

Cem Karaosmanoğlu

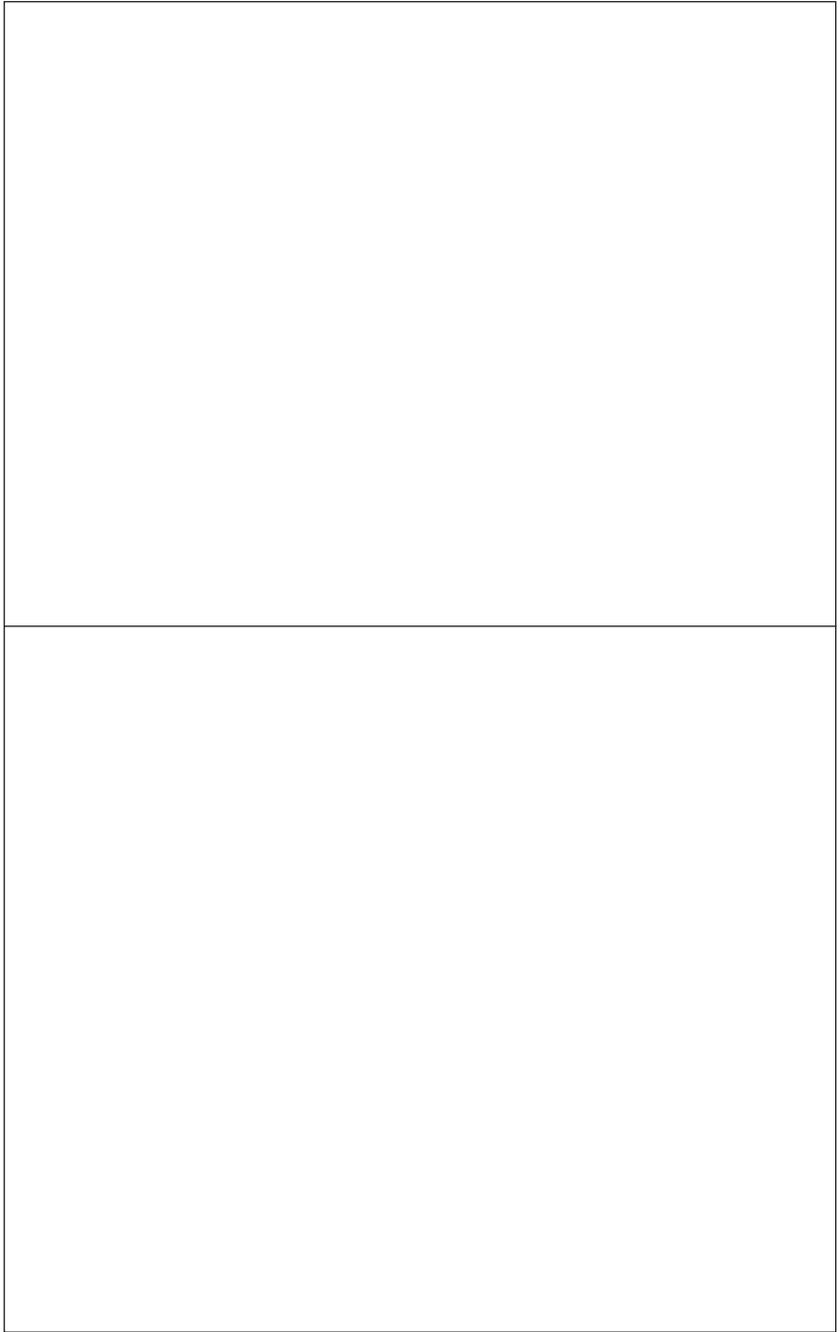
# Die Nichtanwendung deutscher unionsrechtswidriger Gesetze

Verfassungsrechtliches Erfordernis eines umfassenden Verwerfungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts



**Nomos**





Cem Karaosmanoğlu

# Die Nichtanwendung deutscher unionsrechtswidriger Gesetze

Verfassungsrechtliches Erfordernis eines umfassenden Verwerfungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4152-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-8373-9 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die Juristische Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen hat die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2016/2017 als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Tätigkeit als Assistent am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht von Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof. Rechtsprechung und Literatur wurden bis zum 9. März 2017 berücksichtigt.

Bei allen, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben, möchte ich mich herzlich bedanken. Ganz besonderer Dank gilt in erster Linie meinem verehrten Doktorvater Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof, der mich während meiner lehrreichen Zeit als sein Assistent trotz terminlicher Bedrängnis jederzeit und in jeder Hinsicht betreut, unterstützt und motiviert hat. Durch die herzliche Atmosphäre an seinem Lehrstuhl konnte ich mich der Arbeit täglich mit viel Freude widmen. Besonders bedanken möchte ich mich auch bei Prof. Dr. Christian Seiler für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens und seine wertvollen Hinweise.

Dank schulde ich zudem den vielen Gesprächspartnern im Freundes- und Kollegenkreis. Allen voran gebührt PD Dr. Iris Kemmler Dank für die zahlreichen Diskussionen und Anregungen sowie dafür, dass ich zunächst als Student und später als ihr Kollege viel von ihr lernen durfte.

Dr. Martin Prothmann, der mich zum Thema dieser Arbeit geführt hat, und Dr. Björn P. Ebert, der die Entstehung der Arbeit konstruktiv begleitet hat, danke ich für ihre Freundschaft, ihren Beistand und ihre zahlreichen wertvollen Anmerkungen. Den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls von Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof danke ich für die ständige Unterstützung, ohne die diese Arbeit nicht möglich gewesen wäre.

Mein größter Dank gilt schließlich meinen Eltern, Dr. Namik Karaosmanoğlu und Deniz Karaosmanoğlu, die mich in jeder Lebenslage herzlich und mit liebevoller Geduld unterstützt haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Tübingen, im März 2017

*Cem Karaosmanoğlu*



# Inhaltsverzeichnis

A. Einführung und Problemaufriss	13
B. Das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts	18
I. Verfassungsgeschichte	19
1. Das richterliche Prüfungsrecht	19
2. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	23
3. Die Verfassungen nach 1945	25
II. Art. 100 I GG	26
1. Durchsetzung der Verfassung	26
2. Rechtssicherheit	29
3. Schutz des Gesetzgebers	30
4. Das Bundesverfassungsgericht als Fachgericht für Verfassungsrecht	31
III. Zusammenfassung	32
C. Die Nichtanwendung deutscher unionsrechtswidriger Gesetze	34
I. Kollision zwischen deutscher und europäischer Rechtsordnung	36
1. Zielrichtung von Grundrechten im Mehrebenensystem	37
2. Europäische Grundrechtecharta und nationale Grundrechte	39
3. Nationale Grundrechte und Unionsakte	43
II. Der Vorrang unionalen Rechts	45
1. Europäische Lösung: Autonome Rechtsquelle	46
a) Van Gend & Loos	48
b) Costa/E.N.E.L.	49
c) Internationale Handelsgesellschaft	50
d) Simmenthal II	51
e) IN.CO.GE'90 u.a.	52
f) Naderhirm	53
2. Nationale Lösung: Der deutsche Rechtsanwendungsbefehl	54
a) EWG-Verordnung	55

