

Ulrich K. Preuß¹

„Aufgeklärter Positivismus“

I.

In den knapp 170 Seiten von Ridders Werk „Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung“ – dem thematisch am breitesten angelegten Text Ridders – finden sich die Begriffe „Positivismus“ und „positivistisch“ mehr als dreißig Mal. *Einmal* liest man den Begriff des „unaufgeklärten Positivismus“ (S. 14), ebenfalls *einmal* den des „realistischen Positivismus“ (S. 118) – dies bei der Frage nach der Zulässigkeit des Beamtenstreiks: Es müsse auf „Art, Zielbestimmung und Abhängigkeitsverhältnisse der verrichteten Arbeit“ geschaut werden statt auf die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ (Art. 33 Abs. 5 GG) und die darauf „beruhende Unterscheidung des Status von Beamten einerseits und Angestellten und Arbeitern andererseits im öffentlichen Dienst“ (S. 118). Der Begriff des „aufgeklärten Positivismus“ kommt in dem gesamten Text kein einziges Mal vor.

Das heißt natürlich nicht, dass sich Ridder möglicherweise gar nicht als einen „aufgeklärten Positivist“ verstand. Und man kann sich auch unschwer vorstellen, was er mit der Idee eines „aufgeklärten Positivismus“ hätte meinen können, nämlich: einen Positivismus abzüglich der Schwächen und Fehler des – wie man ein wenig ironisch sagen könnte – ‚real existierenden Positivismus‘ zu seinen Lebzeiten. Denn, so Ridder, „es gibt nur *eine* einzige legitime Methode, die der *juristischen* Aufgabe gerecht werden kann, das *positive* Recht zu ermitteln. Sie trägt den zu Unrecht schimpfbeladenen Namen ‚*Positivismus*‘ (S. 11). Dessen – „*sub specie der Demokratie allerdings gewaltigen* – Defiziten“ müsse man abhelfen (S. 11), um, so darf man wohl schließen, dem Positivismus den ihm gebührenden Platz in der Wissenschaft der Jurisprudenz einzuräumen.

„D.h. *er* muß durch Ergänzung korrigiert und modifiziert, *ihm* muß der Star der partiellen historischen, politischen und soziologischen Blindheit gestochen, *er* muß in seiner *Erkenntnis* der Wirklichkeit *realistisch* werden“ (ebd.).

Dabei müsse der Positivismus, wie ihn Ridder als Gegenbild zum „real existierenden Positivismus“ versteht, „die strenge juristische Begrifflichkeit“ wiedergewinnen, die in der Praxis der Jurisprudenz abhandengekommen sei und offenbar in der Wissenschaft als entbehrlich angesehen werde (S. 11).

Es ist deutlich, dass er damit auf das wesentliche Defizit des durch Paul Laband zur Blüte getriebenen staatsrechtlichen Positivismus des vordemokratischen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts verweist, in dem die gesellschaftlichen und staatlich-politischen Machtverhältnisse der Bismarckära in den Abstraktionen der von Ridder beschwo-

1 Der Beitrag beruht auf einem Vortrag des Verfassers im Rahmen des Symposiums „Kommunikation in der Demokratie“ zum 100. Geburtstag Helmut Ridders am 16. November 2019 an der Justus-Liebig-Universität Giessen.

renen „strengen juristischen Begrifflichkeit“ verborgen blieben. Kann man aber beides haben – strenge juristische Begrifflichkeit und Offenlegung gesellschaftlicher und staatlich-politischer Machtverhältnisse?

Ersteres verlangt genaue Subsumtion von faktischen sozialen Sachverhalten unter juristische Begriffe, die die Wahrnehmung und Beschreibung der Zustände und Ereignisse des realen sozialen Lebens durch die Abstraktion von den Details, Zufälligkeiten und Vielfältigkeiten „reinigen“ und deren Bedeutungskern in einer Begrifflichkeit herausarbeitet, die das konkrete pralle und voller Unklarheiten, Widersprüche und Rätsel steckende Leben auf das dürre Gerüst einiger weniger Grundbegriffe wie Person, Sache, Wille, Rechtsgeschäft, Besitz, Eigentum, Vertrag, unerlaubte Handlung etc. reduziert. Diese abstrakten Begriffe verkörpern die soziale Bedeutung jener Grundformen des sozialen Lebens. Juristen sind stolz darauf, dass *ihre* Beschäftigung mit der sozialen Realität im Reiche dieser Begrifflichkeiten stattfindet und daher – im (angeblichen) Gegensatz zu den Sozialwissenschaften – durch methodische Strenge und Präzision gekennzeichnet sei. Auch Ridder pries „die strenge juristische Begrifflichkeit“ (S. 11) als sein wissenschaftliches Ideal. Und er glaubte, mit seinem Rechts- und Verfassungskonzept diesem Ideal zumindest näher zu kommen als seine wissenschaftlichen Gegner.

