

Die Verfassungstheorie als Vorverständnis und Kontrastfolie des Verfassungsrechts: Eine Einführung in die Verfassungstheorie

Mathias Honer, Leipzig/Frankfurt (Oder)*

Demokratie, Rechtsstaat, Menschenwürde... Das Verfassungsrecht operiert mitunter mit anspruchsvollen Konzepten. Schon deshalb ist seine Interpretation mitunter auf theoretisch fundierte Erkenntnisse angewiesen. Diese bietet die Verfassungstheorie. Wer Verfassungsrecht auslegt und anwendet, besitzt daher – bewusst oder unbewusst – eine oder gar mehrere Verfassungstheorien. Das ist Grund genug, um sich mit der Disziplin der Verfassungstheorie und ihren Perspektiven zu beschäftigen.

I. Theoriebedürftigkeit von Verfassungsinterpretation und Verfassungsanwendung ...	969
II. Grundlagen: Begriff, Abgrenzung und Funktion der Verfassungstheorie	970
1. Verfassungstheorie – eine klassische Definition, ein erster Zugriff	970
2. Verfassungstheorie im Kontrast zur Verfassungsdogmatik und zum positiven Verfassungsrecht.....	970
3. Verfassungstheorie als Vorverständnis und Reflexionsebene des positiven Verfassungsrechts und der Dogmatik	971
4. Vielfalt verfassungstheoretischer Perspektiven	972
5. Abgrenzung zu anderen (Grundlagen-)Disziplinen	972
6. Etablierung von Verfassungstheorie	973
7. Angemessene Verfassungstheorie	974
8. Standort in der Rechtsgewinnung	975
a) Verfassungstheorie als Erkenntnishilfe für die Rechtserkenntnis	975
b) Verfassungstheorie als Orientierungshilfe für die Rechtserzeugung	976
III. Themen	976
1. Begriff der Verfassung.....	976
a) Formeller Verfassungsbegriff	976
b) Funktioneller Verfassungsbegriff	977
c) Materieller Verfassungsbegriff.....	977
d) Testfall: Hat die Europäische Union eine Verfassung?	978
2. Deutungen der Verfassungen	978
a) Gehalt: Verfassung als (Leit-)Bild oder Rahmen?	978

* Der Autor vertritt an der Universität Leipzig die Professur für Öffentliches Recht und das Recht der Politik und ist Habilitand an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder).

aa)	Verfassung als (Leit-)Bild.....	978
bb)	Verfassung als Rahmen	978
cc)	Implikationen: Grundrechte als Werteordnung?	979
b)	Basis: Verfassung aufgrund einer Entscheidung oder einer Norm?	980
aa)	Verfassung als eine bzw. aufgrund einer tatsächlichen Entscheidung	980
bb)	Verfassung aufgrund einer Norm	980
cc)	Implikationen: Vorrechtliche Souveränität des Staates als Verfassungs- postulat?	980
c)	Ziel: Verfassung als Ermöglichung oder als Begrenzung demokratischer Politik?	981
aa)	Verfassung als Begrenzung von demokratischer Politik	981
bb)	Verfassung als Ermöglichung von demokratischer Politik.....	982
cc)	Kompromiss: Verfassung als Verkopplung von (liberalen) Rechten und (demokratischer) Politik?.....	982
dd)	Implikationen: Gewaltenteilung	983
3.	Elemente der Verfassung.....	983
a)	Strukturen: Demokratie	983
aa)	Demokratie als vernünftiger Diskurs über konsensfähige Normen	984
bb)	Demokratie als fairer Wettbewerb um politische Macht	984
cc)	Implikationen: Parlament als Forum rationaler Deliberation oder als Arena legitimer politischer Gegnerschaft?	985
b)	Institutionen: Verfassungsgericht	985
aa)	Verfassungsgericht als Hüter der Verfassung	985
bb)	Verfassungsgericht als Hüter des politischen Prozesses.....	986
cc)	Implikationen: Kontrollfokus und Kontrolldichte	986
c)	Rechte: Menschenwürde.....	986
aa)	Menschenwürde als Eigenwert des Menschen	987
bb)	Menschenwürde als Bedingung und Ausdruck gelungener Selbst- darstellung (Leistungstheorie)	987
cc)	Menschenwürde als Folge wechselseitiger Anerkennung (Kommunikationstheorie)	988
dd)	Implikationen: Folter als Missachtung der Menschenwürde!	988
4.	Horizonte	989
a)	Postformale Verfassungstheorien?	989
b)	Verfassungstheorien der Autonomie des Individuums!	989
IV.	Abschluss: Perspektivenvielfalt der Verfassungstheorie.....	990

I. Theoriebedürftigkeit von Verfassungsinterpretation und Verfassungsanwendung

Die Interpretation des Verfassungsrechts kann sich auf einen Kanon etablierter Auslegungsmethoden und juristischer Argumentationsfiguren stützen. Sie erleichtern die Anwendung des Verfassungsrechts und machen die Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht vorhersehbarer. Nichtsdestotrotz sind zahlreiche Probleme der Verfassungsinterpretation von Vorannahmen getragen, die sich dem positiven Recht nicht ohne Weiteres entnehmen lassen. Dies sei an zwei Fallstudien verdeutlicht.

- Nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung entfalten die Grundrechte des Grundgesetzes Ausstrahlungswirkung auch zwischen Privaten.¹ Ihre Grundlage findet diese Rechtsprechung in dem Verständnis der Grundrechte als Ausdruck einer „objektiven Werteordnung“, wie sie das Bundesverfassungsgericht in seiner berühmten Lüth-Entscheidung entfaltet hat.² Eine objektive Werteordnung ist dem Grundgesetz allerdings ausdrücklich fremd. Das Grundgesetz gibt der staatlichen Gewalt die Grundrechte lediglich „als unmittelbar geltendes Recht“ (Art. 1 Abs. 3 GG) vor. Auch dem Verfassungsgeber dürfte die Vorstellung von Grundrechten als eine objektive Werteordnung unbekannt gewesen sein. Zumindest Wortlaut, Systematik und Historie des Grundgesetzes halten für ein Verständnis der Grundrechte als objektive Werteordnung also keine Anhaltspunkte bereit.
- Als das Bundesverfassungsgericht die Ratifikation des Vertrages von Lissabon gem. Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG am Maßstab der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG beurteilte, entnahm es dieser ein Gebot zum Schutz der „souveränen Staatlichkeit“ Deutschlands.³ Hieraus leitete das Bundesverfassungsgericht konkrete Grenzen für die Kompetenzübertragung auf die Europäische Union ab. Die sog. Verfassungsidentität des Grundgesetzes (Art. 79 Abs. 3 GG) schweigt hinsichtlich eines Schutzgutes der „souveränen Staatlichkeit“ jedoch.

Objektive Werteordnung und die souveräne Staatlichkeit: Das Bundesverfassungsgericht argumentiert mit Phänomenen, die sich nicht ohne Weiteres dem Wortlaut, der Systematik und der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes entnehmen lassen. Vielmehr handelt es sich um Überlegungen, die über den tieferen Sinn ausgewählter Verfassungsnormen oder das normative Fundament der Verfassungsordnung Auskunft geben. Betreten ist damit das Feld jenseits des positiven Rechts und der Dogmatik. Die Rede ist insoweit auch von „Verfassungslehre“ oder gleichsinnig von „Verfassungstheorie“. Ihre Bedeutung dürfte für die Erkenntnis und die Anwendung des Verfassungsrechts unbestritten sein. Dementsprechend ist sie, wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß, für die rechtswissenschaftliche Forschung von hoher Relevanz. Lehrstuhldenominationen bekräftigen dies.⁴ Jüngst wurde gar konstatiert: „Die Verfassungstheorie feiert eine Renaissance.“⁵

Nicht zu Unrecht: Zunehmend beanspruchen Strukturen jenseits des Staates verfassungsäquivalente Qualität. Immer mehr stellen autoritäre Bewegungen die Mechanik des liberal-demokratischen Verfassungsstaates infrage. Schon längst fordert die anhaltende Klimakrise gewohnte Strukturen

¹ Ausf. zur Entwicklung der Privatrechtswirkung der Grundrechte Ruffert, JuS 2020, 1 ff.

² BVerfGE 7, 198 (204 f.).

³ BVerfGE 123, 267 (343).

⁴ Siehe zum Beispiel die von Arnd Uhle an der Universität Leipzig bekleidete Professur für „Öffentliches Recht, insbesondere Staatsrecht, Allgemeine Staatslehre und Verfassungstheorie“; die Professur für „Öffentliches Recht, insbesondere Verfassungsrecht und Verfassungstheorie“, die Sophie Schönberger an der Freien Universität Berlin innehat, oder von Julian Krüper an der Universität Bochum wahrgenommene Professur für „Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung“.

⁵ <https://www.jura.ruhr-uni-bochum.de/verfassungstheorie/veranstaltungen/index.html.de> (20.9.2026).

des Verfassungsrechts heraus. Das Anwendungsfeld der Verfassung ist also zunehmend ungewiss, seine Versprechen werden von einigen Seiten angefochten und seine Leistungsfähigkeit wird bisweilen bezweifelt. Das verlangt danach, den Charakter, die Funktion und die Mechanik der Verfassung und ihrer Elemente kritisch in den Blick zu nehmen. Das leistet die Verfassungstheorie. In der rechtswissenschaftlichen Lehre fristet sie jedoch (bislang) ein Schattendasein. Ihre Grundlagen sollen in einem ersten Schritt aufgezeigt werden (II.), bevor in einem zweiten Schritt (III.) ausgewählte Themen und Fragestellungen der Verfassungstheorie vorgestellt und schließlich aktuelle Entwicklungen in der Verfassungstheorie beleuchtet (IV.) werden.

II. Grundlagen: Begriff, Abgrenzung und Funktion der Verfassungstheorie

1. Verfassungstheorie – eine klassische Definition, ein erster Zugriff

Nach einer geläufigen Definition bezeichnet Verfassungstheorie⁶ „eine systematisch orientierte Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Reichweite der Verfassung als solcher und ihrer Teile“⁷. Die Verfassungstheorie fragt hiernach unter anderem nach den grundlegenden Merkmalen („allgemeinen Charakter“) und der Funktion („normativer Zielrichtung“) von Verfassungen und ihren einzelnen Elementen (wie Institutionen, Funktionen oder Normbereichen). Außerdem soll sie dabei mit einem systematischen Anspruch („systematisch orientierte Auffassung“) operieren. Die Verfassungstheorie versucht, ihre Überlegungen über die Institutionen und Funktionen der Verfassung und ihrer Teile also in ein möglichst widerspruchsfreies gedankliches System einzupflegen.⁸ Das grenzt die Verfassungstheorie allerdings noch nicht von anderen disziplinären Zugriffen auf die Verfassung ab. Das betrifft namentlich die Verfassungsdogmatik, die ebenso einen systematischen Anspruch erhebt. Das gilt aber ebenso für andere Grundlagenfächer wie die Verfassungsgeschichte, die sich – durch den Blick auf die historische Genese – grundlegende Einsichten über die Verfassung, ihre Prinzipien und Institutionen erhofft.