b) Milchpulver	59
c) Solange I	60
d) Solange II	63
e) Kloppenburg	64
f) Maastricht	66
g) Bananenmarkt	68
h) Lissabon	69
i) Mangold	70
j) Europäischer Haftbefehl II	71
k) OMT-Programm	75
3. Grund: Europäische oder nationale Lösung?	77
a) Erfordernis einer nationalen Betrachtungsweise	81
b) Nationale Begrenzungen aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland	88
c) Keine endgültige Übertragung von Souveränität	90
d) Die Überprüfbarkeit des Zustimmungsgesetzes	92
e) Die Gegenbewegung: Der Standpunkt des EuGH zum Völkerrecht	93
4. Art: Geltungs- oder Anwendungsvorrang?	98
5. Grenzen: Die Brücke des Rechtsanwendungsbefehls	100
a) Der Rechtsanwendungsbefehl als Ausgangspunkt	102
b) Speziell: Wahrung der Verfassungsidentität	106
c) Speziell: Grundrechtskontrolle	112
aa) Rechtfertigungsbedürftigkeit der Solange- Rechtsprechung	114
bb) Keine Verdrängung deutscher Grundrechte	114
cc) Keine Unabhängigkeit des Unionsrechts von deutschen Grundrechten	115
dd) Keine europäische Wahrung deutscher Grundrechte	121
ee) Folgen einer europarechtsfreundlichen Einzelfallkontrolle für die Union	124
ff) Vorteile einer europarechtsfreundlichen Einzelfallkontrolle für die Union	130
gg) Ausblick – Hoffnung auf ein „Solange III“	132
d) Das europarechtsfreundliche Kooperationsverhältnis	134
6. Zusammenfassung	143
III. Das Effektivitätsgebot	145

IV. Verfassungsrechtliche Bedenken	152
1. Verwerfung i.S.v. Art. 100 I GG	152
2. Rechtsunsicherheit	156
3. Autoritäts- und Kompetenzverlust	159
4. Möglichkeit eines kalkulierenden Vorgehens („forum shopping“)	160
5. Zusammenfassung	161
V. Parallelproblematiken	161
1. Behördliche Normverwerfung	162
2. Unionsrechtskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung	165
VI. Zusammenfassung	172
D. Verfassungsrechtliches Erfordernis eines umfassenden Verwerfungsmonopols	175
I. Rechts- und Verfassungsstaatsprinzip sowie der Grundsatz der Gewaltenteilung	176
1. Gewaltenteilung	180
2. Gesetzesbindung der Judikative	185
3. Rechtssicherheit	188
II. Demokratieprinzip und Grundsatz des Gesetzesvorbehalts	191
III. Ewigkeitsklausel	195
IV. Art. 100 I GG	203
1. These der Verfassungswidrigkeit unionsrechtswidriger Gesetze	205
a) Abkehr vom Dualismus	210
b) Folgeproblem: Keine Prüfung spezifischen Verfassungsrechts	211
c) Folgeproblem: Ungültigkeit als Vorlageerfordernis	213
d) Zusammenfassung	217
2. Analogie	218
a) Planwidrige Regelungslücke	219
b) Vergleichbarkeit der Interessenlage	220
c) Prüfmaßstab des Bundesverfassungsgerichts	221
V. Zusammenfassung	223
E. Kein Entgegenstehen der Unionsrechtsordnung	225
I. Kein Hindernis durch Vertragsregelung	225

*Inhaltsverzeichnis*

II. Kein Hindernis durch den Effektivitätsgrundsatz	227
III. Kompetenzüberschreitung des EuGH	233
IV. Zusammenfassung	234
F. Lösungsmöglichkeiten de lege/constitutione lata und ferenda	235
I. Verwerfungsmonopol des EuGH	235
II. Allgemeinverbindliche Entscheidung der Fachgerichte	236
III. Entscheidung des Fachgerichts mit allgemeinverbindlicher Bestätigung	237
IV. Praktische Umsetzung des Verwerfungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts	239
1. Beurteilung des Unionsrechts	240
2. Beurteilung des nationalen Rechts	241
3. Vorlage analog Art. 100 I GG	241
V. Zusammenfassung	243
G. Zusammenfassung der Ergebnisse	244
Literaturverzeichnis	247

## A. Einführung und Problemaufriss<sup>1</sup>

Über die Vereinbarkeit nachkonstitutioneller Parlamentsgesetze<sup>2</sup> mit dem Grundgesetz entscheidet das Bundesverfassungsgericht. Insoweit besteht ein sog. „Verwerfungsmonopol“:<sup>3</sup> Fachgerichten ist es verwehrt, formelle Gesetze außer Anwendung zu lassen. Art. 100 I GG normiert vielmehr eine Vorlagepflicht. Die so herbeigeführte allgemeinverbindliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts soll Rechtsunsicherheit vermeiden, die entstehen könnte, wenn Fachgerichte die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit unterschiedlich beurteilten.<sup>4</sup> Primär will Art. 100 I GG aber die Autorität des Gesetzgebers schützen.<sup>5</sup> Fachgerichte sind nämlich – ausweislich der Art. 20 III, 97 I GG – nicht nur an die Verfassung, sondern auch an einfache Parlamentsgesetze gebunden.<sup>6</sup> Art. 100 I GG hat in diesem Rahmen schließlich auch eine Verfassungskompetenz und Autorität<sup>7</sup> des Bundesverfassungsgerichts als „Fachgericht für Verfassungsrecht“<sup>8</sup>

---

1 Siehe auch *Burkiczak*, ZRP 2015, 21 (21 ff.).

2 Siehe zu diesen Sachentscheidungsvoraussetzungen *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 76 ff.

3 BVerfGE 22, 373 (378).

4 Siehe etwa *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Auflage (2016), Art. 100, Rn. 1; *W. Meyer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Band II, 6. Auflage (2012), Art. 100, Rn. 8; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 01.12.2016, Art. 100, Rn. 2.

5 So auch *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 23; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage (2015), Rn. 567; *E. Klein*, in: Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage (2012), Rn. 755; *Simon*, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Auflage (1994), § 34, Rn. 24.

6 Vgl. etwa *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Auflage (2016), § 7, Rn. 18, 24; *Benda*, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Auflage (1994), § 17, Rn. 25 ff.; *Sachs*, in: ders., Grundgesetz, 7. Auflage (2014), Art. 20, Rn. 119; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 51. EL (2007), Art. 20, VI, Rn. 19 ff.

7 Zur Autorität *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Auflage (2015), Rn. 548 ff.

8 *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz, 13. Auflage (2014), Art. 93, Rn. 32 f.; vgl. auch *Wernsmann*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht (2009), § 16, Rn. 4; vgl. *dens.*, Jura 2005, 328 (329); *Morlok*

zur Folge; ihm allein wird dieser gravierende Eingriff in die Bundesgesetzgebung ermöglicht.<sup>9</sup> Verfassungsrechtsprechung ist ihm insoweit vorbehalten.

