

MICHAEL GUTTNER

Rechtsprechung und Vertrauensschutz

*Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht*

68

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 68



Michael Guttner

Rechtsprechung und Vertrauensschutz

Verfassungsrechtliche Anforderungen an die
Verlässlichkeitsgewähr durch Rechtsprechung

Mohr Siebeck

Michael Guttner, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München; Referendariat im OLG-Bezirk München; Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für das Recht der Europäischen Integration und am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie der Ludwig-Maximilians-Universität München, Akademischer Rat a. Z.; 2022 Promotion ebenda.

Diss., Ludwig-Maximilians-Universität München, 2022.

ISBN 978-3-16-161968-7 / eISBN 978-3-16-161969-4

DOI 10.1628/978-3-16-161969-4

ISSN 1867-8912 / eISSN 2568-745X (Studien und Beiträge zum Öffentlichem Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Daniel Fröhlich
(1978–2021)

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München hat die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2021/22 als Dissertation angenommen und mit dem Fakultätspreis 2021 ausgezeichnet.

Mein herzlichster Dank gilt in erster Linie Professor Dr. *Peter M. Huber*, Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D., Minister a. D., der die Arbeit angeregt und betreut und das Erstgutachten verfasst hat. Welche Förderung und Prägung ich durch ihn zunächst als Student, dann als Hilfskraft und später als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl erfahren habe, seit ich im ersten Semester den Grundkurs bei ihm gehört habe, ist nicht in ein paar Worten zu sagen, letztere aber – so meine ich – zwischen den Zeilen dieser Untersuchung zu lesen.

Professor Dr. *Stefan Koriath* danke ich sehr herzlich nicht nur für die überaus schnelle Erstellung des Zweitgutachtens und die weiterführenden Hinweise darin, sondern auch für die Impulse auf dem Gebiet der Verfassungsgeschichte, die ich während meines Studiums und darüber hinaus von ihm empfangen habe.

Mein Interesse an den Grundlagen der Rechtswissenschaft, das hier seinen Niederschlag gefunden hat, haben daneben während meines Studiums in besonderer Weise Professor Dr. Dr. Dr. h. c. *Alfons Bürge*, Professor Dr. *Hans-Georg Hermann*, Professor Dr. *Gerhard Ries* und Professor Dr. Dr. h. c. mult. *Bernd Schünemann* gefördert. Dafür danke ich auch ihnen von Herzen.

Besonderen Dank schulde ich Dr. *Bettina Stepanek-Bühringer*, LL. M. (Brügge), und *Michael Lasidis*, LL. M. (Nijmegen), die den Text zu unterschiedlichen Zeitpunkten kritisch durchgesehen und mit ihren Hinweisen die Endfassung bereichert haben.

Für feste Freundschaft und steten Zuspruch gilt noch vielen anderen mein herzlichster Dank.

Ich widme die Arbeit dem Andenken an meinen Freund und Kollegen Dr. *Daniel Fröhlich*. Zunächst sein Student in Arbeitsgemeinschaft und Tutorium, hatte ich später in unserer gemeinsamen Zeit am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie das Glück tiefer kollegialer Freundschaft mit ihm. Er hat das Entstehen der Arbeit von Beginn an begleitet und auch noch während langer, schwerer Krankheit bis zuletzt mit ungebrochenem Interesse

verfolgt. Ihren Abschluss, wenn auch nicht den des Verfahrens, hat er gerade noch erlebt.

München, Weihnachten 2023

Michael Guttner

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI
§ 1 Einleitung, Problemstellung und Gang der Darstellung	1
Erster Teil: Bestandsaufnahme I (Deutschland).....	9
§ 2 Die Rechtsprechungsänderung als Problem der Rechtswissenschaft	11
§ 3 Rechtsprechung zum Problem der Rechtsprechungsänderung	23
§ 4 Grenzen rückwirkender Gesetzgebung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	59
Zweiter Teil: Bestandsaufnahme II (England und USA)	143
§ 5 Präzedenzen im Common Law	145
§ 6 Präzedenzen im englischen Common Law	175
§ 7 Präzedenzen im US-amerikanischen Common Law	187
§ 8 Erkenntnispotential für das deutsche Verfassungsrecht	197
Dritter Teil: Rechtsprechung – en quelque façon nulle?.....	205
§ 9 Richterliches Entscheiden in rechtstheoretischer und methodischer Sicht.....	207

<i>§ 10 Rechtsprechungsfunktion im gewaltenteilenden Staat des Grundgesetzes</i>	<i>277</i>
Vierter Teil: Verfassungsrechtliche Verlässlichkeitsgewähr	325
<i>§ 11 Die Fundierung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz in der Idee des Rechts und der Autonomie des Einzelnen</i>	<i>329</i>
<i>§ 12 Normative Anknüpfungspunkte in der Ordnung des Grundgesetzes</i>	<i>341</i>
<i>§ 13 Anknüpfungs- und Bezugspunkte schützenswerten Vertrauens</i>	<i>411</i>
<i>§ 14 Vertrauensschutz gegenüber Rechtsprechungsänderungen</i>	<i>433</i>
<i>§ 15 Zusammenfassung</i>	<i>453</i>
Literaturverzeichnis	459
Personen- und Sachregister	479

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht	IX
<i>§ 1 Einleitung, Problemstellung und Gang der Darstellung</i>	<i>1</i>
A. Einleitung	1
B. Problemstellung	2
I. Vertrauensschutz gegenüber Rechtsprechungsänderungen: Schnittfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung	2
II. Bezüge zu Vertrauensschutzanforderungen an die Exekutive	3
III. Übergreifender, verfassungsrechtlicher Problemzugriff	3
IV. Methodische Bedingungen von Rechtsprechung und Rechtsprechungsfunktion im gewaltenteilenden Staat	4
C. Der verfassungsrechtliche Ansatzpunkt beim Vertrauensschutz	4
D. Gang der Darstellung	5
Erster Teil: Bestandsaufnahme I (Deutschland).....	9
<i>§ 2 Die Rechtsprechungsänderung als Problem der Rechtswissenschaft</i>	<i>11</i>
A. Lösungsvorschläge.....	11
I. Uneingeschränkte Rückwirkung.....	11
II. Einschränkungen rückwirkender Rechtsprechungsänderung	13
B. Dogmatische Verortung	14
I. Analogie	15
1. Art. 103 Abs. 2 GG.....	15
2. Rechtsprechung zur Rückwirkung von Gesetzen	17
II. Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	18
III. Gleichheitssatz	18
IV. Freiheitsrechte	19
C. Zusammenfassende Würdigung.....	20
<i>§ 3 Rechtsprechung zum Problem der Rechtsprechungsänderung</i>	<i>23</i>
A. Fachgerichtliche Rechtsprechung zum Problem der Rechtsprechungsänderung.....	24

I.	BAGE 12, 278	24
II.	BFHE 78, 315	25
III.	BAGE 21, 237; 22, 16; 22, 215	26
IV.	BFHE 93, 75	27
V.	BGHZ 52, 365	28
VI.	BAGE 23, 292	29
VII.	BAGE 24, 177	30
VIII.	BFHE 111, 242	31
IX.	BSGE 40, 292	31
X.	BSGE 51, 31	32
XI.	BGHZ 85, 64	34
XII.	BFHE 141, 405	34
XIII.	Zwischenstand	35
XIV.	BGHZ 132, 6 und 132, 119	35
XV.	BGHSt 51, 298	37
B.	Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	
	zum Problem der Rechtsprechungsänderung	37
I.	BVerfGE 18, 224	37
II.	BVerfGE 38, 386	38
III.	BVerfGE 59, 128	39
IV.	BVerfGE 74, 129	40
V.	BVerfGE 78, 123	41
VI.	BVerfGE 84, 212	42
VII.	BVerfGE 87, 273	43
VIII.	BVerfGE 122, 248	44
IX.	BVerfGE 128, 193	44
C.	Versuch einer Systematisierung	46
I.	Fachgerichtliche Rechtsprechung	47
	1. Begrenzung von Änderungen	48
	a) Grundsätzliche Änderbarkeit	48
	b) Erfordernis schwerwiegender Gründe	48
	2. Begrenzung der Rückwirkung?	51
	a) Grundsätzliche Rückwirkung im Zivilrecht	52
	b) Abwägung	52
	c) Korrektur durch einfachrechtliche Institute	52
	d) Keine Begrenzung im Anlassfall	54
	e) Änderungsankündigung	54
	f) Differenzierung im öffentlichen Recht	54
II.	Verfassungsrechtsprechung	55
	1. Allgemeiner Gleichheitssatz	56
	2. Rechtssicherheit, Rückwirkungsverbot und Vertrauensschutz	56
	3. Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung	57
	4. Zusammenschau	57

