

# Gibt es einen speziellen Tatbestand des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes?

**Abstract:**<sup>i</sup> In der Grundrechtswissenschaft wird behauptet, dass der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz nicht den Bestand einer Rechtsposition betreffen würde – sondern lediglich einen Schutz des Vertrauens in ihren Fortbestand.<sup>ii</sup> Ein solcher Vertrauensschutz stehe unter eigenen Rechtfertigungsanforderungen, die sich maßgeblich von denen eines substantiellen Freiheitsschutzes vor Eingriffen unterscheiden würden. So seien etwa die Schutzwürdigkeit des Vertrauens und dessen Inanspruchnahme Voraussetzungen dafür, überhaupt eine Rechtfertigungsfrage aufzuwerfen. Auch zielen die Rechtfertigungsanforderungen nicht darauf, im Übrigen verfassungsmäßige Ausgestaltungen auszuschließen, sondern lediglich darauf, verhältnismäßige Übergänge oder Ausgleiche zu schaffen, um dem schutzwürdigen Vertrauen Rechnung zu tragen.<sup>iii</sup> Diese Sichtweise lässt sich nicht mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vereinbaren. Vor allem erweist sie sich als unnötig kompliziert. Vertrauensschutz ist nichts anderes als Bestandsschutz.<sup>iv</sup>

© FR 2025, <https://jusplan.de>

---

<sup>i</sup> Kriterien des Bestandsschutzes, in: Rechtssicherheit als Freiheitsschutz, *Frank Riechelmann*, Norderstedt 2009, 6. Kap., S. 139-171. Dieser Abstract ist nicht Bestandteil der schriftlichen Publikation.

<sup>ii</sup> Vgl. *Thomas Kingreen / Ralf Poscher*, Die Ausgestaltung von Grundrechten, Juristenzeitung (JZ) 2022, 961-970, 963.

<sup>iii</sup> So im Ganzen *Kingreen / Poscher*, ebd. Die Terminologie ist unterschiedlich. *Kingreen / Poscher* (ebd.) bezeichnen mit der *Schutzwürdigkeit des Vertrauens* ein Tatbestandsmerkmal. *Stefan Muckel*, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, Berlin 1989, S. 104 ff., benennt damit hingegen die Rechtfertigungsebene. Er dürfte das, was *Kingreen / Poscher* (ebd.) unter dem Terminus verstehen, als Tatbestandsmerkmal „Vertrauensgrundlage“ ansehen; vgl. *Muckel*, ebd., S. 80 ff. Vgl. dazu auch *Johanna Hey*, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, Köln 2001, S. 126 mit weiteren Nachweisen.

<sup>iv</sup> Siehe dazu auch *Frank Riechelmann*, Die Angemessenheit der Begriffe - oder: Das Schutzgut des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes, Zeitschrift für Rechtsphilosophie - neue Folge (ZRph), Münster 2021, 97-115.

<b>6 Kriterien des Bestandsschutzes</b>	<b>139</b>
6.1 Das Problem eines Vertrauenstatbestandes . . . . .	141
6.2 Vorliegen einer Vertrauensgrundlage . . . . .	143
6.3 Kenntnis der Vertrauensgrundlage? . . . . .	144
6.3.1 Hubers Thesen . . . . .	147
6.3.2 Kenntnis der Folgen . . . . .	149
6.3.3 Fingiertes Vertrauen . . . . .	151
6.3.4 Schutzfunktion des Gesetzes . . . . .	153
6.3.5 Zusammenfassung . . . . .	155
6.4 Vertrauensdichte – Das Gesetz als Versprechen .	156
6.4.1 Rückwirkende Gesetze . . . . .	157
6.4.2 Lenkungsnormen . . . . .	160
6.4.3 Zeiträume . . . . .	164
6.4.3.1 Geltungsdauer . . . . .	164
6.4.3.2 Befristete Gesetze, Übergangsregelungen . . . . .	166
6.4.4 Spielräume des Gesetzgebers . . . . .	168

## 6.5 Dispositionsbetätigung? . . . . . 169

## 6.6 Ergebnis . . . . . 171

## 6 Kriterien des Bestandsschutzes

Bei einigen Stimmen in der Literatur besteht Einigkeit über eine standardisierte Prüfung des verfassungsrechtlichen Vertrauenschutzes. So wird zwischen einem *Vertrauenstatbestand* einerseits und der *Rechtsfolge*<sup>1</sup> bzw. der *Schutzwürdigkeit des Vertrauens*<sup>2</sup> andererseits unterschieden. Die Bildung eines Vertrauenstatbestandes wird damit begründet, dass dieser dazu beitrage, den Vertrauenschutz aus der Abstraktheit des Rechtsstaatsprinzips zu lösen und operabel zu machen.<sup>3</sup> Vor allem aber liege hierdurch ein normatives Vertrauenschutzkonzept zugrunde, um rechtlich erheblichen Vertrauenschutz von sozialen Erwartungshaltungen abzuschichten.<sup>4</sup>

Eine Vertrauenschutzprüfung soll nach folgendem Schema ablaufen:

- A. Vertrauenstatbestand<sup>5</sup>
  - I. Vorliegen einer Vertrauensgrundlage
  - II. Vertrauen
  - III. Betätigung des Vertrauens
- B. Rechtsfolge / Schutzwürdigkeit des Vertrauens

<sup>1</sup> K.-A. Schwarz Vertrauenschutz, S. 295 ff

<sup>2</sup> Muckel Vertrauenschutz, S. 79; Hey Steuerplanungssicherheit, S. 126 mwN.

<sup>3</sup> Hey ebd.

<sup>4</sup> Hey ebd.; vgl. auch K.-A. Schwarz ebd., S. 295.

<sup>5</sup> S. die Darstellung bei Hey ebd.; s.a. K.-A. Schwarz ebd. A. Leisner Kontinuität als Verfassungsprinzip, S. 466 ff., fasst die ersten beiden Punkte zusammen und sieht die Merkmale *Vertrauen auf den (Fort-)Bestand der Vertrauenslage* und eine *Vertrauensbetätigung* als Voraussetzung für das Eingreifen des Verfassungsgrundsatzes des Vertrauenschutzes an; vgl. auch Degenhart Staatsrecht I, Rn. 388.

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

Fraglich erscheint vor allem, ob und wie weit der Vertrauenstatbestand genügend durch die Kriterien bezeichnet wird. Vor allem sind die Punkte II. und III. einer kritischen Würdigung zu unterziehen. So dürfte nicht klar sein, welche Anforderungen an ein »Vertrauen« in die Vertrauensgrundlage zu stellen sind, insbesondere, ob eine Kenntnis des Bürgers von der Vertrauensgrundlage erforderlich ist. Bei dem Merkmal der »Betätigung des Vertrauens« lässt sich ebenso fragen, inwieweit dieses Kriterium notwendig ist und welche Anforderungen gegebenenfalls hieran zu stellen sind. Genügten etwa Dispositionen jedweder Art oder muss der Einzelne womöglich sogar nach außen erkennbar gehandelt haben?<sup>6</sup> Relativ unproblematisch dürfte allein die erstgenannte Voraussetzung zu bejahen sein, weil das Vertrauen in das Gesetz bzw. in den Fortbestand des Rechts den Kern des Vertrauensschutzes darstellt. Aber auch hier könnte man fragen, ob es nicht bereits Vorschriften gibt, auf deren Fortbestand sich ein Vertrauen nicht erstrecken dürfe.<sup>7</sup>

Letztlich ist eine derartige Vertrauensschutzprüfung aus mehreren Gründen nicht sinnvoll. Zum einen wird das Schutzgut des Vertrauensschutzes zunächst einmal nicht genannt bzw. mit dem Merkmal »Vorliegen einer Vertrauensgrundlage« allenfalls umschrieben. Zum anderen wird aber auch von der herkömmlichen Grundrechtsdogmatik abgewichen, ohne dass hierfür ein Grund benannt wird, der diese Vorgehensweise erklärt. Denn ein allgemeines Freiheitsrecht erstreckt sich auf eine allgemeine Handlungsfreiheit und ihre Voraussetzungen; sein Schutzbereich erfasst den Rechtsbestand und damit auch Rechtszustände.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Zu einer Betrachtung im letztgenannten Sinne vgl. Hey Steuerplanungssicherheit, S. 128.

<sup>7</sup> In diesem Sinne K.-A. Schwarz ebd., S. 298 ff.; ähnlich Hey ebd., S. 127, die für die Vertrauensgrundlage schon das Element des rechtlichen Dürfens als normatives Korrekturelement hervorhebt.

<sup>8</sup> S.o., 5.6.2.

## 6.1 DAS PROBLEM EINES VERTRAUENSTATBESTANDES

Wenn die Rede von einem *Vertrauenstatbestand* ist, sollte sich ein solcher an der Grundrechtsdogmatik orientieren. Ein allgemeiner Vertrauenschutz wird als Freiheitsschutz von Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet, sofern kein spezialgrundrechtlicher Vertrauenschutz eingreift.

### 6.1 Das Problem eines Vertrauenstatbestandes

Unabhängig davon, inwieweit die einzelnen Kriterien für einen Vertrauenstatbestand im obengenannten Sinn überhaupt charakteristisch sind, ist eine Lokalisierung des Vertrauenschutzes in Art. 2 Abs. 1 GG für eine eigenständige Existenz eines speziellen »Vertrauenstatbestandes« in gewisser Hinsicht problematisch.

Normalerweise kann der »Grundrechtstatbestand« so verstanden werden, dass dieser sich aus dem Schutzbereich im engeren Sinne (Schutzgut) und dem Eingriff zusammensetzt, sog. »Schutzgut/Eingriff-Tatbestand«.<sup>9</sup> Dem Tatbestand kommt hier gegenüber dem Schrankenbegriff eine gegenbe griffliche Funktion zu. In dem Tatbestand sind die materiellen Bedingungen »für die Prima-facie-Rechtsfolge vollständig zusammenzufassen«.<sup>10</sup> Daher besteht zwischen Schutzbereich und Eingriff ein enger Zusammenhang. Der Schutzbereich bestimmt, »was« geschützt wird, der Eingriff, »wogegen« sich der Schutz richtet.<sup>11</sup> Diese Unterteilung, die für einen grundrechtsspezifisch ausgeprägten, abwehrrechtlichen Rechtsschutz sich als sinnvoll erweist, ist aber im Rahmen des allgemeinen Freiheitsrechts nicht anwendbar angesichts der Weite des Schutzbereichs, der bereits Handlungsmöglichkeiten und ihren juristischen Hinter-

<sup>9</sup> Alexy Theorie der Grundrechte, S. 276.

<sup>10</sup> Ebd.; näher dazu, dass der Eingriff als Merkmal des Grundrechtstatbestandes anzusehen ist: ebd; vgl. BVerfGE 32, 54 (68 ff.).

<sup>11</sup> Eckhoff Der Grundrechtseingriff, S. 20 f. (Hervorhebung i.O.); Borowski Grundrechte als Prinzipien, S. 185.