Seit geraumer Zeit aber ist der Anwendungsbereich des Art. 100 I GG erheblich beschnitten; seine Vorgaben werden teilweise nicht umgesetzt. Grund dafür ist die Unionsrechtsordnung, die einen effektiven Anwendungsvorrang beansprucht.<sup>10</sup> Dies mag dem Grunde nach richtig und zu billigen sein, hat aber folgende Konsequenz: Kommt ein Fachgericht – mit oder ohne Vorlage an den EuGH – zur Überzeugung der Unionsrechtswidrigkeit von im Übrigen mit dem Grundgesetz vereinbaren nationalen Gesetzen, kann es diese nunmehr außer Anwendung lassen, ohne eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen,<sup>11</sup> weil das Unionsrecht Anwendungsvorrang einfordert. Durch den „Umweg“ über die Unionsrechtsordnung scheint den Fachrichtern damit eine Verwerfung nationaler Gesetze möglich geworden zu sein; Art. 100 I GG wird insoweit missachtet. Unionsrechtswidrige, im Übrigen aber mit dem Grundgesetz vereinbare nationale Gesetze werden außer Anwendung gelassen, ohne eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hierüber einzuholen.

Das führt zu gewichtigen verfassungsrechtlichen Bedenken. Neben der Missachtung der grundgesetzlichen exklusiven Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts gem. Art. 100 I GG und der fachgerichtlichen Bindung an Parlamentsgesetze gem. Art. 20 III, 97 I GG, leidet darunter auch die Rechtssicherheit. Da für Unter- und Obergerichte in der Regel keine Vorlagepflicht,<sup>12</sup> sondern nur ein Vorlagerecht an den EuGH be-

---

*Michael*, Staatsorganisationsrecht, 3. Auflage (2017), Rn. 33: „Gremium von Spezialisten“.

9 Zur Prägung der grundgesetzlichen Gewaltenteilung durch die „Subordination“ des Gesetzgebers siehe *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 14 ff.; siehe auch *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage (1995), Rn. 496, 560.

10 Etwa EuGH, Slg. 1964, 1259 (1270) – Rs. 6/64, „Costa/E.N.E.L.“; EuGH, Slg. 1978, 630 (644 f.) – Rs. 106/77, „Simmenthal II“.

11 Vgl. EuGH, Slg. 1978, 630 (644 f.) – Rs. 106/77, „Simmenthal II“; *Burkiczak*, ZRP 2015, 21 (21 ff.); *Hummel*, NVwZ 2008, 36 (36 ff.); *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage (2015), Rn. 966d ff.

12 Lediglich im Falle des Art. 267 III AEUV; *Burkiczak*, ZRP 2015, 21 (22); siehe zur herrschenden konkreten Betrachtungsweise *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 50. EL (2013), Art. 267 AEUV, Rn. 51 ff.; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage (2016), Art. 267 AEUV, Rn. 28.

steht,<sup>13</sup> ist keine einheitliche Rechtsprechung zum Unionsrecht sichergestellt,<sup>14</sup> sodass keine einheitliche Beurteilung der Unionsrechtswidrigkeit des nationalen Gesetzes garantiert ist. Doch selbst wenn eine umfassende Vorlagepflicht bestünde, entscheidet der EuGH nach Art. 267 AEUV doch nur über die Auslegung der Verträge und die Gültigkeit und Auslegung des Sekundärrechts, nicht aber unmittelbar über die EU-Konformität nationalen Rechts.<sup>15</sup> Insoweit bliebe es also bei fachgerichtlichen Entscheidungen, die auch auf dieser Ebene verschieden ausfallen könnten.<sup>16</sup> Für die Frage der Anwendbarkeit nationaler Gesetze würde dadurch kaum Klarheit geschaffen.

Denkbar ist dabei sogar ein gezieltes, möglicherweise sogar missbräuchliches Vorgehen der Fachgerichte zur Umgehung nationaler Gesetze

---

13 Vgl. aber *Wackerbarth/Kreße*, EuZW 2010, 252 (257) zu einer nationalverfassungsrechtlichen Vorlagepflicht an den EuGH aus Art. 20 III, 23, 100 I, 101 I 2 GG; vgl. dazu auch *Tavakoli/Westhauser*, DB 2008, 702 (704); *Desens*, EuGRZ 2011, 211 (213); *Bauer/v. Medem*, ZIP 2010, 449 (453 f.); *Bauer/Krieger*, NZA 2007, 674 (675); *Steiner*, NZA 2008, 73 (74); *Reiß*, in: Gedächtnisschrift für Johann Georg Helm (2001), 785 (799); gegen eine solche Vorlagepflicht eindeutig EuGH, Urteil vom 19.01.2010, Rs. C-555/07, Rn. 54 – „Küçükdeveci“; zum Urteil *Schubert*, EuZW 2010, 180 (180 ff.); *Preis/Temming*, NZA 2010, 185 (185 ff.).

14 Vgl. zur Rechtsunsicherheit durch das Absehen von einer Vorlage an den EuGH auch *Stadie*, in: Festschrift für Wolfram Reiss (2008), 67 (68 f., 73); vgl. auch *Reiß*, in: Gedächtnisschrift für Johann Georg Helm (2001), 785 (799); a.A. als hier *Burger*, DVBl. 2011, 985 (986). Zu dieser Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens siehe *Gaitanides*, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Band IV, 7. Auflage (2015), Art. 267 AEUV, Rn. 7 ff., 10; *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 50. EL (2013), Art. 267 AEUV, Rn. 2; *Middeke*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Auflage (2014), § 10, Rn. 6.

15 Vgl. *F. Kirchhof*, NJW 2011, 3681 (3684); *Gaitanides*, in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Band I, 7. Auflage (2015), Art. 19 EUV, Rn. 57 sowie Band IV, 7. Auflage (2015), Art. 267 AEUV, Rn. 26; *Hailbronner/Jochum*, Europarecht, 2. Auflage (2012), Rn. 391, 397, 483 ff.

16 Vgl. *Burkiczak*, ZRP 2015, 21 (22); *Reiß*, in: Gedächtnisschrift für Johann Georg Helm (2001), 785 (799).

über die Unionsrechtsordnung.<sup>17</sup> Eine solche „Flucht ins Unionsrecht“<sup>18</sup> wäre Folge davon, dass neben dem Bundesverfassungsgericht nunmehr auch der EuGH bzw. die Unionsrechtsordnung eine Nichtanwendung deutscher Gesetze ermöglicht. Die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts wäre dann von der Vorteilhaftigkeit seiner Rechtsprechung im Einzelfall abhängig (sog. „forum shopping“).<sup>19</sup> Innerstaatlich besehen spricht damit vieles für eine umfassende Vorlagepflicht gem. Art. 100 I GG.

Zu Recht wurde daher erwogen, den Anwendungsbereich des Art. 100 I GG auch auf die Fälle auszudehnen, in denen Fachgerichte von unionsrechtswidrigen deutschen Gesetzen ausgehen.<sup>20</sup> Allerdings würde man sich damit gegen die Unionsrechtsprechung stellen.<sup>21</sup> Der EuGH hält für eine Nichtanwendung nationaler Gesetze eine Vorlage an das mitgliedstaatliche Verfassungsgericht für unnötig, sogar für unzulässig, da es der

---

17 Vgl. *Streinz/Herrmann*, BayVBl. 2008, 1 (7) zur behördlichen Verwerfungskompetenz. Vgl. auch *Haltern*, Europarecht, 2. Auflage (2007), Rn. 360, 364, 366 zum Anreiz für Fachrichter, das nationale Normverwerfungsmonopol zu umgehen: „Machtargument“; *Klenk*, UVR 2006, 107 (110): „Unter dieser Voraussetzung hat die Rechtsprechung gegenüber dem Gesetzgeber und der Verwaltung ein Gewicht, wie es die dritte Gewalt bislang noch nie hatte. Sie wendet das gemeinschaftsrechtswidrige Gesetz nicht an, steht also insoweit über der Legislative.“

18 Begriff nach *Winkler*, EuGRZ 2007, 641 (643, 654): „Flucht ins Gemeinschaftsrecht“; *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273 (278).