§ 4 Grenzen rückwirkender Gesetzgebung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	59
A. Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	59
I. BVerfGE 1, 264	60
II. BVerfGE 2, 237	60
III. BVerfGE 7, 89	60
IV. BVerfGE 7, 129	61
V. BVerfGE 11, 64	62
VI. BVerfGE 11, 139	62
VII. BVerfGE 13, 261	63
VIII. BVerfGE 14, 288	66
IX. BVerfGE 18, 429	67
X. BVerfGE 63, 343	69
XI. BVerfGE 72, 200	71
XII. BVerfGE 105, 17	80
XIII. BVerfGE 109, 133	82
XIV. BVerfGE 126, 369	84
XV. BVerfGE 127, 1, 31 und 61	90
XVI. BVerfGE 131, 20	100
XVII. BVerfGE 132, 302	104
XVIII. BVerfGE 135, 1	109
1. Die Entscheidung der Senatsmehrheit	111
2. Die abweichende Meinung des Richters Masing	120
B. Zusammenfassung und kritische Würdigung	127
I. Frühe Entwicklung	127
II. Unterscheidung zwischen „echter“ und „unechter“ Gesetzesrückwirkung	128
III. „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“ und „tatbestandliche Rückanknüpfung“	129
IV. Ausdifferenzierung der Maßstäbe?	130
1. Rechtsstaatsprinzip und Grundrechte	130
2. Grundsätzliche Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit	134
V. Rückwirkungsverbot und Vertrauensschutz	135
VI. Authentische Interpretation	137
 Zweiter Teil: Bestandsaufnahme II (England und USA)	 143
§ 5 Präzedenzen im Common Law	145
A. Die Fallrechtsprägung der Common-Law-Tradition	145
I. Abkapselung des englischen Rechts vom kontinentaleuropäischen Ius Commune	146

II.	Resistenz gegenüber Kodifikationsbestrebungen.....	148
III.	Fortsetzung der Common-Law-Tradition in den USA.....	149
IV.	Die Rolle des Gesetzesrechts im zeitlichen Wandel	150
V.	Fallrechtsprägung und Präjudiziengebrauch	151
B.	Grundlinien der doctrine of precedent.....	153
I.	Bindungswirkung.....	154
1.	Adressaten der Bindung.....	155
2.	Bezugspunkt der Bindung.....	156
II.	Ausnahmen und Überwindungsmöglichkeiten	160
1.	Distinguishing	160
2.	Overruling	161
3.	Distinguishing oder Overruling?.....	162
C.	Begründungsansätze.....	163
I.	Geltungsgrund und Wirkungsweise der Präjudizienbindung	164
II.	Argumentationslinien für die Beachtung von stare decisis	165
1.	Effizienz der Entscheidungsfindung (shortcut to reasons / efficiency / costs).....	166
2.	Gleichbehandlung (treat like cases alike / equality / formal justice)	167
3.	Stabilität, Konsistenz, Sicherheit/Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit des Rechts (certainty / predictability / stability / consistency)	168
4.	Vertrauensschutz (estoppel / reliance)	168
5.	Richterliche Zurückhaltung (judicial restraint)	169
III.	Konfligierende Anforderungen	171
1.	Innovationsfähigkeit	171
2.	Richtigkeitsgewähr	172
	§ 6 Präzedenzen im englischen Common Law	175
A.	Jurisdiktionsbereiche und Gerichtsaufbau – „Case Law in engen Verhältnissen“.....	175
B.	Die Präjudizienbindung im Einzelnen	179
I.	Professionelle und technische Voraussetzungen einer strengen Präjudizienbindung	179
II.	Bindung des House of Lords / Supreme Court an eigene Entscheidungen	180
1.	Die Herausbildung einer strengen Selbstbindung.....	180
2.	Lockerung durch das Practice Statement 1966.....	182
3.	Behutsamkeit in der Anwendung	184
III.	Prospective Overruling	185

§ 7 Präzedenzen im US-amerikanischen Common Law	187
A. Jurisdiktionsbereiche und Gerichtsaufbau – „Case Law in weiten Verhältnissen“	187
B. Die Präjudizienbindung im Einzelnen	191
I. Hierarchische Bindung innerhalb eines Gerichtssystems	191
II. Gerichtssystemübergreifende Bindung	192
III. Keine Selbstbindung	192
IV. Prospective Overruling	193
C. Die US-amerikanische Fallrechtsmethode	194
§ 8 Erkenntnispotential für das deutsche Verfassungsrecht	197
A. Vertrauensschutz gegenüber Rechtsprechungsänderungen im Common Law	197
B. Der grundlegende Systemunterschied als Argument	198
C. Der ungeklärte Geltungsgrund der Präjudizienbindung	200
D. Grundgesetzliche Anknüpfungspunkte für die anglo-amerikanischen Begründungsstränge	201
E. Der Zielkonflikt mit Innovationsfähigkeit und der Gewähr „richtiger“ Entscheidungen	202
F. Grundsätzliche Parallelen – und wie weit sie tragen	204
 <i>Dritter Teil: Rechtsprechung – en quelque façon nulle?</i>	205
§ 9 Richterliches Entscheiden in rechtstheoretischer und methodischer Sicht	207
A. Richterliche Rechtsfindung im Schnittfeld von Rechtstheorie, juristischer Methodenlehre und Verfassungsrecht	209
B. Die richterliche Entscheidung als rechtliche Entscheidung	211
C. Rechtsprechung in der Konzeption Montesquieus	215
D. Gesetzespositivismus und Subsumtionsdogma	222
E. Hermeneutische Wende und klassische Auslegungsmethode(n)	226
I. Grundlegung der klassischen Auslegungsmethode bei Savigny	226
II. Auslegung in Savignys Frühwerk	229
III. Auslegung im „System des heutigen Römischen Rechts“	230
IV. Von der älteren Methodenlehre zur hermeneutischen Wende	232
F. Die philosophische Hermeneutik als Rückgrat der juristischen Interpretation	234
G. Das Verstehensproblem in der weiteren rechtswissenschaftlichen Methodendiskussion	238

I.	Von der Begriffsjurisprudenz über die Freirechtsbewegung zur Interessenjurisprudenz.....	239
II.	Die „Reine Rechtslehre“: Doppeltes Kontrastprogramm jenseits der ausgetretenen Pfade der deutschen Methodendiskussion	244
III.	Hermeneutische Neuausrichtung nach 1945	249
	1. Perspektivischer Rückgang auf Savigny und die Hermeneutik bei Engisch und Larenz	252
	2. Die Verknüpfung von Wertungsjurisprudenz und Methodenpluralismus	255
IV.	Versuche einer Rationalisierung aus unterschiedlichen Richtungen	256
	1. Krieles Akzentuierung der „judiziellen Rechtsentwicklung“ und die „präsumtive Verbindlichkeit der Präjudizien“	256
	2. Essers Anschluss an Gadamers hermeneutische Position und die Konsequenzen für die Rationalität der Rechtsfindung	260
	3. Schönemanns „vier Stufen der Rechtsgewinnung“: Versuch einer unerreichbar geglaubten methodischen Rangfolge	263
	4. Müllers Strukturierende Rechtslehre	265
H.	Rechtsetzung, Rechtsanwendung, Rechtserzeugung	272
	<i>§ 10 Rechtsprechungsfunktion im gewaltenteilenden Staat des Grundgesetzes</i>	<i>277</i>
A.	Von der frühneuzeitlichen Gewaltenteilungslehre zum liberalen Verfassungsstaat	278
	I. Staatliche Souveränität und Gewaltmonopol bei Bodin und Hobbes	278
	II. Zweigliedrige Gewaltenteilung bei Locke	280
	III. Dreigliedrige Gewaltenteilung bei Montesquieu	282
	IV. Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika von 1787/88 und die „Federalist Papers“	285
	V. Gewaltenteilung als gemeinsames Strukturmerkmal der westlichen Verfassungstradition	287
B.	Die Rechtsprechung im Gewaltengefüge des Grundgesetzes	293
	I. Rechtsprechung als Dritte Gewalt	294
	II. Institutionelle Ausgestaltung der Rechtsprechung	298
	1. Zuweisung der Rechtsprechung an die Richter	299
	2. Oberste Gerichtshöfe des Bundes	299
	3. Instanzenzug als Grundmodell mit Doppelfunktion	302
	a) Entscheidungskorrektur im Einzelfall	302
	b) Gewährleistung von Rechtsprechungseinheit	303
	III. Verfassungsrechtliche Stellung der Richter	305
	1. Richterliche Unabhängigkeit	305

2. Gesetzesbindung	307
C. Demokratische Legitimation gerichtlicher Entscheidungen	309
I. Legitimation, Legitimität und Legalität im modernen Verfassungsstaat	309
II. Demokratische Legitimation in der grundgesetzlichen Ordnung ...	311
1. Legitimation im hierarchischen Verwaltungsaufbau	313
2. Legitimation der Judikative zwischen Unabhängigkeit und Gesetzesbindung	316
a) Sachlich-inhaltliche Legitimationskraft der Gesetzesbindung	317
b) Funktionell-institutionelle Legitimationsgesichtspunkte.....	318
D. Zusammenfassende Kennzeichnung der Rechtsprechungsfunktion im System des Grundgesetzes	322

