

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg5>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 5 (2004)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg05/207-215>

Rg **5** 2004 207–215

Ilse Staff

Im Niemandsland

Abstract

In his essay of 2003 Giorgio Agamben advanced the theory that the state of exception was the fundamental political structure of our days. It is characterized by an executive power supplanting constitutional elements. Failing to mention Ernst Fraenkel, he quotes – in parts with the exact wording – Fraenkel's theory of the »Dual State«, and goes further than this theory on the characteristics of the Dual State by attributing to the state of exception a legal vacuum in the meaning of an »extralegal field of action«. Evidence for this theory is taken from barely convincing historical and literary material and is not supported by a clear analysis of legal notions. Agamben's response to the political and legal dilemma of the dominating power of the overblown executive, by developing a »purpose-free« realisation of a »pure law«, can only be the fruit of Agamben's purely aesthetic point of view, trying to implant Benjaminian Messianity into post-modern realities.



Im Niemandsland

Dass die Regierungen westlicher Staaten eine offene oder verdeckte Tendenz haben, die ihnen in einem langen historischen Prozess auferlegten rechtsstaatlichen Bindungen aus politischen Gründen wenn nicht abzustreifen, so doch zu lockern, ist ein Thema, das Juristen, Ökonomen, Politologen und Soziologen gleichermaßen beschäftigt. Giorgio Agamben, italienischer Philosoph und Ästhetiker, spitzt die Thematik mit der These zu, die »Normalität« staatlichen Lebens existiere nicht mehr, es sei das »Niemandsland« des Ausnahmezustandes, »in dem wir leben« (»lo stato di eccezione in cui viviamo«).¹ Er sei die »fundamentale politische Struktur« unserer Zeit; er habe inzwischen die »größte planetarische Entfaltung« erreicht, die Menschen auf die »nuda vita«, das nackte Leben, reduziert, das dem Kalkül der Macht unterworfen sei und in eine »beispiellose biopolitische Katastrophe« auszuarten drohe.² Seine »Materialisierung« hat der Ausnahmezustand in den nationalsozialistischen Konzentrationslagern wie in allen Lagern gefunden, in denen Menschen von der »normalen Ordnung« ausgeschlossen werden; Guantánamo ist für Agamben ein aktuelles Beispiel.³ Die »Lager« in allen ihren Erscheinungsformen sind die »verborgene Matrix der Politik«. Der Ausnahmezustand ist ein *arcanum imperii*, dessen »Demaskierung« die einzige Möglichkeit ist, den durch ihn bewirkten »Bann« zu brechen.⁴

*

Diese »Demaskierung« vollzieht sich – zunächst – in schlichten Schritten und nach vertrautem Muster. Anhand einer »kurzen Geschichte des Ausnahmezustandes« stellt Agamben dar, wie sich in Frankreich, Deutschland, Italien, England und den USA die politischen Gewichte von der Legislative zur Exekutive verschoben haben. Er geht von einem Idealzustand verfassungsmäßiger Ordnung mit funktionierender Gewaltenteilung aus und ordnet alle Machtverschiebungen zugunsten der Exekutive als Ausnahmezustand ein, der für ihn zum »Paradigma« herrschender Regierungsform geworden ist. Die Exekutive bemächtigt sich wie ein Krake aller rechtsstaatlichen Elemente. Es entsteht ein »permanenter Ausnahmezustand«, in dem das Recht funktionslos ist und eine »absolute Rechtsleere« herrscht.⁵ Agamben spricht von Maßnah-

1 GIORGIO AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer II*, 1, Torino: Bollati Boringhieri 2003, 120 S., ISBN 88-339-1459-3.

2 GIORGIO AGAMBEN, *Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, Frankfurt am Main 2002 (Torino: Einaudi 1995), 30, 127, 198. Vgl. dazu RAINER MARIA KIESOW, *Ius sacrum. Giorgio Agamben und das nackte Recht*, in: *Rg I* (2002) 56–70; AGAMBEN,

Stato di eccezione (Fn. 1) 110–112.

