

Verfassungsrechtliche Einordnung der kapitalanlagerechtlichen Rechtsprechung des BGH zum RBerG*

Rechtsanwalt und Notar Dr. jur. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden

Univ.-Prof. Dr. jur. habil. Karl-Georg Loritz, Bayreuth

Inhaltsverzeichnis

I. Die Problemstellung	2
1. Die jahrzehntelange Funktion von Treuhändern in Kapitalanlagemodellen und ihre Bestätigung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung	2
2. Die überraschende Wende in der Rechtsprechung des BGH	4
3. Vertrauensschutz und Rückwirkung der neuen Rechtsprechung des BGH	6
II. Kreditinstitute und Grundrechtsschutz	7
1. Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen	7
2. Kreditinstitute in privatrechtlicher Rechtsform	8
3. Kreditinstitute als Anstalten des öffentlichen Rechts	8
III. Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz und Grenzen der Rückwirkung bei Änderung der Rechtsprechung	9
1. Änderung der Rechtsprechung zum RBerG bei Treuhandverhältnissen als Rechtsfortbildung	9
2. Rechtstreue des Bürgers – Meinungsänderung des Gerichts als Irrtumseingeständnis	10
3. Literatur und Rechtsprechung	11
a) Literatur	12
b) Rechtsprechung	13
c) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	14
IV. Würdigung der Rechtsprechung und eigene Ansicht	15
1. Rückwirkung und Vertrauensschutz	15
2. Fehlende Auseinandersetzung mit den verfahrensmäßigen Voraussetzungen einer Rechtsprechungsänderung	17
3. Grundsatz des fairen Verfahrens	18
4. Die Frage des Gewohnheitsrechts	19
V. Fazit	19

I. Die Problemstellung

1. Die jahrzehntelange Funktion von Treuhändern in Kapitalanlagemodellen und ihre Bestätigung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung

Die Kapitalanlagemodelle des freien Kapitalanlagemarktes waren und sind vielzählig. Sie reichen vom Mietkaufmodell der 70er Jahre über das Bauherrenmodell der 80er Jahre bis zu Erwerber- und Fondsmodellen seit den 90er Jahren. Allen Modellen war gemeinsam, dass ein Treuhänder bzw. Geschäftsbesorger eine zentrale Rolle spielte. Er wurde bei den Vertragsabschlüssen und noch mehr bei der Vertragsabwicklung, insbesondere bei der Wahrnehmung von Gesellschafterrechten und bei der Finanzierungsabwicklung tätig und übernahm bei steuerorientierten Modellen auch die steuerliche Betreuung. Waren Hunderte oder gar Tausende Anleger beteiligt, so bedurfte es notwendigerweise eines Koordinators, um die Anlegerinteressen im Modell zu bündeln, deren wirtschaftliche und steuerliche Interessen zum Ziel zu bringen und die Finanzierung sicherzustellen.¹⁾ Der BGH²⁾ formulierte es z.B. treffend folgendermaßen:

„Der Treuhänder hat die Interessen des Treugebers gewissenhaft zu wahren. Er darf mit den einzelnen Unternehmen keine vergütungspflichtigen Dienstleistungen vereinbaren, die zur Erreichung des vom Bauherrenmodell bestimmten Vertragszwecks, also zur Errichtung des Bauvorhabens bei möglichst weitgehendem steuerlichen Erfolg, nicht erforderlich sind und an denen der Bauherr auch sonst kein vernünftiges Interesse haben kann. Bei Vertragsgestaltung, Auswahl und Auftragsvergabe hat der Treuhänder Sorgfalt walten zu lassen. Zu den vorvertraglichen wie auch zu den vertraglichen Pflichten des Treuhänders gehören ferner regelmäßig Unterrichtung und Beratung des Bauherrn. Er muss alles in seiner Macht stehende tun, damit Kostenüberschreitungen verhindert werden und die abgerechneten Leistungen im Rahmen des kalkulierten Gesamtaufwands bleiben (Senatsurteil vom 19. November 1987 - VII ZR 39/87 = BGHZ 102, 220, 225 = ZfBR 1988, 79, 80 = BauR 1988, 103, 105).“

So verwundert es nicht, dass Treuhänder vornehmlich Steuerberatungs- bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaften waren. Diese hatten die man-power und das know-how für die wirtschaftliche, buchhalterische, finanzierungsmäßige und steuerliche Abwicklung von Treuhandbeteiligungen. Rechtsanwälte nahmen sich dieser Tätigkeit wegen des damit verbundenen hohen Personalaufwandes und entsprechend hoher Personalkosten bei vergleichsweise bescheidener Vergütung kaum an.

* Eine gekürzte Fassung dieses Beitrages ist veröffentlicht: *Wagner/Loritz* WM 2005, 1249 - 1256

1) Zu den umfänglichen Aufgaben eines Treuhänders *Wagner/Loritz*, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, Rdn. 310 – 328, 865 – 915. Zum Treuhandkommanditisten *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 22 Rdn. 122 – 132; *Gummert* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 2004, § 61 Rdn. 18 - 20. Zum Treuhänder bei der Fonds-GbR *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 25 Rdn. 6 – 9; *Schücking* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, § 4 Rdn. 53. Zum Treuhänder bei mittelbaren gesellschaftlicher Beteiligungen *Wagner* ZfIR 1997, 199. Allgemein zu Treuhandbeteiligungen: *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 1981; *von Heymann* in: Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, Abschn. M; *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970, Seite 167 f.; *Nitschke*, Die körperlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, Seite 274 f., 289 f.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, Seite 1668 f., 1679 ff.; *Thode* in: Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, Abschn. N Rdn. 20 f., 72 - 73; *Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, Seite 386 f.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, 2004, Seite 484 ff.

2) BGH 24.03.1988 - VII ZR 232/86, ZfBR 1988, 185

In der Rechtsprechung des BGH wie auch im Schrifttum bestanden lange Zeit keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Handelns solcher Treuhänder in Kapitalanlagemodellen des freien Kapitalanlagemarktes. Treuhänder waren schlichtweg allseits akzeptiert.³⁾ Auch die Wissenschaft bzw. das Schrifttum teilten diese Ansicht.⁴⁾ Diskutiert wurde allenfalls über die Pflichten eines Treuhänders,⁵⁾ über dessen Unabhängigkeit⁶⁾ bzw. über die Angemessenheit von Vertragsklauseln im Treuhandvertrag⁷⁾ und über dessen Formbedürftigkeit.⁸⁾

Insbesondere der VII. Senat des BGH hatte sich um diese Kriterien für eine ordnungsgemäße Treuhanderschaft besonders verdient gemacht. Dies alles hätte keinen Sinn gehabt, wenn der BGH schon damals auch nur erwogen hätte, daß Treuhand- bzw. Geschäftsbesorgungsverträge mit nicht anwaltlichen Treuhändern in Kapitalanlagemodellen wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBERG nichtig sein könnten.

3) BGH 27.10.1983 - VII ZR 12/82, WM 1983, 1387; BGH 17.12.1984 - II ZR 251/83, WM 1985, 281; BGH 20.03.1985 - IVa ZR 223/83, WM 1985, 751; BGH 25.04.1985 - III ZR 27/84, WM 1985, 993; BGH 25.04.1985 - III ZR 26/84, WM 1985, 910; BGH 16.01.1986 - VII ZR 61/85, BGHZ 97, 21; BGH 10.04.1986 - III ZR 121/84, WM 1986, 995; BGH 14.04.1986 - II ZR 117/85, WM 1986, 1001; BGH 19.06.1986 - VII ZR 25/85, WM 1986, 1320; BGH 09.10.1986 - III ZR 127/85, WM 1986, 1561; BGH 06.11.1986 - VII ZR 131/86, WM 1987, 212; BGH 09.07.1987 - VII ZR 390/85, WM 1987, 1221; BGH 17.07.1987 - III ZR 152/86, n.V.; BGH 01.10.1987 - III ZR 134/86, WM 1987, 1416; BGH 19.11.1987 - VII ZR 39/87, BGHZ 102, 220; BGH 25.02.1988 - VII ZR 152/87, WM 1988, 586; BGH 24.03.1988 - VII ZR 232/86, ZfBR 1988, 185; BGH 20.10.1988 - VII ZR 219/87, BGHZ 105, 283; BGH 20.10.1988 - III ZR 169/87, NJW-RR 1989, 277; BGH 11.05.1989 - VII ZR 12/88, WM 1989, 1286; BGH 18.06.1990 - II ZR 132/89, WM 1990, 1543; BGH 05.07.1990 - VII ZR 26/89, WM 1990, 1623; BGH 16.01.1991 - VIII ZR 14/90, WM 1991, 695; BGH 17.01.1991 - VII ZR 143/89, WM 1991, 769; BGH 06.02.1991 - VIII ZR 26/90, WM 1991, 765; ; BGH 23.04.1991 - I StR 734/90, wistra 1991, 265; BGH 15.05.1991 - VIII ZR 123/90, WM 1991, 1266; BGH 17.12.1991 - XI ZR 8/91, WM 1992, 216; BGH 02.03.1994 - VIII ZR 14/93, WM 1994, 1076; BGH 30.06.1994 - VII ZR 116/93, BGHZ 126, 326; BGH 01.12.1994 - III ZR 93/93, WM 1995, 344; BGH 20.10.1996 - XI ZR 250/95, n.V.; BGH 02.05.2000 - XI ZR 150/99, BGHZ 144, 223; BGH 02.05.2000 - XI ZR 108/99, NJW 2000, 2270; BGH 02.07.2001 - II ZR 304/00, BGHZ 148, 201; BGH 11.10.2001 - III ZR 288/00, WM 2001, 2262; BGH 14.01.2002 - II ZR 40/00, WM 2002, 813; BGH 07.07.2003 - II ZR 18/01, WM 2003, 1718.

4) S.o. FN 1.