Vierter Teil: Verfassungsrechtliche Verlässlichkeitsgewähr325

§ 11 Die Fundierung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz in der Idee des Rechts und der Autonomie des Einzelnen

A. Recht als Freiheitsordnung.....	329
B. Prinzipielle Stabilitätserswartung als Grundbedingung des Rechts	331
C. Verlässlichkeit als Kristallisationspunkt des Verhältnisses von Recht und Zeit	332
D. Änderbarkeit des Rechts als Legitimationsvoraussetzung.....	335
E. Der Einzelne im Spannungsfeld von Erwartungssicherheit und politischer Gestaltung.....	336
I. Die Zeitstruktur der Seinsebene und ihre Abbildung auf der Sollensebene	337
II. Das Spannungsverhältnis von Erwartungssicherheit und politischer Gestaltung in der Zeitdimension	338
III. Weitere Einflussfaktoren im Spannungsverhältnis von Erwartungssicherheit und politischer Gestaltung.....	339

§ 12 Normative Anknüpfungspunkte in der Ordnung des Grundgesetzes

A. Verlässlichkeitsgewähr als Zug des Rechtsstaats.....	344
I. Der verfassungsrechtliche Ort des Rechtsstaats.....	344
II. Eigenständiger normativer Gehalt eines Prinzips der Rechtsstaatlichkeit.....	347
1. Summatives oder integrales Rechtsstaatsverständnis?.....	347
2. Inhaltliche Kontur von Rechtsstaatlichkeit als übergeordnetes Verfassungsprinzip	352
III. Verlässlichkeitsgewähr als Rechtsstaatselement.....	354

1.	Verlässlichkeit des Rechts als Element objektiver Rechtsstaatlichkeit	355
2.	Subjektiv-rechtliche Gewährleistung?	357
3.	Ergebnis	359
B.	Verlässlichkeitsgewähr als Grundrechtsschutz	360
I.	Freiheitsrechte	360
1.	„Vertrauensschutz als Freiheitsschutz“ auf Grundlage von Art. 2 Abs. 1 GG	360
2.	Verortung in den einzelnen Freiheitsgrundrechten	362
3.	Synthese: Eckpunkte einer freiheitsgrundrechtlichen Rekonstruktion von Verlässlichkeitsgewähr	369
a)	Grundrechtsübergreifende Dimension und grundrechtsspezifischer Gehalt.....	370
b)	Verlässlichkeitsgewähr in der abwehrrechtlichen Struktur der Freiheitsgrundrechte	371
c)	Verlässlichkeitsgewähr als Teil des grundrechtlichen Schutzbereichs	372
d)	Schutzbereichsspezifische Verlässlichkeitsgewähr nach der funktionalen Bedeutung für das jeweilige Freiheitsrecht	374
e)	Schutzbereichsübergreifende Verlässlichkeitsgewähr aller Freiheitsgrundrechte	376
f)	Änderung als Eingriff.....	378
g)	Differenzierte Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung	379
h)	Der Sonderfall des Art. 103 Abs. 2 GG als konstruktive Bewährungsprobe	381
II.	Allgemeiner Gleichheitssatz.....	383
1.	Gleichheit in der Zeit – eine offene Flanke	384
2.	Einwände gegen einen Gleichheitsschutz in zeitlicher Hinsicht.....	386
3.	Differenzierte Anforderungen im Zeitschema der Gewaltenteilung.....	388
4.	Rechtskontinuität als objektiv-rechtliches Prinzip	390
5.	Synthese: Eckpunkte einer Rekonstruktion von Ver- lässlichkeitsgewähr als Gleichheitsdimension in der Zeit	393
a)	Rechtsetzungsgleichheit in der Zeit	395
b)	Rechtsanwendungsgleichheit in der Zeit	399
c)	Ergebnis	406
C.	Das Zusammenspiel rechtsstaatlicher und grundrechtlicher Verlässlichkeitsgewähr	407

§ 13 Anknüpfungs- und Bezugspunkte schützenswerten Vertrauens	411
A. Das Gesetz als primäre Grundlage von Verlässlichkeitsgewähr.....	412
B. Verzahnung gesetzlicher Verlässlichkeit mit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung	414
C. Der Sinnbezug des Gesetzes als Voraussetzung für die Verlässlichkeit einer bestimmten Rechtslage.....	415
D. Die inhaltliche Anreicherung des Normbestandes durch die Anwendungspraxis und die Verdichtung zur bestimmten Rechtslage.....	418
I. Die Rolle der Gerichte	418
II. Vorliegen höchstrichterlicher Rechtsprechung als regelmäßige Voraussetzung	420
III. Zusätzliche Voraussetzungen?	421
IV. Die inhaltliche Reichweite der Anreicherung und Verdichtung	423
V. Sukzessive Fortentwicklung der Rechtslage	424
VI. Unterschiedliche Grade an Verlässlichkeit	427
E. Verlässlichkeitsgewähr jenseits schutzwürdigen Vertrauens in eine bestimmte Rechtslage?	428
F. Zusammenfassung: Verschiedene Verlässlichkeitsstufen im Zusammenspiel von Gesetz und höchstrichterlicher Rechtsprechung	429
§ 14 Vertrauensschutz gegenüber Rechtsprechungsänderungen	433
A. Die Unterscheidung der Zulässigkeit der Änderung von der Zulässigkeit ihrer Rückwirkung.....	433
B. Grenzen der Änderbarkeit an sich	435
I. Freiheitsgrundrechte	435
II. Allgemeiner Gleichheitssatz.....	435
C. Vorgaben für die zeitliche Erstreckung der Änderung	439
I. Rechtsprechung als Bezugspunkt von Verlässlichkeitsgewähr	439
II. Verlässlichkeit einer bestimmten Rechtslage für die Vergangenheit und für die Zukunft	442
III. Das Problem der wesensmäßigen Vergangenheitsbezogenheit gerichtlicher Entscheidungen	443
IV. Das Problem der Verweigerung der für richtig gehaltenen Entscheidung	445
V. Unterschiede in den einzelnen Gerichtsbarkeiten und nach der Wirkung der Änderung	446
1. Entscheidungen im Staat-Bürger-Verhältnis	446
a) Bipolare Rechtsverhältnisse	446
b) Multipolare Rechtsverhältnisse	448
2. Entscheidungen im Gleichordnungsverhältnis der Bürger.....	448

VI. Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes	450
§ 15 Zusammenfassung.....	453
Literaturverzeichnis.....	459
Personen- und Sachregister.....	479

§ 1 Einleitung, Problemstellung und Gang der Darstellung

A. Einleitung

Der Gedanke des Vertrauensschutzes zielt, wie der Name sagt, auf den Schutz von Vertrauen, nämlich von „Vertrauen [des Bürgers] auf den Bestand staatlicher Regelungen und die Verlässlichkeit staatlichen Handelns, an die seine Erwartungen und Dispositionen anknüpfen“¹. Die „Verlässlichkeit der Rechtsordnung“ ist – in den Worten des BVerfG – „wesentliche Voraussetzung für die Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und damit [...] eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen.“² Die Herausbildung öffentlich-rechtlicher Vertrauensschutzerwägungen unter dem Grundgesetz ging von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte aus.³ Bald entwickelte das BVerfG eine differenzierte Rechtsprechung zum Fragenkreis der Rückwirkung von Gesetzen.⁴ Probleme einer Enttäuschung von Beständigkeitserwartungen können sich aber nicht nur bei exekutivem und legislativem Staatshandeln ergeben, sondern auch im Bereich der Judikative, wenn Gerichte von einer einmal eingeschlagenen Rechtsprechungslinie abgehen: In den nun zur Entscheidung anstehenden Fällen kann ja in Kenntnis der bisherigen Rechtsprechung und im Vertrauen auf ihren Fortbestand gehandelt worden sein. Ob überhaupt und gegebenenfalls in welcher Form hier Vertrauensschutz zu gewähren ist (insbesondere inwieweit die zu rückwirkenden Gesetzesänderungen entwickelten Grundsätze übertragbar sind), ist in der Rechtsprechung – im Vergleich zu Fragen rückwirkender Gesetzgebung – wenig geklärt und im Schrifttum umstritten. Während beliebige Änderbarkeit der Rechtsprechung – als das eine Extrem – mit den Geboten der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit in einem kaum auflösbaren Spannungsverhältnis steht, birgt auf der anderen Seite eine strikte Bindung an einen

¹ H. Maurer, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, ³2006, § 79 Rn. 4.

² BVerfGE 127, 1 (16); identisch BVerfGE 127, 61 (75).

³ Grundlegend OVG Berlin, DVBl 1957, 503; BVerwGE 5, 312; 6, 1; 8, 261; 8, 296; 9, 251.

