

Vertrauensschutz durch die Rechtsprechung

Jörg Neuner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Neuner, Jörg. 2017. "Vertrauensschutz durch die Rechtsprechung." In *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, edited by Marietta Auer and Jörg Neuner, 205–18. Berlin: de Gruyter.
<https://doi.org/10.1515/9783110466713-010>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Vertrauensschutz durch die Rechtsprechung

JÖRG NEUNER

I. Einleitung

Die juristische Methodenlehre ging lange Zeit von der Idee einer einheitlichen hermeneutischen Disziplin aus, wonach der Richter bei der Ergänzung des Gesetzes genau das tut, „was in allem Verstehen auch sonst geschieht.“¹ Erst langsam setzte sich die Erkenntnis durch, dass die richterlichen Kompetenzen primär durch die Verfassung bestimmt werden² und sich hierdurch grundlegend von der Interpretation eines literarischen oder musikalischen Textes unterscheiden. Vor allem diese funktionale, durch die Prinzipien der Demokratie und Gewaltenteilung bestimmte Abgrenzung zur Legislative steht seitdem im Fokus der Diskussion über die Grenzen von „Richterrecht“. Neben der horizontalen Gewaltenteilung sind allerdings auch die Interessen der Rechtsunterworfenen mit zu berücksichtigen, die konkrete Erwartungen in die Rechtsprechung setzen und entsprechende Dispositionen treffen. Dieses Vertrauen der Rechtsunterworfenen kann sich im Wesentlichen auf zwei Faktoren beziehen, nämlich zum einen auf die richterliche Bindung an das Gesetz und zum anderen auf die richterliche Berücksichtigung von Präjudizien.³ In beiden Fällen sind freilich nur berechnete Kontinuitätsannahmen schützenswert und kein „blindes“ Vertrauen. Planungs- und Orientierungssicherheit setzen legitime Vertrauensinvestitionen voraus. Das Schlagwort der Rechtssicherheit ist hingegen viel zu unsubstantiiert und ideologiefähig, um richterliches Urteilen sachgerecht zu leiten.⁴

¹ *Gadamer*, Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Bd. 1, 1986, S. 346.

² S. etwa BVerfGE 34, 269 ff. (284 ff.); *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 117 ff.; *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969, S. 151 ff.

³ Daneben kann sich das Vertrauen auch auf die Berücksichtigung der herrschenden Meinung beziehen, vor allem, wenn die Rechtsprechung erstmals mit einer bestimmten Rechtsfrage konfrontiert wird. Die vertrauensrechtlichen Schranken rückwirkender Gesetze richten sich hingegen in erster Linie an die Legislative; s. hierzu näher *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 477 ff.; *Muckel*, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 74 ff.

⁴ S. auch *Esser*, FS Rittler, 1957, S. 13 ff. (13 ff.); *Wiedemann*, 1. FS Larenz, 1973, S. 199 ff. (199 ff.); *Neuner*, FS Georgiades, 2005, S. 1231 ff. (1232 f.).

II. Vertrauensschutz als Korrektiv

Der Schutz des Vertrauens der Rechtsunterworfenen bildet das Korrektiv zu einer rein staatszentrierten Methodik der Rechtsfindung und steht deshalb in einem Spannungsverhältnis zum Prinzip der Volkssouveränität.

1. Das Prinzip der Volkssouveränität

Die richterliche Bindung an das Gesetz beruht staatstheoretisch in erster Linie auf der demokratischen Legitimation der Legislativorgane und ist damit auf das Volk als souveränem Träger der Staatsgewalt rückführbar.⁵ Demgemäß hat sich auch die Auslegung von Gesetzen an dieser Autorenschaft zu orientieren.

a) Der Wille des Gesetzgebers

Die Prinzipien der Volkssouveränität, Demokratie und Gewaltenteilung verlangen zumindest eine präsumtive Verbindlichkeit der gesetzgeberischen Regelungsabsicht.⁶ Wenn Gesetze sich durch ihren demokratischen Entstehungsakt legitimieren sollen, ist zumindest im Ausgangspunkt eine subjektive, am Willen des Gesetzgebers orientierte Norminterpretation erforderlich.

b) Relativierungen

Die Maßgeblichkeit der historischen Regelungsabsicht ist allerdings nicht absolut, sondern wird (ungeachtet vertrauensrechtlicher Erwägungen) durch drei Schranken relativiert:⁷ eine inhaltliche, eine zeitliche und eine strukturelle. *Inhaltlich* muss das demokratisch erlassene Gesetz bestimmten Mindeststandards genügen; es darf insbesondere nicht gegen rechtsethische Minimalia (mensenrechtliche Kerngehalte), natürliche Gesetzlichkeiten (z. B. den Grundsatz „*ultra posse nemo obligatur*“), logische Grundregeln (z. B. die Unvereinbarkeit von „a“ und „non a“) oder das Willkürverbot (z. B. unter Missachtung unabweisbarer Bedürfnisse des Rechtsverkehrs) verstoßen. In *zeitlicher* Hinsicht kann die Bindung an die gesetzgeberische Regelungsabsicht zum einen entfallen, wenn sich die tatsächliche Normsituation (z. B. wegen eines technischen Fortschritts) verändert hat („*cessante*

⁵ S. hierzu auch *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 209 ff.

