

Die Bedeutung des Vertragswortlauts für die Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur sittenwidrigen Angehörigenbürgschaft bei krasser finanzieller Überforderung auf Fälle vertraglicher Mitverpflichtung*

Von Rechtsanwalt Arne Maier, Esslingen

I. Einleitung

Bürgschaftserklärungen naher Angehöriger sind sittenwidrig, wenn sie den Bürgen krass finanziell überfordern¹. Gleiches gilt für eine Erklärung des krass finanziell überforderten Angehörigen, durch die er für eine Darlehensschuld des Hauptschuldners mithaftet (Schuldbeitritt), nicht aber dann, wenn er durch seine Erklärung selbst zum Mitdarlehensnehmer wird. Über diese Grundsätze besteht seit längerer Zeit Einigkeit².

Nicht ganz so eindeutig ist das Ergebnis aber dann, wenn es darum geht, im konkreten Fall die Art der Mitverpflichtung zu bestimmen, wenn es also darauf ankommt, ob eine bloße Mithaftung vereinbart wurde oder ob sich der Angehörige als echter Mitdarlehensnehmer verpflichtet hat. Zu dieser Abgrenzung und insbesondere zu der hierfür bestehenden Darlegungs- und Beweislast hat sich der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs geäußert mit Urteil vom 16.12.2008³. Hiernach muss die kreditgebende Bank grundsätzlich darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen für eine echte Mitdarlehensnehmerschaft vorliegen. Spreche der Wortlaut des vorformulierten Darlehensvertrages für eine echte Mitdarlehensnehmerschaft, müsse der mitverpflichtete Angehörige nach den Regeln über die sekundäre Darlegungslast dartun, dass er nicht das für

eine Mitdarlehensnehmerschaft notwendige Eigeninteresse an der Kreditaufnahme besaß.

Der Beitrag hinterfragt die Prämisse des XI. Zivilsenats, dass der Wortlaut des Darlehensvertrages, d.h. die dortige Bezeichnung des Mitverpflichteten als Mitdarlehensnehmer, eine geeignete Grundlage für die Annahme einer sekundären Darlegungslast des mitverpflichteten Angehörigen darstelle.

II. Art der Mitverpflichtung (Abgrenzungskriterien)

Zu der Abgrenzung (echte) Mitdarlehensnehmerschaft/(bloße) Mithaftung haben sich in der Rechtspre-

* Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 16.12.2008 = WM 2009, 645 = WuB IV A. § 138 BGB 1.09 J. *Richrath*.

¹ Genauer: Ohne Hinzutreten weiterer Umstände ist widerleglich zu vermuten, dass der dem Hauptschuldner persönlich nahe stehende Bürge die für ihn ruinöse Personalsicherheit allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner übernommen und der Kreditgeber dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.

² BGHZ 146, 37 = WM 2001, 402 = WuB I F 1 c. - 1.01 *Michalski/G. Arends* = NJW 2001, 815; BGH WM 2002, 223 = WuB I F 1 c. - 3.02 *D. Schanbacher* = NJW 2002, 744; BGH WM 2002, 1649 = NJW 2002, 2705; BGH WM 2004, 1083 = NJW-RR 2004, 924; BGH WM 2005, 418 = NJW 2005, 973; *Nobbe/Kirchhof*, BKR 2001, 5; *Palandt/Ellenberger*, BGB, 68. Aufl. 2009, § 138 Rdn. 38 - 38f.

³ BGH WM 2009, 645 = ZIP 2009, 655.

chung des XI. Zivilsenats folgende Formeln herausgebildet: Die rechtliche Qualifizierung als eigene Darlehensschuld oder als bloße Mithaftung hängt davon ab, ob der Mitverpflichtete nach dem maßgeblichen Willen der Beteiligten als gleichberechtigter Vertragspartner neben dem Hauptschuldner einen Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta haben und im Gegenzug gleichgründig zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet sein sollte, oder aber ob der Mitverpflichtete ausschließlich zu Sicherungszwecken mithaften und damit eine ihn einseitig belastende Verpflichtung übernehmen sollte. Als echter Mitdarlehensnehmer ist - ungeachtet der konkreten Vertragsbezeichnung - in aller Regel nur derjenige anzusehen, der - für den Darlehensgeber erkennbar - ein eigenes sachliches und/oder persönliches Interesse an der Kreditaufnahme hat sowie im Wesentlichen gleichberechtigt über die Auszahlung bzw. Verwendung der Darlehensvaluta mitentscheiden darf⁴.