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

grund (Rechtspositionen bzw. das Interesse an ihrem Fortbestand; Rechtszustände) umfasst.<sup>12</sup> Ein Interesse am Fortbestand einer Rechtsposition wird (erst) durch Schranken begrenzt.<sup>13</sup> Da es sich beim Interesse am Rechtsfortbestand um das Schutzgut des Vertrauensschutzes handelt, geht es somit nicht mehr um die Frage, ob der Vertrauensschutz eingreift, sondern nur darum, inwieweit dies der Fall ist – mit anderen Worten: Die Ebene des (Grundrechts-)Tatbestandes ist schon überschritten. Um die Existenz eines Vertrauenstatbestandes dennoch zu erhalten, könnte der Vertrauensschutz – im Sinne eines Erklärungsmodells – in einen allgemeinen grundrechtlichen Tatbestand zwar aufgenommen werden. Hierbei muss man sich aber bewusst sein, dass dieser im Rahmen des allgemeinen Freiheitsrechts eigentlich keine Anwendung findet.<sup>14</sup> Wollte man trotzdem eine Prüfung des Vertrauensschutzes (Bestandsschutz) beibehalten, der ein spezieller »Vertrauenstatbestand« im Sinne der Literatur zugrunde liegen soll, ließe sich ein solcher theoretisch wie folgt darstellen:

- A. Vertrauenstatbestand (Schutzbereich iW<sup>S</sup>)<sup>15</sup>
  - Eingriff in den Schutzbereich –
    - I. Schutzgut (Schutzbereich ieS / Vertrauensschutz ieS)
      - Interesse am Fortbestand des Rechts –
        - Vorliegen einer Vertrauensgrundlage*
    - II. Eingriff
      - Vertrauen, Vertrauendichte,*
      - Dispositionsbetätigung*
  - B. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

<sup>12</sup> Im Übrigen hat sich auch der klassische finale Eingriffs begriff als zu eng erwiesen; vgl. hierzu *J. Ipsen* Grundrechte, Rn. 130 ff.

<sup>13</sup> Vgl. *J. Ipsen* Grundrechte, Rn. 146.

<sup>14</sup> Vgl. *Borowski* Grundrechte als Prinzipien, S. 208.

<sup>15</sup> Die hervorgehobenen Merkmale entsprechen den Kriterien des »Vertrauensstatbestandes« im Sinne der Literatur. Zu einem abwehrrechtlichen Grundschemma im Allgemeinen s. *Alexy* Theorie der Grundrechte, S. 276 f., detaillierter dargestellt bei *Borowski* Grundrechte als Prinzipien, S. 232.

## 6.2 VORLIEGEN EINER VERTRAUENSGRUNDLAGE

Wenn man dieses Schema anwendete, würde sich der Vertrauenstatbestand trotz der Weite seines Schutzbereichs erheblich verengen. Ein Eingriff in den Schutzbereich wäre erst dann anzunehmen, wenn »Vertrauen«, eine gewisse »Vertrauensdichte« sowie eine »Dispositionsbetätigung« vorliegen.

Angesichts der Weite des Grundrechtstatbestandes (Schutzbereich im weiteren Sinne) des allgemeinen Freiheitsrechts ist eine Konstruktion eines Vertrauenstatbestandes im Sinne des vorgenannten Prüfungsschemas allerdings abzulehnen. Im Ergebnis werden die im Bereich des »Eingriffs« aufgeführten Elemente eines Vertrauens, der Vertrauensdichte und der Dispositionsbetätigung, sofern es auf sie ankommen sollte, erst auf der Rechtferdigungsebene relevant, weshalb sie dort auch erst zu diskutieren sind. Auf die einzelnen Merkmale des »Vertrauenstatbestandes« ist nun näher einzugehen.

### 6.2 Vorliegen einer Vertrauensgrundlage

Ein Entzug der Vertrauensgrundlage setzt – bis zu ihrer Abschaffung – zunächst einmal ihre Existenz voraus.<sup>16</sup> Als Vertrauensgrundlage kommt, wie oben festgestellt wurde, jedwede Rechtsnorm in Betracht, auch jedwede (Rechts-) Position, womit »natürliche Handlungsmöglichkeiten« eingeschlossen sind, also auch befugnislose Positionen und gegebenenfalls auch rechtswidrige Positionen. *K.-A. Schwarz* hält es bei diesem Merkmal für erforderlich, den »materiellen Gehalt« der Vertrauensgrundlage zu bestimmen, weil nur dann auch die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts zutreffe, wonach das Vertrauen des Bürgers in das Fortwirken für ihn günstiger Rechtsnormen zugleich den Grund und die Grenze des verfassungsrechtlichen

<sup>16</sup> Zum Problem des Bestandsschutzes bei verfassungswidrigen Gesetzen s.o., 5.7.

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

Rückwirkungsverbotes bilde.<sup>17</sup> Wenn das Rückwirkungsverbot nur so weit wie das Bestandsvertrauen des Bürgers reiche, sei der materielle Gehalt der Vertrauensgrundlage das maßgebliche Kriterium. Sofern schon der normative Gehalt der Regelung Kontinuitätserwartungen weder verursachen noch bestärken könne, fehle es an der Vertrauen überhaupt erst vermittelnden Vertrauensgrundlage.<sup>18</sup> Ähnlich geht *Muckel* vor, der meint, dass die materielle Aussage der Vertrauensgrundlage den Inhalt des Vertrauens bestimme, das verfassungsrechtlich geschützt werden soll. Danach gehört die nähere inhaltliche Bestimmung der Vertrauensgrundlage zum Tatbestandsmerkmal »Vertrauen«.<sup>19</sup> Auch unter Zugrundelegung des oben erwähnten Schemas wären Fragen einer Vertrauensdichte (frühestens) im Bereich des »Eingriffs« zu erörtern. Deshalb genügt hier zunächst die Betrachtung des Merkmals eines »Vorliegens einer Vertrauensgrundlage«.<sup>20</sup>

### 6.3 Kenntnis der Vertrauensgrundlage?

Wie zuvor gezeigt wurde, wird in der Literatur angenommen, dass der Bürger auf den Fortbestand der Vertrauensgrundlage »vertraut« haben müsse. Dabei werden zwei unterschiedliche Bereiche angegeben, in denen der Begriff *Vertrauen* in einem Tatbestand einer Vertrauensschutzprüfung auftauchen soll. So wird einerseits eine *Kenntnis der Vertrauensgrundlage* hervorgehoben,<sup>21</sup> andererseits wird stärker auf die *Dichte des Vertrauens* (Vorhersehbarkeit staatlicher Handlungen) abgestellt,<sup>22</sup> und

<sup>17</sup> BVerfGE 88, 384 (404).

<sup>18</sup> So im Ganzen: *K.-A. Schwarz Vertrauensschutz*, S. 298.

<sup>19</sup> *Muckel Vertrauensschutz*, S. 95, mit Hinweis auf BGHZ 100, 1 (6 f.).

<sup>20</sup> Das Interesse an einem Fortbestand des Rechts setzt die Existenz einer Rechtsposition, die durch die Rechtslage zum Ausdruck kommt (Vertrauensgrundlage), voraus.

<sup>21</sup> A. *Leisner Kontinuität*, S. 466 ff.

<sup>22</sup> Vgl. *Hey Steuerplanungssicherheit*, S. 126 ff.

### 6.3 KENNTNIS DER VERTRAUENSGRUNDLAGE?

teilweise werden *Kenntnis* und *Vertrauensdichte* kumulativ diskutiert.<sup>23</sup> Da das Merkmal der *Kenntnis* sich auf den Einzelfall bezieht, das Merkmal der *Vertrauensdichte* sich jedoch am (allgemeingültigen) Gesetz orientiert, liegen zwei unterschiedliche Momente vor. Aus diesem Grunde soll hier zunächst unter »Vertrauen« nur das Kriterium einer »Kenntnis« diskutiert werden. Auf die *Vertrauensdichte* ist dann gesondert einzugehen.

Ein Teil der Literatur nimmt eine objektiv-generalisierende Betrachtung an. Nach ihr kommt es nicht auf eine Kenntnis der Vertrauensgrundlage an.<sup>24</sup> Dieses Verständnis liegt auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde. Es kommt vor allem in älteren Entscheidungen zum Ausdruck: »Jedoch kommt es für die Frage, ob der Bürger mit einer Änderung der Rechtslage rechnen musste, nicht auf die subjektiven Vorstellungen der einzelnen Betroffenen und ihre individuelle Situation an, sondern darauf, ob die bisherige Regelung bei objektiver Betrachtung geeignet war, ein Vertrauen der betroffenen Personengruppe auf ihren Fortbestand zu begründen.«<sup>25</sup> »Vertrauen« muss danach *sachlich* gerechtfertigt sein.<sup>26</sup>

Eine generell-abstrakte Betrachtung wird mit dem Gesetzescharakter begründet. Da ein Gesetz notwendig generalisiere, könne ebenso nur in generalisierender Weise vorgegangen werden. Für die Bestimmung eines Vertrauenschutzes komme es nicht darauf an, wer im Einzelnen und wie viele Betroffene im Vertrauen auf die bestehende Gesetzeslage Dispositionen ge-

<sup>23</sup> Schwarz Vertrauenschutz, S. 302 ff.; Muckel Vertrauenschutz, S. 90 ff.

<sup>24</sup> Arndt Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderungen, S. 82; Gräbitz DVBl 1973, S. 675, 683; ähnlich Oldiges Grundlagen eines Plan gewährleistungsanspruchs, S. 223; Knittel Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, S. 55; H. Maurer Hdb StR III 1996, § 60, Rn. 22.

<sup>25</sup> BVerfGE 32, 111 (123); vgl. BVerfGE 18, 429 (439); 19, 187 (196); 72, 175 (196). Auch BVerwGE 81, 49 (56) geht von einer abstrakt-typisierenden Betrachtung aus.

<sup>26</sup> Vgl. BVerfGE 13, 261 (271); 25, 269 (291).

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

troffen haben. Maßgeblich sei vielmehr die typische Folge einer gesetzlichen Regelung.<sup>27</sup> Bei Steuergesetzen verbiete der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung dem Gesetzgeber jede weitere Differenzierung; im Falle ihrer Rückwirkung zwinge die notwendige Generalität der Steuergesetze zu generellem Vertrauensschutz.<sup>28</sup> Auch im Allgemeinen werden Gleichheitsgründe angeführt: Es sei schlechterdings unverständlich, den, der zwar etwas in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung, aber ohne ihre positive Kenntnis unternimmt, anders zu behandeln als den, dessen Verhaltensweise völlig gleichartig ist, der aber (womöglich nur zufällig) die Rechtsordnung kannte und nachweislich danach agierte.<sup>29</sup> Auch in den meisten Aufsätzen wird von der Entbehrlichkeit des Kriteriums insoweit ausgegangen, als der Vertrauensschutz mit der Rückwirkungsproblematik (einschließlich der unechten Rückwirkung) gleichgestellt wird, ohne dass das Merkmal einer Kenntnis überhaupt Erwähnung findet.<sup>30</sup> Eine entsprechende Gleichsetzung findet sich auch in der Kommentarliteratur.<sup>31</sup> Gleichwohl verlangt ein Teil der Literatur, vor allem die Verfasser der Monographien, dass der Bürger die ihn begünstigende Vertrauenslage kennen müsse bzw. gekannt haben müsse.<sup>32</sup> Zumeist berufen sich die Vertreter dieser An-

<sup>27</sup> So im Ganzen: *Grabitz* DVBl 1973, S. 683.

<sup>28</sup> *Arndt* ebd.

<sup>29</sup> *Viets* Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, S. 157.

<sup>30</sup> Vgl. nur *Wernsmann* JuS 1999, S. 1177 ff.; *Rensmann* JZ 1999, S. 168 ff; *Möller/ Rührmair* NJW 1999, S. 908, 910.

<sup>31</sup> Vgl. etwa *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20, Rn. 67, wonach das Rückwirkungsverbot für den Bürger über die Grundrechte zur Anwendung gelange. Zur generell-abstrakten Betrachtungsweise vgl. auch *Schnapauff* in: *Hö mig*, GG, Vor Art. 70, Rn. 10.