2. Verfassungstheorie im Kontrast zur Verfassungsdogmatik und zum positiven Verfassungsrecht

Der Anwendungsbereich der Verfassungstheorie erschließt sich daher letztlich im Kontrast zu anderen Perspektiven, insbesondere zu ihrer rechtswissenschaftlichen Komplementärdisziplin: der Verfassungsdogmatik⁹. Die Verfassungsdogmatik beschreibt das positive Verfassungsrecht und bereitet es anwendungsorientiert auf.¹⁰ Hierfür kategorisiert sie die Wirkungen der Rechtsnormen, entwickelt Prüfungsstrukturen für ihre Anwendung, speichert rechtliche Lösungen für bestimmte Fallgruppen

⁶ Grundlegend zur Verfassungstheorie siehe *Jestaedt*, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1; *Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988; zu verschiedenen Begriffen von Verfassungstheorie siehe auch *Volkman*, Der Staat 54 (2015), 35 f.

⁷ *Böckenförde*, NJW 1976, 2089 (2098).

⁸ Den systematisch-holistischen Anspruch der Verfassungstheorie unterstreicht *Jestaedt*, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 34 f.

⁹ Die Unterscheidung von Verfassungstheorie und Verfassungsdogmatik hebt ebenso hervor *Krüper*, in: Krüper/Pilniok, Organisationsverfassungsrecht, 2019, S. 159 (181).

¹⁰ Zu einem solchen Verständnis der Verfassungsdogmatik siehe *Jestaedt*, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 22 ff.

für die Praxis¹¹ ab. Dabei verfährt sie nach langläufiger Einschätzung ebenso systematisch, pflegt jene Kategorien, Begriffe und Fallgruppen also in ein konsistentes Gedankengebäude ein.

Damit die Verfassungsdogmatik das positive Verfassungsrecht für die Rechtspraxis anwendungsorientiert aufbereiten kann, müssen sich die Begriffe der Verfassungsdogmatik zum einen durch das positive Recht begründen lassen („Positivitätsbezug“¹²) und zum anderen für die Rechtspraxis zweckmäßig sein¹³. Insoweit unterscheidet sie sich von der Verfassungstheorie.

Hinweis: Die Legitimationskettentheorie¹⁴ mit den Elementen des personell-organisatorischen und sachlich-inhaltlichen Legitimationsmodus erleichtert die Anwendung des in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG normierten Rechtsgebots („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.“). Sie ist daher ein typisches Beispiel für die Begriffe der Verfassungsdogmatik. Davon zu unterscheiden wäre ein verfassungstheoretisches Demokratiemodell, das, gewissermaßen „hinter“ dem positiven Recht, zum Verständnis des Demokratieprinzips und damit auch zum in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG normierten demokratischen Ableitungszusammenhang beiträgt.

Verfassungstheorie darf des Weiteren nicht mit dem positiven Verfassungsrecht selbst verwechselt werden. Das positive Verfassungsrecht ist die Summe der zahlreichen Einzelnormen der Verfassung. Ihrem Verständnis können grundlegende Prinzipien, verbindende Ideen und leitende Grundgedanken zugrunde liegen. Sie sind jedoch nicht selbst Bestandteil des positiven Rechts. Identifiziert die Verfassungstheorie leitende und verbindende Grundgedanken, trägt sie diese also in gewissem Umfang immer auch an das positive Recht heran.

Hinweis: So kann beispielsweise ein verfassungstheoretisches Modell der „wehrhaften Demokratie“ („militant democracy“) in positiv-rechtlichen Instituten wie dem Vereinsverbot (Art. 9 Abs. 2 GG), der Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG) und dem Parteiverbotsverfahren (Art. 21 Abs. 2 GG) zum Ausdruck gelangen. Positives Verfassungsrecht sind aber nur das Vereinsverbot (Art. 9 Abs. 2 GG), die Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG) und das Parteiverbotsverfahren (Art. 21 Abs. 2 GG) in ihrer konkreten positiv-rechtlichen Gestalt, nicht ein verfassungstheoretisches Konzept der „wehrhaften bzw. der streitbaren Demokratie“¹⁵.

3. Verfassungstheorie als Vorverständnis und Reflexionsebene des positiven Verfassungsrechts und der Dogmatik

Ausgehend und abgrenzend vom Verständnis der Verfassungsdogmatik bietet sich der Verfassungstheorie die Möglichkeit, die Verfassung ohne Rücksicht auf das geltende Recht und die Bedürfnisse der Rechtsanwendung umfassend theoretisch auszuleuchten. Sie kann die Verfassung und ihre ein-

¹¹ Bumke, JZ 2014, 641 (641).

¹² Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 24.

¹³ Den Anwendungsbezug der Verfassungstheorie unterstreicht Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 23; kritisch zum Abgrenzungsmerkmal des Anwendungsbezugs Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 4.

¹⁴ Siehe hierzu Voßkuhle/Kaiser, JuS 2009, 803.

¹⁵ Zum Konzept der streitbaren Demokratie im Allgemeinen und für das Grundgesetz im Besonderen Dreier, JZ 1994, 741 (751 f.) sowie Papier/Durner, AöR 128 (2003), 340 ff.; grundlegend Loewenstein, American Political Science Review 31 (1937), 417 ff., 638 ff.; ders., Verfassungslehre, 2. Aufl. 1969, S. 348 ff.; siehe jüngst auch Lübke-Wolff, Verfassungsblog v. 13.10.2023 (20.9.2026).

zelnen Elemente mithin jenseits des positiv-rechtlich Geltenden und des praktisch Zweckmäßigen kritisch reflektieren, wissenschaftlich analysieren, ihren tieferen Sinn und ihre optimale Funktion präsentieren. Vereinfacht könnte auch gesagt werden, die Verfassungstheorie offenbart das „Warum und Wozu der Verfassung“¹⁶ und ihrer Elemente. Bildlich ließe sich auch von der „Verfassung hinter der Verfassung“¹⁷ sprechen.

4. Vielfalt verfassungstheoretischer Perspektiven

Ausgehend von einem solch weiten Verständnis lassen sich mit der Verfassungstheorie vielfältige Perspektiven verbinden: Sie kann sich sowohl auf eine konkrete Verfassung wie etwa das Grundgesetz beziehen. Sie kann sich aber auch mit Verfassungen im Allgemeinen befassen.¹⁸ Im ersten Fall könnte man von einer besonderen, im zweiten Fall von einer allgemeinen Verfassungstheorie sprechen.¹⁹ Während eine besondere Verfassungstheorie im Sinne der oben aufgeführten Böckenförd'schen Definition die Grundideen einer konkreten Verfassung sowie die Funktion und die Beziehung ihrer Elemente untersucht, fragt eine allgemeine Verfassungstheorie etwa danach, was eine Verfassung als solche idealer- oder typischerweise kennzeichnet, wodurch sich ihre notwendigen oder typischen Inhalte auszeichnen. Zusätzlich könnte auch noch (auf einer Metaebene) der wissenschaftliche Umgang mit Verfassungen in den Blick genommen werden, insbesondere die richtige Methode der Verfassungsinterpretation einbezogen werden.²⁰ Verfassungstheorie kann sich daher Verfassungen im Allgemeinen, einer Verfassung im Besonderen oder ihren konkreten Teilen widmen. In jedem Fall tritt Verfassungstheorie Verfassungen und ihren Elementen mit einem theoretisch-wissenschaftlichen und idealisierten Anspruch gegenüber.²¹ Damit nimmt sie ihr gegenüber auch eine kritisch-distanzierende Haltung ein und unterwirft sich nicht der Binnenlogik des positiven Rechts.

5. Abgrenzung zu anderen (Grundlagen-)Disziplinen

Mit einem solchen Verständnis unterscheidet sich die Verfassungstheorie nicht nur von der Verfassungsdogmatik, sondern ebenso von anderen Disziplinen, die sich dem Recht im Allgemeinen oder dem Verfassungsrecht im Besonderen widmen. So erbringt die Rechtsphilosophie eine mit der Verfassungstheorie vergleichbare Funktion: Sie setzt sich kritisch mit dem Recht auseinander, erklärt die Phänomene des Rechts und stiftet Orientierung für seine Anwendung.²² Vergleichbares gilt für die Rechtstheorie, die seine Funktionsweise analysiert.²³ Rechtsphilosophie und Rechtstheorie sind – anders als die Verfassungstheorie – aber nicht auf die Verfassung begrenzt. Ähnliche Perspektiven wie die Verfassungstheorie steuert die Staatslehre bei. Sie fokussiert sich indes, anders als die Verfassungstheorie, nicht auf die Eigengesetzlichkeiten, Phänomene und Wirkungsweisen der

¹⁶ Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, § 1 Rn. 33.

¹⁷ Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009.

¹⁸ Zu verschiedenen Dimensionen der Verfassungstheorie siehe Honer, Der Staat 61 (2022), 235 (246 ff.).

¹⁹ Siehe dazu Honer, JöR 73 (2025), 199.

²⁰ In diese Richtung der Begriff der Verfassungstheorie im disziplinären Sinne bei Volkmann, Der Staat 54 (2015), 35 (35–37).

²¹ Den theoretischen Anspruch der Verfassungstheorie unterstreicht Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 51 ff.

²² Zu den Themen der Rechtsphilosophie Benedict, Jura 2010, 121 ff.

²³ Zu den Perspektiven der Rechtstheorie Krüger, JuS 2012, 873 ff.

Verfassung, sondern auf die des Staates. Sie fragt etwa nach Formen, Aufgaben oder Rechtfertigung des Staates, tritt insoweit aber auch in eine Konkurrenz zur Politikwissenschaft.²⁴

In einer besonderen Beziehung steht die Verfassungstheorie zum Verfassungsvergleich und zur Verfassungsgeschichte. Beide nehmen Verfassungen vergleichend in den Blick: diachron (Verfassungsgeschichte) oder synchron (Verfassungsvergleich).²⁵ Hiervon erhoffen sie sich auch Erkenntnisse über die Genese verfassungsrechtlicher Institute oder bisweilen über (ideal-)typische, gar notwendige oder schlicht alternative Ausgestaltungstechniken von Verfassungen. Speziell, soweit sie damit über den tieferen Sinn oder die ideale Ausgestaltung der Verfassung und ihrer Institute berichten, entpuppen sie sich als eine ideale Theoriequelle für die Verfassungstheorie.²⁶

6. Etablierung von Verfassungstheorie

Um diese Funktionen zu erbringen, speist sich die Verfassungstheorie aus normativen Überlegungen jenseits des positiven Rechts, greift etwa auf Erkenntnisse der politischen Theorie und Philosophie zurück.²⁷ Geht man davon aus, dass sich die Verfassungsrechtswissenschaft auch dem Realbereich ihres Regelungsgegenstandes öffnen muss, könnte die Verfassungstheorie obendrein Überlegungen der empirischen „Rechtswirklichkeit“²⁸, etwa der politischen Praxis, verarbeiten. Insoweit steht die Verfassungstheorie mit der politischen Philosophie und der empirisch arbeitenden Politikwissenschaft in Kontakt.²⁹ Besonders gewinnbringend für die Etablierung verfassungstheoretischer Argumente ist, das deutete sich bereits an, der diachrone wie synchrone Vergleich mit früher geltenden oder heute geltenden fremden Verfassungsordnungen³⁰: Der Einblick in frühere oder ausländische Verfassungsordnungen illustriert, wie politische und gesellschaftliche Selbstbestimmung auch organisiert werden kann. Dadurch bietet er eine lohnenswerte Kontrastfolie zur eigenen Verfassungsordnung und veranschaulicht die Potenziale ihrer Veränderung. Mitunter deckt er aber auch wiederkehrende Prinzipien des modernen Verfassungsstaates auf.

