

**Schriften zur Verfassungsgeschichte**

---

**Band 64**

**Entstehung, Legitimation  
und Zukunft der konkreten  
Normenkontrolle im  
modernen Verfassungsstaat**

**Von**

**Nadine E. Herrmann**



**Duncker & Humblot · Berlin**

NADINE E. HERRMANN

Entstehung, Legitimation und Zukunft der konkreten  
Normenkontrolle im modernen Verfassungsstaat

Schriften zur Verfassungsgeschichte

Band 64

# Entstehung, Legitimation und Zukunft der konkreten Normenkontrolle im modernen Verfassungsstaat

Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung  
des richterlichen Prüfungsrechts in Deutschland  
unter Einbeziehung der französischen Entwicklung

Von

Nadine E. Herrmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Herrmann, Nadine E.:**

Entstehung, Legitimation und Zukunft der konkreten Normenkontrolle im modernen Verfassungsstaat : eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung des richterlichen Prüfungsrechts in Deutschland unter Einbeziehung der französischen Entwicklung / von Nadine E. Herrmann. – Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zur Verfassungsgeschichte ; Bd. 64)

Zugl.: Marburg, Univ., Diss., 2000/01

ISBN 3-428-10533-8

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Selignow Verlagsservice, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0553

ISBN 3-428-10533-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

## *Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2000/2001 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg als Dissertation angenommen.

Ohne die umfassende Förderung meines wissenschaftlichen Werdeganges durch Herrn Professor Dr. Werner Frotscher wäre die Entstehung dieser Arbeit nicht möglich gewesen. Er hat sich in zahlreichen Gesprächen die Zeit genommen, meine teilweise etwas zu mutigen Thesen zu diskutieren und so verhindert, daß mit der vorliegenden Arbeit die verfassungsgeschichtliche Literatur um ein Kapitel des „Sturm und Drang“ bereichert wurde. Ihm gilt daher mein ganz besonderer Dank.

Herrn Professor Dr. Stephan Buchholz schulde ich nicht nur Dank für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Vielmehr hat er mir eine Vertiefung meiner rechts- und verfassungsgeschichtlichen Kenntnisse ermöglicht und den Abschluß meines Studiums *in vi ac tempestatibus* begleitet.

Ich widme diese Arbeit meinen Eltern, die, solange ich denken kann, stets für mich da waren und ohne deren liebevolle Anteilnahme deshalb auch diese Arbeit nicht hätte geschrieben werden können.

Frankfurt am Main, im März 2001

*Nadine E. Herrmann*





# Inhaltsverzeichnis

<b>Ausgangspunkt der Untersuchung .....</b>	<b>15</b>
I. Rechtsstaatlichkeit und gerichtliche Normenkontrolle .....	16
II. Methodik .....	18
III. Gegenstand und zeitlicher Rahmen der Untersuchung .....	19

## *Erstes Kapitel*

### **Richterliche Normenkontrolle im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation** 23

I. Das Heilige Römische Reich zwischen Staat, Staatenbund und völkerrechtlichem Verein .....	24
II. Rechtsgrundlagen richterlicher Prüfung im Heiligen Römischen Reich .....	25
1. Jurisdictio und Normenkontrolle .....	26
2. Römisches Staatsrecht .....	28
a) Jurisdictio und Territorialherrschaft .....	28
b) Jurisdictio und Kaiserrecht .....	29
3. Subjekte, Maßstab und Gegenstände richterlicher Normenkontrolle im Alten Reich .....	30
a) Das Reichskammergericht als Kontrollorgan .....	30
b) Zur Stellung des Richters im Hl. Römischen Reich .....	31
III. Arten richterlicher Prüfung im Heiligen Römischen Reich .....	33
1. Reichsgerichte .....	34
a) Prüfung von Reichsrecht .....	34
b) Prüfung von Landesrecht .....	36
2. Territorialgerichte .....	37
IV. Richterliche Normenkontrolle im Heiligen Römischen Reich: Eine vorläufige Bewertung .....	39
1. Reichshoheit und Landeshoheit .....	39
2. Die Gerichte als Teilhaber der Jurisdictio im vorabsolutistischen Territorialstaat .....	40
3. Normenkontrolle als Mittel zur Wahrung überkommener Herrschaftsstrukturen .....	41

