

II. Der Verfassungsvorbehalt – Begriff und Bedeutungsfelder

1. Die verhängnisvolle Begriffsähnlichkeit zum Gesetzmäßigkeitsprinzip

Bei der Redeweise vom Verfassungsvorbehalt bzw. vom Vorbehalt der Verfassung liegt die sprachliche Parallelität zum Gesetzesvorbehalt bzw. zum Vorbehalt des Gesetzes auf der Hand¹⁷. Der Vorbehalt des Gesetzes bildet zusammen mit dem Vorrang des Gesetzes das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – ein, wenn nicht *der* Grundbestandteil konstitutionell-liberaler Rechtsstaatlichkeit im 19. Jahrhundert¹⁸. Der Vorbehalt des Gesetzes wird heute dreifach abgestützt: Historisch als rechtsstaatliche Errungenschaft, unter der neuen Herrschaftslegitimation zusätzlich durch das demokratische Verfassungsprinzip, um wesentliche Entscheidungen dem Parlament vorzubehalten und stets auch durch die Grundrechte, deren Schutzbereiche den Bezirk für Eingriffe kennzeichnen, die dann das Prinzip auslösen¹⁹. Wie so oft führen oberflächliche begriffliche Parallelen jedoch auch hier in die Irre²⁰. Schon der *Vorrang* der Verfassung steht nur in bedingter Parallelität zum Vorrang des Gesetzes. Letzteres bringt nicht mehr und nicht weniger als die Gesetzesgebundenheit der Verwaltung zum Ausdruck, während der Vorrang der Verfassung die normhierarchische Höherrangigkeit postuliert, die im konstitutionellen Staatsrecht noch nicht gegeben war, in Weimar durchzubrechen begann und

17 Näher *Josef Isensee*, Vorbehalt der Verfassung, in: FS für Walter Leisner, 1999, S. 359 ff.

18 *Peter Badura*, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, 1967, S. 22 ff.; *ders.*, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966, S. 6 f., 8 und durchgehend.

19 Statt aller m.w.N. *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 6 Rdnr. 4 ff.

20 Vgl. auch *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), S. 28 f.

unter dem Grundgesetz positivrechtlich entschieden erscheint²¹. Mit der Stufung von Rechtssätzen als Vorrang hat der Vorrang des Gesetzes jedoch nichts zu tun. Die Verfassung ist zwar auch ein Gesetz, nach einer gelungenen Formulierung *Egon Zweigs* jedoch ein „Gesetz für den Gesetzgeber“²². In der Organisation der Legislative hat jedoch das Gewaltenteilungsprinzip keine bzw. eine andere Funktion.

Noch deutlicher werden die Unterschiede beim *Vorbehalt* von Gesetz bzw. Verfassung. Sprachlich bedeutet „Vorbehalt“, dass einer bestimmten Institution oder Einrichtung etwas vorbehalten ist i.S.v., dass ohne diese Einrichtung/Institution nicht rechtmäßig gehandelt werden kann²³. Diese Einrichtung oder Institution könnte man als Bezugspunkt oder Subjekt des Vorbehalts bezeichnen. Der Vorbehalt des Gesetzes verlangt für bestimmtes Agieren der Verwaltung eine formalgesetzliche Grundlage, besitzt im Kern mithin eine gewaltentrennende Dimension. Er grenzt den Handlungsbereich der Verwaltung als selbständige und selbstlegitimierte Staatsfunktion ab von dem Bereich, in dem der Staat für sein Handeln einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Verstehen wir vorläufig unter dem Begriff des Verfassungsvorbehalts die Entscheidung, was in der Verfassung normiert werden muss in Abgrenzung zu dem, was dem einfachen Gesetzesrecht überlassen werden darf, handelt es sich demgegenüber wiederum um ein normhierarchisches Problem. Allenfalls bei der Frage, ob es verfassungsunmittelbare Eingriffsermächtigungen als verfassungsimmanente Schranken geben kann²⁴, würde beides zusammenfallen.