5) BGH 19.06.1986 - VII ZR 25/85, WM 1986, 1320; BGH 06.11.1986 - VII ZR 131/86, WM 1987, 212; BGH 09.07.1987 - VII ZR 390/85, WM 1987, 1221; BGH 24.03.1988 - VII ZR 232/86, ZfBR 1988, 185; BGH 11.05.1989 - VII ZR 12/88, WM 1989, 1286; BGH 05.07.1990 - VII ZR 26/89, WM 1990, 1623; BGH 16.01.1991 - VIII ZR 14/90, WM 1991, 695; BGH 17.01.1991 - VII ZR 143/89, WM 1991, 769; BGH 06.02.1991 - VIII ZR 26/90, WM 1991, 765; BGH 23.04.1991 - I StR 734/90, wistra 1991, 265; BGH 15.05.1991 - VIII ZR 123/90, WM 1991, 1266; BGH 02.03.1994 - VIII ZR 14/93, WM 1994, 1076; BGH 08.06.1994 - VIII ZR 103/93, WM 1994, 1720; BGH 11.10.2001 - III ZR 288/00, WM 2001, 2262; BGH 14.01.2002 - II ZR 40/00, WM 2002, 813; BGH 07.07.2003 - II ZR 18/01, WM 2003, 1718.

6) BGH 20.03.1985 - IVa ZR 223/83, WM 1985, 751.

7) BGH 16.01.1986 - VII ZR 61/85, BGHZ 97, 21; BGH 10.04.1986 - III ZR 121/84, WM 1986, 995; BGH 15.05.1991 - VIII ZR 123/90, WM 1991, 1266; BGH 08.06.1994 - VIII ZR 103/93, WM 1994, 1720; BGH 30.06.1994 - VII ZR 116/93, BGHZ 126, 326.

8) BGH 10.04.1986 - III ZR 121/84, WM 1986, 995; BGH 18.06.1990 - II ZR 132/89, WM 1990, 1543; BGH 20.10.1996 - XI ZR 250/95, n.V.

2. Die überraschende Wende in der Rechtsprechung des BGH

Vor diesem Hintergrund musste es mehr als überraschen, als der BGH erstmals mit seiner Entscheidung vom 28.09.2000⁹⁾ einen Treuhandvertrag mangels Genehmigung im Hinblick auf Art. 1 § 1 RBERG für nichtig erklärte. Immerhin datiert das RBERG vom 13.12.1935 und war sämtlichen Senaten des BGH, die sich mit Treuhandschaften beschäftigt hatten, bekannt, ohne dass die Wirksamkeit von Treuhand- bzw. Geschäftsbesorgungsverträgen von den Senaten des BGH jemals in Zweifel gezogen worden wäre. Dennoch beeilten sich plötzlich die Senate - ausgenommen bisher der VII. Senat des BGH -, die vorher über Jahrzehnte keine Bedenken gegen die Wirksamkeit von Treuhand- und Geschäftsbesorgungsverträge gehabt hatten, nicht nur Treuhand- und Geschäftsbesorgungsverträge, sondern auch darin enthaltene Vollmachten für nichtig zu erklären.¹⁰⁾

Die Folgen sind u.a.:

Rückstellungs- und Abwertungsbedarf (bei Darlehensrückzahlungsansprüchen) bei Kreditinstituten in Milliardenhöhe¹¹⁾ Ferner: Prozessrisiken für Treuhänder in existentieller Höhe, denen plötzlich „bescheinigt“ wird, sie hätten ohne Rechtsgrund Treuhandschaften ausgeübt. Der Beruf des für Kapitalanlagemodelle notwendigen nicht anwaltlichen Treuhänders wurde durch diese Rechtsprechungsänderung abgeschafft. Das BVerfG¹²⁾ steuert inzwischen in anderem Zusammenhang demgegenüber einer extensiven Auslegung des RBERG entgegen, indem es eine Auseinandersetzung der Gerichte mit dem Schutzzweck des RBERG einerseits und der grundrechtlich verbürgten berufsrechtlichen Freiheit andererseits verlangt.

9) BGH 28.09.2000 - IX ZR 279/99, BGHZ 145, 265.

10) BGH 18.09.2001 - XI ZR 321/00, WM 2001, 2113; BGH 11.10.2001 - III ZR 182/00, WM 2001, 2260; BGH 16.12.2002 - II ZR 109/01, BGHZ 153, 214; BGH 18.03.2003 - XI ZR 188/02, WM 2003, 918; BGH 25.03.2003 - XI ZR 227/02, WM 2003, 1064; BGH 26.03.2003 - IV ZR 222/02, WM 2003, 914; BGH 29.04.2003 - XI ZR 201/02, WM 2004, 21; BGH 03.06.2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710; BGH 22.10.2003 - IV ZR 33/03, WM 2003, 2375; BGH 16.03.2004 - XI ZR 60/03, WM 2004, 1127; BGH 20.04.2004 - XI ZR 164/03, WM 2004, 1227, 1228; BGH 14.06.2004 - II ZR 393/02, WM 2004, 1529, 1530; BGH 14.06.2004 - II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1538; BGH 08.10.2004 - V ZR 18/04, WM 2004, 2349, 2352; BGH 26.10.2004 - XI ZR 255/03, ZIP 2005, 69, 72; BGH 09.11.2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 73; BGH 11.01.2005 - XI ZR 272/03, WM 2005, 327, 328; BGH 15.02.2005 - XI ZR 396/03, n.V.; BGH 22.02.2005 - XI ZR 41/04, WM 2005, 786, 787; BGH 15.03.2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830

11) Lt. *Stock/Teske* DB 2005, 187, 191 (u.H.a. *Droste/Just* Börsen-Zeitung vom 08.07.2004, Seite B 6) bewirkte das FördG seit Anfang der 90iger Jahre des vorigen Jahrhunderts eine Marktkapitalisierung geschlossener Immobilienfonds von etwa EUR 150 Mrd. Nahezu alle diesbezüglichen geschlossenen Immobilienfonds waren auf die eine oder andere Weise mehr oder weniger stark mittels Objekt-/Projektfinanzierung bzw. Anteilsfinanzierung fremdfinanziert.

12) BVerfG 27.09.2002 - 1 BvR 2251/01, NJW 2002, 3531; BVerfG 14.08.2004 - 1 BvR 725/03, WM 2004, 1886.

Aber die Rechtsprechung des BGH schien/scheint dies nicht sonderlich zu interessieren; die Entscheidungen des BVerfG vom 27.09.2002 und dessen jüngste Entscheidung vom 14.08.2004 blieben in der Rechtsprechung des BGH¹³⁾ weitgehend unzitiert bzw. unverarbeitet.¹⁴⁾

Zwar wird vereinzelt unter Hinweis auf die Entscheidung des BVerfG vom 15.12.1999¹⁵⁾ eine Abwägungsnotwendigkeit zwischen RBERG und Art. 12 Abs. 1 GG angesprochen, nicht aber ernstlich durchgeführt.¹⁶⁾ Damit bleibt der schale Beigeschmack, der BGH wolle die Heranziehung der Verfassung und der Rechtsprechung des BVerfG möglichst vermeiden, weil er zur Nichtigkeit von Geschäftsbesorgungsverträgen und Vollmachten wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RberG i. V. m. § 134 BGB gelangen will. Eine Ausnahme macht hier die Rechtsprechung des I. Senates des BGH,¹⁷⁾ der andere Senate des BGH aber bisher nicht gefolgt sind. Nicht ohne Grund verweist das BVerfG¹⁸⁾ jüngst darauf, Gerichte hätten gerade auch bei älteren Gesetzen stets zu prüfen, ob das Gesetz für alle Fälle, auf die seine Regelung abzielt, eine gerechte Lösung bereit hält, die den Wertentscheidungen der Verfassung entspricht. Auch wäre zu prüfen gewesen, ob nicht in Anbetracht des Alters des RBERG eine Veränderung der Lebenswirklichkeit eingetreten ist, die zu einer Ergänzungsbedürftigkeit des RBERG führen müsste, und ob nicht im Hinblick auf die Qualifikationen und den Aufgabenbereich von Treuhändern in Kapitalanlage-modellen eine einschränkende Auslegung des Art. 1 § 1 RBERG geboten ist.¹⁹⁾ Aber all dies fand und findet in der neueren Rechtsprechung des BGH zu Art. 1 § 1 RBERG bei Treuhand- und Geschäftsbesorgungsverträgen in Kapitalanlagemodellen nicht statt.

Der sinnvolle und notwendige „Berufsstand“ des Treuhänders wird von dazu prädestinierten und kompetenten Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften für die Zukunft nicht mehr wahrgenommen werden können. Das dort vorhandene Know-how geht zum Nachteil von Anlegern verloren. Rechtsanwälte werden als Treuhänder diese Lücke nicht schließen können. Zum einen fehlen ihnen dafür die Erfahrung und das know-how. Zum anderen werden Rechtsanwälte wenig Neigung haben, die dafür erforderlichen Personalstrukturen aufzubauen und sich das dafür notwendige Fachwissen anzueignen oder teuer einzukaufen.

13) BGH 16.12.2002 - II ZR 109/01, BGHZ 153, 214, 218; BGH 18.03.2003 - XI ZR 188/02, NJW 2003, 2088; BGH 25.03.2003 - XI ZR 227/02, WM 2003, 1064; BGH 26.03.2003 - IV ZR 222/02, BGHZ 154, 283; BGH 29.04.2003 - XI ZR 201/02, WM 2004, 21; BGH 03.06.2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710; BGH 16.09.2003 - XI ZR 74/02, BKR 2003, 942; BGH 22.10.2003 - IV ZR 33/03, WM 2003, 2375; BGH 22.10.2003 - IV ZR 398/02 WM 2003, 2372; BGH 02.12.2003 - XI ZR 421/02, WM 2004, 372; BGH 16.03.2004 - XI ZR 60/03, WM 2004, 1127; BGH 20.04.2004 - XI ZR 164/03, WM 2004, 1227, 1228; BGH 14.06.2004 - II ZR 393/02, WM 2004, 1529, 1530; BGH 14.06.2004 - II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1538; BGH 08.10.2004 - V ZR 18/04, WM 2004, 2349, 2352; BGH 26.10.2004 - XI ZR 255/03, ZIP 2005, 69, 72; BGH 09.11.2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 73; BGH 11.01.2005 - XI ZR 272/03, WM 2005, 327, 328; BGH 22.02.2005 - XI ZR 41/04, WM 2005, 786, 787; BGH 15.03.2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830.

