

Adam Sagan

Rückwirkende Rechtsprechungsänderung

Eine methodologische und dogmatische Studie
zur zeitlichen Dimension höchstrichterlicher
Rechtsprechungsänderungen im Privatrecht



Nomos

Band 10

Neue Schriften zum Zivilrecht



Nomos

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christian Berger

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb

Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit

Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess

Prof. Dr. Abbo Junker

Prof. Dr. Dirk Looschelders

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

Adam Sagan

Rückwirkende Rechtsprechungsänderung

*Eine methodologische und dogmatische Studie
zur zeitlichen Dimension höchstrichterlicher
Rechtsprechungsänderungen im Privatrecht*

Nomos Verlagsgesellschaft

Adam Sagan studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Marburg und Bonn. Im Jahr 2007 wurde er mit der Dissertation „Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen“ an der Universität zu Köln zum Dr. iur. promoviert. Nach der Zweiten juristischen Staatsprüfung und einem Masterstudium an der Universität Oxford war er ab dem Jahr 2010 zunächst als wissenschaftlicher Mitarbeiter, später als Akademischer Rat a.Z. am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht der Universität zu Köln tätig. Im Jahr 2017 verlieh ihm die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln die Lehrbefähigung für Bürgerliches Recht, Arbeits-, Gesellschafts- und Europarecht. Seit 2018 ist er Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, europäisches und deutsches Arbeitsrecht an der Universität Bayreuth.

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

Zugl.: Köln, Univ., Habil, 2017

© 2022 Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden

Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Das Buch wurde auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier gedruckt und fadengeheftet.

ISBN 978-3-8487-6550-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-0636-0 (ePDF)

Vorwort

Wenn ein Höchstgericht seine Rechtsprechung ändert, ist die zeitliche Rückwirkung dieser Änderung offensichtlich ein handfestes Problem. Nach meinem Eindruck wird es bislang zu wenig diskutiert und ist in einer für das deutsche Recht eher unüblichen Weise „untertheoretisiert“. Mir ist von Beginn meiner Arbeit an bewusst gewesen, dass es für dieses Problem keine einfachen Lösungen gibt. Gleichwohl musste ich zwei inhaltliche Rückschlüsse hinnehmen. Zum einen lässt sich die Rückwirkungsproblematik mit den Instrumenten des Privatrechts nicht adäquat adressieren. Zum anderen entbehrt das verbreitet vertretene Modell rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes einer tragfähigen dogmatischen Grundlage. Über eine diffuse Abwägung im Einzelfall kommt es nicht hinaus. Im Laufe der Arbeit gelangte ich zu der Überzeugung, dass kein anderer Weg bleibt, als mit der gleichheitsrechtlichen Selbstbindung der höchstrichterlichen Rechtsprechung dogmatisches Neuland zu betreten.

Danken möchte ich *Ulrich Preis*, der mir schon mit der Betreuung meiner Dissertationsschrift, später mit der Annahme als Habilitand das Tor zur Wissenschaft aufgestoßen und mir die Möglichkeit eröffnet hat, eine wissenschaftliche Berufslaufbahn einzuschlagen. An dem von ihm geleiteten Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht fand ich an der Universität zu Köln nachgerade ideale Arbeitsbedingungen vor, die es mir erlaubten, mich akademisch frei zu entfalten. Zu Dank fühle ich mich der Zweitgutachterin *Barbara Dauner-Lieb* verpflichtet, die mich wissenschaftlich, insbesondere in der Lehre betreut und gefördert hat, sodass sie mir zu einer ‚zweiten‘ akademischen Lehrerin geworden ist. Danken möchte ich nicht zuletzt *Peter Hanau*, der am Anfang einen entscheidenden Impuls für die Arbeit gegeben und am Ende einen ersten Rohentwurf einer ebenso detaillierten wie hilfreichen Kritik unterzogen hat.

