

Political constitutionalism in der Bundesrepublik: Potentiale und Fallstricke am Beispiel Wilhelm Hennis'

Tristan Wißgott*

Die Bundesrepublik kennt keine Tradition des *political constitutionalism*. Warum dies so ist, soll dieser Beitrag am Beispiel von Wilhelm Hennis erklären. Dessen Werk stellt den Versuch dar, der verfassungsrechtlichen Theorie und Praxis der Bundesrepublik, die sich als *legal constitutionalism* begreifen lässt, einen radikal anderen Verfassungsbegriff entgegenzuhalten. In Hennis' Werk zeigt sich beides: die Potentiale eines *political constitutionalism*, aber auch die normativen Gründe, die gegen eine ungebrochene Übernahme dieser der britischen Verfassungsdiskussion entstammenden Theorie sprechen. Gleichwohl gibt es, so das Schlussargument, gute Gründe, weder einen *political constitutionalism* allgemein noch Hennis im Besonderen vorschnell ad acta zu legen.

Inhaltsverzeichnis

I. Der political constitutionalism: eine britische Erfindung	53
II. Die Verfassung der Bundesrepublik: legal constitutionalism in Reinform	55
III. Wilhelm Hennis' political constitutionalism I: Prägungen	58
IV. Wilhelm Hennis' political constitutionalism II: Scheitern	60
V. Die Zukunft des bundesrepublikanischen legal constitutionalism	64

Die Bundesrepublik kennt keine Tradition des *political constitutionalism*¹. Diese Feststellung ist auf der einen Seite richtig. Dieser in der angelsächsischen politischen Theorie in zahlreichen Variationen vertretene und vielfach diskutierte Verfassungsbegriff, der bestenfalls sekundär auf die Eingehung und Begrenzung, primär aber auf die *Ermöglichung* von Politik

* Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Vergleichendes Staatsrecht und Politische Wissenschaften, Georg-August-Universität Göttingen. – Für hilfreiche Anmerkungen danke ich Mathias Honer.

1 Vgl. für diesen Befund vor allem Ch. Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, 2015, Kap. I; zuvor ähnlich etwa U. K. Preuß, *Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik*, in: U. K. Preuß (Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung: die Ordnung des Politischen*, 1994, S. 7.

zielt, hat in der Bundesrepublik nur vereinzelt Adepten², aber keine breite Anhängerschaft gewinnen können. Auf der anderen Seite ist mit dieser zutreffenden Feststellung nichts erklärt: Warum scheint die bundesrepublikanische Staatsrechtslehre – der Beginn einer Antwort könnte, zugegeben, schon in dieser begrifflichen Selbststilisierung liegen – für die demokratische Institutionen konstituierende, nicht „den Staat“ zügelnde Dimension des Verfassungsrechts nicht empfänglich zu sein?

Die Antwort liegt, so die Überlegung, die ich im Folgenden zu explizieren suche, im Verfassungsbegriff der Bundesrepublik und einer Wissenschaft vom öffentlichen Recht, die sich prinzipiell affirmativ gegenüber diesem Verfassungsbegriff verhält. Diese Überlegung lässt sich sinnfälliger explizieren am Beispiel einer Theorie, die gerade damit bricht. Aus diesem Kontrast erhellt zum einen der besondere Verfassungsbegriff der Bundesrepublik; zum anderen aber wird deutlich, warum Theorien eines *political constitutionalism* nicht ohne weiteres auf die Bundesrepublik übertragbar sind. Ich möchte für diesen Kontrast Wilhelm Hennis' Verfassungstheorie heranziehen. Hennis folgt der Staatsrechtslehre nämlich gerade nicht, sondern bricht offen mit ihr. Gegen den Verfassungsbegriff der Bundesrepublik hält er, so meine Lesart, an einer Form des *political constitutionalism* fest. Damit freilich steht er relativ allein auf weiter Flur – und scheitert.

Ich verfolge mit diesem Fokus zwei Ziele: einmal möchte ich am Beispiel von Wilhelm Hennis erklären, warum die Tradition des *political constitutionalism* in der Bundesrepublik nicht nur faktisch nicht anschlussfähig war, sondern auch theoretisch kaum anschlussfähig sein konnte; und weiter möchte ich aber die Potentiale einer sei's auch vorsichtigen Rezeption dieser Theorie wie auch der Hennis'schen Schriften ausloten. Dafür gehe ich wie folgt vor: Ich beginne mit einer Charakterisierung des *political constitutionalism* als spezifisch britische Verfassungstheorie (I.) und kontrastiere

2 Gegenwärtig ist vor allem an besagten Christoph Möllers zu denken; vgl. seine neue Aufsatzsammlung: *Demokratie und Gewaltenteilung: Studien zur Verfassungstheorie*, 2025; weiter sein Beitrag zur Demokratietheorie des Grundgesetzes in: Herdogen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 5. – Im Übrigen erfreuen sich ein „Recht der Politik“ und Standortbestimmungen der Rechtswissenschaft im demokratischen Prozess zunehmender Beliebtheit; dies freilich mit durchaus gewichtigen Unterschieden im Detail, die ich hier nicht auffächern kann. Vgl. partes pro toto O. Lepsius, *Rechtswissenschaft in der Demokratie*, *Der Staat* 2013, 157; M. Morlok, *Notwendigkeit und Schwierigkeit eines Rechts der Politik*, *DVBf* 2017, 995; S. Jürgensen, *Verfassungsnormativität im Recht der Politik*, *DÖV* 2019, 639; M. Honer, *Recht der Politik*, *Der Staat* 2023, 677; J. v. Achenbach, *Das Recht der Demokratie in der Staatswissenschaft*, *Der Staat* 2025, 155.