<sup>32</sup> *Weber-Dürler* Vertrauensschutz, S. 91; *Muckel* Vertrauensschutz, S. 90; *K.-A. Schwarz* Vertrauensschutz, S. 302; *A. Leisner* Kontinuität, S. 467; vgl. auch *Kriele* DÖV 1967, S. 531, 532 ff.; *P. Kirchhof* DStR 1989, S. 263, 268. Im Ergebnis betrifft Vertrauensschutz damit eine konkrete Erwartung, womit er sich auf den Einzelfall richtet; vgl. *P. Kirchhof* ebd.; in diesem Sinne auch: *Sieckmann* Modelle des Eigentumsschutzes, S. 237 ff., der für den Vertrau-

## 6.3 KENNTNIS DER VERTRAUENSGRUNDLAGE?

sicht auf die Überlegungen *Hans Hubers*, die dieser in einem Vergleich der deutschen mit der schweizerischen Rechtsprechung angestellt hat.<sup>33</sup>

### 6.3.1 Hubers Thesen

Im Wesentlichen sind es drei Argumente, die Huber betont. Das erste Argument unterstellt, der Bürger habe zumeist keine Kenntnis des Gesetzes (gehabt). Das damit verbundene zweite Argument geht davon aus, dass die Kenntnis fingiert werde, und das dritte betrifft den Begriff des Vertrauens.

Im Einzelnen geht er von Folgendem aus: Er unterstellt, dass jemand, der nachträglich eine Rechtsposition oder sonst einen Vorteil aus der bisherigen Regelung gegen die Rückwirkung der Änderung verteidigt, in der Mehrzahl der Fälle das alte Gesetz gar nicht gekannt habe, auf dem sein Interesse beruhte. Dies bedeute, sein Vertrauen in die Weitergeltung dieses Gesetzes sei in Wirklichkeit erst in dem Zeitpunkt entstanden, in dem es enttäuscht wurde. Bis dahin sei es folglich nur ein fingiertes Vertrauen gewesen. Hierdurch dehne man die ohnehin existierende Grundfiktion noch weiter aus. Diese bestehe darin, dass das gesetzliche Verhaltensrecht auch für den verbindlich sei, der es gar nicht kennt, nur weil er es dank der Publikation der Gesetze kennen könnte. Die bloße Unterstellung eines subjektiven (realen) Vertrauens der Rechtsunterworfenen, so führt er weiter aus, möge ein Grund dafür sein, dass die schweizerische Rechtsprechung

esschutz (bei Art. 14 GG) aber nur ein konkretes Vertrauen, jedoch keine Kenntnis der Vertrauensgrundlage verlangt.

<sup>33</sup> Auf Huber beziehen sich *Weber-Dürler* Vertrauenschutz, S. 91; *Muckel* Vertrauenschutz, S. 91; *A. Leisner* Kontinuität, S. 467; *K.-A. Schwarz* Vertrauenschutz, S. 302.

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

im Unterschied zur deutschen auf den Vertrauensschutzgedanken verzichte.<sup>34</sup>

»Vertrauen« beschreibt er begrifflich ähnlich wie Luhmann zunächst in einem eher faktischen Sinne.<sup>35</sup> Es stelle von Haus aus eine psychologische, auch gefühlsbetonte Tatsache dar, eine feste Hoffnung auf eine Person, eine Sache oder ein Verhalten, eine Zuversicht verbunden mit einem Eindruck der Sicherheit und Untrüglichkeit. In diesem tief menschlichen Sinne durchschwebe und durchziehe es gewiss auch Verfassungspolitik und Verfassungsrecht. Vertrauen an einzelnen Stellen zu formulieren und zu institutionalisieren erweise sich als schwierig, und wenn es dennoch versucht werde, bestehe die Gefahr, es zu verwässern und zu entfremden.<sup>36</sup>

Abgesehen von der fraglichen These, nach welcher der Betroffene in der Mehrzahl der Fälle das Gesetz gar nicht gekannt habe, was noch zu erörtern ist, ist hier zunächst festzuhalten, dass die Kritik Hubers sich gegen eine Verrechtlichung eines soziologischen Vertrauens bzw. gegen die Verwendung eines Vertrauensbegriffs richtet.

In der Literatur werden an seine Überlegungen aber sodann andere Folgerungen geknüpft. Ein Vertrauensbegriff wird nicht als solcher in Frage gestellt, vielmehr wird »Vertrauen«, wie oben bereits ausgeführt, als ein Tatbestandsmerkmal des Vertrauenschutzes postuliert. An Hubers Überlegungen anknüpfend wird behauptet, bei einem fingierten Vertrauen handele es sich gar nicht um Vertrauen.<sup>37</sup> »Vertrauen«, so wird weiter postuliert, setze begrifflich zumindest ein intellektuelles Moment voraus,

<sup>34</sup> So im Ganzen: *Huber* Festgabe BVerwG (1979), S. 313, 326 f.; *ders.* FS für Kägi (1978), S. 193, 196 f.

<sup>35</sup> *Huber* FS für Kägi (1978), S. 196; zum Verständnis Luhmanns s.o., 2.1.1.

<sup>36</sup> *Huber* ebd.

<sup>37</sup> *Weber-Dürler* Vertrauensschutz, S. 91; *Muckel* Vertrauenschutz, S. 90; *K.-A. Schwarz* Vertrauenschutz, S. 302; *A. Leisner* Kontinuität, S. 468.

## 6.3 KENNTNIS DER VERTRAUENSGRUNDLAGE?

nämlich ein Wissen um die Rechtslage.<sup>38</sup> Das Kriterium einer »Kenntnis« wird als Voraussetzung des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes benannt.<sup>39</sup> Für die Bejahung der Kenntnis werden aber zum Teil eine generelle Fiktion angenommen<sup>40</sup> oder eine widerlegbare Vermutung, die sich an dem jeweiligen Sachgebiet orientieren soll<sup>41</sup> bzw. an den tatsächlich erfolgten Dispositionen.<sup>42</sup> Allerdings wird auch vorgeschlagen, Schwierigkeiten, die womöglich für die Rechtspraxis erwachsen könnten, mit dem Nachweis einer rechtlichen Beratung zu umgehen.<sup>43</sup> Vertrauenschutz wird als ein »Privileg des kundigen Juristen«<sup>44</sup> angesehen.

### 6.3.2 Kenntnis der Folgen

Die Annahme, dass die Betroffenen in der Mehrzahl der Fälle das alte Gesetz nicht kennen würden, erscheint fragwürdig. Je nachdem, welchen Inhalt das Merkmal der *Kenntnis* des Gesetzes bzw. der Vertrauensgrundlage aufweist, dürfte die Prämisse zutreffen oder in Zweifel zu ziehen sein. Die Bandbreite des Umfangs dürfte von einer Kenntnis bestimmter konkreter Vorschriften bis zum bloßen Bewusstsein, sich im Sinne der Rechtsordnung zu verhalten,<sup>45</sup> reichen. Zuzustimmen dürfte Huber sein, soweit

<sup>38</sup> Vgl. *K.-A. Schwarz* ebd., S. 302; *Muckel* ebd., S. 91; *Pieroth* Rückwirkung, S. 124; *A. Leisner* ebd., S. 467 f., die darüber hinaus noch ein voluntatives Element annimmt, für das die »wohl herrschende Meinung« sich insoweit mit der Fiktion behelfe, der Bürger verlasse sich auf für ihn günstige Gesetze, womit faktisch auf die Prüfung des »Vertrauens« verzichtet werde.

<sup>39</sup> *Weber-Dürler* ebd., S. 91; *Muckel* S. 90 f.; *K.-A. Schwarz* ebd., S. 302 f.; *A. Leisner* ebd., S. 466.

<sup>40</sup> *A. Leisner* ebd., S. 467.

<sup>41</sup> *Weber-Dürler* ebd., S. 91.

<sup>42</sup> *Muckel* ebd., S. 92.

<sup>43</sup> *Ders.* ebd., S. 91 f.; *Weber-Dürler* ebd., S. 91.

<sup>44</sup> *P. Kirchhof* DStR 1989, S. 263, 268.

<sup>45</sup> Dies wäre im Vergleich zum Strafrecht gerade umgekehrt. Für eine »Unrechteinsicht« genügt das Bewusstsein, gegen die Rechtsordnung zu verstößen; vgl. *Fischer* in: Tröndle/Fischer, StGB, § 17, Rn. 3 mwN.

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

es die Kenntnis bestimmter Vorschriften als solche betrifft. So wird der Einzelne womöglich in der Regel nicht wissen, nach welchem Gesetz er handelt. Zweifel bestehen jedoch schon dann, wenn es um die Rechtsfolgen oder um die Rechtswirkungen geht. Darf man annehmen, dass der Rechtsbetroffene auch von ihnen regelmäßig nichts weiß? Auch wenn es sich nur um eine Vermutung handelt: Regelmäßig dürfte der Einzelne die Rechtswirkungen seines Handelns durchaus, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, kennen. Als Beispiele lassen sich die Wirkungen nennen, die von Vorschriften der Förderung des privaten Wohnungsbaus, der Krankenkassenleistungen, des Kindergeldes, des Sozial- und Arbeitsrechts (Urlaubsansprüche in für allgemeinverbindlich erklärt Tarifverträgen z.B.) oder den gesetzlichen Sparerfreibeträgen ausgehen. Auch für den Bereich des Steuerrechts dürfte dies zutreffen.<sup>46</sup> Der Bürger mag nicht im Detail wissen, in welchem Gesetz die Vorschriften nachzulesen sind. Sehr wohl dürfte ihm aber, wenn auch nicht im Einzelnen exakt, so doch einigermaßen genau bekannt sein, wie hoch etwaige Förderungen oder Ansprüche ausfallen und welche Voraussetzung er erfüllen muss, um in ihren Genuss zu gelangen. Er dürfte bei einer in Aussicht gestellten zukünftigen Verbesserung seiner Rechtsposition zu einem Abwarten tendieren und bei einer drohenden Verschlechterung der noch bestehenden Rechtslage dazu neigen, diese verstärkt zu nutzen, solange sie noch nicht außer Kraft getreten ist.<sup>47</sup> Stellte man insoweit allein auf das Wissen um die Rechtswirkungen ab, so sollte eine Kenntnis regelmäßig nicht zu verneinen, sondern anzunehmen sein. Selbst wenn man also ein Kriterium einer Kenntnis postulierte, wären an die

<sup>46</sup> Vgl. Wigger Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 21. 2. 2004, S. 13, wonach der einzelne Steuerzahler seine politische Unterstützung von den Lasten abhängig mache, die ihm das Steuersystem aufbürdet. Ein auf politische Unterstützung zielendes Steuersystem weise daher weniger eine einfache als eine individuell maßgeschneiderte Steuerstruktur auf.

<sup>47</sup> Kloepfer Vorwirkung, S. 24.

## 6.3 KENNTNIS DER VERTRAUENSGRUNDLAGE?

Voraussetzungen ihres Vorliegens nur geringe Anforderungen zu stellen. Für eine Annahme weiterer Kriterien, die über ein relatives Wissen über die Rechtswirkungen hinausgehen, besteht kein Grund.

Festzuhalten bleibt, dass die Prämisse, nach der der Bürger in der Mehrzahl der Fälle die Rechtsgrundlage nicht kennen würde, sich in dieser Pauschalität als unrichtig erweisen dürfte.