Die Grundlage dieser Arbeit lag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Sommersemester 2017 als Habilitationsschrift vor. Das zitierte Schrifttum wurde aktualisiert. Im Übrigen habe ich nachträglich erschienene Schriften und Beiträge punktuell eingearbeitet. Bei den dabei erforderlichen Recherchen und der Durchsicht der Umbrüche haben mich die wissenschaftlichen Mitarbeiter und die studentischen Hilfskräfte meines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, europäisches und

Vorwort

deutsches Arbeitsrecht an der Universität Bayreuth unterstützt. Hierfür gilt mein Dank *Alexander Schmidt*, *Christopher Schneider*, *Matthias Sollfrank* sowie *Charlotte Bina*, *Magdalena Heun*, *Jonas Johnsen*, *Alexander Kroll*, *Dorina Müller*, *Maximilian Türk* und *Tristan Vitt*.

Tief empfundenen Dank schulde ich meiner Mutter, *Irena Sagan*, und meinem verstorbenen Vater, *Ryszard Sagan*. Vor mehr als 40 Jahren entschieden sie sich, ihre Heimat, die damalige Volksrepublik Polen, hinter sich zu lassen. Sie siedelten unter denkbar widrigen Umständen in die Bundesrepublik Deutschland aus, damit ihre Kinder es einmal besser haben würden. Ihnen verdanke ich ein Leben in Freiheit und Wohlstand.

Adam Sagan
Bayreuth, Januar 2022

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	17
	I. Zeitliche Dimensionen zivilrechtlicher Rechtsprechung	17
	II. Grundkonflikt und Untersuchungsrahmen	19
	III. Gegenstand	21
	IV. Gang der Untersuchung	27
§ 2	Bestandsaufnahme	31
	I. Begriffliche Vorklärungen	31
	1. Allgemeine Terminologie	31
	a) Recht	31
	b) Sog. Richterrecht	33
	c) Höchst-, Ober- und Instanzgerichte	34
	d) Präjudiz, Fremd- und Selbstbindung	34
	e) Geänderte Rechtsprechung	35
	f) Anlassfall	35
	g) Übergangssachverhalt (statt Altfall)	36
	2. Begriff der Rechtsprechungsänderung	36
	3. Zeitliche Typologie der Rechtsprechungsänderung	43
	a) Überganglose Rechtsprechungsänderung	44
	b) Warnentscheidung	44
	c) Ankündigungsentscheidung	45
	d) Zukunftswirksame Rechtsprechungsänderung	47
	4. Kategorien der Rückwirkungsschranken	49
	a) Allgemeine Rückwirkungsschranken	49
	b) Individuelle Rückwirkungsschranken	50
	II. Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts	50
	1. Rückwirkung	51
	2. Frühe Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	53
	3. Rechtsprechungs- und Gesetzesänderung	55
	4. Schwacher Vertrauensschutz	57
	III. Bundesgerichtshof und Bundesarbeitsgericht	63
	1. Gewohnheitsrecht	64

Inhaltsverzeichnis

2. Gebot der Rechtsprechungskontinuität	66
3. Vertrauensschutz	72
a) Firmenzusätze	72
b) Aufsichtsräte	74
c) Gesellschafterhaftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts	76
d) Betriebliche Altersversorgung	80
e) Kündigungsschutzrecht	82
4. Unechte Rückwirkung	85
5. Privatrechtliche Rückwirkungsschranken	93
a) Treu und Glauben bei Wettbewerbsverboten	93
aa) Karenzentschädigung für „hochbesoldete Handlungsgehilfen“	93
bb) Ausweitung auf andere Fallgestaltungen	98
cc) Vertragswidriges Verhalten des Handlungsgehilfen	101
b) Störung der Geschäftsgrundlage	102
c) Unverschuldeter Rechtsirrtum	105
d) Individuelle und atypische Rückwirkungsschranken	108
aa) Ergänzende Vertragsauslegung	108
bb) Schadensermittlung	110
cc) Perpetuierung gerichtlicher Zuständigkeiten	112
IV. Hauptströmungen im Schrifttum	112
1. Verfassungsrechtliche Lösungen	113
a) Vertrauensschutz nach dem Rechtsstaatsprinzip	113
b) Freiheitsgrundrechte	115
2. Zivilrechtliche Lösungen	116
3. Vermittelnde Lösungen	118
V. Zwischenbewertung	119
§ 3 Die Rückwirkung gerichtlicher Entscheidungen	124
I. Theorie deklaratorischer Gesetzesanwendung	125
1. Konzeption und Konsequenzen	125
2. Cursorischer Blick auf den anglo-amerikanischen Rechtskreis	131
3. Topoi der deklaratorischen Theorie	139
a) Juristischer Syllogismus	139
aa) Grundlagen	143
bb) Sein und Sollen	146