⁴ Grundlegend BVerfGE 11, 139; 14, 288; 21, 117; 25, 371; 30, 367; 30, 392. Ausführlich zur Entwicklung unten § 4 A.

einmal eingeschlagenen Rechtsprechungskurs die Gefahr einer Rechtsprechungsversteinering, die schlimmstenfalls frühere Fehlentscheidungen perpetuiert (in abstrakter Sicht) und multipliziert (in den konkret zu entscheidenden Fällen). In der Mitte zwischen diesen Polen erhebt sich die Frage nach den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Rechtsprechungsänderung. Sie führt über den Normbestand des Grundgesetzes hinaus in Grundfragen der Rechtsquellen- und Methodenlehre. Dabei rücken Probleme grundlegender Art in den Fokus, wie sie jede Rechtsordnung – sei es bewusst, sei es unbewusst – um ihres Funktionierens willen auf die eine oder andere Weise bewältigen muss. Deshalb lohnt ein Blick auf andere Systeme: Die Beschäftigung mit dem Umgang mit Präjudizien im anglo-amerikanischen Rechtskreis, wo Rechtsprechung und Wissenschaft die Frage nach der Bindungswirkung früherer Gerichtsentscheidungen und das Problem der Rechtsprechungsänderung früh aufgegriffen und gründlich verarbeitet haben, drängt sich geradezu auf. Der vergleichende Blick wird dabei in den anglo-amerikanischen Lösungswegen keine Blaupause für eine Implementation in unsere Rechtsordnung finden. Es mögen sich aber Impulse für eine Annäherung im Verständnis rechtsprechender Tätigkeit im gewaltenteilenden Staat ergeben, das für das Problem von Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz von zentraler Bedeutung ist.

B. Problemstellung

1. Vertrauensschutz gegenüber Rechtsprechungsänderungen: Schnittfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung

Gegenstand der Arbeit ist die Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und ggf. auf welche Weise das Vertrauen in eine bestehende Rechtsprechung rechtlich geschützt wird. Es geht dabei um Konstellationen, in denen eine Rechtsfrage von Gerichten bisher (in früher entschiedenen Fällen) auf bestimmte Weise beantwortet wurde, nunmehr (im nun zu entscheidenden Fall) aber abweichend gesehen wird. Es ändert sich also die rechtliche Beurteilung bestimmter Sachverhalte, und zwar – sieht man von der nach traditionellem deutschen Verständnis systemfremden Möglichkeit einer Anwendung der bisherigen Rechtsprechung auf die Altfälle bei gleichzeitiger Ankündigung einer Änderung der Rechtsprechung für alle künftigen Fälle ab – nicht nur für die Zukunft, sondern rückwirkend. Augenfällig ist die Nähe zum Problem der rückwirkenden Änderung von Gesetzen. Wie weit diese Parallele reicht, insbesondere inwieweit eine Übertragung des Lösungsansatzes in Betracht kommt, hängt maßgeblich davon ab, welche über den entschiedenen Einzelfall hinausgehende rechtliche Bedeutung gerichtlichen Entscheidungen über Rechtsfragen zukommt.

II. Bezüge zu Vertrauensschutzanforderungen an die Exekutive

Vertrauensschutzanforderungen an die Exekutive bleiben dagegen eher im Hintergrund der Untersuchung. Zwar drängt sich ihre Einbeziehung vordergründig geradezu auf. Denn wo man die Frage nach der Übertragbarkeit sich aus dem Vertrauensschutz ergebender Grenzen auf die Rechtsprechung stellt, kommt nicht nur in Betracht, was für den Gesetzgeber gilt, sondern auch die Anforderungen an die vollziehende Gewalt. Nicht nur hat es bei der Suche nach übergreifenden verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzmaßstäben eine grundsätzliche Plausibilität, alle drei Gewalten in den Blick zu nehmen, statt ihn vorschnell auf zwei davon einzuengen. Gerade vor dem Hintergrund der konventionellen Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, die freilich noch zu hinterfragen ist, stehen Judikative und Exekutive, indem beide primär geltendes Recht im Einzelfall anwenden und – wenn überhaupt – nur sekundär rechtsetzend tätig werden, einander *prima facie* näher als Judikative und Legislative, deren typische⁵ Funktion die abstrakt-generelle Regelung *pro futuro* ist, während sie zur Einzelfallregelung schon mit Blick auf Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG nur ausnahmsweise berufen ist. Beim Problem der Rechtsprechungsänderung geht es aber gerade um die Frage einzelfallübergreifender Wirkungen der Rechtsprechungspraxis und damit um ihre Nähe und Beziehung zur Gesetzgebung. Ein Pendant hat das im Bereich der Exekutive in der Figur der sog. Selbstbindung der Verwaltung nach Art. 3 Abs. 1 GG. Bezüge zum Problem der Rechtsprechungsänderung liegen eher hier als beim einzelfallbezogenen Vertrauensschutz im Bereich exekutivischen Handelns.

III. Übergreifender, verfassungsrechtlicher Problemzugriff

Im neueren Schrifttum finden sich vermehrt Untersuchungen, die sich auf den Bereich einer bestimmten Gerichtsbarkeit beschränken, um den jeweils zu beachtenden besonderen Gegebenheiten und Problemstellungen Rechnung zu tragen. Ohne diese Besonderheiten verkennen zu wollen, scheint es sinnvoll, das gemeinsame Grundproblem in breiter Sicht auszuleuchten: Dass für die einzelnen Gerichtszweige Differenzierungen erforderlich sein werden, zwingt noch nicht dazu, einen übergreifenden Ansatz von vornherein aufzugeben. Ziel ist es daher, die vorhandenen Einzelstudien zu einem stimmigen Gesamtkonzept zusammenzuführen.

Ob man die Lösung des Problems im einfachen Recht oder im Verfassungsrecht suchen sollte, wird unterschiedlich beantwortet. Manche Untersuchungen – zumal solche, die sich auf einen bestimmten Gerichtszweig beschränken – stellen die einfachrechtlichen Lösungsmöglichkeiten in den Vordergrund. Die vorliegende Arbeit nimmt dagegen eine verfassungsrechtliche Perspektive ein. Richtig (und an sich eine Banalität) ist, dass sowohl das Verfassungsrecht als

⁵ H. Maurer, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, ³2006, § 79 Rn. 17.

auch das einfache Recht Anknüpfungspunkte für eine Problemlösung bieten. Richtig ist auch, dass die Lösung im Einzelfall von den einschlägigen einfachrechtlichen Normen auszugehen hat; hier finden sich prozessuale Spezialregelungen und materielle rechtliche Generalklauseln, mit denen sich abgewogene, konsensfähige Ergebnisse erzielen lassen. Richtig (und wiederum banal) ist aber auch, dass – hier wie überall – die Verfassung den Rahmen bildet, in dem sich die einfachrechtlichen Lösungen entfalten. Warum sollten, wo das einfache Recht Abwägungsmechanismen bereithält, nicht verfassungsrechtliche Wertungen einfließen, die sich für die einzelnen Gerichtszweige und die ihnen anvertrauten Rechtsgebiete zwar hier und da unterscheiden mögen, aber doch zusammen ein stimmiges Gesamtbild abgeben müssen?

IV. Methodische Bedingungen von Rechtsprechung und Rechtsprechungsfunktion im gewaltenteilenden Staat

Ein wesentliches Anliegen der Arbeit ist es, die in der Rechtsprechung und in Teilen der Literatur herrschende Überzeugung, eine Übertragung der für die Rückwirkung von Gesetzen entwickelten Maßstäbe auf rückwirkende Rechtsprechungsänderungen scheidet aus, einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Leitend ist dabei die Frage, inwiefern diese Überzeugung nach wie vor auf einem traditionellen, allgemein als überholt aufgegebenen Rechtsprechungsverständnis beruht, das die Gerichtsentscheidung – unter Bezugnahme auf *Montesquieu* und die traditionelle Methodenlehre – als bloßen Erkenntnisakt greift, und inwiefern sie zu einem zeitgemäßen Verständnis rechtsprechender Tätigkeit passt. Hier sind sowohl die Entwicklungen der juristischen Methodenlehre als auch die die Rechtspraxis prägende einzelfallübergreifende Rolle von (höchstrichterlichen) Richtersprüchen zu berücksichtigen. Impulse für eine vor dem Hintergrund dieser Einsichten adäquate Funktionsbeschreibung von Rechtsprechung – und für den damit verknüpften Umgang mit dem Rückwirkungsproblem – vermittelt auch ein vergleichender Blick auf die parallelen Fragestellungen im anglo-amerikanischen Rechtsraum, wo man mit den rechtsschöpferischen Aspekten richterlicher Tätigkeit von jeher offener umgegangen ist und sie bei der Lösung des Problems rückwirkender Rechtsprechungsänderung in Rechnung gestellt hat.

