



Alexandra Maria Homauer

Das Reichsgericht zur Frage
des richterlichen Prüfungsrechts
(1919–1933)



1. Teil : Einleitung

A. Ausgangspunkt der Untersuchung

Walter Jellinek hat in der Juristischen Wochenschrift 1925 einen Aufsatz mit dem Titel „Das Märchen von der Überprüfung verfassungswidriger Reichsgesetze durch das Reichsgericht“ veröffentlicht.¹ Darin erhebt er Einspruch gegen die Behauptung, das Reichsgericht habe in ständiger Rechtsprechung Reichsgesetze auf deren Verfassungsmäßigkeit überprüft. Er übte Kritik an der Entscheidung des sechsten Zivilsenats vom 28. April 1921 (RGZ 102, 161 ff., *Wohnraumbewirtschaftungsfall*) sowie an der behaupteten Rechtsprechungspraxis der Zivilsenate des Reichsgerichts bezüglich der Handhabung des richterlichen Prüfungsrechts. Das Reichsgericht habe sich eigentlich immer geweigert, in eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einzutreten. Daran wolle er das Reichsgericht erinnern für den Fall, dass es gezwungen werde, zu der Frage erneut Stellung zu nehmen.

I. Forschungsstand

Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts und zum richterlichen Prüfungsrecht gibt es relativ viele Untersuchungen.² Aus neuester Zeit stammen zum einen die Arbeit von *Herrmann*³, die die Entstehung der richterlichen Normenkontrolle von den Anfängen im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation (mit einem Schwerpunkt im 17. Jahrhundert) bis in die Gegenwart unter Einbeziehung der Entwicklungen in Frankreich darstellt, sowie die Arbeit von *Chlosta*⁴, die die Idee und Wirklichkeit der richterlichen Gesetzestreue unter besonderer Berücksichtigung der Aufwertungsrechtsprechung und des richterlichen Prüfungsrechts ab dem Kaiserreich untersucht. Bei der Arbeit von *Chlosta* ist vor allem die erstmalige ausführliche Analyse der Juristentage von Interesse.⁵

¹ *Jellinek*, Das Märchen von der Überprüfung verfassungswidriger Reichsgesetze durch das Reichsgericht, JW 1925, 454 ff.

² So jüngst zur Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Beispiel: *Klemmer*, Gesetzesbindung und Richterfreiheit, Baden-Baden 1996; *Möller*, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, Eine Untersuchung der Zuständigkeit und Organisation des Reichsgerichts sowie seiner Rechtsprechung im 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung der Konkursanfechtung, Paderborn u.a. 2001 sowie *Düwel*, Die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zwischen 1900 und 1945, Frankfurt am Main 2006.

Zum Richterlichen Prüfungsrecht u. a. *Gusy*, Richterliches Prüfungsrecht, Berlin 1985; *Müller*, Der Hüter des Rechts, Die Stellung des Reichsgerichts im Deutschen Kaiserreich 1879 – 1918, Baden-Baden 1997; *Höner*, Die Diskussion um das richterliche Prüfungsrecht und das monarchische Verordnungsrecht als Beitrag zur Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit im zweiten deutschen Kaiserreich, Münster 2001, sowie *Herrmann*, Entstehung und Legitimation, Berlin 2001 und *Chlosta*, Nur dem Gesetz unterworfen?, Frankfurt am Main 2005.

³ *Herrmann*, Entstehung und Legitimation, 15 ff.

⁴ *Chlosta*, Nur dem Gesetz unterworfen?, 17 ff.

⁵ *Chlosta*, Nur dem Gesetz unterworfen?, 113 ff.

Es fehlt aber bisher eine systematische Erfassung der Entscheidungen der Zivilsenate des Reichsgerichts zum richterlichen Prüfungsrecht für den Zeitraum von 1919 bis 1933 und deren Auswertung. Ansätze sind zu finden bei *Rottleuthner* in seinem Aufsatz „Rechtspositivismus und Nationalsozialismus“ in der DuR 1987, S. 373 – 394, S. 380. *Rottleuthner* legt seiner Untersuchung lediglich 14 Fälle (Entscheidungen) zugrunde. Ferner ist das Entscheidungsregister bei Klemmer im Anhang seiner Arbeit aufzuführen; es enthält aber auch keine systematische Aufarbeitung hinsichtlich der Entscheidungen zum richterlichen Prüfungsrecht. Diese Lücke will die vorliegende Arbeit unter Einbeziehung der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich schließen.

II. Gegenstand und zeitlicher Rahmen

Gegenstand dieser Untersuchung ist, wie sich nun die Judikative vor und nach dieser o. a. Legendenbildung tatsächlich verhalten hat. Dabei will die Arbeit die Anfänge des Normenkontrollverfahrens in ihrem vollen geschichtlichen Kontext darstellen. Der Untersuchungszeitraum ist auf die Weimarer Republik (1919 – 1933) begrenzt. Verfolgt wird die Entwicklung der heute als richterliche Normenkontrolle angesprochenen Rechtsphänomene. Die Basis dieser Untersuchung bilden die auf diesem Gebiet ergangenen Entscheidungen der Zivilsenate des Reichsgerichts sowie die Entscheidungen des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich, die auf Grund von Art. 13 Abs. 2 Weimarer Reichsverfassung (WRV) ergangen sind. Um die Phänomene besser deuten zu können, werden im Anschluss die österreichischen Lösungsansätze vergleichend in die Untersuchung einbezogen.

Ziel der Untersuchung ist herauszufinden, welchen Beitrag die Zivilsenate des Reichsgerichts von 1919 bis 1933 zum Umgang mit dem richterlichen Prüfungsrecht geleistet haben bzw. welchen Einfluss das Reichsgericht und welche Rolle der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich dabei hatten. Nicht berücksichtigt wird die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs, des Reichsversorgungsgerichts sowie der Strafsenate des Reichsgerichts. Zwar haben auch sie Stellung zum richterlichen Prüfungsrecht genommen, so zum Beispiel der vierte Strafsenat des Reichsgerichts im seinem Urteil vom 23.10.1923, Az. IV 567/23, RGSt 57, 384 – 387; aber Hauptträger der Staatsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik waren die Zivilsenate des Reichsgerichts sowie der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich. Aufgrund von Art. 13 Abs. 2 und Art. 19 WRV konnten diese landesrechtliche Vorschriften überprüfen. Durch diese Konzentrität kann auch eine unterschiedliche Handhabung der Thematik innerhalb der einzelnen Senate aufgezeigt werden. So kann nicht nur die Rolle des Reichsgerichts bei der Diskussion um das richterliche Prüfungsrecht herausgearbeitet werden, sondern auch die Diskussion um das richterliche Prüfungsrecht hinter den Mauern des Reichsgerichts dargestellt werden. Auch deshalb ist es erforderlich, die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich einzubeziehen. Nur so ist es möglich herauszufinden, ob es zum Beispiel eine Regel gab, wann ein Zivilsenat oder der Staatsgerichtshof zuständig war bzw. ob – und wenn ja, wie – die Verzahnung bzw. das Zusammenspiel zwischen beiden Einheiten

möglich war. Der anschließende Vergleich mit dem österreichischen System dient der Verdeutlichung der gefundenen Charakteristika.

Ziel der Untersuchung ist damit auch herauszufinden, ob das richterliche Prüfungsrecht ein Schutzmittel des Volkes gegen den Staat darstellte, mit dessen Hilfe gegenüber dem Parlament die in der Verfassung ausgesprochene Sicherung von Freiheit und Eigentum geschützt werden konnte, und ferner, welche Grundstimmung vor allem bei den Mitgliedern der Zivilsenate hinsichtlich der Ausübung des richterlichen Prüfungsrechts herrschte.⁶ Von Bedeutung sind dabei vor allem die „Richterpersönlichkeiten“, die bei der Entscheidungsfindung mitwirkten.

III. Quellenlage

Zur Auffindung der relevanten, veröffentlichten Entscheidungstexte der Zivilsenate des Reichsgerichts dienten die amtliche Entscheidungssammlung, das Warneyer Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiet des Zivil-, Handels- und Prozessrechts sowie Schlegelbergers Jahrbuch des öffentlichen Rechts und die Soergel Rechtsprechungssammlung. Die Entscheidungsregister dieser Sammlungen wurden unter den Schlagworten „richterliches Prüfungsrecht“, „Vereinbarkeit mit der Verfassung“, „Reichsverfassung“, „Gültigkeit“ etc. gesichtet.

Es fanden sich insgesamt 136⁷ unmittelbar einschlägige Entscheidungen. Bei dem Umgang mit den Entscheidungen der amtlichen Sammlung war zu beachten, dass das Reichsgericht sich bei dem Abdruck der Entscheidungen auf das für das jeweilige Sachproblem Relevante beschränkte. Dabei ist aber hervorzuheben, dass in formaler Hinsicht zu erkennen war, dass sich die Publikationen in der amtlichen Sammlung stark am Original orientiert haben. So gaben zum Beispiel Auslassungszeichen in der amtlichen Sammlung Hinweise auf Passagen aus dem Original, die nicht wiedergegeben wurden.⁸ Durch den Rückgriff auf alle veröffentlichten Urteile wurden alle Entscheidungen erfasst, die von den Richtern des Reichsgerichts als beachtenswert und für die Öffentlichkeit von Bedeutung eingestuft wurden. Auf nicht veröffentlichte Urteile der Zivilsenate des Reichsgerichts wurde nur ausnahmsweise zurückgegriffen. Der zum Auffinden unveröffentlichter Entscheidungen erforderliche Aufwand steht nicht im Verhältnis zum Ergebnis. Unveröffentlichte Entscheidungen finden deshalb nur Berücksichtigung, wenn auf sie in einer veröffentlichten Entscheidung hingewiesen wurde und sie für die Untersuchung von Bedeutung sind.

Hauptargument für die Vorgehensweise ist aber, dass die Richter des Reichsgerichts selbst der Überzeugung waren, dass sie diejenigen Entscheidungen, die für eine Publikation von Interesse seien, für die amtliche Sammlung ausgewählt hätten.⁹ Dabei entschied der jeweilige Senat, welches Urteil veröffentlicht wurde. Auch eventuelle Kürzungen mussten vom Senat genehmigt

⁶ Hierzu bereits *Konschegg*, Ursprung und Wandelung des richterlichen Prüfungsrechts in Deutschland im 19. Jahrhundert, Leipzig 1936, 59 f.

⁷ Siehe Anhang I (S. 314 ff. der vorliegenden Arbeit)

⁸ Vgl. *Möller*, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, 18 f.

