

Ausbau der Rechtsprechung zur überfordernden Mitverpflichtung: zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5.1.1995 - IX ZR 85/94 [Urteilsanmerkung]

Christoph Becker

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Becker, Christoph. 1995. "Ausbau der Rechtsprechung zur überfordernden Mitverpflichtung: zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5.1.1995 - IX ZR 85/94 [Urteilsanmerkung]." Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht 5 (6): 237-43. <https://doi.org/10.1515/dwir.1995.5.6.237>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



German companies, which can choose between trade at a US stock exchange in the so-called NASDAQ system or on the over-the-counter market (OTC). Registration requirements differ. The advantage of the ARDs is the bridge from the concept of German bearer shares to the more widespread concept of registered instruments in the USA, their downward transformation of the nominal value to US levels, which, however, may become increasingly necessary as more new DM 5 shares are issued, as well as the applicability of US law, which is familiar to US investors, to the distribution of dividends and to marketability in the USA. Handling them including the exclusion of subscription rights, which is necessary in most cases, has become easier since the German Federal High Court of Justice took a more generous position in the „Deutsche Bank“ judgement of March 7, 1994 with respect to the exclusion of subscription rights in foreign placements, a trend supported by the Act on Small Stock Corporations and to Deregulate the Stock Market, adopted in the summer of 1994. The broad problems relating to the conflict of laws and to stock corporation law involved in ADR programmes have not yet been appropriately discussed. However, these programmes are generally compatible with the basic provisions of German stock corporation law. In particular, the rules relating to the exclusion of subscription rights and the split-up prohibition are not violated.

Résumé

Des sociétés de capitaux allemands peuvent faire négocier leurs actions ou autres valeurs mobilières sur le marché financier des Etats-Unis et/ou obtenir des capitaux grâce à la „construction de conversion“ du American Depositary Receipts (ADR). Depuis quelque temps, les ADR sont de plus en plus utilisés par des entreprises allemandes qui peuvent alors choisir entre la négociation des valeurs mobilières à une bourse des Etats-Unis, avec le système intitulé NASDAQ, et leur négociation sur le marché libre (OTC). Ces deux systèmes prévoient des obligations d'enregistrement différentes. L'avantage des ADRs consiste dans la création de liens entre le concept des actions au porteur allemandes au profit du concept des titres nominatifs utilisé aux Etats-Unis, dans la baisse de la valeur nominale à l'hauteur des valeurs minimales américaines, mêmes si aujourd'hui ceci n'a plus une grande importance depuis l'augmentation du nombre des actions nouvelles avec une valeur de 5 DM, ainsi que dans l'application du droit des Etats-Unis qui est connu par les investisseurs américains, à la distribution des dividendes et à la négociabilité aux Etats-Unis. Leur maniement est devenu plus facile avec l'exclusion souvent nécessaire du droit de souscription, depuis que le BGH a adopté dans l'affaire „Deutsche Bank“ une attitude plus généreuse au sujet de l'exclusion du droit de souscription en cas de placement à l'étranger. Cette position a été renforcée par la loi adoptée en été 1994 sur la petite société par actions et sur la dérégularisation du droit des

actions. Les problèmes soulevés par les programmes ADR dans les domaines des conflits de lois et du droit des actions n'ont pour l'instant pas encore été suffisamment analysés. Ils sont néanmoins en règle générale compati-

bles avec les règles de principe du droit des actions allemand. En particulier il convient de mentionner que les règles applicables à l'exclusion du droit de souscription et à l'interdiction de démembrement sont respectées.

Christoph Becker*

Ausbau der Rechtsprechung zur überfordernden Mitverpflichtung

Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5. 1. 1995 – IX ZR 85/94**

I. Modell der Sittenwidrigkeit überfordernder Mitverpflichtung

Ein knappes Jahr nach seinen beiden Entscheidungen vom 24. 2. 1994¹ unternimmt der IX. Senat des Bundesgerichtshofes die weitere Ausgestaltung der Lehre von der wegen Überforderung unwirksamen Mitverpflichtung. Früher hatte der Senat mit Vehemenz die Ansicht verfochten, daß eine Verpflichtung aus Verbürgung oder Schuldbeitritt² auch dann erfüllt werden muß, wenn der oder die Betreffende aus familiärem Verantwortungsgefühl, geweckt unter mehr oder minder großem Druck, seine Hilfe versprach, obwohl ein zur wenigstens teilweisen Erfüllung hinreichendes Einkommen oder Vermögen nicht im Entferntesten vorhanden oder künftig zu erwarten war³.

Bereitwilliger zur Rettung der in ausweglose Lage Geratenen mit Hilfe einer Qualifizierung der Mitverpflichtung als sittenwidrig hatte sich hingegen der III. Senat gezeigt. Er hielt es für grundsätzlich durchaus vorstellbar, daß die Frau, die mit ihrem Lebensgefährten einen Ratenkredit zur Einrichtung der gemeinsamen Wohnung aufnahm, nicht in Anspruch genommen werden dürfe. Allerdings nahm er im beurteilten Fall nach gebotener Gesamtwürdigung Vertraglichkeit mit den guten Sitten an⁴. Der XI. Senat hatte sich sogar in einem Fall (unter betonter Gegenüberstellung zur Rechtsprechung des IX. Senats) dazu entschließen können, eine Mitverpflichtung der erwerbs- und vermögenslosen Ehefrau aus gemeinsamer Aufnahme eines Kredites für den Gewerbebetrieb des Ehemannes für sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB zu erklären⁵. Hierauf

kam es jedoch seinerzeit nicht entscheidend an, denn das Geschäft scheiterte auch, und dies stellte das Gericht in den Vordergrund, nach § 134 BGB am damals noch ungeschmälert geltenden Verbot von Kreditgeschäften im Reisegewerbe nach § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO⁶. In dieser Entscheidung enthielt sich der XI. Senat weitgehend einer Beschreibung der Kriterien, die für oder gegen Sittenwidrigkeit sprechen können. Er holte sie später an Hand einer Mitverpflichtung nach, die er im Ergebnis indessen für wirksam erachtete⁷.

Das dort bereits stark verdichtete Gefüge der in einer Gesamtwürdigung zu beschauenden objektiven und subjektiven Umstände machte sich der IX. Senat dann in seinen beiden Entscheidungen

* Dr. iur., Wissenschaftlicher Assistent, Universität zu Köln, Dozent an der Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademie Köln.

** DZWir 1995, 244 ff (in diesem Heft).

¹ BGH, Ur. v. 24. 2. 1994 – IX ZR 93/93, DZWir 1994, 420 ff; BGH, Ur. v. 24. 2. 1994 – IX ZR 227/93, DZWir 1994, 416 ff. Besprechungsaufsätze von Becker, DZWir 1994, 397 ff und Hergenröder, DZWir 1994, 485 ff (Nachweise weiterer Stellungnahmen in Fn. 49 zu S. 488). Ferner Aden, WiB 1994, 324 ff; Drygala, Schutz der Privatautonomie durch Inhaltskontrolle von Individualverträgen, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1994, Summum ius – summa iniuria?, hrsgg. v. Christian Baldus u. a., 1995 (erscheint in Kürze); Pape, NJW 1995, 1006 f; Tiedtke, JZ 1994, 908 ff.

² Über das Schwanken der Gläubiger zwischen diesen beiden Wegen der Kreditsicherung Reither, Die Mithaftung der Ehefrau im Bankkredit – Bürgschaft und Gesamtschuld im Kreditsicherungsrecht, in: ZIP 1990, 427, 430 ff.

³ BGH, NJW 1991, 2015, 2016 ff (mit krit. Anm. v. Köndgen, NJW 1991, 2018 f); BGH, NJW 1992, 896, 898 f.

⁴ BGH, NJW 1989, 1665, 1666 f.

⁵ BGH, NJW 1991, 923, 924 f (mit Anm. v. Grün, NJW 1991, 925 f). Harsche, jedoch berechtigte Kritik durch Knütel, Betreite Ehefrauen?, in: ZIP 1991, 493 ff.