C. Der verfassungsrechtliche Ansatzpunkt beim Vertrauensschutz

Der Titel der Arbeit grenzt die Fragestellung ein und verrät zugleich ein Vorverständnis darüber, wo – aus Sicht des Rechtsunterworfenen – der Kern des Problems liegt: im Bereich des Vertrauensschutzes. Inwieweit und unter wel-

chen Voraussetzungen kann sich der Einzelne auf die Maßgeblichkeit einer bestimmten Rechtslage aufgrund gerichtlicher Entscheidungen verlassen? Damit ist aber zunächst nur die Fragestellung näher konturiert. Ohne eine Vorfestlegung auf eine subjektiv-rechtliche Vertrauensschutzdogmatik mit strengen subjektiven Voraussetzung (etwa mit Blick auf die Kenntnis der Vertrauensgrundlage) oder eine objektiv-rechtliche Kontinuitätsdogmatik mit geringeren Anforderungen, auf die sich der Einzelne im Konfliktfall aber kaum berufen kann, soll möglichst unbefangen untersucht werden, wie die Verfassung die Verlässlichkeit der Rechtsordnung für den Einzelnen gewährleistet und was das für Rechtsprechungsänderungen bedeutet.

Wenn die Arbeit den Schlüssel zur Lösung dieser Frage im Verständnis der Rechtsprechungsfunktion im gewaltenteilenden Staat sucht, geht sie vom Rechtsunterworfenen aus, dem der Staat rechtsetzend und -sprechend gegenübertritt. Von diesem Ausgangspunkt aus verschiebt sich der Blick auf die an der Funktionentrennung von Legislative und Judikative orientierte scharfe Abgrenzung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung in Richtung auf das Zusammenwirken der Gewalten bei der Rechtserzeugung. Ob die bisherige Vertrauensschutzdiskussion der Verbindung von rechtsprechenden und -setzenden Anteilen in der höchstrichterlichen Spruchstätigkeit angemessen Rechnung trägt, erscheint damit nicht in erster Linie als Frage nach dem Verhältnis der Staatsgewalten untereinander, sondern vor allem als Frage nach dem Verhältnis des Bürgers zum Staat. Einen Gewinn an maßstäblicher Klarheit verspricht dabei der Versuch, dem in der Rechtsprechung in jüngerer Zeit etablierten Begründungsansatz für die Verlässlichkeit der Rechtsordnung aus einem Zusammenspiel von rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Erwägungen⁶ in seiner Entwicklung nachzuspüren und ihn kritisch zu hinterfragen. Insofern stellt sich die Frage, inwieweit eine differenziertere grundrechtliche Rekonstruktion des Vertrauensschutzprinzips zu größerer Stimmigkeit beitragen kann.

D. Gang der Darstellung

Den Ausgangspunkt der Arbeit bildet eine Bestandsaufnahme von einschlägiger höchstrichterlicher Rechtsprechung und Literatur (Erster Teil).⁷ Die an den Anfang gestellte Literaturoswertung folgt angesichts der Fülle des vorhandenen Materials einem von den einzelnen Konzepten abstrahierenden, nach den vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten und der dogmatischen Problemverortung trennenden Ansatz. Die Alternative einer geschlossenen Darstellung und Würdigung einzelner Konzepte hätte zwar erleichtert, ihnen jeweils gerecht zu

⁶ Zuerst in BVerfGE 127, 1 (16) und identisch BVerfGE 127, 61 (75).

⁷ Siehe dazu unten §§ 2–4.

werden und Verzerrungen zu vermeiden, hätte aber noch stärker zu exemplarischer Auswahl gezwungen und den Versuch einer Strukturierung erschwert. An den Schrifttumsüberblick schließt sich eine Auswertung der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes sowie des BVerfG mit Blick auf Aussagen zur Gewährung von Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung an.⁸ Darauf folgt ein – ihrer Bedeutung als primäres Entwicklungsfeld verfassungsrechtlicher Vertrauensschutzerwägungen entsprechend – ausführlicher Überblick über die Rechtsprechung des BVerfG zum Problem rückwirkender Gesetzgebung. Es ist für das vorliegende Thema nicht nur von randständiger Bedeutung, sondern bildet vielmehr in Rechtsprechung wie Literatur den gemeinsamen Fluchtpunkt sämtlicher verfassungsrechtlicher Vertrauensschutzerwägungen hinsichtlich rückwirkender Rechtsprechungsänderungen. Dem jahrzehntelangen Ringen beider Senate um eine – nach wie vor im Fluss befindliche – konsistente Linie unter Schützenhilfe wie Störfeuer aus der Wissenschaft nachzuspüren, erfordert eine eingehende Analyse, um Entwicklungslinien und Brüche freizulegen.

Hieran schließt sich ein Überblick über den Umgang mit dem Problem der Rechtsprechungsänderung im anglo-amerikanischen Rechtskreis an (Zweiter Teil).⁹ Zunächst werden die gemeinsamen Grundzüge der *doctrine of precedent* betrachtet, um anschließend Unterschiede für die Referenzgebiete England und USA zu beleuchten. Dabei findet auch die Rezeption der anglo-amerikanischen Diskussion in Deutschland Beachtung. Leitend ist hier die Frage: Was lässt sich rechtsvergleichend aus der anglo-amerikanischen *doctrine of precedent* lernen und für die verfassungsdogmatische Behandlung von Rechtsprechungsänderungen unter dem Grundgesetz fruchtbar machen?

Vor dem Hintergrund der Bestandsaufnahmen des Ersten und Zweiten Teils erfolgt der Versuch einer zeitgemäßen, methodisch reflektierten und aufrichtigen Funktionsbeschreibung von Rechtsprechung im gewaltenteilenden Staat des Grundgesetzes (Dritter Teil).¹⁰ Eine Skizze des methodischen Rahmens rechtsprechender Tätigkeit hält zunächst fest, dass *Montesquieus* Kennzeichnung der Judikative als „*en quelque façon nulle*“ die traditionelle Lesart dieser Formulierung nicht trägt, sie sachlich längst widerlegt ist und Recht *sprechen* sich keineswegs darin erschöpft, „*les paroles de la loi*“ *auszusprechen*. Die anschließende Funktionsbeschreibung trägt dem Rechnung und geht von der These aus, dass bei allen Unterschieden im Einzelnen wie im Grundsätzlichen hinsichtlich der Rolle der Judikative größere Übereinstimmung zwischen dem

⁸ Die Änderungspraxis der Gerichte und die hierbei anzutreffenden Techniken, insbesondere stillschweigende Änderungen und Mittel zu ihrer Verschleierung, kommen allenfalls am Rande zur Sprache. Siehe hierzu etwa *L. Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2011.

⁹ Siehe dazu unten §§ 5–8.

¹⁰ Siehe dazu unten §§ 9 und 10.

deutschen und dem anglo-amerikanischen System besteht, als üblicherweise angenommen wird.

Der Vierte Teil knüpft wiederum an die Bestandsaufnahmen des Ersten und Zweiten Teils an und untersucht die verfassungsrechtliche Herleitung von Vertrauensschutz.¹¹ Zunächst geht die Arbeit allgemein dem Spannungsfeld von Beständigkeit und Wandel und seiner Bedeutung für das Recht nach und knüpft das Problem dann an die rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Bezugspunkte im Grundgesetz an. Anschließend werden die Konsequenzen aus der im Dritten Teil entwickelten Funktionsbeschreibung rechtsprechender Tätigkeit für die Frage eines Vertrauensschutzes gegenüber Rechtsprechungsänderungen im Verhältnis zum Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Gesetzgebung gezogen.

¹¹ Siehe dazu unten §§ 11–14.

Erster Teil:

Bestandsaufnahme I (Deutschland)

Das Prinzip des Vertrauensschutzes hat eine lange Tradition im Bereich des Privatrechts. In der Formel von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ist der Gedanke der Rücksichtnahme auf die schutzwürdigen (Vertrauens-)Interessen der Gegenseite schlechthin bestimmend für das Recht der Schuldverhältnisse. Rechtsprechung und Literatur haben den heutigen § 242 BGB in einer Vielzahl von Einzelaspekten ausgeformt.¹ Erst sehr viel später wurde der Vertrauensschutzgedanke zum Gegenstand staats- und verwaltungsrechtlicher Fragestellungen.² Da es an einer unmittelbaren Ausprägung im geschriebenen Recht fehlte, ging die Entwicklung auch hier wesentlich von Wissenschaft und Rechtsprechung aus. Am Anfang der Vertrauensschutzrechtsprechung unter dem Grundgesetz standen verwaltungsgerichtliche Entscheidungen zur Rücknahme³ rechtswidriger Verwaltungsakte. War man vormals überwiegend von der unbeschränkten

¹ Siehe dazu etwa C. Schubert, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), MüKo-BGB, 82019, § 242, insbesondere Rn. 37, 50, 69, 90, 100, 150, 314, 333, 353, 358, 367, 385, 404, 421, 436 f. und 516 zu Fragen des Vertrauensschutzes i. e. S. sowie speziell zum Vertrauensschutz im öffentlichen Recht Rn. 115 und 118 f. mit dem Hinweis, dass sich ungeachtet der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben auch im Verhältnis des Bürgers zum Staat (Rn. 110 ff.) „[d]er Grundsatz des Vertrauensschutzes [...] aber von der stärker individualisierenden Betrachtung des § 242 emanzipiert [habe] und [...] ein selbständiges öffentlich-rechtliches Prinzip [sei], das im rechtsstaatlichen Gebot der Rechtssicherheit wurzelt“ (Rn. 115 m. N. aus Rspr. und Lit.).