⁹ *Ostler*, Wiederauferstehung des toten Reichsgerichts?, NJW 1995, 23, 23.

werden.¹⁰ *Hedemann* hat hierzu ausgeführt, dass das Prüfen der vielerlei Nebensammlungen ergeben habe, dass sie den wahrhaft bedeutenden Eindrücken, die die amtliche Sammlung vermittele, so gut wie nichts hinzuzusetzen vermögten.¹¹ Eine genaue Schätzung dessen, was dadurch im Bereich der Fragestellung fehlt, ist kaum möglich, da das Nachschlagewerk des Reichsgerichts (Zivilsenate) nicht verschlagwortet ist, sondern lediglich nach einzelnen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches bzw. öffentlich-rechtlicher Normen unterteilt ist.¹² Aufgrund der dargestellten Vorgehensweise werden aber die wesentlichen und in der juristischen Öffentlichkeit diskutierten Richtersprüche erfasst und berücksichtigt. Auch dem vor kurzem erschienen dritten Band der Edition „Nachschlagewerk des Reichsgerichts, Gesetzgebung des Deutschen Reichs, Weimarer Zeit“ konnten keine weiteren Entscheidungen entnommen werden.¹³

Hinsichtlich der Vorgehensweise bei der Sammlung der Entscheidungen des Staatsgerichtshofs ist zu beachten, dass hier auch nicht veröffentlichte Entscheidungen Berücksichtigung fanden. Die Zahl der Entscheidungen zum Themenkomplex ist überschaubar und ein weit geringerer Teil der Entscheidungen wurde überhaupt veröffentlicht. So konnte zurückgegriffen werden auf den Bestand von Entscheidungen des Staatsgerichtshofs im Bundesarchiv (Bestand R 3007, Bundesarchiv Berlin/Lichterfelde), die Sammlungen von Lammer/Simons, Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das deutsche Reich und des Reichsgerichts gemäß Art. 13 Abs. 2 RV, Band 1 – 6, Berlin 1929 – 1939, und von Bumke, Ausgewählte Entscheidungen des Staatsgerichtshofs und des Reichsgerichts gemäß Art. 13 Abs. 2 der Reichsverfassung, Heft 1 – 9, Berlin 1930 – 1932, sowie auf den Anhang der amtlichen Sammlung. So war es im Gegensatz zu den Entscheidungen des Reichsgerichts hier möglich, auf unkomplizierte Weise nicht veröffentlichte Entscheidungen des Staatsgerichtshofs zu berücksichtigen. Ein Argument für diese Vorgehensweise war aber auch, dass es keine offizielle amtliche Sammlung der Entscheidungen des Staatsgerichtshofs gab.

Wesentliche Entscheidungen des Staatsgerichtshofs wurden als Anhang in der amtlichen Sammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen veröffentlicht bzw. in die angeführten Entscheidungssammlungen aufgenommen. Der Tenor einer jeden Entscheidung auf Grund von Art. 13 Abs. 2 WRV wurde im Reichsgesetzblatt, Teil 1 (RGBl. I), veröffentlicht, da diesen Entscheidungen Gesetzeskraft zustand.

¹⁰ Schubert, Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen, Inhalt sämtlicher und Wiedergabe von unveröffentlichten Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Jahrgänge 1900 und 1901, Band I, Frankfurt am Main 1992, 17.

¹¹ *Hedemann*, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, Ein Bild Deutscher Praxis, Jena 1929, III (Vorwort).

¹² Grundlegend zum Nachschlagewerk siehe *Schubert/Glückner*, Nachschlagewerk des Reichsgerichts Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, §§ 1 – 133, Frankfurt am Main 1994, IX ff., zum Aufbau des Nachschlagewerks v.a. S. XXV f.; aber auch *Hartung*, Jurist unter vier Reichen, 81.

¹³ Nachschlagewerk des Reichsgerichts, Gesetzgebung des Deutschen Reichs, Weimarer Zeit, Band 3, hrsg. v. Werner Schubert und Hans Peter Glückner, Frankfurt/ M. u.a. 2007.

Es fanden sich insgesamt 63 einschlägige Entscheidungen.¹⁴ Für die vorliegende Arbeit gewinnen erst die Entscheidungen ab 1927 an Relevanz. 56 Entscheidungen sind ab 1927 ergangen; hiervon sind 19 Verfahren bereits in der Zulässigkeit gescheitert, so dass tatsächlich lediglich 37 Entscheidungen relevant sind.

Anzumerken bleibt, dass eine lückenlose Erfassung aller zutreffenden Entscheidungen sowohl der Zivilsenate als auch des Staatsgerichtshofs zweifellos unwahrscheinlich ist. Dies kann zudem dadurch belegt werden, dass der Aktenbestand des Bundesarchivs erst nach 1989 mit dem Aktenbestand des Zentralarchivs der DDR in Potsdam zusammengeführt wurde und nicht unerhebliche Teile der Akten nach dem Zweiten Weltkrieg bereits nicht mehr auffindbar bzw. zerstört waren.¹⁵ Unberücksichtigt bleiben müssen auch die Verfahren, die aus diversen Gründen im Vorverfahren abgebrochen wurden.¹⁶

Die vorliegende Arbeit legt ihren Schwerpunkt auf das richterliche Prüfungsrecht der Weimarer Republik.

Wegen der zu erwartenden Quellenfülle wurde grundsätzlich nur die veröffentlichte Rechtsprechung des Reichsgerichts und die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich herangezogen.

Eine sachliche Rechtfertigung findet diese Beschränkung auf die höchst-richterliche Rechtsprechung dadurch, dass diese Entscheidungen für alle Untergerichte richtungweisend waren. Ferner wurden durch das Reichsgericht als letzte Instanz Impulse anderer Gerichte mitberücksichtigt.¹⁷ Aufgrund der Kontinuität des Reichsgerichts können auch mögliche Rechtsprechungstraditionen hinsichtlich des richterlichen Prüfungsrechts zurückverfolgt werden.

IV. Gliederung der Arbeit

Um aus den Quellen die o. a. Fragen beantworten zu können, ist es zweckmäßig, die Untersuchung wie folgt zu gliedern:

In einem ersten Teil wird die Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts in der Lehre vor dem Deutschen Reich bis in die Zeit der Weimarer Republik dargestellt. Der zweite Teil beginnt mit einem Kurzüberblick über das Reichsge-

¹⁴ Beachtenswert ist, dass von 63 Entscheidungen 24 gegen das Land Preußen geführt wurden, sieben gegen Sachsen und Mecklenburg-Strelitz bzw. Schwerin und sechs gegen das Deutsche Reich. Von den 63 Entscheidungen wurden bereits 20 als unzulässig verworfen. Als unbegründet abgewiesen wurden insgesamt 30 Entscheidungen. Begründet bzw. teilweise begründet waren insgesamt 13 Entscheidungen.

¹⁵ Siehe *Granier/ Henke*, Das Bundesarchiv und seine Bestände, 3. Auflage, Boppard 1977, 74, sowie Fundhefte: BArch R 3007, Einleitung sowie Anweisung der Vernichtung in BArch/R 3002/ ohne Seitenzahl.

Beachte: Die unveröffentlichte Sammlung der Entscheidungen der Zivilsenate des Reichsgerichts (SIG RG) lagert dagegen in der Bibliothek des Bundesgerichtshofs.

¹⁶ So zum Beispiel Klage: Bayerische Regierung ./.. Deutsches Reich betreffend die Dezember-Notverordnung vom 1.12.1930; Gang des Verfahrens detailliert geschildert bei *Wehler*, Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, Die politische Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Zeit der Weimarer Republik, Bonn 1979, 303 – 324.

¹⁷ Vgl. *Klemmer*, Gesetzesbindung und Richterfreiheit, 37.

richt. Für die Arbeit grundlegende Begriffe werden daraufhin definiert sowie die Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts vor 1919 dargestellt. Danach werden die Entscheidungen der Zivilsenate des Reichsgerichts in der Weimarer Republik überprüft. Da der dritte Zivilsenat die meisten Entscheidungen zum richterlichen Prüfungsrecht getroffen hat, bietet es sich an, mit dem dritten Zivilsenat – dem Dienstrechtssenat – zu beginnen. Es folgen die sog. Inflations- und Aufwertungssenate (fünfter, sechster, vierter und siebter Zivilsenat), dann der Handelsrechtssenat (zweiter Senat) und am Ende werden die sog. Entlastungssenate (achter und neunter Zivilsenat) sowie die Entscheidung des Vereinigten Zivilsenats vom 22.02.1924 (RGZ 107, 320 ff.) behandelt. Innerhalb der einzelnen Senate wird zunächst der Zuständigkeitsbereich nach dem Geschäftsverteilungsplan dargestellt. Es folgen die Kurzbiographien der jeweiligen Senatspräsidenten im Untersuchungszeitraum. Anschließend werden die einschlägigen Entscheidungen untersucht. Hierbei werden zunächst die Entscheidungen zu Reichsgesetzen, dann zu anderen Rechtsnormen behandelt. Falls der Senat selbst bzw. andere Senate auf Entscheidungen des untersuchten Senats verwiesen haben und es um den Umgang mit dem richterlichen Prüfungsrecht geht, werden diese Entscheidungen unter (eigene) Leitentscheidungen untersucht. Den Leitentscheidungen muss aufgrund der Verweise besondere Bedeutung zugesprochen werden. Die Untersuchung der einzelnen Senate schließt mit einer kurzen Darstellung des Ergebnisses. Am Ende des Teils „Reichsgericht“ wird noch dargestellt, ob zwischen dem Umgang mit dem richterlichen Prüfungsrecht in einer Entscheidung eines Senats und den an der Entscheidung beteiligten Richterpersönlichkeiten, ein Zusammenhang bestehen könnte.

Im dritten Teil werden Aufgaben und Zuständigkeiten des Staatsgerichtshofs sowie dessen einschlägige Entscheidungen untersucht.

Um die Ergebnisse besser beurteilen zu können, wird im vierten Teil kurz das richterliche Prüfungsrecht im Nachbarland Österreich vorgestellt. Auf einzelne Entscheidungen wird hierbei nicht eingegangen. Die vorliegende Arbeit endet mit einer Schlussbetrachtung im fünften Teil.

B. Die Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts in der Rechtslehre

Nur wenn die Vorgeschichte des richterlichen Prüfungsrechts bekannt ist, erkennt man, warum in der Weimarer Republik Art. 13 Abs. 2 WRV in die Verfassung aufgenommen wurde und warum die Diskussion um das richterliche Prüfungsrecht in dieser Zeit – besonders gegen Ende der Weimarer Republik – erneut aufflammte.

Die Diskussion um das richterliche Prüfungsrecht ist bekanntlich kein Phänomen der Zeit nach 1919. Vor dem Deutschen Reich von 1871 verstand man unter richterlichem Prüfungsrecht das Problem, ob der Richter bei der Anwendung der Gesetze diese auf ihre Verfassungsmäßigkeit oder auch auf ihre Über-

einstimmung mit höheren Normen anderen Ursprungs wie Sitte, Treu und Glauben überprüfen dürfe.¹⁸

Die parlamentarische Verfassung von 1871 hat das Problem auf eine ganz andere Ebene gelenkt. Unter dem Begriff richterliches Prüfungsrecht wird nun das Recht des Richters verstanden, bei seiner Tätigkeit alle in einem konkreten Streitfall relevanten, positiven Normen daraufhin zu überprüfen, ob sie nach Zustandekommen und Inhalt mit der Verfassung in Einklang stehen.