14) *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2222, 2225; *Wagner* WM 2004, 2240, 2246.

15) BVerfG 15.12.1999 - 1 BvR 1261/93, NJW 2000, 1251.

16) BGH 16.12.2002 - II ZR 109/01, BGHZ 153, 214, 218.

17) BGH 13.03.2003 - I ZR 143/00, NJW 2003, 3046 (Erbenermittler); BGH 11.11.2004 - I ZR 213/01, WM 2005, 412, 413 f. (Testamentsvollstrecker); BGH 11.11.2004 - I ZR 182/02, WM 2005, 436, 437 f. (Testamentsvollstrecker); *Kleine-Cosack* BB 2005, 513, 514

18) BVerfG 29.07.2004 - 1 BvR 737/00, WM 2004, 2127 f.; BVerfG 20.10.2004 - 1 BvR 130/03, WM 2004, 2363.

19) BVerfG 29.07.2004 - 1 BvR 737/00, WM 2004, 2127, 2128; BVerfG 20.10.2004 - 1 BvR 130/03, WM 2004, 2363. Zu einer solchen verfassungsrechtlich gebotenen Abwägung *Peters/Bräuninger* WM 2004, 2294, 2296 f., die aber nach *verfassungsrechtlichen* Maßstäben dann leider nicht vorgenommen wird.

3. Vertrauensschutz und Rückwirkung der neuen Rechtsprechung des BGH

In diesem Beitrag soll nicht untersucht werden, inwieweit die neuere Rechtsprechung des BGH zu Art. 1 § 1 RBERG zivilrechtlich durchdacht und nachvollziehbar ist²⁰⁾ und, ob aus verfassungsrechtlichen Gründen die neuere Rechtsprechung des BGH zu Art. 1 § 1 RBERG bei Treuhand- und Geschäftsbesorgungsverträgen für sich gesehen bedenkenfrei ist.²¹⁾ Vielmehr soll der Frage nachgegangen werden, ob es *verfassungsrechtlich* unbedenklich ist, dass der BGH seine ständige und gefestigte Rechtsprechung zum RBERG, wonach Art. 1 § 1 RBERG bei Treuhandverhältnissen nicht einschlägig war und deshalb nicht einmal angesprochen wurde, also keine Rolle spielte, plötzlich mit *Rückwirkung* geändert hat.²²⁾ Schließlich hat das BVerfG²³⁾ judiziert, auch die Änderung einer feststehenden Rechtsprechung *zu Lasten* eines Betroffenen könne gegen das Gebot des Vertrauensschutzes verstoßen. Dies setze voraus, dass durch eine gefestigte Rechtsprechung eine schutzwürdige Rechtsposition erlangt worden sei und die hierdurch - sei es auch zu Unrecht - eingeräumte Rechtsposition nicht enttäuscht werden dürfe.

20) *Edelmann*, Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz und Wirksamkeit von Darlehensverträgen bei der Finanzierung von steuerorientierten Immobilienkapitalanlagen, DB 2001, 687; *Edelmann*, Das Rechtsberatungsgesetz und der (missverständene) Verbraucherschutz bei den Treuhandimmobilien, BKR 2004, 337; *Fritz*, Banken, Bauträgermodelle und Rechtsberatungsgesetz – Macht der Bundesgerichtshof ernst, ZfIR 2001, 267; *Ganter*, Unwirksamkeit der Vollmacht eines Geschäftsbesorgers wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz, WM 2001, 195; *Hellgardt/Majer*, Die Auswirkungen nichtiger Grundverhältnisse auf die Vollmacht, WM 2004, 2380; *Joswig*, Neues zur Unwirksamkeit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz, ZfIR 2004, 45; *Kleine-Cosack*, Restriktive Auslegung des Rechtsberatungsgesetzes, NJW 2003, 3009; *Kleine-Cosack*, Rechtsberatungsgesetz und Treuhandauftrag - Fragwürdige Rechtsprechung zu Bauherrenmodellen, BB 2003, 1737; *Mülbert/Hoger*, „Schrottimobilien“ als fortfressender Mangel, WM 2004, 2281; *Rott*, Duldungsvollmacht bei Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz, NJW 2004, 2794; *Peteres/Bräuninger*, Immobilienkapitalanlagen, Darlehensvollmachten und das Rechtsberatungsgesetz, WM 2004, 2294; *Sauer/Wittemann*, Das Rechtsberatungsgesetz und die Wirksamkeit von Geschäftsbesorgungsverträgen, BKR 2003, 656; *Wagner/von Heymann*, Umgang mit Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds, WM 2003, 2222, 2223 f.; *Wertenbruch*, Der Verstoß einer Vertretung beim Gesellschaftsbeitritt gegen Art. 1 § 1 RBERG, DStR 2004, 917.

21) *Kleine-Cosack*, Rechtsberatungsgesetz und Treuhandauftrag – Fragwürdige Rechtsprechung bei Bauherrenmodellen, BB 2003, 1737; *Kleine-Cosack*, Restriktive Auslegung des Rechtsberatungsgesetzes, NJW 2003, 3009; *Lang/Korsten*, Geschäftsbesorgung bei Steuersparmodellen, Rechtsbesorgung und Grundgesetz, ZfIR 2004, 932.

22) BGH 26.10.2004 – XI ZR 255/03, ZIP 2005, 69, 75 verweist darauf, daß vor dem Jahr 2000 Verstöße gegen das RBERG auch für Kreditinstitute nicht erkennbar gewesen wären, weshalb (*einfachrechtlich*) im Hinblick auf die §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB keine Einwände gegen die Legitimationswirkung einer vorgelegten notariell beurkundeten Vollmachtsurkunde bestanden hätten. In BGH 20.04.2004 - XI ZR 171/03, WM 2004, 1230 führte der XI. Senat des BGH aus: „Die vom Berufungsgericht geäußerten Zweifel, ob eine Rückwirkung der zum Rechtsberatungsgesetz ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung auf weithin abgeschlossene Vorgänge verfassungskonform ist, teilt der erkennende Senat nicht. Es liegt in der Natur der Sache, daß gerichtliche Entscheidungen, die die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts betreffen, als Akt wertender Erkenntnis auf einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt einwirken. Eine solche unechte Rückwirkung ist grundsätzlich rechtlich unbedenklich (BVerfGE 74, 129, 155), zumal höchstrichterliche Urteile Gesetzen nicht gleichzustellen sind und keine damit vergleichbare Rechtsbindung erzeugen (BGHZ 132, 119, 129). Abgesehen davon stellt das Urteil des III. Zivilsenats vom 11. Oktober 2001 (III ZR 182/00, WM 2001, 2260) entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, sondern lediglich eine Fortentwicklung der Grundsatzentscheidung BGHZ 145, 265 ff. dar.“

23) BVerfG 25.01.1989 – 2 BvR 2058/83, HFR 1989, 305.

Der BGH²⁴⁾ selbst hat in einer früheren Entscheidung in einem etwas anderen Zusammenhang ausgesprochen:

„Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Hinsicht bisher keine allgemein gültigen Regeln aufgestellt (vgl. BVerfGE 84, 212, 227 f.), sondern sich mit Entscheidungen im Einzelfall begnügt. Danach können sich Schranken der Rückwirkung aus dem rechtsstaatlichen Prinzip der Rechtssicherheit ergeben. Diese bedeutet für den Bürger in erster Linie Vertrauensschutz.

Durfte die von der Rückwirkung betroffene Partei mit der Fortgeltung der bisherigen Rechtslage rechnen und verdient dieses Interesse bei einer Abwägung mit den Belangen des Vertragspartners und den Anliegen der Allgemeinheit den Vorzug, greift die Rückwirkung in rechtlich geschützte Positionen ein (BVerfGE 72, 175, 196; BGH, Urt. v. 18. Januar 1996, S. 10). Bei der danach zu treffenden Abwägung ist insbesondere zu beachten, dass die materielle Gerechtigkeit einen dem Grundsatz der Rechtssicherheit mindestens ebenbürtigen Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips verkörpert (vgl. BVerfGE 7, 89, 92; 194, 196; 22, 322, 329; 35, 41, 47; 74, 129, 152).“

Es stellt sich somit die Frage, ob aus *verfassungsrechtlichen* Gründen für betroffene Vertragspartner der durch Treuhänder vertretenen Kapitalanleger Vertrauensschutz in die (bis 2000 gültige) frühere Rechtsprechung besteht, die Treuhand- bzw. Geschäftsbesorgungsverträge einschließlich Vollmachten bei Kapitalanlagemodellen auch bei Treuhändern ohne Rechtsanwaltschaft als wirksam qualifizierte. Betroffen sind davon insbesondere Kreditinstitute, deren Rechtstellung hier deshalb schwerpunktmäßig untersucht werden soll.

II. Kreditinstitute und Grundrechtsschutz

1. Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen

Nach Art. 19 Abs. 3 GG können inländische juristische Personen Träger von Grundrechten sein, allerdings mit der Einschränkung „soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.“²⁵⁾ Deshalb ist zu klären, ob und inwieweit Kreditinstitute generell Grundrechtsschutz genießen und sich deshalb auch auf einen verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz berufen könnten. Nur dann wären sie zur verfassungsrechtlichen Geltendmachung der Grundrechtsverletzungen aktivlegitimiert. Dabei ist im Ansatz zwischen Kreditinstituten in zivilrechtlicher Rechtsform und Kreditinstituten als Anstalten des öffentlichen Rechts zu unterscheiden. Auch wenn das BVerfG die hier angesprochenen Fragen direkt noch nicht entschieden hat und das Schrifttum sich damit ebenfalls noch nicht direkt befasst hat, lassen sich, wie zu zeigen ist, aus Rechtsprechung und Schrifttum Antworten finden.