Hinweis: So lehrt etwa der Blick in andere Verfassungsordnungen liberaler Demokratien: Alle Verfassungen liberaler Demokratien kennen verschiedene Mechanismen, um das Rechtssystem vom politischen System zu verselbstständigen.³¹ Alle sehen hierfür jedoch eine – im Einzelnen unterschiedlich ausgestaltete – Form der Unabhängigkeit der Justiz vor. Die Unabhängigkeit der Justiz kann daher aus guten Gründen als Kernelement moderner Rechtsstaatlichkeit identifiziert werden.³²

²⁴ Meinel, in: Görres-Gesellschaft, Staatslexikon, 8. Aufl. 2021, Eintrag: Staatslehre.

²⁵ Zur Terminologie siehe Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarther, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 31.

²⁶ Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarther, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 31 f.

²⁷ Krüper, in: Krüper/Pilniok, Organisationsverfassungsrecht, 2019, S. 159 (181).

²⁸ Zum Wirklichkeitsbezug der Verfassungstheorie siehe Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 60 ff.

²⁹ Insoweit treffend die Charakterisierung der Verfassungstheorie als „Schnittstellen- und Relaisdisziplin“ bei Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarther, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 48.

³⁰ Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarther, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 31 f. Die notwendig verfassungsvergleichende Perspektive verfassungstheoretischen Arbeitens unterstreicht außerdem C. Schönberger, VRÜ 43 (2010), 6 (26 f.).

³¹ Darin die Grundidee der Rechtsstaatlichkeit erblickend Möllers, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 2024, § 35 Rn. 31.

³² Siehe auch v. Arnould, in: Depenheuer/Grabenwarther, Verfassungstheorie, 2010, § 21 Rn. 19, der die Kontrolle durch unabhängige Richter als einen Kerngehalt der Rechtsstaatsidee begreift.

7. Angemessene Verfassungstheorie

Verfassungstheoretische Aussagen lassen sich auf unterschiedliche Weise begründen. Hierfür ist die Verfassungstheorie nicht vom geltenden Verfassungsrecht abhängig. Immerhin eröffnet die Arbeitsweise jenseits geltenden Rechts der Verfassungstheorie wertvolle Perspektiven. Ein verfassungstheoretisches Argument gewinnt seine Überzeugungskraft folglich nicht durch seine Übereinstimmung mit dem positiven Verfassungsrecht.

Soll eine Verfassungstheorie allerdings nicht nur eine Kontrastfolie zum geltenden Verfassungsrecht bilden, sondern zugleich zu seiner Erkenntnis und Anwendung beitragen, lässt sich eine Verfassungstheorie auch nicht beliebig formulieren.³³ Wenn das richtig ist, führt dies in ein gewisses Dilemma: Einerseits soll das positive Recht in einem gewissen Umfang den Kreis jener verfassungstheoretischen Überlegungen begrenzen, die zu seinem Verständnis beitragen. Andererseits kann eine Verfassungstheorie nicht vollumfänglich aus dem positiven Recht entnommen werden. Immerhin erschließt sich das positive Verfassungsrecht vollständig erst durch eine Verfassungstheorie.³⁴ Dieser paradox anmutende Zusammenhang lässt sich erkenntnistheoretisch auch als hermeneutischer Zirkel beschreiben.³⁵

Dem hermeneutischen Zirkel ist jedoch nicht auszuweichen. Vielmehr gilt es, ihn anzuerkennen und produktiv zu wenden.³⁶ Für die konkrete Gewinnung verfassungstheoretischer Argumente bedeutet das: Verfassungstheoretische Erkenntnisse setzen jenseits des geltenden Rechts an. Wollen sie zur Erkenntnis des geltenden Rechts beitragen, müssen sie sich mit verallgemeinerungsfähigen Struktur- und Richtungsvorgaben des positiven Rechts vereinbaren lassen.³⁷ Ansonsten bleiben sie als Erkenntnishilfe des positiven Verfassungsrechts außen vor. Treffend wurde dementsprechend mit Blick auf eine Verfassungstheorie des Grundgesetzes gesagt, dass eine „Theorie des Führerstaates“ oder der „Diktatur des Proletariats“ als eine Verfassungstheorie des Grundgesetzes ausscheiden muss.³⁸ In Anschluss an *Winfried Brugger* ließe sich im Sinne einer „besten Verfassungstheorie“ auch verlangen, dass sich für die jeweilige Verfassungstheorie möglichst viele Anknüpfungspunkte im positiven Verfassungsrecht identifizieren lassen.³⁹ Allerdings kann es nie darum gehen, verfassungstheoretische Überlegungen eins zu eins aus dem positiven Verfassungsrecht abzuleiten oder hierauf abzustimmen. Schließlich ist das geltende Verfassungsrecht gerade auf jene externen Erkenntnisse angewiesen. Daher kann das Ziel auch nicht eine *verfassungsrangige*, sondern nur eine *verfassungsangemessene* oder auch *verfassungsadäquate* Verfassungstheorie sein.⁴⁰

³³ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1999, Rn. 63.

³⁴ Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 67.

³⁵ Gadamer, Wahrheit und Methode, 5. Aufl. 1986, S. 270 ff.; zum hermeneutischen Zirkel in der Rechtswissenschaft Lindner, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, S. 130–133; hierzu speziell im Kontext der Grundrechtstheorie Augsberg, Theorien der Grund- und Menschenrechte, 2021, S. 15.

³⁶ Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 67; die Unausweichlichkeit des hermeneutischen Zirkels betonen Lindner, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, S. 131 f., Morlok, Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie, 1988, S. 136.

³⁷ Böckenförde, NJW 1976, 2089 (2098): Erarbeitung einer „verfassungsgemäßen Verfassungstheorie“ u.a. anhand der „Grundentscheidungen und tragenden Prinzipien“ der Verfassung.

³⁸ Vgl. Krüper, in: Krüper/Pilniok, Organisationsverfassungsrecht, 2019, S. 159 (181).

³⁹ Brugger, JZ 1987, 633 (634) für die „beste Grundrechtstheorie“ unter Rückgriff auf R. Dworkins Modell der „besten Theorie“ u.a. aus R. Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, S. 122 ff.

⁴⁰ So bereits Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 67, der insoweit von „verfassungsgemäße[r] Verfassungstheorie“ spricht.

8. Standort in der Rechtsgewinnung

Eine Verfassungstheorie besitzt zwar nicht den Status des positiven Rechts, ist für die Rechtsgewinnung, also für die Auslegung und Anwendung des positiven Rechts, gleichwohl in mehrfacher Hinsicht relevant.

a) Verfassungstheorie als Erkenntnishilfe für die Rechtserkenntnis

So erschließen sich die Begriffe des positiven Rechts oftmals nicht allein durch ihren Wortlaut. Das gilt insbesondere für die abstrakt-generellen Begriffe des Verfassungsrechts.⁴¹ Werden die Begriffe des positiven Rechts interpretiert, braucht es hierfür mitunter ein theoretisch inspiriertes Verständnis.⁴² Das vermittelt die Verfassungstheorie. Insoweit ist verfassungstheoretische Arbeit für die Rechtsgewinnung unausweichlich.⁴³ Daher kommt es nicht darauf an, ob man über eine Verfassungstheorie verfügt, sondern ob man sie transparent und damit auch kritisierbar macht.⁴⁴ Eine Verfassungstheorie bietet damit eine Einstiegs- und Erkenntnishilfe für das Verständnis des positiven Rechts.⁴⁵ Verfassungstheorie fungiert gewissermaßen als eine Art „verfassungseigentümliches Vorverständnis“⁴⁶. An anderer Stelle ist von Verfassungstheorie treffend auch von einer „zugespitzte[n] Interpretation“⁴⁷, einer „bestimmte[n] Lesart“⁴⁸ oder dem „Grund- oder Vorverständnis“⁴⁹ der Verfassung gesprochen worden, die die Teleologien⁵⁰ oder „Narrative“⁵¹ einer Verfassung präsentiert.

Hinweis: Aufgrund ihrer abstrakten Formulierung sind etwa die Auslegung und Anwendung der Grundrechte auf ein grundgesetzaquates Vorverständnis angewiesen. Dementsprechend wurden liberale, institutionelle oder kommunitaristische Grundrechtstheorien begründet.⁵² Legt man zum Beispiel eine strikt liberal-abwehrrechtliche Grundrechtstheorie an die Auslegung der Rundfunkfreiheit an (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG), vermittelt die Rundfunkfreiheit hiernach einen Anspruch auf Abwehr staatlicher Regelungen; ihre staatliche Ausgestaltung gerät dann unter Rechtfertigungsdruck. Am Maßstab einer institutionellen Grundrechtstheorie, die stärker auf die objektive Gewährleistung setzt, ist die staatliche Ausgestaltung der Rundfunkordnung hingegen nicht per se zu beanstanden.

⁴¹ Breyer, Reading the Constitution, 2024, S. 160.

⁴² Die Notwendigkeit eines Vorverständnisses für die Auslegung im Allgemeinen betont Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, passim; speziell für die Auslegung der Verfassung Schmitt Glaeser, Vorverständnis als Methode, 2004, S. 31 ff.

⁴³ Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 128 ff.

⁴⁴ Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 3 mit Verweis auf Möllers, RW 2010, 188.

⁴⁵ Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 63 f.

⁴⁶ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 60 ff.; im Anschluss hieran Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 64.

⁴⁷ Kersten, Die Notwendigkeit der Zuspitzung, 2020, S. 38.

⁴⁸ Volkmann, Der Staat 54 (2015), 35 f.

⁴⁹ Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 3.

⁵⁰ Ingold, in: Krüper, Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. 2021, § 5 Rn. 31 ff.

⁵¹ So die Selbstbeschreibung bei Häberle/Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl. 2016, Rn. 1.

⁵² Grundlegend Böckenförde, NJW 1974, 1537; ein Überblick über Grundrechtstheorien findet sich bei Augsberg, Theorien der Grund- und Menschenrechte, 2021.

b) Verfassungstheorie als Orientierungshilfe für die Rechtserzeugung

Soweit das positive Recht einen Rahmen für eine eigenständige und autonome Rechtserzeugung schafft, skizziert die Verfassungstheorie, wie dieser ausgefüllt werden könnte.⁵³ Verfassungstheorie präsentiert daher Möglichkeiten, wie das positive Verfassungsrecht verändert werden könnte.⁵⁴ Es fungiert gleichsam als eine Orientierungshilfe.

