

Schriften zur Verfassungsgeschichte

Band 37

# Richterliches Prüfungsrecht

Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung

Von

Christoph Gusy



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CHRISTOPH GUSY

**Richterliches Prüfungsrecht**

**Schriften zur Verfassungsgeschichte**

**Band 37**

# Richterliches Prüfungsrecht

Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung

Von

Christoph Gusy



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Gusy, Christoph:**

Richterliches Prüfungsrecht: e. verfassungsgeschichtl. Unters. / von Christoph Gusy. — Berlin: Duncker und Humblot, 1985.

(Schriften zur Verfassungsgeschichte; Bd. 37)

ISBN 3-428-05817-8

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1985 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1985 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-05817-8

## Inhaltsverzeichnis

Einführung: Richterliches Prüfungsrecht in der Diskussion .....	7
I. Ideengeschichtliche Voraussetzung: Die Lehre von der Gewaltenteilung .....	9
1. Gewaltenteilung als Forderung nach Mitwirkung an der monarchischen Herrschaft .....	10
a) J. Locke .....	10
b) Ch. Montesquieu .....	14
2. Die Forderung nach Volkssouveränität als Alternative zur Gewaltenteilung .....	17
II. Gewaltenteilung und richterliches Prüfungsrecht in Verfassungsrecht und Praxis des deutschen Konstitutionalismus .....	22
1. Rechtsgrundlagen .....	22
2. Das richterliche Prüfungsrecht in der Praxis .....	25
III. Die Stellungnahmen der Literatur zum richterlichen Prüfungsrecht ..	29
1. Die Staatsrechtslehre des monarchischen Prinzips: Der Primat des Monarchen .....	30
a) F. J. Stahl .....	31
b) H. Zoepfl .....	34
c) J. Held .....	37
d) H. A. Zachariae .....	39
e) Zusammenfassung .....	41
2. Die Staatsrechtslehre des „liberalen“ Rechtsstaates: Der Primat der Verfassung .....	42
a) R. v. Mohl .....	43
b) H. Schulze .....	47
c) L. v. Stein .....	49
d) Zusammenfassung .....	52
3. Die Staatsrechtslehre des Kaiserreiches: Der Primat der Legislative .....	53
a) O. Bähr .....	54
b) R. v. Gneist .....	56

c) J. C. Bluntschli .....	59
d) C. F. Gerber .....	62
e) P. Laband .....	65
f) G. Jellinek .....	68
g) Zusammenfassung .....	71
4. Zusammenfassung .....	71
IV. Die Weimarer Reichsverfassung .....	74
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen .....	74
2. Das richterliche Prüfungsrecht in der Praxis .....	79
a) Die Entscheidungspraxis der Gerichte .....	80
b) Richterliches Prüfungsrecht und Demokratie .....	86
V. Die Stellungnahmen der Literatur zum richterlichen Prüfungsrecht ..	90
1. Die legalistische Richtung: Der Primat des Gesetzes .....	91
a) G. Anschütz .....	91
b) R. Thoma .....	94
c) H. Heller .....	96
d) Zusammenfassung .....	98
2. Die legitimistische Richtung: Der Primat des Rechts .....	99
a) H. Triepel .....	100
b) E. Kaufmann .....	103
c) C. Schmitt .....	106
d) Zusammenfassung .....	111
3. Die Reine Rechtslehre: Staatsgerichtsbarkeit als Schutz der Demo- kratie .....	112
4. Zusammenfassung .....	117
VI. Zusammenfassung: Richterliches Prüfungsrecht als Garantie des sozialen Kompromisses .....	120
1. Verfassungsrecht als sozialer Kompromiß .....	121
2. Sozialer Ausgleich und konstitutionelles Verfassungsrecht .....	122
3. Sozialer Ausgleich und demokratisches Verfassungsrecht .....	124
4. Sozialer Ausgleich und Weimarer Reichsverfassung .....	128
Literaturverzeichnis .....	130



## **Einführung: Richterliches Prüfungsrecht in der Diskussion**

Daß die Gesetze verfassungsgemäß sein sollen, ist ein altes Anliegen. Forderte die Staatslehre seit der Antike die Übereinstimmung der gesetzten Normen mit dem überpositiven Recht, so erschien es nur folgerichtig, daß mit der fortschreitenden Positivierung des Verfassungsrechts an die Stelle der Rechtmäßigkeit von Gesetzen die Forderung nach ihrer *Verfassungsmäßigkeit* trat. Daß jener Paradigmawechsel nur äußerst zögernd erfolgte und nie unbestritten blieb, mag mit dem ungeklärten Verhältnis von überpositivem Recht, positiver Verfassung und einfachem Gesetz zueinander zusammengehangen haben. Idealtypisch läßt sich jedoch formulieren: die Maßstabsnorm wechselte, das Problem blieb.

