebd., S. 405-409, 414 und 434. Dass sie nicht einen unverzichtbaren Bestandteil jeder positivistischen Theorie bildet, zeigt ein Blick auf Hart, der die gegenteilige These vertritt: „Natural Law has, however, not always been associated with belief in a Divine Governor or Lawgiver of the universe, and even

Zwei Gemeinsamkeiten sind es, die sich nach Kelsen für das natürliche und das positive Recht rekonstruieren lassen: Einerseits der Charakter der Setzung, andererseits der Umstand, dass die für solche Setzung beanspruchte Geltung als bloss bedingte daher kommt – bedingt durch die Voraussetzung der Grundnorm, die man voraussetzen kann, nicht aber voraussetzen muss.²⁰⁵ Sie hat in diesem Sinn hypothetischen Charakter und wird ins Rechtsdenken eingeführt, wo der Wille besteht, das jeweilige Recht als ein gültiges zu begreifen.²⁰⁶ Die Frage der Geltung gerät von hier zu einer Frage der Interpretation, die dem Hineinlesen näher scheint als dem Auslegen: Ein Rechtssystem als objektiv gültige normative Ordnung hinzunehmen, ist Resultat einer Deutung, die unter der Bedingung steht, dass eine Grundnorm vorausgesetzt wird, welche die Geltung enthält.²⁰⁷ Weder positive noch natürliche Normen vermögen von sich aus zu gelten, selbst wenn letztere diesem Glauben entspringen mögen.

An diesem Punkt führt die Gemeinsamkeit allerdings in den wesentlichen Unterschied, der auch den Gegensatz des Rechtspositivismus Kelsens von der Hobbesschen Naturrechtslehre markiert. In deutlichster Weise wird er in den letzten Sätzen des Anhangs zur *Reinen Rechtslehre* vorgetragen:

„Die Naturrechtslehre ist eine dualistische Rechtslehre; denn es gibt ihr zufolge neben dem positiven Recht ein Naturrecht. Die Reine Rechtslehre ist aber eine monistische Rechtslehre. Ihr zufolge gibt es nur *ein* Recht, das positive Recht. Die von der Reinen Rechtslehre festgestellte Grundnorm ist kein von dem positiven Recht verschiedenes Recht, sie ist nur sein Geltungsgrund, die transzendental-logische Bedingung seiner Geltung und hat als solche keinen ethisch-politischen, sondern einen erkenntnistheoretischen Charakter.“²⁰⁸

Die hier explizierte Differenz liesse sich dahin zusammenfassen, dass positives wie natürliches Recht über einen überpositiven Geltungsgrund verfügen, dass dieser aber im Fall des Naturrechts nicht nur in einem Oberhalb, sondern auch in einem Jenseits der Positivität zu liegen kommt. Die Grundnorm des positiven Rechts steht inhaltlich leer und liefert dem, dessen Geltung es garantiert, kein Gegenüber; zum positiven Recht kann sie deshalb nicht in einen Widerspruch geraten, ihm hinsichtlich seines Inhalts aber auch keine Rechtfertigung bieten.²⁰⁹ Weil das Naturrecht hingegen dem positiven Recht ein inhaltliches Wertmass

where it has been, its characteristic tenets have not been logically dependent on that belief.“ (Hart: *The Concept of Law*, S. 187.)

²⁰⁵ Vgl. dazu die Ausführungen zur Bedingtheit des Geltungsgrunds des positiven wie des natürlichen Rechts in Kelsen: *Reine Rechtslehre*, S. 224f. bzw. S. 227.

²⁰⁶ Vgl. ebd., S. 228, 404 und 443.

²⁰⁷ Dass Geltung von Deutung abhängt, findet sich bei Kelsen an zahlreichen prominenten Stellen; vgl. ebd., S. 47, 48, 52f., 201, 203, 224, 227 und 443.

²⁰⁸ Ebd., S. 443f. Vgl. auch Beyer: *Rechtsphilosophische Besinnung*, S. 68, wo der Dualismus als Wesenszug des Naturrechts erscheint: „Naturrecht bedeutet Gegensatz; es setzt ein weiteres, nicht natürliches Recht voraus. Es müssen also zweierlei Rechte bestehen. Nur im Dualismus tritt das Wesen des Naturrechts hervor.“

²⁰⁹ Zur Unmöglichkeit des Widerspruchs zwischen einer positiven Rechtsordnung und seiner Grundnorm vgl. Kelsen: *Reine Rechtslehre*, S. 69-71, 223f. und 443.

anlegt, liegen hier Geltungsgrund und Geltungsinhalt nicht getrennt vor und eben deshalb kann das Naturrecht als das gerechte Recht dem positiven gegenüberreten.

Wollte man sich innerhalb von Kelsens Terminologie über ihn hinaus bewegen und nicht nur von „Wertmass“ sprechen, liesse sich formulieren, dass das Naturrecht mit dem Anspruch auftritt, die inhaltsleere Grundnorm der positiven Ordnung durch eine material gehaltvolle zu ersetzen. Denn das Naturrecht betrachtet eine positive Rechtsordnung nur als geltendes Recht, wenn ihr Inhalt mit den Normen des natürlichen Rechts übereinstimmt. Gerade weil ein solcher Rechtsdualismus Widerspruch prinzipiell möglich macht, kann exklusive Legitimation stattfinden und eben diese rechtfertigende Funktion ist es, die Kelsen dem Naturrecht als die ihm eigentlich wesentliche zuschreibt.²¹⁰ Wenn eine Naturrechtslehre dagegen die den Geltungsgrund des positiven Rechts darstellende normative Ordnung in einer Weise formuliert, dass ein Konflikt zwischen dieser und dem positiven Recht ausgeschlossen bleibt, indem sie den Gehorsam gegenüber jeder positiven Rechtsordnung vorschreibt, hebt sie sich als Naturrechtslehre auf, weil sie kein ethisch-politisches Wertmass und damit keine Möglichkeit einer inhaltlichen Rechtfertigung des positiven Rechts mehr bietet.²¹¹

Mit diesen Erläuterungen im Hintergrund wird deutlich, dass Kelsen auf den letzten Seiten des Anhangs zur *Reinen Rechtslehre*, an der einzigen Stelle, an der Hobbes Erwähnung findet, seiner Theorie den Status einer Naturrechtslehre implizit abspricht. Denn Kelsen zufolge kann es zu einem Konflikt zwischen positivem und natürlichem Gesetz bei Hobbes nicht kommen: „Jenes, so lehrt er [sc. Hobbes], kann niemals zur Vernunft und damit zum Naturrecht in Widerspruch geraten, denn Naturrecht und positives Recht stehen zueinander in Korrelation. Das Naturrecht enthält das positive Recht und das positive Recht ist Teil des Naturrechts. Gehorsam gegenüber dem positiven Recht ist eine Forderung des Naturrechts.“²¹² Innerhalb von Kelsens Theorie kann Hobbes weder dem Positivismus noch dem Naturrecht zugeschlagen werden. Auf der einen Seite lässt das von Hobbes vertretene dualistische Modell nicht zu, ihn Kelsens Positivismusverständnis zuzuordnen, doch fehlt nach Kelsen zugleich die für das Naturrecht zentrale Funktion eines inhaltlichen Wertmasses. Hinsichtlich dieser zweiten Behauptung gilt es allerdings eine Korrektur an Kelsens Interpretation vorzunehmen. Zwar hat er das Faktum der Verschränkung von natürlichem und positivem Gesetz bei Hobbes richtig gesehen, die Art dieser Verschränkung aber ist ihm entgangen. Sicher bildet Gehorsam gegenüber dem Positiven eine Forderung des natürlichen Gesetzes,

²¹⁰ Vgl. ebd., S. 225f. Dass die meisten Naturrechtslehren dem Zweck dienen, bestehende Rechtsordnungen zu legitimieren, dass sie – anders als es bei Max Weber anklingt – zumeist konservierend, kaum je reformatorisch oder gar revolutionär wirkten, betont Kelsen in seinem Anhang zum Problem der Gerechtigkeit mehrfach und nachdrücklich; vgl. ebd., S. 435, 437, 438 und 440f.

²¹¹ Vgl. ebd., S. 225f.

²¹² Ebd., S. 439.

aber nicht zu dem Ende, dass das positive Gesetz zum natürlichen nicht in einen Widerspruch geraten könnte. Nicht tritt das Naturgesetz als blosser Schweif des positiven Gesetzes in Erscheinung, sondern dieses, geboren aus dem Geiste der *lex naturalis*, gilt auf lange Hand nur, wo es den Zwecken der natürlichen Gesetze dient.

Verweilte man in Kelsens Bild der *Reinen Rechtslehre* und zöge mit Blick auf Hobbes die Konsequenzen, fände sich eine material gedachte Grundnorm, aus der sich der Akt des Vertragsschlusses derivativ ergibt, in der Pflicht zur Selbsterhaltung, die dem Vertrag und der daraus resultierenden positiven Rechtsordnung ihre Schranke setzt. Hobbes' Konzept kleidet sich nicht in das Gewand, das Kelsen der Naturrechtslehre schneidert. Seine naturrechtlichen Normen erfüllen, zumindest dem Anspruch nach, nicht die Funktion, eine beliebige bestehende Satzung zu legitimieren, sondern nehmen das positive Gesetz, das als Idee überhaupt erst dem natürlichen entspringt, in eine normative Schlinge.

Es stellt sich die Frage, was Kelsens *Rechtslehre* der nach seinem Bild verstandenen Hobbesschen Konzeption voraus hat und die Antwort muss sich an dieser Stelle darauf beschränken, dass sich sein positivistischer Ansatz von der Naturrechtslehre dadurch unterscheidet, dass er seine eigene Bedingtheit anerkennt, indem er unter Verzicht auf externe Begründungen keine Unbedingtheit herzustellen sucht. Was dieser Verzicht letztlich bedeuten muss und ob er als eigenständige Alternative zu einem naturrechtlichen Ansatz in Betracht kommen kann, soll in der Auseinandersetzung mit dem positivistischen Programm Carl Schmitts beleuchtet werden.

4.1.2 Carl Schmitts Entscheidungspositivismus und der stille Dezisionismus Kelsens

Zu den Positivisten, freilich nicht zu denjenigen der normenpuristischen Richtung, wird Hobbes von Carl Schmitt gerechnet. Vom Normenpurismus Kelsens grenzt sich Schmitt ab, um für sich einen Dezisionismus zu behaupten, als dessen Vorkämpfer er Hobbes anspricht.

Inwiefern diese Vereinnahmung berechtigt ist, gilt es ebenso zu erwägen wie die Vorzüge, die sie, ob berechtigt oder nicht, hinsichtlich der bei Hobbes herausgestellten Ambivalenzen mitführen könnte. Im Anschluss an das letzte Kapitel verfolgt die Auseinandersetzung mit Carl Schmitt auf diesem Weg das Ziel, die jedem Positivismus anhaftende dezisionistische Komponente zu erweisen und die Möglichkeit eines reinen Normativismus, wie ihn Kelsen für seine Rechtslehre beansprucht, in Frage zu stellen. Es soll, ausgehend von der Schmittschen Dezisionismusthese, die er wesentlich von Hobbes her entwickelt, die Selbständigkeit eines Positivismus geprüft werden, der sich als ein Drittes neben Naturrecht und Dezisionismus einfindet, um seinerseits die Unmöglichkeit seiner beiden Mitstreiter zu behaupten. Die Verwerfung der zwei gegensätzlichen Richtungen lässt sich mit Blick auf die vorangegangenen Ausführungen auf dasselbe Argument zurückführen: Naturrechtliche wie dezisionistische Theorien suchen Normen aus Tatsachen zu begründen. Während Kelsen dem Naturrecht angesichts seines unzulässigen Schlusses vom Sein aufs Sollen die logisch notwendige Annahme einer verschwiegenen Grundnorm unterstellt, muss er zugleich sämtliche dezisionistische Ansätze zurückweisen, weil sie der Norm das Faktum autoritärer Entscheidung vorausschicken.

Nicht weniger grundraubend und noch einiges direkter wendet sich Schmitts Dezisionismus gegen die *Reine Rechtslehre*. Der Unterschied, von dem her Schmitt seine Kritik Kelsen gegenüber anmeldet, liegt in der jeweiligen Konzeption von Positivismus. Die positive Geltung von Recht liegt für Kelsen in einer absoluten Isolation der Rechtsnorm. Vom Faktum ihrer Befolgung oder Nichtbefolgung, d.h. von jedem tatsächlichen Handeln, bleibt sie in ihrer Geltung unberührt:

„Wenn eine Norm ein bestimmtes Verhalten als gesollt (im Sinne von „geboten“) statuiert, kann das tatsächliche Verhalten der Norm entsprechen oder widersprechen. [...] Die als objektiv gültig angesehene Norm fungiert als Wertmassstab für tatsächliches Verhalten. Werturteile, die aussagen, dass ein tatsächliches Verhalten einer als objektiv gültig angesehenen Norm entspricht und in diesem Sinne gut, das ist wertvoll, ist, oder einer solchen Norm widerspricht und in diesem Sinne böse (schlecht), das ist wertwidrig, ist, müssen von Wirklichkeitsurteilen unterschieden werden, die ohne Beziehung zu einer als objektiv gültig angesehenen Norm, und das heisst letzten Endes: ohne Beziehung zu einer vorausgesetzten Grundnorm aussagen, dass etwas ist und wie es ist.“²¹³

²¹³ Kelsen: *Reine Rechtslehre*, S. 16f.

Unberührt bleibt die Geltung ebenso von in anderen Normsystemen generierten Werten, anhand derer geurteilt wird, wie etwas, was ist, zu werten ist. Weil in Kelsens wissenschaftlicher Wertlehre die Normen, welche die Grundlage der Werturteile bilden, durch menschliche, nicht übermenschliche Willensakte gesetzt sind, werden allein willkürliche und somit relative Werte konstituiert, weshalb sich eine Norm nicht weniger als die ihr inhaltlich entgegengesetzte eignet, als objektiv gültige gedeutet zu werden.²¹⁴ Was exklusive Gültigkeit herstellt, ohne inhaltliche Beliebigkeit auszuschliessen, ist wiederum die bloss vorausgesetzte, nicht in einem inhaltlichen Prinzip fundierte Grundnorm, dergemäss eine Norm erzeugt sein muss, wenn sie innerhalb des betreffenden Normsystems als gültig in Betracht kommen soll.²¹⁵ „Keiner positiven Rechtsordnung kann wegen des Inhalts ihrer Normen die Geltung abgesprochen werden. Das ist ein wesentliches Element des Rechtspositivismus; und gerade in ihrer Theorie der Grundnorm erweist sich die Reine Rechtslehre als positivistische Rechtslehre.“²¹⁶

Zusammenfassend lässt sich formulieren, dass Kelsen *positive* Geltung über das Moment der Isolation des Normsystems zu sichern sucht, indem die Grundnorm einerseits vor und neben jedem tatsächlichen Verhalten wie auch unabhängig von jeder inhaltlichen Wertung eines anderen Normsystems vorauszusetzen ist.

Das leitende Positivismusverständnis Carl Schmitts ist ein anderes – „etwas gilt, wenn es gilt und weil es gilt. Das ist ‚Positivismus‘.“²¹⁷ Was hier als *positive* Geltung in den Blick kommt, ist keine Sache der Ansehung. Nicht ob eine Norm als objektiv gültig gedeutet wird, entscheidet über Geltung, sondern allein die Frage nach ihrer Durchsetzbarkeit, d.h. nach der Chance, tatsächliches Verhalten zu beeinflussen: „Das ‚positive‘ Gelten des Gesetzes ist zum Unterschied von anderen Geltungsarten notwendig immer etwas Tatsächliches, durch menschliche Macht unmittelbar faktisch Erzwingbares.“²¹⁸

Dies ist die grundlegendste Bestimmung des Positivismusbegriffs bei Schmitt. Von hier wird der Begriff allerdings in zwei Richtungen gewendet, deren unscharfe Trennung zu Verwirrung führen kann und deren nachträgliche Trennung allein ein volles Verständnis der Kritik an Kelsen eröffnet. Auf die Wendung, die der Begriff nimmt, gilt es Acht zu geben. Denn nicht handelt es sich um eine klassische Unterscheidung, bei der einem statischen Oberbegriff zwei Unterbegriffe subsumiert werden. Vielmehr liegt Dynamik vor, indem die Abstraktheit der Grundlage verworfen wird und sich in der Bewegung die spezifische

²¹⁴ Vgl. ebd., S. 18.

²¹⁵ Vgl. ebd., S. 200f.

²¹⁶ Ebd., S. 224.

²¹⁷ Carl Schmitt: *Verfassungslehre*, München/Leipzig: Duncker & Humblot 1928, S. 9.

²¹⁸ Ders.: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, S. 30.

Konkretion ergibt, welche Schmitt als eigentliche Positivität fokussiert und von der er eine uneigentliche, weil abgeleitete Positivität abgrenzt.

Wie eben skizziert, führt Schmitt „Positivismus“ zunächst als allgemeines Merkmal an, das in solcher Abstraktheit den verschiedenen Typen rechtswissenschaftlichen Denkens zugehören kann: „Das Positivistische liegt stets in dem Interesse an der tatsächlichen Sicherheit, Festigkeit und Berechenbarkeit dessen, was tatsächlich erzwingbar gilt, sei das nun die Entscheidung des Gesetzgebers, sei es das aus seiner Entscheidung hervorgehende Gesetz und die aus diesem Gesetz hervorgehende, berechenbare richterliche Entscheidung.“²¹⁹ Entscheidung, Gesetz und Richterspruch sind hier als die Kernstücke der drei von Schmitt unterschiedenen Denkart zu nehmen, was an früherer Stelle deutlich wird:

„Ich gehe davon aus, dass es für die Unterscheidung rechtswissenschaftlicher Denkart darauf ankommt, ob das Recht als Regel, als Entscheidung oder als Ordnung aufgefasst wird. Es ist fast selbstverständlich, dass jeder der danach bestimmten drei juristischen Denktypen die seinem Typus spezifische Vorstellung – also entweder die Norm, oder die Dezision, oder die konkrete Ordnung – mit dem Begriff des Rechtes selbst gleichsetzt und dem anderen Typus den Anspruch einer „streng rechtlichen“ Denkweise bestreitet. [...] Jeder von ihnen behauptet den eigentlichen Sinn und Kern des Rechts auszumachen; jeder sucht *durchgängig* zu werden und von sich aus die beiden anderen Begriffe juristisch zu bestimmen.“²²⁰

Setzt man die beiden zuletzt zitierten Stellen nebeneinander, lässt sich zeigen, wie Schmitt eine deskriptive Ebene mit einer programmatischen überlagert, in der das Positivistische als eigentlich Dezisionistisches und das Dezisionistische als das eigentlich Rechtliche ausgewiesen wird. Die nüchterne Bestimmung, dass die Bemühungen des Positivismus dahin gehen, „dem allein massgebenden positivistischen Bedürfnis nach Sicherheit und Berechenbarkeit zu genügen“, fällt noch auf die deskriptive Seite, die das Positivistische als allgemeines Phänomen zeigt.²²¹ In eben diese Stelle greift allerdings die Programmatik, die Schmitt keineswegs in bloss deskriptiver Beobachtung streift, sondern die er gerade dort umsetzt, wo man ihn im Deskriptiven wähnt: Jede juristische Denkweise drängt zur Durchgängigkeit, hält Schmitt fest, und seine eigene Denkweise macht von diesem Zustand keine Ausnahme. Von der Entscheidung her schreibend, verlegt er den normativistischen wie den institutionellen Typus in einen dezisionistischen Rahmen, was daran deutlich wird, dass

²¹⁹ Ebd.

²²⁰ Ebd., S. 10. Angekündigt hat Schmitt die drei hier unterschiedenen Typen schon in der ein Jahr zuvor publizierten zweiten Auflage seiner *Politischen Theologie*. In der Vorbemerkung hält er als Korrektur zur Erstauflage fest: „Ich würde heute nicht mehr zwei, sondern drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens unterscheiden, nämlich ausser dem normativistischen und dem dezisionistischen noch den institutionellen Typus. [...] Während der reine Normativist in unpersönlichen Regeln denkt und der Dezisionist das gute Recht der richtig erkannten politischen Situation in einer persönlichen Entscheidung durchsetzt, entfaltet sich das institutionelle Rechtsdenken in überpersönlichen Einrichtungen und Gestaltungen.“ (Ders.: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 3. Aufl., unveränd. Nachdruck der 1934 ersch. 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1979, S. 8.)

²²¹ Vgl. ders.: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, S. 29f.

er das Moment der Dezision sowohl zur Grundlage des Gesetzes wie zur Grundlage und Form des Richterspruchs macht. Denn nicht nur von der *Entscheidung* des Gesetzgebers ist die Rede, sondern auch von dem aus der *Entscheidung* resultierenden Gesetz und dem darauf gestützten richterlichen *Entscheid.* Norm und institutionelle Rechtsprechung kommen als bloße Derivate in den Blick: Aus dem primären Entscheid eines souveränen Gesetzgebers strömt das Gesetz und von ihm her ergibt sich der Entscheid des Richters. Alles, was Recht ist, ist Emanation aus einer Entscheidung als höchstem Prinzip. Dezision steht dabei nicht allein am Anfang, sondern in Gestalt des Richterspruchs auch am Ende des Stufenbaus des Rechtsgeschehens.

In seiner Aufreihung der drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens betreibt Schmitt somit eine dezisionistische Unterwanderung: Deskription gerät hier zum Programm und dies umso wirkungsvoller, als sich das Programmatische hinter deskriptiver Verdeckung zurückhält und seine Evidenz aus solcher Unaufdringlichkeit bezieht. Das Verhältnis von Deskriptivität und Programmatik nimmt darüber hinaus auch deshalb bemerkenswerte Gestalt an, weil Schmitt das von ihm selbst betriebene dezisionistische Programm mit Blick auf Hobbes deskriptiv einholt: „Die souveräne Entscheidung wird also juristisch weder aus einer Norm, noch aus einer konkreten Ordnung erklärt, noch in den Rahmen einer konkreten Ordnung eingefügt, weil im Gegenteil erst die Entscheidung für den Dezisionisten sowohl die Norm wie die Ordnung begründet.“²²² Was Schmitt anhand von Hobbes beschreibt, ist seine eigene Rechtsauffassung.

Diese Beobachtungen machen deutlich, dass Schmitt die „typisch dezisionistische Wendung“²²³, die er an Hobbes herausstellt, selbst noch entschiedener vollzieht. Seine eigene Position entwickelt er in enger Auseinandersetzung mit dem Hobbesschen Denken und nicht zuletzt aus dessen Übersteigerung. Als typisch dezisionistisch markiert er das im 26. Kapitel des *Leviathan* formulierte Credo: „*Autoritas, non Veritas*. Nichts ist hier wahr, alles ist hier Befehl.“²²⁴ Befehl wiederum ist nichts anderes als artikulierte autoritäre Dezision und somit der Weg, auf dem die Entscheidung Gesetz wird.²²⁵

In der Trias von Autorität, Entscheidung und Befehl eröffnet sich der zentrale Zusammenhang von Positivität und Dezision und in ihm der Grund für die alles entscheidende dezisionistische Wendung im juristisch-politischen Werk Carl Schmitts. Erst ein Verständnis dieses Zusammenhangs kann Schmitts Rechtsauffassung erschliessen und die Sicht auf seine Kritik an fremden Rechtsvorstellungen freigeben. Positiv gilt ihm, was tatsächlich erzwingbar ist. Die Zwangskraft liegt bei der *auctoritas*, die Schmitt, und dies ist

²²² Ebd., S., 23f.

²²³ Ders.: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, S. 82.

²²⁴ Ebd.

²²⁵ Vgl. ebd., S. 67f.

der ausschlaggebende Punkt, bei Hobbes als *summa potestas* begriffen: „Es ist für ihn [sc. Hobbes] wesentlich, dass er zwischen *auctoritas* und *potestas* nicht mehr unterscheidet und die *summa potestas* zur *summa auctoritas* macht.“²²⁶ Souverän ist, wer alle Autorität hat, weil er die letzte Entscheidung fällt, indem er mächtig genug ist, sie durchzusetzen. In diesem Satz lässt sich die Überlegung zusammenfassen, von der aus Schmitt schreibt, dass bei Hobbes die damals noch lebendige Unterscheidung von *auctoritas* und *potestas* ganz in der souveränen Entscheidung untergehe, die „*summa auctoritas* und *summa potestas* in Einem“ sei.²²⁷

Der begriffliche Zusammenhang, der in Schmitts Zuspitzung als ungebrochene Einheit vorgetragen wird, bedeutet logisch die stufenförmige Abfolge von Autorität über Entscheidung zu Befehl, wobei die Autorität gerade dadurch Autorität wird, dass sie entscheidet. Im Befehl ist allein das Medium zu sehen, durch das der Entscheid zur Verwirklichung gelangt: „Für den Juristen des dezisionistischen Typus ist nicht der Befehl als Befehl, sondern die Autorität oder Souveränität einer letzten *Entscheidung*, die mit dem Befehl gegeben wird, die Quelle allen ‚Rechts‘, d.h. aller folgenden Normen und Ordnungen.“²²⁸

Wird auf der einen Seite Autorität als *summa potestas* gefasst und auf der anderen Seite Positivität als tatsächlich Erzwingbares bestimmt, so wird die Autorität als Träger der Entscheidung zum Träger von Positivität schlechthin. Positivität und Dezision gehören untrennbar zusammen und wo Positivität vorliegt, muss Entscheidung zugrunde liegen. Die Norm existiert nur mehr als Befehl und im Gefolge einer Dezision: „Recht ist Gesetz und Gesetz ist der den Streit um das Recht entscheidende Befehl: *Autoritas, non veritas facit legem*.“²²⁹ Dass Hobbes, „der grosse Dezisionist“, für Schmitt als „der revolutionäre Vorkämpfer eines wissenschaftlich-positivistischen Zeitalters“ in Betracht kommt, wird von hier zunehmend einsichtig.²³⁰ Denn Positivität bedeutet für Schmitt primär autoritäre Dezision und entschieden wird über den Befehl, der die Norm setzt.