Hinweis: Modifiziert der verfassungsändernde Gesetzgeber zum Beispiel die grundgesetzliche Institutionenordnung, zeigt ein verfassungstheoretisches Modell der Gewaltengliederung⁵⁵, wie Institutionen und Funktionen in einer demokratisch und rechtsstaatlich angemessenen Weise zugeordnet werden können, ohne ihn hierbei rechtlich zu binden. Die verfassungsrechtlichen Grenzen normiert hingegen allein das in Art. 79 Abs. 3 GG Statuierte.

III. Themen

Die Verfassungstheorie bietet die angemessene Betrachtungsebene, um sich darüber zu verständigen, wodurch sich eine Verfassung kennzeichnet (1.) und über welche „normative Zielrichtung“ (2.) sie verfügt. Das gilt aber nicht nur hinsichtlich der Verfassung als solcher, sondern auch hinsichtlich ihrer Elemente (3.).

1. Begriff der Verfassung

Welche typischen oder gar notwendigen Merkmale Verfassungen kennzeichnen, kann das Verfassungsrecht nicht selbst anordnen. Das lässt sich nur aus einer Perspektive jenseits des Verfassungsrechts bestimmen. Hier kommt die Verfassungstheorie ins Spiel. Sie hat hierzu unterschiedliche Vorschläge unterbreitet.

Vorweggeschickt sei: Die Existenz einer Verfassung ist nach keiner ersichtlichen Position von der Bezeichnung „Verfassung“ abhängig. Genauso wie ein Phänomen nicht schlicht durch die Bezeichnung „Verfassung“ zur Verfassung avanciert, mangelt es einer Verfassung im Falle einer fehlenden dementsprechenden Bezeichnung nicht an der Verfassungsqualität. Dass das deutsche Grundgesetz nicht explizit „Verfassung“ heißt, steht seiner verfassungsrechtlichen Qualität folglich nicht entgegen.

a) Formeller Verfassungsbegriff

Zunächst einmal ließe sich als Verfassung die jeweils höchste Normschicht innerhalb eines – wie auch immer gearteten – Gemeinwesens begreifen.⁵⁶ Weil diese Position danach fragt, welche Normenordnung die jeweils höchste Normebene bildet und damit auf ein rein formelles Kriterium abstellt, kann diese Auffassung auch als ein formeller Verfassungsbegriff bezeichnet werden. Diese Position hat den Vorteil, ein recht eindeutiges Abgrenzungskriterium herauszugreifen, das auch rechtsordnungsübergreifend eine relativ leichte Identifikation der Verfassung ermöglicht. Außerdem bleibt am Maßstab dieses Verfassungsbegriffs das Konzept der Verfassung nicht auf die politische Ordnung

⁵³ Jestaedt, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 65 f.; siehe auch Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 161.

⁵⁴ Grimm, AöR 97 (1972), 489 (489): „Verfassungstheorie als Orientierungsrahmen der Verfassungsreform“.

⁵⁵ Möllers, Gewaltengliederung, 2005.

⁵⁶ In diese Richtung etwa der Begriff bei Schiffbauer, Formale Verfassungslehre, 2021, S. 243 ff., wonach sich die Verfassung „als höchstrangige Grundordnung einer Gemeinschaft“ verstehen lasse (246).

oder gar den Staat begrenzt. Schließlich können auch der Verein, die Gemeinde oder die Vereinten Nationen als ein Gemeinwesen verstanden werden, das eine höchste Norm besitzt. Ist etwa von der „Gemeindeverfassung“ die Rede, gelangt der Verfassungsbegriff in diesem Sinne zur Anwendung. Ein solcher Verfassungsbegriff konnte sich aber nicht zuletzt aufgrund dieses weiten Anwendungsbereichs nicht durchsetzen. Nach überwiegender Auffassung bleibt der Verfassungsbegriff dem demokratisch-politischen System vorbehalten.

b) Funktioneller Verfassungsbegriff

Nach teilweise vertretener Position handelt es sich um eine Verfassung, wenn sie gewisse Funktionen für das politische Gemeinwesen erfüllt.⁵⁷ Zu nennen sind zum einen insbesondere die Funktion der Ermöglichung politischer Herrschaft (zum Beispiel durch ein Organisationsverfassungsrecht) und zum anderen die Funktion der Begrenzung politischer Herrschaft (zum Beispiel durch Grundrechte). Hinzu treten Funktionen wie eine Integrationsfunktion, die zum Beispiel durch die Anordnung von Werten eine Integration in das politische Gemeinwesen ermöglichen soll. Ein so verstandener Verfassungsbegriff ist intuitiv plausibel. Moderne Verfassungen wie die des Grundgesetzes ermöglichen politische Herrschaft (Art. 38 ff. GG), begrenzen sie aber auch (Art. 1 ff. GG) und stiften durch die Anordnung von Grundrechten obendrein Integration. Es wurde jedoch zu Recht auf die Beliebigkeit der genannten Funktionen hingewiesen⁵⁸ und eine damit verbundene Entwertung des Verfassungsbegriffs beklagt.⁵⁹ Damit der Begriff der Verfassung sein kritisch-emanzipatorisches Potenzial bewahre, dürfe er sich nicht in bloßen Funktionen erschöpfen; es brauche vielmehr anspruchsvollere Kriterien.⁶⁰

c) Materieller Verfassungsbegriff

Dementsprechend verknüpfen andere den Verfassungsbegriff mit der Begründung von Herrschaft. Gemeint ist an dieser Stelle nicht nur die Begründung im Sinne der Errichtung, sondern auch im Sinne einer normativen Rechtfertigung.⁶¹ Weil sich als ein Rechtfertigungstitel seit der Moderne nur die Idee gleicher Freiheit eignet, soll eine Verfassung nur dann existieren, wenn staatliche Macht vollumfänglich mit politischen Willensbildungsmöglichkeiten verkoppelt wird, die ihrerseits gleicher Freiheit genügen. Versteht man staatliche Macht aus rechtlicher Perspektive als Rechtserzeugung, bedeutet dies: das Rechtssystem auf gleiche Freiheit zurückzuführen, letztlich Recht und Politik demokratisch zu verkoppeln.⁶² Ein solcher Verfassungsbegriff entfaltet durchaus ein hinreichend kritisches Potenzial, begrenzt Verfassungen aber im Grunde auf die liberal-demokratischen Verfassungsordnungen westlicher Prägung.

⁵⁷ In diese Richtung im Kontext der Europäischen Union v. *Bogdandy*, in: v. Danwitz u.a., Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, S. 9 (24 ff.); *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 38 ff., 76 ff., 91 ff.

⁵⁸ *Möllers*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 227 (244).

⁵⁹ *Volkman*, Grundzüge einer Verfassungslehre, 2013, S. 36.

⁶⁰ *Möllers*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 227 (244–247).

⁶¹ Vgl. *Möllers*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 227 (232).

⁶² Dafür *Möllers*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 227 (238–240).

d) Testfall: Hat die Europäische Union eine Verfassung?

In der Rechtswissenschaft wurde intensiv diskutiert, ob die Europäische Union über eine Verfassung verfügt.⁶³ Wer auf die Existenz einer für ein Gemeinwesen höchsten Normschicht abstellt (a)), muss dies bejahen: Das Primärrecht (EUV, AEUV, GRCh, allgemeine Rechtsgrundsätze) genießt Vorrang vor dem Sekundär- und Tertiärrecht. Es beansprucht damit, die höchste Normschicht für die Europäische Union zu sein. Weil das Primärrecht die politische Herrschaft ermöglicht (Art. 13 ff. EUV), durch die Grundrechte (GRCh) aber auch begrenzt, erfüllt es auch grundlegende Funktionen von Verfassungen; sie wahrt damit ebenso die Anforderungen eines funktionellen Verfassungsbegriffs (b)). Allerdings führt das Unionsrecht die politische Willensbildung nicht vollumfänglich auf die gleiche Freiheit der Bürgerinnen und Bürger der EU zurück. Das zeigt sich am degressiv-proportionalen Wahlsystem, das Bürger aus kleineren Staaten begünstigt (Art. 14 Abs. 2 S. 2 EUV), und an der immer noch schwachen Rolle des Europäischen Parlaments. Auf der Basis eines anspruchsvollen materiellen Verfassungsbegriffs (c)) fehlt es der Europäischen Union folglich an einer Verfassung.

2. Deutungen der Verfassungen

Verfassungstheorie kann nicht nur darüber reflektieren, was eine Verfassung kennzeichnet, sondern weitergehend erörtern, welche Zielrichtung eine Verfassung besitzt und welche Funktion sie für Staat und Gesellschaft zu erfüllen hat. Dementsprechend finden sich in der Verfassungstheorie verschiedene Deutungsangebote über das „Warum und Wozu“ der Verfassung. Ausgewählte Theorien seien im Folgenden als Bestandteil von verschiedenen Konfliktlinien skizziert. Sie betreffen die Frage, welchen (Aussage-)Gehalt Verfassungen besitzen (a)), auf welche tatsächliche oder normative Basis sie sich stützen (b)) und welches Ziel sie verfolgen (c)).

a) Gehalt: Verfassung als (Leit-)Bild oder Rahmen?

aa) Verfassung als (Leit-)Bild

Mehrere Theorien schreiben der Verfassung zu, für Staat wie Gesellschaft den maßgeblichen Bestand an anzustrebenden Werten zu verkörpern. Die Verfassung reduziert sich hiernach nicht auf die Summe von spezifischen Geboten und Verboten, sondern verkörpert eine Wertordnung, zeichnet gleichsam ein Bild der „gute[n] und gerechte[n] Ordnung“⁶⁴. Man könnte auch von einer Verfassung als einem Leitbild sprechen. Eine solche Lesart stützt sich beispielsweise auf die Verfassungstheorie von *Rudolf Smend*. Dieser verstand die Verfassung nicht vorrangig als ein statisches Normengefüge, sondern als Ausdruck und Medium eines kontinuierlichen Integrationsprozesses, in dem sich Staat und Gesellschaft konstituieren.⁶⁵

bb) Verfassung als Rahmen

Andere Theorien votieren hingegen für einen zurückgenommenen Anspruch der Verfassung. So hat etwa *Ernst-Wolfgang Böckenförde* die Verfassung als eine Rahmenordnung verstanden, die der politischen Gemeinschaft äußerste Handlungsgrenzen verbindlich auferlegt, ihr ansonsten aber einen

⁶³ Siehe etwa *Grimm*, JZ 1995, 581 ff.; *Möller*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 227 (240 ff.); *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001; überblicksartig m.w.N siehe *Streinz*, Europarecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 148 f.

⁶⁴ *Volkman*, Grundzüge einer Verfassungslehre, 2013, S. 41.

⁶⁵ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, insbes. S. 18 ff.

verfassungsrechtlich nicht determinierten Raum zur politischen Gestaltung überlässt.⁶⁶ Das überschneidet sich mit dem Verständnis von *Hans Kelsen*. Ausgehend von seiner Vorstellung vom Stufenaufbau der Rechtsordnung begreift er die Verfassung schlicht als eine Normebene, die weitere Rechtserzeugungsprozesse organisiert, also zum Beispiel Vorgaben für die Gesetzgebung trifft und dieser wiederum eigenständige Rechtssetzungsbefugnisse überträgt.⁶⁷ Darin soll sich die Verfassung qualitativ auch nicht von übrigen Recht unterscheiden.⁶⁸ Genauso wie die Verfassung den Gesetzgeber bindet und ermächtigt, verpflichtet der Gesetzgeber die Verwaltung und überantwortet ihr eigenständige Rechtserzeugungsbefugnisse.

