



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XI ZR 34/05

Verkündet am:  
8. November 2005  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

---

VerbrKrG § 1  
HGB §§ 1 ff., 350  
BGB § 14

An der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 133, 71, 77, 78; 133, 220, 223; 144, 370, 380 und Senatsurteil vom 25. Februar 1997 - XI ZR 49/96, WM 1997, 710 jeweils m.w.Nachw.) zur entsprechenden Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf die Mithaftungsübernahme des geschäftsführenden Allein- oder Mehrheitsgesellschafters einer GmbH wird festgehalten. Die in der Literatur zum Teil bejahte Gleichstellung dieser Geschäftsführungsorgane mit den Kaufleuten des Handelsgesetzbuches oder kaufmannsähnlichen Personen entspricht nicht der Vorstellung des Gesetzgebers und überschreitet die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung.

BGH, Urteil vom 8. November 2005 - XI ZR 34/05 - OLG Rostock  
LG Schwerin

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 2005 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe und die Richter Dr. Müller, Dr. Wassermann, Dr. Ellenberger und Prof. Dr. Schmitt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 23. Dezember 2004 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Einzelrichters der 3. Zivilkammer des Landgerichts Schwerin vom 20. August 2003 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Rechtsmittelverfahren trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Mithaftungsübernahme des früheren Gesellschafters und Geschäftsführers für die Darlehensschuld der insolventen GmbH. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

- 2 Die klagende Landesbank gewährte durch ihr organisatorisch selbstständiges Förderungsinstitut aufgrund eines entsprechenden Bescheides des Landes Mecklenburg-Vorpommern am 29. September/ 7. Oktober 1997 der S. GmbH (nachfolgend: GmbH) ein Darlehen über 2.979.000 DM aus dem Programm "Sondervermögen Unternehmenshilfe". Der Beklagte war damals alleiniger Geschäftsführer der GmbH und an ihrem Stammkapital mit 48,8% beteiligt, während sein Sohn die restlichen Geschäftsanteile hielt. Wie im Darlehensvertrag vorgesehen, übernahmen beide Gesellschafter am 27. September 1997 die persönliche Mithaftung für die Darlehensrückzahlungsforderung in Höhe ihrer Beteiligungsquote. Der zunächst zur Überwindung von Liquiditätsproblemen der GmbH ausgereichte und auf sechs Monate befristete Kredit wurde mit Vertrag vom 1./4. Dezember 1998 in ein zehnjähriges Darlehen umgewandelt. In den Darlehensverträgen und in der Mithaftungsabrede waren weder der Gesamtbetrag aller von der GmbH zu leistenden Zahlungen noch der effektive Jahreszins angegeben.
- 3 Im Dezember 2001 eröffnete das Amtsgericht über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren. Die Klägerin kündigte daraufhin den Kreditvertrag am 19. Dezember 2001 bei einem Debet von 2.085.300 DM fristlos.
- 4 Gestützt auf den Schuldbeitritt vom 27. September 1997 nimmt die Klägerin den Beklagten auf Rückzahlung des Darlehens in Höhe eines Teilbetrages von 50.000 € zuzüglich Zinsen in Anspruch. Der Beklagte hält die Mithaftungsvereinbarung wegen Verstoßes gegen Formvorschrif-

ten des Verbraucherkreditgesetzes für nichtig. Im Wege der Hilfswiderklage begehrt er die Feststellung, der Klägerin keine weiteren Zahlungen zu schulden.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht den Beklagten antragsgemäß verurteilt und seine Widerklage abgewiesen. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist begründet.