Ob und inwieweit sich Kreditinstitute auf einen Grundrechtsschutz berufen können, hat einerseits Bedeutung für die Frage der Antragsberechtigung gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG²⁶⁾ bezüglich eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens und andererseits für die Frage der materiellen Grundrechtsträgerschaft und damit der materiellen Grundrechtsbeeinträchtigung.

24) BGH 26.09.1996 – IX ZR 153/95, BGHZ 132, 119, 130.

25) Dazu *Huber* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. 1999, Art. 19 Abs. 3 Rdn. 223 f.

26) *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, 9. Aufl. 1999, Art. 19 Rdn. 14.

2. Kreditinstitute in privatrechtlicher Rechtsform

Die Einbeziehung juristischer Personen in den Schutzbereich materieller Grundrechte hat das BVerfG bei juristischen Personen des privaten Rechts regelmäßig bejaht.²⁷⁾ Dabei stellt der Grundrechtsschutz für juristische Personen in Art. 19 Abs. 3 GG nicht auf den Zweck der juristischen Person, sondern auf die Eigenart des Grundrechts ab.²⁸⁾ Die Eigenart des Grundrechts des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes (Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG) steht dem Grundrechtsschutz juristischer Personen des Privatrechts nicht entgegen, weil sie auf die Situation der juristischen Person als Grundrechtsträger ebenso passt wie auf natürliche Personen.²⁹⁾ Juristische Personen des Privatrechts können in Sachen Vertrauensschutz der gleichen „grundrechtstypischen Gefährdungslage“³⁰⁾ ausgesetzt sein wie natürliche Personen. Das BVerfG hat dies noch nicht ausdrücklich entschieden, dürfte aber angesichts seiner durchaus großzügigen Rechtsprechung zur Grundrechtsträgerschaft dieser Ansicht folgen.

3. Kreditinstitute als Anstalten des öffentlichen Rechts

Materielle Grundrechte - anders bei Verfahrensgrundrechten gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 und Art. 103 Abs. 1 GG³¹⁾ - und die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde sind nach der Rechtsprechung des BVerfG juristischen Personen des öffentlichen Rechts und damit Kreditinstituten als Anstalten des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht eröffnet³²⁾, und zwar auch dann nicht, wenn der Aufgabenbereich dem des privaten Bankgewerbes weitgehend angeglichen ist.³³⁾ Aber das BVerfG hat diesen Grundsatz dadurch eingeschränkt, dass es nicht auf die Rechtsform der juristischen Person des öffentlichen Rechts als solcher abstellt, sondern darauf, ob und inwieweit ein Grundrecht seinem Wesen nach auf diese Rechtsform Anwendung finden kann.³⁴⁾ Folglich ist im jeweiligen Einzelfall eine Prüfung der Anwendbarkeit eines Grundrechts erforderlich.³⁵⁾

27) BVerfG 09.04.1975 – 2 BvR 879/73, BVerfGE 39, 302, 312; BVerfG 31.10.1984 – 1 BvR 35, 356, 794/82, BVerfGE 68, 193, 206; BVerfG 14.04.1987 – 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192, 196; BVerfG 13.12.1994 – 2 BvR 894/94, WM 1995, 234, 235.

28) BVerfG 31.10.1984 – 1 BvR 35, 356, 794/82, BVerfGE 68, 193, 206; BVerfG 08.10.1996 – 1 BvR 1183/90, BVerfGE 95, 28, 35.

29) *Krüger/Sachs* in: *Sachs*, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 19 Rdn. 67. Ähnlich *Maunz/Dürig*, GG, Art. 19 Abs. III Rdn. 6; *Rüfner* in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 116 Rdn. 32.

30) *Huber* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. 1999, Art. 19 Abs. 3 Rdn. 232.

31) BVerfG 14.04.1987 – 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192, 200; *Bettermann* NJW 1969, 1326; *Huber* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. 1999, Art. 19 Abs. 3 Rdn. 270, 341; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 19 Rdn. 20; *Krüger/Sachs* in: *Sachs*, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 19 Rdn. 108; *Maunz/Dürig*, GG, Art. 19 Abs. III Rdn. 54; *Rüfner* in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 116 Rdn. 83; *Schmidt-Bleibtrew/Klein*, GG, 9. Aufl. 1999, Art. 19 Rdn. 13 f.

32) BVerfG 31.10.1984 – 1 BvR 35, 356, 794/82, BVerfGE 68, 193, 206; BVerfG 14.04.1987 – 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192, 197 f.

33) BVerfG 14.04.1987 – 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192, 200.

34) BVerfG 31.10.1984 – 1 BvR 35, 356, 794/82, BVerfGE 68, 193, 207 f.

35) BVerfG 31.10.1984 – 1 BvR 35, 356, 794/82, BVerfGE 68, 193, 212.

Der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz als Ausfluß der Grundrechte der Art. 2 Abs. 1 und 20 Abs. 3 GG erfüllt diese Voraussetzungen; denn er hat nichts mit der Funktion der Wahrnehmung gesetzlich zugewiesener und geregelter öffentlicher Aufgaben zu tun.³⁶⁾ Aus den oben zu juristischen Personen des Privatrechts ausgeführten Gründen können auch juristische Personen des öffentlichen Rechts bezüglich des Vertrauensschutzes der gleichen „grundrechtstypischen Gefährdungslage“³⁷⁾ wie natürliche Personen ausgesetzt sein, ohne dass dies etwas mit ihrem öffentlichrechtlichen Status zu tun hätte.³⁸⁾ Folglich können sich auf diese Grundrechte auch Kreditinstitute als Anstalten des öffentlichen Rechts berufen. Das BVerfG, das auch diese Frage noch nicht entschieden hat, dürfte auch insofern die hier dargestellte Ansicht teilen.

III. Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz und Grenzen der Rückwirkung bei Änderung der Rechtsprechung

1. Änderung der Rechtsprechung zum RBERG bei Treuhandverhältnissen als Rechtsfortbildung

Die oben dargestellte Rechtsprechung³⁹⁾, die über Jahrzehnte die Einschaltung von Treuhändern, die keine Rechtsanwälte waren und keine besondere Erlaubnis hatten, nicht als Verstoß gegen das RBERG erachtet hatte, war methodisch keine Rechtsfortbildung⁴⁰⁾. Das RBERG war nämlich insoweit nicht ergänzungsbedürftig⁴¹⁾, wie ein Vergleich zu anderen Konstellationen etwa zu beratenden Architekten, Ingenieuren oder Unternehmensberatern und zu den in Art. 1 § 5 RBERG ausdrücklich genannten Personengruppen zeigt, die gleichsam zwingend die für ihre Tätigkeiten erforderlichen Rechtskenntnisse haben und anwenden müssen. Das RBERG war also nicht etwa eine unvollständige gesetzliche Regelung, die ausfüllungsbedürftig gewesen und nunmehr vom BGH ausgefüllt worden wäre. Vielmehr war das Gesetz nach allgemeiner Rechtsauffassung klar. Es hat sich nicht geändert und die Praxis kam damit bestens zurecht.

Durch die Änderung seiner Rechtsprechung hat der BGH erst Rechtsfortbildung zumindest *prater legem*, eher sogar *contra legem*, betrieben und verlangt nun für Treuhänder bei Kapitalanlagemodellen die Qualifikation als Rechtsanwalt oder die in der Praxis nicht erreichbare behördliche Erlaubnis. Zwangsläufig werden von dieser Rechtsprechung alle schon vereinbarten und praktisch durchgeführten Treuhänderschaften betroffen; es wird also rückwirkend in Verträge eingegriffen, die zu der Zeit, als sie geschlossen waren, dem geltenden Recht entsprachen.

36) BVerfG 31.10.1984 – 1 BvR 35, 356, 794/82, BVerfGE 68, 193, 208.

37) *Huber* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. 1999, Art. 19 Abs. 3 Rdn. 232.

38) *Huber* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. 1999, Art. 19 Abs. 3 Rdn. 271 f.

39) Siehe oben FN 3.

40) Jedenfalls nicht, wenn man diese im Sinn der Entscheidung BVerfG vom 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 287 – versteht.

41) Siehe hierzu auch *Kleine-Cosack*, BB 2003, 1737 ff.

Hier stellt sich neben der in diesem Beitrag nicht zu erörternden Frage, ob diese Interpretation richtig und verfassungsgemäß ist, das entscheidende Problem, ob sich die Vorgehensweise, nämlich die rückwirkende Erstreckung dieser Rechtsprechung, innerhalb des zulässigen verfassungsrechtlichen Rahmens hält. Wäre dies nicht der Fall, könnten und sollten die davon betroffenen natürlichen und juristischen Personen das Bundesverfassungsgericht anrufen.

Über die Gründe für die Rechtsprechungsänderung mag man lange nachdenken. Soweit man die Rechtsprechung des BGH bis zum Jahr 2000 verfolgt, sah er offensichtlich in Treuhandschaften sinnvolle Institutionen, die dazu dienten, die Interessen der Anleger bei Kapitalanlagemodellen wahrzunehmen. Deshalb verfeinerte der BGH die qualitativen Anforderungen an die Treuhänderschaft⁴²⁾.

