



Im Namen des Volkes

**In dem Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerde**

der B... GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführer,

- Bevollmächtigter: Rechtsanwalt Werner Forkel,
Klingbachstraße 22, 76872 Steinweiler -

gegen a) den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 16. Oktober 2007 - XI ZR
155/06 -,

b) das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 5. April 2006 -
13 U 140/04 -

hat die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

den Vizepräsidenten Kirchhof,
den Richter Schluckebier
und die Richterin Baer

am 28. April 2011 einstimmig beschlossen:

1. Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 16. Oktober 2007 - XI ZR 155/06 - verletzt das Grundrecht der Beschwerdeführerin aus Artikel 2 Absatz 1 des Grundgesetzes in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip. Er wird aufgehoben. Die Sache wird an den Bundesgerichtshof zurückverwiesen.
2. Im Übrigen wird die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.
3. Die Bundesrepublik Deutschland hat die Hälfte der notwendigen Auslagen der Beschwerdeführerin zu erstatten.
4. Der Wert des Gegenstands der anwaltlichen Tätigkeit für die Verfassungsbeschwerde wird auf 8.000 € (in Worten: achttausend Euro) festgesetzt.

Gründe:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft Ausgleichsansprüche des Ausfallbürgen gegen

1

den Regelbürgen.

I.

Die Beschwerdeführerin übernimmt Ausfallbürgschaften für Darlehen, die nach bankmäßigen Grundsätzen nicht gesichert werden können. In dieser Eigenschaft übernahm ihre Rechtsvorgängerin die Ausfallbürgschaft für ein Darlehen, das eine Sparkasse an eine Darlehensnehmerin ausreichte und für das sich der Beklagte des Ausgangsverfahrens und Ehemann der Darlehensnehmerin (im Folgenden: Regelbürge) selbstschuldnerisch verbürgte. 2

Nach Kündigung des Darlehens wegen Zahlungsrückstands nahm die Sparkasse die Beschwerdeführerin aus der Ausfallbürgschaft in Anspruch. Die Beschwerdeführerin erlangte teilweise Zahlungen aus Rückbürgschaften der öffentlichen Hand und trat zu ihren Gunsten entstandene Rückgriffsansprüche zum Teil an die Rückbürgen ab. 3

Jahre später nahm die Beschwerdeführerin den Regelbürgen auf Erstattung eines Teils des von ihr auf die Ausfallbürgschaft geleisteten Betrages - abzüglich bereits geleisteter Zahlungen - in einer Höhe von zuletzt 30.763,16 € in Anspruch. Das Landgericht gab der Klage zum überwiegenden Teil statt. 4

Auf die Berufung des Regelbürgen erhielt das Oberlandesgericht die vom Landgericht getroffene Feststellung einer Teilerledigung aufrecht, wies aber den Zahlungsantrag insgesamt ab. Dem Regelbürgen stehe die in zweiter Instanz erstmals erhobene Einrede der Verjährung der Hauptforderung zu, die sich die Beschwerdeführerin als Anspruchstellerin dieser Hauptforderung aus übergegangenem Recht entgegenhalten lassen müsse. Die Klage der Beschwerdeführerin als Ausfallbürgin gegen den Regelbürgen habe den Ablauf der Verjährungsfrist hinsichtlich der Hauptforderung nicht hindern können. Das Oberlandesgericht ließ die Revision gegen sein Urteil nicht zu, da es der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entspreche. 5

Die Beschwerdeführerin erhob Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im Wesentlichen mit dem Argument, es sei grundsätzlich klärungsbedürftig, ob der Ausfallbürge neben der auf ihn übergegangenene Hauptforderung auch einen eigenen unverjährten Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB gegen den Regelbürgen geltend machen könne, obwohl zwischen Ausfallbürge und Regelbürge kein Gesamtschuldverhältnis bestehe. 6

Der Bundesgerichtshof wies die Nichtzulassungsbeschwerde mit der Begründung zurück, Gründe für eine Zulassung der Revision lägen nicht vor. Das Oberlandesgericht habe zwar übersehen, dass der Beschwerdeführerin ein eigener unverjährter Anspruch nach § 426 Abs. 1 BGB zustehe. Eine Wiederholungsfahr sei indessen wegen der Eindeutigkeit der Rechtslage nicht gegeben. 7

II.

Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer fristgerecht eingegangenen Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidungen des Oberlandesgerichts und des Bundesgerichtshofs. Sie rügt eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG (Willkürverbot), jeweils in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, sowie aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. 8

Das Oberlandesgericht habe sich mit einem bestehenden, unverjährten Anspruch der Beschwerdeführerin aus § 426 Abs. 1 BGB nicht auseinander gesetzt. Sein Urteil stelle sich daher als objektiv willkürlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG dar. 9

Der Bundesgerichtshof habe bei der Anwendung der Vorschrift über die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) die Reichweite und Ausstrahlungswirkung des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz verkannt. Zwar bleibe die Entscheidung über den Umfang des Rechtsmittelzuges dem Gesetzgeber überlassen. Habe der Gesetzgeber sich aber für die Eröffnung einer weiteren Instanz entschieden, dürfe der Zugang dazu nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden. Dagegen habe der Bundesgerichtshof verstoßen, indem er von einer Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache abgesehen habe, obwohl neben der Frage nach der Reichweite der Verjährungseinrede gegen die Hauptforderung die Frage des Bestehens eines unverjährten Anspruchs des Ausfallbürgen gegen den Regelbürgen aus § 426 Abs. 1 BGB der grundsätzlichen Klärung bedurft habe. Wie die angefochtene Entscheidung des Oberlandesgerichts einerseits und die des Bundesgerichtshofs andererseits zeigten, gebe es unterschiedliche Auffassungen zu dieser Rechtsfrage. Durch die Fehlanwendung des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO habe der Bundesgerichtshof auch den Anspruch der Beschwerdeführerin auf den gesetzlichen Richter verletzt. 10

Zugleich habe der Bundesgerichtshof § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Halbsatz 2 ZPO unvertretbar fehlerhaft angewandt, indem er die Revision nicht zur Heilung des Verstoßes des Oberlandesgerichts gegen Art. 3 Abs. 1 GG und um der Einzelfallgerechtigkeit willen unter dem Gesichtspunkt der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen habe. Auch insoweit habe der Bundesgerichtshof nicht nur den Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz, sondern auch das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt. 11

III.

Die Verfassungsbeschwerde ist der Bundesregierung, der Hessischen Landesregierung und dem im Ausgangsverfahren beklagten Regelbürgen zugestellt worden. Der Bundesgerichtshof wurde um die Abgabe einer Stellungnahme gebeten. Die Akte des Ausgangsverfahrens ist beigezogen. 12

Die Bundesregierung hat keine Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde abgegeben. Die Hessische Landesregierung hat sich auf die Äußerung beschränkt, die 13

Verfassungsbeschwerde richte sich in erster Linie gegen die Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die unter Berücksichtigung der Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch vertretbar sei.

Der Regelbürge hat sich dahin geäußert, die Verfassungsbeschwerde sei mangels Erschöpfung des Rechtswegs unzulässig, weil die Beschwerdeführerin, die die mangelnde Auseinandersetzung mit der Rechtslage moniere, Anhörungsrüge nicht eingelegt habe. Ein Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB stehe der Beschwerdeführerin aufgrund der Abtretung an die Rückbürgen und mangels ordnungsgemäßer Abrechnung nicht zu, so dass es auf die Frage der Anwendung des § 426 Abs. 1 BGB zugunsten des Ausfallbürgen nicht angekommen sei.

