

## GdR Aufsatz

Maximilian Alexander Mitter\*

# Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik – Vornehmlich der Normenkontrolle

*Der Beitrag soll einen prägnanten Überblick des Weimarer Systems der Verfassungsgerichtsbarkeit bieten und dabei – geachtet der Bestrebungen in Wissenschaft und Rechtsprechung – die Entwicklungsgeschichte als auch die enge Verwandtschaft zum Grundgesetz aufzeigen.*

## A. Einführung

Gerichtsentscheidungen aus »Karlsruhe« genießen in Deutschland große Aufmerksamkeit. Dies ist nicht nur darauf zurückzuführen, dass in Karlsruhe der Bundesgerichtshof, sondern auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) seinen Sitz hat. Das Gericht und der Name der Stadt verschmelzen zu einem Synonym, wenn Deutschland und besonders Berlin auf die »Residenz des Rechts« blicken.

Das Bundesverfassungsgericht klärt als Instanz der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene Bund-Länder-Streitigkeiten, schlichtet zwischen Bundesorganen, schützt die Grundrechte und wacht über den Gesetzgeber mit dem Institut der Normenkontrolle. Diese und viele mehr sind die verfassungsgerichtlichen Kompetenzen dieses Gerichts; Maßstab jeder Entscheidung ist das Grundgesetz.<sup>1</sup>

Die Verfassungsgerichtsbarkeit durch das BVerfG ist in Deutschland seit seiner Installation 1951 nicht mehr wegzudenken. Vereinzelt wird zwar das »Wie« kritisiert,<sup>2</sup> die Frage nach dem »Ob« wird jedenfalls für Deutschland nicht mehr ernsthaft gestellt. Dass das nicht immer so war und um die Verfassungsgerichtsbarkeit – besonders um die Normenkontrolle – in Deutschland lange Zeit eine rege Diskussion herrschte, soll diese Arbeit aufzeigen und dabei einen tiefgreifenden Einblick in die Zeit geben.

Hierbei soll zuvörderst die Normenkontrolle, die gelegentlich auch als die vornehmste Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit bezeichnet wird,<sup>3</sup> betrachtet werden.

\* Der Autor arbeitet als Studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht bei Herrn Prof. Dr. Schorkopf. Der Beitrag entstand als Vorbereitende Leistung in der Vorlesung »Verfassungsgeschichte der Neuzeit« im Sommersemester 2022 bei Herrn Prof. Dr. Dr. von der Pfordten.

<sup>1</sup> Forsythe, Human Rights in International Relations (2012), S. 9. Zumindest weit überwiegend: Einfaches Bundesrecht kann aber auch Maßstab sein, s. Art. 93 I Nr. 2 Alt. 2 GG.

<sup>2</sup> Vgl. Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht (2011), insbesondere in der Kritik: Zu viel Macht und zu wenig (Selbst-)Begrenzung des Gerichts.

<sup>3</sup> Vgl. Boldt, Verfassungsgerichtsbarkeit zur Lösung von Verfassungskonflikten?, in: Müßig (Hrsg.), Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt. Symposium für Dietmar Willoweit (2006), S. 227 (244).

Die These, dass die Normenkontrolle, wie wir sie heute kennen, bereits in Weimar veranlagt war und sich entwickelte, aber erst zum Grundgesetz hin ausgereift und erwachsen war, soll hier bewiesen werden. Nicht zuletzt deshalb soll stets dann ein rechtsvergleichender Hinweis zum Grundgesetz gegeben werden, wenn dies dem Versuch dienlich scheint, die enge Verwandtschaft und organische Verbundenheit zwischen Weimar und Bonn/Berlin darzulegen.<sup>4</sup> Um den hier behandelten Aspekt der Weimarer Verfassungsgerichtsbarkeit erfassen und verstehen zu können, bleibt es unvermeidlich, auch einen Blick in das Kaiserreich zu werfen.

## B. Die Normenkontrolle

Die Normenkontrolle, international als *judicial review* bekannt,<sup>5</sup> ist die Kompetenz des BVerfG, die es zur Entscheidung über die Gültigkeit von Landes- oder Bundesrecht bei Kollision mit dem Grundgesetz oder bei Landesrecht auch mit sonstigem Bundesrecht befugt. Entschieden wird entweder auf Vorlage eines Gerichts, das von der Verfassungswidrigkeit oder des Bundesrechtswidrigkeit des anzuwendenden Gesetzes überzeugt ist nach Art. 100 I GG (sog. konkrete Normenkontrolle) oder nach Art. 93 I Nr. 2 GG auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels des Bundestages (sog. abstrakte Normenkontrolle). Ziel dabei ist die Wahrung der Normhierarchie, insbesondere des Vorrangs der Verfassung vor dem einfachen Parlamentsgesetz.<sup>6</sup>

Bei beiden Verfahrensarten ist der Kontrollvorgang gleich: Rechtsnormen werden an höheren Rechtsnormen auf Verträglichkeit überprüft. Da sie aber entscheidende Unterschiede aufweisen, insbesondere was ihre Entwicklungsgeschichte angeht, empfiehlt es sich, beide Arten der Normenkontrolle zunächst getrennt zu betrachten.

### I. Die konkrete Normenkontrolle

Der Grundgedanke einer Überprüfung durch den Richter, ob ein normenhierarchisch niederrangiges Gesetz gültig und damit anwendbar ist, wenn es im Widerspruch zu einem höheren Gesetz steht, reicht weit zurück.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Vgl. Bettermann, Reichsgericht und richterliches Prüfungsrecht, in: Listl/Schambeck (Hrsg.), Demokratie in Anfechtung und Bewährung. Festschrift für Johannes Broermann (1982), S. 491.

<sup>5</sup> Helms, Ursprünge und Wandlungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den konsolidierten liberalen Demokratien, ZfP 2006, 50.

<sup>6</sup> Peine, Normenkontrolle und konstitutionelles System, Der Staat 1983, 521.

<sup>7</sup> Vgl. Gusy, Richterliches Prüfungsrecht (1985), S. 25; siehe auch das Stan-

## 1. Ausgangspunkt Kaiserreich

Es muss festgestellt werden, dass im Kaiserreich von 1871 eine Vorlage an ein Höchstgericht, wie es heute nach Art. 100 I GG praktiziert wird, nicht vorgesehen war.<sup>8</sup>

Allerdings wurde aus Art. 2 Hs. 2 der Bismarck'schen Reichsverfassung vom 16. April 1871, der den Vorrang des Reichsrechts gegenüber Landesrecht attestierte, ein richterliches Prüfungsrecht<sup>9</sup> abgeleitet, das jedes zur Entscheidung berufene Gericht berechnete, Landesrecht auf die Verträglichkeit mit Reichsrecht hin zu überprüfen.<sup>10</sup> Wurde eine Kollision festgestellt, so hatte das Gericht die Landesnorm in diesem Fall außer Anwendung zu lassen.<sup>11</sup>

Ebenfalls anerkannt war, das richterliche Prüfungsrecht auf die Prüfung von Landes- und Reichsverordnungen am Maßstab des Gesetzes anzuwenden.<sup>12</sup> Der Verfassungswortlaut gab diese Überordnung des Gesetzes zwar nicht unmittelbar her, dennoch war dieses Hierarchieverhältnis anerkannt.

Eine Erstreckung dieses richterlichen Prüfungsrechts auf die formelle und materielle Überprüfung von Reichsgesetzen als Gegenstand und nicht nur als Maßstab der Prüfung wurde zwar diskutiert, eine Erweiterung – insbesondere auf eine materielle Prüfung der Reichsgesetze – wurde aber ganz überwiegend abgelehnt.<sup>13</sup> Anerkannt war lediglich die Ausfertigung und Verkündung des Reichsgesetzes zu überprüfen, nicht aber weitere formelle Kriterien, wie die Verfassungsmäßigkeit des Parlamentsbeschlusses.<sup>14</sup>

dardwerk von *ders.*, Die Weimarer Reichsverfassung (1997), S. 209 ff. und *ders.*, 100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit (2018), S. 68 ff.

<sup>8</sup> *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. III, 3. Auflage (1988), S. 1057.

<sup>9</sup> Zur Begrifflichkeit *Dreier*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik, Der Staat Beiheft 2014, 317 (332, dortige Fn. 58) und *Mücke*, Das Normenkontrollverfahren, BWNotZ 1997, 36; teilweise wird als »richterliches Prüfungsrecht« auch die abstrakte Normenkontrolle, unter B. II., verstanden.