Es wäre allerdings verkürzt, Schmitts eigene Rede von der Durchgängigkeit der drei Denktypen in allzu oberflächlicher Weise auf den von ihm vorgebrachten Dezisionismus anzuwenden. Schmitt wählt eine tief ansetzende Argumentationsfigur und arbeitet das dezisionistische Moment in seiner Abhandlung als stets Zugrundeliegendes heraus, so dass ihm Deskription mit Programm verfließt und er im zweifelsfrei Deskriptiven noch verorten

²²⁶ Ders.: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, S. 23; vgl. auch die ähnliche Formulierung in ders.: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, S. 67f.

²²⁷ Vgl. ders.: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, S. 23.

²²⁸ Ebd., S. 21.

²²⁹ Ebd., S. 23.

²³⁰ Die beiden Zuschreibungen finden sich in ders.: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, S. 82 bzw. 126. In der Abhandlung *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, S. 24, nennt Schmitt Hobbes gar „den grössten Vertreter des dezisionistischen Typus“.

würde, was ihm als programmatisch schon angelastet werden könnte. Er fragt nach dem Hauptmerkmal der herrschenden Rechtssysteme und entdeckt es in der Positivität. Da er diese im Sinne tatsächlicher Wirksamkeit deutet, findet er sie auf dem Boden souveräner Entscheidung. Dezision als Positivität bestimmendes Faktum gerät in unaufdringlicher Unabweisbarkeit zur Grundlage von Recht schlechthin. Schien das Positivistische zunächst jedem der drei juristischen Denkart zugehören zu können und jeder Typ auf seine Weise vertretbar, wird mit der dezisionistischen Fundierung des Positivismusbegriffs das Recht insgesamt auf die Seite der Entscheidung geschlagen. Die Pointe der Schmittschen Wendung liegt darin, dass sich das spezifisch dezisionistische Moment unauffällig zum eigentlichen positivistischen Prinzip erhebt, als das es im Nachhinein offen agiert.

Jedes weitere Phänomen, das mit der Bezeichnung „Positivismus“ belegt wird, nimmt sich angesichts von Schmitts dezisionistischem Vorbehalt als bloss abkünftig und unvollständig aus. Frappant ist nun, dass Schmitts zweite Verwendung des Begriffs auf eben jene Strömung geht, die sich selbst positivistisch nennt und gemeinhin so bezeichnet wird. Schmitt etikettiert sie als Normativismus und scheint den Positivismusbegriff nur im Rückgriff auf die Eigenbezeichnung zu gebrauchen; dies insbesondere dort, wo er die „positivistische Nichtunterscheidung von Recht und Gesetz“ markiert.²³¹ Neben seinen primären Positivismusbegriff, der von der Tradition dezisionistisch abweicht, tritt der eigentlich herkömmliche, zur Bezeichnung von gesetzlich gesetztem Recht verwendete Begriff, der unter dem Aspekt seiner Abkünftigkeit eine pejorativ-polemische Wendung erfährt. Um diesen zweiten vom ersten zu trennen, spricht Schmitt zuweilen, keineswegs aber durchgehend, von legalitärem Positivismus²³², positivistischem Legalitätsdenken²³³ oder Gesetzespositivismus²³⁴.

Schmitts Kritik am Positivismus Kelsenscher Prägung muss vor dem Hintergrund dieser impliziten Begriffsunterscheidung in Betracht kommen. Auf welche Seite des Begriffs Kelsen zu rechnen ist, lässt Schmitt ausser Zweifel: „Die von *H. Kelsen* geführte sog. Wiener Schule hat den ausschliesslichen Herrschaftsanspruch eines abstrakten Normativismus in der Zeit von 1919-1932 mit besonderer ‚Reinheit‘ verfochten.“²³⁵ Ein zentraler Einwand zielt dahin, dass

²³¹ Vgl. ders.: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, S. 25. Die „positivistische Identifizierung von Recht und Gesetz“ beschreibt Schmitt auch ebd., S. 12f.

²³² Vgl. ebd., S. 26.

²³³ Vgl. ebd.

²³⁴ Vgl. ders.: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, S. 103.

²³⁵ Ders.: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, S. 13, Anm. 3. Dieser Rechtsauffassung setzte sich Schmitt, die nationalsozialistische Jurisprudenz im Rücken, entschieden entgegen und stellte dem Kelsenschen Positivismus vorsorglich eine Grabplatte mit Todesjahr 1932 aus; 1933 hatte Kelsen aufgrund jüdischer Abstammung seine Kölner Professur aufgeben müssen. Der politisch-polemische Hieb gegen einen normativistischen Positivismus zeigt sich in Schmitts nachgestellter Intentionserklärung am Ende der 1934 erschienenen Schrift: „Erst nach diesem kurz zusammenfassenden Überblick über die gegenwärtige Lage der deutschen Rechtswissenschaft kann die tiefe und entscheidende Bedeutung des *neuen Begriffs vom Juristen*

eine Rechtslehre, die für sich reine Normativität reklamiert und eine scharfe Trennung zwischen Sein und Sollen vollzieht, konsequenterweise jedes positivistische Element zu tilgen hätte, da Normativität aufhört, wo Positivismus beginnt. Reine Normativität kann nach Schmitt nur vorliegen, wo Normen ihre Gültigkeit aus sich selbst beziehen, indem sie „vor und über jedem politischen Sein gelten, weil sie *richtig* und *vernünftig* sind und daher ohne Rücksicht auf die seinsmässige, d.h. positiv-rechtliche Wirklichkeit ein echtes *Sollen* enthalten.“²³⁶ Solche konsequente Normativität leistet allein das Naturrecht oder anders formuliert: Wo Normativität in ihre reinste Konsequenz getrieben wird, kann bloss Naturrecht zurückbleiben. Doch gerade gegen die Naturrechtstheorie richtet Kelsen seine *Reine Rechtslehre*. Die reine Normativität, die er für sich behauptet, wird er deshalb nach Schmitt anders als das Naturrecht weder einlösen können noch wollen:

„Bei Kelsen dagegen gelten nur *positive* Normen, d.h. solche, welche *wirklich* gelten; sie gelten nicht, weil sie richtigerweise gelten *sollen*, sondern ohne Rücksicht auf Qualitäten wie Vernünftigkeit, Gerechtigkeit usw. nur deshalb, weil sie *positiv* sind. Hier hört plötzlich das Sollen auf und bricht die Normativität ab; statt ihrer erscheint die Tautologie einer rohen Tatsächlichkeit: etwas gilt, wenn es gilt und weil es gilt. [...] Zu sagen, dass eine Verfassung nicht wegen ihrer normativen Richtigkeit, sondern nur wegen ihrer Positivität gelte und trotzdem als reine Norm ein System oder eine Ordnung von reinen Normen begründe, ist eine widerspruchsvolle Verwirrung.“²³⁷

Diese Kritik leidet daran, dass Schmitt verschiedene Begriffe von Positivismus vermengt: Sein eigenes Konzept von Positivität als Tatsächliches, durch menschliche Macht faktisch Erzwingbares rückt an die Stelle, welche bei Kelsen die isolierte Normativität einer verfassungslegitimierenden Grundnorm besetzt hielt. Nach Kelsen wird die Grundnorm als Sollen vorausgesetzt, bleibt damit hypothetisch und gerät anders als das Naturrecht, welches das normativ Richtige und Vernünftige einem seinsmässigen Tatbestand entnimmt, nicht in den Strudel des naturalistischen Fehlschlusses. Schmitt zielt mit seiner Kritik an Kelsen vorbei, indem er dessen Absicht unterläuft, reine Normativität durch ein *vorpositives*, die Seins-Tatsache der Setzung vermeidendes, Voraussetzen eines Sollens zu garantieren. Anders als er behauptet, besteht Kelsen keineswegs darauf, „dass ‚die‘ Verfassung als ‚Grundnorm‘ gelten und alles andere Geltende sich daraus ableiten soll“.²³⁸ Die Identität von Verfassung

erkannt werden, den die nationalsozialistische Bewegung in Deutschland eingeführt hat. Die ständische Zusammenfassung der deutschen Juristen in der Deutschen Rechtsfront hat ihrer Organisation einen Begriff des Juristen zugrunde gelegt, der die bisherige positivistische Auseinanderreissung von Recht und Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Recht und Politik aufhebt und überwindet.“ (Ebd., S. 54.) Für eben diese Trennungen, insbesondere für diejenige von Recht und Politik, sprach sich Kelsen noch lange nach 1932 aus und hob 1960 hervor, dass auch in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg gerade diejenigen dem Rechtspositivismus entgegengetreten sind, welche die Grenzen zwischen Wissenschaft und Politik missachten; vgl. Kelsen: *Reine Rechtslehre*, S. VIII und 1.

²³⁶ Schmitt: *Verfassungslehre*, S. 8f.

²³⁷ Ebd., S. 9.

²³⁸ Ebd.

und Grundnorm würde bedeuten, dass letztere ebenso gesetzt wäre wie erstere – mit der Folge, dass die Normativität an dieser Stelle tatsächlich zu ihrem Abbruch gelangte. Kelsens Grundnorm hingegen meint nicht die Verfassung selbst, sondern die Vorschrift, dass man sich gemäss der historisch ersten Verfassung verhalten soll, von der her die aktuelle Rechtsordnung gilt. Diese Vorschrift ist anders als die erste und jede ihr folgende Verfassung nicht Setzung, nicht These, sondern vielmehr Voraussetzung, Hypothese, und als solche Grundlage aller Positivität, ohne selbst positiv zu sein.

Wenn Schmitts Kritik auch auf die falsche Scheibe zielt, ist der in den Bogen gespannte Pfeil doch der treffende, indem er die Überpositivität in Zweifel zieht. Zwar ist die Grundnorm als Geltungsquelle vorausgesetzt, die drängende Frage allerdings, was dieses Voraus denn sei, aus dem die Voraussetzung gesetzt wurde, muss, wie Schmitt an anderer Stelle richtig sieht, von einer reinen Rechtslehre verdrängt werden:

„Der Positivist wird geneigt sein, diese Frage nach dem Anfang der positiven Geltung der Norm als eine nicht mehr juristische Frage von sich zu weisen. Aber auch er kann der rechtswissenschaftlichen Notwendigkeit nicht entgehen, bereits den Punkt, an dem er seine rechtswissenschaftliche Tätigkeit ansetzt, die Rechtsquelle oder die Geltungsgrundlage, in einer rechtswissenschaftlichen Kategorie zu erfassen. Er wird also jenen tatsächlichen faktischen Moment, in welchem die positive Geltung einsetzt, entweder normativ oder dezisionistisch deuten.“²³⁹

Dass Kelsens Theorie der Grundnorm dem Anspruch nach den normativen Weg wählt, ist deutlich genug. Den „tatsächlichen faktischen Moment, in welchem die positive Geltung einsetzt“ – man möchte hinzufügen: als Setzung einsetzt – sucht sie dadurch zu erklären, dass sie ein immer schon normativ Vorausgesetztes setzt, von dem her die historisch erste Verfassung gelten kann.

Die Tatsache, dass die Voraussetzung in dezisionistischer Setzung wurzelt, wird von Kelsen nicht beim Namen genannt. Wenn er allerdings im Anhang der *Reinen Rechtslehre* darauf hinweist, dass der dem Rechtspositivismus inhärente Relativismus zu Bewusstsein bringe, dass „die Entscheidung der Frage, was gerecht und was ungerecht ist, von der Wahl der Gerechtigkeitsnorm abhängt, die wir zur Grundlage unseres Werturteiles nehmen“, und „dass diese Wahl nur wir selbst, jeder einzelne von uns, dass sie niemand anderer, nicht Gott, nicht die Natur und auch nicht die Vernunft als objektive Autorität für uns treffen kann“²⁴⁰, so muss der Aspekt der Entscheidung im Fall der positivistischen Grundnorm umso gewaltsamer hervortreten, da sie nicht von jedem frei gesetzt, sondern heteronom vorgegeben wird; vorgegeben von denjenigen, welche die Grundnorm durchsetzen, von der her die herrschende Rechtsordnung als gültig zu deuten ist.

²³⁹ Ders.: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, S. 30.

²⁴⁰ Kelsen: *Reine Rechtslehre*, S. 442.

Während die *Reine Rechtslehre* aufgrund ihrer eigenen Voraussetzungen die Basis des Naturrechts erwägt und auf seine verschwiegene Grundnorm weist, so muss für sie selbst in ganz ähnlicher Weise, weil ebenfalls aufgrund ihrer eigenen Voraussetzungen, eine gleichermassen notwendige wie notwendig unterschlagene Entscheidung verzeichnet werden. Eine positive Rechtsordnung definiert Kelsen als eine über Gesetzgebung oder Gewohnheit erzeugte, im grossen und ganzen wirksame Zwangsordnung; auf die Frage nach dem Geltungsgrund solcher Ordnung beansprucht die *Reine Rechtslehre* nur eine hypothetische Antwort zu geben, indem sie sagt: *Wenn* man das positive Recht als gültig betrachtet, setzt man eine Grundnorm voraus.²⁴¹ Doch da eine *Rechtsordnung* nur vorliegt, wo Geltung gegeben ist, *Rechtsordnung* aber zugleich auch *Zwangsordnung* bedeutet, muss der Zwang letztlich in der Durch-Setzung der Grundnorm gründen. Am Ende steht also auch bei Kelsen der Willkürakt der Entscheidung, am Ende bleibt trotz aller normativen Beteuerungen nicht „Soll-Norm“, sondern „Seins-Tatsache“.²⁴² Hinter der Norm, die über der Autorität stehen sollte, muss sich wiederum eine Autorität bergen, die diese Norm voraussetzt – aber damit doch eben nur setzt.

Diese Autorität zu umgehen, bemüht sich Kelsen dadurch, dass er sämtliche subjektiv-personalistischen Elemente tilgt bzw. hinter der objektiv gültigen Grundnorm verbirgt. Die Grundnorm liesse sich – und Kelsen würde es bestreiten – beschreiben als Willensschluss unter Ausschluss des Willensaktes, als Sollen unter Verdeckung des Wollenden, als Befehl eines verschwiegenen Befehlsgebers, kurzum: als Dezisionismus bei Leugnung der Entscheidung: „Es ist somit nicht die Seins-Tatsache eines auf das bestimmte Verhalten anderer gerichteten Willensaktes, sondern wiederum nur eine Soll-Norm, aus der – in einem objektiven Sinne – die Geltung der Norm folgt, dass sich diese anderen dem subjektiven Sinne des Willensaktes entsprechend verhalten sollen.“²⁴³ Indem Kelsen die Grundnorm mit den Attributen „hypothetisch“ und „vorausgesetzt“ versieht, wird der Einbruch jeder seinsmässigen Faktizität, jeder autoritär entscheidenden Setzung in den Bereich jenseits des rein normativ und dadurch objektiv gedachten Juristischen versetzt.

Wie Recht gelten kann, war die Ausgangsfrage Kelsens; zur Antwort den Weg über das Naturrecht zu nehmen, schloss er aus. Eine Beschreibung für den stattdessen gewählten Pfad hat die Rechtstheoretikerin Marie Theres Fögen geliefert: „Er wandelt [...] nach Zurückweisung aller naturrechtlichen Rechtstheorien und auch aller ihrer Schrumpfformen, wie Zweck-, Interessen-, Anerkennungs- und Willenstheorie, auf dem halsbrecherisch

²⁴¹ Vgl. ebd., S. 443.

²⁴² Vgl. die Unterscheidung von „Soll-Norm“ und „Seins-Tatsache“ ebd., S. 8.

²⁴³ Ebd.

schmalen Steg zwischen der Untiefe der Empirie und dem Abgrund der Metaphysik.“²⁴⁴ Die Beschreibung des Rechts unter Reinigung von allem Ausserrechtlichen gibt sich empirisch, die vorausgesetzte Grundnorm hingegen greift tief in den Bereich der Metaphysik. Indem eine Auseinandersetzung mit Schmitt die Grundnorm ins Licht von fassbarer Autorität und letzter Entscheidung rückt, wird der metaphysische Schleier etwas gelüftet und die verdeckte Stelle sichtbar, an der das Pendel zur Empirie hin ausschlägt. Die vorausgesetzte Grundnorm wird von Kelsen als Ergebnis relativer Deutung vorgeführt; gibt man dieser Deutung ein Gesicht, so trägt es die Züge willkürlicher Deziision. Vor dem Hintergrund solcher Einsicht fällt allerdings auch der Versuch, innerhalb der *Rechtslehre* eine äussere Legitimationsquelle zu konstruieren, dahin.

Diese interne Kritik am Theoriegefüge Kelsens wurde hier ausgehend von Schmitts Deziisionismus als Weiterführung seines Zweifels an der Überpositivität formuliert. Der für Schmitt zentrale Einwand nimmt hingegen den Weg einer externen Kritik. Gefragt wird hier weniger nach dem theoretischen Argumentationsgang als vielmehr nach dem Passverhältnis von beschreibender Theorie und beschriebener Wirklichkeit. Die Norm taugt nach Schmitt nicht als Ausgangspunkt allen Rechts, weil sie Geltung nur behaupten kann, wo ihr eine normale Situation zugrunde liegt: „Es gibt keine Norm, die auf ein Chaos anwendbar wäre. Die Ordnung muss hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat. Es muss eine normale Situation geschaffen werden, und souverän ist derjenige, der definitiv darüber entscheidet, ob dieser normale Zustand wirklich herrscht.“²⁴⁵ Wer den Entscheid über die Ordnung fällt, verfügt über die Norm und so könnte die Hierarchie in der von Schmitt beobachteten Rechtswirklichkeit deutlicher nicht sein: Deziision einer souveränen Autorität, Ordnung, Norm.

Die interne und die externe Kritik – erstere von Schmitt aus, letztere von Schmitt selbst formuliert – gehen aufs Selbe: Am Ende steht nicht die Norm, sondern die Entscheidung und mit ihr die Autorität, die sie fällt. Dem grundnormgestützten Versuch der Objektivitätssuggestion wird in beiden Fällen mit dem Verweis auf eine notwendige Autorität widersprochen. Den Mangel an Kelsens Theorie formuliert Schmitt ohne Schonung: „Die Objektivität, die er [sc. Kelsen] für sich beansprucht, erschöpft sich darin, dass er alles Personalistische vermeidet und die Rechtsordnung auf das unpersönliche Gelten einer unpersönlichen Norm zurückführt.“²⁴⁶ Im direkten Gegenzug sucht Schmitt die sich autoritär durchsetzende Deziision als das grundlegende Moment zu bestimmen, das nicht im Davor

²⁴⁴ Fögen: *Das Lied vom Gesetz*, S. 89.

²⁴⁵ Schmitt: *Politische Theologie*, S. 20.

²⁴⁶ Ebd., S. 39f.

noch im Darüber oder Daneben des Rechts steht, sondern dem Recht selbst wesentlich zugehört.²⁴⁷

Seinen personalistischen Dezisionismus, den er Kelsens normativistischen Bemühungen entgegenhält, liest Schmitt insbesondere an Hobbes ab, der ihm schon in der *Politischen Theologie* von 1922 als der „klassische Vertreter des (wenn ich dies Wort bilden darf) dezisionistischen Typus“ gilt.²⁴⁸ Schmitts Zusammenführung von Dezisionismus und Positivismus hat ihr Mittelstück bei Hobbes, der dadurch in gleicher Weise zum Anti-Kelsen wie zum Anti-Naturrechtler gerät. Dies geschieht in einer überaus aktiven Interpretation, die gewisse Elemente in den Vordergrund rückt, um andere, nicht weniger zentrale, an den Rand zu drängen.

Angelpunkt der Deutung bildet stets das Hobbessche Diktum: *Autoritas, non veritas facit legem*.²⁴⁹ Sowohl den Vorrang der Autorität als auch den Verlust von Wahrheit strapaziert Schmitt dabei über Gebühr. Die Stärkung der Autorität unternimmt Schmitt, indem er ihre Bindung an den zugrunde liegenden Vertrag lockerer gestaltet. Gewiss hat der Hobbessche Staat auch für Schmitt seine Grundlage im Vertrag und stellt damit das Ergebnis menschlichen Verstandes und menschlicher Kraft dar; doch spielt Schmitt von hier dem Souverän seine Selbständigkeit zu, indem er einwirft, „dass das Ergebnis mehr und eigentlich etwas anderes ist, als ein von blossen Individuen geschlossener Vertrag bewirken könnte.“²⁵⁰ Der Konsens aller mit allen sei lediglich anarchistischer Sozial-, nicht aber Staatsvertrag; die souverän-repräsentative Person, welche die Seele des grossen Menschen Staat, des *μικρός ἄνθρωπος*, bilde und allein den Frieden garantiere, komme nicht durch, sondern nur anlässlich des Konsenses zustande: „Die angehäuften Angst der um ihr Leben zitternden Individuen ruft allerdings den Leviathan, eine neue Macht, auf den Plan; aber sie beschwört den neuen Gott mehr, als dass sie ihn schafft.“²⁵¹ Die Kraft und überhaupt das Wesen des Souveräns lassen sich nicht auf die addierte Kraft aller beteiligten Einzelwillen hinunterrechnen; gegenüber den beschwörenden Individuen als Einzelnen und als Summe erweist sich der neue Gott als, wenn auch nicht metaphysisch, so doch juristisch transzendent.²⁵²

²⁴⁷ Vgl. ebd., S. 19, wo die Dezision als „spezifisch-juristisches Formelement“ vorgestellt wird.

²⁴⁸ Ebd., S. 44.

²⁴⁹ Der Satz findet sich im 26. Kapitel der lateinischen Fassung des *Leviathan*: „In Civitate constituta, Legum Naturae Interpretatio non à Doctoribus & Scriptoribus Moralis Philosophiae dependent, sed ab Autoritate Civitatis. Doctrinae quidem verae esse possunt; sed Autoritas non Veritas facit Legem.“ (Hobbes: *Leviathan*, 1668, S. 132f.) Schmitt zitiert die Wendung im Eingang seiner kürzeren Hobbes-Auslegungen in der *Politischen Theologie* (S. 44) und in *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (S. 23) sowie an zwei prominenten Stellen der ausschliesslich mit Hobbes befassten Schrift *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (S. 68 und 82).

²⁵⁰ Ders.: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, S. 51.

²⁵¹ Ebd., S. 52.

²⁵² Vgl. ebd.

Demnach stellt Schmitt die Autonomie der Souveränität dadurch her, dass er die Staatsgenese als einen Fall von Emergenz beschreibt. Dem Absolutismus, verstanden als Loslösung des Souveräns von den ihn einsetzenden Kräften, ist damit ein fester Boden bereitet – ein Boden, der sich so bei Hobbes nicht findet und der sich nur über entschiedene Bewirtschaftung und Umpflügung des Hobbesschen Gedankenguts gewinnen lässt. Was auf diesem neuen Boden spriesst, bleibt in die absolutistische Furche gefügt.

Die weitreichendste Folge zeitigt dies in der Schmittschen Marginalisierung des Hobbesschen Widerstandsrechts. Dass es für Hobbes ein unveräusserliches Recht darstellt, denen Widerstand zu leisten, die mit Gewalt das eigene Leben bedrohen und dass deshalb auch eine staatlich legitimierte Strafe, indem sie Gewalt bedeutet, niemals einen Verzicht auf Widerstand gebieten kann, wird von Schmitt unterschlagen.²⁵³ Zwar räumt er ein, dass wo Sicherheit und Schutz der Staatsunterworfenen ein Ende nehmen, auch der Staat aufhört und jede Gehorsamspflicht entfällt.²⁵⁴ Zugleich tritt aber das bei Hobbes staatstragende konsensuelle Element, das dem Staat den Zweck und dem Widerstand den Grund gibt, in den Schatten personalisierter Dezision. Die Fokussierung auf die souveräne Person unter Rückstufung der vertragschliessenden Individuen eröffnet Schmitt die Möglichkeit, die Staatswerdung insgesamt um vieles dezisionistischer aufzufassen, als bei Hobbes angelegt. In der Schrift *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* wird der Vertragsgedanke während der Auseinandersetzung mit Hobbes mit keinem Wort erwähnt: „Wer die Ruhe, Sicherheit und Ordnung herstellt, ist Souverän und hat alle Autorität.“²⁵⁵ Solche Herstellung der Ordnung ist für Schmitt nichts anderes als „echte und reine Entscheidung“²⁵⁶, so dass der Staat hier nicht aus dem Kontrakt aller Einzelnen, ja noch nicht einmal anlässlich dieses Kontraktes, sondern allein durch die Durchsetzung der Dezision erwächst: „Die souveräne Entscheidung ist der absolute Anfang, und der Anfang (auch im Sinne von ἀρχή) ist nichts als souveräne Entscheidung.“²⁵⁷

Eine weitere Stütze erhält der Dezisionismus durch die Radikalisierung des zweiten Teiles des Hobbesschen Diktums. Während das 26. Kapitel des *Leviathan*, das von den bürgerlichen Gesetzen handelt, die Rückbindung des Souveräns an das ewige Gesetz der Billigkeit thematisiert, was ich an früherer Stelle ausführlich dargelegt habe, greift Schmitt das „non

²⁵³ Vgl. dazu Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 101f. und 107.

²⁵⁴ Vgl. Schmitt: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, S. 113.

