

Studien und Gutachten aus dem Institut für Staatslehre,
Staats- und Verwaltungsrecht der Freien Universität Berlin

Heft 6

Zweifel des erkennenden Gerichts

Beiträge zur richterlichen Grundsatzvorlage, zur Völkerrechtsverifikation
und zur Altrechtsqualifikation durch das Bundesverfassungsgericht,
sowie zur Vorabentscheidung im Europarecht

Von

Dian Schefold



Duncker & Humblot · Berlin

DIAN SCHEFOLD

Zweifel des erkennenden Gerichts

**Studien und Gutachten aus dem Institut für Staatslehre
Staats- und Verwaltungsrecht der Freien Universität Berlin**

Heft 6

Zweifel des erkennenden Gerichts

Beiträge zur richterlichen Grundsatzvorlage, zur Völkerrechtsverifikation
und zur Altrechtsqualifikation durch das Bundesverfassungsgericht,
sowie zur Vorabentscheidung im Europarecht

Von

Prof. Dr. Dian Schefold



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1971 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 02412 5

Vorwort

Die Studie geht auf den Vortrag zurück, den ich im Rahmen meines Habilitationsverfahrens am 6. Februar 1970 vor der Juristischen Fakultät (Fachbereich Rechtswissenschaft) der Freien Universität Berlin gehalten habe. Der Vortrag ist erweitert und nach dem Stand vom 1. Oktober 1970 überarbeitet. Einige neueste Entscheidungen, vor allem der bedeutsame Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 13. 10. 1970 (2 BvR 618/68, NJW 1970, 2155) zur Vorlagepflicht nach Art. 177 III EWGV, konnten noch nachgetragen werden.

Wie mannigfachen Dank ich meinen verehrten Lehrern und Kollegen, gerade auch an der Freien Universität Berlin schulde, mögen die Nachweise erkennen lassen, freilich nur unvollkommen. Den Dank für vielfache Anleitung, Förderung und Kritik auch hier auszusprechen, ist mir daher ein herzliches Bedürfnis.

Berlin, den 31. Dezember 1970

Dian Schefold

Inhalt

Einleitung	9
I. Entwicklung und Erscheinungsformen der Zweifelsvorlagen	10
1. Bis zum GVG	10
2. Rechtsentscheid im Mieterschutzrecht	11
3. Grundsatzvorlage im Auslieferungsrecht	12
4. Grundsatzvorlage beim Reichsgericht	13
5. Erweiterung nach 1949	14
6. Zweifelsvorlagen in der Verfassungsgerichtsbarkeit	16
7. Vorlage zur Vorabentscheidung im Europarecht	17
II. Abgrenzung der Zweifelsvorlagen	19
1. von der Divergenz- und der Normenkontrollvorlage	19
2. von der Zulassung der Grundsatzrevision	20
3. von der Aussetzung wegen eines anderen Rechtsstreits	21
III. Funktion und Wirkungen der Zweifelsvorlagen	25
1. Entscheidung des Einzelfalls	25
a) (Positive) Bindungswirkung der Entscheidung	25
b) Entscheidungserheblichkeit der Zweifelsvorlage als Korrelat ..	26
ba) Grundsatz	26
bb) Abweichungen im Europarecht und im Auslieferungsrecht	28
2. (Negative) Bindungswirkung über den Fall hinaus	30
a) Verfassungsgerichtliche Vorlageverfahren (§ 31 BVerfGG) ...	31
b) Verpflichtung zur Divergenzvorlage	33
ba) nach Grundsatzvorlage an die Großen Senate	33
bb) auch für Untergerichte (§ 27 DAG, § 47 MSchG, Art. III	
3. MietRÄndG)	34
bc) im Europarecht	36
c) Keine Bindungswirkung (§ 18 IV WBO)	37
IV. Inhalt und Voraussetzungen der Zweifel	39
1. Grundsatzvorlage an die Großen Senate und nach § 18 IV WBO ..	39
a) Voraussetzungen	39