<sup>10</sup> *Triepel*, Die Reichsaufsicht (1917), S. 492.

<sup>11</sup> *Meyer/Anschütz*, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Auflage (1919), S. 743;

Dass die Ausübung des richterlichen Prüfungsrechts durch ein jedes Gericht, wenn es Landesrecht an der Reichsverfassung als Teil des Reichsrecht prüft und unangewendet lässt, auch Verfassungsgerichtsbarkeit ist, soll hier zur Klarstellung erwähnt sein.

<sup>12</sup> Eine Wortlautanknüpfung in der Reichsverfassung für die Unterordnung der Verordnung unter das Gesetz existierte nicht, vgl. *Gusy* (Fn. 7), S. 24 (27); deutlich für die Unterordnung aber RGZ 24, 1 (3); RGZ 40, 68 (73); *Schack*, Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung (1918), S. 285.

<sup>13</sup> Für ein materielles Prüfungsrecht nur ansatzweise *Schack* (Fn. 12), S. 286 (insb. Anm. 1); *von Mohl*, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. I (1860), S. 68 f.; weitere Übersicht bei *Huber* (Fn. 8), S. 1059 f.; Dagegen *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. II (1911), S. 39 (44 f.); *Meyer/Anschütz* (Fn. 11), S. 743; anders hingegen (nur) *Peine* (Fn. 6), S. 545, der in zwei Reichsgerichtsentscheidungen (des Kaiserreichs) die Akzeptanz des Prüfungsrechts auch gegenüber Reichsgesetzen erblickt haben will.

<sup>14</sup> *Schack* (Fn. 12), S. 267 f.; *Laband* (Fn. 13), S. 45 f.

Zwar gab es auch im Kaiserreich schon Bemühungen der Literatur, das weitere, über die Ausfertigung hinausgehende formelle Prüfungsrecht, also bezüglich Beschlussfassung, Parlamentsmehrheit und Kompetenzen, dem entscheidenden Gericht zur Hand zu geben.<sup>15</sup> Vereinzelt wurde auch schon das materielle Prüfungsrecht<sup>16</sup> gefordert, das aber in Ermangelung eines Grundrechtskataloges, der einen breiten Kontrollmaßstab zur Verfügung gestellt hätte, im Kaiserreich ohnehin keinen erheblichen Mehrwert gehabt hätte.<sup>17</sup>

Viel ausschlaggebender dafür, das richterliche Prüfungsrecht nicht auf die Prüfung von Reichsgesetzen am Maßstab der Reichsverfassung zu erweitern, war, dass das Hierarchieverhältnis zwischen Verfassung und Parlamentsgesetz schlicht nicht anerkannt war.<sup>18</sup> Deshalb konnte der Vorrang der Verfassung – der als solcher eben nicht akzeptiert war – auch nicht durch die Richter durchgesetzt werden.

Es lässt sich festhalten: Einer Überprüfung von Landesgesetzen und Verordnungen am Maßstab des Reichsgesetzes, einschließlich der Reichsverfassung, stand nichts entgegen, vielmehr war sie geboten und folgte aus den zwei Hierarchieverhältnissen Land-Reich und Verordnung-Gesetz gemäß dem Grundsatz *lex superior derogat legi inferiori*. Reichsgesetze wurden hingegen nicht auf ihre Verfassungsmäßigkeit kontrolliert, da sie nicht unter der Verfassung, sondern neben ihr verortet wurden.

## 2. Weimarer Republik

Mit Einführung der Weimarer Reichsverfassung sollte sich, was das allgemeine, diffuse richterliche Prüfungsrecht eines jeden Gerichts betrifft, nicht grundlegend etwas ändern; vielmehr vollzog sich eine verfassungsgerichtliche Evolution, statt einer Revolution.

### a) Verfassungswortlaut

An die Vorrangregelung aus Art. 2 der Kaiserreichsverfassung schloss sich Art. 13 I der Weimarer Reichsverfassung – in prägnanter Kürze – nahtlos an: »Reichsrecht bricht Landrecht«.

Dass diese Formulierung direkter, fast wörtlicher Vorgänger des heutigen Art. 31 GG ist, liegt auf der Hand. Unverändert wurde daraus das richterliche Prüfungsrecht abgeleitet, Landesgesetze auf ihre Reichsgesetzmäßigkeit zu überprüfen.<sup>19</sup> Das Prüfungsrecht von Verordnungen am Gesetz

<sup>15</sup> Zurückhaltend *Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht, Bd. II, 6. Auflage (1885), S. 135 f.

<sup>16</sup> Dieses wurde am 17.02.1883 vom Reichsgericht entschieden abgelehnt RGZ 9, 232.

<sup>17</sup> So *Chryssogonos*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung (1987), S. 16 f.

<sup>18</sup> *Laband* (Fn. 13), S. 39 f.; *Meyer/Anschütz* (Fn. 11), S. 743; *Peine* (Fn. 6), S. 521 (541).

<sup>19</sup> *Radbruch*, Richterliches Prüfungsrecht?, Die Justiz 1925/26, 12; *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Auf-

blieb anerkannt, wenn auch weiterhin ohne direkte Wortlautanknüpfung.<sup>20</sup> Auch in Weimar konnte jedes Gericht die Anwendbarkeit von Normen bei Kollisionsverdacht mit höheren Normen überprüfen und bei Feststellung einer Unvereinbarkeit die niedere Norm im konkreten, zu entscheidenden Fall außer Anwendung lassen.<sup>21</sup> Verfassungsrechtlich sekundiert wurde das richterliche Normenkontrollrecht von Art. 102 WRV, wonach der Richter nur dem Gesetz unterworfen war, sodass er zu prüfen hatte, welchem. Insoweit eine reine Übernahme des Traditionsbestandes des alten Reichs in das neue.<sup>22</sup>

## b) Wissenschaft und Rechtsprechung

Die Evolution fand also nicht im Verfassungstext statt. Vielmehr waren es Wissenschaft und Gerichte, die in der Weimarer Republik entschieden weiter gingen als noch im Kaiserreich.

Die Rechtswissenschaft teilte sich bereits im Kaiserreich in drei Strömungen, die in der Weimarer Zeit ihre Konturen schärften: Zum einen die Theorie enger formeller Prüfung (ausschließlich) durch den Reichspräsidenten, die allein auf die Prüfung der Publikation des Gesetzes gerichtet war.<sup>23</sup> Befürworter argumentierten, dass einst der Kaiser, jetzt der Reichspräsident nach den Reichsverfassungen zu deren Hüter bestimmt sei und die Ausfertigung eines Reichsgesetzes einem Urteil darüber gleichkäme, dass dieses Gesetz verfassungsmäßig sei und insofern nur die Ausfertigung selbst der Prüfung unterworfen war.<sup>24</sup> Diese Auffassung war Minimalkonsens, sodass jedenfalls die Prüfung der Ausfertigung von Gesetzen in Weimar Anerkennung fand.<sup>25</sup>

lage (1933), S. 101.

**20** Dreier (Fn. 9), S. 317 (327, 331); Badura, Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik, in: Oberndorfer/Schambeck (Hrsg.), Verwaltung im Dienste von Wissenschaft und Gesellschaft. Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag (1980), S. 321 (329); Verordnungen betreffend RGZ 102, 161 (165), RGZ 132, 69 (75 f.).

**21** Anschütz (Fn. 19), S. 101 ff.; Huber (Hrsg.), Deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. VI, 1981, S. 564.

**22** Anschütz (Fn. 19), S. 101 f.

**23** Herrschende Meinung im Kaiserreich mit den Vertretern Gerhard Anschütz, Paul Laband und der berühmte Staatstheoretiker Georg Jellinek, s. Jellinek, Gesetz und Verordnung (1887), S. 402.

**24** Peine (Fn. 6), S. 545; kritisch Triepel, Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, AöR 1920, 456 (535 f.), der in der Ausfertigung durch den Reichspräsidenten und der Gegenzeichnung der Regierung eine bloße Vermutung, kein garantierendes Attest für die Verfassungsmäßigkeit sieht; anders Anschütz (Fn. 19), S. 322, der die Ausfertigung als »unwiderlegliche Vermutung« erachtet, die der erneuten Prüfung durch den Richter entzogen ist - diese unwiderlegliche Vermutung erstreckt sich auch auf die materielle Verfassungsmäßigkeit, also nicht bloß auf die formelle;

Im Übrigen: Genau dieses Argument ist es, das heute - bei unstrittiger Prüfungskompetenz des BVerfG - dafür verwendet wird, dem Bundespräsidenten vor Ausfertigung von Bundesgesetzen ein eigenes Prüfungsrecht zuzusprechen. Insofern ist die Denkrichtung um das Prüfungsrecht heute von Gerichtsseite kommend auf den Bundespräsidenten zu, damals vom Kaiser/Reichspräsidenten kommend auf den Richter zu.