⁶ BGH, NJW 1991, 923, 924. Ausführlich hierzu Heinrichsmeier, Die Einbeziehung des Ehegatten in die Haftung für Geldkredite, 1993, S. 73 ff.

⁷ BGH, DZWir 1993, 64 ff (mit Anm. v. H. Honsell, DZWir 1993, 66 ff).

vom 24. 2. 1994 zu eigen. In seiner Hand wurde es zu einem Modell, das tatsächlich zum Vorteil der bedrängten Mitverpflichteten ausschlägt, ohne daß dies bloße Zugabe zur nicht mehr aktuellen Gesetzeswidrigkeit wegen Verstoßes gegen die Beschränkung von Kreditgeschäften im Reisegewerbe wäre. Die Prüfliste enthält im Groben vier Hauptpunkte, nämlich die Fragen nach Überforderung als eines objektiv zu diagnostizierenden Umstandes, nach dem Wissen des Gläubigers hierüber als eines subjektiven Umstandes, nach objektiven und subjektiven weiteren belastenden Umständen und endlich nach objektiven und subjektiven entlastenden Umständen.

Zwischenzeitliche Ermahnungen des Bundesverfassungsgerichts⁸ wirkten in dieser Systembildung allenfalls im Verborgenen, flossen jedoch nicht in die Dogmatik des Bundesgerichtshofes ein⁹, wengleich der XI. Senat, der schon länger über die „richtige“ Sichtweise verfügt, in der Folge pflichtschuldigst die Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht herauszustreichen versucht¹⁰. Und es scheint, daß der Bundesgerichtshof gut daran getan hat, sich nicht auf die ihm nach dem Lehrgebäude des Bundesverfassungsgerichts dort, wo das Gesetz sich einer genauen Regelung enthält, obliegende Pflicht zu berufen, im Widerstreit der jeweils mit Grundrechtsschutz bewehrten Wünsche beider Vertragspartner nach privatautonomer Selbstbetätigung eine gestörte Vertragsparität, ein Übergewicht eines Vertragspartners aus sozialstaatlicher Verantwortung zu korrigieren¹¹, sondern schlicht das Bürgerliche Recht so anzuwenden, wie es in seinen Augen zwischen den Vertragspartnern gilt.

II. Vertragsauslegung und Frage nach Geschäftsgrundlage statt Vorwurf des Sittenverstoßes

Die Bekämpfung existenzvernichtender Mitverpflichtungen mit Hilfe der Nichtigkeitsregelung des § 138 Abs. 1 BGB galt in den beiden Entscheidungen vom Februar 1994 zwar einerseits als sehr extrem gelagert erscheinenden, andererseits aber auch typisch für die Bankenpraxis wirkenden und vor allen Dingen emotional äußerst beeindruckenden Fällen. Alle Anstrengung, die Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB rational zu gestalten, kann nicht verbergen, daß letzten

Endes das Gefühl die Entscheidung trifft¹². Inflationärer Gebrauch des Sittenwidrigkeitsverdiktess ließe indessen gutgemeinte richterliche Hilfe unglaublich werden — selbst wenn es im Prinzip richtig sein sollte¹³, daß die Gerichte nach den Erfahrungen aus den Mitverpflichtungsfällen in ungleich höherem Ausmaße als bisher jeden Vertrag unter dem Gesichtspunkt eines etwaigen Verhandlungsungleichgewichts zu kontrollieren haben. Umso glücklicher ist deswegen die jetzige Entscheidung des IX. Senats, die die Lösung von der freiwillig übernommenen Fesselung der Mitverpflichtung mit Hilfe der Nichtigkeitsregelung aus § 138 Abs. 1 BGB sehr deutlich nur als allerletzten Ausweg markiert und eindringlich danach fragt, ob nicht sich durch Auslegung ermitteln läßt, daß die Mitverpflichtung womöglich ohnehin nur für den Fall einer Vermögensmehrung gelten solle¹⁴, oder ob nicht der Gläubiger auch bei Wirksamkeit der unbegrenzten Mitverpflichtung an ihrer Ausnutzung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gehindert ist¹⁵.

III. Anerkennung des Bedürfnisses des Gläubigers, Vermögensverschiebung vorzubeugen

Das OLG Karlsruhe hatte als Vorinstanz in dem durch das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 5. 1. 1995 beendeten Verfahren — durchaus bereits unter dem Eindruck der Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts — Sittenwidrigkeit der Verbürgung einer Ehefrau für einen Kredit ihres Ehemannes verneint und deswegen die Ehefrau für zahlungspflichtig gehalten¹⁶. Die Umstände waren ähnlich wie die in den anderen bisher als problematisch bekannt gewordenen Fällen: Der Kredit dient den Belangen des Ehemannes, nämlich der Erweiterung seines Betriebes; die Ehefrau ist vermögenslos und hat keine Berufsausbildung; sie ist nicht erwerbstätig, sondern versorgt den Haushalt mit drei Kindern, von denen zur Zeit der Verbürgung keines älter als zehn Jahre ist; der Kreditgeberin ist diese finanzielle Situation bewußt, oder sie hat zumindest mit ihr gerechnet; die Bürgschaft ist selbstschuldnerisch und gilt allen Forderungen der Bank aus der Geschäftsbeziehung bis zur Höhe von 280 000 DM¹⁷. Der Bundesgerichtshof bestätigt die Sittenverträglichkeit des Geschäfts, hebt aber die Entscheidung des Oberlandes-

gerichts auf, weil trotz Wirksamkeit die Durchsetzung nicht rechtens ist¹⁸. Der Bundesgerichtshof sieht sich in diesem Fall noch nicht genötigt, zu bestimmen, wo die Grenze zur Überforderung liegt. Irgendwann wird er sich indessen dieser kaum lösbaren Aufgabe stellen müssen.

Für die Gläubiger ist nicht allein die erneute Feststellung erleichternd, grundsätzlich mache nicht schon das krasse Mißverhältnis zwischen übernommener Verpflichtung und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit die Mitverpflichtung unsittlich¹⁹. Vielmehr hilft ihnen vor allem die klare Anerkennung ihres Bedürfnisses²⁰, Vermögensverschiebungen vom Schuldner hin zum Ehegatten oder Lebensgefährten sowie Konzentration von Neuerwerb bei diesem durch Mitverpflichtung nutzlos zu machen. Wo es um andere Personen als Ehegatten oder Lebensgefährten geht, dürfte die Anerkennung ebenfalls gelten. Der Schutz durch das Recht der Anfechtung und das Deliktsrecht (insbesondere nach § 826 BGB) ist unzulänglich²¹. Privatautonom gestaltete Sicher-

⁸ BVerfG, NJW 1994, 36 ff, aufbauend auf BVerfG, NJW 1990, 1469 ff (zum entschädigungslosen vertraglichen Wettbewerbsverbot für die Zeit nach Beendigung der Handelsvertreterstellung; zu diesem Beschluß *Hillgruber*, Grundrechtsschutz im Vertragsrecht, in: AcP 191 (1991), 69 ff). Der Beschluß BVerfG, NJW 1994, 36 ff betraf das Verfahren über eine überfordernde Bürgschaft, welches mit der Entscheidung BGH, DZWir 1994, 416 ff, endete. Bekräftigend BVerfG, NJW 1994, 2749 f.

⁹ *Grün*, Das Ende der strengen BGH-Haftungsrechtsprechung bei Bürgschaften leistungsunfähiger junger Erwachsener, NJW 1994, 2935, erblickt hingegen in den Urteilen des BGH vom 24. 2. 1994 eine Entsprechung zu den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts.

¹⁰ BGH, NJW 1994, 1726, 1727, 1728.