Da sie aber auf die unüberschaubare Vielzahl und Vielfalt des konkreten Lebens angewandt werden, um diesem eine gewisse Ordnung zu geben, sind diese Begriffe, nicht zuletzt wegen ihres sprachlichen Charakters, wiederum vieldeutig und interpretationsbedürftig. Und dies ganz besonders bei der von Ridder geforderten Offenlegung gesellschaftlicher und staatlich-politischer Machtverhältnisse. Die Erfüllung dieser Aufgabe besteht nicht in der Definition von Begriffen und deren Anwendung auf die Wirklichkeit – die berühmte und auch von Ridder gerühmte Subsumtion –, sondern in der Analyse von sozialen Wirklichkeiten und deren realen Unschärfen, Mehrdeutigkeiten und Widersprüchlichkeiten mit den spezifischen Methoden mit dem Ziel der Ermittlung von sozialen Sachverhalten, der Aufhellung ihrer Kontexte und ihrer Interpretation.

Also noch einmal die Frage: Kann man gleichzeitig das strenge methodische Ideal der Jurisprudenz, nämlich die Abstraktion von der gesellschaftlichen Wirklichkeit, und das Wissensziel der Sozialwissenschaft, nämlich die Erkenntnis der Faktizität und der Bedeutung der vielfältigen Erscheinungen des gesellschaftlichen Lebens, verfolgen?

II.

Ganz offenbar bejahte Ridder diese Frage – zum einen indirekt durch die polemische Zurückweisung der in seiner Sicht für die bundesrepublikanische Entwicklung charakteristischen Varianten jener Fehler, die dem staatsrechtlichen Positivismus Laband'scher Prägung vorgeworfen wurden: die Verhüllung der realen gesellschaftlichen und staatlich-politischen Macht- und Abhängigkeitsverhältnisse unter der Formalität, Abstraktheit und z.T. durchaus auch Eleganz juridischer Begrifflichkeiten. Zum anderen durch eine Verfassungstheorie, die das demokratische Prinzip zum Ausgangspunkt des Verfassungsbegriffes macht und damit außerrechtliche Herrschaftsverhältnisse begrifflich aus dem Konzept der Verfassung eliminiert.

Allerdings ging Ridder mit dem auch damals schon in die Jahre gekommenen Positivismus recht milde um. Denn er nahm – sicher zu Recht – an, dass in seiner Zeit „die Zahl der in [dessen] Namen begangenen Brüche und Verbiegungen des Rechts geringer [sind] als die der unter allen anderen ‚Methoden‘ erfolgten, und dementsprechend der

von ihm angerichtete politische Schaden *relativ* klein.“ (S. 11). Was ihn dagegen wirklich fuchste und seine ganze polemische Energie und intellektuelle Brillanz auslöste, waren die von ihm sogenannten „dürftigen Soziologismen“, die „die Funktion erloschener und erlöschender naturrechtlicher Irrlichter übernommen haben“ (S. 11), sowie die – in Anführungszeichen gesetzten – „realistischen Rechtstheorien“.

Welche Theorien und Autorinnen und Autoren er dabei im Auge hatte, ist nicht ganz klar. Vermutlich meinte er alle jene methodischen *Rechtskonzepte*, die in Gestalt von Rechtsstatsachenforschung, Rechtssoziologie, juristischer Steuerungswissenschaft und verwandter Ansätze weniger an der *Geltung* des Rechts interessiert waren als an seiner *Wirksamkeit*. Vielleicht fiel deren Ablehnung bei ihm nicht zuletzt auch deswegen so schroff aus, weil diese Theorien überwiegend von „linken“ Juristen und Sozialwissenschaftlern stammten und er sich wohl diesem gesellschaftspolitischen Spektrum selbst zurechnete.