Von jener materiellen Forderung ist die formelle Komponente analytisch zu unterscheiden. *Wer ist für die Wahrung der inhaltlichen Kongruenz von Verfassung und Gesetz zuständig und verantwortlich?* Unbestritten war zu jeder Zeit, daß sich das Postulat der Rechtsbindung an die Legislativorgane selbst richtete. Sie hatten kraft ihrer Aufgabenstellung dafür zu sorgen, daß keine Rechtsbrüche durch Gesetz eintraten. Was aber hatte im Kollisionsfall zu geschehen? Hier ließen sich im Streit um den „Hüter der Verfassung“ unterschiedliche Konzeptionen denken, die ihrerseits staatsrechtliche, staatsrechtliche und politische Implikationen voraussetzen. Wer dem Gesetzgeber allein die Verantwortung für die Widerspruchsfreiheit von Verfassung und Gesetz überantwortete, begriff letztlich die dafür zuständigen Organe als authentischen Verfassungsinterpreten. In diesem Falle war ein Widerspruch zwischen Verfassung und Gesetz praktisch a priori ausgeschlossen. Wer hingegen andere Organe als die gesetzgebenden Instanzen für die Prüfung und Vermeidung von inhaltlichen Widersprüchen verantwortlich machte, setzte ein Mehrfaches voraus: *die Verschiedenheit von Verfassungsgebung und Gesetzgebung, den Vorrang der Verfassung und die Trennung von gesetzgebenden und prüfenden Organen.*

Das Prüfungsrecht steht so im Schnittpunkt von staatsrechtlichen, staatsrechtlichen und politischen Konflikten. Als Kompetenzfrage ist es eine Rechtsfrage, welche politische Entscheidungen voraussetzt und maßgeblich determiniert. Konsequenterweise sind Auseinandersetzungen um das Prüfungsrecht stets zugleich politische Fragen, die mit rechtlichen Argumenten ausgetragen werden; ebenso wie sie Rechtsfragen sind, die



im politischen Prozeß notwendig umstritten bleiben. Stoßen hier politischer Problemdruck der Machtfrage und ihre rechtliche Einbindung notwendig aufeinander, so sind Auseinandersetzungen um das Prüfungsrecht notwendig Auseinandersetzungen um die jeweilige Verfassungsordnung. Das Verfassungsverständnis determiniert unmittelbar die Stellungnahme zur Prüfungsfrage, wie umgekehrt das Prüfungsrecht die Verfassung und ihr Verständnis prägt.

Dementsprechend kann es kaum überraschen, daß jede Epoche des Verfassungsrechts ihre eigenen, je spezifischen Antworten für die Kompetenzfrage sucht und findet. Dieser Kontext soll hier am Beispiel des deutschen Konstitutionalismus und der Weimarer Reichsverfassung erörtert werden. Dabei ist das richterliche Prüfungsrecht lediglich ein Ausschnitt aus dem möglichen Spektrum von Vorkehrungen zur Wahrung der Einhaltung von Verfassungsrecht. Wegen der historischen Kontinuität seiner Erörterung kann es jedoch als Paradigma nahezu lückenlos verfolgt werden. Dabei finden sich in der Wissenschaft überaus verschiedene Hypothesen. Partiiell wird behauptet, das richterliche Prüfungsrecht sei die spezifische Reaktion der deutschen Justiz auf die Einführung der demokratischen Staatsform<sup>1</sup>. Weiter findet sich die Feststellung, Vorrang der Verfassung und richterliches Prüfungsrecht wiesen parallele Entwicklungsbedingungen und -perioden auf<sup>2</sup>. Dem steht der Befund gegenüber, das richterliche Prüfungsrecht sei im Konstitutionalismus und in der Weimarer Zeit weitgehend identisch gehandhabt worden<sup>3</sup>.