19 Vgl. *F. Kirchhof*, EuR 2014, 267 (267 f.), der ein taktisches Kalkül bei der Auswahl der Gerichte befürchtet; *ders.*, in: Festschrift für Roman Herzog (2009), 155 (160); *Pagenkopf*, NVwZ 1993, 216 (223): „je vom Grad der Verwerfungsakzente abhängig“; vgl. auch *v. Danwitz*, ZRP 2010, 143 (145) zum Vorabentscheidungsersuchen: „fishing-expeditions“; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Auflage (2008), § 49, Rn. 42: „Das vorliegende Gericht entscheidet nach eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen, [...]“; vgl. *Britz*, EuGRZ 2015, 275 (278); vgl. *Slaughter*, HILJ 44 (2003), 191 (204 ff.); vgl. allgemein zur Möglichkeit der Verfassungsumgehung über die Europäische Union *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Band I (2011), § 44, Rn. 9 f.

20 Vgl. *Burkiczak*, ZRP 2015, 21 (21 ff.); *Pagenkopf*, NVwZ 1993, 216 (223); *Bauer/Krieger*, NZA 2007, 674 (675); *Lechner/Zuck*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 7. Auflage (2015), § 80, Rn. 37 sowie insb. § 90, Rn. 167b; *Lüdicke/Roth*, DStR 2014, 504 (508); aus rechtspolitischen Gründen *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage (2015), Rn. 966d ff.; deren Bedenken teilend, eine Vorlagemöglichkeit aber ablehnend *Degenhart*, Staatsrecht I, 32. Auflage (2016), Rn. 276; vgl. auch *Wackerbarth/Kreße*, EuZW 2010, 252 (252 ff.).

21 So *Burkiczak*, ZRP 2015, 21 (23 f.).

effektiven Durchsetzung des Unionsrechts zuwiderlaufe.<sup>22</sup> Das Bundesverfassungsgericht wiederum hat ihm bislang nicht widersprochen, vielmehr zugestimmt.<sup>23</sup> Dabei ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine Richtervorlage zu Effektivitätseinbußen führen sollte, zumal ein kooperationsfreudiges, im Vergleich zum Fachrichter sachkundigeres Verfassungsgericht eingeschaltet würde, welches allgemeinverbindlich, daher möglicherweise sogar effektiver und – auf europarechtsfreundliche Weise – auch zügig entscheiden würde. Zudem hat der EuGH als Vertragsgericht ausweislich der Art. 19 EUV, 267 AEUV allein die Aufgabe, über die Verträge zu urteilen, nicht aber über nationalverfassungsrechtliche Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts. Daher könnte der Fachrichter in der Tat nach wie vor – sowohl aus unionaler als auch aus nationaler Sicht – auf eine umfassende Vorlagepflicht gem. Art. 100 I GG zu verweisen sein.

---

22 EuGH, Slg. 1978, 630 (644 f.) – Rs. 106/77, „Simmenthal II“; bestätigt durch EuGH, Slg. 1990, I, 2466 (2473 f.) – Rs. C-213/89, „Factortame“; EuGH, Slg. 2010, I, 5701 (5728) – Verb. Rs. C-188/10 und C-189/10, „Melki und Abdeli“; EuGH, Slg. 2013, I, 1 (11) – Rs. C-617/10, „Åkerberg Fransson“; EuGH, Urteil vom 11.09.2014, Rs. C-112/13, Rn. 36, mit ECLI:EU:C:2014:2195 abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>.

23 BVerfGE 31, 145 (145, 169 f., insb. 174 f.); bestätigt durch BVerfGE 82, 159 (191); BVerfGE 114, 196 (220); BVerfGE 129, 186 (202); BVerfGE 135, 155 (229); BVerfG, Beschluss vom 18.11.2008 – 1 BvL 4/08, Rn. 12 (juris).

## B. Das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts

Das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts und die Stellung der Richter als „Hüter der Verfassung“<sup>24</sup> sind heute selbstverständlich. Die Verfassungsgeschichte der Neuzeit zeigt aber, dass dies früher Gegenstand kontroverser Diskussionen war.<sup>25</sup> Zwar findet sich in der Geschichte Deutschlands kein Vorläufer des Art. 100 I GG.<sup>26</sup> In Diskussion stand jedoch das sog. „richterliche Prüfungsrecht“ als Grund für das heutige Verwerfungsmonopol und als „Lieblingsthema deutscher Juristen“.<sup>27</sup> Dieses zuvor bekanntlich vom Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika festgestellte Recht<sup>28</sup> musste zunächst seinen Weg nach Deutschland und dort die nötige Anerkennung finden. Debattiert wurde darüber vor allem zu Zeiten der Weimarer Reichsverfassung.<sup>29</sup>

- 
- 24 So die Statusdenkschrift, siehe *Höpker-Aschoff*, JöR N.F. 6 (1957), 144 (145); *Leibholz*, in: Das Bundesverfassungsgericht (1963), 61 (63): „Oberster Hüter der Verfassung“; auch *Maunz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Grundwerk, Art. 94, Rn. 3; vgl. zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit *Benda/E. Klein*, in: Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage (2012), Rn. 1 ff.
- 25 Siehe *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 2 ff.; *Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 18. EL (1967), Art. 100 I, Rn. 5.
- 26 *Clemens/Hartwig*, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Band II (2002), Art. 100, Rn. 1; vgl. aber B. I. 3.
- 27 So schon *G. Jellinek*, Gesetz und Verordnung (1887), 397; *Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 18. EL (1967), Art. 100 I, Rn. 5.
- 28 „*Marbury v. Madison*“ (1803), 5 U.S. 137 ff.; dazu *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 7, der einen Teil der Entscheidung wiedergibt; siehe auch *Hoffmann-Riem*, JZ 2003, 269 (269 ff.); *Dollinger*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflage (2005), § 80, Rn. 12; *ders.*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (2015), § 80, Rn. 13; *Benda/E. Klein*, in: Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage (2012), Rn. 16; *Giegerich*, in: Breuer/Epiney/Haratsch/Schmahl/Weiß, Im Dienste des Menschen: Recht, Staat und Staatengemeinschaft (2009), 95 (96 ff.).
- 29 Zu der damaligen Entwicklung *Maurer*, DÖV 1963, 683 (683 ff.); *Merten*, in: Festschrift für Ludwig Adamovich (2002), 463 (467 f.).