**25** Vgl. Külz, Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts, DJZ 1926, 837 (838).

Zum anderen die Theorie der weiten formellen Prüfungskompetenz, die auch die Gesetzgebungskompetenz und die Verfassungsmäßigkeit des Beschlusses in den Gesetzgebungsorganen der gerichtlichen Prüfung unterwerfen wollte.<sup>26</sup> Am Ende des Kaiserreichs kam die dritte Strömung der Befürworter des vollen, auch materiellen Prüfungsrecht wieder auf. Zur Weimarer Republik hin erstarkte letztere Strömung immer weiter, sodass sie zur herrschenden Literaturansicht wurde;<sup>27</sup> jedoch blieb die volle Prüfung von Parlamentsgesetzen am Maßstab der WRV bis zum Ende der Weimarer Republik umstritten.<sup>28</sup> Mit der teilweisen Ablehnung der materiellen Überprüfung von Reichsgesetzen anhand der Reichsverfassung ging einher, dass der Vorrang der Verfassung als höheres Gesetz über dem Parlamentsgesetz nach wie vor nicht allgemein anerkannt war.<sup>29</sup>

Die verschiedenen Positionen und der Dissens in der Wissenschaft bedürfen der Einordnung: Es fällt auf, dass es vor allem Konservative und Monarchisten, zumindest demokratie- und republikскеptische Juristen waren, die für ein weites Prüfungsrecht ihre Stimme erhoben,<sup>30</sup> während es eher linke und progressive Staatsrechtler und Politiker waren, die ein solches ablehnten.<sup>31</sup> Der Grund dafür war, dass die Konservativen ein zu progressives Parlament fürchteten und diesem durch die eher traditionell orientierte deutsche Richterschaft Einhalt gebieten wollten,<sup>32</sup> indem sie ihr die Befugnis zuwiesen, Gesetze an der Verfassung scheitern zu lassen. Umgekehrt sahen sich linke und progressive Kräfte der Gefahr ausgesetzt, durch ein solches diffuses Prüfungsrecht an Macht und Einfluss durch das Parlament zu verlieren, wenn am Ende jeder Richter das Gesetz unangewendet lassen und dadurch den Gesetzgeber übertrumpfen könnte.<sup>33</sup>

Die in der Wissenschaft mittlerweile vorherrschende Ansicht<sup>34</sup> zugunsten eines vollen Prüfungsrechts von Reichsgesetzen wurde gestärkt, als das Reichsgericht Mitte der

**26** Vgl. Poetsch-Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl. (1928), S. 310; Huber (Fn. 8), S. 1059.

**27** Poetsch-Heffter (Fn. 26), S. 310.

**28** Von Hippel, Das richterliche Prüfungsrecht, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II (1932), S. 546 (552 f.); Badura (Fn. 20), S. 321 (328); Dreier (Fn. 9), S. 317 (332).

**29** Eindeutig gegen den Verfassungsvorrang Meyer/Anschütz (Fn. 11), S. 743; Jellinek, Verfassungswidrige Reichsgesetze, DJZ 1921, 753 f., hier wird der höhere Rang der Verfassung deshalb bestritten, weil einfache Gesetzgebung und Verfassungsgesetzgebung dieselben Reichsorgane sind. Die höhere Legitimationskraft einer Zwei-Drittel-Mehrheit wird ohne Weiteres zur Kenntnis genommen.

**30** Nachweis bei Chyssogonos (Fn. 17), S. 18.

**31** Nachweis bei Dreier (Fn. 9), S. 317 (333).

**32** Eindrucksvoll bei Triepel (Fn. 24), S. 537: »Denn das richterliche Prüfungsrecht ist in der parlamentarischen Republik, wenn nicht der einzige, so doch der wichtigste Schutz der bürgerlichen Freiheit gegenüber einem machthungrigen Parlament«.

**33** Vgl. Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit (2021), S. 106.

**34** Thoma, Das richterliche Prüfungsrecht, AöR 1922, 267 (269), sogar Oberreichsanwalt Ebermayer soll sich im Oktober 1922 für ein volles Prüfungsrecht von Reichsgesetzen ausgesprochen haben; Poetsch-Heffter (Fn. 26), S. 310.

1920er Jahre das richterliche Prüfungsrecht auf Reichsgesetze erstreckte.<sup>35</sup> Im Jahr 1921 hatte der Reichsfinanzhof eine solche Judikatur zwar schon in zwei Urteilen<sup>36</sup> angekündigt, die aber »nicht vollen Ernst mach[t]en«<sup>37</sup>, da sie die Prüfungskompetenz nur in Aussicht stellten. Im Oktober 1924 hatte dann das Reichsversorgungsgericht in einem Pensionsstreit zwischen dem Reich und einem Generalmajor die Besoldungsordnung auf die formelle Wirksamkeit hin, konkret auf die verfassungsmäßige Beschlussfassung im Reichstag geprüft *und* verworfen.<sup>38</sup> Mit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 04. November 1925 wurden dann zum ersten Mal Reichsgesetze, deren Überprüfung anfangs mehrheitlich abgelehnt wurde, an der Verfassung auf ihre volle, auch materielle Verfassungsmäßigkeit geprüft.<sup>39</sup> Die Gerichte gingen erstmals weiter, als bloß die Verkündung zu kontrollieren.

Das hinderte die Verfechter der engen und weiten Theorie des formellen Prüfungsrechts nicht daran ihre Position zu behaupten,<sup>40</sup> sodass der Streit in der Wissenschaft bis zum Ende der Weimarer Reichsverfassung ungelöst blieb. Mit der Machtergreifung der Nationalsozialisten verlor das Thema erheblich an Brisanz und Aufmerksamkeit.

## II. Die abstrakte Normenkontrolle

Die Frankfurter Paulskirchenverfassung (FRV) vom 28. März 1849 sah in § 126 lit. a) vor, ein Reichsgericht über Klagen eines Einzelstaates gegen die Reichsgewalt entscheiden zu lassen, wenn die Reichsgewalt durch Gesetzeserlass gegen die Reichsverfassung verstoßen haben soll. Dass daraus folgen muss, dass ein Reichsgesetz an der Reichsverfassung auf etwaige Kollision überprüft werden konnte und musste, ist eingedenk der obigen Ausführungen zum allgemeinen richterlichen Prüfungsrecht ausdrücklich hervorzuheben.<sup>41</sup>

Diese Vorschrift der FRV sollte den Einzelstaat im föderalen Reich schützen und ihm eine Klageart an die Hand geben, Reichsgesetze, deren Erlass mit der Kompetenzordnung der FRV nicht im Einklang steht, zu bekämpfen. Der Wortlaut beschränkte die Prüfung von Reichsgesetzen keineswegs

auf Formalfragen, wie die nach der Kompetenz. Vielmehr stützte der Wortlaut des § 126 lit. a) FRV auch die Befugnis zur materiellen Prüfung des Reichsgesetzes auf die Vereinbarkeit mit der Verfassung. Da die FRV auch einen Grundrechtskatalog vorsah, hätte das in § 125 FRV vorgesehene Reichsgericht bei einer materiellen Prüfung auch »aus dem Vollen schöpfen« können, wie man es heute vom BVerfG kennt, das ein Gesetz in der Regel wegen Verstoßes gegen die Grundrechte kippt. Bekannterweise wurde diese Verfassung für das Reich nie in Kraft gesetzt; auch wurde der Gedanke einer Prinzipalkontrolle zum Schutze des Einzelstaates im Kaiserreich nicht in die Reichsverfassung aufgenommen. Ein Teil der Rechtswissenschaft erkannte jedoch das Potential und mitunter die Notwendigkeit einer solchen Verfassungsnorm und nahm sich der Fortführung des Gedankens an.<sup>42</sup>

Tatsächlich relevant wurde die abstrakte Normenkontrolle<sup>43</sup> dann erst wieder mit Einführung der Weimarer Reichsverfassung (WRV). Verfassungsrechtliche Verankerung bot Art. 13 II WRV:

*»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.«*

Gerhard Anschütz formulierte in seinem Standardkommentar zur Weimarer Reichsverfassung, dass Abs. 2 »die Möglichkeit, Landesgesetze als mit den Reichsgesetzen unvereinbar mit allgemeinverbindlicher Wirkung für ungültig zu erklären bzw. aufzuheben [gewährt]«. <sup>44</sup> Er betonte dabei, dass hier mit allgemeinverbindlicher Wirkung geurteilt wird. Das allgemeine richterliche Prüfungsrecht hingegen entschied nur für den Einzelfall. Nach Art. 13 II WRV entschied hingegen ein unbestimmter Gerichtshof des Reiches ohne konkreten Anlass, sondern abstrakt und generalverbindlich »unmittelbar als Prinzipalpunkt«; <sup>45</sup> die Beschlüsse ergingen mit Gesetzeskraft.<sup>46</sup> Zur Entscheidung über Zweifel und Meinungsverschiedenheiten bestimmte das Ausführungsgesetz interessanterweise grundsätzlich das Reichsgericht<sup>47</sup> und nicht den Staatsgerichtshof,<sup>48</sup> in bestimmten Fragen auch den Reichsfinanzhof und das Reichsschiedsgericht bzw. das nie installierte Reichsverwaltungsgericht.<sup>49</sup> Bemerkens-

<sup>35</sup> RGZ 111, 320; fast zwei Jahre zuvor, am 08.01.1924, sprach der Richterverein beim Reichsgericht eine Warnung gegen ein Vorhaben der Reichsregierung Marx aus, Gesetze auf ihre Verträglichkeit mit Verfassungsrecht zu prüfen.

<sup>36</sup> RFHE 5, 333; RFHE 7, 97.

<sup>37</sup> Thoma (Fn. 34) AöR 1922, 267 (269, dortige Fn. 2).

<sup>38</sup> Grafshof, Wohlerworbene Rechte, Verfolgung derselben im Klageweg, Prüfungsrecht des Richters bez. der Gültigkeit der Gesetze, DJZ 1925, 332 f.; konkret wurde nur die siebente Ergänzung zur Reichsbesoldungsordnung verworfen, da § 8 mit den Wohlerworbenen Rechten der Beamten, Art. 129 I S. 3 WRV, die über Art. 129 III WRV auch Berufssoldaten zugute kommen, verletzt, da sie formell-verfassungswidrig erlassen wurde und die Reichsverfassungsgewährungen deshalb nicht einschränken kann.

<sup>39</sup> Vgl. dazu auch Huh, Probleme der konkreten Normenkontrolle (1971), S. 56 f.

<sup>40</sup> Vgl. Radbruch (Fn. 19), Die Justiz 1925/26, 12 (12, 16).

<sup>41</sup> Vgl. Hermann, Entstehung, Legitimation und Zukunft der konkreten Normenkontrolle im modernen Verfassungsstaat (2001), S. 82.

<sup>42</sup> Vgl. von Gneist, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl. (1879), S. 270 f.; unübersichtlich von Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. I (1860), S. 68 ff.

<sup>43</sup> Der heutige Terminus »abstrakte Normenkontrolle« wurde bereits von Friesenhahn verwendet: Friesenhahn, Die Staatsgerichtsbarkeit, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II (1932), S. 523 (526).

<sup>44</sup> Anschütz (Fn. 19), S. 105.

<sup>45</sup> Ebenda.

<sup>46</sup> Potsch-Heffter (Fn. 26), S. 127; vgl. dazu § 31 II i.V.m. § 13 Nr. 6 BVerfGG.

<sup>47</sup> Gesetz zur Ausführung des Artikels 13 Abs. 2 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 08. April 1920, RGBl. S. 510 f.

<sup>48</sup> Zum Staatsgerichtshof s. C. Weitere Verfassungsgerichtlichen Aspekte in der WRV.

<sup>49</sup> Dreier (Fn. 9), S. 317 (340).

wert ist mit Blick auf das Grundgesetz, das die abstrakte Normenkontrolle als objektives Beanstandungsverfahren führt, dass Anschütz von einem kontradiktorischen Verfahren ausgeht.<sup>50</sup>

Ein anderer Punkt verdient aber die Aufmerksamkeit: Die Verfassungsnorm sah ebenfalls nur die Überprüfung von Landesrecht am Maßstab des Reichsrechts vor;<sup>51</sup> insofern konnte man zumindest aus dieser Norm nicht ableiten, das allgemeine Prüfungsrecht müsse sich auf Reichsgesetze erstrecken. Gerade in Art. 13 II WRV hätte aber die Überordnung der Verfassung über das formelle Reichsgesetz erwähnt werden müssen, sodass der Rückschluss der Gegner des allgemeinen richterlichen Prüfungsrechts auf eine »Gleichebnigkeit« von Verfassung und Reichsgesetz nicht fernliegt.<sup>52</sup> Auch der Vorrang der Verfassung im heutigen Verständnis war noch nicht anerkannt, sondern (nur) die Überordnung des Bundes über die Länder.<sup>53</sup> Die Rechtsfolge war der Geltungsvorrang des Reichsrechts, sodass Landesrecht nicht nur außer Anwendung bleiben, sondern dessen grundsätzliche Nichtgeltung folgen musste.<sup>54</sup>

Antragsbefugt waren nach Art. 13 II WRV alle Reichs- und Landeszentralbehörden, was jedes Reichs- und Landesministerium einschließt,<sup>55</sup> nicht hingegen Parlamentsminderheiten.<sup>56</sup> Zudem war die Zulässigkeitsschwelle so gering, dass es grundsätzlich genügte, eine Kollisionsfrage allein aus politischen Gründen aufklären zu wollen;<sup>57</sup> ein konkreter juristischer Anlass zur Prüfung durch das Reichsgericht war keine Voraussetzung.<sup>58</sup>

Da die abstrakte Normenkontrolle keinen echten Rechtsstreit löst, sondern lediglich die Gültigkeit bestimmter Normen als Voraussetzung für die Schlichtung eines Rechtsstreits klärt, ist sie keine »echte Rechtsprechung«,<sup>59</sup> sondern lediglich abstrakte Schwesternorm, des inzidenten, allgemeinen richterlichen Prüfungsrechts zur Wahrung höherrangigen Rechts.

Insgesamt wurden aufgrund des Art. 13 II WRV 37 Beschlüsse gefasst, die sich schwerpunktmäßig mit säkularen, beamten- und eigentumsrechtlichen Fragen befassten.<sup>60</sup>

<sup>50</sup> Anschütz (Fn. 19), S. 106.

<sup>51</sup> Daran anknüpfend, *Jellinek*, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, in: VVDStRL 1925, 8 (40 f.).

<sup>52</sup> S. B. I. 2. b) Wissenschaft und Rechtsprechung, dort unter Fn. 29.

<sup>53</sup> *Gusy* (Fn. 7), S. 76.

<sup>54</sup> RGZ 103, 201.

<sup>55</sup> *Poetsch-Heffter* (Fn. 26), S. 126 (Anm. 6).

<sup>56</sup> *Dreier* (Fn. 9), S. 317 (339).

<sup>57</sup> Vgl. *Anschütz* (Fn. 19), S. 106.

<sup>58</sup> *Poetsch-Heffter* (Fn. 26), S. 125.

<sup>59</sup> *Schmitt*, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. I (1929), S. 154 (165), Schmitt meinte damit die Unterscheidung zwischen kontradiktorischem Verfahren und objektivem Beanstandungsverfahren.

<sup>60</sup> *Dreier* (Fn. 9), S. 317 (343).

### III. Alternativentwürfe zur Normenkontrolle

Es mutet merkwürdig an, dass die Weimarer Reichsverfassung auf diese Probleme und Fragen, die bereits zu Zeiten des Kaiserreichs diskutiert wurden,<sup>61</sup> nicht reagierte. Daher überrascht es nicht, dass zahlreiche Entwürfe und Vorschläge unterbreitet wurden, die Klarheit in die Rechtsetzung und die Dogmatik zu Normhierarchien und Prüfungsrechten bringen wollten.<sup>62</sup>

Bereits während der Nationalversammlung 1919, die zur Verfassungsgebung berufen war, wurde sich um die Klärung dieser Fragen bemüht. Der Abgeordnete Ablaß forderte einen Art. 114a zu schaffen, der vorsah:

»1. Wenn hundert Mitglieder des Reichstags es beantragen, ist der Staatsgerichtshof dazu berufen, die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und die Übereinstimmung von Verwaltungsakten mit den Grundsätzen der Verfassung zu prüfen.

2. Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs ist bindend.«<sup>63</sup>

Reichsinnenminister Hugo Preuß, seinerseits Beauftragter zum Entwurf der neuen Reichsverfassung, wandte sich dagegen und statuierte, dass das Fehlen einer Regelung in der Verfassung über das richterliche Prüfungsrecht nicht seine Existenz ausschloss.<sup>64</sup> Die »positivistische« Forderung, ein solches Prüfungsrecht müsste kodifiziert sein, um eine normative Kraft zu entfalten, war überkommen. Man war der Auffassung, das Prüfungsrecht müsste nicht als positiver Rechtssatz aufgenommen werden, um existieren zu können. Insofern stieß die ausdrückliche Kodifikation mehrheitlich auf Ablehnung und die Weimarer Reichsverfassung, wie auch die Kaiserreichsverfassung, schwieg zum richterlichen Prüfungsrecht.<sup>65</sup>

Gerhard Anschütz, einstiger Wortführer der engenformellen Theorie, legte dem 34. Deutschen Juristentag 1926 einen Gesetzentwurf vor, der als Antwort auf die Reichsgerichtsentscheidung zu verstehen war:

»1. Bestehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine als Gesetz oder Verordnung verkündete Vorschrift des Reichsrechts mit der Reichsverfassung im Widerspruch stehe, so können der Reichstag, die Reichsregierung, der Reichsrat, Minderheiten des Reichstages und des Reichsrates, die ein Drittel der gesetzlichen Mitgliederzahl übersteigen, die Entscheidung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich anrufen.

<sup>61</sup> S. B. I. 1. Ausgangspunkt Kaiserreich sowie B. II. Die abstrakte Normenkontrolle.

<sup>62</sup> Zu allen Entwürfen siehe auch *Dreier* (Fn. 9), S. 363 ff.

<sup>63</sup> Verhandlungen der verfassungsgebenden deutschen Nationalversammlung, Bd. CCCXXXVI (1920), Aktenstück Nr. 391, S. 483.

<sup>64</sup> Vgl. *Grimm* (Fn. 33), S. 105.

<sup>65</sup> Vgl. *Bühler*, Sind die ordentlichen Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden?, DJZ 1921, 580.

2. Das Recht den Staatsgerichtshof anzurufen, steht auch jedem im letzten oder einzigen Rechtszug stehenden Gericht zu, falls es glaubt, daß ein von ihm anzuwendendes, gehörig verkündetes Reichsgesetz mit der Reichsverfassung im Widerspruch steht. «<sup>66</sup>

Mit diesen beiden Absätzen des § 2 des Gesetzesentwurfs wollte Anschütz in Abs. 1 die abstrakte Normenkontrolle, in Abs. 2 die konkrete Normenkontrolle weitreichend verankern. Dabei fällt auf, dass § 2 I des Entwurfs enge Verwandtschaft zum heutigen Art. 93 Nr. 2 GG, und Abs. 2 zu Art. 100 I GG aufweist. Damit sollte die Vorlegepraxis eingeführt werden. Auch fällt auf, dass in Abs. 2 des Anschütz'schen Entwurfs das Merkmal der Letztinstanzlichkeit auftaucht, welches sich zwar nicht in Art. 100 I GG, so doch aber im Art. 267 AEUV über die Vorlage zum Europäischen Gerichtshof findet.

Dieser Entwurf führt beide Fronten, von ihren politischen Motiven gedacht, zusammen: Die Konservativen haben ein den progressiv-linken Gesetzgeber kontrollierendes Moment im Staatsgefüge, den Staatsgerichtshof, während das Parlament sich nicht davor fürchten muss, dass jeder skeptisch-reaktionäre Richter den Gesetzgeber durch Nichtanwendung der Gesetze aussticht. So widersprach Anschütz gerade nicht seiner alten Ablehnung des richterlichen Prüfungsrechts; vielmehr war diese darauf begründet eben nicht *jeden* Richter über die Gültigkeit richten zu lassen.<sup>67</sup> Mit seinem Vorschlag wollte er eine einzige, den Gesetzgeber kontrollierende Instanz schaffen, die ihrerseits aber der Verfassung unterworfen und über die Besetzung des Staatsgerichtshofs politisch rückgebunden war.<sup>68</sup>

Auch als Antwort auf die umstrittene Reichsgerichtsentscheidung aus dem November 1925 ließ sich der fast zeitgleiche Vorstoß des Reichsinnenministers Külz verstehen, der vehement für die Kodifizierung beider Normenkontrollen stritt und den er 1926 in der Deutschen Juristen-Zeitung veröffentlichte.<sup>69</sup> Auf diesen Vorschlag ging auch der von der Reichsregierung im Dezember 1926 eingebrachte und vom Reichsrat einstimmig angenommene Gesetzesentwurf zurück, der letztlich jedoch scheiterte.<sup>70</sup> Dieser Ansatz unterscheidet sich vom Anschütz'schen insofern, als dass zwar auch in § 1 die abstrakte Normenkontrolle beim Staatsgerichtshof vorgesehen ist, die konkrete Normenkontrolle aber nach § 2 nicht die Vorlage durch das Gericht an den Staatsgerichtshof verlangt, sondern an die Reichsregierung, die dann wiederum nach § 1 den Staatsgerichts-

hof anrufen »kann«.<sup>71</sup> Neu war aber die Regelung des § 7 des Entwurfs, wonach eine Art »Vorabkontrolle« durch den Reichspräsidenten oder die Reichsregierung in der Form verlangt werden konnte, dass ein beschlossenes aber noch nicht verkündetes Gesetz dem Staatsgerichtshof vorgelegt werden konnte, der dann seinerseits ein Gutachten über die Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes erstellte. Dieses Gutachtenverfahren wurde 1951 durch § 97 BVerfGG a.F. i.V.m. Art. 93 II GG sogar vor dem BVerfG eingeführt (sog. »Präventive Normenkontrolle«<sup>72</sup>), jedoch 1956 wieder abgeschafft.<sup>73</sup>

Viele andere, vor allem die Gegner eines diffusen Prüfungsrechts, das durch *jedes* Gericht ausgeübt wird, zeigten sich begeistert von der Idee der Konzentration der Prüfung<sup>74</sup> am Maßstab der Verfassung bei einer Institution, d.h. in der Regel beim Staatsgerichtshof.<sup>75</sup>

Aufgrund des verfassungsändernden Charakters eines solchen Gesetzes wäre jedoch eine Zwei-Drittel-Mehrheit erforderlich gewesen, die gegen Ende der Weimarer Republik und mit Erstarken autoritärer Züge der Politik immer ferner lag.<sup>76</sup> Im Nationalsozialismus war es dann undenkbar, ein Gericht, wenn auch das höchste, mit der allgemeingültigen Verwerfungskompetenz auszustatten.

### C. Weitere verfassungsgerichtliche Aspekte in der WRV

Mehr Revolution statt Evolution war die Schaffung eines Staatsgerichtshofes gem. Art. 108 WRV.<sup>77</sup> Dieser sollte sich eingliedern in das Gerichtswesen des Reiches und »echte Rechtsprechung« ausüben, also Streitfälle schlichten.<sup>78</sup>

#### I. Föderal- und Binnenstreitigkeiten

Der Staatsgerichtshof war nach Art. 19 WRV für die Schlichtung von Intra-Länder-Streitigkeiten, Inter-Länder-Streitigkeiten und Reich-Land-Streitigkeiten zuständig:

»1. Über Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, in dem kein Gericht zu ihrer Erledigung besteht, sowie über Streitigkeiten nichtprivatrechtlicher Art zwischen verschiedenen Ländern oder zwischen dem Reiche und einem Lande entscheidet

<sup>71</sup> Külz (Fn. 25), DJZ 1926, 837 (842).

<sup>72</sup> Vgl. Holzer, Präventive Normenkontrolle durch das BVerfG (1978), S. 172 ff.

<sup>73</sup> Hilf, Gutachten des BVerfG zu völkerrechtlichen Verträgen?, ZRP 1997, 270.

<sup>74</sup> Irrtümlich die Konzentrationswirkung negierend Grau (Fn. 66), AöR 1926, 287 (290).