¹¹ Hierzu *Adomeit*, NJW 1994, 2467 f; *Becker*, DZWir 1994, 399 ff; *Drygala*, aaO (Fn. 1), zu II; *Fuchs-Wissemann*, WiB 1994, 426 ff; *Groeschke*, Die Haftung einkommensschwacher und vermögensloser Bürgen, BB 1994, 725 ff; *Hergenröder*, DZWir 1994, 485 ff; *Kothe*, Vertragsfreiheit und gestörte Vertragsparität, ZBB 1994, 172 ff; *Preis/Rolls*, Gestörte Vertragsparität und richterliche Inhaltskontrolle, DB 1994, 261 ff; *Graf von Westphalen*, MDR 1994, 5 ff; *Wiedemann*, JZ 1994, 411 ff.

¹² Siehe in der Frage übermäßiger Sicherungsübertragung *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band III, 1970, S. 3 f.

¹³ Zweifelnd *Hergenröder*, DZWir 1994, 485, 488 f, 492.

¹⁴ BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft). Dazu unten VI.

¹⁵ BGH, DZWir 1995, 245 f (in diesem Heft). Dazu unten VII.

¹⁶ BGH, DZWir 1995, 244 (in diesem Heft).

¹⁷ BGH, DZWir 1995, 244 (in diesem Heft).

¹⁸ BGH, DZWir 1995, 244 ff (in diesem Heft).

¹⁹ BGH, DZWir 1995, 244 (in diesem Heft); siehe zuvor BGH, DZWir 1994, 420.

²⁰ Vgl. BVerfG, NJW 1994, 36.

²¹ BGH, DZWir 1995, 245, 247 (in diesem Heft). Ebenso *Knütel*, ZIP 1991, 493, 495, 497; *Heinrichsmeier*, aaO (Fn. 6), S. 160 f; *Schlachter*, Kreditmithaftung einkommensloser Angehöriger, in: BB 1993, 802, 804.

heit vermag ihn zu verbessern. In dieser Feststellung lebt die Konfrontation zwischen dem IX. Senat und dem XI. Senat fort²². Vollkommen verschieden sind die Standpunkte indessen nicht, wenn man sie im Zusammenhang der jeweils weiteren Aussagen sieht. Der XI. Senat kann sich durchaus vorstellen, das Bedürfnis des Gläubigers dann anzuerkennen, wenn die Mitverpflichtung sich auf Vershobenes beschränkt²³. Und der IX. Senat hält die Mitverpflichtung deswegen für billigenswert und nicht über das Ziel hinausschießend, weil eine Verbürgung nicht zwingend zur Folge haben muß, daß der Gläubiger den Bürgen ohne Einschränkung in Anspruch nehmen darf, vielmehr durch Auslegung eine Begrenzung zu ermitteln sein kann oder je nach Lage der Dinge zumindest dem Gläubiger Rechtsmißbrauch vorzuhalten ist²⁴. Die Differenz erschöpft sich somit darin, daß der XI. Senat die festgestellte Begrenzung der Mitverpflichtung zur Wirksamkeitsvoraussetzung erhebt, während der IX. Senat die Wirksamkeit annimmt, solange eine Begrenzung durch Auslegung nicht ausgeschlossen ist. Heikel sind danach lediglich die Fälle, in denen bei bestem Willen durch Auslegung weder eine Begrenzung des Haftungsversprechens noch Grund für den Vorwurf des Rechtsmißbrauchs zu finden ist und in denen der Mitverpflichtete sich auch nicht mit den Regeln über den Fortfall der Geschäftsgrundlage dem Zugriff des Gläubigers zu entwinden vermag. Der XI. Senat käme weiterhin zur Nichtigkeit der Mitverpflichtung. Beim IX. Senat läge das aber wahrscheinlich auch nicht anders. Er wird wohl nicht schon deswegen stets Wirksamkeit der Mitverpflichtung annehmen, weil überhaupt im allgemeinen die Möglichkeit zur Begrenzung durch Auslegung besteht. Vermutlich meint er eher eine konkrete Möglichkeit zur einengenden Interpretation der Haftungszusage, wenn er die Rechtfertigung der Mitverpflichtung (die die Privatautonomie allein nicht mehr herzugeben scheint²⁵) untersucht. Und eine Entkräftung der Forderung mit dem Makel des Rechtsmißbrauchs genügt ihm wahrscheinlich nur, wenn sein Anlaß von Anfang an beschreibbar ist. Denn nur wenn schon bei Begründung der Mitverpflichtung klar ist, daß die Inanspruchnahme beispielsweise vor einer Verbesserung der Finanzlage fehlsam sein würde, daß bildlich gesprochen die Mitverpflichtung einen Notausgang hat, kann die Frage nach der Sittenverträglichkeit des Geschäfts im Zeitpunkt seiner Tätigkeit²⁶ gelöst werden.

Wenn am 1. 1. 1999 das neue Anfechtungsgesetz²⁷ und die Insolvenzordnung²⁸ in Kraft treten werden²⁹, wird sich noch einmal die Frage stellen, ob der Gläubiger zusätzlichen Schutzes bedarf. Er wird ihn nicht minder benötigen als heute. Die im neuen Anfechtungsgesetz und in §§ 129 ff InsO enthaltenen Neuerungen sind kaum mehr als Retuschen.

Die Gefahr der Vermögensverschiebung und der anderweitigen Zuordnung neu hinzukommenden Vermögens dürfte stets zu unterstellen sein, namentlich gewiß im Hinblick auf Ehegatten, Lebensgefährten und Kinder, aber keineswegs allein dort. Auch von kinderlosen Hagestolzen darf man annehmen, daß sie im Ernstfall jemanden wissen werden, bei dem sie ihr Vermögen unterbringen. Der Richter wird nicht vom Gläubiger verlangen können, daß dieser vor der Mitverpflichtung erkundet habe, ob der Kreditnehmer über sinnvoll auf die Seite zu schaffende Güter verfüge und ob eine empfangsbereite Person existiere, und daß er gar noch zu einem positiven Befund gelangt sei. Auf die im Vorjahr gestellte Frage nach einem Anlaß zu der Befürchtung von Übertragungen³⁰ kommt der Bundesgerichtshof nicht zurück. Nicht allein die Schonung von Haftungsmasse kann dem Schuldner die Übertragung von Vermögen auf Dritte angelegen sein lassen, sondern auch die Aussicht, Steuern zu sparen³¹. So ist es beispielsweise für den Gewerbetreibenden verlockend, die Belastung mit Gewerbebesteuer als einer Säule der Gewerbesteuer (§ 6 Satz 1 GewStG) zu senken, indem er ein betrieblich genutztes Grundstück der Ehefrau übereignet und es von ihr mietet. Die Mietzinszahlungen mindern den die Bemessungsgrundlage darstellenden³² Gewinn aus dem Gewerbebetrieb³³.

IV. Unerfahrenheit und Mangel an Eigeninteresse ohne Auswirkung

Durch die Anerkennung des Interesses nach Absicherung gegenüber Vermögensverschiebungen und Umlenkung von Neuerwerb in dritte Hand sieht sich der IX. Senat zum Vorteil des Gläubigers der Frage entzogen, ob nicht Unerfahrenheit des Bürgen und mangelndes Eigeninteresse an dem Kredit die überfordernde Mitverpflichtung unsittlich erscheinen lassen. Das berechtigte Interesse an Vorbeugung überwiegt derartige

Defizite³⁴. Das Gericht hätte der Forderung auch, selbst wenn es gewollt hätte, kaum mit dem Kriterium der Unerfahrenheit unter dem Schlagwort vom „jungen Erwachsenen“³⁵ beikommen können, war doch die Bürgin im Zeitpunkt ihrer Haftungszusage bereits 34 Jahre alt. Hier dürfte es nicht mehr genügen, aus Fehlen der Ausbildung und Fehlen oder Kürze einer Erwerbstätigkeit auf Unbeholfenheit zu schließen³⁶. Wie aber soll der Erfahrungsstand konkret erkundet werden, noch dazu für einen Zeitpunkt, der schon weit zurückliegt? Eine Suche nach wesentlichem Eigeninteresse des Mitverpflichteten allerdings hätte wahrscheinlich³⁷ zu der Antwort³⁸ geführt, ein solches sei nicht schon dann anzunehmen, wenn der Kredit „im wirtschaftlichen Endergebnis“³⁹ dem gemeinsamen Haushalt zugute kommt⁴⁰, vermittelt durch die mit seiner Hilfe ge-

²² Siehe BGH, DZWir 1995, 244 ff (in diesem Heft), gegenüber BGH, NJW 1991, 923, 925, und BGH, DZWir 1993, 64, 65 f. Vgl. dazu *Kreft* (selbst Mitglied des IX. Senates), Privatautonomie und persönliche Verschuldung, in: WM 1992, 1425, 1426 f., 1428.