Der tiefere Grund aber für Ridders beharrliche Insistieren auf dem Ernstnehmen der kodifizierten Normativität des Grundgesetzes – und damit komme ich zu Ridders positivem Beitrag zu einer zeitgemäßen Verfassungstheorie – dürfte in seiner Überzeugung liegen, dass „das Recht, zuvörderst das Verfassungsrecht, dazu bestimmt ist, Kursänderungen oder -korrekturen des Ablaufs der Wirklichkeit zu vollbringen“ (S. 17). Dies galt ihm insbesondere für das Grundgesetz als eine „höchstgradig normativ“ aufgeladene, „therapeutische“ (S. 17), „dem demokratischen Fortschrittsmotiv verpflichtete Verfassung“ (S. 16). Für ihn war die Verfassung, und auch hier wieder besonders das Grundgesetz, eine Art Trutzburg normativer Geltung, und diese galt es gegen jegliche Relativierung, um nicht zu sagen Kontaminierung durch faktische Bedingungen zu schützen. Um es plakativ auszudrücken: Ridder war ein „Geltungsjurist“, kein „Wirksamkeitsjurist“. Für „Geltungsjuristen“ sind rechtliche Normen Soll-Sätze; für „Wirksamkeitsjuristen“ sind sie soziale Fakten. Wir werden allerdings sehen, dass er ein „Geltungsjurist“ der besonderen, ich würde sagen: singulären Art war.

Ridder war so wenig „Wirksamkeitsjurist“, dass er sich mit den von ihm verachteten Soziologismen gar nicht erst in einen elaborierten Methodenstreit einließ, sondern sich den aus seiner Sicht wirklich gefährlichen – das hieß für ihn: für die Demokratie gefährlichen – Verfassungslehren zuwandte, die, um es ein wenig salopp auszudrücken, normativ daherkamen und zugleich bewusst oder unbewusst normativ unberührte Machtpositionen in die Verfassungsinterpretation einschmuggelten. Als dominierende zeitgenössische Variante betrachtete er die schon in der Weimarer Republik von Rudolf Smend geprägte Dichotomie von „Verfassung und Verfassungsrecht“ – aus seiner Sicht die verfassungstheoretische Sublimierung des unter juristischen Laien, insbesondere Politikern beliebten Gegensatzpaares von „Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit“. Ridder argumentierte, dass nach der in dieser Dualität implizierten und suggerierten Annahme erst die Vermittlung von Norm und gesellschaftlicher Wirklichkeit den Begriff der Verfassung erfülle. Diese Vermittlung bewirke die Verschmelzung der in der Verfassung fixierten Normativität des demokratischen Verfassungsstaates mit den Faktizitäten der gesellschaftlichen Wirklichkeit und schleuse damit deren Macht- und Abhängigkeitsverhältnisse in das normativ geprägte Feld der Verfassung. Wenn die Verfassung nur als ein in der Wirklichkeit verankertes Ordnungsgerüst in einem ständigen Pendeln zwischen der Norm und den realen Bedingungen ihrer Verwirklichung normative Geltungskraft entfalten könne, dann, so Ridders Kritik, prägten und kontaminierten diese realen Bedingungen letztlich den normativen Gehalt der Verfassung.

Nun leugnete Ridder keineswegs die „Notwendigkeit und Selbstverständlichkeit [...], ein konkretes Verfassungssystem sowohl von der rechtsnormativen als auch von der faktischen Seite her erfassen und analysieren zu wollen. Nur so kann in der Tat ein vollständiges Bild gewonnen werden, und nur so verfahren auch seriöse staats- und sozialwissenschaftliche Untersuchungen.“ (S. 13). Doch hier dachte er – immerhin „Professor für öffentliches Recht und die Wissenschaft von der Politik“ – sehr politisch, d.h. mit klarem Blick auf den Einfluss realer Machtverhältnisse auf die Welt der Ideen, Ideale und Ideologien. Man müsse sich der Gefahr „für ein vorurteilsfreies, d.h. wissenschaftliches, Verständnis eines Verfassungssystems“, bewusst sein, dass beim Pendeln der Blicke des Verfassungstheoretikers zwischen „Faktizität und Geltung“ (Habermas) am Ende die Faktizität das Übergewicht über den Geltungsanspruch des Normativen gewinnen könne (S. 13).

Diese Gefahr sah er in der Smend'schen Integrationstheorie verwirklicht. In ihr wurde, so muss man Ridders Kritik an der Smend'schen Integrationslehre verstehen, die Normativität der Verfassung zu einem fungiblen Werkzeug der Bewahrung und Sicherung der gesellschaftlichen Faktizitäten, die die Verfassung doch aber gerade normativ gestalten, d.h. ändern solle. Und so gelangt er zu dem Schluss, dass

„obwohl diese Lehre [...] wie sich nicht zuletzt an der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts unschwer dartun läßt, auch heute heftig gegen den sog. (juristischen) Positivismus zu Felde zieht, [...] in ihren Ergebnissen doch weitestgehend auf dasselbe hinaus[kommt] wie eben dieser – unaufgeklärte – ‚Positivismus‘“ (S. 14).