Die vorangegangenen Modelle divergieren im Einzelnen stark. Sie eint jedoch ein zurückgenommener Anwendungsbereich und Geltungsanspruch: Die Verfassung beansprucht nicht, eine umfassende Wert- oder Sinnordnung des Gemeinwesens zu formulieren. Stattdessen beschränkt sie sich auf eine positiv-rechtlich verbindliche, aber sachlich begrenzte Verpflichtung und Ermächtigung von Institutionen, sie ist eine „verbindliche Grenzfestlegung“⁶⁹ des politischen Prozesses“. Die Verfassung zeichnet hiernach also kein Bild von einer umfassenden Gerechtigkeit, sondern statuiert einen sachlich begrenzten, aber insoweit robusten Rahmen.

cc) Implikationen: Grundrechte als Werteordnung?

Welche Konsequenzen sind mit den unterschiedlichen Deutungen verbunden? Vorab sei klargestellt: Für verfassungstheoretische Modelle stehen nicht unmittelbar positiv-rechtliche Konsequenzen in Rede. Geltend-rechtliche Konsequenzen löst allein das positive Recht aus. Indem die Verfassungstheorie Strukturen des positiven Rechts erklärt und kritisiert, kann sie indes zum Verständnis des positiven Rechts beitragen (ausf. II. 8.). Gewendet auf die zuvor gestellte Frage: Verkörpert die Verfassung eine Werteordnung, liegt es nahe, diese Lesart auch und gerade auf die Grundrechte zu erstrecken und sie als eine „objektive Werteordnung“ zu begreifen. In diesem Sinne hat *Rudolf Smend* speziell den Grundrechten die Funktion beigemessen, zur kontinuierlichen gesellschaftlichen Integration beizutragen.⁷⁰

Plädiert man hingegen für einen abgeschwächten Aussagegehalt der Verfassung, liegt es fern, die Grundrechte zu einer Werteordnung zu stilisieren. Die Grundrechte halten für die Rechtserzeugung ihrer Verpflichtungsadressaten hiernach schlicht Achtungsgebote bereit und zeigen hierfür Überwindungsmöglichkeiten auf, statuieren in den Worten der Grundrechtsdogmatik also schlicht Schranken und Schranken-Schranken; einen darüber hinausgehenden Werte- und Gerechtigkeitsanspruch erheben sie – zumindest aus juristischer Perspektive – hingegen nicht.

Hinweis: Repräsentieren die Grundrechte hingegen eine Werteordnung, liegt es durchaus nahe, sie auch zwischen Privaten (zumindest mittelbar) zur Anwendung bringen. Die Idee der grundrechtlichen Werteordnung fungiert daher auch in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung als ein tragendes Begründungselement, um die sog. mittelbare Drittwirkung der Grundrechte zu erklären.⁷¹

⁶⁶ Siehe nur *Böckenförde*, NJW 1976, 2089 (2099); ähnlich auch *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 4. Aufl. 2020, S. 17.

⁶⁷ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 73 ff.

⁶⁸ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 82 ff.

⁶⁹ *Böckenförde*, NJW 1976, 2089 (2099).

⁷⁰ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 158 ff.

⁷¹ Angefangen mit BVerfGE 7, 198 (205).

b) Basis: Verfassung aufgrund einer Entscheidung oder einer Norm?**aa) Verfassung als eine bzw. aufgrund einer tatsächlichen Entscheidung**

Die verschiedenen Verfassungstheorien lassen sich auch danach klassifizieren, auf welche Grundlage sie die Verfassung stützen. Danach ließen sich zunächst solche Theorien identifizieren, die die Verfassung auf eine *tatsächliche* Basis stellen. So geht etwa *Carl Schmitt* davon aus, dass der Verfassung ein handlungsfähiges Kollektivsubjekt als Träger einer verfassungsgebenden Gewalt vorausliege.⁷² Dieser vorrechtliche Akteur begründet sich bei *Schmitt* durch sein politisches Wesen, das er wiederum als die Fähigkeit begreift, zwischen Freund und Feind zu unterscheiden.⁷³ Jene tatsächliche und vorrechtliche politische Gewalt trifft eine „Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit“⁷⁴. Aus ihr leitet sich dann wiederum das Verfassungsrecht ab. Das Verfassungsrecht basiert hiernach also auf einer tatsächlichen Machtentscheidung.

Hinweis zur Terminologie: Zu beachten ist jedoch, dass *Carl Schmitt* hinsichtlich jener Gesamtentscheidung von „Verfassung“ spricht und das positive Verfassungsrecht als „Verfassungsgesetz“ bezeichnet.⁷⁵

bb) Verfassung aufgrund einer Norm

Einer solchen Deutung stehen Modelle gegenüber, die die Verfassung nicht auf eine tatsächliche Entscheidung, sondern auf eine Norm zurückführen. Hervorzuheben ist hier die bereits angesprochene Rechts- und Verfassungslehre *Hans Kelsens*. Unterscheidet man mit *Kelsen* konsequent zwischen Sein und Sollen, ist Recht ausschließlich ein Phänomen des Sollens. Recht wird dementsprechend nicht empirisch wahrgenommen, sondern als normative Ordnung gedacht. Ihre Grundlage verdankt das Recht nicht etwas Tatsächlichem, sondern allein dem Sollen, spezifischer:

„Das Recht regelt seine Erzeugung [selbst]“.⁷⁶

Das illustriert der bereits erwähnte Stufenbau der Rechtsordnung⁷⁷: Jede Norm verdankt ihren Geltungsgrund der jeweils ranghöheren Norm. Gleiches gilt für die Verfassung. Sie kann sich zwar nicht auf einen positiv-rechtlichen Rechtsakt stützen. Um die Unterscheidung von Sein und Sollen konsequent durchzuhalten, entwickelt *Kelsen* jedoch die Grundnorm.⁷⁸ Sie ist eine denknotwendig vorausgesetzte Fiktion. Hierin findet das Verfassungsrecht seine Grundlage.

cc) Implikationen: Vorrechtliche Souveränität des Staates als Verfassungspostulat?

In der Staats- und Verfassungslehre ist es umstritten, ob Verfassungen einen Staat voraussetzen.⁷⁹ Wer das bejaht, behält die Verfassung jenen politischen Gemeinschaften vor, die die Anforderungen

⁷² *Schmitt*, Verfassungslehre, 11. Aufl. 2017, S. 21 ff.

⁷³ *Schmitt*, Begriff des Politischen, 9. Aufl. 2015, S. 25.

⁷⁴ *Schmitt*, Verfassungslehre, 11. Aufl. 2017, S. 20.

⁷⁵ Siehe *Schmitt*, Verfassungslehre, 11. Aufl. 2017, S. 20 ff.

⁷⁶ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 74.

⁷⁷ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 73 ff.

⁷⁸ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 67 ff.

⁷⁹ Zur Debatte m.w.N siehe *Waldhoff*, JuS 2021, 289 (294).

eines Staates erfüllen. Aufbauend auf dieser Position ist es zwar nicht zwingend notwendig, aber gut zu begründen, dass die Verfassung ihre eigene Voraussetzung – den Staat – garantiert. In diesem Sinne argumentierte, wie bereits gezeigt, auch der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner Lissabon-Entscheidung. Danach verbietet das Grundgesetz (Art. 23 Abs. 1 S. 2, S. 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG), die vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union dergestalt zu ändern, dass – abgesehen von den in Art. 79 Abs. 3 GG ausdrücklich genannten Rechtsgütern – die „souveräne Staatlichkeit“ Deutschlands berührt werde. Damit verbindet das Bundesverfassungsgericht konkrete rechtliche Grenzen.⁸⁰ Eine solche Anschauung kann sich auf jene Verfassungstheorien stützen, die die Grundlage der Verfassung in einer vorrechtlichen politischen Gemeinschaft erblicken. Fußt die Verfassung demgegenüber einzig auf einer Norm, scheidet eine vorrechtliche politische Gemeinschaft als Grundlage und Voraussetzung der Verfassung aus. Hier liegt es vielmehr nahe, die Grenzen der Verfassungsänderung allein anhand der in Art. 79 Abs. 3 GG normierten Grundsätze zu bestimmen.

Hinweis: Wer die Verfassung einzig als Norm begreift, die ihrerseits auf einer Norm beruht, wird außerdem Positionen kritisch entgegentreten, die aufgrund faktisch-praktischer Notwendigkeiten für eine Suspendierung des Verfassungsrechts votieren, wie es mit der Figur des Ausnahmezustandes bisweilen versucht wurde.⁸¹

c) Ziel: Verfassung als Ermöglichung oder als Begrenzung demokratischer Politik?

Die Verfassung steht von jeher in einer besonderen Nähebeziehung zur politischen Gemeinschaft. Das wird – wie gezeigt – bisweilen sogar dazu zugespitzt, die politische Gemeinschaft zur Geltungsgrundlage der Verfassung zu erheben. Losgelöst davon ist die funktionale Beziehung der Verfassung zur politischen Gewalt. Hat die Verfassung die Funktion, politische Herrschaft zu begrenzen oder zu ermöglichen?

aa) Verfassung als Begrenzung von demokratischer Politik

Nach einer Traditionslinie zielt die Verfassung darauf ab, Politik zu begrenzen. Die typischerweise mit dem Verfassungsrecht verbundenen Institutionen und Charakteristika – Grundrechte, Vorrang der Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit – haben hiernach vor allem die Aufgabe, Willkür und Machtmissbrauch der politischen Gewalt zu verhindern und ihren Aktionsradius zugunsten privatsellschaftlicher Ordnungen zurückzudrängen. Dies ist zunächst einmal der Anspruch sog. herrschaftsbegrenzender Verfassungen.⁸² Anders als sog. herrschaftsbegründende Verfassungen verfolgten sie nicht das Ziel, Herrschaft umfassend neu zu begründen, nämlich zum einen eine neue Ordnung zu etablieren und diese zum anderen auf eine neue Legitimationsgrundlage zu stellen. Stattdessen traten sie im Deutschland des 19. Jahrhunderts (lediglich) dazu an, eine vorhandene – monarchische – Gewalt im Interesse des aufstrebenden Bürgertums an Form- und Verfahrensvorschriften zu binden und ihnen gewisse Rechtspositionen vorzugeben. Zwar wurde der bürgerliche Stand hier auch in politische Entscheidungen involviert. Dabei ging es aber weniger darum, eine

⁸⁰ BVerfGE 123, 267 (381 ff. Rn. 298 ff.).

⁸¹ Kritisch dazu auch Kersten, JuS 2016, 193 ff., treffend: „Unsere Verfassung ist auf Krisenzeiten vorbereitet. Sie kommt ohne Ausnahmezustand aus. Not kennt nur ein Gebot: das Grundgesetz!“ (193).