²³ BGH, DZWir 1993, 64, 66.

²⁴ BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft).

²⁵ Vgl. BGH, DZWir 1994, 420 f. Mißbilligend *Knütel*, ZIP 1991, 493, 496 f.

²⁶ Und auf diesen Zeitpunkt, nicht auf die spätere Entwicklung der Umstände, kommt es an. Siehe BGH, DZWir 1994, 416, 417.

²⁷ Neues Anfechtungsgesetz: Art. 1 EGIinsO (BGBl., Teil I, 1994, S. 2011 ff).

²⁸ BGBl., Teil I, 1994, S. 2866 ff.

²⁹ Siehe Art. 110 Abs. 1 EGIinsO. Zurückliegende Verschiebungen werden auch nach Inkrafttreten nicht strenger behandelt als nach dem alten Anfechtungsgesetz und nach §§ 29 ff KO; siehe § 20 Abs. 1 neues AnfG und Art. 106 EGIinsO. Bis zum 31. 12. 1998 in Gang gesetzte Anfechtungen und Konkursverfahren werden ohnehin nach altem Recht abgewickelt (§ 20 Abs. 2 neues AnfG und Art. 103 EGIinsO).

³⁰ BGH, DZWir 1994, 420, 421.

³¹ BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft).

³² § 7 GewStG.

³³ Was regelmäßig günstiger ist als die pauschale Kürzung des Ertrages um 1,2 % des Einheitswertes des im Eigentum des Gewerbetreibenden befindlichen Grundstückes nach § 9 Nr. 1 GewStG. Für die Gewerbesteuer hingegen ergibt sich keine Verbesserung, weil der Einheitswert des Gewerbebetriebes (Bemessungsgrundlage nach § 12 Abs. 1 Satz 1 GewStG) ohnehin um die Einheitswerte der eigenen Grundstücke gekürzt wird (§ 9 Abs. 3 Nr. 1 GewStG).

³⁴ BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft).

³⁵ BGH, DZWir 1994, 416, 418; BGH, DZWir 1994, 420, 421.

³⁶ Wie geschehen in BGH, DZWir 1994, 416, 418, und BGH, DZWir 1994, 420, 421.

³⁷ Vgl. BGH, NJW 1991, 923, 925; BGH, DZWir 1993, 64, 65; BGH, DZWir 1994, 416, 418; BGH, DZWir 1994, 420, 421, 422.

³⁸ Von *Knütel*, ZIP 1991, 493, 494 verworfen.

³⁹ BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft).

⁴⁰ Dies läßt *Reifner*, aaO (Fn. 2), ZIP 1990, 427, 437, genügen. Für Eheleute ergibt sich ihm dies aus der Definition der ehelichen Lebensgemeinschaft; er läßt es jedoch auch für Verlobte oder in eheähnlicher Gemeinschaft Lebende gelten.

tätigten Geschäfte, welche Gewinn abwerfen, aus dem der Lebensunterhalt bestritten werden kann.

V. Keine unzulässige Einflußnahme

Da nicht feststand, daß die Bank von unvertretbarem Druck des Schuldners auf seine Ehefrau ausgehen mußte, ersparte der Bundesgerichtshof sich auch eine Abwägung dieses belastenden Umstandes mit dem berechtigten Interesse der Bank an der Mitverpflichtung⁴¹. Über den Fall hinaus ist die Überlegung von Bedeutung, die Bank dürfe grundsätzlich davon ausgehen, daß Eheleute im Bewußtsein ihrer aus der Lebensgemeinschaft gemäß § 1353 Abs. 1 BGB erwachsenden Verantwortung füreinander derlei Geschäfte vertrauensvoll und ohne Zwangsausübung miteinander besprechen und daß das Geschäft den Wünschen und Interessen⁴² beider entspreche⁴³. Die Bank darf sich darauf verlassen, daß die Eheleute sich als Mitglieder einer Wirtschafts- und Risikogemeinschaft sehen und das Haftungsverprechen eines Ehegatten akzeptieren, wenn es um Investitionen geht, die dem Familieneinkommen zugute kommen sollen⁴⁴. Darin unterscheidet sich in den Augen des Gerichts die Mitverpflichtung des Ehegatten von der Mitverpflichtung des Kindes⁴⁵. Erst bei besonders risikoreichen Verbindlichkeiten oder im wesentlichen nur aus persönlichen Interessen des Schuldners gespeistem Drang nach dem Kredit greifen diese den Gläubiger begünstigenden Gesichtspunkte womöglich nicht mehr⁴⁶. Unter einem besonderen Risiko in diesem Sinne wird man eine noch höhere Gefahr der Inanspruchnahme verstehen müssen, als sie ohnehin nötig ist⁴⁷, damit man überhaupt von Überforderung sprechen kann. Und die im wesentlichen bloß persönlichen Interessen des Kreditnehmers dürften die Dinge sein, die weder dem Genuß des Mitverpflichteten offenstehen noch dem Broterwerb des Schuldners und so immerhin mittelbar dem Unterhalt des Mitverpflichteten dienen, sondern seinem alleinigen Vergnügen, wie zum Beispiel der schieren Befriedigung unwiderstehlichen Drangs nach dem Besitz von Automobilen⁴⁸, gewidmet sind. Irgendeine ungehörige Verniedlichung des Haftungsrisikos durch verharmlosende Ausdrucksweisen seitens der Bank⁴⁹ schließlich spielt in der Entscheidung keine Rolle.

VI. Ermittlung der Grenzen der Haftungszusage durch Auslegung

Für den wichtigsten Gedanken der Entscheidung vom 5. 1. 1995 wird man wohl, obwohl letztlich nicht er, sondern die Anwendung der Regeln über die Geschäftsgrundlage die Entscheidung trägt, den Ansatz halten müssen, durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB die Tragweite der Mitverpflichtung zu begrenzen⁵⁰. Auslegung ist vollkommene Entfaltung der privatautonom getroffenen Regelung, die Beurteilung als sittenwidrig hingegen ist Limitierung der Vertragsfreiheit. Dabei geht es nicht um eine Reduzierung des Kreises der Hauptschulden, für deren Begleichung sich der Mitverpflichtete stark macht⁵¹, sondern um eine Reduzierung der grundsätzlich für alle in Bezug genommenen Hauptschulden bestehenden Verantwortung.

1. Ausdrückliche Begrenzung

Den Anstoß zur einengenden Interpretation lieferte womöglich die Entscheidung des XI. Senats, derzufolge eine Mitverpflichtung zu billigen sein kann, wenn die Haftung auf vom Schuldner übernommene oder sonst hinzugewonnene Vermögenswerte beschränkt ist⁵². Sollte es einem Gläubiger gelingen, eine hinreichend handhabbare, außerdem transparente und nicht durch § 9 AGBG gefährdete⁵³ Formulierung zu entwickeln, wird sich diese gewiß rasch durchsetzen, wenn weitergehende Haftung auch künftig für ungültig zu erachten ist. Bisher fanden sich derartige Passagen in den Mithaftungserklärungen nicht. So bleibt nur die Möglichkeit, durch Auslegung eine solche Begrenzung im Vertrag selbst aufzuspüren.