²⁵⁵ Ders.: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, S. 23.

²⁵⁶ Ebd.

²⁵⁷ Ebd., S. 23f. Dass der „aktive Nihilismus“ Schmitts, der eine ungebundene Entscheidung postuliert, sich zu Unrecht in Hobbes' Nähe wähnt, bemerkt auch Karl Löwith: „Der okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt“, in: ders.: *Gesammelte Abhandlungen. Zur Kritik der geschichtlichen Existenz*, Stuttgart: W. Kohlhammer 1960, S. 93-126, 102.

veritas facit legem“ aus diesem relativierenden Kontext heraus und lässt jedes Recht im souveränen Befehl aufgehen.²⁵⁸

Wolfgang Kerstings Formulierung, Carl Schmitt sei „ein Hobbesianer reinsten Wassers“, scheint mir nicht glücklich gewählt.²⁵⁹ Wollte man im Bild bleiben, liesse sich vielleicht eher sagen: ein Destillat. Wenn Kersting schreibt, Schmitt habe den Dezisionismus der Hobbesschen Philosophie entnommen, ist relativierend einzuwenden, dass er von Hobbes zwar Elemente seiner dezisionistischen Theorie bezieht, sie aber in selbständiger Radikalisierung und deutlicher Abweichung entwickelt.²⁶⁰ Summierend kann festgehalten werden, dass die dezisionistische Wendung, die Schmitt bei Hobbes herausstreicht, dort keineswegs in dem ungebrochenen Sinne vorliegt, auf den es Schmitt ankommt; vielmehr ist er es selbst, der dem *Leviathan* in einer aktiven Deutung diese Wendung gibt, um aus ihr den absolutistischen Schwung für seine eigene Theorie der Entscheidung zu nehmen.

Nichtsdestoweniger sind die sich aus dem Dezisionismus Schmitts ergebenden Kritikpunkte am Kelsenschen Positivismus triftig. Sie zeigen, dass dessen Anspruch eines reinen Normativismus nicht einzulösen ist, da die Grundierung immer eine dezisionistische bleibt. Doch ist es gerade die kritische Distanznahme, welche die Nähe von Schmitt und Kelsen erweist. Pointiert liesse sich dieser Umstand dahin formulieren, dass, was bei Kelsen implizit vorliegt, von Schmitt aufgedeckt und expliziert wird: Die Entscheidung als unvermeidliches Substrat des Rechts. Dieses Substrat hat freilich seinerseits einen Grund, ist nicht erstes ὑποκείμενον, sondern fusst auf einer Annahme, die von Kelsen und Schmitt gleichermassen geteilt wird und durch die sie – ersterer ungewollt und vielleicht nicht vollends bewusst, letzterer gewollt und bewusst – den Armen des Dezisionismus zugeführt werden. Beide gehen sie davon aus, dass immer geltende Grundsätze, aus denen Recht sich speisen könnte, nicht auffindbar sind, dass Recht sich deshalb aus einer inhaltlichen Indifferenz schöpft oder vielmehr, und hier liegt der Dezisionismus, nicht sich schöpft, sondern von aussen geschöpft wird, wobei Schöpfung nichts anderes als Entscheidung, Schöpfer nichts anderes als souveräne Autorität bedeuten kann. „Die Entscheidung ist, normativ betrachtet, aus einem Nichts geboren.“²⁶¹ Diesen Satz Schmitts gilt es wörtlich zu verstehen und damit etwas wörtlicher, als er intendiert ist: Die Dezision gelangt durch Geburt ins Leben, hat im normativen Vakuum ihren Muttergrund, damit aber Wurzeln in einem Vorgängigen. Denn tatsächlich ist die Entscheidung nicht ursprünglich, nicht erste Aktion, sondern Reaktion auf einen normativen Nullpunkt: *creatio ex nihilo* gewiss; vor allem aber

²⁵⁸ Vgl. Schmitt: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, S. 82 sowie Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 203-222.

²⁵⁹ Vgl. Kersting: *Thomas Hobbes zur Einführung*, S. 206.

²⁶⁰ Vgl. ebd., S. 207.

²⁶¹ Schmitt: *Politische Theologie*, S. 42.

creatio nihili causa. Nur wo eine normative Richtschnur fehlt, springt eine Entscheidung in die Lücke. In jedem anderen Fall handelt es sich, wie zu zeigen sein wird, um bloße Zurechnung hin zu einer Norm, wobei es nichts zu entscheiden, nur zu vollziehen gibt. Kelsen wie Schmitt lehnen die naturrechtliche Voraussetzung naturgegebener normativer Orientierungspunkte ab. Der Aporie des Naturrechts, die in der Existenz verschiedener sich widersprechender Entwürfe von allein und ewig gültigen Normen besteht, setzen sie die Voraussetzung eines normativen Vakuums entgegen.²⁶² Dass daraus die Notwendigkeit unbegründeter Entscheidung erwächst, wird von Kelsen verdrängt, von Schmitt eingesehen, belassen und bejaht. Ein dritter Weg besteht im Versuch, das Faktum prinzipieller Unentscheidbarkeit einzusehen und durch Begründungen für die getroffene Wahl zu mildern. Dass dieser von Luhmann, vor allem aber im Anschluss an ihn unternommene Versuch immer schon zu spät kommt und deshalb keinen Ausweg aus dem Dezisionismus bieten kann, soll das folgende Kapitel darlegen.

²⁶² Die Pluralität naturrechtlicher Konzepte verwendet Kelsen als Argument für das Versagen des Naturrechts, dem positiven Recht einen festen Massstab zu bieten, und damit als Argument gegen naturrechtliche Geltung überhaupt; vgl. Kelsen: *Reine Rechtslehre*, S. 226f.: „Sobald die Naturrechtslehre daran geht, den Inhalt der der Natur immanenten, aus der Natur deduzierten Normen zu bestimmen, gerät sie in die schärfsten Gegensätze. Ihre Vertreter haben nicht *ein* Naturrecht, sondern mehrere sehr verschiedene und einander widersprechende Naturrechte proklamiert. [...] Die Naturrechtslehre, so wie sie tatsächlich entwickelt wurde und nicht anders entwickelt werden kann, ist weit davon entfernt, das feste Kriterium zu liefern, das von ihr erwartet wird.“

4.2 Die systemtheoretische Begründung unentscheidbarer Entscheide

Das Problem einer nicht naturrechtlichen Legitimierung von Recht sitzt tief an dessen Grund, wobei Grund hier als systematischer und zugleich historischer Ausgangspunkt begriffen werden muss. Zwischen beiden besteht ein enger Verweisungszusammenhang, denn die normative Haltlosigkeit, die dem bloss gesetzten Recht dauerhaft innewohnt, bedeutet eine Widerspiegelung der grundlosen Entscheidung, die den Anfang des Rechts macht. Das Unbehagen, das aus solcher Entscheidung erwächst, beschreibt Niklas Luhmann in *Legitimation durch Verfahren*:

„Ob und wieweit das Recht Entscheidungsprozessen überantwortet werden kann, ist für den Juristen ein ungelöstes Problem. Seit alters gewohnt und darauf eingestellt, Streit zu entscheiden und dabei festzustellen, was Recht ist, macht ihm der Gedanke, auch das Recht selbst durch Entscheidung herzustellen, sichtlich zu schaffen. Der Abgrund von Beliebigkeit, der sich auftun könnte, wenn alles Recht nur kraft Entscheidung gälte, lässt ihn erschauern.“²⁶³

Wenn am Anfang des Rechts kein Grund zu finden ist, bleibt in der Tat nur Abgrund. Treffender scheint mir allerdings, die Kausalität in umgekehrter Richtung zu formulieren. Nicht etwa stürzt das Recht in Beliebigkeit, weil es allein auf Entscheidung beruht, sondern vielmehr ist der Grund für die Entscheidung darin zu finden, dass vor dem Gesetz und d.h.: vor der Entscheidung ein normatives Vakuum liegt. Wo keine Werte feststehen, hat Beliebigkeit ihren Sitz. Auch ist Beliebigkeit die Bedingung, unter der allein es zur Entscheidung kommen kann. Von diesem Gedanken ausgehend rückt Luhmann die Kausalität im Anschluss an Heinz von Foerster unmissverständlich in die rechte Richtung: „Entscheidungen gibt es nur, wenn etwas prinzipiell Unentscheidbares (nicht nur: Unentschiedenes!) vorliegt. Denn anderenfalls wäre die Entscheidung schon entschieden und müsste nur noch ‚erkannt‘ werden.“²⁶⁴ Wäre die Entscheidung schon entschieden, wäre sie keine Entscheidung mehr, sondern nur mehr die Berechnung des Richtigen.

Mit einer der beiden Optionen kann die Entscheidung nicht zusammenfallen, weshalb sie „selbst in der Alternative gar nicht vorkommt.“²⁶⁵ Zugleich stellt die Alternative die Bedingung der Möglichkeit jeder Entscheidung dar, indem durch die Entscheidung die präferierte Seite der Alternative bezeichnet wird.²⁶⁶ Angesichts ihres ambivalenten Status bestimmt Luhmann die Entscheidung als „das eingeschlossene ausgeschlossene Dritte“.²⁶⁷ Entscheidung steht nach Luhmann auch am Anfang des Rechts, an dem Dezisionismus und Positivität eine ähnlich enge Verknüpfung erfahren wie bei Carl Schmitt: „Unter positivem

²⁶³ Niklas Luhmann: *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1983, S. 141.

²⁶⁴ Ders.: *Das Recht der Gesellschaft*, S. 308.

²⁶⁵ Ders.: *Organisation und Entscheidung*, Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2000, S. 135.

²⁶⁶ Vgl. ebd., S. 132f.

²⁶⁷ Ebd., S. 135.

Recht sind Rechtsnormen zu verstehen, die durch Entscheidung in Geltung gesetzt worden sind und demgemäss durch Entscheidung wieder ausser Kraft gesetzt werden können.“²⁶⁸ Weil die grundlegende Erstentscheidung, was Recht und was Unrecht sei, nicht weniger als jede andere Entscheidung auch hätte anders ausfallen können, findet das Recht in seinem Anfang keinen festen Boden.

Von diesem Punkt her liesse sich Luhmanns Beschreibung ganz als Feststellung der dezisionistischen Fundierung des Rechts lesen. Wenn „die Entscheidung sich nicht entscheiden“ kann, droht denn auch nach Andreas Fischer-Lescano und Ralph Christensen sich „jener Abgrund aufzutun, über den im Fall des Rechts nach Carl Schmitt nur der dezisionistische Sprung helfen kann.“²⁶⁹ Doch versuchen die beiden Autoren in ihrem Aufsatz, der sich eine systemtheoretische Dekonstruktion des Dezisionismus zum Ziel nimmt, gegenteilig nachzuweisen, dass gerade Luhmann das theoretische Rüstzeug an die Hand gibt, solchen Sprung zu vermeiden, ohne die Entscheidung zu leugnen. Dass dies kaum gelingen kann, sollen die folgenden Ausführungen zeigen.

Eine wesentliche Differenz zwischen Schmitt und Luhmann liegt in der Frage nach dem Woher der Entscheidung. Stellt Schmitt ganz auf die Eigenmächtigkeit des Souveräns ab, so betont Luhmann die soziale Determiniertheit allen Entscheidens. Dieses wird ihm zufolge stets von normativen Entscheidungsprämissen abhängen, die von der Gesellschaft vorgegeben sind.²⁷⁰ Es ist eben dieser Aspekt, an den Fischer-Lescano und Christensen anschliessen, wenn sie die systemtheoretischen Ansätze Luhmanns vom entschlossenen Dezisionismus Carl Schmitts abgrenzen: Während Schmitt die soziale Umwelt von Entscheidungsprozessen ausblende und stattdessen in subjektivistischer Manier allein auf Personen, genauer: „auf individuelle Idiosynkrasien“²⁷¹ des Entscheiders abstelle, finde sich bei Luhmann eine gesellschaftliche Kontextualisierung angelegt, über deren weiterführende Konturierung ein festerer Grund für das Recht zu erhoffen sei.

Weil Luhmann die Entscheidung nicht als etwas ansieht, „was im Kopf eines Individuums stattfindet“, sondern als soziale Operation, mithin als kommunikatives Ereignis, bleibt jede Entscheidung an die Notwendigkeit ihrer Rechtfertigung geknüpft; stets muss die Entscheidung eine Meta-Information mitkommunizieren, die begründet, weshalb die

²⁶⁸ Ders.: *Legitimation durch Verfahren*, S. 141.

²⁶⁹ Andreas Fischer-Lescano und Ralph Christensen: „Auctoritatis interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie“, in: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht*, Bd. 44 H. 1 (2005), S. 213-241, 222.

²⁷⁰ Vgl. Luhmann: *Legitimation durch Verfahren*, S. 141.

²⁷¹ Fischer-Lescano/Christensen: „Auctoritatis interpositio“, S. 228. Die Kritik an der sozialen Kontextblindheit der Schmittschen Theorie wird auf S. 226-228 ausgeführt.

Entscheidung so und nicht anders ausfiel.²⁷² Weil aber zur Mitteilung der Entscheidung die Botschaft gehört, dass auch anders hätte entschieden werden können, reicht eine die Entscheidung supplementierende Begründung nicht aus. Fischer-Lescano und Christensen heben deshalb die Bedeutung des Verfahrens hervor, das die Streitparteien in das Rechtsgeschehen einbezieht und ihnen über das Instrument der Argumentation die Möglichkeit bietet, auf die Entscheidung einzuwirken.²⁷³ Begründung, Verfahren und Argumentation kommen hier als Weg in den Blick, „den gewaltsamen Charakter der Entscheidung“ zu relativieren.²⁷⁴ Gewiss ist Schmitt an solcher Relativierung wenig gelegen und wenig liegt ihm daran, dies zu verbergen. In *Der Hüter der Verfassung* bemerkt er zur Beweisführung von Gerichtsentscheidungen, der Sinn sei „nicht überwältigende Argumentation, sondern eben Entscheidung durch autoritäre Beseitigung des Zweifels.“²⁷⁵

Die von Fischer-Lescano und Christensen unternommene Kontrastierung von Schmitt und Luhmann hat viel Triftiges, nicht zuletzt da sich Luhmann selbst hinsichtlich seiner Engführung von Positivismus und Entscheidung bemüht, den „Vorwurf des ‚Dezisionismus‘ im Sinne einer willkürlichen, nur von Durchsetzungsmacht abhängigen Entscheidungsmöglichkeit“ abzuweisen.²⁷⁶ Dies dadurch, dass er der Gefahr der Beliebigkeit, die ich als Urgrund der Dezision bestimmt habe, deutliche Schranken setzt, womit er zugleich naturrechtliche Einwände zu entkräften sucht:

„Im Kontext der naturrechtlichen Tradition war zwar positives Recht als ‚arbiträr‘ bezeichnet worden; aber diese Kennzeichnung ist zu lesen vor dem Hintergrund der Leitunterscheidung von unveränderlichem und veränderlichem Recht. Wenn veränderliches Recht als ‚arbiträr‘ bezeichnet wird, heisst dies also nur: dass es sich nicht aus dem unveränderlichen (göttlichen, natürlichen) Recht ableiten lässt, sondern den Zeitumständen oder Situationen angepasst werden muss; und gerade diese Begründung schliesst aus, dass es jemals beliebig zugehen könnte.“²⁷⁷

Ebenso betonen Fischer-Lescano und Christensen im Hinblick auf das mögliche Anderssein der Entscheidung, dass ihre Lage hoffnungslos nur bliebe, „wenn man sie aus der Zeit nimmt, wenn man sie nur für sich nimmt, anstatt sie in der Zeit und damit als kontingent zu sich kommen zu lassen.“²⁷⁸ Auf diese Weise würde die Entscheidung den Betroffenen nicht aus normativem Nichts zugeschoben, sondern durch Argumentationsmöglichkeit und

²⁷² Vgl. Luhmann: *Organisation und Entscheidung*, S. 141f. Zur Bestimmung von sozialen Operationen als „Kommunikationen“ vgl. ders.: *Das Recht der Gesellschaft*, S. 40f.

²⁷³ Vgl. Fischer-Lescano/Christensen: „Auctoritatis interpositio“, S. 240.

²⁷⁴ Ebd., S. 232.

²⁷⁵ Carl Schmitt: *Der Hüter der Verfassung* (Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart, Bd. 1), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1931, S. 46.

²⁷⁶ Luhmann: *Das Recht der Gesellschaft*, S. 38f. Dass Geltung nach Luhmann nicht schlicht auf Durchsetzbarkeit beruht, wird deutlich auch ebd., S. 524.

²⁷⁷ Ebd., S. 39.

²⁷⁸ Fischer-Lescano/Christensen: „Auctoritatis interpositio“, S. 223.

Begründungszwang „die Erfindung der Regel für die Mitgestaltung durch die Beteiligten, eine kritische Öffentlichkeit, Politik etc. geöffnet.“²⁷⁹

Was damit gewonnen ist, bleibt hingegen fraglich. Von den zwei Punkten, an denen ich zu Beginn des Kapitels die Begründungsnot festgestellt habe, behandeln Fischer-Lescano und Christensen nur den fortdauernd systematischen, nicht aber den zugrunde liegenden historischen. Einer gegebenen Rechtsordnung suchen sie dadurch Halt zu verleihen, dass sie auf die Eingebundenheit der Entscheidung ins Rechtsverfahren hinweisen, das seinerseits die Einwirkung einer ausserrechtlichen Umwelt garantiert. Gesetzt ist dabei, dass Recht schon gesetzt sei und ein Verfahren bestehe. Eine Replik auf Schmitt vermögen die Autoren allerdings ebenso wenig vorzulegen wie Luhmann, den sie in ihrer Argumentation an die Hand nehmen. Denn Schmitt beleuchtet das, was bei ihnen deshalb nicht vorkommt, weil es vorher kommt: die Entscheidung über die Ordnung, die Verfahren erst konstituiert. „Die Ordnung muss hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat.“²⁸⁰ Es ist der Anfang des Rechts, der bei Fischer-Lescano und Christensen ausgeblendet bleibt und um den sie dennoch wissen, wenn sie schreiben: „Es ist die rechtliche Gründungsparadoxie, die als Anwendungsparadoxie in den Entscheidungssituationen auftaucht“.²⁸¹

Am Grund des Rechts liegt „die Paradoxie der unentscheidbaren Entscheidung“, die entfaltet, d.h. in Unterscheidungen übersetzt werden muss.²⁸² Aus Unentscheidbarkeit wird die Entscheidung deshalb geschöpft, weil das Recht jenseits einer naturrechtlichen Bezüglichkeit keine Legitimation über externe Werte erfahren kann und auf sich selbst verwiesen bleibt. Wo aber solche Legitimation als eine das Recht transzendierende Wertrelation entfällt, schwindet auch der Punkt, von dem her entschieden werden kann. Recht und Unrecht wird dennoch geschieden, aber was als Recht markiert wurde, hätte auch Unrecht sein können, da am Anfang für das, was Recht heißen sollte, alles in gleicher Weise zur Wahl stand. So unterscheidet der auf dem Boden von Unentscheidbarkeit etablierte Code *recht/unrecht* seine Werte „mit Hilfe einer Negation, die nichts bedeutet“, da Negationen nach Luhmann Operationen sind, welche die Identität des Negierten voraussetzen, womit die Werte stets „austauschbar sind“.²⁸³ Was unter Recht oder Unrecht gefasst wird, ist nicht seit jeher geschieden, war vielmehr identisch und wurde mit einer Etikette versehen, die immer auch eine andere sein könnte.

²⁷⁹ Ebd., S. 232.

²⁸⁰ Schmitt: *Politische Theologie*, S. 20.

²⁸¹ Fischer-Lescano/Christensen: „Auctoritatis interpositio“, S. 220.

²⁸² Vgl. Luhmann: *Das Recht der Gesellschaft*, S. 317.

²⁸³ Ebd., S. 188. Das Rechtssystem macht hierin von anderen sozialen Systemen freilich keine Ausnahme, da die Einheit eines binär codierten Systems, d.h. die Einheit dessen, was als different fungiert, allein in der Form einer Paradoxie beschrieben werden kann; vgl. dazu ebd., S. 176 und 215.

Dass sich Recht nach Luhmann allein durch solche Entfaltung einer Paradoxie, „also durch Einführung identifizierender Unterscheidungen“ begründen lässt²⁸⁴, muss sich unauslöschlich in den Status des so geschaffenen Rechts einschreiben. Denn die Frage, ob die Unterscheidung von Recht und Unrecht zu Recht besteht, wird sich unter dieser Voraussetzung nie beantworten lassen. Die sich eröffnende Bodenlosigkeit wird dadurch invisibilisiert, dass die Austauschbarkeit der Werte und damit die Einheit des Codes der Thematisierung entzogen werden.²⁸⁵ Kelsens Grundnorm liesse sich dem Bemühen solcher Invisibilisierung zuschlagen, da sie hinter anonymer Objektivierung verdeckt, dass darüber, was den Stempel von geltendem Recht tragen sollte, nur entschieden wurde.²⁸⁶

Doch als eine Invisibilisierung lässt sich auch Luhmanns Hinweis auf zeit- und umweltgebundene Begründungen, auf Argumentation und Verfahren verstehen. Denn er lenkt den Blick weg von der vorgängigen Paradoxie einer Rechtsetzung aus Unentscheidbarkeit und hin zur nachträglichen Fairness der Entscheidungsfindung innerhalb eines bereits etablierten Rechtssystems. Eine systemtheoretische Dekonstruktion des Dezisionismus, die Fischer-Lescano und Christensen anstreben, kann unter Aufnahme des Luhmannschen Hinweises nicht bewerkstelligt werden. Denn am Grund des Rechts bleibt nach wie vor die bloße Entscheidung zurück. Anders als im Falle von Kelsens Grundnorm wird nicht Objektivierung als Vorher und Ausserhalb einer personalen Dezision zum Programm, sondern vielmehr Intersubjektivität im gesellschaftlichen Kommunikationsgefüge. Damit lässt sich der Schall gegenwärtig gefallener Rechtsentscheidungen dämpfen – dass der entscheidende Schuss ganz zu Beginn schon gefallen ist, bleibt indessen als Echo auch hörbar, wenn im Nachhinein darüber geschwiegen wird.

Geschwiegen wird bei Fischer-Lescano und Christensen gerade über den Punkt, an dem für Schmitt das spezifisch-juristische Formelement der Dezision in absoluter Reinheit hervortritt: über den Ausnahmezustand, in dem sich derjenige als souverän erweist, der definitiv darüber entscheidet, wann die Ordnung herrscht, in der Norm und Verfahren greifen können.²⁸⁷ Er ist bei den Autoren weggedacht und seine Absenz hinterlässt eine Lücke, die zu füllen kaum anders möglich scheint als durch das erneute Hinzudenken einer Entscheidung, welche Gestalt sie auch immer annehmen möge. Einem verschwiegenen Dezisionismus bleiben

²⁸⁴ Ebd., S. 176.

²⁸⁵ Vgl. ebd., S. 188.

²⁸⁶ Luhmann sieht in Kelsens Grundnorm eine „Paradoxieauflösung (oder Tautologieentfaltung) mit Externalisierungstendenz“, da jenseits vom Recht eine Metaebene etabliert wird, „auf der Regeln die Geltung von Regeln regulieren“; ebd., S. 101f. Entsprechend schreibt Marie Theres Fögen mit Blick auf Luhmann: „Kelsen konnte die Paradoxie, dass Recht sich nur aus Recht begründet, nur mit Hilfe einer *ausserhalb* des Rechts stehenden Figur entfalten.“ (Fögen: *Das Lied vom Gesetz*, S. 104.) Da die Paradoxie am Grund des Rechts immer bestehen bleibt, können „Entfaltung“ und „Auflösung“ der Paradoxie nur im Sinne einer Invisibilisierung verstanden werden.

²⁸⁷ Vgl. Schmitt: *Politische Theologie*, S. 19f.

solche systemtheoretisch geleiteten Versuche deshalb gerade dort verhaftet, wo sie zur Dekonstruktion eines offen behaupteten antreten.

4.3 Derrida und die Benennung der grundlosen Gewalttat am Grund des Rechts

Die Stille systemtheoretischer Dekonstruktionsversuche durchbricht mit Jacques Derrida gerade ein Vertreter der Dekonstruktion. Auf die anfängliche Entscheidung weist er ebenso hin wie auf ihr Verschweigen. Zugleich fördert er in solcher Offenlegung zutage, was zum Verschweigen der unentscheidbaren Entscheidung gedrängt hatte – die ungerechtfertigte Gewalt des Anfangs: „Weil sie sich definitionsgemäss auf nichts anderes stützen können als auf sich selbst, sind der Ursprung der Autorität, die (Be)gründung oder der Grund, die Setzung des Gesetzes in sich selbst eine grund-lose Gewalt(tat).“²⁸⁸

Dass sich diese Stelle als eine Beschreibung des Dezisionismus lesen lässt, wird an einem zentralen dezisionistischen Merkmal deutlich, das bei Carl Schmitt auftrat und das Derrida vorführt, ohne es ausdrücklich zu benennen: Es liegt in der Zusammenführung von Autorität und Setzung, die stets einen gemeinsamen Ursprung haben, wo der Entscheid über das Recht ohne externe Rechtfertigung fällt. Im immanenten Modus seines Zustandekommens wird der Setzungsentscheid restlos einer Autorität zugewiesen, die sich ihrerseits allein dadurch als Autorität erweist, dass von ihr die Entscheidung ausgeht.