## *Zweites Kapitel*

### **Der deutsche Konstitutionalismus** 42

I. Der (aufgeklärte) Absolutismus als Wegbereiter des Konstitutionalismus .....	43
II. Die Französische Revolution als Katalysator .....	44
III. Staatliche Integration durch Verfassungsgebung und richterliche Normenkontrolle .....	44

IV. Grundlagen richterlicher Normenkontrolle in den Verfassungsurkunden des deutschen Konstitutionalismus .....	46
1. Die Verfassungen der Rheinbundzeit .....	46
2. Die Zeit des Deutschen Bundes (1814/1815–1848) .....	47
a) Das Königreich Bayern .....	47
b) Das Großherzogtum Baden .....	50
c) Das Königreich Württemberg .....	51
d) Kurhessen .....	53
e) Vorläufige Würdigung .....	57
3. Richterliches Prüfungsrecht in der Verfassungstheorie .....	58
V. Die U.S.-amerikanische Lösung und ihre Rezeption .....	59
1. Der Streit um die Ernennung des Friedensrichters Marbury .....	59
2. Die Verfassung als Begründung und Limitierung der Staatsgewalt .....	61
3. Verfassungsvorrang und richterliche Normenkontrolle .....	61
VI. Die juristische Kontroverse um das richterliche Prüfungsrecht als Spiegelbild gegensätzlicher Verfassungsvorstellungen .....	64
1. Das richterliche Prüfungsrecht in der Praxis des Konstitutionalismus .....	64
2. Staatstheoretische Grundlagen .....	65
a) Die Staatsrechtslehre des monarchischen Prinzips .....	65
b) Die liberal-rechtsstaatliche Auffassung .....	66
c) Der Verfassungsvorrang als rechtspolitisches Desiderat .....	73
3. Die Wirksamkeit der Verordnung zur Änderung des Feuerversicherungsgesetzes von Sachsen-Weimar im Lichte der gegensätzlichen Vorstellungen .....	73
4. Zusammenfassung: Legitimität versus Volkssouveränität .....	76
VII. Das richterliche Prüfungsrecht als Archimedischer Punkt im frühkonstitutionellen Verfassungsgefüge .....	76
1. Die Verfassung als Verteilungsmaßstab subjektiver Beteiligungsrechte .....	76
2. Ständische Mitwirkungsrechte als negative Kompetenznormen .....	77
3. Die Debatte um ein richterliches Prüfungsrecht als Wegbereiterin des Wandels .....	78

### *Drittes Kapitel*

#### **Das richterliche Prüfungsrecht in der Frankfurter Reichsverfassung 79**

I. Die fehlende Positivierung des richterlichen Prüfungsrechts in der Paulskirchenverfassung .....	80
II. Die Funktion der richterlichen Normenkontrolle in der Konzeption der FRV .....	81
1. Die Verpflichtung der Reichsgewalt auf den Schutz der Verfassung .....	82
2. Das richterliche Prüfungsrecht als unitarisierendes Element im Bundesstaat ...	83
III. Richterliches Prüfungsrecht in der FRV: Eine vertane Chance? .....	84