Einer Übertragung von Argumentationsfiguren aus dem grundlegenden verwaltungsrechtlichen Rechtsinstitut stehen mithin unüberwindliche Hindernisse entgegen. Die Parallelisierung erschöpft sich

21 Zur historischen Entwicklung *Christian Hermann Schmidt*, Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie, 2000; im Überblick *Thorsten Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 263 Rdnr. 7 ff.

22 *Egon Zweig*, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, 1909, S. 92.

23 Als Instrument der Abstufung der „Wichtigkeit“ von Normen verstanden bei *Müller*, Rechtssetzung (Fn. 5), S. 211.

24 Dazu BVerfGE 107, 104 (120); *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 31. Aufl. 2015, Rdnr. 353.

rein sprachlich und führt tendenziell zu Missverständnissen, wie dies auch bei der komplementären Parallelisierung des sogenannten „Verwaltungsvorbehalts“²⁵ der Fall ist.

2. *„Positiver“ und „negativer“ Verfassungsvorbehalt: Was muss/sollte in die Verfassung, was darf nicht/sollte nicht in die Verfassung aufgenommen werden?*

Die präzisierte Fragestellung geht nun dahin: Was muss in einer Verfassung geregelt sein, was sollte in einer Verfassung geregelt sein? Und als Korrelat: Was darf nicht in eine Verfassung aufgenommen werden, was sollte nicht in eine Verfassung aufgenommen werden? Die erste Fragestellung könnte man als die Frage nach einem „positiven“, die zweite nach einem „negativen“ Verfassungsvorbehalt bezeichnen – das sind aber rein terminologische Vorschläge, welche die hier verfolgte Fragestellung auch nicht vollständig abdecken. Durch die Wörter „muss“ bzw. „sollte“ sind die verschiedenen Dimensionen des Phänomens bereits angedeutet: Während ersteres auf eine normative Vorgabe zielt, geht es bei letzterem, losgelöst von rechtlichen Normierungen, um die „gute“, die „richtige“, die „ideale“ Verfassung, ohne dass ein „Verstoß“ zwangsläufig Rechtsfolgen oder Sanktionen nach sich ziehen würde. Schon hier deutet sich an, dass kein anspruchsvoller Begriff der Verfassungstheorie verwendet, sondern die Theorieebene eher negativ als nicht normative, nicht rechtsdogmatische Sphäre begriffen wird²⁶.

25 Vgl. statt aller Hartmut Maurer/Friedrich E. Schnapp, Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43 (1985), S. 135 ff., 172 ff.; Rupert Stettner, Der Verwaltungsvorbehalt, DÖV 1984, S. 611 ff.; kritisch zum Begriff auch Elke Gurlitt, Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, S. 167 ff.

26 Anspruchsvoller demgegenüber Matthias Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009; ders., Verfassungstheorie als Disziplin, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 1.

3. Beispiele ausdrücklicher und partieller Verfassungsvorbehalte unter dem Grundgesetz

Das Erkenntnisinteresse zielt auf die Frage nach einem *allgemeinen* Verfassungsvorbehalt. Dass Entsprechendes punktuell in Verfassungen geregelt ist, führt – wie stets – zu der Frage, ob dies verallgemeinerungsfähig ist oder Ausnahmefälle verdeutlicht. Ausdrückliche bzw. partielle Verfassungsvorbehalte sind dem Grundgesetz nicht unbekannt²⁷. Markanteste Beispiele sind die Modi bundesstaatlicher Kompetenzverteilung²⁸: „Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit *dieses Grundgesetz* keine andere Regelung trifft oder zulässt“ heißt es in der Zentralnorm des Art. 30 GG. Dies wird in Art. 70 Abs. 1 und Art. 83 für zwei konkrete Staatsfunktionen aufgenommen und ausgeführt²⁹. In bundesstaatlicher Hinsicht enthält das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG normative Vorgaben für die Landesverfassungen einschließlich der Organisation der kommunalen Ebene. Die bisher genannten Normen können als „föderale Verfassungsvorbehalte“ verstanden werden.