3 AGAMBEN, *Homo sacer* (Fn. 2) 183 ff.; DERS., *Stato di eccezione* (Fn. 1) 12 f.

4 AGAMBEN, *Stato di eccezione* (Fn. 1) 9 f., 112.

5 AGAMBEN, *Stato di eccezione* (Fn. 1) 66.

men des Ausnahmezustandes auch dann, wenn diese den Regeln der jeweiligen Regierungsform entsprechen, also per definitionem nicht Ausnahmen sind. Für das nationalsozialistische und für das faschistische System gelte, dass in beiden prinzipiell die Grundsätze verfassungsmäßiger Ordnung eingehalten wurden: Mussolini war vom König als Regierungschef eingesetzt, Hitler vom Reichspräsidenten zum Reichskanzler ernannt worden. Charakteristisch für das faschistische wie für das nationalsozialistische System sei, dass beide eine »seconda struttura« und insofern eine Doppelstruktur hatten: Neben dem Statuto Albertino (in Italien) und der Weimarer Reichsverfassung (in Deutschland) als in Kraft gebliebenen legalen Verfassungen standen die Bereiche, die durch Maßnahmen des Ausnahmezustandes zur Entstehung gebracht worden waren. Nichts falscher – so Agamben – als Faschismus und Nationalsozialismus als Diktaturen einzuordnen;⁶ beide waren lediglich durch Ausprägungen des Ausnahmezustandes gleichsam infiziert, dies bekanntlich mit letalem Ausgang.

*

Agambens Behauptung des Bestehens einer staatlichen Doppelstruktur im Nationalsozialismus und im Faschismus ist – jedenfalls in der auf die Rechtsordnung des nationalsozialistischen Staates bezogenen Staatslehre – wohl bekannt. Ernst Fraenkel hat in der Emigration in den USA den »Doppelstaat« verfasst, der unter dem Titel »The Dual State« um die Jahreswende 1940/41 in der Oxford University Press in englischer Sprache,⁷ 1974 in deutscher Sprache⁸ publiziert wurde und dem der von Fraenkel bereits in den Jahren 1936 bis 1938 noch vor der Emigration in Berlin verfasste »Urdoppelstaat« zugrunde liegt.⁹ In italienischer Sprache ist Fraenkels »Doppelstaat« 1983 erschienen.¹⁰ Fraenkel geht von dem Vorhandensein eines »Doppelstaates« dann aus, »wenn die Staatsgewalt strukturell einheitlich organisiert ist, ihre Handhabe jedoch funktionell nach verschiedenen Methoden in Erscheinung tritt«.¹¹ Diese »Methoden« drücken sich in zwei unterschiedlichen Herrschaftssystemen aus: dem »Normenstaat« und dem »Maßnahmenstaat«. Unter dem Normenstaat versteht Fraenkel ein System, das mit »weitgehenden Herrschaftsbefugnissen zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung ausgestattet ist«. Der Maßnahmenstaat ist ein »Herrschaftssystem der unbeschränkten Willkür und Gewalt, das durch keinerlei rechtliche Garantien

6 AGAMBEN, Stato di eccezione (Fn. 1) 63.

7 ERNST FRAENKEL, The Dual State – A Contribution to the Theory of Dictatorship, New York, London, Toronto 1941.

8 ERNST FRAENKEL, Der Doppelstaat, Frankfurt a.M. 1974.

9 Vgl. zur Entstehungs- und Publikationsgeschichte von Fraenkels »Doppelstaat«: ALEXANDER VON BRÜNNECK, Vorwort zu Bd. 2:

Nationalsozialismus und Widerstand, in: ERNST FRAENKEL, Gesammelte Schriften, hg. von ALEXANDER VON BRÜNNECK, Baden-Baden 1999, 7 ff.