I. Richterliche Kontrolle vor dem Deutschen Reich

Erst in Rechtsordnungen mit Verfassungen konnte dieses Problem überhaupt entstehen: „Seit Entstehung der W. Sch. A. (15. Mai 1820) und der dadurch hervorgerufenen Gründung landständischer Verfassungen war in Folge der schärferen Begrenzung der den Regierten zustehenden Mitwirkung an der Regierung unsere Controverse zum eigentlichen Bewußtsein gebracht worden.“¹⁹

Im deutschen Konstitutionalismus hat es aber noch keine richterliche Normenkontrolle im heutigen Sinne gegeben. Das landständische Gesetz war diejenige Äußerungsform des sozialen Willens, die die Bürger dem Absolutismus abgerungen hatten. Es wäre daher gegen ihre Absicht gewesen, die Prüfung der Gesetzgebung durch die von Fürsten angestellten Richter zu fordern.²⁰ Teilweise nahmen die Gerichte bereits ein solches Prüfungsrecht in Anspruch und sprachen vereinzelt Rechtsetzungsakten die Wirksamkeit wegen formeller und materieller Verfassungswidrigkeit ab.²¹ So hatte das Oberappellationsgericht Lübeck im Jahre 1869 das Prüfungsrecht bejaht, aber die Beglaubigung des verfassungsmäßigen Zustandekommens des Gesetzes durch die dazu berufenen Staatsorgane für ausreichend angesehen.²² Die Regierungen waren der Ansicht, dass diese Kompetenz den Gerichten nicht zustehe. Deshalb kam es zu Beginn des 19. Jahrhunderts zu ersten Konflikten um das richterliche Prüfungsrecht.²³ Während ein Teil der älteren Literatur dem Richter nur das Recht zusprach zu untersuchen, ob die formellen Erfordernisse der Publikation erfüllt seien,²⁴ behauptete die Mehrzahl, dass der Richter bei Gesetzen auch das verfassungsmäßige Zustandekommen und bei Verordnungen die materielle Gesetzmäßigkeit zu

¹⁸ *Dreier*, Ein Staatsrechtler in Zeiten des Umbruchs: Gerhard Anschütz (1867-1948), ZNR 1998, 28, 40 f.

¹⁹ *Bischof*, Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen, ZCP 1859, 235, 281 f.

²⁰ *Ogorek*, Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert: Zur Rekonstruktion einer Streitfrage, ZNR 1989, 12, 38.

²¹ *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bismarck und das Reich, 2. Auflage, Stuttgart 1970, Bd. III, 1057; vgl. *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 2. Auflage, München 1999, Rn. 331.

²² *Waldeker*, Zu 18: Zur Frage der Prüfung der Rechtsverbindlichkeit eines Reichsgesetzes durch den Richter [Urteil vom 11.1.1916, Az. VII 217/15], JW 1916, 596, 596.

²³ *Huber*, Verfassungsgeschichte, Bd. III, 1056 ff., sowie Bd. II, 908 ff. und 926 ff.; *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 2. Auflage, München 1999, Rn. 331.

²⁴ Siehe hierzu zusammenfassend: *Meyer-Anschütz*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6. Auflage, Leipzig 1905, 631 m. w. N.

prüfen habe.²⁵ Trotz lebhafter Teilnahme der Wissenschaft an diesem Streit war bis zur Reichsgründung eine Klärung nicht gelungen. Die Anhänger des Prüfungsrechts führten das rechtsstaatliche Prinzip als Argument an. Die Gegner beriefen sich darauf, dass das richterliche Prüfungsrecht nicht nur die Autorität der Recht setzenden Organe, sondern auch die Gewaltenteilung in Frage stelle. Die Justiz würde sich mit der Normenkontrolle über die Normensetzung erheben. Das stehe im Widerspruch zu ihrer primären Aufgabe, dem Normenvollzug. Damit gehe es um „die Kernfrage des Rechtsstaats, ob die Justiz nur Diener des Rechts oder ob sie damit zugleich auch Hüter des Rechts ist“.²⁶

II. Das Prüfungsrecht im Deutschen Reich nach 1871

Mit der Gründung des Deutschen Reichs trat die Erörterung des Problems in ein neues Stadium. Mehr als vorher ging man auf die Stellung des Richters zu den Trägern der gesetzgebenden Gewalt und das Wesen des Gesetzesentstehungsprozesses ein.²⁷ Das Gesetz auf der einen, die Verordnung auf der anderen Seite bestimmten die Reichweite von Parlament und Exekutive sowie das Maß gesellschaftlicher und richterlicher Kontrolle.²⁸ Damit blieb das richterliche Prüfungsrecht ein delikates staatsrechtliches Problem.²⁹

1. Grenzziehung zwischen Gesetz und Verordnung

Doch was war unter Gesetz und Verordnung zu verstehen? Im absoluten Staat und im frühen Konstitutionalismus waren die Begriffe Gesetz und Verordnung noch nicht getrennt. Die Unterscheidung ist erst ein Verdienst der konstitutionellen Staatsrechtswissenschaft.³⁰

In der Staatsrechtslehre wurde zum einen ein rein formeller Gesetzesbegriff vertreten. *Arndt* war Vertreter dieser Theorie: „Gesetz in Preußen ist Alles und nur das, was der König nach zuvoriger Zustimmung des Landtages als Gesetz verkünden läßt, und Gesetz im Reiche ist Alles und nur das, was der Kaiser auf Grund eines übereinstimmenden Mehrheitsbeschlusses von Bundesrath und Reichstag nach zuvoriger Sanction von Seiten des Bundesrathes im Reichsgesetzblatt als Reichsgesetz verkünden läßt.“³¹

²⁵ Siehe hierzu zusammenfassend: *Meyer-Anschütz*, Staatsrecht, 1905, 632 m. w. N.

²⁶ Siehe Darstellung bei *Huber*, Verfassungsgeschichte, Bd. III, 1057.

²⁷ *Nöldeke*, Prüfungsrecht, 1912, 4; ausführlich neuerdings *Höner*; Die Diskussion um das richterliche Prüfungsrecht und das monarchische Verordnungsrecht als Beitrag zur Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit im zweiten deutschen Kaiserreich, Münster 2001

²⁸ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Staatsrechtslehre und Verwaltungsrechtswissenschaft 1800 – 1914, Bd. II, München 1992, 370.

²⁹ *Huber*, Verfassungsgeschichte, Bd. III, 1057 ff.

³⁰ *Fries*, Die richterliche Nachprüfung staatlicher Verordnungen auf ihre Rechtmäßigkeit nach deutschem Reichs- und Landesrecht, Trier 1927, 17 und *Paul Schoen*, Die formellen Gesetze, in: Handbuch der Politik, Die Grundlagen der Politik, hrsg. v. Paul Laband, Band I, 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1914, 293, 293 ff.

³¹ *Arndt*, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Berlin 1901, 157; *Hubrich*, Das Reichsgericht über den Gesetzes- und Verordnungsbegriff nach Reichsrecht, Berlin 1905, 3.

Andererseits entwickelte die Staatslehre einen von inhaltlichen Bezügen freien formellen Gesetzesbegriff. Danach war Gesetz jede von den Organen eines Gemeinwesens ausgehende rechtsverbindliche Anordnung, welche allgemeine oder abstrakte Vorschriften enthielt. Das Gesetz konnte dann mit Inhalt gefüllt werden.³² Als Hauptvertreter dieser herrschenden Ansicht ist *Laband* zu nennen.³³ Nach *Laband* hat das Wort Gesetz in der Rechtswissenschaft eine doppelte Bedeutung, welche man als die materielle und die formelle bezeichnen könne. *Gesetz* sei an sich ein materieller Begriff, der die rechtsverbindliche Anordnung eines Rechtssatzes bedeute. Es setze sich folglich aus den zwei Komponenten Anordnung (Gesetzesbefehl) und Rechtssatz (Gesetzesinhalt) zusammen.³⁴ Die Reichsverfassung selbst hat sowohl die Begriffe des materiellen als auch des formellen Gesetzes verwendet.³⁵ Die Verfassung hat dabei vorausgesetzt, dass Rechtsvorschriften im Wege der Gesetzgebung erlassen werden müssen.³⁶

Die Verordnung stellte wie Gesetz und Verfügung eine Willensäußerung des Staates dar. Um die Unterschiede von Verordnung und Gesetz herausarbeiten zu können, ist es notwendig, die Gesetze und Verordnungen im formellen und im materiellen Sinn zu betrachten.

Ein formelles Gesetz bedarf der Zustimmung der Volksvertretung.³⁷ Unter einer formellen Verordnung versteht man dagegen „eine abstrakte Norm aufstellende, staatliche Anordnung, die nicht im Wege der Gesetzgebung zustande gekommen ist, also ohne Mitwirkung der Volksvertretung vom Träger der vollziehenden Gewalt oder von diesem untergeordneten Organen des Staats ausgeht“³⁸.

Als materielles Gesetz bezeichnet man jede Rechtsnorm, die mit einem Gebot oder Verbot in den Rechtszustand der Untertanen eingreift. Eine materielle Verordnung ist dagegen jede Norm, die bestimmte Tatbestände allgemein ordnet und auf Grund eines delegierenden Gesetzes ergeht. Die Verordnung muss sich also innerhalb der gesetzlichen Ordnung bewegen. Eine Anordnung kann formell erlassen werden, ohne auch materielle Bedeutung zu haben. Die Verordnungen werden deshalb in Verwaltungsvorschriften und Rechtsverordnungen unterteilt. Damit stellt die Rechtsverordnung einen Rechtssatz und die Verwaltungsverordnung eine Verwaltungsvorschrift dar. Die Rechtsverordnung

³² *Krause*, Gesetzgebung, in: HRG, hrsg. v. Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Bd. I, Berlin 1971, 1606, 1618 f.

³³ *Hubrich*, Das Reichsgericht, 1905, 4 f.

³⁴ *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Bd. II, 5. Auflage, Tübingen 1911, 1 f.

³⁵ *Hubrich*, Das Reichsgericht, 1905, 6.

³⁶ Vgl. *Laband*, Staatsrecht, Bd. II, 1911, 82.

³⁷ *Fries*, Nachprüfung staatlicher Verordnungen, 1927, 17 ff.; *Paul Schoen*, Die formellen Gesetze, in: Handbuch der Politik, Die Grundlagen der Politik, hrsg. v. Paul Laband, Gerhard Anschütz u.a., Band , 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1914, 293, 294 ff. und ders., Die Verordnungen, in: Handbuch der Politik, Die Grundlagen der Politik, hrsg. v. Paul Laband, Gerhard Anschütz, u.a., Band I, 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1914, 301, 302 ff.