Als ungeschriebener materieller Verfassungsvorbehalt tritt uns die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Dogmatik der Einschränkung vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte mittels verfassungsimmanenter Schranken entgegen: Unterliegt ein Grundrecht keinem Gesetzesvorbehalt, kann es nur auf der Grundlage konkurrierender Grundrechte Dritter oder anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechtsgüter eingeschränkt werden³⁰. Richtigerweise ist auch hier ein

27 Kingreen, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung (Fn. 21), Rdnr. 41 schlägt vor, terminologisch zwischen dem (allgemeinen) Verfassungsvorbehalt und den „konkreten Grundgesetzbefehlen“ zu unterscheiden.

28 Vgl. auch Pitzen, Vorbehalt (Fn. 1), S. 31 ff.

29 Hervorhebung nur hier; Christian Hillgruber, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Art. 30 Rdnr. 181 ff. (Stand der Kommentierung: 126. Lieferung Dezember 2006); Wilfried Erbguth, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 30 Rdnr. 35.

30 Etwa seit 1970 scheint diese Rechtsprechung konsolidiert, vgl. nur BVerfGE 28, 243 (261) zum Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung aus Art. 4 Abs. 3 GG;

Gesetz als Eingriffsgrundlage nötig, da verfassungsunmittelbare Grundrechtsschranken die Verwaltung in die Beliebigkeit entlassen würde³¹. In jedem Fall ist jedoch eine verfassungsrechtliche Rückkopplung erforderlich. Welche regulierende Kraft diese verfassungsimmanenten Schranken besitzen, ist unklar und sollte nicht überschätzt werden. In jedem Fall handelt es sich hierbei zwar nicht um einen *expliziten*, wohl aber einen *partiellen* Verfassungsvorbehalt.

Als ausdrückliche negative Verfassungsvorbehalte können Verweisungen und Öffnungen des Verfassungstextes³² verstanden werden: Art. 38 Abs. 3 GG verweist hinsichtlich des Wahlrechtssystems durch seinen staatsorganisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalt auf das einfache Bundesgesetz. Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG räumt dem Bundestag als kollegialem Verfassungsorgan Geschäftsordnungsautonomie ein als Befugnis, die Binnenorganisation durch diese Rechtsatzform zu regeln. Öffnungsklauseln finden sich auch in Art. 25 GG hinsichtlich der allgemeinen Regeln des Völkerrechts – hier wird nicht auf einfaches deutsches Gesetzesrecht verwiesen, sondern auf ein auf anderer Legitimationsgrundlage beruhendes Recht. Auch die Kirchenautonomie in Art. 137 Abs. 3 WRV/Art. 140 GG räumt einem anders legitimierten – religiösen – Recht begrenzte Geltungsansprüche ein.

Einer näheren Untersuchung bedürfte die Frage, ob auch die in Art. 79 GG niedergelegten Regeln der Verfassungsänderung einen Verfassungsvorbehalt zum Ausdruck bringen und wenn ja, ob dieser „positiv“ oder „negativ“ ist. Unproblematisch ist dabei zunächst, dass

BVerfGE 30, 173 (193) – „Mephisto“ zum Grundrecht der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG; BVerfGE 32, 98 (108) – „Gesundbeter“ zum Grundrecht der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG; insgesamt *Walter Schmidt*, Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte, AöR 106 (1981), S. 497; *Christian Hillgruber*, Grundrechtsschranken, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 201 Rdnr. 13 ff.; *Detlef Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: *ders./Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 3, 2009, § 60 Rdnr. 76 ff.; *Hans-Jürgen Papier*, Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte, ebd., § 64 Rdnr. 17 ff.

31 *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte (Fn. 24), Rdnr. 353.

32 Insgesamt *Josef Isensee*, Der Selbststand der Verfassung in ihren Verweisungen und Öffnungen, AöR 138 (2013), S. 325 ff.

Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG einen formalen Vorbehalt aufstellt: Das Grundgesetz kann nur durch Gesetz und nur ausdrücklich geändert werden. Komplexer erscheint auch in unserem Zusammenhang der dritte Absatz: Unzweifelhaft handelt es sich bei der Vorschrift um eine materielle Grenze der Verfassungsänderung, die sich freilich vollständig in der verfassten Gewalt hält. Materielle Grenzen der Verfassungsänderung sollen zwar auch die Aufnahme bestimmter Inhalte in eine Verfassung verhindern, es handelt sich jedoch nicht um ein normhierarchisches Verbot, sondern – innerhalb einer bestehen bleibenden Legalität – um ein absolutes Verbot. Das geht über den hier zu untersuchenden negativen Verfassungsvorbehalt hinaus.

Im Folgenden interessiert nur noch die Frage, ob es darüber hinaus einen *allgemeinen* Verfassungsvorbehalt gibt oder geben kann; die expliziten Verfassungsvorbehalte werden nicht weiter behandelt³³.

4. *Originärer und abgeleiteter Verfassungsvorbehalt: Verfassungsinhalte zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung*

Spätestens an dieser Stelle ist eine weitere, für unsere Fragestellung grundlegende Unterscheidung einzuführen: Die Frage nach einem Vorbehalt der Verfassung stellt sich unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um Verfassungsgebung oder Verfassungsänderung handelt. Damit wird die fundamentale Unterscheidung zwischen *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* zugrundegelegt³⁴. Die Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt ist in Abgrenzung zu soziologischer oder historischer Beschreibung und politischer Rechtfertigung von Verfassungs-

33 Weitere Beispiele bei *Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung (Fn. 21), Rdnr. 42 ff.

34 Der folgende Abschnitt in Anlehnung an *Christian Waldhoff*, Die Entstehung des Verfassungsgesetzes, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 8 Rdnr. 9 ff.

entstehung eine verfassungstheoretische „Denkfigur“³⁵, eine Konstruktion zur normativen und damit im Grundsatz ahistorischen Plausibilisierung des Geltungsgrundes der Verfassung. Der Grenzbegriff der verfassungsgebenden Gewalt beantwortet eine genetische, eine rechtsphilosophische und eine verfassungstheoretische Frage: Der historisch-politische Ursprung der Verfassung, ihr inhaltlicher Geltungsgrund, die Beschreibung der Instanz bzw. tragenden Kraft der Legitimität und die Abgrenzung zwischen Änderung und Beseitigung der Verfassung werden so auf je unterschiedlichen Ebenen beantwortet³⁶. Darüber hinaus ist diese Denkfigur, insbesondere, wenn sie in ihrer demokratischen Variante als „verfassungsgebende Gewalt *des Volkes*“ ventiliert wird, von konkreten historischen Anlässen und Umständen nur bedingt ablösbar. Historisch erweist sich die Figur der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes als Element einer revolutionären, langfristig einer demokratischen Verfassungstheorie, wie sie in der Französischen Revolution als Prototyp demokratischer Revolution und in den Vorarbeiten *Emmanuel Joseph Sieyès*’ zum Ausdruck kamen, indem die traditionale Herrschaftslegitimation des Königs, der Monarchie durch den Rückgriff auf die prinzipiell ungebundene Entscheidungsgewalt der Nation als verfassungsschöpfende Kraft ersetzt wurde³⁷. Das Volk, die Nation³⁸ als solche sind handlungsunfähig, sie dienen als Referenzpunkte der konkreten Akteure, die im Wege revolutionärer Selbstermächtigung das Heft in die Hand nehmen. *Sieyès* übertrug

35 *Hans-Peter Schneider*, Die verfassungsgebende Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 255 Rdnr. 1.

36 *Böckenförde*, verfassungsgebende Gewalt (Fn. 2), S. 92.

37 *Emmanuel Joseph Sieyès*, Préliminaire de la Constitution, Paris 1789; *ders.*, Qu’est que c’est le tiers état? Paris 1789; grundlegend dazu *Zweig*, Pouvoir Constituant (Fn. 22); *Karl Loewenstein*, Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789, 1922; *Hasso Hofmann*, Repräsentation, 4. Aufl. 2003, S. 406 ff.; *Murray Forsyth*, Reason and Revolution, 1987; *Thomas Hafen*, Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyès, 1994.