10 ERNST FRAENKEL, Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura, Torino 1983.

11 FRAENKEL, Der Doppelstaat (Fn. 8) 206.

eingeschränkt ist«. Der Normenstaat ist nicht eine »Abart des Rechtsstaates«; er stellt ein Geflecht von Regelungen dar, das unter der Kompetenzkompetenz des Maßnahmenstaates steht. Die gesamte Rechtsordnung des Doppelstaates ist der Disposition der politischen Instanzen unterworfen, die keiner rechtlichen Begrenzung, sondern lediglich einer zweckorientierten Selbstbeschränkung unterliegen.¹² Agamben hält die Kennzeichnung von faschistischem und nationalsozialistischem Staat als »Stato duale« für eine besonders »scharfsinnige« Einordnung.¹³ Hitler habe die Organisation »seines« »Stato duale« mit »Hartnäckigkeit« verfolgt.¹⁴ Aber Agamben zitiert Fraenkel nicht, weder im Literaturverzeichnis noch in einer Fußnote; seine Übernahme von Fraenkels Begriff eines »Stato duale« ist offenbar das Ergebnis einer Art osmotischer, nicht das einer wissenschaftlichen Rezeption. Dies gilt auch hinsichtlich der Bedeutung, die Agamben dem »Leben« als purer menschlicher Existenz im Ausnahmezustand zumisst, das als solches dem willkürlichen Zugriff souveräner Macht ausgesetzt ist.¹⁵ Dieser Gedanke findet eine deutliche Parallelität in Fraenkels Feststellung, der nationalsozialistische Maßnahmenstaat sei durch ein »biologisches« politisches Denken und Handeln« geprägt, das »im Prozess der Differenzierung von anderen Gemeinschaften in Erscheinung« trete.¹⁶ Einen Höhepunkt erreicht Agambens Fähigkeit zu osmotischer statt zu wissenschaftlicher Rezeption, wenn er Fraenkels These von der Rechtsleere im Maßnahmenstaat in seiner Darstellung des »Stato di eccezione« ohne jegliche Bezugnahme auf Fraenkel wörtlich übernimmt. Fraenkel sagt hinsichtlich der rechtlichen Struktur des nationalsozialistischen Maßnahmenstaates: »Der politische Sektor des Dritten Reiches bildet ein rechtliches Vakuum.«¹⁷ Agamben formuliert, der Stato di eccezione sei ein »*vacuum* giuridico«.¹⁸ Die Feststellung der Rechtsleere im Maßnahmenstaat (Fraenkel) und im Ausnahmezustand (Agamben) zielt gleichermaßen auf die Hervorhebung der Rechtlosstellung derjenigen ab, die zu Objekten degradiert und den rechtsstaatlichen Garantien entzogen werden, unterscheidet sich aber erheblich hinsichtlich der theoretischen Einbettung, die einerseits Fraenkel, andererseits Agamben vornimmt.

*

Die Rechtsleere des nationalsozialistischen Maßnahmenstaates wird von Fraenkel damit begründet, dass es in ihm zwar durchaus