2. Begrenzung durch sittenkonforme Auslegung

Der IX. Senat stellt die Auslegung in Zusammenhang mit der Frage der Wirksamkeit der Mitverpflichtung, die er deswegen gutheißen kann, weil die Möglichkeit einengender Auslegung der ansonsten angesichts finanzieller Leistungsfähigkeit ohnehin sinnlosen Mitverpflichtung besteht⁵⁴. Die einengende Auslegung des Geschäfts wendet die Gefahr seiner Nichtigkeit ab. Damit praktiziert das Gericht das Modell einer sittenkonformen Auslegung von Rechtsgeschäften als Parallele zur verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen⁵⁵ oder gibt sich zumindest in dessen Nähe.

Wenn das Gericht die Auslegung zwar erwogen hat, aber seine Entscheidung deshalb nicht auf die Frage der Auslegung gestützt haben sollte, um der Öffentlichkeit Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, ohne die Überzeugungskraft der Entscheidung zu gefährden, falls der Ansatz sich in den Augen anderer als unhaltbar erweisen sollte, so war das ein geschickter Schachzug. Er wäre aber nicht nötig gewesen, denn dem Ansatz einer Auslegung ist unbedingt zuzustimmen. Wenn überfordernde Mitverpflichtungen wirklich wegen Sittenwidrigkeit nichtig sind, so ist es unerlässlich, ein solches Urteil nicht vorschnell, vor gründlicher Ermittlung des Vertragsinhaltes zu fällen. Vertragspartner wünschen wirksame Geschäfte. Ihnen ist, wo sie der äußeren Formulierung nach zu weit gegangen sind, lieber, das Geschäft habe geringere Wirkungen, als daß es wirkungslos sei. Drohende Nichtigkeit ist ein wichtiger von allen nach der Parteivorstellung und damit für die Auslegung relevanten Umständen. Deshalb ist der Wille zu einem reduzierten Gehalt des Vertrages auch dem scheinbar unbegrenzten und deshalb unhaltbaren Vertrag immanent. Ob die Mitverpflichtung ohne Begrenzung wirklich als sittenwidrig bezeichnet werden müßte oder ob man entsprechende höchstrichterliche Entscheidungen als verfehlt zu tadeln

⁴¹ BGH, DZWir 1995, 244 f (in diesem Heft). Auf vom OLG nicht bearbeitete Beweisantritte (BGH, DZWir 1995, 244) kam es nicht an, weil die Inanspruchnahme zumindest wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage scheiterte (S. 245).

⁴² Offensichtlich nicht zu verwechseln mit dem entlastend wirkenden wesentlichen Eigeninteresse des Mitverpflichteten, aber kaum glücklich hiervon abzugrenzen.

⁴³ BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft).

⁴⁴ BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft).

⁴⁵ BGH, DZWir 1995, 244 f (in diesem Heft).

⁴⁶ BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft), in Übereinstimmung mit BGH, NJW 1994, 1726, 1727.

⁴⁷ BGH, DZWir 1994, 416, 417 f.

⁴⁸ So im Fall von BGH, NJW 1994, 1726, 1727.

⁴⁹ Solche geschehen im Fall BGH, DZWir 1994, 416, 418.

⁵⁰ BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft).

⁵¹ Wie sie zum Beispiel der IX. Senat in BGH, NJW 1990, 1909, 1910, und BGH, NJW 1992, 896, 897, wegen der Gefahr einer Aushöhlung des Formerfordernisses nach § 766 BGB oder der XI. Senat in BGH, NJW 1994, 2145 f, wegen Überraschung durch weite Fassung der Mitverpflichtung gemäß § 3 AGBG unternehmen.

⁵² BGH, DZWir 1993, 64, 66.

⁵³ Zur Ableitung eines Transparenzgebotes aus § 9 AGBG BGH, BGHZ 106, 42, 49 ff.

⁵⁴ BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft); siehe oben zu III.

⁵⁵ Dieses Modell vertritt Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983. Siehe auch Bürger, Rechtsdogmatik und Wirtschaft, Das richterliche Moderationsrecht beim sittenwidrigen Rechtsgeschäft im Rechtsvergleich — Bundesrepublik Deutschland — Schweiz — Österreich — Frankreich, 1987, S. 70 ff. †

hätte, ist hierbei sogar gleichgültig. Die vornehmste Sorge der Vertragsgestaltung richtet sich darauf, in den Augen des Richters vertretbar zu sein. Daher kommt es insbesondere nicht darauf an, ob die maßstabbildenden Entscheidungen vom 24. 2. 1994⁵⁶ zu Recht die Mitverpflichtung als sittenwidrig verwarfen, sondern nur darauf, daß sie es überhaupt taten. Wahrscheinlich hat der Bundesgerichtshof mit jener Statuierung von Exempeln für die größte denkbare Zahl von Mitverpflichteten gerade dadurch Hilfe geschaffen, daß sie der Suche nach einer Reduktion der Mitverpflichtung zur Vermeidung völliger Wirkungslosigkeit Legitimation verleiht.

Die Auslegung richtet sich allerdings nicht auf die Ermittlung von vornherein engerer Grenzen der Haftung, als sie dem Wortlaut entsprechen. Vielmehr gilt die Suche einer Beschneidung der an sich vollen Verantwortlichkeit durch Zusatzabsprache. Nicht also fragt der Bundesgerichtshof, was vielleicht schlichter wäre, ob nicht die Ehefrau ihr Einstehen als Bürgin so versprach, daß der Gläubiger überhaupt nur insoweit einen Anspruch gegen sie hat, als sie neues Vermögen erwirbt. Zuerwerb wäre hiernach Haftungsvoraussetzung. Erst recht fragt der Senat nicht noch einfacher, ob nicht die Bürgschaftssumme⁵⁷ der Höhe des jeweils hinzukommenden Vermögens entspricht, aber bis zur ausdrücklich genannten Summe als Höchstbetrag anwachsen kann. Vielmehr denkt er an ein Gegenrecht des Bürgen aus einem Stillhalteabkommen, aus stillschweigendem⁵⁸ *pactum de non petendo*⁵⁹. Danach darf der Gläubiger seine an sich bestehenden Rechte aus der Bürgschaft nicht ausüben, solange die Bürgin kein Vermögen gebildet hat. Ob es hierfür eines Verweises auf die Grundsätze von Treu und Glauben und die Verkehrssitte gemäß § 242 BGB bedarf⁶⁰ oder ob diese Folge sich nicht einfach aus dem Vertrag ergibt, sei hier dahingestellt.

Die Herkunft gewonnenen Vermögens ist anscheinend gleichgültig. Der Mitverpflichtete kann es vom Schuldner übernommen oder an seiner Stelle erworben haben. Es kann aber auch seinen ureigenen Erwerb darstellen. Daraus wird man zurückschließen dürfen, daß zum berechtigten Interesse⁶¹ an der Mitverpflichtung von Einkommens- und Vermögenslosen auch die Erfassung von prognosewidrig sich unabhängig von Machenschaften des Schuldners doch noch einstellender Besserung der Finanzkraft zählt. Andererseits scheint der Gläubiger aber auch dann, wenn die Mitverpflichtung ausschließlich⁶² Win-

kelzüge des Schuldners unterlaufen soll, nicht am Zugriff auf Vermögen, dessen Zuerwerb nicht vom Schuldner bewirkt ist, gehindert zu sein.

