

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 725

Die Verfassungsdurchbrechung

Rechtsproblem der Deutschen Einheit
und der europäischen Einigung

Ein Beitrag zur Dogmatik der Verfassungsänderung

Von

Ulrich Hufeld



Duncker & Humblot · Berlin

ULRICH HUFELD

Die Verfassungsdurchbrechung

Schriften zum Öffentlichen Recht
Band 725

Die Verfassungsdurchbrechung

**Rechtsproblem der Deutschen Einheit
und der europäischen Einigung**

Ein Beitrag zur Dogmatik der Verfassungsänderung

Von

Ulrich Hufeld



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Hufeld, Ulrich:

Die Verfassungsdurchbrechung : Rechtsproblem der Deutschen Einheit und der europäischen Einigung ; ein Beitrag zur Dogmatik der Verfassungsänderung / von Ulrich Hufeld. – Berlin : Duncker und Humblot, 1997
(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 725)
Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 1996
ISBN 3-428-08894-8

Alle Rechte vorbehalten

© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 3-428-08894-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

*Für Tini,
Lukas und Niklas*

Vorwort

Die nachfolgende Untersuchung ist aus meiner Dissertation hervorgegangen, die im Sommer 1996 der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg vorgelegen hat. Nicht wenige der diskutierten Probleme sind noch im Fluß. Rechtsentwicklungen lassen sich kaum auf den neuesten Stand, vielleicht aber auf einen Begriff bringen, der die weitere Beobachtung erleichtert. Darum bemüht, habe ich Rechtsprechung und Literatur bis Ende 1996 berücksichtigt.

Für unermüdliche Begleitung und fruchtbaren Zuspruch danke ich meinem Doktorvater und verehrten Lehrer Professor Dr. Reinhard Mußgnug. In seinem Seminar hat er für Rückhalt im akademischen Gespräch gesorgt und die Gelegenheit geboten, Zwischenergebnisse zur Diskussion zu stellen. Seinem historischen Tiefblick verdanke ich die Entschlossenheit, in die Verfassungsgeschichte zurückzugehen und von dort aus aktuelle und prinzipielle Fragen zu erörtern: Rechtsprobleme der Deutschen Einheit und der europäischen Einigung, die Anlaß geben, die Begriffe der Verfassungsänderung neu zu überdenken.

Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Jochen Abr. Frowein bin ich für seine kritische Anteilnahme und die Erstellung des Zweitgutachtens verbunden. Die Kollegen Dr. Robert Keller und Dr. Achim Schäfer haben sich früher Entwürfe angenommen und der Überarbeitung mit wichtigen Anregungen vorangeholfen; beiden danke ich in Freundschaft.

Herzlichen Dank, nicht zuletzt, meiner Mutter, Christa Hufeld.

Heidelberg, im Dezember 1996

Ulrich Hufeld

Inhaltsverzeichnis

Erster Abschnitt	
Einführung	15
I. Die Verfassungsdurchbrechung als Rechtsproblem	15
1. Das formelle Problem.....	15
2. Das materielle Problem	17
II. Begriff der Verfassungsdurchbrechung und Abgrenzung.....	24
1. Begriffsbestimmung	24
2. Verfassungsänderung	25
3. Verfassungswandel.....	28
4. Die Exemption a priori des Verfassunggebers	31
III. Zum Aufbau der Untersuchung.....	32
1. Die Weimarer Vorgeschichte	32
2. Der Vorgang der Verfassungsdurchbrechung – leitende Gesichtspunkte.....	33
3. Das Grundgesetz zwischen Einigungsvertrag und Unionsvertrag	35
 <i>Erstes Kapitel</i>	
Die Verfassungsdurchbrechung in geschichtlicher Perspektive	39
 <i>Zweiter Abschnitt</i>	
Von der clausula Franckenstein zum Ermächtigungsgesetz	39
I. Die Franckensteinsche Klausel	39
1. Die Kollision mit der Reichsverfassung.....	39
2. Änderungsgesetz – Verfassungsgesetz – Spezialgesetz.....	40
3. Lex specialis – lex posterior.....	43
4. Vorrang der Verfassung?.....	45
II. Verfassungsdurchbrechungen in der Weimarer Republik	46
A. Das Reichstagsbefriedungsgesetz	47
1. Die Kollision mit Art. 123 WRV	47
2. Reichsverfassungskräftiges Grundrecht – gesetzeskräftige Verfassungsdurchbrechung.....	49