III.

Bei aller inneren Schlüssigkeit dieses Ridder'schen verfassungstheoretisch-politischen Vorverständnisses des Grundgesetzes drängen sich zwei Fragen auf: Erstens, inwiefern unterscheiden sich die von ihm kritisierten Verfassungskonzepte, die auf eine Vermittlung zwischen Normativität/Geltung und Wirksamkeit der Verfassung gerichtet sind, von seinem eigenen? Dieses, wir erinnern uns, behauptet ja, dass „das Recht, zuvörderst das Verfassungsrecht, dazu bestimmt ist, Kursänderungen oder -korrekturen des Ablaufs der Wirklichkeit zu vollbringen“ (S. 17). Und die zweite Frage lautet, was an diesem Konzept positivistisch ist oder sein könnte.

Zunächst zur ersten Frage. Es leuchtet ein, dass die von Ridder der Verfassung zugeschriebene Funktion, „Kursänderungen oder -korrekturen des Ablaufs der Wirklichkeit zu vollbringen“, den Kontakt der Normativität der Verfassung mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit zum Thema hat. Wenn die Norm die Wirklichkeit „korrigieren“ soll, dann muss der Normanwender diese Wirklichkeit nicht nur als objektiven soziologischen Sachverhalt zur Kenntnis nehmen. Er oder sie muss auch die Rezeptionsbedingungen dieser Wirklichkeit für die an sie herangetragene Normativität beachten. Mit anderen Worten, die verfassungsnormative Korrektur der Wirklichkeit verlangt die Erforschung und Berücksichtigung der realen Wirksamkeitsbedingungen der Norm.

Wenn also, um ein aktuelles Beispiel zu nennen, die grundlegende Menschenwürdenorm des Artikel 1 des Grundgesetzes die Sicherung der physischen und soziokulturellen Existenz jedes sich im Geltungsbereich des Grundgesetzes aufhaltenden Menschen durch den Staat unabhängig von seinem bzw. ihrem „vermeintlich ‚unwürdigen‘ Verhal-

ten“² verlangt, dann gebietet die Erfüllung dieser rechtlich unabdingbaren Pflicht des Staates eine Verwirklichung, die durch reale Umstände – z.B. fiskalische Restriktionen durch verfassungsrechtlich gleichwertige konkurrierende normative Pflichten – bedingt ist. Handelt es sich nicht lediglich um augenblickliche, durch außergewöhnliche Umstände verursachte Restriktionen, dann können die unerfüllte Norm und der erfüllungsunfähige Staat unvermittelt und schroff einander gegenüberstehen. Diese Konstellation einer verfassungswidrigen Wirklichkeit muss dann politisch ausgehalten werden. Obwohl auch dies nicht unproblematisch ist, mag das angehen. Handelt es sich dagegen um ein strukturelles, d.h. permanent bestehendes Problem, dann muss eine Lösung innerhalb der Verfassung gefunden werden – die Korrekturfähigkeit der Norm muss an das Maß ihrer Verwirklichungsfähigkeit angepasst werden. Dazu sind verschiedene Strategien, d.h. verfassungstheoretische und -methodologische Wege denkbar. Aber allen, auch dem Ridder'schen, ist die Notwendigkeit einer wechselseitigen Justierung von Norm und Wirklichkeit eigen. Und es lässt sich kaum leugnen, dass der moderne Verfassungsstaat in der Konstellation der permanenten Notwendigkeit einer solchen Wechselbeziehung von Norm und Wirklichkeit lebt und sich entfaltet.

Es ist schwer vorstellbar, dass Ridder diese auch sein Konzept betreffende Problematik entgangen ist. Was antwortet er darauf? Eine Antwort findet sich vielleicht in der Beschäftigung mit der zweiten der oben angekündigten Fragen, nämlich: Was meinte Ridder mit seiner Berufung auf einen „realistischen Positivismus“ (S. 118), der doch wohl eine Klärung des Verhältnisses von Norm und Wirklichkeit geben sollte?

IV.