14

Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat eine Äußerung des Vorsitzenden des XI. Zivilsenats übermittelt. Dieser teilt mit, soweit der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit verschiedentlich ausgeführt habe, bei einer Ausfallbürgschaft entstehe kein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem Ausfallbürgen und dem Regelbürgen und es finde kein Ausgleich zwischen ihnen statt, sei es um den internen Anspruch des Regelbürgen gegangen, der unter Hinweis auf die gegenüber dem Regelbürgen nachrangige Eintrittspflicht des Ausfallbürgen verneint worden sei. Dagegen stehe dem Ausfallbürgen ein eigenständiger Ausgleichsanspruch nach § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB selbstverständlich zu, weil der im Verhältnis zum Regelbürgen privilegierte Ausfallbürge nicht schlechter stehen dürfe als ein Regelbürge im Verhältnis zu einem anderen. Die obergerichtliche Rechtsprechung gehe jedenfalls im Ergebnis einmütig davon aus, dass der vom Gläubiger in Anspruch genommene Ausfallbürge beim Regelbürgen vollen Regress nehmen könne, wenn sie auch einen Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB noch nicht habe behandeln müssen. Dass das Bestehen eines Anspruchs aus § 426 Abs. 1 BGB grundsätzlich klärungsbedürftig sei, habe die Beschwerdeführerin mit der Nichtzulassungsbeschwerde nicht hinreichend dargetan. Anlass, die Revision zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zuzulassen, habe nicht bestanden. Das Oberlandesgericht habe zwar rechtsfehlerhaft lediglich den Gesichtspunkt der Verjährung der Hauptforderung in den Blick genommen und dabei nicht hinreichend beachtet, dass auch ein Anspruch des Ausfallbürgen gegen den Regelbürgen aus § 426 Abs. 1 BGB zu prüfen gewesen sei. Damit habe es aber schlicht im Einzelfall falsch entschieden, ohne dass eine beachtliche Wiederholungs- oder Nachahmungsgefahr bestanden habe.

15

IV.

Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, soweit sie sich gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofs über die Zurückweisung der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision richtet, und gibt ihr nach § 93c Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG statt. Insoweit ist die Verfassungsbeschwerde zulässig und unter Berücksichtigung der bereits hinreichend geklärten Maßstäbe zu Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG auch offensichtlich begründet.

16

1. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Der Rechtsweg ist erschöpft. Die Beschwerdeführerin war nicht gehalten, zunächst Anhörungsrüge zu erheben. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs beanstandet sie mit ihrer Verfassungsbeschwerde nicht. Der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde steht auch nicht der in § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zum Ausdruck kommende Grundsatz der materiellen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde entgegen. Zwar genügt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Verfassungsbeschwerde nicht den Anforderungen des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG, wenn der Beschwerdeführer den Rechtsweg lediglich formell erschöpft hat. Er muss vielmehr, um dem Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs zu entsprechen, alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem unmittelbar mit ihr zusammenhängenden sachnächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen (vgl. BVerfGE 68, 384 <388 f.>; 77, 381 <401>; 81, 97 <102>; 107, 395 <414>; stRspr). Dazu können Rechtsausführungen vor den Fachgerichten gehören, sofern das Prozessrecht, wie beispielsweise bei der Einlegung einer Beschwerde gegen die Nichtzulassung eines Rechtsmittels, rechtliche Darlegungen verlangt (vgl. BVerfGE 112, 50 <60>). Diesen Anforderungen hat die Beschwerdeführerin indessen genügt; sie hat in ihrer Nichtzulassungsbeschwerdebegründung hinreichend zu einer Grundsatzbedeutung der von ihr aufgeworfenen Rechtsfrage vorgetragen. 17

2. Soweit die Beschwerdeführerin den Beschluss des Bundesgerichtshofs angreift, sind die Voraussetzungen einer Annahme der Verfassungsbeschwerde und einer Stattgabe erfüllt. Der Beschluss über die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Justizgewährungsanspruch. 18

a) Die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen sind durch das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden (§ 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG). 19

