

NORMEN HÖRNIG

Fortbestand  
akzessorischer  
Sicherheiten

*Studien zum Privatrecht*

---

**Mohr Siebeck**

# Studien zum Privatrecht

Band 80





Normen Hörnig

# Fortbestand akzessorischer Sicherheiten

Eine gesellschaftsrechtliche Lösung am Beispiel der  
Bürgschaft bei Wegfall des Hauptschuldners

Mohr Siebeck

*Normen Hörnig*, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft an der Martin-Luther Universität Halle-Wittenberg; 2013 Erstes Juristisches Staatsexamen; seit 2014 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und Insolvenzrecht an der Martin-Luther Universität Halle Wittenberg; 2015 LL.M.oec am Institut für Wirtschaftsrecht der Martin-Luther Universität Halle-Wittenberg; 2017 Promotion; seit 2017 Rechtsreferendariat am Oberlandesgericht Naumburg.

Gedruckt mit Unterstützung der Studienstiftung ius vivum, Kiel und der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung in Hamburg.

ISBN 978-3-16-155968-6 / eISBN 978-3-16-155969-3

DOI 10.1628/978-3-16-155969-3

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweiher gebunden.

Printed in Germany.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde in geringfügig überarbeiteter Fassung im Sommersemester 2017 von der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten für die Drucklegung bis Juni 2018 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem hochverehrten Doktorvater Herrn *Prof. Dr. Stephan Madaus*, welcher mich wohlwollend während der Erstellung der gesamten Arbeit mit zahlreichen Denkanstößen und wertvollen Ratschlägen begleitete. Zugleich hat er mir vertrauensvoll alle akademischen Freiheiten während meiner Zeit an seinem Lehrstuhl gelassen und durch seine offene wie auch freundschaftliche Art keinen bloß inhaltlichen Beitrag geleistet, sondern dieser Arbeit eine unschätzbar ideelle Prägung verliehen. Großen Dank gebührt auch Herrn *Prof. Dr. Christoph Kumpan* für dessen äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Der *Studienstiftung ius vivum* sowie der *Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung*, Hamburg danke ich für ihre jeweils großzügig gewährten Druckkostenzuschüsse.

Daneben möchte ich allen Mitarbeitern des Lehrstuhls von Prof. Dr. Stephan Madaus danken, wobei hier besonders *Anna Katharina Wilke* hervorzuheben ist, die mir mit Wohlwollen und Großzügigkeit den Rücken freigehalten hat.

Von ganz besonderem Wert ist für mich jedoch die Freundschaft, die sich während meiner dreijährigen Tätigkeit am Lehrstuhl zu meinen ehemaligen Kollegen *Susen Grompe*, *Armin Grimm* und *Philipp Knauth* entwickelt hat. Sie waren mir nicht nur an jedem einzelnen Tag des Verfassens dieser Arbeit eine Stütze, sondern vermochten auch in persönlicher Hinsicht eine exzellente Bereicherung für mich darzustellen. Ich danke ihnen aufrichtig für die gemeinsam erlebte Zeit.

Dank schulde ich zudem Herrn *Torsten Schüller*, der durch sorgfältiges Korrekturlesen und konstruktive Anregungen ebenso zum Gelingen der Arbeit beitrug.

Herzlich danken möchte ich auch *Georg Mitsching*, der mir während meines gesamten juristischen Werdeganges stets mit Rat und Tat ebenso freundschaftlich wie verständnisvoll zur Seite stand.

Schließlich standen mir noch eine ganze Reihe weiterer Menschen zur Seite, die mich schon seit jeher und nicht nur während der Erstellung dieser Arbeit, sondern bereits davor unterstützt haben. Auch ihnen sei an dieser Stelle Platz eingeräumt für den zwar weniger inhaltlichen, dafür aber umso mehr moralisch erfolgten Beistand sowie intensive Ablenkung, ohne die eine Fertigstellung der Arbeit nur sehr viel schwieriger von der Hand gegangen wäre. Deshalb danke ich, keineswegs abschließend, *Kristin* und *Tobias Friedrich*, *Julia Backhaus*, *Bastian Klemet*, *René Haußner*, *Vanessa Ferber*, *Daniela Waage* und *Anne-Marie Rohloff*.

Ein letzter und ganz herausragender Dank von ganzem Herzen gilt schließlich meinen Eltern, *Ina* und *Klaus-Dieter Hörnig*! Alles Erreichte ist Ergebnis der unendlichen elterlichen Mühen, die von Beginn an selbstlos und aufopferungsvoll allein auf das Wohlergehen und die Förderung ihres Sohnes gerichtet waren. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Halle (Saale), im Sommer 2018