Der BGH erweckt mit der Kehrtwende seiner Rechtsprechung⁴³⁾ den Eindruck, als ziehe er nunmehr das RBERG heran, um den Anleger- bzw. den Verbraucherschutz in der Form zu erweitern, dass die Anleger die Möglichkeit haben sollen, sich von Kapitalanlagemodellen und den damit eingegangen Verpflichtungen nachträglich zu lösen. Es gibt gewiss einzelne Fälle, in denen die Rechtsprechung den Anlegern in der konkreten Situation oder sogar in einer Notlage gerne helfen will. Aber wir leben nun einmal nicht in einem System, bei dem Billigkeit im Einzelfall - und mögen es auch zahlreiche Einzelfälle sein - dazu führen darf, eine jahrzehntelang gefestigte und in der Sache auch richtige Rechtsprechung zu diesem Zweck zu ändern.

Das Rechtsberatungsgesetz ist ohnehin ein deutsches Unikum, das es in dieser Strenge sonst nirgendwo auf der Welt gibt. Damit kann eine Rechts- und Wirtschaftsordnung nur "leben", wenn es nicht auch noch extensiv interpretiert wird; ansonsten müsste bei jeder beratenden Tätigkeit im Wirtschaftsleben, bei der in einem mit Vorschriften überhäuftem Rechtsstaat wie Deutschland zwangsläufig das Recht eine entscheidende Rolle spielt, immer ein Rechtsanwalt eingeschaltet sein. Dies war aber, wie beispielhaft der bereits erwähnte Art. 1 § 5 RBERG zeigt, nicht die Intention des Gesetzes. Die einseitige "Abschirmung" der Treuhänderschaften bei Kapitalanlagemodellen gegenüber den Berufen, die sie bisher praktiziert hatten, ist also unzweifelhaft richterliche Rechtsfortbildung praeter und eher sogar schon contra legem. Um so unverständlicher ist es, dass sich der BGH mit seiner bisherigen Rechtsprechung und mit der Frage der Rückwirkung nicht fundiert auseinandergesetzt, sondern den Treuhändern und allen weiteren Betroffenen den Überraschungseffekt übergangslos zugemutet hat.

2. Rechtstreue des Bürgers – Meinungsänderung des Gerichts als Irrtumseingeständnis

Das Gravierende und in vielen Fällen rechtsstaatlich Bedenkliche an einer Änderung der Rechtsprechung mit tatsächlicher Rückwirkung besteht bei privatrechtlichen Vertragsbeziehungen darin, dass sich die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses an das geltende Recht gehalten haben. Geltendes Recht in einem Rechts- und Richterstaat bedeutet die Interpretation des Rechts in der Ausgestaltung durch das zuständige oberste Gericht und gegebenenfalls durch das Bundesverfassungsgericht.

42) S.o. FN 5 – 8.

43) S.o. FN 9 – 10.

Die Bürger, die in der großen Mehrheit keine Juristen und somit der Einzelheiten des Rechts nicht kundig sind, sehen die Rechtsordnung als Gesamtgebilde. Sie können, wenn sie Rechtsrat einholen, nicht unterscheiden, ob sich das, was sie als geltendes Recht erfahren, unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes, aus einer grammatischen oder teleologischen Auslegung oder aus einer methodisch wie auch immer gearteten Interpretation oder Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung ergibt. Ändert sich die Rechtsprechung, so müssen sie erfahren, dass sie sich selbst rechtstreu verhalten haben, die Rechtsprechung aber zu der Erkenntnis kommt, sie habe über Jahre nicht richtig entschieden, sich also geirrt.

Bei der Anwendung des RBERG auf Treuhandverhältnisse wird dies besonders deutlich. Es bestand eine über Jahrzehnte gefestigte Rechtsprechung. Weder die tatsächliche Situation noch die Rechtslage hatte sich geändert. Plötzlich kommen Richter des BGH im Jahr 2000 zur Erkenntnis, man habe sich über Jahrzehnte geirrt. Selbstverständlich spricht ein Gericht nicht von Irrtum. Das Fatale ist freilich, dass nicht die Richter oder der Staat, sondern die betroffenen Parteien, vorliegend die Treuhänder und bei Nichtigkeit der Treuhändervollmachten die Vertragspartner, insbesondere die Banken, die gravierenden Folgen dieses vormaligen richterlichen Irrtums oder - genauer gesagt – die Folgen dessen, was die Richter für einen Irrtum hielten, den sie nun glauben, korrigieren zu müssen, tragen. Über diese Fakten mögen alle Begründungen nicht überzeugend hinwegzuhelfen, die lauten, es sei eben ein Unterschied, ob der Gesetzgeber mittels eines förmlichen Gesetzes die Rechtslage rückwirkend verändere oder ob der Richter aufgrund neuer Erkenntnisse das Gesetz anders interpretiere. Die Folgen sind für die betroffenen Rechtsuchenden immer gleich belastend. Zu einer besonderen Härte führt dies in Fällen wie den vorliegenden, in denen sich die Parteien nicht etwa auf eine „nur“ zu einem Rechtsproblem gefestigte Rechtsprechung verlassen haben, sondern auf ein Gesetz, dessen Wortlaut und Sinn dem höchsten Zivilgericht über Jahrzehnt so klar erschien, dass es ihn nicht einmal als Problem erwähnte.

3. Literatur und Rechtsprechung

Die Literatur⁴⁴⁾ und Rechtsprechung⁴⁵⁾ haben sich mit der Rückwirkung der Rechtsprechung seit langem auseinander gesetzt.

44) S. H.-W. Arndt, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974; Kähler, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2004; Langenbacher, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 105 ff; Rüberg, Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1977; Viets, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, 1976; Knittel, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1965, S. 50 ff; Robbers, JZ 1988, S. 481 ff; Veelken AcP 185 (1985), S. 46, 66 ff; Medicus, NJW 1995, 2577; ders. WM 1997, 2333 ff; Schimansky, WM 2000, 1889, speziell aus der arbeitsrechtlichen Literatur; Bischof, Das Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, Diss. Münster, 1980, S. 7; Blomeyer in: Festschrift Molitor, 1988, S. 41 ff, 48 ff; derselbe SAE, 1985, 142; Gitter, Anm. zu BAG AP Nr. 11 zu § 5 BetrAVG unter B; Loritz, ZfA 1989, 133 ff., Louven, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996.

45) Siehe z.B. BGH 18.01.1996 - IX ZR 69/95, BGHZ 132, 6, 11 f; BGH 29.01.1996 - IX ZR 153/95, BGHZ 132, 119, 129 ff; BGH 21.01.2002 - II ZR 2/00, WM 2002, 958; siehe auch BGH 05.09.2001 - XII ZR 108/00, BGHZ 148, 368; BGH 13.12.2001 - XII ZR 343/99, BGHZ 148, 105; aus der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung BAG 18.01.2001 - 2 AZR 616/99, DB 2002, 100, 101.

a) Literatur

Es mag genügen, beispielhaft einzelne Literaturstimmen aus neuerer Zeit herauszugreifen. *Medicus* plädiert für eine sorgfältige Interessenabwägung und sieht den dogmatischen Ansatz zur Begrenzung der Rückwirkung in Instrumenten des materiellen Zivilrechts. Wo es etwa auf Verschulden ankomme, werde dieses fehlen, wenn die Parteien sich an die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende höchstrichterliche Rechtsprechung gehalten haben. Eine solche Beschränkung der Rückwirkung führe weder zu einer Verfehlung der Aufgabe des Richters noch zu übergroßen Schwierigkeiten der Feststellung. Eine verantwortlich wahrzunehmende Privatautonomie erfordere sogar, dass die Beteiligten die wesentlichen Rechtsfolgen ihres Handelns voraussehen könnten. Bei Korrekturen einer als unrichtig erkannten Rechtsprechung oder bei der erstmaligen höchstrichterlichen Entscheidung einer Rechtsfrage gebe es zwar keine Rückwirkung. Aber eine überraschende Rückwirkung, insbesondere auf rechtsgeschäftliches Handeln, solle erst nach einer Interessenabwägung bejaht werden. Wo sie sich nicht vermeiden lasse, könnten ihre Folgen gemildert werden⁴⁶⁾.

Schimansky, der, wie er selbst ausführt, als Vorsitzender Richter des BGH die Änderung der hier interessierenden Rechtsprechung und ihre Rückwirkung mitverantwortet, wirbt in einem Beitrag für diese um Verständnis⁴⁷⁾. Auch er plädiert dafür, dass wegen der Auswirkung von Rechtsprechungsänderungen auf eine Vielzahl bestehender Verträge ein "Richtungswechsel" von einem verantwortungsbewußten Senat nur dann in Erwägung gezogen werden solle, wenn er unabweisbar sei. Auch ohne feste Regeln habe die Rechtsprechung schon versucht, unerträgliche Folgen einer Rückwirkung abzumildern⁴⁸⁾.

Nach der bereits von einem der Autoren dieses Beitrag vor längerer Zeit vertretenen Meinung sind vom Richter bei rückwirkender Rechtsprechung jedenfalls dort, wo er eindeutig Ersatzgebung betreibt und wo sich Privatrechtssubjekte auf die bisherige Rechtsprechung verlassen durften, die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes in besonderer Weise zu beachten; hier könne dem Richter nicht ein rückwirkender Eingriff in eine Vertragsposition erlaubt sein, die nicht einmal dem Gesetzgeber erlaubt wäre⁴⁹⁾.

Auch die öffentlich-rechtliche Literatur sucht auf verschiedenen Wegen den Vertrauensschutz⁵⁰⁾ zu gewährleisten.

46) *Medicus*, NJW 1995, 2577; *ders.* WM 1997, 2333 ff.

47) *Schimansky* WM 2001, 1889 ff.

48) *Schimansky*, WM 2001, 1889, 1892, verweist hier beispielhaft auf BGHZ 114, 127, 136 f = WM 1991, 1075 und BGHZ 91, 375, 386 f = WM 1984, 1110 und BGHZ 114, 187 = WM 1991, 1075.