3. Art. 123 WRV im Bannkreis – dogmatische Grundpositionen	51
4. Vorrang der Verfassung?.....	60
B. Das Ermächtigungsgesetz vom 13. Oktober 1923	63
1. Die Kollision mit Art. 68 Abs. 2 WRV; § 1 Abs. 1 S. 2 ErmächtigungsG.....	63
2. Befristete Ermächtigung – Vollmacht-Verordnung mit Dauergeltung	67
3. Weimars außerordentliche Gesetzgeber	68
4. Vorrang der Verfassung?.....	74
C. Wiederwahl Hindenbergs durch Parlamentsgesetz?	76
1. Die Kollision mit Art. 41 und 43 WRV	76
2. Gesetzeskräftige Verfassungsdurchbrechung?	77
3. Aufhebung oder Abweichung?.....	78
4. Vorrang der Verfassung?.....	81
III. Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 und die Kategorie der Verfassungsdurchbrechung.....	84
1. Durchbrechung – Neubau – Revolution	84
2. Vorrang des Regierungsgesetzes – Vorrang des Führerbefehls.....	88
Dritter Abschnitt	
Entwicklungen nach 1945 bis zum „Abhörurteil“ des BVerfG	92
I. Verfassungsdurchbrechung und Verfassungstext in Württemberg-Baden und Baden-Württemberg	92
1. Verbot der formellen Verfassungsdurchbrechung.....	92
2. Art. 93 a LV Bad.-Württ.: Aufschieben fälliger Wahlen.....	95
II. Das Textänderungsgebot im Grundgesetz	97
A. Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG.....	97
1. Entstehungsgeschichte	97
2. Verbot der Verfassungsdurchbrechung?	98
B. „Kampf um den Wehrbeitrag“: Was leistet das Textänderungsgebot?	99
1. Art. 79 Abs. 1 Satz 2 GG – Ausnahme vom Textänderungsgebot?	100
2. Einsatz der Bundeswehr im System gegenseitiger kollektiver Sicherheit: Beteiligungsverbot „aus Versehen“ als Problem der Textänderung?.....	104
3. Zwischenergebnisse und offene Fragen.....	105

III. Die Rechtsschutzlücke: „Abhörgesetz“ und „Abhörurteil“	106
1. Die Kollision mit Art. 19 Abs. 4 GG.....	106
2. „Zuständig für die Anordnung nach § 1 ist ein Bundesminister“	108
3. Verfassungsänderung oder Verfassungsdurchbrechung?	110
4. Das „Abhörurteil“: Rechtfertigung der Ausnahme; Kompensation.....	111
<i>Zweites Kapitel</i>	
Die supranationale Verfassungsdurchbrechung	114
<i>Vierter Abschnitt</i>	
Kompetenzverlagerung und Demokratieprinzip	114
I. Das Integrationsgesetz als Dispensationsgesetz.....	115
A. Die Mutation der Verfassungslage – insbesondere: Art. K.9 EUV, Art. 23 GG. 115	
1. Zwei Kollisionstypen	115
2. Ratsbeschuß und Integrationsgesetzgebung	119
3. Art. 23 Abs. 1 GG als Dispensationsermächtigung	121
4. Vorrang und Nachrang der Verfassung.....	126
B. Das Problem der Urkundlichkeit	132
1. Art. 23 Abs. 1 GG: Freistellung vom Textänderungsgebot	132
2. Urkundlichkeit und offene Staatlichkeit.....	136
II. Die Verselbständigung der EZB als Demokratieproblem.....	138
1. Die Durchbrechung des Ministerialsystems	138
2. Art. 23 GG und die förmliche Ergänzung von Art. 88 GG.....	142
3. Die Rechtfertigung des EZB-Status	146
<i>Fünfter Abschnitt</i>	
Kompetenzverlust und Bundesstaatlichkeit	148
I. Die Betroffenheit der Bundesländer.....	148
1. Betroffenheit der Landesgesetzgebung.....	148
2. Betroffenheit des Bundesrates	153
II. Kompetenzkompensation	155
1. Verlust und Kompensation.....	155
2. Exekutivföderalismus?	156
3. Vertikale und horizontale Gewaltenteilung	159