Seiner Auffassung nach ist der juristische Positivismus nicht etwa eine unter mehreren konkurrierenden Methoden der Erfüllung der *juristischen* Aufgabe, das *positive* Recht zu ermitteln. „Es gibt nur *eine* einzige legitime Methode, [...] und sie trägt den zu Unrecht schimpfbeladenen Namen ‚*Positivismus*‘“ (S. 11). Er definiert diese Methode folgendermaßen:

„Als ‚positivistisch‘ i[m] [...] ursprünglichen Verständnis bezeichnet werden alle Bemühungen um die Sinnerfassung eines Normentextes, die unter Abstraktion von den historischen und politischen Bedingungen der Textentstehung nur mit dem Wortlaut hantieren und – darüber hinaus – unter [...] ‚grammatischen‘ und ‚intrasystematischen‘ Gesichtspunkten die jeweils untersuchte Norm mit anderen, benachbarten, etwa in derselben Kodifikation oder in demselben Teil der in Betracht kommenden Kodifikation enthaltenen Normen in einen ‚Systemzusammenhang‘ zu bringen versuchen“ (S. 15).

Das ist die Beschreibung der Methodik der „dogmatisch“ genannten juristischen Fächer, die von der Prämisse der Geschlossenheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ausgehen. Wie bereits erwähnt und zitiert, genügen Ridder diese Merkmale aber keineswegs, denn sonst würde er nicht die gerade im Hinblick auf den demokratischen Charakter der modernen Verfassungsstaaten „gewaltigen Defizite“ der „partiellen historischen, politischen und soziologischen Blindheit“ dieses Positivismus rügen und das Postulat stellen, dass er „in seiner *Erkenntnis* der Wirklichkeit *realistisch* werden“ müsse (S. 11).

2 BVerfG (Erster Senat), Urteil vom 5. November 2019 – 1 BvL 7/16 – Leitsatz.

Wenn aber das „Defizit“ der auf der Einheit, Geschlossenheit und Widerspruchsfreiheit ihres Gegenstandes beruhenden positivistischen Methode in ihrem *Mangel* an Offenheit, fehlender Erkenntnis bzw. mangelnder Aufmerksamkeit für Vielfalt, innere Widersprüche und Spannungen ihres Erkenntnisobjektes – der gesellschaftlichen Wirklichkeit – besteht, dann hat diese Methode kein „Defizit“, auch kein „gewaltiges Defizit“. Vielmehr stehen wir vor dem, was die Juristen ein „Aliud“ nennen. Und genau dieses „Aliud“ zum klassischen Positivismus hatte Ridder im Sinn und praktizierte er mit *seiner* Methodik der Verfassungsinterpretation. Wenn er sich dennoch an den überkommenen Begriff des Positivismus klammerte, dann unterlief ihm eine „falsa demonstratio“. Aber, wie wir als Juristinnen und Juristen aus unserer Erinnerung an einen vorpositivistischen Rechtsgrundsatz wissen: *falsa demonstratio non nocet*.

Was nach Ridders eigenen Worten von dem von ihm vertretenen – angeblichen – Positivismus übrig bleibt, ist die bare juristische Selbstverständlichkeit, die für keine Methode spezifisch ist, „sondern unerläßliche Voraussetzung des Rechtsbegriffs und von Rechtsanwendung überhaupt: Es ist die Bereitschaft, die Normtexte zunächst einmal hinzunehmen und nicht von vornherein verfälschen zu wollen [...]“ (S. 16).

V.

Wir sind also bei der Suche nach dem Positivismus in Ridders Verfassungstheorie ergebnislos wieder auf die Ausgangsfrage zurückgeworfen, wie in seiner Theorie das Verhältnis von Norm und sozialer Realität begriffen wird, ohne in die von ihm zurückgewiesene Methode der wechselseitigen Beeinflussung zu verfallen, die nach seiner – nicht unberechtigten – Vermutung unweigerlich der Macht der Faktizitäten die Dominanz über die Normativität der Verfassung verschafft. Wie also kann seine Verfassungstheorie auf der überlegenen Normativität der Verfassung gegenüber der realen sozialen Welt beharren, ohne dass sie den Zwängen der realen Macht-, Abhängigkeits- und Knappheitsverhältnisse anheimfällt und verkürzt wird?