aa) Grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage	39
ab) Erforderlichkeit zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung	40
ac) Ermessen	41
b) Vereinbarkeit mit Art. 101 I 2 GG?	41
ba) Mangelnde Bestimmtheit der Entscheidungszuständigkeit	42
bb) Verfassungskonforme Auslegung kaum möglich	43
bc) Keine Ermessensbindung durch den Zweck	44
c) Ergebnis: Verfassungswidrigkeit	45
ca) Vorlagen nur unter gesetzlich bestimmten Voraussetzungen	45
cb) Grundsatzvorlage auch praktisch entbehrlich und problematisch	45
2. Grundsatzvorlage nach § 27 DAG	48
a) Keine Ermessensfreiheit des OLG	48
b) Antragsrecht der Staatsanwaltschaft	48
3. Grundsatzvorlage im Mieterschutzrecht	50
4. Zweifel im Sinn von Art. 100 II GG, § 86 II BVerfGG	52
a) Grundsätzliche Überprüfbarkeit für das BVerfG	52
b) „Streitig“ i. S. von § 86 II BVerfGG	54
c) Zweifel i. S. von Art. 100 II GG	56
ca) „Subjektive“ und „objektive“ Zweifel	56
cb) Grundsatz-, nicht Divergenzvorlage	57
cc) Zweifel als <i>non liquet</i> in der (Völker-)Rechtsfrage	58
cd) Keine Rechtsschutzlücke durch Ausschluß der auf Art. 101 I 2 GG gestützten Verfassungsbeschwerde	59
5. Vorlage zur Vorabentscheidung im Europarecht	61
a) Infragestellung nach Art. 177 III EWGV / 150 III EAGV, Art. 41 EGKSV	61
aa) Einschränkung durch <i>acte-clair</i> -Doktrin	62
ab) Zweifel des Gerichts entscheidend	63
b) Bloßes Vorlagerecht nach Art. 177 II EWGV	64
V. Ergebnisse	66
VI. Thesen	68

Einleitung

Die rechtsprechende Gewalt, die durch Art. 92 GG den Richtern anvertraut wird, soll Verbindlichkeit, Rechtsgewißheit, Rechtskraft schaffen. Hauptaufgabe des Prozeßrechts ist, solche Rechtsgewißheit zu ermöglichen, Zweifel zu zerstreuen. Dem dienen im Bereich der Sachverhaltsfeststellung, der Tatfrage, besondere Regeln zur Behebung von Zweifeln: im Zweifel Halbteilung in älteren Prozeßformen; im Zweifel für den Angeklagten im Strafprozeß; im Zweifel Auferlegung subjektiver Beweislast im Zivilprozeß, objektive Beweislastregeln im Verwaltungsprozeß. Nicht davon soll im folgenden die Rede sein, sondern von einigen der seltener im Zusammenhang erörterten¹ Zweifel des Richters bei der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung sowie ihren gerichtsverfassungs- und gerichtsverfahrensrechtlichen Konsequenzen.

Diese Fragestellung lenkt den Blick auf Vorlageverfahren aus den verschiedensten Rechtsgebieten. Manche dieser Verfahren — die Grundsatzvorlagen — beruhen auf einer ziemlich einheitlichen gesetzgeberischen Konzeption. Am klarsten kommt sie in der Regelung der Grundsatzvorlage im 1935 neu gefaßten § 137 GVG zum Ausdruck. Sie ist zwar in einzelnen abweichenden Bestimmungen durch die unterschiedliche Entstehungszeit beeinflußt worden, hat aber zu im wesentlichen übereinstimmenden Vorschriften für die Vorlage der Senate aller obersten Gerichtshöfe des Bundes geführt. Demgegenüber haben die Regelungen der Verfassungsgerichtsbarkeit und des Europarechts mehrere, auch unter sich verschiedene Formen von Zweifelsvorlagen entwickelt.

Gemeinsam ist allen diesen Vorlagen, daß sich das erkennende Gericht in einer zweifelhaften Rechtsfrage der Entscheidung enthält und die Frage einem anderen Spruchkörper vorlegt. Dies dürfte eine vergleichende Untersuchung rechtfertigen. Sie hat zunächst die Fälle der Zweifelsvorlagen (I) von verwandten Erscheinungen abzugrenzen (II) und dann Funktion und Wirkung der auf die Vorlage ergehenden Entscheidungen zu untersuchen, wobei sich eine weitgehende Ähnlichkeit der Lösungen ergibt (III). Die Betrachtung von Inhalt und Voraussetzungen der Zweifel (IV) erweist große Unterschiede der Vorlagen, wirft aber auch das Problem der Vereinbarkeit mit der Garantie des gesetzlichen Richters auf und sucht damit die Grenzen abzustecken, die den Zweifelsvorlagen gezogen sind.