## I. Verfassungsgeschichte

### 1. Das richterliche Prüfungsrecht

Der Begriff des richterlichen Prüfungsrechts umschreibt die Befugnis eines Richters, Rechtssätze<sup>30</sup> auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu prüfen.<sup>31</sup> Heute kann man dieses Recht selbst in Bezug auf formelle Gesetze keinem Richter mehr absprechen; Art. 100 I GG setzt es offensichtlich voraus.<sup>32</sup> Es wäre ansonsten nicht möglich, sich als Richter von der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes – wie von Art. 100 I GG gefordert – zu überzeugen. Die damalige Diskussion über ein richterliches Prüfungsrecht behandelte in der Sache aber die Frage der Verwerfungskompetenz für formelle Gesetze.<sup>33</sup> Es ergibt wenig Sinn, ein Prüfungsrecht einzuräumen, wenn damit nicht eine Verwerfungsbefugnis einhergeht; zumindest verlangt es eine Vorlagebefugnis an ein verwerfungsbefugtes Gericht.<sup>34</sup> Letztere Befugnis wird den Fachrichtern nach geltender Rechtslage gem. Art. 100 I GG eingeräumt.<sup>35</sup> Unter der Herrschaft des Grundgesetzes ist das richterliche Prüfungsrecht unbestritten.<sup>36</sup>

---

30 In der Weimarer Republik war die Befugnis, Landesrecht anhand von Reichsrecht, die Verfassungsmäßigkeit von vorkonstitutionellen Gesetzen sowie von Verordnungen zu prüfen – soweit ersichtlich – unstreitig, *Maurer*, DÖV 1963, 683 (684); *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Auflage (1933), Art. 70, Anm. 5.

31 Vgl. *Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 18. EL (1967), Art. 100 I, Rn. 5; *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 1.

32 *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 10, 12; *Erichsen*, Jura 1982, 88 (88); *W. Meyer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Band II, 6. Aufl. (2012), Art. 100, Rn. 1; *J. Ipsen*, Staatsrecht I, 28. Auflage (2016), Rn. 930.

33 Der Begriff ist zudem deshalb unglücklich, da nicht ein subjektives „Recht“ der Richter, sondern eine Kompetenz in Rede stand, so auch *Maurer*, DÖV 1963, 683 (684).

34 Vgl. *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 1, Fn. 3; *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Auflage (2010), § 20, Rn. 96.

35 Vgl. *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 10; *Erichsen*, Jura 1982, 88 (88 f.).

36 So auch *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 12; *Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 18. EL (1967), Art. 100, Rn. 7 ff.; *Hamann/Hamann/Lenz*, Grundgesetz, 3. Auflage (1970), Art. 100, A., 1; *J. Ipsen*, Staatsrecht I, 28. Auflage (2016), Rn. 930;

Art. 100 I GG hatte keinen Vorläufer.<sup>37</sup> Weder die Paulskirchenverfassung von 1849<sup>38</sup> noch die Reichsverfassung von 1871 noch die Weimarer Reichsverfassung von 1919<sup>39</sup> bestimmten ein richterliches Prüfungsrecht oder setzten es voraus. Während manche Nachbarstaaten sich ausdrücklich zu Lasten des Prüfungsrechts entschieden hatten,<sup>40</sup> blieb auf dem Gebiet der heutigen Bundesrepublik in Ermangelung von Bestimmungen<sup>41</sup> also Raum für Diskussionen.<sup>42</sup> Die Zahl der Stellungnahmen ist nahezu unüberschaubar.<sup>43</sup> Es wurden verschiedene Argumente für und wider das Prüfungsrecht vorgebracht.<sup>44</sup> Etwa wurde das Schweigen der Weimarer

---

Art. 100 I GG begründet das richterliche Prüfungsrecht allerdings nicht, vgl. B. I. 2.

37 Clemens/Hartwig, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Band II (2002), Art. 100, Rn. 1, vgl. aber B. I. 3.

38 Beachte aber §§ 125, 126 lit. a) der Paulskirchenverfassung von 1848: Nach diesen Normen sollte es ein abstraktes Prüfungsrecht des Reichsgerichts über Reichsgesetze bei Klagen von Einzelstaaten geben, worauf auch Dederer, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 2, Fn. 3 hinweist.

39 Die Frage wurde absichtlich nicht geregelt, siehe Verhandlungen der Verfassunggebenden Nationalversammlung, Aktenstück Nr. 391, S. 486: „Wir können uns auf der Linie einigen, dass wir auf die große Frage des richterlichen Nachprüfungsrechts verzichten (...)“; vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Auflage (1933), Art. 70, Anm. 5; Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht (1924), 675; Triepel, AöR 39 (1920), 456 (534 f.); Stern, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 18. EL (1967), Art. 100, S. 3.

40 Vgl. Art. 113 III der Schweizer Verfassung (1874); vgl. Art. 89 I der Österreichischen Bundesverfassung (1920): „Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten nicht zu.“; vgl. dazu auch Thoma, AöR 43 (1922), 267 (268).

41 Vgl. Maurer, DÖV 1963, 683 (683); vgl. aber Art. 106 S. 1 der preußischen Verfassungsurkunde (1850), der eine Verbindlichkeit von Gesetzen aussprach und diesbezüglich als „ausschaltende Bestimmung“ angeführt wurde, so Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht (1924), 676.

42 Zusammenfassend v. Hippel, in: Anschütz/Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II (1932), 552 ff.; Thoma, AöR 43 (1922), 267 (269 ff.); Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht (1924), 676 ff.

43 So auch Maurer, DÖV 1963, 683 (684); Schack, AöR 41 (1921), 163 (165); umfangreiche Zusammenstellung der Stimmen etwa bei v. Hippel, in: Anschütz/Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Band II (1932), 554 f., Fn. 32 und 33.

44 Zusammengefasst von Maurer, DÖV 1963, 683 (684 ff.).

Verfassung von manchen als Absage für das Prüfungsrecht gewertet,<sup>45</sup> von anderen dagegen als Grund für die Anerkennung.<sup>46</sup> Ferner argumentierte man mit der Wirkung der Ausfertigung von Gesetzen, welche die Verfassungsmäßigkeit unwiderleglich – auch für den Richter – bekunde („praesumptio iuris et de iure“).<sup>47</sup> Manche lehnten das Prüfungsrecht mit Blick auf Art. 102 der Weimarer Verfassung ab, der eine Bindung des Richters an Gesetze aussprach,<sup>48</sup> während andere dem Richter das Recht zur Überprüfung dieser Bindung einräumten.<sup>49</sup> Zudem zog man den Grundsatz der Gewaltenteilung bzw. die Idee der Rechtsstaatlichkeit heran, um das Prüfungsrecht zu begründen<sup>50</sup> oder abzulehnen.<sup>51</sup>

Viele der genannten Argumente konnten als „petitio principii“<sup>52</sup> jedoch nicht überzeugen, weshalb es zuletzt einige Stimmen gab, die neben der „Tradition der Nichtprüfung“<sup>53</sup> auf eine – eher rechtspolitische<sup>54</sup> – Interessenabwägung abstellten, nach der das richterliche Prüfungsrecht anzuer-

---

45 Wittmayer, Die Weimarer Reichsverfassung (1922), 472; vgl. Schack, AöR 41 (1921), 163 (166 f.); Arndt, Recht 1920, 105 (109); wohl auch W. Jellinek, DJZ 1921, 753 (753).

46 Fleischmann, in: Handbuch der Politik, Band I (1920), 219 (228); Hubrich, Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches (1921), 151; Maschke, Die Rangordnung der Rechtsquellen (1932), 135; Nawiasky, DJZ 1923, 40 (41); gegen beide Positionen dagegen Thoma, AöR 43 (1922), 267 (272).

47 Im Anschluss an Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 2, 5. Auflage (1911), 44 ff.: Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Auflage (1933), Art. 70, Anm. 3; Salinger, Recht 1924, 351 (353); Meißner, Das Staatsrecht des Reichs und seiner Länder, 2. Auflage (1923), 127; dagegen Theisen, AöR 47 (1925), 257 (275).

