

Skript zur Veranstaltung

Bankrechtliches Praktikerseminar
07. Februar 2008

Der aktuelle Stand
der Rechtsprechung
zur Sittenwidrigkeit von
Mithaftungsübernahmen
und Bürgschaften
finanziell überforderter
Nahbereichspersonen

Übersicht

Übersicht.....	2
I. Einleitung.....	3
II. Abgrenzungsprobleme.....	3
1. Die Bürgschaft.....	3
Exkurs: Abgrenzung der Bürgschaft zu den wesentlichen anderen personalen artverwandte Kreditsicherheiten.....	4
a) Garantievertrag	4
b) Kreditauftrag	4
c) Mithaftung	5
2. Der Mitdarlehensnehmer.....	5
Abgrenzung Mitdarlehensnehmer / Mithaftender	5
a) Rechtsprechung des BGH.....	6
b) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.....	9
Beschluss des OLG Sachsen-Anhalt	9
Beschluss des OLG Celle	11
Urteil des OLG Dresden.....	13
Urteil des OLG Köln	15
III. Abgrenzungskriterien bei Darlehensforderungen (Darlehensnehmer/Mithaftender) 17	17
1. Unterschiede	17
2. Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung	18
a) Wortlaut	18
b) Eigenes Interesse an der Kreditaufnahme	19
c) Darlehenszweck	19
IV. Sittenwidrige Bürgschaften bei Nahbereichspersonen.....	20
1. Nahbereichspersonen	20
2. Verstoß gegen die guten Sitten, § 138 I BGB	21
3. Entwicklungslinien.....	22
Kritik am Bürgschaftsbeschluss	23
V. Problem der Restschuldbefreiung	24
1. Darstellung des aktuellen Meinungsstandes.....	24
a) Teil der Literatur	24
b) Literatur und Rechtsprechung	26
(1) Literatur	26
(2) Rechtsprechung	27
Auffassung des BGH.....	27
Urteil des OLG Frankfurt	27
Urteil des LG Mönchengladbach	28
Beschluss des OLG Celle.....	30
Beschluss des OLG Düsseldorf.....	30
Urteil des OLG Celle	31
Auswertung der aktuellen Rechtsprechung.....	32
2. Stellungnahme zum Meinungsstreit zwischen Rechtsprechung und Literatur ..	33
VI. Gesellschafterbürgschaften.....	34
VII. Arbeitnehmerbürgschaften	36
VIII. Ausblick / Lösungsansätze für die Praxis.....	38
Informationen auf www.kapital-rechtinfo.de	39

I. Einleitung

Das Bürgschaftsrecht hat sich seit Mitte der 90er Jahre stetig verändert. Grund für diese Veränderungen und die Weiterentwicklung der Rechtsprechung war vor allem die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts am 19.10.1993¹. Bis zu diesem Zeitpunkt war es nahezu unstrittig, dass eine krasse finanzielle Überforderung eines Bürgen nicht automatisch zu einer Anwendung von § 138 I BGB führt. Abgestellt wurde vielmehr darauf, dass sich eine Person durch eine Bürgschaft „nach Belieben“ verschulden konnte, solange sie volljährig war.

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat die Rechtsprechung diesen Grundsatz aufgegeben und zunehmend die Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen angenommen. Der Schutz des Bürgen wurde damit stärker in den Focus des Verfahrens gerückt.

Problematisch gestaltet sich in diesem Zusammenhang jedoch oft die Abgrenzung der Mithaft zur gleichberechtigten Darlehensnehmerschaft. Die Frage, in welcher Funktion der Sicherungsgeber im Vertrag fungiert, beschäftigt regelmäßig die Gerichte. Der nachfolgende Beitrag soll eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung in diesem Punkt geben.

Ferner wird seit der Einführung der §§ 286 ff. InsO die Sittenwidrigkeitsrechtsprechung zunehmend zur Diskussion gestellt. Auch mit dieser Frage haben sich die Gerichte in den vergangenen Jahren regelmäßig auseinandergesetzt. Die gegenwärtige Auffassung der Rechtsprechung und eine Auswertung sollen im Rahmen dieses Beitrages erfolgen.

II. Abgrenzungsprobleme

Wichtig ist zunächst die Abgrenzung der Bürgschaft zu anderen Kreditsicherheiten².

1. Die Bürgschaft

Die Bürgschaft ist ein Vertrag zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger eines Dritten, in dem sich der Bürge einseitig gegenüber dem Gläubiger verpflichtet, für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.³ Damit sichert der Bürge die Forderung eines Gläubigers gegen den Dritten, den Hauptschuldner.

Wirtschaftlich gesehen stellt die Bürgschaft das wichtigste „persönliche“ Kreditsicherungsgeschäft dar. Im Vergleich zu den dinglichen Sicherheiten, wie zum Beispiel der Grundschuld, der Verpfändung, der Sicherungsübereignung oder der Sicherungszession, bietet die Bürgschaft aus Sicht des Gläubigers den Vorteil, dass der Bürge mit sei-

¹ Sog. „Bürgschaftsbeschluss“: BVerfGE 89, 214 (1 BvR 567/89); bekräftigt durch BVerfG WM 2006, 24, 26 (1BvR 1905/02); dem folgenden BGH (XI ZR 330/05), Rn 13 des Urteils-umdrucks; sowie BVerfG NJW 1994, 2749 ff (1 BvR 1402/89)

² Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden im Folgenden im Rahmen eines cursorischen Überblicks nur die wichtigsten Kreditsicherheiten genannt. Eine vollständige Auflistung befindet sich in: Palandt, § 765, Rnr.15 ff. (67. Auflage, 2007).

³ Prütting / Wegen / Weinreich, Kommentar zum BGB, vor § 765, Rnr.1 (2. Auflage, 2007).

nem gesamten Vermögen haftet und der Gläubiger nicht nur auf ein bestimmtes Sicherungsobjekt zugreifen kann.⁴

Die Personalsicherheit der Bürgschaft gehört jedoch auch zu den risikoreichsten Rechtsgeschäften überhaupt. Der Bürge muss sich darüber bewusst sein, dass er in seiner Funktion nur benötigt wird, weil die Bonität des Hauptschuldners vom Kreditinstitut nicht als besonders werthaltig eingestuft wird. Es besteht folglich von Anfang an eine hohe Wahrscheinlichkeit für ihn, als Ersatzschuldner herangezogen zu werden. Dennoch ist davon auszugehen, dass der unterzeichnende Bürge in der Regel eine Art „umgekehrtes Bewusstsein“ dergestalt haben wird, dass er darauf hofft und davon ausgeht, nicht in Anspruch genommen zu werden und auf einen für ihn positiven Ausgang vertraut.⁵

Abgesehen von der Bürgschaft existieren jedoch noch weitere, für die Praxis relevante Personalsicherheiten.

Exkurs: Abgrenzung der Bürgschaft zu den wesentlichen anderen personalen artverwandte Creditsicherheiten

a) Garantievertrag

Die Abgrenzung der Bürgschaft vom Garantievertrag bereitet insbesondere deshalb Schwierigkeiten, weil beide Verträge demselben wirtschaftlichen Zweck dienen: Der Sicherung einer fremden Forderung.⁶ Im Unterschied zur Bürgschaft will der Garant jedoch eine von der gesicherten Schuld unabhängige Verpflichtung übernehmen, für die er auch dann einsteht, wenn die Hauptverbindlichkeit nie entstanden ist oder später wegfällt.⁷

Wesentliche Kriterien der Abgrenzung sind die Übernahme einer eigenen neuen selbständigen Verpflichtung (bei der Bürgschaft handelt es sich um das Entstehen für eine fremde Schuld) und das Vorliegen eines besonderen Eigeninteresses an der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit (das beim Bürgen nicht vorliegt).⁸

b) Kreditauftrag

Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen zudem zum Kreditauftrag gemäß § 778 BGB. Der Kreditauftrag ist ein Auftragsvertrag mit dem Inhalt, dass der Beauftragte einem Dritten Kredit gewährt.⁹ Die Abgrenzung der beiden Sicherheiten gestaltet sich oft schwierig. Maßgebend für den Kreditauftrag ist das nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien bestehende eigene Interesse des Auftraggebers an der Gewährung von Geld- oder Warenkredit.¹⁰

⁴ Prütting / Wegen / Weinreich, Kommentar zum BGB, vor § 765, Rnr.14 f.

⁵ BVerfGE 89, 214 ff (1 BvR 567/98), wonach diese Einschätzung des Bürgen grds. rechtlich irrelevant ist; schließlich könne sich der Bürge innerhalb gewisser Grenzen seiner Verpflichtung durch Kündigung entziehen

⁶ Erman, vor § 765, Rnr.23 (11. Auflage, 2004).

⁷ Prütting / Wegen / Weinreich, Kommentar zum BGB, vor § 765, Rnr.57.

⁸ Juris – Praxiskommentar, § 765, Rnr.60 (2. Auflage, 2005).

⁹ Palandt, § 778, Rnr.1.

¹⁰ Palandt, § 778, Rnr.1.

c) Mithaftung

Mithaftender ist, wer, ohne Bürge zu sein, zur Absicherung für einen Kredit, der von einem anderen aufgenommen und verwendet wird, von vorneherein oder später im Wege des Schuldbeitritts die Mitverpflichtung übernimmt.¹¹ Er steht damit der Bank nicht als gleichberechtigter Darlehensnehmer gegenüber¹².

Da die Sittenwidrigkeit der Mithaftung und der Bürgschaft nach denselben Kriterien ermittelt wird, besteht in dem hier behandelten Sachzusammenhang keine Notwendigkeit bezüglich einer Abgrenzung dieser beiden Personalsicherheiten. Dies ist nicht nur sachgerecht, weil Bürgen und Mithaftende in gleichem Maße schutzbedürftig sind, sondern auch erforderlich, um ein Ausweichen der Kreditwirtschaft auf das Sicherungsmittel mit den strengeren Sittenwidrigkeitsvoraussetzungen zu verhindern.¹³ Im Zweifel ist jedoch eine Bürgschaft anzunehmen.

2. Der Mitdarlehensnehmer

Mitdarlehensnehmer ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH, wer ein eigenes – sachliches und / oder persönliches - Interesse an der Kreditaufnahme hat und als im Wesentlichen gleichberechtigter Partner über die Auszahlung sowie die Verwendung der Darlehensvaluta entscheiden darf.¹⁴ Maßgebend sind die kreditrechtliche Vorschriften (§§ 488 ff. BGB).

Abgrenzung Mitdarlehensnehmer / Mithaftender

Was auf den ersten Blick ein klar gegliedertes System von Personalsicherheiten und originärer Kreditnehmerschaft wirkt, hat jedoch eine auf den zweiten Blick erkennbare Bruchstelle: Und zwar die Stellung des Darlehensnehmers im Gegensatz zum bloßen Mithaftenden.

Ein in der Praxis häufig auftretendes und die Gerichte regelmäßig beschäftigendes Problem ist die Frage, in welcher Funktion eine Person einen Darlehensvertrag unterzeichnet hat. Fraglich ist in vielen Fällen, ob derjenige als gleichberechtigter Vertragspartner und damit als Mitdarlehensnehmer oder lediglich als Sicherungsgeber und damit als Mithaftender haftet. Eine Abgrenzung der Mitdarlehensnehmerschaft von der Mithaftung gestaltet sich dann oft als schwierig.

Ein wesentliches Problem in der Praxis besteht zudem oftmals darin, dass seitens der Kredit gebenden Bank die Mitdarlehensnehmerschaft gewählt wird, mit welcher eine für das Kreditinstitut günstigere Sicherung des ausgereichten Kredits ausgelöst werden soll.

Zur Verdeutlichung der vorliegenden Problematik und der unterschiedlichen Konsequenzen bezüglich der Haftung sollen im Folgenden zunächst die neueren Entwicklungen der Rechtsprechung dargestellt werden. Im Anschluss daran erfolgt eine fallunabhängige Erörterung der einzelnen Abgrenzungskriterien.

¹¹ Nobbe / Kirchhof, BKR 2001, 5, 6; Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 91, Rnr.55 (Band II, 2007).

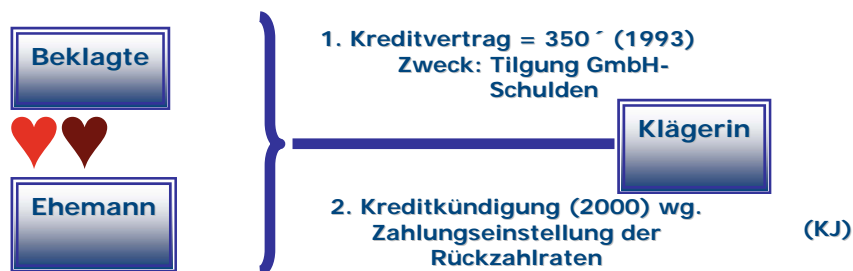
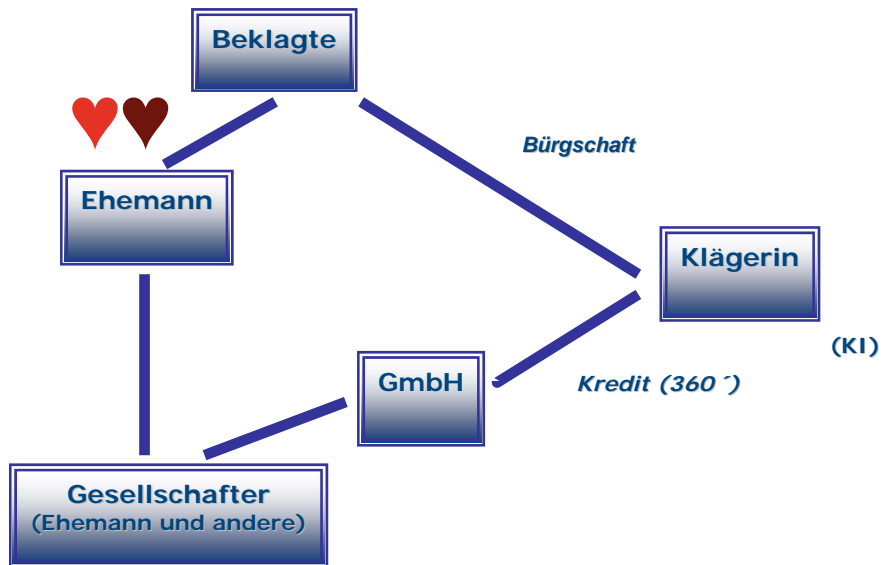
¹² BGHZ 146, 37 (XI ZR 248/99).

¹³ Nobbe / Kirchhof, BKR 2001, 5, 6.

¹⁴ BGHZ 146, 37, 41 (XI ZR 248/99); BGH NJW 2001, 815, 816 (XI ZR 248/99); BGH NJW 2002, 2705 (XI ZR 205/01).

a) Rechtsprechung des BGH

Von zentraler Bedeutung bei der Erläuterung der Rechtsprechungsentwicklung im Bereich der Abgrenzung von Mitdarlehensnehmern und bloß Mithaftenden ist das Urteil des BGH¹⁵ aus dem Jahr 2005. Im Rahmen dieses Urteils hat der BGH seine Rechtsprechung zu den entwickelten Abgrenzungskriterien unter Bezugnahme auf frühere BGH-Entscheidungen fortgesetzt und seine Auffassung in diesem Punkt wiederholt positioniert.



Der Fall:

Die Parteien stritten in dem vorliegenden Fall um die Wirksamkeit eines Darlehensvertrages, deren Ausgangspunkt u.a. einige frühere Bürgschaften waren. Der Ehemann der Beklagten war zusammen mit zwei weiteren Gesellschaftern an einer GmbH beteiligt und deren Geschäftsführer. Der GmbH wurden von der Klägerin, einem Kreditinsti-

¹⁵ Urteil des BGH vom 25.1.2005 (XI ZR 325/03).

tut, mehrere Kredite gewährt, für welche sowohl die Gesellschafter, als auch die Beklagte selbstschuldnerische Bürgschaften über rund 360.000 DM übernahmen.

Im März 1993 schlossen die Beklagte und ihr Ehemann mit der Klägerin einen „Kreditvertrag“ über 350.000 DM ab. Die Aufnahme des Kredites diene laut dem Vertrag ausschließlich der Ablösung der noch bestehenden Gesellschaftsschulden. Die Rückführung des Darlehens sollte über ein von der Klägerin für die Beklagte geführtes Kontokorrentkonto erfolgen.

Nachdem mit der Rückzahlung des Darlehens zunächst begonnen worden war, gingen Anfang des Jahres 2000 keine weiteren Zahlungen mehr bei dem Kreditinstitut ein. Die Klägerin kündigte daraufhin die Geschäftsverbindung im Juli 2000 fristlos und nahm die Beklagte im Wege der Teilklage auf Zahlung von rund 100.000 DM zuzüglich Zinsen in Anspruch.

Die Beklagte bestreitet ihre von der Klägerin behauptete Stellung als gleichberechtigte Darlehensnehmerin. Sie habe im Rahmen des Kreditvertrages mit der GmbH lediglich als Bürgin fungiert. Aufgrund der krassen finanziellen Überforderung der Beklagten sei der Bürgschaftsvertrag jedoch ohnehin sittenwidrig und infolgedessen nichtig.