<sup>75</sup> So Thoma, Die Grenzen des richterlichen Prüfungsrechts, DJZ 1925, 573 f.; Radbruch (Fn. 19), Die Justiz 1925/26, 12 (16); Kelsen, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, (1931/2019 Nachdr.), S. 96 f.; und auch Anschütz vgl. B. III. Alternativentwürfe zur Normenkontrolle, dort unter Fn. 65.

<sup>76</sup> Huber (Fn. 21), S. 564.

<sup>77</sup> Der Zeitgeist empfand Art. 19 WRV (im Entwurf noch Art. 17) als wenig revolutionär, sodass Berichterstatter und Abgeordneter Beyerle dieser Verfassungsnorm attestierte »nichts Neues« zu sein, s. Verhandlungen (Fn. 61), S. 113.

<sup>78</sup> Vgl. Friesenhahn (Fn. 43), S. 523 (524 f.).

<sup>66</sup> Anschütz, Gesetzesentwurf und Bericht, in: Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentages zu Köln, Bd. II (1927), S. 194.

<sup>67</sup> Anschütz (Fn. 67), S. 209 f., S. 211: Vorlagerecht der Gerichte sei »Ersatz des richterlichen Prüfungsrechts«; genau so verlangt es Anschütz auch in seinem Kommentar: Anschütz (Fn. 19), S. 326 f.; anders Grau, Zum Gesetzesentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen u. Reichsverordnungen, AöR 1926, 287 (290); siehe auch Wißmann, Richterliches Prüfungsrecht in Reichskonsitutionalismus und Republik – Wegmarke der Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat Beiheft 2014, 253 (269).

<sup>68</sup> Vgl. Gesetz über den Staatsgerichtshof vom 09. Juli 1921, RGBl. 905 f.

<sup>69</sup> Külz (Fn. 25), DJZ 1926, 837 ff., Bezugnahme auf RGZ 111, 320 auf S. 839.

<sup>70</sup> Huber (Fn. 21), S. 563 f.

auf Antrag eines der streitenden Teile der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, soweit nicht ein anderer Gerichtshof des Reiches zuständig ist.

2. Der Reichspräsident vollstreckt das Urteil des Staatsgerichtshofs.«

Revolution deshalb, weil noch im Kaiserreich in Art. 76 seiner Verfassung der Bundesrat zur Klärung der zwei erstgenannten Streitigkeiten zuständig war;<sup>79</sup> ein Verfahren für Reich-Länder-Streitigkeiten existierte im Kaiserreich hingegen nicht.<sup>80</sup> Eine gerichtliche Klärung von Streitigkeiten zwischen obersten Reichsorganen, wie es heute mit dem Bundesorganstreitverfahren existiert, war als nicht-justiziabler Streitfall der politischen Klärung vorbehalten und auch in Weimar verfassungsgerichtlich nicht vorgesehen.<sup>81</sup>

Da die Konstellationen des Art. 19 I WRV ausschließlich kontradiktorische Verfahren betrafen, während Art. 13 – im heutigen Terminus – objektive Beanstandungsverfahren regelte, wurde die Gerichtsbarkeit des Staatsgerichtshofs auch als Staatsgerichtsbarkeit bezeichnet,<sup>82</sup> während der Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit auch die objektiven Normenprüfverfahren inkludierte.

### 1. Der Intra-Länder-Streit, Art. 19 I 1. Var. WRV

Die subsidiäre Zuständigkeit für die Klärung von Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes findet sich so auch heute in Art. 93 Nr. 4, 3. Var. GG. Aufgrund dieser Subsidiarität wurde der Staatsgerichtshof in Abgrenzung zu den Landesstaatsgerichtshöfen als »Reichsstaatsgerichtshof« bezeichnet,<sup>83</sup> denn er trat nur als Substitut für landesverfassungsrechtliche Lücken auf. Besonders pikant an dieser Kompetenz des Staatsgerichtshofs war die Wortlautreichweite der Vorschrift in Art. 19 WRV. Zwar würde man aus heutiger Perspektive darauf abstellen, dass nur Organstreitigkeiten innerhalb der Länder durch den Reichsstaatsgerichtshof zu klären sind, wenn ein Landesstaatsgerichtshof nicht existiert.<sup>84</sup> Der Wortlaut, der nur von Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes spricht, hätte aber auch Verfassungsbeschwerden des Bürgers erfasst, der mit dem Land über die Reichweite von verfassungsrechtlich verankerten Grundrechten im Streit lag.<sup>85</sup> Um diese Ausuferung des Begriffs der Verfassungsstreitigkeit zu vermeiden – denn eine Verfassungsbeschwerde sollte gerade nicht möglich sein<sup>86</sup>

– schlugen Carl Schmitt und Heinrich Triepel vor, Grundrechte nicht als Bestandteil von Verfassungsstreitigkeiten gelten zu lassen.<sup>87</sup> Dagegen schlugen Gerhard Anschütz und Richard Thoma vor, nicht die Begriffsexension selbst zu reduzieren, sondern eine Begrenzung im Rahmen der Zulässigkeit durch die Voraussetzungen der Parteifähigkeit und der Aktivlegitimation vorzusehen.<sup>88</sup> Ebenfalls vom bloßen Wortlaut nicht entschieden war die Frage, ob der Reichsstaatsgerichtshof nur Landesverfassungsnormen anwendet oder ob auch die Reichsverfassung Prüfungsmaßstab sein kann.

Der Gerichtshof, der wegen des weiten Wortlauts praktisch selbst über Klagevoraussetzungen entscheiden konnte,<sup>89</sup> wies Klagen von Bürgern in ständiger Rechtsprechung inkonsequenterweise ab.<sup>90</sup> Seine eigens geschaffene Definition schloss solche Verfassungsbeschwerden eben nicht aus: Der Staatsgerichtshof stellte fest, dass es sich für ein Verfahren nach Art. 19 I 1. Var. WRV um eine Streitigkeit handeln musste, die in dem betroffenen Land entstanden ist und zum Gegenstand auch die Reichsverfassung haben konnte, wenn sich ihre Vorschriften auf die Landesverfassung auswirkten.<sup>91</sup> Insofern setzten sich Anschütz und Thoma durch und begrenzten den weiten Wortlaut auf einen engen Organstreit.<sup>92</sup> Der einzelne Bürger musste, um die Voraussetzung der Parteifähigkeit zu erfüllen, geltend machen, in seinen staatsbürgerlichen Gestaltungsrechten – wie etwa in seinem Wahlrecht – betroffen zu sein, sodass er nicht als grundrechtsberechtigter Bürger Rechtsschutz erlangte, sondern als Teil des aktiven Verfassungslebens – als Wahlberechtigter.<sup>93</sup>

Deutlich wurde durch diese Definition des Staatsgerichtshofes auch, dass er die Reichsverfassung, wenn auch nicht unmittelbar, so doch in Verbindung mit der Landesverfassung heranziehen wollte. Diese Rechtsprechung war ein weiterer Schritt zur Etablierung der Normhierarchie mit der Reichsverfassung an oberster Stelle und zu einer Erweiterung des Prüfungsrechts.

als einzige im Reich die Verfassungsbeschwerde des Bürgers expressis verbis in Art. 93 Abs. 1 vorsah, vgl. *Kutscher*, Politisierung oder Verrechtlichung? (2016), S. 37; *Huber* (Fn. 21), S. 559.

<sup>87</sup> *Schmitt*, Verfassungslehre (1928), S. 112, 115, 117; *Triepel*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 1928, 2 (22); 1. Leitsatz Triepels auf S. 28.

<sup>88</sup> *Thoma*, Staatsgerichtsbarkeit, in: Otto Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben (1929), S. 179 (184); *Anschütz* (Fn. 19), S. 165 f.

<sup>89</sup> Vgl. *Gusy* (Fn. 79), S. 214.

<sup>90</sup> RGZ 121, Anh. S. 8 (10); RGZ 181, Anh. S. 22 (28f.); RGZ 124, Anh. S. 40 (47 f.).

<sup>91</sup> *Anschütz* (Fn. 19), S. 163; zur Reichsverfassung als Prüfungsmaßstab *Lammers/Simon*, Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund von Artikel 13 Absatz 2 der Reichsverfassung, Bd. I (1929), S. 292, 2. Leitsatz, i.Ü.: Auf S. 295 bezeichnet sich der Staatsgerichtshof selbst als Hüter der Reichsverfassung.

<sup>92</sup> Vgl. *Thoma* (Fn. 88), S. 179 (184); vgl. dazu *Dreier* (Fn. 9), S. 317 (353).

