

**Schriften zum Prozessrecht**

---

**Band 151**

**Zur analogen Anwendung der  
§§ 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG, 767 ZPO  
bei verfassungswidrig ausgelegten Normen,  
insbesondere bei Bürgschaften  
vermögensloser Familienangehöriger**

**Von**

**Paul D. H. Raab**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**PAUL D. H. RAAB**

**Zur analogen Anwendung der  
§§ 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG, 767 ZPO bei  
verfassungswidrig ausgelegten Normen, insbesondere bei  
Bürgschaften vermögensloser Familienangehöriger**

**Schriften zum Prozessrecht**

**Band 151**

Zur analogen Anwendung der  
§§ 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG, 767 ZPO  
bei verfassungswidrig ausgelegten Normen,  
insbesondere bei Bürgschaften  
vermögensloser Familienangehöriger

Von

Paul D. H. Raab



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Raab, Paul D. H.:**

Zur analogen Anwendung der §§ 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG,  
767 ZPO bei verfassungswidrig ausgelegten Normen, insbesondere  
bei Bürgschaften vermögensloser Familienangehöriger / von Paul  
D. H. Raab. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Schriften zum Prozessrecht ; Bd. 151)

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09669-X

D 294

Alle Rechte vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0219

ISBN 3-428-09669-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☉

## **Vorwort**

Die Arbeit wurde im Sommersemester 1998 von der Fakultät für Rechtswissenschaften der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Sie entstand in der Zeit zwischen Juli 1996 und Oktober 1997.

Herrn Professor Dr. Walter Zeiss, der die vorliegende Arbeit ermöglichte und sie mit Rat und Tat in immer gleicher Freundlichkeit begleitet und unterstützt hat, bin ich zu sehr großem Dank verpflichtet. Zu danken habe ich auch Herrn Professor Dr. Klaus Schreiber für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Viele haben im Rahmen von Gesprächen Beiträge zu dem hier behandelten Thema geleistet. Dafür bin ich ebenfalls dankbar.

Ich widme diese Arbeit meinen Eltern und meinem Bruder.

Bochum, im Mai 1999

*Paul D.H. Raab*



## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	11
I. Ausgangsfall.....	11
II. Problemstellung.....	11
III. Bisherige Stellungnahmen.....	13
IV. Rangfolge von Lösungsmöglichkeiten.....	14
V. Zielsetzung.....	15
<b>B. Restitutionsklage</b> .....	16
I. § 580 Nr. 6 ZPO.....	16
II. § 580 Nr. 6 ZPO analog.....	17
1. Analogiefähigkeit von Sondervorschriften.....	17
2. Regelungslücke bei § 580 Nr. 6 ZPO.....	19
3. Fiktive Regelungslücke - Überschreitung des Regelungsprinzips.....	19
4. Verhältnis zu § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG.....	20
III. § 580 Nr. 7 lit. a ZPO.....	20
<b>C. Klage aus § 826 BGB</b> .....	22
I. Anwendung durch das Reichsgericht.....	24
II. Anwendung durch den BGH.....	25
1. Titelerleichterung - Voraussetzungen.....	26
2. Konsequenzen.....	26
a) Klage vor dem Beschluß des BVerfG gegen vor dem Beschluß erwirkte Titel.....	27
b) Klage nach dem Beschluß des BVerfG.....	27
(1) Klage nach dem Beschluß des BVerfG gegen vor dem Beschluß erwirkte Titel.....	28
(2) Klage nach dem Beschluß des BVerfG gegen nach dem Beschluß erwirkte Titel - Tatbestandsirrtum.....	28



