

I. Einleitung*

Was gelangt wann und warum in eine Verfassung, was wird warum nicht in ihren Text aufgenommen? Gibt es notwendige Verfassungsinhalte? In schlagwortartiger Verdichtung könnte man die Frage nach einem positiven bzw. negativen „Verfassungsvorbehalt“¹ stellen und mit einem an einen der berühmtesten Vorträge dieser Reihe anknüpfenden Untertitel präzisieren².

Josef Isensee stellt bündig fest: „Es gibt keine vorstaatliche Norm, die vorschriebe, was in einem Staatsgrundgesetz stehen müsse und dürfe und was nicht.“³ *Herrmann Heller* führte in seiner Staatslehre 1934 aus: „Die Verfassungsurkunden enthalten zwar typische Inhalte; theoretische Grundsätze für einen Vorbehalt des Verfassungsgesetzes existieren aber nicht. Darüber, was die Verfassungsurkunde regelt, entscheiden, wie beim allgemeinen Gesetzesvorbehalt, die Tradition, die politische Zweckmäßigkeit, die Machtlage und das Rechtsbewußtsein.“⁴ Damit sind zugleich die beiden methodischen Zugriffe des Nachdenkens über Verfassungsinhalte angesprochen: die normative und die theoretische Ebene. Der einzige ernstzunehmende deutschsprachige Gesamtversuch, Regelungsebenen als Problem einer „demokratischen Kompetenzordnung“ zu begreifen, stammt nicht zufällig von *Georg Müller* aus der Schweiz⁵. Vor diesen Fragen und vor die-

* Für wertvolle Unterstützung, Zuarbeit und Diskussionsbereitschaft danke ich *Holger Grefrath*, *Oliver Lepsius*, *Florian Meinel*, *Christoph Möllers*, *Christian Neumeier*, *Dominik Rennert* und *Matthias Roßbach*.

1 Anders als beim Vorbehalt des Gesetzes/Gesetzesvorbehalt bietet sich hier keine Differenzierung zwischen Verfassungsvorbehalt und Vorbehalt der Verfassung an, vgl. *Stefan Pitzen*, *Der Vorbehalt der Verfassung*, 2013, S. 29 ff.

2 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes – ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts* (=Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, 4), 1986 (wieder abgedruckt in *ders.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 90 ff.).

3 *Josef Isensee*, *Vom Stil der Verfassung*, 1999, S. 40.

4 *Herrmann Heller*, *Staatslehre*, 1934, hier zitiert 6. Aufl. 1983, S. 311.

5 *Georg Müller*, *Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, 1979, der sein Projekt als „juristische Regelungstheorie“ begreift (S. 2 f.): „Was in die Verfassung, ins Gesetz und in die Verordnung gehört,

sem Hintergrund sollen im Folgenden Bausteine einer Regelungstheorie, begrenzt auf das Verhältnis von Verfassung und Gesetz, abgeschichtet werden⁶.

Woher kommt die Begrifflichkeit „Verfassungsvorbehalt“? Wir können und müssen hier nicht wie bei *Böckenfördes* Thema der verfassungsgebenden Gewalt bis auf den *Abbé Sieyès* in der Französischen Revolution zurückgreifen (obgleich die *déclaration des droits de l'homme et du citoyen* noch eine prominente Rolle spielen wird) oder auf *Carl Schmitts* Verfassungslehre, durch welche die Denkfigur der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes nachhaltig in die deutsche Diskussion eingeführt worden war⁷, sondern werden – neben dem wenig beachteten Heller-Zitat – terminologisch in der Frühgeschichte der Bundesrepublik fündig. Soweit ersichtlich stammt der Begriff Verfassungsvorbehalt im hier verwendeten Sinn⁸ – abgesehen von dem oben zitierten Heller-Passus – von dem niedersächsischen Ministerpräsidenten *Hinrich Wilhelm Kopf* aus den beginnenden 1950er Jahren. *Kopf* verwendete ihn in seinem Debattenbeitrag in der Diskussion, die spä-