³⁸ *Schoen*, Die formellen Gesetze, in: Handbuch der Politik, 1914, 293, 293 f.

gen müssen auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung ergehen und sich innerhalb der vom Gesetz vorgegebenen Schranken halten.³⁹

Sofern Rechtsvorschriften des Reichs nicht auf dem in Art. 5 RV⁴⁰ bezeichneten Weg über Bundesrat und Reichstag, sondern auf Grund eines Reichsgesetzes in anderer Weise durch eine ermächtigte Instanz erlassen werden, nennt *Laband* den fraglichen Akt „Rechtsverordnung“.⁴¹ Die Verordnung begründet im Gegensatz zum Gesetz im Rechtsstaat nur Recht innerhalb des gesetzlichen Rahmens.⁴²

2. Reichs- und Landesverfassung im Deutschen Reich (1871 – 1918)

Nach der Klärung der Begriffe Gesetz und Rechtsverordnung ist zu erörtern, auf welche Überprüfungsmaßstäbe zurückgegriffen werden kann. Eine Basis für die Gerichte bei der Überprüfung von Gesetzen und Verordnungen auf deren formelle und materielle Rechtmäßigkeit bildeten die Reichsverfassung und die Landesverfassungen.

In die Reichsverfassung von 1871 (RV) wurde keine Vorschrift über das Prüfungsrecht hinsichtlich Reichsgesetzen und Reichsverordnungen aufgenommen,⁴³ das Wort Prüfungsrecht kommt an keiner Stelle der Reichsverfassung vom 16.4.1871 vor. Die Reichsverfassung sah somit kein Verfahren der institutionellen Normenkontrolle vor. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen war nicht einem besonderen Gericht in einem institutionell geordneten Verfahren vorbehalten. Es gab nur die Überprüfung einer Norm innerhalb eines Rechtsstreits.⁴⁴ Jedem Gericht stand diese Möglichkeit offen.⁴⁵

Im Gegensatz zur Reichsverfassung war in der Preußischen Verfassung von 1850 eine Regelung getroffen worden. In deren Artikel 106 war bestimmt: „Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind. Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündigter Königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu.“⁴⁶ Die Vorschrift war in dieser Form völlig neu. In Bezug auf diese Änderung äußert *Hubrich*: „Im konstitutionellen Preußen gab

³⁹ *Fries*, Nachprüfung staatlicher Verordnungen, 1927, 17 ff.

⁴⁰ Art 5 RV: „Die Reichsgesetzgebung wird ausgeübt durch den Bundesrath und den Reichstag. Die Uebereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse beider Versammlungen ist zu einem Reichsgesetze erforderlich und ausreichend“ (*Huber*, Deutsche Verfassungsdokumente 1851 – 1900, Bd. II, 3. Auflage, Stuttgart 1986, 387).

⁴¹ *Hubrich*, Das Reichsgericht, 1905, 6.

⁴² *Otto Koellreutter*, Richterliches Prüfungsrecht, in: Handbuch der Rechtswissenschaft, hrsg. v. Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster, Band V, Berlin und Leipzig 1928, 146, 149.

⁴³ *Meyer-Anschütz*, Staatsrecht, 1905, 635.

⁴⁴ Ähnlich der heute unter dem Begriff „inzidente Normenkontrolle“ bekannten Überprüfung von Rechtsnormen.

⁴⁵ Siehe ausführlich *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, unveränderter Nachdruck der 1. Auflage (1931), Berlin 1969, 12 ff.

⁴⁶ *Huber*, Dokumente, Bd. II, 513.

der Art. 86 VU. mit dem Satz: 'Die richterliche Gewalt wird im Rahmen des Königs durch unabhängige, keiner anderen Autorität als der des Gesetzes unterworfenen Gerichte ausgeübt.' an sich auch nur die seit alters bestehende Aufgabe des deutschen Richters wieder, nur das reine Recht in den vorkommenden Einzelfällen anzuwenden. Erst die folgende positive Bestimmung von Abs. 2 Art. 106 beschränkte den preußischen Richter gegenüber königlichen Verordnungen und von König und Landtag zustandegebrachten Gesetzen auf die Nachprüfung bloß in formeller Hinsicht, nämlich ob eine vorschriftsmäßige Publikation vorliege.⁴⁴⁷

Damit wurde das Prüfungsrecht aller Behörden und der Gerichte auf die Prüfung der formellen Erfordernisse der Publikation beschränkt. Überprüft wurden die Verkündung des Gesetzes in der Gesetzessammlung und das Vorhandensein der Kontrasignatur des verantwortlichen Ministers. Ein Rechtsmittel gegen die Überschreitung des landesherrlichen Verordnungsrechts war in der preußischen Verfassung und den ihr gleichstehenden Verfassungen⁴⁸ (Braunschweig, Lippe, Oldenburg Schaumburg-Lippe, Schwarzburg-Rudolfstadt, Schwarzburg-Sonderhausen und Waldeck) nicht gegeben. Ebenso wie die Reichsverfassung kannten die meisten anderen deutschen Bundesstaaten keine positive Vorschrift über die richterliche Prüfungsbefugnis bzgl. Gesetzen und Verordnungen.⁴⁹

3. Kontroversen in der Rechtslehre

Die Rolle der Rechtswissenschaft ist nicht zu verkennen. Die Rechtswissenschaft gab der Rechtsprechung das wissenschaftliche Rüstzeug an die Hand. Erst durch deren Argumente waren die Gerichte in die Lage versetzt, ihre Ansichten in den Entscheidungen zu begründen.⁵⁰ Aus diesem Grund ist es notwendig, die in der Rechtslehre vertretenen Ansichten zum richterlichen Prüfungsrecht im Deutschen Reich aufzuzeigen. In der Rechtswissenschaft bestand bereits Uneinigkeit darüber, ob die Diskussion des Streitstands unter der Bezeichnung bzw. dem Schlagwort „richterliches Prüfungsrecht“ erörtert werden könne.

Zum einen handelt es sich nicht um ein subjektives „Recht“, sondern um eine Zuständigkeit; zum anderen umfasste das Prüfungsrecht nicht nur die Kompetenz zur Prüfung, sondern auch zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit eines Gesetzes.⁵¹ Der Ausdruck „Prüfungsrecht“ sei nicht präzise genug, ja irreführend.⁵² Man könnte diese Befugnis als eine Steigerung der richterlichen Machtfülle, als ein subjektives Recht des Richters missverstehen,

⁴⁷ *Hubrich*, Die Streitfrage über die Publikationspflicht autonomer Statuten in Preußen, Ann DR 1916, 641, 704 f.

⁴⁸ *Meyer-Anschütz*, Staatsrecht, 1905, 634 f.

⁴⁹ *Fries*, Nachprüfung staatlicher Verordnungen, 1927, 20 insbes. Fn. 1.

⁵⁰ *Junghanns-Konopka*, Richterliches Prüfungsrecht, Jena 1927, 70/71.

⁵¹ *Morstein Marx*, Variationen über die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, Berlin-Grünwald 1927, 2 ff.

⁵² Vgl. *Wolgast*, Das richterliche Prüfungsrecht in Norwegen, Ann DR 1921/22, 330, 330, insbesondere Anmerkung 2.

welches ihm ermögliche, die Prüfung nach willkürlichem, freiem Ermessen durchzuführen⁵³ und selbst zu bestimmen, ob und wann er seine Aufgabe – Schützer des Individuums und Hüter der Verfassung gegen den staatlichen Machtanspruch zu sein – erfülle. Mit dem Ausdruck „richterliche Prüfungszuständigkeit“ glaubte man, den wahren Inhalt klargestellt zu haben: nämlich die Wechselwirkung von Amtsbefugnis und Amtspflicht, in der sich das Wesen einer echten Zuständigkeit erschöpfe. Wenn sich dieser Ausdruck auch zunächst mehr und mehr durchzusetzen schien⁵⁴, so verdeutlichte nach anderen Ansichten der Ausdruck „Prüfungsrecht“, dass es sich um eine verfassungsrechtliche Frage von großer Wichtigkeit und Bedeutung und nicht um einen trockenen Zuständigkeitsstreit handele.⁵⁵ Der Begriff „richterliches Prüfungsrecht“ soll als der überlieferte in dieser Arbeit beibehalten werden.⁵⁶

Im Bismarckschen Reich wurde zum einen problematisiert, ob den Gerichten bei der Normermittlung ein materielles Prüfungsrecht zusteht, d. h. die Zuständigkeit zur Überprüfung der Übereinstimmung der Gesetze und Verordnungen mit den inhaltlichen Vorschriften der Reichsverfassung; zum anderen, ob sie auf ein formelles Prüfungsrecht – d. h. auf die Zuständigkeit zur Prüfung des verfassungsmäßigen Zustandekommens der Gesetze und Verordnungen – beschränkt seien.⁵⁷ Zahlreiche Theorien wurden hierzu vertreten. Ohne ins Detail zu gehen, kann der Streitstand wie folgt umrissen werden:

Zum einen gab es weitestgehend bejahende Stimmen. Von ihnen waren die einen für ein generelles Prüfungsrecht, andere nur für ein materielles oder nur formelles Prüfungsrecht. Eine extreme Ansicht bejahte die Prüfung bei Gesetzen ganz allgemein und im weitesten Umfang. Schließlich habe der Richter bei der Ausübung seiner Tätigkeit nur gültige Gesetze anzuwenden und sei deshalb berechtigt und verpflichtet, vorher ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen.⁵⁸ Ferner sei die Verfassung als Grundgesetz eine dem gewöhnlichen Gesetz übergeordnete Norm und daher habe der Richter die Übereinstimmung des einfachen Gesetzes mit der Verfassung zu überprüfen.⁵⁹

⁵³ *Morstein*, Variationen, 1927, 3.

⁵⁴ *Morstein*, Variationen, 1927, 3 ff. und Darstellung bei: *Jaehn*, Richterliches Prüfungsrecht, 5 ff.

⁵⁵ Für die Beibehaltung des Ausdruckes „Prüfungsrecht“ hat sich W. Jellinek in seinem Beitrag zur Festschrift von Laun, „Das richterliche Prüfungsrecht in den drei Ländern der amerikanischen Zone“, Hamburg 1948, 269, mit überzeugenden Worten eingesetzt. Er unterstellt ihm dabei einen neuen objektiven Sinn. Dagegen versteht Maunz unter Prüfungszuständigkeit nur die des Verfassungsgerichtes, während er sonst bei Prüfungsrecht bleibt, siehe u. a. bei *Maunz* in: Deutsches Staatsrecht, 2. Auflage, München 1952, 174 ff.

⁵⁶ Vgl. *Maurer*, Das richterliche Prüfungsrecht zur Zeit der Weimarer Verfassung, DöV 1963, 683, 684, der den Begriff „richterliches Prüfungsrecht“ als fest eingebürgert ansieht.