¹ Vgl. die Andeutung einer solchen Fragestellung bei *Stree* In dubio pro reo (1962), S. 2 Fn. 5.

I. Entwicklung und Erscheinungsformen der Zweifelsvorlagen

1. Bis zum Gerichtsverfassungsgesetz

Von Zweifeln des Richters bei der Auslegung und Anwendung des Rechts ging das Prozeßrecht der Antike², des Spätmittelalters und der frühen Neuzeit aus, wenn es die *Begutachtung von Rechtsfragen auf Antrag von Gerichten*, vor allem die Aktenversendung vorsah und damit die Rechtsfortbildung erleichterte, neuem Recht zum Durchbruch verhalf³. Noch der moderne Gesetzgebungsstaat löste sich zunächst nicht von diesem Mittel, sondern schrieb dem zweifelnden Richter Anfragen bei einer „Gesetzcommissiön“ (§ 47 f. Einl. ALR) oder beim Parlament vor⁴. Erst für den Liberalismus wurde es unabdingbares Postulat, die Verantwortung des Richters für die Entscheidung als Gegenstück zur richterlichen Unabhängigkeit fest zu lokalisieren, die Verschiebung richterlicher Zuständigkeit zu verbieten, die Unmittelbarkeit des Verfahrens zu gewährleisten⁵. Dem diene in Frankreich der berühmte Art. 4 des Code Civil⁶, in Deutschland die unverrückbare Zuständigkeits- und Verfahrens-

² Dazu *Imboden* Bedeutung und Problematik juristischer Gutachten, in: *Ius et Lex*, Festgabe *M. Gutzwiller* (1959), S. 503 (504 ff.) m. w. Nachw. in Fn. 3.

³ *Kern* Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts (1954), S. 36 f., 41; *Wieacker* Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl. 1967), S. 181 ff.; *Klugkist* JZ 1967, 155. Die Aktenversendung war, als Surrogat einer einheitlichen Rechtspflege, noch in Art. 12 IV der Deutschen Bundes-Akte v. 8. 6. 1815 vorgesehen; zu dieser Spätphase *O. Bülow* Das Ende des Aktenversendungsrechts, eine Gerichtsverfassungsfrage, AcP 65 (1882), S. 1 ff.

⁴ Vgl. zur Entwicklung in Preußen *Kern* a.a.O. S. 45 f.; *Hanack* Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit (1962), S. 19 f.; *Wieacker* a.a.O. S. 329, 332; zur Entwicklung in Frankreich (*référé législatif*) *F. Géný* Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (2. Aufl. 1954), I S. 77 ff.; *F. Neumann* Demokratischer und autoritärer Staat (1967), S. 45 f.

⁵ Vgl. die Darstellung *Bülow*s AcP 65, 1 (5 ff.), der die Aktenversendung als Gerichtsverfassungsfrage und damit durch das GVG beseitigt erweist, insbes. S. 54: „Es würde dadurch nicht bloß gegen die den Gerichten auferlegte *eigene Judikationspflicht* verstossen, sondern auch in die jetzt bestehende Gerichtsverfassung ein richterliches Organ eingefügt werden, dessen Anerkennung dem D.G.V.G. gänzlich fremd ist.“

⁶ „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.“ Dazu *Géný* a.a.O. I S. 98 ff. mit Hinweis auf *Portalis*.

regelung durch die Reichsjustizgesetze⁷. So konnte das Gerichtsverfassungsgesetz in seiner ursprünglichen Fassung⁸ keinen Großen Senat, nur Entscheidungen der vereinigten Zivil- oder Strafsenate, und nicht über isolierte Rechtsfragen, sondern nur über den gesamten Fall⁹, und nicht bei Grundsätzlichkeit, sondern nur bei Divergenz – also nicht bei Zweifeln des vorlegenden Senats, sondern nur wenn er der festen Rechtsüberzeugung war, daß und wie er abweichen wollte. Auch für das Preußische Oberverwaltungsgericht¹⁰, die Gerichte der Freiwilligen Gerichtsbarkeit¹¹ und den Reichsfinanzhof¹² wurden in ähnlicher Weise Vorlageverfahren nur zum Ausgleich divergierender Entscheidungen, nicht zur Klärung weiterer grundsätzlicher oder zweifelhafter Fragen geschaffen.