Das Berufungsgericht hatte gegen die Auffassung der Beklagten eingewendet, dass eine krasse finanzielle Überforderung nicht ersichtlich sei. Abzustellen sei nämlich bei einer diesbezüglichen Betrachtung nicht nur auf das Einkommen der Beklagten. Vielmehr seien auch die Einkünfte des Ehemannes mit einzubeziehen. Ungeachtet dessen hätte aber auch das Einkommen der Beklagten bereits ausgereicht, um die vereinbarten Annuitäten ordnungsgemäß zu bedienen.

Des Weiteren sei die Ehefrau aufgrund des Umstandes, dass die Eheleute den Vertrag gemeinsam geschlossen und auch die Zins- und Tilgungsraten gemeinsam gezahlt hätten, als gleichberechtigte Darlehensnehmerin zu qualifizieren.

Nach Auffassung des Zivilsenats halten diese Ausführungen einer rechtlichen Überprüfung jedoch nicht stand. Das Berufungsgericht habe die Beklagte unter Missachtung der Interessenlage und damit in rechtlich unvertretbarer Weise für eine echte Darlehensnehmerin gehalten.¹⁶

Die Qualifizierung der von der Beklagten mit Vertrag vom 01.03.1993 übernommenen Verpflichtung als Darlehensschuld oder als Beitrittsschuld sei davon abhängig, ob die Beklagte als gleichberechtigte Vertragspartnerin neben ihrem Ehemann einen Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta haben und deshalb gleichgründig zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet sein sollte, oder ob sie aus dem Darlehensvertrag keine Rechte erwerben, sondern nur zu Sicherungszwecken in Höhe der noch offenen Darlehensschuld der GmbH haften sollte.¹⁷

Zwar spreche der Wortlaut des Darlehensvertrages der Parteien vom 01.03.1993 für eine echte Mitvertragspartnerschaft der Beklagten, da sie im Kreditvertrag ebenso wie ihr Ehemann als „Kreditnehmer“ bezeichnet worden war. Eine Vertragsauslegung könne jedoch zu einem vom Wortlaut abweichenden Ergebnis gelangen, wenn sich ein

¹⁶ Urteil des BGH vom 25.1.2005 (XI ZR 325/03), S.5. des Urteilsausdrucks, so auch in den folgenden Fußnoten; in der Sache gleichlautend bestätigt durch BGH (XI 330/05), S. 7 f., Rn. 13. bzgl. Sittenwidrigkeitskriterium

¹⁷ Urteil des BGH vom 25.1.2005 (XI ZR 325/03), S.6.

dies rechtfertigender übereinstimmender Wille der Vertragspartner feststellen lasse. Überdies sei dem Wortlaut angesichts der Stärke der Verhandlungsposition der Kreditgebenden Bank und der Verwendung von Vertragsformularen in Fällen der vorliegenden Art grundsätzlich weniger Bedeutung beizumessen als sonst.

Nach dem Inhalt des Darlehensvertrages diene die Kreditaufnahme der „Übernahme der Verbindlichkeiten der GmbH“ in Höhe von 350.000 DM. Damit sei für die Beklagte nicht einmal ein bloßes mittelbares wirtschaftliches oder persönliches Eigeninteresse verbunden gewesen. Während sie nämlich von einer mit den verbürgten Geschäftskrediten zusammenhängenden Verbesserung der Ertragslage des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens und einer daraus resultierenden Wertsteigerung der Beteiligung ihres Ehemannes oder von Gewinnausschüttungen bzw. einer Erhöhung seines Geschäftsführergehalts immerhin indirekt hätte profitieren können, sei selbst diese äußerst vage Erwerbchance mit der Geschäftsaufgabe entfallen. Ebenso unterliege es keinem vernünftigen Zweifel, dass die Beklagte weder als Bürgin noch als angebliche Darlehensnehmerin über die Auszahlung bzw. Verwendung der ausgereichten Kredite mitentschieden habe oder dazu berechtigt gewesen wäre.¹⁸

Damit lägen entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung gerade keine Umstände oder Verhältnisse vor, die die Beklagte trotz ihrer fehlenden Beteiligung an der liquidierten GmbH nach dem Willen verständiger und redlicher Vertragsparteien als gleichgestellte Mitdarlehensnehmerin neben ihrem Ehemann als deren ehemaligen Gesellschafter / Geschäftsführer erscheinen lassen würden.¹⁹

Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung zeige sich die Stellung der Beklagten als gleichberechtigte Kreditnehmerin auch nicht daran, dass die Zins- und Tilgungsleistungen entsprechend der darlehensvertraglichen Vereinbarung ihrem Konto belastet wurden. Zwar könne in der vertragsgemäßen Bedienung des aufgenommenen Darlehens durch einen Vertragsteil durchaus eine für die Vertragsauslegung bedeutsame Indiztatsache liegen.²⁰ Dies setze aber grundsätzlich voraus, dass aus der maßgebenden Sicht eines rational handelnden Kreditgebers bereits konkrete Anhaltspunkte für ein unmittelbares Eigeninteresse an der Kreditgewährung bestünden. Anderenfalls sei das Beweiszeichen nicht stark genug, um im Wege der Vertragsauslegung auf eine echte Mitgläubigerschaft zu schließen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die den darlehensvertraglichen Zinssatz und die monatliche Rückzahlungsrate ändernde Vereinbarung der Parteien nur von der Beklagten und nicht von den Eheleuten gemeinsam unterzeichnet worden war.²¹

Die von der Beklagten übernommene Funktion im Darlehensvertrag wurde damit nach Auffassung des Senats als Mithaftung qualifiziert.

Im Rahmen dieser Mithaftung sei, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, eine krasse finanzielle Überforderung der Ehefrau anzunehmen. Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Beklagten sei lediglich – anders als das Berufungsgericht dies angenommen habe – das eigene, nicht aber auch das laufende Einkommen des Ehemannes zu berücksichtigen. Zwar liege bei Darlehensnehmern, die ein gemeinsames Interesse an der Kreditgewährung hätten und sich demgemäß als Gesamtschuldner verpflichteten, eine krasse finanzielle Überforderung nur vor, wenn die

¹⁸ Urteil des BGH vom 25.1.2005 (XI ZR 325/03), S.8.

¹⁹ Urteil des BGH vom 25.1.2005 (XI ZR 325/03), S.7 f.

²⁰ Urteil des BGH vom 23.3.2004 (XI ZR 114/03).

²¹ Urteil des BGH vom 25.1.2005 (XI ZR 325/03), S.9.

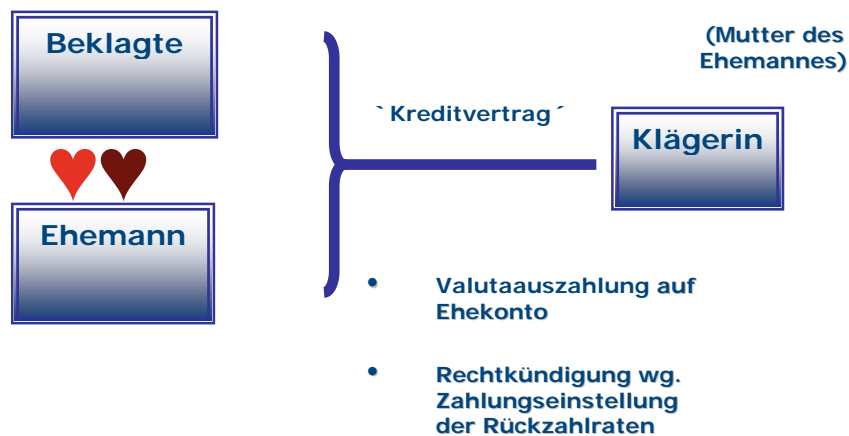
pfändbaren Einkommen aller Mitdarlehensnehmer zusammen nicht ausreichen, um die laufenden Zinsen des Kredits auszubringen.²² Dies betreffe aber nicht die Beklagte als einseitig verpflichtete Mithaftende.²³

Das von der Beklagten angefochtene Urteil der Vorinstanz wurde aufgehoben.

b) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte²⁴

Beschluss des OLG Sachsen-Anhalt²⁵

Der zugrunde liegende Fall gestaltet sich in seiner Personenkonstellation etwas untypisch in Bezug darauf, dass die Kreditgeberin und Klägerin kein Kreditinstitut, sondern die Schwiegermutter der Beklagten war.



Die Schwiegertochter und ihr Ehemann unterzeichneten im Jahr 1996 gemeinsam als Kreditnehmer einen Darlehensvertrag mit der Klägerin und Mutter des Ehemannes über die Auszahlung einer Darlehensvaluta von 50.000 DM. Die mit Kreditvertrag unterschriebene Vertragsurkunde benannte im Vertragsrubrum die Eheleute als Erklärende. Zudem wies der Kreditvertrag unter der Rubrik „Unterschrift – Kreditnehmer“ die Unterschriften der Beklagten und ihres Ehemannes auf und war ferner von der Beklagten als „Kreditnehmerin“ unterzeichnet.²⁶

Die Darlehenssumme wurde von der Klägerin anschließend auf das gemeinsame Konto der Ehegatten überwiesen.

Aufgrund des Umstandes, dass sowohl die Beklagte, als auch ihr Ehemann mit der Rückzahlung des Darlehens in Verzug gerieten, kündigte die Klägerin den Darlehensvertrag und stellte die ausgezahlte Valuta zur Rückzahlung fällig.

²² BGH (XI ZR 244/97).

²³ Urteil des BGH vom 25.1.2005 (XI ZR 325/03), S.12.

²⁴ Die Darstellung erfolgt in historischer Reihenfolge.

²⁵ Beschluss OLG Sachsen-Anhalt vom 15.9.2005 (10 W 38/05).

²⁶ Beschluss OLG Sachsen-Anhalt vom 15.9.2005 (10 W 38/05).

Streitig ist zwischen den Parteien der Zweck, für welchen das Darlehen verwendet wurde. Die Klägerin gab hierzu an, dass die Geldsumme der Finanzierung des gemeinsamen Eigenheimbaus zufloss.

Nach Aussage der Beklagten stimme diese Angabe nicht mit der Wahrheit überein, da das Darlehen vielmehr dazu verwendet worden sei, das im Alleineigentum des Ehemannes stehende Hausgrundstück zu renovieren. Aufgrund des Umstandes, dass sie an der Kreditaufnahme weder ein eigenes Interesse gehabt habe, noch über die Verwendung der Geldmittel mitentscheiden durfte, sei sie lediglich als Mithaftende, nicht jedoch als gleichberechtigte Darlehensnehmerin zu qualifizieren.

Der Senat gelangte zu dem Ergebnis, dass der Klägerin gegen die Beklagte ein Anspruch auf Rückzahlung der ausgereichten Darlehensvaluta zustehe, da die Beklagte in dem Darlehensvertrag nicht die Funktion einer bloß Mithaftenden inne gehabt habe.

Die Qualifizierung sei davon abhängig, ob die Beklagte als gleichberechtigte Vertragspartnerin neben ihrem Ehemann einen Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta haben und deshalb gleichgründig zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet sein sollte, oder aber ob sie aus dem Darlehensvertrag keine Rechte herleiten, sondern der Klägerin nur zu Sicherungszwecken in Höhe des offenen Darlehensbetrages haften sollte.²⁷

Nach Auffassung des Senats stünden einer rechtlichen Qualifizierung der Beklagten als lediglich Mithaftende mehrere Faktoren entgegen:

Zum einen verdeutliche die vertragliche Stellung der Beklagten im Darlehensvertrag ihre Position als gleichberechtigte Darlehensnehmerin. In diesem verpflichtete sich die Klägerin, ihrem Sohn sowie dessen Ehefrau einen Geldbetrag von 50.000 DM darlehensweise zu überlassen. Die Beklagte übernahm wiederum neben ihrem Ehemann die Verpflichtung, die von der Klägerin gestellte Geldsumme zurück zu zahlen. Angesichts dieses eindeutigen Vertragswortlautes könne die Unterschriftenleistung der Beklagten nur als auf den Abschluss eines Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung verstanden werden, wovon gerade auch die Klägerin als Empfängerin der Erklärung ausgehen musste.²⁸

Ein vom Vertragswortlaut abweichendes Auslegungsergebnis komme nicht in Betracht. Ein solches sei unter anderem dann anzunehmen, wenn hinsichtlich eines mit einer Bank abgeschlossenen Vertrages dem Wortlaut der Vertragserklärung angesichts der Stärke der Verhandlungsposition der Kredit gebenden Bank und der Üblichkeit und Häufigkeit der Verwendung von Vertragsformularen beim Abschluss von Kreditgeschäften weniger Bedeutung beizumessen sei als sonst. Dies beruhe jedoch gerade auf der Erwägung, dass es die Kredit gebende Bank nicht allein durch die Wahl der Formulierung in dem Darlehensvertrag in der Hand haben solle, einem erkennbar bloß Mithaftenden zu einem gleichberechtigten Darlehensnehmer zu machen.²⁹

Hier lägen die Umstände des Vertragsabschlusses jedoch erkennbar anders, da zu berücksichtigen sei, dass die Beklagte das Rechtsgeschäft mit einer Privatperson aus dem Nahbereich der Familie, nämlich ihrer seinerzeitigen Schwiegermutter und nicht

²⁷ Beschluss OLG Sachsen-Anhalt vom 15.9.2005 (10 W 38/05).

²⁸ Beschluss OLG Sachsen-Anhalt vom 15.9.2005 (10 W 38/05).

²⁹ BGH NJW 2002, 744 (XI ZR 56/01); BGH NJW 2005, 973 (XI ZR 325/03).

mit einem Kredit gebenden Bankinstitut abgeschlossen habe.³⁰ Es dürfe vielmehr davon ausgegangen werden, dass die Klägerin – entsprechend dem unmissverständlichen Vertragswortlaut – die Beklagte als gleichberechtigte Darlehensnehmerin neben deren seinerzeitigen Ehemann angesehen habe und voraussetzte, dass der Kredit zur Sicherung der gemeinsamen Lebensgrundlage der Familie und auf der Grundlage einer einvernehmlich und gleichberechtigt getroffenen Entscheidung der Ehepartner Verwendung finden solle.³¹

Sowohl die vertragliche Stellung, als auch der Wortlaut des Darlehensvertrages ließen somit keine andere Annahme zu als die Beklagte als Darlehensnehmerin zu qualifizieren.

Zum anderen war der Betrag auf das gemeinsame Konto der Eheleute überwiesen worden. Das Vorbringen der Beklagten, die Darlehenssumme sei allein an ihren Ehemann überwiesen worden, wäre aber auch für das Zustandekommen des Darlehensvertrages zwischen den Parteien unerheblich. Bei einer Mehrheit von Darlehensnehmern gelte nämlich grundsätzlich ein Darlehen als von allen empfangen, wenn die Darlehensvaluta auch nur an einen von ihnen tatsächlich überwiesen werde.³² Denn entscheidend sei letztlich, ob der Darlehensbetrag aus dem Machtbereich des Darlehensgebers heraus dahin gelangt sei, wohin er nach der vertraglichen Vereinbarung fließen sollte. Zudem habe die Beklagte die Überweisung des Geldbetrages gebilligt und sei insofern auch daran gebunden.³³

Letztlich sei das Vorbringen der Beklagten, dass sie keinen Einfluss auf die Verwendungsentscheidung des Darlehens habe nehmen könne, im Ergebnis unerheblich. Selbst wenn man das diesbezügliche Verteidigungsvorbringen der Beklagten zu ihren Gunsten als wahr unterstellen wollte, dürfte dies indessen noch nicht zu einem von dem Vertragswortlaut abweichenden Ergebnis führen.

Die Beklagte wurde in Konsequenz zur Rückzahlung des fällig gestellten Darlehens verurteilt.

Beschluss des OLG Celle³⁴

Die Klägerin beantragte mit ihrer Berufung festzustellen, dass die Beklagte, ein Kreditinstitut, aus einem bei ihr geführten Kredit- und Girokonto keine Ansprüche auf Rückzahlung gegen sie habe.

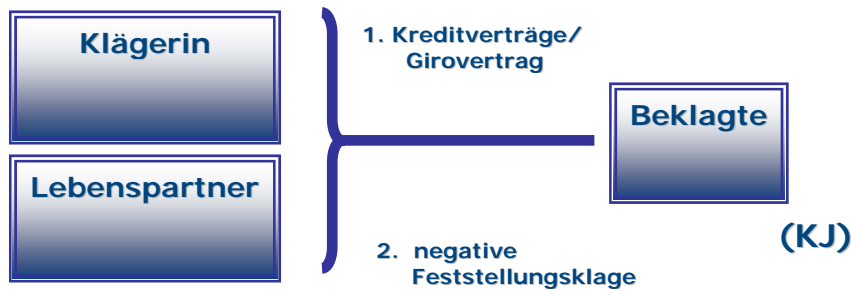
³⁰ Beschluss OLG Sachsen-Anhalt vom 15.9.2005 (10 W 38/05).