Diese Verflechtung ist insofern bedeutsam, als sie ein aufschlussreiches Licht auf Titel und Thema von Derridas Schrift wirft: „Gesetzeskraft. Der ‚mystische Grund der Autorität‘“ – die in Anführungszeichen gesetzte Wendung des Untertitels stammt von Pascal, der, ohne ihn zu nennen, Montaigne zitiert.²⁸⁹ Derrida kündigt an, den Ausdruck in einer „aktiven, niemals gewaltfreien Interpretation“ einer neuen Lesart zuzuführen.²⁹⁰ In den folgenden Erläuterungen konzentriert er sich in erster Linie auf *le fondement mystique*, den mystischen Grund. Implizit gibt er allerdings auch dem Begriff der Autorität eine Deutung, die mir nicht weniger folgenreich scheint. „Autorität“ wird bei Pascal auf die Gerechtigkeit bezogen, während Montaigne Recht von Gerechtigkeit trennt und von Ansehen und Autorität der Gesetze spricht.²⁹¹ Letzteres liesse sich zunächst auch mit Blick auf Derrida vermuten, zumal der

²⁸⁸ Jacques Derrida: *Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, S. 29. Der faktischen Grundlosigkeit erster Setzungen ist sich mit Blick auf die Geschichte auch Thomas Hobbes bewusst, wenn er am Ende des *Leviathan* darauf hinweist, dass es kaum einen Staat auf der Welt gebe, „dessen Anfänge mit gutem Gewissen zu rechtfertigen sind.“ (Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 539.)

²⁸⁹ Vgl. dazu Derrida: *Gesetzeskraft*, S. 23-25.

²⁹⁰ Ebd., S. 23.

²⁹¹ Vgl. ebd., S. 24f.

zweiteilige Titel des Textes einen Bezug zum Gesetz nahe legt. Solche Bezugnahme liegt jedoch nur in vermittelter Weise vor, indem die Autorität der Gesetze durch ein autoritäres Subjekt, einen souveränen Entscheider verbürgt wird. Denn die Gesetze und ihre Kraft verdanken sich einer „Gewalt(tat)“, was auf eine entscheidende Handlung einer aufgrund dieser Handlung autoritären Person oder Personengruppe schliessen lässt. *Gesetzeskraft* und *Autorität* sind demnach nicht insofern aufeinander bezogen, als den Gesetzen eine eigene autoritäre Kraft innewohnt. Diese könnten sie nur über den Rekurs auf eine äussere legitimatorische Grösse, aus einer sie transzendierenden Wertbeziehung schöpfen. Weil ihnen jeder externe Legitimationsbezug fehlt, muss sich ihre Geltungskraft allein aus der personalen Autorität speisen, die über ihre Setzung bestimmt.

Wie ist nun das Verhältnis der von mir bei Derrida markierten Momente Autorität, Entscheidung, Gewalt und Schweigen zu deuten? Was die vier Begriffe zusammenführt, ist das Faktum der Unentscheidbarkeit, das auch für Derrida den grundlosen Boden der Entscheidung liefert: „Jeder Entscheidung, jeder sich ereignenden Entscheidung, jedem Entscheidungs-Ereignis wohnt das Unentscheidbare wie ein Gespenst inne, wie ein wesentliches Gespenst.“²⁹² Wo Unentscheidbarkeit, d.h. die Unmöglichkeit externer Begründung, den Ausgangspunkt bildet, ereignet sich die Recht setzende Entscheidung allein durch Autorität. Wo der Unentscheidbarkeit mit solch autoritärer Entscheidung begegnet wird, hat die Stiftung des Rechts die Gestalt der Gewalt. Gewalt, so formuliert der Historiker Dominick LaCapra in seiner Auseinandersetzung mit Derridas *Gesetzeskraft*, „ist irgendwie ein Kennzeichen für die Aporie und ein Name für das Unentscheidbare.“²⁹³ Der Zusammenhang ist hier deutlich erkannt, mit der Identifizierung von Aporie und Gewalt allerdings verkürzt wiedergegeben. Denn bei genauerem Hinsehen liegt Gewalt erst darin, dass aus der Ausweglosigkeit ein Weg gebrochen und die Unentscheidbarkeit zur Entscheidung gedrängt wird. Weil ihr jedes *Deshalb* fehlt, tritt die Entscheidung als rohes *Trotzdem* auf. Gewalt aber muss verschwiegen werden, soll das Recht als Recht sich behaupten können: „Die gewaltsame Struktur der stiftenden Tat birgt ein Schweigen: ein Schweigen ist darin eingeschlossen oder vermauert.“²⁹⁴

Es ist dieser Ort des Schweigens, den Derrida das Mystische nennt. Das Wort „mystisch“ gebraucht er demnach so, „dass es einen wittgensteinischen Anklang erhält“.²⁹⁵ Mit Blick auf Wittgenstein liesse sich hinzufügen, dass das Unaussprechliche, welches das Mystische ist,

²⁹² Ebd., S. 50f.

²⁹³ Dominick LaCapra: „Gewalt, Gerechtigkeit und Gesetzeskraft“, in: Anselm Haverkamp (Hg.): *Gewalt und Gerechtigkeit. Derrida – Benjamin*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1994, S. 143-161, 148.

²⁹⁴ Derrida: *Gesetzeskraft*, S. 28.

²⁹⁵ Ebd.

sich letztlich auch in diesem Fall *zeigen* muss.²⁹⁶ Zunächst scheint es auf in den gegenwärtigen Begriffen des Rechts, die als säkularisierte theologische Begriffe den mystischen Grund bilden, der von keiner Rechtstheorie einzuholen ist.²⁹⁷ Deutlich hörbar wird das Schweigen, wo solche Einholung dennoch versucht wird, wo man mit der Frage nach der Begründung eines gegenwärtigen gesetzten Rechts an dessen historischen Anfang gelangt und eine Antwort nicht findet; nicht finden kann, weil das Problem schon im Anfang aufgeschoben wurde und in allem, was sich auf diesen Anfang bezieht, aufgeschoben bleibt.

Der nachwirkende Aufschub des Problems kam dadurch ins Rollen, dass das Problem, das keinen Aufschub duldet, ohne Grundlage gelöst wurde und so keine eigentliche Lösung erfuhr: Als sich das Problem der Gerechtigkeit im Augenblick der Einrichtung des Rechts, der vorzugsweise mit der Gründung des Staates zusammenfällt, gestellt hatte, „wird es gewaltsam gelöst worden sein, also begraben, verborgen, verdrängt.“²⁹⁸

Die Verdrängungs- und Verbergungsprozesse suchen an die Stelle zu rücken, an der echte Lösung ihren Sitz haben müsste, an ein Ausserhalb des Rechts, in welches das Recht seinen Anker wirft. Denn eben darin besteht die Funktionsweise der Legitimation, dass etwas von einem anderen her seine Begründung empfängt. Ein solcher externer Fixpunkt hatte sich lange Zeit in Gott finden lassen und an eben diese Stelle traten nach seinem Ausschluss aus der rechtsbegründenden Argumentation auch seine säkularen Surrogate. Angesichts der Funktionsäquivalenz stellt sich die Frage, wie viel Säkularität die Säkularisate zu behaupten vermögen. Zu Recht hat Marie Theres Fögen die Gottähnlichkeit von Kelsens Grundnorm betont, die ausserhalb des positiven Rechts zu liegen kommt:

„Diese Figur ist „vorausgesetzt“, nicht abgeleitet – so wie die *causa prima* namens Gott. Sie ist inhaltsleer, ohne Eigenschaften – so wenig wie es erlaubt ist oder je gelungen wäre, Gott Attribute zuzuschreiben. Fragen nach dem Geltungsgrund der Grundnorm sind nicht zulässig und nicht zweckmässig – gescheitert sind auch alle Gottesbeweise. Unsichtbar, „hypothetisch“, der Diskussion entzogen bleibt die Grundnorm – wie die Inkommunikabilität Gottes.“²⁹⁹

²⁹⁶ Vgl. Ludwig Wittgenstein: *Tractatus logico-philosophicus*, in: ders.: Werkausgabe, Bd. 1, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2006, S. 7-85, 85: „Es gibt allerdings Unausprechliches. Dies *zeigt* sich, es ist das Mystische. [...] Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen.“

²⁹⁷ Vgl. Schmitt: *Politische Theologie*, S. 49: „Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe.“ Dass Derrida diese Behauptung teilt und sich stellenweise als Schmittianer zu erkennen gibt, wird dargelegt bei Rudolf Maresch: „GespensterVerkehr. Derrida liest Benjamins ‚Zur Kritik der Gewalt‘“, <http://www.rudolf-maresch.de/texte/6.pdf> (letzter Zugriff: 27.02.2010), S. 6. Mareschs Nachweis stützt sich allerdings nicht auf *Gesetzeskraft*, sondern auf eine Auseinandersetzung mit Schmitt in Jacques Derrida: „Den Tod geben“, aus dem Französischen von Hans-Dieter Gondek, in: Anselm Haverkamp (Hg.): *Gewalt und Gerechtigkeit. Derrida – Benjamin*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1994, S. 331-445, 429.

²⁹⁸ Derrida: *Gesetzeskraft*, S. 48. Zum Verhältnis von Staatsgründung und Begründung des Rechts vgl. ebd., S. 77: „Die Staatsgründung markiert das Aufkommen eines neuen Rechts, sie tut es immer unter Anwendung von Gewalt.“

²⁹⁹ Fögen: *Das Lied vom Gesetz*, S. 91f.

Die grundlose Gewalttat der Rechtsgründung verbirgt die Grundnorm dadurch, dass sie den Autor der rechtsetzenden Tat verdeckt. Zwischen Wissenschaft und Religion sieht Bruno Latour eine Analogie darin, dass die Objektivität der ersteren und der Wahrheitsanspruch der letzteren dadurch verteidigt wird, dass man sie als *acheiropoiete* vorstellt, als nicht von Menschenhand geschaffen.³⁰⁰ Für die reine Rechtswissenschaft Kelsens scheint diese Analogie in besonderer Weise zuzutreffen, da er nicht nur die wissenschaftliche Arbeit, sondern auch das Recht als deren Gegenstand von setzenden Händen löst. Kelsen versichert, dass die Grundnorm nicht von einer Autorität gesetzt sei, und innerhalb seiner Theorie steht einer Falsifizierung dieser These die apodiktische Behauptung entgegen, dass „der Grund ihrer Geltung nicht mehr in Frage gestellt werden“ kann.³⁰¹ Der Diskussion ist die mystische Grundnorm in der Tat nicht weniger entzogen als Gott; und beide dienen sie als Namen, die vor den grundlos-gewaltsamen Setzungsakt treten, um die setzende Entscheidung zu verschweigen und zugleich das Verschweigen durch Worte zu tarnen.

Die bisherige Analyse hat ergeben, dass die rechtspositivistischen Wendungen gegen naturrechtliche Konzepte keinen Neuanfang mit sich führen, der sich jenseits des Dezisionismus entfalten kann. Dieser zeigt sich entweder in seiner nackten Gestalt oder er hüllt sich in metaphysischen Schleier, der ihn zum Verwandten eines göttlichen Naturrechts macht, ohne von der blossen Entscheidung zu befreien.

Die Frage stellt sich, ob ein ehrlicher Ausweg nicht allein darin liegen kann, die gewaltsame Faktizität einer ursprünglichen Entscheidung samt ihrer Konsequenzen anzuerkennen, um alle weiteren Rechtsentscheidungen in diesem Bewusstsein zu fällen. Doch auch ein offener Dezisionismus im Sinne Schmitts bringt nicht nur Unbehagen, sondern erneute Ausweglosigkeit. Denn die Aporie der unentscheidbaren Entscheidung mündet, sobald entschieden wird, in eine zweite, von der her das Recht insgesamt in Frage steht: Recht als Recht sollte und wollte sich dadurch definieren, dass es einen Unterschied zur Gewalt macht. Wenn an seinem Anfang die gewaltsame Entscheidung einer sich durchsetzenden Autorität liegt, kann es die geforderte Trennung nicht halten. Das Problem dieser Unterscheidung klingt auch bei Derrida an:

„Wie soll man einen Unterschied machen zwischen der Gesetzeskraft [*force de loi*] einer legitimen Gewalt oder Macht und der angeblich ursprünglichen Gewalt(tat) [*violence*], die diese Gewalt oder Macht instauriert haben muss und die sich selber nicht auf eine vorgängige Rechtmässigkeit berufen konnte, so dass sie in diesem anfänglichen Augenblick weder rechtmässig noch unrechtmässig war, andere würden überstürzt sagen: weder gerecht noch ungerecht?“³⁰²

³⁰⁰ Vgl. Bruno Latour: *Iconoclasm. Gibt es eine Welt jenseits des Bilderkrieges?*, Berlin: Merve 2002, S. 15-18.

³⁰¹ Kelsen: *Reine Rechtslehre*, S. 197.

³⁰² Derrida: *Gesetzeskraft*, S. 13f.

Derrida stellt heraus, dass das deutsche Wort „Gewalt“, dem für die in *Gesetzeskraft* unternommene Auseinandersetzung mit Benjamins Text „Zur Kritik der Gewalt“ tragende Bedeutung zukommt, beide Seiten der Unterscheidung bezeichnen kann: die legitime Macht nicht weniger als die Gewalt(tätigkeit), „die man immer für ungerecht hält“.³⁰³ Wenn allerdings erstere auf letzterer beruht, so dass *force* nicht länger von *violence* geschieden bleibt, verliert das Recht unweigerlich das Kriterium, aufgrund dessen es Recht war. In Konsequenz kann auch ein Prädikat wie das der Rechtsstaatlichkeit nicht mehr als Distinktionsmerkmal zur Abgrenzung von anderen politischen Formen dienen. Recht und Gewalt müssen zusammenfallen und dies nicht in dem Sinne, dass aus Gewalt Recht wird, sondern dass Recht Gewalt bleibt. Die erste Aporie der Unentscheidbarkeit knüpft sich an eine zweite und folgenreichere, die ich als die Aporie der Ununterscheidbarkeit bezeichne.³⁰⁴

Solche Aporien bilden die bevorzugte Gegend der Dekonstruktion.³⁰⁵ Von der Aporie auszugehen, sie fruchtbar zu machen, ohne sie aufzulösen, ist das Unternehmen Derridas. Er nimmt die anfängliche Grundlosigkeit und die darauf beruhende Auto-Autorisation oder Selbstermächtigung des Rechts als Angelpunkt seiner Dekonstruktion.³⁰⁶ Das Recht, das in seinem Anfang nicht begründbar und, da ihm andererseits auch kein Grund entgegensteht, nicht leicht verwerfbar ist, lässt sich von der Gerechtigkeit scheiden und von ihr her, die nicht dekonstruierbar ist, zwar nicht begründen, aber dekonstruieren: „Wenn es so etwas gibt wie die Gerechtigkeit als solche, eine Gerechtigkeit ausserhalb oder jenseits des Rechts, so lässt sie sich nicht dekonstruieren. Ebenso wenig wie die Dekonstruktion selbst, wenn es so etwas gibt. Die Dekonstruktion ist die Gerechtigkeit.“³⁰⁷ Dabei tritt sie nicht mit dem Anspruch auf, „ein be-gründendes Verfahren zu sein oder sich gegen die Be-gründung zu richten“ – denn darin könnte für Derrida nicht mehr liegen als ein Verkennen der grundlegenden Aporie; vielmehr destabilisiert sie hergebrachte Gegensätze wie diejenigen von νόμος und φύσις, von positivem Recht und Naturrecht.³⁰⁸

Was aber ist ihre konstruktive Leistung? Sie zeigt die Konstruierbarkeit und Konstruiertheit des Rechts, seine Geschichte, seine mögliche oder notwendige Veränderung, und liefert damit den Hinweis auf die politische Chance historischen Fortschritts.³⁰⁹ Kann sie

³⁰³ Ebd., S. 12f.

³⁰⁴ Ebd., S. 46-59 stellt Derrida drei Aporien vor (1. Die *Epoché* der Regel, 2. Die Heimsuchung durch das Unentscheidbare, 3. Die Dringlichkeit, die den Horizont des Wissens versperrt). Wenn ich die Aporien für meinen Zusammenhang von einer anderen Seite fasse und deshalb mit anderen Namen belege, so stütze ich mich auf Derridas eigene Feststellung, dass es sich im Grunde um eine einzige Aporie handle, „um ein einziges aporetisches Potential, das sich selbst unendlich verteilt.“ (Ebd., S. 44.)

³⁰⁵ Vgl. ebd., S. 44 sowie ebd., S. 16-18, wo Derrida im Problemfeld des Rechts, des Gesetzes und der Gerechtigkeit die eigentliche Heimat dekonstruktiven Fragens verortet.

³⁰⁶ Vgl. ebd., S. 29-31.

³⁰⁷ Ebd., S. 30.

³⁰⁸ Ebd., S. 17.

³⁰⁹ Vgl. ebd., S. 29f.

aber auch eine Richtung weisen, in die konstruiert und fortgeschritten werden soll, wo sie selbst keinen neuen Grund liefert? Die Dekonstruktion als Gerechtigkeit kommt Derrida als die Verantwortung in den Blick, das historisch Besondere gegenüber der Allgemeinheit der Regel im Gedächtnis zu halten und in Rücksicht zu nehmen.³¹⁰ Gerechtigkeit richtet sich an die je verschiedenen Eigenheiten [*singularités*], „an die Besonderheit des anderen, unbeschadet oder gerade aufgrund ihres Anspruchs auf Universalität.“³¹¹

Der universale Anspruch lässt sich in enge Verbindung bringen mit dem Unendlichkeitscharakter, den Derrida der Forderung nach Gerechtigkeit beilegt; „unendlich ist diese Gerechtigkeit, weil sie sich nicht reduzieren, auf etwas zurückführen lässt, irreduktibel ist sie, weil sie dem Anderen gebührt, dem Anderen sich verdankt; dem Anderen verdankt sie sich, gebührt sie vor jedem Vertragsabschluss, da sie vom Anderen aus, vom Anderen her gekommen, da sie das Kommen des Anderen ist, dieses immer anderen Besonderen.“³¹² Gerechtigkeit beruht für Derrida, der hier an Lévinas anknüpft, keineswegs auf Gleichheit, sondern auf absoluter Asymmetrie.³¹³ Stets gilt es deshalb das Eigene angesichts des Anderen zu prüfen und vom Anderen her zu befragen, nicht zuletzt die eigene Bestimmung der Gerechtigkeit, die dort zu Ungerechtigkeiten führen muss, wo dogmatisch bei ihr verharret wird.³¹⁴ Aufgrund ihrer Orientierung am Anderen, dem die allgemeine Rechtsregel nicht gerecht werden kann, eignet der Gerechtigkeit ein Zug von Unberechenbarkeit. Damit ist sie der Gegenwart entzogen, deren in der Vergangenheit gesetzte Normen mit dem Anderen, der erst kommt, nicht rechnen können, da sie ihn noch nicht in das berechenbare Recht einbezogen haben:

„Die Gerechtigkeit ist der Zukunft geweiht, es gibt Gerechtigkeit nur dann, wenn sich etwas ereignen kann, was als Ereignis die Berechnungen, die Regeln, die Programme, die Vorwegnahmen usw. übersteigt. Als Erfahrung der absoluten Andersheit ist die Gerechtigkeit undarstellbar, doch darin liegt die Chance des Ereignisses und die Bedingung der Geschichte.“³¹⁵

Mit dieser Trennung der Gerechtigkeit vom Recht als dem Verallgemeinerbaren bewegt sich Derrida in seiner „Übung in dekonstruktivem Lesen“³¹⁶, der er Benjamins „Zur Kritik der Gewalt“ unterzieht, nahe an dessen Gerechtigkeit der Zwecke heran. Benjamin trifft eine Unterscheidung zwischen der Allgemeingültigkeit, die analytisch aus der Gerechtigkeit folgt, und der Verallgemeinerungsfähigkeit, die ihr widerspricht: „Denn Zwecke, welche für eine

³¹⁰ Vgl. ebd., S. 40f.

³¹¹ Ebd., S. 41.

³¹² Ebd., S. 51.

³¹³ Vgl. ebd., S. 45f.

³¹⁴ Vgl. ebd., S. 41.

³¹⁵ Ebd., S. 57. Zur Unterscheidung von Recht als Element der Berechnung und unberechenbarer Gerechtigkeit, die mit dem Unberechenbaren zu rechnen fordert, vgl. ebd., S. 33f.

³¹⁶ Ebd., S. 68.

Situation gerecht, allgemein anzuerkennen, allgemeingültig sind, sind dies für keine andere, wenn auch in anderen Beziehungen noch so ähnliche Lage.“³¹⁷ Die Entscheidung über die Gerechtigkeit der Zwecke liegt bei Gott, der dadurch als Garant der Besonderheit aufscheint.³¹⁸ Der rechtsbegründenden Gewalt, die Benjamin die mythische nennt, tritt die göttliche als ihr völliger Gegensatz entgegen: „Ist die mythische Gewalt rechtsetzend, so die göttliche rechtsvernichtend, setzt jene Grenzen, so vernichtet diese grenzenlos, [...]“³¹⁹ Rechtsvernichtend wirkt die göttliche Gewalt deshalb, weil sie sich den berechenbaren Verallgemeinerungen des Rechts widersetzt, es auf diese Weise destruiert – und, Derrida fügt es hinzu, „man könnte sogar wagen, zu behaupten, dass sie es dekonstruiert.“³²⁰

Die Trennung zwischen Recht und Gerechtigkeit, die Derrida bei Benjamin herausarbeitet und der er sich in seiner Auseinandersetzung anzunähern scheint, wird von ihm in ihrer Schärfe allerdings wiederholt zurückgewiesen: Eine „schwierige und unbeständige Unterscheidung“ liege darin, das satzungsgemäße, berechenbare Recht auf die eine Seite und die Gerechtigkeit, „die unendlich ist, unberechenbar, widerspenstig gegen jede Regel, der Symmetrie gegenüber fremd, heterogen und heterotrop“, auf die andere Seite zu schlagen.³²¹ Schwierig ist die Unterscheidung deshalb, weil einerseits das Recht eine Ausübung im Namen der Gerechtigkeit beansprucht, andererseits die Gerechtigkeit erfordert, „dass sie in einem Recht sich einrichtet, das ‚enforced‘ werden muss“ – und so wäre für Derrida wahrlich alles „viel einfacher, wenn der Unterschied zwischen Gerechtigkeit und Recht ein wahrer Unterschied wäre“.³²² Es scheint, als scheine ihm „[d]er gewagte, kühne, ebenso notwendige wie gefährliche Gedanke einer Art Gerechtigkeit ohne Recht“³²³, den er bei Benjamin festmacht, etwas gar kühn und allzu gefährlich. Den Bruch zwischen Recht und Gerechtigkeit gestaltet Derrida deshalb brüchig, weil letztere, sich selbst überlassen, einer Aneignung durch das Böse sich nicht erwehren kann: „Diese Möglichkeit bleibt immer bestehen. Die jeder Berechnung, jedem Kalkül gänzlich fremde Gerechtigkeit *befiehlt* also die Berechnung und das Kalkül.“³²⁴

Die Gerechtigkeit übernimmt den aktiven Part und drängt sich zum Recht, da sie anders sich selbst zu verlieren droht. Sie strebt nach ihrer eigenen Durchsetzung im Medium der ihr gegenüber stehenden Positivität. Nicht nur die Verschmelzung zu einem Gemeinsamen macht

³¹⁷ Benjamin: „Zur Kritik der Gewalt“, S. 196.

³¹⁸ Vgl. ebd. Auch Derrida deutet den plötzlichen Gottesbezug „als eine Bezugnahme auf die irreduktible Besonderheit jeder Situation.“ (Derrida: *Gesetzeskraft*, S. 104.)

³¹⁹ Benjamin: „Zur Kritik der Gewalt“, S. 199.

³²⁰ Derrida: *Gesetzeskraft*, S. 109.

³²¹ Ebd., S. 44f.

³²² Ebd., S. 46. Bereits zu Beginn stellt Derrida „zwischen Recht und Gerechtigkeit ein zweideutiges und zweifelhaftes Gleiten“ fest; ebd., S. 9.

³²³ Ebd., S. 104.

³²⁴ Ebd., S. 57.

schliesslich ihr Gemeinsames aus, sondern nicht weniger der Bezug beider zur *force*. Gleich am Anfang macht Derrida deutlich, dass *enforceability*, Durchsetzbarkeit und Anwendbarkeit, nicht allein dem Recht eignet, sondern auch die Gerechtigkeit, will sie zur Gerechtigkeit des Rechts werden, mit Kraft und Gewalt muss aufwarten können.³²⁵ Gerade über das Moment der Gewalt treten Gerechtigkeit und Recht bei Derrida in einen dauernden Bezug.

Damit gerät freilich vieles ins Wanken. Die Unterscheidung zwischen Recht und Gerechtigkeit, die Derridas *Gesetzeskraft* über weite Strecken leitet, scheint implizit und doch abrupt zurückgenommen, was seine Leser zunächst überraschen mag: „Diese Einsicht, wonach die Gerechtigkeit selbst es erfordert, ‚dass sie in einem Recht sich einrichtet‘, muss nach aller vorangegangenen Gerechtigkeitseuphorie und damit verbundener Rechtskritik wie ein Fremdkörper erscheinen.“³²⁶ Gewiss zielt dekonstruktives Fragen darauf, allgemein hingennommene Gegensätze zu destabilisieren und hergebrachte Werte aus dem Gleichgewicht zu bringen, um sie komplizierter und paradoxer zu formulieren.³²⁷ Doch schien zugleich ausgemacht, dass die Dekonstruktion von dieser Bewegung ausgenommen bliebe, undekonstruierbar sei. Undekonstruierbar ist aber, weil Dekonstruktion Gerechtigkeit ist, auch letztere.³²⁸ Was nun, wenn Derrida die Gerechtigkeit in die Nähe des dekonstruierbaren Rechts rückt und Dekonstruktion nicht durchwegs mit Gerechtigkeit identifiziert, sondern sie vielmehr zwischen Recht und Gerechtigkeit verortet?³²⁹ Wie das Verhältnis von Recht, Dekonstruktion und Gerechtigkeit fassen?