⁸² Siehe hierzu und zum Folgenden Möllers, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 227 (230 ff.).

politische Gewalt umfassend zu mobilisieren, als die politische Gewalt zur Entfaltung und Sicherung gesellschaftlicher Ordnungsbildungen zurückzudrängen. Das veranschaulicht zum Beispiel der Vorbehalt des Gesetzes, der stets (nur) dort eine gesetzgeberische Entscheidung verlangte, wo „Freiheit und Eigentum“ berührt wurden.⁸³ Auch nach der Demokratisierung politischer Herrschaft wird ein entsprechender Begrenzungsbedarf angemahnt und der Verfassung jene Begrenzungsfunktion zugeordnet. Das zeigt sich eindrucksvoll an der herrschaftsbegründenden Verfassung der US-amerikanischen Verfassung: Die Verfassungsberatungen und die Diskussionen über die Ratifikation der US-Verfassung kreisten insbesondere um die Frage, wie eine Tyrannei verhindert und Freiheit geschützt werden können.⁸⁴ Im 20. Jahrhundert hat u.a. *Friedrich August von Hayek* für eine primär politikbegrenzende Verfassung plädiert.⁸⁵ Können ebenso demokratische Mehrheiten politische Macht konzentrieren und individuelle Freiheit bedrohen, habe dem eine Verfassung entgegenzuwirken.

bb) Verfassung als Ermöglichung von demokratischer Politik

Einer solchen Rolle treten Theorien entgegen, die die politikermöglichende Rolle des Rechts im Allgemeinen und des Verfassungsrechts im Besonderen akzentuieren. Dieser Theoriestrang beruft sich auf den demokratischen Legitimationstitel moderner Politik und den Selbststand politisch-demokratischer Freiheit. Sie vermögen, so die Argumentation, eine pauschale Begrenzung demokratischer Politik nicht zu erklären. Vielmehr drängen sie danach, politische Herrschaft zu institutionalisieren und demokratische Selbstbestimmung zu ermöglichen. Verfassungstheorie müsse daher immer eine demokratische Verfassungstheorie sein.⁸⁶

cc) Kompromiss: Verfassung als Verkopplung von (liberalen) Rechten und (demokratischer) Politik?

Beide Ansätze verweisen auf einen zutreffenden Punkt: Einerseits besitzt selbst demokratische Politik ein Exzesspotenzial für die individuelle Selbstbestimmung. Andererseits realisiert sich Selbstbestimmung auch in demokratischer Form. Verfassungen tun daher gut daran, demokratische Politik zu ermöglichen und gleichzeitig zu begrenzen. Diesem Anliegen fühlen sich Theorien verpflichtet, die eine wechselseitige Abhängigkeit von (Verfassungs-)Recht und (demokratischer) Politik betonen. Das gilt insbesondere für *Jürgen Habermas'* Rechts- und Verfassungslehre.⁸⁷ Hiernach verdienen nur solche Normen Anerkennung, die aus einem rationalen Diskurs hervorgehen. Einen solchen Diskurs stellen demokratisch-politische Verfahren bereit. Gleichzeitig sind jene demokratisch-politische Verfahren allerdings auf Rechte angewiesen. Denn nur diese stellen politische Mitwirkungsmöglichkeiten im Interesse gleicher Freiheit sicher. Recht kommt hiernach nicht ohne Politik, Politik aber gleichermaßen nicht ohne Recht aus. Vielmehr sind beide aufeinander angewiesen, lassen sich aber auch nicht identifizieren. Danach müsste die Funktion der Verfassung darin bestehen, Recht und Politik angemessen zu verkoppeln. Damit sie sich wechselseitig stützen können, brauchen sie indes zugleich Raum, um ihre Selbstständigkeit zu entfalten.

⁸³ Voßkuhle, JuS 2007, 118.

⁸⁴ Dies zeigt sich besonders deutlich in Federalist No. 51 (20.9.2026) von *James Madison*, worin dieser erörtert, wie die US-Verfassung eine staatliche Machtkonzentration zu verhindern versucht.

⁸⁵ Hayek, *Die Verfassung der Freiheit*, 3. Aufl. 1991.

⁸⁶ Häberle, AöR 102 (1977), 27 ff.; Lepsius, *Der Staat* 52 (2013), 157 (168 ff.).

⁸⁷ Habermas, *Faktizität und Geltung*, 8. Aufl. 2023, insbes. S. 167 ff.; siehe auch Möllers, in: v. Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 227 (238 ff.).

dd) Implikationen: Gewaltenteilung

Mit der Idee der Gewaltenteilung werden unterschiedliche Zwecke verbunden. Prominent ist ein Theoriestrang, der im Interesse individueller Freiheit auf eine wechselseitige Kontrolle und ein Gleichgewicht von staatlicher Macht setzt.⁸⁸ In Anlehnung an die US-amerikanische Verfassungslehre ist insoweit auch von „checks and balances“ die Rede.⁸⁹ Im Hintergrund einer solchen Lesart deutet sich eher ein Verfassungsverständnis an, das auf eine Begrenzung politischer Gewalt setzt. Das Bundesverfassungsgericht betont demgegenüber in ständiger Rechtsprechung, dass die Gewaltenteilung auch dazu diene, dass „staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen“⁹⁰. Insoweit besitzt der Grundsatz der Gewaltenteilung tendenziell eher eine politik- und herrschaftsermöglichende Stoßrichtung. Lässt man sich hingegen darauf ein, dass es darum geht, Recht und Politik zu verkoppeln, beide aber auch zu verselbstständigen, bietet sich ein davon abweichendes Verständnis der Gewaltenteilung an: Gewaltenteilung dient hiernach dazu, staatliche Funktionen so auf Institutionen zu verteilen, dass Recht und Politik einerseits angemessen verflochten werden, sich das Recht andererseits aber auch gegenüber der Politik verselbstständigt.⁹¹ Vor diesem Hintergrund könnten Legislative, Exekutive und Judikative als Ausschnitte eines Rechtserzeugungsprozesses verstanden werden, in dem sich Politik und Recht zunächst in Gestalt der Legislative treffen, bevor sich das Recht anschließend gegenüber dem politischen System zunehmend autonomisiert. Das zeigt sich bereits mit der Verwaltung. Es spitzt sich schließlich in der Judikative zu, deren Institutionen, Verfahren und Arbeitsweise sich weitgehend vom politischen System entkoppeln.

Hinweis: Das hielte zum Beispiel ein Argument dafür bereit, den Gerichtsprozess nicht nach politisch-demokratischen, sondern rechtlichen Eigenrationalitäten zu organisieren, also insbesondere den Kreis der Beteiligten auf die in eigenen Rechten Betroffenen zu begrenzen.

3. Elemente der Verfassung

Vorstellungen über die ideale Funktion und normative Zielrichtung lassen sich in der Verfassungstheorie aber nicht nur hinsichtlich der Verfassung als solcher, sondern auch hinsichtlich ihrer Elemente entfalten. Dies sei an ausgewählten Strukturen (a)), Institutionen (b)) und Rechten (c)) veranschaulicht.

a) Strukturen: Demokratie

Die Politik- und Demokratietheorie hat verschiedene Angebote unterbreitet, wie Demokratie verstanden werden kann. Dabei lassen sich beispielsweise solche Theorien identifizieren, die Demokratie stärker als einen rationalen Diskurs begriffen haben (aa)). Dem stehen Modelle gegenüber, die im demokratischen Prozess vorrangig einen Wettbewerb um politische Macht erblicken (bb)).

⁸⁸ Ein entsprechendes Verständnis von Gewaltenteilung findet sich in Federalist No. 47 (20.9.2026) bei *James Madison*.

⁸⁹ Die Formel der „checks and balances“ findet sich ebenso im bereits erwähnten Federalist No. 51 (20.9.2026) von *James Madison* über die Gewaltenteilung.

⁹⁰ BVerfGE 95, 1 (15).

⁹¹ Grundlegend *Möllers*, Gewaltengliederung, 2005.

aa) Demokratie als vernünftiger Diskurs über konsensfähige Normen

Demokratische Ordnungen stehen vor der Herausforderung, wie unter den Bedingungen einer pluralistischen Gesellschaft kollektive Normen begründet werden können, die eine hinreichende Akzeptanzfähigkeit besitzen. Ein im 20. Jahrhundert auf *Jürgen Habermas* zurückgehender Theoriestrang erblickt diese Möglichkeit in einem vernünftigen öffentlichen Diskurs. Das sog. Modell der deliberativen Demokratie begreift das Wesen der Demokratie folglich darin, durch einen rationalen Diskurs Normen zu begründen, die unter freien und gleichen Bürgern die begründete Zustimmung aller Betroffenen finden könnten.⁹² Dieser rationale Diskurs kennzeichnet sich durch die freie und gleiche Partizipationsmöglichkeit der Bürger. *Habermas* spricht insoweit auch von einem „herrschaftsfreien Diskurs“⁹³. Nur ein solcher biete die Grundlage dafür, dass sich seine Teilnehmer vollumfänglich an der Kraft des besseren Arguments orientieren und ihre Positionen allein im Lichte vernünftiger Gründe überprüfen können, sie sich „zwangslos dem Zwang des besseren Arguments“⁹⁴ hingeben.

Ein solches Modell ist voraussetzungsreich. Es operiert mit schwer erreichbaren kommunikativen Bedingungen. Außerdem ist zu bezweifeln, dass sich politische Selbstbestimmung vollständig rationalisieren lässt. Sind politische Positionen nicht immer auch Ausdruck individueller Präferenzen, die sich kaum verallgemeinern lassen? Das müsste insbesondere für die ausdifferenzierte Gesellschaft der Moderne gelten. In ihr ist jeder Einzelne in gänzlich unterschiedliche Lebenszusammenhänge verstrickt. Sie eröffnen jedem Einzelnen verschiedene Erfahrungswelten, die die Grundlage seiner kaum verallgemeinerungsfähigen politischen Präferenzen bilden.

bb) Demokratie als fairer Wettbewerb um politische Macht

Hier setzen voraussetzungsärmere Modelle an. Sie tragen regelmäßig nicht zu hohe rationale Erwartungen an politische Prozesse heran. In diesem Sinne versteht *Chantal Mouffe* die Politik als das Aufeinandertreffen von jedenfalls unterschiedlichen und zu einem gewissen Grad immer auch unvereinbaren politischen Werten.⁹⁵ Konsequenterweise zielt Demokratie daher auch nicht auf einen vernünftigen Diskurs, der die mit den konkurrierenden Werten verbundenen Konflikte auflöst. Stattdessen bestehe die Leistung der Demokratie darin, die unvermeidlichen politischen Konflikte in institutionalisierte Bahnen zu lenken und aus potenziell unversöhnlichen Feinden legitime Gegner zu machen.⁹⁶ *Mouffe* spricht davon, einen *Antagonismus* in einen *Agonismus*, einen geregelten Wettstreit konkurrierender Positionen, zu verwandeln.⁹⁷

In eine ähnliche Richtung weist *Josef Schumpeter*. Er begreift Demokratie als ein institutionelles Arrangement, in dem Politiker in einem Wettbewerb um die Stimmen der Wähler und um politische Führung konkurrieren.

