

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	XVII
A. Einführung	1
B. Grundlegungen	5
I. Biographische und werkgeschichtliche Vorbemerkung	5
II. Vom staatsrechtlichen Positivismus zum Weimarer Richtungsstreit	11
1. Staatswillenspositivismus	11
2. Hans Kelsen und die reine Rechtslehre	13
3. Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im Kaiserreich	14
4. Kelsen-„Bashing“	15
III. „Theoretiker staatlicher Dezision“	16
1. Dezisionismus I: Herbeiführung von Rechtsbestimmtheit	16
a) Wann ist eine juristische Entscheidung richtig?	16
b) Kelsen und Schmitt: Zwei Dezisionisten	19
2. Dezisionismus II: Funktionalisierung von Transzendenz für legitimatorische Zwecke	21
a) Recht als abstrakter Gedanke	21
b) Staat als Geschöpf des Rechts	23
c) Dezision	25
d) „Bedeutungslosigkeit des Einzelnen“	26
3. Dezisionismus III: Diktatur im Auftrag des pouvoir constituant	30
a) Eine erste Annäherung: „Diktatur und Belagerungszustand“	30
b) Werkgeschichtliche Vorbemerkung	31
c) Begriffselemente der Diktatur	32
d) Souveräne Diktatur	34
e) Diktatur des Proletariats	35
4. Dezisionismus IV: Theologie und Staatsrechtslehre	38
a) Selbstverpflichtungslehre	38
b) Hans Kelsen: Analogien zwischen Theologie und Staatsrechtslehre	39

aa) Anwendungsbereiche des Analogiemodells	39
bb) Erkenntnis- und Ideologiekritik	40
c) Carl Schmitt: Politische Theologie	42
aa) Theologie – was sonst!	42
bb) Ausnahmezustand und Entscheidung	42
cc) Der rechtliche Eigenwert der Entscheidung	44
dd) Soziologie juristischer Begriffe	46
ee) Theorie der Gegenrevolution	50
ff) Theorie des gelungenen Staatsstreichs	51
5. Der Gegentypus des Dezisionismus: Politische Romantik	52
IV. Demokratie, Parlamentarismus und Diktatur	55
1. Werkgeschichtliche Vorbemerkung	55
2. Was ist Demokratie?	57
a) Freiheit oder Gleichheit?	57
b) „Mehrheit entscheidet“	59
c) Homogenität als Voraussetzung der Demokratie	61
aa) Volonté générale als Homogenität	61
bb) Homogenität und Klassenkampf (Hermann Heller) ...	62
cc) Soziale Homogenität und Demokratie (Otto Kirchheimer und Franz Neumann)	64
dd) Homogenität als Bedingung der Geltung demokratischer Verfahren (Hans Kelsen)	64
3. Kritik des Parlamentarismus	67
a) Plebiszitärer Verwaltungsstaat statt Parlamentarismus: Georg Jellinek	67
b) Diskussion und Öffentlichkeit: Carl Schmitt	68
c) Demokratie und Parlamentarismus	71
4. Rezeptionen	73
a) Parlamentarismuskritik	73
b) Homogenität	74
C. Staat, Politik, Verfassungsrecht	77
I. Biographische und werkgeschichtliche Vorbemerkung	77
II. Der Begriff des Politischen	81
1. Auflösung der Gleichung staatlich = politisch	81
2. Das Kriterium des Politischen	83
3. Vom Gebietskonzept zum Intensitätskonzept?	84
4. Der Staat als politische Einheit des Volkes	87
5. Innerstaatliche Feinderklärung und Bürgerkrieg	89
6. Wer ist der konkrete Feind?	91
7. Deutungen und Rezeptionen	95
a) Freund-Feind Verhältnis als Bedingung der <i>Möglichkeit</i> politischen Verhaltens	95

b) Politische Verfolgung	96
c) Feindstrafrecht	97
III. Verfassungslehre	99
1. Methode und Gegenstand	99
2. Verfassung und verfassunggebende Gewalt	100
a) Verfassung als System höchster Normen	100
b) Verfassung im positiven Sinne	104
aa) Staat und Verfassung	104
bb) Verfassung als Entscheidung der verfassunggebenden Gewalt	105
cc) Rechtsbindung des Trägers der verfassunggebenden Gewalt?	108
dd) Die materialen Schranken der Verfassungsrevision	110
(1) Verfassung als Kompromiss (Verfassungsgesetz) ...	110
(2) Inhalte der positiven Verfassung	112
(3) Rechtsfolgen der Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz	113
(4) Kritik und Rezeption	114
3. Der bürgerliche Rechtsstaat	118
a) Die rechtsstaatlich-unpolitischen Bestandteile der Verfassung	118
b) Gewaltenunterscheidung	120
c) Das allgemeine Gesetz	121
aa) Formelles und materielles Gesetz	121
bb) Das rechtsstaatliche Gesetz	122
cc) Kritik und Rezeption des allgemeinen Gesetzes	124
dd) Vom Konkurrenz- zum Monopolkapitalismus	127
ee) Der politische Gesetzesbegriff	129
d) Die Grundrechte	130
aa) Die Schwierigkeiten der Staatsrechtslehre mit Grundrechten	130
bb) Verteilungsprinzip und Eingriffsabwehr	133
cc) Rechte des Einzelnen in Verbindung mit anderen Einzelnen	135
dd) Staatsbürgerrechte	136
ee) Soziale Leistungsrechte?	137
ff) Institutionelle Garantien	138
(1) Schutz von Verfassungsnormen gegen den Gesetzgeber	138
(2) Kürzungen des Beamtengehalts und Emeritierung der Hochschullehrer	139
(3) Besonderheit der Eigentumsgarantie	141
(4) Zwei Differenzierungen	142
(5) Einrichtungsgarantien heute	143

gg) Grundrechte und Vorbehalt des Gesetzes	144
hh) Die Auflösung des Enteignungsbegriffs	146
ii) Fazit	150
e) Bürgerlicher Rechtsstaat und politische Form	150
aa) Staat als Status der politischen Einheit des Volkes	150
bb) Repräsentation als Sichtbarmachung des Unsichtbaren	151
cc) Zwei politische Formprinzipien: Repräsentation und Identität	152
dd) Rezeption: Schmitt als Ahnherr der Legitimationsdogmatik?	155
4. Das „demokratische Urphänomen“ Akklamation	156
a) Volk und Akklamation	156
b) Die öffentliche Meinung als moderne Akklamation	158
c) Kritik des Wahlrechts	161
5. Verfassungslehre des Bundes	162
a) Bundesstaat oder Staatenbund: Der Streit im Kaiserreich ..	162
b) Antinomien des Bundes	163
c) Bund, Demokratie und Homogenität	166
d) Rezeption	167
D. Theorie des starken Staates	169
I. Biographische und werkgeschichtliche Vorbemerkung	169
II. Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 WRV	176
1. Die Auslegung von Art. 48 Abs. 2 WRV in der Diktaturschrift .	176
2. Der Vortrag auf der Tagung der Staatsrechtslehrer in Jena ...	177
a) Die Lehre von der Unantastbarkeit der Reichsverfassung ..	177
b) Schmitts Kritik an der Unantastbarkeitslehre	179
c) Staatstheoretische Qualifikation der Diktatur	183
d) Grenzen der Diktaturbefugnis	183
e) Was ist eine „Maßnahme“?	184
3. Gesetzvertretende Notverordnungen und finanzrechtliche Gesetzesvorbehalte	189
a) Machtpolitische Defizite der Lehre Schmitts	189
b) „Hinzutreten“ des gesetzvertretenden Ordnungsrechts ..	190
c) Beseitigung der diktaturfesten Gesetzesvorbehalte der Finanzverfassung	191
d) Drei Einwände gegen finanzgesetzvertretende Verordnungen .	193
4. Fazit	195
5. Rezeption: Maßnahme und Maßnahmegesetz	196
III. „Die konkrete Verfassungslage der Gegenwart“	198
1. Theorie- und werkgeschichtliche Vorbemerkung	198
2. Pluralismus und totaler Staat	200
a) Was ist Pluralismus?	200

b) Stärkung oder Schwächung der individuellen Freiheit	201
c) Durchdringung von Staat und Gesellschaft	202
d) Totaler Staat aus Schwäche	204
3. Polykratie	205
4. Föderalismus und Parteienbundesstaat	207
5. Abhilfen und Gegenbewegungen	209
a) Einführung einer Wirtschaftsverfassung?	209
b) Neutralisierungen und Entpolitisierungen	210
c) Totaler Staat aus Stärke	211
6. Genossenschaftstheorie und Pluralismus	213
7. Umfeld, Rezeption, Kritik	216
a) Zur Weimarer Parteienkritik	216
b) Ernst Fraenkel und die Pluralismuskritik	217
8. „Meine ewige Flüchtigkeit“	219
IV. Wer soll „Hüter der Verfassung“ sein?	220
1. Das richterliche Prüfungsrecht	220
a) Meinungsstand in der Staatsrechtslehre	220
b) Die irritierende Position Kelsens	222
c) Schmitts Positionierungen	223
2. Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit	225
a) Prüfungsrecht oder Verfassungsgericht	225
b) Kelsens Referat auf der Staatsrechtslehrtagung in Wien . .	226
c) Die Kontroverse Kelsen – Schmitt um den „Hüter der Verfassung“	229
aa) Verfassungsgerichtsbarkeit – keine Justiz?	229
bb) Der Reichspräsident – „pouvoir neutre et intermédiaire“	232
cc) Verfassungsgerichtsbarkeit als Demokratieersatz?	235
V. Legalität und Legitimität	236
1. Die Vorgaben Otto Kirchheimers	236
2. Begriffsbestimmungen	237
a) Vier Staatsarten	237
b) Was ist legal?	239
c) Was ist legitim?	240
3. Der Zusammenbruch des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates	241
a) Auflösung des Legalitätssystems durch das formelle Gesetz	241
b) Gleiche Chance und Machtprämien	242
c) Drei außerordentliche Gesetzgeber in der Reichsverfassung	245
aa) Gesetzgeber <i>ratione materiae</i>	245
bb) Gesetzgeber <i>ratione supremitatis</i>	248
cc) Gesetzgeber <i>ratione necessitatis</i>	250
4. Abschied von der parlamentarischen Demokratie	250
5. Parteiverbote und „wehrhafte Demokratie“	252

a) Formale oder inhaltliche Legalität	252
b) Ein „wahrer Notschrei“	255
c) „Lehren von Weimar“	260
d) Verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine „streitbare Demokratie?“	262
VI. Die Preußenaktion	264
1. Werkgeschichtliche Vorbemerkung	264
2. Die Änderung der Geschäftsordnung des preußischen Landtags	265
a) Historischer Hintergrund	265
b) Grundsatz der Diskontinuität	266
c) Staatsrechtliche Würdigung	268
3. Vorbereitung, Durchführung und Begründung der Preußenaktion	270
4. Schmitts Beitrag zur Rechtfertigung der Preußenaktion	272
5. Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932	277
a) Urteilsgründe	277
b) Kelsens Kritik am Urteil	279
c) Schmitts und Hubers Kritik an Verfahren und Urteil	282
6. „Aufbauwillige nationale Kräfte“ oder „Dilettanten und Verbrecher“	284
7. Sieger und Besiegte	286
8. Schmitts nachträgliche Einschätzungen der Preußenaktion ...	287
VII. Was nun?	289
1. Verfassungstheorie und Verfassungsdogmatik	289
2. Schmitt als Interpret des positiven Verfassungsrechts	290
a) Einmaligkeit und gleicher Anlass der Reichstagsauflösung .	290
b) Misstrauensvotum	293
c) Stellvertretung des Reichspräsidenten	298
3. Schmitt und die Verfassungsreform	299
4. Rückkehr zum parlamentarischen Gesetzgebungsstaat?	302
E. Finstere Zeiten	303
I. Biographische und werkgeschichtliche Vorbemerkung	303
II. Die Machtübergabe: Historische und rechtliche Deutungen	309
1. Ernennung Hitlers zum Reichskanzler	309
2. Etablierung der NS-Diktatur durch Norverordnungen	312
3. Ermächtigungsgesetz	313
a) Inhalt und Bedeutung	313
b) Schmitts erste Stellungnahme	314
c) Legale Revolution	316
aa) Heinrich Triepels Vorgabe	316
bb) Schmitt zu Revolution und Legalität	318

d) Zur Legalität des Ermächtigungsgesetzes	319
4. Reichsstatthaltergesetz	321
5. Schmitt als authentischer Interpret des Nationalsozialismus ..	323
III. Die Verfassung des NS-Regimes	324
1. Partei und Staat	324
a) Die aktuelle Verfassungslage	324
b) Die dreigliedrige politische Einheit	326
c) Führertum und Artgleichheit	329
d) Repräsentation und Identität	331
e) Einrichtung eines Führerrats	332
2. Kommunalverfassungsrecht	333
3. Auflösung der Länder durch das Neuaufbaugesetz	336
4. „Der Führer schützt das Recht“	338
5. Der Streit um den Rechtsstaat	341
a) Koellreutters „nationaler Rechtsstaat“	341
b) Carl Schmitt: „Nationalsozialismus und Rechtsstaat“	342
6. Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	344
a) Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes	344
b) Auslegung im nationalsozialistischen Sinne	345
c) Gesetz, Gesetzgebung, Gesetzesbindung	347
7. Strafprozessrecht und Verfassungsrecht	351
8. Dreigliedrige Einheit, Vier-Säulen-Unstaat oder Doppelstaat?	354
IV. Das konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken	358
1. Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens	358
a) Werkgeschichtliche Vorbemerkung	358
b) Normativismus (Regel- oder Gesetzesdenken)	359
c) Dezisionismus (Entscheidungsdenken)	360
d) Positivismus	361
e) Konkretes Ordnungsdenken	362
aa) Seinstatbestände als Rechtsquellen	362
bb) Generalklauseln und ihre Wirkungen	363
cc) Was sind konkrete Ordnungen?	365
2. Maurice Hauriou: Theorie der Institution	366
3. Die Notwendigkeit des Gestaltungsdenkens	370
4. Rezeption im Nationalsozialismus	372
V. Ein antisemitischer Hochschullehrer	374
1. „Mein jüdischer Komplex“	374
2. Artfremdheit und Seinsgebundenheit des Denkens	378
3. Was ist jüdisches Gesetzesdenken?	379
4. „Das Judentum in der Rechtswissenschaft“	383
5. Die Leviathan-Schrift	387
6. Nachtrag	390

VI.	Gegenwind und Karriereknick	391
	1. Aufstand der Schüler	391
	2. Die neuen Freunde	394
	3. Liebe Kollegen	396
	a) Ein unbestechlicher Kritiker	396
	b) Ein Neider und Querulant	398
	c) Ein gläubiger Jungnazi und fleißiger Briefschreiber	402
	d) „Ein guter deutscher Typ“	404
	4. Schmitts SD-Akte	406
	a) Akteninhalt und Aktenführung	406
	b) Vorwurf des Opportunismus und Karrierismus	408
	c) Vorwurf einer katholisch-konservativen Unterwanderung ..	408
	d) Kaltstellung	412
	e) Verlust der Professur?	414
	5. Epilog.	416
F.	Völkerrecht und internationale Beziehungen	419
I.	Biographische und werkgeschichtliche Vorbemerkung	419
II.	Hans Kelsen und das Völkerrecht der Zwischenkriegszeit	423
III.	Kampf mit Genf und Versailles	428
	1. Völkerrechtliche Formen des modernen Imperialismus	428
	2. Der Genfer Völkerbund	430
	a) Werkgeschichtliche Vorbemerkung	430
	b) „Die Kernfrage des Völkerbundes“	431
	aa) Ausgangsfrage	431
	bb) Garantie gegen gewaltsame Gebietsänderungen	432
	cc) Homogenität	436
	dd) Völkerbund als „Januskopf“	436
	c) Völkerbund und Vereinigte Staaten von Amerika	439
IV.	Nationalsozialismus und Völkerrecht	440
	1. Grundrecht auf staatliche Existenz und Gleichberechtigung ..	440
	2. Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff	442
	a) Werkgeschichtliche Vorbemerkung	442
	b) Vier Rezensionen	443
	aa) George Scelle	443
	bb) Hersch Lauterpacht	445
	cc) John Fischer Williams	446
	dd) Arnold D. McNair	447
	c) Konkurrierende Kriegsbegriffe	448
	aa) Ius ad bellum oder bellum iustum	448
	bb) „Totaler Feind, totaler Krieg, totaler Staat“	449
	d) Folgen des diskriminierenden Kriegsbegriffs	451
	aa) Aufgabe des einheitlichen Kriegsbegriffs	451