<i>Drittes Kapitel</i>	
Die normative Kraft der Einheitsverfassung	162
Sechster Abschnitt	
Art. 143 GG und der Einigungsvertrag	162
I. Sonderrecht auf Zeit (Art. 143 Abs. 1 und 2 GG).....	163
1. Sachliche Voraussetzungen und zeitliche Grenzen	163
2. Anwendungsfälle.....	165
3. Unzulässigkeit der temporalen Verfassungsdurchbrechung?	169
II. Die Bestandsgarantie der sowjetzialen Enteignungen 1945-1949	171
A. Art. 143 Abs. 3 GG und Art. 41 EV	171
1. Die Kollisionen mit Art. 14 und Art. 3 GG	171
2. Zur Entstehungsgeschichte: Art. 143 Abs. 3 GG als Schutzvorkehrung	174
3. Verfassungsdurchbrechung und Gewaltenteilung	176
4. Vorrang der Verfassung	178
B. Folgefragen	180
1. Die Behandlung der Grundstückszwangsveräußerung bei Ausreise aus der DDR	180
2. Die Doppelenteignungen vor und nach 1945	182
3. Das Entschädigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz.....	185
Siebter Abschnitt	
Sonderrecht im wiedervereinigten Deutschland	188
I. Gesetz und Verfassungsgesetz im Einzelfall.....	188
A. Die Diskussion um den Termin der ersten gesamtdeutschen Wahl	188
1. Rechtliche Vorgaben und politische Wünsche.....	188
2. Die Bestimmungsmacht des Verfassungsgesetzgebers über die Wahlperiode	189
B. Systembrüche: Treuhandanstalt und Investitionsmaßnahmegesetz.....	191
1. Organisation und Legitimation der Treuhandanstalt	191
2. Das „Investitionsmaßnahmengesetz“	194
3. Kollisionslösung im Grundgesetz?	197
II. Die Sonderoption für Berlin und Brandenburg	200
1. Das Vorbild: Art. 118 GG – lex specialis für den Südweststaat.....	200
2. Die Vereinigung von Berlin und Brandenburg in der Alleinverantwortung der Länder	202

III. Exkurs: Staatlicher Religionsunterricht zwischen Ausnahme und Regel	204
1. Die „Bremer Klausel“.....	204
2. Die Geltung von Art. 141 GG in den neuen Bundesländern	205
3. Die Gestaltungsfreiheit der neuen Bundesländer.....	207
<i>Viertes Kapitel</i>	
Zulässigkeit und Typologie der Verfassungsdurchbrechung	208
Achter Abschnitt	
Die Zulässigkeit der Verfassungsdurchbrechung	208
I. Regel und Ausnahme im Verfassungsrecht.....	208
1. Von der Allgemeinheit des Verfassungsgesetzes	208
2. Die Rechtfertigungsbedürftigkeit der Verfassungsdurchbrechung.....	212
3. Die Rechtfertigungsfähigkeit der Verfassungsdurchbrechung	216
II. Insbesondere: Die supranationale Verfassungsdurchbrechung.....	220
1. Rechtfertigungsbedürftigkeit.....	220
2. Rechtfertigungsfähigkeit	222
III. Ausnahmerecht und Vorrang der Verfassung.....	224
1. Weimarer Notlösungen.....	224
2. Die Ausnahme in der „perfekten“ Verfassungsordnung des Grundgesetzes ..	227
3. Ergebnis	230
Neunter Abschnitt	
Typologie der Verfassungsdurchbrechung	231
I. Die temporale Verfassungsdurchbrechung	231
II. Die territoriale Verfassungsdurchbrechung	235
III. Verfassungsdurchbrechung als Verfassungsparzellierung.....	237
IV. Die Ausnahmen von Art. 79 GG	239
1. Das Textänderungsgebot	239
2. Die qualifizierte Mehrheit	241
3. Die Grundsätze	244
Literaturverzeichnis	247
Sachverzeichnis.....	266

Erster Abschnitt

Einführung

I. Die Verfassungsdurchbrechung als Rechtsproblem

1. Das formelle Problem

Die Identität von Verfassungsrecht und Verfassungstext ist ein Idealzustand; er ist realiter unerreichbar. Das wird deutlich im Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die knappe und abstrakte Verfassungssätze eindrucksvoll entfaltet, Fundamentalprinzipien konkretisiert oder sich – bei unveränderter Gestalt des Grundgesetzes – selbst rechtsfortbildend korrigiert.¹

Damit ist der Vorgang der Verfassungsinterpretation angesprochen, sein „schöpferischer Charakter: der Inhalt der interpretierten Norm vollendet sich erst in der Auslegung“². Das Prinzip der Öffentlichkeit und Einsichtbarkeit des staatlichen Lebens ist dann aber, wenn es die Verfassungsurkunde sein soll, die diesen Einblick gewährt³, selbst für die unverändert bleibende Verfassung zu relativieren.