12 FRAENKEL, Der Doppelstaat (Fn. 8) 49, 124, 113 f., 118, 122 f.

13 AGAMBEN, Stato di eccezione (Fn. 1) 63.

14 AGAMBEN, Stato di eccezione (Fn. 1) 76.

15 AGAMBEN, Homo sacer (Fn. 2) 18 ff., 127 ff.

16 FRAENKEL, Der Doppelstaat (Fn. 8) 185 ff.

17 FRAENKEL, Der Doppelstaat (Fn. 8) 55.

18 AGAMBEN, Stato di eccezione (Fn. 1) 78 (Hervorh. im Orig.), vgl. auch S. 56, 63, 66.

eine Vielzahl von Regelungen, aber keinerlei formale Rechtsgarantien gibt.¹⁹ Weil im Doppelstaat dem Maßnahmenstaat die Kompetenzkompetenz zusteht,²⁰ ist die gesamte Rechtsordnung des nationalsozialistischen Staates an materiellen (Zweckmäßigkeit-) Kriterien orientiert, die auch für die Anwendung der Regeln des Normenstaates maßgeblich sind. Die Unverbrüchlichkeit des Rechts ist entfallen. Rechtsleere bedeutet für Fraenkel Entformalisierung des Rechts. Agamben scheint in die gleiche Richtung zu tendieren, wenn er – unter Berufung auf Carl Schmitt – darauf verweist, die formalen Kriterien des Rechts würden im »Ausnahmestand der Moderne« zunehmend durch materiale überwuchert, die jede Norm unbestimmt und die Rechtsanwendung situationsgebunden werden lasse;²¹ er variiert Fraenkels Interpretation des Begriffs der Rechtsleere aber entscheidend. Rechtsleere im »Stato di eccezione« heißt nicht nur Verlagerung der legislativen Gewalt auf die Exekutive und Entformalisierung des Rechts, sondern ist Beschreibung eines »außerjuristischen Aktionsfeldes«, in dem Fakten und Recht ununterscheidbar geworden sind und eine »Zone der Unbestimmtheit« entstehen lassen. Recht im Ausnahmezustand ist nicht Anwendung einer Norm auf einen faktischen Sachverhalt; es ist situationsgebundene souveräne Entscheidung, und deshalb – so Agamben – geht das Faktische unmittelbar in Recht, Normativität unmittelbar in Faktizität über; es besteht eine »absolute Ununterschiedenheit« zwischen beiden.²²

Mit dieser These löst sich Agamben in einem wesentlichen Punkt von den Charakteristika, die für Fraenkel den Doppelstaat prägen. In seinem »Stato di eccezione« versucht er, eine Theorie zu entwerfen, mit der er den Ausnahmezustand zu »verorten« beabsichtigt.²³

*

Dieser Theorieentwurf basiert nicht auf einer begrifflichen Klärung dessen, was Agamben unter Recht versteht, wie angesichts seiner Behauptung, der Ausnahmezustand sei durch eine absolute Rechtsleere gekennzeichnet, zu erwarten gewesen wäre. Er geht einen theoretisch weniger anspruchsvollen und methodisch äußerst bedenklichen Weg: Er greift aus der Fülle rechtshistorischer Fakten und wissenschaftlicher Lehrmeinungen ausschließlich das Material heraus, das ihm als Bestätigung seiner Einordnung des Ausnahmezustandes als Zone der »Ununterschiedenheit« von Normativität und Faktizität brauchbar erscheint.

19 FRAENKEL, Der Doppelstaat (Fn. 8) 55, 159.

20 Vgl. oben Fn. 12.

21 AGAMBEN, Homo sacer (Fn. 2) 180 f.; DERS., Stato di eccezione (Fn. 1) 20 f., 24.

22 AGAMBEN, Stato di eccezione (Fn. 1) 41; ders., Homo sacer (Fn. 2) 180 f.

23 AGAMBEN, Stato di eccezione (Fn. 1), p. 34. Eine derartige »Verortung«, nämlich eine Analy-

se der von Agamben zur Beschreibung des Ausnahmezustandes eingesetzten Begriffe, hatte bereits Rainer Maria Kiesow in seiner Rezension des »Homo sacer« angemahnt; vgl. KIESOW, Ius sacrum (Fn. 2).

