

# 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

# Inhaltsverzeichnis

Auszugspunkt der Untersuchung .....		15
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. Jurisdiction und Normenkontrolle .....		26
2. Römisches Staatsrecht .....		28
a) Jurisdiction und Territorialherrschaft .....		28
b) Jurisdiction 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 Jurisdiction 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

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-	
teln .....	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*

**Das Deutsche Kaiserreich (1871–1918) .....** **95**

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*

**Das richterliche Prüfungsrecht in der Weimarer Republik .....** **106**

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 <i>Sénat conservateur</i> im Ersten Empire (1799/1804–1815) .....	137
2. Der <i>Sénat</i> des Zweiten Empire (1852–1870) .....	138
3. Die III. Republik (1875–1940) .....	139
a) „ <i>La loi n'est pas l'expression de la volonté générale</i> “ .....	139
b) „ <i>Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale</i> “ .....	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 Nichtigerklärung .....	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