III. Der verfassungsrechtsdogmatische normative Verfassungsvorbehalt als Funktion des Vorrangs der Verfassung

1. Der Vorrang der Verfassung

Beim Vorrang der Verfassung haben wir festen Boden unter den Füßen: Unter dem Grundgesetz ergibt sich seine normhierarchische Höherrangigkeit aus Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3, 93 Abs. 1 Nr. 2 und 2a sowie 100 Abs. 1 GG[64]. Das impliziert nicht nur einen Rangunterschied, sondern auch institutionelle Distanz und legitimatorische Differenz. Nicht nur die Unterscheidung zwischen Verfassung und einfachem Gesetz, sondern auch die Möglichkeit der Normenkontrolle am Maßstab der höherrangigen Verfassung sind Voraussetzungen für die Ausbildung des Vorrangs der Verfassung[65].

Der Vorrang der Verfassung ist in seinem heutigen Umfang und seiner heutigen Wirkkraft ungeachtet seiner zahlreichen ideengeschichtlichen Wurzeln und Vorläufer eine Errungenschaft des zwanzigsten Jahrhunderts[66], ein regelrechter Evolutionssprung des Verfassungsrechts[67].

In den Vereinigten Staaten von Amerika hat sich „im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts ein perfektes Modell einer vorrangigen und maßstäblichen Verfassung“[68] als „paramount law“ ausgebildet – freilich zunächst als föderativer Vorrang. Hervorzuheben sind hier die zu-

64 *Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung (Fn. 21), Rdnr. 6, 26 f.

65 *Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung (Fn. 21), Rdnr. 11 ff.

66 *Christoph Schönberger*, Der Vorrang der Verfassung, in: FS für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, 2011, S. 385

67 *Niklas Luhmann*, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 176 (201); vgl. *Schönberger*, Vorrang (Fn 66); *Rainer Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 (1981), S. 485 (502); anders wohl *Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 58 ff.

68 *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 488 ff.; *Peter Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, 2002, S. 60 ff.; *Winterhoff*, Verfassung (Fn. 54), S. 17 ff.; *Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung (Fn. 21), Rdnr. 11 ff.; vgl. zum Ganzen *Gerald Stourzh*, Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Zum Problem der

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nächst konzeptionelle, sodann aber auch in den Verfassungskonventen institutionalisierte Scheidung von *constituent power* und einfachem Gesetzgeber[69], die besonderen Anforderungen an die Verfassungsänderung als *amending power*[70] sowie – letztlich entscheidend – die Unterwerfung des einfachen Gesetzesrechts unter den *judicial review*[71] in Folge des bahnbrechenden Präjudizes Marbury v. Madison[72] aus dem Jahr 1803. Freilich sollte nach dieser Entscheidung die nächste Verwerfung von Bundesgesetzen wegen eines Verstoßes gegen die Verfassung erst mehr als fünfzig Jahre später erfolgen[73].

Den Verfassungen des deutschen Konstitutionalismus fehlte es an entsprechenden Voraussetzungen. Ihnen war der Schritt hin zu ihrem Vorrang historisch unmöglich[74]. Sie konnten weder auf eine Urheberschaft besonderer Dignität verweisen, noch sahen sie besondere Verfahren zu ihrer Änderung vor[75]. Ihre Grundrechtskataloge adressierten gerade nicht den Gesetzgeber und konnten schon gar nicht gegen diesen gerichtsförmig geltend gemacht werden[76]. Auf einer tieferen Ebene scheiterte die Ausbildung des Vorrangs der Verfassung im Konstitutionalismus bereits am unaufgelösten[77] Dualismus von Monarch und Volksvertretung und der damit fehlenden einheitlichen Legitimationsgrundlage der konstitutionellen Monarchie[78], welche wiederum den Erfolg erster verfassungstheoretischer Grundlagen für den Vorrang der

Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert, 1974; *Luhmann*, Errungenschaft (Fn. 67), S. 180 ff.

69 *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 489; *Schmidt*, Vorrang (Fn 21), S. 23 ff.; *Stourzh*, Widerstandsrecht (Fn. 68), S. 18 f.

70 *Schmidt*, Vorrang (Fn. 21), S. 28 ff.

71 *Schmidt*, Vorrang (Fn. 21), S. 31 ff.

72 Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

73 *Schönberger*, Vorrang (Fn. 66), S. 391 f.

74 *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 495.

75 *Schmidt*, Vorrang (Fn. 20), S. 41 ff.

76 Vgl. *Schmidt*, Vorrang (Fn. 20), S. 64 ff.; *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 419; *Schönberger*, Vorrang (Fn. 66), S. 390 f.

77 *Rainer Wahl/Frank Rottmann*, Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik – im Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar, in: Conze/Lepsius (Hrsg.), Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, 1983, S. 341 (350 ff.).