In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist geklärt, dass der aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten, insbesondere Art. 2 Abs. 1 GG, abzuleitende Justizgewährungsanspruch das Recht auf Zugang zu den Gerichten und eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstands sowie eine verbindliche Entscheidung durch den Richter gewährleistet (vgl. BVerfGE 54, 277 <291>; 107, 395 <401>; 108, 341 <347>). Der Weg zu den Gerichten darf zwar von der Erfüllung und dem Fortbestand bestimmter formaler Voraussetzungen abhängig gemacht werden (vgl. BVerfGE 9, 194 <199 f.>; 40, 272 <274>; 77, 275 <284>; stRspr). Der Zugang zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen darf aber nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden (vgl. BVerfGE 40, 272 <274 f.>; 54, 94 <97>; 77, 275 <284>; 78, 88 <99>; 88, 118 <124>). Eröffnet das Prozessrecht eine weitere Instanz, so muss auch in diesem Rahmen eine wirksame gerichtliche Kontrolle gewährleistet sein (vgl. BVerfGE 40, 272 <274 f.>; 54, 94 <96 f.>; 96, 27 <39>). Das Rechtsmittelgericht darf ein von der jeweiligen Prozessordnung eröffnetes 20

Rechtsmittel daher nicht ineffektiv machen und für den Beschwerdeführer leerlaufen lassen (vgl. BVerfGE 78, 88 <98 f.>; 96, 27 <39>), wobei eine Beanstandung durch das Bundesverfassungsgericht eine nicht mehr vertretbare Handhabung der Zulassungsvorschrift erfordert (vgl. BVerfGK 12, 341 <344>).

Diese Grundsätze gelten auch für die Anwendung des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO durch das Revisionsgericht, der die Zulassung der Revision an die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache koppelt. Grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO hat eine Rechtssache, wenn sie eine klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt. Klärungsbedürftig sind solche Rechtsfragen, deren Beantwortung zweifelhaft ist oder zu denen unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und die noch nicht oder nicht hinreichend höchstrichterlich geklärt sind. Hat der Bundesgerichtshof eine Rechtsfrage bereits geklärt, kann sich weiterer Klärungsbedarf ergeben, wenn neue Argumente ins Feld geführt werden können, die den Bundesgerichtshof zu einer Überprüfung seiner Auffassung veranlassen könnten (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 27. Mai 2010 - 1 BvR 2643/07 -, FamRZ 2010, S. 1235 <1236 f.>; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 29. September 2010 - 1 BvR 2649/06 -, juris, Rn. 29; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 8. Dezember 2010 - 1 BvR 381/10 -, juris, Rn. 12).

21

b) Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist bei Anlegung dieser Maßstäbe zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte der Beschwerdeführerin angezeigt (§ 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG). Den dargestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen des Justizgewährungsanspruchs an die Anwendung des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO genügt der Beschluss des Bundesgerichtshofs über die Nichtzulassung der Revision nicht. Der Bundesgerichtshof durfte nicht davon ausgehen, die Anwendung des § 426 Abs. 1 BGB im Verhältnis des Ausfallbürgen zum Regelbürgen sei eindeutig, damit zweifelsfrei und bedürfe keiner höchstrichterlichen Klärung in einer Revisionsentscheidung.

22

Sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs findet sich der Hinweis, Ausfallbürge und Regelbürge seien nicht Mitbürgen im Sinne des § 769 BGB, die für Mitbürgen vorgesehene Haftung nach § 426 BGB gelte deshalb im Verhältnis des Regelbürgen zum Ausfallbürgen nicht (vgl. Auernhammer, BB 1958, S. 973; für einen Ausgleichsanspruch des Regelbürgen gegen den Ausfallbürgen zustimmend in Bezug genommen durch BGH, Urteil vom 18. Oktober 1978 - VIII ZR 278/77 -, WM 1978, S. 1267 <1268>; außerdem BGHZ 88, 185 <188>; BGH, Urteil vom 15. Mai 1986 - IX ZR 96/85 -, WM 1986, S. 961 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 27. Februar 2002 - 30 U 135/01 -, NZM 2002, S. 563 <564>; in diese Richtung auch OLG Brandenburg, Urteil vom 26. November 2005 - 4 U 31/05 -, juris, Rn. 41; RG, Urteil vom 25. April 1912 - VI 439/11 -, Recht 1912, Nr. 2032; weiter Herrmann, in: Erman, BGB, Bd. 2, 12. Aufl. 2008, § 769 Rn. 3; Häuser, in: Soergel, BGB, Bd. 5/1,