war seit jeher umstritten. Im planenden, lenkenden und leistenden Staat sind die herkömmlichen Vorstellungen über den Inhalt der Rechtssetzungsformen und die damit verknüpfte Verteilung der Regelungskompetenzen auf die Organe der Rechtssetzung vollends ins Wanken geraten“ (ebd., S. 3 f.); vgl. aber ferner auch *Oliver Lepsius*, Rechtswissenschaft in der Demokratie, *Der Staat* 52 (2013), S. 157 (167): „Zudem war es eine Errungenschaft des Verfassungsstaates, daß er Souveränitätsfragen zu Kompetenzfragen umbildete und dadurch auf diese Kategorie verzichten konnte“.

- 6 Überschneidungen – freilich auch deutliche Unterschiede – existieren zu Konzepten, Rechtswissenschaft insgesamt als Regelungswissenschaft zu verstehen; für die sog. Neue Verwaltungsrechtswissenschaft *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 1 Rdnr. 15: „rechtsetzungsorientierte Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“; für die Fruchtbarmachung von Governance-Forschung *Gunnar Folke Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung*, 2011, S. 112 ff.
- 7 *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1. Aufl. 1928, S. 75 ff.; die Kategorie war über *Sieyès* bekannt, spielte in der staatsrechtlichen Erörterung, soweit ersichtlich, jedoch keine Rolle.
- 8 Anders dagegen der Sprachgebrauch bei *Werner Kagi*, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, S. 65, der den „Vorbehalt der Verfassung“ mit der „materiellen Verfassung“ gleichsetzt.

ter unter dem Schlagwort „Der Kampf um den Wehrbeitrag“ berühmt wurde. Es handelte sich um eine frühe verfassungsrechtsdogmatische Auseinandersetzung unter Rückgriff auf Verfassungstheorie⁹. *Horst Ehmke* hat diese politisch-juristische Diskussion treffend charakterisiert: „Im sogenannten Wehrprozeß ging es [...] im Grunde allein um die Frage, was eine Verfassung und ein Verfassungsstaat eigentlich sind.“¹⁰ Während der Eskalation des Kalten Krieges, u. a. durch die Koreakrise, forderten die westalliierten Siegermächte schon bald einen (west-)deutschen Wehrbeitrag ein¹¹. Die notwendige Einbindung der wiederbewaffneten jungen Bundesrepublik sollte durch die Europäische Verteidigungsgemeinschaft EVG, d.h. durch multinationale Streitkräfte gewährleistet werden. Die Bundesregierung unter *Adenauer* sah hierin eine Chance der frühzeitigen Rückgewinnung staatlicher Souveränität und wollte angesichts der zunächst bestehenden politischen Chancenlosigkeit einer Grundgesetzergänzung die Wiederbewaffnung unterverfassungsrechtlich, d.h. einfachgesetzlich verwirklichen. Das führte nicht nur zur Anrufung des Bundesverfassungsgerichts¹², sondern zu einer der ersten großen staatsrechtlichen Gutachtenschlachten der Bundesrepublik, in der in interessanter Konstellation etwa Autoren wie *Ernst Forsthoff* und *Karl Loewenstein* gegen die Adenauerregierung Stellung bezogen¹³. Die staatsrechtliche Frage

9 Dokumentiert in: *Institut für Staatslehre und Politik in Mainz* (Hrsg.), *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, 3 Bde., 1952–1958; Überblick unter hiesiger Fragestellung bei *Albert Bleckmann*, *Der Verfassungsvorbehalt*, JR 1978, S. 221; *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), S. 41 ff.

10 *Horst Ehmke*, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20 (1963), S. 53 ff. (hier zitiert nach dem Wiederabdruck in: *Peter Häberle* (Hrsg.), *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, S. 329 (343 f.)).

11 Zum Ganzen *Hans-Peter Schwarz*, *Die Ära Adenauer 1949–1957* (=Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, 2), 1981/1994, S. 119 ff.; *Ulrich Herbert*, *Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, 2014, S. 635 ff.