78 *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 494 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verfassung, wie sie insbesondere von *Robert von Mohl* geliefert wurden[79], verhinderten. *Paul Laband* fasste prägnant zusammen, dass die Verfassung „keine mystische Gewalt, welche über dem Staate schwebt, sondern gleich jedem anderen Gesetz ein Willensakt des Staates und mithin nach dem Willen des Staates veränderlich" sei[80]. Trotz der spezifischen Bedingungen des deutschen Konstitutionalismus liegt in der fehlenden Ausbildung des Vorrangs der Verfassung weniger ein weiterer deutscher Sonderweg als ein gemeineuropäisches Phänomen des neunzehnten Jahrhunderts, das sich positiv auch als spezifischer Respekt vor dem Gesetz und dem Gesetzgeber wenden lässt[81].

Zu seinem vollen Durchbruch bedurfte der Vorrang der Verfassung jedenfalls in Europa der komplementären rechtstheoretischen Begleitung durch die Idee des Stufenbaus der Rechtsordnung[82]. Auf dessen Grundlage und unter Verwendung der einheitlichen „Vorrangsemantik" ausgehend vom Vorrang des Gesetzes und vom Vorrang des Bundesrechts[83] setzte sich zunächst in Österreich[84] und – vorerst nur unvollständig – allmählich auch in der Weimarer Republik[85] die Erkenntnis der Grundrechtsbindung[86] auch des Gesetzgebers und der damit verbundenen gerichtlichen Kontrolle durch[87], die in Deutschland freilich erst unter der Geltung des Grundgesetzes praktisch wirkmächtig wurden.

79 Grundlegend Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, 1. Aufl. 1829, 1. Theil, S. 80 ff.; vgl. dazu *Schmidt*, Vorrang (Fn. 20), S. 122 ff.; *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 492.

80 *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 5. Aufl. 1911, S. 39.

81 *Schönberger*, Vorrang (Fn. 66), S. 399 ff.

82 Grundlegend *Adolf Julius Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft, 1923, S. 181 ff.; vgl. dazu *Schönberger*, Vorrang (Fn. 66), S. 386; *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 485.

83 *Schönberger*, Vorrang (Fn. 66), S. 385.

84 *Stourzh*, Widerstandsrecht (Fn. 68), S. 24, 31.

85 Vgl. insbesondere RGZ 111, 320 (322 f.); zum Überblick *Unruh*, Verfassungsbegriff (Fn. 68), S. 269 ff.

86 Vgl. die bemerkenswerte These bei *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 97, dass Verfassungen, die sich auf organisatorische Vorschriften beschränken, ihren Vorrang einbüßen können.

87 *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 498.

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ausgeklammert bleibt hier der föderative Vorrang der Verfassung, wie er sich etwa in einer bundesstaatlichen Kollisionsregel eines Art. 31 GG niederschlägt.

2. *Die Frage nach dem Eigenstand eines Vorbehalts neben dem Vorrang der Verfassung als Frage nach einer normhierarchisch hochgezonten Wesentlichkeitstheorie*

a) *Der Vorbehalt der verfassungsmäßigen Rechtserzeugung*

Josef Isensee hat gezeigt, dass ein rechtlicher Vorbehalt seine spezifische Bedeutung verliert, wenn er nicht auf höherrangigem Recht beruht, Vorbehalt und Akt der Ermächtigung in einer Norm zusammenfallen: Ergibt sich aus der Verfassung selbst, dass diese für bestimmte Gegenstände gesetzliche Regelungen ausschließt, gebietet oder gestattet, wird dies bereits durch den Vorrang der Verfassung abgedeckt. Die Verfassung bildet stets zugleich Grundlage und Grenze des Handelns des Gesetzgebers[88]. Vorrang wie Vorbehalt der Verfassung münden in das Postulat der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze: „Der Vorbehalt geht auf im Vorrang der Verfassung. Anders als im Verwaltungsrecht liegen nicht zwei Rechtsprinzipien vor; es gibt nur ein einziges. Die juristischen Probleme, die dort mit dem Vorbehalt des Gesetzes zu lösen sind, lassen sich hier allein mit Hilfe des Vorrangs der Verfassung beantworten.“ [89] Diesen Zusammenhang kann man in Anknüpfung vor allem an *Kelsen* als den verfassungsrechtlichen Vorbehalt verfassungsmäßiger Rechtserzeugung beschreiben[90]. Nicht nur in den verbands-

88 Ebenso *Markus Möstl*, Regelungsfelder der Verfassung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 17 Rdnr. 31.

89 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 366.

90 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 368 ff.; *Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung (Fn. 21), Rdnr. 52; *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 31; nach *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 228 ff., ist der einzige notwendige Verfassungsinhalt die Normierung des Gesetzgebungsverfahrens; noch nicht so deutlich *ders.*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934 (ed. Jestaedt) 2008, S. 84 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und organkompetenziellen Normen, sondern in der ex- oder impliziten Grundregel, dass jede staatliche Rechtsetzung in der Verfassung ihren Urgrund findet, dass die Verfassung Ausgangspunkt jeglicher Rechtserzeugung ist und damit den Staat als Entscheidungs- und Rechtseinheit konstituiert, kommt zum Ausdruck, dass die Verfassung Basis jeglichen staatlichen Handelns ist. Dabei handelt es sich dann um einen formellen, organisationsrechtlichen Vorbehalt. Die „Inhalte" von Recht sind dadurch zunächst nicht betroffen.

b) Als Gegenprobe: Vorrang und Vorbehalt der Verfassung in der englischen Verfassung

Die (auch) hier vertretene These, dass die normative Funktion eines Verfassungsvorbehalts identisch mit dem Problem ihres normativen Vorrangs ist, läßt sich möglicherweise ex negativo an einer Verfassungsordnung illustrieren, die traditionell über keinen oder einen nur schwach institutionalisierten Vorrang der Verfassung verfügt[91]. Das nächstliegende Beispiel ist hier die englische Verfassung[92].