### 6.3.3 Fingiertes Vertrauen

Die Aussage, fingiertes Vertrauen stelle kein Vertrauen dar, dürfte sich relativ problemlos in einem soziologischen Sinne verifizieren lassen. Jemand, der keine Kenntnis von einer Person (oder einer Sache) hat, dürfte mit dieser kaum irgendeine Zuversicht verbinden können, also in diesem Sinne zu »vertrauen« in der Lage sein. Insoweit ist zumindest ein intellektuelles Moment zum Bezugsobjekt, auf das sich das Vertrauen richtet, notwendig. Dieser für den soziologischen Bereich unproblematische Befund ist für den Bereich eines juristischen Vertrauens aber nichtssagend. Wenn eine generelle Kenntnis fingiert wird, warum sollte sich eine derartige Fiktion dann nicht auch auf den Weiterbestand der Gesetze erstrecken? Insoweit dürfte fingiertes Vertrauen durchaus auch Vertrauen im Rechtssinne begründen können. Dass zwischen dem, was gemeinhin und rein begrifflich das Vertrauen determinieren mag, und dem Vertrauenschutz als Rechtsinstitut Unterschiede bestehen können, stellt allein keinen Grund dar, der es erforderlich erscheinen lässt, eine Kenntnis der Rechtsgrundlage zu fordern. Schon *Rümelin* hat in seiner Rede zur Rechtssicherheit im Jahre 1924 ausgeführt, dass es nicht darauf ankomme, was die Einzelnen tatsächlich erwarten, sondern auf das, was sie vernünftigerweise erwarten dürfen.<sup>48</sup> Rein deskriptiv-soziologisch verstandenes Vertrauen und solches

<sup>48</sup> M. Rümelin Rechtssicherheit, S. 8

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

in einem präskriptiv-normativen Sinn sind auseinanderzuhalten. Im Übrigen bedarf es für die Begründung eines subjektiven Rechtes nicht unbedingt eines subjektiven Kriteriums, genausowenig wie objektive Kriterien notwendigerweise zur Begründung nur objektiver Normen herhalten müssten. Vielmehr können subjektive Rechte mit objektiven Kriterien begründet werden, und bloß objektive Normen lassen sich durchaus mit subjektiven Kriterien begründen.<sup>49</sup>

Zudem schließen sich an das Kriterium der Kenntnis verfassungsrechtliche Folgeprobleme an, die nicht zu rechtfertigen sind. So ist zum einen auf das Willkürverbot zu verweisen. In der Tat ist kaum ein vernünftiger Grund zu erkennen, im Wesentlichen gleiche Sachverhalte ungleich zu behandeln, nur weil in einem Fall nachweislich in Kenntnis der Rechtsgrundlage gehandelt wurde.<sup>50</sup> Zwar wird die Ungleichbehandlung in der Literatur sogar begrüßt. Bei dem dafür angegebenen zusätzlichen Grund (neben dem, dass der Vertrauensschutz nicht demjenigen zustehe, der sein Vertrauen nachträglich entdecke), dass die Gefährlichkeit einer allzu großen Breitenwirkung des Vertrauensschutzes damit entschärft werde,<sup>51</sup> dürfte es sich aber kaum um einen Grund handeln, der zu einer Ungleichbehandlung im Verfassungssinne berechtigte.

Auch beruht die Kenntnis der Vertrauensgrundlage als Kriterium für vermeintlich reales Vertrauen selbst auf Fiktionen, so etwa darauf, dass Angehörige der rechtsberatenden Berufe offenbar weitgehend über eine Unkenntnis der Vertrauensgrundlage und ihres Umfangs erhaben seien, was eine verfassungsrechtlich unzureichende Pauschalprivilegierung dieser Berufsgruppe begründen dürfte.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Alexy Recht, Vernunft, Diskurs, S. 274 ff.

<sup>50</sup> Zur Unerheblichkeit einer Kenntnis der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes s. Dworkin Taking Rights Seriously, S. 216.

<sup>51</sup> Weber-Dürler Vertrauensschutz, S. 91.

<sup>52</sup> Vgl. Robbers JZ 1988, S. 481, 485.

## 6.3 KENNTNIS DER VERTRAUENSGRUNDLAGE?

Soweit davon ausgegangen wird, dass bei Unkenntnis andere Verfassungsnormen ins Kalkül gezogen werden sollen,<sup>53</sup> erscheint dies einerseits als gleichheitswidrig, wenn damit nicht ein identischer Schutz für die Normberechtigten, die in Unkenntnis der Rechtslage gehandelt haben, erreicht würde. Und andererseits wäre nicht klar, wie der Schutz eines Bestandsinteresses an der Beibehaltung der ursprünglichen Position durch »andere« Verfassungsnormen bewerkstelligt werden sollte – zumal Vertrauensschutz *Freiheitsschutz* bedeutet.

### 6.3.4 Schutzfunktion des Gesetzes

Nunmehr ist zu zeigen, dass es auf eine Fiktion der Kenntnis als Voraussetzung für den Vertrauensschutz nicht ankommt. Die *Allgemeinheit* des Gesetzes stellt hierbei durchaus den Grund für einen allgemeingültigen Charakter des Vertrauensschutzes dar, der sich damit nicht auf einen privilegierten (wissenden) Kreis der Berechtigten beschränkt. An das Kriterium sind aber noch ein paar Ergänzungen anzufügen. Neben der Allgemeinheit – oder auch wegen dieser – gewährleistet das Gesetz auch eine Schutzfunktion für denjenigen, der sich gesetzeskonform verhält, und zwar unabhängig vom Vorliegen einer Kenntnis.

Gesetze sind – zumindest grundsätzlich – generell-abstrakte Regelungen.<sup>54</sup> Die Abstraktheit bezieht sich auf die in ihnen geregelten Sachverhalte, das Merkmal »generell« auf den Adressatenkreis,<sup>55</sup> was bedeutet, dass sie für jedermann gelten. Aus

<sup>53</sup> Muckel Vertrauensschutz, S. 91.

<sup>54</sup> Schnapauff in Höming, GG, Vor Art. 70, Rn. 8. Hier soll nur der Grundfall betrachtet werden. Ausnahmsweise mag ein Gesetz auch einmal nur einen Einzelfall umfassen; s. BVerfGE 25, 371 (399); 85, 360 (374); Schnapauff ebd. Darauf, dass ein Gesetz einen Rechtssatz aufstellen kann, der nur einen einzigen Tatbestand umfasst, hat schon Laband Staatsrecht, 2. Bd., 5. A. (1911), S. 2 f. (§ 54) hingewiesen; zu einem generellen Charakter bei Rechtssätzen vgl. dagegen Larenz Methodenlehre, S. 250.

<sup>55</sup> Vgl. hierzu Koch/Rüßmann Juristische Begründungslehre, S. 80 ff.

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

der Allgemeinheit des Gesetzes folgt zudem, dass dieses für jedermann »gleiche« Gültigkeit hat.<sup>56</sup> Wenn man das Merkmal einer Kenntnis der Vertrauensgrundlage verlangt, so führt dies zur einer Privilegierung der Adressaten mit Kenntnis gegenüber denjenigen, bei denen diese nicht (positiv) vorliegt bzw. vorgelegen hat. Damit beziehen sich die Wirkungen des ursprünglichen Gesetzes auf unterschiedliche Adressatenkreise; das Gesetz hat nicht für jedermann »gleiche« Gültigkeit. Insoweit verstößt das Kriterium der *Kenntnis der Vertrauensgrundlage* gegen den generellen Charakter des Gesetzes.

Dass es auf das Merkmal nicht ankommt, lässt sich aber noch konkreter mit der Schutzfunktion des Gesetzes zeigen.

Abgesehen von reinen Definitionsnormen, auf die es hier nicht ankommt, statuiert das (einfache) Gesetz regelmäßig individuelle Rechte und Pflichten.<sup>57</sup> Insofern steht demjenigen, der sich im Sinne des Gesetzes verhält, der Schutz des Gesetzes zur Seite. Dies bedeutet, dass wenn das Gesetz bestimmte Verhaltensweisen privilegiert, die Vorteile dem Berechtigten zustehen, sofern er – bzw. sein Verhalten – die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt. Im Falle hoheitlich angeordneter Eingriffe können ihm nur diejenigen Belastungen auferlegt werden, die gesetzlich oder vom gesetzlichen Rahmen vorgesehen sind, was letztlich aus den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten und dem Gesetzesvorrang (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) folgt und daher auch mit der Rechtsstaatlichkeit erklärbar wäre. Dem Gesetz und dem Recht ist damit das Kriterium der Kenntnis wesensfremd, das für die Existenz des Rechts - und damit für den hierdurch gewährten Schutz zu-

<sup>56</sup> Dürig in: M/D, GG, Bd. 1, Art. 3 Abs. 1, Rn. 18; vgl. Sommermann in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, Art. 20 Abs. 3, Rn. 305.

<sup>57</sup> Diese Darstellung ist zwar etwas ungenau, sie genügt hier aber. Allgemein lassen sich Normen als Gebote, als Verbote oder als Erlaubnisse formulieren; Alexy Theorie der Grundrechte, S. 43 ff.

## 6.3 KENNTNIS DER VERTRAUENSGRUNDLAGE?

gunsten des Berechtigten - grundsätzlich keine Rolle spielt<sup>58</sup> (»lex succurrit ignorantia«<sup>59</sup>). Entzieht nun der Gesetzgeber nachträglich die Dispositionsgrundlage durch eine rückwirkende (belastende) Anordnung, bedeutet das Verlangen nach einer Kenntnis der Dispositionsgrundlage im Zeitpunkt der Disposition, dass der Freiheitsposition, die das ursprüngliche Gesetz gewährte, ein weiteres Merkmal – die Kenntnis der Rechtsgrundlage – hinzugefügt wird. Als der Rechtsbetroffene hingegen die ursprüngliche Rechtslage für sich nutzte, benötigte er keine Kenntnis der Rechtsgrundlage, weil das Gesetz dieses Kriterium gar nicht vorsah. Mit dem Merkmal der Kenntnis wird somit nichts anderes als ihre Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Vornahmehandlung verlangt.

### 6.3.5 Zusammenfassung

Die Feststellungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Eine *Kenntnis* der Vertrauensgrundlage ist im Ergebnis nichts anderes als eine *rückwirkende Kenntnis*. Damit verstößt das Kriterium gegen die Schutzfunktion des Gesetzes. Daneben ist es auch wegen der Allgemeinheit des Gesetzes abzulehnen und somit aus Gleichheitsgründen nicht zu rechtfertigen. Ob die »wohl herrschende Meinung«<sup>60</sup> sich tatsächlich mit normativen Fiktionen behilft, ist fraglich. Aber selbst wenn dies der Fall sein sollte, wäre nicht klar, warum ein derart fingiertes Vertrauen im Rechtssinne mit dem soziologischen Vertrauensbegriff, der eine Kenntnis der Vertrauensgrundlage beinhalten mag, übereinstimmen müsste. Die Forderung nach einer Kenntnis der Vertrauensgrundlage besagt auch nichts über den Umfang der Kenntnis. Genügte das bloße Bewusstsein, sich rechtmäßig zu

<sup>58</sup> Es sei denn, es ist ausnahmsweise selbst Tatbestandsmerkmal wie z.B. bei § 48 Abs. 2 Ziffer 3 VwVfG oder § 111 S. 2 SGB X nF.

<sup>59</sup> Das Gesetz kommt dem Unwissenden zu Hilfe; Liebs (1998), Rn. L 54.

<sup>60</sup> A. Leisner Kontinuität, S. 467.

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

verhalten, relativierte sich das Problem ohnehin. Die Feststellung, der Bürger habe in der Mehrzahl der Fälle das Gesetz nicht gekannt, ist in dieser Pauschalität zweifelhaft. Es spricht viel dafür, dass er zumindest die Rechtswirkungen seines Handelns regelmäßig kennen dürfte.

Derjenige, der sich rechtstreu verhält, muss nicht die Rechtsgrundlagen seiner Verhaltensweisen kennen. Er genießt den Schutz des Gesetzes. Vertrauenschutz schützt nicht ein »Vertrauen« an sich, sondern das Interesse am Fortbestand des Rechts bzw. (das Vertrauen in) die ursprüngliche Rechtsposition. Da diese unabhängig von der Kenntnis über ihre Existenz besteht, ist das Kriterium entbehrlich. Zugleich wird damit nochmals deutlich, dass es sich bei »Vertrauenschutz« und »Bestandsschutz« um synonyme Begriffe handelt und dass der Begriff des Bestandschutzes grundsätzlich vorzuziehen ist. Verfassungsrechtlicher Bestandsschutz wird auch ohne das Kriterium einer Kenntnis über die Rechtsgrundlage(n) gewährleistet.