Wenig glücklich, aber aufschlussreich hinsichtlich Agambens theoretischem Ansatz ist dabei sein Rückgriff auf Santi Romano. Dessen von Agamben zitierte Arbeit »Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria« ist im Erstdruck 1909 in der »Rivista di diritto pubblico (parte I)« erschienen,²⁴ im gleichen Jahr also, in dem Romano die berühmte Prolusione zum Thema »Lo Stato moderno e la sua crisi« hielt,²⁵ in der er die Entstehung partikulärer Interessengruppen thematisierte und damit die theoretische Grundlage für seine Institutionenlehre legte. Für Romano steht jede faktisch vorhandene soziale Kraft, jede »reale soziale Erscheinung«, weil sie existiert, in einem Ordnungszusammenhang, der als solcher Rechtscharakter hat.²⁶ Entsprechend geht Romano in seiner von Agamben angeführten Arbeit »Sui decreti-legge« davon aus, dass die »necessità«, die den Ausnahmezustand zu begründen imstande ist, als »Manifestation sozialer Kräfte« Recht ist. Diese für das Verständnis der Rechtstheorie Romanos entscheidende Bezugnahme auf die Manifestation sozialer Kräfte lässt Agamben in seinen ausführlichen Romano-Zitaten²⁷ aus und übergeht so das wesentliche Glied der Argumentationskette, mit der Romano den Rechtscharakter des Ausnahmezustandes begründet (»Siamo così, senza dubbio, nel campo del diritto più strettamente e più propriamente positivo«). Diese Auslassung kann schwerlich als Zufall gewertet werden; sie macht deutlich, dass für Agamben soziale Phänomene keinen zureichenden rechtlichen Geltungsgrund darstellen. Wenn er die von ihm zitierten Schriften Romanos als Beleg für seine These von der Rechtsleere im Ausnahmezustand ansieht,²⁸ so ist dies keine Deduktion aus Romanos Rechtstheorie, sondern eine mit dieser unvereinbare Behauptung.

*

Auch Carl Schmitts Rechtstheorie eignet sich – wie Agamben entdecken muss – nicht als Beleg für die von ihm behauptete Rechtsleere im Ausnahmezustand. Für Schmitt verbleiben im Ausnahmezustand »die Norm wie die Entscheidung im Rahmen des Juristischen«.²⁹ Angesichts dieses ihn nicht befriedigenden Forschungsstandes hinsichtlich der »Verortung« des Ausnahmezustandes springt Agamben zurück in die Antike. Im römisch-rechtlichen Institut des *iustitium* sieht er den – seiner Meinung nach von Rechtshistorikern und Staatstheoretikern nicht zureichend beach-

24 Nachdruck in: SANTI ROMANO, *Scritti minori*, racc. e pubbl. a cura di GUIDO ZANOBINI, 2 voll., Milano 1950, vol. primo: *Diritto costituzionale*, 349–377.

25 SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Discorso inaugurale dell'anno 1909–1910 nella R. Università di Pisa, in: ID., *Scritti minori* (Fn. 24) 311–325.

26 SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), 2 voll., Firenze 1962, vol. I, 26 ss., 41.

27 AGAMBEN, *Stato di eccezione* (Fn. 1) 37–40.

28 AGAMBEN, *Stato di eccezione* (Fn. 1) 40.

29 CARL SCHMITT, *Politische Theologie* (1922), 3. Aufl. (unveränd. Nachdruck der 1934 erschienenen 2. Aufl.), Berlin 1979, 19 ff.; vgl.

dazu AGAMBEN, *Stato di eccezione* (Fn. 1) 45 ff.

teten – Archetypus des Ausnahmezustandes.³⁰ Das *iustitium* bewirkt nach Agamben nicht nur eine Sistierung der Rechtspflege (Mommsen), sondern die Entstehung eines »vuoto giuridico«: Alle während des *iustitium* sich vollziehenden privaten und öffentlichen Akte unterliegen juristisch einer »absoluten Entortung« (»assoluto non luogo«), sind nichts als »bloße Fakten«.³¹ Agamben muss allerdings angesichts von Beispielen, die er selbst präsentiert, eingestehen, dass in der römisch-rechtlichen Praxis trotz formgerechter Erklärung des *iustitium* Rechtsakte vollzogen wurden. Diese historisch belegten Tatsachen vermögen seine Überzeugung von der im *iustitium* bestehenden Rechtsleere nicht zu erschüttern. Handlungen, die trotz Ausrufung des *iustitium* vorgenommen werden, sind – wie er nachdrücklich betont – nicht rechtswidrig, sondern ein rechtliches Nichts. Diesem »Nichts« kommt bei Agamben aber ein erstaunliches Potential zu: Es hängt von den »Umständen« nach Beendigung des *iustitium* ab, welche Einordnung es erfährt, ob und wie es rechtliche Gestalt annimmt.³² Agamben merkt nicht, dass ein individualisierbares »Nichts« kein Nichts sein kann. Er verharrt bei seiner Auffassung, während des *iustitium* sei alles Rechtliche »entortet«, und wertet seine Interpretation als »genealogische Untersuchung«, die ihm – ohne dass er den historischen Zusammenhängen irgendeine Beachtung zollt – seine These von der Anomie des Ausnahmezustandes bestätigt, durch die er die heutige Politik weltumspannend geprägt sieht. Er hält alle Versuche einer theoretischen Einordnung des Ausnahmezustandes als rechtliches Phänomen für falsch; es sind bloße »wissenschaftliche Mythen«, die von Begriffen leben, die längst substanzlos geworden sind und derer sich die Machtträger ausschließlich zur Verfolgung ihrer politischen Zwecke bemächtigen.³³