<sup>93</sup> *Anschütz* (Fn. 19), S. 169 f.

<sup>79</sup> *Gusy*, 100 Jahre Weimarer Reichsverfassung (2018), S. 68.

<sup>80</sup> Vgl. *Huber* (Fn. 21), S. 543; *ders.* (Fn. 8), S. 1064 ff.

<sup>81</sup> Dazu *Bühler*, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht, in: Harms (Hrsg.), Recht und Staat im Neuen Deutschland, Bd. II (1929), S. 3 (17); *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung (1931), S. 56; *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung (1997), S. 210.

<sup>82</sup> *Friesenhahn* (Fn. 43), S. 523 f.

<sup>83</sup> Ebenda, S. 529.

<sup>84</sup> Vgl. *Meister*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. (2022), § 71, Rn. 31 a.E.

<sup>85</sup> Diese Überlegung stellte vor allem an *Anschütz* (Fn. 19), S. 164 und *Schmitt* (Fn. 59), S. 160, 162 f.

<sup>86</sup> Anders in Bayern, dessen Landesverfassung (»Bamberger Verfassung«)

## 2. Der Inter-Länder-Streit, Art. 19 I 2. Var. WRV

Die nichtprivatrechtlichen Streitigkeiten zwischen den einzelnen Gliedstaaten, die sich aus der Reichsverfassung ergaben, nannte Friesenhahn »Bundesverfassungsgerichtsbarkeit«, Streitfragen zwischen Gliedstaaten fern der Reichsverfassung hingegen »Bundesgerichtsbarkeit«. <sup>94</sup> Die Bezeichnung »Bund« statt »Reich« mag zwar verwirren, ist aber deshalb zutreffend, weil das Reich als bloße Bezeichnung des (Ver-) Bundes der einzelnen Gliedstaaten galt. Dass diese Streitigkeiten nicht Verfassungsrecht zum Gegenstand haben mussten, ergibt sich daraus, dass nur Intra-Länder-Streitigkeiten nach Art. 19 WRV »Verfassungsstreitigkeiten« sein mussten, während die Streitigkeiten zwischen Ländern nur durch die Formulierung »nichtprivatrechtlich« eingeschränkt waren. <sup>95</sup> Die Anwendbarkeit der Reichsverfassung war, anders als im Intra-Länder-Streit, unbestritten, da im Inter-Länder-Streit gerade die Grenzen eines Landes überschritten wurden und somit Bundes- und damit Reichsangelegenheit war.

## 3. Der Reich-Land-Streit, Art. 19 I 3. Var. WRV

Auch hier sah Friesenhahn den Staatsgerichtshof als »Bundesverfassungsgericht«, da die in Rede stehenden nichtprivatrechtlichen Rechte eines Streits zwischen Reich und Land gerade der Reichsverfassung entsprangen, sodass »Bundesverfassungsgerichtsbarkeit« ausgeübt wurde. <sup>96</sup> Die Bedeutung der Subsidiarität in Art. 19 WRV wird in diesem Fall besonders deutlich, da Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel über die Vereinbarkeit von Landes- mit Reichsrecht möglicherweise nichtprivatrechtliche Streitigkeiten zwischen Reich und Land darstellten, zu dessen Klärung durch den spezielleren Art. 13 II das Reichsgericht berufen war.

Im Rahmen der Biersteuer-Entscheidung im Streit zwischen dem Deutschen Reich und dem Land Preußen vom 17. November 1928 beanspruchte der Staatsgerichtshof die Kompetenz zur Prüfung von Reichsgesetzen am Maßstab der Reichsverfassung. <sup>97</sup> Die Literatur bestätigte ganz überwiegend diese Erweiterung, da sie in die Richtung der Etablierung einer veritablen Normenkontrolle wies. <sup>98</sup> Auch hier stieß der Staatsgerichtshof, wie zuvor das Reichsgericht, selbstbewusst in Dimensionen vor, denen es zwar an verfassungsgesetzlichen Grundlagen mangelte, die aber ganz überwiegend gefordert wurden.

## II. Anklageverfahren

Nach Art. 59 WRV konnte der Reichstag mit mindestens einhundert Unterschriften von Abgeordneten und mit dem für Verfassungsänderungen tauglichen Quorum den Reichspräsidenten, den Reichskanzler oder einen Reichs-

minister vor dem Staatsgerichtshof wegen schuldhafter Verletzung des Reichsrechts, einschließlich der Reichsverfassung, verklagen. Mögliche Rechtsfolge war die Amtsenthebung durch den Staatsgerichtshof. Durch diese hohen Anforderungen fristete das Verfahren ein Nischendasein <sup>99</sup> und wurde nie ausgelöst, wenn auch im November 1932 die nötige parlamentarische Breite vorhanden war, um die Verfassungsanklage gegen Reichspräsidenten von Hindenburg anzustrengen. <sup>100</sup>

## D. Wer ist nun Hüter der Verfassung? <sup>101</sup>

Nachdem die Normenkontrolle und weitere verfassungsgerichtliche Elemente Weimars dargestellt wurden, soll nun eine Debatte der Wissenschaft epochalen Ausmaßes und hohen Abstraktionsgrades, referiert werden – nicht zuletzt, um den (verfassungsrechtlichen) Zeitgeist besser erfassen zu können.

Carl Schmitt, späterer »Kronjurist« <sup>102</sup> der Nationalsozialisten und anerkannter Staatsrechtler, war entschiedener Gegner einer gerichtlich-monopolisierten Normenkontrolle und traf dabei auf die Gegenposition von Hans Kelsen – seit 1919 Richter am österreichischen Verfassungsgerichtshof und Architekt der österreichischen Bundesverfassung von 1920.

Im Kern handelt ihre sich über mehrere Veröffentlichungen und Tagungen ziehende Debatte <sup>103</sup> von der Grenzlinie zwischen Politik und Justiz, zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung und vom Hüter der Verfassung <sup>104</sup>.

Kelsens Position ließ sich dabei – in sich stringent – so zusammenfassen: Die Verfassung regelt die Erzeugung von Gesetzen, Gesetze regeln möglicherweise die Erzeugung von Verordnungen, diese können wiederum den Erlass von Verwaltungsakten bestimmen. <sup>105</sup> Aufgrund dieses Zusammenspiels von Rechtsetzung und Rechtserzeugung leitet Kelsen die Normhierarchie ab, an deren oberster Stelle die Verfassung steht. <sup>106</sup> Weil das Parlament aber Gesetze, also die zweite Stufe der Hierarchie erlässt, könne es nicht Aufgabe des Parlaments sein, deren Verfassungsmäßigkeit in alleiniger Verantwortung zu überwachen, da dies

<sup>99</sup> Schmitt (Fn. 58), S. 156.

<sup>100</sup> Huber (Fn. 21), S. 554; Gusy (Fn. 79), S. 211.

<sup>101</sup> Angelehnt an Kelsen (Fn. 73); vgl. zum ganzen Komplex Grimm (Fn. 33), S. 105.

<sup>102</sup> Söllner, Kronjurist des Dritten Reiches – Das Bild Carl Schmitts in den Schriften des Emigranten, in: Benz (Hrsg.), Jahrbuch für Antisemitismusforschung, Bd. I (1992), S. 191.

<sup>103</sup> Dass sich Schmitt der Gegenposition Kelsens bewusst war und insofern von einer echten Debatte gesprochen werden kann, zeigt sich in Schmitt, Der Hüter der Verfassung, AöR 1929, 161 (181): »[...] unter Stellungnahme zu den Argumenten des zweiten Berichterstatters jenes Staatsrechtslehretages, H. Kelsen«.

<sup>104</sup> Angelehnt an Schmitt (Fn. 81); siehe auch Rauschnig, Die Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht (1969), S. 76 f.

<sup>105</sup> Vgl. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 1928, 30 (32).

<sup>106</sup> Kelsen (Fn. 105), S. 30 (31, 78 a.E., Leitsatz 8a auf S. 86).

<sup>94</sup> Friesenhahn (Fn. 43), S. 523 (525, 529 f.).

<sup>95</sup> Vgl. Gusy (Fn. 79), S. 213.

<sup>96</sup> Friesenhahn (Fn. 43), S. 523 (525 f.).

<sup>97</sup> Lammers/Simons (Fn. 91), S. 19; Gusy (Fn. 79), S. 216.