Die englische Verfassung ist ein komplexes Gefüge aus einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, Fallrecht, daraus abstrahierten Prinzipien und nicht rechtsförmigen Konventionalregeln (constitutional conventions). Ihr traditioneller Kern besteht in der Souveränität des Parlaments[93], das nach orthodoxer Auffassung jedes Gesetz verabschieden oder aufheben kann und dabei keinerlei normativen Restriktionen unterliegt. Eine Ausnahme wird dabei nur für diese Regel selbst ge-

91 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 367, weist auf die Kontextgebundenheit der Figur hin: „Die Kategorie des Vorbehalts macht nur Sinn in Hinsicht auf ein bestimmtes Verfassungsgesetz, das alle normativen Qualitäten eines solchen aufweist".

92 Zu den historischen Gründen für die ausbleibende Verfassungsurkunde *Dieter Grimm*, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776–1866, 1988, S. 33 ff.

93 Präziser: des King in Parliament. Die Souveränität kommt nur den Commons, Lords und dem Monarchen in ihrem Zusammenwirken zu. Klassiche Darlegung bei *A. V. Dicey*, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10. Aufl. 1961, S. 39–85; *W. Wade*, The Basis of Legal Sovereignty [1955] CLJ 172.

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

macht. Seine Souveränität ist für das Parlament unverfügbar: Parliament cannot bind its successors. Der genaue normative Status dieser Ausnahme und ihre Begründung wird indes verschieden eingeschätzt. Trotz dieser Ausnahme unterliegt auch der parlamentarische Rechtserzeugungsprozess (einfach-)gesetzlichen Regelungen: insbesondere die Mitwirkung der zweiten Kammer ist durch die beiden Parliament Acts 1911 und 1949 geändert worden. Diesen Gesetzen wird eine „constitutional importance" zugeschrieben, ohne dass diese normative Auszeichnung sich eindeutig begründen ließe[94]. Für den Rechtsetzungsprozeß gilt dabei traditionell, dass er von den Gerichten nicht überprüft wird. Sobald ein Gesetz formal verkündet wurde, kann seine Gültigkeit nicht mehr in Zweifel gezogen werden (‚enrolled Act' Doktrin):

„All that a court of justice can do is to look to the Parliament roll: if from that it should appear that a Bill has passed both Houses and received the Royal Assent, no court of justice can inquire into the mode in which it was introduced into Parliament, or into what was done previous to its introduction, or what passed in Parliament during its progress in its various stages through both Houses."[95]

In dieser traditionellen Beschreibungsperspektive kennt die englische Verfassung daher keinen Vorrang der Verfassung, auch keine höherrangige Regelung parlamentarischer Rechtserzeugung und keine gerichtliche Kontrolle der Rechtserzeugungsregeln (mit Ausnahme der formalen Verkündung).

Dieses orthodoxe Verständnis unterliegt inzwischen von mehreren Seiten Veränderungsdruck. Auf theoretischer Ebene wird zum Teil eine partielle Suprematie des Common Law über das Parlament postuliert, die die Kernprinzipien des liberalen Konstitutionalismus entweder ganz der parlamentarischen Verfügung entziehen oder auf die Möglichkeit einer ausdrücklichen Abänderung beschränken will (Common Law Constitutionalism)[96].

94 *T. Khaitan*, „Constitution" as a Statutory Term, 129 (2013) LQR 589–609.

95 *Edinbugh & Dalkeith Railway v Wauchope* (1842) 8 Cl & F 710, 725. Diese Entscheidung wurde später bestätigt in *Pickin v British Railway Board* [1974] AC 765.

96 Aus der Praxis vgl. die Bemerkungen von *Laws J* in: *R v Lord Chancellor (ex Parte Witham)* [1998] QB 575 und von *Lord Steyn* und *Lady Hale* in: *R (Jackson) v*

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Praktisch bedeutsamer sind, zweitens, die Einwirkungen, die sich aus Mitgliedschaft in der Europäischen Union und der Verabschiedung des Human Rights Act 1998 ergeben[97]. Die innerstaatliche Rechtswirkung des EU-Rechts ergibt sich nach herkömmlicher Lesart allein aus dem Beitrittsgesetz (European Communities Act 1972). Damit würde jedes spätere Gesetz, das mit EU-Recht unvereinbar ist, gemäß der lex-posterior Regel den Vorrang des EU-Rechts gefährden. Um dieser Folge zu entgehen, hat der Court of Appeal die Interpretationsregel aufgestellt, dass Verstöße gegen EU Recht durch spätere Parlamentsgesetze nur ausdrücklich geschehen können[98]. Ohne eine solche explizite Erklärung werden nachfolgende Gesetze unionsrechtskonform auslegt. Auch im Fall der einfachgesetzlich verbürgten Grundrechte des Human Right Acts 1998 greift eine solche Vermutung der Kompatibilität des späteren Gesetzes mit dem grundrechtsverbürgenden früheren Gesetz[99]. In beiden Fällen wird also versucht, einen normativen Vorrang bestimmter Gesetze durch interpretatorische (kontrafaktische) Vermutungsregeln herzustellen.