*

Vom *iustitium* als »Archetypus« des Ausnahmezustandes vollzieht Agamben einen unvermittelten Sprung zu Walter Benjamin und Carl Schmitt. Anhand ihrer Werke will er in einem Kapitel »Gigantomachia intorno un vuoto« (»Gigantomachie im inhaltslosen Raum«) die von ihm angenommene Rechtsleere im Ausnahmezustand nochmals beweisen. Dies allerdings mit einer Strategie, die ausschließlich auf die Bestätigung seiner eigenen Meinung zugeschnitten ist: Obgleich in der Literatur, insbesondere aber durch einen Brief Benjamins an Schmitt vom 9. Dezember 1930,

30 AGAMBEN, Stato di eccezione (Fn. 1) 55 f.

31 AGAMBEN, Stato di eccezione (Fn. 1) 65–67.

32 AGAMBEN, Stato di eccezione (Fn. 1) 64–66.

33 AGAMBEN, Stato di eccezione (Fn. 1) 66 f.

nachgewiesen ist, dass es Benjamin war, der sich mit Schmitts Souveränitätsbegriff auseinandersetzte, dadurch den Kontakt zu Schmitt herstellte und dessen Reaktionen vor allem auf sein Trauerspielbuch bewirkte,³⁴ liest Agamben Schmitts in der »Politischen Theologie« entwickelte Souveränitätstheorie als »Antwort« auf Benjamins »Zur Kritik der Gewalt« und dies mit der ausschließlichen Begründung, Benjamins Arbeit sei 1921 im Erstdruck im »Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik« erschienen und da Schmitt in der gleichen Zeitschrift publiziert und aus ihr zitiert habe, sei vorauszusetzen, dass diesem der Text Benjamins bekannt gewesen sei. Die Konstruktion dieser Vermutung dient Agamben als nicht eben stabile Grundlage, um zum Ergebnis zu kommen, die reine Gewalt (bei Benjamin) und die souveräne Entscheidung (bei Schmitt) seien »Grenzbegriffe«, die weder innerhalb noch außerhalb des Rechts verortet seien.

Das zur Stützung seiner Annahme einer Rechtsleere im Ausnahmezustand entscheidende Argument verschafft sich Agamben durch eine kühne Verbesserung des Textes von Benjamins Trauerspielbuch. Die von den Herausgebern von Benjamins »Gesammelten Schriften« präzise durch den entsprechenden Kontext belegte Konjekture im Trauerspielbuch »Es gibt keine barocke Eschatologie« verbessert er in die Aussage »Es gibt eine barocke Eschatologie« und wirft den Herausgebern eine geradezu »einzigartige Vernachlässigung jeglicher philologischer Umsicht« vor.³⁵ Die »Nachbesserung« des Textes steht Benjamins Verständnis von den »provokatorischen Diesseitsakzenten des Barock«³⁶ konträr entgegen. Benjamin spricht nachdrücklich von der »Trostlosigkeit der irdischen Verfassung«, in die sich das Denken des Barock »vergräbt« und (in einer von Agamben nicht zitierten Passage) von der »Abkehr von der Eschatologie«, die sich aus »der theologischen Situation der Epoche« ergebe.³⁷ Die Zielrichtung von Agambens »Textverbesserung« tritt deutlich hervor: Mit ihrer Hilfe stellt er die Verbindung zu Benjamins Passage über das »Vakuum« her, das den Himmel in den Stand setzt, »mit katastrophaler Gewalt dereinst die Erde zu vernichten«.³⁸ Darin sieht Agamben die Annahme einer »eschatologia bianca«, die seine eigene These von der Rechtsleere im Ausnahmezustand bestätigen soll, verkennt aber, dass bei Benjamin die die Erde vernichtende katastrophale Gewalt sich außerhalb der Sphäre der »Diesseitigkeit« des Barock ereignet, der das Jenseits entleert »von alledem,