3. Keine Behinderung der Auslegung durch Formzwang

Die Schriftformgebundenheit von Verbürgungen gemäß § 766 Satz 1 BGB⁶³ erschwert die einengende Auslegung nicht. Grundsätzlich verfiht die Rechtsprechung zwar die sogenannte Andeutungstheorie, die Auffassung also, daß alles das, was durch Auslegung einer Bürgschaft oder anderer gesetzlich formbedürftiger Willenserklärungen herausgearbeitet werden soll, im formgemäßen Text zumindest unvollkommen zum Ausdruck gelangt sein müsse⁶⁴. Dies geht aber nur so weit, wie der Zweck der Form trägt⁶⁵, das ist im Falle des § 766 BGB das Ziel, den sich Verpflichtenden vor Übereilung zu schützen⁶⁶. Es wäre sinnwidrig, Umstände außerhalb der Bürgschaftsurkunde, die dafür sprechen, daß die Beteiligten eine Begrenztheit der Inanspruchnahme wünschen, unberücksichtigt zu lassen, nur weil der Wunsch nicht aus der Bürgschaftsurkunde zumindest vage ablesbar ist. Selbst wenn das Stillhalteabkommen als Bestandteil des Bürgschaftsvertrages gedacht ist — und so scheint es der IX. Senat zu sehen⁶⁷ —, schadet der Bürgin demnach der Formzwang nicht. Erst recht stellt § 766 kein Hindernis dar, wenn die Ermittlung der Rahmenbedingungen dazu führt, aus dem beiderseitigen schlüssigen Verhalten einen separaten, begleitenden⁶⁸ Vertrag abzuleiten⁶⁹. Ein solcher konkludent geschlossener Vertrag kann womöglich je nach Lage der Dinge auch noch nachträglich, später als der Bürgschaftsvertrag zustandekommen⁷⁰. So scheint es nicht gänzlich ausgeschlossen, aus jahrelanger Nichtinanspruchnahme des vermögenslosen Bürgen, aus Untätigkeit des Gläubigers, der sich trotz vorläufiger Sinnlosigkeit einer Zwangsvollstreckung zumindest um eine Titulierung seines Anspruchs hätte kümmern können, eine die Inanspruchnahme begrenzende Abmachung abzuleiten.

Ist die Bürgschaftserklärung, wie im Bankgeschäft üblich, vom Gläubiger formuliert, erhebt sich auch die Frage, ob nicht das für Allgemeine Geschäftsbedingungen postulierte Verbot geltungserhaltender Reduktion⁷¹ die Auslegung des Bürgschaftsvertrages in Richtung eines im Vertrag enthaltenen Stillhalteabkommens vereiteln könnte. Denkbar wäre doch, daß eines Tages die Gerichte nicht nur bei feststehender

Überforderung des Mitverpflichteten und Kenntnis des Gläubigers hiervon Sittenwidrigkeit erwägen, sondern weitergehend eine unangemessene Benachteiligung von Mitverpflichteten gemäß § 9 AGBG annehmen, wenn nicht für den Fall einer Überforderung vorsorglich Haftungsbegrenzungen ausdrücklich vorgesehen sind. Es wäre wahrscheinlich angebracht, bei Verträgen, die die Mit-

⁵⁶ Siehe oben Fn. 1.

⁵⁷ Vgl. Horn, Globalbürgschaft und Bestimmtheitsgrundsatz, in: FS Franz Merz, 1992, S. 217, 222, mit dem Vorschlag, in Globalbürgschaften nach einem Haftungshöchstbetrag zu suchen.

⁵⁸ Ob „stillschweigendes“ hier so viel heißt wie „nicht ausdrückliches“ oder „konkludentes“ hängt davon ab, ob das Gericht das *pactum de non petendo* als Bestandteil des Bürgschaftsvertrages begreift. Ist es Bestandteil, wovon BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft), auszugehen scheint, so bedeutet „stillschweigend“ dasselbe wie „nicht ausdrücklich“, im Gegensatz zum ausdrücklich erklärten Rest. Tritt das *pactum* ergänzend hinzu, so kann es nur durch konkludentes Verhalten zustande gekommen sein, wenn neben dem Bürgschaftsvertrag überhaupt keine Worte fielen. Zur Mehrdeutigkeit des Begriffs „stillschweigende Willenserklärung“ (Erklärung durch konkludentes Verhalten — das einer Erklärung durch ergänzende Auslegung Hinzugefügte — Willenserklärung durch Schweigen) H. Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1985, Rdn. 381 ff. und Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl., 1994, Rdn. 333.

⁵⁹ BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft). Dies entspricht dem Vorschlag von H. P. Westermann, Die Bedeutung der Privatautonomie im Recht des Konsumentenkredits, in: FS Hermann Lange zum 70. Geburtstag, hrsgg. v. Dieter Medicus u. a., 1992, S. 995, 1014 f. Aufgegriffen von Krefl, aaO (Fn. 22), WM 1992, 1425, 1428; H. Honsell, Die Mithaftung mittelloser Angehöriger, in: JuS 1993, 817, 820. Nicht einverstanden Mayer-Maly, Was leisten die guten Sitten?, in: AcP 194 (1994), 105, 151, Fn. 218.

⁶⁰ Siehe BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft).

⁶¹ Siehe oben zu III.

⁶² So hier in BGH, DZWir 1995, 246 (in diesem Heft).

⁶³ Großfeld/Lühn, Die Bürgschaft junger Bürgen für ihre Eltern, in: WM 1991, 2013, 2018 f., wollen durch teleologische Extension aus § 766 BGB sogar das Erfordernis notarieller Beurkundung ableiten, wo die Schriftlichkeit den nahen Angehörigen wegen des Drangs zur Solidarität mit dem Schuldner nur ungenügend warnt.

⁶⁴ BGHZ 63, 359, 362; BGH, NJW 1989, 1484, 1486; BGH, NJW 1992, 1448, 1449; BGH, NJW 1993, 1261, 1262. Ablehnend Bernard, Formbedürftige Rechtsgeschäfte, 1979, S. 15 ff.; Gerhards, Ergänzende Testamentsauslegung und Formvorschriften („Andeutungstheorie“), in: JuS 1994, 642, 645 (mit weiteren Nachweisen in Fn. 20); Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 121 ff.

⁶⁵ BGHZ 86, 41, 45 ff.; BGH, NJW 1989, 1484, 1486; Lüderitz, Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966, S. 192 ff.

⁶⁶ BGH, NJW 1993, 1261, 1262.

⁶⁷ BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft): „Vielleicht kann die Haftungsabrede in dem Sinne auszu-legen sein, daß sie ein stillschweigendes *pactum de non petendo* enthält.“

⁶⁸ Vgl. BGH, NJW 1986, 1337, 1338.

⁶⁹ Auch ein begleitendes Stillhalteabkommen dürfte geeignet sein, die Mitverpflichtung vor der Sittenwidrigkeit zu bewahren, da es als positiver Umstand in die Gesamtwürdigung einfließen kann.

⁷⁰ Käme freilich als Rettung einer Mitverpflichtung vor dem Urteil der Sittenwidrigkeit zu spät, weil allein die Umstände zur Zeit des Vertragsschlusses nach dem Maßstab der guten Sitten gewürdigt werden.

⁷¹ BGHZ 106, 259, 267; BGH, NJW 1994, 318, 319 f.

verpflichtung zum Hauptgegenstand haben, die Intensität der Haftung als Leistungsbeschreibung zum Kernbestand des Vertrages zu zählen, der sich der Kontrolle durch die auf Feinheiten der Abwicklung bezogenen §§ 9 ff AGBG entzieht⁷². Wer trotzdem zu § 9 AGBG gelangen wollte, sollte erwägen, daß das Leitbild, von dem der Vertrag in unangemessener Weise abzuweichen scheint, nicht der vollkommen haftungsfreie Zustand ist, sondern die Haftung mit einer die Überforderung vermeidenden Begrenzung der Inanspruchnahme (unterstellt, überfordernde Mitverpflichtung ohne Begrenzung sei unsittlich). In diesen Idealzustand mag man dann auch das Geschäft, wenn man es für bedenklich hielte, zurückfallen lassen.

4. Formfreiheit haftungsbegrenzender Abreden

Ist die Auslegung hin zu einer Begrenzung der Inanspruchnahme nach all dem einmal gelungen, wird sie auch nicht durch eine nachgestellte Frage nach der Formbedürftigkeit durchkreuzt. Als Nebenabrede eigentlich vom Formzwang erfaßt⁷³, bleibt die Abmachung über die Begrenzung der Inanspruchnahme doch formfrei, da der Schutzzweck der Form nach § 766 BGB gerade nicht die Erschwerung von Haftungserleichterungen fordert⁷⁴.

