Gehorsamer Positivismus

Zur Legalität der Legitimität im Grundgesetz. Eine Erwiderung.

Victor Loxen & Christoph Möllers

29.07.2026 doi: 10.59704/fd436dc483fc0c44

Wer mit historischen Vergleichen arbeitet, muss sowohl etwas von der Gegenwart als auch von der Vergangenheit verstehen. Der Münsteraner Rechtshistoriker Peter Oestmann nutzt die Diskussion um die teilweise gewaltsamen Proteste gegen den Erfurter Parteitag der AfD für eine eigentümliche Lektion aus seiner Version der deutschen Rechtsgeschichte (F.A.Z. v. 20. Juli 2026). Zunächst kann man noch folgen. Alle, die über den Rechtsgehorsam hinausgingen und ihr gewaltsames Verhalten mit moralischen oder politischen Ansprüchen rechtfertigen, gefährdeten nicht nur den Rechtsfrieden, sondern verrieten auch das intellektuelle Erbe des Positivismus. Denn es waren – entgegen einer verbreiteten Legende – gerade die nüchternen Vertreter einer unpolitischen und moralfreien Rechtsgeltung, die der Weimarer Republik die Treue gehalten hätten. So gut, so schlicht, so wenig neu.

Legalität und Legitimität, im Grundgesetz

Dass es heute nicht mehr ganz so einfach ist, liegt zunächst am Grundgesetz selbst. Dessen Entscheidung, den Schutz der Ordnung zu einem Element der Verfassung zu machen, wirft erst die schwierige Frage auf, was denn jetzt genau Legalität oder Legitimität ist. Dass die Berufung auf die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ als Super-Legalität dabei nicht nur Lösung, sondern auch Problem ist, weil sie den Normbestand aufweicht und politisiert, haben in Deutschland zuerst linke Kritiker wie Helmut Ridder oder Ulrich K. Preuß bemerkt. Aber welche ist die Lösung des Problems von Legalität und Legitimität, wenn das Verfassungsrecht die Legitimität legalisiert und in der Tat ehemals rein gesetzliche Materien wie das Straf- oder das Zivilrecht mit Anforderungen wie Menschenwürde und Meinungsfreiheit konfrontiert? Oestmann beantwortet diese Frage mit kerniger Einfachheit:

> *„Die Wertungsjurisprudenz, die alles Recht im Licht verfassungsrechtlicher Grundentscheidungen beleuchtet, steht in einer beklemmenden methodischen Nachfolge zum sogenannten gesunden Volksempfinden der Dreißigerjahre.“*

Doch dürfte ein Methodenverständnis, das den urliberalen Vorrang der Verfassung in den Schatten nationalsozialistischer Praxis stellt, nichts austragen. Die Festlegungen durch maßnahmenstaatliche „Leitsätze“ und Führerbefehle aus der NSDAP haben mit aus dem Grundgesetz entwickelten und anhand dessen auch kritisierbaren Maßstäben gerade methodisch herzlich wenig zu tun. Wer die Unterschiede zwischen den verfassungsgerichtlichen Interpretationsanleitungen grundgesetzlicher Provenienz und der terroristischen Machttechnik eines „überpositiven“ NS-Parteiapparates übergeht, delegitimiert eine knapp siebzig Jahre praktizierte Verfassungsordnung im Übrigen schärfer, als es jede Sitzblockade könnte.

Fortschritt im Bewusstsein der Unfreiheit

Mit seiner Empfehlung, weniger an die jüngere Demokratie und mehr an die ältere Rechtsstaatlichkeit zu denken, trennt Oestmann schließlich nicht nur, was das Grundgesetz absichtsvoll zusammenführt, sondern gibt auch die Loyalität zu den Autoren auf, auf die er sich zunächst berufen hat. Es waren demokratische Positivisten wie Kelsen und Radbruch, für die Demokratie und Rechtsstaat notwendig zusammengehörten, wenn auch aus unterschiedlichen Gründen. Den beiden wäre es niemals in den Sinn gekommen, den altgedienten Rechtsstaat gegen die junge Demokratie zu stellen und dabei noch, mindestens demokratiea-