⁶ Vgl. etwa *Auer*, ZEuP 2008, 517 ff. (528 f.); *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 486 ff.; *Fleischer*, in: ders., Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, S. 1 ff. (5 ff.); *Grigoleit*, ZNR 30 (2008), 259 ff. (263 f.); a. A. *Braun*, JZ 2013, 265 ff. (271 f.) m. w. N.

⁷ S. näher *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 141 ff.

*ratione legis cessat lex ipsa*⁸). Zum anderen kann sich auch das gesamte Rechtssystem, einschließlich der Wertvorstellungen der Sozietät, so stark gewandelt haben, dass eine Bindung an den historischen Normzweck nicht mehr zu rechtfertigen ist (z. B. hinsichtlich der Sexualmoral oder des im BGB verankerten Vorsatzerfordernisses bei vorvertraglicher Irreführung⁹). *Strukturell* ist schließlich kennzeichnend, dass der Gesetzgeber keine singulären Tatbestände regelt, sondern allgemeine Anordnungen trifft und treffen muss. In exzeptionellen Fällen kann es daher geboten sein, eine Norm nicht anzuwenden, weil und sofern der konkrete Sachverhalt völlig atypisch gelagert ist und eine Normanwendung zu einem untragbaren Ergebnis führen würde (z. B. im Strafrecht unter dem Aspekt des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands¹⁰).¹¹ Ein solches Abweichen von der allgemeinen Gesetzesregel kommt nur in ganz außergewöhnlichen Konstellationen in Betracht, doch wäre eine Entscheidung demokratietheoretisch nicht zu rechtfertigen, die unter dem Motto steht: „Keiner wird sie begreifen, ich selbst bedauere sie, aber das Gesetz will es so.“¹²

2. Das Prinzip des Vertrauensschutzes

Dem Prinzip der Volkssouveränität steht der Schutz des Vertrauens der Rechtsunterworfenen gegenüber.¹³

a) Der Schutz abstrakten Vertrauens

Die Rechtsunterworfenen vertrauen bei ihrem Handeln auf die „Gesetzeslage“ und orientieren sich an den Vorgaben der *lex lata*, wie etwa bei der kautelarjuristischen Ausgestaltung von „allgemeinen Geschäftsbedin-

⁸ S. näher Löwer, *Cessante ratione legis cessat ipsa lex*, 1989.

⁹ Ausführlich Grigoleit, *Vorvertragliche Informationshaftung*, 1997, S. 40 ff.

¹⁰ S. näher Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. zu §§ 32 ff. Rn. 115 f. m. w. N.

¹¹ S. dazu auch schon Aristoteles, *Nikomachische Ethik* (in der Übersetzung von Gigon), 6. Aufl. 1986, 1137 b: „Die Schwierigkeit kommt daher, dass das Billige zwar ein Recht ist, aber nicht dem Gesetze nach, sondern als eine Korrektur des gesetzlich Gerechten. Die Ursache ist, dass jedes Gesetz allgemein ist, in einigen Dingen aber in allgemeiner Weise nicht gesprochen werden kann. Wo man allgemein reden muss, dies aber nicht angemessen tun kann, da berücksichtigt das Gesetz die Mehrzahl der Fälle, ohne über diesen Mangel im unklaren zu sein. Dennoch geht es richtig vor. Denn der Fehler liegt weder im Gesetz noch beim Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache (...). Dies ist also die Natur des Billigen, eine Korrektur des Gesetzes, soweit es auf Grund seiner Allgemeinheit mangelhaft ist.“

¹² Less, *Vom Wesen und Wert des Richterrechts*, 1954, S. 82.

¹³ Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Prinzips des Vertrauensschutzes im Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten s. näher BVerfGE 135, 1 ff. (Tz. 63); Leisner, *Kontinuität als Verfassungsprinzip* (oben Fn. 3), S. 463 f.; Muckel, *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen* (oben Fn. 3), S. 35 ff.

gungen“ oder der Wahrnehmung gesetzlicher Gewährleistungsrechte. Vertrauensinvestitionen lassen sich zwar nicht in jedem Einzelfall belegen und werden von juristischen Laien vielfach auch nicht konkret getätigt, doch ist ein abstraktes Vertrauen ausreichend, das typische Erwartungshaltungen widerspiegelt. Mit dieser abstrahierenden Betrachtungsweise korrespondiert die generelle Inpflichtnahme der Normadressaten durch die Rechtsordnung. Von den Normadressaten wird ein regelkonformes Verhalten und insoweit die umfassende Kenntnis der *lex lata* verlangt. Die Rechtsunterworfenen dürfen sich nicht einfach auf ihr eigenes Urteil verlassen, müssen in Zweifelsfällen vielmehr sachverständigen Rat einholen und sich durch professionelle Unterstützung mit der Rechtsordnung vertraut machen. Dieses generelle Vertrautmachen-Müssen impliziert zugunsten der Rechtsunterworfenen ein ebenso generelles Vertrauen-Dürfen auf die Rechtsordnung, losgelöst von der Praxis des Einzelfalles.¹⁴ Staatliche Gesetze lassen sich nicht auf einen rein hoheitlichen Oktroi im Sinne von belastenden Gebotssätzen reduzieren, sondern vermitteln zugleich und spiegelbildlich einen Orientierungsmaßstab zugunsten der Rechtsunterworfenen, auf den ganz allgemein vertraut werden darf. Auf konkrete, individuell nachweisbare Vertrauensdispositionen kommt es also nicht an, ebenso wenig wie sich der Normadressat auf die Unkenntnis der Rechtslage berufen kann.¹⁵ Das Gleiche gilt *mutatis mutandis* für das Vertrauen in die bisherige Rechtsprechung, zumal der Nachweis einer konkreten Vertrauensinvestition mit unverhältnismäßig hohen prozessualen Hürden und Risiken verbunden wäre.¹⁶