#### I.

7 Das Berufungsgericht hat die Mithaftungsübernahme des Beklagten für wirksam erachtet und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fänden die Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes auf den Schuldbeitritt zu einem Kreditvertrag zwar auch dann entsprechende Anwendung, wenn der Sicherungsgeber geschäftsführender Alleingesellschafter der kreditnehmenden GmbH sei. Dem könne im Streitfall aber nicht gefolgt werden. Das Verbraucherkreditgesetz wolle Personen wie den Beklagten,

der sich als alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter einer GmbH mit einem beträchtlichen Umsatz am Wirtschaftsleben beteiligt und die persönliche Mithaftung im Rahmen dieser wirtschaftlichen Betätigung übernommen habe, nicht schützen. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum Verbraucherkreditgesetz seien Kaufleute, Handwerker, Landwirte und Angehörige der freien Berufe, die einen Kredit für ihre Gewerbs- oder Berufstätigkeit aufnehmen, aus dem Schutzbereich des Gesetzes ausgenommen. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Gesamtbeurteilung müsse der Beklagte zur Vermeidung untragbarer Wertungswidersprüche diesen Personen gleichgesetzt werden. Er sei zwar kein Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches gewesen, aber faktisch wie ein solcher tätig geworden. Auch nach seiner Ausbildung und Berufserfahrung bestehe kein wesentlicher Unterschied zu einem echten Kaufmann.

9 Für diese Betrachtungsweise spreche außerdem die frühere Organstellung des Beklagten. Mit der Aufnahme des Förderdarlehens habe er eine unternehmerische Entscheidung im Rahmen der gewerblichen Tätigkeit der GmbH getroffen. Auch seine nach den Darlehensvertragsbedingungen vorgesehene Mithaftungsübernahme stelle sich als unternehmerisches Handeln dar. Der Beklagte sei daher nicht als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB anzusehen.

10 Davon abgesehen finde das Verbraucherkreditgesetz auch deshalb keine Anwendung, weil die Klägerin gegenüber der GmbH - und damit auch dem Beklagten - nicht als "Kreditgeber" gemäß § 1 VerbrKrG aufgetreten sei. Die Klägerin sei nicht in ihrer Eigenschaft als Bank tätig geworden, sondern durch ihr organisatorisch verselbständigtes Landesför-

derungsinstitut. Das Land Mecklenburg-Vorpommern entscheide allein über die Bewilligung staatlicher Fördermittel. Rechtlich und wirtschaftlich handele es sich daher um ein Darlehen des Landes Mecklenburg-Vorpommern, welches von der Klägerin bzw. ihrem Landesförderungsinstitut lediglich "verwaltet" worden sei.

II.

11            Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Mithaftungsübereinkommenvereinbarung der Prozessparteien ist wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 b und e VerbrKrG nichtig (§ 6 Abs. 1 VerbrKrG) und sichert daher nicht die Darlehensrückzahlungsfor-  
derung der Klägerin.

12            1. Der Schuldbeitritt ist seinem Wesen nach zwar selbst kein Kreditvertrag im Sinne des § 1 Abs. 2 VerbrKrG. Er ist aber nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 133, 71, 74 f.; 133, 220, 222 f.; 155, 240, 243; Senatsurteile vom 28. Januar 1997 - XI ZR 251/95, WM 1997, 663, 664 und vom 27. Juni 2000 - XI ZR 322/98, WM 2000, 1799 m.w.Nachw.) einem Kreditvertrag bei wertender Betrachtung gleichzustellen, wenn es sich bei dem Vertrag, zu dem der Beitritt erklärt wird, wie hier um einen Kreditvertrag handelt. An die Formwirksamkeit des Schuldbeitritts sind deshalb dieselben strengen Anforderungen zu stellen wie an den Kreditvertrag selbst. Dies gilt im besonderen Maße für das Schriftformerfordernis und die Mindestangaben des § 4 Abs. 1 VerbrKrG, die Informations- und Warnfunktion für den Verbraucher haben und ihm überdies die Entscheidung über die Aus-

übung des Widerrufsrechts erleichtern sollen (vgl. BGHZ 142, 23, 33). Dem Beitretenden müssen daher bei Abgabe der Mithaftungserklärung die wesentlichen Kreditkonditionen im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 4 VerbrKrG - einschließlich der sich aus ihnen ergebenden Gesamtbelastung - klar und deutlich vor Augen geführt werden, damit er wie der Hauptschuldner rechtzeitig und zuverlässig erkennen kann, auf was er sich einlässt (Senatsurteile vom 27. Juni 2000, aaO und 24. Juni 2003, BGHZ 155, 240, 243 f.).