(3) Klage nach dem Beschluß des BVerfG gegen nach dem Beschluß erwirkte Titel - Übrige Fälle .....	31
c) Zwischenergebnis .....	31
3. Titelausnutzung - Voraussetzungen .....	31
4. Konsequenzen .....	32
a) Klage vor dem Beschluß des BVerfG gegen vor dem Beschluß erwirkte Titel .....	32
b) Klage nach dem Beschluß des BVerfG gegen vor dem Beschluß erwirkte Titel .....	32
c) Klage nach dem Beschluß des BVerfG gegen nach dem Beschluß erwirkte Titel .....	33
d) Zwischenergebnis .....	33
III. Die Ansicht der Literatur zur Klage aus § 826 BGB .....	34
<b>D. Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO .....</b>	<b>37</b>
I. Konflikt Rechtssicherheit - Einzelfallgerechtigkeit .....	37
II. Einzelfallgerechtigkeit .....	38
III. Regelfall der Vollstreckungsgegenklage .....	38
IV. Einwendungen gegen den materiellen Anspruch .....	39
1. § 767 ZPO bei sittenwidrig erschlichenem Titel .....	40
2. § 767 ZPO bei sittenwidrig ausgenutztem Titel .....	40
3. Entstehungszeitpunkt der Einrede .....	41
V. Kritik .....	41
<b>E. Vorschriften des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes .....</b>	<b>44</b>
I. Rechtsfolgen für den Beschwerdeführer .....	44
1. Rechtsfolgen bzgl. des angegriffenen Urteils .....	45
2. Rechtsfolgen bzgl. der Entscheidung zugrunde liegender Normen .....	46
II. Rechtsfolgen für in gleicher Weise betroffene Personen .....	47
1. Verweis in das abstrakte Normenkontrollverfahren .....	47
2. Die Begriffe "Norm" und "beruhen" im Sinne von § 79 BVerfGG .....	47
a) Ausschluß formellrechtlicher Normen wegen Rechtsgrundverweisung? .....	49
b) Ausschluß formellrechtlicher Normen durch Auslegung? .....	50
3. "Entsprechende" Anwendung des § 767 ZPO .....	54
a) § 767 Abs. 2 ZPO .....	55

b) Mehrfach begründeter Anspruch .....	55
(1) § 767 ZPO bei mehrfach begründetem Anspruch.....	55
(2) §§ 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG, 767 ZPO bei mehrfach begründetem Anspruch .....	56
c) §§ 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG, 767 ZPO bei nichtiger formellrechtlicher Norm.....	58
d) Sachliche Zuständigkeit.....	58
4. Rechtskraftdurchbrechung bei § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG .....	59
5. Anwendbarkeit des § 79 BVerfGG im Verfassungsbeschwerdeverfahren ..	61
6. Subsidiarität des § 79 Abs. 2 BVerfGG .....	63
a) Eigene Verfassungsbeschwerde.....	63
b) Eigene, offensichtlich begründete Verfassungsbeschwerde.....	63
c) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Verfassungsbeschwerden..	64
III. Anwendung des § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG durch Auslegung.....	65
1. Wortlautauslegung .....	65
2. Systematische Auslegung.....	66
3. Historische Auslegung .....	68
4. Teleologische Auslegung .....	69
a) Eingrenzung der Folgen einer Nichtigkeitserklärung.....	69
(1) Ipso-Iure-Nichtigkeit .....	69
(2) Gegenansicht .....	71
(3) Vermittelnde Ansicht und Erstfassung des § 79 BVerfGG .....	72
b) Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit .....	73
c) Erweiterte teleologische Auslegung?.....	75
(1) Rechtsfolgen des § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG.....	76
(2) Erweiterung des Tatbestandes?.....	76
(3) Erweiterung des Tatbestandes durch das BVerfGG?.....	77
IV. Analoge Anwendung des § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG.....	78
1. Allgemeine Gegenargumente .....	78
2. Regelungslücke.....	80
3. Planwidrigkeit der Regelungslücke.....	81
4. Vergleichbarkeit der Interessenlagen .....	83
a) Wertungen der gesetzlichen Regelung.....	83
b) Gleiche Wertung der Sachverhalte .....	84

(1) Fehlende Rechtsgrundlage.....	84
(2) Keine Fristgebundenheit des Antrags.....	85
(3) Grundsätze des § 79 Abs. 1 BVerfGG.....	86
(4) Belastung des Betroffenen.....	86
(5) Gesetzeskraft der Entscheidung des BVerfG - Tenorierung.....	87
(6) Vergleich § 826 BGB - §§ 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG, 767 ZPO analog.....	91
5. Ergebnis - Überlegung de lege ferenda.....	92
V. Folgeprobleme.....	93
1. Auswirkungen auf das bürgerliche Recht.....	93
2. Verfahren bei abgewiesenem Antrag gem. § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG.....	95
a) Offensichtlich begründete Verfassungsbeschwerde.....	96
b) Annahmeverweigerung.....	96
c) Annahme durch den Senat.....	96
<b>F. Zusammenfassung .....</b>	<b>98</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>100</b>
<b>Sachverzeichnis .....</b>	<b>106</b>

---

Die Abkürzungen deutscher Gesetze, Zeitschriften usw. entsprechen dem von *Hilbert Kirchner* herausgegebenen "Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache", 4. Aufl., Berlin 1993.