1. Auslegung des Darlehensvertrages

Dem Wortlaut des Darlehensvertrages und der dortigen Bezeichnung der Mitverpflichtung soll für die Abgrenzung keine maßgebliche Bedeutung zukommen. Angesichts der Stärke der Verhandlungsposition der kreditgebenden Bank und der allgemein üblichen Verwendung von Vertragsformularen sei dem Vertragswortlaut grundsätzlich geringere Bedeutung zuzumessen als sonst⁵.

Nachdem der XI. Zivilsenat in zwei Entscheidungen eine bloße Mithaftung angenommen hatte, obwohl die dortigen Beklagten im jeweiligen Darlehensvertrag als „Darlehensnehmerin“⁶ bzw. als „Kreditnehmer“⁷ bezeichnet waren, haben sich in dieser Zeitschrift mehrere Autoren⁸ mit der Frage befasst, welche Bedeutung der Vertragswortlaut für die Abgrenzung hat. *Bartels*⁹ kam zu dem Ergebnis, dass es nur schwer möglich sei, durch Auslegung über den eindeutigen Wortlaut hinwegzukommen. Dies sei aber auch nicht erforderlich; eine Sittenwidrigkeitskontrolle müsse auch dann stattfinden, wenn der Mitverpflichtete zwar echter Mitdarlehensnehmer sei, tatsächlich aber kein eigenes Interesse an der Kreditaufnahme habe¹⁰. Nach *Madaus*¹¹ soll der Parteiwille bei Vertragsschluss durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln sein. Dabei sei vom Vertragswortlaut auszugehen. „Sonstige Umstände“ (Verwendungszweck des Darlehens, Beteiligung an den Vertragsverhandlungen, Anlass und eigenes Interesse an der Kreditaufnahme) könnten aber Anlass geben, einen vom Vertragswortlaut abweichenden Parteiwillen anzunehmen.

Der XI. Zivilsenat hatte bereits in seinen Urteilen vom 4.12.2001¹² und vom 28.5.2002¹³ angenommen, dass die Abgrenzung von Mitdarlehensnehmerschaft und Mithaftung im Rahmen einer Auslegung des Darlehensvertrages erfolge. In Anlehnung an seine weiteren Urteile vom 23.3.2004¹⁴ und vom 25.1.2005¹⁵ stellt der XI. Zivilsenat auch in seinem aktuellen Urteil vom 16.12.2008¹⁶ darauf ab, dass zu den bei der Ermittlung des wirklichen Parteiwillens zu beachtenden Auslegungsgrundsätzen „insbesondere die Maßgeblichkeit des Vertragswortlauts als Ausgangspunkt jeder Auslegung“ gehöre¹⁷. Bei diesem Ausgangspunkt, der auch in der weiteren Argumentation des XI. Zivilsenats wiederkehrt, bleibt jedoch unklar, welche Bedeutung der Vertragswortlaut für das maßgebliche Eigeninteresse des Mitverpflichteten haben soll.

2. Eigeninteresse des Mitverpflichteten als maßgebliches Abgrenzungskriterium

Der Hinweis *Schimanskys*¹⁸, dass es bei der hier in Rede stehenden Abgrenzung gar nicht um eine Vertragsauslegung geht, ist bisher ungehört geblieben. Auslegung hat den Zweck, den Inhalt der Erklärungen (§ 133 BGB) und Vereinbarungen (§ 157) der Vertragsparteien zu ermitteln. Die hier maßgebliche Frage lautet aber nicht, was die Parteien vereinbart haben, sondern warum sie diese Vereinbarung getroffen haben. Es geht nicht um die Ermittlung des konkreten Vertragsinhalts, sondern um die Ermittlung und Bewertung der Gesamtumstände, die zu diesem Vertragsabschluss geführt haben.

Die Abgrenzung will diejenigen Fälle ermitteln, in denen es erforderlich erscheint, den Mitverpflichteten durch Anwendung der Grundsätze über sittenwidrige Angehörigenbürgschaften zu schützen. Hierfür kommt es maßgeblich darauf an, ob der Mitverpflichtete - wie ein Darlehensnehmer - ein eigenes Interesse an der Kreditaufnahme hatte oder - wie ein Bürge - ohne eigenes Interesse handelte. Die Begriffe „Mitdarlehensnehmer“ und „Mithaftender“ können dabei nur „Kurzformeln für Abgrenzungskriterien bei der Beurteilung von Mithaftungserklärungen unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB“ sein¹⁹ bzw. „nur als beschreibendes Element einer Gesamtwürdigung“ fungieren²⁰.

Die vom XI. Zivilsenat herangezogenen Abgrenzungskriterien sind ersichtlich von der Frage einer Sittenwidrigkeit geprägt. Diese Abgrenzungskriterien sind deshalb nicht geeignet, die vertraglichen Rechte und Pflichten der Beteiligten grundsätzlich (unabhängig von der Frage einer Sittenwidrigkeit) zu bestimmen.