Um mich einer Antwort zu nähern, muss ich einen kurzen Ausflug in die Rechtsphilosophie unternehmen und auf die Unterscheidung zwischen konstitutiven und regulativen Normen eingehen. Konstitutive Normen erzeugen eine nicht-physische, soziale Realität. Die Norm des Art. 128 Abs. 1 Satz 3 AEUV: „Die von der Europäischen Zentralbank und den nationalen Zentralbanken ausgegebenen Banknoten sind die einzigen Banknoten, die in der Union als gesetzliches Zahlungsmittel gelten.“ verwandelt ein kleines Stück Papier in meiner Brieftasche in eine 10-Euro-Note, d.h. in ein überall anerkanntes Zahlungsmittel. Die Norm des Art. 62 GG: „Die Bundesregierung besteht aus dem Bundeskanzler und aus den Bundesministern.“ erzeugt die Institution der Bundesregierung im Rahmen einer durch das Grundgesetz errichteten politischen Ordnung. Regulative Normen dagegen zielen auf die Beeinflussung des Verhaltens der Normadressaten durch Ge- und Verbote; solche Normen beziehen sich auf Verhaltensweisen, die ohne die Existenz des Rechts vorkommen und lediglich durch regulative Rechtsnormen eingehegt werden sollen. So gebietet z.B. § 2 Abs. 1 StVO, dass Fahrzeuge Fahrbahnen benutzen und dabei auf der rechten Seite fahren müssen. Ohne diese Regel wäre es immer noch möglich, sich mit einem Fahrzeug nach dem Belieben des Fahrzeugführers fortzubewegen.

Es leuchtet ein, dass diese Unterscheidung für uns Juristen von großer Bedeutung ist – denn die meisten der Institutionen, die die soziale Wirklichkeit bevölkern, sind das Er-

gebnis jener allgemeinen Anerkennung, die durch juristische Normen erzeugt und bekräftigt wird.

Den Unterschied zwischen regulativen und konstitutiven Rechtsnormen hat übrigens bereits am Anfang des 20. Jahrhunderts Georg Jellinek festgestellt. Er markierte ihn als den Unterschied zwischen dem rechtlichen *Dürfen* und dem rechtlichen *Können*. Diese Gegenüberstellung spiegelt die Unterscheidung zwischen der natürlichen Handlungsfähigkeit eines Menschen und jenen Handlungen, die erst durch das Recht ermöglicht werden. So beruht z.B. die Möglichkeit, dass jemand eine andere Person rechtlich vertritt und sie bindet, nicht auf einer natürlichen Fähigkeit des Vertreters, sondern auf der Kraft des Rechtes. Die Rechtsordnung fügt, wie es Georg Jellinek ausdrückte, der natürlichen Handlungsfähigkeit der Individuen etwas hinzu, was sie von Natur aus nicht besitzen. Er nannte das ihr rechtliches *Können*. Die Fähigkeiten, die sie von Natur aus besitzen, sind dagegen zum größten Teil rechtlich irrelevant, wie z.B. die Fähigkeit, sich mittels eines Fahrzeugs fortzubewegen. Die Ausübung dieser Fähigkeit wird aber rechtlich relevant, wenn sie den Interessenkreis anderer Menschen berührt – in unseren Beispielen also durch mögliche Kollisionen mit anderen Fahrzeugen.

Jellinek hat den Unterschied zwischen Dürfen und Können und seine Bedeutung für die soziale Welt folgendermaßen formuliert:

„Es wäre nicht richtig zu sagen, der Geschäftsunfähige dürfe keinen Vertrag schließen, er kann es vielmehr nicht, was immer er auch tue, es kommt kein Vertrag zustande. Das vermeintliche Rechtsgeschäft, das er abgeschlossen hat, ist nicht vorhanden [...]“.³

Wenden wir uns nun der Verfassung zu. Aus der Bezeichnung dieses Normtypus – Konstitution, *constitution* – geht bereits hervor, dass er jedenfalls im Kern konstitutive Normen enthält, d.h. eine erst durch den Erlass dieser Norm entstehende soziale Wirklichkeit erschafft. Nach bestimmten Verfassungstheorien entsteht durch die Verfassung überhaupt erst ein politischer Körper, ja überhaupt erst ein Volk. Ich zitiere hier einmal nicht einen Verfassungsrechtler, sondern einen deutschen Dichter aus dem 19. Jahrhundert, Ferdinand Freiligrath, der im Überschwang der 1848er Verfassungsbewegung nach der Verabschiedung der Paulskirchenverfassung schrieb: „Noch gestern, *Brüder*, wart ihr nur ein *Haufen*; ein Volk, o Brüder, seid ihr heut“.⁴ Die Verwandlung eines *Haufens* in ein *Volk* mag einer Verfassung vielleicht zu viel Zauberkraft zusprechen – wir alle wissen, dass es in der Verfassungslehre Deutschlands einflussreiche Richtungen gibt, denen zufolge eine neue Verfassung nicht einen Haufen, sondern einen wohlorganisierten und -situierten Staat reguliert oder, noch weitergehend, ein vorverfassungsrechtlich, ja vorrechtlich angeblich bereits existierendes, ethnisch geeintes Volk ordnet, das aber nach dieser Schule eigentlich auch ganz ohne Verfassung auskommen könnte.