² Zur Entwicklung H. Maurer, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 32006, § 79 Rn. 6 ff.

³ Zur Zeit der hier interessierenden Entwicklung war die (inzwischen vom Gesetzgeber übernommene) Terminologie, die die Aufhebung eines *rechtswidrigen* Verwaltungsakts als *Rücknahme*, die Aufhebung eines *rechtmäßigen* Verwaltungsakts als *Widerruf* bezeichnet, gerade im Begriff, sich allgemein durchzusetzen; vgl. etwa F. Hauelsen, Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1955, S. 1425 (1425); *ders.*, Vom rechtmäßigen zum rechtswidrigen Verwaltungsakt, NJW 1956, S. 201 (204); *ders.*, Anmerkung zu OVG Berlin, Urt. v. 14.11.56 – VII B 12/56, DVBl 1957, S. 506 (506).

Aufhebbarkeit (auch begünstigender) rechtswidriger Verwaltungsakte ausgegangen,⁴ zog ihr das BVerwG Ende der 1950er Jahre mit einer Reihe von Entscheidungen deutliche Grenzen unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes.⁵ Ebenfalls schon in den 1950er Jahren beschäftigte das BVerwG einerseits das Problem der einer rückwirkenden Gesetzgebung gezogenen verfassungsrechtlichen Grenzen, andererseits die Frage nach den Grenzen von Rechtsprechungsänderungen.

Die folgende Bestandsaufnahme des gegenwärtigen Meinungsstandes zum Problem eines Vertrauensschutzes gegenüber Rechtsprechungsänderungen in Deutschland und seiner Entwicklung zeichnet zunächst die wesentlichen Positionen im einschlägigen Schrifttum⁶ in groben Zügen sowie die dazu getroffenen Aussagen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit 1949⁷ ausführlich nach. Kreist die Diskussion dabei – wie schon ein flüchtiger Blick zeigt – seit jeher um die Frage, inwieweit die dem Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes gezogenen Grenzen rückwirkenden Normerlasses auch die Dritte Gewalt einschränken, so muss die Bestandsaufnahme auch die Grundlinien der sog. Rückwirkungsrechtsprechung⁸ beleuchten. Damit ist bereits der Rahmen einer die Anforderungen an legislatives und judikatives Staatshandeln umspannenden Auswertung abgesteckt, die sodann Grundlage einer Untersuchung der Grundlagen und Grenzen übergreifender verfassungsrechtlicher Maßstäbe sein kann.⁹

⁴ Den Ausgangspunkt bildet das Urteil des Preußischen OVG vom 21. März 1877, PrOVGE 2, 390. Repräsentativ für die traditionelle Auffassung recht nonchalant *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, ³1924, S. 96: „Der Verwaltungsakt kann, auch ohne ungültig zu sein, aufgehoben, abgeändert oder sonst beeinträchtigt werden durch neue Verwaltungsakte. Solange nichts dergleichen über ihn gekommen ist, übt er die bindende Kraft des obrigkeitlichen Einzelaktes, wie das rechtskräftige Urteil.“; Hervorhebung im Original; ebd., S. 253 ff. m. N.: „Jeder Verwaltungsakt kann grundsätzlich von der Behörde, die ihn erließ, zurückgenommen oder, was gleichsteht, von ihren Oberen aufgehoben werden.“ Zwar stoße die dem Betroffenen nachteilige Zurücknahme auf rechtliche Schranken, die zum Erfordernis besonderer Rücknahmegründe führen könnten (S. 253 f.), zu denen aber schlicht auch die Rechtswidrigkeit gehöre (S. 255 f.). Weitere Nachweise zum älteren Schrifttum bei *E. Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, ¹⁰1973, S. 265.

⁵ Grundlegend BVerwGE 5, 312; 6, 1; 8, 261; 8, 296; 9, 251.

⁶ Siehe dazu unten § 2.

⁷ Siehe dazu unten § 3.

⁸ Siehe dazu unten § 4.

⁹ Siehe dazu unten § 11.

Personen- und Sachregister

- absolutistische Staatstheorie 278–280
- administrative jurisdiction 176–177
- allgemeiner Gleichheitssatz 18–19, 37,
56, 383–407, 435–439
 - Folgerichtigkeit 396
 - Gleichheit in der Zeit 383–407, 409,
450–451
 - gleitende Skala 397
 - inhaltliche Aufladung 396
 - Inhaltsoffenheit 397, 406–407, 409
 - Kontrollintensität 396–399, 399–
406, 437, 451
 - Rechtsanwendungsgleichheit 399–
406
 - Rechtsetzungsgleichheit 388–390
 - Rechtskontinuität 390–393
 - relationaler Charakter 397, 405,
406–407, 409, 436
 - Systemgerechtigkeit 396
 - und allgemeines Gesetz 388, 393–
394, 397
 - Willkürverbot 385, 399–406, 437
- allgemeines Gesetz 388, 393–394, 397,
409, 412–413, 436
- Änderbarkeit des Rechts 335–336, 386,
395, 407, 409
- Änderung pro futuro und Änderung mit
Wirkung für die Vergangenheit 338,
355–356, 359, 376–378, 379–381,
442–443, 451
- Änderungsankündigung 13–14, 26–27,
54, 386, 443–445, *siehe auch*
prospective overruling
- anglo-amerikanischer Rechtskreis *siehe*
Case Law
- Anreicherung des Rechtsnorm-
bestandes 418–427, 439–441
- Anwaltshaftung 419
- Ast, Friedrich 226, 235
- Auslegung 207–275
 - als Kunst 232–234, 234–238, 251
 - als Textexegese 229, 233
 - als wissenschaftliches Verfahren
232–234, 234–238, 256–272
 - ältere Auslegungslehre 224–225,
229, 232–234
 - Anwendungscharakter 230–231,
238, 272–275, 323
 - Auslegungselemente 213–214, 229,
231–232, 251, 252–255, 257, 269–
271
 - Auslegungslehre Savignys 226–234,
249–252, 252–255, 269
 - hermeneutische Wende 232–234
 - Rangfolge der Auslegungselemente
255, 256, 258, 263–265, 270–272
 - Wechselbezüglichkeit von Lebens-
sachverhalt und Rechtsnorm 157,
212, 258
 - *siehe auch* Methodenlehre,
Hermeneutik
- Auslegungs- und Kommentierungs-
verbote 222–223
- Austin, John 179
- authentische Interpretation 67–69, 84–
90, 100–104, 109–127, 137–141,
414–415, 428–429
- Autonomie 329–339
- Bagatellvorbehalt 66, 79, 118
- Beccaria, Cesare 223–224
- Begriffsjurisprudenz 239–240
- Begründbarkeit 272–275, 323, 406
- Begründungserfordernis 48–51, 259–
260, 274, 323, 406, 407, 437
- Bentham, Jeremy 148, 179

- bessere Rechtserkenntnis 25, 27, 404, 436, 437
- Bestimmtheitsgrundsatz 16, 219–220, 271, 356, 424, 428–429, 447
- Bewertungs- und Verhaltensmaßstab 332–335, 337–338, 376–378, 412–413
- bipolare Verwaltungsrechtsverhältnisse 446–448
- Blackstone, William 146, 149
- Bodin, Jean 278–280
- Boeckh, August 226
- Case Law
- Civil Law / Code Law 143–144, 198–200
 - Common Law i. e. S. 143–144
 - Common Law und *Ius Commune* 146–148
 - doctrine of precedent *siehe* doctrine of precedent
 - Fallrechtsprägung 145–153
 - historische Entwicklung 145–153
 - juristische Methode 147, 160
 - Kodifikationsbestrebungen 148–149, 150
 - reasoning from case to case 160, 194
 - statute law 143, 150–151, 199
 - Systemunterschied zum Civil Law 198–200
- checks and balances 285–287
- Common Law *siehe* Case Law
- Dehler, Thomas 304
- Demokratieprinzip 342
- demokratische Legitimation 308, 309–322
- der Judikative 309–322
 - formal-organisatorisches Modell 309, 311–317
 - funktionell-institutionelle Legitimation 312, 313–315, 318–322
 - Grundlagen 311–313
 - hinreichendes Legitimationsniveau 312, 315
 - im hierarchischen Verwaltungsaufbau 313–315
 - Kontrollmodell 309, 317
 - Legitimationskette 311, 315
 - personell-organisatorische Legitimation 311, 315, 316
 - sachlich-inhaltliche Legitimation 312, 316–318
- Dilthey, Wilhelm 235
- distinguishing *siehe* doctrine of precedent
- diversity jurisdiction 188
- doctrine of precedent 143–144, 153–163, 179–186, 191–194
- binding und persuasive authority 150, 155–157
 - distinguishing 160, 162–163, 194, 197–198, 424–427
 - Geltungsgrund 163–165, 200–201
 - grundgesetzliche Anknüpfungspunkte 201–203, 423–424, 424–427
 - Jurisdiktionsbereiche und Gerichtsaufbau 175–178, 187–191
 - overruling 161, 162–163, 197–198
 - prospective overruling 161–162, 185–186
 - ratio decidendi und obiter dictum 156–159, 423–424
 - vertical und horizontal precedents 155
 - *siehe auch* stare decisis
- dogmatischer Traditionszusammenhang 262–263, 322, 455
- Drei-Stufen-Theorie 368
- Dürig, Günter 384–386, 393–394, 395
- einfachrechtliche Institute 3–4, 12, 36, 52–53
- Elfes-Doktrin 57, 61, 127–128, 131, 360
- Engisch, Karl 252–255
- Enneccerus, Ludwig 250–252
- Entscheidungsfunktion der Rechtsprechung 296–298, 322
- Entscheidungskorrektur im Instanzenzug 302–303, 321, 324, 430, 439–441
- Entscheidungstheorie 332–335
- Entscheidungsveröffentlichung 180
- Entzeitung 385, 393–394, 406–407, 409, 436
- Esser, Josef 260–263