cc) Herstellung und Darstellung	152
b) Gesetzesauslegung	155
aa) Methodologischer und rechtstheoretischer Determinismus	155
bb) Gesetzeslücken	158
cc) Methodologischer Determinismus	159
(1) Wille des Gesetzgebers	162
(2) Wille des Gesetzes	166
dd) Rekonstruktion vs. Konstruktion	167
c) Gesetzesbindung	171
4. Zwischenbewertung	175
II. Zukunftswirkung des sog. Richterrechts	176
1. Vertragsfreiheit	179
2. Gesetzesanalogie	181
III. Koinzidenzgrundsatz	183
1. Kategorien richterlicher Rechtsanwendung	183
2. Zeitlicher Anwendungsbereich richterlicher Entscheidungen	187
a) Gesetzesauslegung	187
b) Konkretisierung von Generalklauseln	189
c) Rechtsfortbildung im Lückenbereich	194
§ 4 Gewohnheitsrecht	197
I. Verfassungsrechtliche Problematik und historische Hintergründe	199
II. Begründungsmodelle	206
1. Willenstheorie	206
2. Gestattungstheorie	207
3. Kombinationsmodelle	208
4. Justizgewohnheitsrecht	214
§ 5 Präjudizienvermutung	218
I. Normative Grundlagen	219
II. Argumentatives non liquet	221
III. Widerlegung	225

Inhaltsverzeichnis

§ 6	Vertrauensschutz	228
	I. Vertrauensgrundlage	229
	1. Meinungspole in der rechtswissenschaftlichen Diskussion	229
	2. Rechtsquellencharakter höchstrichterlicher Rechtsprechung	233
	3. Gesetzesbindung an sog. Richterrecht	233
	4. Einfaches Gesetzesrecht	236
	a) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	237
	b) Innerprozessuale Urteilsbindung	238
	c) Innerprozessuale „Selbstbindung des Revisionsgerichts“	238
	d) Einheitlichkeit der Rechtsprechung	240
	aa) Dispositionsbefugnis der Fachsenate	240
	bb) Dispositionsbefugnis der Großen Senate	242
	cc) Dispositionsbefugnis des Gemeinsamen Senats	243
	dd) Folgerungen für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung	243
	5. Faktisches Vertrauen	244
	a) Faktische Präjudizienautorität	246
	b) Reichweite der faktischen Kontinuitätsersparung	249
	c) Sein und Sollen	251
	II. Adressatenproblematik	253
	1. Subjektive Rechtskraft	254
	2. Veröffentlichung	256
	3. Orientierungsfunktion	257
	a) Begründung	259
	b) Vertrauensrelevanz	261
	aa) Revisionsgrund der grundsätzlichen Bedeutung	262
	bb) Einheitlichkeit der Rechtsprechung	263
	(1) Prozessrechtliche Fremdbindung der Instanzgerichte	263
	(2) Selbstbindung des Höchstgerichts	269
	c) Anwaltliche Beratungspflicht	271
	4. Steuerungsfunktion	273
	III. Vertrauensinvestition	277
	IV. Abwägung im Einzelfall	280