b) Relativierungen

Abstraktes oder konkretes Vertrauen verdient allerdings keinen uneingeschränkten Schutz, sondern setzt *legitime* Kontinuitätsannahmen voraus. Zum einen bedarf es eines objektiven Vertrauenstatbestandes und zum anderen der subjektiven Schutzwürdigkeit des „Vertrauenden“.

III. Objektive Vertrauenstatbestände

Sowohl das von der Legislative erlassene Gesetz als auch die von der Rechtsprechung formulierten Präjudizien können objektive Vertrauenstatbestände begründen.

¹⁴ A. A. Heß, *Intertemporales Privatrecht*, 1998, S. 296 m. w. N.

¹⁵ Vgl. auch Vonkilch, *Intertemporales Privatrecht*, 1999, S. 110 f. m. w. N.

¹⁶ Langenbucher, JZ 2003, 1132 ff. (1136); Klappstein, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft, 2009, S. 380 ff.; für eine Gestattung des Gegenbeweises Höpfner, RdA 2006, 156 ff. (157).

1. Das Gesetz

Das schlichte Vertrauen auf das „Gesetz“ ist allerdings zu pauschal und unspezifisch, um einen sachgerechten Anknüpfungspunkt zu bilden. Näher betrachtet kann sich das Vertrauen vor allem auf die gesetzgeberische Regelungsabsicht, den objektiven Sinn der Norm sowie die Systematik des Gesetzes beziehen. Ausgangspunkt der Sinnermittlung und Grundlage einer ersten Erwartungshaltung ist der Wortlaut des Gesetzes. Dabei gilt es zu differenzieren zwischen gesetzgeberischen Intentionen, die mit dem Wortsinn des Gesetzes vereinbar sind, und solchen, die nicht darauf zurückgeführt werden können.

a) Die gesetzgeberische Regelungsabsicht

Normadressaten dürfen sich nicht einfach auf den Wortlaut einer Norm, also auf bloße sprachliche Zeichen, verlassen. Erlaubt der Wortsinn mehrere Deutungen, bleibt zu klären, was der Gesetzgeber genau intendierte. Die historische Regelungsabsicht ist erst recht zu berücksichtigen, wenn sie durch den Wortlaut der Norm eindeutig zum Ausdruck kommt. Zudem müssen die Normadressaten davon ausgehen, dass der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz zur Geltung gelangt, indem der Wille des Gesetzgebers im Wege der Analogie oder Restriktion universalisiert bzw. eingeschränkt wird.

Diese Maßgeblichkeit der gesetzgeberischen Intention folgt nicht nur aus demokratietheoretischen Erwägungen, sondern ist auch dem Umstand geschuldet, dass die Regelungsabsicht einen verifizierbaren, intersubjektiv nachvollziehbaren Maßstab bildet und insofern einen validen Vertrauenstatbestand zu begründen vermag. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die Regelungsabsicht auf den Normtext zurückführen lässt oder mittels des Gleichbehandlungsgrundsatzes effektuiert werden kann. Die Rechtsunterworfenen können und müssen bei der Lektüre des Gesetzes davon ausgehen, dass mit der getroffenen Wortwahl eine noch näher zu eruierende *intentio auctoris* verbunden ist, die das Auslegungsziel und den Bezugspunkt des Vertrauens verkörpert.

Die gesetzgeberische Regelungsabsicht ist aus demokratietheoretischer Sicht allerdings keine absolute Größe, sondern unterliegt inhaltlichen, zeitlichen und strukturellen Schranken.¹⁷ Es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit diese etatistisch begründeten Einschränkungen die historische Regelungsabsicht auch in ihrer Funktion als Vertrauenstatbestand relativieren. Hierbei gilt es zu *differenzieren*:¹⁸ Handelt es sich um ein inhaltlich unzureichendes Gesetz, weil rechtsethische Mindeststandards nicht eingehalten werden, Naturgesetzmäßigkeiten unbeachtet bleiben oder zwei Normen sich

¹⁷ Vgl. oben im Text bei Fn. 7 ff.