In einem zweifachen Schritt lässt sich die enge Relation zwischen Recht und Gerechtigkeit als eine Beziehung des Unterscheidens begreifen: Gegen das Recht richtet sich die Gerechtigkeit, weil sie von ihm abweicht und seinem Allgemeinen das besondere Andere gegenüberstellt; ins Recht hinein strebt sie, weil die Veränderung des Rechts das alleinige Mittel ihrer Verwirklichung darstellt. Gerechtigkeit ist dem Besonderen nur dort zu verschaffen, wo es ins Recht gesetzt wird. Nicht zuletzt lässt sich von hier auch ein adäquates Verständnis des Begriffs der Dekonstruktion gewinnen. Als Gerechtigkeit vermag die Dekonstruktion im Sinne eines Korrektivs auf das dekonstruierbare Recht einzuwirken. Damit

³²⁵ Vgl. ebd., S. 11f. sowie ebd., S. 21f. Dass die Gerechtigkeit, will sie sich selbst gerecht werden, es nicht bei einem kontemplativen Vorlegen von Gründen belassen kann, stellt auch Thomas-Michael Seibert heraus, wenn er die besondere Leistung der Dekonstruktion aufzuzeigen versucht: „Aber auch die Gründe sind nicht in irgendeiner reinen, von Gewalt nicht kontaminierten Form zu haben. Insbesondere das reine Nachdenken über Gründe oder deren akademische Bearbeitung eröffnet nicht so etwas wie eine privilegierte Beziehung zur Gerechtigkeit, denn sie bleibt kraftlos.“ (Thomas-Michael Seibert: „Dekonstruktion der Gerechtigkeit: Nietzsche und Derrida“, in: Sonja Buckel, Ralph Christensen und Andreas Fischer-Lescano (Hg.): *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart: Lucius & Lucius 2006, S. 29-55, 53.)

³²⁶ Thomas Osterkamp: *Juristische Gerechtigkeit. Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht* (Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bd. 2), Tübingen: Mohr Siebeck 2004, S. 260.

³²⁷ Vgl. dazu Derrida: *Gesetzeskraft*, S. 17.

³²⁸ Vgl. ebd., S. 30.

³²⁹ Vgl. ebd., S. 44, wo Derrida der Dekonstruktion zwischen Recht und Gerechtigkeit „ihr bevorzugtes Ungleichgewicht“ zuweist.

würde Recht, anders als bei Benjamin angezeigt, nicht bloss destruiert, sondern neu konstruiert:

„Que le droit soit déconstructible n'est pas un malheur. On peut même y trouver la chance politique de tout progrès historique. Mais le paradoxe que je voudrais soumettre à la discussion est le suivant : c'est cette structure déconstructible du droit ou, si vous préférez, de la justice comme droit qui assure aussi la possibilité de la déconstruction. La justice en elle-même, si quelque chose de tel existe, hors ou au-delà du droit, n'est pas déconstructible. Pas plus que la déconstruction elle-même, si quelque chose de tel existe. *La déconstruction est la justice.*“³³⁰

Ich zitiere Derrida auf Französisch, um an der Doppeldeutigkeit von *justice* das Miteinander von Deutlichkeit in der Unterscheidung und Nähe des Unterschiedenen aufzuweisen. Die *justice* als Gerechtigkeit, die sich nicht dekonstruieren lässt, dekonstruiert als *déconstruction* die *justice comme droit*, die Justiz, das Recht, das sich dekonstruieren lässt. Die *justice* als Recht ermöglicht damit die *justice* als Dekonstruktion und Gerechtigkeit bzw. die Gerechtigkeit als Bewegung der Dekonstruktion. Und eben diese Bewegung bringt Bewegung ins Recht und führt zu Geschichte: „Cette justice-là, qui n'est pas le droit, c'est le mouvement même de la déconstruction à l'oeuvre dans le droit et dans l'histoire du droit, dans l'histoire politique et l'histoire tout court, avant même de se présenter comme le discours qu'on intitule ainsi, dans l'académie ou dans la culture de notre temps – le ‚déconstructionnisme‘.“³³¹

Geschichte steht unter der Bedingung von Recht und Gerechtigkeit. Dass das Recht dekonstruierbar ist, bildet die Voraussetzung der Dekonstruktion als Gerechtigkeit und damit des Wandels des Rechts sowie der Geschichte überhaupt. Denn nur weil sich etwas ereignen kann, was gegenüber den bisherigen Berechnungen, Regeln und Programmen anders ist, wird Zukunft und mit ihr Geschichte möglich: „La justice, comme expérience de l'altérité absolue, est imprésentable, mais c'est la chance de l'événement et la condition de l'histoire.“³³² Dass die Dekonstruktion, welche die Gerechtigkeit ist, „son site ou plutôt son instabilité privilégiée“ zwischen Recht und Gerechtigkeit, „entre le droit et la justice“, findet³³³, erhält von hier seinen weniger paradoxen Sinn. Die Gerechtigkeit als dekonstruktive Bewegung treibt das Recht fort zu seiner gerechteren Alternative, zur Gerechtigkeit des Anderen und eben damit bleibt sie immer *à venir*, ist *à-venir*, *avenir*.³³⁴

Doch während Gerechtigkeit im Kommen ist, bleibt zurück, was am Anfang war: Die Aporie der (Be)gründung des Rechts. Dies kann sie nicht leisten, weil dekonstruktives Fragen, Derrida schickt es früh genug voraus, zwar an die Grundlagen des Rechts, der Moral und der Politik rührt, „ohne selber aber ein be-gründendes Verfahren zu sein oder sich gegen

³³⁰ Ders.: *Force de loi. Le „Fondement mystique de l'autorité“*, Paris: Éditions Galilée 1994, S. 35.

³³¹ Ebd., S. 56.

³³² Ebd., S. 61.

³³³ Ebd., S. 47f.

³³⁴ Zu diesem Spiel mit *avenir* vgl. ebd., S. 60f.

die Be-gründung zu richten.“³³⁵ In ihrer Zukunftsgerichtetheit entfaltet die dekonstruktive Gerechtigkeit ihre Wirkung stets nachträglich, will Korrektiv, nie Fundament sein. Damit hält sie Aporien aus, statt sie gewaltsam aufzulösen. Es ist dies ein anderer Weg als der naturrechtliche, der immer nach einer anfänglichen Begründung suchte. Die Probleme dieser Suche stehen in dieser Arbeit im Zentrum. Um auch dem Naturrecht Gerechtigkeit widerfahren zu lassen, soll deshalb geprüft werden, inwiefern in der Natur eine nicht gewalttätige Begründung gefunden werden kann, ohne dabei freilich den Ansatz Derridas aus dem Blick zu verlieren.

³³⁵ Ders.: *Gesetzeskraft*, S. 17.

5. Anthropologie, Geschichte und Naturrecht

5.1 Die menschliche Natur zwischen Individuum und Gesellschaft

Die Frage nach dem Anfang bis zum Ende durchzuhalten, gehört zur Aufgabe dessen, der sich mit dem Naturrecht befasst. Dass die naturrechtliche Methode immer eine sein muss, die sich nicht mit Nachträglichkeiten auseinandersetzt, sondern auf den Grund der Sache geht, wird bei Ernst Cassirer deutlich, der am Anfang dieser Arbeit stand:

„Die Frage, die sich das Naturrecht stellte, [...] war eine echte *Ursprungsfrage*. Es handelte sich darum, das Quellgebiet aufzugraben, aus dem die positiven Rechtssätze letztlich entspringen, und von dem sie ständig neuen Zustrom erhalten. Dieses Gebiet – das ist die Grundthese des Naturrechts – liegt nicht ausserhalb, sondern innerhalb der menschlichen Vernunft; es ist nicht in Überlieferung oder Offenbarung, in irgendeinem autoritativen [sic] *Befehl* zu suchen, der von aussen an den Menschen herantritt, sondern es ist eine eigentümliche und urtümliche Weise, ein Modus der menschlichen Geistigkeit selbst, der sich in der Idee des Rechts darstellt.“³³⁶

Einen anderen Weg als den naturrechtlichen hin zum Anfang im Menschen lässt die Problematik des Naturrechts nach Cassirer nicht zu: „Mag das Naturrecht die Fragen, die es sich stellte, nicht bewältigt haben, mag es sie vielfach mit unzureichenden Mitteln in Angriff genommen haben: das eine wird man sagen dürfen, dass diese Fragen, falls sie überhaupt einmal ihrer Lösung entgegengeführt werden sollen, nur im Geiste des Naturrechts werden gelöst werden können [...].“³³⁷

Ein solcher Rückgang *ad fontes* soll hier versucht werden. Dabei richtet sich der Fokus erneut auf den naturrechtlichen Ansatz des Thomas Hobbes, wobei das Quellgebiet der Natur des Menschen und ihrer Vernünftigkeit detailliert in den Blick zu nehmen ist. Dies mag Misstrauen erwecken, zielte doch das bisherige Unternehmen nicht zuletzt darauf, angebliche Quellgebiete des positiven Rechts als Orte von Täuschungen auszuweisen – von Täuschungen, die nach Luhmann einer eindringlichen Nachfrage nicht standhalten können: „Die Metapher der Quelle suggeriert jedoch einen Bruch mit dem ‚Woraus‘, aus dem die Quelle entspringt. Sie funktioniert nur, wenn man *nicht* fragt, was vor der Quelle liegt und was die Differenz zwischen Vor-der-Quelle und Nach-der-Quelle erzeugt. Auf Dauer wird dieser Trick kaum befriedigen, aber für eine Übergangszeit tut er seine Dienste.“³³⁸ Vom Trick nicht befriedigt, wurde anhand von Derrida gezeigt, dass vor der Quelle eine entscheidende Hand im Spiel war, die das Recht setzte. Eine allgemeine Formel für solches dekonstruierendes Vorgehen hat Bruno Latour gefunden; wenn er dabei auch nicht Luhmann im Blick hatte, lässt sich ein Bezug doch leicht herstellen: „Der Trick, den Trick aufzudecken, besteht immer darin, den ordinären Ursprung des Werks aufzuzeigen, den hinter den Kulissen

³³⁶ Cassirer: „Vom Wesen und Werden des Naturrechts“, S. 5.

³³⁷ Ebd., S. 21.

³³⁸ Luhmann: *Das Recht der Gesellschaft*, S. 524.

auf frischer Tat ertappten *Manipulator*, Heuchler, Betrüger.“³³⁹ Ein erneuter Rückgang zur Hobbesschen Konzeption mag von hier wie die Aufnahme eines längst entlarvten Tricks erscheinen und damit wenig aussichtsreich, wollte man ihn, den schon Entlarvten, ausspielen, und wenig ergiebig, wollte man ihn, den schon Entlarvten, entlarven.

In zentraler Hinsicht unterscheidet sich allerdings ein naturrechtlich verstandenes Quellgebiet von demjenigen des rechtstheoretischen Positivismus, das Luhmann an der betreffenden Stelle vor Augen hatte. Letzteres „erspart jede weitere Frage nach der Natur des Rechts, dem Wesen des Rechts oder auch den Kriterien der Abgrenzung von Recht und Sitte, Recht und Moral.“³⁴⁰ Ersteres fragt hingegen in seiner säkularen Gestalt nach der Natur des Rechts unter Bezugnahme auf die Natur des Menschen. Oder anders formuliert: Letzteres sucht mit der Rechtsquellenlehre den gewaltsamen Ursprung zu verdecken, ersteres hat den Anspruch, einen gewaltfreien Ursprung zu finden.

Doch hält Luhmann das Misstrauen wach, wenn er den Aufstieg der positivistischen Rechtsquellenmetapher gerade in den neuzeitlichen Vertragstheorien von Grotius und Hobbes und in der dadurch begründeten staatlichen Rechtssetzungsautorität verortet.³⁴¹ Bleibt man sich bewusst, dass Hobbes das *bellum omnium in omnes* und folglich auch die Notwendigkeit einer allseitigen Einigung nicht in einem engeren historischen Sinn versteht, so scheint der Hobbessche Unterwerfungsvertrag nicht weniger als Kelsens Grundnorm auf einen mystischen Grund der Autorität zu führen.³⁴² Und dies umso mehr, als, wie zu Beginn von Kapitel 4.3 erwähnt, Hobbes mit Blick auf die Geschichte einräumt, dass es auf der Welt kaum einen Staat gebe, dessen Ursprung sich guten Gewissens rechtfertigen liesse.³⁴³

Vor diesem Hintergrund wird fraglich, ob mit einem „*rechtfertigungstheoretischen Prozeduralismus*“, in dem Kersting den Kern der kontraktualistischen Begründung sieht, eine Legitimation von Herrschaft und Recht zu erreichen ist.³⁴⁴ Besonders wenn darauf bestanden wird, dass Hobbes' konstruktiver Kontraktualismus die Auflösung des naturrechtlichen Prinzipienobjektivismus bedeutet.³⁴⁵ Denn angesichts ihres hypothetischen Charakters scheint mir die allseitige Einigung nur dann mehr als einen mystischen Grund zu liefern, wenn sie auf naturrechtlichem Fundament, auf dem Fundament der menschlichen Natur in Betracht kommt.

³³⁹ Bruno Latour: *Iconoclasm*, S. 17.

³⁴⁰ Luhmann: *Das Recht der Gesellschaft*, S. 524.

³⁴¹ Vgl. ebd., S. 523f.

³⁴² Vgl. dazu Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 97f.

³⁴³ Vgl. ebd., S. 539.

³⁴⁴ Vgl. dazu Kersting: „Einleitung: Die Begründung der politischen Philosophie der Neuzeit im *Leviathan*“, S. 20. Das Argument des begründungstheoretischen Prozeduralismus, der die Autoritätslegitimation in der wechselseitigen Selbstbeschränkung qua Rechtsübertragung ansetzt, entfaltet Kersting ebd., S. 18-24.

³⁴⁵ Vgl. ebd., S. 19 sowie ders. im Vorwort zur 2. Aufl., S. 1.

Die dargestellten Überlegungen Derridas müssen dabei nicht beiseite geschoben, können vielmehr vertieft werden, wozu zwei miteinander zusammenhängende Übereinstimmungen zwischen Hobbes und Derrida den Anlass geben. Wenn Hobbes zwar die körperliche und die geistige Ähnlichkeit unter den Menschen zum Ausgangspunkt nimmt, um als neuntes der natürlichen Gesetze zu formulieren, jeder habe den Anderen für Seinesgleichen von Natur aus anzusehen, so drückt sich im Gebot der Billigkeit doch eine Gleichbehandlung aus, die wie Derridas an Alterität orientierte Gerechtigkeit ein Moment des Unberechenbaren einschliesst, das der berechneten Allgemeinheit des Rechts entgegensteht.³⁴⁶ Billigkeit fordert das Erwägen der konkreten Situation und ihren Einbezug in den rechtlichen Entscheid. Darin zeigt sich als weitere Gemeinsamkeit die enge Verknüpfung von Recht und Gerechtigkeit bei Derrida bzw. von natürlichem und bürgerlichem Gesetz bei Hobbes. Denn Gerechtigkeit und Billigkeit, die als Anwälte des Abweichenden fungieren, treten nicht als Alternative zum positiven Recht auf, sondern suchen ihren Ort innerhalb des Systems regelhafter Normen.

Eben dieser verzahnte Gegensatz von Universalität und Differenz findet sich in Hobbes' Begriff der menschlichen Natur wieder. In der Anthropologie hat die Dialektik ihre Wurzeln, in der Konzeption von natürlichem und bürgerlichem Gesetz trägt sie ihre Früchte. Der mehrschichtige Naturbegriff lässt sich am deutlichsten im Ausgang von Hegel erläutern. Dieser hat in seinen *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie* die säkulare Fundierung der Hobbesschen Konzeption in der menschlichen Natur erkannt und von früheren Entwürfen abgegrenzt: „Vorher wurden Ideale aufgestellt, oder Schrift oder positives Recht; Hobbes hat den Staatsverband, die Natur der Staatsgewalt auf Prinzipien zurückzuführen versucht, die in uns selbst liegen, die wir als unsere eigenen anerkennen.“³⁴⁷ Zugleich hat Hegel auf die Doppeldeutigkeit dessen hingewiesen, was Hobbes als menschliche Natur beschreibt:

„Der Ausdruck Natur hat diese Zweideutigkeit, dass Natur des Menschen seine Geistigkeit, Vernünftigkeit ist; sein Naturzustand ist aber der andere Zustand, dass der Mensch nach seiner Natürlichkeit sich benimmt. So benimmt er sich nach den Begierden, Neigungen usf.; das Vernünfftige ist das Meisterwerden über das unmittelbar Natürliche.“³⁴⁸

An diese Zweideutigkeit schliesst die Dialektik von Universalität und Differenz an. Denn während für Hobbes die Leidenschaften der Menschen nach Temperament, Gewohnheiten und Kenntnissen variieren, liegt in der schlichten Vernunftfeinsicht, dass Frieden allein

³⁴⁶ Zur Gleichheit der körperlichen und mehr noch der geistigen Fähigkeiten vgl. Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 94; das neunte Gebot der Anerkennung der Gleichheit Anderer findet sich ebd., S. 117f. Zur Billigkeit vgl. ebd., S. 115f. und 118f. sowie meine Ausführungen in Kapitel 3.3.1.

³⁴⁷ Georg Wilhelm Friedrich Hegel: *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie III*, Werke in 20 Bänden, Bd. 20, auf der Grundlage der *Werke* von 1832-1845 neu ed. Ausg., Red. Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, 4. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2003, S. 226.

³⁴⁸ Ebd., S. 228.

Selbsterhaltung garantieren kann, ein allen Menschen Gemeinsames vor.³⁴⁹ Dabei sind Vernunft und Leidenschaft allerdings nicht zwei einander unvermittelt gegenüber stehenden Seiten zuzurechnen. Die Einsicht in die Notwendigkeit des Friedens beruht auf der Todesfurcht als stärkster Leidenschaft, während die Verschiedenheit in den Neigungen je andere Mittel als die zu ihrer Verfolgung vernünftigen eingibt. Wenn Hobbes bemerkt, dass die menschliche Absicht „grundsätzlich Selbsterhaltung und bisweilen nur Genuss ist“³⁵⁰, und zugleich verdeutlicht, dass in Kriegszeiten für nichts Raum bliebe, was das Leben bequem, angenehm und genussreich macht³⁵¹, so zeigt sich eine Höherstellung der auf Todesfurcht gründenden Selbsterhaltungsrationalität gegenüber einer Rationalität, die sich in allzu kurzsichtiger und damit Krieg fördernder Weise auf wechselnde Begierdeobjekte bezieht.³⁵² Dass jedes Streben nach einem angenehmen und genussreichen Leben nur in Friedenszeiten sicheren Boden findet, vermag aber auch zu klären, weshalb Hobbes die Möglichkeit des Ausgangs aus dem Naturzustand nicht allein in Todesfurcht und Vernunft ansetzt, sondern ebenso in dem zunächst Krieg verursachenden „Verlangen nach Dingen, die zu einem angenehmen Leben notwendig sind“.³⁵³

Hegels Rede von der Zweideutigkeit ist zunächst dahingehend zu verstehen, dass divergierende Leidenschaften in einen Kriegszustand führen, der einer allseits geteilten Vernunft Einsicht zuwiderläuft. Doch die den Friedenswillen erst hervorrufende Todesfurcht sowie die übrigen Begierden und Neigungen drängen vermittelt durch die Vernunft ihrerseits zum Frieden. In dieser Hinsicht bedeutet das Vernünftige weniger ein „Meisterwerden über das unmittelbar Natürliche“, als vielmehr dessen grösstmögliche Verwirklichung.

Der Zusammenhang von Vernunft und Leidenschaft zeigt die Hobbessche Naturrechtstheorie in ihrer anthropologisch tiefen Fundierung. Denn die „Schlussfolgerungen aus den Leidenschaften“³⁵⁴, anhand derer Hobbes die Ursachen und Wirkungen des Kriegszustandes analysiert, führen direkt in die natürlichen Gesetze als Schlüsse der Vernunft, die vor dem Hintergrund dieser Ausführungen nichts anderes darstellen können als vernünftige Schlüsse hinsichtlich der menschlichen Leidenschaften. Die Vernunft bietet das Mittel, die menschliche Natur, zu der sie selbst nicht weniger gehört als die Leidenschaften, in ihrer Ganzheit zu erfassen, um den Weg in die Frieden bringende Gesellschaft zu weisen.

³⁴⁹ Zur Differenz menschlicher Leidenschaften vgl. Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 75 und 122; zur vernünftigen Einschätzung des Friedens als höchstem Ziel vgl. ebd., S. 122.

³⁵⁰ Ebd., S. 95.

³⁵¹ Vgl. ebd., S. 96.

³⁵² Dass auch der einzelne Mensch im Lauf seines Lebens seine Ansichten von „gut“ und „böse“, d.h. die Gegenstände seiner Neigung und Abneigung wechselt oder gar vertauscht, beschreibt Hobbes ebd., S. 122.

³⁵³ Ebd., S. 98. Entsprechend weist Hobbes im 30. Kapitel des *Leviathan*, das von der Aufgabe des Souveräns handelt und diese in der Sorge für die Sicherheit des Volkes bestimmt, darauf hin, dass mit „Sicherheit“ nicht allein Existenzhaltung gemeint sei, „sondern auch alle anderen Annehmlichkeiten des Lebens, die sich jedermann durch rechtmässige Arbeit ohne Gefahr oder Schaden für den Staat erwirbt.“ (Ebd., S. 255.)

³⁵⁴ Ebd., S. 96.

Gegen Hobbes' Charakterisierung der menschlichen Natur hat nun allerdings Hegel in seinem *Naturrechtsaufsatz* Einspruch erhoben. Zunächst kritisiert er an der empiristischen Methode, zu deren Vertretern Hobbes, Locke, Grotius und Pufendorf gezählt werden, die Abstraktion des Naturzustands, bei der das, „was als schlechthin notwendig, an sich, absolut einerseits behauptet ist, zugleich andererseits als etwas nicht Reelles, bloss Eingebildetes und als Gedankending“ anerkannt wird, was ihm als ein harter Widerspruch erscheint.³⁵⁵ Die Fiktion des Naturzustandes wird dadurch hergestellt, dass vom geschichtlichen Leben in Gemeinschaften alles Willkürliche und Zufällige abgezogen wird, um im Anschluss allein mit dem hantieren zu können, was am einzelnen Atom als für die menschliche Natur absolut notwendig in Betracht kommt.³⁵⁶ An diesem Vorgehen bemängelt Hegel, dass die Abspaltung des Akzidentellen nicht nach der Richtschnur der Notwendigkeit geschieht:

„Es fehlt nun bei jener Scheidung dem Empirismus fürs erste überhaupt alles Kriterium darüber, wo die Grenze zwischen dem Zufälligen und Notwendigen gehe, was also im Chaos des Naturzustandes oder in der Abstraktion des Menschen bleiben und was weggelassen werden müsse. Die leitende Bestimmung kann hierin nichts anderes sein, als dass soviel darin sei, als man für die Darstellung dessen, was in der Wirklichkeit gefunden wird, braucht; das richtende Prinzip für jenes Apriorische ist das Aposteriorische.“³⁵⁷

Das aposteriorische Prinzip bringt zwar die Auslöschung einer beträchtlichen Menge von Besonderheiten, lässt aber zugleich eine unbestimmbare Menge von qualitativen Bestimmtheiten zurück, die für sich eine bloss empirische und für einander keine innere Notwendigkeit haben.³⁵⁸ Die Einführung dieses nicht explizit gemachten Prinzips bezeichnet Seyla Benhabib in ihrer Auseinandersetzung mit der Hegelschen Kritik als Verdinglichung bestimmter Elemente auf Kosten anderer, denn „was als Darstellung der ‚natürlichen Bedingungen des Menschengeschlechts‘ ausgegeben worden war, entpuppt sich als ein von den Bedingungen der Individuen in der zeitgenössischen Gesellschaft abgezogenes Bild.“³⁵⁹ Der Individualismus neuzeitlicher Naturrechtstheorien widerspiegelt eine gewandelte Sphäre des Sittlichen, in der physische Bedürfnisse und Genüsse „in ihren unendlichen Verwicklungen *einer* Notwendigkeit gehorchen und [...] das System der sogenannten politischen Ökonomie bilden.“³⁶⁰ Was das menschliche Wesen, wie es im Naturzustand hervortritt, auszeichnet und was damit das aposteriorische Kriterium der Abstraktion liefert,

³⁵⁵ Georg Wilhelm Friedrich Hegel: „Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften“, in: ders.: *Jenaer Schriften 1801-1807*, Werke in 20 Bänden, Bd. 2, auf der Grundlage der *Werke* von 1832-1845 neu ed. Ausg., Red. Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1986, S. 434-530, 444f.

³⁵⁶ Vgl. ebd., S. 445.

³⁵⁷ Ebd.

³⁵⁸ Vgl. ebd., S. 446.

³⁵⁹ Seyla Benhabib: *Kritik, Norm und Utopie. Die normativen Grundlagen der Kritischen Theorie*, autorisierte Übersetzung aus dem Amerikanischen von Peter Kohlhaas, Frankfurt a.M.: Fischer 1992, S. 20.