- Fallrecht *siehe* Case Law
 federal question cases 188
 Federalist Papers 285–287
 Forsthoﬀ, Ernst 250
 Frankfurter Dokumente 291
 Freiheit als Verfassungsprinzip 360–362
 Freiheitsgrundrechte 355–356
 – als Abwehrrechte 371
 – Änderung als Eingriﬀ 378–379
 – Verhältnismäßigkeit in der Zeitdimension 379–381, 443
 – Verlässlichkeitsgewähr als Teil des Schutzbereichs 372–374, 443
 Freirechtswegung 240, 417
- Gadamer, Hans-Georg 236, 254, 260
 Gemeines Recht 146–148, 148–149, 213
 Gemeinsamer Senat 303
 Gerber, Carl Friedrich von 239, 243
 Gesetzesbindung 213, 272–275, 295, 307–309, 322–458
 – historisch 222–223
 – Legitimationskraft 316–322
 Gesetzesrückwirkung *siehe* rückwirkende Gesetzgebung
 Gewaltenkonzentration 280
 Gewaltenteilung
 – historisch 278–293
 – im Grundgesetz 293–298
 – Rechtsprechung im Gewaltengefüge 293–309
 – Verhältnis der drei Gewalten zueinander 294–298
 – Zeitschema 388–390, 391
 Gewaltmonopol 280, 330
 Gleichheit *siehe* allgemeiner Gleichheitssatz
 Gleichheitssatz
 Gleichheit in der Zeit 383–407, 393–407, 409, 450–451
 – Rechtsanwendungsgleichheit 399–406
 – Rechtsetzungsgleichheit 395–399
 – *siehe auch* allgemeiner Gleichheitssatz
 Grundnorm 245
- Grundrechte *siehe* allgemeiner Gleichheitssatz, Freiheitsgrundrechte, Verlässlichkeitsgewähr als Grundrechtsschutz
 – objektive Wertordnung 449
 – Wirkung im Privatrecht 448–450
- Hale, Matthew 154
 Hamilton, Alexander 285
 Hassemer, Winfried 235
 Heidegger, Martin 236, 254
 hergebrachte Grundsätze
 – des Berufsbeamtentums 101, 307, 364, 370
 – des richterlichen Amtsrechts 307
 Hermeneutik 214, 226–234, 234–238, 249–252, 252–255, 323
 – konstitutive Bedeutung des Verstehenden 234
 – ontologische Vorstruktur des Verstehens 237, 255, 256, 260, 263, 320
 – Universalität des Verstehensvorgangs 215, 230, 234
 – Vorverständnisabhängigkeit des Verstehens 234–238, 254, 255, 260–263, 320
 – Zirkularität 235, 237, 254, 255, 260, 320
 Herrschaft des Rechts 353, 355, 358, 417
 Herrschaftssoziologie 310
 Heuss, Theodor 304
 hierarchischer Verwaltungsaufbau 313–315
 Hobbes, Thomas 278–280
 House of Lords 176, 179–180, 180–184
 Husserl, Gerhart 333
- Instanzenzug 302–305, 321, 324
 Interessenjurisprudenz 241, 255
 Interpretation *siehe* Auslegung
 intersubjektive Begründbarkeit 272–275, 323, 406
 intersubjektive Überzeugungskraft 320–322, 323, 406, 407, 415–418, 430, 437, 439–441, 455

- Jay, John 285
 Jefferson, Thomas 335–336
 Jellinek, Georg 361
- Kant, Immanuel 331
 Kelsen, Hans 243–244, 244–249
 Kirchhof, Paul 333
 Kodifikationsbewegung 148–149, 208, 214
 Kollegialprinzip 322
 konditionale Programmierung 211–213
 Konservatismus 259–260, 385, 395
 Konstitutionalismus 290
 Kontextualisierung 147, 425–427
 Kontinuität 4–5, 48, 367, 390–393
 Konvergenz von Case Law und Civil Law 198–200
 Korrekturfunktion des Instanzenzugs 302–303, 321, 324, 430, 439–441
 Kriele, Martin 256–260
- Laband, Paul 239
 Larenz, Karl 252–255
 Law Lords 180
 law reports 180
 legal positivism 179
 Legalität 310
 Legitimation *siehe* demokratische Legitimation
 Legitimität 309
 Leitsätze 426–427
 Locke, John 280–282
 Lückenproblem 211, 224, 239–242, 241–242
 Luhmann, Niklas 393
 Lüth-Urteil 53, 449
- Madison, James 285, 335–336
 Menschenwürde 294, 330, 341, 435
 Methodenhierarchie *siehe* Auslegung
 Methodenlehre 207–275, 323
 – Subsumtionsdogma 208, 215–221, 222–225
 – und Verfassungsrecht 209–211
 – *siehe auch* Auslegung, Rechtstheorie
 Methodenpluralismus 255, 264
 Ministerverantwortlichkeit 314
 monarchisches Prinzip 290
 Montesquieu, Charles-Louis 215–221, 282–284, 285–287
 Müller, Friedrich 265–272
 multipolare
 Verwaltungsrechtsverhältnisse 448
- Nipperdey, Hans Carl 250–252
 Nomokratie 353
 Normativität 265–272, 329–331, 415
 Normhypothesen 258–259, 263, 269
 Normstruktur 211–213, 265–272
 nullum crimen, nulla poena sine lege 15–17, 82–83, 219–220, 221
- oberste Gerichtshöfe des Bundes 299–301
 Öffentlichkeit 322
 overruling *siehe* doctrine of precedent
- parlamentarische Kontrolle der Regierung 314
 Parlamentarischer Rat 291–293
 Parlamentssoveränität in England 289
 Plausibilität 261
 pouvoir constituant und pouvoir constitué 294
 Practice Statement 182–183
 Präjudizien
 – Bindungswirkung 13–14, 14–15, 19, 435–439
 – präsumtive Verbindlichkeit 258–260, 262, 418
 – Rechtsquellencharakter 11–12, 198–200, 209, 241–242, 246, 273
 praktische Konkordanz 19, 203, 352, 380
 precedents, Rechtsquellencharakter 151–153, 198–200
 Primat des Rechts 353, 355, 358, 417
 Privatrechtsverhältnis 52–54, 448–450
 Professionalisierung 179–180
 prospective overruling 14, 161–162, 185–186, 193–194
 Puchta, Georg Friedrich 239
 Pufendorf, Samuel 148
- Radbruch, Gustav 332