49) *Loritz* ZfA 1989, 1, 35 betreffend gerichtliche Entscheidungen mit dem Ziel die vertraglich vereinbarten Einschränkungen betrieblicher Altersversorgungszusagen im Wege rückwirkender Rechtsprechung für unzulässig zu erklären.

50) Hingewiesen sei beispielhaft auf *Maurer* in: Isensee-Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, 1988, § 60, Rn 12, der statt des Verbots der Rückwirkung vorschlägt, die höchstrichterliche Rechtsprechung solle bei schützenswertem Vertrauen z.B. mit dem Institut der unzulässigen Rechtsausübung arbeiten.

b) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des BGH selbst hat in mehreren Entscheidungen einen behutsamen Umgang mit rückwirkender Rechtsprechung gefordert. Zwar führt er aus, dass höchstrichterliche Urteile kein Gesetzesrecht seien und damit keine vergleichbare Rechtsbindung erzeugten, so dass der Richter durch Abweichung von einer früheren Rechtsansicht grundsätzlich nicht gegen Artikel Abs. 20 Abs. 3 GG verstoße.⁵¹⁾ Gerichtliche Entscheidungen, die die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts betreffen, wirkten als Akt wertender Erkenntnis schon ihrer Natur nach auf einen in der Vergangenheit liegenden noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt. Diese unechte Rückwirkung sei ebenso wie bei gesetzlichen Vorschriften grundsätzlich rechtlich unbedenklich. Beschränkungen unechter Rückwirkung seien bei gerichtlichen Entscheidungen seltener als bei Gesetzen geboten.⁵²⁾ Der BGH bindet allerdings eine solche Rückwirkung an die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und befürwortet sogar eine darüber hinaus gehende Einschränkung. Durfte die von der Rückwirkung betroffene Partei auf die Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung vertrauen, so sei ihr die Änderung der Rechtsprechung nur dann zuzumuten, wenn die aus der Beibehaltung der Rechtsprechung für den Gegner erwachsenden Folgen im Streitfall eine unzumutbare Härte bedeuten würde.⁵³⁾

Der Große Senat des BGH hat ausgeführt:⁵⁴⁾

„a) Der Richter ist nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden (BVerfGE 34, 269, 287).

b) Dies gilt im besonderen für die Auslegung älterer Gesetzesbestimmungen, die im Laufe der Zeit durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung ausgeformt worden sind. In solchen Fällen treten die Rechtswerte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in den Vordergrund und verlangen im Allgemeinen ein Festhalten an der einmal eingeschlagenen Rechtsentwicklung. Ein Abgehen von der Kontinuität der Rechtsprechung kann nur ausnahmsweise hingenommen werden, wenn deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen.“

Dem folgte der V. Senat des BGH in anderem Zusammenhang und verneinte in einer Entscheidung nach Abwägung des Für und Wider, dass Gründe vorlägen, die ein Abweichen von der früheren Rechtsprechung geboten hätten.⁵⁵⁾

Das Bundesarbeitsgericht hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen und im konkreten Fall eine Kündigung nicht an der fehlenden Beteiligung des Personalrats scheitern lassen, weil dieses Erfordernis zum Zeitpunkt der Kündigung von der Rechtsprechung nicht verlangt worden war.⁵⁶⁾

51) BGH 18.01.1996 – IX ZR 96/95, BGHZ 132, 6, 11 unter Hinweis auf BVerfGE 38, 386, 396; 84, 212, 227.

52) BGH 18.01.1996 - IX ZR 69/95, BGHZ 132, 6, 11; BGH 29.02.1996 – IX ZR 153/95, BGHZ 132, 119, 129.

53) BGH 29.01.1996 - IX ZR 153/95, BGHZ 132, 119, 131 unter Hinweis auf die frühere Rechtsprechung., s. bereits oben I.

54) BGHZ 04.10.1982 – GSZ 01/82, BGHZ 85, 64, 66.

55) BGH 25.03.1983 - V ZR 268/81, BGHZ 87, 150, 155 f.

56) BAG 18.01.2001 – 2 AZR 616/99 DB 2002, 100, 101 f.

Das OLG München hat schließlich in einem Treuhandfall dem BGH im Ergebnis die Gefolgschaft mit der Begründung versagt, angesichts der erteilten Vollmacht liege ein Rechtsscheintatbestand vor, auf den sich die Klägerin berufen könne.⁵⁷⁾ Das OLG München wählt damit zwar einen im konkreten Fall praktikablen Weg, methodisch korrekt hätte es allerdings bereits die Rückwirkung der Rechtsfolgen, nämlich die Unwirksamkeit des Treuhandvertrages und der Vollmacht vermeiden müssen.

c) **Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**

Das BVerfG hat schon früh entschieden, dass zum Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und zu dem aus ihm resultierenden Vertrauensschutz neben der materiellen Richtigkeit und Gerechtigkeit auch die Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit gehören. Staatliche Eingriffe müssten

voraussehbar sein, damit sich der Bürger darauf einstellen könne.⁵⁸⁾ Das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Vertrauensschutzgebot gelte auch in Fällen unechter Rückwirkung bei Gesetzen⁵⁹⁾, wenn auf gegenwärtige, aber nicht abgeschlossene Sachverhalte eingewirkt werde. Nichts anderes, so das Gericht, könne auch dann gelten, wenn man von einer unechten Rückwirkung nicht durch Gesetz, sondern durch die Rechtsprechung ausgehe.⁶⁰⁾ Bei rückwirkenden Eingriffen der Rechtsprechung verlangt das BVerfG eine Abwägung. Es wendet die Grundsätze über die Rückwirkung von Gesetzen nicht ohne weiteres auf vergleichbare Wirkungen von Änderungen der Rechtsprechung an. Gerichte könnten nicht schlechthin an eine einmal feststehende Rechtsprechung gebunden sein, auch wenn sich diese im Licht neuer Erkenntnisse oder veränderter Verhältnisse als nicht mehr haltbar erweisen sollte. Das Rechtsstaatsgebot und das aus ihm folgende Prinzip der Beachtung des Vertrauensschutzes führten nicht in jedem Fall zum Ergebnis, dass jegliche einmal erworbene Rechtsposition ungeachtet der wirklichen Rechtslage Bestand haben müsse. Es nötige aber dazu, anhand der Kriterien der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit eine Prüfung im Einzelfall unter dem Aspekt vorzunehmen, ob jeweils die Belange des Allgemeinwohls, die Wiederherstellung der Gesetzmäßigkeit oder die Interessen des Einzelnen am Fortbestand einer Rechtslage, auf die er sich eingerichtet habe und auf deren Fortbestand er vertraue, den Vorrang verdienten.⁶¹⁾

Das BVerfG hat in den 80er Jahren in zwei Entscheidungen die Rechtsprechung des BAG für verfassungswidrig erklärt, die im Wege der Rechtsfortbildung dieselben Rechtsfolgen wie das (auf solche Fälle nicht anwendbare) später in Kraft getretene Gesetz zur Verbesserung der be-

57) OLG München 03.08.2004 – 18 O 4178/02 (nicht rechtskräftig) – ZIP 2004, 193, 194.

58) BVerfG 24.07.1957 - 1 BVL 23/52, BVerfGE 7, 89, 92; BVerfG 19.12.1961 – 2 BVL 06/59, BVerfG 13, 261, 271; BVerfG 08.06.1977 - 2 BvR 479/77 und 1042/75, BVerfGE 45, 142, 167; BVerfG 09.08.1978 - 2 BvR 831/76, BVerfGE 49, 148, 164; BVerfG 14.02.1979 - 1 BvR 974/78, BVerfGE 50, 204, 250; BVerfG 16.12.1981 - 1 BvR 898/79 u.a.; BVerfGE 59, 128, 164; BVerfG 20.02.2002 - 1 BvR 19/1997 u.a.; BVerfGE 105, 48, 57.

59) Hier soll nicht auf die seit den achtziger Jahren unterschiedliche Rechtsprechung zwischen 1. und 2. Senat des BVerfG eingegangen werden, bei dem nur noch der 1. Senat von echter und unechter Rückwirkung spricht, der 2. hingegen diese Differenzierung aufgegeben hat; denn diese Unterscheidung spielt für die vorliegende Thematik wie zumeist auch ansonsten keine Rolle.

60) BVerfG 16.12.1981 – 1 BvR 898/79 u.a., BVerfG 59, 128, 165.

61) BVerfG 16.12.1981 – 1 BvR 898/79 u.a., BVerfG 59, 128, 165 f.

trieblichen Altersversorgung bewirkt hat.⁶²⁾ Hier kann nicht auf die Einzelheiten dieser speziellen Thematik eingegangen werden. Es zeigt sich aber bei dieser Thematik ebenso wie in anderen Fällen, dass das BVerfG eine differenzierte Abwägung für einen rückwirkenden Eingriff in vorhandene Rechtspositionen verlangt.

Hingewiesen sei noch auf die Entscheidung des BVerfG vom 26.06.1991⁶³⁾, in der das BVerfG die Änderung der Arbeitskampfrechtsprechung durch das BAG zu beurteilen hatte. In dieser Entscheidung wies das BVerfG ausdrücklich darauf hin, das BAG habe seine Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht nicht ohne zureichenden Grund geändert. Ein Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes liege nicht vor, weil sich die Abweichungen des angegriffenen Urteils des BAG "im Rahmen vorhersehbarer Entwicklungen" gehalten hätten. Auch hier wurde also ein tragfähiger Grund für die rückwirkende Anwendung einer (sogar nur) in Teilen geänderten Rechtsprechung verlangt. Ein solcher lag vor, weil sich die frühere Ansicht des BAG schlichtweg überholt hatte.