Die Gefahr für die – wünschenswerte – Übereinstimmung von Verfassungsrechtslage und Text der Verfassungsurkunde wächst mit der Zahl der Verfassungsänderungen. Das gilt sogar dann, wenn die Änderung in Form

¹ Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht?, S. 92 ff. Zur Konkretisierung unbestimmter Verfassungsbegriffe, Rechtsfortbildung und „Inhaltsänderung im Gewand der Interpretation“ jetzt Böckenförde, in: FS Lerche (1993), S. 3 (8 mit Fn. 17, S. 10 f.). Die Inkongruenz von formeller und materieller Verfassung liegt auf einer anderen Ebene, erscheint aber auch als Problem der Verfassungsinterpretation: Isensee, HStR I, § 13 Rdnr. 142 mit Kritik an der Rspr. des BVerfG („Juristische Texeregese ist das nicht.“).

² Hesse, Grundzüge, Rdnr. 60. Vgl. auch Haverkate, Verfassungslehre, S. 110: „Wir haben im Grunde genommen zweierlei Verfassungsrecht, das der jeweiligen Senatsmehrheiten, die im konkreten Fall obsiegten, und das Verfassungsrecht der jeweiligen Minderheiten im Senat, die unterlagen.“; vgl. ferner Haverkate, ebenda S. 409 f.; Böckenförde, in: FS Lerche (1993), S. 3 (11 ff.).

³ Ehmke, AÖR 79, S. 385 (396); auch Herzog, in: FS Redeker (1993), S. 149 (152, 154 f., 156); Leisner, Der unsichtbare Staat, S. 40 ff. Vgl. noch BVerfGE 9, 334 (336).

einer Textänderung vorgenommen werden muß: Der positive Inhalt des neuen Rechtssatzes mag sich ohne weiteres ermitteln lassen, negative Auswirkungen auf andere, schon vorhandene Verfassungsregeln bleiben unsichtbar; solche Auswirkungen auf den bisherigen Bestand des Verfassungsrechts durch Zusätze kenntlich zu machen, ist praktisch unmöglich.⁴

Vollends illusorisch wird das Ziel der Identität von Verfassungsrecht und Grundgesetztext im Falle der „Verfassungsänderung ohne Textänderung“, welches Schlagwort unscharf auf die Staatspraxis unter der Weimarer Reichsverfassung verweist, auf „Reichsgesetze, die ohne Änderung des Wortlautes der Verfassung Abweichungen von ihr enthalten und die in der Form des Art. 76 der Reichsverfassung beschlossen worden sind“⁵.

Die Kommentatoren der Weimarer Reichsverfassung kennzeichneten den Typus als „stillschweigende Verfassungsdurchbrechung“⁶; Walter Jellinek reservierte denselben Begriff für ein verfassungsänderndes Gesetz, das – noch schweigsamer – entgegen der üblichen Praxis nicht einmal in seiner Präambel erwähnte, „daß die Erfordernisse verfassungsändernder Gesetzgebung erfüllt sind“.⁷

Zwar stand in der seinerzeit geführten Diskussion um Art. 76 WRV im Vordergrund die Frage, wie die Verfassungsdurchbrechung *sachlich* einzutragen und ob sie als zulässige Erscheinungsform der Verfassungsänderung anzusehen sei (s. sogleich u. 2). Dennoch meint der Begriff „Verfassungsdurchbrechung“ heute zumeist nur noch jenen formellen Aspekt; als Alarmzeichen für die „Verfassungsänderung ohne Textänderung“ erfüllt er eine historische Warnfunktion.⁸

⁴ Hans Schneider, Liquidation, S. 79 f. sowie u. 3. Abschn. II B 2.

⁵ So die Kategorie bei Poetsch-Heffter, Jör 13 (a.F.), S. 1 (227); Jör 17 (a.F.), S. 1 (139); Jör 21 (a.F.), S. 1 (201), der „Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung“ ausführlich gehandelt hat.

⁶ Anschütz, Reichsverfassung, Art. 76 Anm. 2 (S. 401 f.); Triepel, Verhandlungen DJT 1924, S. 47 f.; Schlüter, Das verfassungsdurchbrechende Gesetz, S. 114 ff.