³¹ Beschluss OLG Sachsen-Anhalt vom 15.9.2005 (10 W 38/05).

³² Beschluss OLG Sachsen-Anhalt vom 15.9.2005 (10 W 38/05); OLG Hamm, WM 1992, 257, 261 (31 U 94/90).; Palandt, § 488, Rnr.24.

³³ Beschluss OLG Sachsen-Anhalt vom 15.9.2005 (10 W 38/05).

³⁴ Beschluss des OLG Celle vom 6.3.2006 (3 U 26/06) (vgl. auch zur Frage der Restschuldbefreiung „Urteil des OLG Celle“ unter Bezugnahme auf Fn 135 a. E.



Der frühere Lebensgefährte der Klägerin unterhielt bei der Beklagten ein Girokonto. Die Klägerin unterzeichnete neben ihrem Lebensgefährten einen „Ergänzungsantrag“ zum Girokonto als „2. Kontoinhaber“. Am gleichen Tag unterzeichneten beide einen Kreditvertrag. Im Folgejahr schlossen sie einen weiteren Kreditvertrag ab.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass ein Girovertrag zwischen ihr und der Beklagten nicht zustande gekommen sei. Die Kreditverträge seien wegen krasser wirtschaftlicher Überforderung sittenwidrig.³⁵ Zudem seien die Darlehensvaluta für die Zwecke des Lebensgefährten verwendet worden.

Das LG Hildesheim hatte in der Vorinstanz die Klage abgewiesen, da die Klägerin durch den „Ergänzungsantrag“ Vertragspartner des Girovertrages geworden sei. Dieser Auffassung schloss sich auch der Senat des OLG Celle an und qualifizierte die Klägerin als echte Mitdarlehensnehmerin.

Was den Vertragswortlaut angehe, so spreche dieser dafür, dass die Klägerin echte Mitdarlehensnehmerin geworden sei. Der Vertrag enthalte keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin eine Verpflichtung eingehen sollte, die anders zu beurteilen sein sollte als die ihres Lebensgefährten.

Mit dem Landgericht gehe der Senat vielmehr davon aus, dass die Klägerin durch den „Ergänzungsantrag“ Partei des Girovertrages, der vorher nur zwischen dem Lebensgefährten der Klägerin und der Beklagten bestanden hatte, wurde. Den genannten „Ergänzungsantrag“ habe die Klägerin als „2. Kontoinhaber“ unterschrieben und das Konto wie ihr Lebensgefährte benutzt. In welchem Umfang dies geschehen sei und ob sie die „Service-Karte“ der Beklagten, welche sie beantragt hatte, benutzt habe, sei ohne Belang.³⁶

Darüber hinaus habe die Klägerin auch ein eigenes Interesse an der Kreditaufnahme gehabt. Zwar wurde von ihr angeführt, dass das Darlehen für Reparaturen und andere Arbeiten am PKW ihres Lebensgefährten bestimmt und verwendet worden sei. Jedoch dürfe nach Auffassung des Senats nicht außer Acht gelassen werden, dass die Klägerin mit ihrem Lebensgefährten zusammenlebte. Dass sie den PKW nicht auch genutzt habe, habe sie nicht behauptet. In diesem Zusammenhang komme es auch nicht darauf an, dass der PKW im Alleineigentum des Lebensgefährten stand.³⁷

³⁵ Zu den Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit bei Angehörigenbürgschaften später.

³⁶ Beschluss des OLG Celle vom 6.3.2006 (3 U 26/06).

³⁷ Beschluss des OLG Celle vom 6.3.2006 (3 U 26/06); BGH WM 2004, 1083 (XI ZR 114/03).

Die Frage nach der von der Klägerin behaupteten krasen finanziellen Überforderung stelle sich ferner nicht. Die Sittenwidrigkeit eines Darlehensvertrages wegen krasser finanzieller Überforderung eines echten Mitdarlehensnehmers komme grundsätzlich nicht in Betracht.

Die Berufung der Klägerin hatte insoweit keinen Erfolg.

Urteil des OLG Dresden³⁸



Das OLG Dresden qualifizierte die Ehefrau eines Darlehensnehmers nicht als gleichberechtigte Vertragspartnerin, sondern lediglich als Mithaftende und wies damit die Klage eines Kreditinstituts ab, welches die Beklagte auf Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch zu nehmen beabsichtigte.

Die Qualifizierung der von der Beklagten mit Vertrag vom 3.8.2001 übernommenen Verpflichtung als Darlehensschuld oder als Beitrittsschuld sei nach Auffassung des Senats davon abhängig, ob sie als gleichberechtigte Vertragspartnerin neben ihrem Ehemann einen Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta haben und deshalb gleichgründig zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet sein sollte, oder ob sie aus dem Darlehensvertrag keine Rechte erwerben, sondern der Beklagten nur zu Sicherungszwecken in Höhe der noch offenen Darlehensschuld haften sollte.³⁹

Zwar spreche der Wortlaut des Darlehensvertrages, in dem die Beklagte als „Darlehensnehmer 2“ bezeichnet ist, für eine „echte“ Mitvertragspartnerschaft. Allerdings könne eine Vertragsauslegung auch zu einem vom Wortlaut abweichenden Ergebnis gelangen, wenn sich ein dies rechtfertigender übereinstimmender Wille der Vertragspartner feststellen lasse, § 133 BGB. Überdies sei dem Wortlaut angesichts der Stärke der Verhandlungsposition der Kredit gebenden Bank und der – auch hier gegebenen – Verwendung von Vertragsformularen in Fällen der vorliegenden Art grundsätzlich geringere Bedeutung beizumessen als sonst.⁴⁰

Auch mit Blick auf die Vertragsbedingungen durfte die Kredit gebende Klägerin nach Auffassung des Senats nicht annehmen, dass die Beklagte als im Wesentlichen gleichberechtigter Partner über die Auszahlung der Darlehensvaluta mitentscheiden durfte. Zwar sollte danach im Falle eines gemeinschaftlich beantragten und eingeräumten Kreditrahmens jeder Darlehensnehmer innerhalb des Kreditrahmens alleine über das Konto verfügen können. Jedoch könne diese Bestimmung nicht zum Tragen kommen, da der Kreditvertrag des Weiteren vorsah, dass „Verfügungen zu Lasten des Ab-

³⁸ Urteil des OLG Dresden vom 6.12.2006 (12 U 1394/06).

³⁹ Urteil des OLG Dresden vom 6.12.2006 (12 U 1394/06).

⁴⁰ Urteil des OLG Dresden vom 6.12.2006 (12 U 1394/06); BGH (XI ZR 325/03).

rufkreditkontos nur auf ein vom Kontoinhaber zu nennendes Referenzkonto möglich“ sein sollten. Bei diesem „Referenzkonto“ handelte es sich um ein Geschäftskonto des Ehemannes der Beklagten. Diesbezügliche Abrufaufträge habe allein der Ehemann erteilt. An diesen waren die Überweisungen erfolgt. Zudem habe er die vertraglich zu erbringenden Zahlungen als „meine monatlichen Raten“ bezeichnet. Letztlich sei auch der Umstand, dass er der Klägerin „meine neue Kontonummer“ mitteilte, als Indiz für ein nicht gleichrangiges Vertragsverhältnis zu werten.

Darüber hinaus lasse auch der Verwendungszweck der ausgezahlten Darlehensvaluta Rückschlüsse auf eine bloße Mithaftung der Beklagten zu. Dass diese nicht als im Wesentlichen gleichberechtigte Partnerin über die Verwendung der Geldsumme mitentscheiden durfte, folge aus dem Umstand, dass das Darlehen zur Finanzierung der Eröffnung der Versicherungsagentur des Ehemannes dienen sollte. Hierfür spreche der Vertragswortlaut, welcher einen „Geschäftskredit“ benennt und weist als Darlehensnehmer den Ehemann der Beklagten und dessen zukünftige Geschäftsadresse aus.

Vor diesem Hintergrund musste die Klägerin nach Auffassung des Senats jedenfalls damit rechnen, dass der Ehemann der Beklagten als selbständiger Handelsvertreter ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 II HGB betreibe oder gemäß § 2 HGB ins Handelsregister eingetragen sei und das Darlehen demzufolge zu Geschäftszwecken aufnehme.⁴¹

Ein eigenes – sachliches und / oder persönliches – Interesse der Beklagten an der Kreditaufnahme sei folglich nicht ersichtlich. Ein solches lasse sich insbesondere auch nicht aus einem allenfalls mittelbaren wirtschaftlichen Interesse an einer mit den mit übernommenen Verbindlichkeiten zusammenhängenden Verbesserung der Ertragslage ihres Ehemannes herleiten.⁴²

Zur Sittenwidrigkeit

Im Übrigen kommt das OLG Dresden zum Ergebnis, dass die Klägerin wegen Sittenwidrigkeit der Mithaft nicht rückzahlungsbelastet sei; hierzu später, wenn Fragen der Sittenwidrigkeit behandelt werden.

Das LG Zwickau⁴³ hatte erstinstanzlich die Auffassung vertreten, dass die Annahme einer auf eine krasse finanzielle Überforderung gegründete Sittenwidrigkeit bei Verbindlichkeiten, die eine Bagatellgrenze im Bereich von 30.000 DM bis 50.000 DM nicht übersteigen, nicht in Betracht komme. Eine solche pauschale Betrachtung vermochte der Senat im Hinblick auf die vorliegende Fallgestaltung nicht vertreten. Abweichend vom Landgericht könne nach Überzeugung des Senats nicht davon ausgegangen werden, dass eine etwaige „Bagatellgrenze“ hier aus der krassen finanziellen Überforderung der Beklagten herzuleitenden Vermutung für eine sittlich anstößige Ausnutzung ihres emotionalen Verhältnisses zu ihrem Ehemann durch die Klägerin entgegensteht.⁴⁴

Der Bundesgerichtshof habe wiederholt deutlich gemacht, dass die Grundsätze zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger bereits „bei nicht ganz geringen Bankschulden“ Geltung beanspruchen.⁴⁵ Ob einem Rechtsgeschäft wegen Sittenwid-

⁴¹ Urteil des OLG Dresden vom 6.12.2006 (12 U 1394/06).

⁴² Urteil des OLG Dresden vom 6.12.2006 (12 U 1394/06); BGH (XI ZR 325/03).

⁴³ Urteil des LG Zwickau vom 6.7.2006 (3 O 257/06).

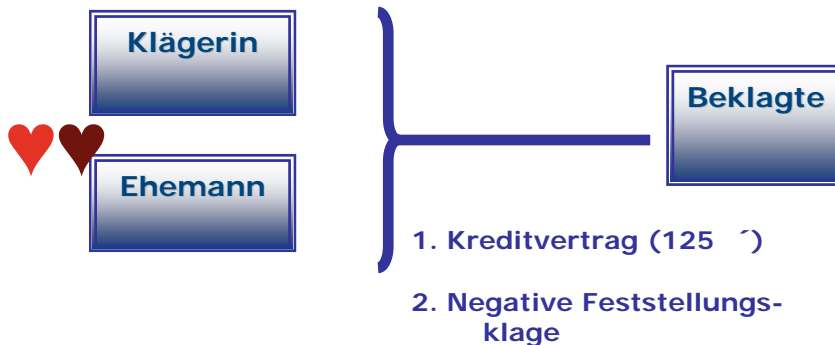
⁴⁴ Urteil des OLG Dresden vom 6.12.2006 (12 U 1394/06).

⁴⁵ BGH (XI ZR 121/02).

rigkeit die Wirksamkeit zu versagen sei, erfordere zudem stets eine Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände.⁴⁶ Vor diesem Hintergrund komme jedenfalls eine „starre“ Bagatellgrenze nicht in Betracht. Maßgebend sei vielmehr das Maß des Missverhältnisses zwischen der finanziellen Leistungsfähigkeit einerseits und der mitübernommenen Darlehensverpflichtung andererseits im konkreten Einzelfall. In einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem die Summe der mitübernommenen Verpflichtungen das Jahresnettoeinkommen des Mithaftenden erheblich übersteigt, erscheine die Annahme, es könne sich um „ganz geringe Bankschulden“ handeln, auf welche die Sittenwidrigkeitsrechtsprechung des BGH nicht anwendbar sei, nicht haltbar.⁴⁷

Die Klage der Kredit gebenden Bank wurde aufgrund des sittenwidrigen Vertrages abgewiesen.

Urteil des OLG Köln⁴⁸



Die Bank und die Klägerin, die Ehefrau des Darlehensnehmers, stritten in diesem Fall um die Wirksamkeit der Verpflichtung der Klägerin aus einem Darlehen. Den Darlehensvertrag über 125.000 DM hatte sie gemeinsam mit ihrem Ehemann unterschrieben. Die Geldsumme diente in Höhe von ca. 65.000 DM der Ablösung eines acht Monate zuvor von der Klägerin und ihrem Ehemann aufgenommenen Darlehens über 70.000 DM. Der darüber hinausgehende Betrag von rund 58.000 DM wurde dem Geschäftsgirokonto des Ehemanns der Klägerin gutgeschrieben, über welches die Klägerin Einzelverfügungsmacht besaß.

Der Nettokreditbetrag des vorherigen Darlehens war ebenfalls dem Girokonto des Ehemannes gutgeschrieben worden. Jedoch erfolgte auch hier eine Umbuchung von diesem Konto auf das Konto der Klägerin, um einen Minussaldo von ca. 29.000 DM auszugleichen.

Nach den von der Rechtsprechung des BGH entwickelten Grundsätzen ist die Qualifizierung der von der Klägerin übernommenen Verpflichtung als Darlehensschuld oder als Mithaftung bzw. Beitrittsschuld davon abhängig, ob die Klägerin als gleichberechtigte Vertragspartnerin neben ihrem Ehemann einen Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta haben und deshalb gleichgründig zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet sein soll, oder ob sie aus dem Darlehensvertrag keine Rechte erwerben, sondern

⁴⁶ BGH (XI ZR 98/92).

⁴⁷ Urteil des OLG Dresden vom 6.12.2006 (12 U 1394/06).

⁴⁸ Urteil OLG Köln vom 14.2.2007 (13 U 135/06).

der Beklagten nur zu Sicherungszwecken in Höhe der noch offenen Darlehensschulden des Ehemanns aus dessen geschäftlicher Tätigkeit haften sollte.⁴⁹

Die Vorinstanz, das LG Bonn, nahm eine echte Mitvertragspartnerschaft der Klägerin an und qualifizierte sie damit als Mitdarlehensnehmerin.⁵⁰

Problematisch waren in dem vorliegenden Fall folgende Punkte:

Zum einen war zwischen den Instanzen streitig, ob und inwiefern mit der Auszahlung des Darlehens ein eigenes sachliches oder wirtschaftliches Interesse der Klägerin verbunden war. Das LG Bonn bezog sich in seiner Urteilsbegründung vor allem auf das mehrere Monate zuvor ausgezahlte Darlehen, für welches die Klägerin eine eigene Darlehensverpflichtung traf. Das streitgegenständliche Darlehen diene zu über 50 % der Ablösung eigener Verbindlichkeiten der Klägerin aus dem alten Darlehensvertrag, womit sich ihre Verpflichtung nach Auffassung des Gerichts durch die Ablösung des vorhergehenden Vertrages fortsetzte.

Zum anderen gab der Umstand, dass die Klägerin Vollmacht über das Geschäftsgirokonto ihres Mannes besaß, auf welches das Darlehen ausgezahlt wurde, Anlass dazu, diese als gleichberechtigte Partnerin bei der Mittelverwendung anzusehen.

Letztlich hatte die Klägerin zum Zeitpunkt der Darlehensaufnahme eine Arbeitnehmerstellung in der Firma ihres Mannes inne. Auch in diesem Umstand sah das LG ein eigenes Interesse an der Darlehensgewährung.

Die Klage wurde vom LG als unbegründet abgewiesen und die Klägerin auf Widerklage der Bank zur Rückzahlung des Darlehens verurteilt.

Das OLG Köln hob dieses Urteil in der Berufung auf. Nach Auffassung des OLG war die Klägerin nicht als Mitdarlehensnehmerin, sondern (zumindest partiell) als Mithaftende zu qualifizieren, da bei dieser kein eigenes wirtschaftliches oder sachliches Interesse an der Gewährung der gesamten Darlehenssumme feststellbar sei.

Der Umstand, dass das Darlehen auf das Konto des Ehemannes ausgezahlt worden sei, über welches die Klägerin Einzelverfügungsmacht besaß, sei für eine Kategorisierung nicht von entscheidender Bedeutung. Es müsse vielmehr berücksichtigt werden, dass der Ehemann der Klägerin alleiniger Inhaber des Kontos war.