¹⁸ S. auch *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem (oben Fn. 7), S. 173 ff.

widersprechen, liegt in der Regel bereits objektiv kein Vertrauenstatbestand vor. Das Gleiche gilt bei offenkundig willkürlichen Anordnungen. Ansonsten darf der Bürger auf gesetzliche Normen jedoch prinzipiell vertrauen, ungeachtet potentieller Wertungswidersprüche, sachwidriger Anordnungen oder Aspekten der Einzelfallgerechtigkeit. Ähnlich zu beurteilen sind Veränderungen im tatsächlichen Normbereich. Lediglich wenn eine Vorschrift im Zeitpunkt der Disposition überhaupt keinen vernünftigen Sinn mehr vermittelt, handelt es sich um ein „blindes“, irrelevantes Vertrauen. Bei Veränderungen der normativen Grundlagen des Rechtssystems ist ein Vertrauensschutz ebenfalls grundsätzlich geboten, es sei denn, der Wertungswandel ist evident oder es stehen zwingende Gründe des Gemeinwohls entgegen (analog zur Zulässigkeit rückwirkender Gesetze). Ein objektiver Vertrauenstatbestand scheidet somit (abgesehen von der Verdrängung durch übergeordnete Gemeinwohlbelange) nur dann aus, wenn eine Norm ganz offenkundig verfehlt ist und ihre richterliche Anwendung daher nicht erwartet werden kann.

b) Der objektive Normzweck

Der objektive Zweck einer Norm ist häufig umstritten und wird entsprechend unterschiedlich definiert. Er scheidet als Vertrauenstatbestand deshalb aus, sofern die gesetzgeberische Regelungsabsicht einen vorhersehbaren und verlässlichen Orientierungsmaßstab bildet, indem sie auf den Gesetzestext zurückgeführt oder über den Gesetzestext hinaus mit Hilfe des Gleichbehandlungsgrundsatzes durchgesetzt werden kann. Etwas anderes gilt hingegen, wenn die gesetzgeberische Regelungsabsicht mit dem Gesetzeswortlaut unvereinbar ist und bei verständiger Würdigung mit keiner entgegenstehenden Intention zu rechnen ist. In diesem Fall bildet der Wortlaut des Gesetzes in Verbindung mit objektiv-teleologischen Kriterien den maßgeblichen Vertrauenstatbestand.

Zur Veranschaulichung sei das Benachteiligungsverbot aufgrund „sexueller Identität“ gem. §§ 1, 7 Abs. 1, 19 Abs. 1 AGG hervorgehoben, das nach dem neutralen Wortlaut des Gesetzes zugunsten homosexueller Personen in einem heterosexuellen Umfeld, ebenso wie umgekehrt zugunsten heterosexueller Personen in einem homosexuellen Umfeld, gilt. Nichts anderes ergibt sich objektiv-teleologisch unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Diese Verständnisperspektive der Normadressaten ist auch die allein maßgebliche,¹⁹ obgleich völlig überraschend in den Gesetzesmaterialien die Gruppe heterosexueller Personen ausgenommen bleibt.²⁰ Der Vertrauensschutz findet hier seine Grundlage in einer offenkundig sach- und

¹⁹ Vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, 76. Aufl. 2017, § 1 AGG Rn. 10; MünchKomm/*Thüsing*, BGB, 7. Aufl. 2015, § 1 AGG Rn. 88; Wolf/*Neuner*, Allg. Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, § 4 Rn. 46.

²⁰ BT-Drucks. 16/1780, S. 31.

interessengerechten Regelung, die durch den Wortlaut der Norm unmissverständlich zum Ausdruck kommt. Ein entgegenstehender Gesetzgeberwille, der bei verständiger Lektüre des Gesetzestextes nicht zu erwarten ist, bleibt ausnahmsweise unbeachtlich.

Objektiv-teleologische Kriterien bilden allerdings nur in Verbindung mit einer entsprechenden Verankerung im Normtext eine valide Vertrauensbasis. Im Rahmen einer „freien“ richterlichen Rechtsfortbildung werden die Normadressaten zwar auch auf eine „vernünftige“ Rechtsfindung vertrauen, doch ist dieses Vertrauen nicht mehr als die Hoffnung auf eine sachgerechte Entscheidung.

c) Systemkonforme Auslegung

Die Methode der systematischen Auslegung, die jenen Bedeutungszusammenhang mitberücksichtigt, in den eine Norm eingebettet ist, dient nicht nur der Präzisierung der gesetzlichen Regelungsanordnung, sondern flankierend dazu auch dem Vertrauensschutz. So lässt sich beispielsweise aus der Vorverlagerung der Schmerzensgeldregelung von § 847 BGB a. F. in den allgemeinen Teil des Schuldrechts (§ 253 Abs. 2 BGB) klar erkennbar ableiten, dass nunmehr bei allen schuldrechtlichen Pflichtverletzungen ein Ersatz des immateriellen Schadens in Betracht kommt.

Der gebotene Vertrauensschutz, ebenso wie die Grundsätze der Volkssouveränität und Gewaltenteilung, drohen jedoch unterlaufen zu werden, sofern das systematische Streben nach Einheit und Folgerichtigkeit den Prozess der Rechtsfindung dominiert und konkrete gesetzliche Vorgaben verdrängt. Wird der Prinzipienebene ein Vorrang vor der gesetzlichen Regelebene eingeräumt, erlangt der Systemgedanke Priorität und es kann zu einer methodisch verdeckten Derogation der *lex lata* unter Missachtung des gebotenen Vertrauensschutzes kommen. Um das zu vermeiden, ist ein zweistufiges Verfahren geboten, bei dem zunächst die einzelne Rechtsnorm *isoliert*, d. h. im Lichte der textuellen und gesetzgeberischen Vorgaben, interpretiert wird. Erst im Anschluss daran darf die Systemkonformität überprüft werden.²¹ Dieses Prozedere ist insbesondere auch im Hinblick auf die Konkordanz mit übergeordnetem nationalem und internationalem Recht einzuhalten, sodass eine verfassungs- oder unionsrechtskonforme Auslegung nur subsidiär nach Feststellung des konkreten Regelungsgehalts in Betracht kommt.