### *Viertes Kapitel*

#### **Richterliche Normenkontrolle in den Reaktionsjahren am Beispiel des Kurhessischen Verfassungskonflikts 85**

I. Zur Entstehung des Verfassungskonflikts in Kurhessen .....	85
II. Die Septemberverordnungen und ihre Folgen .....	87

Inhaltsverzeichnis	11
III. Zur Verfassungsmäßigkeit der Steuernotverordnung	88
IV. Die Kognitionsbefugnisse des kurhessischen Oberappellationsgerichts	90
1. Kompetenz oder Beteiligungsrecht	90
2. Das richterliche Prüfungsrecht als Fortsetzung der Revolution mit anderen Mit-	
teilen	92
a) Zur Stellung der Gerichte in Kurhessen	92
b) Die ungeklärte Legitimation des Gerichts	93
c) Landständischer oder gerichtlicher Verfassungsschutz	93
V. Der kurhessische Verfassungskonflikt: Eine vorläufige Würdigung	94

### *Fünftes Kapitel*

<b>Das Deutsche Kaiserreich (1871–1918)</b>	<b>95</b>
I. Die Souveränitätsfrage im Deutschen Reich	96
II. Der staatsrechtliche Positivismus als Korrelat des Bismarckschen Verfassungs-	
kompromisses	97
III. Das richterliche Prüfungsrecht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor	
1918	100
1. RGZ 9, 232 (1883)	100
2. RGZ 15, 27 (1885)	102
3. RGZ 24, 1 (1889)	103
4. RGZ 40, 68 (1901) und RGZ 48, 84 (1911)	103
5. Ergebnis	104
IV. Richterliche Normenkontrolle als Wahrung des status quo	105

### *Sechstes Kapitel*

<b>Das richterliche Prüfungsrecht in der Weimarer Republik</b>	<b>106</b>
I. Die normativen Vorgaben für das richterliche Prüfungsrecht im Verfassungstext	106
II. Das richterliche Prüfungsrecht: Verfassungsrecht oder Verfassungspolitik?	107
1. Der traditionelle Ansatz	108
a) Die Lückentheorie	108
b) Der Selbstschutz der Verfassung	112
aa) Gewaltenteilungslehren	112
bb) Ausfertigungslehren	113
cc) Art. 13 II WRV	115
dd) Souveränitätslehren	115
2. Neue Ansätze	116
a) Richard Thoma	116
b) Hans Kelsen	117
c) Rudolf Smend	119
d) Carl Schmitt	119
III. Antidemokratisches Denken und Orientierungslosigkeit	120
1. Das Reichsgericht und die Gesetzesbindung	120
2. Die Weimarer Staatsrechtslehre	122
3. Der Sieg anti-demokratischen Denkens	122

*Siebttes Kapitel***Das richterliche Prüfungsrecht im nationalsozialistischen Staat 124**

- I. Richterliche Normenkontrolle als Mittel zur Durchsetzung der nationalsozialistischen Weltanschauung ..... 126
  - 1. Die Entscheidung RGZ 142, 56 (1933) ..... 126
  - 2. Die Behandlung vor-nationalsozialistischen Rechts bis zur Entscheidung RGZ 152, 390 (1936) ..... 127
- II. Formelle Prüfung im Kompetenz- und Zuständigkeitschaos des Hitler-Staates .... 129
- III. Anpassung und Kontinuität ..... 130

*Achtes Kapitel***Die Entwicklung der richterlichen Normenkontrolle in Frankreich 132**

- I. Richterliche Normenkontrolle im Ancien Régime ..... 133
- II. Die Vergöttlichung des (Parlaments-)Gesetzes ..... 134
- III. Die weitere Entwicklung des richterlichen Normenkontrollrechts bis zur Verfassung der V. Republik ..... 137
  - 1. Der *Sénat conservateur* im Ersten Empire (1799/1804–1815) ..... 137
  - 2. Der *Sénat* des Zweiten Empire (1852–1870) ..... 138
  - 3. Die III. Republik (1875–1940) ..... 139
    - a) „*La loi n'est pas l'expression de la volonté générale*“ ..... 139
    - b) „*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*“ ..... 141
  - 4. Die IV. Republik (1946–1958) ..... 142
- IV. Das richterliche Prüfungsrecht in der französischen Verfassungsgeschichte: Eine vorläufige Bilanz ..... 142