48 Etwa W. Jellinek, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung (1931), 19.

49 Nawiasky, DJZ 1923, 40 (41); v. Freytagh-Loringhoven, Die Weimarer Verfassung (1924), 242; vgl. auch Bendix, JW 1924, 527 (528); Görres, JW 1924, 1564 (1566); Bühler, DJZ 1921, 580 (580 f.).

50 Triepel, AöR 39 (1920), 456 (536 ff.); zur Rechtsstaatsidee Stoll, Iherings Jahrbücher 76 (1926), 134 (200 f.).

51 Salinger, Recht 1924, 351 (353); vgl. auch Schmitt, Verfassungslehre (1928), 194 ff.

52 Vgl. v. Hippel, in: Anschütz/Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II (1932), 552 f.; Thoma, AöR 43 (1922), 267 (270); Triepel, AöR 39 (1920), 456 (536); Bendix, JW 1924, 527 (527); vgl. auch Maurer, DÖV 1963, 683 (684).

53 Thoma, AöR 43 (1922), 267 (274): „causa favorabilis“; Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Auflage (1933), Art. 70, Anm. 5; vgl. dazu v. Hippel, in: Anschütz/Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II (1932), 554.

54 So auch Breiholdt, AöR 49 (1926), 289 (319 f.); Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Auflage (1933), Art. 70, Anm. 5.

kennen sei, wenn eine Gefährdung der Verfassung es erforderlich mache.<sup>55</sup> Doch auch so kamen die einen zur Anerkennung,<sup>56</sup> die anderen wegen bestehender Schutzmechanismen der Weimarer Reichsverfassung dagegen zur Ablehnung.<sup>57</sup>

Es ist bemerkenswert, dass von vielen die große Sorge um die Rechtssicherheit ins Feld geführt wurde, hätte doch jeder Richter ein nach seiner Ansicht verfassungswidriges Parlamentsgesetz missachten können.<sup>58</sup> Man erkannte also das Erfordernis einer Konzentration der Verwerfungsbefugnis.<sup>59</sup> Das war einer der Gründe für einen Gesetzesentwurf von 1926 über die „Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts“, nach welchem die kurz zuvor reichsgerichtlich festgestellte, für jeden Richter geltende und damit problematisch gewordene Verwerfungsbefugnis – ähnlich den Vorgaben des Art. 100 I GG – im Ergebnis beim Staatsgerichtshof monopolisiert werden sollte.<sup>60</sup>

---

55 So erstmals *Thoma*, AöR 43 (1922), 267 (274 f.); w. Nachw. bei *Maurer*, DÖV 1963, 683 (686, Fn. 46).

56 *Morstein Marx*, AöR 45 (1924), 218 (222 ff.); *Geiler*, DJZ 1923, 262 (263); *Breiholdt*, AöR 49 (1926), 289 (320 f.); v. *Hippel*, in: *Anschütz/Thoma*, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II (1932), 556.

57 So *Thoma*, AöR 43 (1922), 267 (274 ff., 285f.) etwa mit Blick auf das Prüfungsrecht des Reichspräsidenten (Art 70 WRV) und Minderheitsrechte im Reichstag (Art. 72, 73 WRV).

58 *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Auflage (1933), Art. 70, Anm. 5; *Lenel*, Über die Reichsverfassung (1920), 30 ff.

59 *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Auflage (1933), Art. 70, Anm. 5: „Tragbar ist das Prüfungsrecht nur, wenn es durch Gesetz zentralisiert, d.h. einem obersten, für das ganze Reich zuständigen Gerichtshof [...] ausschließlich übertragen wird.“; *Nawiasky*, DJZ 1923, 40 (41); *Radbruch*, Justiz 1 (1925/26), 12 (14 ff.); *Friedmann*, DJZ 1925, 868 (871); vgl. auch *W. Jellinek*, VVDStRL 2 (1925), 8 (40); *Anschütz*, Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentags 1926 (1927), 196 (209), 862 (865); *Külz*, DJZ 1926, 837 (837, 839, 841); vgl. auch *E. Klein*, in: *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage (2012), Rn. 756.

60 Verhandlungen des Reichstags, III. Wahlperiode, Drs. 2855, dort § 6; es blieb beim Entwurf, siehe dazu *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Auflage (1933), 375; siehe auch *Maurer*, DÖV 1963, 683 (687); zu dem zuvor von *Külz*, DJZ 1926, 837 (842 f.) veröffentlichten Entwurf siehe *Grau*, AöR 50 (1926), 287 (289 ff.).

## 2. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Allmählich durchgesetzt hat sich das richterliche Prüfungsrecht erst mit Hilfe der reichsgerichtlichen Rechtsprechung.<sup>61</sup> In einem Urteil vom 17.02.1883 lehnte das Reichsgericht das richterliche Prüfungsrecht noch ab. Der Grundsatz, nach welchem die Gesetzgebung keine Rechte verletzen darf, sei als eine Norm nur für ihn selbst aufzufassen und berechtige den Richter nicht, das dagegen verstoßende Gesetz zu missachten.<sup>62</sup> Wenig später, in einem Urteil vom 28.03.1889, erkannte das Reichsgericht allerdings eine Verwerfungsbefugnis in Bezug auf eine Bundespräsidialverordnung an,<sup>63</sup> während es die Kompetenz zur Verwerfung von Reichsgesetzen unentschieden ließ.<sup>64</sup> Insoweit verwies das Gericht nur darauf, dass eine solche Kompetenz umstritten sei. In seiner Entscheidung vom 06.10.1911 hielt es die formelle Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes dagegen „nur“ nicht für entscheidungserheblich,<sup>65</sup> was – wie spätere, teils nicht nachvollziehbare Urteile auch<sup>66</sup> – eine Anerkennung andeutete.<sup>67</sup>

Endlich und eindeutig postuliert wurde das Prüfungsrecht im Urteil vom 04.11.1925.<sup>68</sup> Mangels ausdrücklicher Regelung der Reichsverfas-

---

61 Siehe zur Entwicklung *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 2 ff.; *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, Band III, 2. Auflage (2008), Art. 100, Rn. 1; vgl. auch *Giegerich*, in: Breuer/Epiney/Haratsch/Schmahl/Weiß, Im Dienste des Menschen: Recht, Staat und Staatengemeinschaft (2009), 95 (99 ff.).

62 RGZ 9, 232 (235).

63 Dieses Prüfungsrecht wurde – soweit ersichtlich – nicht bestritten, vgl. *Thoma*, AöR 43 (1922), 267 (280 f.); *Stier-Somlo*, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht (1924), 679; vgl. Fn. 30 für weitere Nachweise.

64 RGZ 24, 1 (3).

65 RGZ 77, 229 (231).

66 Es scheint, als wäre das Prüfungsrecht bereits anerkannt gewesen: RGZ 102, 161 (164) verwies auf eine bis dahin nicht existente „ständige Rechtsprechung“, worauf dann RGZ 107, 377 (379) Bezug nahm – *W. Jellinek*, JW 1925, 454 (454) sprach von einem „Märchen“; vgl. dazu *Salinger*, Recht 1924, 351 (352); vgl. auch *Maurer*, DÖV 1963, 683 (684, Fn. 19).

67 *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 2.