## A. Einleitung

### I. Ausgangsfall

Zur Einführung folgender *Ausgangsfall*:

A nahm einen Kredit bei der X-Bank zur Gründung eines Unternehmens auf. Auf Verlangen der Bank stellte er als Bürgen seinen Sohn S, der zu dem Zeitpunkt 21 Jahre alt war. S verbürgte sich selbstschuldnerisch für alle bestehenden und künftigen Forderungen seines Vaters. Er befand sich noch in Ausbildung und verfügte über kein eigenes Vermögen. A als Hauptschuldner des Kredits geriet mit seinen Zahlungen in Rückstand. Die Bank kündigte daraufhin das Darlehen und verlangte von S den Restbetrag nebst Zinsen. Auf die Zahlungsklage der Bank hin unterliegt S in allen Instanzen. Das BGH-Urteil ergeht am 19. Jan. 1989. Laut Begründung des BGH sei S zum Zeitpunkt seiner Bürgschaftserklärung volljährig und sich daher über die Konsequenzen einer solchen Erklärung bewußt gewesen (verkürzt nach BGHZ 106, 269). Die Frist zur evtl. Erhebung einer Verfassungsbeschwerde (§ 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG) läßt S verstreichen.

*Abwandlung:*

B nimmt einen Kredit auf, seine vermögenslose Tochter T (21 J.) verbürgt sich für ihren Vater selbstschuldnerisch. Nach Kündigung des Darlehens durch die Bank unterliegt T in allen Instanzen. Das Urteil des BGH ergeht am 16. März 1989. Sie erhebt daraufhin Verfassungsbeschwerde mit der Begründung, die Bank habe sie nicht genügend über die Reichweite ihrer Bürgschaftserklärung informiert. Dadurch habe die Bank ihre (Ts) geschäftliche Unerfahrenheit ausgenutzt und so die Privatautonomie durch Verletzung der Vertragsparität gestört. Aus diesem Grund sei der Bürgschaftsvertrag sittenwidrig und nach § 138 BGB nichtig. Der BGH habe diesen Umstand nicht berücksichtigt. Vielmehr habe er eine Inhaltskontrolle damit verneint, daß die Freiheit der Vertragsgestaltung für jeden unbeschränkt Geschäftsfähigen die Möglichkeit umfasse, Verpflichtungen einzugehen, die nur unter besonders günstigen Voraussetzungen erfüllt werden könnten. Das Urteil des BGH verletze sie, die T, daher in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG. Das BVerfG hält die Verfassungsbeschwerde für begründet. Der BGH habe § 138 BGB in verfassungswidriger Weise ausgelegt. Diese Vorschrift sei dahingehend auszulegen, daß eine vorsätzlich gestörte Vertragsparität zur Sittenwidrigkeit des in Rede stehenden Vertrags führe. Das BVerfG hebt daher das Urteil des BGH gem. § 95 Abs. 2 BVerfGG auf (verkürzt nach BVerfGE 89, 214 ff.).

## II. Problemstellung

Fälle der sog. "sittenwidrigen Angehörigenbürgschaften" wurden in der Vergangenheit vom BGH in ständiger Rechtsprechung dahingehend entschieden, daß Volljährige im Geschäftsverkehr im allgemeinen auch ohne besondere

Erfahrung in der Lage seien, Bürgschaften als riskante Geschäfte zu erkennen<sup>1</sup>. Die Freiheit der Vertragsgestaltung als Teil der Privatautonomie umfasse für jeden voll Geschäftsfähigen auch die Rechtsmacht, sich zu Leistungen zu verpflichten, die er nur unter besonders günstigen Bedingungen erbringen kann<sup>2</sup>. Der BGH (vgl. oben den Ausgangsfall) verneinte eine Inhaltskontrolle solcher Bürgschaftsverträge mit dem Argument, daß es grundsätzlich nicht Sache des Gläubigers sei, einen Bürgen auf dessen Risiko hinzuweisen, wenn der Gläubiger nicht selbst eine Erhöhung des Bürgenrisikos veranlaßt habe<sup>3</sup>. Wenn eine Bank auf die Bonitätsprüfung eines Bürgen wenig Wert lege, so könne daraus keine Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts i. S. v. § 138 BGB gefolgert werden, zumal eine Bank gegenüber einem Bürgen keine Aufklärungspflichten habe<sup>4</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in der Entscheidung 1 BvR 567, 1004/89<sup>5</sup> für sog. "sittenwidrige Angehörigenbürgschaften" festgestellt, daß Zivilgerichte verpflichtet seien, die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG zu beachten. Das heißt insbesondere, daß solche Verträge zu überprüfen sind, in denen die Privatautonomie durch eine gestörte Vertragsparität verletzt wird, d. h. Verträge, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind. Der Beschluß des BVerfG erging aufgrund zweier Verfassungsbeschwerden gem. Art. 93 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG. Die Urteile, die diesen Verfassungsbeschwerden zugrunde lagen, wurden, soweit die Beschwerden begründet waren, gem. § 95 Abs. 2 BVerfGG aufgehoben (vgl. die Abwandlung des Ausgangsfalls). Gleichzeitig wurde durch diese Entscheidung klargestellt, daß die Auslegung des § 138 BGB, wie sie der BGH in diesen Fällen vorgenommen hatte, zu einer Mißachtung der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie führte. Dieselbe Auslegung erneut anzuwenden, ist den Gerichten gemäß der Bindungswirkung von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen aus § 31 Abs. 1 BVerfGG verboten. Gleichgelagerte Fälle müssen in Zukunft nach den vom BVerfG aufgestellten Maßstäben beurteilt werden.