Diese Entwicklungen lassen manche Beobachter von einer zunehmenden Konstitutionalisierung des Verfassungsrechts sprechen[100]. Sie betreffen durchweg den durchaus paradoxen Versuch, die Wirkungen einer zweistufigen Legalität, wie sie der Vorrang der Verfassung bedeutet, ohne dessen förmliche Institutionalisierung zu erreichen. Umgekehrt zeigt sich, dass die gegenwärtige Konstitutionalisierungsdiskussion in England praktisch vor allem das Problem des normativen Vorrangs betrifft. Die Konzentration auf den Versuch, Funktionsäquivalente für den normativen Vorrang der Verfassung zu konstruieren, stützt damit die hier vertretene These, dass ein etwaiger Verfassungs-

Attorney General [2006] 1 AC 262. Auf theoretischer Ebene sind hier vor allem die Arbeiten von *Trevor Allen* zu nennen, vgl. jüngst The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law, 2013.

97 *A. Young*, Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act, 2009; als politikwissenschaftliche Analyse *Stefan Schieren*, Die Stille Revolution, 2001.

98 *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151.

99 *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Simms* [2000] 2 AC 115.

100 *P. Craig*, Constitutionalising constitutional law: HS2, [2014] PL 373–392.

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vorbehalt sich verfassungsdogmatisch im Problem des Vorrangs erschöpft.

3. *Anwendungsfelder*

a) *Der Verfassung vorgelagerte Fragen – Numerus clausus der Rechtsetzungsformen?*

Erster Anwendungsfall der These, dass postulierte Verfassungsvorbehalte sich jedenfalls unter der Geltung des Grundgesetzes verfassungsdogmatisch im Vorrang der Verfassung erschöpfen, ist der immer wieder behauptete numerus clausus der Rechtsetzungsarten[101]. Angesichts neuartiger Rechtsetzungsformen – insbesondere im Sozialversicherungsrecht[102] und Umweltrecht[103] – ist in der jüngeren Vergangenheit die Debatte entbrannt, ob der einfache Gesetzgeber von Verfassungs wegen gehindert ist, eben solche einzuführen[104]. Eine Rechtsordnung kann einer Rechtsquellenlehre von je her nicht entbehren, erbringt sie doch eine „Vereinfachungsleistung"[105] angesichts der komplexen Frage, was rechtens ist. Damit ist jedoch noch nichts über ihren normativen Status gesagt. Die entscheidende Frage ist vielmehr, ob die notwendig vorhandene Rechtsquellenlehre in der jeweiligen Rechtsordnung einen „Typenzwang"[106] begründet. Ein ausdrücklicher numerus clausus von Rechtsetzungsformen eignet sich zunächst für Rechtsord-

101 So insbesondere *Udo Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 366; *ders*., Verlust der Steuerungskraft klassischer Rechtsquellen, NZS 1998, S. 449 ff.; *Fritz Ossenbühl*, Richtlinien im Vertragsarztrecht, NZS 1997, S. 497 (497, 499 f.); vgl. zum Ganzen überblicksweise *Peter Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 153 ff.

102 Vgl. insbesondere *Ossenbühl*, Richtlinien (Fn. 101).

103 Vgl. *Di Fabio*, Steuerungskraft (Fn. 101).

104 *Axer*, Normsetzung (Fn. 101), S. 153 ff.

105 *Niklas Luhmann*, Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht, in: FS für René König zum 65. Geburtstag, 1973, S. 387 (390).

106 Begriff bei *Fritz Ossenbühl*, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 100 Rdnr. 44.

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nungen, die nicht selbst über eine Kompetenz-Kompetenz verfügen. Dem entspricht, dass sich im inter- und supranationalen Recht durchweg Kataloge von „Rechtserzeugungsarten“[107], sprich: Rechtsquellen oder Rechtsetzungsformen, finden lassen. Für das Völkerrecht ist hier zunächst Art. 38 Abs. 1 lit. a–c IGH-Statut und für das Europarecht Art. 288 AEUV[108] zu nennen, der mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung[109] korrespondiert und doch nicht verhindert, dass sich unklare Zwischen- und Sonderformen entwickeln.

Dem Grundgesetz ist ein solcher Katalog – im Gegensatz zu zahlreichen anderen Verfassungen[110] – fremd. Zwar setzt es die Existenz des überkommenen deutschen Kanons von Rechtssetzungsformen an zahlreichen Stellen voraus[111], wenn es vom Gesetz, der Rechtverordnung, den Geschäftsordnungen als Satzungen und den Verwaltungsvorschriften handelt, doch insoweit „misst es der Form letztlich nur nachrangige Bedeutung zu und erweist sich insgesamt als formenoffen“[112] und damit zugleich zukunftsoffen[113]. Stattdessen bestimmt auch hier alleine der Vorrang der Verfassung die Reichweite des Typenerfindungsrechts des Gesetzgebers: Erlaubt ist, was den Vorgaben der stets gebotenen demokratischen Legitimation und den rechtsstaat-

107 Begriff bei *Markus Kaltenborn*, Gibt es einen numerus clausus der Rechtsquellen?, Rechtstheorie 34 (2003), S. 459 ff.