Zur Veranschaulichung bietet sich der „*Quelle-Fall*“ an, in dem der BGH zu beurteilen hatte, ob für die über ein Jahr andauernde Nutzung eines man-

²¹ S. näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1998, S. 31 f., 170 f., 213 ff.; für ein „Hin- und Herwandern des Blickes“ plädiert *Canaris*, FS Bydlinski, 2002, S. 47 ff. (80 f., 97), falls die *lex lata* keinen hinreichenden Raum für eine richtlinienkonforme Auslegung zu lassen scheint.

gelhaften „Herd-Sets“ Wertersatz zu leisten war.²² Der *BGH* legte in seiner Entscheidung zutreffend dar, dass der nationale Gesetzgeber dem Verkäufer im Falle einer späteren Ersatzlieferung einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen der mangelhaften Sache zubilligen wollte. Zugleich stellte der *BGH* ausweislich der Gesetzesmaterialien fest, dass der Gesetzgeber damit eine richtlinienkonforme Regelung intendierte.²³ Der *EuGH* judizierte hingegen, eine Wertersatzpflicht verstoße gegen Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.²⁴ Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung revidierte der *BGH* seine ursprüngliche Auffassung und konstatierte, dass das Gesetz eine „verdeckte Regelungslücke“ aufweise,²⁵ die durch eine einschränkende Anwendung des § 439 Abs. 4 BGB a. F. zu schließen sei.²⁶

Von einer Unvollständigkeit des Gesetzes und einer bloßen Lückenfüllung kann indes nicht gesprochen werden. Der nationale Gesetzgeber hat nichts ungeregt gelassen, sondern sich schlicht und einfach geirrt.²⁷ Er hat eine Regelung erlassen, die sich nach Maßgabe der späteren *EuGH*-Rechtsprechung als unzureichend erwiesen hat, vergleichbar sonstigen unerwarteten Veränderungen im tatsächlichen oder normativen Umfeld einer Vorschrift. Daher kommt als *ultima ratio* nur eine Normderogation²⁸ in Betracht.²⁹ Unter dem Aspekt der Volkssouveränität erscheint eine solche Korrektur durchaus gerechtfertigt, da der Gesetzgeber ausdrücklich eine richtlinienkonforme Umsetzung beabsichtigte. Auch eine Vorlage zum *BVerfG* gem. Art. 100 Abs. 1 GG ist folglich nicht veranlasst.³⁰ Zu einem Verbot des *contra legem*-Judizierens führen hingegen die legitimen Kontinuitätserwartungen der Normadressaten. Für die betroffenen Verkäufer war nach dem Wortlaut des § 439 Abs. 4 BGB a. F. und der vom Gesetzgeber kundgetanen Intention die Rechtslage klar und eindeutig im Sinne eines Anspruchs auf Nutzungersatz geregelt. Sie konnten daher berechtigterweise auf den Ersatz gezogener Nutzungen vertrauen und ihre unternehmerischen Kosten entsprechend kal-

²² S. auch *Wolf/Neuner*, Allg. Teil des BGB (oben Fn. 19), § 5 Rn. 37.

²³ *BGH NJW* 2009, 427 ff. (Tz. 24).

²⁴ *EuGH NJW* 2008, 1433 ff.

²⁵ *BGH NJW* 2009, 427 ff. (Tz. 25); vgl. auch *BGH NJW* 2012, 1073 ff. (Tz. 34).

²⁶ *BGH NJW* 2009, 427 ff. (Tz. 26).

²⁷ Kritisch auch *Gsell*, AcP 214 (2014), 99 ff. (137 ff.) m. w. N.

²⁸ Tatbestandlich liegt eine Derogation vor, wenn die gesetzgeberische Regelungsabsicht unbeachtet bleibt, obwohl diese mit dem möglichen Wortsinn der Gesetzesnorm noch vereinbar ist oder gemäß dem allgemeinen Gleichheitssatz im Wege der Analogie oder Restriktion durchgesetzt werden könnte, vgl. *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem (oben Fn. 7), S. 132.

²⁹ S. zur richtlinienkonformen Gesetzesderogation auch *Langenbacher*, in: dies., Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, § 1 Rn. 106; *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 ff. (51 f.).

³⁰ Vgl. insoweit auch *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europäischen Bezugsrahmen, 2006, S. 322 f., der dem Aspekt des Vertrauensschutzes jedoch allenfalls eine sehr begrenzte Bedeutung beimisst.

kulieren. Sofern der *BGH* demgegenüber argumentiert, dass von zahlreichen Stimmen in der Literatur die Richtlinienkonformität angezweifelt wurde,³¹ ändert dies nichts an der *lex lata* und der Verantwortlichkeit des Gesetzgebers für eine korrekte Richtlinienumsetzung.³² Der Gesetzgeber vermag den gesetzlichen Vertrauenstatbestand auch nicht dadurch zu zerstören, dass er ausdrücklich die Absicht zur richtlinienkonformen Umsetzung bekundet.³³ Mittels eines solchen „Freizeichnungsversuchs“ in den Materialien kann sich der Gesetzgeber ebenso wenig seiner Aufgabe entledigen wie durch einen expliziten Normvorbehalt, wonach die Vorschriften des BGB „nur nach Maßgabe ihrer Konformität mit dem Unionsrecht gelten sollen“.³⁴