„[D]ie demokratische Methode ist diejenige Ordnung der Institutionen zur Erreichung politischer Entscheidungen, bei welcher einzelne die Entscheidungsbefugnis vermittels eines Konkurrenzkampfs um die Stimmen des Volkes erwerben.“⁹⁸

⁹² Zum Begriff der deliberativen Politik siehe insbes. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 8. Aufl. 2023, 349 ff.

⁹³ *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, 12. Aufl. 1995.

⁹⁴ *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, 12. Aufl. 1995.

⁹⁵ *Mouffe*, Über das Politische, 8. Aufl. 2020, S. 17 ff.

⁹⁶ *Mouffe*, Über das Politische, 8. Aufl. 2020, S. 29 ff.

⁹⁷ *Mouffe*, Über das Politische, 8. Aufl. 2020, S. 29; *dies.*, Agonistik, S. 21 ff.

⁹⁸ *Schumpeter*, in: Breit/Massing/Buchstein, Demokratietheorien, 2011, S. 218.

Hierbei müsse der Einzelne auch nicht von seinen Präferenzen Abstand nehmen. An die Stelle eines Diskurses mit rationalen Argumenten tritt der Wettbewerb konkurrierender Interessen und Meinungen.

cc) Implikationen: Parlament als Forum rationaler Deliberation oder als Arena legitimer politischer Gegnerschaft?

Implikationen besitzen die verschiedenen Theorien beispielsweise für das Verständnis der Rolle des Parlaments. Vor dem Hintergrund einer diskurstheoretischen Folie erscheint das Parlament als ein Ort rationaler Deliberation. Seine zentrale Funktion liegt danach weniger in der bloßen Artikulation politischer Präferenzen, sondern vielmehr in der öffentlichen und vernünftigen Beratung über allgemein zustimmungsfähige Normen. Begreift man den demokratischen Prozess hingegen eher als einen Wettbewerb konkurrierender politischer Konzepte um politische Macht, hat das Parlament die unterschiedlichen, teils unvereinbaren politischen Positionen abzubilden. Das parlamentarische Verfahren hat Konflikte nicht aufzulösen und Konsens zu erzeugen, sondern Konflikte auszuhalten und Unterschiede hervorzuheben.

Hinweis: Konkrete rechtliche Relevanz gewinnt dies zum Beispiel für die Beurteilung des parlamentarischen Rederechts: Am Maßstab eines wettbewerbs- und konfliktorientierten Demokratiebegriffes besitzen Zuspitzung und symbolische Kommunikation in der parlamentarischen Debatte einen legitimeren Anwendungsbereich als für ein deliberatives Diskursmodell. Das hält zum Beispiel Implikationen für die Handhabung von § 38 GO BT bereit: Hiernach können Mitglieder des Bundestages „wegen gröblicher Verletzung der Ordnung oder der Würde des Bundestages“ von einer Sitzung ausgeschlossen werden. Im Lichte eines wie eben skizzierten demokratietheoretischen Modells erfolgt politische Willensbildung in der Mediendemokratie immer auch symbolisch verdichtet und sprachlich zugespitzt. Der Ausschluss von Abgeordneten allein wegen des Tragens von symbolbehafteter Kleidung erfüllt den Tatbestand von § 38 GO BT noch nicht. Wenn außerdem § 28 GO BT dem Bundestagspräsidenten für die Bestimmung der Reihenfolge der Redner mehrere Kriterien an die Hand gibt, wäre an dieser Stelle zu ergänzen: Das Kriterium der Rede und Gegenrede von Regierung und Opposition müsste vor dem Hintergrund eines stärker konfliktorientierten Demokratiebegriffs zu einem dominanten Faktor avancieren.

b) Institutionen: Verfassungsgericht

Nicht nur Großbegriffe wie die der Demokratie sind auf theoretische Aufklärung angewiesen, sondern ebenso Institutionen. Ihre Rolle in der Verfassungsordnung erschließt sich regelmäßig nicht ohne Weiteres mit Blick auf das positive Recht. Das gilt oftmals auch für Verfassungsgerichte. Für sie lassen sich unterschiedliche Funktionszuschreibungen beobachten.

aa) Verfassungsgericht als Hüter der Verfassung

Die Notwendigkeit und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit lässt sich zunächst einmal aus der Normenhierarchie ableiten. Beansprucht die Verfassung einen Vorrang gegenüber dem einfachen Gesetzesrecht, so bedarf es einer Institution, die diesen Vorrang im Konfliktfall auch durchsetzt. Weil hier die Auflösung eines rechtlichen Konflikts in Rede steht, benötigt es dafür ein nach rechtlichen Grundsätzen verhandelndes Organ, das sich primär an rechtlichen Eigengesetzlichkeiten orientiert. Das leistet ein Verfassungsgericht. Prominenter Vertreter einer solchen Theorie ist *Hans*

Kelsen.⁹⁹ Er begreift die Verfassungsgerichtsbarkeit als einen „negativen Gesetzgeber“, der die Vorgaben der Verfassung für den Gesetzgeber sichert.

bb) Verfassungsgericht als Hüter des politischen Prozesses

Nach vorangegangener Theorie fühlt sich das Verfassungsgericht schlicht dem Vorrang der Verfassung verpflichtet. Die Verfassungsgerichtsbarkeit lässt sich jedoch auch stärker zugunsten der Funktionsfähigkeit des politischen Prozesses instrumentalisieren. Das Verfassungsgericht übt auch hiernach eine kontrollierende Funktion aus. Sie bezieht sich jedoch nicht auf alle Verfassungsnormen gleichermaßen, sondern auf jene, die die demokratische Qualität des politischen Prozesses sicherstellen. In diesem Sinne soll die Verfassungsgerichtsbarkeit etwa nach der political process theory sicherstellen, dass der politische Prozess inklusiv bleibt und die Mechanismen demokratischer Repräsentation gewahrt werden. Die Verfassungsgerichtsbarkeit solle vor allem dort eingreifen, wo Mehrheiten den politischen Wettbewerb verzerren oder strukturelle Minderheiten („discrete and insular minorities“) ohne gerichtliche Intervention ansonsten von politischer Teilhabe ausgeschlossen werden.¹⁰⁰ Diese von *John Hart Ely* vertretene Theorie erschließt sich insbesondere auf der Basis eines Verfassungsverständnisses, das auf die Ermöglichung des politischen Prozesses setzt (2. b) bb)).

cc) Implikationen: Kontrollfokus und Kontrolldichte

Die verschiedenen Theorien der Verfassungsgerichtsbarkeit implizieren unterschiedliche Kontrollperspektiven und Kontrolldichten von Verfassungsgerichten. Für die erstgenannte, juristische Theorie bestimmen sich diese schlicht danach, ob und inwiefern das geltende Verfassungsrecht ein Gebot statuiert; eine Relevanz für den politischen Prozess ist unerheblich. Demgegenüber würde die political process theory eine umso intensivere gerichtliche Kontrolldichte anmahnen, je stärker der Fall die Bedingungen chancengleichen politischen Wettbewerbs tangiert oder strukturelle Minderheiten betrifft.¹⁰¹ Eine Rechtsfrage, die wie zum Beispiel auf dem Gebiet sozio-ökonomischer Konflikte (Steuern, Rente, Arbeit, ...) weniger die Bedingungen als die Folgen des politischen Prozesses berührt, würde daher eine zurückgenommenere gerichtliche Kontrolle erfordern als die Ausgestaltung des politischen Prozesses (z.B. Wahlrecht).

Hinweis: In der juristischen Rechtsanwendung ließen sich diese Überlegungen beispielsweise fruchtbar machen, wenn ein Gesetz aus einer bundesverfassungsgerichtlichen Kontrollperspektive auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft wird. Hier könnten speziell bei einer Verhältnis- und Angemessenheitsprüfung – je nach Vorverständnis – unterschiedliche Kontrollintensitäten angenommen werden.

c) Rechte: Menschenwürde

Art. 1 Abs. 1 S. 1 des Grundgesetzes erklärt die „Würde des Menschen“ für „unantastbar“. Hierbei handelt es sich nach ganz herrschender Meinung nicht nur um eine unverbindliche Verfassungs-

⁹⁹ Siehe dazu *Kelsen*, in: van Ooyen, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, 2. Aufl. 2019, S. 58 ff.

¹⁰⁰ *Ely*, Democracy and Distrust, 1980, S. 105 ff., 135 ff.

¹⁰¹ *Ely*, Democracy and Distrust, 1980, S. 105 ff., 135 ff.

programmatik, sondern um einen Satz des geltenden Verfassungsrechts.¹⁰² An einer Bestimmung des Normgehalts führt daher nichts vorbei. Orientierung können dabei verschiedene Theorien geben.¹⁰³

aa) Menschenwürde als Eigenwert des Menschen

Mehrere Modelle begreifen die Menschenwürde als eine – wie auch immer geartete – Eigenwertigkeit des Menschen.¹⁰⁴ Ein solches Verständnis erschließt sich unter anderem vor dem Hintergrund von christlich begründeten Modellen der Menschenwürde. Nachhaltig wirkte etwa die Lehre der Gottes-ebenbildlichkeit (Imago-Dei-Lehre)¹⁰⁵: Hat Gott den Menschen nach seinem Ebenbild geschaffen, komme dem Menschen eine (göttlich vermittelte) einzigartige Würde zu. Eine als innerer Wert verstandene Menschenwürde kann aber auch auf den Menschenwürdebegriff bei *Immanuel Kant* aufbauen.¹⁰⁶ Dieser leitet die Menschenwürde aus der dem Menschen eigenen Vernunft- und Autonomiefähigkeit ab. Damit gelangt er auf der Basis abweichender Vorannahmen zu einer mit der christlichen Würdebegründung vergleichbaren Schlussfolgerung: Die Menschenwürde ist eine allen Menschen innewohnende und unveränderliche Qualität.

bb) Menschenwürde als Bedingung und Ausdruck gelungener Selbstdarstellung (Leistungstheorie)

Ein solches werthafte Verständnis der Menschenwürde hat von verschiedenen Seiten Kritik erfahren. *Niklas Luhmann* zum Beispiel weist die Position zurück, dass der Mensch einen spezifischen Wert qua Naturausrüstung „hat“ oder „in sich trägt“.¹⁰⁷ Menschenwürde markiere stattdessen, so *Luhmann*, die Bedingungen für eine gelungene öffentliche Selbstdarstellung der Persönlichkeit.¹⁰⁸ Nur so könne der Mensch seine Persönlichkeit stabilisieren und komme als ein Kommunikationspartner in Betracht.¹⁰⁹

„Der Mensch soll sich vor jedermann sehen lassen können!“¹¹⁰

Ein so verstandenes, auch als Leistungstheorie bezeichnetes Menschenwürdeverständnis schützt demnach vor den Gefährdungen für eine gelungene, und das bedeutet insbesondere eine freie¹¹¹ Selbstdarstellung in sozialen Beziehungen. Eine solche Perspektive blickt demnach nicht auf eine etwaige innere Qualität des Menschen, sondern auf dessen Möglichkeit zur Selbstentfaltung in sozialen

¹⁰² Siehe nur *Wapler*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Rn. 42.

¹⁰³ Zum Folgenden siehe bereits *Honer*, in: Eisentraut u.a., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 2026, Art. 1 (i.E.).