*Neuntes Kapitel***Das Richterliche Prüfungsrecht in der deutschen und französischen Verfassungsgeschichte – eine Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse 143**

- I. Das richterliche Prüfungsrecht in der deutschen Verfassungsgeschichte ..... 143
  - 1. Richterliche Teilhabe an der Jurisdiction und Schutz wohlervorbener Rechte .. 144
  - 2. Staat und Gesellschaft als Gegensatzpaar ..... 145
  - 3. Die Identität von Mehrheitswille und Recht ..... 146
  - 4. Der totale Staat ..... 147
- II. Das richterliche Prüfungsrecht in der französischen Verfassungsgeschichte ..... 148
- III. Richterliche Normenkontrolle in Deutschland und Frankreich: Verbindendes und Trennendes ..... 149

*Zehntes Kapitel***Die Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts im gegenwärtigen Verfassungsrecht Deutschlands und Frankreichs 152**

- I. Ausgewählte Probleme der konkreten Normenkontrolle in Deutschland ..... 153

1. Die Kontrolle „vorkonstitutionellen“ Rechts .....	153
a) Die Deliktshaftung Minderjähriger .....	154
b) Die Selbstentlastung des Bundesverfassungsgerichts .....	155
c) Die richterliche Anpassung alten Rechts an die neue Verfassung .....	156
2. Die Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze .....	157
a) Normvertretende Vollstreckungsanordnungen .....	157
b) Normändernde Tenorierung .....	158
aa) Teilnichtigkeit .....	158
bb) Die Vermeidung der Nichtigkeitserklärung .....	160
cc) Die Vereinbarkeit nach Maßgabe der Gründe .....	160
c) Verfassungsvorrang und Nichtigkeitsfolge .....	161
3. Das Bundesverfassungsgericht und die europäische Integration .....	162
a) Das Rangverhältnis zwischen Grundgesetz und europäischem Gemein- schaftsrecht .....	163
aa) Die Rechtsprechung des EuGH .....	163
bb) Zustimmung durch das BverfG .....	164
b) Vom Hüter der Verfassung zum Bewahrer deutscher Eigenstaatlichkeit ....	164
4. Altes und Neues in der Normenkontrollrechtsprechung des Bundesverfassungs- gerichts .....	165
II. Das französische Modell einer präventiven abstrakten Normenkontrolle als Alter- native .....	166
III. Verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in der pluralistischen Demokratie: Eine vergleichende Bewertung des deutschen und des französischen Modells .....	168
<b>Schlußwort</b> .....	171
<b>Zusammenfassung in Thesen</b> .....	173
I. Deutsche Verfassungsgeschichte .....	173
II. Französische Verfassungsgeschichte .....	174
III. Das gegenwärtige Verfassungsrecht Deutschlands und Frankreichs im Vergleich .	174
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	175
<b>Personen- und Sachwortverzeichnis</b> .....	204



Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken law, it is he who is truly the lawgiver, to all intents and purposes, and not the person who first spoke or wrote them.<sup>1</sup>

(Bischof Hoadly, 1717)<sup>2</sup>

## Ausgangspunkt der Untersuchung

Die richterliche Kontrolle einer Rechtsnorm am Maßstab höherrangigen Rechts, insbesondere der Verfassung, aus Anlaß eines konkreten Rechtsstreits<sup>3</sup> (sogenanntes richterliches Prüfungsrecht<sup>4</sup> oder konkrete Normenkontrolle<sup>5</sup>) gilt im deutschen Verfassungsverständnis als Schlußstein im Gebäude jedes modernen Rechtsstaats.<sup>6</sup> Sie scheint so gesehen ein unverzichtbares und unaufgebbares Strukturelement auch der deutschen Staatlichkeit zu bilden. Auch und gerade im europäischen Einigungsprozeß müßte die deutsche Seite folgerichtig darauf bedacht sein, daß im werdenden europäischen Verfassungsstaat<sup>7</sup> eine starke richterliche Normenkontrollinstanz geschaffen wird. Denn angesichts des Art. 79 III GG ist es unter der Herrschaft des Grundgesetzes ausgeschlossen, ein Strukturelement des Rechtsstaats (Art. 20 GG) durch Übertragung von Hoheitsrechten aufzugeben.<sup>8</sup>