³⁶⁰ Hegel: „Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts“, S. 482.

sind die Merkmale des Menschen in der bürgerlich-frühkapitalistischen Gesellschaft: „Die anfängliche kontrafaktische Abstraktion, von der der Theoretiker ausgeht, ist keine *Begründung*, sondern eine *Illustration* des Begriffs vom Menschen, den er selbst gutheisst.“³⁶¹

Eine solche über sozialhistorische Situierung verlaufende Relativierung neuzeitlicher Naturrechtstheorien, die sich bei Hegel ankündigt, wurde im 20. Jahrhundert insbesondere von Franz Borkenau aufgenommen. Als Grundkategorie der modernen Staatslehre markiert Borkenau den Begriff der Souveränität, der die ständische Rangordnung unberücksichtigt lässt und insofern dem Aufkommen der kapitalistischen Gesellschaft ihren politischen Ausdruck gibt.³⁶² Die Eigenart von Hobbes' Staatslehre sieht Borkenau nicht darin, dass er die Souveränität verfehlt, sondern dass er sie in einer bürgerlichen Nation mit durchwegs bürgerlichen Argumenten zu stützen sucht.³⁶³ Als Ort, von dem aus diese innerweltliche Souveränitätstheorie entwickelt wird, bestimmt er die konservative Bourgeoisie: „*Hobbes* muss als Ideologe des bewusstest bürgerlichen Teils der landed gentry angesprochen werden.“³⁶⁴ Im Rahmen dieser sozialen Kontextualisierung stellt Borkenau ähnlich wie Hegel und aufbauend auf Marx eine Abhängigkeit der individualistischen Naturzustandstheorie von den zeitgenössischen Produktionsverhältnissen fest:

„*Hobbes*' ‚bellum omnium in omnes‘ entsteht aus einer Vermischung der Züge des Konkurrenzkampfes mit denen des Klassenkampfes. Vom Klassenkampf ist das unbegrenzte Machtstreben übriggeblieben, aber der Klassenkampf ist auf das Niveau des Konkurrenzkampfes heruntergebracht, wo es nur individuelle Interessen und zwar nur individuelle materielle Interessen gibt.“³⁶⁵

Auf die Geburt des Naturzustands aus dem Geist der Bourgeoisie wurde auch in jüngerer Zeit hingewiesen. In seinem Aufsatz „Die regulative Idee des Menschenrechts“ stellt Hans Heinz Holz die Genealogie der naturrechtlichen Formulierung der Menschenrechte in ihrer Verknüpfung mit dem Selbstverständnis der bürgerlichen Gesellschaft dar:

³⁶¹ Benhabib: *Kritik, Norm und Utopie*, S. 20.

³⁶² Vgl. Franz Borkenau: *Der Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Weltbild. Studien zur Geschichte der Philosophie der Manufakturperiode*, unveränd. reprograf. Nachdr. d. Ausg. Paris 1934, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1988, S. 100.

³⁶³ Vgl. ebd., S. 442.

³⁶⁴ Ebd., S. 451.

³⁶⁵ Ebd., S. 463. Vgl. auch ebd., S. 439, wo Borkenau angibt, sich bei der Analyse von Hobbes' Theorie von Marx' materialistischer Methode leiten zu lassen und „[d]ie Lehre direkt aus der gesellschaftlichen Wirklichkeit abzuleiten.“ Ohne vom historischen Materialismus auszugehen, hat C. B. Macpherson 1962 in seiner Studie *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke* erneut eine soziale Kontextualisierung unternommen, die insbesondere in den sechziger und siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts auf breite Resonanz stieß. Auch Macpherson hebt darauf ab, dass Hobbes „sein Verständnis der historisch erworbenen Natur der Menschen in den bestehenden bürgerlichen Gesellschaften seiner Deduktion des Naturzustandes zugrunde“ legte, so dass der Naturzustand nichts anderes sei als die zeitgenössischen Verhaltensweisen des Menschen unter Abzug einer souveränen Gesetzgebung; C. B. Macpherson: *Die politische Theorie des Besitzindividualismus. Von Hobbes bis Locke*, übers. von Arno Wittekind, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1973, S. 34f.

„Der ‚Naturzustand des Menschen‘, auf den man in der neueren europäischen Rechtsphilosophie als auf den Grund jeder Rechtsordnung glaubte zurückgehen zu sollen, schien durch die biologische Individualität des durch die Grenzen seines Leibes definierbaren Einzelwesens bestimmt. Dieses Konzept des ‚Naturzustands‘, das von der Gesellschaftlichkeit des einzelnen absieht, ist jedoch nur ein Korrelat des Selbstverständnisses des bürgerlichen Individuums, das sich im Warentausch als diese singuläre ‚Person‘ verhält. [...] Die Kataloge der Menschenrechte, auf die sich noch heute die überwiegende Zahl westlicher Rechtstheoretiker bezieht, sind Ausdruck einer Anthropologie, die die gesellschaftlichen Interessen bürgerlicher Individuen zu metaphysischen Eigenschaften der in jedem Individuum sich manifestierenden menschlichen Natur stilisiert.“³⁶⁶

Diese marxistische Kritik am Naturzustandstheorem und an der damit verbundenen Menschenrechtsidee findet sich bereits in Marx' eigener Auseinandersetzung mit der französischen Bürgerrechtstradition des ausgehenden 18. Jahrhunderts. Nach einer Prüfung der Postulate von Gleichheit, Freiheit, Sicherheit und Eigentum zieht Marx in seiner Abhandlung „Zur Judenfrage“ folgendes Fazit:

„Keines der sogenannten Menschenrechte geht also über den egoistischen Menschen hinaus, über den Menschen, wie er Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft, nämlich auf sich, auf sein Privatinteresse und seine Privatwillkür zurückgezogenes und vom Gemeinwesen abgesondertes Individuum ist. Weit entfernt, dass der Mensch in ihnen als Gattungswesen aufgefasst wurde, erscheint vielmehr das Gattungswesen selbst, die Gesellschaft, als ein den Individuen äusserlicher Rahmen, als Beschränkung ihrer ursprünglichen Selbständigkeit.“³⁶⁷

Die Einwände gegenüber bürgerlichen Konzepten von Naturzustand und Menschenrechten, wie sie von Hegel, Marx, Borkenau, Holz u.a. seit zweihundert Jahren formuliert werden, lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass eine normativ gehaltvolle Bestimmung der menschlichen Natur, die erst zu gewinnen wäre, zum Ausgangspunkt genommen wird.³⁶⁸ Das Ziel der Untersuchung wird vorausgesetzt, ohne dass die normativen Kriterien offen liegen, anhand derer das anthropologisch Wesentliche extrahiert wird. Der Argumentation eignet deshalb dogmatischer Charakter und die Frage drängt sich auf, ob Erkenntnis hinter Interesse zurückbleibt, wie es Borkenaus sozialhistorischer Kontextualisierungsversuch nahe legen mag. Neben dem Einwand umfasst die Kritik zumeist einen Vorschlag. Er steht bei Borkenau am Beginn seiner Abhandlung und findet sich ebenso am Beginn der Kritiklinie bei Hegel. Der Mensch könne nicht atomistisch gedacht, sondern müsse wesentlich gesellschaftlich gefasst werden: „Das Positive ist der Natur nach eher als das Negative, oder, wie Aristoteles es sagt, das Volk ist eher der Natur nach als der Einzelne; denn wenn der Einzelne abgesondert nichts Selbständiges ist, so muss er gleich allen Teilen in *einer* Einheit mit dem

³⁶⁶ Hans Heinz Holz: „Die regulative Idee des Menschenrechts“, in: *Topos. Internationale Beiträge zur dialektischen Theorie*, H. 21 (2003), S. 11-23, 18f.

³⁶⁷ Karl Marx: „Zur Judenfrage“, in: Karl Marx/Friedrich Engels: Gesamtausgabe (MEGA), Erste Abteilung, Bd. 2, hg. vom Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der KPdSU und vom Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED, Berlin: Dietz Verlag 1982, S. 141-169, 158f.

³⁶⁸ Vgl. dazu Benhabib: *Kritik, Norm und Utopie*, S. 19f.

Ganzen sein; wer aber nicht gemeinschaftlich sein kann oder aus Selbständigkeit nichts bedarf, ist kein Teil des Volks und darum entweder Tier oder Gott.“³⁶⁹

Hegel kehrt damit zu derjenigen Auffassung des Aristoteles zurück, von der sich Hobbes polemisch abgesetzt hatte. Dem ökonomischen Individualismus als Sphäre der negativen Totalität setzt Hegel die positive Totalität der Sittlichkeit entgegen. In dieser ist ein Allgemeines zu sehen, der reine Geist eines Volkes, der dem Einzelnen Seele und Wesen gibt.³⁷⁰ Zu Recht hat Seyla Benhabib darauf aufmerksam gemacht, dass Hegels Kritik die normative Idee einer Lebensform voraussetzt – und, wäre zu ergänzen, damit nur setzt –, in der sich die Einzelnen als Teil einer lebendigen Totalität wieder erkennen können. Insofern die atomistische mit einer organischen Prämisse vertauscht wird, bleibt Hegels Darstellung nicht weniger dem Vorwurf eines interessegeleiteten Dogmatismus ausgesetzt als die Hobbessche Naturzustandstheorie.³⁷¹ „Interessen allerdings widerlegen keine Erkenntnisse, wie sie auch keine zu beweisen vermögen.“³⁷² Was Hermann Klenner hinsichtlich politisch motivierter Vorbehalte gegenüber Marx' Argumentation in der „Judenfrage“ bemerkt, behält seine Gültigkeit auch für den Antagonismus zwischen Hobbes und Hegel.

Allerdings soll nun nicht nach Begründungen für eine atomistische oder eine organische Anthropologie gesucht werden, um im Anschluss für Hobbes oder Hegel zu votieren. Vielmehr soll Hegels Vorwurf vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen zur Hobbesschen Anthropologie näher geprüft werden. Hobbes hält fest, dass die Menschen am Zusammenleben kein Vergnügen finden, „sondern im Gegenteil grossen Verdruss, wenn es keine Macht gibt, die dazu in der Lage ist, sie alle einzuschüchtern.“³⁷³ Als Grund nennt Hobbes den Kampf um Wertschätzung, die jeder von anderen begehrt.³⁷⁴ Wenn aus einer früheren Stelle zwar hervorgeht, dass Ehre allein deshalb befriedigt, weil sie den Erfolg des menschlichen Machtstrebens anzeigt³⁷⁵, scheint in der Ruhmsucht doch eine soziale Bezogenheit der Menschen auf, die in einer späteren politischen Gemeinschaft in ihr Positives gewendet werden kann. So zählt Hobbes zu den angenehmen Dingen, nach denen verlangt

³⁶⁹ Hegel: „Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts“, S. 505; vgl. dazu Aristoteles: *Politik*, 1253 a, das Zitat ist mit Übersetzung in Anm. 78 wiedergegeben. Vgl. auch Borkenau: *Der Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Weltbild*, S. 15.

³⁷⁰ Vgl. Hegel: „Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts“, S. 504f. Zum begrifflichen Gehalt der sittlichen Totalität, die ein Primat des Ganzen vor den Teilen und über den Teilen ausdrückt, die als Geist eines Volkes ein Moment der Weltgeschichte, ein historisches Ereignis, bedeutet und die die grundlegende Unterscheidung zwischen Naturrecht und positivem Recht aufbricht vgl. Norberto Bobbio: „Hegel und die Naturrechtslehre“, in: Manfred Riedel (Hg.): *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Bd. 2, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1975, S. 81-108, 86-93.

³⁷¹ Vgl. Benhabib: *Kritik, Norm und Utopie*, S. 23-27.

³⁷² Hermann Klenner: „Apriorität, Historizität und Aktualität von Menschenrechten“, in: *Topos. Internationale Beiträge zur dialektischen Theorie*, H. 21 (2003), S. 25-53, 37.

³⁷³ Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 95.

³⁷⁴ Vgl. ebd. sowie ebd., S. 133.

³⁷⁵ Vgl. ebd., S. 71 sowie auch ebd., S. 276.

wird und die im Kriegszustand verwehrt bleiben, neben Literatur und Künsten auch die gesellschaftlichen Beziehungen.³⁷⁶ Diese Belege mögen angesichts Hobbes' wiederholten Bekräftigungen, dass der Mensch von Natur kein Gemeinschaftswesen sei, düftig erscheinen, doch zeigen sie, dass bei Hobbes nicht bloss die Notwendigkeit der Vergesellschaftung *aus* der menschlichen Natur folgt, sondern dass *in* dieser Natur selbst ein Keim von Gesellschaftlichkeit angelegt ist.

Blicken wir auf die bisherigen Ergebnisse zurück, tritt an zwei Aspekten der Zusammenhang des Menschen im Naturzustand mit dem Menschen des Staates hervor, wodurch die anthropologische Fundierung des Vergesellschaftungsprozesses deutlich wird: Zum einen tragen die den Vertrag initiiierenden Vernunftschlüsse einer komplexen menschlichen Natur Rechnung, in der die Leidenschaften untereinander wie mit der Vernunft mannigfaltige Verbindungen eingehen. Dabei müssen Todesfurcht wie die übrigen, auf Genuss gerichteten Leidenschaften vernünftigerweise nach Frieden streben, da sie allein dort Verwirklichung finden. Zum andern zählen gewaltlose gesellschaftliche Beziehungen selbst zu den begehrten, nur in Friedenszeiten verfügbaren Objekten, so dass mitunter ein leiser Gesellschaftstrieb der Vergesellschaftung Antrieb gibt.

Mit dem zuletzt ausgeführten dritten Punkt verliert der Einwand Hegels einen Teil seines Gewichts, da sich sein Vorschlag bei Hobbes bereits partiell eingelöst findet. Man mag nun einwerfen, dass ich mir durch diese Interpretation den Vorwurf, von dem ich Hobbes entlaste, selbst einhandle, indem ich die Hobbessche Anthropologie einem Selektionsvorgang unterziehe, bei dem ich das mir akzidentell Scheinende von dem für notwendig Erachteten abziehe. Auch hier bliebe bloss die achselzuckende Feststellung: „es wird vorausgesetzt, wohin man gelangen will“.³⁷⁷ Dieser Einwurf hat seine Berechtigung. Denn was bisher keine Berücksichtigung fand, ist das viel besprochene mechanistische Welt- und Menschenbild des 17. Jahrhunderts, dem Hobbes in besonderer Weise verpflichtet war und das den Weg vom Aristotelismus zum Individualismus weist:

„Hobbes legt die menschliche Natur nicht teleologisch aus und findet in ihr keine politische Wesensbestimmung; er betrachtet den Menschen vielmehr als Bestandteil der physikalischen Natur, der partiell den gleichen Gesetzen unterworfen ist wie alle anderen Dinge. Diese szientistische Fassung der Anthropologie bedingt eine radikal individualistische Ausrichtung: nimmt man den Menschen als ein Stück Natur, als kausalgesetzlich bewegtes Ding unter Dingen, dann nimmt man ihn auch als a-historisches, von allen sozialen Bindungen unabhängiges Individuum.“³⁷⁸

³⁷⁶ Vgl. ebd., S. 96.

³⁷⁷ Hegel: „Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts“, S. 447.

³⁷⁸ Christine Chwaszcza: „Anthropologie und Moralphilosophie im ersten Teil des *Leviathan*“, in: Wolfgang Kersting (Hg.): *Thomas Hobbes: Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates* (Klassiker Auslegen, Bd. 5), 2., bearb. Aufl., Berlin: Akademie Verlag 2008, S. 69-88, 69f. Auch Henning Ottmann sieht in der „Ersetzung der teleologischen Naturerklärung durch die kausal-mechanische, der

Christine Chwaszcza setzt ihren Ausführungen hinzu, dass es aufgrund dieser Voraussetzungen nicht verwunderlich sei, dass die Vergesellschaftung des Menschen für Hobbes ein grundlegendes theoretisches Problem aufwarf und er die Erklärung der Möglichkeit gesellschaftlichen Zusammenlebens als zentrale Aufgabe seiner politischen Philosophie verstand.³⁷⁹

Meine Interpretation zielt auf den Nachweis, dass Hobbes, um das theoretische Problem der Vergesellschaftung zu lösen, nicht auf mechanistische Voraussetzungen, die ich keineswegs abschwächen möchte, beschränkt bleiben konnte. Vielmehr integrierte er in seine individualistische Anthropologie soziale Elemente, die den Bruch mit Aristoteles und Hegel an unauffälligen, aber entscheidenden Stellen überbrücken und die Kontinuität des Menschen zwischen Naturzustand und Staatsgesellschaft einsichtig machen.

Der Gesellschaftsvertrag muss deshalb nicht als mystischer Grund, sondern kann als anthropologisch begründet begriffen werden. Freilich bleibt auch hier eine Ambivalenz zwischen individualistischen und sozialen Wesenszügen zurück. Doch scheint mir der massgebende Punkt darin zu liegen, dass nicht nur der Wunsch nach gesellschaftlichen Beziehungen als anthropologisches Moment in den Blick kommt, sondern auch die Leidenschaften, die jenseits jedes Sozialitätsbedürfnisses liegen, nur in der staatlichen Gemeinschaft gelebt werden können, in die sie deshalb unter Anleitung der Vernunft streben werden.

Es gilt allerdings auch die Grenzen des Hobbesschen Gesellschaftsbegriffs und zugleich seines Alteritätsbegriffs gegenwärtig zu halten. Eine Theorie, die der Anerkennung durch Andere eine fundamentale Bedeutung für das Bewusstsein der eigenen Individualität zuschreibt, vertritt Hobbes im Gegensatz zu Hegel nicht.³⁸⁰ Ebenso wenig ist in ihm der grosse Verfechter einer Assoziation zu sehen, worin nach Marx „die freie Entwicklung eines jeden die Bedingung für die freie Entwicklung aller ist.“³⁸¹ Das Programm fällt wesentlich schmaler aus und verläuft in einem individualistischeren Rahmen: Die freie Entwicklung des

aristotelischen Bewegungslehre durch die galileische“ einen wichtigen Ausgangspunkt für Hobbes' Anthropologie; Ottmann: „Thomas Hobbes: Widersprüche einer extremen Philosophie der Macht“, S. 76. Von vorrangiger Bedeutung ist die Verbindung von moderner Mechanik und moderner Philosophie für die Studie Franz Borkenaus; vgl. Borkenau: *Der Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Weltbild*, S. 5-14 und 439f. Dabei bilden nach Borkenau die Mechanisierung der Arbeit (der Produktivkräfte) und des gesellschaftlichen Lebens (der Produktionsverhältnisse) ein und denselben „Prozess des Durchdringens des Kapitalismus“ (S. 14).

³⁷⁹ Vgl. Chwaszcza: „Anthropologie und Moralphilosophie im ersten Teil des *Leviathan*“, S. 70.

³⁸⁰ Zur Frage des Einflusses Hobbes' auf Hegels Konzept eines Kampfes um Anerkennung vgl. Ludwig Siep: „Der Kampf um Anerkennung. Zu Hegels Auseinandersetzung mit Hobbes in den Jenaer Schriften“, in: Friedhelm Nicolin und Otto Pöggeler (Hg.): *Hegel-Studien, Bd. 9*, Bonn: Bouvier Verlag 1974, S. 155-207. In seinem Aufsatz arbeitet Siep die Entwicklung der Beeinflussung innerhalb der Jenaer Schriften heraus und sieht die Grenze jeder Annäherung Hegels an Hobbes darin, dass letzterer das Wesen des Staates in dessen Funktion als Garant der Selbsterhaltung bestimmt, ersterer hingegen in der Verwirklichung der Sittlichkeit, d.h. in der Befreiung von der Partikularität der individuellen Freiheit; vgl. ebd., S. 207.

³⁸¹ Vgl. Karl Marx/Friedrich Engels: „Manifest der Kommunistischen Partei“, in: dies.: Werke (MEW), Bd. 4, hg. vom Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED, Berlin: Dietz Verlag 1959, S. 459-493, 482.

Einzelnen ist nur möglich, wo alle zusammen sind. Die freie Entwicklung aller als Gemeinschaft tritt demgegenüber zurück. Damit kann aber auch die Vorstellung eines kulturell gebundenen Bewusstseins keinen Platz finden. Vergesellschaftung hat den Wert, die Einzelnatur zu entfalten und wenn unter sie auch ein Bedürfnis nach gesellschaftlichen Beziehungen gerechnet werden kann, so verbleibt die Entfaltung des Kollektivs als kultureller Identitätsquelle doch jenseits der Hobbesschen Konzeption. Alterität bedeutet Differenz unter Einzelnen, nicht Differenz unter Gesellschaften. Die Konfrontation unter staatsförmigen Gebilden vollzieht sich in einem kulturell amorphen Naturzustand, in dem allein die Machtkonkurrenz unter Souveränen zählt.³⁸² Hobbes' Anthropologie vermag sich gerade deshalb universal zu geben, weil sie kulturell-historische Aspekte nicht einbezieht.

Dass das Verhältnis von Individuum und Gesellschaft auch anders gedacht werden kann, wurde an Hegels *Naturrechtsaufsatz* deutlich. Ist das Volk eher als der Einzelne, wird der Einzelne also nicht zur Gesellschaft hin, sondern von der Gesellschaft her gedacht, steht die Natur in einer gewissen Abhängigkeit von Ort und Zeit. Lässt sich ausgehend von Hegels Konzeption das Problem der Relativität entwickeln, so wird es in Bezug auf Hobbes dann virulent, wenn man seine Vorstellung von der menschlichen Natur einer abweichenden gegenüberstellt. Die sich in der gegenwärtigen globalen Diskussion um unveräußerliche menschliche Rechte stellende Herausforderung verschiedener Auffassungen des Verhältnisses von Individuum und Gesellschaft widerspiegelt sich in kleinerem Massstab zwischen individualistischen und organisch-sozialen Konzeptionen auch innerhalb der auf die Selbstbestimmung des Einzelnen hin angelegten europäischen Tradition. Einige Aspekte dieser Problematik und eines möglichen Umgangs mit ihr sollen abschliessend erwogen werden, da sie im Zentrum naturrechtlicher Überlegungen liegen müssen und eine letzte Aporie illustrieren: die Frage nämlich, inwiefern eine allgemeinmenschliche Natur nicht nur bestimmbar, sondern überhaupt gegeben ist.

³⁸² Vgl. Hobbes: *Leviathan*, 1991, S. 97f. und 269f. Interkulturelle Aspekte sind aber auch allein deshalb nicht von Belang, weil sich Hobbes' Anliegen auf die Herstellung von Sicherheit innerhalb eines von innerchristlichen Auseinandersetzungen geschüttelten christlichen Gemeinwesens beschränkt. Dass der Gesichtskreis im Innerchristlichen verbleibt, wird auch an Hobbes' Überzeugung deutlich, dass nur der Tod für das Bekennen eines einzigen Glaubensartikels – „Jesus ist der Christus“ – den Ehrennamen eines Märtyrertodes verdiene; vgl. ebd., S. 383.

5.2 Die menschliche Natur im Zweifel des Historismus

„Es wurde auf diesen Blättern mehrmals hervorgehoben, dass die Natur eine gesellschaftliche Kategorie ist.“³⁸³ Was Georg Lukács in seinem Aufsatz zur Verdinglichung herausstellt, indem er Hegels Kritik an Fichtes atomistischem Staatsmodell aufgreift, wurde auch in den Blättern anderer hervorgehoben. So schreibt Borkenau, der den Menschen als gesellschaftliches Wesen bestimmt, im Eingang seiner Studie zum *Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Weltbild*: „Wir setzen die Frage beiseite, ob es allgemeinemenschliche apriorische Kategorien gibt. Für uns ist nur wichtig, dass alle Erfahrung vor allem der Formung durch historisch wechselnde Kategorien unterliegt.“³⁸⁴

Dieser Zweifel an apriorischen Kategorien führt über in ein historistisches Verständnis von Geschichte. Karl Mannheim ersetzt den Gedanken „von der Identität, der ewigen Selbstgleichheit und Apriorität der formalen Bestimmungen der Vernunft“ durch die Vorstellung einer Entwicklung von Gesellschaften als organischen Ganzheiten, durch die Überzeugung eines Fließens und Werdens, eines Allwandels von Lebenstotalitäten, dessen inneres Prinzip die historistische Lehre herauszuarbeiten hat.³⁸⁵ Das Primat der Dynamik vor der Statik, das Mannheims gesamten Artikel durchzieht, nimmt auch Friedrich Meinecke zum Ausgangspunkt seiner Aufsatzsammlung *Vom geschichtlichen Sinn und vom Sinn der Geschichte*: „Es gibt nichts Festes und in sich Abgeschlossenes mehr, es ist alles im Flusse.“³⁸⁶

Mannheim wie Meinecke sehen im Historismus nicht eine auf den Kreis der Wissenschaft beschränkte Modeströmung, sondern – in direkter Konsequenz und Anwendung des historistischen Grundgedankens – eine organisch gewachsene Weltanschauung, ein Lebensprinzip des modernen Menschen, welches das aufklärerische Bild einer überzeitlichen Vernunft abgelöst hat und aus dem der Historismus als Wissenschaftsprinzip überhaupt erst entspringen konnte.³⁸⁷ Als wissenschaftliche Methode gilt beiden ein intuitives Verstehen, ein seelisches Einfühlen in die historischen Gegenstände, wobei, wie Mannheim betont, die Untersuchung auf individuelle Totalitäten des eigenen Kulturkreises beschränkt bleiben muss, da anders der organische Zusammenhang zwischen einer früheren Epoche und dem Standort

³⁸³ Georg Lukács: „Die Verdinglichung und das Bewusstsein des Proletariats“, in: *Frühschriften II: Geschichte und Klassenbewusstsein*, Neuwied/Berlin: Hermann Luchterhand 1968, S. 257-397, 309.