So soll sich die Abgrenzung „ausschließlich nach den Verhältnissen auf Seiten der Vertragsgegner des Kreditgebers (richten)“²¹. Eine Vertragsauslegung kann aber nicht einfach eine Vertragspartei (hier: die kreditgebende Bank) vollständig ausblenden²². Die Hintan-

⁴ BGHZ 146, 37 = WM 2001, 402 = WuB I F 1 c. - 1.01 *Michalski/Arends* = NJW 2001, 815; BGH WM 2002, 223 = WuB I F 1 c. - 3.02 *Schanbacher* = NJW 2002, 744; BGH WM 2002, 1649 = WuB I F 1 c. - 1.03 *Rellermeyer* = NJW 2002, 2705; BGH WM 2004, 1083 = WuB I F 1 c. - 2.04 *Haas* = NJW-RR 2004, 924; BGH WM 2005, 418 = WuB I F 1 e. - 2.05 *Richrath* = NJW 2005, 973.

⁵ BGH WM 2005, 418 = WuB I F 1 e. - 2.05 *Richrath* = NJW 2005, 973; BGH WM 2009, 645 = ZIP 2009, 655 Rdn. 14; *Schimansky*, WM 2002, 2437, 2438.

⁶ BGHZ 146, 37 = WM 2001, 402 = WuB I F 1 c. - 1.01 *Michalski/Arends* = NJW 2001, 815.

⁷ BGH WM 2002, 223 = WuB I F 1 c. - 3.02 *Schanbacher* = NJW 2002, 744.

⁸ *Bartels*, WM 2002, 1905; *Schimansky*, WM 2002, 2437; *Madaus*, WM 2003, 1705.

⁹ *Bartels*, WM 2002, 1905.

¹⁰ So auch *Tiedtke*, EWIR 2001, 301; *ders.*, EWIR 2002, 417; *ders.*, NJW 2005, 2498, 2500; *Kulke*, in: *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl. 2009, § 31 Rdn. 21 f.; siehe auch *Palandt/Ellenberger*, a.a.O. (Fn. 2), § 138 Rdn. 38a.

¹¹ *Madaus*, WM 2003, 1705.

¹² BGH WM 2002, 223 = WuB I F 1 c. - 3.02 *Schanbacher* = NJW 2002, 744.

¹³ BGH WM 2002, 1649 = WuB I F 1 c. - 1.03 *Rellermeyer* = NJW 2002, 2705.

¹⁴ BGH WM 2004, 1083 = WuB I F 1 c. - 2.04 *Haas* = NJW-RR 2004, 924.

¹⁵ BGH WM 2005, 418 = WuB I F 1 e. - 2.05 *Richrath* = NJW 2005, 973.

¹⁶ BGH WM 2009, 645 = ZIP 2009, 655.

¹⁷ BGH WM 2009, 645 = ZIP 2009, 655 Rdn. 13.

¹⁸ *Schimansky*, WM 2002, 2437.

¹⁹ *Schimansky*, WM 2002, 2437, 2438 linke Spalte oben. Siehe auch *Krüger*, BGH-Report 2005, 655 (Bezeichnungen, „um die ‚typisierbare Fallgestaltung‘ kenntlich zu machen“).

²⁰ *Bülow*, LM § 138 (Bb) BGB Nr. 101 Bl. 4.

²¹ BGH WM 2002, 223 = WuB I F 1 c. - 3.02 *Schanbacher* = NJW 2002, 744, Leitsatz.

²² Kritisch zu dieser Art der „Vertragsauslegung“ auch *Bülow*, LM § 138 (Bb) BGB Nr. 101 Bl. 4.

stellung der kreditgebenden Bank ist (nur) deshalb gerechtfertigt, weil es (nur) um die Ermittlung des Eigeninteresses des Mitverpflichteten im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung geht. Die Vernachlässigung der kreditgebenden Bank ist hingegen ausgeschlossen, wenn im Wege der Vertragsauslegung die vertraglich vereinbarten Pflichten ermittelt werden sollen.