### 6.4 Vertrauensdichte – Das Gesetz als Versprechen

Zum Teil wird in der Literatur davon ausgegangen, dass der Vertrauensgedanke aus einer rechtserheblichen Erwartung folge, die aus »vorangegangenem Tun« des Gesetzgebers resultiere.<sup>61</sup> Ähnliches kommt zum Ausdruck, wenn vom Gesetz als »Versprechen« die Rede ist,<sup>62</sup> worin das Verbot des *venire contra factum proprium* seinen Ausdruck finde.<sup>63</sup> Darauf, dass in jedem Rechtsatz zugleich die Zusicherung im Sinne einer Selbstverpflichtung durch den Staat gegenüber den »Rechtsuntertanen« verborgen

<sup>61</sup> *Lerche* Übermaß und Verfassungsrecht, S. 270 (Hervorhebung i.O.); vgl. *Kunig* Das Rechtsstaatsprinzip, S. 420.

<sup>62</sup> Vgl. *Isensee* FS für Franz Klein (1994), S. 611, 614; *W. Leisner* FS für Berber, S. 273, 281; *H. Mauren* Hdb StR III 1996, § 60, Rn. 58.

<sup>63</sup> *W. Leisner* ebd., S. 294.

## 6.4 VERTRAUENDICHTE – DAS GESETZ ALS VERSPRECHEN

liege, hat schon *Jellineck* hingewiesen.<sup>64</sup> Das Gesetz fasst er als eine Art einseitiger Willenserklärung auf. Die Bindung an eine derartige Willenserklärung erkenne schon das Privatrecht an, selbst wenn ein solches Versprechen nicht von anderer Seite angenommen werde. Die einseitige Willensbildung stelle die Form dar, durch die allein die Grundlagen von Rechtsverhältnissen zwischen einem Verband und seinen Gliedern geschaffen werden.<sup>65</sup> Mit dem Gesetz als »Versprechen« und dem damit verbundenen Kriterium der »Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung« lässt sich auch eine Erwartungshaltung des Bürgers auf den Fortbestand des Rechts begründen. »Alle Normen begründen die Erwartung, dass sie, solange nicht ein rechtmäßiger Aufhebungsgrund vorliegt, unverbrüchlich ... gehandhabt werden. In diesem Vertrauen auf die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung wurzelt nicht zum geringen Teil die für jeden einzelnen notwendige Berechenbarkeit seiner Handlungen und ihrer Folgen; sie ist eine nicht zu umgehende Bedingung stetiger Kulturentwicklung, da sie allein das soziale Vertrauen schafft, ohne welches der Verkehr zwischen Menschen sich kaum über niedrige Anfänge zu erheben vermag.«<sup>66</sup>

### 6.4.1 Rückwirkende Gesetze

Ebenfalls mit Verlässlichkeitsgesichtspunkten begründet das Bundesverfassungsgericht das grundsätzliche Verbot rückwir-

<sup>64</sup> *G. Jellineck* Allgemeine Staatslehre, 3. A. (1914), 5. Nachdruck, S. 370. Ob bzw. inwieweit das Recht den Staat selbst bindet, sei eine Frage »metajuristischer Natur« (ebd., S. 368).

<sup>65</sup> *G. Jellineck* ebd., S. 370 f. »Man muß dabei keineswegs sofort an den Staat denken. Jeder Verein erlässt durch satzungsmäßigen Beschluss, also einseitig, Normen für seine Mitglieder, dadurch nicht nur diese, sondern sich selbst bindend. Von solchen Verbänden unterscheidet sich der Staat nur dadurch, dass die Rechtsordnung, die ihn an seine Willenserklärung bindet, seine eigene Ordnung ist.« (Ebd., S. 371.)

<sup>66</sup> *Ders.* ebd., S. 369 f.

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

kender Gesetze. Die Verlässlichkeit der Rechtsordnung stelle eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen dar, und der Einzelne werde in seinem Vertrauen enttäuscht, wenn der Gesetzgeber an bereits abgeschlossene Tatbestände im Nachhinein ungünstigere Folgen knüpft als an diejenigen, von denen er bei seinen Dispositionen ausgehen durfte.<sup>67</sup> Rückwirkende Gesetze sind also als grundsätzlich unzulässig anzusehen und fallen damit unter einen Vertrauenstatbestand. Die Bedeutung einer auf den Fortbestand des Rechts gerichteten Erwartungshaltung des Einzelnen, vor allem bei bevorstehenden Gesetzesänderungen, ist schon näher erörtert worden.<sup>68</sup>

*Johanna Hey* zufolge verlagere das Bundesverfassungsgericht die Frage nach der Schutzwürdigkeit des Vertrauens teilweise in den Tatbestand des Vertrauenschutzes, ohne dabei nach dem Gewicht der Gegeninteressen zu fragen. Dies folge aus dem Umstand, dass nur berechtigtes Vertrauen geschützt sei. Diese Strukturdurchbrechung zeige sich in den Ausnahmen vom Verbot echt rückwirkender Gesetze, insbesondere bei dem am häufigsten angewandten Ausnahmetatbestand der Rückbeziehung des neuen Gesetzes auf den Gesetzesbeschluss im Bundestag. Da nach dieser Rechtsprechung der Betroffene ab dem Bekanntwerden der Änderungsabsicht nicht mehr auf den Fortbestand der alten Vertrauenslage vertrauen könne, finde eine Abwägung nicht mehr statt, die Prüfung breche vor der Schutzwürdigkeit ab, womit dem Gesetzgeber die Last genommen werde, die Gründe für die Rückbeziehung anzugeben. Damit komme es zum Totalausfall des Vertrauenschutzes.<sup>69</sup>

Kommt es tatsächlich zu keiner Abwägung, würde dies ein grundlegendes dogmatisches Problem des Vertrauenschutzes beschreiben. Dann wären unechte Rückwirkungen, die das Bun-

<sup>67</sup> BVerfGE 105, 17 (37); vgl. BVerfGE 30, 272 (285); 45, 142 (168).

<sup>68</sup> S.o., 3.2, S. 51 ff.

<sup>69</sup> *Hey Steuerplanungssicherheit*, S. 127f.

## 6.4 VERTRAUENDICHTE – DAS GESETZ ALS VERSPRECHEN

desverfassungsgericht als grundsätzlich zulässig ansieht, jedenfalls insoweit stärker vom Vertrauenschutz erfasst, als bei ihnen wenigstens in eine Abwägung der verschiedenen Interessenlagen eingestiegen wird, wenn dabei auch für den Regelfall das Gemeininteresse überwiegen mag. Gegen diese Betrachtung lässt sich anführen, dass ein Ergebnis, nach dem eine echte Rückwirkung als ausnahmsweise zulässig anzusehen ist, letztlich das Resultat einer Abwägung der unterschiedlichen Interessen dokumentiert – auch wenn nicht *ausdrücklich* eine Abwägung von Individualinteressen und Gemeinwohlinteressen vorgenommen wird. Wenn für eine echte Rückwirkung ein Argument angeführt wird, richtet sich dieses gegen das gegenläufige Bestandsinteresse. Insoweit liegt kein Begründungsverzicht vor – und damit auch kein dogmatisches Problem im Ergebnis. Gleichwohl ist der Vertrauenschutz vor allem im Steuerrecht erheblich eingeschränkt: Im Einkommens- und Körperschaftssteuerrecht stellt die Rückbeziehung auf den Gesetzesbeschluss (und damit die Annahme, dass der Bürger ab diesem Zeitpunkt mit der Gesetzesänderung habe rechnen müssen) noch nicht einmal das maßgebliche Kriterium dar. Denn dort darf die Rückbeziehung sogar noch weiter reichen, und zwar bis zum Beginn des Veranlagungszeitraumes. Erst wenn die Rechtswirkung vor diesen zurückreicht, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine echte Rückwirkung vor, wobei im Ertragsteuerrecht die Grenze zwischen echter und unechter Rückwirkung regelmäßig zugleich die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Gesetzes bestimmt.<sup>70</sup> Eine Rückbeziehung auf spätere Zeitpunkte – die also auch den parlamentarischen Gesetzesbeschluss einschließen – hat das Bundesverfassungsgericht nur als unechte Rückwirkung angesehen, ohne diese ihrerseits auf ihre Verfassungskonformität zu untersuchen. Sofern im Rahmen der »Veranlagungsrechtsprechung« lediglich eine unechte Rückwirkung zu bejahen ist, ent-

<sup>70</sup> Zur Darstellung der »Veranlagungsrechtsprechung« s.o., S. 34 f., 40.

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

fällt insoweit die Abwägung zwischen dem Bestandsinteresse des Einzelnen und dem öffentlichen Änderungsinteresse. Daher kommt es regelmäßig nicht auf die Vornahme von Handlungen bzw. Dispositionen des Bürgers an.<sup>71</sup> Hiervon weicht das Bundesverfassungsgericht nunmehr ab und wendet auch die Grundsätze des Vertrauensschutzes ausnahmsweise an, sofern es um die Abschaffung von Normen geht, die eine subventionierende Wirkung haben. Damit können auch steuerrechtliche Dispositionsbefindungen eine Vertrauensgrundlage bilden, »auf die der Steuerpflichtige sein steuerlich geregelter Verhalten stützt«.<sup>72</sup>

### 6.4.2 Lenkungsnormen

Eine für die Vertrauensdichte relevante Unterscheidung soll zwischen Lenkungs- und Fiskalzwecknormen liegen.<sup>73</sup> Während Fiskalzwecknormen die Funktion zukomme, den Finanzbedarf des öffentlichen Gemeinwesens durch Verteilung der Gesamtsteuerlast auf die einzelnen Steuerpflichtigen zu decken, forderten Lenkungsnormen zum Zwecke der Wirtschaftsintervention ein ganz bestimmtes Verhalten des Bürgers heraus.<sup>74</sup> Bloße Fiskalzwecknormen bildeten lediglich einen Rahmen für individuelles Verhalten, ohne beim Normadressaten eine erhöhte Bestandserwartung zu begründen. Lenkungsnormen hingegen schafften einen Anreiz und bildeten gleichsam die steuerliche Geschäftsgrundlage.<sup>75</sup> In diesem Sinne stellten sie, vor allem im Steuerrecht, den Prototyp des Gesetzes als »Versprechen« dar. Das Steuergesetz zeige unter

<sup>71</sup> Wernsmann JuS 2000, S. 39, 39.

<sup>72</sup> BVerfGE 105, 17 (40); vgl. 97, 67 (80); zu solchen Lenkungsnormen s. 6.4.2.

<sup>73</sup> Zu dieser Unterscheidung s. K.-A. Schwarz Vertrauensschutz, S. 298 f.; P. Kirchhof Hdb StR IV, § 88, Rn. 53 ff.; ders. DStR 1989, S. 263, 268, der statt von *Fiskalzwecknormen* von *Normen der Finanzierung* bzw. *der steuerlichen Regelbelastung* spricht.

<sup>74</sup> K.-A. Schwarz ebd., S. 298.

<sup>75</sup> Isensee in: FS für Franz Klein (1994), S. 611, 614.