23

12. Aufl. 2007, Vor § 765 Rn. 38).

Ob dieser für das Verhältnis des Regelbürgen zum Ausfallbürgen entwickelte Grundsatz im Blick auf seinen Zweck, den Ausfallbürgen vor einer Inanspruchnahme durch den Regelbürgen zu schützen, auf einen Ausgleichsanspruch des Ausfallbürgen gegen den Regelbürgen gespiegelt werden könne oder ob im Gegenteil der privilegierte Ausfallbürge aufgrund eines Erst-Recht-Schlusses wie ein Regelbürge zum anderen in den Genuss der Regelung in § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB kommen müsse, war aufgrund der teils sehr allgemein gehaltenen Aussagen in Literatur und Rechtsprechung zum Fehlen eines Gesamtschuldverhältnisses zwischen Ausfall- und Regelbürge keineswegs eindeutig. Aufgrund der Ausführungen in Literatur und Rechtsprechung war die Annahme möglich, der Ausgleich zwischen Ausfallbürge und Regelbürge erfolge losgelöst von § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB nach eigenen Regeln. Zugleich sprach aber auch einiges für die vom Bundesgerichtshof für richtig gehaltene Wertung, der privilegierte Ausfallbürge solle nicht schlechter stehen als ein Regelbürge, der gegen einen anderen Regelbürgen nach § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB vorgehen könne. Ein Anspruch auf dieser Grundlage war vor dem Oberlandesgericht nicht diskutiert worden. Aus dem Verlauf des Ausgangsverfahrens ließ sich ersehen, dass Klarstellungsbedarf gegenüber den Instanzgerichten bestand. Entsprechend hatte der Bundesgerichtshof Grund zu einer Aussage für oder gegen die Anwendung von § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 BGB zugunsten des Ausfallbürgen. Die Annahme, eine grundsätzlich klärungsbedürftige Rechtsfrage stelle sich nicht, war demnach nicht mehr vertretbar.

3. Ob der Beschluss des Bundesgerichtshofs daneben das Recht der Beschwerdeführerin auf den gesetzlichen Richter verletzt, kann dahingestellt bleiben.

V.

Soweit sich die Verfassungsbeschwerde im Umfang einer Beschwer zulasten der Beschwerdeführerin auch gegen das Urteil des Oberlandesgerichts richtet, ist ihre Annahme zur Entscheidung weder wegen grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung noch zur Durchsetzung der verfassungsmäßigen Rechte der Beschwerdeführerin angezeigt (§ 93a Abs. 2 BVerfGG). Von einer weiteren Begründung wird insoweit nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

VI.

Die Anordnung der Auslagenerstattung folgt aus § 34a Abs. 2 BVerfGG. Im Blick auf den Teilerfolg der Verfassungsbeschwerde erscheint die Anordnung der Erstattung der Hälfte der notwendigen Auslagen der Beschwerdeführerin angemessen.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 37 Abs. 2 Satz 2 RVG in Verbindung mit § 14 Abs. 1 RVG (vgl. BVerfGE 79, 365 <366 ff.>).

Der Gegenstandswert für die anwaltliche Tätigkeit beträgt, wenn der Verfassungsbeschwerde durch die Kammer stattgegeben wird, in der Regel 8.000 €. Weder die

objektive Bedeutung der Sache noch Umfang und Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit weisen hier Besonderheiten auf, die eine Abweichung veranlassen.

Kirchhof

Schluckebier

Baer

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom
28. April 2011 - 1 BvR 3007/07**

Zitiervorschlag BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom
28. April 2011 - 1 BvR 3007/07 - Rn. (1 - 29), [http://www.bverfg.de/e/
rk20110428_1bvr300707.html](http://www.bverfg.de/e/rk20110428_1bvr300707.html)

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2011:rk20110428.1bvr300707