dagegen den Verfassungsbegriff der Bundesrepublik (II.). Dass letzterer jedenfalls nicht alternativlos, vielleicht gar ein Irrweg ist, hat Wilhelm Hennis beständig einzuwenden versucht. Dessen Theorie möchte ich als Variante eines *political constitutionalism* charakterisieren (III.) – und aus diesem Charakter zugleich ihr Scheitern erklären (IV.). Zum Abschluss komme ich auf die Frage zu sprechen, welche Rezeptionspotentiale gleichwohl bestehen könnten (V.).

I. Der political constitutionalism: eine britische Erfindung

Der *political constitutionalism* und der von diesem dichotomisch streng geschiedene *legal constitutionalism* zählen zu den Paradigmen der internationalen politischen und Verfassungstheorie der vergangenen Jahr(zehnt)e. Mit etwas gutem Willen lässt sich die gesamte angelsächsische politische und Verfassungstheorie mit dieser Heuristik strukturieren. Dass dieses Paradigma in der Bundesrepublik gleichwohl nicht anschlussfähig scheint, liegt – jedenfalls auf den ersten Blick – an seiner engen Orientierung am britischen Verfassungsrecht: der *political constitutionalism* hat wesentlich einen polemischen Charakter, mit dem Spezifika der britischen *Constitution* in vermeintlichen Gefährdungslagen verteidigt werden sollten und sollen. Diesen Charakter möchte ich zunächst rekonstruieren.³

Begriffsprägend war ein 1979 erschienener Aufsatz von J. A. G. Griffith, der unter dem nachgerade lapidar anmutenden Titel „The Political Constitution“⁴ die vermeintlichen Idiosynkrasien der englischen Verfassung gegen Reformvorschläge in Schutz zu nehmen suchte. „We have therefore a considerable number of proposals for radical constitutional change being advanced by a number of rather improbable people“⁵; In dieser Feststellung ist Griffiths Fundamentalkritik an den in der Tat weitreichenden Vorschlägen – etwa die Einführung einer *Bill of Rights* und die Einrichtung eines *Supreme Court* – aufgehoben. Dagegen wendet Griffith sich in einem denkbar grundsätzlichen Argument. Er weist nach, wie sehr diese Vorschläge

3 Eine Ideengeschichte des *political constitutionalism*, die – weil der Chronist zugleich einer ihrer Protagonisten ist – nicht frei von Bias sein kann, liefert R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, in: H. Kumarasingham/Peter Cane (Hrsg.), *The Cambridge Constitutional History of the United Kingdom*, Bd. I, Cambridge 2023, S. 59.

4 J. A. G. Griffith, *The Political Constitution*, *Modern Law Review* 42 (1979), 1.

5 Griffith, *The Political Constitution* (Fn. 4), 12.

im Widerspruch zu Grundprinzipien der englischen Verfassung stehen;⁶ und er hält gegen die Vorstellung, der politische Prozess sei stärker zu juridifizieren, einen Verfassungsbegriff hoch, der sich affirmativ zur politischen Praxis verhält:

The constitution of the United Kingdom lives on, changing from day to day for the constitution is no more and no less than what happens. Everything that happens is constitutional. And if nothing happened that would be constitutional also.⁷

Der Einfluss dieses Textes steht in keinem Verhältnis zu seiner argumentativen Substanz. Nicht nur aus dem Abstand von bald fünf Jahrzehnten und dem Ärmelkanal lässt der Text mehr Fragen offen, als er beantwortet. Auch der britischen Verfassungstheorie, die sich in der Nachfolge von Griffith in dessen Traditionslinie zu stellen sucht, hat über die Defizite nicht hinwegsehen können.⁸ Der eher okkasionell denkende Text folgt im Duktus der Argumentation dem Ideal einer Phronesis: jenem Gebot praktischer Klugheit, das von der Theorie seit Aristoteles streng zu scheiden sei. Als Metatheorie wissenschaftlicher Argumentation war dies, obzwar sie sich auf Edmund Burke, den großen Verteidiger der englischen Verfassung, noch affirmativ beziehen konnte, zunehmend unplausibel geworden.⁹

Die „zweite Welle“ transformiert Griffiths eher deskriptive *Beschreibung* der britischen Verfassung als „Political Constitution“ darum, konsequent, in ein *normatives Programm*: in einen *political constitutionalism*, der als solcher sich in der zeitgenössischen politischen Theorie zu positionieren sucht. Vor allem *Richard Bellamy* und *Adam Tomkins* haben sich um eine republikanische Aktualisierung von Griffiths Ansätzen bemüht.¹⁰ Und *Jeremy Waldron* und *Martin Loughlin*, die sich zwar beide nicht affirmativ auf den *political constitutionalism* beziehen, haben wichtige Beiträge zur Kritik

6 Griffith, The Political Constitution (Fn. 4), 15: “The proposals are fundamental because they would change the constitution at its very heart...”

7 Griffith, The Political Constitution (Fn. 4), 19.

8 Vgl. etwa die Diskussion bei G. Gee, The political constitutionalism of JAG Griffith, Oxford Journal of Legal Studies 28 (2008), 20.