34 Vgl. nur: Anm. der Hg., in: WALTER BENJAMIN, *Gesammelte Schriften*, Werkausgabe, hg. von ROLF TIEDEMANN und HERMANN SCHWEPPEHÄUSER, Frankfurt a. M. 1980, Bd. I-3, 886 (Benjamins Brief an Schmitt findet sich auf S. 887). Vgl. dazu auch JACOB TAUBES, *Ad Carl Schmitt. Gegenstrebigige Fügung*, Berlin 1987, 26 ff.

35 AGAMBEN, *Stato di eccezione* (Fn. 1) 73 mit Bezug auf WALTER BENJAMIN, *Ursprung des deutschen Trauerspiels*, in: DERS., *Ges. Schriften* (Fn. 34), Bd. I-1., 246; vgl. dazu Anm. der Hg. (Fn. 34) 961.

36 BENJAMIN, *Ursprung des deutschen Trauerspiels* (Fn. 35) 246.

37 BENJAMIN, *Ursprung des deutschen Trauerspiels* (Fn. 35) 259 f.;

vgl. auch ebd., 263–265; vgl. ferner 250 f.

38 AGAMBEN, *Stato di eccezione* (Fn. 1) 73 f. mit Bezug auf BENJAMIN, *Ursprung des deutschen Trauerspiels* (Fn. 35) 246.

worin auch nur der leiseste Atem der Welt webt ...«, und in der für die von Agamben angenommene »eschatologia bianca« kein Raum ist.³⁹

*

Seine Behauptung der »absoluten Rechtsleere« im Ausnahmezustand versucht Agamben schließlich durch eine Argumentation zu stützen, mit der er die Zwangsläufigkeit ihrer Entstehung unterstreicht. Er verweist – wiederum in unverkennbarer Parallelität zu Fraenkels Argumentation im »Doppelstaat«⁴⁰ – auf die »heterogenen und dennoch einander zugeordneten« Elemente, durch die die westlichen juristischen Systeme gekennzeichnet seien: Das eine Element sei die »im engeren Sinne normative« *potestas*, das andere die »anomische und metajuristische« *auctoritas*.⁴¹ Unter *potestas* versteht er im Einklang mit der Literatur⁴² die konkreten Amtsbefugnisse; die *auctoritas* ist für ihn jenseits des Rechts angesiedelt. Um letzteres zu belegen, greift Agamben nochmals auf das *iustitium* zurück, das auch im Fall der öffentlichen Trauer um den Tod des *princeps* ausgerufen werden konnte (Mommsen). Da das *iustitium* nach Agambens Auffassung den Ausnahmezustand in Gestalt einer absoluten Rechtsleere bewirkt,⁴³ nimmt er eine unmittelbare Verbindung zwischen dem Leben des *princeps* und dem Ausnahmezustand an, die ausschließlich darin besteht, dass der Tod des *princeps* Anlass zur Ausrufung des *iustitium* ist. »Leben« hat für ihn nicht die dialektische Bedeutung wie bei Benjamin,⁴⁴ sondern meint das leibliche Sein des Herrschers. Aus seinem lebendigen Körper quillt (»scaturisce«) die Macht der *auctoritas*, die – so Agamben – ein originäres biopolitisches Phänomen ist (»un originario carattere biopolitico«), das in der Nachfolge der *auctoritas principis* des Augustus in der europäischen Politik ein zunehmendes Gewicht bekommen hat; in Hitler und Mussolini sieht Agamben bezeichnende Beispiele.⁴⁵ Die *auctoritas* hat keinen Rechtscharakter, vermag aber durch die ihr immanente vitale Kraft Recht zu suspendieren und zu reaktivieren und das politische System zu legitimieren. Und so wird die traditionell behauptete Grenze zwischen Normativität und Faktizität »fiktiv«: *potestas* und *auctoritas* werden ununterscheidbar; bar jeder Kontrolle ist das Recht der Macht der *auctoritas* ausgeliefert, die juristisch-politische Ordnung weicht dem Ausnahmezustand. Vereinen sich die Amtsbefugnisse der *potestas* mit der Macht der *auctoritas* in einer einzigen Person, so wird der Ausnahmezustand