Auch aus der Sicht des Mitverpflichteten kann es nicht sein, dass er - mangels eines eigenen Interesses an der Kreditaufnahme - auch dann zum Mithaftenden degradiert wird, wenn er sich als Mitdarlehensnehmer am Vertrag beteiligt hat. Der XI. Zivilsenat argumentiert, dass es die kreditgebende Bank nicht in der Hand habe, den Mitverpflichteten durch seine Vertragsbezeichnung „zu einem gleichberechtigten Mitdarlehensnehmer zu machen und dadurch den Nichtigkeitsfolgen des § 138 BGB zu entgehen“²³. Auch diese Argumentation bezieht sich ersichtlich nur auf die Frage einer Sittenwidrigkeit und nicht auf die sonstige Bedeutung der Abgrenzung. Abgesehen von der Sittenwidrigkeit (die im Übrigen nur unter der weiteren Voraussetzung einer krassen finanziellen Überforderung des Mitverpflichteten vorliegt) hat die Einordnung als Mitdarlehensnehmer oder als Mithaftender auch weitere Rechtsfolgen. Hinsichtlich dieser weiteren Rechtsfolgen ist es für den Mitverpflichteten in der Regel vorteilhaft, wenn er als Mitdarlehensnehmer „gleichberechtigt“ am Vertrag beteiligt ist und nicht nur mithaftet. Als Mitdarlehensnehmer hat er sämtliche primären Vertragsrechte, als Mithaftender ist er nur verpflichtet, ohne eigene Rechte zu haben²⁴. Es kann deshalb nicht richtig sein, die grundsätzliche Einordnung des Mitverpflichteten und seiner vertraglichen Rechte und Pflichten nur aus dem Blickwinkel einer möglichen Sittenwidrigkeit vorzunehmen²⁵.

Wenn aber eine krasse finanzielle Überforderung des mitverpflichteten Angehörigen vorliegt, dann geht es tatsächlich gar nicht um die Frage, ob der Mitverpflichtete als Mitdarlehensnehmer oder als Mithaftender verpflichtet ist, sondern ob er überhaupt verpflichtet ist. Die Einordnung als Mitdarlehensnehmer oder als Mithaftender ist dann nur eine Hilfskonstruktion für die eigentliche Frage, ob überhaupt eine Verpflichtung entstanden ist.

3. Zwischenergebnis

Die Rechtsprechung zur sittenwidrigen Angehörigenbürgschaft wegen krasser finanzieller Überforderung ist auf Fälle einer vertraglichen Mitverpflichtung übertragbar, wenn der Mitverpflichtete kein eigenes Interesse an der Kreditaufnahme hat. Die Ermittlung des Eigeninteresses des Mitverpflichteten beruht - entgegen der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats - nicht auf einer Auslegung des Darlehensvertrages, sondern auf einer Würdigung der Gesamtumstände, die zum Abschluss des Darlehensvertrages geführt haben. Da der Mitdarlehensnehmer in der Regel mit, der Mithaftende in der Regel ohne Eigeninteresse handelt, folgt die Übertragbarkeit in der Regel, aber nicht zwangsläufig der durch Auslegung des Darlehensvertrages vorzunehmenden Abgrenzung zwischen (echter) Mitdarlehensnehmerschaft und (bloßer) Mithaftung.

4. Ausnahmen von der Regel

Eine solche Trennung des Handelns mit bzw. ohne Eigeninteresse von der Einordnung als Mitdarlehensneh-

mer bzw. Mithaftender scheint auch dem XI. Zivilsenat nicht ganz fremd zu sein. In dem Urteil vom 14.11.2000²⁶ wird das Eigeninteresse des Ehepartners an der Darlehensgewährung bejaht, wenn er zusammen mit seinem Ehepartner ein gemeinsames Interesse an der Kreditaufnahme hat oder ihm aus der Verwendung der Darlehensvaluta unmittelbare geldwerte Vorteile erwachsen. Weiter heißt es dort, dass „in solchen Fällen sich der nur aus Sicherungsgründen in die Haftung einbezogene Mitverpflichtete bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB wie ein echter Mitdarlehensnehmer behandeln lassen (muss)“²⁷. Ein mit Eigeninteresse handelnder Mithaftender bleibt also Mithaftender, er ist aber - soweit es um die Frage der Sittenwidrigkeit geht - wie ein Mitdarlehensnehmer zu behandeln. Für den umgekehrten (Ausnahme-)Fall kann nichts anderes gelten: ein ohne Eigeninteresse handelnder Mitdarlehensnehmer bleibt Mitdarlehensnehmer²⁸, er ist aber - soweit es um die Frage der Sittenwidrigkeit geht - wie ein Mithaftender zu behandeln.

Auch in anderem Zusammenhang trennt der XI. Zivilsenat die Abgrenzung Mitdarlehensnehmer/Mithaftender von der Frage, wer die Kreditmittel empfängt. Auch der Mithaftende ist in den Schutzbereich des Verbraucherkreditrechts einbezogen, er gilt insoweit als Darlehensnehmer i.S.d. § 491 Abs. 1 BGB²⁹. Eine Heilung von Formmängeln nach § 494 Abs. 2 BGB kann aber nur dann eintreten, wenn „die Kreditmittel an den Mithaftenden ausgezahlt werden“³⁰. Der Mithaftende wird also nicht etwa dadurch zum Mitdarlehensnehmer, dass die Kreditmittel an ihn ausgezahlt werden. Der Mithaftende ist aber, wenn die Kreditmittel an ihn ausgezahlt werden, wie ein Mitdarlehensnehmer zu behandeln.