9 Vgl. nur J. Habermas, Die klassische Lehre von der Politik in ihrem Verhältnis zur Sozialphilosophie (1961), in: ders., Theorie und Praxis, 1978, S. 48.

10 A. Tomkins, Our republican constitution, 2005; R. Bellamy, Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy, Cambridge 2007.

des neuen Gegners: dem *legal constitutionalism* geliefert.¹¹ Ungeachtet der relativen Heterogenität dieser Autoren und ihrer Theorien, die keineswegs verschwiegen werden sollte¹², eint sie doch eine Prämisse: nämlich die prinzipielle Skepsis gegenüber der Verrechtlichung politischer Prozesse. Dass politische Entscheidungen am besten von Politikern getroffen werden sollten, weil nur diese sich dafür in der Öffentlichkeit *verantworten* müssen, war schon die implizite Normativität hinter *Griffiths* Text:

The fundamental political objection is this: that law is not and cannot be a substitute for politics. This is a hard truth, perhaps an unpleasant truth. For centuries political philosophers have sought that society in which government is by laws and not by men. It is an unattainable ideal. ... I believe firmly that political decisions should be taken by politicians. In a society like ours this means by people who are removable. It is an obvious corollary of this that the responsibility and accountability of our rulers should be real and not fictitious.¹³

Präzise diese Position kehrt, in verschiedenen Varianten, in den Texten von *Bellamy* und *Tomkins* ebenso wieder wie in denen von *Waldron* und *Loughlin*.

II. Die Verfassung der Bundesrepublik: legal constitutionalism in *Reinform*

Diese theoretische Debatte ist in Deutschland nie wirklich aufgegriffen worden. Das eint sie mit der innig verwandten Debatte – Protagonist nicht nur des *Political Constitutionalism*, sondern auch des Kriegs gegen *Judicial Review* ist ja *Waldron* – um die Radikalkritik der Verfassungsgerichtsbarkeit. Dass *diese* Debatte sich in Deutschland nur als bedingt rezeptionsfähig erwiesen hat, hat Christoph Möllers auf die unterschiedlichen institutionellen Ausgangsbedingungen zurückgeführt: Das Grundgesetz autorisiere das Bundesverfassungsgericht selbst; daher stellten sich keine mit

11 *J. Waldron*, Political political theory: essays on institutions, 2016; *M. Loughlin*, Against Constitutionalism, Harvard 2022.

12 Vgl. *R. Grealley*, Ideologies of Political Constitutionalism, Oxford Journal of Legal Studies 44 (2024), 949.

13 *Griffith*, The Political Constitution (Fn. 4), 16.

den USA vergleichbaren Legitimationsprobleme (wohl aber andere).¹⁴ Für die Diskussion um den *political constitutionalism* kann diese Erklärung allerdings nicht umstandslos übertragen werden. So sehr diese Theorie nämlich eine britische Erfindung ist, so wenig ist sie die bloße Abstraktion des institutionellen Arrangements der britischen Verfassung. Bei allem zurückgenommenen normativen Anspruch – vor allem bei Griffith – ist gegen den *political constitutionalism* seit jeher eingewandt worden, er sei ein idealisiertes Zerrbild der englischen Verfassung, kein bloßes Abbild; und der Gegensatz zum *legal constitutionalism* sei in der Folge kein prinzipieller, sondern entspringe nur dem polemischen Abgrenzungsbedürfnis der genannten Theoretiker. In Wahrheit, so die Kritik, weisen Verfassungen typischerweise Elemente beider Theorien auf; es handle sich lediglich um graduelle Unterschiede.¹⁵

Diese Kritik ist einerseits nicht von der Hand zu weisen; denn selbst die englische Verfassung setzt, wenn auch in zurückgenommenen Maße, auf rechtliche Sicherungen gegen Politik. Andererseits indes negiert die Kritik eine zentrale Weichenstellung; denn das Signum der *political constitutionalists* liegt nicht in dem von ihnen präferierten institutionellen Arrangement, sondern in dem Begriff von Sozialität.¹⁶ Politische Konflikte können, so die oben bereits genannte gemeinsame Auffassung, in den Formen des Rechts nur unzulänglich ausgetragen werden; ihre Politisierung ist darum der einzig gangbare Weg, sie periodisch neu auszutragen. Hingegen vertraut der *legal constitutionalism* auf die Konfliktlösung durch Recht; dass dieses nicht nur beständig neu auszuhandelnde Prämissen der Politik, sondern überzeitig gültige Grenzen für diese statuiert, ist Axiom dieser Theorie. Damit ist eine kategoriale Differenz markiert. Auch wenn man die Dichotomie von

14 Ch. Möllers, Zur Theorie verfassungsgerichtlicher Kontrolle: eine kritische Einführung, in: ders., Demokratie und Gewaltengliederung: Studien zur Verfassungstheorie, 2025, S. 346 (349 ff.).

15 Vgl. etwa A. Kavanagh, Recasting the Political Constitution: From Rivals to Relationships, King's Law Journal 30 (2019), 43; M. Loughlin, The Political Constitution Revisited, King's Law Journal 30 (2019), 5.