108 Vgl. *Kaltenborn*, Numerus clausus (Fn. 107), S. 464 ff., 472 ff.

109 *Kaltenborn*, Numerus clausus (Fn. 107), S. 484 f.

110 Vgl. *Peter Häberle*, Pluralismus der Rechtsquellen in Europa – nach Maastricht. Ein Pluralismus von Geschriebenem und Ungeschriebenem vieler Stufen und Räume, von Staatlichem und Transstaatlichem, JöR 47 (1999), S. 79 ff.

111 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn 17), S. 381.

112 *Kaltenborn*, Numerus clausus (Fn. 107), S. 480, nur auf den ersten Blick anders zugespitzt *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 380: „Da das Grundgesetz sich mehr den Mitteln als den Aufgaben, mehr den Formen als den Inhalten widmet, liegt die Frage nahe, ob es einen Kanon der Handlungsinstrumente festschreibt.“ I.E. ebenso ebd. S. 382; i.E. anderes *Di Fabio*, Steuerungskraft (Fn. 101), S. 451 f.: Das Grundgesetz sei „zwar keine formalistische Verfassung, jedoch streng in denjenigen Formfragen, die Wirkungsbezug zu Grundrechten und ihren Freiheitsverbürgungen aufweisen.“

113 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn 17), S. 382.

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lichen Vorgaben standhält[114]. Wenn man so will, begründet damit jede beliebige Verfassung im materiellen Sinne einen einzigen denknotwendigen Vorbehalt, nämlich denjenigen der verfassungsmäßigen Rechtserzeugung[115]. Mit einer griffigen Formulierung *Fritz Ossenbühls*: „Man muss von einem numerus clausus der Legitimationsmuster, statt von einem numerus clausus der Rechtsetzungsformen sprechen."[116]

b) Staatsorganisationsrecht: Einfachgesetzliche Einführung direktdemokratischer Elemente in das Grundgesetz?

Neben anderen, oben bereits angerissenen Fragen[117], ist im hiesigen Zusammenhang der Streit darüber zu erwähnen, ob ohne Änderung des Grundgesetzes neue direktdemokratische Entscheidungsformen einfachgesetzlich eingeführt werden können. Die repräsentative Demokratie ist als die „eigentliche" Form der Demokratie bezeichnet worden[118]. Tatsächlich begründet die auf Art. 20 Abs. 1 und 2 GG aufbauende, die abstrakten Vorgaben des Demokratieprinzips konkretisierende Organisation des Staates eine Vorrangstellung der mittelbar-repräsentativen Demokratie in unserer Verfassungsordnung. Die Regelungen des Staatsorganisationsrechts formen die Ausübung der Staatsgewalt durch Staatsorgane detailliert aus, während es für Abstimmun-

114 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn 17), S. 382; *Axer*, Normsetzung (Fn. 101), S. 225 ff., 238; *Kaltenborn*, Numerus clausus (Fn. 107), 481 ff; *Fritz Ossenbühl*, Zum Verfassungsvorbehalt für Rechtserzeugung, in: FS für Josef Isensee, 2007, S. 309 (320 f.); vgl. zu einzelnen rechtspraktischen Folgerungen auch BVerfGE 100, 249 (258); 107, 59 (91 f., 94 f.); BSGE 81, 54 (64); 81, 73 (82).

115 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 368 f.

116 *Ossenbühl*, Verfassungsvorbehalt (Fn. 114), S. 323; pointiert anders noch *ders.*, Richtlinien (Fn. 101), S. 499 f.

117 Die Frage nach einem numerus clausus der Abgabenarten; dies wird vom Bundesverfassungsgericht zu Recht verneint, vgl. oben bei Fn. 54 ff.

118 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie, in: FS für Kurt Eichenberger, 1982. S. 301 ff.; *Horst Dreier*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, Jura 1997, S. 249 (251).

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen – von Fragen der Länderneugliederung abgesehen – an Anwendungsfällen fehlt[119]. Diese „prononciert antiplebiszitär[e]“[120] Ausrichtung des Grundgesetzes mit einer Verankerung des Schwerpunkts der Entscheidungsfindung bei den Staatsorganen darf jedoch nicht ohne Weiteres mit ihrem unabänderlichen Gehalt gleichgesetzt werden[121]. Für eine änderungsfeste Präponderanz mittelbarer Entscheidungsstrukturen findet sich in Art. 20 Abs. 1 und 2, 79 Abs. 3 GG keine normative Grundlage. Es zeigt sich vielmehr eine Indifferenz des Grundgesetzes hinsichtlich eines Rangverhältnisses repräsentativer und plebiszitärer Formen von Herrschaftsausübung[122]. Seinem Wortlaut nach fordert Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG weder eine ausschließlich unmittelbare Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk, noch formuliert er deren Legitimitätsvorrang. Der Vorschrift ist keine Zuständigkeitsregelung, sondern ein Legitimations- und Verantwortungsprinzip zu entnehmen[123]. Im Zusammenhang des Satzes 2, nach dem die Staatsgewalt unmittelbar „in Wahlen und Abstimmungen“ und (bei Rückbindung an das Staatsvolk) mittelbar „durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt“ wird, finden sich sowohl Argumente für eine Gleichordnung als auch für eine Vorrangstellung unmittelbarer[124] bzw. mittelbarer Herrschaftsausübung. Die semantische Analyse bleibt unergiebig.