III. BGH, Urteil vom 16.12.2008³¹

In der bisherigen Rechtsprechung war es - soweit ersichtlich - ohne praktische Bedeutung, dass der XI. Zivilsenat von einer Vertragsauslegung ausgegangen ist, um die Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur sittenwidrigen Angehörigenbürgschaft auf Fälle einer vertraglichen Mitverpflichtung im Einzelfall zu überprüfen. In den hierzu bisher veröffentlichten Entscheidung hatte die Bezeichnung des Mitverpflichteten im Darlehensvertrag im Ergebnis keine Bedeutung. Anderes gilt für das aktuelle Urteil vom 16.12.2008; hier misst der XI. Zivilsenat dem Vertragswortlaut eine Bedeutung zu, die ihm nur im Rahmen einer Vertragsauslegung zukommen kann.

1. Sachverhalt

Im August 2000 schloss die klagende Bank mit dem Ehemann der Beklagten einen Darlehensvertrag über

²³ BGH WM 2002, 223 = WuB I F 1 c. - 3.02 Schanbacher = NJW 2002, 744.

²⁴ Bartels, WM 2002, 1905, 1908.

²⁵ Bartels, WM 2002, 1905, 1907.

²⁶ BGHZ 146, 37 = WM 2001, 402 = WuB I F 1 c. - 1.01 Michalski/Arends = NJW 2001, 815.

²⁷ BGHZ 146, 37 = WM 2001, 402 = WuB I F 1 c. - 1.01 Michalski/Arends = NJW 2001, 815 (Abschnitt II.A.4.a) der Entscheidungsgründe; Hervorhebung nur hier).

²⁸ Ein Darlehensvertrag setzt insbesondere nicht voraus, dass der Kreditnehmer ein eigenes Interesse an der Gewährung des Kredits hat; siehe hierzu Tiedtke, NJW 2005, 2498, 2500, und die in der dortigen Fn. 33 Genannten.

²⁹ BGH WM 2009, 262 Rdn. 24.

³⁰ BGH WM 2009, 262 Rdn. 27.

³¹ BGH WM 2009, 645 = ZIP 2009, 655.

37.000 DM. Der Vertrag wurde von der Beklagten als „2. Kreditkonto-Inhaber (Ehepartner)“ mitunterzeichnet. Von dem Kreditbetrag wurden 14.000 DM auf ein von der Klägerin für beide Ehegatten eingerichtetes Girokonto überwiesen und 23.000 DM in bar ausgezahlt. Der Barbetrag wurde jedenfalls in Höhe von 6.000 DM für persönliche Schulden des Ehemanns verwendet. Kurze Zeit nach Abschluss des Darlehensvertrages trennten sich die Eheleute. Im Juli 2001 kündigte die Klägerin den Darlehensvertrag.

Die Beklagte verfügte bei Abschluss des Vertrages weder über ein eigenes laufendes Einkommen noch über ein nennenswertes Vermögen. Das Berufungsgericht³² hat in Höhe der 6.000 DM, die für persönliche Schulden des Ehemanns verwendet wurden, eine sittenwidrige Mithaftung der Beklagten angenommen. Wegen des Restbetrages sei sie echte Mitdarlehensnehmerin; insoweit wurde sie zur Rückzahlung des Darlehens verurteilt. Der XI. Zivilsenat hat die Revision der Beklagten zurückgewiesen. Hinsichtlich des Darlehensbetrages, der über 6.000 DM hinausgehe, habe die Beklagte nicht ausreichend dargelegt, dass sie auch insoweit keine echte Mitdarlehensnehmerin, sondern bloße Mithaftende sei. Sie habe deshalb ihrer sekundären Darlegungslast nicht genügt.

2. Beweislast des Darlehensgebers

Der XI. Zivilsenat geht zunächst davon aus, dass die kreditgebende Bank grundsätzlich die Beweislast dafür trage, dass der Mitverpflichtete bei Abschluss des Darlehensvertrages als echter Mitdarlehensnehmer handelte, also das für eine echte Mitdarlehensnehmerschaft notwendige Eigeninteresse an der Kreditaufnahme besaß³³. Die Entscheidungsgründe verweisen hierfür auf ein Urteil des OLG Celle vom 21.4.2004³⁴.