⁵⁷ *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bismarck und das Reich, Bd. III, 2. Auflage, Stuttgart 1970, 1057 f.

⁵⁸ *Hubrich*, Die Streitfrage über die Publikationspflicht autonomer Statuten in Preußen, Ann DR 1916, 641, 694 ff., und *Schack*, Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung, Berlin 1918, 137.

⁵⁹ *Westerkamp*, Über die Reichsverfassung, Hannover 1873, 199 ff.

Eine weitere Theorie bejahte die materielle Prüfung des Richters, verneinte dagegen die formelle. Als Begründung führte sie an, dass die Frage, ob ein Gesetz in Ansehung seines verfassungsmäßigen Zustandekommens als rechtmäßig anzusehen sei, eine solche zwischen Landtag und Herrscher sei, während die Frage, ob ein Gesetz materiell gegenüber der Verfassung Geltung erlangt habe, richterlicher Prüfung unterliege. Schließlich besitze die Verfassung gegenüber dem einfachen Gesetz eine gesteigerte Bestandsgarantie.⁶⁰

Von anderen wurde das richterliche Prüfungsrecht noch stärker eingeeengt. So waren die führenden deutschen Staatsrechtslehrer – u. a. *Georg Jellinek*, *Paul Laband* und *Gerhard Anschütz* – gegen ein materielles richterliches Prüfungsrecht auf der Ebene des Reichsverfassungsrechts. Sie waren Verfechter eines engeren formellen Prüfungsrechts. Danach waren die Gerichte darauf beschränkt zu untersuchen, ob ein vom Kaiser ordnungsmäßig als Reichsgesetz ausgefertigter und verkündeter Akt der Reichsgesetzgebung vorliege. Das verfassungsmäßige Zustandekommen des Gesetzes konnte nicht überprüft werden und damit auch nicht die Verfassungsmäßigkeit der Abstimmung in der Legislative.⁶¹ Diese Ansicht wurde damit begründet, dass die dem Kaiser übertragene Kompetenz zur Ausfertigung der Reichsgesetze das Recht und die Pflicht einschließe, zu prüfen und zu entscheiden, ob das auszufertigende Gesetz den verfassungsmäßigen Bedingungen entspreche. Die Ausfertigung bedeute, dass das Gesetz einwandfrei zustande gekommen sei. Durch einen Akt absoluter Rechtskraft werde die Existenz des Gesetzes konstituiert und damit jeder weiteren Prüfung entzückt. Allerdings gab es auch Verfechter eines weiteren formellen Prüfungsrechts. Unter anderem *Otto von Gierke* forderte, dass in die Prüfung das Zustandekommen der Gesetze eingeschlossen werden müsse.⁶² Aus dem Grundsatz der Unterworfenheit des Richters unter das Gesetz folgerten Anhänger dieser Lehre, dass für den Richter das Recht und die Pflicht bestehe, vor der Anwendung dessen Gültigkeit zu überprüfen. Die materielle Prüfung sei dem Richter untersagt, weil das Gesetz ein Akt der Souveränität sei.⁶³ Sie forderten damit ebenfalls lediglich ein formelles Prüfungsrecht.

In weitestem Umfang lehnte *Arndt* die Prüfung nach allgemeinen Prinzipien ab. Er versuchte die Ablehnung aus der Lehre von der Gewaltenteilung und der Lehre vom Gesetz als Souveränitätsakt zu folgern. Der Richter überschreite mit der Prüfung der Gesetze seine Kompetenz, weil er dem Gesetz unterworfen sei und den Anordnungen des Gesetzgebers unbedingten Gehorsam schulde.⁶⁴

⁶⁰ *Schack*, Prüfung der Rechtmäßigkeit, 1918, 155.

⁶¹ Vgl. *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, Freiburg 1887, 402 ff.; *Laband*, Staatsrecht, Bd. II, 1911, 44 ff.; *Meyer-Anschütz*, Staatsrecht, 1905, 633 ff.

⁶² *Huber*, Verfassungsgeschichte, Bd. III, 1059.

⁶³ *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Bd. I, Leipzig u. a. 1895, 135 ff.

⁶⁴ *Arndt*, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Berlin 1901, 185; *Arndt*, Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts bei Gesetzen, JW 1916, 809, 809 ff.; zusammenfassend *Hauenschild*, Gegenwärtiger Stand der Lehre vom richterlichen Prüfungsrecht in Wissenschaft und Rechtsprechung, Hildesheim 1929, 11.

Eine große Zahl von Juristen versuchte die Verneinung des Prüfungsrechts entweder aus allgemeinen Kriterien herzuleiten, so zum Beispiel aus der Natur der Verkündung⁶⁵, der Ausfertigung⁶⁶, oder aus besonderen formellen Kriterien wie dem Wortlaut und der Bedeutung des Art. 2 Satz 2 RV, dem Art. 17 und Art. 19 RV.⁶⁷

Die Prüfung wurde also von keiner Meinung absolut ausgeschlossen. Die Prüfung der inneren Formalien war allgemein anerkannt.

4. Ergebnis

Die Situation bis 1918 kann folgendermaßen schematisiert werden:

Zeitraum	Land				Reich			
Vor 1871	keine einheitliche Regelung des richterlichen Prüfungsrechts, nur Ansatzpunkte erkennbar				keine einheitliche Regelung des richterlichen Prüfungsrechts, nur Ansatzpunkte erkennbar			
1871-1918	Verordnung		Gesetz		Verordnung		Gesetz	
	Formell	Materiell	Formell	Materiell	Formell	Materiell	Formell	Materiell
	(+)	(+)	(+)	str.	(+)	str.	str.	(-)

III. Das Prüfungsrecht in der Weimarer Republik

Die autoritären Mittel zur Erhaltung der Ordnung waren in der Weimarer Republik weggefallen: „Der Kaiser ist fort. Die Religion ist keine Bindung mehr und die patriotische Idee befindet sich in einer schweren Krise. Die besitzlose Klasse hat die Legislative erobert.“⁶⁸ Die monarchische Staatsform war in Deutschland beendet.

1. Rechtsnormen

Die Termini Gesetz und Verordnung wurden verstanden wie bisher.⁶⁹ Neu war die „Notverordnung“. Sie war in Art. 48 Abs. 2 WRV normiert. In den Verfas-

⁶⁵ Vgl. *Lukas*, Über die Gesetzespublikation in Österreich und im Deutschen Reich, Graz 1903, 14 ff., 222 ff.; *Lukas*, Fehler im Gesetzgebungsverfahren, Das Recht 1907, Sp. 669, 673 ff.

⁶⁶ Vgl. *Laband*, Staatsrecht, Bd. II, 1911, 44 ff.; Meyer-Anschütz, Staatsrecht, 1905, 631 ff.

⁶⁷ *Hauenschild*, Gegenwärtiger Stand der Lehre, 1929, 11.

⁶⁸ *Konschegg*, Ursprung und Wandelung, 1936, 59.

⁶⁹ Siehe 2. Teil, B, II.1.: S.53 ff. der vorliegenden Arbeit.

sungen der deutschen Länder nahm sie bereits breiten Raum ein. Wollte man die strengen Grundsätze, die sonst Verordnungen gegenüber Anwendung fanden, auch hier anwenden, so hätte es durchaus passieren können, dass dem Notstand nicht hätte abgeholfen werden können und er sich sogar verschlimmert hätte. Eine Notverordnung musste nur erkennen lassen, dass sie eine Willensäußerung der zum Erlass von Notverordnungen verfassungsmäßig vorgesehenen Behörde war.⁷⁰ Die Berechtigung, bestehende Gesetze aufzuheben, bestand, wenn ein Notstand dies erforderte. Entgegenstehende Reichsgesetze führten also die Ungültigkeit einer Notverordnung nicht herbei.⁷¹ Die Notverordnungen nahmen damit eine besondere Stellung ein; sie waren gesetzesvertretende Verordnungen. Ausnahmsweise wurden die Gesetzgebungsorgane durch die Regierung ersetzt. Es fehlten also hier die Voraussetzungen der richterlichen Prüfung, wie sie den gewöhnlichen Verordnungen gegenüber für die Richter vorhanden waren.⁷² Die Notverordnungen gewannen erst nach 1921 immer mehr an Bedeutung.⁷³ Das Reichsgericht verwendete einen um die Notverordnung erweiterten Gesetzesbegriff: „Gesetz im Sinne des Art. 151 WRV ist sodann jede reichsrechtliche Rechtsnorm; insbesondere auch eine auf gesetzlicher Grundlage, und zwar zur Behebung eines wirtschaftlichen Notstands im Interesse des öffentlichen Wohls erlassene Rechtsverordnung.“⁷⁴

Im Rahmen der Untersuchung wird zu klären sein, ob bei der Prüfung einer Notverordnung der gleiche Maßstab wie für ein Gesetz angelegt wird.⁷⁵

2. Verfassung

Die Weimarer Reichsverfassung und die Landesverfassungen bildeten die Grundlage für die Gerichte Gesetze und Verordnungen auf deren formelle und materielle Rechtmäßigkeit zu überprüfen.

a. Die Diskussion in der verfassungsgebenden Nationalversammlung

Das richterliche Prüfungsrecht war in der Verfassung nicht geregelt. Es fehlte sowohl an einer Bestimmung über die Rechtsfolgen, die sich aus der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ergeben konnten, als auch an einer Vorschrift, die bestimmten Staatsorganen die Kompetenz, Gesetze auf ihre Vereinbarkeit

⁷⁰ Thoma, Das richterliche Prüfungsrecht, AöR 1922, 267, 281.

⁷¹ Aderhold, Inwieweit können die Grundsätze des richterlichen Prüfungsrechts, die den deutschen Normen gegenüber gelten, Völkerrechtsnormen gegenüber zur Anwendung kommen, Breslau o. a., 34 f.

⁷² Die Notverordnungen waren in ihrer letzten Auswirkung Anwendung gesetzlicher Diktatur und insoweit dem richterlichen Nachprüfungsrecht entzogen (siehe Koellreutter, in: Handbuch der Rechtswissenschaft, 146, 149).

⁷³ Ausführlich Elsner, Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Notverordnungen nach Art. 55 der Preußischen Verfassung und den sogenannten Notverordnungen nach Artikel 48 Abs. 2 der Reichsverfassung, o. A., 1 ff., besonders 32 ff.

⁷⁴ Urteil vom 04.02.1927, Az. III 235/26 = JW 1927, 1261, 1262.