38 Zu Geschichte und Funktion des Begriffs der „Nation“ in der französischen Tradition in Abgrenzung zu „Volk“ statt aller *Martin Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl. 2003, § 23; *Hafen*, Sieyès (Fn. 37), S. 71 ff.

theologische Begriffe auf die diesseitige Verfassungsordnung³⁹: In Abkehr von der göttlichen Einsetzung der Herrschaftsgewalt und des Herrschers wird das Volk als Summe der in der Nation vereinten Menschen souverän. Die Analyse der verfassungsgebenden Gewalt erweist diese nicht als „Fiktion“, auch nicht als bloßes „Sprachbild“, sondern als spezifisch normtheoretische Konstruktion zur Begründung der Frage: Warum gilt die Verfassung in einem juristischen Sinn? Als Grenzbegriff vermittelt die verfassungsgebende Gewalt zwischen Faktizität und Normativität, um eine verfassungstheoretische Aussage machen zu können⁴⁰. Die Frage nach dem Geltungsgrund gehört zur Verfassungstheorie. Sie übersteigt das positive Recht, denn die Geltung, die Normativität einer Verfassung ruht historisch betrachtet zuvörderst auf außernormativen Gegebenheiten. Geltung ist stets normtranszendent: „Die Legitimation der Verfassung ist nicht Thema für die Verfassungsinterpretation, die sich innerhalb des verfassungsrechtlichen Systems bewegt, sondern für die Verfassungstheorie, die es von außen betrachtet.“⁴¹ Geltung ist nicht Gegenstand, sondern Voraussetzung von und für Verfassungsinterpretation. Das kann durch ein Gedankenexperiment verdeutlicht werden: Wäre die verfassungsgebende Gewalt (auch) eine verfassungsrechtsdogmatische Kategorie des geltenden Rechts und ginge man davon aus, dass das Volk als Subjekt dieser Kompetenz diese auch nach Ausübung beibehält, käme man zu dem Ergebnis, dass die konstituierte Verfassung – will sie ihren normativen Anspruch nicht aufgeben – zugleich die Ausübung dieser Kompetenz verbieten, ihr aktiv entgegentreten muss: Die verfasste Gewalt muss gegenüber der verfassenden Gewalt ein Revolutionsverbot statuieren⁴². Diese

39 *Carl Schmitt*, Die legale Weltrevolution, *Der Staat* 17 (1978), S. 321 (337).

40 Ähnlich *Christian Tomuschat*, Verfassungsgewohnheitsrecht? 1972, S. 113 f.

41 *Josef Isensee*, Das Volk als Grund der Verfassung, 1995, S. 9 f., 80.

42 *Walter Jellinek*, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung, 1931, S. 15; *Gerd Roellecke*, Verfassungsgebende Gewalt als Ideologie, in: *Deppenheuer* (Hrsg.), Aufgeklärter Positivismus, 1995, S. 151 f. unter Rückgriff auf *Dietrich Murswiek*, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 256; vgl. auch *Holger Grefrath*, Exposé eines Verfassungsprozessrechts von den Letztfragen?, *AöR* 135 (2010), S. 221 (239 f.); Art. 21 Abs. 2 GG kann so interpretiert werden.

Perplexität – von manchen in Art. 146 GG verortet – wird vermieden, löst man die Legitimationsfrage vom geltenden Recht ab. Demgegenüber gehören alle Fragen der Verfassungsänderung zur verfassten Gewalt, zum *pouvoir constitué*. Änderungsnormen gehören zum regelmäßigen Inhalt von Verfassungen. Während bei letzterem ein rechtlich konstituiertes Legitimationssubjekt, das rechtlich verfasste Staatsvolk, Bezugspunkt bzw. Träger der Legitimation ist, ist es bei der Verfassungsgebung eine sich letztlich selbstermächtigende, nicht rechtlich verfasste Gruppe; daher auch die kontextabhängigen Unschärfen, ob hier das „Volk“, eine „Nation“ oder eine sonstige Entität „handelt“.