<sup>98</sup> Vgl. B. III. Alternativentwürfe zur Normenkontrolle.



einen Interessenkonflikt eines politischen Parlaments nach sich ziehen würde, das politische Vorhaben möglichst unbeschränkt durchzusetzen versucht. Insofern verlangte Kelsen eine andere Institution, welche die Verfassungsmäßigkeit überwacht: Ob es einfache Gerichte in Form der inzidenten Kontrolle vollziehen oder – von ihm favorisiert – einem Verfassungsgericht obliegt, war eher zweitrangig.<sup>107</sup>

Schmitt wiederum bekämpft – mit im Einzelnen widersprüchlichen Argumenten<sup>108</sup> – die Verfassungsgerichtsbarkeit durch ein Verfassungsgericht wie kein zweiter.<sup>109</sup> Er begründete die Unfähigkeit der Justiz in Verfassungsfragen zu entscheiden damit, dass er die Verfassung nicht als klassisches anzuwendendes Gesetz betrachtet. Aus seiner Sicht ist die Verfassung vielmehr »in ihrer positiven Substanz eine konkrete politische Entscheidung über Art und Form der politischen Existenz«<sup>110</sup>. Er verortete die Verfassungsgerichtsbarkeit näher bei der Politik als beim Recht, sekundierte dies mit der Behauptung, dass ein Richter bloß den politischen Willen des Gesetzgebers ausführe und sobald der Richter über Zweifel des Gesetzesinhalts hinweggehe und entscheide zum Teilgesetzgeber wird.<sup>111</sup> Wenn ein Gerichtshof eine unklare Vorschrift der Reichsverfassung auslegt, auf die man sich in der Nationalversammlung nur bedingt bzw. ohne rückstandlose Auflösung der Dissense einigen konnte (»dilatorischer Formelkompromiss«<sup>112</sup>), dann sah Schmitt den Richter nicht nur als Gesetzgeber sondern gar als Verfassungsgesetzgeber, wenn der Gerichtshof diesen Kompromiss der Verfassungsgeber durch Urteil auflöse.<sup>113</sup> Es bestünde »die Gefahr, daß statt einer Juridifizierung der Politik eine das Ansehen der Justiz untergrabende Politisierung der Justiz eintritt«<sup>114</sup>. Anders als Kelsen, der die »Juridifizierung« wagen wollte und für die Verfassungsgerichtsbarkeit warb, brachte Schmitt den Reichspräsidenten als *pouvoir neutre*<sup>115</sup> in Stellung<sup>116</sup> und musste daher – für dieses politische Ziel – die Verfassungsgerichtsbarkeit bekämpfen.<sup>117</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat seine starke und wichtige Stellung mehrfach unter Beweis gestellt, doch wird auch heute noch über die Defizite der Verfassungsgerichtsbarkeit gestritten,<sup>118</sup> auch die Debatte darüber, ob die Verfassungs-

gerichtsbarkeit akademisch der Rechts- oder der Politikwissenschaft zuzuordnen sei, ist eine Form der Fortsetzung der »Kelsen-Schmitt-Kontroverse«.<sup>119</sup>

## E. Konklusion

Vergleicht man die Stellen der Weimarer Reichsverfassung mit den einschlägigen Normen des Grundgesetzes, in denen die Normenkontrolle geregelt ist, so ist bis auf den Vorrang des Reichs- bzw. Bundesrechts wenig vergleichbar. Es ist weniger der Verfassungstext der Weimarer Reichsverfassung, in dem die in der Einleitung beschriebene organische Verbundenheit zum Grundgesetz offenbar wird. Vielmehr resultiert diese These aus der Erkenntnis, dass die in Weimar erhobenen, aber nie realisierten Forderungen der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung, die – ihrer Zeit voraus – für den Vorrang der Verfassung und eine Kontrolle des Gesetzgebers optierten, im Grundgesetz ihren Niederschlag gefunden haben.<sup>120</sup>

So leitet sich das richterliche Prüfungsrecht aktuell nicht mehr aus Art. 31 GG als dem Nachfolgeartikel des Art. 13 I WRV ab, sondern aus dem für die konkrete Kontrolle konzipierten Art. 100 I GG. In letzterem liegt auch begründet, dass die Pflicht zur Prüfung der Vereinbarkeit von Normen nach wie vor jedem Richter obliegt; bloß die Verwerfung einer Norm wurde monopolisiert, wie es Anschütz und andere vorgeschlagen hatten.

Durch diese Verankerung des monopolisierten Verwerfungsrechts wird nicht nur der Vorrang der Verfassung gewahrt, sondern auch die Prärogative des Gesetzgebers, sodass beiden in der Weimarer Debatte geäußerten Bedenken für und wider eines richterlichen Prüfungsrechts heute Rechnung getragen wird.

Die grundgesetzliche abstrakte Normenkontrolle orientiert sich ebenfalls am Entwurf von Anschütz aus dem Jahr 1926 und versieht zudem die Landesregierungen mit einer Antragsbefugnis, um die Kompetenzordnung des Grundgesetzes zu wahren.

Auf den Vordenker Hans Kelsen ist zurückzuführen, dass es heute ein Gericht – nämlich das Bundesverfassungsgericht – ist, das über die Verfassung wacht, ihre vorrangige Geltung garantiert, den Gesetzgeber in Schranken weist und der von Schmitt für die Aufgabe favorisierte Reichspräsident – insbesondere nach den dunkelsten Jahren Deutschlands – heute

<sup>107</sup> Grimm (Fn. 33), S. 111.

<sup>108</sup> Er bekämpfte die Verfassungsgerichtsbarkeit, befürwortete aber das diffuse richterliche Prüfungsrecht, vgl. Neumann, Carl Schmitt als Jurist (2015), S. 224 analysiert: »Die Rücksicht auf konservative Fachgenossen, denen er in der politisch brisanten Frage nach einem richterlichen Prüfungsrecht nicht in den Rücken fallen wollte, [war Schmitt] wichtiger als theoretische Konsequenz«; Grimm (Fn. 32), S. 109.

<sup>109</sup> Schmitt (Fn. 81), S. 49, 153, 155 a.E.

<sup>110</sup> Schmitt (Fn. 58), S. 154 (158, siehe auch S. 161 f.).

<sup>111</sup> Schmitt (Fn. 58), S. 154 (163, 165 a.E.).

<sup>112</sup> Schmitt, Verfassungslehre (1928), S. 32.

<sup>113</sup> Schmitt (Fn. 58), S. 154 (166 f.).

<sup>114</sup> Schmitt (Fn. 58), S. 119 a.A.

<sup>115</sup> Zum Begriff Herdegen, Verfassungsgerichtsbarkeit als *pouvoir neutre*, ZaöRV 2009, 257 (258).

<sup>116</sup> Schmitt (Fn. 81), S. 132 ff.; Sehr kritisch Kelsen (Fn. 75), S. 64 ff.

<sup>117</sup> Vgl. Grimm (Fn. 33), S. 119 a.A.

<sup>118</sup> Vofskuhle/Schemmel, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Verfas-

sungsgerichtsbarkeit, JuS 2021, 1137 (1138).

<sup>119</sup> Grimm, Was ist politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZfP 2019, 86 (87); ders. (Fn. 33), S. 123, zum Begriff »Kelsen-Schmitt-Kontroverse« siehe ebenda S. 105.

<sup>120</sup> Treffend Wahl/Rottmann, Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik – im Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar, in: Konze/Lepsius (Hrsg.), Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland. Beiträge zum Kontinuitätsproblem (1983), S. 339 (356), bezeichnen Weimar als »Inkubationszeit« für ein neues Verfassungsverständnis.

in Form des Bundespräsidenten ein bloßes Staatsnotariat innehat.

Dem Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit als Hüter der Verfassung folgten viele weitere Staaten nach dem Zweiten Weltkrieg,<sup>121</sup> sodass es nicht übertrieben ist, den Bestrebungen in der Weimarer Republik und speziell Hans Kelsen das anzurechnen, was Dominique Rousseau wie folgt formulierte: »Das 19. Jahrhundert war das des Parlaments, das 20. war das Jahrhundert der Verfassungsgerichtsbarkeit«<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> Vgl. *Grimm* (Fn. 33), S. 123.

<sup>122</sup> Original: Le XIXe siècle fut celui des Parlements, le XXe et le siècle de la justice constitutionnelle, *Rousseau*, *La justice constitutionnelle en Europe* (1998), S. 1.