IV. Würdigung der Rechtsprechung und eigene Ansicht

1. Rückwirkung und Vertrauensschutz

Bei allem Bemühen um eine dogmatische Verankerung rückwirkender Rechtsprechung ist es bislang weder der Rechtsprechung selbst noch der Literatur gelungen, den Grenzziehungen einer rückwirkenden Rechtsprechung klare oder auch nur für die Praxis einigermaßen nachvollziehbare dogmatische Strukturen zu geben. Fest steht, und damit ist der bisherigen gefestigten Rechtsprechung sowohl des BVerfGs als auch der herrschenden Meinung in der Rechtsprechung der Fachgerichte und der Literatur zuzustimmen, dass eine Änderung der Rechtsprechung nur ausnahmsweise erfolgen und die neue Rechtsprechung nicht ohne Interessenabwägung im konkreten Fall mit Rückwirkung zur Anwendung gebracht werden darf. Das singular gebliebene Argument der Literatur, wenn die Rechtsprechung nicht rückwirkend zur Anwendung gebracht werde, habe niemand mehr die Motivation, eine Änderung der Rechtsprechung herbeizuführen⁶⁴⁾, geht an der Praxis vorbei. Hier sind die Fälle, in denen die einzige Erfolgchance vor einem obersten Gericht darin besteht, dass dieses seine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung ändert⁶⁵⁾, die seltene Ausnahme. Auch verlangt niemand, dass eine geänderte Rechtsprechung generell nicht (rückwirkend) auf bestehende Vertragsbeziehungen zur Anwendung gelangen dürfe.

Wie gezeigt wurde, ist die rückwirkende Anwendung einer geänderten Rechtsprechung mit all ihren Folgen zivilrechtlich auch nicht zwingend. Das Zivilrecht verfügt über ein hinreichendes Instrumentarium, um auch in Fällen geänderter Rechtsprechung zu einem sachgerechten Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien zu gelangen. *Medicus* ist darin zuzustimmen, dass überall dort, wo ein Unwerturteil Verschulden voraussetzt, die rückwirkende Anwendung der

62) BVerfG 19.10.1983 – 2 BvR 298/81 – BVerfG 65, 195; BVerfG 14.01.1987 – 1 BvR 1052/79 – BVerfG 74, 129.; hierzu *Loritz ZfA* 1989, 1 38 ff.

63) BVerfG 26.06.1992 - 1 BvR 779/85 - BVerfG 84, 212.

64) So *Schimansky WM* 2001, 1889, 1891.

65) Wenn eine solche gefestigte Rechtsprechung vorliegt, dann raten gerade seriöse Anwälte den Mandanten häufig ab, den Aufwand zu treiben und die Entscheidung des obersten Gerichtshofs zu suchen.

Rechtsprechung schon an zivilgesetzlichen Vorschriften scheitert, weil niemandem ein Verschulden vorgeworfen werden kann, der sich an die höchstrichterliche Rechtsprechung hält. Wo, wie beim Rechtsberatungsgesetz, kein Verschulden erforderlich ist, kann den verfassungsrechtlichen Vorgaben an den Vertrauensschutz, der eine Rückwirkung hier untersagt, bei Anwendung der Grundsätze unseres Zivilrechts über § 242 BGB Rechnung getragen werden. Eine Partei verhält sich rechtsmißbräuchlich, wenn sie einen Vertrag, der nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Zeit des Abschlusses wirksam war, nunmehr nicht gelten lassen will, obwohl er über Jahre ordnungsgemäß durchgeführt wurde, nur weil die Rechtsprechung völlig überraschend zur Unwirksamkeit gelangt, und zwar aus Gründen und Motiven, mit denen die Partei, die am Vertrag nicht festhalten will, nicht einmal selbst rechnen konnte.

Die Anleger sind in den Treuhandfällen häufig gar nicht auf die Idee gekommen, die Nichtigkeit des Treuhandvertrages vorzutragen. Sie waren unzufrieden mit dem Investment und versuchten, sich mit allen möglichen Argumenten davon zu lösen. Die Rückwirkung der geänderten Rechtsprechung wäre vielleicht dann eher von den Treuhändern und den sonstigen Betroffenen hinzunehmen gewesen, wenn es in der Praxis das Problem gegeben hätte, dass Treuhänder gerade wegen fehlender Rechtskenntnisse ihr Amt fehlerhaft ausgeübt und die betroffene Partei deshalb die Wirksamkeit des Treuhandvertrages angegriffen hätte. Das war aber nicht der Fall. In denen vom BGH entschiedenen Fällen haben die Anleger vielmehr einen unerwarteten Überraschungserfolg erzielt.

Generell muss, was im Einzelnen nicht Gegenstand dieses Beitrags sein kann, gefragt werden, wo die Verfassung einer Änderung der Rechtsprechung Grenzen setzt. Im Bereich des Rechtsberatungsgesetzes kommt es freilich auf diese Frage bei richtiger Interpretation gar nicht an; denn wie dargelegt verstößt eine Änderung, die den Beruf des Treuhänders so gut wie ausschließlich den Rechtsanwälten zuweist und andere, besser geeignete Berufsgruppen wie Steuerberater und Wirtschaftsprüfer davon absperrt, schon als solche gegen die Verfassung, namentlich gegen Art. 12 Abs. 1 GG.⁶⁶⁾

Ein Weiteres kommt hinzu. Der BGH greift mit seiner rückwirkenden Rechtsprechungsänderung in die vermögenswerten Rechtspositionen der Treuhänder, der Banken und all derer ein, deren Verträge nunmehr für unwirksam erklärt werden, ein. Das BVerfG schützt solcherart entstandene Rechtspositionen nicht nur durch den Vertrauensschutz, sondern auch durch die Eigentumsgarantie.⁶⁷⁾ Auch und gerade sie hätte eine sorgfältige Abwägung der verschiedenen Interessen und Rechtspositionen verlangt.

Ein unter verfassungsrechtlichen Aspekten erheblicher Unterschied zwischen den meisten bislang vom BVerfG entschiedenen Fällen und den vorliegend untersuchten Treuhandfällen liegt darin, dass in diesen eine auch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung klare und nicht interpretationsbedürftige gesetzliche Regelung des RBERG vorlag, die plötzlich praeter oder sogar contra legem vom BGH interpretiert wurde. Demgegenüber ging es in fast allen anderen Fällen um die Änderung der Rechtsprechung bei umstrittenen Rechtsfragen, für die keine klare gesetzliche Regelung bestand, auf die sich die Parteien hätten dauerhaft verlassen können. Die vorliegende Situation gleicht jedenfalls von der „Qualität“ des Eingriffs her den oben erwähnten Fällen, in de-

66) Siehe hierzu *Kleine-Cosack*, BB 2003, 1737.

67) S. BVerfG 08.06.1977 – 2 BvR 499/77 und 1042/75, BVerfGE 45, 142, 167 f.: "Die Eigentumsgarantie erfüllt insoweit die Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatzes des Vertrauensschutzes."

nen das BAG Regelungen des BetrAVG auf Fälle zur Anwendung brachte, die der Gesetzgeber gezielt nicht in den zeitlichen Geltungsbereich des BetrAVG aufgenommen hatte, um nicht rückwirkend in bereits bestehende Vertragsbeziehungen einzugreifen⁶⁸⁾. Das BVerfG hatte die damalige Rechtsfortbildung des BAG beanstandet, weil sich dieses über die klare Entscheidung des Gesetzgebers hinweggesetzt und mit Rückwirkung Vertrauen einer Vertragspartei zerstört hatte. Die hier untersuchte Situation ist vergleichbar. Auch hier gibt es ein Gesetz, das einen über Jahrzehnte als eindeutig verstandenen Wortlaut hat, der nunmehr überraschend anders interpretiert wird ohne Rücksicht auf die zerstörte Vertragspositionen der betroffenen Parteien. Auch hier durften sich die Parteien darauf verlassen, dass zu einer Änderung der Rechteslage dahingehend, dass Treuhandschaften künftig nur von Rechtsanwälten wahrgenommen werden dürfen, eine Änderung des Gesetzes erforderlich wäre, die aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht mit Rückwirkung erfolgen dürfte. Diese mit Verfassungsrang ausgestattete Position, die das BVerfG in den besagten Entscheidungen zum BetrAVG vor einer Aushöhlung durch eine rein rechtspolitisch motivierte Rechtsprechung des BAG geschützt hat, erscheint in der vorliegenden Konstellation ebenso vor der Rechtsprechung schutzbedürftig. Ansonsten könnte ein Gericht mit Rechtsfortbildung rückwirkend erreichen, was der Gesetzgeber nur mit Wirkung für die Zukunft regeln dürfte.

2. Fehlende Auseinandersetzung mit den verfahrensmäßigen Voraussetzungen einer Rechtsprechungsänderung

Ein verfahrensmäßiger Fehler der hier kritisierten Urteile liegt bezüglich der Änderung der Rechtsprechung in folgendem: Betreibt ein Fachgericht, auch ein oberster Gerichtshof, richterliche Rechtsfortbildung, so hat er sich dabei an die vom BVerfG vorgegebenen Grundsätze zu halten. Er muss auch die Rechtsprechung anderer Senate des eigenen Gerichts und die der anderen obersten Gerichtshöfe berücksichtigen. Will er von der Entscheidung eines anderen Senats seines Gerichts abweichen, so bedarf es einer Anfrage an diesen Senat und, wenn dieser an seiner Rechtsprechung festhält, der Vorlage an den Großen Senat (§ 132 Abs. 2, 3 GVG). Will ein Senat eines obersten Bundesgerichts von der Rechtsprechung eines anderen obersten Bundesgerichts abweichen, so muß er die Rechtsfrage dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe vorlegen (§§ 2, 11 ff. Rechtsprechungseinheitgesetz).