Wie wenig die Interessen der Bürger bei der „richtlinienkonformen Interpretation“ berücksichtigt werden, zeigt paradigmatisch auch die Rechtsprechung zu den Aus- und Wiedereinbaukosten im Rahmen der kaufrechtlichen Nacherfüllung. Ausgangspunkt ist die „*Parkettstäbe-Entscheidung*“, in der der *BGH* zutreffend judizierte, dass der Nacherfüllungsanspruch nach dem Wortlaut des § 439 Abs. 1 BGB, der gesetzgeberischen Regelungsabsicht³⁵ sowie in Abgrenzung zum „Schadensersatz statt der Leistung“ die Kosten der Neuverlegung mangelfreier Parkettstäbe nicht erfasse.³⁶ Nachdem der *EuGH* in der Rechtssache *Weber/Putz* die Ansicht vertrat, dass Art. 3 Abs. 2, 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die Verpflichtung des Verkäufers zum Aus- und Wiedereinbau begründe,³⁷ änderte der *BGH* seine Rechtsprechung grundlegend. § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB sei nunmehr „richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die dort genannte Nacherfüllungsvariante ‚Lieferung einer mangelfreien Sache‘ auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache erfasst.“³⁸ Als Argument führt der *BGH* an, eine solche Auslegung sei noch vom Wortlaut des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB gedeckt.³⁹ Es kann hier dahinstehen, ob diese normtextuelle Einschätzung zutrifft. Entscheidend ist, dass die Normadressaten legitimerweise auf die mit dem Wortlaut und der Gesetzessystematik übereinstimmende gesetzgeberische Regelungsabsicht vertrauen durften.⁴⁰ Zutreffend betont daher auch der *EuGH* in ständiger Rechtsprechung, eine richtlinienkonforme Auslegung

³¹ NJW 2009, 427 ff. (Tz. 33); vgl. auch *BGH* NJW 2012, 1073 ff. (Tz. 47).

³² A. A. Roth/Jopen, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 57, 65 f. m. w. N.

³³ A. A. Kroll-Ludwigs/Ludwigs, ZJS 2009, 123 ff. (126, 130).

³⁴ A. A. BGHZ 201, 101 ff. (Tz. 26): „Strebt der Gesetzgeber eine richtlinienkonforme Umsetzung an, ist diesem – wenn auch möglicherweise unvollkommen verwirklichten – Zweck Vorrang vor der mit der Einzelnorm verfolgten Zielrichtung zu geben.“

³⁵ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 221, 231.

³⁶ BGHZ 177, 224 ff. (Tz. 17 ff.).

³⁷ NJW 2011, 2269 ff.

³⁸ *BGH* NJW 2012, 1073 ff. (1. Leitsatz); vgl. auch *BGH* NJW 2013, 220 ff. (Tz. 16).

³⁹ *BGH* NJW 2012, 1073 ff. (Tz. 26); ebenso *St. Lorenz*, NJW 2013, 207 ff. (208).

⁴⁰ Vgl. auch Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 258.

werde durch den Grundsatz der Rechtssicherheit sowie das (grundsätzliche) Verbot des *contra legem*-Judizierens begrenzt.⁴¹ Für die Einhaltung dieser Grenzen kann es offenkundig nicht genügen, dass eine richtlinienbezogene Interpretation noch irgendwie mit dem Wortlaut der Norm vereinbar ist, was weitgehend einer Direktwirkung der Richtlinie gleichkäme. Vielmehr ist der nationale Gesetzgeber gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV zur korrekten Richtlinienumsetzung verpflichtet und unterliegt bei unzureichender Umsetzung potentiellen Staatshaftungsansprüchen.⁴²

2. Das Präjudiz

Wechselt man den Blick von der Gesetzesbindung hin zur Präjudizienbindung besteht ein fundamentaler Unterschied darin, dass sich die Rechtskraft eines Urteils grundsätzlich auf den konkreten Fall beschränkt und das Präjudiz späteren Opponenten auch nicht wie ein demokratisch erlassenes Gesetz zurechenbar ist.⁴³ Ungeachtet dessen können Präjudizien schon deshalb einen Vertrauenstatbestand begründen, weil Gerichte nicht willkürlich, sondern nur bei hinreichenden Sachgründen von ihrer bisherigen Ansicht abweichen dürfen⁴⁴ und daher gleiche Fälle im Zweifel gleich behandeln. Hinzu kommt, dass der prozessual vorgesehene Rechtsmittelzug eine einheitliche Rechtsprechung sichern soll.⁴⁵

Ob ein Vertrauensschutz zu gewähren ist, hängt zunächst – analog zur Gesetzesbindung⁴⁶ – davon ab, ob das Präjudiz *objektiv* überhaupt einen geeigneten Vertrauenstatbestand verkörpert. Dieser fehlt beispielsweise, wenn eine Entscheidung willkürlich, in sich widersprüchlich oder – gemessen am tatsächlichen oder normativen Umfeld – völlig veraltet ist.⁴⁷ Es lassen sich also nicht einfach die für die zulässige Rückwirkung von Gesetzen entwickelten Grundsätze heranziehen, sondern es ist eine differenzierte Betrachtung geboten.⁴⁸

⁴¹ *EuGH* NJW 2006, 2465 ff. (*Adeneler*); zuletzt *EuGH* NJW 2014, 2335 ff. (*Kásler*).