## 6.4 VERTRAUENDICHTE – DAS GESETZ ALS VERSPRECHEN

dem Lenkungsaspekt einen anderen Charakter als unter dem Fiskalaspekt: nicht als Ordnung auf potentiell unbegrenzte Dauer, sondern als notwendig ziel- und zeitbegrenzte Maßnahme; nicht als Regelung, sondern als Angebot; nicht als Befehl, sondern als Zusage; nicht als Spruch, sondern als Versprechen.<sup>76</sup> Die Rücknahme eines lenkenden Steuervorteils greife in Grundrechte des privaten Investors ein, soweit er der Steuerofferte folgend, Aufwendungen getätigten hat und diese nunmehr entwertet werden. Der grundrechtliche Vertrauensschutz gewähre daher bei Lenkungsmaßnahmen Bestandsschutz in Form der Steuerfreiheit.<sup>77</sup> Hieraus folgt der Umkehrschluss, dass Vertrauensschutz bei Fiskalnormen keine<sup>78</sup> oder nur begrenzte<sup>79</sup> Anwendung finden soll. An die u.a. im Bereich des Steuerrechts vorgenommene Kategorisierung zwischen Lenkungsnormen und Fiskalzwecknormen anknüpfend folgert *Schwarz*, dass generell der Gesetzeszweck maßgeblich dafür sei, ob ein Gesetz als taugliche Vertrauensgrundlage in Frage komme. Dies sei dann der Fall, wenn das Gesetz bzw. dessen Intention beim Normadressaten ein bestimmtes Verhalten hervorrufen soll. Ein derartiges Gesetz bezeichnet er als *Lenkungsgesetz im weiteren Sinne*, das er von einem sog. *Rahmengesetz* unterscheidet. Mit einem *Rahmengesetz* verfolge der Gesetzgeber zwar bestimmte Zwecke, er greife damit aber nur mittelbar lenkend ein, weil kein unmittelbarer Zusammenhang

<sup>76</sup> *Isensee* ebd.; vgl. auch *Rensmann* JZ 1999, S. 168, 171, der von der Begründung einer synallagmatischen Beziehung zwischen Bürger und Staat spricht; s.a. *P. Kirchhof* DStR 1989, S. 263, 268.

<sup>77</sup> *Isensee* ebd.

<sup>78</sup> BFH, Beschluss v. 14.3.2000, Az. X R 46/99, BStBl II 2000, 344, 346; *Vogel/Waldhoff*, BK, Bd. 9, Vorb Art. 104a-115, Rn. 492; vgl. auch *P. Kirchhof* DStR 1989, S. 261, 268.

<sup>79</sup> *K.-A. Schwarz* Vertrauensschutz, S. 300; vgl. *Rensmann* JZ 1999, S. 168, 171.

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

zwischen der gesetzgeberischen Intention und der nachfolgenden Disposition des Normadressaten bestehe.<sup>80</sup>

Die Unterteilung ist problematisch, weil sie zu sehr die Gesetzesintention in den Mittelpunkt des Vertrauensschutzes rückt.<sup>81</sup> Eine Lenkungsvorschrift kann aber dem Einzelnen nur in einem schwach ausgeprägten Maße dienlich sein (und dementsprechend eine Bestandserwartung nur mäßig ausfüllen), während eine Fiskalnorm<sup>82</sup> für ihn von erheblicher Bedeutung sein kann, woraus dann auch eine hohe Bestandserwartung resultiert. Die Ausgestaltung der Freiheitsposition des Einzelnen kann auch von dem Gesetzeszweck weitgehend unabhängig sein; sie kann legislativ intendiert sein, sie muss es aber nicht sein. Ein ähnlicher Gedanke kommt auch bei der Kritik an der Unterscheidung von Gesetzestatbeständen und Sachverhalten zum Ausdruck.<sup>83</sup> Das, was nicht in einen Gesetzestatbestand fällt, ist nicht ungeregelt.<sup>84</sup> Der Gesetzgeber kann bewusst einen bestimmten Sachverhalt aus einem Gesetzestatbestand herausgenommen haben oder hierbei unbewusst vorgegangen sein. Der jeweilige Umstand als solcher ist für die Existenz einer Freiheitsposition – bzw. dafür, ob der Einzelne von einer bestimmten Gesetzeslage Gebrauch macht – jedenfalls zunächst zweitrangig.<sup>85</sup> Im Übrigen ist dem

<sup>80</sup> *K.-A. Schwarz* ebd., S. 299 f. Obwohl danach Fiskalnormen als »taugliche Vertrauensgrundlage« nicht in Frage kommen dürften, unterstellt er sie dann aber doch dem Schutz der unechten Rückwirkung; ebd., S. 300.

<sup>81</sup> Anders noch *Riechelmann* JuS 2000, S. 1144, 1144.

<sup>82</sup> Der Terminus dürfte zur Beschreibung ausreichen.

<sup>83</sup> S.o., S. 34 f.

<sup>84</sup> S.o., S. 54 f. Verhaltensweisen lassen sich gebieten oder verbieten, oder sie sind erlaubt; *Koch / Rüßmann* Juristische Begründungslehre, S. 84. Allgemein lassen sich Normen als Gebote, Verbote oder Erlaubnisse formulieren (sog. »deontische Grundmodalitäten«); *Alexy* Theorie der Grundrechte, S. 43 ff.

<sup>85</sup> Eine Regelung, die z.B. für eine Einfuhr wurzelloser Pflanzen keinen Zolltarif festlegte, könnte jemand nutzen, indem er Pflanzen wurzellos importiert und diese im Inland erneut Wurzeln ziehen lässt, um den Zolltarif zu sparen. Welche Intention der Gesetzgeber mit einer solchen Regelung verfolgte, wäre aber zunächst einmal nicht ersichtlich. Andererseits können einheimische

## 6.4 VERTRAUENDICHTE – DAS GESETZ ALS VERSPRECHEN

Einzelnen nicht geholfen, wenn bei Lenkungsnormen erst ein gesteigertes Bestandsschutzinteresse postuliert wird, dann aber auch ihre (sofortige) Abschaffung einen »wichtigen Gemeinwohlbelang« ausmachen soll, um »bestimmte Lenkungseffekte des Steuerrechts zu korrigieren«.<sup>86</sup>

Abgesehen davon, dass man häufig zwischen Fiskal- und Lenkungszwecken auch gar nicht trennen kann,<sup>87</sup> ist gerade die Betrachtung der Intensität des Eingriffs ein von der Verfassung geforderter Maßstab: »Je mehr... der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit beeinträchtigt, um so sorgfältiger müssen die zu seiner Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers abgewogen werden.«<sup>88</sup>

Aus den genannten Gründen ist es nicht sinnvoll, allein auf die gesetzgeberische Intention abzustellen. Dies würde bedeuten, auf die Frage nach der Angemessenheit (der Abschaffung) einer Fiskalnorm zu verzichten. Denn auch wenn es um eine bloße Fiskalnorm geht, ist es denkbar, dass ihre Abschaffung individuelle Bestandsinteressen intensiv und die Freiheitsposition des Einzelnen unangemessen beeinträchtigen kann. Gesetze, die für den Einzelnen von erheblicher Bedeutung sein können, sind deshalb nicht als bloße Rahmengesetze zu entwerten, wenn ihre Inanspruchnahme durch den Einzelnen nicht final vom Gesetzeszweck umfasst ist. Außerdem prüfte das Bundesverfassungsgericht durchaus etwa die Einführung eines Verbotes, das ein *Reiten im Walde* untersagte und dem die Verengung einer Befug-

Unternehmen nicht erwarten, dass etwa Schutzzölle zur Abwehr ausländischer Mitbewerber aufrechterhalten bleiben, weil derlei Schutzzölle nicht »etwas zum Betrieb Gehöriges, sondern etwas, das außerhalb des Betriebes steht«, darstellen; BGHZ 45, 83 (87) - »Knäckebrot«.

<sup>86</sup> BVerfGE 105, 17 (45); vgl. auch *P. Kirchhof* DStR 2003, Beiheft 5/Heft 37, S. 1.

<sup>87</sup> Arndt/Schumacher NJW 1998, S. 1538, 1539; Wernsmann JuS 2000, S. 39, 41.

<sup>88</sup> BVerfGE 17, 306 (314).

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

nis zugrunde lag, auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauenschutzes. Insbesondere stellte das Gericht auf das Kriterium der Geltungsdauer der ursprünglichen Regelung ab, wobei es den Zeitraum von fünf Jahren als zu kurz ansah, um das Verbot auszuhebeln.<sup>89</sup> Jedenfalls kann das Kriterium der Geltungsdauer für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Abschaffung von Gesetzen in Frage kommen – also unabhängig davon, ob es sich um Lenkungs- oder Rahmengesetze handelt. Ob es allerdings allein maßgeblich sein kann, ist zweifelhaft.

### 6.4.3 Zeiträume

Als Grundlage für einen Vertrauenschutz kommen verschiedene Zeiträume in Betracht. Auf die Geltungsdauer eines Gesetzes sowie auf befristete Gesetze und Übergangsregelungen ist näher einzugehen.

#### 6.4.3.1 Geltungsdauer

Der Bundesfinanzhof geht in seinem Vorlagebeschluss nach Art. 100 Abs. 1 GG vom 16.12.2003 davon aus, dass bei einer gesetzlichen Regelung, die schon seit Jahrzehnten Gültigkeit hat, sich Vertrauen besonders fest gegründet habe, und zwar darauf, dass die Regelung jedenfalls nicht ohne Übergangsvorschrift fortfallen werde.<sup>90</sup> Dabei nimmt der BFH eine Verfassungswidrigkeit des StEntlG 1999/2000/2002 vom 24.3.1999<sup>91</sup> an für solche Fälle privater Grundstücksveräußerungen, soweit diese übergangslos der Einkommensbesteuerung unterworfen werden, und zwar auch dann, wenn die Grundstücksveräußerung nach dem

<sup>89</sup> BVerfGE 80, 137 (163).

<sup>90</sup> BFH, Beschluss vom 16.12.2003, Az. IX R 46/02.

<sup>91</sup> BGBl I 1999, 402.

## 6.4 VERTRAUENDICHTE – DAS GESETZ ALS VERSPRECHEN

31.12.1998 erfolgte, aber zu diesem Stichtag die alte Spekulationsfrist von zwei Jahren bereits abgelaufen war. (In dem zugrunde liegenden Sachverhalt veräußerte der Betroffene ein Grundstück im Jahre 1999, wobei die Spekulationsfrist bereits 1992 abgelaufen war.) Das Unterlassen der Veräußerung sei hierbei unter Vertrauenschutzaspekten gegenüber einer Veräußerung gleichwertig. Es stelle als eine sog. »Portfolioentscheidung« eine Disposition des Steuerpflichtigen im Vertrauen auf die alte Rechtslage dar.<sup>92</sup> Der Einzelne beziehe in seine Überlegungen grundsätzlich die Erwartung ein, dass die ihm bekannte Regelung für die Zukunft verbindlich bleibe.<sup>93</sup> Auch sei die Frage steuerlicher Behandlung späterer Veräußerungsgewinne bei der Anschaffung von erheblicher Bedeutung gewesen, was schon daraus folge, dass eine zumindest bedingte Absicht des Steuerpflichtigen, ein angeschafftes Grundstück zu veräußern, im Grunde stets bestehe.<sup>94</sup> Vor allem geht der BFH davon aus, dass mit Immobilien, je nach Umfang der Fremdfinanzierung, allenfalls erst nach sehr langen Zeiträumen eine Rendite zu erwirtschaften sei, wenn Wertsteigerungen und Steuervorteile außer Betracht bleiben. Für eine Renditeberechnung komme es weniger auf die Mieterträge als vielmehr auf die steuerlichen Begünstigungen und den später steuerfreien Veräußerungsgewinn an. Angesichts der langen Geltungsdauer der Altregelung, die bei der Anschaffung des Grundstücks seit 65 Jahren und bei der Gesetzesänderung seit 74 Jahren unverändert bestanden habe, habe der Betroffene mit dem steuerlichen Zugriff des Gesetzgebers in wirtschaftlich bereits eingetretene, bisher nicht steuerbare Wertzuwächse nicht rechnen müssen und dies bei seinen Dispositionen nicht berücksichtigen können.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> BFH, ebd.; vgl. allgemein zu einem *Unterlassen* als vertrauenschutzrelevante Disposition: *Eilers* in: FS für Isensee, S. 421, 433.