⁷⁵ Siehe unten vor allem *Hannover-List-Fall*, S. 103 ff. der vorliegenden Arbeit.

mit der Verfassung zu prüfen, zugesprochen oder aberkannt hätte.⁷⁶ Das Schweigen der Verfassung war nicht darauf zurückzuführen, dass der Verfassungsgeber diese Frage nicht gesehen oder ihre Bedeutung verkannt hätte; im Verfassungsausschuss der verfassungsgebenden Nationalversammlung wurde darüber eingehend diskutiert.⁷⁷

In den Kommissionsberatungen war der Abgeordnete Dr. Bruno Ablaß, Mitglied der DDP, der Meinung, dass auch ohne Sonderbestimmung ein Prüfungsrecht ausgeschlossen sei. Er forderte – soweit Zweifel hierüber bestünden –, den Antrag auf Aufnahme eines Zusatzartikels zu stellen, aus dem hervorgehen sollte, dass die Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze und Verordnungen dem richterlichen Prüfungsrecht entzogen sei. Hinsichtlich der Umsetzung vertrat er die Auffassung, dass nur wenn 100 Mitglieder des Reichstages es beantragen würden, der Staatsgerichtshof dazu berufen sei, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen sowie die Übereinstimmung allgemeiner Verwaltungsvorschriften mit den Grundsätzen der Verfassung zu prüfen. Die Entscheidung sei dann bindend.⁷⁸ Nicht ein ordentliches Gericht, sondern ein besonderes Gericht sollte mit der Aufgabe betraut werden. Diesem Vorschlag lag wohl der Gedanke zugrunde, dass das Parlament nicht Richter in eigener Sache sein sollte. Die Initiative, ein Prüfungsverfahren in Gang zu setzen, sollte aber dennoch dem Parlament obliegen. Der Antrag von Ablaß wurde sowohl von Gegnern, vor allem Kahl (DVP), als auch von Befürwortern des richterlichen Prüfungsrechts, vor allem Preuß (DDP), bekämpft. Es ist interessant festzustellen, dass Gegensätze politischer Art hier nicht relevant waren. Der sozialdemokratische Abgeordnete Sinzheimer stimmte mit dem volksparteilichen Abgeordneten Kahl und dem demokratischen Abgeordneten Ablaß überein, dass die Prüfung ausgeschlossen sein sollte, während der Deutsch-Nationale Düringer und der Demokrat Preuß dem Richter das Prüfungsrecht zuerkannten.

Man konnte sich nicht einigen und so blieb die Frage bewusst offen.⁷⁹ Damit hatte die verfassungsgebende Nationalversammlung eine Lücke gelassen, obwohl von der Theorie und der Judikatur diese Frage seit der Monarchie in zu-

⁷⁶ Maurer, Das richterliche Prüfungsrecht, DöV 1963, 683, 683.

⁷⁷ Jellinek, Verfassungswidrige Reichsgesetze, DJZ 1921, Sp. 753, 753 f.: Jellinek stellt fest, dass Kahl (DVP) und ihm folgend Sinzheimer (SPD) gegen jedes Prüfungsrecht bei den Verhandlungen der Nationalversammlung waren. Gegen das formelle, aber für das materielle Prüfungsrecht waren seiner Meinung nach wohl Ablaß (DDP) und Preuß (DDP) sowie Cohn (USPD) und Katzenstein (SPD). Die Mehrheit äußerte sich aber gegen ein Prüfungsrecht.

⁷⁸ Siehe Berichte und Protokolle des 8. Ausschusses der verfassungsgebenden Nationalversammlung über den Entwurf einer Verfassung des deutschen Reiches, 483 ff.

⁷⁹ Ausführlich zu den Kontroversen in der Nationalversammlung: *Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919, 2. Auflage 1921, Berlin 1971 (ND), 371 ff., und *Wertheim*, Die richterliche Prüfung der Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit nach geltendem Reichs-Staatsrecht auf rechtsvergleichender Grundlage, o. A. 1922, 44 f.

nehmender Weise gestellt worden war.⁸⁰ Nur die Aufnahme des Art. 13 WRV könnte darauf schließen lassen, dass ein Prüfungsrecht in gewissen Grenzen vom Gesetzgeber gewollt war.⁸¹

b. Art. 13 WRV

In Weimar gab es zwei Verfahren zur Nachprüfung von Gesetzen. Eine Überprüfung konnte erfolgen nach Art. 13 Abs. 2 WRV⁸²: „Bestehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist, so kann die zuständige Reichs- oder Landeszentralbehörde nach näherer Vorschrift eines Reichsgesetzes die Entscheidung eines obersten Gerichtshofs des Reichs anrufen.“⁸³ Ferner konnte eine Normenkontrolle innerhalb eines bestehenden Rechtsstreits – ähnlich unserer heutigen inzidenten Normenkontrolle – erfolgen.

Im ersten Fall war das Prüfungsrecht verfahrensrechtlich bei einer Instanz konzentriert;⁸⁴ im zweiten Fall war es über alle Zweige und Instanzen der Gerichtsbarkeit verstreut.

Mit Art. 13 WRV wurde ein besonderes materielles Prüfungsrecht in der Form, die heute als abstrakte Normenkontrolle bekannt ist, eingeführt. Dieses Verfahren war zunächst auf die Prüfung der Reichsverfassungsmäßigkeit und Reichsgesetzsmäßigkeit der Landesgesetze beschränkt.⁸⁵

Wenn Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten über die Vereinbarkeit einer landesrechtlichen Vorschrift mit dem Reichsrecht bestanden, war nach Art. 13 Abs. 2 WRV die zuständige Reichs- oder Landeszentralbehörde befugt, die Entscheidung eines obersten Gerichtshofs des Reichs anzurufen. Voraussetzung für das Verfahren war nicht, dass ein konkreter Rechtsfall vorlag, auf den die landesrechtliche Vorschrift im Fall ihrer Gültigkeit anzuwenden gewesen wäre; vielmehr konnten die zuständigen Behörden das Prüfungsverfahren ohne solchen konkreten Anlass in Gang setzen. Das Ziel dieser Normenkontrolle war die Sicherung des in Art. 13 Abs. 1 WRV festgelegten Vorrangs der Normen des Reichsrechts vor den rangminderen Normen des Landesrechts. Die Prüfung

⁸⁰ *Hans Peter Ipsen*, Die Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, in: Beiträge zum öffentlichen Recht, Sonderveröffentlichung für ausländisches und internationales Recht, hrsg. v. Ernst Wolff, Berlin und Tübingen 1950, 791, 794.

⁸¹ *Wertheim*, Richterliche Prüfung der Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit, 1922, 44 ff.

⁸² Siehe *Möhring*, Die rechtsetzende Gewalt des Reichsgerichts auf Grund des Art. 13 Abs. 2 der Reichsverfassung vom 11. August 1919 in Verbindung mit dem Reichsgesetz vom 8. April 1920 und die tatsächliche verfassungsändernde Gewalt der amerikanischen Gerichte, Gießen 1929, 36 ff.

⁸³ *Huber*, Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Deutsche Verfassungsdokumente 1919-1933, Band 4, 3. Auflage, Stuttgart u.a. 1991, 153.

⁸⁴ Siehe hierzu detailliert *Soth*, Reichsgericht und Reichsfinanzhof bei Feststellung der Unvereinbarkeit von Landesrecht und Reichsrecht nach Art. 13 Abs. 2 der Reichsverfassung, Heidelberg 1933.

⁸⁵ *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Die Weimarer Reichsverfassung, Bd. VI, Stuttgart u. a. 1981, 560 f.

wurde entweder vom Reichsgericht oder vom Reichsfinanzhof durchgeführt.⁸⁶ Das Normenkontrollverfahren war durch Reichsgesetz näher geregelt. Das Antragsrecht lag ausschließlich in der Hand der Reichsregierung und der beteiligten Landesregierungen. Damit war das Verfahren von vornherein in seiner praktischen Handhabung eng begrenzt. Die vom Reichsgericht oder Reichsfinanzhof in der Form von Beschlüssen zu treffenden Entscheidungen waren deklaratorischer Art. Sie hoben die reichsrechtswidrige Norm nicht ex nunc auf, sondern mit allgemeiner Verbindlichkeit wurde ex tunc die nach Art. 13 Abs. 1 WRV bestehende Nichtigkeit ausgesprochen. Der § 3 Abs. 3 des Reichsgesetzes zur Ausführung des Art. 13 Abs. 2 der RV (RGBl. 510) vom 8. April 1920 verlieh den gemäß Art. 13 Abs. 2 WRV ergangenen Entscheidungen Gesetzeskraft.⁸⁷ Die Entscheidungen hatten somit den Charakter einer normativ wirkenden authentischen Interpretation.⁸⁸ Dieses Verfahren war keine herkömmliche Rechtsprechung. Es war keine Entscheidung eines konkreten Rechtsstreits. Es war vielmehr eine den Vorrang des Reichsrechts vor dem Landesrecht sichernde Hilfsfunktion für die Reichsgesetzgebung.⁸⁹

„Dann wird es klar, daß der Gerichtshof, indem er einen zweifelhaften Inhalt mit Gesetzeskraft außer Zweifel stellt, selber als Gesetzgeber fungiert. (...)“⁹⁰

c. Landesverfassungen

Die Verfassungen der deutschen Länder hatten größtenteils keine positive Regelung des richterlichen Prüfungsrechts getroffen. Im Gegensatz zur Preussischen Verfassung von 1850 hatte die neue Preussische Verfassung vom 30. November 1920 keine Bestimmung mehr über das richterliche Prüfungsrecht.⁹¹ Es gab jedoch auch Landesverfassungen mit einer Regelung. So regelte die Verfassung von Schaumburg-Lippe vom 24. Februar 1922 in Art. 47, dass die Prüfung der Rechtsbeständigkeit gehörig verkündeter Gesetze ausschließlich dem Landtage zugewiesen und damit dieser zum Richter in eigener Sache erhoben sei. Ebenso wurde das richterliche Prüfungsrecht in Oldenburg ausgeschlossen.⁹² Die bayerische Verfassung vom 14. August 1919 räumte dagegen in ihrem § 72 den Gerichten die Befugnis ein, zu prüfen, ob das jeweils anzuwendende Gesetz mit der

⁸⁶ Engelhardt, Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat, JöR 1959, Bd. 8, 101, 106.

⁸⁷ § 3 Abs. 3 des Reichsgesetzes zur Ausführung des Artikels 13 Abs. 2 der Reichsverfassung lautet: „Die Entscheidung hat Gesetzeskraft.“ (Huber, Dokumente, Band 4, 3. Auflage, 221).

⁸⁸ Vgl. Schmitt, Hüter der Verfassung, 45.

⁸⁹ Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. VI, 562 f.

⁹⁰ Carl Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, hrsg. v. Otto Schreiber, Band I, Berlin 1918, 154, 165.

⁹¹ Fries, Richterliches Prüfungsrecht, 1927, 22.