5. Handhabung einer Haftungsbegrenzung auf Zuerwerb

Schwierigkeiten wird das Modell des Stillhalteabkommens bereiten, wenn der den Zugriff wiedereröffnende Vermögenszufluß schon wieder verzehrt sein sollte, bevor der Gläubiger den Mitverpflichteten in Anspruch nimmt. Der Bundesgerichtshof mußte sich in seiner Entscheidung vom 5. 1. 1995 mit dieser Frage nicht befassen. Setzt man die Auslegung fort, so wird es nach der Abmachung zwischen Gläubiger und Mitverpflichteten wohl nicht darauf ankommen, ob der Mitverpflichtete das erworbene Vermögen halten konnte. Es wäre erstaunlich, wenn der Mitverpflichtete sich der Haftung durch Verleihen oder Beiseiteschaffen des Vermögens entziehen dürfte und der Gläubiger einen geeigneten Zeitpunkt haargenau treffen müßte.

6. Auslegung ohne Befund

Sollte sich keine Haftungsbegrenzung durch Auslegung ermitteln lassen, ver-

bleibt die Möglichkeit, es für rechtsmißbräuchlich zu halten, wenn der Gläubiger den überforderten Mitverpflichteten in Anspruch nimmt, solange sich seine Finanzkraft nicht verbessert⁷⁵. Denn vor einer Verbesserung entspricht die Inanspruchnahme nicht Sinn und Zweck der Mitverpflichtung⁷⁶. Dies ist ein Weg der vom Bundesverfassungsgericht gegenüber der starren Schematik des § 138 Abs. 1 BGB favorisierten⁷⁷ Erarbeitung von Lösungen mit Hilfe von § 242 BGB.

7. Auslegung der nicht überfordernden Mitverpflichtung

Das Modell, durch Auslegung die Wirkung einer Mitverpflichtung zu begrenzen, ist im übrigen nicht nur auf die bei vollem Auskosten ihres Wortlautes überfordernde Mitverpflichtung anwendbar. Auch bei schon anfänglich leidlich guter Vermögensverfassung, wenn nicht das scharfe Schwert des § 138 Abs. 1 BGB bereits über dem Haupte des Gläubigers schwebt, läßt sich vorstellen, daß dem Gläubiger die Ausübung der Bürgschaft nach dem Willen der Beteiligten erst nach weiterem Zuerwerb gestattet sei.

VII. Wegfall der Geschäftsgrundlage

1. Beendigung der Lebensgemeinschaft

Der Bundesgerichtshof läßt die Frage nach Auslegung oder Rechtsmißbrauch dahingestellt sein und nimmt statt dessen an, die Ehefrau könne, nachdem inzwischen die Lebensgemeinschaft zerbrochen ist, wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage jegliche weitere Inanspruchnahme abwehren. Als hierfür einschlägige bei Geschäftsabschluß zutage getretene, dem Geschäftspartner erkennbare und von ihm nicht beanstandete Vorstellung der Bürgin oder gemeinsame Vorstellung von Gläubigerin und Bürgin, worauf der Geschäftswille aufbaute⁷⁸, sieht der Senat allerdings nicht den Fortbestand der Ehe für sich genommen an. Das Schicksal der Lebensgemeinschaft ordnet er dem Risikobereich des Mitverpflichteten zu⁷⁹. Jedoch entfällt in seinen Augen die Geschäftsgrundlage, weil mit dem Scheitern der Ehe keine Verschiebung oder Umlenkung von Vermögen vom schuldenden Ehemann hin zur bürgenden Ehefrau mehr zu erwarten ist und allein die Durchbrechung derartiger Manipulationen Zweck des Bürgschaftsvertrages

war⁸⁰. Damit findet eine weitere von unzähligen Anwendungsmöglichkeiten der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage⁸¹ höchstrichterliche Billigung⁸². Im Ergebnis ähnelt das dem Vorschlag⁸³, das Urteil der Sittenwidrigkeit überfordernder Mitverpflichtung nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beziehen, sondern nur für die Zeit nach einem behutsam zu bestimmenden späteren Zeitpunkt zu bilden.

Der Berücksichtigung planwidrigen Verlaufs der Dinge ist beizupflichten. Wenn denn die Parteien ihrem Vertrag unterstellten, die Lebensgemeinschaft zwischen Mitverpflichteter und Schuldner, und nur diese, beinhalte die Möglichkeit zu Vermögensmanipulationen, und mit ihr stehe und falle die Mitverpflichtung, so muß die Bürgin nach Beendigung der Lebensgemeinschaft der Inanspruchnahme entgetreten können. Das setzt jedoch die gewissenhafte Prüfung voraus, ob nicht zufolge der vom Mitverpflichteten geteilten oder zumindest nicht beanstandeten Vorstellung des Gläubigers die Mitverpflichtung gerade unabhängig von allen Fährnissen der Ehe gelten sollte⁸⁴.

⁷² Zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs von §§ 9 ff AGBG nach § 8 AGBG siehe *Brandner*, in: Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGB-Gesetz, 7. Aufl., 1993, Rdn. 9 ff zu § 8 AGBG. *Dylla-Krebs*, Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, 1990. Bezüglich des Umfangs der Bürgschaftsverpflichtung BGH, NJW 1985, 848, 849.

⁷³ Zur Formbedürftigkeit von Nebenabreden siehe BGH, NJW 1977, 1151.

⁷⁴ RGZ 71, 415 f. Vgl. auch BGH, NJW 1977, 1151.

⁷⁵ BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft). Vergleiche *Knütel*, aaO (Fn. 5), ZIP 1991, 493, 498.

⁷⁶ BGH, DZWir 1995, 245 (in diesem Heft). Über zweckwidrige und damit rechtsmißbräuchliche Ausnutzung einer Bürgschaft *H. G. Graf Lambsdorff/Skora*, Handbuch des Bürgschaftsrechts, 1994, Rdn. 180 f.

⁷⁷ BVerfG, NJW 1994, 36, 39. Auch *Graf von Westphalen*, MDR 1994, 5, 7 f, zieht § 242 BGB vor.

⁷⁸ BGH, DZWir 1995, 245 f (in diesem Heft).

⁷⁹ BGH, DZWir 1995, 246 (in diesem Heft). Insoweit übereinstimmend mit BGH, NJW 1992, 896, 899. Siehe auch *Heinrichsmeier*, aaO (Fn. 6), S. 174; *Schlachter*, aaO (Fn. 21), BB 1993, 802, 805.

⁸⁰ BGH, DZWir 1995, 246 (in diesem Heft). Insoweit Fortentwicklung gegenüber BGH, NJW 1992, 896, 899.

⁸¹ Anders als etwa die Überlegung, der Fortbestand anderweitiger Kreditsicherheit sei Geschäftsgrundlage: BGH, NJW 1994, 2146, 2147 f.

⁸² BGH, DZWir 1995, 246 (in diesem Heft), beruft sich auf *Medicus*, „Geld muß man haben“. Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, in: AcP 188 (1988), 489, 503 ff, *Reifner*, aaO (Fn. 2), ZIP 1990, 434 ff, *H. P. Westermann*, aaO (Fn. 59), S. 1008 ff. Siehe auch *Heinrichsmeier*, aaO (Fn. 6), S. 168 ff, 176; *Hergenröder*, DZWir 1994, 485, 486 mit Fn. 12; *Kreft*, aaO (Fn. 22), WM 1992, 1430 mit Fn. 20; *Medicus*, Leistungsfähigkeit und Rechtsgeschäft, in: ZIP 1989, 817, 822.

⁸³ Von *Aden*, DZWir 1992, 353, 358.