§ 7	Gleichheitsrechtliche Selbstbindung	286
	I. Normadressat	287
	1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	287
	2. Gerichte als typische Organe der Rechtsprechung	288
	3. Richter als Individuum	289
	4. Bindung des Bundes und der Länder	290
	5. Einheitlichkeit der Rechtsprechung	290
	a) Bundesgerichtshof und Bundesarbeitsgericht	292
	b) Oberste Gerichtshöfe des Bundes	294
	c) Konsequenzen für die gleichheitsrechtliche Bindung	294
	II. Ungleichbehandlung	296
	1. Normative und deskriptive Ungleichheit	296
	2. Persönliche Rechtsanwendungsgleichheit	299
	3. Gleichheit in der Zeit	305
	a) Diskussion zu Gesetzesänderungen	305
	b) Übertragung auf Rechtsprechungsänderungen	307
	c) Art der Rechtsprechungsänderung	308
	aa) Gesetzesauslegung	309
	bb) Konkretisierung von Generalklauseln	311
	cc) Rechtsfortbildung	312
	4. Vergleichbare Entscheidungen	314
	III. Rechtfertigung	316
	1. Verbot richterlicher Willkür	316
	a) Vergleichende und isolierte Willkürkontrolle	317
	b) Willkürkontrolle bei der Fremdbindung	319
	c) Willkürkontrolle bei der Selbstbindung	321
	2. Richterliche Unabhängigkeit	326
	3. Gleichheit im Unrecht	332
	4. Gesetzesbindung und Koinzidenzprinzip	337
	a) Außengrenzen der Gesetzesbindung	338
	b) Inhaltliche Konkretisierungsentscheidung	340
	c) Zeitliche Dimension	344
	aa) Gesetzesauslegung und Ausfüllung von Generalklauseln	345
	bb) Rechtsfortbildung	347
	5. Rechtfertigungsmaßstab	351
	a) Rechtsetzungsgleichheit	351
	b) Rechtsanwendungsgleichheit	353
	c) Analogie zu rückwirkenden Gesetzen	354

Inhaltsverzeichnis

d)	Verhältnismäßigkeitskontrolle	357
aa)	Schwere der Ungleichbehandlung	361
(1)	Art der Rechtsfolge	361
(2)	Parallelen zur Rechtsetzungsgleichheit	362
(3)	Dispositionsschutz	363
bb)	Schwere der Änderungsgründe	364
(1)	Zivilrechtliches Nullsummenspiel	365
(2)	Verfassungsgerichtlicher Kontrollmaßstab	367
(3)	Neue Gründe	369
(4)	Argumentative Verfestigung	371
(5)	Kasuistik	371
(a)	Haftung nach Spielersperre	371
(b)	Allgemeine Geschäftsbedingungen	372
cc)	Abwägung	373
(1)	Genereller Prüfungsmaßstab	374
(2)	Kasuistik	378
(a)	Blankobürgschaft	379
(b)	Architektenhonorar	383
(c)	Haftung bei der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts	385
IV.	Rechtsfolgen	391
1.	Zukunftswirksame Rechtsprechungsänderung	391
2.	Anlassfall und anhängige Rechtsstreitigkeiten	393
V.	Zentrale Unterschiede zum Vertrauensschutzmodell	396
§ 8	Allgemeine Rückwirkungsschranken des Privatrechts	400
I.	Abgrenzung zu einzelfallabhängigen Rückwirkungsschranken	400
1.	Vertragliche Anpassungsklauseln	400
2.	Ergänzende Vertragsauslegung	400
3.	Umdeutung	403
II.	Rechtsmissbrauch	404
1.	Missbräuchliche Berufung auf eine geänderte Rechtsprechung	404
2.	Anlassfall	406
3.	Andere Verfahren	408