13            2. Der Beklagte ist in Bezug auf die persönliche Mithaftungsübernahme nicht wie ein Kaufmann, Unternehmer, Gewerbetreibender oder Freiberufler zu behandeln, sondern als Verbraucher im Sinne des § 1 Abs. 1 VerbrKrG. Die gegenteilige Ansicht des Berufungsgerichts entspricht nicht der Gesetzeslage und vermag eine richterliche Rechtsfortbildung nicht zu rechtfertigen.

14            a) Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes findet das Verbraucherkreditgesetz auch in den Fällen Anwendung, in denen der Kredit einer GmbH gewährt wird und der der Gesellschaftschuld Beitretende deren geschäftsführender Gesellschafter ist. Dies gilt nicht nur dann, wenn der Beitretende Mehrheitsgesellschafter und Alleingeschäftsführer (vgl. BGHZ 133, 71, 77, 78) oder Hauptgesellschafter und Mitgeschäftsführer der kreditnehmenden Hauptschuldnerin ist (vgl. BGHZ 133, 220, 223), sondern auch dann, wenn es sich bei ihm um den geschäftsführenden Alleingesellschafter handelt (vgl. BGHZ 144, 370, 380 und Senatsurteil vom 25. Februar 1997 - XI ZR 49/96, WM 1997, 710 jeweils m.w.Nachw.). An dieser in der Literatur (MünchKommBGB/ Ulmer, 4. Aufl. § 491 Rdn. 41; Kurz NJW 1997, 1828 f.; Wackenbarth

DB 1998, 1950, 1951 ff.; Canaris AcP 200 (2000), 273, 355, 359; Hänlein DB 2001, 1185, 1187; Dauner-Lieb/Dötsch DB 2003, 1666, 1667 f.; siehe auch Bungereth, in: Festschrift für Schimansky S. 279 ff.) zum Teil auf Kritik gestoßenen Ansicht hält der erkennende Senat auch unter Berücksichtigung der Erwägungen des Berufungsgerichts fest.

15           aa) Der Geschäftsführer einer werbenden GmbH ist weder Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff. HGB noch Unternehmer gemäß § 14 BGB (BGH, Urteil vom 15. Juli 2004 - III ZR 315/03, ZIP 2004, 1647, 1648 f.: für den Geschäftsführer einer deutschen GmbH bzw. einer französischen S.A.R.L.). Nur die GmbH selbst ist nach § 13 Abs. 3 GmbHG, § 6 Abs. 1 HGB Kaufmann. Daran ändert auch der Besitz aller oder einiger GmbH-Anteile durch den Geschäftsführer nichts, weil die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft zur reinen Vermögensverwaltung zählt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes stellt die Übernahme einer Bürgschaft durch den Geschäftsführer/Gesellschafter einer GmbH für deren Verbindlichkeiten daher kein Handelsgeschäft im Sinne des § 350 HGB dar (BGHZ 121, 224, 228; 132, 119, 122 m.w.Nachw.; zustimmend u.a. Heymann/Horn, HGB § 350 Rdn. 5; Oetker, Handelsrecht 4. Aufl. § 7 III Rdn. 57; Ebenroth/Boujong/Joost/Hakenberg, HGB § 350 Rdn. 12; vgl. auch Koller/Roth/Morck, HGB 5. Aufl. § 350 Rdn. 5).

16           bb) Wie die vorgenannten Kritiker der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist zwar auch ein Teil der handelsrechtlichen Literatur (MünchKommHGB/Karsten Schmidt, § 350 Rdn. 10; ders. ZIP 1986, 1510, 1515; vgl. auch P. Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, 1991, S. 31 f.) der Ansicht, dass Geschäftsführer/Gesellschafter einer GmbH



oder jedenfalls Allein- bzw. Mehrheitsgesellschafter mit Geschäftsführungsbefugnis (Canaris, Handelsrecht 23. Aufl. § 26 Rdn. 13; Münch-KommBGB/Habersack, 4. Aufl. § 766 Rdn. 3; vgl. auch Koller/Roth/Morck aaO: für geschäftsführende Alleingesellschafter) bei wertender Betrachtung wie echte Kaufleute nicht vor den Gefahren einer im Auftrag der kreditsuchenden Gesellschaft übernommenen Bürgschaft oder eines Schuldversprechens bzw. Schuldanerkenntnisses gewarnt werden müssen. Damit werden aber nicht nur die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschritten, sondern auch zu geringe Anforderungen an eine Gleichbehandlung des Geschäftsführers/Gesellschafters einer GmbH mit einem Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches gestellt.