Fraglich bleibt aber, was mit letztinstanzlichen zivilgerichtlichen Urteilen geschieht, die in gleichgelagerten Fällen ergingen und in denen die zur Zahlung verurteilten Bürgen aus irgendeinem Grund keine Verfassungsbeschwerde erhoben haben. Die Konstellation von Ausgangsfall und Abwandlung erinnert an die Fälle, in denen aufgrund einer Verfassungsbeschwerde gem. § 95 Abs. 3

---

<sup>1</sup> BGHZ 106, 269 (271).

<sup>2</sup> BGHZ 106, 269 (272).

<sup>3</sup> BGH WM 1986, 11 (12); BGHZ 106, 269 (273).

<sup>4</sup> BGHZ 106, 269 (272 f.).

<sup>5</sup> Beschluß vom 19.10.1993 - BVerfGE 89, 214.

S. 2 BVerfGG ein Gesetz für nichtig erklärt wurde. § 95 Abs. 3 S. 3 BVerfGG verweist auf § 79 BVerfGG, für das Zivilrecht insbesondere auf § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG, einer Vorschrift des Normenkontrollverfahrens. Diese Vorschrift eröffnet in entsprechender Anwendung des § 767 ZPO die Möglichkeit der Vollstreckungsgegenklage für solche, die durch zivilgerichtliche Urteile betroffen sind, deren Rechtsgrundlage die nunmehr für nichtig erklärte Norm ist. Dabei bleibt die Rechtskraft der angefochtenen Urteile ausdrücklich unangetastet.

Anders als im Regelfall des § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG ist im Ausgangsfall bzw. dessen Abwandlung keine Norm für nichtig, sondern nur eine bestimmte Auslegung für verfassungswidrig erklärt worden.

S (s. den Ausgangsfall) möchte dennoch ein für ihn ähnlich günstiges Ergebnis erreichen. Er argumentiert, die Fälle, in denen eine Norm für nichtig erklärt oder in denen eine bestimmte Auslegung für verfassungswidrig erklärt werde, seien vergleichbar. Kann S nachträglich an der zugunsten der T ergangenen Entscheidung teilhaben?

In Rede stehen damit solche Fälle,

- die schon durch ein rechtskräftiges Urteil abgeschlossen und
- die einem danach vor dem BVerfG entschiedenen Fall tatbestandlich vergleichbar sind, in dem die verfassungswidrige Auslegung einer Norm festgestellt wurde.

Kann die nachher ergangene Entscheidung des BVerfG einen günstigen Einfluß auf solche bereits rechtskräftige Urteile haben?

### III. Bisherige Stellungnahmen

Hasler<sup>6</sup> schlug als erster vor, § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG i. V. m. § 767 ZPO auf Fälle wie den Ausgangsfall anzuwenden. Die Vollstreckungsgegenklage habe Erfolg, wenn der anzufechtende Fall sich an den Kriterien, die vom BVerfG zu sittenwidrigen Angehörigenbürgschaften aufgestellt wurden, messen ließe<sup>7</sup>. § 79 Abs. 2 BVerfGG sei der allgemeine Rechtsgedanke zu entnehmen, daß nachteilige Wirkungen, die durch Akte öffentlicher Gewalt in der Vergangenheit geschaffen wurden, nicht im Nachhinein beseitigt werden sollten. Sie blieben in ihrer Fehlerhaftigkeit bestehen. Wohl aber solle für die Zukunft die Vollstreckbarkeit gehindert werden, um nachteilige Folgen, die sich aus der

---

<sup>6</sup> MDR 1995, 1086.

<sup>7</sup> Hasler, Fn. 6, 1087 f.; s. zu diesem Thema auch *Einmahl*, VuR 1997, 3 (8); *Melzer*, NJW 1996, 3192.