Betont wurde zudem, dass sowohl das erste, als auch das zweite Darlehen in einem großen Umfang dazu diene, die geschäftliche Tätigkeit des Mannes zu gewährleisten und dies auch unstrittig der Anlass für das Darlehen gewesen sei.⁵¹ Aus diesem Grund könne nicht angenommen werden, dass sich die Klägerin bei dem ersten und bei dem streitgegenständlichen Darlehen als gleichberechtigte Partnerin ihres Ehemannes im Rahmen der Darlehensgewährung dargestellt habe.⁵² Der Umstand, dass ein Teil des Darlehens zur Tilgung eigener Verbindlichkeiten verwendet wurde, rechtfertige für sich alleine noch nicht die Annahme, dass es sich bei der Klägerin um eine gleichberechtigte Mitdarlehensnehmerin handele.

⁴⁹ Urteil OLG Köln vom 14.2.2007 (13 U 135/06), S.8. Entscheidungsgründe

⁵⁰ Urteil LG Bonn vom 25.7.2006 (3 O 471/05).

⁵¹ Urteil OLG Köln vom 14.2.2007 (13 U 135/06), S.7.

⁵² Urteil OLG Köln vom 14.2.2007 (13 U 135/06), S.8.

Basierend auf diesem Ergebnis stellte das Gericht zudem die Sittenwidrigkeit der von der Klägerin übernommenen, sie finanziell krass überfordernden Mithaftung fest.⁵³ Jedoch führte dies nach Auffassung des Gerichts nicht dazu, dass die Klägerin keinerlei Zahlungsverpflichtungen trafen. Denn nach § 139 BGB bleibe bei Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts der von der Nichtigkeit nicht erfasste Teil bestehen, wenn dies dem hypothetischen Parteiwillen entspreche.⁵⁴

Eine solche Teilnichtigkeit sei auch dann anzunehmen, wenn die Vertragsschließenden anstelle der unwirksamen Regelung, hätten sie die Nichtigkeit von Anfang an gekannt, eine andere, auf das zulässige Maß beschränkte vereinbart hätten und sich der Vertragsinhalt in eindeutig abgrenzbarer Weise in den nichtigen und den von der Nichtigkeit nicht berührten Rest aufteilen lasse.⁵⁵ Da die Kreditaufnahme auch für die Klägerin im Hinblick darauf, dass sie dadurch eigene Verbindlichkeiten tilgen konnte, sinnvoll war, war nach Auffassung des OLG kein Grund für die Annahme ersichtlich, dass sie als rational handelnde Vertragspartnerin auch in dieser Höhe keinen Schuldbeitritt erklärt hätte. Daher sei der sittenwidrige Teil genau bestimmbar und im Sinne von § 139 BGB nichtig.

Eine Mithaftung der Klägerin als echte Darlehensnehmerin kam damit insofern in Betracht, dass mit dem Darlehen ihre eigenen Verbindlichkeiten in Höhe von rund 18.400 Euro zurückgeführt werden sollten und ein eigenes wirtschaftliches Interesse feststellbar war. Aufgrund dessen wurde die Klägerin zur Zahlung der genannten Summe verurteilt.

III. Abgrenzungskriterien bei Darlehensforderungen (Darlehensnehmer/Mithaftender)

Unabhängig davon, welchen Standpunkt man in den dargestellten Fällen vertreten mag, kristallisieren sich durch sie die einzelnen Abgrenzungskriterien bezüglich der Mitdarlehensnehmerschaft von einer Mithaftung gut heraus.

1. Unterschiede

Zunächst sollen jedoch kurz inhaltliche Unterschiede der beiden Rechtspositionen dargestellt werden, welche eine Abgrenzung voneinander erst erforderlich machen.

Divergenzen, bei denen die Abgrenzung ansetzen kann, ergeben sich auf der Haftungsseite bereits bei der Zweckrichtung der gesamtschuldnerischen Verpflichtung. Der Mitdarlehensnehmer haftet im Rahmen des Darlehensvertrages – also aufgrund desselben Rechtsgrundes wie der andere Darlehensnehmer – zum Zwecke der Rückzahlung eines erhaltenen Geldbetrages.⁵⁶ Der Mithaftende hingegen gehört nicht zur Vertragspartei des Darlehensnehmers, sondern es besteht ein davon unabhängiges Rechtsverhältnis zum Gläubiger. In diesem erfüllt er lediglich eine Sicherungsfunktion.

Zudem existieren Unterschiede hinsichtlich der jeweiligen Gegenansprüche. Da der Mitdarlehensnehmer ebenso wie der Darlehensnehmer einen Anspruch gemäß § 488 I S.1 BGB auf Auszahlung der Darlehenssumme hat, ist er als gleichberechtigter Vertragspartner zu qualifizieren. Im Gegensatz dazu hat der Mithaftende keine Ansprüche

⁵³ Zu den Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit bei Angehörigenbürgschaften später.

⁵⁴ Urteil OLG Köln vom 14.2.2007 (13 U 135/06), S.7.

⁵⁵ BGHZ 107, 351, 355 f. (II ZR 227/88); 146, 37, 47 (XI ZR 248/99).

⁵⁶ Madaus, WM 2003, 1705, 1706.

aus dem Darlehensvertrag. Er wird nur einseitig gegenüber dem Darlehensgeber zur Rückzahlung des verliehenen Geldbetrages verpflichtet und soll gerade nicht in das Synallagma des Darlehensvertrages einbezogen werden.⁵⁷

2. Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat vor allem in den vergangenen Jahren⁵⁸ versucht, Abgrenzungskriterien zu entwickeln und darauf basierend diese zu konkretisieren:

Maßgebend für die Abgrenzung zwischen der Verpflichtung als Mitdarlehensnehmer und der Haftung als Mithaftender ist danach die von den Vertragsparteien tatsächlich gewollte Rechtsfolge.⁵⁹ Maßgeblicher Ausgangspunkt jeder Abgrenzung ist also die Frage, welche Rechtsfolgen von den Parteien tatsächlich intendiert war.

Die Privatautonomie schließt in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB die Freiheit der Wahl der Rechtsfolgen und damit des vereinbarten Vertragstyps ein, umfasst allerdings nicht die Freiheit zu dessen beliebiger rechtlicher Qualifikation.⁶⁰ Haben die Parteien die Wahl, ob sie die gewünschte gesamtschuldnerische Mithaftung durch Einbeziehung des Mithaftenden in den Darlehensvertrag oder durch Abschluss eines Schuldbeitritts verwirklichen, so hat die Rechtsordnung die getroffene Wahl zu respektieren.⁶¹

Maßgeblich ist daher der wirkliche Parteiwille bei Abschluss des Darlehensvertrags, der in Streitfällen im Wege der Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist.

Zu den anerkannten Auslegungsgrundsätzen gehören die Maßgeblichkeit des Vertragswortlauts als Ausgangspunkt jeder Auslegung und die Berücksichtigung der Interessenlage der Vertragspartner,⁶² aber auch nachvertragliches Verhalten, soweit dies Rückschlüsse auf den Vertragswillen bei Abschluss des Kreditvertrages zulässt.⁶³

a) Wortlaut

Ausgangspunkt der Auslegung ist bei sprachlich verlautbarten Erklärungen der Wortlaut.⁶⁴ § 133 BGB stellt jedoch klar, dass man bei der Auslegung nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks haften darf, sondern den wirklichen Willen des Erklärenden zu erforschen hat. Selbst ein klarer und eindeutiger Wortlaut bildet somit keine Grenze der Auslegung.⁶⁵

Ist der Wortlaut insofern eindeutig, da der Mithaftende als „Mitantragsteller“ den Darlehensvertrag mitunterzeichnete, so ist zunächst davon auszugehen, dass die Parteien eine echte Mitvertragspartnerschaft des Unterzeichnenden wollten. Es obliegt dann dem Mithaftenden, Tatsachen dafür vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen,

⁵⁷ Madaus, WM 2003, 1705, 1706 f.

⁵⁸ BGH WM 1998, 2366 (XI ZR 244/97); BGHZ 146, 37 (XI ZR 248/99); BGH WM 2002, 223 (XI ZR 56/01).

⁵⁹ BGH (XI ZR 114/03); BGH (XI ZR 325/03).

⁶⁰ BGH, NJW-RR 2004, 924 (XI ZR 114/03).

⁶¹ Madaus, WM 2003, 1705, 1707.

⁶² St. Rspr., BGH (XI ZR 114/03); BGH (XI ZR 325/03).

⁶³ BGH (XI ZR 114/03).

⁶⁴ BGHZ 124, 39, 45 VIII ZR 106/93).

⁶⁵ Dauner-Lieb / Heidel / Ring, § 133, Rnr.30 (2. Auflage, 2005); BGH NJW-RR 2000, 1002, 1003 (VIII ZR 275/98); Larenz / Wolf, BGB AT, § 28, Rnr.39 ff. (9. Auflage, 2004).

dass die Parteien abweichend von diesem Wortlaut übereinstimmend eine andere als die bezeichnete Rechtsfolge wollten.⁶⁶

Existiert in dem Vertrag jedoch eine mehrdeutige Bezeichnung für den Mithaftenden (zum Beispiel als Gesamtschuldner, Mitschuldner oder Zweitschuldner), so ist der Wortlaut allein für weitere Rückschlüsse unergiebig. Sind zudem auch weitere Umstände nicht vorhanden, die Anhaltspunkte auf die gewollte Haftungsart zulassen, so ist im Zweifel vom Vorliegen eines Schuldbeitritts auszugehen, da lediglich der Verpflichtungswille des Mithaftenden, nicht jedoch der für die Annahme einer Mitvertragspartnerschaft notwendige Verpflichtungswille des Darlehensgebers hinsichtlich der Gegenleistung erkennbar ist.⁶⁷

Letztlich muss zudem beachtet werden, dass dem Wortlaut angesichts der Stärke der Verhandlungsposition der Kredit gebenden Bank und der Verwendung von Vertragsformularen grundsätzlich weniger Bedeutung beizumessen ist als sonst.⁶⁸

b) Eigenes Interesse an der Kreditaufnahme

Ein weiteres Indiz hinsichtlich der Feststellung, welche Funktion der Sicherungsgeber innehat, kann sein eigenes Interesse an der Aufnahme des Darlehens sein.

Besteht ein eigenes – sachliches und / oder persönliches – Interesse des Dritten an der Kreditaufnahme und darf er darüber hinaus als im Wesentlichen gleichberechtigter Partner über die Auszahlung der Darlehensvaluta mitentscheiden, so ist er nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des BGH als echter Mitdarlehensnehmer zu qualifizieren.⁶⁹

Ob die Voraussetzungen für eine Mitdarlehensnehmerschaft im konkreten Einzelfall erfüllt sind, beurteilt sich ausschließlich nach den für die finanzierende Bank erkennbaren Verhältnissen auf Seiten der Mitdarlehensnehmer.⁷⁰ Die Kredit gebende Bank hat es daher nicht in der Hand, etwa durch eine im Darlehensvertrag gewählte Formulierung wie zum Beispiel „Mitdarlehensnehmer“, „Mitantragsteller“, „Mitschuldner“ oder dergleichen einen bloß Mithaftenden zu einem gleichberechtigten Mitdarlehensnehmer zu machen und dadurch den Nichtigkeitsfolgen des § 138 I BGB zu entgehen.⁷¹

c) Darlehenszweck

Zu fragen ist zudem nach dem Zweck, welchen das Darlehen erfüllen soll, also zur Tilgung von wessen Schuld es primär eingesetzt werden soll.

Der Haftungszweck beim Mitdarlehensnehmer, die Rückzahlung einer erhaltenen bzw. aus eigener Verfügungsgewalt an Dritte weitergegebene Darlehenssumme, kann nur dann angenommen werden, wenn der Mithaftende durch die Darlehensaufnahme einen eigenen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil dadurch erhält, dass durch das Darlehen eigene Verbindlichkeiten getilgt oder vorfinanziert werden.⁷² Ist ein solcher Vor-

⁶⁶ Madaus, WM 2003, 1705, 1707.

⁶⁷ Madaus, WM 2003, 1705, 1707 f.

⁶⁸ BGH (XI ZR 325/03).

⁶⁹ BGHZ 146, 37, 41 (XI ZR 248/99); BGH NJW 2002, 744 (XI ZR 56/01); BGH NJW 2002, 2705 (XI ZR 205/01); BGH NJW-RR 2004, 924 (XI ZR 114/03).

⁷⁰ BGH = WM 2002, 223, 224 (XI ZR 56/01).

⁷¹ BGH = WM 2002, 223, 224 (XI ZR 56/01), BGH = WM 2002, 1649, 1650 (XI ZR 205/01).

⁷² Madaus, WM 2003, 1705, 1708.

teil nicht ersichtlich, so ist bei einer lebensnahen und interessengerechten Betrachtung davon auszugehen, dass der Mithaftende nicht Teil des vertraglichen Synallagmas werden sollte bzw. wollte.

IV. Sittenwidrige Bürgschaften bei Nahbereichspersonen

Scheidet eine Mitdarlehensnehmerschaft nach den genannten Abgrenzungskriterien aus und war von den Parteien übereinstimmend die Personalsicherheit der Mithaftung bzw. der Bürgschaft gewollt, so können sich in der Praxis regelmäßig weitere Probleme stellen.

Aufgrund des Umstandes, dass es sich bei dem Grundverhältnis zwischen Mithaftendem bzw. Bürgen⁷³ und Hauptschuldner meist um einen – unentgeltlichen – Auftrag handelt, ergibt sich der Anlass zur Übernahme einer Bürgschaft häufig aus einer besonderen Nähe des Bürgen zum Hauptschuldner. Verlangt der Kreditgeber zur Sicherung des Darlehens einen Bürgen, so werden zur Kreditsicherung vielfach nahe Angehörige herangezogen. Der Anteil der Kredite, bei denen Angehörige, insbesondere Ehegatten, einbezogen werden, liegt bei ca. 30 bis 40 %, bei einzelnen Banken und bei bestimmten Krediten, etwa Förderprogrammen zur Gründung selbständiger Existenzen, auch deutlich höher.⁷⁴

Jedoch können aus diesem Näheverhältnis Probleme hinsichtlich der Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrages resultieren. Dieser kann unter Umständen wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 I BGB nichtig sein.

1. Nahbereichspersonen

Zu nennen sind im Zusammenhang mit dem Näheverhältnis vor allem Bürgschaften von sog. Nahbereichspersonen. Zu diesen zählen primär Verwandte, wie zum Beispiel Ehegatten, Kinder oder Eltern. Zum Personenkreis zugehörig ist aber auch der Lebensgefährte oder der Verlobte des Schuldners.

Schwieriger gestaltet sich die Zugehörigkeit von Geschwistern zu dem genannten Personenkreis. Diese sollen nur dann als Nahbereichspersonen zu qualifizieren sein, wenn im Einzelfall zwischen ihnen eine vergleichbar enge persönliche Beziehung im Zeitpunkt der Verpflichtung bestanden hat.⁷⁵ Grund für diese Differenzierung ist, dass eine solche enge persönliche Beziehung nicht ohne weiteres anzunehmen sein kann. Haben die Geschwister sich eigene, voneinander unabhängige Lebensbereiche geschaffen und wohnen infolgedessen räumlich getrennt voneinander, lockern sich der persönliche Kontakt und die innere Verbundenheit nicht selten erheblich.⁷⁶ Von einer Verbundenheit wie unter Lebenspartnern oder zwischen Eltern und gerade erwachsen gewordenen Kindern kann dann häufig keine Rede sein, und es fällt wesentlich leichter, sich emotionsfrei für oder gegen die Übernahme einer Bürgschaft zu entscheiden.⁷⁷ Daher

⁷³ Im Folgenden nur „Bürge“ / „Bürgschaft“ genannt.

⁷⁴ In: Scholz, DRiZ 2003, 27.

⁷⁵ BGHZ 137, 329 (IX ZR 271/96); Prütting / Wegen / Weinreich, § 765, Rnr.31; Schimansky / Bunte / Lwowsky, Bankrechtshandbuch, § 91, Rnr.56; Palandt, § 765, Rnr.38; Fellner, MDR 2005, 368, 369. Kritisch zu einer solchen Ausdehnung: Gernhuber, JZ 1995, 1086, 1093; Müller, DZWir 1998, 447.

⁷⁶ BGHZ 137, 329, 334 f. (IX ZR 271/96).

⁷⁷ BGHZ 137, 329, 335 (IX ZR 271/96).

besteht auch keine Vermutung, wie in den anderen Fällen, sondern der Bürge muss nachvollziehbar darstellen, dass er sich bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages in einer vergleichbaren Zwangslage befunden hat.⁷⁸

2. Verstoß gegen die guten Sitten, § 138 I BGB

Ob die Bürgschaft sittenwidrig ist, hängt entscheidend vom Grad des Mißverhältnisses zwischen dem Verpflichtungsumfang und der finanziellen Leistungsfähigkeit des Bürgen ab⁷⁹. Dabei soll die mangelnde Leistungsfähigkeit jedenfalls nicht grundsätzlich die Sittenwidrigkeit indizieren, so in dem Fall, wenn ein Mönch sein Armutsgelübde abgelegt hat⁸⁰.