- 17 (1) Richtig ist allerdings, dass zumindest geschäftsführende Alleingesellschafter das von der GmbH betriebene Unternehmen regelmäßig genauso beherrschen und leiten wie ein Kaufmann sein Handelsgeschäft. Ebenso ist nicht zu bestreiten, dass sich die Geschäftsführertätigkeit als solche an kaufmännischen Gepflogenheiten orientiert und der Rechtsverkehr insoweit im Allgemeinen nicht zwischen dem Geschäftsführer einer GmbH und einem Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches unterscheidet. Für einen Kaufmann ist nach der Wertung der §§ 1 ff. HGB aber auch charakteristisch, dass er für die unter seiner Geschäftsleitung begründeten Betriebsschulden persönlich mit seinem ganzen Privatvermögen haftet (Ebenroth/Boujong/Joost/Hakenberg aaO). Dies ist mit ein Grund dafür, dass das Gesetz den Kaufleuten bei bestimmten Handelsgeschäften mit Nichtkaufleuten rechtliche Vorteile einräumt. Gemäß § 13 GmbHG gilt das Prinzip von Unternehmensleitung und persönlicher Haftung aber nicht einmal für geschäftsführende Alleingesellschafter einer GmbH. Selbst sie können daher den Kaufmannssta-

tus nicht erlangen. Folgerichtig dürfen sie auch nicht mit den bei Handelsgeschäften bestehenden Besonderheiten wie etwa bei der kaufmännischen Bürgschaft oder dem kaufmännischen Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis gemäß § 350 HGB belastet werden (Ebenroth/Boujong/Joost/Hakenberg aaO). Überdies ist fraglich, ab welcher Beteiligungsquote ein Gesellschafter die Gesellschaft gewöhnlich so beherrscht, dass er nach der allgemeinen Verkehrsanschauung mit einem Einzelunternehmer verglichen werden kann, zumal - wie der vorliegende Streitfall zeigt - bei einer Familien-GmbH insoweit besondere Regeln zu beachten sein könnten.

- 18           (2) Davon abgesehen liegt entgegen der Ansicht der Kritiker der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch keine Gesetzeslücke vor, die im Wege richterlicher Rechtsfortbildung geschlossen werden könnte. Zwar mag es im Laufe der Zeit zu einer Ausbreitung der Handelsgesellschaften gekommen sein, während der Einzelkaufmann immer mehr an Bedeutung verloren hat (vgl. MünchKommHGB/Karsten Schmidt aaO). Dies bedeutet aber nicht, dass das vom Gesetzgeber für den Erwerb des Kaufmannsstatus entwickelte Konzept durch eine Veränderung der Wirtschaftswirklichkeit lückenhaft und reformbedürftig geworden ist. Die Handelsrechtsreform von 1998 hat an der bestehenden Rechtslage nichts geändert. Auch haben Überlegungen, Geschäftsführer/Gesellschafter einer GmbH generell oder unter bestimmten Voraussetzungen künftig zu den Kaufleuten oder Unternehmern zu zählen, im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung keine Rolle gespielt (vgl. §§ 13, 14 BGB).

19 (3) Auch die vom Berufungsgericht zur Begründung seiner gegenteiligen Ansicht angeführten Gesichtspunkte wie ein "beträchtlicher Umsatz" der seinerzeit vom Beklagten allein geleiteten GmbH und/oder seine "ersichtlich vorhandenen Erfahrungen in geschäftlichen Dingen", vermögen eine Rechtsfortbildung nicht zu rechtfertigen. Denn abgesehen davon, dass die Umsatz- bzw. Ertragslage einer GmbH im Regelfall keine zuverlässigen Schlüsse auf die beruflichen Erfahrungen und/oder Kenntnisse des einzelnen Geschäftsführers zulässt, ist selbst eine noch so große geschäftliche Erfahrung für sich genommen kein den Kaufmannsstatus begründendes Element. Dies zeigt sich auch deutlich daran, dass andernfalls nicht nur berufserfahrene Fremdgeschäftsführer einer GmbH (dagegen aber ausdrücklich MünchKomm/Karsten Schmidt aaO; MünchKommBGB/Ulmer aaO) und Prokuristen oder vergleichbare Berufsgruppen in die Rechtsfortbildung einbezogen werden müssten, sondern das Merkmal der "Geschäftserfahrung" sogar bei Privatgeschäften eines Kaufmanns haftungsverschärfend (vgl. Koller/Roth/Morck aaO § 1 Rdn. 19) wirken müsste.