Die vorliegende Untersuchung will die grundlegenden Argumentationsstrukturen unter den zeitgenössischen Bedingungen erforschen<sup>4</sup>. Dabei versteht sie sich bewußt als rechtswissenschaftliche, wobei das Umfeld allerdings nicht ausgeblendet werden soll. Eine unmittelbare Verwendung der damals vertretenen Anschauungen und Argumente in der Diskussion um das Bundesverfassungsgericht ist wegen der Verschiedenheit des Grundgesetzes sowohl gegenüber der WRV wie gegenüber den institutionellen Verfassungen ausgeschlossen. Desungeachtet kann ein methodischer Ertrag darin liegen, das Problem exakter zu umschreiben und die Zusammenhänge von Verfassungsverständnis und Kompetenzordnung aufzeigen.

---

<sup>1</sup> So etwa Hase / Ladeur, Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System, 1980.

<sup>2</sup> Wahl, DSt 1981, 499 ff.

<sup>3</sup> Bettermann, FS J. Broermann, 1982, S. 491 ff.

<sup>4</sup> Wenig weiterführend sind hierzu die neuesten Ansätze von Wendenburg, dessen unspezifische Fragestellung Verfassungsgerichtsbarkeit und richterliches Prüfungsrecht zu eng aufeinander bezieht und dabei die durchaus verschiedenen historischen Entwicklungslinien miteinander vermengt.

## **I. Ideengeschichtliche Voraussetzung: Die Lehre von der Gewaltenteilung**

Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen setzt voraus, daß der *Verfassung* gegenüber dem sonstigen Recht ein *höherer Rang* zukommt. Dabei ist eine inhaltliche Kontrolle nur möglich, sofern die Verfassung auch materielle Maßstäbe bereithält<sup>1</sup>. Neben diesem Vorrang der Verfassung setzt Normenkontrolle *Gewaltenteilung* voraus. Die prüfende Instanz muß von derjenigen, deren Akte kontrolliert werden sollen, funktionell wie organisatorisch verschieden sein. Erst die Trennung der Gerichte von den sonstigen Staatsgewalten ermöglicht daher eine verbindliche Prüfung der Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem jeweiligen Verfassungsrecht. Mit diesen Voraussetzungen gerät die Verfassungsgerichtsbarkeit samt ihren Vorläufern in enge Abhängigkeit von den jeweiligen historischen Bedingungen der Gewaltenteilung.

Hier sollen dementsprechend zunächst die historischen Entstehungsbedingungen der politischen Forderung nach Gewaltenteilung erörtert werden. In Deutschland wandte sich insbesondere die Staatsrechtslehre den hier untersuchten Fragestellungen zu. Daher werden sodann Verfassungsrecht und Praxis in Deutschland bezüglich ihrer Haltung gegenüber diesem Prinzip und den daraus gezogenen Konsequenzen für das richterliche Prüfungsrecht untersucht, um auf dieser Grundlage die Stellungnahmen der staatsrechtlichen Literatur darzustellen. In gleicher Weise wird die Entwicklung für die Weimarer Republik erörtert.

Die durchaus zeitbedingte und -gebundene Idee der Gewaltenteilung entstand aus dem Bestreben, auch im heraufziehenden modernen Staat die Freiheit des einzelnen zu sichern und den Mißbrauch staatlicher Herrschaft durch wirksame Kontrollen zu verhindern. Gegenüber der Machtfülle des entstehenden Absolutismus, gegenüber der einheitlichen, unteilbaren und souveränen Gewalt des neuen Staates, welcher in langen Kämpfen die partikularen Zwischengewalten entmachtete und begann, unter Ausdehnung seiner Wirksamkeit das soziale Leben planmäßig zu organisieren, mußten neue Sicherungen und Kontrollen gefunden werden, um die persönliche und politische Freiheit zu gewähr-

---

<sup>1</sup> Sog. „zweistufige Legalität“; dazu Henke, DSt 1964, 433 ff.; Korinek, VVDSTRL 39, 17 ff.