Ausgangspunkt ist allerdings die Erwägung, dass die krasse finanzielle Überforderung eines Bürgen als solche die Bürgschaft nicht als sittenwidrig erscheinen lässt.⁸¹ Andernfalls wäre in Konsequenz jeder Bürgschaftsvertrag, bei welchem ein wirtschaftlich schwacher Bürge einem Kreditinstitut gegenübersteht, unwirksam. Denn im Regelfall ist die Kredit gebende Bank dem Bürgen wirtschaftlich weit überlegen.⁸²

Es müssen folglich weitere, der Bank bekannte Umstände hinzukommen, durch die seine Entschließungsfreiheit unzulässig beeinträchtigt worden ist.⁸³

Nach Auffassung der Rechtsprechung ist eine krasse finanzielle Überforderung des dem Hauptschuldner emotional nahestehenden Bürgen dann gegeben, wenn er innerhalb der vertraglich festgelegten Kreditlaufzeit voraussichtlich nicht einmal die von den Darlehensvertragsparteien festgelegte Zinslast aus dem unter Berücksichtigung von Unterhaltungspflichten pfändbaren Teil seines Einkommens oder Vermögens bei Eintritt des Sicherungsfalles dauerhaft tragen kann.⁸⁴

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so spricht nach Auffassung des BGH eine tatsächliche (widerlegbare) Vermutung dafür, dass sich der verbürgende Ehegatte oder nahe Angehörige nicht von seinen Interessen und von einer vernünftigen wirtschaftlichen Risikoeinschätzungen hat leiten lassen, sondern dass die Bank die emotionale Beziehung zwischen Hauptschuldner und Bürgen in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.⁸⁵ Es ist dann Sache des Gläubigers, diese Vermutung zu widerlegen. Allein das Interesse der Bank, sich vor Vermögensverschiebungen in der Sphäre vor Nahbereichspersonen zu schützen, legitimiert derartige Bürgschaften nicht.⁸⁶

⁷⁸ Fellner, MDR 2005, 368, 369.

⁷⁹ BGHZ 151, 34, 36 f. (XI ZR 50/01); BGH ZIP 2003, 796, 797 (XI ZR 214/01).

⁸⁰ BGH NJW-RR 2002, 1130 ff. (IX ZR 153/00)

⁸¹ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 91, Rnr.52.

⁸² Vahle, DVP 2004, 1, 3.

⁸³ Siehe hierzu BGH NJW 2001, 815, 816 (XI ZR 248/99).

⁸⁴ BGHZ 135, 66, 70 (XI ZR 50/96); BGHZ 146, 37, 42 (XI ZR 248/99); BGHZ 151, 34, 37 (XI ZR 50/01); BGH NJW 2000, 1182, 1183 (IX ZR 198/98); BGH NJW 2002, 2228, 2229 (XI ZR 50/01); BGH NJW 2002, 2230, 2231 (XI ZR 81/01); BGH NJW 2002, 2634 (XI ZR 199/01); BGH NJW 2002, 2705, 2706 (XI ZR 205/01); BGH NJW 2005, 971, 972 (XI ZR 28/04); BGH NJW 2005, 973, 975 (XI ZR 325/03).

⁸⁵ BGH NJW 2005, 973, 976, bestätigt durch BGH (XI ZR 330/05) Rn. 13.

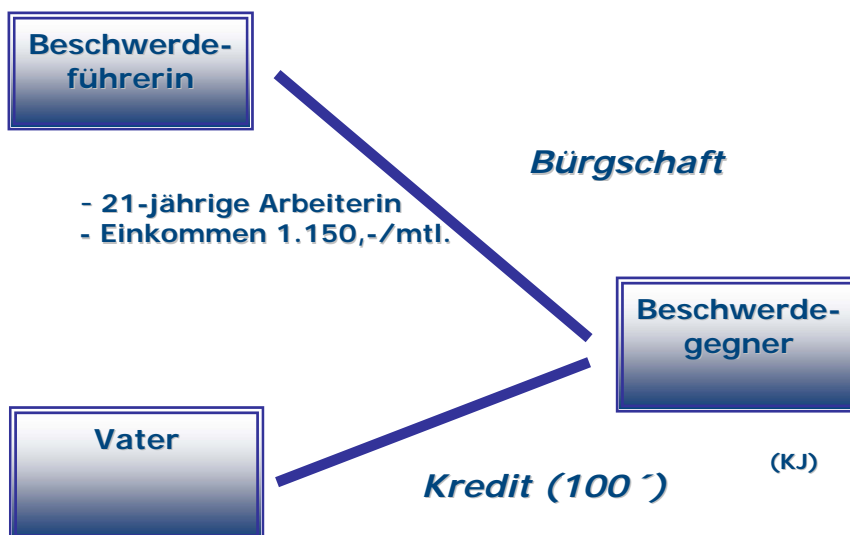
⁸⁶ BGH (XI 330/05) Rn. 13 a.E.n.w.N.

3. Entwicklungslinien

Die genannten Kriterien wurden jedoch erst in den vergangenen Jahren entwickelt. Bis 1993 wurde eine krasse finanzielle Überforderung eines emotional involvierten Bürgen noch als unerheblich beurteilt. Nach Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung konnte sich jeder Schuldner, sofern er volljährig war, so hoch verschulden, wie er wollte.⁸⁷ Bis zu diesem Zeitpunkt galt uneingeschränkt der Grundsatz der Privatautonomie: Wenn sich der Bürge zu einer Leistung verpflichtete, die ihn finanziell überforderte, so war er hierfür selbst verantwortlich und bedurfte zunächst keines Schutzes durch die Rechtsordnung.

Bürgschaftsverträge wurden folglich auch dann nicht als sittenwidrig befunden, wenn der Bürge die Leistung auf der Grundlage seiner finanziellen Verhältnisse niemals erbringen konnte.⁸⁸ Die Vertragsfreiheit endete erst, wenn die Erbringung der geschuldeten Leistung objektiv unmöglich geworden war.⁸⁹

Eine Kehrtwende bezüglich dieser Rechtsprechung wurde erst durch den sog. „Bürgschaftsbeschluss“⁹⁰ des Bundesverfassungsgerichts am 19.10.1993 eingeleitet.



Das Verfassungsgericht stellte im Rahmen dieses Beschlusses die Sittenwidrigkeit einer selbstschuldnerischen Bürgschaft fest. Die Beschwerdeführerin, eine 21-jährige Arbeiterin, hatte sich bei einem monatlichen Einkommen von 1150 DM für einen Kontokorrentkredit ihres Vaters in Höhe von rund 100.000 DM verbürgt.

Zwar wurde auch innerhalb dieser Entscheidung betont, dass nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG die Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen ein Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit sei und Art.2 I GG

⁸⁷ BGH NJW 1988, 2599 (IX ZR 245/86); BGH NJW 1989, 1665 (III ZR 37/88); BGHZ 106, 269 (IX ZR 124/88); BGHZ 107, 92 (IX ZR 130/88); BGH NJW 1989, 1605 (IX ZR 171/88).

⁸⁸ Schnabl, WM 2006, 706.

⁸⁹ BGHZ 106, 269, 272 (IX ZR 124/88).

⁹⁰ BVerfGE 89, 214 f. (1 BvR 567/89), nachfolgend BGH 24.02.1994 (IX ZR 227/93); bekräftigt durch BVerfGE WM 2006, 23, 26 (1 BVR 1905/02) und die Folgeentscheidung BGH (XI ZR 330/05) für Unwirksamkeit von zivilgerichtlichen Urteilen, die zu Gunsten von Banken ergangen sind, aus der Zeit vor dem `Bürgschaftsbeschluss` des BVerfG.

die Privatautonomie als „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“ gewährleistet.⁹¹

Jedoch sei die Privatautonomie begrenzt und bedürfe der rechtlichen Ausgestaltung. Allerdings könne die Rechtsordnung nicht für alle Situationen Vorsorge treffen, in denen das Verhandlungsgleichgewicht mehr oder weniger beeinträchtigt ist. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit dürfe ein Vertrag nicht bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts nachträglich in Frage gestellt oder korrigiert werden. Handele es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lasse, und seien die Folgen des Vertrags für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so müsse die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen. Dies folge aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art.2 I GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art.20 I, 28 I GG).⁹²

Zum Zwecke der Inhaltskontrolle von Bürgschaftsverträgen wurden vom Bundesverfassungsgericht Kriterien entwickelt, welche sich aber in der Anwendung durch die Instanzgerichte als unpraktikabel erwiesen. Dazu gehörten unter anderem das eigene wirtschaftliche Interesse des Bürgen, das Verhalten der Bank im Zusammenhang mit der Beratung, ein geringes Lebensalter und die Berufsausbildung des Bürgen.

Der BGH führte in der Folgezeit keine Inhaltskontrolle durch, sondern wandte § 138 I BGB an, woraus sich die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften mit Nahbereichspersonen entwickelte. Problematisch war zum damaligen Zeitpunkt, dass für Angelegenheiten, welche die Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen betraf, die Zuständigkeit zwischen zwei Senaten aufgeteilt war: Während sich der IX. Senat mit Bürgschaftsangelegenheiten befasste, war der XI. Senat für Schuldbeitrittsangelegenheiten und das Bankrecht zuständig. Von beiden Senaten wurden zum Teil unterschiedliche Kriterien für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen aufgestellt.

Die damit verbundene Rechtsunsicherheit wurde jedoch aufgelöst, als am 1.1. 2001 die Zuständigkeiten der BGH-Senate im Geschäftsverteilungsplan neu festgelegt wurden. Folge dessen war, dass der Bereich der Bürgschaftsangelegenheiten nunmehr dem XI. Senat zufällt.

Seit diesem Zeitpunkt sind mehrere Urteile zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen mit Nahbereichspersonen ergangen, in welchen die unter IV.2. genannten Kriterien Anwendung fanden.

Kritik am Bürgschaftsbeschluss

Am Bürgschaftsbeschluss des BVerfG wurde von mehreren Seiten Kritik geübt.

Zum einen wurde gerügt, dass sich das BVerfG in unzulässiger Weise in die Zivilgerichtsbarkeit einmische und damit sozusagen die Funktion einer (gerade nicht gewollten) Superrevisionsinstanz übernehme. Es wurde auf Bedenken hingewiesen, dass durch das Urteil die Grenzen zwischen Ordentlicher Gerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit zu verwischen drohen.⁹³

⁹¹ BVerfGE 89, 214 ff. (1 BvR 567/89).

⁹² BVerfGE 89, 214, 232 (1 BvR 567/89).

⁹³ Staudinger / Horn, § 765, Rnr.165 (15. Auflage, 2006); Horn, WM 1997, 1081.

Zudem wurden Sorgen hinsichtlich der Privatautonomie insofern geäußert, dass die richterliche Inhaltskontrolle von Bürgschaftsverträgen nach § 138 I BGB diese bei der Gestaltung von Verträgen bedrohe.⁹⁴ Im Prinzip sei mit der Entscheidung jeder Vertrag nichtig oder teilnichtig (und daher anzupassen), wenn er eine Partei ungewöhnlich stark belaste und dies das Ergebnis einer strukturell ungleichen Verhandlungsstärke sei.⁹⁵ Dies laufe auf eine allgemeine Inhaltskontrolle nach §§ 138, 242 BGB hinaus, die allerdings aus Gründen der Rechtssicherheit und Privatautonomie auf krasse Fälle beschränkt bleiben müsse.⁹⁶

Zwar wurde teilweise zugunsten der Entscheidung eingewandt, dass eine Anwendung von § 138 I BGB das größte an unzumutbaren Belastungen verhindern könne. Jedoch bestünde mit Anwendung der Vorschrift letztlich die Gefahr einer partiellen Entrechtung mündiger Bürger, einem Verlust an Kreditwürdigkeit und der Nichtrealisierung auch wirtschaftlich sinnvoller Projekte.⁹⁷

V. Problem der Restschuldbefreiung

Das Inkrafttreten der InsO am 1.1.1999 hat die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften bei Nahbereichspersonen zunehmend in Frage gestellt und zu kontroversen Diskussionen in Literatur und Rechtsprechung geführt. Von einem Teil des Schrifttums wird seitdem die Möglichkeit der Restschuldbefreiung gemäß §§ 286 ff. InsO favorisiert.

Durch die Einführung der §§ 286 ff InsO existiert für den Schuldner nun nach Durchführung des Insolvenzverfahrens und Ablauf einer Wohlverhaltensphase von sechs Jahren die Möglichkeit, auf Antrag eine Restschuldbefreiung zu erlangen, die seine verbliebenen Verbindlichkeiten in nicht mehr erzwingbare Naturalobligationen verwandelt (§ 301 III InsO). Während dieser Phase hat der Schuldner u.a. jede zumutbare Arbeit anzunehmen und die pfändbaren Bezüge daraus einem Treuhänder abzutreten (§§ 287 II S.1, 295 InsO). Erfüllt der Schuldner die in §§ 286 ff. InsO genannten Voraussetzungen, so kann er von seinen Verbindlichkeiten befreit werden.

Problematisch gestaltet sich in diesem Zusammenhang jedoch zum einen, ob die Restschuldbefreiung eine vorzugeswürdige Alternative zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften ist. Zum anderen stellt sich die Frage, ob eine solche Vergleichbarkeit bzw. Austauschbarkeit überhaupt möglich ist.

1. Darstellung des aktuellen Meinungsstandes

a) Teil der Literatur

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass durch die Einführung der Möglichkeit der Restschuldbefreiung die bisherigen Kriterien der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften überflüssig geworden seien.⁹⁸

⁹⁴ Adomeit, NJW 1994, 2467; Wiedemann, JZ 1994, 411; Zöllner, AcP 1996, 1.

⁹⁵ Honsell, NJW 1994, 565, 566.

⁹⁶ Honsell, NJW 1994, 565, 566.

⁹⁷ Probst, JR 2004, 376, 377.

⁹⁸ Odersky, ZGR 1998, 169, 184; Medicus, JuS 1999, 833, 835; Aden, NJW 1999, 3763, 3764; Canaris, AcP 2000, 273, 298, Fußn. 78; Rellermeyer, WuB I F 1c 1.03; Kapitzka, NZI 2004, 14, 16; Unger, BKR 2005, 432, 434; Schnabl, WM 2006, 706, 710 ff.; Nobbe / Kirchhof, BKR 2001, 5, 8; Döbereiner, KTS 1998, 31, 59 f.; Müller, KTS 2000, 57, 61.

Der Gesetzgeber habe bei der Einführung der §§ 286 ff. InsO gerade auch die Fälle der Angehörigenbürgschaften regeln wollen.⁹⁹ Dies zeige ein Blick auf die BT-Drucksache 11/484:

„Im Übrigen sollte das Problem der lebenslangen hoffnungslosen Verschuldung im Vollstreckungs- und Insolvenzrecht gelöst werden. Insoweit kommt insbesondere der von der Bundesregierung im Rahmen der Reform des Insolvenzrechts vorgeschlagenen Restschuldbefreiung besondere Bedeutung zu.“¹⁰⁰

Ein Vorrang des insolvenzrechtlichen Verfahrens entspreche folglich eindeutig dem Willen der früheren Bundesregierung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens.

Ein wesentlicher Gesichtspunkt sei zudem, dass die vormals bestehende lebenslange Haftung des Bürgen und dessen wirtschaftliche Perspektivlosigkeit nach dessen Inhaftungnahme durch die Einführung der §§ 286 ff. InsO nun nicht mehr bestehe. Dadurch, dass sich früher jemand verpflichtete, auf unabsehbare Zeit mit seinem gesamten Vermögen sowie jeglichen oberhalb der Pfändungsfreigrenzen des § 850 c ZPO liegenden Einkommen zu haften, habe er sich praktisch der Möglichkeit entäußert, eine eigene wirtschaftliche Existenz aufzubauen und damit auch seiner Privatautonomie (Art.2 I GG).¹⁰¹ Gerade diese für den Bürgen bestehende wirtschaftliche „Sackgasse“ sei durch die neue Möglichkeit in der InsO weggefallen. Der „Topos der ausweglosen Verschuldung“ habe somit durch die Einführung der Restschuldbefreiung seine Typizität verloren.¹⁰² Eine mögliche Verschuldung sei damit eben nicht mehr charakteristischerweise lebenslang und ausweglos, womit ein tragendes Merkmal der Sittenwidrigkeit entfallen sei.

Das Kriterium der Sittenwidrigkeit sei daher in seiner Funktion für die vorliegende Problematik überflüssig geworden. Die Aufgabe, dem Bürgen eine neue wirtschaftliche Perspektive zu eröffnen, erfülle nunmehr das Restschuldbefreiungsverfahren.¹⁰³

Zudem stelle § 138 I BGB lediglich ein Notrecht dar, das nur im Ausnahmefall zur Anwendung kommen sollte.¹⁰⁴ Daher müsse die gesetzlich vorgesehene Lösung des Problems vorgehen.¹⁰⁵ Anderenfalls verschiebe man ohne Zwang das Verhältnis zwischen materiellem Recht und Vollstreckungsrecht.