Zwischen diesen extremen Polen – einerseits der Volksbegründung durch die Verfassung, andererseits ihrer Irrelevanz für die politische Existenz jedenfalls eines vorrechtlich und vopolitisch existierenden Volkes – gibt es in Bezug auf das Grundgesetz einen Mittelweg, demzufolge jedenfalls die staatliche Organisation der Bundesrepublik mit ihren elementaren Organen des Bundestages, des Bundesrates, der Bundesregierung, des Bun-

3 Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Darmstadt 1963 (Nachdruck der 2. Aufl. von 1905), 47.

4 Zit. nach Trübners Deutsches Wörterbuch. Bd. 7 (T-V), Art. ‚Volk‘, Berlin 1956, 689 ff. (691 f.).

despräsidenten und des Bundesverfassungsgerichts durch das Grundgesetz konstituiert worden ist.

Die Frage ist, wie es sich eigentlich mit den Grundrechten verhält. Sind sie regulative Normen, die die dem Grundgesetz vorausliegenden natürlichen Handlungsfähigkeiten, die „natürliche Freiheit“ der Bürgerinnen und Bürger, wie es Jellinek ausdrückte, regulieren; oder sind sie, im Gegenteil, Handlungsfähigkeiten der Bürgerinnen und Bürger, die überhaupt erst durch das Grundgesetz geschaffen worden sind?

Mit dieser Frage bin ich nun wieder bei Ridder und seiner Verfassungstheorie angelangt. Um meine Antwort vorab zu geben: Ich bin davon überzeugt, dass Ridders Verfassungstheorie die für ihn so charakteristische demokratische Radikalität aufweist, weil er, soweit der Verfassungstext dies ermöglicht, die allerdings nicht direkt ausgesprochene Auffassung vertrat, dass die grundgesetzlichen Grundrechte erst ihren inneren demokratischen Charakter erlangen können, wenn man sie als durch das Grundgesetz *konstituiert* versteht, nicht lediglich als Anerkennung, geschweige denn als bloße Regulierungen vorstaatlicher und vorrechtlicher natürlicher menschlicher Fähigkeiten.

Ich kann das aus Zeitgründen nur skizzenhaft ausführen. Wir wissen, dass Ridder die Vorstellung bekämpfte, dass die Grundrechte des Grundgesetzes auf der Annahme einer unbegrenzten, vorstaatlichen und vorrechtlichen Freiheit des Individuums beruhten und dass ein gesellschaftlicher Zusammenhang erst durch die Notwendigkeit der Freiheitsbeschränkungen entstehe. Diese Annahme bezeichnete er als „Freiheitstotalitarismus“. Nach seiner Auffassung sind die Grundrechte dagegen „Freiheiten inter socios“, d.h. rechtliche Normierungen des Status der Individuen als gesellschaftlich situiert. Nun meint er natürlich nicht, dass die Individuen *ohne* die Verfassung – wie z.B. im Hobbes'schen Naturzustand – als atomisierte Monaden in einem Kosmos beziehungsloser Entitäten existieren. Sie sind vielmehr „unaufhebbar [...] nicht nur in die Naturgesetzlichkeit, sondern auch in die Gesellschaft“ eingebunden (S. 49) und werden durch eine Verfassung und deren Grundrechte aus der Naturwüchsigkeit ihrer unhintergebar sozialen Existenz in den Status von Mitgliedern einer konkret-geschichtlichen politischen Gemeinschaft transformiert. Ridder verwendet für diesen Vorgang das Verb „überformen“. Damit wird ausgedrückt, „daß grundrechtliche Freiheit in der Gesellschaft inhaltlich erst von der konkreten Befindlichkeit des Einzelnen her und gleichzeitig mit ihrer rechtlich-organisatorischen Umhegung aufgebaut werden kann“ (S. 49).

In die Sprache meiner Rekonstruktion der Ridder'schen Verfassungstheorie übersetzt lautet dieser Satz: Die grundrechtliche Freiheit in der Gesellschaft (= Freiheit inter socios) wird durch die konkrete gesellschaftliche Stellung des Einzelnen und durch die grundrechtliche Normierung der Verfassung konstituiert („aufgebaut“).