119 Vgl. *Bernd Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Art. 20 II Rdnr. 63, 112 (Stand der Kommentierung: 76. Lieferung Dezember 2015).

120 *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 608.

121 *Fabian Wittreck*, Direkte Demokratie vor Gericht oder: Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit – Ein gestörtes Verhältnis, in: Heußner/Jung (Hrsg.), Mehr direkte Demokratie wagen, 2. Aufl. 2009, S. 397 (404).

122 Im Ergebnis ebenso *Brun-Otto Bryde*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 79 Rdnr. 41; *Dreier*, Demokratieprinzip (Fn. 118), S. 252; *Karsten Bugiel*, Volkswille und repräsentative Entscheidung, 1991, S. 450; a.A. *Bernd Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Art. 20 II Rdnr. 77, 110, 115 (Stand der Kommentierung: 57. Lieferung Januar 2010).

123 *Dreier*, Demokratiepinzip (Fn. 118), S. 250 f.

124 Eher abwegig jedoch *Christian Pestalozza*, Der Popularvorbehalt, 1981, S. 12; ebenfalls problematisch *Bugiel*, Volkswille (Fn. 122), S. 110.

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auch der Parlamentarische Rat wollte zumindest keinen änderungsfesten Vorrang repräsentativ-demokratischer Entscheidungen festschreiben. Die direkte Volksbeteiligung wurde nach den negativen Erfahrungen in der Weimarer Republik und den noch deutlich vor Augen stehenden Ereignissen von Massenverführbarkeit in der nationalsozialistischen Diktatur[125] abgelehnt. Diese Entscheidung entsprang der „soziologischen [Nachkriegs-]Situation"[126]; sie ist auch für „grundlegende Neuorientierungen" nicht von vornherein verschlossen[127]. Gleichwohl könnten entsprechende „Anreicherungen" mit direktdemokratischen Elementen nicht ohne Grundgesetzänderung vonstatten gehen[128]. Das gilt unabhängig von der verfassungspolitischen Präferenz für direktdemokratische Elemente der Entscheidungsfindung.

c) Inhaltliche Verfassungsvorbehalte – Die Staatsaufgabendiskussion

aa) Staatsaufgaben als Produkt des politischen Prozesses

Prominentestes Beispiel einer Diskussion um inhaltliche Verfassungsvorbehalte ist diejenige um die Staatsaufgaben: Darf der Staat nur solchen Aufgaben nachkommen, die im Grundgesetz ausdrückliche Erwähnung finden, oder besitzt er über eine nur durch die Schranken des Grundgesetzes begrenzte Allzuständigkeit[129]?

Die Annahme, dass Staatsaufgaben schlechthin unter Verfassungsvorbehalt stehen, beruht auf der Gleichung „Staatsaufgaben sind Verfassungsaufgaben"[130], nach der sich jede Tätigkeit des Staates nicht

125 *Peter Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 35 Rdnr. 14.

126 *Theodor Heuss*, Parlamentarischer Rat, Hauptausschuss, Stenographisches Protokoll, 22. Sitzung am 8. Dezember 1948, S. 264.

127 *Johannes Rux*, Direkte Demokratie in Deutschland, 2008, S. 206 ff.

128 *Hartmut Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 7 Rdnr. 50.

129 Vgl. zum Überblick *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), S. 98 ff.

130 *Helmuth Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung. Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung, in: Grimm

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nur legitimatorisch, sondern auch „sachlich“ auf „letzte Grundaussagen in der Verfassung“ zurückführen lassen müsse[131], da das „Grundgesetz alle maßgeblichen Gerechtigkeitsprinzipien“ abschließend „konstitutionalisiert“[132]. Konsequent wird dann eine Verfassung ohne Bestimmung der Staatsaufgaben als unvollständig betrachtet[133]. Freilich unterfielen dem Verfassungsvorbehalt nicht die „Details der Konkretisierung“, sondern gerade nur „die politisch umstrittenen Entscheidungen“[134].

Hier zeigt sich die anti-politische Stoßrichtung dieser Auffassung, die entgegen der steten Beteuerung[135] ihrer Vertreter das Demokratieprinzip eher schwächt als stärkt. Denn in der Demokratie kann und soll sich gerade die Identifizierung einer Staatsaufgabe „von unten“ vollziehen, kanalisiert durch die dazu gemäß Art. 21 GG berufenen politischen Parteien[136]. Diesem Prozess eignet die Wahrnehmung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers als *virtuell* allzuständig[137]. Aus dieser Sicht empfängt der Staat unter den Bedingungen moderner Verfassungsstaatlichkeit und insbesondere unter der Geltung des Grundgesetzes zwar keine „Blanko- und Generalvollmacht zum Handeln“[138], seine Allzuständigkeit bleibt eben lediglich virtueller Natur[139], also nur so lange existent, wie die Verfassung nichts anderes

(Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 11 (15).