In dem Verfahren beim OLG Celle war streitig, wofür der Kredit verwendet wurde; für die Immobilien des Ehemanns der beklagten Ehefrau oder zur freien Verfügung beider Eheleute. Das OLG Celle hat die Darlegungs- und Beweislast bei der kreditgebenden Bank verortet. Sie habe es in der Hand, die Verwendung des Darlehens - wie es der Üblichkeit entspreche - konkret zu erfragen und in die Vertragsurkunde aufzunehmen. Sie habe die Obliegenheit, sich nach dem Verwendungszweck des Darlehens zu erkundigen, um zu erfahren, wer von den Eheleuten ein eigenes Interesse am Abschluss des Vertrages habe³⁵. Andernfalls habe ein Kreditinstitut es in der Hand, durch Verschließen der Augen und durch das Unterlassen von Nachfragen, die für ein Kreditinstitut schon deshalb üblich seien, weil es sein Darlehen abgesichert sehen wolle, einen Mithaftenden zum Mitdarlehensnehmer zu machen³⁶.

Anders die Begründung des XI. Zivilsenats für die Beweislast der kreditgebenden Bank. Das Eigeninteresse der Beklagten an der Kreditaufnahme sei Voraussetzung dafür, dass sie die Rückzahlung des Kredits „als Mitdarlehensnehmerin“ schulde. Es gelte deshalb der allgemeine Grundsatz, dass diejenige Partei, die aus einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung einen Anspruch für sich herleitet, die tatsächlichen Umstände einer für sie günstigen Auslegung darlegen und beweisen müsse³⁷. Die Bedeutung des Merkmals „als Mitdarlehensnehmerin“ erschließt sich dabei erst auf den zweiten Blick. Ohne ihr Eigeninteresse würde die Beklagte nämlich ebenso haften, nur eben nicht „als Mitdarlehensnehmerin“, sondern „als Mithaftende“. Für die grundsätzliche Haftung der Beklagten kommt es auf

diese Abgrenzung nicht an, die Abgrenzung ist insoweit nicht entscheidungserheblich³⁸.

Entscheidungserheblich wird die Abgrenzung aber dann, wenn eine krasse finanzielle Überforderung der Beklagten gegeben ist und man die Sittenwidrigkeit der Mithaftungserklärung in die Betrachtung einbezieht. Für diese krasse finanzielle Überforderung ist zwar nach allgemeinen Regeln nicht die kreditgebende Bank, sondern die Beklagte darlegungs- und beweispflichtig, weil sie sich auf die Nichtigkeit des konkreten Rechtsgeschäfts beruft³⁹. Steht aber fest, dass die Beklagte - als Ehefrau des Hauptschuldners - krass finanziell überfordert wurde, dass ihre Mitverpflichtung also sittenwidrig ist, wenn sie „als Mithaftung“ erklärt wurde, dann geht es gar nicht mehr nur um die Frage, ob die Beklagte „als Mitdarlehensnehmerin“ oder „als Mithaftende“ verpflichtet ist, sondern vielmehr darum, ob sie „als Mitdarlehensnehmerin“ verpflichtet ist oder gar nicht. Dann ist es sachgerecht, dass die Klägerin die Verpflichtung der Beklagten „als Mitdarlehensnehmerin“ darlegen und beweisen muss.

Der XI. Zivilsenat liest hier also die Sittenwidrigkeit der Mithaftung bereits in die Alternative Mithaftung hinein. Er prüft nicht etwa zunächst, ob die Beklagte als Mitdarlehensnehmerin oder als Mithaftende verpflichtet ist, um dann in einem zweiten Schritt eine evtl. Sittenwidrigkeit der Mithaftung zu überprüfen. Bei einer solchen zweistufigen Prüfung könnte man nicht ernsthaft annehmen, dass die Klägerin auf der ersten Stufe die Art der Mitverpflichtung der Beklagten beweisen müsse. Wäre das Ergebnis doch bei beiden Alternativen dasselbe, nämlich die Zahlungspflicht der Beklagten, ob nun „als Mitdarlehensnehmerin“ oder „als Mithaftende“. Losgelöst von der Frage einer Sittenwidrigkeit, wenn der Mitverpflichtete also kein naher Angehöriger des Hauptschuldners ist und/oder nicht krass finanziell überfordert wird, bestünde kein Anlass, die Art der Mitverpflichtung zu ermitteln und hierfür auch noch der Klägerin die Beweislast aufzuerlegen. Auch dies offenbart, dass der XI. Zivilsenat hier keine allgemeine Vertragsauslegung vornimmt, sondern die Art der Mitverpflichtung nur unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Sittenwidrigkeit ermittelt wird.