⁷ Jellinek, HdbDStR II, § 73 S. 188. Die zitierte Formel findet sich letztmals in der Präambel des Gesetzes „zur Behebung der Not von Volk und Reich“ vom 24. März 1933, RGBl. I, S. 141. Zu diesem Gesetz u. 2. Abschn. III.

⁸ S. Hans Schneider, HStR I, § 3 Rdnr. 81, 83; Maunz/Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 79 Rdnr. 2; Badura, HStR VII, § 160 Rdnr. 23; Isensee, HStR VII, § 162 Rdnr. 40; Weber-Fas, Wörterbuch zum GG, Art. „Verfassungsdurchbrechung“, S. 328; Rupp, in: FS Carl Heymanns Verlag (1995), S. 499 (507 f.); J. Ipsen, Staatsorganisationsrecht, Rdnr. 1003 ff.; Bernzen/Gottschalck, ZRP 1993, S. 91 (93); v. Braunschweig, Verfassungsentwicklung, S. 82 f.

Die formelle Frage der Weimarer Zeit hat im Bonner Grundgesetz Beantwortung in Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG erfahren – das Problem ist indessen ungelöst. Es stellt sich neu. Es betrifft jetzt die Unverbrüchlichkeit von Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG selbst. Aus gegebenem Anlaß haben zuletzt Mitglieder der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat⁹ die fortbestehende Gefahr für die Urkundlichkeit des Verfassungsrechts ins Bewußtsein gehoben. Verheugen bezeichnete die „Verfassungsdurchbrechung, die Art. 24 Abs. 1 erlaubt und die uns ein Grundgesetz beschert hat, das aus zwei Ebenen besteht“ als „ein gefährliches Instrument“¹⁰. Hans-Jochen Vogel setzte hinzu, es gebe „irgendwo einen zweiten Teil, der sich in mühsamster Arbeit aus den Verträgen, aus den EG-Gerichtshof-Entscheidungen, aus der Praxis der europäischen Institutionen ableiten läßt“¹¹. Allein die naheliegende und von der SPD zunächst auch geforderte Konsequenz, das Textänderungsgebot wieder zur Geltung zu bringen, mochte die Kommission nicht ziehen. Art. 23 Abs. 1 GG steht jetzt in einer Reihe mit Art. 24 Abs. 1 und Art. 79 Abs. 1 S. 2 GG.¹² Und Art. 143 GG setzt ohne weiteres voraus, daß die „Abweichungen“ im Gebiet der östlichen Bundesländer keinen Niederschlag im Verfassungstext finden müssen.

Das Weimarer Formproblem scheint sich nur verlagert zu haben. Erst muß Art. 79 Abs. 1 S. 1 beredt – das heißt unter Beachtung seiner selbst – beiseite geschoben werden, um den Weg für stillschweigende Verfassungsdurchbrechungen wieder frei zu machen.

2. Das materielle Problem

a) Die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) gehört zu den Fundamentalsätzen des Grundgesetzes. Das Gesetz muß sich an der Verfassung messen lassen, darf zu ihr nicht in Widerspruch treten, andernfalls ist es „verfassungswidrig und daher nichtig“¹³. Umgekehrt und positiv formuliert heißt das, die vorrangige Verfassung soll dem

⁹ Konstituiert am 16. Januar 1992; Abschlußbericht vom 28. Oktober 1993. Dazu BT-Drucks. 12/6000 und Berlit, JöR 44 (n.F.), S. 17 (26 ff.).

¹⁰ Abg. Verheugen, Sten. Ber. GVK v. 13.2.1992, S. 31 und v. 26.6.1992, S. 9.

¹¹ Abg. Vogel, Sten. Ber. GVK v. 22.5.1992 (Anhörung), S. 29 f.

¹² Näher u. 4. Abschn. I B über „die kühne Forderung, daß (Art. 79) Abs. 1 (S. 1) in Zukunft wieder in sein Recht eingesetzt wird“ (Vogel, ebenda); zu Art. 79 Abs. 1 S. 2 GG u. 3. Abschn. II A.

¹³ Zur Herkunft dieser vom BVerfG benutzten Formel J. Ipsen, Rechtsfolgen, S. 58 mit Fn. 11. Zur (häufigen) Ausnahme vom Nichtigkeitsdogma u. 9. Abschn. I 5.