Insoweit ist es indes unerläßlich, daß der solcher Art geschützte rechtsstaatliche Kernbereich richterlicher Normenkontrolle rechtstatsächlich und rechtsdogmatisch

---

<sup>1</sup> Wahrlich, wer immer die absolute Autorität besitzt, irgendein schriftlich festgelegtes oder mündlich überliefertes Recht auszulegen, der ist in jeder Hinsicht der Schöpfer des Rechts, und nicht die Person, die es zuerst niedergeschrieben oder ausgesprochen hat.

<sup>2</sup> Hier zitiert nach *Clinton, Marbury v. Madison*, S. 7.

<sup>3</sup> *Maunz/Dürig*, GG, Art. 100 Rn. 1; *Schneider*, Funktion, S. 12; *Stern*, AöR 91, 223, 227; *Bachof*, in: Festschrift für Huber (1961), S. 26, 30f.; *Wahl*, Der Staat 20 (1981), 485, 489.

<sup>4</sup> Eigentlich problematisch ist nicht die richterliche „Prüfung“, sondern die Kompetenz des Richters, über Gültigkeit oder Anwendbarkeit der geprüften Norm zu entscheiden. Da hierüber allerdings keinerlei Streit besteht, kann der Begriff trotz seiner Unschärfe verwendet werden. Diese oder ähnliche Feststellungen zur Begrifflichkeit finden sich in praktisch jeder verfassungsgeschichtlichen Untersuchung zur konkreten Normenkontrolle. Vgl. etwa *Maurer*, DÖV 1963, 683, 684; *Morstein Marx*, Variationen, S. 2; *Schack*, Prüfung, S. 16 ff.; *Jonas*, Prüfungsrecht, S. 11; *Bischof*, ZCP 16 (1859), 235, 237.

<sup>5</sup> Der Begriff Normenkontrolle tauchte im Schrifttum erstmals nach dem 2. Weltkrieg auf (vgl. *Imboden*, in: Festschrift für Huber [1961], S. 133, 133) und ist wohl auf *Hans Peter Ipsen* zurückzuführen (in: DV 1949, S. 486, 488) Ob dies in Anknüpfung an *Kelsen* erfolgte (so *Maunz/Dürig*, Art. 100 Rn. 17, Fn. 1), läßt sich indes nicht mit Sicherheit sagen (*Schneider*, Funktion, S. 11).

<sup>6</sup> Vgl. etwa *Stoll*, JherJb 76 (1926), 134, 193, 201; *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 331; *Simons*, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, S. 47.

<sup>7</sup> Zur Diskussion um einen europäischen Verfassungsstaat vgl. beispielweise *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, S. 50 f.; *Grimm*, JZ 1995, 581, 584 ff.; *M. Kaufmann*, Der Staat 36 (1997), 521, 521; *Bernhardt*, Verfassungsprinzipien, S. 53.

<sup>8</sup> Zu dieser Bindung der deutschen Staatsgewalt BVerfG v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, 172 f., 184 ff. – Maastricht. Dazu auch *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig, Art. 23, Rn. 46; *Jarass/Pieroth*, Art. 23, Rn. 25; *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, S. 58 ff.