Dieser im Ausgangspunkt dezisionistische Ansatz besitzt für die Verfassungsentstehung nach wie vor hohe Erklärungskraft und entsprechendes Legitimationspotenzial⁴³; er ist freilich von diesem punktuell gedachten Ereignis zu lösen und als dauerhafte Legitimationsquelle fruchtbar zu machen⁴⁴. Legitimation wird der Verfassung nicht nur durch und während ihres Entstehungsvorgangs vermittelt, sondern dauerhaft⁴⁵. „Die Verfassungsgebung ist nur Auftakt zur Verfassungsträgerschaft.“⁴⁶ Die Verfassungsgebung erschöpft sich nicht in einem dezisionistischen Akt, sondern trägt die Geltung auch kontinuierlich in der Zeit⁴⁷. Sie bricht, wie es für Gründungserzählungen typisch ist⁴⁸, die Brücken zum Vergangenen ab, setzt eine Zäsur, wirkt aber potentiell auf ewig in die Zukunft hinein. Die Einführung des Topos der verfassungsgebenden Gewalt in die deutsche Diskussion (erst) in der Ver-

43 Vgl. etwa die Typologie der Verfassungsgebung bei *Waldhoff*, Verfassungsgesetz (Fn. 34), Rdnr. 22 ff.

44 *Waldhoff*, Verfassungsgesetz (Fn. 34), Rdnr. 15 ff.

45 *Peter Badura*, Staatsrecht, 6. Aufl. 2015, Rdnr. A 7; *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 52: „Die Vorstellung des Dauernden ist nun in ganz besonderer Weise in der Idee der Verfassung, als einer normativen Ordnung, enthalten.“

46 *Martin Heckel*, Die Legitimation des Grundgesetzes durch das deutsche Volk, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 8, 1. Aufl. 1995, § 197 Rdnr. 58.

47 *Böckenförde*, Verfassungsgebende Gewalt (Fn. 2); *Ulrich K. Preuß*, Zu einem neuen Verfassungsverständnis, in: *Frankenberg* (Hrsg.), Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft, 1994, S. 103 (114).

48 *Albrecht Koschorke*, Zur Logik kultureller Gründungserzählungen, *Zeitschrift für Ideengeschichte* 2 (2007), S. 5 (6).

fassungslehre *Carl Schmitts* 1928, also zehn Jahre nach dem entscheidenden staatsrechtlichen Umbruch, hat durch den pointiert dezisionistischen Ansatz der dortigen Verfassungskonzeption den Blick auf die Dauer, auf den gerade nicht nur punktuellen Charakter erschwert. Dementsprechend betonten *Hermann Heller*, vor allem jedoch *Rudolf Smend* und seine Schüler eher den prozeduralen, zeitlichen Aspekt der Legitimation bzw. des Geltungsgrundes der Verfassung. *Rudolf Smend* postuliert in „Verfassung und Verfassungsrecht“, Staat und Verfassung lebten in einem „Prozeß beständiger Erneuerung, dauernden Neuerlebens“⁴⁹. Das bedeutet in der Sache letztlich das gegen eine Überbetonung des dezisionistischen Elements der Verfassungsgebung fungierende Postulat eines *pouvoir constituant institué*⁵⁰. Die Geltung der Verfassung liegt nach *Konrad Hesse* in ihrer „Verwirklichung“⁵¹. Mit diesen Akzentverschiebungen wird zugleich deutlich, dass nicht bestimmte Mehrheitsanforderungen im Entstehungsakt diese dauerhafte Geltung bewirken, sondern dass der reale Erfolg im Sinne einer übergreifenden Akzeptanz das entscheidende Datum darstellt: Nur sofern die im politischen Prozess unterliegenden Teile sich dem Mehrheitsdiktum beugen, gewinnt die Verfassung Legitimität aus Akzeptanz⁵². Nicht das Plebiszit im Rahmen der Verfassungsgebung, sondern das „plébiscite de tous les jours“⁵³ ist entscheidend.