⁴² S. zu den (restriktiven) Voraussetzungen näher *EuGH* Rs. C-392/93 (*British Telecommunications*), Slg. 1996, I-1631 Tz. 37 ff.; *Staudinger*, ZJS 2008, 309 ff. (311).

⁴³ Vgl. *Canaris*, SAE 1972, 22 ff. (22 f.); *Höpfner*, RdA 2006, 156 ff. (164).

⁴⁴ S. *BVerfG* NJW 2003, 501 ff.; 1995, 2911 ff.; *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft (oben Fn. 16), S. 243 f.

⁴⁵ Vgl. *Ungern-Sternberg*, AöR 138 (2013), 1 ff. (8); *Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970, S. 14 ff.

⁴⁶ Vgl. oben im Text bei Fn. 18.

⁴⁷ Zu den Gründen richterlichen Abweichens von einem Präjudiz, insbesondere infolge „besserer Rechtserkenntnis“ (teilweise aber auch bedingt durch personelle Veränderungen innerhalb eines Spruchkörpers), s. näher *Maultztzsch*, *RabelsZ* 79 (2015), 322 ff. (336 ff.); *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, S. 83 ff.

⁴⁸ S. nur *Herdegen*, WM 2009, 2202 ff. (2204); *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft (oben Fn. 16), S. 277 f.

Zudem ist der Gedanke des Vertrauensschutzes mit *gegenläufigen Prinzipien* des materiellen Rechts abzuwägen, insbesondere mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz, sofern sich ein Präjudiz über gesetzgeberische Regelungsabsichten hinweggesetzt hat. Die Wirkkraft des Vertrauensschutzprinzips kann dabei unterschiedlich stark ausgeprägt sein, je nachdem, ob eine bestimmte Rechtsprechung bereits gefestigt ist, ob sie von den obersten Gerichten schon bestätigt wurde und ob sie seitens der Wissenschaft überwiegend auf Zustimmung oder Ablehnung stößt. Besonders bedeutsam ist mithin der Aspekt der Vorhersehbarkeit.

Demgemäß betont auch das *BVerfG*: „Eine in der Rechtsprechung bislang vertretene Gesetzesauslegung aufzugeben, verstößt nicht als solches gegen Art. 20 III GG. Die über den Einzelfall hinausreichende Geltung fachgerichtlicher Gesetzesauslegung beruht allein auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe sowie der Autorität und den Kompetenzen des Gerichts. (...). Die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält. (...). Schutzwürdiges Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage auf Grund höchstrichterlicher Entscheidungen kann daher in der Regel nur bei Hinzutreten weiterer Umstände, insbesondere bei einer gefestigten und langjährigen Rechtsprechung entstehen (...).“⁴⁹

Soweit danach im Einzelfall das Kontinuitätsinteresse Vorrang genießt, ist dieses primär durch privatrechtliche Instrumente wie den Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB, das Verschuldenserfordernis bei Schadensersatzansprüchen oder die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB durchzusetzen.⁵⁰ Subsidiär ist der allgemeine, verfassungsrechtlich verbürgte Grundsatz des Vertrauensschutzes heranzuziehen.⁵¹

Gewährt ein Gericht im konkreten Fall Vertrauensschutz, möchte es jedoch zukünftig nicht mehr an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten, kann es dies in der Entscheidung andeuten und damit den Vertrauenstatbestand erschüttern. Funktions- und zweckwidrig erscheinen hingegen verbindliche, zeitlich über den Einzelfall hinausreichende Erklärungen im Sinne

⁴⁹ *BVerfG* NZG 2016, 61 ff. (Tz. 11); zur Rechtsprechung des *EuGH* s. näher *Rosenkranz*, ZfPW 2016, 351 ff. (357 ff.) m. umf. N.; zur Judikatur des *BGH* (einschließlich Rechtsprechungsänderungen bei der AGB-Kontrolle) s. näher *Maultzsch*, RabelsZ 79 (2015), 322 ff. (358 ff.) m. umf. N.; s. ferner monographisch *Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996.

⁵⁰ Vgl. *Bydlinski*, JBl 2001, 2 ff. (22 ff.); *Zimmermann/Jansen*, FS Fleming, 1998, S. 285 ff. (309 f.); *Langenbucher*, FS Horn, 2006, S. 1179 ff. (1181 ff.); *Maultzsch*, RabelsZ 79 (2015), 322 ff. (348 ff.).

⁵¹ Vgl. *Langenbucher*, JZ 2003, 1132 ff. (1134 f.); *Vonkilch*, Das intertemporale Privatrecht (oben Fn. 15), S. 334 ff. (zum österreichischen Recht).

eines „*prospective overruling*“, zumal diese zu einer inadäquaten Selbstbindung des Gerichts führen können.⁵²

IV. Die Schutzwürdigkeit

Für die Gewährung von Vertrauensschutz muss der Normadressat des Weiteren auch *subjektiv* schutzwürdig sein.⁵³ Ausreichend ist bereits ein abstraktes bzw. typisiertes Vertrauen,⁵⁴ dem allerdings die Basis entzogen wird, wenn sich der Normadressat treuwidrig verhält. Dabei kann man drei Fallgruppen unterscheiden:

Einmal kann der Normadressat im Rechtsverkehr *widersprüchlich bzw. arglistig* auftreten. Dies geschieht insbesondere, wenn sich jemand gegenüber einem anderen Privatrechtssubjekt privatautonom bindet und zugleich einkalkuliert, dass seine Erklärung von Gesetzes wegen unwirksam ist. Wer beispielsweise eine Bürgschaftserklärung mündlich abgibt, in der Erwartung, dass die Willenserklärung wegen eines gesetzlichen Formmangels gem. §§ 766 S. 1, 125 S. 1 BGB nichtig ist, mag objektiv schutzwürdig sein, weil es sich um ein sehr risikobehaftetes Geschäft handelt, nicht aber unter vertrauensrechtlichen Aspekten. Würde also die Rechtsprechung den Anwendungsbereich von § 766 S. 1 BGB plötzlich restriktiver oder den kaufmännischen Anwendungsbereich von § 350 HGB überraschend extensiv interpretieren, stünden einer solchen Änderung keine vertrauensrechtlichen Schranken entgegen.

Ebenso ist Vertrauensschutz zu versagen, wenn eine Rechtsposition durch ein *vorangegangenes unrechtmäßiges* Verhalten herbeigeführt wurde („*nemo auditur turpitudinem suam allegans*“). Als Beispiel mag dienen, dass jemand einen Gegenstand unredlich erworben hat und nunmehr auf den zukünftigen Eintritt einer gesetzlichen Verjährungs- oder Ersitzungsfrist vertraut. Kennzeichnend für die Versagung des Vertrauensschutzes in dieser Fallgruppe ist die Unrechtsfortwirkung früheren Verhaltens.⁵⁵

Schließlich kann auch das Vertrauen in die *Sanktionsfolgen einer rechtswidrigen Handlung* schutzunwürdig sein. So hat beispielsweise das BVerfG

⁵² S. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 260; Robbers, JZ 1988, 481 ff. (488); a. A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, S. 306 ff. (der für eine Kompetenz zur Formulierung richterlicher Übergangsordnungen eintritt); speziell zur US-amerikanischen Praxis des *prospective overruling* Rösler, RabelsZ 79 (2015), 250 ff.

⁵³ S. auch Langenbacher, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 132 f.; Neuner, ZHR 157 (1993), 243 ff. (278 ff.).

⁵⁴ Vgl. bereits oben nach Fn. 13.

⁵⁵ Vgl. Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S. 74.

in der „*Soraya-Entscheidung*“⁵⁶ dem Aspekt des Vertrauensschutzes zu Recht keine Relevanz beigemessen. Die Gewährung eines immateriellen Schadensersatzes erfolgte zwar *contra legem*, doch durfte der Schädiger bei der schweren Persönlichkeitsverletzung nicht darauf vertrauen, kein Schmerzensgeld zahlen zu müssen. Auch bei der aktuellen Diskussion über die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes im Fall der Tötung eines nahen Verwandten sind vertrauensrechtliche Erwägungen ohne Belang. Eine (*contra-legale*) Rechtsfortbildung scheidet hier allein deshalb aus, weil verschiedene Gesetzgebungsinitiativen erfolglos blieben,⁵⁷ nicht aber, weil der Totschläger darauf vertrauen durfte, dass im Falle einer Tötung den Angehörigen *de lege lata* kein immaterieller Schadensersatz zu leisten ist. Zu beachten ist allerdings, dass schon vor einer schädigenden Handlung legitime Vertrauensinvestitionen in Betracht kommen können, etwa im Hinblick auf Verkehrssicherungspflichten oder den Abschluss einer Versicherung.⁵⁸ Diese genießen grundsätzlich Schutz, im Unterschied zu solchen Vertrauensinvestitionen, die erst vor Prozessbeginn stattfinden und sich ungeachtet des haftungsbe gründenden Verhaltens allein auf den Ausgang des Verfahrens beziehen.

V. Schlussbetrachtung

In der Gesamtschau zeigt sich, dass das Prinzip des Vertrauensschutzes zu den bestimmenden Maximen der Rechtsfindung gehört. Während mit dem Grundsatz der Volkssouveränität die Idee kollektiver Selbstbestimmung verbunden ist, berücksichtigt der Vertrauensschutz die individuellen Kontinuitätsinteressen der Rechtsunterworfenen. Beide Prinzipien sind aber auch miteinander verschränkt und verhalten sich komplementär zueinander, indem eine demokratische Gesetzgebung Standards setzt, die den vorherrschenden Anschauungen und Wertungen entsprechen und damit ein Höchstmaß an Orientierungssicherheit zu entfalten vermögen. Der Gedanke der Rechtssicherheit ist als erkenntnisleitendes Prinzip hingegen zu unspezifisch und ideologiegefährdet, da er auf den Rechtsbegriff schlechthin Bezug nimmt. Weder die Gesetzesbindung noch die Bindung an ein Präjudiz lassen sich mit dem pauschalen Hinweis auf Rechtssicherheit hinreichend rechtfertigen.

⁵⁶ BVerfGE 34, 269 ff.

⁵⁷ S. näher *Pflüger*, Schmerzensgeld für Angehörige, 2005, S. 141 ff.; *Neuner*, JuS 2013, 577 ff. (583).

⁵⁸ Vgl. *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht (oben Fn. 53), S. 132.