

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 188

**Die Mithaftung
naher Angehöriger für Kredite
des Hauptschuldners**

Von

Bettina Albers-Frenzel



Duncker & Humblot · Berlin

BETTINA ALBERS-FRENZEL

**Die Mithaftung naher Angehöriger
für Kredite des Hauptschuldners**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 188

Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite des Hauptschuldners

Von

Bettina Albers-Frenzel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Albers-Frenzel, Bettina:

Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite des
Hauptschuldners / von Bettina Albers-Frenzel. –

Berlin : Duncker und Humblot, 1996

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 188)

Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 1994/95

ISBN 3-428-08560-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-08560-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Vorwort

Diese Arbeit hat im Wintersemester 1994/95 der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation vorgelegen. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis August 1995 berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt Prof. Dr. Michael Coester, der die Arbeit betreut hat. Zu Dank verpflichtet bin ich weiterhin Prof. Dr. Uwe Blaurock für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Den Freunden und Verwandten, die mich bei der Fertigstellung dieser Schrift unterstützt haben, spreche ich ebenfalls meinen Dank aus.

Berlin, Juni 1996

Bettina Albers-Frenzel

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| A. Einleitung | 13 |
| I. Entwicklung der Diskussion | 13 |
| II. Ziel der Darstellung | 16 |
| III. Gang der Darstellung | 21 |
| B. Situationsbeschreibung | 22 |
| I. Angehörige als Personalsicherheit | 22 |
| 1. Formen der Mithaftung | 23 |
| a) Bürgschaft | 24 |
| b) Unterschrift als (zweiter) Antragsteller bzw. Darlehensnehmer | 26 |
| aa) Sicherungsgesamtschuld | 26 |
| bb) Die Auslegung Reifners | 27 |
| cc) Darlehensvertrag als Schuldgrund | 28 |
| dd) Kumulativer Schuldbeitritt als Schuldgrund | 28 |
| ee) Stellungnahme | 29 |
| c) Zwischenergebnis | 30 |
| 2. Angehöriger im Sinne dieser Arbeit | 31 |
| 3. Gründe für eine Mithaftung vermögens- und einkommensloser Angehöriger | 35 |
| a) Ehegatten | 35 |
| aa) Loyalität | 36 |
| bb) Aufgabenteilung und Entscheidungsstruktur | 38 |
| cc) Finanzielle Abhängigkeit vom Ehemann | 39 |
| dd) Mithaftungsverlangen seitens des Kreditgebers | 40 |
| ee) Eigene Interessen der Ehefrau an der Kreditgewährung | 41 |
| ff) Zwischenergebnis für Ehegatten | 45 |
| b) Lebensgefährten | 45 |
| c) Kinder | 49 |
| aa) Jungdliches Alter und Unerfahrenheit | 50 |
| bb) Familienloyalität | 52 |
| cc) Eigene Interessen des Kindes an der Kreditgewährung | 54 |
| dd) Zwischenergebnis für Kinder | 56 |
| d) Zwischenergebnis | 56 |

| | |
|---|-----------|
| 4. Bedeutung der Schulden und des Ausfalls des Hauptschuldners | 57 |
| a) Inanspruchnahme Einkommens- und Vermögensloser | 57 |
| b) Verhältnis Sicherungsgeber und Hauptschuldner | 61 |
| aa) Unterhaltsansprüche und Zugewinnausgleichsanspruch..... | 61 |
| (1) Unterhaltsansprüche | 61 |
| (2) Zugewinnausgleichsanspruch des geschiedenen Ehegatten | 62 |
| bb) Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis..... | 63 |
| (1) Ausgleichsanspruch des Bürgen | 63 |
| (2) Ausgleichsanspruch des Gesamtschuldners gem. § 426* | 64 |
| c) Zwischenergebnis..... | 65 |
| 5. Ergebnis bezüglich der Angehörigen | 65 |
| | |
| II. Banken als Darlehensgläubiger und Sicherungsnehmer | 65 |
| 1. Gründe für die Hereinnahme von Bürgschaften und kumulativen Schuldbeitritten Einkommens- und Vermögensloser durch die Bank..... | 66 |
| a) Gefahr von Vermögensverschiebungen | 66 |
| b) Schutz des Gläubigers vor einer Geltendmachung des schuldrecht- lichen Zugewinnausgleichsanspruchs..... | 71 |
| c) Förderung der Motivation des Mithaftenden, das finanzierte Vorhaben bzw. den Hauptschuldner bei der Tilgung zu unterstützen | 74 |
| d) Verhinderung von Schwierigkeiten bei der Vollstreckung gegen nur einen Ehepartner | 75 |
| e) Zumindest Teilerfüllung durch den Mithaftenden ist nicht völlig ausgeschlossen | 77 |
| f) Zwischenergebnis..... | 79 |
| 2. Wirtschaftliche Bedeutung des Ausfalls des Hauptschuldners und der Wertlosigkeit der Sicherheit für die Bank..... | 80 |
| a) Hauptschuldner | 80 |
| b) Personalsicherheit | 81 |
| 3. Ergebnis bezüglich der Banken | 82 |
| | |
| III. Ergebnis der Situationsbeschreibung | 82 |
| | |
| C. Rechtliche Bewertung | 85 |
| | |
| I. Lösungsvorschläge, die nicht unmittelbar Generalklauseln betreffen..... | 86 |
| 1. Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 2 | 86 |
| 2. Nichtigkeit gem. § 310 analog..... | 90 |
| a) Vorfrage: Worauf ist bei der Feststellung der finanziellen Über- forderung abzustellen?..... | 91 |

* §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

| | |
|---|------------|
| aa) Betrachtung der finanziellen Situation von Hauptschuldner und Mitverpflichtetem..... | 91 |
| bb) Betrachtung nur der finanziellen Situation des Mitverpflichteten | 92 |
| cc) Stellungnahme..... | 93 |
| b) Nichtigkeit von Mitverpflichtungen bei finanzieller Überforderung des Mitverpflichteten gem. § 310 analog..... | 95 |
| aa) Argumente für eine Nichtigkeit gem. § 310 analog..... | 95 |
| bb) Argumente gegen eine Nichtigkeit gem. § 310 analog | 98 |
| cc) Stellungnahme zu den Argumenten für und gegen eine analoge Anwendung von § 310 | 100 |
| 3. Nichtigkeit gem. §§ 134 i.V.m. 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO..... | 105 |
| a) Nichtigkeit gem. §§ 134 i.V.m. 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO a.F..... | 106 |
| b) Änderung der Rechtslage durch Inkrafttreten des HaustürWG? | 106 |
| aa) Keine Änderung durch Inkrafttreten des HaustürWG | 106 |
| bb) Änderung durch Inkrafttreten des HaustürWG | 107 |
| cc) Stellungnahme..... | 107 |
| c) Zwischenergebnis..... | 108 |
| 4. Nichtigkeit gem. § 306..... | 109 |
| 5. Recht der Leistungsstörungen..... | 110 |
| 6. Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo (c.i.c.)..... | 111 |
| a) Pflicht, die Vermögensverhältnisse zu erforschen..... | 112 |
| b) Aufklärungspflicht bezüglich des Mithaftungsrisikos | 113 |
| c) Aufklärungspflicht Ehepartnern und Lebensgefährten gegenüber, daß die Haftung auch bei Trennung nicht entfällt | 115 |
| d) Aufklärungspflicht aus dem Gesichtspunkt risikoerhöhenden vorangegangenen Tuns | 116 |
| e) Stellungnahme..... | 118 |
| 7. Vertragliche Lösungen | 120 |
| a) Konkludent geschlossenes pactum de non petendo | 120 |
| b) Ausdrückliche Vereinbarung..... | 123 |
| 8. Wegfall der Geschäftsgrundlage..... | 125 |
| a) Leistungsfähigkeit als Geschäftsgrundlage..... | 126 |
| b) Lebensgemeinschaft als Geschäftsgrundlage..... | 128 |
| aa) Die Ansicht Reifners | 128 |
| bb) Wegfall der Geschäftsgrundlage in Ausnahmefällen..... | 129 |
| cc) Stellungnahme..... | 130 |
| c) Zwischenergebnis zum Wegfall der Geschäftsgrundlage | 135 |
| 9. Zwischenergebnis | 135 |
| II. Lösungsvorschläge, die auf Generalklauseln basieren | 137 |
| 1. Die Bedeutung der Grundrechte für die Auslegung und Anwendung von Generalklauseln | 138 |
| a) Die Vorgaben durch die Entscheidung des BVerfG zum Thema | 139 |
| b) Weitere grundrechtliche Erwägungen..... | 143 |
| aa) Art. 2 Abs. 1 GG | 143 |

| | |
|--|-----|
| bb) Art. 6 Abs. 1 GG | 145 |
| cc) Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG | 148 |
| c) Zwischenergebnis | 150 |
| 2. Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 | 150 |
| a) Subsumtion unter eine typische Fallgruppe des § 138 Abs. 1: | |
| Knebelung | 153 |
| b) Sittenwidrigkeitskriterien | 161 |
| aa) Finanzielle Überforderung allein | 161 |
| bb) Weitere Sittenwidrigkeitsaspekte | 171 |
| (1) Ausnutzen der Unterlegenheit des Sicherungsgebers | 172 |
| (a) Unerfahrenheit | 173 |
| (b) Seelische Zwangslage | 178 |
| (c) Ausnutzen | 184 |
| (aa) Probleme der Darlegungs- und Beweislast | 184 |
| (bb) Abhängigkeit der Kreditvergabe von Bürgschaft oder Schuldbeitritt | 184 |
| (cc) Zwischenergebnis | 187 |
| (2) Umstände bei der Erklärungsabgabe | 187 |
| (a) Unterschriftsleistung in der Wohnung | 187 |
| (aa) Kein Bankangestellter bei Unterzeichnung anwesend | 187 |
| (bb) Bankangestellter bei Unterzeichnung anwesend | 189 |
| α) Spezialgesetzliche Regelungen dieses Umstandes | 189 |
| β) Bedeutung der spezialgesetzlichen Regelungen für eine Berücksichtigung dieses Umstands im Rahmen von § 138 Abs. 1 | 193 |
| γ) Zwischenergebnis | 194 |
| (b) Blankounterschrift oder Bevollmächtigung | 195 |
| (aa) Spezialgesetzliche Regelungen dieser Umstände | 195 |
| (bb) Bedeutung der spezialgesetzlichen Regelung für eine Berücksichtigung dieser Umstände im Rahmen von § 138 Abs. 1 | 199 |
| (cc) Zwischenergebnis | 200 |
| (3) Risiko, das durch die Mithaftung übernommen wurde | 200 |
| (4) Anwendung des Rechtsgedankens von § 138 Abs. 2 | 201 |
| (5) Beteiligte Interessen | 202 |
| (a) Kein Interesse des Mithaftenden an der Kreditvergabe | 203 |
| (b) Kein Interesse der Bank an der Mitverpflichtung | 207 |
| (6) Kombination verschiedener Sittenwidrigkeitsaspekte | 210 |
| c) Zwischenergebnis und eigener Lösungsvorschlag | 214 |
| aa) Finanzielle Überforderung | 215 |
| bb) Näheverhältnis zwischen Hauptkreditnehmer und Sicherungs- geber | 216 |
| cc) Keine rechtlich relevanten Interessen des Sicherungsgebers an der Kreditvergabe, die gegen eine Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 sprechen | 216 |

| | |
|--|------------|
| (1)Immobiarkredite | 217 |
| (2)Geschäftskredite | 217 |
| (3)Verbraucherkredite | 217 |
| dd) Weitere Umstände, die für eine Sittenwidrigkeit der Mitver- pflichtung sprechen..... | 218 |
| 3. Inhaltskontrolle gem. § 242 | 219 |
| 4. Zwischenergebnis | 220 |
| III. Zwischenergebnis | 222 |
| D. Ergebnis | 223 |
| E. Ausblick..... | 226 |
| I. Bedeutung der Möglichkeit einer Restschuldbefreiung für den hier vertretenen Lösungsansatz | 226 |
| 1. Darstellung der gesetzlichen Regelung | 227 |
| a) Grobstruktur des neuen Verbraucherinsolvenzrechts | 228 |
| b) Grobstruktur des neuen Verfahrens zur Restschuldbefreiung | 230 |
| c) Zur Kritik an der neuen Insolvenzordnung | 231 |
| d) Spezielle Regelungen bezüglich mitverpflichteter naher Angehöriger..... | 235 |
| 2. Bedeutung dieser gesetzlichen Neuerung für den hier vertretenen Lösungsansatz..... | 236 |
| 3. Fazit | 238 |
| II. Zur Behandlung bereits titulierter Forderungen, die aus heutiger Sicht sittenwidrig sind | 238 |
| Literaturverzeichnis | 243 |
| Sachwortverzeichnis | 263 |

A. Einleitung

I. Entwicklung der Diskussion

Die Frage, wie die Haftung Vermögensloser für Kredite ihrer Familienangehörigen juristisch zu bewerten ist, hat derzeit Konjunktur. Sie beschäftigt die Gerichte¹ und wird sowohl in der juristischen² als auch in der außerjuristischen³ Literatur diskutiert. Das BVerfG konstatiert, seit etwa zehn Jahren seien die Zivilgerichte zunehmend mit Fällen befaßt, die die Haftung und infolgedessen Überschuldung zumeist junger Menschen für Eltern oder Ehegatten betreffen.⁴

Jedoch bereits im Jahre 1910 hatte das OLG Dresden einen derartigen Fall zu entscheiden und die Bürgschaft einer jungen Beklagten mit äußerst geringem Verdienst für Schulden ihrer Eltern als sittenwidrig gem. § 138 Abs. 1 und daher nichtig bewertet.⁵ Allerdings war es wohl erst der 6. Zivilsenat des OLG Stuttgart mit seinen vieldiskutierten Entscheidungen vom 3. April 1987 und vom 12. Januar 1988,⁶ der die aktuelle Diskussion in ihrem derzeitigen Umfang angeregt hat, indem er Familienangehörige von der Mithaftung befreite. In

¹ Vgl. nur den Begründungsaufwand bei LG Münster 26.3.1990, NJW 1990, 1668; OLG Stuttgart 12.1.1988, NJW 1988, 833.

² In der juristischen Literatur findet sich eine äußerst lebhafte und engagierte Diskussion, die sich auch in einer sehr bildhaften Sprache niederschlägt. So befürchtet *Knütel* "befreite Ehefrauen" (ZIP 1991, 493), *Hesse/Kauffmann* (JZ 1995, 219 (220)) unterstellen Richtern, die Mitverpflichtungen für nichtig erklären, eine "Helfer-Attitüde", *Honsell* stellt seiner Anmerkung den Spruch "den Bürgen sollst Du würgen" voran (JZ 1989, 495). Fast schon witzig ist die Unstimmigkeit über die Herkunft dieses weiterhin vielzitierten Spruchs: *Honsell* bezeichnet ihn als altheimisches Rechtssprichwort, *Schreiner* als altes Schweizer Sprichwort (S. 1) und der Leser wird den Verdacht nicht los, daß es sich um eine humorige Neuschöpfung zur Belebung der Diskussion handelt.

³ Reaktionen selbst in der Tages- und Wochenpresse, vgl. nur *Gerhardt*, Rudolf DIE ZEIT v. 15.2.1991, S. 28; *Kerscher* SZ v. 25./26./27.3.1989, S. 10; *Wassner* FAZ v. 23.3.1991, S. 11; *Weber-Nau/Sorgler* FR v. 19.10.1991, S. ZB 5.

⁴ BVerfG 19.10.1993, NJW 1994, 36.

⁵ OLG Dresden 10.11.1910, SeuffArch 67 (1910), Nr. 1.

⁶ OLG Stuttgart 12.1.1988, WM 1987, 1422; 12.1.1988, NJW 1988, 833.

schnellem Takt folgten weiterhin Entscheidungen des IX. Zivilsenats des BGH, in denen Bürgen an ihrer Haftung festgehalten wurden.⁷

Einen Paukenschlag, der die Auseinandersetzung mit neuem Schwung versah, stellte die Entscheidung des XI. Zivilsenats des BGH vom 22.1.1991 dar.⁸ In einer Art obiter dictum führt das Gericht aus, die Mithaftung einer Griechin für das Geschäftsdarlehen ihres Ehemannes sei aufgrund verschiedener einzelfallbezogener Umstände sittenwidrig und damit nichtig. Diese Wertung bekräftigte der Senat fast zwei Jahre später in einem weiteren Urteil; wiederum in einem obiter dictum macht er grundsätzliche Ausführungen zu den Voraussetzungen für eine Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1.⁹

Einen entscheidenden Akzent erhielt die Auseinandersetzung ferner durch das BVerfG. Mit Beschluß vom 19.10.1993 wurde über zwei Verfassungsbeschwerden gegen haftungsbejahende Urteile entschieden:¹⁰ Die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des IX. Zivilsenats des BGH vom 16. März 1989¹¹ hatte Erfolg, die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile des LG und des OLG Hamburg hingegen war unbegründet. Teilweise war im Vorfeld dieser ersten Entscheidung über zwei der anhängigen Verfassungsbeschwerden die Hoffnung geäußert worden, eine verfassungsgerichtliche Entscheidung brächte ein Ende dieses juristischen Streits. Es wurde erwartet, daß das Bundesverfassungsgericht

⁷ BGH 7.6.1988, NJW 1988, 2599; 19.1.1989, NJW 1989, 830; 28.2.1989, NJW 1989, 1276; 16.3.1989 - IX ZR 171/88, NJW 1989, 1605. Der IX. Zivilsenat ist mit dem Problem der Mithaftung vermögensloser Familienangehöriger insoweit befaßt, als ihm durch den Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofes (veröffentlicht in der Beilage zum Bundesanzeiger) Rechtsstreitigkeiten über Bürgschaften zugewiesen sind. Zwar ist bei Rechtsstreitigkeiten über eine Bürgschaft für die Zuständigkeit die Hauptverbindlichkeit maßgebend, wenn nur deren Bestand den Gegenstand des eigentlichen Streitiges bildet. Bei Bürgschaften naher Angehöriger ist jedoch zumeist der Bestand der Hauptverbindlichkeit unproblematisch.

⁸ BGH 22.1.1991, NJW 1991, 923. Seit 1990 ist der XI. Zivilsenat des BGH für "die Rechtsstreitigkeiten über Darlehen (§§ 607ff. BGB) oder abstrakte Schuldverhältnisse (§§ 780-808a BGB) sowie über Ansprüche aus Kontokorrenten (§ 355 HGB)" zuständig (vgl. Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofes für das Geschäftsjahr 1990, Beilage Nr. 30a zum Bundesanzeiger 1990, Nr. 3 der dem XI. Senat zugewiesenen Sachen). Zuvor lag die Zuständigkeit über diese Rechtsstreitigkeiten beim III. Zivilsenat des BGH (vgl. z.B. Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofes für das Geschäftsjahr 1989, Beilage Nr. 34a zum Bundesanzeiger 1990, Nr. 6 der dem III. Senat zugewiesenen Sachen).

⁹ BGH 24.11.1992, NJW 1993, 322 (323f).

¹⁰ BVerfG 19.10.1993, NJW 1994, 36. Das Ergebnis dieser Entscheidung wurde bekräftigt durch BVerfG 5.8.1994, NJW 1994, 2749.

¹¹ BGH 16.3.1989 - IX ZR 171/88, NJW 1989, 1605.

der eingetretenen Rechtsunsicherheit und den divergierenden Wertungen des IX. und XI. Zivilsenats ein Ende bereitet.¹² Daß das BVerfG einer derartigen Erwartung nicht entsprechen konnte, wird allerdings deutlich, wenn man den Prüfungsumfang dieses Gerichts beachtet. Einhellige Auffassung ist, daß das BVerfG keine Super-Revisionsinstanz ist.¹³ Die Kontrolle durch das BVerfG bleibt auf die Frage einer Grundrechtsverletzung beschränkt,¹⁴ eine Verfassungsbeschwerde eröffnet keinen weiteren Rechtszug. Damit konnte die Entscheidung des BVerfG zwar nicht das erwartete Finale bilden, jedoch stattdessen der Diskussion neue Impulse geben.¹⁵

Eine erste Auswirkung dieser verfassungsgerichtlichen Entscheidung zeigt sich in den Urteilen des IX. Zivilsenats des BGH vom 24. Februar 1994.¹⁶ Nach diesen Urteilen sind Bürgschaftsverträge dann sittenwidrig und unwirksam, wenn für die Bank bei der Kreditvergabe erkennbar war, daß die Bürgen ihre Schuldenlast trotz größter Anstrengung nie mehr würden abtragen und sie unter Ausnutzung ihrer Unerfahrenheit als Bürge hatten verpflichtet werden können. Damit ist sogar der als "streng" bekannte Senat des BGH bei jugendlichen Bürgen in besonders drastisch gelagerten Fällen¹⁷ von seiner bisherigen Linie abgewichen.¹⁸

¹² *Gößmann* WuB I E 1. - 8.91; ähnliche Erwartungen an eine Entscheidung des BVerfG auch bei *Klimpe* WuB I F 1a. - 8.90 und *Kreft* WM 1992, 1425 (1430).

¹³ *Hesse*, Rn. 427; *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer-Maunz* § 13 BVerfGG Rn. 81; § 90 BVerfGG Rn. 17.

¹⁴ BVerfG 10.6.1964, BVerfGE 18, 85 (92f), stRspr., vgl. etwa auch 11.10.1978, BVerfGE 49, 304 (314) m.w.N.

¹⁵ Insofern kann auch der Einschätzung Honsells, mit dem Beschluß vom 19.10.1993 habe das BVerfG einen Schlußstrich unter die jahrelange Diskussion über die Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder gezogen, (NJW 1994, 565) nicht zugestimmt werden. Überzeugender sind die Einschätzung von *Heinrichsmeier* FamRZ 1994, 129 (135), auch nach dem Beschluß der BVerfG bleibe es Aufgabe der Zivilgerichte, im Einzelfall zu einem gerechten Interessenausgleich zu gelangen, und die Köndgens, EWIR § 138 BGB 1/94, 23f, der zwar zunächst behauptet, die Entscheidung des BVerfG schliesse - zumindest vorläufig - eine Kontroverse ab, dann aber anmerkt, lediglich eine Entscheidung des Großen Zivilsenats hätte eine "zivilrechtsdogmatisch "kleingearbeitete" Leitentscheidung" (S. 24) gebracht.

¹⁶ BGH 24.2.1994 - IX ZR 93/93, NJW 1994, 1278; 24.2.1994 - IX ZR 227/93, NJW 1994, 1341.