- Radbruch'sche Formel 50
- rationale Herrschaft 310
- Recht als (potentielle Zwangs-)
Ordnung 330
- Recht und Politik 351
- Recht und Zeit *siehe* Zeitdimension des
Rechts
- Rechtsanwendungsfehler 399–406
- Rechtsanwendungsgleichheit *siehe*
allgemeiner Gleichheitssatz, *siehe*
Gleichheit in der Zeit
- Rechtserzeugung 244–249, 272–275
- Rechtsetzung und Rechtsanwendung
296
- Rechtsetzungsgleichheit *siehe*
allgemeiner Gleichheitssatz,
Gleichheit in der Zeit
- Rechtsetzungsprärogative des
Parlaments 257, 264, 275
- Rechtsfrieden 330
- Rechtskontinuität 4–5, 390–393
- Rechtskraft 412
- Rechtsslage 391, *siehe auch* Anreiche-
rung des Rechtsnormbestandes,
Verdichtung zur bestimmten
Rechtsslage
- Rechtsnorm 211–213, 332–335
- Rechtspositivismus 179, 239, 242–243
- Rechtsprechung 293–309
- (Streit-)Entscheidungsfunktion 296–
298, 322
 - als Dritte Gewalt 294–298
 - Begriff 293–298
 - institutionelle Ausgestaltung 302–
305, *siehe auch* Instanzenzug
 - Stellung der Richter 305–309, *siehe*
auch Gesetzesbindung, richterliche
Unabhängigkeit
 - *siehe auch* richterliche
Unabhängigkeit, *siehe auch*
Gewaltenteilung
- Rechtsprechungsänderung 11–21, 23–
58, 433–451
- Rechtsprechungseinheit 89, 303–305,
324, 404, 426–427, 430, 439–441
- Rechtsschutzgarantie 296–298
- Rechtssicherheit und Vertrauensschutz
- als Elemente des
Rechtsstaatsprinzips *siehe*
Rechtsstaatsprinzip
 - Fundierung 329–339
 - Rechtsstaatsprinzip 344–359
 - Herrschaft des Rechts 353, 355,
358, 417
 - normativer Gehalt 347–354
 - Rechtssicherheit und Vertrauens-
schutz 18, 39–40, 40–41, 56–57,
66–67, 127–128, 135–137, 325–326,
354–359
 - rechtsstaatliche
Verlässlichkeitsgewähr 354–359
 - sedes materiae 344–347
 - subjektiv-rechtliche Gewährleistung
357–359, 378
 - Verletzung der allgemeinen
Handlungsfreiheit 41–42, 60–61,
127–128, 131, 359, 360
- Rechtstheorie 207–275, 207–275
- und Verfassungsrecht 209–211
 - *siehe auch* Auslegung,
Methodenlehre
- Reine Rechtslehre 243, 244–249, 272
- Relativität der Rechtsinhalte 332
- Ressortprinzip 314
- Revision 89, 262, 305, 419
- richterliche Unabhängigkeit 41–42, 43,
202, 305–307, 307–309, 322–458
- historisch 222–223, 290–293
 - Instanzenzug 302
 - und allgemeiner Gleichheitssatz
387, 399–406, 435–439
 - und demokratische Legitimation
316–322
- Richterwahl 316
- Rousseau, Jean-Jacques 288
- Rücknahme und Widerruf 9, 40, 325,
360–362, 369
- rückwirkende Gesetzgebung 59–141
- echte und unechte Rückwirkung 62–
63, 66–67, 128–129, 408
 - grundsätzliche Zulässigkeit bzw.
Unzulässigkeit 135–137, 409
 - Rückbewirkung von Rechtsfolgen
und tatbestandliche Rückanknüpfung
69–71, 71–80, 129–130, 408

- Übertragbarkeit auf rückwirkende Rechtsprechungsänderung 17–18, 58, 413
- Rückwirkung
 - von Gesetzen *siehe* rückwirkende Gesetzgebung
 - von Rechtsprechungsänderungen 11–21, 23–58, 433–451
 - *siehe auch* Verlässlichkeitsgewähr
- Rückwirkungsverbot
 - im Strafrecht 15–17, 71, 381–383
- Rückerkümmerung im Strafverfahren 37, 44, 49
- Savigny, Friedrich Carl von 226–234, 250, 252–255
- Schleiermacher, Friedrich 226, 228, 234
- Schmid, Carlo 291
- Schömann, Franz 224–225
- Schranken-Schranken 379–381
- Schünemann, Bernd 263–265
- Schutzbereich in der Zeit 372–374
 - schutzbereichsspezifische Verlässlichkeitsgewähr 374–375
 - schutzbereichsübergreifende Verlässlichkeitsgewähr 376–378
- Sein und Sollen 211–213, 243, 329, 337–338, 376–378
- Selbstbindung der Verwaltung 3, 387, 399
- separation of powers 285–287
- Sinnbezug des Gesetzes 415–418
- Sonderrechtstheorie 296
- Souveränität 278–280, 280
- Sozialstaatsprinzip 342
- Sozialvertrag 280–282, 330
- Sprache als Medium 250, 261
- Staat-Bürger-Verhältnis 54–55, 446–448
- Staatsfunktionen 277
- Staatsstrukturprinzipien 346
- Stabilität des Rechts 331–332
- stare decisis 145, 154, 155
 - Begründungsansätze 165–171
 - grundgesetzliche Anknüpfungspunkte 201–203
 - konfligierende Anforderungen 171–174
 - und Vertrauensschutz 168–169, 197–198
 - *siehe auch* doctrine of precedent
- Statuslehre 361, 371
- Steuerungsfunktion des Rechts 332–335, 337–338, 339
- Störung der Geschäftsgrundlage 12, 36, 52–53
- Streitentscheidungsfunktion der Rechtsprechung 296–298, 322
- Streitgegenstand 158, 412, 423
- Strukturierende Rechtslehre 265–272
- Stufenbau der Rechtsordnung 245
- Suarez, Francisco 233
- Subsumtion 211–213, 219, 252
- Subsumtionsdogma 208, 215–221, 222–225, 240, 272
- Süsterhenn, Adolf 292
- Syllogismus 212, 219, 223–224, 252
- Systematisierung 147, 194, 426–427
- Systemgedanke 239–240
- Systemunterschied zwischen Case Law und Civil Law 198–200
- Thomasius, Christian 148, 232
- Treu und Glauben 9, 32, 36, 38, 52–53
- Übergang vom bisherigen Rechtszustand zu einem neuen 338–339, 376–378, 379–381, 386, 394, 398, 407, 409, 443–445
- Übergangsregelungen 386, 387, 398, 443–445
- Überzeugungskraft 320–322, 323, 406, 407, 415–418, 430, 437, 439–441, 455
- Unabhängigkeit der Richter *siehe* richterliche Unabhängigkeit
- Ungleichbehandlung *siehe* allgemeiner Gleichheitssatz, Gleichheit in der Zeit
- Urteilsverfassungsbeschwerde 321, 400
- Veranlagungszeitraum 71–80, 96–98, 106–108, 111, 124
- Verbot des Einzelfallgesetzes 296
- Verbot rückwirkender Bestrafung *siehe* Rückwirkungsverbot im Strafrecht

- Verbotsirrtum 12
- Verdichtung zur bestimmten Rechtslage 418–427, 439–441
- Vereinheitlichungsfunktion des Instanzenzugs 89, 303–305, 324, 404, 426–427, 430, 439–441
- Verfassungsbindung 295
- verfassungsgebende und verfasste Gewalt 294
- Verfassungsstaat 277, 287, 309–310
- Vergangenheitsbezogenheit gerichtlicher Entscheidungen 443–445
- Verhaltens- und Bewertungsmaßstab 332–335, 337–338, 376–378, 412–413
- Verhältnismäßigkeit in der Zeitdimension 379–381
- Verlässlichkeit als Funktionsbedingung des Rechts 329–339, 342, 376, 428–429
- Verlässlichkeitsgewähr
 - als Grundrechtsschutz 360–407, 443, *siehe auch* allgemeiner Gleichheitssatz, Freiheitsgrundrechte
 - als Rechtsstaatselement 354–359, 443
 - Anknüpfungs- und Bezugspunkte 411–431
 - diachrone und synchrone 376–378
 - Gesetz als primäre Grundlage 412–413
 - hinsichtlich einer bestimmten Rechtslage 418–427, 439–441, 442–443
 - jenseits einer bestimmten Rechtslage 428–429
 - Rechtsprechung als Grundlage 414–415, 415–418, 418–427, 439–441
 - Zusammenspiel rechtsstaatlicher und grundrechtlicher Verlässlichkeitsgewähr 90–92, 407–410
- Verletzung spezifischen Verfassungsrechts 400
- Verstehen *siehe* Hermeneutik
- Vertrauensschutz 4–5, 135–137,
 - Anknüpfungs- und Bezugspunkte schützenswerten Vertrauens 411–431
 - gegenüber Rechtsprechungsänderungen 433–451
 - *siehe auch* Verlässlichkeitsgewähr
- Verwaltungsrechtsschutz 296–298
- Verwaltungsrechtsverhältnis
 - bipolares 446–448
 - multipolares 448
- Verwirkung 36, 52–53
- Volkssouveränität 311, 335–336, 342
- volonté générale 288
- Vorlageerfordernis 304–305
- Wandelbarkeit des Rechts 335–336
- Weber, Max 310
- Weimarer Richtungsstreit 242
- Weisungsrecht 314
- Wertungsjurisprudenz 251, 255, 256
- Wesentlichkeitsdoktrin 412
- Wiener Schule 243
- Willkürverbot 385
- Wolf, Friedrich August 226
- Wolff, Christian 148
- Würde der Person *siehe* Menschenwürde
- Zeitdimension des Rechts 331–332, 332–335, 336–339, 355, 376–378, 393–394
- zeitlicher Schutzbereich *siehe* Schutzbereich in der Zeit