eindeutig umschrieben werden kann. Hier könnte man nun annehmen, daß beinahe zweihundert Jahre rechtswissenschaftlicher Beschäftigung mit dem Problem des richterlichen Prüfungsrechts zu einer abschließenden Klärung jedenfalls von Grund und Grenzen der richterlichen Normenkontrollbefugnis geführt haben. Näheres Zusehen erweist die Rechtslage indes als weniger eindeutig. Dies gilt umso mehr, wenn die konkrete Normenkontrolle in den gemeineuropäischen Verfassungskontext eingeordnet werden soll. Ohne einen solchen Nachweis strukturell übereinstimmender Verfassungsinstitutionen in Europa durch wertende Rechtsvergleichung ist jede Selbstbehauptung des deutschen Verfassungsverständnisses von vornherein zum Scheitern verurteilt. Deshalb soll in die verfassungsgeschichtliche Darstellung eine rechtsvergleichende Untersuchung des richterlichen Prüfungsrechts in der französischen Verfassungsgeschichte integriert werden.<sup>9</sup> Gerade die französische Verfassungsgeschichte ist für eine solche vergleichende Betrachtung im besonderen Maße geeignet, weil die Französische Revolution die deutsche Verfassungsentwicklung nicht nur ideengeschichtlich, sondern in der Zeit der napoleonischen Besatzung auch ganz konkret beeinflußt hat. Hinzu tritt ein weiterer Umstand: In der französischen Verfassungsentwicklung ist ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber geltenden Gesetzen seit der Revolution abgelehnt worden.<sup>10</sup> Insofern handelt es sich hier um ein echtes Alternativmodell zur deutschen Behandlung des richterlichen Prüfungsrechts. Deshalb könnte die nähere Untersuchung der französischen Verfassungsgeschichte auch einen wichtigen Beitrag zum Verständnis von Entwicklungs- und Argumentationslinien im deutschen Verfassungsrecht leisten.

## I. Rechtsstaatlichkeit und gerichtliche Normenkontrolle

Durch das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949<sup>11</sup> ist für das deutsche Verfassungsrecht normativ entschieden, daß ein beim Bundesverfassungsgericht konzentriertes richterliches Normenkontrollrecht besteht. Aus heutiger Sicht ist damit das hinter dem richterlichen Prüfungsrecht stehende Legitimationsproblem<sup>12</sup> in den Mittelpunkt des Interesses gerückt.<sup>13</sup> Denn es versteht sich keineswegs von selbst, daß ein nicht unmittelbar demokratisch legitimiertes Gericht durch die ihm eingeräumte Prüfungs- und Verwerfungskompetenz (Art. 100 I GG)

<sup>9</sup> Die Bedeutung der vergleichenden Betrachtung der deutschen wie der französischen Verfassungsgeschichte für die Entwicklung eines gemeinsamen westlichen Verfassungsmodells betont mit Recht auch *Fromont*, in: 40 Jahre Grundgesetz (1989), 33, 39.

<sup>10</sup> Vgl. vorläufig *Cappelletti/Ritterspach*, JöR n. F. 20 (1971), 65, 72; *Gehlert*, Schutz, S. 35; *Sonnenberger/Autexier*, Einführung, S. 35 f.; *Pactet*, Institutions politiques, S. 79 f.

<sup>11</sup> BGBl I, 1.

<sup>12</sup> *Lauffer*, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 338 ff.; *Roellecke*, in: HdbStR II, S. 666, 672 f.; *Tohidipur*, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 10, 13; *Simons*, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, S. 18 f.

<sup>13</sup> So *Baruzzi*, Freiheit, S. 139; ähnlich auch *Tohidipur*, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 10, 13; *Simons*, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, S. 72 f. und *Lauffer*, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 92, 93, 11.

über dem parlamentarischen Gesetzgeber steht und letztverbindlich über die Gültigkeit einer Norm entscheiden kann.