16 Vgl. die Antikritik an den Vorgenannten durch A. Latham-Gambi, Political Constitutionalism and Legal Constitutionalism—an Imaginary Opposition?, Oxford Journal of Legal Studies 40 (2020), 737; die folgenden Kurzcharakterisierungen dort 742 f. – Die Einsicht, dass sich Hennis' Theorie vom Verfassungsbegriff der Bundesrepublik hinsichtlich des Begriffs von ›Sozialität‹ unterscheidet, verdanke ich einer Nachfrage von Mathias Honer. Zum Begriff der ›Sozialität‹ vgl. seinen Aufsatz: Prolegomena einer relationalen Grundrechtstheorie und -dogmatik, Der Staat 2025, 249 (251) m.w.N.

legal und *political constitutionalism* also nicht an ein starres institutionelles Arrangement rückbinden sollte, ist der Unterschied zwischen ihnen gleichwohl einer ums Ganze.

Die Bundesrepublik lässt sich, wenn ihr institutionelles Design auch ein ganz anderes als das sowohl Englands wie auch der Vereinigten Staaten ist, in dem Schema von *political* und *legal constitutionalism* also dennoch präzise verorten¹⁷, nämlich: entschieden letzterem zuschlagen. Das trifft, wenn auch in abgeschwächter Form, auf ihre prominenteste politische Theorie, nämlich die Jürgen Habermasens, zu – der ja mit seiner Diskurstheorie dem Politischen ein Übermaß an Harmonismus verordnet¹⁸. Und es trifft auch und vor allem auf Praxis und Theorie des Verfassungsrechts der Bundesrepublik zu. Die bundesrepublikanische Praxis, wesentlich geformt durch das neue Bundesverfassungsgericht, und, im Nachgang, die verfassungsrechtliche Theorie haben sich nämlich gleichsam entschieden einem *legal constitutionalism* verschrieben, wie vor allem Verena Frick argumentiert hat.¹⁹ Die fragile Demokratie in der Bonner Republik der Nachkriegszeit war mit einem Grundgesetz, das eine Verfassung nicht sein sollte, ausgestattet, dem die Sorge um ein zweites Weimar eingraviert war. Die Einhegung des Politischen durch Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht und ein diese juristisch operationalisierendes Verfassungsgericht trennten die Bonner Republik nicht nur von der Weimarer Vorgängerin – sondern auch von der britischen Verfassung.

Die folgende Entwicklung ist hinreichend bekannt: Dass sich politische, aber auch gesellschaftliche Konflikte am besten durch das *Recht* befrieden lassen, ist in der Bundesrepublik ein Gemeinplatz. Verena Frick hat drei distinkte Merkmale des bundesrepublikanischen Verfassungsbegriffs ausgemacht:²⁰ ein Bundesverfassungsgericht, das als Verfassungsorgan und als „Hüter der Verfassung“ verstanden wird; ein Verständnis der Verfassung,

17 Vgl. dazu noch G. Gee/G. C. N. Webber, What Is a Political Constitution?, Oxford Journal of Legal Studies 30 (2010), 273, die die beiden Theorien eher als „Modelle“ zur Analyse verschiedener Verfassung verstehen wollen.

18 J. Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992; zur entsprechenden Kritik vgl. Ch. Möllers, Demokratie, in: H. Brunkhorst/R. Kreide/C. Lafont (Hrsg.), Habermas-Handbuch, 2015, S. 75. – Siehe aber auch Habermas' vorsichtige Skepsis gegenüber Verfassungsgerichten: a.a.O., Kap. VI.

19 V. Frick, The Justicization of Politics: Constitutionalism and Democracy in Germany after 1949, Redescriptions 22 (2019), 18.

20 Frick, The Justicization of Politics (Fn. 19), 22 ff.

vor allem ein Verständnis der Grundrechte als Staat und Gesellschaft strukturierende „Wertordnung“; ein epistemisches Monopol des Bundesverfassungsgerichts auf die Verfassungsauslegung. Und Frick hat daraus zurecht den Schluss gezogen, dieses Verfassungsverständnis sei gerade das Gegenteil eines *political constitutionalism*: „Therefore, German constitutionalism is best understood as a form of legal-moral normativism. It paradigmatically represents a way of constitutional thinking that can be captured with the concept of ‚legal constitutionalism.‘“²¹

III. Wilhelm Hennis' political constitutionalism I: Prägungen²²

Dieser Verfassungsbegriff allein ist durchaus bemerkenswert. Sehr viel bemerkenswerter ist allerdings, dass dieser Verfassungsbegriff in der Staatsrechtslehre die längste Zeit selten prinzipiell infrage gestellt wurde. Bei aller anfänglichen Skepsis der Staatsrechtslehre gegenüber Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht hat sich diese doch recht schnell und vor allem in bemerkenswert grundsätzlicher Weise auf den neuen Verfassungsbegriff eingelassen.²³ Bernhard Schlink hat das wissenschaftliche Selbstverständnis der Staatsrechtslehre einmal auf die treffende Formel des Bundesverfassungsgerichtspositivismus gebracht hat:²⁴ Damit ist jedenfalls die Eigenart der Staatsrechtslehre treffend charakterisiert, im Verbund mit dem Bundesverfassungsgericht die Verfassung vor allem als Ensemble von Entscheidungssätzen für (Grund-)Rechtsstreitigkeiten zu verstehen. Wilhelm Hennis hat diesen Verfassungsbegriff der Bundesrepublik nicht akzeptiert; aber er hat sich zugleich nicht von der Verfassungstheorie und -praxis der Bundesrepublik entfernt, sondern beständig mit ihr auseinandergesetzt. Erst beides in Verbindung macht ihn zu einer einzigartigen Figur.