131 *Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung (Fn. 130), S. 15.

132 *Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung (Fn. 130), S. 16.

133 *Hans-Peter Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1973, S. 114.

134 *Bull*, Staatsaufgaben (Fn. 133), S. 117.

135 Vgl. *Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung (Fn. 130), S. 14 f.

136 Bericht der Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, 1983, S. 17.

137 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 370 ff.

138 So aber *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 760 f.; dazu zu Recht kritisch *Bull*, Staatsaufgaben (Fn. 133), S. 90 ff.

139 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 370; *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), S. 106; vgl. *Stefan Korioth*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Art. 30 Rdnr. 9 (Stand der Kommentierung: 46. Lieferung März 2006): „potenziell“.

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bestimmt. Doch zeigt sich auf diese Weise deutlich, dass Politik kein bloßer Verfassungsvollzug ist[140].

Quelle verbindlicher Aufgaben und Aufträge an die Träger der Staatsgewalt kann dennoch die Verfassung – und nur diese – sein. Das Grundgesetz macht an verschiedenen Stellen – vom Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen nach Art. 20a GG über den Mutterschutz nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG bis hin zum Schutz der Sonn- und Feiertage nach Art. 139 WRV i.V.m. Art. 140 GG – von dieser Möglichkeit Gebrauch[141]. Die Ausdehnung solcher Aufträge, insbesondere in Gestalt der Aufnahme weiterer Staatsaufgaben und/oder Staatszielbestimmungen in das Grundgesetz ist angesichts der vorstehenden Erwägungen jedenfalls verfassungspolitisch im höchsten Maße rechtfertigungsbedürftig[142].

Dem modernen Verfassungsstaat, insbesondere jenem des Grundgesetzes, bleibt ein mit normativem Anspruch[143] auftretender apriorischer Aufgabenkatalog indes fremd. Bei diesem handelt es sich letztlich um nichts anderes als einen in die (Post-)Moderne verlängerten Arm der Textgattung des Fürstenspiegels. Aus dem puren Begriff des Staates, den sich die Allgemeine Staatslehre zum Gegenstand gibt, empfängt das politische Leben der Bundesrepublik keine Direktiven. Eine wahrhaft „Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre“[144] nimmt daher „Abschied von allen offenen oder verdeckten Anleihen an den Staat der Allgemeinen Staatslehre“[145] und erschöpft sich in der Feststellung, dass Staatsaufgabe jenseits ausdrücklicher Anordnung von Verfassungs wegen all das, aber auch nur das ist, was der politische Prozess als solche wahrnimmt[146]. Das ist und muss – unter den Bedin-

140 Sachverständigenkommission (Fn. 136), S. 32.
141 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 370.
142 Vgl. Sachverständigenkommission (Fn. 136), S. 37 f., 40.
143 Vgl. zum Überblick *Arthur Benz*, Der moderne Staat, 5. Aufl. 2001, S. 144 ff.
144 *Peter Häberle*, Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre, AöR 111 (1986), S. 595 ff.
145 *Häberle*, Staatsaufgabenlehre (Fn. 144), S. 600.
146 Vgl. ähnlich *Korioth*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Art. 30 Rdnr. 9 (Stand der Kommentierung: 46. Lieferung März 2006).

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gungen einer pluralistischen und arbeitsteiligen Gesellschaft – freilich ein durchaus weites und zugleich wechselhaft besetztes Feld sein, in dem Staatsaufgaben- und Staatszwecklehren allenfalls noch „als Leitfäden der moralischen Bewertung der politischen Ordnung dienen“[147]. An diesem Befund ändert auch die jüngste Renaissance eines Staatsaufgabenkatalogs im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts nichts[148], dienen hier die Staatsaufgaben doch prononciert gerade der Verteidigung des Spielraums der – freilich nationalstaatlichen – Politik.

Dennoch ist auch der Verfassungsstaat des Grundgesetzes nicht vom sprichwörtlichen Himmel gefallen, sondern historisch gewachsen. Es stand der verfassunggebenden Gewalt und es steht nunmehr immer noch den verfassten Gewalten jederzeit frei, tradierte und als typisch wahrgenommene Staatsaufgaben weiter zu bedienen, allein er muss es nicht: „Die Vielzahl staatsphilosophischer Traditionen haben keinen Verfassungsrang.“[149] Im Gegenteil kann der demokratisch legitimierte politische Prozess auch in eine mehr oder minder bewusste „Abkopplung von der Vergangenheit“ münden.[150]

bb) Als Gegenmodell: Explizite Staatsaufgabenvorbehalte

In der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 findet sich, Überlegungen *Kurt Eichenbergers* aufnehmend[151], ein expliziter Staatsaufgabenvorbehalt positiviert:

„§ 26 Rechtliche Grundlagen. (1) Für die Erfüllung der Aufgaben, die dem Kanton nicht durch Bundesrecht übertragen sind, muss eine verfassungsrechtliche Grundlage gegeben sein. [...]“.