III. Störung der Geschäftsgrundlage	410
1. Anwendungsbereich	411
a) Wirksamer Vertrag	411
b) Subsidiarität	412
c) Keine Drittwirkung	413
2. Grundkonzeption der Geschäftsgrundlage	413
a) Höchstrichterliche Rechtsprechung vor 2002	414
aa) Subjektive Geschäftsgrundlage und objektive Unzumutbarkeit	414
bb) Subjektive Kausalität	416
cc) Risikoverteilung	419
b) Kodifikation in § 313 BGB	420
aa) Objektive und subjektive Geschäftsgrundlage	420
(1) Wortlaut	421
(2) Systematik	421
(3) Entstehungsgeschichte	422
bb) Vertragsursächliche Vorstellungen	425
(1) Grundstruktur der Geschäftsgrundlagenstörung	425
(2) Positive und negative Fehlvorstellungen	427
(3) Einseitige Fehlvorstellung	432
cc) Wegfall und Fehlen der Geschäftsgrundlage	435
3. Höchstrichterliche Rechtsprechungsänderung	436
a) Höchstrichterliche Rechtsprechung als Geschäftsgrundlage	437
aa) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	437
bb) Negative Vorstellung von der Rechtsprechungsänderung	440
cc) Positive Vorstellung von der bisherigen Rechtsprechung	441
b) Risikoverteilung	443
aa) Positive Vorstellung von der bisherigen Rechtsprechung	443
bb) Unvorhersehbarkeit der Rechtsprechungsänderung	444
cc) Vollständige Erfüllung	445
c) Unzumutbarkeit	447

Inhaltsverzeichnis

4. Die zeitliche Dimension der Rechtsfolgen des § 313 BGB	448
a) Rechtsprechung vor der Modernisierung des Schuldrechts	449
aa) Risikoverteilung nach Erfüllung	449
bb) Vertragsanpassung	449
cc) Vertragsauflösung	450
b) Kündigung	451
c) Rücktritt	453
aa) Inhaltliche und zeitliche Rückwirkung	453
bb) Vertragsauflösung vs. Vertragsumgestaltung	454
cc) Modernisierung des Schuldrechts	459
dd) Zeitpunkt der Rücktrittsfolgen	462
(1) Grundsatz: Zugang der Rücktrittserklärung	462
(2) Ausnahme: Rückwirkung auf den Störungszeitpunkt	463
(3) Ausnahme: Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Leistungsaustauschs	464
d) Anpassung	466
aa) Wortlaut	468
bb) Systematik	469
(1) Einvernehmliche Anpassung	469
(2) Ergänzende Vertragsauslegung	470
(3) Vertragsauflösung	472
cc) Kodifizierte Rechtsprechungsgrundsätze	473
e) Rechtsfolgen im Fall einer höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung	474
5. Potential als Rückwirkungsschranke	475
a) Rückwirkung wegen Geschäftsgrundlagenstörung	476
aa) Vollständig erfüllte Verträge	476
bb) Dauerschuldverhältnisse	477
(1) Anpassung von Unterhaltsvergleichen	477
(2) Anpassung von Unterhaltsentscheidungen	482
b) Geschäftsgrundlagenstörung wegen Rückwirkung	484
IV. Unverschuldeter Rechtsirrtum	487
1. Schuld und Irrtum	488
2. Rechtsirrtum bei der Rechtsprechungsänderung	490
a) Faktische Kontinuitätserwartung	491
b) Vertrauensschutz	493
aa) Konkretes Vertrauen	493
bb) Abstraktes Vertrauen	495

Inhaltsverzeichnis

c) Gleichheitsrechtliche Selbstbindung	498
aa) Prognosegrundlage	498
bb) Kenntnis der alten Rechtsprechung	500
§ 9 Zusammenfassung	502
I. Einleitung	502
II. Bestandsaufnahme	502
III. Grundlagen der Rückwirkung gerichtlicher Entscheidungen	504
IV. Gewohnheitsrecht	506
V. Rechtsprechungskontinuität kraft Präjudizienvermutung	507
VI. Vertrauensschutz	508
VII. Gleichheitsrechtliche Selbstbindung	510
VIII. Allgemeine Rückwirkungsschranken des Privatrechts	515
Literaturverzeichnis	519