21 Frick, The Justicization of Politics (Fn. 19), 28 f.

22 Der folgende Abschnitt schöpft aus einem längerem Manuskript, in dem ich Hennis' Verfassungstheorie werkgeschichtlich zu rekonstruieren und ideenhistorisch zu vermessen suche: T. Wißgott, Wilhelm Hennis' Fragestellung: über den historischen Ort seiner „politischen Wissenschaft“, Ms. 2026.

23 Zur Skepsis gegenüber dem Grundgesetz: M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV: 1945–1990, 2012, Kap. II; gegenüber dem Verfassungsgericht: F. Lange, Der Dehler-Faktor: die widerwillige Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts durch die Staatsrechtslehre, Der Staat 2017, 77.

24 B. Schlink, Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1989), 161.

Der lebensweltliche Hintergrund dieser besonderen Theorie lässt sich nur plausibel vermuten. Wahrscheinlich spielen zwei Faktoren eine Rolle. *Einmal* Hennis' Generationenzugehörigkeit. Dem „Jahrgang 1923“ hat Hennis' Biograph Stephan Schlak zwei Prägungen entnommen²⁵, die Hennis und seine Generation etwa von den „1929ern“, die für die intellektuelle Geschichte der Bonner Republik so einflussreich werden sollten (man denke nur an Habermas), trennten: den Untergang Weimars, den man noch aktiv miterlebt hatte – und die Kriegsteilnahme. Mir scheint ein dritter Aspekt wichtig zu sein: das Studium, also die intellektuelle und wissenschaftliche Prägung in der Nachkriegszeit. Hennis studierte Rechtswissenschaften ab 1945; 1951 wurde er zum Dr. iur promoviert. Seine Ausbildung erfuhr er in einer Zeit, in der von deutscher Staatlichkeit kaum die Rede sein konnte. All die Faktoren, die für den Verfassungsbegriff der Bonner Republik so entscheidend sein sollten, fallen in die Zeit nach Hennis' Promotion. Die Verfassungsentwicklung der Bundesrepublik hat Hennis darum als Wissenschaftler erst bearbeiten können, nachdem er seine intellektuellen Prägungen erfahren hatte. Zugleich aber blieb Hennis – das trennt ihn etwa Karl Loewenstein – der politischen Praxis der Bundesrepublik und ihrer wissenschaftlichen Bearbeitung völlig verschrieben.

Zum zweiten ist als wichtiger Faktor Rudolf Smend zu nennen. Bei Smend studiert Hennis in Göttingen; in Smends Seminar erfährt Hennis seine intellektuelle Prägung; von Smend wird Hennis schließlich promoviert. Hennis bleibt Smend und seiner Verfassungstheorie sein gesamtes akademischen Wirken hindurch verbunden. Vor allem gilt das für Smends Verfassungsbegriff, den dieser im späten Kaiserreich in kritischer Auseinandersetzung mit dem staatsrechtlichen Positivismus entwickelt hatte. Gegen diesen hatte Smend eingewandt, er sei unfähig, die politische Wirklichkeit zu erfassen. Darum hatte Smend einen Verfassungsbegriff entwickelt, der die politische Praxis ins Zentrum rückte – und zugleich den normativen Anspruch der Verfassung radikal zurücknimmt.²⁶ Aus diesem Studium bei Smend und von dessen Schriften erklärt sich wohl, warum Hennis einem Verfassungsbegriff verhaftet bleibt, den man guten Gewissens als *political constitutionalism* bezeichnen kann – wie das namentlich Verena Frick auch

25 S. Schlak, Wilhelm Hennis: Szenen einer Ideengeschichte der Bundesrepublik, 2008, Kap. I; dort auch zur Biographie im Übrigen, die mich hier nicht weiter interessiert.

26 R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl. 1994, S. 119.

getan hat.²⁷ Zwar ist die Hennis'sche Theorie, zugestanden, ein *political constitutionalism* nur *avant la lettre*: Hennis' zentrale Texte entstehen vor Griffiths begriffsprägendem Aufsatz; weder diesen noch die daran anknüpfende Diskussion scheint er wahrgenommen oder gar rezipiert zu haben. Gleichwohl fand Hennis, vermittelt über Smends Verfassungstheorie, Anschluss an die britische Verfassungstradition; aus der Auseinandersetzung mit ihr gewinnt er seinen eigenen Ansatz.

IV. Wilhelm Hennis' political constitutionalism II: Scheitern²⁸

In dem ihm eigenen polemischen Stil hat Hennis seinen Einspruch gegen die Staatsrechtslehre noch nach fünf Jahrzehnten grundgesetzlicher Verfassungsgeschichte formuliert:

Der Gleichklang, bei Juristen ja wirklich selten, scheint perfekt zu sein: das GG die ‚normative Ordnung des Staates‘, sein Schwerpunkt liegt in den vorangestellten Grundrechten, diese bilden ein ‚Wertsystem‘. Sogar ein normatives „Menschenbild“ liegt dem Grundgesetz zugrunde, es beschützt die staatliche und gesellschaftliche Ordnung gegen ihre ›Feinde‹ – es konstituiert eine „wehrhafte Demokratie“. Eine „ganz andere Republik“, das ist mit diesem GG (Art. 1, 20, 79 Abs. 3) nicht zu machen. ... Bonn kann nicht Weimar werden! Der Hüter der Verfassung residiert in Karlsruhe und nur in Karlsruhe, ein mächtiger Gulliver mit zehntausend nachgeordneten Juristenlilliputanern an seinen Leinen. Alle Politik – auf welchem Gebiet auch immer! – definiert sich unter dem so verstandenen Grundgesetz als ‚Grundrechtspolitik‘...²⁹