vers, für Ersteren Partei zu ergreifen. Es muss einem in der Tat erst einmal einfallen, die restaurative Chronologie der deutsch-preußischen Verfassungsgeschichte seit 1848/1850 normativ zu wenden; getreu der Parole: Fortschritt im Bewusstsein der Unfreiheit. Das Grundgesetz jedenfalls verlangt – weil es Demokratie und Rechtsstaat miteinander vermittelt – der Verfassungstheorie mehr ab, als der seit Savigny gepflegte privatrechtliche Werkzeugkoffer bereithält. Mit einer Banalität wie der, die Stärke einer Partei sei „zunächst einmal" keine Gefahr für, sondern Ergebnis der Demokratie, kann sie sich nicht zufriedengeben. Diese apodiktische Dürftigkeit liefert der falschen „Positivismuslegende" richtiges Beweismaterial. Kein Gegner des Positivismus hätte ihn besser karikieren können.

Legalität und Legitimität, anderswo

Das – nebenbei selbst überpositive – „Spannungsverhältnis", das Oestmann zwischen den beiden Seiten Demokratie und Rechtsstaat sehen will, konstruierte kaum überraschend der zeitgenössische Antipode von Kelsen und Radbruch: Carl Schmitt. Er ordnete den vermeintlich „nur" rechtsstaatlichen Teil der Verfassung der „demokratischen" Präsidial- und später Führerautokratie unter. In diesem staatlichen Zusammenhang, und nicht auf Seiten der Gesellschaft, kommt auch der spezifisch schmittianische Sinn des Dualismus von Legalität und Legitimität zum Tragen. Der Reichspräsident sollte sich aufgrund seiner plebiszitären Legitimität der rechtsstaatlichen Legalität entledigen und als existentieller Hüter der Verfassung auftreten. Es handelt sich bei Schmitts Auflösung des eigens geschaffenen Dilemmas um die Legitimationsfigur einer autoritären und potentiell diktatorischen Herrschaft, nicht um ein irgendwie anarchistisches Prinzip.

In einer liberalen Demokratie ist es den Herrschaftsunterworfenen dagegen sehr wohl gestattet, die Frage nach der Legitimität der Herrschaftsordnung partiell oder auch, wenn es sein muss, in Gänze zu stellen, ohne dass diese Infragestellung in Oestmanns zivilistischer Manier als „Privatsache" wegzusortieren wäre. Die klassisch absolutistische Fremdheit dieser Einstellung gegenüber einer robusten gesellschaftlichen Liberalität gehört zu den ewig ausstehenden Posten des deutschen Rechtsverständnisses. Auf der schlechten Seite dieser Tradition, die Oestmann mit seinem Text einigermaßen vorbehaltlos affirmiert, gesteht der Staat der bürgerlichen Verkehrsgesellschaft die notwendigen Regeln und Freiheiten zu, verlässt sich aber *in politicis* auf guten Gehorsam und staatsbürgerliche Ruhe. Das geht in zwei Richtungen nicht auf.

Offene Rechnungen

Einerseits ist die grundrechtlich geschützte Freiheitsausübung verfassungsrechtlich „zunächst *unbestimmte*, der *Selbst*bestimmung des Grundrechtsinhabers anheimgegebene Freiheit" (E. Denninger). Mit den Grundrechten ist den Normadressaten des einfachen Rechts gerade ein Instrument in die Hand gegeben, das, obwohl es sicher keine Gesetzesmissachtung erlaubt, doch die *Anwendung* des Gesetzes im konkreten Fall in gewissen einfachrechtlich nicht bestimmbaren Grenzen wieder zur Disposition stellt. Die Norm gilt aus diesem Blickwinkel zweimal: einmal abstrakt etwa als § 240 StGB, und einmal im Fall ihrer Anwendung unter Berücksichtigung zum Beispiel der Versammlungsfreiheit. Mithilfe dieser Differenzierung ist einsehbar, weshalb „dem Gesetz" in einer Verfassungsordnung mit politischen Grundrechten nicht „einfach" Gehorsam abzustatten ist, ja gar nicht abgestattet werden kann. Was das Gesetz vom Grundrechtsträger im jeweiligen Fall verlangt, ist auch durch seine immer wieder neu auszulegenden *und* ausgeübten Freiheitsrechte bedingt. Das hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur in den von Oestmann folgenlos thematisierten Sitzblockaden-Entscheidungen praktisch werden lassen und dem Bundesgerichtshof für die Interpretation des § 240 StGB verfassungsrechtliche Direktiven aus der Versammlungsfreiheit mitgegeben.

