

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	
<b>Einführung</b>	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 Verfassungsgebers .....	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>	
<b>Die Verfassungsdurchbrechung in geschichtlicher Perspektive</b>	39
Zweiter Abschnitt	
<b>Von der clausula Franckenstein zum Ermächtigungsgesetz</b>	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 Reichstagsbefriedigungsgesetz.....	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 ErmächtigungsgG.....	63
2. Befristete Ermächtigung – Vollmacht-Verordnung mit Dauergeltung .....	67
3. Weimars außerordentliche Gesetzgeber .....	68
4. Vorrang der Verfassung?.....	74
C. Wiederwahl Hindenburgs 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  	
<b>Entwicklungen nach 1945 bis zum „Abhörurteil“ des BVerfG</b>	<b>92</b>
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

*Zweites Kapitel*

**Die supranationale Verfassungsdurchbrechung** 114

Vierter Abschnitt

**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. Ratsbeschluß 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

Fünfter Abschnitt

**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>	
<b>Die normative Kraft der Einheitsverfassung</b>	162
Sechster Abschnitt	
<b>Art. 143 GG und der Einigungsvertrag</b>	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 sowjetzonalen 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	
<b>Sonderrecht im wiedervereinigten Deutschland</b>	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 „Investitionsmaßnahmegesetz“ .....	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

*Viertes Kapitel*

**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 Grundgesetztextes – selbst rechtsfortbildend korrigiert.<sup>1</sup>

Damit ist der Vorgang der Verfassungsinterpretation angesprochen, sein „schöpferischer Charakter: der Inhalt der interpretierten Norm vollendet sich erst in der Auslegung“<sup>2</sup>. Das *Prinzip der Öffentlichkeit und Einsichtbarkeit des staatlichen Lebens* ist dann aber, wenn es die Verfassungsurkunde sein soll, die diesen Einblick gewährt<sup>3</sup>, 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

---

<sup>1</sup> 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 Textexegese ist das nicht.“).

<sup>2</sup> 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.).

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

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“<sup>5</sup>.

Die Kommentatoren der Weimarer Reichsverfassung kennzeichneten den Typus als „stillschweigende Verfassungsdurchbrechung“<sup>6</sup>; 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“.<sup>7</sup>

Zwar stand in der seinerzeit geführten Diskussion um Art. 76 WRV im Vordergrund die Frage, wie die Verfassungsdurchbrechung *sachlich* einzuordnen 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.<sup>8</sup>

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

<sup>5</sup> So die Kategorie bei Poetzsch-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.

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

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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 Bundesrat<sup>9</sup> 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“<sup>10</sup>. 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“<sup>11</sup>. 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.<sup>12</sup> 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“<sup>13</sup>. Umgekehrt und positiv formuliert heißt das, die vorrangige Verfassung soll dem

---

<sup>9</sup> 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.).

<sup>10</sup> Abg. Verheugen, Sten. Ber. GVK v. 13.2.1992, S. 31 und v. 26.6.1992, S. 9.

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

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.