27 V. Frick, Das Stabilitätsversprechen der Verfassung: der Aufstieg des Grundgesetzes in der Bonner Republik, *Leviathan* Sonderband 36: Politische Stabilität (2020), 74 (79 ff.); *dies.*, Abschied von der Ordnung: zur Ideengeschichte des Verfassungsdenkens angesichts ihrer schwindenden Normativität, *PVS* 60 (2019), 21 (25 f.). – Frick geht übrigens wohl zu weit, wenn sie die disziplinäre Entzweiung der einstigen Staatslehre in die rechtswissenschaftliche Staatsrechtslehre einerseits, die Politikwissenschaft andererseits mit der Dichotomie von *legal* und *political constitutionalism* gleichsetzt. Weder Karl Loewenstein noch Hennis – die beiden nennt Frick als Vertreter eines *political constitutionalism* – sind doch im Ansatz repräsentativ für die sich als Demokratiewissenschaft verstehende Politikwissenschaft.

28 Wie Fn. 22.

29 W. Hennis, *Integration durch Verfassung?* (1998), in: *ders.*, *Regieren im modernen Staat*, 1999, S. 353 (362 f.).

Dagegen hat Hennis einen radikal anderen Verfassungsbegriff gesetzt: einen Verfassungsbegriff, der nicht die wie auch immer geartete Einhegung demokratischer Politik in seinen Mittelpunkt rückt, sondern die eine solche Politik ermöglichende, also: demokratische Politik konstituierende Dimension des Verfassungsrechts. In einer Definition seiner Vorstellung einer Verfassung kommt dieser Charakter deutlich zum Ausdruck:

Eine Verfassung ist keine Zivilprozess- oder Konkursordnung, in der rechtstechnische Präzision der höchste Rechtswert ist. Der Sinn von Verfassungssätzen ist erst in zweiter oder dritter Linie der, für eventuelle Rechtsstreitigkeiten klare Entscheidungssätze zu liefern. Der primäre Sinn von verfassungsrechtlichen Regeln ist vielmehr der, dem politischen Leben die institutionellen Voraussetzungen rechtlich zu sichern, die vorhanden sein müssen, damit dieses Leben einmal ein freiheitliches sei, zum anderen aber auch die Aufgaben eines modernen Staates angemessen erfüllt werden können.³⁰

In diesem Zitat wird Hennis' Okkupation mit dem Verhältnis von Verfassung und Verfassungswirklichkeit deutlich. Griffith hatte ja noch die radikale Definition aufgestellt, die Verfassung gehe in der politischen Praxis auf. Hennis folgt ihm weitestgehend, wenn er auch der „normativistische Wende“ der Staatsrechtslehre, ausgehend von Konrad Hesse, durchaus ihre Berechtigung konzidiert. „Aber hat man im Bemühen um Korrektur vergangener Fehler nicht des Guten ein wenig zu viel getan?“³¹ Wortgewaltig erhebt Hennis Einspruch gegen die Vorstellung, aus der Verfassung ließe sich „die materiale Wertordnung des ganzen politischen Lebens herauslesen“. Entschieden widerspricht er dem Programm von Bundesverfassungsgericht und „neuester deutscher Staatsrechtslehre“, die Verfassung als „Ensemble von Befehlen an Regierung und Parlament“ zu verstehen. „Verfassungsaufträge“ und die „Vergatterung der Nation zum Grundrechtsvollzug“ schrieben der Verfassung einen „sakralen Gebotsrang“ zu, führten zu „sektiererischer Übersteigerung“. „Das muß böse enden“, denn:

...die Verfassung als sozialer und geistiger Eisenbahnfahrplan, das ist die Vorstellung, die hinter dem Verfassungsbegriff unseres Begriffspaares steht. Die Fahrtrichtung ist angegeben: Demokratie, sozialer Rechtsstaat,

30 W. Hennis, Richtlinienkompetenz und Regierungstechnik (1964), in: ders., Regieren im modernen Staat, 1999, S. 106 (115).

31 W. Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit (1968), in: ders., Regieren im modernen Staat, 1999, S. 182 (196 f.).

Menschenwürde, Freiheit. Schaut man nun genauer hin, so muß man feststellen, der Fahrplan wird schlecht eingehalten, Verspätungen, Versäumnisse, Schlampereien sind an der Tagesordnung. ... Das Fazit: die Verfassung, das Buch der Bücher, wird nicht „ernst genommen“, sie wird verraten, bestenfalls dient sie als ideologischer Schein zur Verdeckung einer sich im Zustand der Sündigkeit befindlichen Wirklichkeit.³²