3. Sekundäre Darlegungslast des Mitverpflichteten

Ausgehend von der primären Darlegungs- und Beweislast der kreditgebenden Bank nimmt der XI. Zivilsenat sodann an, dass der Mitverpflichtete insoweit eine sekundäre Darlegungslast trage, als er im Einzelnen darlegen müsse, dass der Kredit ihm von Anfang an weder ganz noch teilweise unmittelbar zugute kommen sollte, dass also „der eindeutige Vertragswortlaut nicht der Rechtswirklichkeit entspricht“⁴⁰. Diese sekundäre Darlegungslast des Mitverpflichteten wird zum einen mit dem „eindeutigen“ Vertragswortlaut begründet, dem der XI. Zivilsenat anscheinend eine tatsächliche

³² KG, Urteil vom 11.9.2007, 4 U 37/06.

³³ BGH WM 2009, 645 = ZIP 2009, 655 Rdn. 16.

³⁴ OLG Celle WM 2004, 1957, 1959 = WuB I F 1 e. - 1.05 *Richrath*.

³⁵ Siehe hierzu auch *Madaus*, WM 2003, 1705, 1708: „Der Verwendungszweck ist fester Bestandteil der Vertragsverhandlungen und daher stets auch dem Darlehensgeber bekannt.“

³⁶ So auch *Michel*, in: *Assies* u.a., Handbuch des Fachanwalts Bank- und Kapitalmarktrecht, 2008, Rdn. 5/47.

³⁷ BGH WM 2009, 645 = ZIP 2009, 655 Rdn. 16.

³⁸ Anders war es in dem vom BGH in Bezug genommenen Urteil des V. Zivilsenats vom 5.2.1999 = WM 1999, 965.

³⁹ *Palandt/Ellenberger*, a.a.O. (Fn. 2), § 138 Rdn. 23.

⁴⁰ BGH WM 2009, 645 = ZIP 2009, 655 Rdn. 17 f.

Vermutung für seine Übereinstimmung mit der Rechtswirklichkeit entnehmen will, zum anderen damit, dass die Beweggründe, die für die Kreditaufnahme ausschlaggebend waren, nur dem Mitverpflichteten, nicht aber der kreditgebenden Bank bekannt seien.

Nachdem der XI. Zivilsenat wegen der (primären) Beweislast der kreditgebenden Bank ausdrücklich auf das Urteil des OLG Celle vom 21.4.2004⁴¹ verweist, kann es nur überraschen, wenn er in der übernächsten Randnummer wie selbstverständlich voraussetzt, dass die kreditgebende Bank keine näheren Kenntnisse von den Beweggründen habe, die für die Kreditaufnahme ausschlaggebend waren. Hat doch das OLG Celle die Beweislast der kreditgebenden Bank, wie ausgeführt, gerade mit deren Obliegenheit begründet, sich nach dem Verwendungszweck des Darlehens zu erkundigen, um zu erfahren, wer von den Eheleuten ein eigenes Interesse am Abschluss des Vertrages habe. Wenn die kreditgebende Bank eine solche Obliegenheit zur Ermittlung des Vertragszwecks hat, dann kann den Mitverpflichteten keine sekundäre Darlegungslast zu dem Verwendungszweck treffen, den die kreditgebende Bank aufgrund ihrer Obliegenheit bereits kennen müsste.

Dann bleibt zur Begründung der sekundären Darlegungslast des Mitverpflichteten nur noch der Vertragswortlaut „als Ausgangspunkt jeder Auslegung“⁴². Die sekundäre Darlegungslast des Mitverpflichteten steht und fällt deshalb mit der Frage, ob es hier tatsächlich um eine Auslegung des Darlehensvertrages geht. Dies wurde bereits oben Ziffer II.3. verneint.

4. Eigeninteresse des Mitverpflichteten auf einen Teil des Kreditbetrages begrenzt

Der Sachverhalt des Urteils vom 16.12.2008⁴³ weist die Besonderheit auf, dass die Beklagte jedenfalls in Höhe des Teilbetrages von 6.000 DM kein eigenes Interesse an der Kreditgewährung hatte und deshalb insoweit nur Mithaftende war. Nach Ansicht des XI. Zivilsenats erfasse diese Teilnichtigkeit jedoch nicht den gesamten Vertrag. Nach der Wertung des § 139 BGB lasse sich der Vertragsinhalt in einen nichtigen Schuldbeitritt (6.000 DM) und einen von der Nichtigkeit nicht betroffenen Darlehensvertrag (31.000 DM) aufteilen⁴⁴.