2. Rechtsentscheid im Mieterschutzrecht

Eine andere Auffassung setzte sich zuerst in Verfahren auf der Grenze zwischen Rechtsprechung und Verwaltung durch. Im Recht zum Schutz

⁷ Charakteristisch dafür außer den Zuständigkeitsnormen des GVG etwa die bis heute sachlich unverändert gebliebenen Bestimmungen über die Abgrenzung der örtlichen Zuständigkeit im Zweifelsfall, § 36 insb. Nr. 2 ZPO, §§ 14, 19 StPO; dazu *Bettermann* Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Die Grundrechte Bd. III 2 (1959), S. 523 (567 f.), sowie jetzt BVerfGE 29, 45 ff.

⁸ Vom 27. 1. 1877 (RGBl. S. 41), § 137; die „gesamten Materialien zum GVG“, hg. von *Hahn* (1897), I S. 138 f. betonen, daß damit die erkennenden Senate eigenverantwortlich über die Fortbildung ihrer eigenen Rechtsprechung befinden dürfen; vgl. *Hanack* (zit. Fn. 4) S. 23 ff.

⁹ Insofern mußte allerdings aus praktischen Gründen schon durch Gesetz vom 17. 3. 1886 (RGBl. S. 61) der Gegenstand der Vorlage auf die Rechtsfrage reduziert werden; zugleich ermöglichte dieses Gesetz Plenarentscheidungen zum Ausgleich von Divergenzen zwischen Zivil- und Strafsenaten. Vgl. *Hanack* a.a.O. S. 24 ff.; *Schultzenstein* Über die Einheit der Rechtsprechung, ZZP 18 (1893), S. 88 ff.

¹⁰ § 29 des Gesetzes betr. die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungstreitverfahren v. 3. 7. 1875 (GS S. 375), ebenso i. d. F. v. 2. 8. 1880 (GS S. 328), entsprach § 137 GVG ursprünglicher Fassung; durch Gesetz v. 27. 5. 1888 (GS S. 226) wurde auch hier die Plenarentscheidung auf die Rechtsfrage beschränkt.

¹¹ § 28 FGG, der seit 1898 unverändert gilt. Ihm war schon 1897 § 79 GBO, ebenfalls bis heute unverändert, vorausgegangen, und folgt § 87 Schiffsregisterordnung, jetzt i. d. F. v. 26. 5. 1951 (BGBl. I S. 360). Weitere (obsolekte) Fälle bei *Hanack* a.a.O. S. 39 Fn. 179; *Lauterjung* Die Einheit der Rechtsprechung innerhalb der höchsten Gerichte (1932), S. 18 ff.

¹² Gesetz über die Errichtung des RFH v. 26. 7. 1918 (RGBl. S. 959), § 20, der der ursprünglichen Fassung des § 137 GVG entsprach. Nach dem Gesetz über die Reichsfinanzverwaltung v. 10. 9. 1919 (RGBl. S. 1591), dem fast wortgleich § 46 RAO v. 13. 12. 1919 (RGBl. S. 1993) entsprach, kam es – anders als im sonstigen Recht vom GVG an, vgl. *Becker* RAO (6. Aufl 1928), zu § 46 Anm. 1 – nur darauf an, ob es sich um eine amtlich veröffentlichte Entscheidung handelte; von ihr durfte auch der gleiche Senat nicht abweichen (vgl. oben Fn. 8). § 66 RAO i. d. F. v. 22. 5. 1931 (RGBl. I S. 161), der bis zum Inkrafttreten der FGO galt, vollzog die Entwicklung des GVG insofern nach, als er nun den Senaten die Entwicklung ihrer eigenen Rechtsprechung freistellte und den Großen Senat ebenfalls auf die Entscheidung der Rechtsfrage beschränkte.