⁸⁴ Vgl. BGH, DZWir 1995, 245 f (in diesem Heft); *Drygala*, aaO (Fn. 1), zu III.1.b; *Heinrichsmeier*, aaO (Fn. 6), S. 176; *Schlachter*, aaO (Fn. 21) BB 1993, 802, 805; †

Leichtfertigkeit bei der Bestimmung des von den Parteien der Bürgschaft Zugrundegelegten kann man dem Bundesgerichtshof gewiß nicht vorwerfen. Die Begründung ist ausführlich und schildert die Dinge sehr anschaulich, zugleich mit einem geeigneten Maß an Allgemeinverbindlichkeit, das die Übertragung auf die sicherlich zahlreichen ähnlichen Fälle erleichtert. Insbesondere wird der Schluß von der Beendigung der Lebensgemeinschaft auf eine Beendigung der Zusammenarbeit in Vermögensangelegenheiten regelmäßig zulässig sein, wengleich die Gerichte sich davor hüten müssen, einem geschickt inszenierten Schauspiel aufzusitzen.

2. Auslegung vor Anwendung der Regeln über die Geschäftsgrundlage?

Es stellt sich jedoch die Frage⁸⁵, ob sich nicht die hier vom Senat aus Wegfall der Geschäftsgrundlage gezogene Folgerung ebenso wie die Beschränkung der Haftung auf übertragenes und umgelenktes Vermögen⁸⁶ im Wege der Auslegung aus dem Vertrag ableiten lassen sollte. Vorstellbar wäre doch zum Beispiel, die Haftung als von vornherein auf die Höhe des bis zum Ende der Lebensgemeinschaft gewonnenen Vermögens beschränkt zu erkennen, die Beendigung der Lebensgemeinschaft als Endzeitpunkt für die Bürgschaft herauszuarbeiten oder das *pactum de non petendo* zu ergänzen um ein ewiges Stillhalten nach Eheauflösung. Dies würde die überaus heikle Frage nach der Zumutbarkeit unveränderten Fortbestandes des Vertrages⁸⁷ ersparen.

3. Fortfall der Geschäftsgrundlage trotz ferner Möglichkeit eines Erwerbs aus Berufstätigkeit oder Erbschaft

Mit Fortfall der Geschäftsgrundlage läßt sich nicht ohne weiteres argumentieren, wenn zwar die Lebensgemeinschaft des Schuldners mit der mitverpflichteten Bürgin aufgelöst ist, aber die Mitverpflichtung nicht allein Vermögensmanipulationen auffangen, sondern auch unvorhergesehenen ureigenen Erwerb der Bürgin dem Zugriff öffnen soll⁸⁸. Für den Gläubiger ist dieser Zusammenhang ärgerlich. Eine besonders enge Fassung des Zwecks mag sich ihm zwar zur Vermeidung der Sittenwidrigkeit anempfehlen, wirkt sich aber für ihn nachteilig aus, wenn dieser eine

enge Zweck nicht mehr erreichbar ist. Der Senat umgeht diese Frage. Er nimmt an, die ungewisse Aussicht auf spätere Arbeitseinkünfte oder Erbschaften könne, selbst wenn sie ebenfalls der Mitverpflichtung zugrundelag, das weitere Festhalten an der Bürgschaft nicht rechtfertigen⁸⁹. Dies freilich hätte der Senat noch untermauern sollen.

4. Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Mitverpflichtung von Kindern und weiter entfernten Personen?

Man darf darauf gespannt sein, wie die Rechtsprechung das Modell vom Fortfall der Geschäftsgrundlage anwenden wird, wenn überforderter Mitverpflichteter nicht der Ehegatte, der Verlobte oder der Lebensgefährte ist, sondern ein (erwachsenes) Kind oder gar eine weiter entfernte Person. Wie ist dann festzustellen, ob der Zweck der Mitverpflichtung sich nicht mehr verwirklichen kann? Wird man fragen, ob der Vater den Sohn auf ewig verstieß, ob die Tochter die Mutter für immer verließ, ob die Freundschaft unwiderruflich zerbrach?

5. Wegfall der Geschäftsgrundlage für nicht überfordernde Mitverpflichtung?

Zu bedenken ist schließlich, daß Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht notwendig eine überfordernde Mitverpflichtung voraussetzt. Im Fall, den der Bundesgerichtshof am 5. 1. 1995 beurteilte, war es so, daß in der Parteivorstellung die Mitverpflichtung wegen Erwerbs- und Vermögenslosigkeit nur einen Sinn im Hinblick auf künftigen Erwerb haben konnte. Eben deshalb stellte sich die volle Weiterhaftung der Bürgin als eine unzumutbare Belastung dar, die durch Anpassung des Vertrages ausgeglichen werden mußte, was hier, wo Vermögensverschiebungen endgültig nicht mehr drohten, sinnvoll nur als „Reduktion der Zahlungspflicht auf Null“ geschehen konnte⁹⁰. Das muß indessen nicht stets so sein. Es ist durchaus vorstellbar, daß den äußeren Umständen nach eine Bürgschaft grundsätzlich den ganz gewöhnlichen Sinn einer Erweiterung der Haftungsmasse⁹¹ haben könnte, weil der Bürge über hinreichende eigene Mittel verfügt, und daß trotzdem nach der Vorstellung der Beteiligten nur Vermögensverschiebungen vorgebeugt werden sollte. Auch solchen Fällen sollte man allerdings vorzugswei-

se mit dem Mittel der Vertragsauslegung begegnen.

⁸⁵ Sofern man nicht ohnehin mit *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, § 21 II. 2 (S. 330), bereits die vom Richter erkannte Anpassung des durch Wegfall der objektiven Geschäftsgrundlage, durch Veränderung von Umständen deren Fortbestand die Vertragspartner als selbstverständlich überhaupt nicht reflektierten, gestörten Vertrages als der ergänzenden Vertragsauslegung verwandte korrigierende Vertragsauslegung betrachtet und umso mehr Veränderungen der subjektiven Geschäftsgrundlage, der bedachten Umstände als Problem der Vertragsauslegung ansieht (vgl. *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1989, § 20. III (S. 396).

⁸⁶ Oben zu VI.

⁸⁷ BGH, DZWir 1995, 246 (in diesem Heft).

⁸⁸ Vgl. BGH, DZWir 1995, 247 (in diesem Heft).

⁸⁹ BGH, DZWir 1995, 247 (in diesem Heft).

⁹⁰ BGH, DZWir 1995, 246 (in diesem Heft).

⁹¹ Vgl. BGH, DZWir 1995, 246 (in diesem Heft).

Summary

By standing surety for borrowers or otherwise guaranteeing repayment of loans, countless relatives of borrowers who have no income or assets have found themselves in what will probably be a hopeless situation for the rest of their lives. The Federal High Court of Justice then developed the notion of the violation of moral principles by financially excessive joint obligations. This model is inadequate in that it draws a sharp line between joint obligations which are valid in their entirety, and joint obligations which are totally invalid. Recognizing the high value of the principle of private autonomy, i. e. the right to contract freely under private law, the Federal High Court of Justice now attempts to define limits of joint obligation by way of interpretation of the actual agreements, or to alleviate liability by applying the doctrine of frustration of contract, which also focuses on the parties' intentions when entering into the contract.

Résumé

En acceptant de se porter caution ou garant, les innombrables proches parents sans revenu ni fortune d'emprunteurs se sont mis par leur bonne volonté dans une situation qui est désastreuse pour eux et probablement durable. En raison de cette situation, le *Bundesgerichtshof* a développé un modèle prévoyant que les cautionnements et garanties qui ne peuvent pas être assumés financièrement sont contraires aux bonnes moeurs. Le défaut de ce modèle réside dans le fait qu'il existe une distinction trop rigide entre les obligations solidaires entièrement valables et les obligations solidaires entièrement nulles. Par conséquent, le *Bundesgerichtshof* cherche aujourd'hui par une interprétation extensive de l'autonomie des parties à un contrat de déduire de la convention elle-même des limites de l'engagement des coobligés. Le *Bundesverfassungsgericht* tente également de limiter leur engagement en réduisant leur responsabilité sur la base de la théorie de l'imprévision, qui s'inspire des souhaits des parties.