Diese fundamentalen konstruktiven Unterscheidungen haben Rückwirkungen auf Inhalt und damit einen etwaigen Vorbehalt der Verfassung: Da die verfassungsgebende Gewalt nach richtiger Ansicht recht-

49 *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 119 (136).

50 *Rudolf Smend*, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933), in: ders., Abhandlungen (Fn. 49), S. 309 (320 mit Fn. 15).

51 *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 42; richtig daran ist die Betonung des Aspekts der Dauerhaftigkeit, der Begriff „Verwirklichung“ könnte freilich zu der Fehlvorstellung führen, es ginge um so etwas wie „Verfassungsvollzug“.

52 *Hasso Hofmann*, Legitimität und Rechtsgeltung, 1977, S. 60 ff.; *Dieter Grimm*, Art. „Verfassung“, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. 5, 7. Aufl. 1989, Sp. 633 (636).

53 Formulierung von *Ernest Renan*.

lich ungebunden ist, Rechtsbindung nur als Selbstbindung kennt und vor allem nur mit Verfahrensautonomie sinnvoll gedacht werden kann⁵⁴, kann es keinen irgendwie *normativen* Verfassungsvorbehalt auf dieser Ebene geben. Terminologisch wird im Folgenden daher vom *originären* Verfassungsvorbehalt gesprochen. Dieser kann allenfalls als rechtstheoretische Kategorie Bedeutung erlangen. Anderes kann im Rahmen der Verfassungsänderung gelten. Hier ist prinzipiell auch ein normativer, rechtsdogmatischer Vorbehalt denkbar. Folgerichtig wäre dann vom *abgeleiteten* Verfassungsvorbehalt zu reden. Das schließt innerhalb des *pouvoir constitué* freilich die verfassungstheoretische Ebene nicht aus, dieser wäre auch hier „unabgeleitet“. Beide Ebenen bestehen ggf. nebeneinander.

5. Begrenzter Befund in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts

Im Rahmen von Begriffsbestimmung und Bestandsaufnahme ist abschließend noch ein Blick in die Verfassungsrechtsprechung zu werfen. Der Begriff wird, soweit ersichtlich, nicht verwendet, es werden jedoch Rechtsfragen behandelt, die im Zusammenhang mit der Figur des Verfassungsvorbehalts diskutiert werden⁵⁵. Im Finanzverfassungsrecht wird seit jeher diskutiert, ob es einen *numerus clausus* der Abgabenformen gibt. Nachdem die Sonderabgaben seit den 1980er Jahren auch verfassungsgerichtlich anerkannt und zugleich domestiziert worden waren, tauchten weitere, „neue“ Abgaben vor den Karlsruher

54 Näher *Waldhoff*, Verfassungsgesetz (Fn. 34), Rdnr. 18 ff.; differenziert *Matthias Herdegen*, Grenzen der Verfassungsgebung, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 9; *Christian Winterhoff*, *Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung*, 2007, S. 150 ff., 156 ff.; gänzlich anders *Kägi*, *Grundordnung* (Fn. 8), S. 57: „Die Frage nach den Normen, die auch das ‚pouvoir constituant‘ binden – man suchte die lange Zeit als ‚naturrechtlich‘ oder ‚politisch‘ aus dem Bereiche der Wissenschaft zu verbannen! – wird unausweichlich...“; vgl. auch ebd., S. 158.

55 *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), S. 17.