Geht man von dieser konstitutiven Funktion der Grundrechtsnormen des Grundgesetzes aus, so hat das die methodisch folgenreiche Konsequenz, dass die Grundrechte nicht lediglich als normative Ideale Gegenbilder zur gesellschaftlichen Realität bilden, sondern ihrerseits eine institutionelle Realität darstellen. In der oben zitierten Jellinek'schen Terminologie: Sie begründen ein Können, nicht ein Dürfen. Die Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes definieren und begrenzen nicht eine vorverfassungsrechtlich vorhandene natürliche Fähigkeit und Freiheit des Sprechens und kommunikativen Handelns, sondern stellen diese Fähigkeit erst als soziale Tatsache her. Das ist bei der Presse und dem Rundfunk offenkundig, gilt aber auch für die individuelle Meinungsfreiheit. Denn sie konstituiert einen Raum des Sag- und Mitteilbaren – *wer* etwas sagen kann, und *was* und *wie* er oder sie etwas sagen oder auf andere Weise kommunizieren

kann. Erst durch die Konstitution dieses Raumes wird es möglich, dass jenseits funktionaler Kommunikation über bislang Unsagbares gesprochen werden kann. Grundrechte sind Normen der Ermächtigung, nicht der Erlaubnis.

VI.

Zum Schluss noch eine Bemerkung zu der Frage, wieso Ridder seine Methode der Sinnerfassung des Grundgesetzes und speziell der Grundrechte so eng mit dem „zu Unrecht schimpfbeladenen Namen ‚Positivismus‘“ (S. 11) assoziierte, obwohl doch sein verfassungstheoretischer Ansatz so gut wie alles, was den staatsrechtlichen Positivismus kennzeichnete, verwarf? Ich sehe zwei Gründe, die sich aus der Singularität seiner Verfassungstheorie ableiten lassen.

Zum einen: Es gibt zwischen der Idee des konstitutiven Charakters der Grundrechtsnormen und Ridders Selbstbeschreibung als (kritischer) Positivist einen inneren Zusammenhang. Konstitutive Normen erzeugen, wie es Christoph Möllers formuliert, „ein neues Stück sozialer Realität“.⁵ Wo diese neue soziale Realität durch Deutungen und Umdeutungen für Machtinteressenten fungibel gemacht wird, geht deren normativ konstitutiver Charakter verloren. Konstitutive Normen müssen, um die normativ gewollte neue soziale Realität zu schaffen, genauestens mit den Werkzeugen „strenger juristischer Begrifflichkeit (S. 11) in ihrem Sinngehalt erfasst und begriffen werden – und diese methodische Strenge schrieb er, im Gegensatz zu den pendelnden Blicken zwischen Norm und Wirklichkeit der Abwägungsjurisprudenz und verwandter „realistischer“ Methoden, dem Positivismus zu.

Zweitens: Wenn ich sagte, dass sein verfassungstheoretischer Ansatz „so gut wie alles“, was den staatsrechtlichen Positivismus kennzeichnete, verwarf, so muss ich präzisieren. „So gut wie alles“ ist nicht „alles“ – denn es gibt eine Gemeinsamkeit mit dem Konzept des Positivismus, die für Ridder geradezu essentiell war. Das ist die mit dem Begriff Positivismus erklärte Zurückweisung aller Arten und Schattierungen von Naturrecht oder anderer Quellen des Rechts als der von Menschen gesetzten. Das zeigt bekanntlich bereits die etymologische Bedeutung von Positivität, die die Idee des Rechtspositivismus trägt. Was die Positivität des Rechts für Ridder so wichtig machte, war der Umstand, dass unter dem Grundgesetz und allen modernen Verfassungen es der Demos ist, der Recht *setzt*. Recht ist, wie man früher sagte, *gesetztes* Recht, in der Demokratie vom Volk *gesetztes* Recht. Diese Verbindung ist von größter Bedeutung: Ein Volk, das nicht seinerseits rechtlich konstituiert ist, kann kein positives Recht erzeugen, sondern ist an die vormodernen Formen tradiertter Rechtserzeugung gekettet. Die für den heute überall aufblühenden Populismus charakteristische Berufung auf ein nicht-konstituiertes, sondern „natürlich“ vorhandenes Volk impliziert damit die Entbehrlichkeit, vielleicht ja sogar Schädlichkeit der Hervorbringung von Recht durch positive „Satzung“.

Ridder dagegen erklärte mit der Reklamierung des Begriffs Positivismus für seine Methode der Sinnerfassung rechtlicher, insbesondere verfassungsrechtlicher Normen das demokratische Prinzip zum Angelpunkt moderner Rechtserzeugung. Recht *muss* von Menschen gesetzt werden, und in der Demokratie kann es nur vom Volk gesetzt werden. Insofern ist Ridder tatsächlich ein Positivist – ich würde seinen Positivismus präziser und zugleich auch politischer daher als demokratischen Positivismus bezeichnen.

5 C. Möllers, Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2015, 227.