<sup>93</sup> BFH, ebd.; BVerfGE 105, 17 (38).

<sup>94</sup> BFH, ebd., mwN.

<sup>95</sup> BFH, ebd.

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

Dem Kriterium der Geltungsdauer der Altregelung kann damit eine maßgebliche Bedeutung für den Bestandsschutz zukommen. Es kann aber nicht allein einen definitiven Bestandsschutz begründen. Maßgeblich ist die im Einzelnen betroffene konkrete Rechtsposition. So wäre etwa eine Regelung, die ein generelles Verbot des Ausschanks von Alkohol in der Öffentlichkeit anordnen würde, zunächst mit Gründen des Gemeinwohls bzw. mit der Gefährdung der Gesundheit durch das Rauschmittel begründbar. Die Entscheidungsbefugnis des demokratisch-legitimierte[n] Gesetzgebers dürfte bestandsschutzrechtlichen Gesichtspunkten, wie dem Umstand, dass der Genuss von Wein und Bier, auch in der Öffentlichkeit, bei uns seit Jahrzehnten oder seit Jahrhunderten tradiert ist, grundsätzlich vorgehen. Gleichwohl wäre ein solches Verbot nicht ohne Weiteres zulässig, da dieses die Berufs- und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Winzer, der Gastronomen sowie der Bier- und Spirituosenindustrie treffen und einen schweren Einriff in ihre grundrechtlich garantierten Freiheiten begründen würde. In diesem Sinne lässt sich feststellen, dass je bedeutender sich die Freiheitsposition für den Einzelnen darstellt, desto eher das Kriterium der Geltungsdauer der Altregelung eine Rolle spielen kann.

### 6.4.3.2 Befristete Gesetze, Übergangsregelungen

»Auch zeitlich befristete Gesetze können einen Vertrauenstatbestand begründen, der keinen geringeren Schutz als den genießt, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der unechten Rückwirkung von Gesetzen besteht.«<sup>96</sup> Da nach dieser Rechtsprechung zwischen dem Ausmaß des Vertrauenschadens einerseits und der Bedeutung der Rechtsänderung für das Allgemeinwohl andererseits abzuwägen ist,<sup>97</sup> existiert ein

<sup>96</sup> BVerfGE 30, 392 – Leitsatz.

<sup>97</sup> BVerfGE 30, 392 (404 mwN).

## 6.4 VERTRAUENDICHTE – DAS GESETZ ALS VERSPRECHEN

definitiver Bestandsschutz für den Einzelnen, wenn ein staatlicher Eingriff vorliegt, der nicht gerechtfertigt werden kann. Im Falle der Berlinhilfe-Entscheidung, bei der es um eine mäßige Kürzung der Steuervorteile für die Zigarettenindustrie ging, überwog nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts das Allgemeininteresse das private Bestandsinteresse. Das Gericht begründete dieses Ergebnis u.a. mit den ungewöhnlich hohen Vorteilen aus der Steuerbefreiung für die Zigarettenindustrie im Vergleich zu anderen förderungswürdigen Berliner Industriezweigen. Damit sah es den Schutz des Vertrauens der Zigarettenindustrie in den uneingeschränkten Fortbestand der Steuervorteile als sachlich nicht mehr gerechtfertigt an.<sup>98</sup> Schon das Reichsgericht hat bei der Frage der Zulässigkeit einer vorzeitigen Aufhebung eines befristeten Gesetzes hervorgehoben, dass eine Befristung allein den Gesetzgeber nicht binden könne, vor allem dann nicht, wenn sich die für die Befristung maßgebenden allgemeinen Verhältnisse nachträglich ändern.<sup>99</sup>

Das Bundesverfassungsgericht sieht das Vertrauen des Einzelnen dann als besonders schutzwürdig an, wenn der Gesetzgeber eine Übergangsregelung aus Vertrauenschutzgründen geschaffen hat und er beabsichtigt, diese vorzeitig zu beseitigen – also vor Ablauf der vorgesehenen Frist: Das Abschaffen einer solchen Übergangsregelung sei nur unter besonderen Anforderungen möglich. Dabei gehe es nicht allgemein um den Schutz des Vertrauens in den Fortbestand des geltenden Rechts. Vielmehr vertraue der Bürger auf die Kontinuität einer Regelung, auf Grund derer altes Recht noch für eine bestimmte Zeit in Bezug auf einen eingegrenzten Personenkreis aufrechterhalten werde, und zwar nach einer erfolgten Überprüfung der Vereinbarkeit der Fortgeltung mit dem öffentlichen Interesse. Mit einer solchen Regelung habe der Gesetzgeber einen besonderen Vertrauenstatbestand

<sup>98</sup> BVerfGE 30, 392 (405).

<sup>99</sup> RGZ 139, 177 (189).

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

geschaffen. Um sie vorzeitig aufzuheben, genüge es nicht, dass sich die für den Erlass der Übergangsregelungen ursprünglich maßgeblichen Umstände geändert haben. Es müssten darüber hinaus – unter der Voraussetzung, dass sich das Interesse der Betroffenen auf einen Fortbestand der Regelung als schutzwürdig erweise und einiges Gewicht habe – schwere Nachteile für wichtige Gemeinschaftsgüter zu erwarten sein, falls die geltende Übergangsregelung bestehen bleibe.<sup>100</sup>

Nur weil das Gesetz auch als eine Art »Versprechen« aufgefasst werden kann, begründet sich hieraus allein kein definitiver Bestandsschutz. Dies ist selbst dann nicht der Fall, wenn der Gesetzgeber aus Gründen des Bestandsschutzes eine Übergangsregelung geschaffen hat. An die Voraussetzungen für ihre Abschaffung sind aber erhöhte Anforderungen zu stellen.

### 6.4.4 Spielräume des Gesetzgebers

Durch den Bestandsschutz werden Kompetenzen des Gesetzgebers beschränkt. Dessen Gestaltungsfreiheit ist damit betroffen, und somit stellt sich die Frage nach der Einschränkbarkeit von legislativen Gestaltungsspielräumen im Allgemeinen.<sup>101</sup> Bei der Abschaffung einer steuerbegünstigenden Norm zur Mehrung des Steueraufkommens steht dem Gesetzgeber grundsätzlich ein weiter Prognosespielraum zur Verfügung. »Ihm obliegt die Einschätzung der Lage und der zukünftigen Entwicklung sowie der Zwecktauglichkeit des Mittels.«<sup>102</sup> Ein Prognosespielraum betrifft den »Erkenntnisspielraum« oder »epistemischen« Spiel-

<sup>100</sup> BVerfGE 102, 68 (97 f.).

<sup>101</sup> Allgemein zu Spielräumen s. Alexy VVdStRL 61 (2002), S. 7, 15 ff., der zwischen strukturellen Spielräumen (unter die er einen Zwecksetzungs-, Mittelwahl- und Abwägungsspielraum fasst) und epistemischen Spielräumen (wozu er einen empirischen und einen normativen Spielraum zählt) unterscheidet.

<sup>102</sup> BVerfGE 105, 17 (34); vgl. auch Kunig Das Rechtsstaatsprinzip, S. 419.

## 6.5 DISPOSITIONSBETÄTIGUNG?

raum des Gesetzgebers. Er tritt vor allem in der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung auf.<sup>103</sup>

Auch bei der zuvor erörterten vorzeitigen Abschaffung von Übergangsregelungen, durch die der Gesetzgeber einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen hat,<sup>104</sup> ist der Erkenntnisspielraum berührt. Dieser ist bei bestehenden Übergangsregelungen jedoch stärker für den Gesetzgeber eingeschränkt, weil ihre Abschaffung sich nur dann als gerechtfertigt herausstellt, wenn bei ihrem Fortbestand »schwere Nachteile für wichtige Gemeinschaftsgüter zu erwarten sind«.<sup>105</sup> Alexy hat allgemein für Grundrechtseingriffe ein »epistemisches Abwägungsgesetz« formuliert: »Je schwerer ein Eingriff in ein Grundrecht wiegt, desto größer muss die Gewissheit der den Eingriff tragenden Prämissen sein.«<sup>106</sup> Dagegen betrifft die »Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne« den strukturellen Spielraum, d.h. die Relation zwischen »der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe«.<sup>107</sup> Diesen »Kern der Abwägung« hat Alexy allgemein als »Abwägungsgesetz« sowohl für den Abwehrbereich der Grundrechte als auch für den Bereich, der Schutz gewährt, wie folgt formuliert: »Je höher der Grad der Nichterfüllung oder der Beeinträchtigung des einen Prinzips, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.«<sup>108</sup>

## 6.5 Dispositionsbetätigung?

In der Literatur wird teilweise das Erfordernis einer Dispositionsbetätigung als Voraussetzung für ein Eingreifen des Vertrauens-

<sup>103</sup> S. im Ganzen Alexy VVdStRL 61 (2002), S. 7, 27; vgl. Kunig ebd.

<sup>104</sup> S.o., 6.4.3.2.

<sup>105</sup> BVerfGE 102, 68 (98).

<sup>106</sup> Alexy VVdStRL 61 (2002), S. 7, 28.

<sup>107</sup> BVerfGE 101, 331 (350).

<sup>108</sup> Alexy VVdStRL 61 (2002), S. 19.

## 6 KRITERIEN DES BESTANDSSCHUTZES

schutzes postuliert.<sup>109</sup> Mit der Einordnung des Bestandsschutzes als Bestandteil der Grundrechte, wenigstens von Art. 2 Abs. 1 GG, ist eine solche Voraussetzung aber entbehrlich. Eine Dispositionsbetätigung ist zunächst allenfalls als eine prozessuale Bedingung notwendig.<sup>110</sup> Sie ist »eine Frage des Schadens, nicht des Gründes«.<sup>111</sup> Daher kann die Dispositionsbetätigung für den Umfang des Bestandsschutzes durchaus von Bedeutung sein. Individuelle Dispositionen finden im Rahmen der gegeneinander abzuwägenden Prinzipien, des individuellen Interesses am Fortbestand des Rechts und des staatlichen Interesses an der Gesetzesänderung, Berücksichtigung.<sup>112</sup> Das Vorliegen von individuellen Dispositionen ist aber nicht schon als Voraussetzung für ein Eingreifen des Vertrauenschutzes relevant. Vor allem ist Vertrauenschutz abstrakter Vertrauenschutz,<sup>113</sup> und für den Kreis der Berechtigten ist eine generelle (typisierende) Betrachtungsweise maßgeblich,<sup>114</sup> weshalb es auf einen Nachweis eines Disponierens nicht ankommt.

Da sich somit auch das letztverbliebene Kriterium, das in der Literatur für eine Abgrenzung des Begriffes des Vertrauenschutzes von dem des Bestandsschutzes angeführt wird,<sup>115</sup> als entbehrlich herausstellt, bestätigt sich die eingangs aufgestellte These nunmehr abschließend: Bei »Vertrauenschutz« und »Bestandsschutz« handelt es sich um synonyme Begriffe.

<sup>109</sup> Vgl. P. Kirchhof DStR 1989, S. 263, 268; A. Leisner Kontinuität, S. 177; Sieckmann Modelle des Eigentumsschutzes, S. 237 ff.

<sup>110</sup> In diesem Sinne interpretiert auch J. Hey Steuerplanungssicherheit, S. 128 f., die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Gleichwohl setzt sie das Merkmal für einen Vertrauenschutztatbestand voraus; ebd., S. 129.

<sup>111</sup> Roellecke Vertrauenschutz als Rechtskritik, S. 183, 187; vgl. Sommermann in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, Art. 20 Abs. 3, Rn. 297.

<sup>112</sup> Vgl. Sommermann ebd.

<sup>113</sup> Vgl. Kisker VVdStRL 32 (1974), S. 149 ff., 191 f.