Hinter Hennis' Theorie kommt jene implizite Normativität zum Vorschein, die auch bei Griffith schon angelegt war, wenn sie auch bei beiden kaum expliziert wird. Ziel dieses Verfassungsbegriffs ist keineswegs die radikale Freistellung der Politik von rechtlichen Bindungen; sondern dieser Verfassungsbegriff ist sehr wohl seinerseits teleologischen Natur insoweit, als er auf ein „gutes Leben“, wie Hennis ganz explizit sagt, zielt. Nur wird dieses Ziel nicht als ein Ideal substantieller Sittlichkeit verstanden, sondern muss politisch verwirklicht werden. Darum hat die Verfassung zur Aufgabe, die Politik zu ermächtigen, dass sie ihrerseits dieses Ziel erreichen kann. Hier wird die unmittelbare Vergleichbarkeit von Hennis und den Theoretikern des *political constitutionalism* deutlich: Sie alle vertrauen der rechtlichen Befriedung gesellschaftlicher Antagonismen nicht, sondern überantworten sie der Politik.³³

Aber eine gute Theorie ist bekanntlich: ihre Zeit, in Gedanken erfasst³⁴. Hennis' Ansatz war nach diesem Maßstab, ungeachtet ihrer Einsichten, keine gute Verfassungstheorie. Das liegt daran, dass Hennis den Eigengesetzlichkeiten der bundesrepublikanischen Verfassungswirklichkeit keineswegs einen Eigenwert zuspricht. Im Gegenteil: Hennis kennt ein relativ exaktes Ideal, an dem er die Bundesrepublik misst: „Der englische Parlamentarismus gibt das Muster ab für alles, was sich parlamentarische Regierungsweise nennt“, und weiter: „daher gewinnen wir die Maßstäbe am einfachsten, wenn wir kurz nach England hinüberschauen“³⁵. Unverändert bleibt all die Jahre dieser *modus operandi*, in dem Hennis das in Deutschland geringe

32 Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit (Fn. 31), 199 f.

33 In dem Koordinatensystem von *Greally*, Ideologies of Political Constitutionalism (Fn. 12), wäre Hennis unzweifelhaft der konservativen Variante zuzuschlagen; das trennt ihn von allen oben genannten Autoren. Inhaltliche Vergleichbarkeit besteht am ehesten mit G. Gee, The Political Constitution and the Political Right, King's Law Journal 30 (2019), 148. Vgl. die auch auf Hennis zutreffende Charakterisierung bei *Greally*, a.a.O., 969 ff.

34 Vgl. G. W. F. Hegel, RPh, Vorrede = Werke, Frankfurt a. M. 1970, Bd. VII, S. 26.

35 W. Hennis, Parlamentarische Opposition und Industriegesellschaft (1956), in: ders., Regieren im modernen Staat, 1999, S. 1 (5 ff.).

„Verständnis für seine Eigengesetzlichkeiten“ aufbessern will. Stets ist der englische Parlamentarismus der „Maßstab“; er stellt die „Norm dieses Systems“ dar, nach der sich die Bundesrepublik zu richten habe, aber dem sich diese Bundesrepublik nicht fügen will. Wie könnte sie auch? So suggestiv die Erzählung vom parlamentarischen Regierungssystem nach englischem Vorbild sein mag: die politische Wirklichkeit der Bundesrepublik entzieht sich Hennis’ Deutungsschema; man wird ihren Eigengesetzlichkeiten nicht gerecht, misst man sie nur am von Westminster abstrahierten Ideal. Gerade das, was wir heute als Vorgang der Parlamentarisierung der Bundesrepublik verstehen – die Herausbildung zweier Volksparteien oder die Umdeutung des Gesetzesvorbehalts durch die Wesentlichkeitstheorie etwa³⁶ – kann er in seiner Bedeutung nicht würdigen.

Wenn die Wirklichkeit der Theorie nicht folgt: umso schlimmer für die Fakten. Hennis unterläuft seinen eigenen Anspruch und wird zum erbitterten Kritiker der Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik: er schreibt scharfe Polemiken gegen den „Parteienstaat“ und Helmut Kohl;³⁷ er kämpft gegen das Verhältniswahlrecht und für ein Mehrheitswahlrecht;³⁸ er kritisiert die Verlagerung der Bundestagsarbeit in die Ausschüsse und fordert ein, das Bundestagsplenum als „Forum der Nation“ ernst zu nehmen³⁹. Mit dem selbst auferlegten methodischen Postulat hatten diese Philippiken auf die Verfassungswirklichkeit wenig zu tun. Hier zeigen sich die Grenzen eines *political constitutionalism*: Wer beansprucht, nicht bloß abstrakte Theorie zu betreiben, sondern die Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik zu bearbeiten, der kommt nicht umhin, deren *legal constitutionalism* wenigstens für einen Augenblick ernst zu nehmen. Wer ihn indes, wie Hennis, als nichts anderes denn als ewigen Irrweg begreifen kann, der verkennt die Leistungen, die diese Verfassung zu erbringen vermag. Es gab, so lässt sich resümieren, einen *political constitutionalism* in der Bundesrepublik also gerade deshalb die längste Zeit nicht, weil die Voraussetzungen schwerlich gegeben waren. Die Staatsrechtslehre folgte der Verfassungspraxis tief in den *legal constitutionalism* hinein; und der singulär gebliebene Versuch einer radikal anderen Verfassungstheorie, den Hennis gewagt hat, blieb im Wesentlichen bei der Negation der Staatsrechtslehre stehen.

36 Vgl. darüber F. Meinel, Vertrauensfrage: zur Krise des heutigen Parlamentarismus, 2019.

37 W. Hennis, Auf dem Weg in den Parteienstaat: Aufsätze aus vier Jahrzehnten, 1998.

38 W. Hennis, Große Koalition ohne Ende?, 1968.

39 W. Hennis, Clôture im Bundestag, AöR 1966, 254; ders., Die Rolle des Parlaments und die Parteiendemokratie (1974), in: ders., Regieren im modernen Staat, 1999, S. 226.