Im Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts ist freilich von solchen Legitimationszweifeln wenig zu spüren. Beispielhaft sei hier nur der Beschluß des *Zweiten Senates* des Bundesverfassungsgerichtes vom 10. November 1998 in einem durch Vorlagebeschluß des Bundesfinanzhofes<sup>14</sup> eingeleiteten konkreten Normenkontrollverfahren angeführt. Das Bundesverfassungsgericht entschied hier, daß „§ 32 VI EStG i. d. F. des Steuersenkungsgesetzes 1986/88 [...] insoweit mit Art. 3 I i. V. m. Art. 6 I GG unvereinbar [sei], als danach Eltern mit einem Kind nur einen Kinderfreibetrag von zusammen 2484,- DM beanspruchen konnten“<sup>15</sup>. Die Verfassung verlange vielmehr einen Kinderfreibetrag von mindestens 4416,- DM.<sup>16</sup> Ohne auf die weiteren Einzelheiten<sup>17</sup> dieses Beschlusses eingehen zu wollen, dürfte bereits durch den Tenor deutlich geworden sein, wie das Bundesverfassungsgericht seine Stellung im heutigen Verfassungsgefüge definiert.<sup>18</sup> Die erreichte hohe Kontrolldichte legt es nahe, daß hiermit der Endpunkt in der Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts erreicht ist.

In einer verfassungsgeschichtlichen Untersuchung des richterlichen Prüfungsrechts ist es hingegen nicht ohne weiteres zugänglich, ein nach geltendem Verfassungsrecht wirklich oder vermeintlich bestehendes Legitimationsproblem in den Rang eines Erkenntnis- und Bewertungsmaßstabes für historische Phänomene zu erheben.<sup>19</sup> Vielmehr müssen diese zunächst für sich genommen untersucht werden. Ansonsten würden die spezifischen Entstehungsbedingungen des richterlichen Normenkontrollrechts allzu leicht verkannt. Denn das selbstbewußte Auftreten des Bundesverfassungsgerichts<sup>20</sup> kann nicht als verfassungsgeschichtlicher Normalfall apostrophiert werden. Eher trifft das Gegenteil zu: Überdeutlich wird dies am Beispiel der Normenkontrollentscheidung des Oberappellationsgerichts Kassel im kurhessischen Verfassungskonflikt von 1850. Damals erklärte ein vorsichtiges, beinahe ängstliches<sup>21</sup> Gericht eine Steuer-Notverordnung des Kurfürsten Friedrich Wilhelm für unwirksam, weil die Landstände nicht in verfassungsmäßiger Weise beteiligt worden waren.<sup>22</sup> Zumindest dem ersten Anschein nach ging es dem kurhessischen

<sup>14</sup> BFH v. 16.7.1993, BFHE 171, 534.

<sup>15</sup> BVerfG v. 10.11.1998, NJW 1999, 562, 562.

<sup>16</sup> BVerfG v. 10.11.1998, NJW 1999, 562, 564.

<sup>17</sup> Vgl. dazu etwa *Arndt/Schumacher*, NJW 1999, 746 ff.; *dies.*, NJW 1999, 1689, 1690; *Glanegger*, DSrR 1999, 227, 228; *Kanzler*, FR 1999, 148 ff.; *Moritz*, JAR 1999, 50, 52.

<sup>18</sup> Allgemein zur heute erreichten Stellung des BVerfG im Verfassungsgefüge *Schlaich*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 486 ff.; *Roellecke*, in: HdbStR II, S. 666, 672; *W. Meyer*, in: v. Münch/Kunig, Art. 93, Rn. 64 ff.

<sup>19</sup> Mindestens verkürzend deshalb *Simons*, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, S. 48.

<sup>20</sup> Vgl. nur BVerfG v. 25.2.1975, BVerfGE 39, 1, 67.

<sup>21</sup> Einige Oberappellationsgerichtsräte ließen sich einem Aktenvermerk zufolge wegen „Unpäßlichkeit“ entschuldigen, als es galt, dem Kurfürsten den Normenkontrollbeschluß mitzuteilen vgl. *Huber*, Dokumente I, Nr. 211 (S. 486 Fn. 9).

<sup>22</sup> OAG Kassel vom 12.9.1850, *Huber*, Dokumente I, Nr. 206.