³⁸⁴ Borkenau: *Der Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Weltbild*, S. 16.

³⁸⁵ Vgl. Karl Mannheim: „Historismus“, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 52 H. 1 (1924), S. 1-60, 9 sowie ebd., S. 3-5 und 20. Vgl. auch S. 49f., wo Mannheim Lukács' *Geschichte und Klassenbewusstsein* und hier insbesondere den Aufsatz zur Verdinglichung als Beispiel dafür anführt, wie der Historismus das zeitgenössische Denken beherrschte.

³⁸⁶ Friedrich Meinecke: *Vom geschichtlichen Sinn und vom Sinn der Geschichte*, Leipzig: Koehler & Amelang 1939, S. 9f.

³⁸⁷ Vgl. ebd., S. 95f. bzw. Mannheim: „Historismus“, S. 2.

des Historikers fehlt, was Verstehen unmöglich macht.³⁸⁸ Die Annahme eines ständigen Wandels lässt jede Erscheinung als geschichtlich und jede geschichtliche Erscheinung als singular in den Blick treten. Natur und Vernunft des Menschen hält Meinecke für variabler und entwicklungsfähiger, als die überkommene naturrechtliche Denkweise es annehme: „Die entwicklungsgeschichtliche Betrachtungsweise, verbunden mit dem Sinn für den individuellen Charakter des Menschen und der menschlichen Gebilde, hat dem alten dogmatischen Naturrecht den Boden entzogen.“³⁸⁹

Das Anliegen, der Naturrechtslehre über die Stärkung des historischen Bewusstseins den Boden zu entziehen, hatte im 19. Jahrhundert insbesondere der Exponent der *Historischen Rechtsschule*, Friedrich Carl von Savigny, vertreten. Der bei Meinecke titelgebende „geschichtliche Sinn“ liefert bereits hier das Instrument, das die Lehre vom Naturrecht als ungeschichtlichen Unsinn erweisen soll:

„Auch ist der geschichtliche Sinn der einzige Schutz gegen eine Art der Selbsttäuschung, die sich in einzelnen Menschen, wie in ganzen Völkern und Zeitaltern, immer wiederholt, indem wir nämlich dasjenige, was uns eigen ist, für allgemein menschlich halten. So hatte man ehemals aus den Institutionen mit Weglassung einiger hervorstechenden [sic] Eigenthümlichkeiten ein Naturrecht gemacht, was man für unmittelbaren Ausspruch der Vernunft hielt: jetzt ist niemand, der nicht über dieses Verfahren Mitleid empfände, aber wir sehen noch täglich Leute, die ihre juristischen Begriffe und Meynungen bloß deshalb für rein vernünftig halten, weil sie deren Abstammung nicht kennen. Sobald wir uns nicht unsres individuellen Zusammenhangs mit dem grossen Ganzen der Welt und ihrer Geschichte bewusst werden, müssen wir nothwendig unsre Gedanken in einem falschen Lichte von Allgemeinheit und Ursprünglichkeit erblicken.“³⁹⁰

Savigny geht davon aus, dass das Recht gleich der Sprache in organischem Zusammenhang mit dem Wesen eines Volkes stehe, mit ihm wachse und vergehe.³⁹¹ Dieses organische Werden vollzieht sich jenseits von Willkür und Absicht einer gesetzgeberischen Autorität.³⁹² Nach zwei Seiten hin wird dadurch das Recht in die Geschichte hineingeholt: zum einen gegenüber dem Rechtsetzungsanspruch einer abstrakten, individualistischen Vernunft, zum anderen gegenüber dem Macht- und Ordnungswillen einer politischen Instanz.³⁹³ Der Jurisprudenz stellt sich die Aufgabe, die im Gesetz wirkenden leitenden Grundsätze

³⁸⁸ Vgl. Meinecke: *Vom geschichtlichen Sinn und vom Sinn der Geschichte*, S. 56f. bzw. Mannheim: „Historismus“, S. 25f.

³⁸⁹ Meinecke: *Vom geschichtlichen Sinn und vom Sinn der Geschichte*, S. 50.

³⁹⁰ Friedrich Carl von Savigny: *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg: bey Mohr und Zimmer 1814, S. 115. Savignys Einwand, dass das Naturrecht sich einer unkritischen Abstraktion verdanke, zeigt die Nähe zu Hegel. Dass Hegels Kritik an der empirischen Behandlungsart des Naturrechts in vielen Punkten Savignys Argumente vorwegnimmt, vermerkt auch Herbert Schnädelbach: „Über historistische Aufklärung“, in: *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie*, H. 2 (1979), S. 17-36, 30.

³⁹¹ Vgl. Savigny: *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, S. 11.

³⁹² Vgl. ebd., S. 13f.

³⁹³ Vgl. dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde: „Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts“, in: ders.: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, S. 9-41, 13f.

herauszufühlen und von ihnen ausgehend die Verwandtschaft unter den juristischen Begriffen und Sätzen zu entwickeln.³⁹⁴ Dem gewordenen Gegenstand in seiner Geschichte verstehend nachzuspüren, um daraus die Anleitungen für den Umgang mit der Gegenwart zu gewinnen, bildet für Savigny ebenso ein Postulat wie später für Mannheim und Meinecke. Dabei verlangt „die strenge historische Methode der Rechtswissenschaft“, jeden juristischen Stoff bis auf seine Wurzel zu verfolgen, um dort auf das organische Prinzip zu stossen, anhand dessen im Recht das Abgestorbene, das nur noch der Geschichte angehört, von dem geschieden werden kann, was noch Leben hat.³⁹⁵ Das Ziel besteht darin, „den gegenwärtigen Zustand des Rechts allmählich von demjenigen zu reinigen, was durch blosse Unkunde und Dumpfheit literarisch schlechter Zeiten, ohne alles wahrhaft praktische Bedürfniss, hervorgebracht worden ist.“³⁹⁶

Im kathartischen Zug von Savignys Schrift liegt eine gewisse Parallele zum Unternehmen von Kelsens Rechtslehre, die nicht nur auf theoretische Reinheit, sondern ebenso auf praktische Reinigung zielt. Eine weitere Parallele besteht in der Ablehnung der Naturrechtslehre, eine dritte schliesslich in der Wegweisung jeder Autorität vom Quellgebiet des Rechts. Die Gestalt des Rechts verdankt sich nach Savigny nicht der Macht eines Fürsten noch kann es gewaltsam verändert werden; eine Autorität kann sich allenfalls über die organische Struktur des Rechts täuschen, was stets Verderben bringen wird.³⁹⁷ Statt eine Grundnorm an den Ursprung des Rechts zu führen, wird auf das Recht der Gewohnheit verwiesen, das Savigny „natürliches Recht (in einem andern Sinn als unser Naturrecht)“ nennt.³⁹⁸ Seine Ansicht fasst er dahin zusammen, „dass alles Recht auf die Weise entsteht, welche der herrschende, nicht ganz passende, Sprachgebrauch als *Gewohnheitsrecht* bezeichnet, d.h. dass es erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers.“³⁹⁹ Allein in lebendigem Gewohnheitsrecht ist deshalb nach Savigny wahrer Fortschritt zu finden.⁴⁰⁰

Die historistische Position lässt sich gegenüber einer aufklärerischen als Absage an einen ungeschichtlichen Rationalismus unter Beibehaltung der Fortschrittsidee charakterisieren.⁴⁰¹

³⁹⁴ Vgl. Savigny: *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, S. 22, 28f. und 50.

³⁹⁵ Ebd., S. 117f.

³⁹⁶ Ebd., S. 119.

³⁹⁷ Vgl. ebd., S. 152f.

³⁹⁸ Ebd., S. 13.

³⁹⁹ Ebd., S. 13f. Die „Präeminenz“ eines unabänderlichen Gewohnheitsrechts hat Max Weber dazu geführt, für die *Historische Rechtsschule* von einem „Naturrecht des historisch Gewordenen“ zu sprechen und dieses der Reihe naturrechtlicher Strömungen einzuordnen; Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 497.

⁴⁰⁰ Vgl. Savigny: *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, S. 133.

⁴⁰¹ Den historisch-systematischen Zusammenhang von Historismus und Aufklärung charakterisiert Schnädelbach dahingehend, „dass der Historismus aus der historischen Aufklärung dadurch entspringt, dass sie rückwirkend das Fundament dieser Aufklärung selbst affiziert, d.h. die Menschennatur und die Vernunft als etwas

In der Distanzierung vom Vernunftbegriff besteht auch die wesentliche Differenz zwischen Hegel und den Historisten, welche mit Begriffen wie „organisch“, „Volksgeist“ oder „Totalität“ über ein gemeinsames Vokabular verfügen und damit zugleich die zentrale Vorstellung teilen, nach der Individuen stets an geschichtlich besondere Kollektive gebunden sind.⁴⁰² Was die Idee des Fortschritts betrifft, so verwirft Meinecke zwar den am Massstab der Vernunft orientierten Entwicklungsbegriff, „den die naturrechtlich denkende Aufklärung von Voltaire an überhaupt vertrat“⁴⁰³; wenn er aber von der Entelechie jedes Staates spricht, von der Verwirklichung seines eigentümlichen, ihm innewohnenden Ideals⁴⁰⁴, und wenn er ferner einen unbekanntem Sinn der Geschichte im Ganzen annimmt, in ihr Richtung und Zweck erahnt⁴⁰⁵, so liegt darin eine implizite Vorstellung nicht nur von Fortschreiten, sondern von Fortschritt. Auch Karl Mannheim beschränkt sich nicht auf die Feststellung eines ungerichteten Wechsels der Dinge, sondern glaubt an ein Ordnungsprinzip und sucht nach einer innersten Struktur des Allwandels. In Konsequenz scheint ihm der „Sinn“ einer historischen Tatsache dadurch fassbar, dass sie ihren Platz innerhalb der dynamischen Totalität zugewiesen erhält.⁴⁰⁶

Im Hinblick auf die *Historische Rechtsschule* hat Ernst-Wolfgang Böckenförde darauf hingewiesen, dass die Vorstellung einer organischen Entwicklung des Rechts nach einem immanenten Prinzip und der damit verbundene Fortschrittsgedanke den Historismus eine ungeschichtlich verfahrenende Methode werden lässt.⁴⁰⁷ Wie das Naturrecht sucht diese geschichtliche Rechtsauffassung nicht eine Antwort auf eine historische Frage, sondern eine Lösung für das philosophische Problem der Rechtsbegründung. In dem sich geschichtlich entfaltenden Volksgeist findet das Recht nicht nur seinen Entstehungs-, sondern auch seinen Geltungsgrund.⁴⁰⁸ Das entelechische Moment von Savignys Volksbegriff wendet die Theorie von einer empirisch-soziologischen in eine metaphysische Richtung. Entsprechend eignet dem aus dem Volksgeist fließenden und sich in dieser Emanation legitimierenden Recht

Historisches zu begreifen lehrt, mit allen gegenaufklärerischen Folgen, die das haben mag.“ (Schnädelbach: „Über historistische Aufklärung“, S. 31.) Insofern „er *Gegenaufklärung* als *Aufklärung der Aufklärung über sich selbst*“ praktiziere, sei der Historismus seinerseits Aufklärung; ebd.

⁴⁰² Norberto Bobbio zeigt, dass nicht nur der semantische Gehalt von „Volksgeist“ bei Hegel und den Historisten verschieden ist, sondern dass der Begriff bei letzteren dazu dient, den Vorrang der Gesellschaft vor dem Staat zu erweisen, während ersterer dem vernünftigen Staatswillen eine höhere Stellung einräumt; vgl. Bobbio: „Hegel und die Naturrechtslehre“, S. 85. Die Differenz zum Hegelschen Vernunftdenken erläutert sowohl Mannheim, der einen Gegensatz zwischen den rationalistisch eingestellten Hegelianern und den Irrationalisten der *Historischen Schule* markiert, als auch Meinecke, der sich explizit vom rationalistischen Hegelianismus abgrenzt; vgl. Mannheim: „Historismus“, S. 27-29 bzw. Meinecke: *Vom geschichtlichen Sinn und vom Sinn der Geschichte*, S. 96f.

⁴⁰³ Meinecke: *Vom geschichtlichen Sinn und vom Sinn der Geschichte*, S. 54f.

⁴⁰⁴ Vgl. ebd., S. 31.

⁴⁰⁵ Vgl. ebd., S. 5 und 22.

⁴⁰⁶ Vgl. Mannheim: „Historismus“, S. 4-6.

⁴⁰⁷ Vgl. Böckenförde: „Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts“, S. 17f.

⁴⁰⁸ Vgl. ebd., S. 12f.

derselbe metaphysische Charakter.⁴⁰⁹ In solchem Sinne bezeichnet auch Karl Mannheim, selbst ein Vertreter des Historismus, diesen aus eigener Sicht „als universales, metaphysisches und methodisches Prinzip in allen Geisteswissenschaften“.⁴¹⁰

Böckenfördes Kritik zielt dahin, dass die historicistische Rechtsauffassung eine nicht geringere Vernachlässigung der Geschichte als das Naturrecht betrieben hatte. Von der Geschichtlichkeit des Rechts überzeugt, weist er auf dessen Zugehörigkeit zur gesellschaftlichen Gesamtwirklichkeit hin. Nicht nur das Gewohnheitsrecht, sondern ebenso das kodifizierte Recht bleibt in die Geschichte des Rechts eingebunden, die einen Teil der geschichtlichen Bewegung der Gesellschaft bildet.⁴¹¹ Zwar müsse das Recht aufgrund seiner sozialordnenden Aufgabe immer wieder normativ auf den sich historisch wandelnden Kontext antworten, doch könnten die Kriterien dieses Antwortens wiederum nur in den Überzeugungen der jeweiligen historisch konkreten Situation ihren Ursprung haben. Statt von apriorischen Rechtsideen oder übergeschichtlichen Rechtswerten auszugehen, die auf bestimmte Situationen anzuwenden wären, setzt Böckenförde auf eine geschichtlich präsente Ethik, die nicht absolute, nicht bloss seinsollende Ethik ist. Von ihr her müsse sich das Recht, wolle es als *Recht* wirksam sein, legitimieren und auf seinen Sinn hin befragen lassen.⁴¹²

In der Tat führt die Befreiung von der Teleologie zu einer Historisierung des Historismus. Der Preis dafür liegt freilich in einem noch deutlicheren Relativismus. Denn nicht nur Gewohnheitsrecht und kodifiziertes Recht, sondern auch Ethik findet weder Grund noch Ziel und geht über Gewohnheit nicht hinaus.

Von einer anderen Seite aus hat Karl Popper Kritik am „Historizismus“ und mitunter an den teleologischen Tendenzen des Historismus geübt. Popper unterscheidet den Begriff des Historismus zwar deutlich von seinem Begriff des Historizismus, doch werden unter letzteren auch Strömungen gerechnet, die für die hier besprochenen historicistischen Positionen charakteristisch sind.⁴¹³ Als Historizismus bezeichnet er eine Einstellung zu den Sozialwissenschaften, die deren Hauptziel in historischen Voraussagen sieht und dieses Ziel dadurch zu erreichen glaubt, dass sie Rhythmen, Gesetze oder Trends entdeckt, die der geschichtlichen Entwicklung zugrunde liegen.⁴¹⁴ Einem solchen scientistischen, auf unkritischer Übernahme naturwissenschaftlicher Methoden beruhenden Verständnis sozialen Wandels tritt Popper entschieden entgegen: „Die Idee einer Bewegung der Gesellschaft selbst,

⁴⁰⁹ Vgl. ebd., S. 15f.

⁴¹⁰ Mannheim: „Historismus“, S. 5.

⁴¹¹ Vgl. Böckenförde: „Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts“, S. 30-33.

⁴¹² Vgl. ebd., S. 33, 35 und 37.

⁴¹³ Zur terminologischen Unterscheidung vgl. Karl Popper: *Das Elend des Historizismus*, hg. von Hubert Kiesewetter, 7. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2003, S. 15f.

⁴¹⁴ Vgl. ebd., S. 2f.

die Vorstellung, dass sich die Gesellschaft wie ein physikalischer Körper als *Ganzes* auf einer bestimmten Bahn und in eine bestimmte Richtung bewegen kann, ist nichts als ein verworrenes holistisches Hirngespinnst.“⁴¹⁵ Das Elend des Historizismus sieht Popper im „Elend der Phantasielosigkeit“, sich keinen Wandel in den Bedingungen des Wandels vorstellen zu können⁴¹⁶, zugleich aber in der „historizistischen Hysterie“, die den historischen Wandel und hier insbesondere den Wandel der menschlichen Natur überschätzt⁴¹⁷. Eine Anpassung an fremde Denkgewohnheiten und das Verstehen anderer Kulturen scheint ihm im Gegensatz zu Karl Mannheim, gegen den er sich an zahlreichen Stellen explizit wendet, durchaus möglich.⁴¹⁸ Denn in den meisten, wenn nicht in allen sozialen Situationen gebe es ein rationales Element, das den Menschen in seinen Aktionen und Interaktionen kennzeichne.⁴¹⁹ Freilich gibt Popper zum einen zu bedenken, dass „[d]er menschliche oder persönliche Faktor“ stets „*das* irrationale Element in den meisten oder vielleicht sogar in allen institutionellen Sozialtheorien sein“ wird, zum anderen räumt er ein, dass die menschliche Natur mit den sozialen Institutionen variere, weshalb ihr Studium die Kenntnis dieser Institutionen voraussetze.⁴²⁰

Poppers Kritik an historizistischen Positionen, unter denen wir auch solche von Historisten finden, zielt gewiss nicht auf eine Rehabilitierung naturrechtlicher Vorstellungen. Dennoch scheint mir seine Relativierung des Relativismus unter gleichzeitiger Berücksichtigung individueller und sozialer Relationen den Weg aus gewissen Aporien des Naturrechts anzuzeigen. Dieser Weg liegt im Dreieck von menschlicher Vernunftnatur, sozialer Variation und rational nicht durchwegs einholbaren Andersheiten des Einzelnen, die Popper als menschlichen Faktor beschreibt und die ich unter den Begriff der Idiosynkrasie subsumieren werde.

⁴¹⁵ Ebd., S. 102.

⁴¹⁶ Vgl. ebd., S. 116.

⁴¹⁷ Vgl. ebd., S. 86 sowie S. 90f.

⁴¹⁸ Vgl. ebd., S. 85f.

⁴¹⁹ Vgl. ebd., S. 125f.

⁴²⁰ Ebd., S. 141.

5.3 Naturrecht im Dreieck von Vernunft, Gesellschaft und Idiosynkrasie

Das vernünftige Handeln selbstbestimmter Menschen bildet die Bedingung, Menschen, wie sie in ihren Handlungen in Erscheinung treten, mit vernünftigen Mitteln zu verstehen und ihrem Handeln einen Sinn abzugewinnen. Vernunft stellt damit das Mittel des Verstehens der Natur dar und gehört zugleich zur erkannten Natur des Menschen selbst. Verständnis ist aber auch dem entgegenzubringen, was sich nicht reibungslos in die Kategorien des Allgemeinen bringen lässt. Diesen Gedanken habe ich anhand von Derridas Alteritätskonzept verfolgt und mit Hobbes' Billigkeitsbegriff aufzunehmen versucht. Schliesslich gilt es den Menschen in seiner Sozialität zu fassen, die vernünftiges Handeln in historisch-kultureller Diversität zeigt und damit eine zweite Form von Alterität darstellt.⁴²¹ Dieser Gedanke kann vom Historismus übernommen werden, ohne dass er dabei in eine zwingende Opposition zu gewissen feststehenden Vernunftprinzipien treten müsste. Denn bliebe keinerlei Gleichförmigkeit in der Rationalität, würde historisches Verstehen schwer denkbar, da auch eine historistische Intuition ihren Orientierungspunkt verlöre. Historisch-kulturelle Alterität, die als gesellschaftlich bestimmte Alterität der individuellen zur Seite tritt, ist bei Hobbes trotz der dargelegten sozialen Komponenten kaum angelegt und sein Billigkeitsbegriff würde überstrapaziert, wollte man das Postulat eines „Jedem-das-Seine“ nicht bloss innergesellschaftlich, sondern zwischen Gesellschaften über Zeit und Raum hinweg denken.

Allgemeinmenschliche Vernunft, historisch-kulturelle Variation und individuelle Idiosynkrasie bilden Komplexe von absteigender Allgemeinheit. Eine Bestimmung der menschlichen Natur scheint mir nur möglich, wo sie alle Berücksichtigung finden. In welcher Weise ist aber dieser Begriff von Natur in einen naturrechtlichen Rahmen zu bringen?

Was das Verhältnis von Vernunftnatur und gesellschaftlicher Diversität betrifft, hat Hans Heinz Holz hinsichtlich der Menschenrechtsdebatte in Auseinandersetzung mit dem Juristen Hermann Klenner einen Weg gewiesen, der zwischen der Verabsolutierung spezifizierter Vernunft auf der einen und historistischem Relativismus auf der anderen Seite verläuft.⁴²² Aus der Individualität der Person allein lässt sich nach Holz ungeachtet der emphatischen Berufung auf die Menschenwürde kein *Rechts*verhältnis herleiten, da jede Form des Rechts unter die allgemeine Figur menschlicher Gemeinschaft subsumiert ist, die bei Hegel als

⁴²¹ Dass Popper die Sozialität in selbstverständlicher Weise zur menschlichen Natur rechnet, wird darin deutlich, dass er sie als Binsenweisheit, „dass die Menschen immer in Gruppen leben“, zusammen mit der anderen, dass das Angebot gewisser Dinge knapp und das anderer Dinge unbegrenzt ist, zu den „trivialen Regelmässigkeiten“ der Menschheitsgeschichte zählt; Popper: *Das Elend des Historizismus*, S. 6.

⁴²² Vgl. dazu die bereits zitierten Aufsätze von Holz: „Die regulative Idee des Menschenrechts“ und Klenner: „Apriorität, Historizität und Aktualität von Menschenrechten“.

„Anerkennung“ beschrieben wird.⁴²³ Das jeweilige Menschenbild variiert je nach gesellschaftlichem Kontext, in dem sich solche Anerkennungsverhältnisse vollziehen; „eine Berufung auf die ‚Natur des Menschen‘ kann also immer nur in einer Kulturgemeinschaft mit gleicher Grundlage des weltanschaulichen Überbaus zur Legitimation bestimmter Menschenrechte dienen.“⁴²⁴

Einen nicht-relativistischen Boden der Begründung von Menschenrechten sucht Holz im vor-juridischen Feld durch ein Konzept materialer Apriorität zu gewinnen.⁴²⁵ „In diesem Sinne eines materialen Apriori sprechen wir davon, dass der Mensch (zum mindesten als Rechtsperson) ein potentiell aus vernünftig begründbaren Entscheidungen handelndes Wesen ist.“⁴²⁶ Die Freiheit zur Selbstbestimmung im Vernunftgebrauch bezeichnet dabei einerseits das Gattungsmerkmal des Menschen als *animal rationale* bzw. als *homo sapiens* und charakterisiert zugleich den Menschen als Rechtsperson. Als Kriterium der Urteilsfähigkeit bildet sie die Voraussetzung, unter der eine Rechtsordnung allein zu einem System von verbindlichen Regeln gelangen kann.⁴²⁷ Denn „Recht gibt es nur als Prinzip einer Gemeinschaft von vernünftigen, urteilenden Subjekten.“⁴²⁸ Da die Möglichkeit, seine Vernunft ungehindert gebrauchen zu können, gegeben sein muss, wo Menschen in einer durch Recht geordneten Gemeinschaft leben sollen, sieht Holz das fundamentale und unabdingbare Menschenrecht darin, die Vernunft im Menschen zu achten.⁴²⁹

Die Spezifikation dieses *Menschenrechts* als eines *Singularetantum* zu einem Katalog von *Menschenrechten* wird zusätzliche Parameter einbeziehen müssen, die auf die jeweiligen historischen und kulturellen Besonderheiten bezogen bleiben.⁴³⁰ Insbesondere die differenten Konzeptionen des Verhältnisses von Individuum und Gesellschaft gilt es in Rücksicht zu nehmen, ohne allerdings einen Widerspruch mit dem fundamentalen Menschenrecht im Singular herbeizuführen.

Zu ergänzen ist diese Konzeption durch einen von Derrida her gelesenen Aspekt der Hobbesschen Naturrechtstheorie, die, wenn auch in einem auf Selbsterhaltung fokussierten Sinn, ebenfalls die Vernunft zu ihrem Ausgangspunkt nimmt. Um der dritten Komponente gerecht zu werden, die in individueller Alterität besteht, muss eine die Natur des Menschen in ihrer Gesamtheit aufnehmende Naturrechtsidee eine Integration des Kriteriums der Billigkeit

⁴²³ Vgl. Hans Heinz Holz: „Über die apriorische Begründung von Menschenrechten“, in: Gerhard Haney, Werner Maihofer, Gerhard Sprenger (Hg.): *Recht und Ideologie. Festschrift für Hermann Klenner zum 70. Geburtstag*, Freiburg/Berlin: Rudolf Haufe 1996, S. 83-103, 87.

⁴²⁴ Ebd., S. 89.

⁴²⁵ Vgl. ebd., S. 90-94.

⁴²⁶ Ebd., S. 92.

⁴²⁷ Vgl. ebd., S. 93f. sowie ders.: „Die regulative Idee des Menschenrechts“, S. 17.

⁴²⁸ Ders.: „Über die apriorische Begründung von Menschenrechten“, S. 94.

⁴²⁹ Vgl. ebd., S. 95.