V. Die Zukunft des bundesrepublikanischen legal constitutionalism

Hat der Konstitutionalismus der Bonner Republik in ihrer Berliner Nachfolgerin noch eine Zukunft? Oder sind nicht vielleicht nunmehr die Voraussetzungen für ein anderes Verfassungsverständnis, stärker politisiertes gegeben? Ist es gar Zeit für eine Hennis-Renaissance? – Sicherlich jedenfalls ist es nach wie vor zwecklos, dem Verfassungsbegriff der Berliner Republik ungebrochen jenes Verfassungsverständnis eines *political constitutionalism* entgegenzuhalten, das Wilhelm Hennis als Alternative zur Bonner Republik entworfen. Die – vielleicht ernüchternde – Einsicht des Vorstehenden ist ja: dass es keine unvermittelte Rezeption des *political constitutionalism* und keine unvermittelte Rezeption der Hennis'schen Schriften geben kann. Zu grundsätzlich sind die Unterschiede, die dieses Verfassungsverständnis von der Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik trennen. Und doch scheint mir eine geläuterte Variante eines *political constitutionalism* eine gewinnbringende Möglichkeit zu sein, die Verfassungsprobleme der Gegenwart anzugehen. Der Konstitutionalismus der Bundesrepublik sieht sich in der Konfrontation mit der AfD, einer rechtspopulistischen bis rechtsextremen Partei, einer neuen Herausforderung gegenüber. Ein *political constitutionalism*, ja: schon eine Auseinandersetzung mit Hennis' alten, aber keineswegs schlecht gealterten Texten könnte aus zwei Gründen verlohnen.

Zum einen, weil die von der AfD aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen in vielerlei Hinsicht das Selbstverständnis des bunderepublikanischen Verfassungsrechts ins Wanken bringen.⁴⁰ Das auf eine Konsensdemokratie ausgerichtete Verfassungsrecht der Bundesrepublik ist mit einer starken Systemopposition offensichtlich vor neue Herausforderungen gestellt, auf die die alten Fragen nicht mehr ohne weiteres passen. Anstatt allerdings, wie es namentlich das Bundesverfassungsgericht derzeit tut, das politische Prinzip der Großen Koalition zum Verfassungsgebot zu überhöhen,⁴¹ scheint es an der Zeit zu sein, die basalen Funktionen eines parlamentarischen Regierungssystems in Erinnerung zu rufen. Wer, nur als Beispiel, der Heilmann-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,⁴²

40 Vgl. nur Ch. Schönberger/S. Schönberger, Die AfD im Bundestag: zum rechtlichen Umgang mit einem parlamentarischen Neuling, JZ 2018, 105.

41 Vgl. F. Meinel, Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Großen Koalition, Der Staat 2021, 43.

42 BVerfGE 166, 304 ff.

deren obstruktives Potential sich im Rahmen der vorgezogenen Neuwahl 2025 vermutlich erst in Grundzügen angedeutet hat, mehr entgegensetzen will als den Hinweis: der Wortlaut des Art. 38 Abs. 1 GG werde überdehnt,⁴³ könnte bei Wilhelm Hennis fündig werden. Dessen robuste Theorie von Regierung und Opposition, auch dessen nicht von Verfassungsrechtsprechung überblendete Unterordnung des einzelnen Abgeordneten wie des Bundesverfassungsgerichts unter das Primat des politischen Prozesses versprechen einiges an Argumentationsmaterial.

Zum zweiten stellt sich die grundsätzlichere Frage, ob der *legal constitutionalism* nicht gerade die falsche Antwort auf die populistischen Gefährdungen der politischen Institutionen ist.⁴⁴ Die Prämisse des *political constitutionalism* war, dass sich politische Konflikte nur in den Formen des politischen Prozesses einer dilatorischen Lösung zuführen lassen. Wenn diese Prämisse stimmt, dann wäre der *legal constitutionalism* der Bundesrepublik nur die verfassungsrechtliche Form einer politisch im Wesentlichen nicht umstrittenen Epoche. Dann wäre wohl, wie es Philip Manow jüngst argumentiert hat,⁴⁵ die fortschreitende liberale Einhegung der Demokratie ihrerseits Ursache des gegenwärtigen Populismus. Und schließlich wäre die bessere Antwort auf die mit der AfD gestellte Frage nach der Zukunft des bundesrepublikanischen Konstitutionalismus dann vielleicht tatsächlich eine Hinwendung zu einem anderen Verfassungsbegriff: „It is not by attempting to restrict the legal powers of government that we shall defeat authoritarianism. It is by insisting on open government.“⁴⁶

43 So jedenfalls ein Argument in dem hervorragenden Aufsatz von J. Gallon, Eilgesetzgebung als empirisches Phänomen und ihre verfassungsrechtliche Bedeutung, *Der Staat* 2024, 327.

44 Vgl. R. Bellamy, Political constitutionalism and populism, *Journal of Law and Society* 50 (2023), 7.

45 Ph. Manow, Unter Beobachtung: die Bestimmung der liberalen Demokratie und ihrer Freunde, 2024.

46 Griffith, *The Political Constitution* (Fn. 4), 16.