⁹² Brackel, Richterliches Prüfungsrecht nach dem Rechte des Reichs und der wichtigeren Länder, Marburg 1936, 37.

deutschen Reichsverfassung, der bayerischen Verfassung oder einer anderen Verfassung in Widerspruch stehe.⁹³

3. Kontroversen in der Rechtslehre

Die Weimarer Staatsrechtslehre hatte mit dem richterlichen Prüfungsrecht eines ihrer großen Themen.⁹⁴ Aufgrund der neuen Verhältnisse, die mit denen der kaiserlichen Zeit nur wenig zu tun hatten, waren aber andere Probleme in den Vordergrund geraten.⁹⁵ Durch die Reichsverfassung war entschieden, dass die Gerichte die Vereinbarkeit von Landesrecht mit Reichsrecht (Art 13 Abs. 2 WRV) prüfen sollten.⁹⁶ Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit vorkonstitutionellen Rechts war ebenfalls anerkannt. Ferner war auch unbestritten, dass die Gerichte zu prüfen hatten, ob ein formelles Gesetz ordnungsgemäß ausgefertigt und verkündet worden war.⁹⁷ Abgeleitetes Recht – vor allem Rechtsverordnungen – konnte ebenfalls auf seine Gültigkeit überprüft werden.⁹⁸ Einigkeit bestand auch darüber, dass dieses richterliche Prüfungsrecht jedenfalls verfassungsgesetzlich angeordnet werden konnte.⁹⁹

Der umfangreiche Streit der Anfangsjahre wurde primär um die Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen geführt.¹⁰⁰ Nachdem die Nationalversammlung keine Einigung hatte erzielen können, mussten sich Literatur und Praxis damit beschäftigen.¹⁰¹

Während zu Beginn der Weimarer Republik dieses materielle richterliche Prüfungsrecht vor allem unter Einfluss der früheren, vor 1919 herrschenden Lehre¹⁰² überwiegend abgelehnt worden war, nahm im Laufe der Zeit die Zahl der Autoren zu, die ein materielles richterliches Prüfungsrecht bei Reichsgeset-

⁹³ Knappe, aber verlässliche Zusammenfassung der vertretenen Meinung bei: *Hauenschild*, Gegenwärtiger Stand der, 1929, 14 ff. und etwas ausführlicher bei *Brackel*, Richterliches Prüfungsrecht, 1936, 30 – 46.

⁹⁴ *Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden 1980, 57 m. w. N.

⁹⁵ *Sieger*, Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Reichsgesetzen, Stuttgart 1927, 17.

⁹⁶ *Anschütz*, Verfassung, 1921, 105

⁹⁷ *Anschütz*, Verfassung, 1921, 371, 476; *Görres*, Besteht ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsquellen neben der Reichsverfassung, JW 1924, 1565, 1565 f.

⁹⁸ Vgl. *Schack*, Die Frage der richterlichen Prüfung von Gesetz und Verordnung während der Umwälzung im Reich und bis zur Nationalversammlung und im zukünftigen Verfassungsrecht, Ann DR 1919/1920, 285, 295 f.

⁹⁹ *Peter Badura*, Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik, in: Festschrift für Ludwig Föhler zum 60. Geburtstag, Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft, hrsg. von Peter Oberndorf und Herbert Schambeck, Berlin 1980, 321, 328 f.

¹⁰⁰ *Konschegg*, Ursprung und Wandelung, 1936, 59 ff.; vgl. *Rottleuthner*, Rechtspositivismus und Nationalsozialismus, Bausteine zu einer Theorie der Rechtsentwicklung, DuR 1987, 373, 380 m. w. N.; *Maurer*, Das richterliche Prüfungsrecht, DöV 1963, 683 ff. und *Wehler*, Staatsgerichtshof, 100 ff.

¹⁰¹ Ausführlich *Fricke*, Zur Kritik an der Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit im verfassungsstaatlichen Deutschland, Geschichte und Gegenwart, Frankfurt am Main 1995, 111.

¹⁰² Siehe 1. Teil, B. II.3., S. 27 ff. der vorliegenden Arbeit; grundlegend *Schack*, Prüfung der Rechtmäßigkeit, 1918, 136 ff.

zen anerkannten und befürworteten. Gegen Ende der Weimarer Republik wurde die materielle Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen von der überwiegenden Meinung bejaht.¹⁰³ Überblickt man die Argumente, die in der Literatur für und gegen eine materielle Prüfung vorgebracht werden, so zeigen sich zwei grundsätzliche methodische Ansätze. So hat man vielfach mit Rücksicht auf die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse Versuche, mit logisch-dogmatischen¹⁰⁴ Überlegungen eine Lösung zu finden, als falsch bezeichnet und das Problem des richterlichen Prüfungsrechts ausschließlich unter dem Blickwinkel des von *Richard Thoma*¹⁰⁵ geprägten Schlagwortes „allseitige Interessenabwägung“ betrachtet. *Thoma* war der Überzeugung, dass sowohl die deutsche Rechtsordnung in ihrer Tradition als auch die verfassungspolitische Beziehung des richterlichen Prüfungsrechts in die Abwägung einbezogen werden müssten.¹⁰⁶ Damit waren rechtspolitisch ausgerichtete Gesichtspunkte ausschlaggebend.¹⁰⁷ Neben *Thoma* sind *Triepel*¹⁰⁸ und *Bühler*¹⁰⁹ als Gleichgesinnte anzuführen. Auch *Morstein Marx*¹¹⁰ ist zu diesem Kreis zu rechnen. Andererseits lassen sich auch Autoren anführen, die das Problem unter Ausschaltung aller politischen Gründe nur mit dem logisch-dogmatischen Rüstzeug des Juristen behandeln.¹¹¹ Es ist aber nicht so, dass der eine Ansatz zur Bejahung, der andere zur Verneinung des materiellen richterlichen Prüfungsrechts geführt hätte; vielmehr finden sich in beiden Lagern Anhänger und Gegner.¹¹²

Innerhalb der rechtslogischen Argumentation folgten einige Autoren aus dem Schweigen der Verfassung das Recht zur Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit.¹¹³ Andere folgten daraus gerade das Gegenteil, denn sie waren der Ansicht, dass eine ausdrückliche Regelung in der Verfassung erforder-

¹⁰³ *Maurer*, Das richterliche Prüfungsrecht, DöV 1963, 683, 684.

¹⁰⁴ *Thoma*, Das richterliche Prüfungsrecht, AöR 1922, 267, 285: *Thoma* spricht bereits davon, dass es beim Schweigen der Gesetze keine logisch juristische Nötigung weder zur Bejahung noch zur Verneinung der Überprüfung formgerecht kundgemachter Gesetze gebe. *Maurer* spricht dann in seinem Aufsatz „Das richterliche Prüfungsrecht zur Zeit der Weimarer Verfassung“ im Jahre 1963 von juristisch-logischen Argumenten (DöV 1963, 683, 684).

¹⁰⁵ *Thoma*, Das richterliche Prüfungsrecht, AöR 1922, 267, 272.

¹⁰⁶ *Thoma*, Das richterliche Prüfungsrecht, AöR 1922, 267, 272.

¹⁰⁷ *Hauenschild*, Gegenwärtiger Stand der Lehre, 1929, 15 f.

¹⁰⁸ *Triepel*, Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, AöR 1920, 456, 537 f.

¹⁰⁹ *Bühler*, Sind die ordentlichen Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden, DJZ 1921, Sp. 580, Sp. 581.

¹¹⁰ *Morstein*, Art. 13 Abs. 2 der Reichsverfassung und der Streit um die richterliche Prüfungszuständigkeit, AöR 1924, 218, 218 ff.

¹¹¹ *Waldeker*, Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts, Ein Vortrag, AöR, 1927, 59, 59 ff.

¹¹² Ausführlich *Morstein*, Variationen, 1927, 65 ff., sowie Darstellung bei *Maurer*, Das richterliche Prüfungsrecht, DöV 1963, 683, 684.

¹¹³ Vgl. *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, 254 f.; *Hubrich*, Das demokratische Verfassungsrecht des deutschen Reichs, Greifswald 1921, 151.

lich gewesen wäre.¹¹⁴ Eine große Rolle in der damaligen Diskussion spielte der in Art. 102 WRV festgelegte Grundsatz, dass der Richter nur dem Gesetz unterworfen sei. Gesetz, so sagten die einen, sei nur das verfassungsgemäße und daher gültige Gesetz. Das verfassungswidrige Gesetz sei unverbindlich und dürfe vom Richter nicht angewendet werden. Der Richter müsse dies also zuvor im Wege der Prüfung feststellen.¹¹⁵ Andere meinten dagegen, ein Gesetz im Sinne des Art. 102 WRV liege schon dann vor, wenn es im Parlament beschlossen und ordnungsgemäß ausgefertigt und verkündet sei. Einem solchen Gesetz sei der Richter unterworfen. Wenn der Richter ein Prüfungsrecht hätte, würde er sich in unzulässiger Weise über dieses Gesetz stellen.¹¹⁶ Der Richter wäre dann nur der Verfassung unterworfen.¹¹⁷ In diesem Zusammenhang gewann Art. 70 WRV an Bedeutung, der die Ausfertigung des verfassungsmäßig zustande gekommenen Gesetzes durch den Reichspräsidenten vorschrieb. Nach der Lehre *Labands*¹¹⁸ vertrat man die Ansicht, mit der Ausfertigung durch den Reichspräsidenten sei die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes unwiderleglich festgestellt und dürfe auch von den Gerichten nicht mehr in Zweifel gezogen werden.¹¹⁹

Der Streit über den Gesetzesbegriff weitete sich dann in eine Erörterung über das grundsätzliche Verhältnis von Gesetzgeber und Gerichten aus.¹²⁰ Einerseits wurde argumentiert, dass die Gerichte – wenn sie das Prüfungsrecht zugesprochen erhielten – über den Gesetzgeber gestellt würden. Die Richter würden dann „zum Souverän im Deutschen Reiche“¹²¹; somit werde die besondere Stellung des Parlaments¹²² oder der Grundsatz der Gewaltenteilung¹²³ verletzt. Andererseits wurde der Grundsatz der Gewaltenteilung zur Rechtfertigung des richterlichen Prüfungsrechts herangezogen. Dann wurde betont, dass nicht die Teilung der Gewalten, sondern das zum Schutze der Freiheit bestimmte Gleichgewicht der Gewalten für diesen Grundsatz wesentlich sei. Der Grundsatz der Gewaltenteilung schließe deshalb das richterliche Prüfungsrecht nicht aus, sondern begründe es.¹²⁴

¹¹⁴ *Arndt*, Haben die Gerichte die Befugnis, die materielle Gültigkeit der Reichsgesetze zu prüfen?, *Das Recht* 1920, 105, 109.

¹¹⁵ *Freytagh-Loringhoven*, Die Weimarer Verfassung, München 1924, 242; *Görres*, Besteht ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsquellen neben der Reichsverfassung, *JW* 1924, 1565, 1566.

¹¹⁶ *Jellinek*, Grenzen der Verfassungsgebung, Berlin 1931, 19.

¹¹⁷ *Jellinek*, Grenzen der Verfassungsgebung, 1931, 19.

¹¹⁸ *Laband*, Staatsrecht, Bd. II, 1911, 44 ff.