Der XI. Zivilsenat verweist hierfür auf sein Urteil vom 14.11.2000. Dort⁴⁵ wurde von einem Kreditbetrag i.H.v. 47.000 DM ein Teilbetrag von gut 9.000 DM (auch) im Interesse der dortigen Beklagten verwendet, der Rest nur im Interesse des Ehemanns der Beklagten. Der XI. Zivilsenat hat die Mithaftungserklärung der Beklagten in einen sittenwidrigen (Eigeninteresse der Beklagten an der Kreditaufnahme verneint) und in einen nicht sittenwidrigen (Eigeninteresse der Beklagten an der Kreditaufnahme bejaht) Bestandteil aufgeteilt⁴⁶. Wie oben Ziffer II.4. hat der XI. Zivilsenat also auch dort eine Ausnahme von der Regel angenommen. Obwohl die Beklagte teilweise ein Eigeninteresse an der Kreditaufnahme hatte, blieb sie auch insoweit Mithaftende (sie wurde nicht etwa zur Mitdarlehensnehmerin), sie wurde aber wegen ihres Eigeninteresses - für die Frage der

Sittenwidrigkeit - wie eine Mitdarlehensnehmerin behandelt.

Nach diesen Grundsätzen wäre auch in dem aktuellen Urteil vom 16.12.2008 zu verfahren gewesen. Losgelöst vom Wortlaut des Darlehensvertrages hätte die Frage lauten müssen, ob die Beklagte wegen der 31.000 DM ein eigenes Interesse an der Kreditaufnahme hatte und deshalb wie eine Mitdarlehensnehmerin zu behandeln war. Für die Annahme einer sekundären Darlegungslast der Beklagten fehlt es insoweit an einer tragfähigen Grundlage (siehe oben Ziffer III.3.).

IV. Zusammenfassung

Die Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur sittenwidrigen Angehörigenbürgschaft bei krasser finanzieller Überforderung auf Fälle vertraglicher Mitverpflichtung hängt davon ab, ob der Mitverpflichtete - wie ein Darlehensnehmer - ein eigenes Interesse an der Kreditaufnahme hat oder - wie ein Bürge - ohne eigenes Interesse handelt. Seine Bezeichnung im Darlehensvertrag ist dafür nicht entscheidend. Die kreditgebende Bank trägt die Darlegungs- und Beweislast für das maßgebliche Eigeninteresse des Mitverpflichteten.

Nach Ansicht des XI. Zivilsenats trifft den Mitverpflichteten hinsichtlich seines fehlenden Eigeninteresses eine sekundäre Darlegungslast, wenn er im vorformulierten Darlehensvertrag als Mitdarlehensnehmer bezeichnet ist. Der Vertragswortlaut sei „Ausgangspunkt jeder Auslegung“. Außerdem seien dem Mitverpflichteten die Beweggründe bekannt, die für die Kreditaufnahme ausschlaggebend waren, während die kreditgebende Bank insoweit keine näheren Kenntnisse besitze. Beide Begründungen tragen die Annahme einer sekundären Darlegungslast des Mitverpflichteten nicht.

Das maßgebliche Eigeninteresse des Mitverpflichteten ist nicht im Wege einer Auslegung des Darlehensvertrages zu ermitteln, so dass es auf den Vertragswortlaut nicht entscheidend ankommen kann. Die Begriffe „Mitdarlehensnehmer“ und „Mithaftender“ sind nur beschreibende Kurzformeln im Rahmen einer - nur auf die Frage einer Sittenwidrigkeit der Mitverpflichtung bezogenen - Gesamtwürdigung. Die Einordnung der konkreten Art der Mitverpflichtung unter eine dieser Kurzformeln muss mit der tatsächlichen Vertragsauslegung nicht übereinstimmen.

Der kreditgebenden Bank obliegt es, sich über das eigene Interesse des Mitverpflichteten an den Kreditmitteln und deren beabsichtigte Verwendung zu informieren. Den Mitverpflichteten kann keine sekundäre Darlegungslast zu dem Verwendungszweck treffen, den die kreditgebende Bank aufgrund ihrer Obliegenheit bereits kennen müsste.

⁴¹ OLG Celle WM 2004, 1957, 1959 = WuB I F 1 e. - 1.05 *Richrath*.

⁴² BGH WM 2009, 645 = ZIP 2009, 655 Rdn. 13.

⁴³ BGH WM 2009, 645 = ZIP 2009, 655.

⁴⁴ BGH WM 2009, 645 = ZIP 2009, 655 Rdn. 22 f.

⁴⁵ BGHZ 146, 37 = WM 2001, 402 = WuB I F 1 c. - 1.01 *Michalski/Arends* = NJW 2001, 815 (Abschnitt II.B.1. der Entscheidungsgründe).

⁴⁶ Hierzu kritisch *Kulke*, a.a.O. (Fn. 10), § 31 Rdn. 56; *ders.*, ZIP 2001, 985, 990 ff.