147 *Christoph Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl. 2011, S. 212.
148 BVerfGE 123, 267 (359); vgl. dazu *Möllers*, Staat (Fn. 147), S. XXXVI.
149 *Möllers*, Staat (Fn. 147), S. 213.
150 *Möllers*, Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2009, S. 227 (232).
151 *Kurt Eichenberger*, Der geforderte Staat, in: ders. (Hrsg.), Der Staat der Gegenwart, 1980, S. 114.

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das stellte auch für die Schweiz ein Novum dar[152]. Es erklärt sich aus der komplexen Entstehungsgeschichte im Zusammenspiel mit der Reform direktdemokratischer Beteiligungsrechte im Kanton: Ursprünglich sollte die totalrevidierte Kantonsverfassung nur mit einem fakultativen Gesetzesreferendum bei obligatorischem Verfassungsreferendum ausgestattet werden; nachdem sich auch für die normale Rechtsetzung das obligatorische Referendum durchsetzte, ist nunmehr eine zweistufige, jeweils auch direktdemokratische Entscheidung bei Übernahme neuer kantonaler Aufgaben erforderlich[153]. Für den Verfassungsvorbehalt werden vor diesem Hintergrund drei Argumente angeführt[154]: „a) Die Kantonsverfassung wird sachlich und politisch aufgewertet. Sie äussert sich nicht nur – als sog. instrumentale Verfassung – zur Staatsorganisation i.w.S., sondern auch umfassend – als materiale Verfassung – zum Inhalt der staatlichen Tätigkeit. Nach der bisherigen Verfassungsordnung konnte der kantonale Gesetzgeber nach seinem Gutfinden neue Aufgaben in Angriff nehmen oder bestehende ausweiten oder fallenlassen. [...] Demzufolge wurden in den letzten hundert Jahren die Staatsaufgaben schrittweise ausgeweitet und verdichtet, in aller Regel ohne dass die Staatsverfassung dazu etwas bestimmte. Die Verfassung verringerte ihre Bedeutung und Lenkungskraft gerade in den wichtigeren Staatsentscheidungen; das politische Leben und die Entwicklung des Kantons standen in erheblichem Ausmass diesseits des Verfassungsrechts. Mit Absatz 1 rückt die Kantonsverfassung in den materiellen (staatsinhaltlichen) Belangen in das Zentrum der staatlichen Entscheidungsvorgänge ein. b) Da die Aufgaben in der Kantonsverfassung wesensgemäss nicht in Einzelheiten geregelt werden, vielmehr Grundentscheidungen oder Grundsatzentscheidungen darüber ergehen, wird auf gleichsam natürliche Weise ein Überlegen und Entscheiden im Grundlegenden und Allgemeinen zustande gebracht. ‚Diskurs und Entscheid' versinken nicht in der Menge und Unüber-

152 *Kurt Eichenberger*, Verfassung des Kantons Aargau. Textausgabe mit Kommentar, 1986, § 26 Rdnr. 1.

153 Vgl. auch *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), S. 37.

154 *Eichenberger*, Aargau (Fn. 152), § 26 Rdnr. 2 ff.; vgl. auch *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), S. 37 f.

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

blickbarkeit der Einzelregelungen, wie dies bei Gesetzen auftreten kann. Die Staatsorgane – mit Einschluss der Stimmberechtigten – werden einerseits entlastet und andererseits veranlasst, Neuerungen in größeren Zusammenhängen zu sehen. [...] c) Es liegt schliesslich zutage, dass mit der zweistufigen oder doppelten Entscheidung zuerst in Form von Verfassungsrecht, alsdann für die Regel in Form von Gesetzesrecht eine Demokratieverstärkung stattfindet. [...]" Ein derartiger Verfassungsvorbehalt für Staatsaufgaben hat zur Folge, dass Staatsaufgabenkataloge das Bild der Verfassung anreichern[155]. In der Aargauer Verfassung handelt es sich um den umfänglichen dritten Abschnitt (§§ 25–58). Neben dem oben erwähnten Sinn der Erschwerung bzw. Explizierung der Übernahme neuer Aufgaben wird der Sinn eines solche Abschnitts darin gesehen, den „Inhalt der Staatstätigkeit [...] sichtbar" zu machen, „der ‚Staat in Aktion' und in seiner materiellen Sendung tritt hervor"[156].

Insgesamt ergibt sich damit der Befund, dass ein allgemeiner normativer Verfassungsvorbehalt, wenn vorhanden, doch von äußerst geringer Direktionskraft wäre, letztlich im Vorrang der Verfassung aufgeht. Das sagt noch nichts über das eigentliche, verfassungstheoretische Anwendungsfeld der Kategorie aus, das im folgenden Abschnitt behandelt wird. Die Frage nach einem (verfassungstheoretischen) Verfassungsvorbehalt impliziert dabei die Figur des Vorrangs der Verfassung[157].

155 *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), S. 38 f.
156 *Eichenberger*, Aargau (Fn. 152), S. 125.
157 *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 30.

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783845278070-27, am 12.11.2024, 18:24:48
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb