

## IV. Der verfassungstheoretische Verfassungsvorbehalt als Theorie des Verfassungsinhalts

### 1. *Diachrone und synchrone Typologie: Was gelangt(e) wann und warum in Verfassungstexte?*

Typologien sind „Hilfsmittel der Verfassungstheorie, dazu bestimmt, die vorhandenen Verfassungen nach allgemeinen Merkmalen zu charakterisieren. Die Zuordnung eines Verfassungsgesetzes zu einem Typus enthält keine normative Aussage.“<sup>158</sup> Während *Heller* noch annahm, dass es auch keine theoretischen Leitlinien für unsere Fragestellung geben könne<sup>159</sup>, soll im Folgenden untersucht werden, welche Verfassungsinhalte unter welchen Bedingungen und in welchen Kontexten verfassungstextlich positiviert und verdichtet werden und welche Erkenntnis daraus zu gewinnen ist<sup>160</sup>. Diese Form von Typologie als Theorieelement nimmt dabei geltende wie ehemalige Verfassungen in ihrem Text wie Kontext auf, ohne zur Verfassungsinterpretation zu werden; sie beschränkt sich notwendig auf dasjenige, was als westlicher Verfassungsstaat bezeichnet wird und bezieht dessen Vorformen ein<sup>161</sup>.

Verfassungen sind Beispiele für Rechtsnormen mit ausgeprägter Situations- und Kontextabhängigkeit<sup>162</sup>. Verfassunggebung erfolgt nicht

158 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 368; vgl. als Versuch einer verfassungstheoretisch angeleiteten Typologie in anderem Zusammenhang *Waldhoff*, Verfassungsgesetz (Fn. 34), Rdnr. 22 ff.

159 *Heller*, Staatslehre (Fn. 4), S. 311.

160 Die Untersuchung von *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), widmet sich der verfassungstheoretischen Dimension des Verfassungsvorbehalts nicht mehr, sondern endet mit der plausibel begründeten begrenzten verfassungsrechtsdogmatischen Bedeutung der Kategorie.

161 Eingehender zu den methodischen Problemen *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 2 ff.; zum Typus des „westlichen Verfassungsstaates“ etwa *Ulrich Karpen*, Die verfassungsrechtliche Grundordnung des Staates, JZ 1987, S. 431 ff.

162 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: FS für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geb., 1983, S. 317 ff., hier zitiert nach *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 11 (17 f.); *Wolfgang*

„auf der grünen Wiese“ oder „am Schreibtisch“ sondern in zumeist existenziellen historisch-politischen Lagen<sup>163</sup>. Klassischer „Anlass“ ist eine erfolgreiche Revolution: „Originäre Verfassunggebung ist revolutionär“<sup>164</sup>. Der revolutionäre Bruch war eine Voraussetzung für die modernen Verfassungen<sup>165</sup>. „Seit dem Ende des 18. Jahrhunderts besiegeln moderne Revolutionen ihren Erfolg in einer neuen Verfassung. [...] Im pouvoir constituant begegnen sich Staatsrecht und Revolution – in diesem Begriff wird die Revolution zu einer staatsrechtlichen Kategorie und das Staatsrecht revolutionär.“<sup>166</sup> Das gilt für die amerikanische Verfassung von 1787 wie für die Revolutionsverfassungen in Frankreich seit 1791, aber auch für die Weimarer Reichsverfassung im Kontext von 1918/19. Revolution bedeutet Selbstermächtigung gegen eine bestehende Legalität. Der römischrechtliche Grundsatz *ex iniuria ius non oritur*<sup>167</sup> gilt nur innerhalb einer Rechtsordnung, nicht bei der revolutionären Überwindung derselben. Genauso wenig wie es ein Recht auf Revolution geben kann, gibt es ein Recht auf Beibehaltung der geltenden Verfassungsordnung<sup>168</sup>. Die Verfassung als verfassungs-

*Knies*, Das Grundgesetz – kein Kodex des Staatsrechts, in: Merten/Schreckenberger (Hrsg.), Kodifikation gestern und heute, 1995, S. 221 (222); *Winterhoff*, Verfassung (Fn. 54), S. 50 ff.; *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 5 und öfter; aus dem Blickwinkel der Verfassungsvergleichung *Rainer Wahl*, Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung, in: *ders.*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 96.

- 163 Für bestimmte nach dem weltpolitischen Umbruch 1989/90 entstandene Verfassungen in den ost- und ostmitteleuropäischen Staaten spricht *Bernd Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht, 2005, „fast von schablonenhaften ‚Reißbrettverfassungen‘“.
- 164 *Dietrich Murswiek*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Präambel Rdnr. 93 (Stand der Kommentierung: 119. Lieferung September 2005).
- 165 *Dieter Grimm*, Ursprung und Wandel der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 3. Aufl. 2003, § 1 Rdnr. 9.
- 166 *Preuß*, Verfassungsverständnis (Fn. 47), S. 103, 105; vgl. bereits *Heller*, Staatslehre (Fn. 4), S. 314.
- 167 Siehe *Detlef Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 1983, S. 67.
- 168 Vgl. aber zur Deutung der Lissabon-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als „Revolutionsverneinungsverfassungsbeschwerde“ *Grefrath*, Letztfragen (Fn. 42), S. 241 ff.

hervorbringender Akt ist dabei im Verhältnis zur überwundenen Legalitäts- und Legitimitätsordnung revolutionär, im Blick auf die Zukunft konstitutiv und damit antirevolutionär, denn die in und durch die Revolution hervorgebrachte Verfassung beansprucht Dauer und Geltung, kodifiziert die Prinzipien der Revolution<sup>169</sup>. Darin verwirklicht sich dann erneut die Ordnungsfunktion des Rechts. Nur wenn wirklich Herrschaftsbegründung gelingt und nicht bloß Herrschaftsmodifikation verwirklicht wird – eine Unterscheidung von *Dieter Grimm* zur Abgrenzung der deutschen konstitutionellen Verfassungen des 19. Jahrhunderts vom westlichen Verfassungstyp<sup>170</sup> – liegt eine erfolgreiche Revolution vor. „Aus politischen Gründen wird als ‚wahre‘ oder ‚echte‘ Verfassung oft nur das bezeichnet, was einem bestimmten Ideal von Verfassung entspricht. [...] Insbesondere hat das liberale Bürgertum in seinem Kampf gegen die absolute Monarchie einen bestimmten Idealbegriff von Verfassung aufgestellt und ihn mit dem Begriff der Verfassung schlechthin identifiziert. Man sprach also nur dann von ‚Verfassung‘, wenn die Forderungen bürgerlicher Freiheit erfüllt und dem Bürgertum ein maßgebender politischer Einfluß gesichert war. Auf diese Weise entsteht ein besonderer, unterscheidender Begriff von Verfassung.“<sup>171</sup> Der vielzitierte und das ganze Pathos des durchaus universalistisch zu verstehenden Textes zum Ausdruck bringende Art. 16 der französischen Menschenrechtserklärung vom 26. August 1789 bringt das auf den Punkt: „Eine Gesellschaft, in der weder die Gewährleistung der Rechte zugesichert noch die Gewaltenteilung festgelegt ist, hat keine Verfassung.“ Damit sind zwei Hauptbestandteile erwähnt: Grund- bzw. Menschenrechte sowie mit dem Gewaltenteilungsprinzip eine staatsorganisationsrechtliche Grundstruktur<sup>172</sup>.

169 *Preuß*, Verfassungsverständnis (Fn. 47), S. 103 f.; ähnlich bereits *Jellinek*, Verfassungsgesetzgebung (Fn. 42), S. 15 ff.

170 *Grimm*, Verfassungsgeschichte (Fn. 92), S. 43 ff.

171 *Schmitt*, Verfassungslehre (Fn. 7), S. 36 in dem Kapitel „Idealbegriff der Verfassung“.

172 Vgl. *Gerhard Oestreich*, Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß, 1968, S. 71.

Während heute der Typus der „Vollverfassung“ dominiert, d.h. in jeweils kontextbezogener Erklärbarkeit unterschiedliche Anordnungen von Staatsorganisationsrecht und Grundrechten bestehen<sup>173</sup>, herrschte an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert hier eine charakteristische Unsicherheit. Sowohl die US-Verfassung von 1787 – die ohnehin vor allem das Verhältnis Bund-Einzelstaaten regelte – als auch die Revolutionsverfassungen waren nämlich Organisationsstatute; Grundrechtsverbürgungen wurden anderweitig niedergelegt – in der declaration aus dem ersten Revolutionsjahr oder in schon existenten Bills of Rights der Kolonien. Während in den USA bereits durch die ersten amendments auch die Grundrechte in eine einheitliche Verfassungsurkunde überführt wurden<sup>174</sup>, nimmt noch die Verfassung der fünften Französischen Republik, die de Gaulle-Verfassung von 1958, nur in ihrer Präambel auf die déclaration Bezug<sup>175</sup>. Die Menschenrechtserklärung veränderte sich freilich parallel zu den nun gehenden und kommenden Verfassungen<sup>176</sup>: Die Déclaration Girondine wird in die girondistische Verfassung mit charakteristischen Änderungen, etwa zur Unverletzbarkeit des Eigentums, aufgenommen. Die demokratisch-republikanische Verfassung von 1793 stellt eine „Déclaration Jacobine“, die von 17 auf 35 Artikel aufgebläht wurde, mit starker Betonung der Gleichheit der Menschen aber auch wirtschaftlicher und sozialer Rechte voran. Die Verfassung der bürgerlichen Republik von 1795 veränderte den Rechtekatalog erneut im Sinne eines Rückbaus der naturrechtlich-vorstaatlichen Anklänge und der Betonung der

173 Vgl. die Typologie bei *Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht (Fn. 163), S. 70 ff.

174 *Akhil Reed Amar*, America's Constitution, New York 2015, S. 313 ff.

175 „Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946.“ Dazu etwa *Gérard Marcou*, Pouvoir et institutions, in: Hamon/Lelièvre (Hrsg.), L' Héritage politique de la Révolution française, 1993, S. 23 (33); vgl. insgesamt zu dieser Verfassung *Rainer Grote*, Das Regierungssystem der V. französischen Republik, 1995, S. 199.

176 *Oestreich*, Menschenrechte (Fn. 172), S. 71 ff.; *Andreas Kley*, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2013, S. 153 ff.

Pflichtendimension der Bürger<sup>177</sup>. Man kann so schon an den Veränderungen der *déclaration* von 1789 den Verlauf der Revolution nachvollziehen: Die Abhängigkeit von Verfassungstexten von der konkreten politisch-historischen Situation spiegelt sich unmittelbar und wird evident.

In Deutschland zur Zeit der bloß herrschaftsmodifizierenden, die Legitimationsgrundlage des monarchischen Prinzips unangetastet lassenden Funktion der oktroyierten oder paktierten Verfassungen seit dem Frühkonstitutionalismus, gehörten staatlich gewährte, auf die Staatsangehörigen begrenzte Grundrechte zum Standardprogramm. Mangels Vorrangs der Verfassung und mangels richterlicher Aktivierung umrissen die konstitutionellen Grundrechte nur den Bereich gesellschaftlicher Freiheit um dadurch wiederum das Auslösen des Vorbehalts des Gesetzes bestimmen zu können. Irgendwelche „materiellen“ rechtlichen Wirkungen können ihnen so nicht zukommen. Auf zentralstaatlicher Ebene war die Paulskirchenverfassung als zwar nicht in Kraft getretene, dafür aber um so nachhaltiger fortwirkende Vollverfassung konzipiert, während die Bismarcksche Reichsverfassung als Organisationsstatut eines Fürstenbundes auf die Grundrechtsverbürgungen der nunmehr bloß noch gliedstaatlichen Verfassungen und damit letztlich auf die Gewährleistungsfunktion des Gesetzes verweisen konnte. Eine in der deutschen Verfassungsgeschichte singulär gebliebene Diskussion über mögliche, zweckmäßige und notwendige Verfassungsinhalte entbrannte im Vorfeld und während der Weimarer Nationalversammlung. Ausgehend von der Ausarbeitung eines Verfassungsentwurfs durch eine Sachverständigenkonferenz unter Leitung von *Hugo Preuß* und unter Mitarbeit von *Max Weber* und dem jedoch weitgehend verhinderten *Gerhard Anschütz*<sup>178</sup> entbrannte eine intensi-

177 Vgl. etwa im Überblick *Oestreich*, Menschenrechte (Fn. 172), S. 71; *Hans Fenske*, Der moderne Verfassungsstaat, 2001, S. 158 ff.; vgl. aus neuerer Zeit etwa Art. 29 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948: „1. Jeder hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, in der allein die freie und volle Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich ist.“

178 Vgl. *Jasper Mauersberg*, Ideen und Konzeption Hugo Preuß' für die Verfassung der deutschen Republik 1919 und ihre Durchsetzung im Verfassungswerk von

ve Diskussion über Nutzen und Nachteil eines Grundrechtskatalogs von Verfassungsrang, an der sich so bedeutende Wissenschaftler wie der alte *Otto von Gierke* und der bereits erwähnten *Max Weber*, weite Teile der Öffentlichkeit, namentlich der public intellectual avant la lettre *Friedrich Naumann*, und der Politik, v.a. *Friedrich Ebert* beteiligten. Hartnäckig gegen einen umfassenden, über Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie einen Minderheitenschutz hinausgehenden Grundrechtsteil argumentierte unermüdlich *Preuß*, der bereits im – wohl durch die OHL veranlassten<sup>179</sup> – „Kriegsentwurf“ für eine Verfassungsreform einen solchen ohne weitere Erläuterung als „nicht ratsam“<sup>180</sup> bezeichnet hatte. Aus „taktischen und politischen Gründen“ sprach *Ebert* schließlich ein „Machtwort“ zugunsten der Ausarbeitung eines umfassenden Grundrechtsteils<sup>181</sup>.

Existenz, Struktur und Position eines Grundrechtskatalogs sind nur ein Beispiel für die Kontingenz von Verfassungsinhalten. So verwundert es nicht, dass sich in konstitutionellen Verfassungen regelmäßig Vorschriften über das Fürstenhaus<sup>182</sup>, dessen Thronfolge<sup>183</sup>, die sog. Zivilliste<sup>184</sup> u.ä. fanden, während in Verfassungen nach Großkatastrophen wie etwa dem Grundgesetz zahlreiche Normen sich mit Kriegsfolgen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 6, 9 und 10; Art. 116, 131 GG), Kriegsfolgenlasten (Art. 73 Abs. 1 Nr. 13; Art. 120, 120a GG), Heimatvertriebenen

Weimar, 1991, S. 60 ff.; vollständig zusammengestelltes Material jetzt bei *Hugo Preuß*, *Gesammelte Schriften*, Bd. 3: *Das Verfassungswerk von Weimar*, 2015.

179 *Günther Gillessen*, *Hugo Preuß*, 2000, S. 98.

180 *Hugo Preuß*, *Volksstaat oder verkehrter Obrigkeitsstaat?*, in: *ders.*, *Staat, Recht und Freiheit*, 1926, S. 365, 367 f.

181 *Susanne Miller*, *Die Regierung der Volksbeauftragten 1918/1919*, 1969, Teil 2, S. 240.

182 Fürstentum Liechtenstein: Art. 3 Verfassung vom 5. Oktober 1921 mit Verweis auf das Hausgesetz, noch in Kraft; Frankreich: Zweites Kapitel, Abschnitte 1 bis 3 Verfassung vom 3. September 1791 (insgesamt 38 Artikel).

183 Art. 5 Portugiesische Verfassungsscharta vom 19. April 1826.

184 § 9 Durchgesehenes Grundgesetz des Dänischen Reiches vom 5. Juni 1849 in der Fassung vom 28. Juli 1866; §§ 9 f. Grundgesetz des Dänischen Reiches vom 5. Juni 1915.

(Art. 119 GG) usw. befassen<sup>185</sup>. Die Kontingenz des Verfassungsinhalts hängt nun freilich nicht nur von der konkreten historisch-politischen Situation ab, sondern auch davon, ob die Verfassung Vorrang genießt oder nicht.

Aufschluss über Verfassungsinhalte versprechen auch Längsschnitte bestimmter Regelungsfelder von Verfassungen durch mehrere verfassungsgeschichtliche Epochen hinweg. Das zu beschreibende Phänomen kann als „Rationalisierung“ von Verfassungstexten bezeichnet werden. Verdeutlichen kann man dies am Gleichheitssatz<sup>186</sup>. Die bloß herrschaftsmodifizierenden deutschen konstitutionellen Verfassungen des 19. Jahrhunderts gehen anders als die westlichen herrschaftskonstituierenden und damit revolutionären Verfassungen nicht von der vorstaatlichen Gleichheit und Freiheit der Menschen aus<sup>187</sup>. Rechte, auch Gleichheitsrechte, werden staatlicherseits gewährt<sup>188</sup>. Gleichheitsverbürgungen erweisen sich so als besondere Gleichheitssätze: Die Steuergleichheit<sup>189</sup>, die Wehrgleichheit<sup>190</sup> sowie der gleiche Zugang zu öffentlichen Ämtern<sup>191</sup> sind typische Formen. Ein allgemeiner

185 Vgl. zu den Themenfeldern von Schluss- und Übergangsvorschriften in diesem Zusammenhang *Christian Waldhoff*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblattsammlung, Vorbem. zu Art. 116–146 Rdnr. 16 ff. (Stand der Kommentierung: 168. Lieferung Juli 2014).

186 Vgl. zum Nachfolgenden *Christian Waldhoff*, *Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Steuergesetzgebung im Vergleich Deutschland-Schweiz*, 1997, S. 219 ff.

187 *Grimm*, *Verfassungsgeschichte* (Fn. 92), S. 129 ff.

188 Vgl. *Karl Schweiger*, *Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots*, in: FS zum 25jährigen Bestehen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, 1972, S. 55 (58) am Beispiel Bayerns.

189 Vgl. etwa § 13 der Verfassungsurkunde für das Königreich Bayern vom 26. Mai 1818: „Die Theilnahme an den Staats-Lasten ist für alle Einwohner des Reiches allgemein, ohne Ausnahme irgend eines Standes, und ohne Rücksicht auf vormals bestehende besondere Befreyungen.“

190 Vgl. etwa § 137 Abs. 7 der Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849: „Die Wehrpflicht ist für alle gleich; Stellvertretung bei derselben findet nicht statt“; dazu *Otto Luchterhand*, *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland*, 1988, S. 115.

191 Vgl. etwa § 34 der Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen vom 4. September 1831: „Die Verschiedenheit des Standes und der Geburt begründet keinen Unterschied in der Berufung zu irgend einer Stelle im Staatsdienste.“

Gleichheitssatz entwickelt sich erst allmählich daneben<sup>192</sup> – es gehört zu den Modernitätselementen der revidierten Preußischen Verfassungsurkunde, die diese allgemeine Rechtsgleichheit (natürlich ohne Bindung des Gesetzgebers selbst) für alle Preußen gewährleistet<sup>193</sup>. Solche Entwicklungen können dazu führen, dass die besonderen Gleichheitssätze verschwinden, im allgemeine Gleichheitssatz aufgehen<sup>194</sup>. Gut zeigen kann man das am Beispiel der Steuergleichheit<sup>195</sup>. Die (früh-)konstitutionellen Verfassungen enthalten zahlreiche Verheißungen, wie das zukünftige Steuersystem aussehen soll: Privilegien sollen abgeschafft, die Besteuerung soll sich an der Leistungsfähigkeit des Einzelnen ausrichten und andere inhaltliche Postulate erscheinen positiviert<sup>196</sup>. Es handelt sich um typische Verheißungsnormen ohne rechtliche Bindung<sup>197</sup>. Im Grundgesetz findet sich keine explizite Bestimmung zur Besteuerungsgleichheit; die entsprechenden Prüfungsmaßstäbe hat das Bundesverfassungsgericht in sachbereichsspezifischer Konkretisierung von Art. 3 Abs. 1 GG geschaffen<sup>198</sup>. Anders

192 *Grimm*, Verfassungsgeschichte (Fn. 92), S. 131.

193 Art. 4; dazu *Michael Kotulla*, Die Tragweite der Grundrechte der revidierten preußischen Verfassung vom 31.1.1850, 1992, S. 30 ff.

194 Allgemein *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 9.

195 *Waldhoff*, Vorgaben (Fn. 186), S. 219 ff., 260 ff.

196 Vgl. etwa § 39 der Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen vom 4. September 1831: „Es soll ein neues Abgabensystem festgestellt werden, wobei die Gegenstände der direkten und indirekten Besteuerung nach möglichst richtigem Verhältnisse zur Mitleidenheit gezogen werden.“ Oder § 173 der Paulskirchenverfassung: „Die Besteuerung soll so geordnet werden, daß die Bevorzugung einzelner Stände und Güter in Staat und Gemeinde aufhört.“

197 Näher *Rainer Wahl*, Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, *Der Staat* 18 (1979), S. 321 (330, 335 ff.); *Ulrich Scheuner*, Begriff und rechtliche Tragweite der Grundrechte im Übergang von der Aufklärung zum 19. Jahrhundert, in: *Von der ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit*, Beiheft 4 zu „Der Staat“, 1980, S. 105 (107).

198 Darstellungen der Judikatur bei *Klaus Vogel/Christian Waldhoff*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblattsammlung, Vorbem. zu Art. 104a–115 Rdnr. 500 ff. (Stand der Kommentierung: 82. Lieferung Dezember 1997); *Christian Waldhoff*, Steuerrecht und Verfassungsrecht. Bericht über ausgewählte Entscheidungen zu verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Besteuerung der Jahre 2002 bis 2007, *Die Verwaltung* 41 (2008), S. 259 ff.; *ders.*,

ausgedrückt: Nachdem der Vorrang der Verfassung endgültig durchgebrochen ist, hat sich der Verfassungstext im Sinne einer stärkeren Abstraktion rationalisiert. Alles, was selbstverständlich im allgemeinen Gleichheitssatz mit seiner umfassenden Bindungskraft verortet werden kann, kann als explizite Sonderbestimmung gestrichen werden<sup>199</sup>. Diese Generalisierung dient der Entlastung und damit Rationalisierung des Verfassungstextes. Wenn man die hier skizzierte Entwicklungslinie als zwei sich kreuzende Geraden mit einem Bild verdeutlichen will – abnehmende Textgestalt bei steigender Bindungswirkung – steht im Kreuzungspunkt kaum zufällig die einschlägige Bestimmung der Weimarer Reichsverfassung: In Art. 134 WRV<sup>200</sup> verdichtet sich die Essenz der steuerverfassungsrechtlichen Tradition des 19. Jahrhunderts in einer letzten expliziten einzigen Bestimmung genau in dem Zeitpunkt, in dem der Vorrang der Verfassung in Deutschland angesichts des legitimatorischen Systemwechsels durchbricht<sup>201</sup>. Solche Entwicklungsstränge könnten für andere Regelungsfelder mit je eigenen Besonderheiten ebenfalls gezeigt werden.

Entscheidenden Einfluss auf den Verfassungsinhalt haben auch die Modalitäten der Verfassungsänderung<sup>202</sup>. Die Änderungsfrequenz hat Rückwirkungen auf die Inhalte<sup>203</sup>. Wenn eine Verfassung einfach zu ändern oder zu ergänzen ist, werden regelmäßig tagesaktuelle Rege-

Steuerrecht und Verfassungsrecht. Bericht über ausgewählte Entscheidungen zu verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Besteuerung aus den Jahren 2008 bis 2014, *Die Verwaltung* 48 (2015), S. 85 ff.

199 Vgl. auch Böckenförde, *Staatsrecht* (Fn. 162), S. 16 f.: „Es ist ein Merkmal aller Verfassungsgebung, daß sie nur bestimmte, besonders wichtig erscheinende oder umstrittene Materien des staatlich-politischen Lebens herausgreift und unmittelbar regelt, andere hingegen, die selbstverständlich scheinen oder gar nicht in Frage gestellt waren, ungeregelt läßt. Das was gelten soll, ist hier stillschweigend vorausgesetzt.“

200 „Alle Staatsbürger ohne Unterschied tragen im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze bei.“

201 Ausführlich *Waldhoff*, *Vorgaben* (Fn. 186), S. 233 ff., 260 ff.; *ders.*, 60 Jahre Grundgesetz – aus der Sicht des Steuerrechts, *JöR* 59 (2011), S. 119 (124 ff.).

202 Näher *Steffen Augsburg*, *Das verfassungsändernde Gesetz*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 28 Rdnr. 1 ff.

203 Vgl. insgesamt *Brun-Otto Bryde*, *Verfassungsentwicklung*, 1982, S. 116 ff.

lungen aufgenommen; die Verfassungsänderung oder -ergänzung wird zum Arsenal politischer Willensbildung und Kompromissfindung<sup>204</sup>. Ein interessantes Beispiel ist hier wiederum die Schweiz. Weil das Volksinitiativrecht auf Bundesebene nur hinsichtlich einer Änderung der Bundesverfassung zur Verfügung steht, nicht für die Ebene des einfachen Bundesgesetzes<sup>205</sup>, suchten zahlreiche politische Initiativen hier ihr Heil<sup>206</sup>. So ist es zu erklären, dass bemerkenswerte Inhalte den Verfassungstext vor der Totalrevision 1999/2000 überfrachteten, etwa das Absinthverbot von 1908<sup>207</sup>. Eine Volksinitiative zur Beseitigung

204 *Stylianou-Ioannis Koutnatzis*, *Kompromisshafte Verfassungsnormen*, 2010, S. 220 f., 245 ff.

205 *Yvo Hangartner*, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, Bd. 1, 1980, S. 109.

206 *Ulrich Häfelin/Walter Haller*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl. 2012, Rdnr. 1798 ff., 1800a ff.; dort, Rdnr. 1798, auch zu Reformbemühungen, die dem „Umstand Rechnung tragen, dass nach geltendem Recht im schweizerischen direkt-demokratischen System häufig Begehren, die auf Gesetzesstufe geregelt werden sollten, auf dem Initiativweg in die Verfassung gelangen.“; Vgl. bereits klassisch *Kägi*, *Grundordnung* (Fn. 8), S. 59 f.: „Zumal dort, wo im Wege der Volksinitiative die Aufnahme neuer Rechtssätze in die Verfassung verlangt werden kann, drängte sich zuweilen alles Mögliche in die Verfassung hinein, nur um der Verfassungskraft teilhaftig zu werden.“

207 Art. 32ter: „(1) Fabrikation, Einfuhr, Transport, Verkauf und Aufbewahrung zum Zwecke des Verkaufs des unter dem Namen Absinth bekannten Liqueurs sind im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft verboten. Dieses Verbot bezieht sich auch auf Getränke, die unter irgendwelcher Bezeichnung eine Nachahmung dieses Liqueurs darstellen. Vorbehalten bleiben der Durchgangstransport und die Verwendung zu pharmazeutischen Zwecken. (2) Das Verbot tritt zwei Jahre nach seiner Annahme in Kraft. Die Bundesgesetzgebung wird die infolge des Verbotes notwendig werdenden Bestimmungen treffen. (3) Der Bund hat das Recht, dasselbe Verbot auf dem Wege der Gesetzgebung in bezug auf alle anderen absinthhaltigen Getränke zu erlassen welche eine öffentliche Gefahr bilden.“; Zum entstehungsgeschichtlichen Hintergrund *Walther Burckhardt*, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3. Aufl. 1931, S. 264 f.; ferner *Wolf Linder*, *Schweizerische Demokratie*, 1999, S. 250; *Isensee*, *Stil der Verfassung* (Fn. 3), S. 48 f. Dort wird neben weiteren sich mit Alkohol befassenden Verfassungsnormen auf den sich mit der Getreideversorgung beschäftigenden Art. 23bis hingewiesen: „(1) Der Bund unterhält die zur Sicherung der Versorgung des Landes nötigen Vorräte von Brotgetreide. Er kann die Müller verpflichten, Brotgetreide zu lagern und seine Vorräte zu übernehmen, um deren Auswechslung zu erleichtern. (2) Der Bund fördert den Anbau von Brotgetreide im Inland und be-

übermäßigen Hundedrecks in den Straßen scheiterte nur an der fehlenden Mehrheit<sup>208</sup>. Auch das so umstrittene verfassungsrechtlich verankerte Minarettverbot (Art. 72 Abs. 3 BV) findet hier seine Verortung<sup>209</sup>. *Georg Müller* konstatiert: „Die Verfassung wird in ausgeprägtem Maße zum ‚politischen Fechtboden‘: Schon auf dieser Ebene müssen Entscheidungen gefällt werden, die in anderen politischen Systemen dem Gesetzgeber überlassen bleiben können, weil nur so der für die Annahme einer Vorlage für das Volk notwendige Konsens zustande kommt. Die Verfassung genießt nicht nur einen rechtlichen, sondern auch einen deutlichen politischen Vorrang gegenüber dem Gesetz.“<sup>210</sup> *Isensee* charakterisiert derartige Normen aus deutscher Sicht (vor der Totalrevision 1999/2000): „Die Regelungen sind anschaulich, bodenständig und allgemeinverständlich, aber auch situationsabhängig und leicht überholbar. Sie sind konkret; aber Überfülle an Konkretem macht das Verfassungsgesetz unübersichtlich. Angesichts

günstigt die Züchtung sowie die Beschaffung hochwertigen inländischen Saatgutes. Er übernimmt gutes, mahlfähiges Inlandsgetreide zu einem Preise, der den Getreidebau ermöglicht. Die Müller können verpflichtet werden, dieses Getreide zum Selbstkostenpreis des Bundes zu übernehmen. (3) Der Bund sorgt für die Erhaltung des einheimischen Müllereigewerbes, desgleichen wahrt er die Interessen der Mehl- und Brotkonsumenten. Er beaufsichtigt im Rahmen der ihm übertragenen Aufgaben den Verkehr mit Brotgetreide, Backmehl und Brot, sowie deren Preise. Der Bund trifft die nötigen Maßnahmen zur Regelung der Einfuhr des Backmehls; er kann sich das ausschließliche Recht vorbehalten, das Backmehl einzuführen. Der Bund gewährt nötigenfalls den Müllern Erleichterungen auf den Transportkosten im Innern des Landes. Er trifft zugunsten der Gebirgsgegenden Massnahmen, die geeignet sind, einen Ausgleich der Mehlpreise herbeizuführen.“ Vor dem Hintergrund von Erfahrungen aus dem Ersten Weltkrieg und mit deutlich erkennbaren landwirtschaftspolitischem Impetus wurde nach längeren Auseinandersetzungen der Artikel durch Volksabstimmung am 3. März 1929 angenommen, zu den Einzelheiten *Burckhardt*, Kommentar, a.a.O., S. 160 ff.

208 Volksinitiative „Zur Hundekotentfernung auf öffentlichem Grund“, BBl 1988 I 166.

209 Dazu etwa *Jakob Nolte*, Kann der Souverän rechtswidrig handeln?, DÖV 2010, S. 806 ff.; *Andreas Kley/Alexander Schaer*, Gewährleistet die Religionsfreiheit einen Anspruch auf Minarett und Gebetsruf?, in: *Tanner/Müller/Mathwig/Lienemann* (Hrsg.), Streit um das Minarett. Zusammenleben in der religiös pluralistischen Gesellschaft, Zürich 2009, S. 87 ff.

210 *Müller*, Rechtssetzung (Fn. 5), S. 138.

dieses Wildwuchses erhebt sich in der Schweiz schon seit Jahrzehnten die verfassungspolitische Forderung, daß nur Bestimmungen in die Verfassung eingefügt werden können, „die sich auf die Grundordnung der Eidgenossenschaft beziehen“.<sup>211</sup>

## 2. Die Kontingenz von Idealbildern der Verfassung: Vom universalistischen Anspruch zur kontextualisierten Verfassungsfunktionslehre

Am Anfang des modernen Verfassungsstaates stand die bereits zitierte emphatische Aussage über den notwendigen Verfassungsinhalt in der Menschenrechtserklärung der Französischen Revolution<sup>212</sup>. Das entsprach dem durchaus missionarischen Charakter dieses Umbruchs, bis hin zur Sakralisierung des Verfassungsprojekts<sup>213</sup>. *Carl Schmitt* hat in Erinnerung gerufen, dass der Idealbegriff einer Verfassung (und damit auch ihres Regelungsinhalts) ein politischer Kampfbegriff war: Nur eine geschriebene Verfassungsurkunde mit einem System von Garantien bürgerlicher Freiheit und der staatsorganisatorischen Unterscheidung der Gewalten wurde überhaupt als Verfassung anerkannt, jegliche andere Herrschaftsorganisation exkludiert<sup>214</sup>. Mit dem Siegeszug der Idee rechtsgebundener, d.h. konstitutionalisierter (demokratischer) Herrschaft mussten sich die Mindestinhalte notwendigerweise kon-

211 *Isensee*, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 49.

212 Oben IV 1; zum universalistischen Charakter der Menschenrechtserklärung nur *Jules Michelet*, Geschichte der Französischen Revolution, Bd. 1, 2009, S. 175.

213 *Isensee*, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 57 f.; vgl. auch *dens.* (Hrsg.), Menschenrechte als Weltmission, 2009. Zu Sakralisierungstendenzen in Bezug auf Verfassungen und Verfassungsrecht in der Gegenwart *Andreas Kley*, Sakralisierung von Staatsrecht und Politik, in: *Bovay/Nguyen* (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor*, 2005, S. 95 (102 ff.); *Horst Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig?, 2009, S. 98 ff.; *Christian Waldhoff*, Heilserwartungen an Recht und Verfassung, in: *Ebner u. a.* (Hrsg.), *Staat und Religion*, 2014, S. 229 (238 ff.).

214 *Schmitt*, Verfassungslehre (Fn. 7), S. 36 ff.

textualisieren<sup>215</sup>. Die ältere Literatur hat vor diesem Hintergrund, vor allem angesichts des Verblässens des universalistischen Elements der Verfassungsbewegung<sup>216</sup>, in induktivem Vorgehen<sup>217</sup> typische Verfassungsinhalte systematisiert. Auf dem Höhe- und Endpunkt des Konstitutionalismus führt *Georg Jellinek* in seiner Staatslehre, die ein eigenes Kapitel „Die Staatsverfassung“ enthält, zwar noch übliche Verfassungsinhalte auf: „Die Verfassung des Staates umfaßt demnach in der Regel die Rechtssätze, welche die obersten Organe des Staates bezeichnen, die Art ihrer Schöpfung, ihr gegenseitiges Verhältnis und ihren Wirkungskreis festsetzen, ferner die grundsätzliche Stellung des einzelnen zur Staatsgewalt.“<sup>218</sup> Oder wenig später prägnant: „Was aber ist der Inhalt der Verfassung in jenen Staaten, die eine Verfassungsurkunde besitzen? Im allgemeinen läßt sich darauf antworten, daß sie die Grundzüge der staatlichen Organisation und Zuständigkeiten, sowie die Prinzipien für die Anerkennung der Rechte der Untertanen enthält.“<sup>219</sup> *Jellinek* konstatiert dann jedoch: „Allein eine feste Grenze der Verfassungsgesetzgebung gegenüber der einfachen konnte nicht einmal die mit der entschiedenen Forderung einer solchen hervortretende naturrechtliche Theorie ziehen. Noch weniger ist das der verfassungsgebenden Praxis gelungen. Man braucht bloß einen flüchtigen Blick auf die zahlreichen, seit einem Jahrhundert entstandenen Verfassungsurkunden zu werfen, um das zu erkennen. Viele Verfassungen enthalten keineswegs das ganze Verfassungsrecht im materiellen Sinne. Ferner sind in der einen genaue Bestimmungen über die Wahlrechte zu den Kammern und die parlamentarischen Geschäftsformen zu finden, die in anderen in einfache Gesetze verwiesen sind. Dort sind die Rechtssätze über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit oder die staatsrechtliche Stellung der Gemeinden genau erör-

215 Vgl. etwa *Jürgen Gebhardt*, Die Idee der Verfassung: Symbol und Instrument, in: Kimmel (Hrsg.), Verfassungen als Fundament und Instrument der Politik, 1995, S. 9 ff.

216 Zum „Universalismus der geschriebenen Verfassung“ das so betitelte Kapitel bei *Karl Loewenstein*, Verfassungslehre, 1959, S. 137 f.

217 Vgl. *Winterhoff*, Verfassung (Fn. 54), S. 69 ff.

218 *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 505.

219 *Jellinek*, Staatslehre (Fn. 218), S. 532.

tert, hier sind sie mit gänzlichem Stillschweigen übergangen; bald sind eingehende Bestimmungen über das Finanzwesen, die Organisation der Staatsbehörden, den Umfang der individuellen Freiheitsrechte vorhanden, bald nur wenige allgemeine Sätze über diese Gegenstände. Wichtige und unwichtige Gegenstände stehen häufig nebeneinander, während man andererseits tiefeingreifende Regeln über die staatliche Organisation oft in einfachen Gesetzen zu suchen hat.<sup>220</sup> Eine Lehre von den Inhalten der Verfassungsurkunde ist damit weitgehend aufgegeben<sup>221</sup>. Wenn die Allgemeine Staatslehre als das Auffangbecken für alle aus der grundsätzlich positivistisch ausgerichteten Staatsrechtslehre des Konstitutionalismus ausgeschlossenen angeblich „unjuristischen“ Aspekte<sup>222</sup> sich verweigert<sup>223</sup>, kann sich keine Theorie des Verfassungsinhalts entwickeln. Es bleibt auch hier nur der Vorrang der Verfassung bzw. ihre erschwerte Abänderbarkeit als Abgrenzungskriterium übrig.

In der Gegenwart bleiben zwei Ansatzpunkte für „Idealbilder“ von Verfassungen bzw. ihrer notwendigen oder sinnvollen bzw. möglichen Inhalte auf verfassungstheoretischer Ebene: Wirkliche oder vermeintliche völkerrechtliche Vorgaben bzw. deren Abstraktion sowie der Ausbau einer verfassungstheoretischen Verfassungsfunktionenlehre<sup>224</sup>. Die noch in anderem Zusammenhang zu behandelnden, den universalistischen Ansatz mit anderen Mitteln fortsetzenden völkerrechtlichen Vorgaben leiden – einmal davon abgesehen, dass sie eher zu normativen Vorgaben zu zählen wären – von vornherein unter der Spannung, dass übernationales Recht den Staat mit seiner Verfasstheit stets voraussetzt, in moderner Entwicklung jedoch inhaltlichen Einfluss nicht nur auf die Rechts-, sondern auch die Verfassungsordnungen nehmen

220 *Jellinek*, Staatslehre (Fn. 218), S. 532 f.

221 Vgl. aber zwei Gegenbeispiele aus der Schweiz *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 59 ff.; *Thomas Dunn*, Die richtige Verfassung, 1971, S. 124 ff.; vgl. ferner die Ansätze bei *Peters*, Elemente (Fn. 67), S. 63 ff.

222 Klassisch *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 44 f.; wiederum klassische Gegenkritik bei *Schmitt*, Verfassungslehre (Fn. 7), S. 55.

223 Vgl. zur Kritik bereits *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 12, 65 ff.

224 Rückbezug auf die Verfassungsfunktionen in historischer Perspektive bei *Grimm*, Verfassungsgeschichte (Fn. 92), S. 57.

will, als *Ius cogens* sich funktional als neues Naturrecht erweist (dazu unter 6.).

Eine Lehre von den Funktionen der Verfassung vermeidet diesen riskanten Höhenflug mit seinen Aporien und erscheint eher in der Lage zu sein, Antworten für konkrete Verfassungsprojekte, Reformvorhaben und Verfassungsänderungen zu liefern. Eine Lehre von den notwendigen und möglichen Funktionen einer Verfassung besitzt in Deutschland jedoch allenfalls eine eingeschränkte Tradition. Die eingeführten Staatsrechtslehrbücher behandeln die Funktion(en) der Verfassung nur randständig<sup>225</sup>. Da Verfassungsreformen in Deutschland traditionell eher niedrig gehängt werden, konnte sich auch keine grundsätzliche Debatte entwickeln<sup>226</sup>. Eine bemerkenswerte Ausnahme macht hier *Ernst-Wolfgang Böckenförde*s Konzeption der Verfassung als „Rahmenordnung“<sup>227</sup> – die freilich eher für eine Einhegung verfassungsgerichtlicher Kontrolldichte, denn als Theorieelement für

- 225 Vgl. etwa *Badura*, Staatsrecht (Fn. 45), Rdnr. A 13; *Michael Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, § 1 Rdnr. 131 ff.; *Christoph Degenhart*, Staatsrecht I, 31. Aufl. 2015, Rdnr. 14 f.; *Jörn Ipsen*, Staatsrecht I, 27. Aufl. 2015, Rdnr. 23 f.; *Ingo von Münch/Ute Mager*, Staatsrecht I, 8. Aufl. 2016: keine Ausführungen zur Funktion der Verfassung; ebenso *Ulrich Battis/Christoph Gusy*, Einführung in das Staatsrecht, 5. Aufl. 2011. Recht ausführlich demgegenüber *Stern*, Staatsrecht (Fn. 120), S. 78 ff. sowie *Martin Morlok/Lothar Michael*, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. 2015, § 2. *Hesse*, Grundzüge (Fn. 51), beginnt – von der Verfassung und nicht vom Staat ausgehend – seine Darstellung mit Begriff und Funktion der Verfassung, reduziert diese freilich einseitig in modernisierender Anknüpfung an die Smendsche Integrationslehre auf das Postulat der politischen Einheitsbildung, Rdnr. 5 ff.
- 226 Vgl. jedoch *Dieter Grimm*, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97 (1972), S. 489 ff. (wieder abgedruckt in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 313 ff.); *Karpen*, verfassungsrechtliche Grundordnung (Fn. 167), S. 433 ff.; *Franz Reimer*, Verfassungsprinzipien, 2001, S. 74 ff.; *Heinrich Lang*, Funktionen der Verfassung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 266; aus dem neueren Schrifttum ferner wichtig für hiesige Fragestellung *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88); *Markus Kotzur*, Thematik des Verfassungsgesetzes, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 260; sehr kurz *Martin Morlok*, Soziologie der Verfassung, 2014, S. 10.
- 227 Grundlegend *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Methoden der Verfassungsinterpretation (1976), in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl. 1992, S. 82 (85 ff.);

Verfassungsfunktionen und Verfassungsänderungen dient. Anders als in der Schweiz, die angesichts zahlreicher Totalrevisionsprojekte auf Bundes- wie auf kantonaler Ebene insofern einen ausgefeilten und langjährigen Diskurs aufzuweisen hat<sup>228</sup>, hat sich das deutsche Interesse, disziplinsoziologisch erklärbar, eher auf den Staat, als auf die Verfassung kapriziert<sup>229</sup>. So enthalten die heute gängigen bzw. noch herangezogenen allgemeinen Staatslehren mit der markanten Ausnahme *Georg Jellineks*<sup>230</sup> regelmäßig eher bescheidene Ausführungen über

vgl. dazu *Norbert Manterfeld*, *Die Grenzen der Verfassung*, 2000, S. 44 ff.; ferner *Unruh*, *Verfassungsbegriff* (Fn. 68), S. 408 ff.

- 228 Vgl. etwa *Kurt Eichenberger*, *Der Entwurf von 1977 für eine neue schweizerische Bundesverfassung*, *ZaöRV* 40 (1980), S. 477 ff.; *ders.*, *Von der Bedeutung und den Hauptfunktionen der Kantonsverfassung*, in: *FS für Hans Huber*, 1981, S. 155 ff.; *ders.*, *Sinn und Bedeutung einer Verfassung*, *ZSR* 1991 II, S. 143 ff.; *Walter Gut*, *Zum Wandel des Verfassungsverständnisses*, *ZSR* 104 I (1985), S. 345 ff.; *Ulrich Häfelin*, *Verfassungsgebung*, *ZSR* 93 II (1974), S. 75 ff.; *Yvo Hangartner*, *Verfassungstheorie, Verfassungsrechtsetzung und Verfassungsrechtsfindung*, in: *St. Galler Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1981*, 1981, S. 153 ff.; *Max Imboden*, *Die Totalrevision der Bundesverfassung*, in: *ders.*, *Staat und Recht*, 1971, S. 511; *Georg Müller*, *Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, 1979, v.a. S. 131 ff.; *Peter Müller*, *Funktionen und Motive einer verfassungsrechtlichen Aufgabennormierung in den Kantonen*, 1981; *René A. Rhinow*, *Die Totalrevision der Kantonsverfassung*, in: *FG zum schweizerischen Juristentag 1973*, 1973, S. 113 ff.; *Claudio Riesen*, *Rechtliche Grundlagen für kantonale Staatsaufgaben*, *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden* 1989, S. 114 ff.; *Peter Saladin*, *Bemerkungen zu Struktur und Stil der Schweizerischen Bundesverfassung*, in: *Recueil des travaux suisses présentés au IXe Congrès international de droit comparé*, 1976, S. 219 ff.; *ders.*, *Verfassungsreform und Verfassungsverständnis*, *AöR* 104 (1979), S. 345 ff.; *Gerhard Schmid*, *Offenheit und Dichte in der Verfassungsgebung*, in: *Eichenberger u. a. (Hrsg.)*, *Grundfragen der Rechtssetzung*, 1978, S. 315 ff.; *Luzius Wildhaber*, *Das Projekt einer Totalrevision der schweizerischen Bundesverfassung*, *JöR* 26 (1977), S. 239 ff.; grundsätzlich *Dunn*, *Verfassung* (Fn. 221).

229 Allgemein zu dieser Präferenz *Möllers*, *Staat* (Fn. 147).

- 230 *Jellinek*, *Staatslehre* (Fn. 218), S. 505 ff.; zur Entstehung, Funktion und Untergang dieser Subdisziplin *Oliver Lepsius*, *Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?*, *EuGRZ* 2004, S. 370 ff.; *Christoph Schönberger*, *Der „Staat“ der Allgemeinen Staatslehre: Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich*, in: *Beaud/Heyen (Hrsg.)*, *Eine deutsch-französische*

Funktionen einer Verfassung, ja über Verfassungen überhaupt<sup>231</sup>. Die beiden löblichen Ausnahmen auf der Ebene von Handbüchern sind der zwölfte Band des Staatsrechtshandbuchs von *Josef Isensee* und *Paul Kirchhof* in dritter Auflage 2014<sup>232</sup> sowie das Werk „Verfassungstheorie“, herausgegeben von *Otto Depenheuer* und *Christoph Grabenwarter*<sup>233</sup>. Auch die Habilitationsschriften von *Peter Unruh*<sup>234</sup> und *Christian Winterhoff*<sup>235</sup> sowie in europäischer Perspektive von *Anne Peters*<sup>236</sup> müssen erwähnt werden.

Verfassungsfunktionenlehren hängen einerseits stark vom Abstraktionsgrad ab, den sie verfolgen<sup>237</sup>, andererseits sind sie zeit- und landgebunden<sup>238</sup>. Verfassungen als rechtliche Grundordnung von Staaten beanspruchen rechtliche Geltung für sich; sie sind Gesetze, freilich besondere Gesetze. In der Gegenwart<sup>239</sup> sind geschriebene Verfassungen

Rechtswissenschaft? Kritische Bilanz und Perspektiven eines kulturellen Dialogs, 1999, S. 111 ff.

- 231 Bei *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1. Aufl. 1964 und *Peter Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 1986, gibt es keine eigenen Kapitel über die Verfassung; *Thomas Fleiner-Gerster*, Allgemeine Staatslehre, 1980: kein Gliederungspunkt zur Verfassung; *Günter Küchenhoff/Erich Küchenhoff*, Allgemeine Staatslehre, 8. Aufl. 1977, S. 88–96 (von insgesamt 320 Druckseiten); *Reinhold Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 13. Aufl. 1999, S. 51–53 (von insgesamt 466 Druckseiten); *Burkhard Schöbener/Matthias Knauff*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 2013, § 5 Rdnr. 57 ff. unter dem Leitgesichtspunkt der Verfassungsstaatlichkeit in der Demokratie. Positiv (auch hier) *Roman Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 308–322, mit einem Abschnitt über die „Funktionen der Verfassung“. Markante Ausnahme auch bei der freilich stark amerikanisch beeinflussten *Verfassungslehre Karl Loewensteins*, deutsche Ausgabe 1959, S. 130 f. mit einem fünf Punkte umfassenden Katalog „über gewisse Mindestanforderungen einer jeden formalisierten Verfassungsordnung“.
- 232 Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12: Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl. 2014.
- 233 *Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter* (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010.
- 234 *Peter Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, 2002.
- 235 *Winterhoff*, Verfassung (Fn. 54).
- 236 *Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001.
- 237 *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht (Fn. 225), Rdnr. 19.
- 238 *Müller*, Rechtssetzung (Fn. 5), S. 131.
- 239 Zur Entwicklung des Vorrangs der Verfassung oben unter III 2 a mit entsprechenden Nachweisen.

ohne Vorrang des Verfassungsrechts kaum noch denkbar – die Existenz einer Verfassungsgerichtsbarkeit ist damit nicht zwingend verbunden, auch wenn die normative Kraft einer Verfassung entscheidend leidet, kann die Einhaltung ihrer Normen nicht gerichtlich überprüft werden. Verfassungen sind zudem staatsbezogen<sup>240</sup> – ohne dass an dieser Stelle über die Sinnhaftigkeit der Verfassungsterminologie für die Europäische Union oder andere supra- oder internationale Entitäten gehandelt werden müsste<sup>241</sup>. Soll die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates fungieren, muss sie zugleich die Staatsgewalt konstituieren wie begrenzen<sup>242</sup>. Staatsgewalt als rechtlich gebundene Herrschaft ist in ihrer Konstruktion rechtsabhängig, indem die Verfassung Staatsorgane und Staatsfunktionen konstituiert. Es gehört zur Grundfunktion moderner Verfassungen, die so konstituierte Staatsgewalt zugleich zu begrenzen. Im Grunde ergibt sich das bereits aus der spezifisch rechtlichen Konstituierung, denn diese erfolgt sogleich durch die Bindung an Organe, an Zwecke u.ä. „Funktionale Organisation des Staatswesens“ und „Beschränkung der staatlichen Macht“<sup>243</sup> erweisen sich als zwei Seiten derselben Medaille. Die Legitimationsfrage ist demgegenüber der Verfassung vorgelagert<sup>244</sup>. Sie gehört zu den – etwa revolutionär – getroffenen oder aufgezwungenen Entscheidungen, die in der Verfassungsurkunde dann ihren Niederschlag finden<sup>245</sup>. Während die Legitimation der Verfassung vorverlagert er-

240 Dieter Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, 1994, S. 11.

241 Dazu etwa Christoph Möllers, Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 1. Aufl. 2003, S. 1.

242 Grundlegend Horst Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), S. 61 ff.; ferner Kotzur, Thematik des Verfassungsgesetzes (Fn. 226), Rdnr. 2.

243 So die Überschriften bei Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht (Fn. 225), Rdnr. 21 und 29.

244 Wohl abweichend Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht (Fn. 225), Rdnr. 35 ff.

245 Waldhoff, Verfassungsgesetz (Fn. 34), Rdnr. 6 ff.; in der Beschreibung der Entstehung von Verfassungen wird damit an einen Grundgedanken der Verfassungslehre Carl Schmitts angeknüpft, freilich mit der zentralen Einschränkung, dass bei der wirksamen Verfassung die Legitimität nicht mehr gegen die Legalität, also die

scheint, trifft die Verfassung über die legitime Ausübung der durch sie konstituierten Staatsgewalt durchaus Aussagen, etwa indem sie diese – wie in Art. 20 Abs. 2 GG geschehen – auf das Legitimationssubjekt rückführt. Die beiden zusammenhängenden Pole der Konstituierung wie Begrenzung staatlicher Macht sind weiter herunterzubrechen. Handelt es sich um einen Bundesstaat, sind gebietskompetenzielle Kompetenzabgrenzungen zwingend notwendig<sup>246</sup>. Daher existieren auch keine Bundesstaaten ohne geschriebene Verfassungen<sup>247</sup> und steht am Beginn der modernen Verfassungsbewegung in den USA eine bundesstaatliche Verfassung. Zentrales Element der Begrenzung der Staatsgewalt sind moderne Grundrechte, die neben den organisationsrechtlichen Regelungen durch die Einräumung subjektiver Rechte für den einzelnen die Begrenzungsfunktion aktivieren und sichern. Andere, aufgrund unterschiedlicher Systematisierungsgesichtspunkte generierte Funktionskataloge (Ordnungsfunktion; Integrationsfunktion; Stabilisierungsfunktion; Schutz- und Kontrollfunktion; Freiheitssicherungsfunktion; Staatszielfunktion o.ä.)<sup>248</sup> liegen zu der hier skizzierten Ansicht quer, ohne grundsätzlich unvereinbar zu sein.

Das „konstitutionelle Programm“ jeder Verfassung „bedarf funktionsadäquater normativer Realisierung“<sup>249</sup>. In der geschriebenen Verfassungsurkunde, d.h. im Verfassungsgesetz werden die politischen Grundentscheidungen nicht nur greif- und verstehbar, sondern auch für die Rechtsanwendung fassbar<sup>250</sup>. „Die Verfassung als Gesetz bedeutet, die maßgebenden Grundlagen der politischen Herrschaft und

„Entscheidung“ des Verfassungsgebers nicht mehr gegen den Normtext ausgespielt werden darf; vgl. auch *Kotzur*, Thematik des Verfassungsgesetzes (Fn. 226), Rdnr. 4.

246 Eingehend *Josef Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 6, 3. Aufl. 2008, § 126 Rdnr. 14 ff.; ders., Die bundesstaatliche Kompetenz, ebd., § 133.

247 Vgl. *Isensee*, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 42.

248 Vgl. etwa *Stern*, Staatsrecht I (Fn. 120), S. 82 ff.; *Lang*, Funktionen der Verfassung (Fn. 226); *Peters*, Elemente (Fn. 67), S. 76 ff.

249 *Kotzur*, Thematik des Verfassungsgesetzes (Fn. 226), Rdnr. 1.

250 *Kotzur*, Thematik des Verfassungsgesetzes (Fn. 226), Rdnr. 5; zur sprachlichen Fixierung näher *Ulrich Hufeld*, Urkundlichkeit und Publizität der Verfassung, in:

der öffentlichen Gewalt in der Positivität des gesetzten Rechts einzufangen und festzulegen, sie also den rechtlichen Eigenschaften und dem Vorrang eines besonderen Gesetzes im Stufenbau der Rechtsordnung anzuvertrauen.“<sup>251</sup> Trotz der angedeuteten Kapitulation von Staatslehre und Staatsrecht in Bezug auf notwendige Verfassungsinhalte haben sich so doch „Konventionen über Inhalt und Form des Verfassungsgesetzes herausgebildet, die einen bestimmten Idealtypus ergeben, der relativ feste Kernmerkmale aufweist, auch wenn er sich unterschiedliche Ausgestaltungen offenhält. Die Grundstrukturen sind nicht nur das Ergebnis von historischer Kontingenz und politischer Willkür. Vielmehr sind sie auch und vornehmlich Werk der politischen Vernunft und der politischen Erfahrung. Die Idee der Verfassung entwickelt ihre eigene Gesetzlichkeit und ihre innere Logik.“<sup>252</sup> Typologisch können Themenfelder von Verfassungen benannt werden, die unmittelbar Verfassungsfunktionen entsprechen<sup>253</sup>. Notwendige Verfassungsinhalte sind so ein Grundbestand staatsorganisationsrechtlicher Regelungen sowie die Bestimmung der Stellung des einzelnen in dieser Ordnung<sup>254</sup>. Andere Gesichtspunkte, wie etwa die Frage, ob die Verfassung auch eine Ordnung für die Gesellschaft durch Aufrichtung einer Wertordnung normiert oder anleitet, sind zwar heute üblich und überwiegend auch sinnvoll, können jedoch kaum als notwendige Verfassungsgehalte als Folge entsprechender Verfassungsfunktionen angesehen werden<sup>255</sup>. Zentral für eine Vorrang beanspruchende Verfassung sind dabei die Aufstellung von Regeln für die Rechtserzeu-

Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 2014, § 259.

251 Peter Badura, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 270 Rdnr. 1.

252 Isensee, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 40.

253 Aus neuerer Zeit vor allem Isensee, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 41 ff.; Möstl, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 14 ff.; Kotzur, Thematik des Verfassungsgesetzes (Fn. 226), Rdnr. 9 ff.

254 Möstl, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 14 f.

255 Teilweise abweichend Möstl, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 16; Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht (Fn. 225), Rdnr. 58 ff.

gung<sup>256</sup>. Schon *John Locke* sah in seiner gesellschaftsvertraglich orientierten Staatslehre in der Einrichtung der gesetzgebenden Gewalt den zentralen Punkt jeder Verfassungsordnung: „Das große Ziel, mit welchem die Menschen in eine Gesellschaft eintreten, ist der Genuß ihres Eigentums in Frieden und Sicherheit, und das große Werkzeug und Mittel dazu sind die Gesetze, die in der Gesellschaft erlassen worden sind. Das erste und grundlegende positive Gesetz aller Staaten ist daher die Begründung der legislativen Gewalt. [...]“<sup>257</sup>

Diese Themenfelder erscheinen dann mehr oder weniger stark kontextualisiert<sup>258</sup>. Der Kontextualisierung der Entstehung der Verfassung einschließlich der Frage, welche Inhalte aufgenommen werden, entspricht bei der Arbeit des Juristen strukturell die notwendige Kontextualisierung einer aufgeklärten Verfassungsvergleichung<sup>259</sup>. Dabei können verschiedene Kontext-Ebenen unterschieden werden: Als Grundkontext die politische Situation der Entstehungszeit einschließlich sozio-ökonomischer Faktoren; als „Binnenkontext“ Struktur und Stil der Verfassungsurkunde selbst. Der erstgenannte Kontext ist exogen, der zweite verfassungsimmanent, da Stil und Ausführlichkeit verfassungsgesetzlicher Regelung grundsätzlich der Verfassungsgebung überlassen bleiben<sup>260</sup>. Der Ausführlichkeitsgrad von Verfassungen hat von Anfang an geschwankt. Berühmt war der Verfassungsentwurf *Con-*

256 Im Anschluss an *Kelsen*, der Staatsfunktionen als Rechtserzeugungsfunktionen sieht, so *Isensee*, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 43 f.; *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 31 f.; vgl. bereits oben unter III 2.

257 Über die Regierung (ed. Mayer-Tasch), 1983, Zweite Abhandlung, Kapitel 11, Rdnr. 134, S. 101.

258 Zur Bedeutung der Kontextualisierung in der Verfassungstheorie allgemein, dort hauptsächlich bezogen auf Verfassungsrechtsprechung, *Peter Häberle*, Recht aus Rezensionen, in: *ders.*, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 44 ff.

259 *Wahl*, Verfassungsvergleichung (Fn. 162); vgl. auch *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 29.

260 Zu Letzterem *Müller*, Rechtssetzung (Fn. 5), S. 140 f.: „Dichte und Bestimmtheitsgrad der Verfassungsvorschriften hängen [...] manchmal von Zufälligkeiten ab. Anzustreben [...] ist in dieser Beziehung schon ein gewisses Gleichmaß, eine durchdachte Auswahl der Regelungen mit Verfassungshöhe, eine sorgfältige Strukturierung der Normen und Normenkomplexe. Eine lebendige Verfassung wird aber immer Unebenheiten aufweisen; der Forderung nach Verfassungsästhetik ist keine hohe Priorität einzuräumen.“

*dorcets* – nicht zufällig Enzyklopädist – für das Verfassungskomitee des Französischen Nationalkonvents vom Februar 1793, der in seiner Detailverliebtheit sogar Größe und Gestaltung der Wahlzettel normieren wollte und nicht nur aus diesen Gründen scheiterte<sup>261</sup>. Besonders ausführliche und detaillierte Verfassungen sind in der Gegenwart etwa diejenige Brasiliens oder als gliedstaatliche Verfassung diejenige Louisianas.

Diese notwendige Kontextbezogenheit ist zugleich die Grenze für Verallgemeinerungen der Verfassungstheorie. Das Spannungsverhältnis zwischen Allgemeinem und Besonderem lässt sich zumindest auf dieser Ebene und in diesem Zusammenhang nur bis zu einem gewissen Punkt auflösen. Es ergeben sich Grenzen aus der – wiederum kontextabhängigen – Leistungsfähigkeit der Verfassung<sup>262</sup>. Auf den Einfluss von Existenz und Kompetenzausstattung einer Verfassungsgerichtsbarkeit in Rückwirkung auf Inhalt und Duktus der Verfassung wird noch zurückzukommen sein.

Entstehungszeitbedingte Variationen und Besonderheiten sind vor diesem Hintergrund nicht nur legitim, sondern u.U. notwendig. Das lässt sich an den Verfassungen der neuen Länder nach 1990 illustrieren. Diese nehmen nicht nur in den Präambeln auf die besondere Situation der friedlichen Revolution Bezug<sup>263</sup>. Sie enthalten teilweise Besonderheiten, die in den nachkonstitutionellen Landesverfassungen der westlichen Länder deplatziert erscheinen könnten.

Es handelt sich nicht zwingend um „Verunreinigungen“ eines Idealbildes, sondern um politische Ausflüsse konkreter Verfassungen als kompromisshafter Entscheidungen.

261 Dazu etwa *Zweig*, *Pouvoir Constituant* (Fn. 22), S. 353 ff.; *Knies*, *Kodex des Staatsrechts* (Fn. 162), S. 221 f.

262 *Grimm*, *Verfassungsfunktion* (Fn. 226), S. 327 ff.; *ders.*, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in: *ders.* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 291 ff.

263 Vgl. etwa Präambel, Art. 116 f. *SächsVerf.* (Wiedergutmachung; Vergangenheitsbewältigung); Art. 21 *VerfBbg.* (Recht auf politische Mitgestaltung); Art. 19 *VerfMV* (Initiativen und Einrichtungen der Selbsthilfe); Präambel, Art. 9 *Thür-Verf.* (Recht auf politische Mitgestaltung).

### 3. „Verfassungswürdigkeit“ und „Verfassungsunwürdigkeit“ von Verfassungsinhalten als Probleme einer Gesetzgebungslehre der Verfassung?

Art. 48 Abs. 3 Satz 2 GG sichert den Abgeordneten des Deutschen Bundestages „das Recht der freien Benutzung aller staatlichen Verkehrsmittel“ zu. Unabhängig von der Frage, was heute noch staatliche Verkehrsmittel sind<sup>264</sup>, dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass es sich – um eine in solchen Zusammenhängen verwendete Terminologie zu verwenden – um einen „verfassungsunwürdigen“ Inhalt handelt, da eine Nebensächlichkeit in den Verfassungstext aufgenommen wurde, der ihren Charakter als maßstabgebende Grundsatznorm konterkariert<sup>265</sup>. Besondere Bestandskraft der Verfassung und die Aufnahme von Quisquilien stehen von vornherein in einem Spannungsverhältnis<sup>266</sup>. Gleichwohl handelt es sich unstrittig um geltendes Verfassungsrecht. Entsprechende Feststellungen wurden auch in anderen

264 Der Beförderungsanspruch gilt nach zutreffender Ansicht auch für privatisierte Bahn- und Fluggesellschaften, so lange der staatliche Anteil bei mindestens 25% liegt: *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 48 Rdnr. 33. Es bleibt somit im Wesentlichen die Deutsche Bahn, vgl. § 16 AbgG.

265 *Allgemein Stern*, *Staatsrecht* (Fn. 120), S. 89 f.; für die Schweiz wesentlich großzügiger *Hangartner*, *Grundzüge* (Fn. 205), S. 30: „Weniger schlimm ist demgegenüber, dass zunehmend auch Bestimmungen von untergeordneter Bedeutung in die Bundesverfassung und in Kantonsverfassungen aufgenommen werden. Dadurch wird der klassische Grundsatz verletzt, dass die Verfassung nur grundlegende Regelungen enthalten soll. Die Abgrenzung ist jedoch schwierig. Manche Vorschrift, die heute unwesentlich erscheint, war zur Zeit ihres Erlasses bedeutsam. Eine Verfassungsvorschrift, wonach nur Bestimmungen in die Verfassung eingefügt werden können, die sich auf die Grundordnung des Gemeinwesens beziehen, dürfte kaum durchsetzbar sein. Letzten Endes ist es eine politische, und keine rechtliche Frage, ob eine Norm dem Verfassungsgeber so wichtig erscheint, dass er sie in die Verfassung aufnimmt.“ Demgegenüber aus Schweizer Sicht wesentlich strenger *Kägi*, *Grundordnung* (Fn. 8), S. 59 f.

266 *Isensee*, *Stil der Verfassung* (Fn. 3), S. 47. Neben Art. 48 Abs. 3 Satz 2 GG werden als deplatziert angeführt Art. 7 Abs. 6; Art. 7 Abs. 4 Satz 2; Art. 16a Abs. 4 und Art. 87e Abs. 3 GG.

verfassungsgeschichtlichen Epochen getroffen<sup>267</sup>. Die „Verfassungsunwürdigkeit“ relativiert sich etwas, bedenkt man die Zeitumstände im auch infrastrukturell noch teilweise zerstörten Deutschland des Jahres 1949<sup>268</sup>.

Bundestagspräsident *Lammert* äußerte seinerzeit, der Schuldenbremse als Ergebnis der Föderalismusreform II nicht zuzustimmen; er befürworte das Projekt politisch, halte die konkrete sprachliche Ausgestaltung jedoch für misslungen; Inhalte würden die Verfassung überfrachten, die dort deplatziert seien<sup>269</sup>. Es muss freilich hinzugefügt werden, dass das Erreichen der erforderlichen Mehrheiten als sicher galt, der Protest insofern also wohlfeil war.

Angesichts solcher Beispiele liegt die Idee nicht fern, in Parallele zur Gesetzgebungslehre als der Lehre von formal guten Gesetzen<sup>270</sup>

267 *Jellinek*, Staatslehre (Fn. 218), S. 533 mit Fn. 1: Dort werden aus der Reichsverfassung von 1871 als „unwichtige“ Bestimmungen der Art. 45, der die Kontrolle des Eisenbahntarifwesens betraf, Art. 25 der Schweizerischen Bundesverfassung von 1874, ein Schächtverbot normierend oder an Bestimmungen, die den Volksschullehrern ein festes Einkommen garantiert, angeführt.

268 Zur historischen Dimension der „Eisenbahnfreyfahrt“ *Hermann Butzer*, Diäten und Freifahrt im Deutschen Reichstag, 1999, S. 158 ff.

269 Erklärung nach § 31 GOBT vom 29. Mai 2009, BT-Drs. 16/225, S. 24947 f.: „Für die von der Föderalismusreformkommission vorgeschlagene Neuregelung der verfassungsrechtlich zulässigen Neuverschuldung gibt es auch nach meiner Überzeugung beachtliche Argumente. Die daraus hergeleiteten neuen Verfassungsbestimmungen sind allerdings auch bei Würdigung der vereinbarten Ziele mit ihren konkreten Eurobeträgen, Berechnungsverfahren und Jahreszahlen weder notwendig noch in ihrem Umfang und ihren detaillierten Ausführungsbestimmungen einer Verfassung angemessen. Das Misstrauen, das künftigen demokratisch legitimierte Mehrheiten im Bundestag und Bundesrat und ihren möglichen Gestaltungsabsichten mit diesem Regelungsstrebz entgegengerbracht wird, halte ich für verfassungspolitisch verfehlt und für historisch unbegründet im Lichte der Erfahrungen einer jetzt 60-jährigen stabilen parlamentarischen Demokratie. Deshalb lehne ich diese Verfassungsänderungen ab, die eine Fehlentwicklung im Umgang mit dem Rang und der Funktion des Grundgesetzes fortsetzen, die der Verfassungsgesetzgeber unbedingt vermeiden sollte.“

270 Zu dieser Funktion von Gesetzgebungslehre *Peter Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 169 ff.; *Georg Müller/Felix Uhlmann*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl. 2013, § 9; zu disziplinären Abgrenzungen *Winfried Kluth*, Entwicklung und Perspektiven der Gesetzgebungswissenschaft, in: Kluth/Krings (Hrsg.),

eine Verfassungsgesetzgebungslehre als Lehre von der wohlformulierten Verfassung zu fordern. Diesen Gedankenstrang können wir jedoch sogleich wieder verlassen, bezieht man die gerade demonstrierte Kontingenz des Verfassungsinhalts ein. Es gehört zu den Paradoxien des Verfassungsrechts, dass es im Entstehungskontext hochgradig zeitgebunden, ja teilweise okkasionell daherkommt, in der Funktion jedoch auf Dauer und Stabilität angelegt ist. Die Kritik an Verfassungsänderungen<sup>271</sup> unter diesen Auspizien ist legitim, eine Verfassungsgesetzgebungslehre wird man daraus nicht entwickeln können. Nach zutreffendem Verständnis kann auch eine Gesetzgebungslehre nichts über den Inhalt von Gesetzen und damit über die normhierarchische Abgrenzung aussagen, sondern befasst sich mit Regelungstechnik u.ä. Letztlich setzt sich der verfassungsrechtlich rahmengebundene politische Prozess durch. Das kann eindrücklich an dem Postulat der „Allgemeinheit des Gesetzes“ demonstriert werden. Als ideengeschichtlich anspruchsvolle Maxime vermag es zu überzeugen, verfassungsrechtliche Folgerungen sind daraus kaum zu ziehen<sup>272</sup>. „Verfassungswürdigkeit“ bzw. „Verfassungsunwürdigkeit“ verbleiben im Bereich der Verfassungspolitik.

#### 4. Die Problematik des negativen Verfassungsvorbehalts

##### a) Verweisungen und Öffnungen des Verfassungstextes als explizite negative Verfassungsvorbehalte?

Das Grundgesetz verweist auf und öffnet sich in beachtlichem Umfang für untergesetzliche wie außernationalen Normen. Es überlässt da-

Gesetzgebung, 2014, § 1; zur Kritik an diesem traditionellen Verständnis von Gesetzgebungslehre Schuppert, Governance (Fn. 6), S. 25 ff.

271 Vgl. etwa Kägi, Grundordnung (Fn. 8), S. 53 ff.

272 Das Bundesverfassungsgericht hat stets sog. Maßnahmegesetze nicht beanstandet, da das Grundgesetz vom formellen, nicht vom materiellen Gesetzesbegriff ausgehe, vgl. BVerfGE 13, 225 (228 f.); 25, 371 (396 ff.); 85, 360 (374) 95, 1 (17); 99, 367 (400); teilweise abweichend Gregor Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009.

mit Regelungsfelder, die ohne weiteres zur Verfassung gezählt werden könnten, anderen Rechtsetzern. In einer konkreten Verfassungsordnung mag man dies als explizite negative Verfassungsvorbehalte einordnen. Bezogen auf unsere Fragestellung nach einem allgemeinen (negativen) Verfassungsvorbehalt sagt dies zunächst wenig aus, denn es ist ja gerade die jeweilige Verfassung selbst, die – mit einer treffenden Formulierung *Josef Isensees* – kraft ihres „Selbstandes“ über diese Öffnung entscheidet<sup>273</sup>.

Das Grundgesetz bildet keine „Kodifikation des materiellen Verfassungsrechts“ sondern kraft Art. 79 Abs. 1 GG allein eine „Kodifikation formellen Verfassungsrechts“<sup>274</sup>. Als Rahmenordnung bleibt es von vorneherein fragmentarisch<sup>275</sup>. Nochmals sei hier mit besonderem Nachdruck auf das Wahlrecht hingewiesen, zumal sich dieses angesichts seiner schlechthin unverzichtbaren Kreationsfunktion zum Kernbereich von Verfassungsrecht zählen lässt<sup>276</sup>: „Die mangelnde Kongruenz von formeller und materieller Verfassung macht es möglich, dass Regelungen des einfachen Rechts wichtiger für die Grundordnung des Staates sein können als Normen des Grundgesetzes.“<sup>277</sup> Umso bemerkenswerter ist daher die jüngste Initiative von Bundestagspräsident *Norbert Lammert*, im Zuge einer auf die absolute Begrenzung der Zahl der Bundestagsabgeordneten zielenden Wahlrechtsreform, erstmals das Wahlsystem der personalisierten Verhältniswahl, die Sperrklausel und die neu zu schaffende Höchstsitzzahl im Grundgesetz ausdrücklich zu verankern. Nach diesem Entwurf soll Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG wie folgt neu gefasst werden: „Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl gewählt.“ Art. 38 Abs. 3 GG

273 *Isensee*, Selbstand (Fn. 32), S. 326.

274 *Isensee*, Selbstand (Fn. 32), S. 331; *Knies*, Kodex des Staatsrechts (Fn. 162), S. 221 ff.; ferner *Hufeld*, Urkundlichkeit (Fn. 250).

275 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 53; vgl. dazu *Manterfeld*, Grenzen (Fn. 227), S. 46 f.

276 *Unruh*, Verfassungsbegriff (Fn. 68), S. 424 f.

277 *Isensee*, Selbstand (Fn. 32), S. 330.

soll dann lauten: „Das Nähere bestimmt ein Bundesgesetz, in dem eine Höchstsitzzahl und eine Sperrklausel festgelegt werden“<sup>278</sup>.

Auf einer grundsätzlicheren Ebene erweist sich gerade in der scheinbaren Unvollständigkeit der formellen Verfassung deren Selbststand. Die Begriffe der Verweisung und Öffnung verhalten sich komplexer zueinander, „wie Ausgang und Zugang“, wie „Auslagerung“ und „Einlagerung“<sup>279</sup>. Gemeinsam ist der Delegation an andere Normsetzer wie der Übernahme von anderen Normsetzern indes die *bewusste* inhaltliche Enthaltung des Verfassungsgebers. Ohne „Auslagerungen“, insbesondere ohne die Delegation von Regelungsmaterien an den einfachen Gesetzgeber ist eine funktionsfähige Verfassung schlechthin undenkbar<sup>280</sup>. Bemerkenswerter sind dagegen Umfang und Gewicht der „Einlagerungen“ in das Grundgesetz. Es lagert aus den verschiedensten, sei es internationalen, sei es intertemporalen Herkunftsrechtsordnungen Regelungsmaterien ein. Exemplarisch sei hier zunächst die Inkorporation der Weimarer Kirchenartikel durch Art. 140 GG genannt, eine „Anomalie“, die die „Transparenz der Verfassungsurkunde“ zwar „trüben“ mag<sup>281</sup>, von *Rudolf Smend* unter die „Verlegenheitsergebnisse verfassungsgebender Parlamentsarbeit“ rubriziert und als Formelkompromiss bezeichnet<sup>282</sup>, handelt es sich in der Tat um die bewusst kompromisshafte Fortführung eines einmal – in der Vergangenheit – gefundenen Kompromisses, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der sogenannten Koordinationslehre<sup>283</sup>. Paradigmatisch für die bewusste Öffnung des Grundgesetzes ist allerdings die ihm un-

278 Vgl. <http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2016/kw15-wahlrechtsreform/418312>, zuletzt abgerufen am 10. Juni 2016.

279 *Isensee*, *Selbstand* (Fn. 32), S. 332.

280 *Isensee*, *Selbstand* (Fn. 32), S. 339 ff.

281 *Isensee*, *Selbstand* (Fn. 32), S. 336.

282 *Rudolf Smend*, *Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz*, *ZevKR* 1 (1951), S. 1 (11).

283 Vgl. *Christian Waldhoff*, *Die Kirchen und das Grundgesetz nach 60 Jahren*, in: *Hillgruber/Waldhoff* (Hrsg.), *60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung?*, 2010, S. 151 (164 f.).

terliegende Verfassungsentscheidung für die offene Staatlichkeit<sup>284</sup>, die den gesamten Text durchzieht und die ihre jüngste und zugleich weitgehendste Ausprägung in der Neufassung des Art. 23 GG gefunden hat. Auf einer tieferliegenden Ebene öffnet sich das Grundgesetz, wiederum wohl ganz bewusst scheinbar dem Vor-, Nach- und Überpositiven, wenn es sich in Art. 1 Abs. 2 GG zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten bekennt, aber auch wenn es die Menschenwürdegarantie nach Art. 1 Abs. 1 GG<sup>285</sup> an den Anfang und die Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes in Art. 146 GG an das Ende des Grundgesetz stellt und dieses so einfasst<sup>286</sup> und damit an die Grenzen des Rechts stößt. Diese Öffnung ist freilich nur eine scheinbare, denn mit der Vertextlichung<sup>287</sup> des Grundsätzlichen geht unweigerlich seine restlose Positivierung einher, mit der sich das Grundgesetz das vormals Vor-, Nach- und Überpositive zu eigen macht<sup>288</sup>. Gerade darin bestätigt das Grundgesetz seinen Selbststand.

284 Grundlegend *Klaus Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964.

285 Vgl. *Ulrich Haltern*, Unsere protestantische Menschenwürde, in: Bahr/Heinig (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 93 (116 f.); *Christian Waldhoff*, Menschenwürde als Rechtsbegriff und Rechtsproblem, *Evangelische Theologie* 66 (2006), S. 425 (429); ferner *Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg*, Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat, 2008, S. 1 ff.

286 *Grefrath*, Letztfragen (Fn. 42), S. 247; vgl. auch die Hervorhebung beider Normen bei *Unruh*, Verfassungsbegriff (Fn. 68), S. 358 ff., 390 ff.

287 Vgl. dazu *Haltern*, Menschenwürde (Fn. 285), S. 93 ff.; *Christoph Möllers*, ‚We are (afraid of) the people‘: Constituent Power in German Constitutionalism, in: *Loughlin/Walker* (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford 2007, S. 87 (96 ff.).

288 Vgl. *Grefrath*, Letztfragen (Fn. 42), S. 229; anders *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 47, der die „Anerkennung vor- und überstaatlicher Werte“ als Wirksamkeitsvoraussetzung von Verfassungen begreift.

b) *Die Problematik der normhierarchischen Hochzonung inhaltlicher Festlegungen – von der etatistischen zur demokratietheoretischen Argumentation*

Der negative Verfassungsvorbehalt fragt auf verfassungstheoretischer Ebene nicht nach „Verfassungswürdigkeit“, sondern nach den Rückwirkungen auf die Verfassungsfunktionen als dem theoretischen Ansatzpunkt zur Beschreibung und Bewertung von Verfassungen schlechthin. Eine Verfassungsfunktionenlehre kann es im Gegensatz zu einer Verfassungsgesetzgebungslehre geben und es sollte sie geben, auch wenn sie – wie dargelegt – in Deutschland traditionell bescheiden daherkommt.

In diesem Kontext können wir eine interessante, im Ergebnis jedoch kaum zufällige Verlagerung der Argumentation bei ähnlichen Schlussfolgerungen konstatieren. Gegen eine materielle Überfrachtung von Verfassungen wurde in Weimar und in der frühen Bundesrepublik mit dem genuin liberal-etatistischen Argument gefochten, die Verfassung dürfe nicht zum „Parteiprogramm“ degenerieren, sei kein politisches Wunschbuch usw. Die Verfassung grenze vielmehr die gesellschaftliche Sphäre der Freiheit von der staatlichen Sphäre ab. Der gesellschaftliche Bereich sei der politischen Gestaltung überantwortet. Vor allem *Ernst Forsthoff* hat diese Argumentation in die Bundesrepublik transportiert. In seinem Beitrag zur Festschrift für *Ernst Rudolf Huber* beschreibt und kritisiert er 1973 ausführlich die normhierarchische Hochzonung mit dem Ziel des Entzugs des normierten Gegenstandes aus dem allgemeinen politischen Prozess durch – auf die Verfassung bezogene – sog. Verankerungsnormen<sup>289</sup>.

289 *Ernst Forsthoff*, Einiges über Geltung und Wirkung der Verfassung, in: FS für Ernst Rudolf Huber, 1973, S. 3 ff.; in diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass Forsthoff generell gegen einen ausgeprägten Vorrang der Verfassung war und eigentlich eine Art Organisationsstatut bevorzugte. Dargestellt etwa auch bei *Stern*, Staatsrecht (Fn. 120), S. 76. Ähnliches berichtet bereits *Jellinek*, Staatslehre (Fn. 218), S. 533 f., von US-amerikanischen Gliedstaaten vor dem Ersten Weltkrieg: „Aus Mißtrauen gegen die Legislatoren und die in ihnen herrschenden Majoritäten ist in den Gliedstaaten der Union eine große Zahl von Gegenständen der einfachen Gesetzgebung entzogen und der Verfassungsgesetzgebung zugewie-

Diese Argumentationslinie war für Weimar in doppelter Hinsicht nicht unplausibel: Mit dem erst allmählich erkannten Durchbruch des Vorrangs der Verfassung angesichts einer neuen Legitimationsgrundlage der Staatsgewalt mussten die zahlreichen Verheißungsnormen konstitutionellen Zuschnitts zunehmend deplaziert wirken; zudem konnten von dem Katalog von Grundrechten, Grundpflichten und Staatszielbestimmungen der Weimarer Reichsverfassung zwar die schlimmsten Übertreibungen *Friedrich Naumanns* („Luftverkehr heißt Zukunft“) ferngehalten werden, die Verfassung enthielt gleichwohl deutlich mehr Leitlinien und Zielvorstellungen, als später etwa das Grundgesetz<sup>290</sup>. Dies war vor allem Folge der Addierung nicht ausgeprägter unterschiedlicher Verfassungsvorstellungen; durch die Aufnahme mehr oder weniger aller Forderungen entstand mit dem zweiten Hauptteil ein reichhaltiges Konglomerat nicht nur aus Grundrechten und Grundpflichten, sondern aus Programmsätzen, Gesetzbefugnisaufträgen, institutionellen Garantien und auch bloß symbolischen Normen<sup>291</sup>.

sen worden, darunter solche, die in Europa überhaupt nicht durch Gesetz, sondern durch Verordnung geregelt werden würden. Infolgedessen sind die Verfassungen mancher Staaten zu kleinen Gesetzbüchern herangewachsen. Die Entlastung der einfachen Gesetzgebung hat sogar dahin geführt, daß in den meisten Staaten die jährliche Sitzungsperiode der Legislatur abgeschafft wurde, so daß sie nunmehr nur jedes zweite Jahr zusammentritt. Da die Verfassungsgesetzgebung sehr erschwerenden Formen und namentlich der Volksabstimmung unterworfen ist, so ist sie ein bewährtes Mittel, um Gesetze zu stabilisieren und der Willkür zufälliger Majoritäten zu entziehen; auch spielt die Rücksicht auf den Richter, der einfache, aber nicht Verfassungsgesetze (sofern sie nicht gegen die Unionsverfassung verstoßen) für nichtig erklären kann, eine gewisse Rolle in diesem Prozesse der Ausdehnung der Verfassungen, der deutlich beweist, daß sich ihm praktisch keine Grenze setzen läßt.“

290 Zeitgenössische Einschätzung unter dem Leitgedanken der Kompromisshaftigkeit von Verfassungsnormen *Schmitt*, Verfassungslehre (Fn. 7), S. 28 ff.; *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 29; bezüglich der Grundrechte *Hugo Preuß*, Deutschlands Republikanische Reichsverfassung, 1921, S. 91; aus der neueren Literatur *Koutnatzis*, Kompromisshafte Verfassungsnormen (Fn. 204), S. 141 ff., auch zur Weimarer Debatte.

291 Näher *Christoph Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 272 ff.; ferner auch *Stern*, Staatsrecht (Fn. 120), S. 76 f.

Die traditionell etatistische Argumentation trifft heute nicht mehr den Kern der Sache; der gesellschaftliche Bereich ist zudem keinesfalls mehr so trennscharf von der staatlichen Sphäre getrennt, wie suggeriert wurde und wie es auch kaum je der Realität entsprochen hat. Kongruenz mit der Legitimationsstruktur der Verfassung kann nur über das demokratische Prinzip hergestellt werden – bezogen auf einen negativen Verfassungsvorbehalt nicht in seiner Konkretisierung als demokratisches Verfassungsprinzip, sondern als verfassungstheoretische Kategorie. Erst wann man Recht als in Rechtsform transformierte Politik begreift und damit die prinzipielle Freiheit des Rechtsinhalts im verfassungsrechtlichen Rahmen anerkennt<sup>292</sup>, erschließt sich die demokratietheoretische Dimension des Problems. *Oliver Lepsius* hat dies dann für die Gegenwart unter dem Postulat einer in der Demokratie verankert zu denkenden Rechtswissenschaft ausbuchstabiert: „Eine demokratisch ausgerichtete Rechtswissenschaft wäre skeptisch gegenüber materiellen Festlegungen, wenn sie eine objektive Richtigkeit oder erschwerte Abänderbarkeit beanspruchen. Das heißt: Materielle Entscheidungen gehören auf die Ebene des Gesetzes, nicht der Verfassung.“<sup>293</sup> Die Verfassung ist eben gerade kein Beispiel für die Kodifikation eines Rechtsgebietes<sup>294</sup>. „Aus der formalen Höchststrangigkeit der Verfassung folgt nicht zwingend der Anspruch, alles staatliche Handeln auch umfassend inhaltlich determinieren zu wollen.“<sup>295</sup> Ein jüngeres Beispiel für Forderungen der normhierarchischen Hochzonung einer wichtigen politischen Entscheidung war der Atomausstieg nach den Ereignissen in Fukushima, dessen „Endgültigkeit“ durch seine Verankerung im Grundgesetz verdeutlicht und gesichert werden sollte<sup>296</sup>. Das wäre eine grandiose Fehlleistung gewesen. Der politische Prozess würde durch materielle Anreicherungen des

292 Wichtig, nicht nur in diesem Zusammenhang, *Dieter Grimm*, *Recht und Politik*, JuS 1969, S. 501 (505); zumeist wird *Böckenförde*, *Staatsrecht* (Fn. 162), als wortschöpfend zitiert; zu dem Konzept vertieft *Matthias Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, S. 75 ff.

293 *Lepsius*, *Rechtswissenschaft* (Fn. 5), S. 178.

294 *Knies*, *Kodex des Staatsrechts* (Fn. 162), S. 221.

295 *Möstil*, *Regelungsfelder* (Fn. 88), Rdnr. 34, 41.

296 *Michael Kloepfer*, *Herrschaft auf Zeit*, FAZ vom 16. Juni 2011, S. 10.

Verfassungstextes so stetig weiter rechtlich eingengt, parlamentarische Kompromisse würden erschwert, politische Dynamik abgewürgt. Nicht der Vorwurf von „Verfassungslyrik“ u.ä.<sup>297</sup>, sondern die Veränderung der demokratischen Funktionsweise des Verfassungsstaates ist das Gegenargument gegen eine übertriebene Materialisierung der Verfassung. Das dem entgegenzuhaltende Konzept von der Verfassung als Rahmenordnung für den politischen Prozess impliziert zugleich den notwendig fragmentarischen Charakter von Verfassungen: Der Fundamentalität der politikbezogenen Verfassung korrespondiert ihr fragmentarischer Zug, der bewusst Entscheidungsspielräume offenhält<sup>298</sup>. Die Verfassung hat – anders als dies traditionell für Kodifikationen gedacht wird – grundsätzlich kein System und kennt keine Lücken. Schon *Ehmke* sprach von der „strukturellen Offenheit“ des „nichtkodifizierten Verfassungsrechts“: Bei „Knappheit und relativer Konstanz des Textes der Verfassung einerseits, der inhaltlichen Weite und Unbestimmtheit ihrer Grundzüge andererseits“ ergäben sich besondere Anforderungen an die Interpretation, die daher treffender als Rechtskonkretisierung zu kennzeichnen sei<sup>299</sup>. Im Schrifttum ist daher eine „mittlere Dichte und Bestimmtheit“ des Verfassungstextes gefordert worden<sup>300</sup>. Dies auch in dem Bewusstsein, dass sich rechtlicher Rahmen und politischer Inhalt nicht stets sauber werden trennen lassen<sup>301</sup>, gilt es doch diesen Rahmencharakter zu verteidigen, ggf. wiederherzustellen. Die Verfassung legt Politikziele damit nicht fest, sondern er-

297 Zu entsprechenden Traditionssträngen *Isensee*, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 60 ff.

298 *Böckenförde*, Staatsrecht (Fn. 162), S. 13 ff.; *Peter Badura*, Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 265 Rdnr. 18 ff.; *Josef Isensee*, Verfassungsrecht als „politisches Recht“, ebd., § 268 Rdnr. 55 ff.

299 *Ehmke*, Verfassungsinterpretation (Fn. 10), S. 336 f.; aufnehmend und fortführend *Hesse*, Grundzüge (Fn. 51), Rdnr. 60 ff.

300 *Müller*, Rechtssetzung (Fn. 5), S. 132; zur Regelungsdichte vor allem auch *Reimer*, Verfassungsprinzipien (Fn. 226), S. 98 ff.; *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 38 ff.

301 Vgl. etwa *Josef Isensee*, Die Normativität der Verfassung und der politische Prozess, in: *Kimmel* (Hrsg.), Verfassungen als Fundament und Instrument der Politik, 1995, S. 25 (30).

möglichst Politik und erfüllt damit eine pluralismussichernde Funktion<sup>302</sup>.

##### 5. Die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für die Frage des Verfassungsvorbehalts – Vom Vorbehalt zur Bestimmtheit der Verfassung?

Ist materielles Verfassungsrecht Prüfungsmaßstab für alle staatlichen Akte, insbesondere für die Gesetze im Wege der Normenkontrolle, und existiert eine mit entsprechenden Prüfungs Kompetenzen ausgestattete Verfassungsgerichtsbarkeit, tritt die Konkretheit – in der aus der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes übernommenen Terminologie: die Bestimmtheit – der entsprechenden Verfassungsnormen als Problem in das Blickfeld<sup>303</sup>. Während die Verfassungsfunktionen der Dauerhaftigkeit und Maßstäblichkeit für kurze, programmatische Formulierungen zu sprechen scheinen und, weil die Verfassungskompromisslehre mit dem dilatorischen Formelkompromiss Strategien analysiert hat, wie es trotz politischer Divergenzen zu Verfassungsnormen kommen kann<sup>304</sup>, könnten funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit für das Gegenteil sprechen<sup>305</sup>. Wenn die inhaltlichen Postulate der Verfassung Prüfungsmaßstab werden, ist eine möglichst konkret-bestimmte Fassung des Prüfungsmaßstabs aus demokratietheoretischen Gründen wünschenswert. Nur so kann eine hinreichende

302 *Kotzur*, Thematik des Verfassungsgesetzes (Fn. 226), Rdnr. 9, 22.

303 Vgl. wiederum *Grimm*, Recht und Politik (Fn. 292), S. 509.

304 *Koutnatzis*, Kompromisshaftige Verfassungsnormen (Fn. 204), S. 201 ff., insbesondere S. 229 ff.; begriffsprägend zum dilatorischen Formelkompromiss *Schmitt*, Verfassungslehre (Fn. 7), S. 32; vgl. ferner allgemein und insbesondere zum US-amerikanischen Extrembeispiel der „gag rules“ *Stephen Holmes*, *Passions and Constraint*, Chicago 1995, S. 202 ff., insbesondere S. 215 ff.

305 *Lepsius*, Rechtswissenschaft (Fn. 5), S. 178, sieht die materielle Aufladung der Verfassung als Vorbedingung für die von ihm kritisierte Funktionsausweitung der verfassungsgerichtlichen Judikatur. Zu funktionellrechtlichen Grenzen im Überblick *Klaus Schlaich/Stefan Koriath*, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10. Aufl. 2015, Rdnr. 506 ff.

demokratische Rückkoppelung verfassungsgerichtlicher Kontrolle gewährleistet werden<sup>306</sup>. Besteht der verfassungsgerichtliche Prüfungsmaßstab im Wesentlichen aus höchst unbestimmten Prinzipien, die erst konkretisiert werden müssen, kann es zu der fatalen Situation kommen, dass das Gericht nicht nur prüft und kontrolliert, sondern selbst den Maßstab bestimmt. Das ist zwar grundsätzlich bei jeder Verfassungsnorm der Fall und schlägt sich in den sog. maßstäblichen Partien der Karlsruher Urteile erkennbar nieder, stößt im Extremfall jedoch an Grenzen. Die seit einigen Jahren zu beobachtende neue „Kompromisskultur“ bei Ergänzungen des Grundgesetzes, treffend als „neue Technizität des Grundgesetzes“ bezeichnet<sup>307</sup>, ist die Gegenreaktion: Der Verfassungskompromiss wird nun nicht mehr durch weiche, nichtssagende Formulierungen verdeckt, sondern durch möglichst präzise, die nachträgliche Interpretation weitestgehend ausschließende in hohem Maße detailfreudige Vorschriften festgezurr. Zu denken ist an die Integration des sog. Großen Lauschangriffs in Art. 13 GG oder an den sog. Asylkompromiss des Art. 16a GG. Auf staatsorganisationsrechtlicher Ebene könnte die neue Schuldenbremse der Art. 109 Abs. 3, 109a, 115 Abs. 2 GG angeführt werden. Gewissermaßen handelt es sich um eine Art „Anti-Talleyrand“: Wird dem französischen Diplomaten das Bonmot zugeschrieben, wonach Verfassungen kurz und unklar sein müssen, bedeutet dies, dass Verfassungen Interpretationsspielräume durch eine hohe Detaildichte begrenzen sollen. Es liegt auf der Hand, dass sich derartige Entwicklungen mit Verfassungsfunktionen wie Fundamentalität und damit zusammenhängend Dauerhaftigkeit reiben. Aber mehr noch, sie verschärfen auf durchaus dramatische Art und Weise den ohnehin bestehenden grundlegenden Konflikt zwischen Volkssouveränität und Verfassung, zwischen Demokratie

306 Vgl. zu diesem Spannungsverhältnis *Dieter Grimm*, Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?, JuS 1980, S. 704 ff.

307 *Michael Brenner*, Die neuartige Technizität des Verfassungsrechts und die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, AöR 120 (1995), S. 248 ff.; *Andreas Voßkuhle*, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, AöR 119 (1994), S. 35 ff.

und Konstitutionalismus<sup>308</sup>. Verfassungsstaatliche Demokratie und demokratische Verfassung lassen sich in zuspitzender Beschreibung auf den ersten Blick als ein unauflösbares Paradoxon bezeichnen<sup>309</sup>. Doch dieser erste Blick trägt, denn gerade die Demokratie bedarf der Verfassung, der „zweistufigen Legalität“, ohne die sie schlechterdings nicht fähig wäre, rechtsförmig zu handeln<sup>310</sup>: „Sobald religiöse und naturrechtliche Legitimationsmuster versagten und Recht auf Autorität statt Wahrheit gegründet werden mußte, wurden auch Regeln darüber erforderlich, wer Recht setzen durfte und welches Verfahren er dabei zu beobachten hatte.“<sup>311</sup> Der – potentielle<sup>312</sup> – Gegensatz von Demokratie und Verfassung ist folglich weder begrifflicher noch prinzipieller Natur, sondern alleine eine Frage des Maßes. Je detaillierter der Regelungsduktus und je materieller der Regelungsinhalt ist, desto größer wird die Bindung zukünftiger Entscheidungen und desto kleiner wird das Feld des Politischen. Doch auch die Bestimmung dieses Maßes ist, wie nicht oft genug betont werden kann, Resultat demokratischer Entscheidungen<sup>313</sup>, sei es der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes, sei es des demokratisch legitimierten verfassungsändernden Gesetzgebers. Gerade in der einhegenden Verfasstheit des Mehrheitswillens demonstriert der demokratische Verfassungsstaat, dass seine Herrschaft nur eine zeitliche ist<sup>314</sup>, dass seine Glieder nicht auf ewig gebunden werden. Wenn man so will, lässt sich das scheinbare Paradoxon von Demokratie auf paradoxe Art und Weise doch wieder ent-

308 *Holmes*, *Passions* (Fn. 304), S. 134 ff.: „Constitutionalism, from this perspective, does appear essentially antidemocratic. The basic function of a constitution seems to be negative: to remove certain decisions from the democratic process, that is, to tie the community's hands.“ (Zitat S. 135, Hervorhebungen im Original)

309 *Holmes*, *Passions* (Fn. 304), S. 137: „For a surprisingly large number of serious thinkers, then, constitutional democracy remains a paradox, if not a contradiction in terms.“

310 *Grimm*, *Reformalisierung* (Fn. 306), S. 708; vgl. *Holmes*, *Passions* (Fn. 304), S. 161 ff.

311 *Grimm*, *Reformalisierung* (Fn. 306), S. 708.

312 Bereits der Tendenz nach anders aber *Kägi*, *Grundordnung* (Fn. 8), S. 38, 152 ff.

313 *Kägi*, *Grundordnung* (Fn. 8), S. 38, 152 ff.

314 *Kägi*, *Grundordnung* (Fn. 8), S. 38, 152 ff.

wirren<sup>315</sup>, gerade ohne auf naturrechtliche Vorstellung zu rekurrieren<sup>316</sup>: Die Idee der Verfassung selbst ist ein „Entparadoxierungskonzept“<sup>317</sup>.

Es gibt jedoch noch einen zweiten Zusammenhang zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsvorbehalt. Nur der verfassungsändernde Gesetzgeber ist (zumindest theoretisch) in der Lage eine Rechtsprechung des Verfassungsgerichts auszuschalten. Das ist – entgegen manchmal geäußerten Ansichten – durchaus legitim. Wenn, um ein Beispiel heranzuziehen, das Bundesverfassungsgericht ein interpretatorisch zwar plausibles, im Text des Grundgesetzes jedoch nicht aufscheinendes „Verbot der Mischverwaltung“ postuliert<sup>318</sup>, kann nur – darf aber auch – der verfassungsändernde Gesetzgeber mit den erforderlichen breiten Mehrheiten für einen bestimmten, im Normtext definierten Bereich mit Art. 91e GG genau dies zulassen. Es wäre demokratiethoretisch nicht plausibel, dies nicht zu erlauben. Als zentrales Korrektiv für eine ausbrechende oder auch eine legitime Verfassungsjudikatur ist eine entsprechende Befugnis demokratiethoretisch unverzichtbar.

## 6. Einflüsse der Inter- und Supranationalisierung auf notwendige Verfassungsinhalte

Die bisherigen Überlegungen könnten dem Einwand ausgesetzt sein, dass der fehlende normative Rahmen für die verfassungsgebende Gewalt antiquierten Vorstellungen entspreche und aus der internationalen und supranationalen Ebene durchaus Vorgaben für konkrete notwendige Verfassungsinhalte folgten. Von völkerrechtlicher Seite wird etwa

315 *Holmes*, *Passions* (Fn. 304), S. 176: „To preserve voluntariness, voluntariness itself must be restricted.“

316 So aber *Kägi*, *Grundordnung* (Fn. 8), S. 158 ff.

317 *Luhmann*, *Errungenschaft* (Fn. 67), S. 185.

318 BVerfGE 32, 145 (156); 39 96 (120); 41, 291 (311); differenzierter 63, 1 (37 ff.); ausführlich *Isensee*, *Föderalismus* (Fn. 246), Rdnr. 188 ff.

auf das *ius cogens* hingewiesen<sup>319</sup>. Die schweizerische Bundesverfassung bindet explizit jede Änderung (einschließlich der – freilich von der Verfassungsneuggebung abzugrenzenden – Totalrevision) an das zwingende Völkerrecht<sup>320</sup>. Daher werfen wir abschließend noch einen Blick auf etwaige derartige Vorgaben. Ich beginne mit dem Völkerrecht.

Die Völkerrechtsordnung beruht trotz aller Wandlungen und Entwicklungen auf souveränen Staaten. Diese sind im Wesentlichen die Völkerrechtssubjekte, sie werden vorausgesetzt und weder konstituiert noch determiniert. In den Worten eines deutschen Standardlehrbuchs des Völkerrechts:

„Die Existenz des Staates i.S. des Völkerrechts, also namentlich auch seine Bindung an das Völkerrecht, ist unabhängig von der Beschaffenheit seiner inneren Ordnung. In der Gegenwart hat zwar die Staatsgewalt durchweg das Bedürfnis, sich durch ihre Übereinstimmung mit dem Volkswillen zu legitimieren. Aber es gibt auch in der Gegenwart Herrschaftssysteme, deren Legitimität, an diesem Maßstab gemessen, zweifelhaft scheint. Das Völkerrecht mischt sich darin nicht ein. Wo sich allerdings ein Staat gegen den Widerstand des Volkswillens durchsetzt, ist die ‚Effektivität‘ seiner Herrschaftsgewalt freilich mit besonderer Sorgfalt zu prüfen. Wenn sie aber besteht, ist ein Staat i.S. des Völkerrechts doch vorhanden. Nicht auf die Art seiner Entstehung und seine Legitimität kommt es an, sondern darauf, daß er da ist.“<sup>321</sup>

Anschaulich wird von der „Verfassungsblindheit des Völkerrechts“ gesprochen; sie wird als zwingend angesehen, da andernfalls innere Umbrüche – z. B. Revolutionen – die völkerrechtliche Bindung beeinflussen könnten. Dazu nochmals *Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum*: „Denn ließe die Revolution die internationalen Rechte und Pflichten der Staaten erlöschen, so müßte damit die innere Ordnung der Staaten ihren rein nationalen Charakter verlieren; dann ließen sich Änderung oder Umsturz der Verfassung nicht mehr der Kontrolle internationaler Instanzen, z. B. ihre Bedeutung und Tragweite nicht mehr der Nachprüfung durch die internationalen Gerichte, entziehen. Eine derartige

319 Vgl. etwa *Matthias Herdegen*, Grenzen der Verfassungsgebung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 9 Rdnr. 1, 6, 22 ff., 35 ff.

320 Art. 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2.

321 *Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. 1 Teilband 1, 2. Aufl. 1989, S. 132 f.

Praxis ist trotz der Öffnung des innerstaatlichen Bereichs gegenüber dem Völkerrecht – etwa auf dem Gebiet des Menschenrechtsschutzes – bisher nicht nachweisbar.<sup>322</sup>

Ob und wie das Verfassungsrecht sich für Völkerrecht öffnet, ob ein monistisches oder dualistisches Verhältnis von Völker- und Landesrecht verfolgt wird, ist zunächst autonome Entscheidung der jeweiligen Verfassungsordnung. Art. 25 GG ist signifikantes Element der vielbeschworenen Völkerrechtsfreundlichkeit unserer Verfassung, mit dieser Norm steuert jedoch die Verfassung, welches Völkerrecht in welchem Rang innerstaatlich zu beachten ist. Lediglich in den Bereichen, die für den völkerrechtlichen Verkehr wichtig, ja notwendig sind, werden bestimmte Strukturen erwartet bzw. vorausgesetzt. So wird das Amt des Staatsoberhauptes<sup>323</sup> – „Head of State“ – namentlich durch Art. 7 Abs. 2 lit. a des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge<sup>324</sup> und deutlicher noch durch Art. 14 Abs. 1 litt. a und b des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen<sup>325</sup> vorausgesetzt<sup>326</sup>. Das führt etwa dazu, dass in der Organstruktur der schweizerischen Verfassungsorgane das Amt des Bundespräsidenten,

322 *Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht (Fn. 321), S. 139 f.

323 Hierzu und im folgenden vgl. *Christian Waldhoff/Holger Grefrath*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Art. 54 Rdnr. 3 ff., 12 (Stand der Kommentierung: 27. Lieferung Juli 2009).

324 BGBl. 1985 II, 927; UNTS Vol. 1155, 331.

325 BGBl. 1964 II, 358; UNTS Vol. 500, 95.

326 Vgl. *Alfred Verdross/Bruno Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 877, S. 560; *Karl Doehring*, Völkerrecht, 1999, Rdnr. 482; *Robert Jennings/Arthur Watts*, *Oppenheim's International Law*, Bd. 1, 9. Aufl. 1992, S. 1033 ff.; zu den praktischen Problemen, welche die Bestimmung des Staatsoberhauptes machen kann, *Dieter Schröder*, Die Bestimmung des Staatsoberhauptes der sozialistischen Staaten im Völkerrechtsverkehr, AVR 1988, S. 169 ff.; *Roman Herzog*, Art. „Staatsoberhaupt“, in: Evangelisches Staatslexikon, Bd. 2, 3. Aufl. 1987, Sp. 3436.

das strukturell gar nicht vorgesehen ist<sup>327</sup>, zwischen den sieben Bundesräten im Jahresturnus rotiert.

Sieht mithin das Völkerrecht die Verfassung eines Staates mehr oder weniger als „black box“, mutiert im supranationalen Kontext der Europäischen Union die „Verfassungsblindheit“ gleichsam eine Stufe darunter zur von *Hans Peter Ipsen* treffend so bezeichneten „Bundesstaatsblindheit“. Gleichwohl bleibt die Einmischung in die übrige Verfassungsstruktur begrenzt. Die seit der Vertragsrevision von Lissabon in Art. 2 EUV als eine Art Homogenitätsgebot zwischen Union und Mitgliedstaaten normierten „Werte der Union“ (Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit, Menschenrechte, Minderheitenschutz) „sind allen Mitgliedstaaten“ „gemeinsam“. Das erinnert in gewisser Weise an das Homogenitätsgebot aus Art. 28 Abs. 1 GG. Normativ werden diese Postulate im Rahmen der Beitrittsvoraussetzungen nach Art. 49 EUV sowie im Kontext von Art. 7 EUV virulent, auf dessen Grundlage es zu Überprüfungen, Ermahnungen und ggf. auch dem Entzug mitgliedschaftlicher Rechte kommen kann. Zudem werden etwaige Anforderungen durch den ausdrücklich auf die „grundlegenden [...] verfassungsmäßigen Strukturen“ der Mitgliedstaaten bezogenen Identitätsschutz aus Art. 4 Abs. 2 EUV ausbalanciert. Spätestens hier werden die grundlegenden Unterschiede der Integrationsverträge zu den bisher besprochenen Verfassungen deutlich: Das Fehlen von Universalität und Kompetenz-Kompetenz, d.h. die fehlende Möglichkeit der Selbstkonstituierung als in Entstehung wie

327 *Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949, S. 601 f.: „Die Übertragung des Bundespräsidiums an alle Bundesratsmitglieder hängt teilweise damit zusammen, daß mit diesem Amt außer dem Bundesratsvorsitz wenige Befugnisse verbunden sind. Dies erklärt sich aus den herrschenden demokratischen Anschauungen des Landes, denen die Machtkonzentration in einer Person widerspricht. [...] Im übrigen steht der Bundespräsident gleichzeitig einem der sieben Departemente vor und findet dort das Feld seiner Haupttätigkeit. Angesichts dieser geringen Kompetenzen ist das Bundespräsidium mehr oder weniger identisch mit dem Bundesratspräsidium und der Ausdruck ‚Bundespräsident‘ stellt daher eher die Bezeichnung eines Titels als eines Amtes dar. Eine Integration der Eidgenossenschaft durch den jeweiligen Bundespräsidenten kann in folgedessen auch nur in geringem Maße in Frage kommen.“

Wirken abgeleitetes Konstrukt stellt die Frage nach einem Verfassungsvorbehalt für die europäische Ebene – unabhängig von der m.E. nach wie vor schiefen Redeweise von einer „europäischen Verfassung“ – gänzlich anders: Das fundamentale Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung einerseits, die sich allenfalls unwahrscheinlich bildende europäische verfassungsgebende Gewalt andererseits führen zu einem hoffentlich strikten Vertragsvorbehalt. Die im Ausgangspunkt kompetenzielle Funktion des Prinzips der begrenzten Einzelmächtigung erweist sich auch als materielle Figur, weil die „Staatsaufgabendiskussion“ hier mit der Kompetenzfrage in eins fällt. Anders gewendet: Auch hier zeigt sich die Kategorie des Verfassungsvorbehalts als sehr viel treffsicherer Indikator zur Beurteilung des Integrationsstandes, als es affirmative Integrationskonzepte je könnten. Davon wiederum abzugrenzen sind Bemühungen, im Sinne eines *effet utile* die Mitgliedstaaten – wie dies Bundeskanzlerin *Merkel* im sog. Stabilitätspakt versucht hat – zu zwingen, bestimmte vereinbarte Inhalte gerade auf Verfassungsebene umzusetzen und damit festzuschreiben. Dieses großangelegte Placebo ist in der Sache jedoch schon deshalb verfehlt und kann gar nicht funktionieren, weil eine derartige Festlegung von der konkreten Funktion der einzelnen mitgliedstaatlichen Verfassung, insbesondere auch von Existenz, Kompetenzen und Aktivität einer Verfassungsgerichtsbarkeit abstrahiert.

Bleibe noch die zwischen Völker- und Unionsrecht angesiedelte Ebene der EMRK. Da der supranationale Charakter dieses Menschenrechtsbündnisses im Zusammenhang mit dem Europarat sehr viel dünner ausfällt als derjenige der EU, wäre es sinnwidrig, wenn der Einfluss auf die konkreten Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten größer wäre. Gleichwohl wird über die Konventionskonformität etwa des in die Schweizer Verfassung aufgenommenen Minarettverbots diskutiert und – wesentlich gravierender – gibt es ein Skandalurteil, mit dem die Verfassung von Dayton zur Befriedung Bosnien-Herzegowinas für EMRK-widrig erklärt wurde<sup>328</sup>.

328 Näher *Christopher McCrudden/Brendan O'Leary*, *Courts and Consociations: Human Rights versus Power-Sharing*, Oxford 2013, S. 67 ff., 93 ff.

Nur hingewiesen werden kann darauf, dass auch internationale Menschenrechtsverbürgungen regelmäßig auf die organisatorische Verwirklichung ihrer Postulate hinweisen und sich damit, freilich in gewisser inhaltlicher Unschärfe und diskussionsfähiger Bindungskraft, in die Tradition des bereits zitierten Art. 16 der Déclaration von 1789 stellen. „Jeder Mensch hat Anspruch auf eine soziale und internationale Ordnung, in welcher die in der vorliegenden Erklärung angeführten Rechte und Freiheiten voll verwirklicht werden können“, lautet Art. 28 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 und deren Art. 21 fordert die Teilhabe am öffentlichen Leben sowie freie Wahlen. Diese Postulate erscheinen wahrscheinlich notwendig, weil den internationalen Pakten im Gegensatz zu Vollverfassungen von Staaten der organisatorische Ankerpunkt gerade fehlt oder abstrakter formuliert: Der institutionelle Rahmen der normativen Postulate ist eine notwendige Bedingung für deren Erfolg.