<sup>114</sup> Vgl. BVerfGE 32, 111 (123); 70, 69 (84 f.); 71, 1 (13); BVerwGE 81, 49 (56); Grabitz DVBl. 1973, 675, 683; H. Maurer Hdb StR III 1996, § 60, Rn. 22.

<sup>115</sup> Vgl. Sieckmann Modelle des Eigentumsschutzes, S. 237 ff. (bei Art. 14 GG).

## 6.6 ERGEBNIS

### 6.6 Ergebnis

Ein allgemeiner Vertrauenstatbestand als ein Maßstab für eine verfassungsrechtliche Prüfung des Vertrauensschutzes ist im Ergebnis abzulehnen. Dies resultiert schon daraus, dass der Bestandsschutz aus den Grundrechten folgt und er den Schutz von Handlungsmöglichkeiten gewährleistet (Art. 2 Abs. 1 GG). Da Handlungsmöglichkeiten erst durch Schranken begrenzt werden, ist damit eine tatbestandliche Ebene bereits überschritten. Eine Kenntnis der Vertrauensgrundlage und eine Dispositionsbetätigung sind nicht Bedingungen für ein Eingreifen des Vertrauensschutzes. Individuelle Dispositionsbetätigungen können im Rahmen der Abwägung der unterschiedlichen Prinzipien Berücksichtigung finden.

# **Rechtssicherheit als Freiheitsschutz**

**Struktur des verfassungsrechtlichen  
Bestandsschutzes**

**Frank Riechelmann**

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

Titel der Originalausgabe (2005)

*Struktur des verfassungsrechtlichen Bestandsschutzes. Das Verhältnis  
zwischen Vertrauenschutz, Rechtssicherheit und Kontinuität*

Titel der 3. und 4. Auflage

*Struktur des verfassungsrechtlichen Bestandsschutzes.  
Rechtssicherheit als Freiheitsschutz*

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk darf – auch teilweise – nur  
mit Zustimmung des Verlags oder des Verfassers wiedergegeben  
werden.

ISBN 978-3-8370-7586-1

5., überarbeitete Auflage

© 2009 Frank Riehelmann

Herstellung und Verlag: Books on Demand GmbH, Norderstedt

# Inhalt

<b>Vorwort</b>	IX
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	XIII
<b>Einleitung</b>	1
<b>1 Bestandsschutz für Nicht-Private (BSG)</b>	9
<b>2 Vertrauen, Vertrauenschutz, Bestandsschutz</b>	12
2.1 Vertrauen als Begriff . . . . .	12
2.1.1 Entpersonalisiertes Vertrauen . . . . .	13
2.1.2 Psychologische Elemente . . . . .	15
2.1.3 Kollektiver Vertrauenschutz . . . . .	16
2.1.4 Folgerungen . . . . .	18
2.2 Vertrauenschutz als Position und als Objekt . . . . .	18
2.2.1 Norm, Recht, Rechtsposition . . . . .	19
2.2.2 Vertrauenschutz als bloße Bezeichnung .	22
2.2.3 Schutz und Schutzgut: Schutzbereich . .	23
2.2.4 Bestandsschutz als präziserer Begriff .	25
2.3 Ergebnis . . . . .	28
<b>3 Die Rückwirkungsrechtsprechung</b>	29
3.1 Das Rückwirkungsverbot im Einzelnen . . . . .	32

3.1.1	Abgeschlossene Tatbestände und nicht abgeschlossene Sachverhalte . . . . .	33
3.1.2	Die Rechtsprechung des Zweiten Senats . .	36
3.1.3	Normlogische Überlegungen . . . . .	37
3.1.4	Zeitpunkte (u.a. der Regierungsbeschluss) .	39
3.1.5	Graduelle Rückwirkung . . . . .	47
3.2	Bloß zukünftig wirkende Gesetze? . . . . .	51
3.3	Ergebnis . . . . .	56
<b>4</b>	<b>Bestandsschutz als Prinzip</b>	57
4.1	Das herkömmliche Rechtssatzverständnis . . . . .	57
4.2	Prinzipien (Prinzipientheorie) . . . . .	59
4.2.1	Definitives und »tatbeständliches« Recht .	60
4.2.2	Regeln und Prinzipien . . . . .	61
4.3	Die Kritik an der Prinzipientheorie . . . . .	64
4.4	Geltung und Wichtigkeit . . . . .	73
4.5	Ergebnis . . . . .	77
<b>5</b>	<b>Bestandsschutz und Grundrechte</b>	78
5.1	Eigentum im Allgemeinen . . . . .	80
5.2	Einschub: Grundrechte als Leistungsrechte . . . .	86
5.3	Bestandsschutz und Verhältnismäßigkeit . . . .	92
5.3.1	Zwei Schranken? . . . . .	93
5.3.2	Inhalt und Prozedur der Abwägung . . . .	95
5.3.3	Prinzipien und ideales Sollen . . . . .	98
5.3.4	Schutzzug und Wirkung . . . . .	101
5.4	Bestandsschutz und Institutsgarantie . . . . .	102
5.5	Gleichheitsgrundsatz . . . . .	103
5.6	Das allgemeine Freiheitsrecht . . . . .	105

5.6.1	Art. 2 Abs. 1 GG als Quelle . . . . .	106
5.6.2	Ein Recht auf Bestandsschutz . . . . .	108
5.6.3	Natürliche Handlungsmöglichkeiten . . . . .	110
5.6.3.1	Befugnislose Positionen . . . . .	111
5.6.3.2	Rechtswidrige Positionen . . . . .	112
5.7	Verfassungswidrige Gesetze . . . . .	114
5.7.1	Nichtigkeitsdogma und Vernichtbarkeit . .	116
5.7.2	Teilnichtigkeit . . . . .	122
5.7.3	Nichtigkeit und Fortbestand . . . . .	124
5.7.4	Anwendungsbeispiel . . . . .	129
5.8	Zwei Schranken – Rechtsstaatsprinzip? . . . . .	135
<b>6</b>	<b>Kriterien des Bestandsschutzes</b>	<b>139</b>
6.1	Das Problem eines Vertrauenstatbestandes . . . . .	141
6.2	Vorliegen einer Vertrauensgrundlage . . . . .	143
6.3	Kenntnis der Vertrauensgrundlage? . . . . .	144
6.3.1	Hubers Thesen . . . . .	147
6.3.2	Kenntnis der Folgen . . . . .	149
6.3.3	Fingiertes Vertrauen . . . . .	151
6.3.4	Schutzfunktion des Gesetzes . . . . .	153
6.3.5	Zusammenfassung . . . . .	155
6.4	Vertrauendichte – Das Gesetz als Versprechen .	156
6.4.1	Rückwirkende Gesetze . . . . .	157
6.4.2	Lenkungsnormen . . . . .	160
6.4.3	Zeiträume . . . . .	164
6.4.3.1	Geltungsdauer . . . . .	164
6.4.3.2	Befristete Gesetze, Übergangsregelungen . . . . .	166
6.4.4	Spielräume des Gesetzgebers . . . . .	168

6.5 Dispositionsbetätigung? . . . . .	169
6.6 Ergebnis . . . . .	171
<b>7 Horizontalwirkung des Bestandsschutzes</b>	<b>172</b>
7.1 Eine Anwendbarkeit für alle Rechtssubjekte? . . . . .	173
7.1.1 Die sog. »objektive« Dimension . . . . .	173
7.1.2 Reichweite der objektiven Dimension . . . . .	175
7.1.3 Rechtssicherheit als Grundprinzip? . . . . .	182
7.2 Horizontalwirkung und Grundrechtsfähigkeit . . . . .	190
7.2.1 Ein Grund für ein subjektives Recht . . . . .	192
7.2.2 Grundrechtsfähigkeit (Art. 19 Abs. 3 GG) . . . . .	194
7.2.2.1 Grundrechte und Begründung . . . . .	198
7.2.2.2 Ergebnis . . . . .	203
<b>8 Mittelbarer Bestandsschutz für Nicht-Private</b>	<b>205</b>
8.1 Kostenerstattung bei Sozialleistungsträgern . . . . .	207
8.1.1 Die Fiktionswirkung des § 107 Abs. 1 . . . . .	208
8.1.2 Alt- und Neuregelung des § 111 S. 2 . . . . .	210
8.2 Die Übergangsregelung des § 120 Abs. 2 . . . . .	213
8.2.1 Neurecht und Altfälle . . . . .	213
8.2.2 Die Ansicht des BVerwG . . . . .	214
8.2.3 Verfassungskonforme Auslegung (BSG) . . . . .	215
8.2.4 Stellungnahme / Interpretation . . . . .	218
8.2.5 Verstoß gegen das Willkürverbot? . . . . .	224
8.3 Rückwirkungsverbot und Willkürverbot . . . . .	228
<b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b>	<b>231</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>237</b>

## Vorwort

In der neuen Auflage habe ich den vorherigen Untertitel nunmehr zum Haupttitel gemacht, weil er die Kernaussage der Arbeit besser verdeutlicht: »Rechtssicherheit« ist ein Grundrechtsgehalt (für den Einzelnen) – und nicht etwa erst oder allein eine aus den Grundrechten oder dem Rechtsstaatsprinzip resultierende Folge. Das Verhältnis einer *Teilnichtigkeit von Gesetzen* zu einer *verfassungskonformen Auslegung* habe ich noch angesprochen. Zusätzlich habe ich einige (wenige) weitere Literaturquellen aufgenommen. Zu erwähnen ist hier vor allem Skouris' Werk »Teilnichtigkeit von Gesetzen« aus dem Jahre 1973, das ich leider bislang übersehen hatte. Insgesamt habe ich vereinzelt kleinere, im Grunde nur klarstellende Änderungen vorgenommen. Einige in der Arbeit entwickelte Gedanken habe ich zwischenzeitlich auch in Aufsätzen veröffentlichten dürfen. Bei ihnen geht es um den Normcharakter der Grundrechte (»Sind Grundrechte keine Normen?«, Rechtstheorie 2006, S. 381 ff.) und um die Bedeutung der Rechtssicherheit als Freiheitsschutz (»Rechtssicherheit und Willkürverbot«, Zeitschrift für Rechtsphilosophie 2007, S. 53 ff.). Die Aufsätze haben sich als recht komprimierte Darstellungen erwiesen. Ihre Inhalte werden in der Arbeit genauer ausgeführt. Für Ihre Anleitung zur Gestaltung des Buchumschlags danke ich Frau Annemarie Skjold und Herrn Yuri Robbers.

Kiel, den 1. Februar 2009

Frank Riechelmann

Die Freiheit des Einzelnen hat nicht zuletzt nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland eine normative Qualität. Dagegen wird der Vertrauenschutz herkömmlich nicht als »Norm« angesehen. Insofern würde er nicht zum Freiheitsschutz gehören. Das Gegenteil ist jedoch der Fall. Vertrauenschutz (Bestandsschutz, Rechtssicherheit) ist Freiheitsschutz und Norm – zu diesem Ergebnis führt eine prinzipien-theoretische Betrachtung. Mit ihr lässt sich sowohl das Schutzgut des Vertrauenschutzes bestimmen als auch das bislang unklare Verhältnis zwischen Vertrauenschutz, Rechtssicherheit, Kontinuität und dem Gebot der Verhältnismäßigkeit.

*Aus dem Inhalt:* Vertrauenschutz als Recht und als Objekt · Prinzipien und Regeln · Die Teilnichtigkeit bei verfassungswidrigen Gesetzen · Grundrechtsfähigkeit (Art. 19 Abs. 3 GG) · Rückwirkungsverbot und Willkürverbot

NEUAUSGABE  
BoD, Norderstedt



Riechelmann **Rechtssicherheit als Freiheitsschutz**

# Rechtssicherheit als Freiheitsschutz

**Struktur des verfassungsrechtlichen  
Bestandsschutzes**

**Von**  
**Frank Riechelmann**