39 AGAMBEN, *Stato di eccezione* (Fn. 1) 74 im Vergleich zu BENJAMIN, *Ursprung des deutschen Trauerspiels* (Fn. 35) 246, 259 f.

40 Vgl. FRAENKEL, *Der Doppelstaat* (Fn. 8) 101 f.

41 AGAMBEN, *Stato di eccezione* (Fn. 1) 109 f.

42 CARL SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), 5. Aufl. Berlin 1950, 75, Fn. 1; DERS., *Der Hüter der Verfassung* (1931), 3. Aufl. Berlin 1985, 134 ff.; JESÙS FUEYO, *Die Idee der »auctoritas«: Genesis und Entwicklung*, in: *Epirrhosis*, Festgabe für Carl Schmitt, hg. von

HANS BARION, ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, ERNST FORSTHOFF und WERNER WEBER, 2. Aufl. Berlin 2002, Erster Teilband, 213–235.

43 Vgl. oben Fn. 30/31.

44 WALTER BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt* (1921), in: DERS., *Gesammelte Schriften* (Fn. 34), Bd. II-1, 201 f.

45 AGAMBEN, *Stato di eccezione* (Fn. 1) 103 ff.

zur Regel; das »juristisch-politische System wird zur tödlichen Maschine«. Ihre bedrohliche Existenz erweist sich in der »governamentalen Gewalt«, mit der außenpolitisch das internationale Recht missachtet und innenpolitisch ein permanenter Ausnahmezustand hergestellt wird, die Prinzipien rechtsstaatlicher Gewaltenteilung also ihre Gültigkeit vollends verlieren.⁴⁶

*

Der »biopolitischen Maschine« Einhalt zu gebieten, kann nicht durch eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates gelingen, denn – Agamben betont es zu Recht – sowohl der Begriff des Staates wie auch derjenige des Rechts stehen heute in Frage. Da aber nach Agamben die Verschmelzung von *auctoritas* und *potestas* keine naturgegebene, sondern eine »künstliche«, durch menschliches Handeln entstandene ist, geht es um eine neue Politik, die die Verknüpfungen zwischen Recht und Gewalt zerreißt und die Frage nach einer Rechtsanwendung erlaubt, die – wie Agamben unter Bezugnahme auf Benjamin sagt – »zweckfreie« Verwirklichung »reinen« Rechts ist.⁴⁷ Die Funktionsweise dieses Rechts? Agamben spricht im »Stato di eccezione« von der inzwischen unbestreitbaren Tatsache eines vollständigen Auseinanderklaffens von philosophischer und juristischer Kultur.⁴⁸ Niemand, vermutlich nicht einmal Agamben selbst, wäre dieser Aussage einen absoluten Wahrheitsgehalt beimessen, aber es gibt zweifellos Beispiele, die ihre Richtigkeit belegen.

Ilse Staff



46 AGAMBEN, Stato di eccezione (Fn. 1) 101, 105, 110 f.

47 AGAMBEN, Stato di eccezione (Fn. 1) 112 f.

48 AGAMBEN, Stato di eccezione (Fn. 1) 50.