68 RGZ 111, 320 (323); gefestigt etwa durch RGZ 128, 165 (165 ff.); RGZ 129, 146 (146 ff.); so auch *Robbers*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflage (2005), I, Rn. 14; *Dollinger*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflage (2005), § 80, Rn. 13; *ders.*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (2015), § 80, Rn. 14.

sung, die den Richtern das Prüfungsrecht absprach, sei es anzuerkennen. Es liegt nahe, dass das Reichsgericht das Prüfungsrecht somit als originäre Kompetenz der Rechtsprechung einordnete. Während manche eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Kompetenzzuweisung forderten,<sup>69</sup> wurde gerade auf die mangelnde Untersagung durch die Verfassung abgestellt.

Bedenkt man, dass auch Art. 100 I GG nicht das richterliche Prüfungs- und Verwerfungsrecht normiert bzw. garantiert, sondern voraussetzt („Hält (...)“) und als Reaktion darauf lediglich das Verwerfungsrecht auf das Bundesverfassungsgericht konzentriert,<sup>70</sup> man also das richterliche Prüfungsrecht an einer anderen Stelle verorten muss, spricht viel dafür, das Prüfungsrecht der Rechtsprechung auch heute noch als originäre Kompetenz, als zwingende Folge des Vorrangs der Verfassung, damit als einen Grundsatz der Gewaltenteilung, zu verstehen und es aus Art. 20 III GG ab-

---

69 Schack, AöR 41 (1921), 163 (166 f.); Arndt, Recht 1920, 105 (109); Wittmayer, Die Weimarer Reichsverfassung (1922), 472; wohl auch W. Jellinek, DJZ 1921, 753 (753).

70 Vgl. dazu sogleich die Entsetzungsgeschichte, B. I. 3. Dafür, dass Art. 100 I GG das Prüfungsrecht nur voraussetzt auch Stern, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 18. EL (1967), Art. 100, Rn. 6; E. Klein, in: Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage (2012), Rn. 753; Kalkbrenner, DVBl. 1962, 695 (696); Wernsmann, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht (2009), § 16, Rn. 1; Dederer, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 12; Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? (1951), 49; Hömig, in: Hömig/Wolff, Grundgesetz, 11. Auflage (2016), Art. 100, Rn. 1; Ulsamer, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 8. EL (1985), § 80, Rn. 15; Müller-Terpitz, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 46. EL (2015), § 80, Rn. 38; Rincken, in: Stein/Denninger/Hoffmann-Riem, Grundgesetz, 3. Auflage, AL. 2001, Art. 100, Rn. 4; Badura, Staatsrecht, 6. Auflage (2015), H, Rn. 54; wohl auch H. J. Müller, DVBl. 1962, 158 (160); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Auflage (2016), Art. 100, Rn. 2; J. Ipsen, Staatsrecht I, 28. Auflage (2016), Rn. 930; wohl auch Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage (1991), § 13, Rn. 2; Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, 3. Auflage (2017), Rn. 1061: „[...] Kontrolle durch jedes Gericht [...] bestehen lässt.“; dafür, dass er es begründet Sieckmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band III, 6. Auflage (2010), Art. 100 I, Rn. 2; v. Doemming, JöR N.F. 1 (1951), 734: „Art. 100 (...) regelt das richterliche Prüfungsrecht.“; H. P. Ipsen, DV 1949, 486 (487); Bettermann, in: Starck, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Band I (1976), 323 (326 f.): „Art. 100 I regelt (...) die Normenkontrollkompetenzen (...) aller (...) Gerichte“; wohl auch Heun, AöR 122 (1997), 610 (611).

zuleiten.<sup>71</sup> Das muss in dieser Arbeit aber nicht entschieden werden. Das richterliche Prüfungsrecht wird mit Blick auf Art. 100 I GG, der die Prüfungsbefugnis zumindest voraussetzt, unstreitig anerkannt.<sup>72</sup> Festzuhalten ist nur, dass es nicht erst aus Art. 100 I GG folgt. Ob damit aber das Verwerfungsmonopol gem. Art. 100 I GG als Grundsatz i.S.v. Art. 79 III GG angesehen werden kann, wird im Folgenden zu klären sein.<sup>73</sup>

### 3. Die Verfassungen nach 1945

In der Nachkriegszeit normierten zunächst die Länder das richterliche Prüfungsrecht in ihren Verfassungen, wobei sie es auf das jeweils höchste Landesgericht konzentrierten.<sup>74</sup> Auch der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee erkannte aus Gründen der Rechtssicherheit und zum Schutze einfacher Gesetze die Notwendigkeit einer Konzentration des Verwerfungsrechts beim höchsten deutschen Bundesgericht.<sup>75</sup> So lautete Art. 137 I des Herrenchiemseer Entwurfs im Wesentlichen wie der heutige Art. 100 I GG:<sup>76</sup>

---

71 Streitig; wie hier auch *E. Klein*, in: Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage (2012), Rn. 753; *Lechner/Zuck*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 7. Auflage (2015), Vor § 80, Rn. 3; *Lenz/Hansel*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflage (2015), § 80, Rn. 5; ähnlich *Wernsmann*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht (2009), § 16, Rn. 1; *Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 18. EL (1967), Art. 100, Rn. 9, Rn. 8 für andere Ansichten; *ders.*, AöR 91 (1966), 223 (225 f.); wohl auch *Sachs*, DVBl. 1985, 1106 (1110); *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage (2015), Rn. 569; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Auflage (2008), § 49, Rn. 36; anders wohl *Bachof*, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? (1951), 49: „ständig gehandhabtes Rechtsinstitut“.

72 So auch *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 12; *Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 18. EL (1967), Art. 100, Rn. 7 ff.; *H. P. Ipsen*, DV 1949, 486 (487).

73 Dazu unter Punkt D. III.

74 Zusammenstellung bei *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 5 sowie *Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 18. EL (1967), Art. 100, Rn. 5; Art. 114 II 1 BadVerf 1947; Art. 65, 92 BayVerf 1946; Art. 142 BremVerf 1947; Art. 132, 133 HessVerf 1946; Art. 130 III 4 RhPfVerf 1947; Art. 92 II 2 WüBaVerf 1946; Art. 62 WüHoVerf 1947.

75 Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee (1948), 57 f., 94.

76 Siehe den Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee (1948), 83; vgl. *Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 18.

„Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei seiner Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so hat es das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des Verfassungsgerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen. Das letztere gilt auch, wenn ein Gericht ein Landesgesetz mit einem Bundesgesetz für unvereinbar hält.“

Diesem Entwurf folgte der Parlamentarische Rat unter Hinweis auf das Erfordernis einer Konzentration, welche vermeide, dass untere Gerichte mit nicht immer makelloser juristischer Argumentation ein notwendiges Gesetz zu Fall bringen können.<sup>77</sup> Ohne wesentliche Änderungen wurde diese Vorschrift als Art. 100 I GG in das Grundgesetz aufgenommen.<sup>78</sup>

## II. Art. 100 I GG

Art. 100 I GG hatte somit historisch einen weiten Weg. Im Grundgesetz angelangt, ist er bis heute unverändert geblieben.<sup>79</sup> Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte wird deutlich, welchen Sinn und Zweck er verfolgt:

### 1. Durchsetzung der Verfassung

Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass Art. 100 I GG den Vorrang der Verfassung schützt bzw. der Verfassung die Möglichkeit gibt, sich im

---

EL (1967), Art. 100, S. 3; *Clemens/Hartwig*, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Band II (2002), Art. 100, Rn. 9, 10, 16.