12 Vgl. zu dem daraus resultierenden „Machtkampf“ zwischen Bundesregierung und Bundesverfassungsgericht *Jörn Ipsen*, *Der Staat der Mitte. Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, 2009, S. 75 ff.; *Rolf Lamprecht*, *Ich gehe bis nach Karlsruhe. Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*, 2011, S. 20 ff.

13 Zu *Forsthoffs* Beteiligung *Florian Meinel*, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft*, 2011, S. 402 ff.

ging dahin, ob ohne Grundgesetzergänzung bewaffnete Streitkräfte aufgestellt werden konnten oder ob dies nur wenige Jahre nach Kriegsende und ganz wenige Jahre nach der verfassungsrechtlichen Neukonstituierung einen Niederschlag im Grundgesetz selbst finden musste. Die Bundesregierung argumentierte mit einer unmittelbar aus der „Staatlichkeit“ folgenden Befugnis der Aufstellung von Streitkräften bzw. mit einem „Verfassungswandel“ durch den Korea-Krieg und wurde gutachtlich etwa von *Ulrich Scheuner*, *Erich Kaufmann*, *Richard Thoma*, *Werner Weber* und *Hans Julius Wolff* unterstützt¹⁴. Der seinerzeitige niedersächsische Ministerpräsident *Kopf* prägte – soweit ersichtlich und wie bereits erwähnt – in diesem Zusammenhang den Begriff des Verfassungsvorbehalts. Der in drei Dokumentationsbänden nachzulesende Streit verlief im Nichts, denn die Europäische Verteidigungsgemeinschaft scheiterte an der Französischen Nationalversammlung, die Anträge beim Bundesverfassungsgericht wurden zurückgezogen und nach der Bundestagswahl 1953 und einer weiter gewandelten politischen Gesamtkonstellation kam die grundgesetzändernde Mehrheit und damit die im Prinzip bis heute geltende Wehrverfassung zustande¹⁵.

Juristisch durchaus parallel wenn auch politisch wesentlich abstrakter blieb in den 1950er Jahren der Plan, einen Bundeswirtschaftsrat als weiteres, mit Gesetzesinitiativrecht begabtes Verfassungsorgan einfachrechtlich einzuführen¹⁶ – ein ständestaatliche Phantasien der Weimarer Zeit fortsetzendes Projekt, dem immerhin *Ludwig Erhard* (womöglich in Vorwegnahme seines von *Rüdiger Altmann* entwickelten Konzepts einer „formierten Gesellschaft“) nicht völlig ablehnend gegenüber stand. Es fand von der Gewerkschaftsbewegung im Bestreben, Mitbestimmung zu erreichen, bis zur Katholischen Kirche auf der Basis verfehlter ständestaatlicher Ansätze der katholischen Soziallehre

14 Vgl. die Dokumentation *Institut für Staatslehre und Politik in Mainz* (Hrsg.), Wehrbeitrag (Fn. 9).

15 Siehe *Hasso Hofmann*, Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 3. Aufl. 2003, § 9 Rdnr. 44 ff.

16 Siehe zum Folgenden *Meinel*, *Jurist* (Fn. 13), S. 342 ff.

Anklang. Politisch wurde daraus nichts. Manche sehen den Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung als ganz anders gelagerte Frucht dieser Überlegungen.

Das Thema wird im Folgenden in drei Schritten durchmessen: Zunächst geht es um eine genauere Bestimmung der Fragestellung und darum, was ein Verfassungsvorbehalt sein kann bzw. darunter verstanden wird (unter II.). Anschließend werden zwei Arten von Verfassungsvorbehalten untersucht werden: Der Verfassungsvorbehalt als rechtsdogmatische, d.h. als normative Kategorie (unter III.) und der Verfassungsvorbehalt als rechtstheoretisches Postulat (unter IV.), bevor am Schluss (unter V.) ein Resümee gezogen werden wird.