¹⁰⁴ *Dürig*, AöR 81 (1956), 117 (125 ff.).

¹⁰⁵ *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 177; zu verschiedenen Erklärungsansätzen siehe von der *Pfordten*, Menschenwürde, 2016, S. 21–24.

¹⁰⁶ Siehe dazu insbes. *Kant*, in: der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Kant's gesammelte Schriften, Bd. 4, 1903, S.428 ff.

¹⁰⁷ *Luhmann*, Grundrechte als Institutionen, 6. Aufl. 2019, S. 68.

¹⁰⁸ *Luhmann*, Grundrechte als Institutionen, 6. Aufl. 2019, S. 61 ff., siehe insbesondere: „die äußeren und inneren Vorbedingungen der Selbstdarstellung als individuelle Persönlichkeit im Kommunikationsprozeß“ (70); kritisch *Häberle*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 22 Rn. 1, Rn. 44 sowie *Starck*, JZ 1981, 457 (463).

¹⁰⁹ *Luhmann*, Grundrechte als Institutionen, 6. Aufl. 2019, S. 69.

¹¹⁰ *Luhmann*, Grundrechte als Institutionen, 6. Aufl. 2019, S. 70.

¹¹¹ *Luhmann*, Grundrechte als Institutionen, 6. Aufl. 2019, S. 66.

Verbindungen. Das betrifft beispielsweise das Eindringen in die Intimsphäre, das dazu geeignet ist, die öffentliche Selbstdarstellung zu sabotieren und die Persönlichkeitsentfaltung zu verhindern.¹¹²

cc) Menschenwürde als Folge wechselseitiger Anerkennung (Kommunikationstheorie)

Nach teilweise vertretener Auffassung lasse sich die Menschenwürde weder als eine spezifische Qualität des Menschen noch als eine individuelle Leistung begreifen. Mit Blick auf die soziale Bedingtheit der individuellen Autonomie wird die Menschenwürde stattdessen als ein Produkt sozialer Anerkennung verstanden. Dabei gehe es nicht nur um „wechselseitige Achtung des Lebens, der Unverletzlichkeit und der Freiheit im negativen Sinne gegenseitiger Ungestörtheit“, sondern auch um „gegenseitige Anerkennung des anderen in seiner Eigenart und individueller Besonderheit“¹¹³. Die Würde sei demnach „kein Substanz-, Qualitäts- oder Leistungs-, sondern ein Relations- oder Kommunikationsbegriff“¹¹⁴. Dementsprechend ist auch von „Anerkennungstheorie“¹¹⁵ oder „Kommunikationstheorie“¹¹⁶ die Rede.

dd) Implikationen: Folter als Missachtung der Menschenwürde!

Die ganz herrschende Meinung geht davon aus, dass Folter den aus der Menschenwürde resultierenden Achtungsanspruch vermissen lasse.¹¹⁷ Warum ist das so? Die verschiedenen Theorien bieten hierfür unterschiedliche Erklärungen. Resultiert die Menschenwürde mit *Immanuel Kant* aus der Autonomie des Menschen, verletzt Folter die Würde, weil sie den Menschen zur Durchsetzung fremder Zwecke instrumentalisiert. Sie missachtet damit seine aus der Autonomie folgende Fähigkeit zur Setzung eigener Zwecke. Für die Leistungstheorie kommt es nicht auf die Missachtung einer wie auch immer gearteten inneren Qualität an, sondern auf die Etablierung einer Persönlichkeit in sozialen Netzwerken. Danach verletzt die Folter die Menschenwürde nicht allein schon deshalb, weil das Individuum hierdurch zur Abgabe einer Erklärung gezwungen wird, sondern weil die unter Zwang abgegebene Erklärung ihm der Möglichkeit beraubt, sich glaubwürdig gegenüber Dritten zu der Äußerung zu bekennen.¹¹⁸ Dadurch fällt er als authentischer Kommunikationspartner aus. Die Anerkennungstheorie erklärt die Menschenwürdeverletzung schließlich damit, dass die Folter die grundlegende wechselseitige Anerkennung von Personen aufhebt, die Person durch die Verobjektivierung gleichsam aus dem Verhältnis gegenseitiger Achtung ausgeschlossen ist.

Hinweis: In der juristischen Fallbearbeitung kann speziell bei recht voraussetzungsreichen Rechtsbegriffen wie der Menschenwürde die Vielfalt unterschiedlicher Interpretationszugänge transparent gemacht werden und es können namentlich die in der Grundrechtstheorie etablierte Mitgifttheorie, Leistungs- und Kommunikationstheorie angeführt werden.

¹¹² Luhmann, Grundrechte als Institutionen, 6. Aufl. 2019, S. 67.

¹¹³ Hofmann, AöR 118 (1993), 353 (370).

¹¹⁴ Hofmann, AöR 118 (1993), 353 (364).

¹¹⁵ Poscher, in: Herdegen u.a., Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 17 Rn. 61.

¹¹⁶ Hufen, JuS 2010, 1 (2).

¹¹⁷ Augsberg, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 1 Rn. 75; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 1 Rn. 21; Wapler, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Rn. 109.

¹¹⁸ Enders, in: Kischel/Kube, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 2024, § 30 Rn. 43.

4. Horizonte

a) Postformale Verfassungstheorien?

Es ist wissenschaftlich legitim, das Verfassungsrecht aus unterschiedlichen wissenschaftlichen Perspektiven zu durchleuchten. Sie müssen sich nicht der Logik des positiven Verfassungsrechts unterwerfen, sondern können eigene Erkenntnisinteressen verfolgen, wissenschaftliche Maßstäbe entfalten und verschiedene Kontrastfolien an das geltende Verfassungsrecht herantragen. Dementsprechende Herangehensweisen lassen sich auch zahlreich beobachten. Sie können zum Beispiel das Verfassungsrecht, das regelmäßig in abstrakten Formen denkt, über etwaige materielle strukturelle Ungleichheiten aufklären. Sie werden deshalb auch als postformale Verfassungstheorien bezeichnet.¹¹⁹ Das gilt allen voran für feministische Verfassungstheorien.¹²⁰ Sie treten dazu an, über die Diskrepanz von Rechten und Wirklichkeit, etwa einer faktischen Unterrepräsentation von Frauen im politischen Prozess, zu informieren. Verfassungstheorien können aber auch die Verstrickung verfassungsrechtlicher Strukturen mit Traditionen des Unrechts aufdecken. Dem fühlen sich etwa postkoloniale Verfassungstheorien verpflichtet.¹²¹

b) Verfassungstheorien der Autonomie des Individuums!

Solche Theorien neigen nicht selten dazu, ihre Erklärungsversuche überzustrapazieren.¹²² Gleichwohl haben sie ihre Berechtigung. Wenn sie aufzeigen, dass es formalen Gleichheitsgarantien misslingt, faktische Diskriminierungen abzubauen, sie diese gar perpetuieren und reproduzieren, stellen sie sich in den Dienst einer an gleicher Freiheit orientierten Verfassung. Wenn sie aufdecken, wie universelle Ansprüche bisweilen systematisch vorenthalten wurden, zeigen sie, dass die Postulierung universeller Ideale nicht davor bewahrt, sie selektiv anzuwenden, um strukturelle Ausschlüsse und Ungleichheiten fortzuschreiben.

Das sollte aber nicht dazu führen, ein emanzipatorisches Projekt in Gänze zu diskreditieren. Vielmehr sollte es zu einer anhaltenden kritischen Prüfung veranlassen, wo das Freiheits- und Gleichheitsversprechen auch heute noch nicht eingelöst wird. Insoweit können entsprechende Perspektiven blinde Flecken des „formalen“ Verfassungsrechts aufdecken. Dabei empfiehlt es sich jedoch, am Ziel gleicher Freiheit festzuhalten. Die gleiche Freiheit eignet sich in einer weltanschaulich pluralistischen Gesellschaft am ehesten als Leitwert einer Verfassungstheorie. Will die Verfassungstheorie obendrein zur Erkenntnis des geltenden Verfassungsrechts beitragen, sollte sie sich ohnehin an der Idee gleicher Freiheit orientieren. Immerhin bildet die gleiche Autonomie den Basiswert von Verfassungen wie der des Grundgesetzes.¹²³ Auf der Basis einer solchen Verfassungstheorie der Autonomie lassen sich dann auch durchaus die Voraussetzungen von Freiheit, die strukturellen Hürden für ihre effektive Realisierung, die Inkonsistenzen im Recht und in der Rechtspraxis bei der Gewährung gleicher Freiheit kritisch analysieren, ohne die Idee einer auf gleiche Freiheit gepolten Verfassung zu verwerfen. Das erscheint gerade dann ratsam, wenn autoritäre Verfassungstheorien die Bühne betreten,

¹¹⁹ Möllers/Müller-Mall, Verfassungstheorie, 2024, S. 155–160.

¹²⁰ MacKinnon, Toward a Feminist Theory of the State, 1989.

¹²¹ Pichl, KJ 45 (2012), 131 ff.

¹²² Siehe nur Möllers/Müller-Mall, Verfassungstheorie, 2024, S. 171: „So ist es kaum möglich, Verfassungstraditionen zu finden, die nicht in der einen oder anderen Art durch den Kolonialismus geprägt wurden.“

¹²³ Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, 2002, S. 340 ff.

die nicht auf eine Kritik, sondern auf die Überwindung des liberal-demokratischen Verfassungsprojekts zielen.

Fühlt sich eine Verfassungstheorie dem Ziel der individuellen Autonomie verpflichtet, führt an einer formalen Verfassungstheorie im Übrigen langfristig kein Weg vorbei: Das Denken in formalen Rechten und das Beharren auf rechtlichen Formen unterstreicht, dass grundlegende Rechte nicht erst über soziale Zusammenhänge, historische Verstrickungen oder materielle Voraussetzungen vermittelt bzw. bedingt sind, sondern das Individuum letztlich kraft seiner Stellung als ein autonomes Subjekt adressieren.

IV. Abschluss: Perspektivenvielfalt der Verfassungstheorie

Zahlreiche Argumente und Begriffe des Verfassungsrechts sind auf eine theoretische Aufklärung angewiesen. Hier kommt die Verfassungstheorie ins Spiel. Verfassungstheorie ist für die Erkenntnis des positiven Verfassungsrechts daher bisweilen unerlässlich. Indem die Verfassungstheorie Regelungsalternativen aufzeigen kann, ist sie darüber hinaus ebenso für die Erzeugung neuen Verfassungsrechts relevant. Aber auch jenseits der Rechtsgewinnung besitzt die Verfassungstheorie gewinnbringende Potenziale. Sie erlaubt es, Verfassungen losgelöst von ihrer Anwendung auf einen konkreten Fall wissenschaftlich zu beobachten – so etwa ihre grundlegende Teleologie zu ergründen, (ungewollte) Wirkungen zu erkennen und fortwirkende Traditionslinien nachzuzeichnen, letztlich: die Verfassung – als eines der bedeutendsten Phänomene der Moderne – aus unterschiedlichen Perspektiven und mit diversen Erkenntnisinteressen zu analysieren.