Des Weiteren sei es im Regelfall angemessener, einem Bürgen, der sich eigenverantwortlich verpflichtet habe, nicht eine Totalentlastung über § 138 I BGB zu gewähren, sondern lediglich die Möglichkeit einer Abtragung seiner Schulden durch eigene Leistung im Wege des Restschuldbefreiungsverfahrens zu gewähren.¹⁰⁶

⁹⁹ Aden, NJW 1999, 3763.

¹⁰⁰ BT-Drs. 11/7484, S.5 f.

¹⁰¹ BVerfGE 89, 214, 230 ff. (1 BvR 567/89).

¹⁰² Zöllner, WM 2000, 1, 5.

¹⁰³ Kapitzka, ZGS 2005, 133, 135.

¹⁰⁴ Schnabl, WM 2006, 706, 710; Unger, BKR 2005, 432, 435; Döbereiner, KTS 1998, 31, 59 f.; Kapitzka, NZI 2004, 14, 16.

¹⁰⁵ Aden, NJW 1999, 3763, 3764; Kapitzka, ZGS 2005, 133, 135.

¹⁰⁶ Kapitzka, NZI 2004, 14, 15; Müller, KTS 2000, 57, 61, 69.

Letztlich wird auf die neuere Rechtsprechung des BGH verwiesen. Das Verhalten des XI. Senats bezüglich des Restschuldbefreiungsverfahrens wird dahingehend gedeutet, dass dieser es grundsätzlich für vorzugswürdig erachte und nur aufgrund des konkreten Falles noch nicht zu dieser Problematik Stellung bezogen habe. Eine Nichtanwendung des § 138 I BGB wurde seitens des XI. Senats lediglich mit dem Hinweis abgelehnt, dass die Mithaftung vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung begründet worden sei.¹⁰⁷

b) Literatur und Rechtsprechung

(1) Literatur

In anderen Teilen der Literatur findet sich die Auffassung, dass eine Lösung der vorliegenden Problematik durch das Restschuldbefreiungsverfahren nicht das passende Instrumentarium sei.¹⁰⁸

Die wichtigste Einwendung ergebe sich dabei aus dem Charakter der Restschuldbefreiung als Norm des Sozialschutzes.¹⁰⁹ Als Begründung wird angeführt, dass die Restschuldbefreiung und die Sanktion des § 138 I BGB strukturell andere Ziele verfolgten: Auf der einen Seite solle ein Vertragsschluss für unwirksam erklärt werden, bei welchem der eine Vertragspartner nicht die tatsächliche Entschließungsfreiheit hatte, abzulehnen. Auf der anderen Seite werde dem im Sinne der InsO „redlichen“ Schuldner ein wirtschaftlicher Neuanfang aus einer Verschuldung ermöglicht, welche auf wirksamen, von der Zivilrechtsordnung gebilligten Schuldrechtsverhältnissen beruhe.¹¹⁰

Somit spreche ein sich aus der dogmatischen Verortung der Fälle zum Anwendungsbe-
reich zu § 138 I BGB ergebendes Argument gegen eine vorzugswürdige Anwendung der
Restschuldbefreiung. Die Sanktion des § 138 beinhalte nämlich auch den Vorwurf an
den Vertragspartner, den objektiven Sittenverstoß zumindest billigend in Kauf genom-
men zu haben.¹¹¹ Dieser „Schuldvorwurf“ entfalle nicht dadurch, dass die Folgen des
rechtlich missbilligten Verhaltens durch nachträgliche, vollstreckungsrechtliche Verfah-
ren möglicherweise gemildert werden können.¹¹²

Zudem könne nach den Vertretern dieser Auffassung auch ein weiteres Argument der
Gegenansicht entkräftet werden.

Gegen das gesetzeshistorische Argument der erstgenannten Auffassung, nach welcher
der Gesetzgeber mit den §§ 286 ff. InsO die Ersetzung der Sittenwidrigkeitsrechtspre-
chung im Auge gehabt habe, wird eingewandt, dass es weitgehend leer laufe. Nach
den Gesetzesmaterialien war die Einführung der Restschuldbefreiung in §§ 286 ff. InsO
dem Gesetzgeber „ein zugleich soziales und freiheitliches Anliegen“, um dem redlichen
Schuldner nach der Durchführung eines Insolvenzverfahrens einen wirtschaftlichen
Neuanfang zu ermöglichen.¹¹³ Dass er damit auch die Fälle der Angehörigenbürgschaft
habe regeln wollen, lasse sich den Materialien nicht entnehmen.

¹⁰⁷ BGH, ZIP 2002, 210 (XI ZR 5/01).

¹⁰⁸ Riehm, JuS 2000, 241, 243; Krüger, MDR 2002, 855, 857; Paefgen, ZfIR 2003, 313, 317;
Wagner, NJW 2005, 2856, 2957 ff.; Tiedtke, NJW 2005, 2498.

¹⁰⁹ Krüger, MDR 2002, 855, 857.

¹¹⁰ Krüger, MDR 2002, 855, 857.

¹¹¹ Krüger, MDR 2002, 855, 857.

¹¹² Krüger, MDR 2002, 855, 857.

¹¹³ Wagner, NJW 2005, 2956, 2957.

Die Begründung des Regierungsentwurfs stelle lediglich klar, dass die mithaftende Ehefrau eines insolventen Unternehmers eine Restschuldbefreiung nur in einem eigenen, vom Insolvenzverfahren ihres Mannes gesonderten Verfahren erlangen könne, ebenso wie der persönlich haftende Gesellschafter eines eigenen, vom Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen getrennten Verfahrens bedürfe.¹¹⁴

(2) Rechtsprechung

Auffassung des BGH

Bisher hat der BGH zu dem Verhältnis der Sittenwidrigkeitsrechtsprechung zur Restschuldbefreiung noch nicht Stellung genommen. Er hat sich bezüglich einer im Jahr 1997 vertraglich übernommenen Bürgschaft darauf beschränkt, festzustellen, dass für diesen (!) Bürgschaftsvertrag die am 1.1.1999 in Kraft getretene Insolvenzordnung keine Bedeutung haben könne, da für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend sei.

Jedoch haben sich mehrere Oberlandesgerichte¹¹⁵ in den letzten Jahren mit der genannten Problematik beschäftigt. Es wird diesbezüglich ein einheitlicher Standpunkt vertreten¹¹⁶:

Urteil des OLG Frankfurt¹¹⁷

Erstmals hat sich das OLG Frankfurt im Jahr 2004 mit der Frage des Entfallens des Sittenwidrigkeitsvorwurfs durch die Möglichkeit der Restschuldbefreiung auseinandergesetzt.

Die Klägerin nahm in diesem Fall die Beklagte auf Zahlung aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft in Anspruch. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin hatte dem Ehemann der Beklagten ein Darlehen über 250.000 DM gewährt. Als Verwendungszweck des Darlehens war der Kauf von Geschäftsanteilen einer GmbH ausgewiesen. Gesellschafter und Geschäftsführer dieser Firma war der Ehemann der Beklagten. Neben der Sicherheitsleistung einer Grundschuldbestellung hatte sich die Beklagte selbstschuldnerisch bis zu einem Betrag in Höhe von 100.000 DM verbürgt.

Als der Ehemann der Beklagten mit der Rückzahlung der Darlehensvaluta in Verzug geriet, kündigte die Klägerin sowohl das Darlehen als auch das bei ihr geführte Kontokorrentverhältnis. Da eine Zahlung seitens des Ehemannes auch weiterhin nicht erfolgte, wurde die Beklagte von der Klägerin auf Zahlung aus dem Bürgschaftsversprechen in Anspruch genommen.

Nach Auffassung des Senats habe die Klage keinen Erfolg, weil die von der Beklagten übernommene Bürgschaft gemäß § 138 I BGB sittenwidrig sei.¹¹⁸

Jedoch gab der Senat zu bedenken, dass sich nach seiner Auffassung im Hinblick auf das In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung die Frage nach der rechtlichen Bewertung

¹¹⁴ Wagner, NJW 2005, 2956, 2958.

¹¹⁵ OLG Celle, NJW-RR 2006, 131, 132 f. (3 W 119/05) und Urteil vom 12.9.2007 (3 U 85/07); OLG Dresden, (8 U 1380/05) vom 19.7.2006; OLG Düsseldorf, FamRZ 2007, 818 (I 16 W 57/06); LG Mönchengladbach, NJW 2006, 67, 69 (10 O 333/04).

¹¹⁶ Die Darstellung erfolgt in historischer Reihenfolge.

¹¹⁷ Urteil des OLG Frankfurt vom 24.3.2004, NJW 2004, 2392, 2393 (23 U 65/03).

¹¹⁸ Nach den Grundsätzen über Sittenwidrigkeit bei Angehörigenbürgschaften.

von den Bürgen krass überfordernden Bürgschaften neu stelle.¹¹⁹ Die Rechtsprechung des BGH zum Bürgschaftsrecht beruhe unter anderem darauf, dass der Bürge vor einer lebenslangen Überschuldung geschützt werden solle. Der im neuen Insolvenzrecht verankerte Gedanke der Restschuldbefreiung führe aber gerade dazu, dass der Eintritt einer lebenslangen Überschuldung vermieden werden könne.

Jedoch sei es nach Auffassung des Senats nicht möglich, die Sittenwidrigkeitsrechtsprechung durch die Möglichkeit des Restschuldbefreiungsverfahrens abzulösen.

In der Urteilsbegründung wird darauf hingewiesen, dass es sich um zwei wesensverschiedene und damit nicht vergleichbare Fälle handle. Die Argumente für beide Instrumentarien lägen auf verschiedenen Ebenen: Die Sittenwidrigkeit betreffe den Vertragsschluss. Die Restschuldbefreiung mit der sie beinhaltenden Abtretung der pfändbaren Bezüge aus einem Dienstverhältnis auf die Dauer von sechs Jahren könne dagegen nicht die Sittenwidrigkeit selbst beeinflussen, sondern stelle einen umständlichen, lang andauernden Weg dar, um sich ohne oder mit geringem finanziellen Aufwand weit höherer Verpflichtungen entledigen zu können.¹²⁰ Man könne auch sagen, dass die Restschuldbefreiung dem redlichen Schuldner einen wirtschaftlichen Neuanfang aus einer Verschuldung aufgrund wirksamer Schuldrechtsverpflichtungen ermöglichen soll, während es auf der anderen Seite im Grunde um eine Begrenzung der Vertragsfreiheit gehe.¹²¹

Von Bedeutung sei zudem, dass auch die Pfändungsfreigrenzen der ZPO dem Schuldner das wirtschaftliche Überleben sichern, ohne dass die Rechtsprechung daraus die Schlussfolgerung gezogen hätte, dass deswegen die Bürgschaften nicht als sittenwidrig anzusehen seien.¹²²

Aufgrund dieser Umstände sei es nach Auffassung des erkennenden Senats gerechtfertigt, an der Rechtsprechung zur krassen finanziellen Überforderung festzuhalten.

Urteil des LG Mönchengladbach¹²³

Bevor sich weitere Oberlandesgerichte mit dem Verhältnis von Sittenwidrigkeit und Restschuldbefreiung befassen, nahm das Landgericht Mönchengladbach zu diesem Punkt Stellung und schloss sich der Auffassung des OLG Frankfurt an.

Das streitgegenständliche Darlehen war in dem vorliegenden Fall an den hauptschuldnerischen Lebensgefährten der 19-jährigen Beklagten ausgezahlt worden. Der Kredit wurde zur Finanzierung eines Motorrads verwendet. Die zum damaligen Zeitpunkt mit dem Hauptschuldner in einer Beziehung lebende Beklagte hatte sich für die Darlehenssumme verbürgt. Beide lebten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Hause der Eltern der Beklagten. Diese verfügte über kein pfändbares Einkommen, aus welchem auch nur die laufenden Zinsen hätten getragen werden können. Als der Kredit schließlich Not leidend wurde, kündigte die Kredit gebende Klägerin das Darlehen und verlangte von der Beklagten die rückständige Darlehensschuld nebst Zinsen.

¹¹⁹ Urteil des OLG Frankfurt vom 24.3.2004, NJW 2004, 2392, 2393 (23 U 65/03).

¹²⁰ Urteil des OLG Frankfurt vom 24.3.2004, NJW 2004, 2392, 2393 (23 U 65/03).

¹²¹ Urteil des OLG Frankfurt vom 24.3.2004, NJW 2004, 2392, 2393 f. (23 U 65/03).

¹²² Urteil des OLG Frankfurt vom 24.3.2004, NJW 2004, 2392, 2394 (23 U 65/03); Krüger, MDR 2002, 855.

¹²³ Urteil des LG Mönchengladbach vom 12.5.2005, NJW 2006, 67 ff. (10 O 333/04).

Das Landgericht gelangte zu der Überzeugung, dass der Bürgschaftsvertrag wegen krasser finanzieller Überforderung der Beklagten sittenwidrig und damit nichtig sei.¹²⁴ Die Klägerin habe damit keinen Anspruch gegenüber der Beklagten.

Die Möglichkeit einer Auswechselung der Sittenwidrigkeitsrechtsprechung durch die eingeführte Möglichkeit der Restschuldbefreiung lehnte das Gericht ab. Entgegen der Meinung der Klägerin beanspruche die Rechtsprechung zur Nichtigkeit von krass überfordernden Bürgschaftsverträgen trotz der Möglichkeit einer Verbraucherinsolvenz weiterhin Geltung.¹²⁵

Richtig sei zwar, dass die Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen unter anderem darauf beruhe, dass der Bürge vor einer lebenslangen Überschuldung geschützt werden solle und dass durch die Möglichkeit der Restschuldbefreiung eine solch fatale Situation vermieden werden könne. Allerdings müsse in diesem Zusammenhang der dogmatische Ansatz und die Zielrichtung der Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO auf der einen Seite und der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB auf der anderen Seite berücksichtigt werden. Die Sittenwidrigkeit habe Einfluss auf die Wirksamkeit der vertraglichen Bindung, betreffe also den Vertragsschluss. Die Restschuldbefreiung mit der sie beinhaltenden Abtretung der pfändbaren Bezüge aus einem Dienstverhältnis auf die Dauer von sechs Jahren (§ 287 II InsO) könne dagegen nicht die Sittenwidrigkeit selbst beeinflussen, sondern stelle einen umständlichen, lang andauernden Weg dar, um sich ohne oder mit geringem finanziellem Aufwand weit höherer Verpflichtungen entledigen zu können.¹²⁶

Außerdem lasse sich bei Vertragsschluss nicht sagen, ob der Bürge im Insolvenzfall tatsächlich in den Genuss einer Restschuldbefreiung komme. Denn diese werde nicht automatisch, sondern auf Antrag des Schuldners durch das Insolvenzgericht bewilligt. Unter bestimmten Voraussetzungen habe das Insolvenzgericht die Restschuldbefreiung jedoch zu versagen, §§ 290, 296, 297 InsO, oder zu widerrufen, § 303 InsO. Die Restschuldbefreiung sei eine vom Gesetz eingeräumte Möglichkeit, die aber im Einzelfall nicht zum Tragen kommen könne und deswegen nicht per se die Sittenwidrigkeit einer den Bürgen finanziell krass überfordernden Bürgschaft ausschließe. Dass die Versagung oder der Widerruf der Restschuldbefreiung in der Regel auf Obliegenheitsverletzungen des Schuldners beruhe, sei in diesem Kontext unerheblich, weil die insolvenzrechtliche Obliegenheitsverletzung keinen Bezug zum Bürgschaftsverhältnis haben müsse und eine außerhalb der konkreten Vertragspflichten liegende Pflichtverletzung es allein nicht rechtfertige, den Bürgen einer durch die (sittenwidrige) Bürgschaft bedingten lebenslangen Überschuldung auszusetzen.¹²⁷

Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass auch die Pfändungsfreigrenzen der ZPO dem Schuldner das wirtschaftliche Überleben sichern sollen, ohne dass die Rechtsprechung daraus die Schlussfolgerung gezogen habe, dass deswegen die Bürgschaften nicht als sittenwidrig anzusehen seien.¹²⁸

¹²⁴ Nach den Grundsätzen über die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften.

¹²⁵ Urteil des LG Mönchengladbach vom 12.5.2005, NJW 2006, 67, 68 (10 O 333/04).

¹²⁶ Urteil des LG Mönchengladbach vom 12.5.2005, NJW 2006, 67, 68 f. (10 O 333/04).

¹²⁷ Urteil des LG Mönchengladbach vom 12.5.2005, NJW 2006, 67, 69 (10 O 333/04).

¹²⁸ Urteil des LG Mönchengladbach vom 12.5.2005, NJW 2006, 67, 69 (10 O 333/04) mit Verweis auf Krüger, MDR 2002, 855.

Die Schutzmechanismen des Vollstreckungs- und Insolvenzrechts könnten deshalb nach Auffassung der Kammer zum Ausschluss der Sittenwidrigkeit einer den Bürgen krass überfordernden Bürgschaft nicht herangezogen werden.

Beschluss des OLG Celle¹²⁹

Etwas zurückhaltender in Bezug auf eine eindeutige Stellungnahme zum Verhältnis der Restschuldbefreiung zur Sittenwidrigkeitsrechtsprechung hat sich das OLG Celle in seinem Beschluss vom 24.08.2005 geäußert.

In dem zugrunde liegenden Fall schlossen die Volksbank und der Ehemann der Beklagten einen Darlehensvertrag über 100.000 DM. Als Verwendungszweck wurde „Betriebsmittelkredit“ angegeben. Am gleichen Tag verbürgte sich die Beklagte für Ansprüche der Volksbank aus diesem und aus einem weiteren Betriebsmittelkredit selbstschuldnerisch bis zu einem Betrag von 20.000 DM.

Da der Ehemann mit der Rückzahlung der Darlehenssumme in Verzug geriet, beabsichtigte die Klägerin, die Beklagte aus abgetretenem Recht als Bürgin in Anspruch zu nehmen. Die Beklagte wandte hiergegen ein, dass sie finanziell krass überfordert sei.

Das OLG folgte der Auffassung der Beklagten und erklärte die übernommene Bürgschaft für sittenwidrig.

Der Senat bezog sich in seinen Ausführungen zum Beschluss nur kurz auf die hier relevante Problematik. Eine ausdrückliche Stellungnahme habe im Rahmen dieses Beschlusses nicht zu erfolgen, da es sich hier um ein Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren handle, in welchem für die Klärung offener Rechtsfragen kein Platz sei.¹³⁰ Es sei daher zu diesem Zeitpunkt nicht zu entscheiden, ob die grundsätzlich gegebene Möglichkeit der Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO Anlass sein könne, die Grenze für eine krasse finanzielle Überforderung anders festzulegen.

Davon abgesehen hielt es der Senat jedoch für zweifelhaft, ob es angezeigt sei, an sich wegen krasser finanzieller Überforderung sittenwidrige Bürgschaften zum Vorteil der Banken allein deswegen abweichend zu beurteilen, weil der Bürge die Möglichkeit der Verbraucherinsolvenz habe.¹³¹

Trotz dieser knappen und zurückhaltenden Stellungnahme ist in einer Tendenz zu erkennen, dass der Senat den Auffassungen des OLG Frankfurt und des LG Mönchengladbach zugeneigt ist.

Beschluss des OLG Düsseldorf¹³²

Eindeutiger äußerte sich das OLG Düsseldorf im Jahr 2006.

Der Ehemann der Klägerin¹³³ hatte im Jahr 2000 einen Kredit von 140.000 DM zur Finanzierung einer Immobilie aufgenommen. Diese hatte der Ehemann mit notariellem Kaufvertrag und damit bereits vor Abschluss des Darlehensvertrages sowie vor Abga-

¹²⁹ Beschluss des OLG Celle vom 24.8.2005, NJW-RR 2006, 131 (3 W 119/05).

¹³⁰ Beschluss des OLG Celle vom 24.8.2005, NJW-RR 2006, 131 (3 W 119/05).

¹³¹ Beschluss des OLG Celle vom 24.8.2005, NJW-RR 2006, 131, 132 (3 W 119/05).

¹³² Beschluss des OLG Düsseldorf vom 16.10.2006, FamRZ 2007, 818 (I-16 W 57/06).

¹³³ In diesem Fall nicht „Beklagte“, da Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO erhoben worden war.

be des notariellen Schuldversprechens alleine erworben. Diese Umstände waren der Kredit gebenden Beklagten bekannt.

Nach Auffassung des Senats überforderte die von der Klägerin übernommene Mithaftung diese finanziell in krasser Weise, da sie weder ein eigenes Einkommen noch eigenes Vermögen besaß. Die Mithaftung sei daher sittenwidrig gemäß § 138 I BGB und folglich nichtig.

Der Senat nahm zu dem Verhältnis von Restschuldbefreiung und Sittenwidrigkeitsrechtsprechung Stellung. Die Rechtsprechung zur Nichtigkeit von den Bürgen krass überfordernden Bürgschaftsverträgen sei damit nach zutreffender, vom Senat geteilter Auffassung auch nach Inkrafttreten der InsO aufrecht zu erhalten.¹³⁴

Jedoch machte es darüber hinaus keine eigenen Ausführungen, sondern schloss sich dem Wortlaut der Auffassungen des OLG Frankfurt und des LG Mönchengladbach an und bezog sich in seiner Begründung explizit auf die beiden Entscheidungen.

Urteil des OLG Celle¹³⁵

Das in Bezug auf die vorliegende Problematik aktuellste Urteil ist auf den 12.9.2007 datiert.

Die Klägerin machte darin mit ihrer Klage die Feststellung einer Forderung gegen den Beklagten zur Insolvenztabelle geltend.

Durch schriftlichen Vertrag verbürgte sich der Beklagte gegenüber der Klägerin „zur Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche“ der Klägerin gegen die Hauptschuldnerin, die Ehefrau des Beklagten. Zu der Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten kam es, weil die Hauptschuldnerin ihren Dispo-Kredit bei der Klägerin in erheblichem Umfang überzogen hatte.¹³⁶

Der Beklagte hatte zur Zeit der Abgabe der Bürgschaftserklärung bereits die Eidesstattliche Versicherung abgegeben und erhielt einen Aushilfslohn in Höhe von 630 DM. Im Jahr 2004 wurde über das Vermögen des Beklagten das Insolvenzverfahren eröffnet, woraufhin die Klägerin die Ehefrau des Hauptschuldners auf Rückzahlung des Darlehens in Anspruch nahm.

Der Senat erklärte die von dem Beklagten übernommene Bürgschaft für sittenwidrig. Er stellte in seiner Urteilsbegründung fest, dass es der Sittenwidrigkeit der Bürgschaft nicht entgegenstehe, dass für sie vorliegend die Möglichkeit der Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff InsO bestünde. Nach der Rechtsprechung des Senats ändere die Möglichkeit von Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiung nichts an einer Sittenwidrigkeit der Bürgschaft eines nahen Angehörigen, wenn deren Voraussetzungen vorlägen.¹³⁷

Zwar wurde seitens des Senats auch hier lediglich auf die Ausführungen des OLG Frankfurt und des LG Mönchengladbach verwiesen, so dass eigene Ausführungen des

¹³⁴ Beschluss des OLG Düsseldorf vom 16.10.2006, FamRZ 2007, 818, 820 (I-16 W 57/06).

¹³⁵ Urteil des OLG Celle vom 12.9.2007 (3 U 85/07); vgl. auch Hinweis des 3 Zivilsenats in Beschluss vom 06.03.2006 (3 U 26/03) auf Zweifel, dass Sittenwidrigkeitsvorwurf durch Möglichkeit der Restschuldbefreiung aufgehoben werden kann (vgl auch Fn 34).

¹³⁶ Urteil des OLG Celle vom 12.9.2007 (3 U 85/07), S.2.

¹³⁷ Urteil des OLG Celle vom 12.9.2007 (3 U 85/07), S.5.

Senats fehlen. Jedoch ist damit dennoch eine klare Positionierung der Auffassung des OLG Celle insofern gegeben, dass das OLG Celle die Rechtsprechung der vergangenen Jahre in diesem Punkt konsequent fortsetzt.

Auswertung der aktuellen Rechtsprechung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die land- und obergerichtliche Rechtsprechung in Bezug auf das Verhältnis von Restschuldbefreiung und Sittenwidrigkeitsrechtsprechung einen einheitlichen Standpunkt dahingehend vertritt, dass eine Austauschbarkeit der beiden Instrumentarien aufgrund der wesensimmanenten Unterschiede nicht möglich ist und es in Konsequenz bei einer Fortsetzung der vom BGH entwickelten Sittenwidrigkeitsrechtsprechung bleibt.

Das OLG Frankfurt hat in seinem Urteil vom 24.03.2004 eine klare Positionierung vorgenommen, welcher sich die anderen Gerichte in der Folgezeit angeschlossen haben und auf welche sie in ihren jeweiligen Begründungen verwiesen haben.

Ungeklärt ist bislang alleine die Frage, wie sich der BGH in dieser Angelegenheit entscheiden wird. Bislang hat dieser sich seit Inkrafttreten der InsO mit der Problematik nur in seiner Entscheidung vom 4.12.2001¹³⁸ beschäftigt. Jedoch erfolgt eine Äußerung zum einen nur kurz am Rande der Urteilsbegründung. Zum anderen behält sich der BGH hier eine eindeutige Stellungnahme mit dem Hinweis vor, dass der betreffende Bürgschaftsvertrag bereits im Sommer des Jahres 1997 und damit vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung geschlossen worden war. Da nach der ständigen Rechtsprechung des BGH für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend sei,¹³⁹ könne eine abschließende Klärung an diesem Punkt nicht erfolgen. Einer Auseinandersetzung mit der Thematik hat sich der BGH damit vorerst entzogen.

Fraglich ist insofern jedoch, ob mit dem Folgesatz in der Urteilsbegründung in Bezug auf zukünftige Entscheidungen eine Wertung vorgenommen werden kann. Darin heißt es bezüglich des Vertragsschlusses im Jahr 1997, dass „es alleine schon deshalb nicht möglich sei, das in der Insolvenzordnung normierte Verfahren zur Restschuldbefreiung zu berücksichtigen.“ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die genaue Formulierung des Satzes. Der Einschub „schon deshalb“ lässt in seiner sprachlichen Bedeutung den Rückschluss zu, dass nach Auffassung des BGH noch weitere Gründe für eine Nichtanwendung der Restschuldbefreiung im Falle von sittenwidrigen Bürgschaftsverträgen existieren, eine Erörterung der Gründe aufgrund des genannten Datums aber zu diesem Zeitpunkt obsolet ist. Würde man diese bewusst gewählte Einfügung außer Acht lassen, würde die Intention, welche der BGH damit verfolgt hat, schlichtweg ignoriert werden.

In Konsequenz ist damit eine Tendenz für eine Beibehaltung der Sittenwidrigkeitsrechtsprechung erkennbar, welche sich aber erst in zukünftigen Entscheidungen des BGH zeigen wird. Würde sich der BGH der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und Landgerichte der vergangenen Jahre anschließen, so würde damit eine bislang beständige Rechtsprechungsentwicklung fortgesetzt werden.

¹³⁸ BGH NJW 2002, 744 (XI ZR 56/01).

¹³⁹ BGHZ 72, 308, 314 (VII ZR 54/77); 100, 353, 359 (VIII ZR 97/56); 120, 272, 276 (XI ZR 95/92); 125, 206, 209 (IX ZR 93/93); 140, 395, 399 (XI ZR 49/98).

2. Stellungnahme zum Meinungsstreit zwischen Rechtsprechung und Literatur

Einigkeit besteht zwischen den genannten Auffassungen insofern, dass die wesensimmanenten Unterschiede von § 138 I BGB und der Restschuldbefreiung von den Vertretern der jeweiligen Ansicht aufgezeigt und in den entsprechenden Stellungnahmen betont werden. Lediglich die daraus gezogenen Konsequenzen unterscheiden sich: Während auf der einen Seite die Unterschiede gerade gegen eine Austauschbarkeit sprechen sollen, werden sie von der Gegenauffassung als Grund für eine Ablösung der Sittenwidrigkeitsrechtsprechung angeführt.¹⁴⁰

Jedoch läuft vor allem die erstgenannte Auffassung in ihrer Denkweise in einem bestimmten Punkt fehl: Übersehen wird, dass gerade diese Unterschiede eine Diskussion über eine Auswechslung der Sittenwidrigkeitsrechtsprechung durch die Restschuldbefreiung in einem gewissen Rahmen überflüssig macht. Die beiden Instrumentarien stehen gerade nicht in einem Verhältnis zueinander, in welchem sie beliebig ausgetauscht werden können bzw. in welchem die Restschuldbefreiung als *lex specialis* das „Notrecht“¹⁴¹ des § 138 I BGB ablösen könnte.

Die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung und die Sittenwidrigkeitsrechtsprechung unterscheiden sich von ihrem Wesen her deutlich in ihrer Zwecksetzung.

Wie schon vom OLG Frankfurt in seiner Entscheidung ausgeführt wurde, betrifft die Sittenwidrigkeit den Vertragsschluss selbst und dient als rechtliche Sanktion. Die Restschuldbefreiung hingegen kann die Sittenwidrigkeit als solche nicht beeinflussen, da sie an einem völlig anderen Punkt ansetzt. Hierbei wird ein Vertrag vorausgesetzt, welcher mit der Rechtsordnung in Einklang steht und es gerade keiner Korrektur bedarf.

Folglich ist eine generelle Anwendung der Restschuldbefreiung auf die Fälle, welche vorher durch die Kriterien der Sittenwidrigkeitsrechtsprechung gelöst wurden, nicht möglich. Mangels vorhandener spezialgesetzlicher Regelungen bleibt es bei einer Lösung über § 138 I BGB.

Ferner spricht zudem ein Blick auf die jeweiligen Konsequenzen gegen eine Austauschbarkeit. Während der Schuldner im Rahmen einer Restschuldbefreiung gezwungen ist, sechs Jahre mit einem Selbsterhalt zum wirtschaftlichen Überleben auszukommen, welcher der Pfändungsfreigrenze entspricht, bestehen für ihn bei einem sittenwidrigen Bürgschaftsvertrag aufgrund dessen Nichtigkeit in der Regel keine negativen Konsequenzen. Eine generelle Anwendung der Restschuldbefreiung würde somit für den Schuldner eine Verschlechterung darstellen.

Die Ausnutzung einer besonderen Situation zur Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils seitens des Kreditinstituts erscheint damit unbillig, wenn man bedenkt, dass sich der Schuldner nach einem langwierigen Insolvenzverfahren von den verbleibenden Verbindlichkeiten befreien muss. In Konsequenz käme dies einer rechtlichen Erlaubnis zu sittenwidrigem Verhalten gleich.

Letztlich dürfen auch die Signale, welche von einer Handhabung der vorliegenden Problematik auf die Wirtschaft ausgehen, nicht außer Acht gelassen werden. *Krüger* befürchtet in diesem Zusammenhang, dass Bürgschaften und Mithaftungsübernahmen

¹⁴⁰ Siehe hierzu Schnabl, WM 2006, 706, 710.

¹⁴¹ So Döbereiner, KTS 1998, 59; Kapitzka, NZI 2004, 14, 16.

durch finanziell und emotional überforderte Angehörige von Existenzgründern und Unternehmen wieder zum Normalfall der Kreditfinanzierung für den Fall werden würden, dass man die Restschuldbefreiung konsequent anwendet. Damit würde jedoch ein völlig falsches Zeichen für die Volkswirtschaft gesetzt werden.¹⁴²

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber, dass ein „Vorrang“ von § 138 I BGB eine grundsätzliche Anwendung der §§ 286 ff. InsO nicht ausschließt. Es bleiben ausreichend Fälle, in welchen die Restschuldbefreiung die richtige Lösung bietet, indem der Bürge im Rahmen eines wirksamen Bürgschaftsvertrages zahlungsunfähig ist bzw. wird und die entsprechende „Wohlverhaltensphase“ von sechs Jahren durchlaufen muss.

Im Ergebnis ist damit festzustellen, dass die Möglichkeit der Restschuldbefreiung gemäß § 286 ff. InsO nicht das Merkmal der krassen finanziellen Überforderung im Rahmen der Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften unterlaufen darf. Würde man dies zulassen, so würde der Sinn und Zweck des § 138 I BGB konterkariert. Die Restschuldbefreiung darf nicht dazu dienen, in sittlich anstößiger Weise erlangten Bürgschaften den Makel der Sittenwidrigkeit zu nehmen.

Der Bürge ist folglich nur dann auf die Restschuldbefreiung zu verweisen, wenn die Schwelle zur Sittenwidrigkeit nicht überschritten wurde.

VI. Gesellschafterbürgschaften¹⁴³

Die unter IV.2. dargestellten Grundsätze der Sittenwidrigkeitsrechtsprechung des BGH wurden bisher nur für die so genannten Nahbereichspersonen angewendet.

Jedoch sind diese Grundsätze nicht übertragbar auf Bürgschaften, die ein Mehrheitsgesellschafter oder Geschäftsführer für eine Gesellschaft tätigt. Der Grund dafür liegt in der Wesensverschiedenheit der beiden Konstellationen. Sinn und Zweck der Sittenwidrigkeitsrechtsprechung bei Nahbereichspersonen ist es, den dem Schuldner emotional nahe stehenden Bürgen zu schützen. Vermutet wird bei einer solchen Beziehung, dass der Bürge sich nicht aufgrund von rationalen Erwägungen zur Verfügung stellt, sondern dass seine Entscheidung von der emotionalen Beziehung zu einer nahestehenden Person dominiert wird.

Eine Person, welcher man nahesteht, kann jedoch nur eine natürliche Person sein, nicht aber eine juristische. Die GmbH kann den Gesellschaftern somit zwar aus finanzieller oder sonstiger ökonomischer Sicht nahe stehen, aber nicht eine – jedenfalls nicht rechtlich relevante – emotionale Bindung bewirken, die notwendiger Ausgangspunkt für strukturelle Unterlegenheit, für gestörte Vertragsparität, für die nicht in Selbstbestimmung und Selbstverantwortung gebildete Willenserklärung ist.¹⁴⁴

¹⁴² Krüger, MDR 2002, 855, 858.

¹⁴³ Die Problematik bezüglich Bürgschaften von Gesellschaftern soll hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden und wird daher an dieser Stelle nur kurz umrissen. Eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung kann hier nur unter Angabe der Urteile erfolgen. Siehe hierzu: BGH (XI ZR 199/01); Saarländisches OLG (1 U 784/01); OLG Köln (XI ZR 82/02; 13 U 105/02); II ZR 298/06; OLG Koblenz (1 U 295/06); OLG Celle (3 W 29/07).

¹⁴⁴ Bülow, LMK 2003, 41.

Die vom BGH entwickelten Grundsätze zur Sittenwidrigkeit gelten folglich grundsätzlich nicht für GmbH-Gesellschafter, die für Verbindlichkeiten der GmbH die Mithaftung oder Bürgschaft übernehmen.

Ferner sind sie nicht auf Fälle anwendbar, in welchen der Gesellschafter die Bürgschaft übernimmt, weil er einer der Gesellschaft nahe stehenden Person emotional verbunden ist.

Wenn ein Bürge dann als Mehrheitsgesellschafter oder als Geschäftsführer ohne eigenes wirtschaftliches Interesse allein aus persönlicher Verbundenheit zu der die Gesellschaft wirtschaftlich beherrschenden Person die Haftung für Gesellschaftsschulden übernimmt, folgt allein aus der krassen Überforderung dieses Bürgen oder aus dessen emotionaler Verbundenheit mit der die Gesellschaft wirtschaftlich beherrschenden Person keine tatsächliche Vermutung der Sittenwidrigkeit einer Bürgschaft.¹⁴⁵ Denn in der Regel hat eine Kredit gebende Bank ein berechtigtes Interesse an einer persönlichen Haftung der Gesellschafter und darf davon ausgehen, dass eine Beteiligung an der Gesellschaft und die Haftung für deren Schulden aus eigenem finanziellen Interesse erfolgt und deshalb kein unzumutbares Risiko darstellt.¹⁴⁶

Dies gilt selbst für nicht geschäftsführende Minderheitsgesellschafter, die die Hauptverbindlichkeit gar nicht selbst beeinflussen können.¹⁴⁷

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn sich aus der Vergleichbarkeit der Situation eine entsprechende Schutzbedürftigkeit des Bürgen ergibt. Gehörte die Gesellschaft, wirtschaftlich gesehen, zu wesentlichen Teilen einer mit dem Bürgen eng verbundenen Person, befindet sich derjenige, der die Haftung übernehmen soll, nicht selten in einer für Verwandten- oder Ehegattenbürgschaften typischen Konfliktsituation. Dies kann dazu führen, dass die Entscheidung, sich an einer Gesellschaft zu beteiligen, nicht auf wirtschaftlichen Erwägungen beruht, sondern allein deshalb erfolgt, um dem anderen einen Gefallen zu tun.¹⁴⁸ In einem solchen Falle entstehen für den Bürgen dieselben Gefahren wie bei einer unmittelbaren Haftung für Verbindlichkeiten des ihm nahe stehenden Hauptschuldners,¹⁴⁹ welche eine entsprechende Schutzbedürftigkeit begründen.

Eine Bürgschaft ist daher sittenwidrig, wenn jemand ohne eigenes wirtschaftliches Interesse allein einem ihm persönlich eng verbundenen Dritten zuliebe Gesellschafter einer GmbH oder Kommanditist wird, und eine Bürgschaft für alle Kreditverbindlichkeiten der Gesellschaft übernimmt, obwohl ihm nur die Funktion eines Strohmanns zukommt und dies für das Kreditinstitut aufgrund der ihm von den Beteiligten erteilten Informationen klar ersichtlich ist.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Braun, Jura 2004, 474, 478.

¹⁴⁶ BGH NJW 2002, 956 (XI ZR 98/01).

¹⁴⁷ Hierbei reicht eine Beteiligung von 10 – 25 %, da lediglich Bagatell- oder Splitterbeteiligungen ausgenommen werden sollen; auch eine lediglich indirekte Beteiligung über Zwischengesellschaften reicht zum Entfall des Näheverhältnisses, vgl. OLG Koblenz ZIP 2007, 2022 (1 U 295/06), der insoweit auf die steuerlich relevante Beteiligungsgrenzen des § 17 EStG abstellt.

¹⁴⁸ BGH NJW 2002, 1337, 1338 (IX ZR 183/00).

¹⁴⁹ BGHZ 137, 329, 336 (IX ZR 271/96).

¹⁵⁰ Braun, Jura 2004, 474, 478.

In einem solchen Fall greift auch die widerlegbare Vermutung dafür ein, dass der Gesellschafterbürge sich bei der Übernahme der Bürgschaft nicht von seinen Interessen und von seiner rationalen Einschätzung des wirtschaftlichen Risikos hat leiten lassen und dass das Kreditinstitut die emotionale Beziehung zwischen Hauptschuldner und Bürgen in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.

VII. Arbeitnehmerbürgschaften¹⁵¹

Einfacher ist der Fall bei den so genannten Arbeitnehmerbürgschaften gelagert.

Der BGH hat zur Sittenwidrigkeit von Arbeitnehmerbürgschaften erstmals 2003 Stellung genommen.¹⁵² Der Beklagte, der als Bauleiter angestellt war, hatte sich in dem vorliegenden Fall bei einem monatlichen Nettoeinkommen von 2.222,70 DM für seinen Arbeitgeber als Bürge für einen Kontokorrentkredit von 200.000 DM zur Verfügung gestellt. Die Baugesellschaft gab kurze Zeit später das von ihr betriebene Baugeschäft auf und stellte einen Antrag auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens, welches mangels Masse abgelehnt wurde. Die Kreditgeberin nahm den Beklagten daraufhin aus dem Bürgschaftsvertrag in Anspruch.

Grundsätzlich sind Bürgschaften von Arbeitnehmern für das Unternehmen, in welchem sie beschäftigt sind, nicht gänzlich ungewöhnlich. In der Regel wird der Arbeitnehmer im Gegenzug vom Hauptschuldner, seinem Arbeitgeber, am unternehmerischen Erfolg, am Gewinn, beteiligt, so genannte fremdfinanzierte Mitarbeiterbeteiligung.¹⁵³

Problematisch ist es jedoch dann, wenn eine solche Gegenleistung, welche die Nachteile der Bürgschaft für den Arbeitnehmer ausgleichen kann, nicht gegeben ist.

Allein die Sicherung des Arbeitsplatzes ist ein Vorteil, von dem auch der Arbeitnehmer profitiert, aber sie kompensiert nicht seine finanzielle Überforderung.¹⁵⁴ Zudem begründet die Überlegung, durch die Übernahme der Bürgschaft zu einer wirtschaftlichen Verbesserung des Unternehmens beizutragen und damit unter Umständen zukünftig eine Verbesserung des Gehalts erwarten zu können nur eine vage Hoffnung, aber kein eigenes wirtschaftliches Interesse.¹⁵⁵

Ein solches unmittelbares eigenes wirtschaftliches Interesse des Beklagten an der Gewährung des verbürgten Kredits war für den BGH nicht erkennbar. Durch die Übernahme der Bürgschaft war diese dazu geeignet, den Arbeitnehmer für den Rest seines Lebens wirtschaftlich zu ruinieren.

Der Fall weist mehrere Parallelen zu den Grundsätzen auf, welche die Rechtsprechung zur sittenwidrigen Bürgschaftsübernahme bei Nahbereichspersonen entwickelt hat.¹⁵⁶

¹⁵¹ Die Problematik bezüglich Bürgschaften von Arbeitnehmern – regelmäßig im Nahbereich des Arbeitgebers - soll hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden und wird daher an dieser Stelle nur kurz umrissen. Eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung kann hier nur unter Angabe der Urteile erfolgen. Siehe hierzu: Kammergericht 7 U 7496/96; BGH XI ZR 121/02, XI ZR 149/05; OLG Zweibrücken 4 U 132/04; OLG Brandenburg 4 U 190/05;.

¹⁵² BGH JR, 373 ff. (XI ZR 121/02).

¹⁵³ Braun, Jura 2004, 474, 478.

¹⁵⁴ Braun, Jura 2004, 474, 479.

¹⁵⁵ So auch Driver-Polke, BB 2003, 2650; Braun, Jura 2004, 474, 479.

¹⁵⁶ Siehe hierzu IV.2.

Zum einen ist eine krasse finanzielle Überforderung des Bürgen zu konstatieren. Zum anderen ist ersichtlich, dass dieser mit dem pfändbaren Teil seines Einkommens nicht einmal die Zinsen aufbringen würde. Letztlich hing das Gehalt des Arbeitnehmers von der Solvenz des Hauptschuldners ab.

Lediglich die Ursache für die strukturelle Unterlegenheit ist eine andere als bei Nahbereichspersonen. Der BGH versuchte zunächst, diese mit dem emotionalen Näheverhältnis zu begründen, welches zwischen so genannten Nahbereichspersonen besteht. Eine solche Vergleichbarkeit ist jedoch im Falle des Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer regelmäßig nicht gegeben. Zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer besteht nämlich in aller Regel kein von Emotionen geprägtes, einer Ehe, einer eheähnlichen Partnerschaft oder einer engen Verwandtschaft oder Freundschaft vergleichbares, persönliches Näheverhältnis.¹⁵⁷ Dies gilt besonders, wenn der Arbeitnehmer einer von vielen Beschäftigten ist. Bei einem Arbeitsverhältnis stehen nicht Emotionen, die die Fähigkeit zu rationalem Handeln erheblich beeinträchtigen, sondern die beiderseitigen, häufig gegensätzlichen Interessen der Arbeitsvertragsparteien im Vordergrund.¹⁵⁸ Folglich besteht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gerade kein Näheverhältnis, sondern ein Interessengegensatz.

Die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers, welche diesen daran hindert, die Tragweite seiner Entscheidung absehen zu können, folgt somit nicht aus einem emotionalen Verhältnis.

Jedoch sind in einer solchen Konstellation andere Umstände ersichtlich, welche den Bürgen an einer freien und eigenverantwortlichen Entscheidung hindern.

So stellte sich die Übernahme der Bürgschaft für den Arbeitnehmer als einzige Alternative zum sofortigen Verlust des Arbeitsplatzes dar. Wenn der Beklagte die ihn krass überfordernde Bürgschaft somit dennoch übernahm, so geschah dies nach Auffassung des BGH allein aus Angst um seinen Arbeitsplatz bei der Hauptschuldnerin und den Verlust seines Einkommens, mit dem er seinen Lebensunterhalt bestritt. Diese Angst, die sich der mit den Arbeitsmarktverhältnissen vertrauten Klägerin als Grund für die ersichtlich unüberlegte Übernahme der für ihn ruinösen Bürgschaft durch den Beklagten aufdrängte, habe den Beklagten daran gehindert, das Risiko der ruinösen, ohne jeden Ausgleich übernommenen Bürgschaft realistisch abzuschätzen, sich zu vergegenwärtigen, dass die Verpflichtung aus der Bürgschaft nicht mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Hauptschuldnerin endet, und eine vernünftige Entscheidung zu treffen. Dies habe die dem Beklagten strukturell weit überlegene Klägerin ausgenutzt, um das mit der Ausreichung des Geschäftskredits über 200.000 DM verbundene Risiko aufzubürden, obwohl sich die Fragwürdigkeit der Arbeitnehmerbürgschaft für sie aufdrängen musste.¹⁵⁹ Sie habe damit versucht, von der aufgezeigten Zwangslage des Beklagten und seiner Angst um den Verlust des Arbeitsplatzes zu profitieren. Dies gebe dem Bürgschaftsvertrag nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu beurteilenden Gesamtcharakter das Gepräge der Sittenwidrigkeit.¹⁶⁰

Eine von einem Arbeitnehmer mit mäßigem Einkommen aus Sorgen um den Erhalt des Arbeitsplatzes für einen Bankkredit des Arbeitgebers übernommene Bürgschaft ist folg-

¹⁵⁷ BGH JR, 373 ff. (XI ZR 121/02, S.3).

¹⁵⁸ BGH JR, 373 ff. (XI ZR 121/02, S.3).

¹⁵⁹ BGH JR, 373 ff. (XI ZR 121/02, S.3).

¹⁶⁰ BGH JR, 373 ff. (XI ZR 121/02, S.3).

lich sittenwidrig, wenn sie den Arbeitnehmer finanziell krass überfordert und sich der Arbeitgeber in einer wirtschaftlichen Notlage befindet.¹⁶¹

Eine Parallele besteht somit auch in dem letzten Punkt zu den Bürgschaften bei Nahbereichspersonen insofern, dass beide Entscheidungen nicht rational, sondern von einer bestimmten Gefühlslage beeinflusst und damit nicht mehr objektiv getroffen werden können.

VIII. Ausblick / Lösungsansätze für die Praxis

Es stellt sich für die Zukunft die Frage, wie werthaltig eine von einem Angehörigen übernommene Bürgschaft sowie die Personalsicherheit Mithaftübernahme für die Kreditinstitute angesichts der Sittenwidrigkeitsrechtsprechung und der Möglichkeit der Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO überhaupt noch ist. Läuft diese Werthaltigkeit und praktische Nutzbarkeit aufgrund der genannten Schutzmechanismen gen Null, wäre den Banken zu raten, zukünftig im Zweifel auf Angehörigenbürgschaften und Mithaftübernahmen zu verzichten.

Jedoch sollte im Hinblick auf eine künftige gerichtliche Kontrolle von Bürgschaftsverträgen nicht nur der vom Bundesverfassungsgericht geforderte Bürgenschutz im Focus der Beurteilung stehen. Nicht außer Acht gelassen werden sollte auch der ebenfalls vom Bundesverfassungsgericht betonte Grundsatz, dass aus Gründen der Rechtssicherheit nicht jede Störung des Verhandlungsgleichgewichts dazu führen könne, dass ein Vertrag nachträglich in Frage gestellt werde.¹⁶²

Von *Schnabl* wird in diesem Zusammenhang der Vorschlag gemacht, dass die Rechtsprechung die an die krasse finanzielle Überforderung geknüpfte „widerlegliche“ Vermutung fallen lassen und den tatsächlichen Nachweis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände verlangen sollte.¹⁶³ Dieser Nachweis sei für den Bürgen zwar nicht immer leicht zu führen, jedoch müssten solche Beweisschwierigkeiten hingenommen werden, wenn man die Privatautonomie auch weiterhin als tragendes Prinzip des deutschen Privatrechts anerkennen wolle.¹⁶⁴

Der Lösungsvorschlag *Schnabls* erscheint insofern vorzugswürdig, dass mit der genannten Handhabung die Praktikabilität und Werthaltigkeit von Angehörigenbürgschaften erhöht werden würde. Dies würde letztlich nicht nur den Kreditinstituten zugute kommen, sondern auch den Angehörigen, welche sich für eine ihr nahestehende Person verbürgen wollen. Auf der anderen Seite ist nicht zu übersehen, dass faktisch das Kreditinstitut in der Lage gesetzt wird, die Beweisposition kraft der überragenden Stellung günstig zu schaffen. In der Folge könnte wiederum von einem strukturellem Ungleichgewicht gesprochen werden.

Bis es zu einer solchen Handhabung kommt, ist es den Kreditinstituten unabhängig davon, ob sich nach einer Stellungnahme des BGH die Restschuldbefreiung gegen die Sittenwidrigkeitsrechtsprechung durchsetzen wird, zu raten, einen Bürgschaftsvertrag grundsätzlich nur mit einer finanziell ausreichend leistungsstarken Person abzuschließen, da ansonsten die Sicherungsfunktion für das Darlehen schlichtweg leerläuft. Ein Kredit, der sehr wahrscheinlich Not leidend wird, vermag nicht wirklich die Bilanzsum-

¹⁶¹ BGH JR 373 ff. (XI ZR 121/02 (Leitsatz)).

¹⁶² BVerfGE 89, 214 (1 BvR 567/89).

¹⁶³ Schnabl, WM 2006, 706, 714; vgl. hierzu auch Unger, BKR 2005, 432, 436.

¹⁶⁴ Schnabl, WM 2006, 706, 714.

me zu erhöhen.¹⁶⁵ Auch gilt, dass eine Sicherheit, die schon zu Beginn des Kreditverhältnisses mit Bruchstellen besetzt ist, mehr als fragwürdig erscheint.

Hartmut Götdecke
Rechtsanwalt | Fachanwalt für Steuerrecht

Informationen auf www.kapital-rechtinfo.de

Skript als pdf-Datei

www.kapital-rechtinfo.de | Publika | Vorträge |
Sittenwidrige Mithaftung / Bürgschaft finanziell überforderter
Nahbereichspersonen

Foliensatz als pdf-Datei

www.kapital-rechtinfo.de | Publika | Vorträge |
Sittenwidrige Mithaftung / Bürgschaft finanziell überforderter
Nahbereichspersonen

weitere Informationen

www.kapital-rechtinfo.de | Foren | Bürgschaften

¹⁶⁵ Fellner, MDR 2005, 368, 371.