bb) Abnorme Zwischenlage zwischen Krieg und Frieden . . .	452
cc) Vae neutris!	453
dd) Universalismus, Individualismus, Föderalismus	454
e) Restauration des staatsbezogenen Völkerrechts?	455
3. Völkerrechtliche Großraumordnung	456
a) Werkgeschichtliche Vorbemerkung	456
b) Vier Konstruktionselemente	458
aa) Reich statt Staat	458
bb) Großraum	459
cc) Politische Idee'	461
dd) Nichtintervention – Monroe-Doktrin	463
c) Großraumordnung und Völkerrecht	465
aa) Völkerrechtswissenschaftliche Konstruktion	465
bb) Rangfolge der Völkerrechtssubjekte statt Gleichheit der Staaten	467
4. Die Großraumordnung der Erde	471
V. Völkerrechtsgeschichten	473
1. Landtreter und Seeschäumer	473
2. Der Nomos der Erde	475
a) Werkgeschichtliche Vorbemerkung	475
b) Nomos oder: Legitimität gegen Legalität	476
c) Land- und Seenahmen als Konstitutionsakte von Völkerrecht	476
d) Kants Rechtslehre	477
e) Periodisierung des Völkerrechts	478
aa) Jus Publicum Europaeum	478
bb) Auflösung des Jus Publicum Europaeum in ein universales Weltrecht	481
cc) Vom Raum-Chaos der Genfer Liga zur westlichen Hemisphäre	482
f) Wandel des Kriegsbegriffs	482
VI. Kritik und Wirkung	485
1. Bärendienste	485
2. Internationale Beziehungen statt Völkerrecht	486
3. Völkische oder völkerrechtliche Großraumordnung?	487
4. Rezeptionen	490
G. Ernüchterungen, halbherzige Neuanfänge und dreiste Ausreden . . .	493
I. Biographische und werkgeschichtliche Vorbemerkung	493
II. Unverbindliches und Unbestimmtes	502
1. Allgemeine Staatslehre	502
2. Europäische Rechtswissenschaft und konkretes Ordnungsdenken	505
3. Der Ost-West Gegensatz	507

III.	Rückkehr zum geltenden Recht?	510
	1. Das Verbrechen des Angriffskriegs	510
	a) Auftraggeber und Gegenstand des Gutachtens	510
	b) Nullum crimen, nulla poena sine lege	512
	c) Angriffskrieg als strafrechtliches Delikt	513
	d) Täter und Teilnehmer	515
	e) Schwachstellen des Nürnberger Rechts	518
	2. Bezahlte Gelegenheitsarbeiten	520
	a) „Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland“	520
	b) Völkerrechtliches Repetitorium	523
	c) Rechtsstaatlicher Verfassungsvollzug	524
	3. Beteiligung an verfassungsrechtlichen Debatten der 1950er Jahre?	527
	a) Sozialstaatsdiskussion	527
	b) Tyrannei der Werte	528
IV.	Rückblicke	533
	1. War da was?	533
	2. Absolute Führungsgewalt und Polykratie	536
	3. Die Positivismuslegende	537
V.	„Carl Schmitt, père de la V ^{ème} République?“	539
	1. Begründung und Fortführung einer Legende	539
	2. Deutsch-französischer Meinungsstreit	540
	3. Capitant: Le rôle politique du président du Reich	541
	4. Capitant: La Réforme du Parlementarisme	543
	5. Ergebnis	544
VI.	Ausklang	545
	1. Theorie des Partisanen	545
	a) Werkgeschichtliche Vorbemerkung	545
	b) Vier Merkmale	547
	c) Irregularität und Illegalität	548
	d) Assoziationen und Aphorismen	552
	2. Drei letzte Publikationen	555
H.	Schluss	559
	Quellen- und Literaturverzeichnisse	565
	Sachregister	601
	Personenregister	609