Andererseits geht Oestmann in der theoretischen Annahme fehl, es handele sich bei den politischen Grundrechten um Rechte nur von elektoralen Minderheiten. Das ist bereits historisch falsch, denn passend zum erläuterten Verfassungskompromiss des Bürgertums mit der Monarchie war das paradigmatische

Grundrecht der Deutschen spätestens ab 1869 die Gewerbefreiheit. Mit individueller oder kollektiver Selbstbestimmung hatte sie recht wenig zu tun. Im Wesentlichen war ihr Zugeständnis notwendige Voraussetzung für eine zunehmend marktwirtschaftlich organisierte Wirtschaftsordnung. Die Fehlvorstellung von politischen Rechten als Minderheitenangelegenheit bringt aber auch zum Ausdruck, dass die kontinuierliche Ausübung von politischer Freiheit Sache nur von solchen sei, die mit der Wahl nicht Teil „der Mehrheit" wurden. Selbst wenn man für einen Moment ausblendet, dass die Wahl einer Partei keine vollständige Identifikation mit ihr bedeutet und dass die Mehrheitsbildung weniger bei der Wahl als vielmehr im Parlament stattfindet, kann man den konsequenten Quietismus dieser Vorstellungen kaum übersehen. Während richtigerweise nur das Wahlverfahren eine vollwertige, weil egalitäre demokratische Legitimation verschafft, stellt diese Legitimation keine vormundschaftliche Autorisierung dar.

Deutsche Privatsachen, Politik zum Beispiel

Mit dem Wahlakt hört die politische Willensbildung nicht einfach auf. Die regierten Mehrheiten sind nicht auf Gedeih und Verderb mit den sie repräsentierenden Regierungsparteien identifiziert, die Minderheit ist es erst recht nicht. Für das Grundgesetz kommt eben ein zivilistisches Repräsentationsmodell der Vormoderne nicht mehr in Betracht, das den Repräsentierten politische oder juristische Einwände gegen ihre Repräsentanten prinzipiell verweigerte.

Die liberale Demokratie setzt die Möglichkeit einer missgestimmten Öffentlichkeit voraus, die die Mehrheitsverhältnisse während der laufenden Legislaturperiode – siehe Keir Starmer – kippen lässt, sodass es elektoral nicht mehr tragbar erscheint, eine bestimmte Politik durchzusetzen oder zu unterlassen. Nichts von alledem kann „Privatsache" sein. Peter Oestmann will die Demokratie aus dem Rechtsstaat und die Grundrechte aus den Gesetzen heraushalten. Das hat mit der Gegenwart wenig zu tun, mit der deutschen Vergangenheit aber dafür umso mehr.

AUTOR*INNEN

Victor Loxen
Christoph Möllers
Christoph Möllers ist Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin und Permanent Fellow am Wissenschaftskolleg zu Berlin. (Foto: Isolde Ohlbaum)

EMPFOHLENE ZITATION
Loxen, Victor; Möllers, Christoph: Gehorsamer Positivismus: Zur Legalität der Legitimität im Grundgesetz. Eine Erwiderung., Verfassungsblog, 29.07.2026, doi: 10.59704/fd436dc483fc0c44.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20260729-145300-0.