20 Ebenso ist unerheblich, welche Motive der Bürgschafts- oder Mithaftungserklärung des geschäftsführenden Gesellschafters der kreditnehmenden GmbH zugrunde liegen. Denn auch wenn der Beklagte mit der Übernahme der persönlichen Haftung für die Rückzahlung des Förderdarlehens den Fortbestand des Familienunternehmens und damit auch seine eigene wirtschaftliche Existenzgrundlage dauerhaft sichern wollte, so ändert dies nichts daran, dass er insoweit nicht als Geschäftsführungsorgan der GmbH sondern als Privatmann gehandelt hat.

- 21           cc) Aus der Entstehungsgeschichte des Verbrauchercreditgesetzes ergibt sich nichts anderes. Nichts spricht dafür, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des Verbrauchercreditgesetzes von den Vorgaben des Handelsgesetzbuches abweichen und Geschäftsführer/Gesellschafter einer GmbH zu den kaufmannsähnlichen Personen (Gewerbetreibende oder Freiberufler) zählen wollte. Vielmehr soll nach seinem eindeutigen Willen das Verbrauchercreditgesetz in Zweifelsfällen Anwendung finden und seine Schutzwirkung uneingeschränkt entfalten (BGHZ 133, 71, 78). Dabei hat es der Gesetzgeber bei der Übernahme des Verbrauchercreditgesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass ein Schuldbeitritt eines geschäftsführenden GmbH-Gesellschafters die Mindestangaben des § 4 Abs. 1 VerbrKrG erfordert, belassen.
- 22           b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts führt die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch nicht zu untragbaren Ergebnissen. Zwar würde der Geschäftsführer einer GmbH, der als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter die Geschäftspolitik des in kaufmännischer Weise eingerichteten Betriebes bestimmt, nicht unzumutbar belastet, wenn er in den vorliegenden Fällen nicht mehr in den Schutzbereich des Verbrauchercreditgesetzes fiel. Dabei handelt es sich aber um eine Erwägung de lege ferenda (vgl. Bungereth, aaO S. 285 ff.). Das geltende Recht hat auch nicht zu Missständen in einem Ausmaß geführt, das eine Korrektur besonders dringlich erscheinen ließe. Dem steht schon entgegen, dass es für die Bank problemlos möglich ist, durch Einhaltung der entsprechenden Formvorschriften eine wirksame Verpflichtung des Geschäftsführers bei der Übernahme einer Personalsicherheit für die kre-

mitsuchende GmbH zu begründen. Dies hat die Klägerin hier versäumt, obwohl ihr bei Hereinnahme der Schuldbeitrittserklärung vom 27. September 1997 bekannt sein musste, dass eine solche Erklärung eines geschäftsführenden GmbH-Gesellschafters nach Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 5. Juni 1996 (BGHZ 133, 71, 76 ff. = NJW 1996, 2156), vom 10. Juli 1996 (BGHZ 133, 220, 224 = NJW 1996, 2865) und vom 25. Februar 1997 (XI ZR 49/96, NJW 1997, 1443, 1444) dem § 4 Abs. 1 VerbrKrG unterliegt.

23            3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist nicht das Land Mecklenburg-Vorpommern, sondern die Klägerin Kreditgeberin (§ 1 Abs. 1 VerbrKrG).