¹¹⁹ *Anschütz*, Verfassung, 1921, 369.

¹²⁰ *Morstein*, Variationen, 1927, 96 ff.

¹²¹ *Arndt*, Haben die Gerichte die Befugnis, die materielle Gültigkeit der Reichsgesetze zu prüfen?, *Das Recht* 1920, Sp. 105, Sp. 108.

¹²² *Arndt*, Gültigkeit der Reichsgesetze, *Das Recht* 1920, Sp. 105, Sp. 108.

¹²³ *Salinger*, Das richterliche Prüfungsrecht hinsichtlich der Gültigkeit von Verordnungen, *Das Recht* 1924, Sp. 351, Sp. 353.

¹²⁴ *Triepel*, Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, *AöR* 1920, 456, 537; *Ernst von Hippel*, Das richterliche Prüfungsrecht, in: *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, hrsg. v. Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Bd. II, Tübingen 1932, 546, 552 ff.; *Morstein*, Variationen, 1927, 98, 149.

Fritz Morstein Marx führte in diesem Zusammenhang aus: „Insofern steigert die Prüfungszuständigkeit die richterliche Gewalt zu einer in der Dynamik des öffentlichen Lebens durchaus wesentlichen. Aber im Grunde liegt hier ja gar kein Konflikt zwischen Gesetzgeber und Verfassung vor, und wenn der Richter hier die Partei der Verfassung ergreift, so tut er nichts anderes, als was ihm höchstes Gebot sein muß: das Recht anzuwenden und dem Unrecht die Gefolgschaft zu versagen.“¹²⁵ Damit heißt richterliches Prüfungsrecht nichts anderes als „Herrschaft der Verfassung“¹²⁶.

Diese Überlegung wurde mit der Rechtsstaatsidee verknüpft. Dieser Grundsatz, der im anglo-amerikanischen Raum unter *rule of law* diskutiert wird, verlange, dass sich die Gesetzgebung an die Grenzen der Verfassung halte und die Beachtung dieser Schranken durch die unabhängigen Richter überwacht werde. Wie unabhängige Richter gegen Übergriffe des verwaltenden Staates Schutz böten, so müssten sie auch den Gesetzgeber überwachen.¹²⁷

Dagegen wurde vorgebracht, die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung bedinge nicht notwendig eine Kontrolle des Gesetzgebers durch die Gerichte. Es sei gerade die Frage, ob es in Wirklichkeit die Richter seien, die die in aller Regel zweifelhafte Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes feststellen könnten, oder ob nicht der Gesetzgeber selbst auch die ausschließliche Verantwortung für die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes trage.¹²⁸

Ferner wurde das richterliche Prüfungsrecht mit der richterlichen Unabhängigkeit in Verbindung gebracht.¹²⁹ Es wurde als notwendiger Teilakt der Gesetzesauslegung betrachtet¹³⁰ und damit begründet, dass der Richter auch sonst ein weitgehendes Prüfungsrecht habe. Er sei unbestritten befugt, die Vereinbarkeit von Landesrecht mit Reichsrecht und die Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit von Verordnungen zu prüfen.¹³¹

Andere Autoren argumentierten mit rechtspolitischen Argumenten. Dabei richtete sich die Stellungnahme der Staatsrechtslehrer klar nach ihrem politischen Bekenntnis. So beruhte die Forderung nach einem richterlichen Prüfungsrecht weitgehend auf dem Misstrauen gegenüber dem Weimarer Parlament. Die Konservativen und die Liberalen bejahten das richterliche Prüfungsrecht in der Republik.¹³² Schon sehr früh führte Freytagh-Loringhoven aus, dass das richterliche Prüfungsrecht eine Notwendigkeit sei, „weil heute, im Gegensatz zu den Zeiten des Kaiserreichs, ein Gleichgewicht der Gewalten im Staate nicht mehr

¹²⁵ *Morstein*, Variationen, 1927, 97.

¹²⁶ *Morstein*, Variationen, 1927, 157.

¹²⁷ *Morstein*, Variationen, 1927, 150 ff.; *Stoll*, Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre, Jherings Jahrbücher 1926, 134, 193 ff.

¹²⁸ *Freytagh-Loringhoven*, Weimarer Verfassung, 1924, 238 f.

¹²⁹ *Freytagh-Loringhoven*, Weimarer Verfassung, 1924, 239; *Wassertrüdingen*, Darf der Richter die Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze nachprüfen?, JW 1925, 44, 44.

¹³⁰ *Nawiasky*, Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts, DJZ 1923, Sp. 40, Sp. 41; *Theisen*, Verfassung und Richter, AöR 1925, 257, 274.

¹³¹ Vgl. *Görres*, Besteht ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber den Rechtsquellen neben der Reichsverfassung, JW 1924, 1566, 1566 ff.

¹³² *Konschegg*, Ursprung und Wandelung, 1936, 61.

besteht, die Verfassung vielmehr einem Parteiabsolutismus die Wege bahnt, der eine furchtbare Gefahr bedeutet und gegen den feste Schranken aufgerichtet werden müssen.¹³³

Sozialisten und Republikaner sahen die Störung durch ein nicht unbedingt republikanisches Richtertum und zudem auch die Resultate der amerikanischen Praxis und verneinten deshalb ein Prüfungsrecht.¹³⁴ Im Gegensatz zum konservativ-parlamentsfeindlichen Gedanken stand hier das Misstrauen vor allem linksgerichteter Kreise¹³⁵ gegen die Justiz. Im Interesse des Rechts könne nur die Verletzung gewisser äußerster Grenzen gerügt werden. Die ganze Einstellung zu Gesetz und Recht sei ohnehin von den Klassenverhältnissen abhängig.¹³⁶

Zwischen diesen beiden Polen der Staatsrechtslehre stehen die Anhänger des sog. staatsrechtlichen Positivismus. Zu diesem Kreis zählte *Richard Thoma*.¹³⁷ Er vertrat die Ansicht, dass das Problem nur mittels einer subjektiven Interessenabwägung – also mit dem Willen und nicht mit der Logik – gelöst werden könne.¹³⁸ Die Ablehnung des richterlichen Prüfungsrechts entspreche der Tradition und diene der Rechtssicherheit. Die entscheidende Frage sei, ob die deutschen Gerichte an dem rechtspolitisch durchaus unbefriedigenden Grundsatz, dass Gesetze nicht materiell überprüft werden könnten, festhalten oder ob sie genötigt seien, diesen Grundsatz aufzugeben, „um den bedrohten neuen Verfassungen zu Hilfe zu eilen“¹³⁹. Wenn dies bejaht werden würde, dann sollte ein materielles richterliches Prüfungsrecht anerkannt werden.

Mit der Anwendung eines materiellen Prüfungsrechts sei aber nicht zu rechnen. Zum einen sei mit ernstlichen Verfassungsverletzungen durch Gesetze nicht zu rechnen; zum anderen gebe es hinreichend starke und zuverlässige verfassungsrechtliche Bürgschaften gegen Verfassungsverletzungen durch das Parlament, so zum Beispiel das Prüfungsrecht des Reichspräsidenten und der Reichsregierung, das Vetorecht des Reichsrates und die Rechte der Minderheit im Reichstag nach Art. 72 WRV. Sehr viele Autoren stimmten *Thoma* im methodischen Ansatz zu.¹⁴⁰

Auf eine Schwäche dieser Ansicht wurde aber hingewiesen. So wurde deutlich gemacht, dass eine primär juristische Frage auf das Gebiet politischer Interessen verlagert werde.¹⁴¹ Die meisten Autoren, die *Thoma* im methodischen Ansatz zustimmten, kamen im Wege der Interessenabwägung zum gegenteiligen

¹³³ *Freytagh-Loringhoven*, Weimarer Verfassung, 1924, 243.

¹³⁴ *Konschegg*, Ursprung und Wandelung, 1936, 61 m. w. N.

¹³⁵ Anzuführen sind als Gegner des richterlichen Prüfungsrechts die Sozialisten Radbruch und Sinzheimer sowie die Republikaner Anschütz, Thoma, Hatschek, Jellinek und Lassar siehe Übersicht der Gegner und Befürworter des richterlichen Prüfungsrechts bei *Sonderland*, Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen nach Reichs- und preußischem Staatsrecht, Bochum 1932, 28 ff.

¹³⁶ *Kaufmann*, VVDStRL 3, 1927, 19.

¹³⁷ *Thoma*, Das richterliche Prüfungsrecht, AöR 1922, 267 ff.

¹³⁸ *Thoma*, Das richterliche Prüfungsrecht, AöR 1922, 267, 272.

¹³⁹ *Thoma*, Das richterliche Prüfungsrecht, AöR 1922, 267, 274.

¹⁴⁰ *Maurer*, Das richterliche Prüfungsrecht, DöV 1963, 686 m. w. N.

¹⁴¹ Vgl. *Breiholdt*, Die Abstimmung im Reichstag, AöR 1926, 289, 319 ff.

Ergebnis und bejahten ein richterliches Prüfungsrecht. Andererseits zählten auch *Gerhard Anschütz* und *Gustav Radbruch* zu den Anhängern des staatsrechtlichen Positivismus.¹⁴² Sie befürworteten weiterhin das Prinzip der Rechtssicherheit und lehnten ein materielles richterliches Prüfungsrecht jedes einzelnen Richters ab. Sie versuchten vielmehr, die Installation eines Staatsgerichtshofs voranzutreiben, „um sich so zwischen der Scylla richterlicher und der Charybdis parlamentarischer Allmacht hindurchzulavieren.“¹⁴³

4. Ergebnis

Im Ergebnis blieb in der Weimarer Republik das allgemeine richterliche Prüfungsrecht erhalten. Die Gerichte beanspruchten das Recht, innerhalb eines anhängigen konkreten Rechtsstreits die Rechtsgültigkeit der als Entscheidungsgrundlage in Betracht zu ziehenden Norm als Vorfrage zu untersuchen. Alle Gerichte jeder Art und jeder Stufe waren befugt, diese Kontrolle auszuüben.¹⁴⁴ In der Literatur war das materielle richterliche Prüfungsrecht immer noch heftig umstritten.¹⁴⁵

Zeitraum	Land				Reich			
	Verordnung		Gesetz		Verordnung		Gesetz	
	Formell	Materiell	Formell	Materiell	Formell	Materiell	Formell	Materiell
1919 – 1933	(+)	(+)	(+)	(+)	(+)	(+)	(+)	str.

¹⁴² Siehe *Anschütz*, *Verfassung*, 1921, 371 ff.; *Radbruch*, *Richterliches Prüfungsrecht?*, *Die Justiz* I 1925/26, 12 ff.

¹⁴³ *Wendenburg*, *Debatte*, 45.

¹⁴⁴ *Huber*, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Bd. VI, Stuttgart 1981, 564.

¹⁴⁵ Im Überblick *Maurer*, *Das richterliche Prüfungsrecht*, *DöV* 1963, 683, 684 ff.