77 *Menzel*, Stenographischer Bericht/Parlamentarischer Rat, 27 (31): „Nun aber eine zweite Gefahr. Wir haben bei der Rechtsprechung der Weimarer Zeit immer wieder erlebt, daß sich jedes Amtsgericht anmaßte, die Verfassungsmäßigkeit eines vom Reichstag erlassenen Gesetzes in eigener Kompetenz nachzuprüfen. [...] Daß diese Rechtsprechung auch juristisch nicht einwandfrei war, ergaben vor allem [...]. Hier erleben wir bereits wieder, daß notwendige gesetzliche Maßnahmen von irgendeinem untergeordneten Gericht zu Fall gebracht werden.“; vgl. dazu *Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 18. EL (1967), Art. 100, S. 3.

78 Vgl. zum Ablauf v. *Doemming*, JöR N.F. 1 (1951), 665 ff.; *Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 18. EL (1967), Art. 100, S. 3 f.

79 *Clemens/Hartwig*, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Band II (2002), Art. 100, Rn. 18; einzig Art. 100 III GG wurde durch das 16. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes verändert, BGBl I, 1968, 657.

Einzelfall durchzusetzen,<sup>80</sup> was auch das Bundesverfassungsgericht andeutete.<sup>81</sup> Isoliert betrachtet kann diese Aussage aber nicht richtig sein.<sup>82</sup> Richtigerweise ist es nicht erst das durch Art. 100 I GG aufgestellte Verwerfungsmonopol, das der Durchsetzung der Verfassung dient. Während dieser Zweck für das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 I Nr. 2 GG als Ausprägung des richterlichen Prüfungsrechts angenommen werden muss,<sup>83</sup> kann der genannte Schutzzweck für Art. 100 I GG nicht damit begründet werden, dass die Kontrolle einfachen Rechts anhand der Verfassung ermöglicht und schlussendlich für verfassungskonforme Einzelfallentscheidungen gesorgt wird.<sup>84</sup> Diese Möglichkeit folgt gerade nicht aus Art. 100 I GG, sondern aus dem vom Grundge-

- 
- 80 *Mücke*, BWNNotZ 1997, 36 (38); siehe auch *Detterbeck*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Auflage (2014), Art. 100, Rn. 1; *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, Band III, 2. Auflage (2008), Art. 100, Rn. 6: „Die Vorschrift soll (...) den Vorrang der Verfassung (...) sichern“, sowie Rn. 8; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Auflage (2016), Art. 100, Rn. 1; *Dollinger*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflage (2005), § 80, Rn. 17; *ders.*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (2015), § 80, Rn. 18; vgl. *Müller-Terpitz*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz, 13. Auflage (2014), Art. 100, Rn. 1, 3; *ders.*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 46. EL (2015), § 80, Rn. 37; *Sachs*, DVBl. 1985, 1106 (1110); anders nunmehr *ders.*, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage (2016), Rn. 199.
- 81 Vgl. BVerfGE 67, 26 (33); „Das Verfahren der Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG dient dem Ziel, eine verfassungsmäßige Entscheidung in einem konkreten Rechtsstreit zu gewährleisten.“; vgl. auch BVerfGE 45, 63 (74): „Die Zulassung dieses Rechtsbehelfs gegen gerichtliche Urteile dient auch dem Ziel, daß bei der Entscheidung eines konkreten Rechtsstreits nur verfassungsmäßiges Recht zugrunde gelegt wird. In dieser Richtung deckt sich ihre Funktion mit der konkreten Normenkontrolle nach Art 100 Abs. 1 GG.“; vgl. auch *E. Klein*, in: Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage (2012), Rn. 759.
- 82 Vgl. unter einem anderen Aspekt *Berkemann*, DÖV 2015, 393 (400); ähnlicher dagegen *Geiger*, EuGRZ 1984, 409 (410 f.), der jedoch zu einem anderen als dem hier angenommenen Schutzzweck kommt.
- 83 Vgl. dazu etwa *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz, 13. Auflage (2014), Art. 93, Rn. 267; *Müller-Terpitz*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz, 13. Auflage (2014), Art. 100, Rn. 1; *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, Band III, 2. Auflage (2008), Art. 93, Rn. 55.
- 84 *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 19; *Mücke*, BWNNotZ 1997, 36 (38); vgl. dazu auch *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage (1995), Rn. 683, 686.

setz abzuleitenden<sup>85</sup> richterlichen Prüfungsrecht, das durch Art. 100 I GG nicht begründet, sondern beschränkt wird, soweit es um die Verwerfungsbefugnis geht.<sup>86</sup> Es wäre somit auch ohne die Konzentration der Verwerfungsbefugnis und ohne das Verfahren der konkreten Normenkontrolle sichergestellt, dass sich die Verfassung im Einzelfall durchsetzt.<sup>87</sup> Umgekehrt wird durch die von Art. 100 I GG vorausgesetzte einfachgerichtliche Vorprüfung der Verfassungsmäßigkeit dem einfachen Richter die Möglichkeit gegeben, über eine Vorlage zu entscheiden; er ist insoweit „Wächter über die objektive Verfassungsordnung“.<sup>88</sup> Dann aber hängt es primär von der einfachgerichtlichen Entscheidung ab, ob sich die Verfassung im Einzelfall durchsetzt oder nicht.<sup>89</sup> Folglich sind alle Richter dazu berufen, die Verfassung durchzusetzen und die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu bestätigen. Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts als „Hüter der Verfassung“ tritt im Rahmen des Art. 100 I GG wenn auch nur teilweise zurück.<sup>90</sup> Sie beschränkt sich darauf, in ausschließlicher Zuständigkeit über die *Verwerfung* formeller Gesetze zu entscheiden.

Dennoch ist der Aussage, dass Art. 100 I GG der Durchsetzung der Verfassung dient, im Ergebnis – wenn auch nur zum Teil und mit anderer Begründung – beizustimmen: Art. 100 I GG sichert die Durchsetzung unter einem anderen Blickwinkel. Die Verfassungsgeschichte zeigt, dass es ein großes Anliegen war, divergierende Entscheidungen von Untergerichten zu vermeiden. Im Parlamentarischen Rat wurde sogar darauf hingewiesen, dass die Gefahr von nicht juristisch einwandfrei begründeten fachgericht-

---

85 B. I. 2.; siehe *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 12.

86 Siehe B. I. 2. So auch *Stern*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 18. EL (1967), Art. 100, Rn. 6 ff.; *E. Klein*, in: Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage (2012), Rn. 753; *Kalkbrenner*, DVBl. 1962, 695 (696); *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Auflage (2008), § 49, Rn. 36 ff.; vgl. B. I. 2. für weitere Nachweise.

87 So auch *Dederer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 70. EL (2013), Art. 100, Rn. 19; *Wernsmann*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht (2009), § 16, Rn. 1; vgl. auch *Löwer*, in: Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Auflage (2005), § 70, Rn. 79.

88 Vgl. *Sachs*, DVBl. 1985, 1106 (1110); vgl. BVerfGE 67, 26 (37).

89 Vgl. *Sachs*, DVBl. 1985, 1106 (1110 f.), der trotzdem die Aussage des Bundesverfassungsgerichts bestätigt; ähnlich wie hier auch *Geiger*, EuGRZ 1984, 409 (411).

90 So auch anfangs das Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 1, 184 (197); ablehnend *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage (1995), Rn. 683, 686.