24            a) Nach dem Schutzzweck des Verbraucherkreditgesetzes und dem Grundsatz der Rechtssicherheit kommt es für die Frage, wer der Vertragspartner des Verbrauchers ist, entscheidend auf dessen verständige Sicht zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses an. Bei der Gewährung staatlich geförderter Darlehen unter Einschaltung eines privaten Kreditinstituts als Hausbank des Kreditnehmers ist insoweit der letzte Akt der Kreditvergabe entscheidend, auch wenn die Bank auf fremde Rechnung handelt, also nur durchleitende Funktion hat (vgl. Senat BGHZ 155, 240, 247). Gleiches gilt, wenn ein öffentlich-rechtliches Kreditinstitut wie die Klägerin Förderdarlehen im eigenen Namen vergibt. Dass die Klägerin dabei durch ihr organisatorisch verselbständigtes Landesförderinstitut im Innenverhältnis im Auftrag des Landes Mecklenburg-Vorpommern handelte und an dessen Weisungen gebunden war, ist ohne Bedeutung. Da die Klägerin die Darlehensvergabe durchgeführt hat, ist sie Kreditgeberin im Sinne des § 1 Abs. 1 VerbrKrG.

25            b) Aus der Spezialregelung des § 3 Abs. 1 Nr. 5 VerbrKrG (§ 491 Abs. 2 Nr. 3 BGB n.F.) ergibt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keine andere rechtliche Beurteilung. Der Umstand, dass die Kreditvergabe durch die öffentliche Hand nach dieser Vorschrift unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise nicht den Regelungen des Verbraucherkreditgesetzes unterliegt, zeigt vielmehr, dass dieses ansonsten auch bei Abschluss eines Darlehensvertrages mit der öffentlichen Hand selbst Anwendung findet.

26            4. Die Mithaftungsübernahme des Beklagten genügt nicht den Anforderungen des Verbraucherkreditgesetzes und ist daher wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 b und e VerbrKrG i.V. mit § 6 Abs. 1 VerbrKrG nichtig. Dass die Kreditsumme entsprechend der darlehensvertraglichen Vereinbarung an die GmbH ausgezahlt worden ist, vermag eine Heilung des Formmangels - wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat - nach dem Schutzzweck des § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG nicht herbeizuführen (Senatsurteil BGHZ 134, 94, 98 f.; BGH, Urteil vom 30. Juli 1997 - VIII ZR 244/96, WM 1997, 2000, 2001).

### III.

27            Die angefochtene Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Dem Beklagten ist es nicht nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich gegenüber der Klägerin auf die Nichtigkeit der Mithaftungsabrede zu berufen.

28 Ein Mangel der durch Gesetz vorgeschriebenen Form kann nur unter besonderen Umständen und Verhältnissen wegen unzulässiger Rechtsausübung unbeachtlich sein. Ein solcher Ausnahmefall liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in aller Regel vor, wenn eine Partei sich unter Berufung auf den Formmangel ihrer vertraglichen Verpflichtung entziehen will, obwohl sie längere Zeit aus dem nichtigen Vertrag geldwerte Vorteile im beträchtlichen Umfang gezogen hat. Zwar kommt dabei grundsätzlich auch ein bloßer mittelbarer Vorteil, den ein Gesellschafter durch eine rechtsgrundlose Leistung an die Gesellschaft erlangt hat, als Anknüpfungspunkt für ein treuwidriges Verhalten in Betracht (BGHZ 121, 224, 233 f.; vgl. auch BGH, Urteil vom 30. Juli 1997 - VIII ZR 244/96, WM 1997, 2000, 2001). Dafür, dass der Beklagte von dem Förderdarlehen als ehemaliger Geschäftsführer/Gesellschafter der Hauptschuldnerin in einem Ausmaß persönlich profitiert hat, das seine Zahlungsverweigerung als widersprüchliches und damit treuwidriges Verhalten erscheinen lässt, ist aber in den Tatsacheninstanzen nichts vorgetragen.

#### IV.

29 Die angefochtene Entscheidung war daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, konnte der

Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO) und die landgerichtliche Entscheidung wiederherstellen.

Nobbe

Müller

Wassermann

Ellenberger

Schmitt

Vorinstanzen:

LG Schwerin, Entscheidung vom 20.08.2003 - 3 O 61/03 -

OLG Rostock, Entscheidung vom 23.12.2004 - 1 U 123/03 -