Vorliegend hat der erkennende Senat des BGH derartige Überlegungen schon gar nicht aufkommen lassen, weil er sich mit der bisherigen eigenen Rechtsprechung und derjenigen anderer Senate des BGH, mit der des BAG, weiterer oberster Gerichtshöfe und des BVerfG zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Rechtsprechungsänderung generell und zur Abwägung ihrer Folgen bei Rückwirkung nicht auseinander gesetzt hat. Hätte er sich damit auseinander gesetzt, so hätte er zumindest eine andere methodische Vorgehensweise wählen und zunächst feststellen müssen, ob ein Bedarf nach richterlicher Rechtsfortbildung praeter oder sogar contra legem besteht, was zu verneinen ist; denn, wie erörtert, besteht weder eine Gesetzeslücke noch hat die Praxis irgendwie erkennen lassen, dass eine Reglementierung der Treuhandverhältnisse in dem Sinn, dass zum Schutze der Anleger nur Rechtsanwälte diesen Beruf ausüben könnten, erforderlich sei, im Gegenteil. Rechtsanwälte sind aus den erörterten Gründen in der Regel auf die Über-

68) S. oben III 3 b

nahme von Treuhandschaften gar nicht eingerichtet. Die Änderung der Rechtsprechung schadet also den Anlagern, die geschützt werden sollten und nützt ihnen nicht.

Die oben dargestellte Rechtsprechung des Großen Senats⁶⁹⁾ hätte in den Treuhandfällen eine rückwirkende Anwendung der geänderten Rechtsprechung nur dann erlaubt, wenn sich nach sorgfältiger Abwägung ergeben hätte, dass die Gründe für die rückwirkende erhebliche Belastung einer Vertragspartei durch überwiegende oder sogar zwingende Gründe geboten gewesen wäre. Solche Gründe gibt es vorliegend nicht.

Derartige Verfahrensfehler führen zur Verfassungswidrigkeit des einschlägigen Urteils. Es liegt ein Verstoß gegen den gesetzlichen Richter vor.

3. Grundsatz des fairen Verfahrens

Ein weiteres kommt hinzu: In seiner Entscheidung vom 26.04.1988 weist das BVerfG⁷⁰⁾ darauf hin, dass der Anspruch auf ein faires Verfahren ein allgemeines Prozeßgrundrecht sei. Folglich dürfe ein Richter sich u.a. nicht widersprüchlich verhalten und sei zur Rücksichtnahme gegenüber den Verfahrensbeteiligten in ihrer konkreten Situation verpflichtet. Dazu zählt das BVerfG u.a., dass ein Gericht nicht eine jahrelang geübte rechtliche Beurteilung derart abrupt ändern dürfe, so dass dem Betroffenen keine Gelegenheit bleibe, sich darauf einzustellen.⁷¹⁾ Genau dies ist aber bei der neueren Rechtsprechung des BGH zu Art. 1 § 1 RBERG geschehen,⁷²⁾ die sich so darstellt, als sei bei der bisherigen vielfältigen Rechtsprechung⁷³⁾ Art. 1 § 1 RBERG einfach übersehen worden. Tatsächlich hingegen hatte aus den oben dargelegten Gründen die frühere Rechtsprechung des BGH zu Treuhandverhältnissen die Wirkung, Treuhändern, Anlegern und allen weiteren Vertragsbeteiligten wie den Banken den Eindruck zu vermitteln, die Wahrnehmung des Treuhänder- und Geschäftsbesorgeramts mit allen üblichen Aufgaben und Funktionen durch andere Personen sei in Kapitalanlagemodellen rechtlich zulässig und unbedenklich.

Hätte nämlich ein Gesetzesverstoß vorgelegen, so hätte die Rechtsprechung diesen auch im Zivilverfahren mit Parteimaxime von Amts wegen prüfen müssen, weil ja die Fakten bekannt waren und es um eine reine Frage der Rechtsanwendung ging (*iura novit curia*). Dies zeigt, dass hier der Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt wurde, wenn in dieser Situation ohne Vorankündigung, völlig überraschend und mit Rückwirkung die Rechtsprechung geändert wurde. Die Betroffenen konnten sich schlichtweg nicht darauf einstellen.

69) S. oben III 3 b mit FN 54.

70) BVerfG 26.04.1988 – 1 BvR 669/87 u.a., BVerfGE 78, 123, 126.

71) In diesem Sinne auch *Sachs*, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 20 Abs. 3 Rdn 144.

72) S.o. FN 9 – 10.

73) S.o. FN 3, 5 – 8.

4. Die Frage des Gewohnheitsrechts

Auch folgender Aspekt muß beachtet werden: Da bis zum Jahr 2000 der BGH das RBerG auf Treuhand- und Geschäftsbesorgungsverträge in Kapitalanlagemodellen offensichtlich für unanwendbare hielt, bildete sich eine feste Praxis, wonach andere Personengruppen als Rechtsanwälte die genannten Funktionen wahrnahmen. Es entstand sogar eine entsprechende Berufsgruppe des Treuhänders ausserhalb der Rechtsanwaltschaft. Sie wusste sich auch in voller Übereinstimmung mit dem Schrifttum.⁷⁴⁾ All diese Fakten legen die Frage nahe, ob diese ständige höchstrichterliche Rechtsprechung nicht sogar zum Gewohnheitsrecht erstarkt ist. Wäre dies der Fall, dann wäre der BGH an diese seine eigene ständige Rechtsprechung gebunden gewesen und hätte sie nicht ab 2000 abrupt und zudem mit Rückwirkung ändern dürfen.⁷⁵⁾

V. Fazit

Das aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Rechtsstaatsprinzip begründet eine Verfassungsbindung auch für die Rechtsprechung⁷⁶⁾. Man kann allerdings bezüglich der völlig überraschenden und rückwirkenden Rechtsprechungsänderung des BGH zu Art. 1 § 1 RBerG bei Treuhändern bzw. Geschäftsbesorgern in Kapitalanlagemodellen nicht feststellen, dass sich der BGH auch nur in einer einzigen Entscheidung mit dieser Verfassungsbindung beschäftigt hätte. Betroffen davon sind in großem Umfang u.a. Kreditinstitute, die bis zu dieser überraschenden und rückwirkenden Rechtsprechungsänderung davon ausgehen durften und mussten, dass vorher abgeschlossene Kreditverträge jedenfalls nicht wegen der nunmehr angenommenen Nichtigkeit der Treuhand- bzw. Geschäftsbesorgungsverträge samt Vollmachten aus Gründen des Art. 1 § 1 RBerG, § 134 BGB notleidend werden könnten. Außerdem wird die neuere Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 Abs. 1 GG in Bezug auf die betroffenen Treuhänder und Geschäftsbesorger negiert.⁷⁷⁾

Der BGH versucht, nachdem er von einem Verstoß von Geschäftsbesorgungs- bzw. Treuhandverträgen gegen Art. 1 § 1 RBerG ausgeht, der daraus folgenden schwebenden Unwirksamkeit der Kreditverträge, deren Nachgenehmigung nicht erfolgt(e), dadurch „abzuhelfen“, dass er im jeweiligen Einzelfall prüft, inwieweit die §§ 171, 172 ff. BGB bzw. die Grundsätze der Anscheins- oder Duldungsvollmacht im konkreten Fall doch zur Wirksamkeit solcher Verträgen führen können.

Dies ist aus den dargelegten Gründen der von der Verfassung nicht gebilligte, methodisch aber auch falsche, Weg. Da die Verfassung die Gewährung von Vertrauensschutz verlangt und die rückwirkende Anwendung der neuen Rechtsprechung untersagt, muss bei den Treuhand- und Geschäftsbesorgungsverträgen angesetzt und dem Vertragspartner die Berufung auf die Unwirksamkeit versagt werden. Nur so wird in der Praxis das Desaster verhindert, dass Kreditinstitute und Treuhänder nunmehr das Risiko der Unwirksamkeit von Verträgen tragen, entsprechende Schäden erleiden, jedenfalls aber enorm hohe bilanzielle Forderungsabwertungen vornehmen und Rückstellungen bilden müssen.

74) S.o. FN 1.

75) Maurer in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, § 60 Rdn. 103.

76) Herzog in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 III GG Rdn. 24.

77) S.o. FN 17 – 18.

Die Rechtsprechung, dies sei am Rande erwähnt, hat zudem zu massenweisen Anlegerklagen vor Ende des Jahres 2004 geführt, damit eine drohende Verjährung vermieden und die oftmals nur vermeintliche Chance der Lösung aus Fondsbeteiligungen gewahrt würde.

Gewiss ist es Teil eines Rechtsstaates, dass die Gerichte die Freiheit haben, neu gewonnene bessere Erkenntnisse und Einsichten umzusetzen und ihre Rechtsprechung zu ändern. Aber Gerichte sind nicht um ihrer selbst Willen da, sondern zentraler und unverzichtbarer Teil des Rechts- und Verfassungsstaates. Darum haben sie gewiss nicht weniger, wegen ihrer Unabhängigkeit vielleicht sogar mehr als die anderen Gewalten des Staatswesens auch zum Vertrauen der Bürger in den Staat beizutragen. Gerade in den Fällen, in denen berechtigterweise entstandenes Vertrauen in geltendes Recht mit Rückwirkung zerstört wird, ist besondere Sorgfalt bei der Einhaltung der rechtlich gebotenen Vorgehensweise und insbesondere der von der Verfassung gesetzten Grenzen geboten. Dagegen hat die aufgezeigte Rechtsprechung verstossen. Es bleibt zu hoffen und zu erwarten, dass das Bundesverfassungsgericht die Gelegenheit erhält, hier korrigierend einzugreifen. In Zeiten, in denen ein beträchtlicher Teil der Bevölkerung das Vertrauen in die Zuverlässigkeit der in Exekutive und Legislative Handelnden leider verloren hat, ist das Vertrauen in die unabhängige staatliche Gewalt, die Judikative, als „Bollwerk“ des Rechts- und Verfassungsstaats besonders wichtig. Verlässlichkeit ist eine unabdingbar notwendiger Grundsatz dieses Vertrauens. So gesehen geht es bei der hier untersuchten Thematik um weitaus mehr als um Gerechtigkeit und richtige Rechtsanwendung bei einem einzelnen Problem.