Schranken auf⁵⁶. In der sog. Wasserpfennigentscheidung findet sich dann das Bekenntnis des Gerichts zum Abgabenerfindungsrecht des einfachen Gesetzgebers; es komme nicht auf die begriffliche Qualifikation einer Abgabe an, „sondern allein darauf [...], ob sie den Anforderungen standhält, die sich aus der bundesstaatlichen Finanzverfassung ergeben“⁵⁷. An die Diskussion über eine Staatsaufgabenlehre knüpft das Urteil zur Rechtschreibreform vom Juli 1998 an: „Ein solches Verbot [der Rechtschreibreform; C.W.] folgt auch nicht daraus, daß der Staat zur Regelung der Rechtschreibung nicht ausdrücklich ermächtigt worden ist. Dem Grundgesetz liegt nicht die Vorstellung zugrunde, daß sich jede vom Staat ergriffene Maßnahme auf eine verfassungsrechtliche Ermächtigung zurückführen lassen müsse. Es geht vielmehr von der generellen Befugnis des Staates zum Handeln im Gemeinwohlinteresse aus, erlegt ihm dabei aber sowohl formell als auch materiell bestimmte Beschränkungen auf. Ein Regelungsverbot kann sich unter diesen Umständen nicht schon aus einer fehlenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung, sondern nur aus den verfassungsrechtlichen Schranken staatlicher Entscheidungen ergeben.“⁵⁸

In der Entscheidung zum sog. Neunergremium geht es um die Grenzen der Öffnung des Grundgesetzes bei der Selbstorganisation kollegialer Verfassungsorgane. Wann und inwieweit kann der Bundestag das Plenum aus funktionalen Gründen durch Organteile handeln lassen⁵⁹?

56 Vgl. als Überblicke *Paul Kirchhof*, Nichtsteuerliche Abgaben, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 119 Rdnr. 69 ff., 107 ff.; *Christian Waldhoff*, Abgabenrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 67 Rdnr. 153 ff., 179 ff.

57 BVerfGE 93, 319 (345); ferner BVerfGE 82, 159 (181).

58 BVerfGE 98, 218 (246).

59 BVerfGE 130, 318 (351): „In einigen im Grundgesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen kann der Deutsche Bundestag auch Befugnisse zur selbständigen und plenarersetzenden Wahrnehmung auf Ausschüsse übertragen (insbesondere Art. 45, 45c, 45d, 53a GG). Ob und inwieweit der Bundestag, weitergehend, durch Gesetz oder aufgrund seiner Geschäftsordnungsautonomie generell Entscheidungsbefugnisse auf von ihm eingerichtete Untergremien übertragen kann – was von der überwiegenden Auffassung im Schrifttum jedenfalls für staatsleitende und andere wesentli-

Die Judikatur des Zweiten Senats zu den Grenzen der europäischen Integration – „Maastricht“ und „Lissabon“ – aktiviert in der Sache u. a. Art. 79 Abs. 3 GG als Identitätsschutz des Grundgesetzes⁶⁰. Zugleich wird die Vorschrift mit der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes in Verbindung gebracht⁶¹ – Äußerungen dazu von einem verfassten Organ sind jedoch stets heikel. Beides – die materiellen Grenzen der Verfassungsänderung wie der Geltungsgrund der Verfassung – sind, wie oben angesprochen, andere Kategorien als der Vorbehalt des Grundgesetzes. Im Grunde wird in der Rechtsprechung des Zweiten Senats versucht, einen „pouvoir constituant-Vorbehalt“ aufzustellen⁶². Dieser hat jedoch ein anderes Bezugssubjekt: Nicht der Gesetzgeber – und sei es der verfassungsändernde Gesetzgeber – sondern der Verfassungsgeber wäre angesprochen⁶³.

Eine geschlossene Dogmatik oder auch nur Aufschlüsse über Funktion und Struktur eines Verfassungsvorbehalts können aus diesen Entscheidungen nicht gewonnen werden. Das war auch nicht zu erwarten und es wäre vermutlich sogar ein Problem, denn die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit kann nicht darin bestehen, dogmatische oder gar rechtstheoretische Konstruktionen zu entwickeln.

che Entscheidungen verneint wird [...] – bedarf hier keiner grundsätzlichen Entscheidung.“

60 BVerfGE 89, 155 (182 ff.); 123, 267 (341 ff.).

61 Vgl. dazu *Grefrath*, Letztfragen (Fn. 42), S. 222 ff.

62 *Grefrath*, Letztfragen (Fn. 42), S. 234.

63 Zu den damit angesprochenen Problemen etwa *Oliver Lepsius*, Souveränität und Identität als Frage des Institutionen-Settings, JöR 63 (2015), S. 63 ff.