⁴³⁰ Vgl. ebd., S. 96.

anstreben. Das positivistische Element, das in der Struktur der natürlichen Gesetze als Stifter von Ambivalenz herausgestrichen wurde, kann von hier durchaus als Stärke in den Blick kommen. Wie gezeigt wurde, setzt Billigkeit stets innerhalb des Rahmens des gesetzten Rechts an, dessen grundsätzliche Einhaltung über das Gebot des *pacta sunt servanda* garantiert ist. Der Allgemeinheit einer positiven Ordnung dient Billigkeit als Korrektiv; da sie sich auf das Unberechenbare richtet, ist sie nach Derrida leicht in Ungerechtigkeit zu wenden und bedarf deshalb eines festen Rahmens, um diesen Umschlag so weit als möglich zu verhindern. Steht dieser positive Rahmen nun seinerseits unter der Bedingung einer gesellschaftlich geformten Vernünftigkeit, wird die Gefahr gebannt, dass Billigkeit erst allzu nachträglich in einem ohne jeden Rekurs auf die menschliche Natur gesetzten Gefüge zur Anwendung gelangt.

Schliesslich ist von Hobbes zu lernen, dass der Bezug zur Positivität nicht nur als Voraussetzung der Billigkeit, sondern als Bedingung der Wirksamkeit natürlicher Gesetze überhaupt notwendig ist. Zu Beginn dieser Arbeit wurde festgehalten, dass das Naturrecht das gesetzte Recht, in das es strebt, stets im Blick zu haben hat. Das Insistieren auf dem Setzungscharakter, das sich innerhalb der Hobbesschen Naturrechtskonzeption als Ambivalenz auswirkt, tut Not, wo das Naturrecht sich im gesetzten Recht verwirklichen, wo Naturrecht nicht bloss aus der menschlichen Natur abgeleitetes Postulat bleiben, sondern kodifiziertes Menschenrecht werden will. Beim naturrechtlichen Nachweis, „ein Recht auf das Recht“⁴³¹ zu haben, kann es nicht belassen werden. Vielmehr muss ein naturrechtlicher Entwurf auch die Bemühung um Positivität einschliessen, um Durchsetzung zu finden. Das Naturrecht, das dem positiven Recht als Massstab dienen und deshalb, wie Kelsen herausgearbeitet hat, zu ihm in Widerspruch treten können muss, hat zugleich immer auch einer Komponente Rechnung zu tragen, die Positivität sucht und stützt. Wenn das *pacta sunt servanda* innerhalb der Hobbesschen Naturgesetze deshalb auch zu erheblichen Schwankungen führt, so setzt es doch das Zeichen, dass es auf Setzung *auch* ankommt. Die Ambivalenz erweist sich vor diesem Hintergrund als eine stets notwendige, als eine Spannung, die es, Derridas Umgang mit Aporien zum Vorbild genommen, reflektierend auszuhalten statt gewaltsam zu entscheiden gilt. Denn nur, wenn diese Oszillation in naturrechtlichen Entwürfen ausgehalten und der Trieb zur Positivität aufrecht erhalten wird, besteht Hoffnung, das positive Rechtsgeschehen in eine Reflexion über seine eigenen Grundlagen zu führen und es für begründete Postulate zu öffnen.

⁴³¹ Derrida: *Gesetzeskraft*, S. 76. In ähnlicher Weise spricht Max Weber vom „Recht des Rechtes“; Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 497.

6. Schluss

Die Ergebnisse dieser Arbeit möchte ich an die Formulierung der Ausgangsfrage anschliessen: Die Ambivalenz, mit der das moderne Naturrecht umzugehen hat, habe ich im Hinblick auf die Naturrechtstheorie Thomas Hobbes' als eine doppelte herausgestellt; an jede der beiden Konstituenten des Kompositums *Natur-Recht* knüpft sie in eigener Weise an.

Was den Rechtscharakter betrifft, so bildet die Ambivalenz ein Erbe aus der Zeit des göttlich begründeten Naturrechts. Um Geltung als *Recht* beanspruchen zu können, ist Positivität und die daran anschliessende Möglichkeit der Durchsetzung erforderlich. Denn Recht ohne jede Wirksamkeit lässt sich nicht denken, ist nicht Rechtsgebot, sondern blosses Postulat. Auf der anderen Seite wurde im Anschluss an Jacques Derrida deutlich, dass Setzung allein für Rechtsgeltung ihrerseits nicht hinreicht. Denn wird auf dem Boden von Unentscheidbarkeit, aus dem von Schmitt beschriebenen normativen Nichts, eine Entscheidung gefällt, welche Ordnung und Recht begründen soll, lässt sich Recht von Gewalt nicht unterscheiden. Recht muss Gewalt bleiben und wird das Prädikat „Recht“ bloss zum Schein tragen. Auch die von Vertretern der Systemtheorie unternommenen Versuche, die Gewalt am Grund des Rechts über Verfahren zu relativieren, können erst im Nachhinein und also zu spät ansetzen. Zwar erhalten die gefällten Rechtsentscheidungen im Verfahren eine Begründung, die den gesellschaftlichen Umständen und ihren normativen Vorgaben Rechnung trägt; auch wird allen Betroffenen die Möglichkeit von Argumentation und diskursiver Beteiligung gewährt. Doch das Problem des Anfangs bleibt am Schluss ungelöst. Die Ambivalenz einer Antwort auf die Frage nach der Geltung von Recht wird deshalb stets darin bestehen, dass Positivität einerseits gerade in ihrer bloss formalen Funktion notwendig ist, blosser Formalität aber andererseits eine materiale Leerstelle am Grund des Rechts bedeutet, dem das Naturrecht mit seinen inhaltlichen Ansprüchen zu begegnen sucht.

In diesen inhaltlichen Ansprüchen hat die zweite Erscheinungsform der Ambivalenz ihren Sitz. Sie tritt zu Beginn des modernen Naturrechts nach dem Ausschluss Gottes aus der Begründung des Rechts hervor und betrifft das Moment der menschlichen *Natur*. Im Rekurs auf diese Natur sollte die „zunächst entmutigende Erfahrung von der letztlichen Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme“⁴³² zuletzt doch einer begründeten Entscheidung zugeführt werden. Dieser Rekurs, der die Ambivalenz in der Frage nach der Rechtsgeltung klären sollte, bringt allerdings eine erneute Ambivalenz zutage, die darin gründet, dass die Beschreibung einer allgemeinmenschlichen Natur sich nicht auf die in jedem Einzelnen in allgemeiner Weise vorliegende Vernunft beschränken kann, vielmehr auch Besonderheiten in

⁴³² Benjamin: „Zur Kritik der Gewalt“, S. 196.

den Blick zu nehmen hat. Die Ambivalenz äussert sich entsprechend darin, dass die allgemeinmenschliche Natur in adäquater Weise nur zu greifen ist, wenn sie in ihren besonderen Ausprägungen betrachtet wird. Diese Besonderheiten lassen sich in zwei Richtungen unter den Begriff der Alterität subsumieren.

Die Auseinandersetzung mit Derrida hat ergeben, dass sich von dessen Berücksichtigung der Idiosynkrasien des je anderen Besonderen her eine Brücke zu Hobbes' Konzept der Billigkeit schlagen lässt. Denn als elftes der natürlichen Vernunftgebote ergänzt die Forderung der Billigkeit die Allgemeinheit des Naturgesetzes um ein Moment, das jedem das Seine zukommen lässt und auf diese Weise der uneinholbaren Individualität des Einzelnen Rechnung trägt. Eine andere, auf Gesellschaft bezogene Alterität wurde in der Konfrontation von Hobbes mit Hegel und dem Historismus als Desiderat herausgehoben. Eine Prüfung des Einwands Hegels gegen die Hobbessche Anthropologie konnte zwar nachweisen, dass die Vergesellschaftung als Notwendigkeit nicht allein *aus* der menschlichen Natur des Einzelnen folgt, sondern sich darüber hinaus *in* dieser selbst Ansätze sozialer Bedürfnisse und eine Neigung zur Gesellschaftlichkeit finden. Doch fällt bei Hobbes angesichts seines Fokus auf individuelle Selbsterhaltung die Entfaltung des Kollektivs und ihre Bedeutung für den Einzelnen als historisch-kulturell bestimmte Identitätsquelle ausser Betracht. Die konstitutive Bedeutung des gesellschaftlichen Kontextes für die menschliche Natur ist unter Aufnahme der historistischen Kritik an der Voraussetzung einer historisch unveränderlichen Ausprägung der menschlichen Vernunft hervorgetreten.

Ein säkular fundiertes Naturrecht hat sich an beiden Ambivalenzen abzuarbeiten: An derjenigen der Geltung von Recht ebenso wie an der daran anschliessenden einer menschlichen Natur, von der her diese Geltung mitunter begründet werden soll und die als eine stets allgemeine nur in ihrer jeweiligen Besonderheit zu begreifen ist. Es sind die Momente der *über Positivität garantierten Anwendung*, der *allgemeinen Vernunftnatur* und der *zweifachen Alterität*, welche naturrechtlichen Entwürfen Ort und Rahmen geben. Auf der Suche nach etwas, was im Menschen einen anwendbaren Massstab liefern sollte, hat Wilhelm von Humboldt in der Frage nach dem Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem gegen Ende des 18. Jahrhunderts eine Antwort gefunden, die zu Beginn des 21. noch Geltung hat: „Da es auf Alle Anwendung finden soll, muss es etwas Allgemeines seyn, da es aber niemanden einfallen kann, verschiedene Naturen nach einem einzigen Muster zu modeln, muss es der Verschiedenheit der Individuen keinen Eintrag thun. Es muss also Etwas seyn, das, immer Eins und eben dasselbe, auf mannigfaltige Weise ausgeführt werden kann.“⁴³³

⁴³³ Wilhelm von Humboldt: „Über den Geist der Menschheit“, in: ders.: *Schriften zur Anthropologie und Geschichte*, Werke in 5 Bänden, Bd. 1, hg. von Andreas Flitner und Klaus Giel, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1960, S. 506-518, 507.

7. Bibliographie

Austin, John: *The Province of Jurisprudence Determined*, London: Weidenfeld and Nicolson 1955.

Benhabib, Seyla: *Kritik, Norm und Utopie. Die normativen Grundlagen der Kritischen Theorie*, autorisierte Übersetzung aus dem Amerikanischen von Peter Kohlhaas, Frankfurt a.M.: Fischer 1992.

Benjamin, Walter: „Zur Kritik der Gewalt“, in: ders.: *Gesammelte Schriften*, Bd. II.1, unter Mitwirkung von Theodor W. Adorno und Gershom Scholem hg. von Rolf Tiedemann und Hermann Schweppenhäuser, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1977, S. 179-203.

Bobbio, Norberto: „Hegel und die Naturrechtslehre“, in: Manfred Riedel (Hg.): *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Bd. 2, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1975, S. 81-108.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: „Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts“, in: ders.: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, S. 9-41.

Borkenau, Franz: *Der Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Weltbild. Studien zur Geschichte der Philosophie der Manufakturperiode*, unveränd. reprograf. Nachdr. d. Ausg. Paris 1934, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1988.

Cassirer, Ernst: „Vom Wesen und Werden des Naturrechts“, gekürzte Wiedergabe eines im Februar 1932 in der Juristischen Gesellschaft Hamburg gehaltenen Vortrages, in: *Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis*, Bd. 6 H. 1 (1932), S. 1-27.

Chwaszcza, Christine: „Anthropologie und Moralphilosophie im ersten Teil des *Leviathan*“, in: Wolfgang Kersting (Hg.): *Thomas Hobbes: Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates* (Klassiker Auslegen, Bd. 5), 2., bearb. Aufl., Berlin: Akademie Verlag 2008, S. 69-88.

Derrida, Jacques: „Den Tod geben“, aus dem Französischen von Hans-Dieter Gondek, in: Anselm Haverkamp (Hg.): *Gewalt und Gerechtigkeit. Derrida – Benjamin*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1994, S. 331-445.

Derrida, Jacques: *Force de loi. Le „Fondement mystique de l'autorité“*, Paris: Éditions Galilée 1994.

Derrida, Jacques: *Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991.

Fetscher, Iring: „Einleitung“, in: Thomas Hobbes: *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, hg. und eingel. von Iring Fetscher, übers. von Walter Euchner, 4. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, S. IX-LXVI.

Fischer-Lescano, Andreas; Christensen, Ralph: „Auctoritatis interpositio. Die Dekonstruktion des Dezinonismus durch die Systemtheorie“, in: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht*, Bd. 44 H. 1 (2005), S. 213-241.

Fögen, Marie Theres: *Das Lied vom Gesetz*, München: Carl Friedrich von Siemens Stiftung 2007.

Gentilis, Albericus: Alberici Gentilis J. C. Professoris regii *De iure belli libri tres*. Nunc primum in lucem editi. Ad illustrissimum Comitem Essexiae, Hanoviae: Exeudebat Guilielmus Antonius 1598.

Goldsmith, M. M.: „Hobbes on Law“, in: Tom Sorell (Hg.): *The Cambridge Companion to Hobbes*, Cambridge/New York/Oakleigh: Cambridge University Press 1996, S. 274-304.

Goyard-Fabre, Simone: „Metamorphosis of the Idea of Right in Thomas Hobbes’s Philosophy“, in: C. Walton and P. J. Johnson (Hg.): *Hobbes’s ‚Science of Natural Justice‘* (International Archives of the History of Ideas, Bd. 111), Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers 1987, S. 153-164.

Gregorius Ariminensis: Gregorii Ariminensis OESA *Lectura super primum et secundum sententiarum*, Bd. 6, hg. von A. Damasus Trapp und Venicio Marcolino, Berlin/New York: de Gruyter 1980.

Grotius, Hugo: *De iure belli ac pacis libri tres. Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, Paris 1625, nebst einer Vorrede von Christian Thomasius zur ersten deutschen Ausgabe des Grotius vom Jahre 1707*, neuer deutscher Text und Einleitung von Dr. Walter Schätzel (Die Klassiker des Völkerrechts, Bd. 1), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1950.

Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*, second edition, with a postscript ed. by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford: Clarendon Press 1994.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie III*, Werke in 20 Bänden, Bd. 20, auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu ed. Ausg., Red. Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, 4. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2003.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: *Wissenschaft der Logik I. Erster Teil: Die objektive Logik, erstes Buch*, Werke in 20 Bänden, Bd. 5, auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu ed. Ausg., Red. Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1986.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: „Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften“, in: ders.: *Jenaer Schriften 1801-1807*, Werke in 20 Bänden, Bd. 2, auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu ed. Ausg., Red. Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1986, S. 434-530.

Hobbes, Thomas: *Vom Menschen; Vom Bürger. Elemente der Philosophie II/III*, eingel. und hg. von Günter Gawlick, 3. Aufl., Hamburg: Felix Meiner 1994.

Hobbes, Thomas: *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, hg. und eingel. von Iring Fetscher, übers. von Walter Euchner, 4. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991.

Hobbes, Thomas: *Naturrecht und allgemeines Staatsrecht in den Anfangsgründen* (Originaltitel: *The Elements of Law, natural and politic*), mit einer Einführung von Ferdinand Tönnies und einem Vorwort zum Neudruck 1976 von Arthur Kaufmann, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1990.

Hobbes, Thomas: *Leviathan, or the Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*. By Thomas Hobbes of Malmesbury. London, printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, 1651, reprinted with an essay by the late W. G. Pogson Smith, Oxford: Clarendon Press 1943.

Hobbes, Thomas: *Leviathan, sive de Materia, Forma, & Potestate Civitatis Ecclesiasticae et Civilis*, in: Thomae Hobbes Malmesburiensis Opera Philosophica, Quae Latinè scripsit, Omnia. Antè quidem per partes, nunc autem, post cognitatas omnium Objectiones, conjunctim & accuratius Edita. Amstelodami: Apud Ioannem Blaeu 1668.

Höffe, Otfried: ‚Sed autoritas, non veritas, facit legem‘. Zum Kapitel 26 des *Leviathan*“, in: Wolfgang Kersting (Hg.): *Thomas Hobbes: Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates* (Klassiker Auslegen, Bd. 5), 2., bearb. Aufl., Berlin: Akademie Verlag 2008, S. 193-211.

Höffe, Otfried: „Widersprüche im Leviathan: Zum Gelingen und Versagen der Hobbesschen Staatsbegründung“, in: ders. (Hg.): *Thomas Hobbes: Anthropologie und Staatsphilosophie*, Freiburg Schweiz: Universitätsverlag 1981, S. 113-142.

Holz, Hans Heinz: „Die regulative Idee des Menschenrechts“, in: *Topos. Internationale Beiträge zur dialektischen Theorie*, H. 21 (2003), S. 11-23.

Holz, Hans Heinz: „Über die apriorische Begründung von Menschenrechten“, in: Gerhard Haney, Werner Maihofer, Gerhard Sprenger (Hg.): *Recht und Ideologie. Festschrift für Hermann Klenner zum 70. Geburtstag*, Freiburg/Berlin: Rudolf Haufe 1996, S. 83-103.

Humboldt, Wilhelm von: „Über den Geist der Menschheit“, in: ders.: *Schriften zur Anthropologie und Geschichte*, Werke in 5 Bänden, Bd. 1, hg. von Andreas Flitner und Klaus Giel, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1960, S. 506-518.

Kelsen, Hans: „Die Idee des Naturrechts“, in: ders.: *Staat und Naturrecht. Aufsätze zur Ideologiekritik*, mit einer Einleitung hg. von Ernst Topitsch, München: Wilhelm Fink 1989, S. 73-113.

Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2., vollst. neu bearb. und erw. Aufl., Wien: Franz Deuticke 1960.

Kelsen, Hans: *Was ist Gerechtigkeit?*, Wien: Franz Deuticke 1953.

Kelsen, Hans: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Julius Springer 1925.

- Kersting, Wolfgang: *Thomas Hobbes zur Einführung*, 4., aktual. Aufl., Hamburg: Junius 2009.
- Kersting, Wolfgang: „Einleitung: Die Begründung der politischen Philosophie der Neuzeit im *Leviathan*“, in: ders. (Hg.): *Thomas Hobbes: Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates* (Klassiker Auslegen, Bd. 5), 2., bearb. Aufl., Berlin: Akademie Verlag 2008, S. 9-24.
- Kersting, Wolfgang: *Politik und Recht. Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie*, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2000.
- Kersting, Wolfgang: *Thomas Hobbes zur Einführung*, 1. Aufl., Hamburg: Junius 1992.
- Klenner, Hermann: „Apriorität, Historizität und Aktualität von Menschenrechten“, in: *Topos. Internationale Beiträge zur dialektischen Theorie*, H. 21 (2003), S. 25-53.
- Koselleck, Reinhart: *Kritik und Krise. Ein Beitrag zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, Freiburg/München: Karl Alber 1959.
- LaCapra, Dominick: „Gewalt, Gerechtigkeit und Gesetzeskraft“, in: Anselm Haverkamp (Hg.): *Gewalt und Gerechtigkeit. Derrida – Benjamin*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1994, S. 143-161.
- Latour, Bruno: *Iconoclash. Gibt es eine Welt jenseits des Bilderkrieges?*, Berlin: Merve 2002.
- Löwith, Karl: „Der okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt“, in: ders.: *Gesammelte Abhandlungen. Zur Kritik der geschichtlichen Existenz*, Stuttgart: W. Kohlhammer 1960, S. 93-126.
- Luhmann, Niklas: *Organisation und Entscheidung*, Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2000.
- Luhmann, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1995.
- Luhmann, Niklas: „Die Geltung des Rechts“, in: *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, Bd. 22 H. 1 (1991), S. 273-286.
- Luhmann, Niklas: *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1983.
- Lukács, Georg: „Die Verdinglichung und das Bewusstsein des Proletariats“, in: *Frühschriften II: Geschichte und Klassenbewusstsein*, Neuwied/Berlin: Hermann Luchterhand 1968, S. 257-397.
- Macpherson, C. B.: *Die politische Theorie des Besitzindividualismus. Von Hobbes bis Locke*, übers. von Arno Wittekind, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1973.
- Mannheim, Karl: „Historismus“, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 52 H. 1 (1924), S. 1-60.

Maresch, Rudolf: „GespensterVerkehr. Derrida liest Benjamins ‚Zur Kritik der Gewalt‘“, <http://www.rudolf-maresch.de/texte/6.pdf> (letzter Zugriff: 27.02.2010).

Marx, Karl: „Zur Judenfrage“, in: Karl Marx/Friedrich Engels: Gesamtausgabe (MEGA), Erste Abteilung, Bd. 2, hg. vom Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der KPdSU und vom Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED, Berlin: Dietz Verlag 1982, S. 141-169.

Marx, Karl/Engels, Friedrich: „Manifest der Kommunistischen Partei“, in: dies.: Werke (MEW), Bd. 4, hg. vom Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED, Berlin: Dietz Verlag 1959, S. 459-493.

Meinecke, Friedrich: *Vom geschichtlichen Sinn und vom Sinn der Geschichte*, Leipzig: Koehler & Amelang 1939.

Menke, Christoph: *Spiegelungen der Gleichheit* (Polis, Bd. 2), Berlin: Akademie Verlag 2000.

Münkler, Herfried: *Thomas Hobbes*, 2., vollst. überarb. Aufl., Frankfurt/New York: Campus 2001.

Murphy, Mark C.: „Was Hobbes a Legal Positivist?“, in: *Ethics*, Vol. 105 No. 4 (1995), S. 846-873.

Osterkamp, Thomas: *Juristische Gerechtigkeit. Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht* (Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bd. 2), Tübingen: Mohr Siebeck 2004.

Ottmann, Henning: „Thomas Hobbes: Widersprüche einer extremen Philosophie der Macht“, in: Otfried Höffe (Hg.): *Der Mensch – ein politisches Tier? Essays zur politischen Anthropologie*, Stuttgart: Reclam 1992, S. 68-91.

Popper, Karl: *Das Elend des Historizismus*, hg. von Hubert Kiesewetter, 7. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2003.

Savigny, Friedrich Carl von: *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg: bey Mohr und Zimmer 1814.

Schmitt, Carl: *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, 7. Aufl., 5. Nachdr. der Neuausg. von 1963, Berlin: Duncker und Humblot 2002.

Schmitt, Carl: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 2. Aufl., unveränd. Ausg. der 1934 in der Hanseatischen Verlagsanstalt Hamburg ersch. 1. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1993.

Schmitt, Carl: *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Ius Publicum Europaeum*, 3. Aufl., unveränd. Nachdr. d. 1950 ersch. 1. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1988.

Schmitt, Carl: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 3. Aufl., unveränd. Nachdruck der 1934 ersch. 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1979.

Schmitt, Carl: „Die vollendete Reformation. Bemerkungen und Hinweise zu neuen Leviathan-Interpretationen“, in: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, Bd. 4 H. 1 (1965), S. 51-69.

Schmitt, Carl: *Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Köln: Greven Verlag 1950.

Schmitt, Carl: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt 1938.

Schmitt, Carl: *Der Hüter der Verfassung* (Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart, Bd. 1), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1931.

Schmitt, Carl: *Verfassungslehre*, München/Leipzig: Duncker & Humblot 1928.

Schnädelbach, Herbert: „Über historistische Aufklärung“, in: *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie*, H. 2 (1979), S. 17-36.

Seibert, Thomas-Michael: „Dekonstruktion der Gerechtigkeit: Nietzsche und Derrida“, in: Sonja Buckel, Ralph Christensen und Andreas Fischer-Lescano (Hg.): *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart: Lucius & Lucius 2006, S. 29-55.

Siep, Ludwig: „Der Kampf um Anerkennung. Zu Hegels Auseinandersetzung mit Hobbes in den Jenaer Schriften“, in: Friedhelm Nicolin und Otto Pöggeler (Hg.): *Hegel-Studien, Bd. 9*, Bonn: Bouvier Verlag 1974, S. 155-207.

Skinner, Quentin: *Visionen des Politischen*, hg. und mit einem Nachwort von Marion Heinz und Martin Ruehl, aus dem Englischen von Robin Celikates und Eva Engels, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2009.

Skinner, Quentin: *Freiheit und Pflicht. Thomas Hobbes' politische Theorie* (Frankfurter Adorno-Vorlesungen 2005, Institut für Sozialforschung an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main), aus dem Englischen von Karin Wördemann, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2008.

Skinner, Quentin: „Hobbes on Representation“, in: *European Journal of Philosophy*, Bd. 13 H. 2 (2005), S. 155-184.

Strauss, Leo: *The Political Philosophy of Hobbes. Its Basis and Its Genesis*, translated from the German Manuscript by Elsa M. Sinclair, Chicago/London: The University of Chicago Press 1984.

Strauss, Leo: *Naturrecht und Geschichte*, übers. von Horst Boog, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1977.

Taubes, Jacob: *Ad Carl Schmitt. Gegenstrebige Fügung*, Berlin: Merve 1987.

Taylor, A. E.: „Eine naturrechtliche Interpretation der politischen Philosophie Hobbes“, in: Wolfgang Kersting (Hg.): *Thomas Hobbes: Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates* (Klassiker Auslegen, Bd. 5), 2., bearb. Aufl., Berlin: Akademie Verlag 2008, S. 127-143.

Troeltsch, Ernst: „Das stoisch-christliche Naturrecht und das moderne profane Naturrecht“, in: *Historische Zeitschrift*, Bd. 106 H. 2 (1911), S. 237-267.

Voegelin, Eric: *Die politischen Religionen*, hg. und mit einem Nachwort versehen von Peter J. Opitz, München: Wilhelm Fink 1993.

Weber, Max: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5., rev. Aufl., besorgt von Johannes Winckelmann, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 2002.

Willms, Bernard: *Thomas Hobbes. Das Reich des Leviathan*, München/Zürich: Piper 1987.

Wittgenstein, Ludwig: *Tractatus logico-philosophicus*, in: ders.: Werkausgabe, Bd. 1, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2006, S. 7-85.