Normen Hörnig

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XV
A. Rechtfertigung der Arbeit . . . . .	1
B. Einführung in das Problemfeld des weggefallenen Hauptschuldners einer Bürgschaft . . . . .	5
I. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum weggefallenen Hauptschuldner einer Bürgschaft . . . . .	7
1. Von der akzessorischen zur verselbstständigten Bürgschaft – Die Entwicklung der Rechtsprechung . . . . .	7
a) Beginn der Rechtssprechungslinie beim RG . . . . .	8
b) Weiterentwicklung durch den BGH . . . . .	10
2. Die verselbstständigte Bürgschaft im Lichte der §§ 765 ff. BGB . . . . .	13
a) Die Einrede der Verjährung . . . . .	14
b) Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 774 BGB . . . . .	16
aa) Bei der übergegangenen Hauptforderung . . . . .	16
bb) Bei den Sicherungsrechten . . . . .	20
cc) Bei der Nachbürgschaft . . . . .	21
dd) Zwischenergebnis . . . . .	22
c) Die Aufgabe von Sicherheiten . . . . .	23
d) Die Übertragung der Bürgschaft . . . . .	23
3. Stellungnahme zur Rechtsprechung von RG und BGH . . . . .	24
a) Fehlende Regelungslücke . . . . .	25
b) Vermeintliche Untätigkeit des Gesetzgebers . . . . .	27
c) Keine Akzessorietätsausnahme, sondern Akzessorietätsaufgabe . . . . .	28
d) Keine volle Vorbildfunktion vergleichbarer Vorschriften . . . . .	31
e) Zwischenergebnis . . . . .	32
II. Materiell-rechtliche Grundlagen der Rechtsprechung . . . . .	33
1. Die Person des weggefallenen Hauptschuldners . . . . .	33
a) Natürliche Personen . . . . .	33

b) Juristische Personen des Privatrechts . . . . .	34
c) Personengesellschaften . . . . .	36
d) Juristische Personen des öffentlichen Rechts . . . . .	39
e) Zwischenergebnis . . . . .	41
2. Der Wegfall des Hauptschuldners im Bürgschaftsdreieck . . . . .	41
a) Der Wegfall des Bürgen . . . . .	41
b) Der Wegfall des Gläubigers . . . . .	42
c) Der „vermögensbedingte“ Wegfall des Hauptschuldners . . . . .	43
d) Zwischenergebnis . . . . .	44
III. Begründung für Aufbau und Gang der weiteren Darstellung . . . . .	45
C. Gegenauffassungen in der Literatur . . . . .	47
I. Die reine Gläubigerschuld und das sog. Sollenselement der Hauptforderung . . . . .	47
1. Die Gläubigerschuld . . . . .	48
2. Vorteile und Kritik zur Gläubigerschuld . . . . .	49
3. Das fortbestehende Sollenselement nach <i>Becker-Eberhart</i> . . . . .	51
4. Vorteile und Kritik zum fortbestehenden Sollenselement . . . . .	53
5. Auswirkung beider Ansichten auf die §§ 765 ff. BGB . . . . .	55
6. Stellungnahme . . . . .	55
II. Die Akzessorietät als Zurechnungsmodell nach <i>Iversen</i> . . . . .	56
1. Auswirkung auf §§ 765 ff. BGB . . . . .	57
2. Kritik und Stellungnahme . . . . .	58
III. Die kausale Akzessorietät nach <i>C. Schmidt</i> . . . . .	60
1. Auswirkungen auf die §§ 765 ff. BGB . . . . .	62
2. Kritik und Stellungnahme . . . . .	63
IV. Die Forderungsfiktion . . . . .	66
1. Auswirkungen auf die §§ 765 ff. BGB . . . . .	67
2. Kritik und Stellungnahme . . . . .	67
a) Ewige Fiktion . . . . .	67
b) Fiktion nur bei Vereinbarung . . . . .	69
c) Ergebnis . . . . .	71
D. Eigene denkbare Lösungsansätze . . . . .	73
I. Ansätze im BGB abseits der Bürgschaftsregelungen . . . . .	73
1. Störung der Geschäftsgrundlage . . . . .	74
a) Fehlvorstellung in Bezug auf den Hauptschuldner . . . . .	74
b) Fehlvorstellung in Bezug auf den Bürgen . . . . .	75
2. Die Bürgschaft als Schuldbeitritt . . . . .	78
3. Analoge Anwendung des § 418 BGB . . . . .	80

II. Das Preußische Allgemeine Landrecht . . . . .	81
1. Die Bürgschaft im ALR . . . . .	81
2. Die Gesellschaften im ALR . . . . .	82
3. Ergebnis . . . . .	84
III. Draft Common Frame of Reference . . . . .	84
1. Die Bürgschaft im DCFR . . . . .	86
2. Der weggefallene Hauptschuldner im DCFR . . . . .	87
a) Art. IV.G. – 2:102 . . . . .	87
b) Art. IV.G. – 2:103 . . . . .	89
c) Art. IV.G. – 2:106 . . . . .	91
d) Art. IV.G. – 2:113 . . . . .	93
3. Ergebnis . . . . .	94
IV. Die Insolvenzordnung . . . . .	96
V. Ergebnis und Konsequenz für die weitere Darstellung . . . . .	99
E. Die Darstellung des eigenen gesellschaftsrechtlichen Lösungsansatzes . . . . .	103
I. Die eigene These . . . . .	104
II. Gesellschaften zwischen Vollbeendigung und Nachtragsliquidation	105
1. Die Nachtragsliquidation . . . . .	106
2. Die Vollbeendigung . . . . .	109
a) Die unregelmäßige Vollbeendigung . . . . .	109
b) Die konstitutive Löschung aus dem Handelsregister . . . . .	111
aa) Fiktive Nachgesellschaft . . . . .	112
bb) Sondervermögen . . . . .	114
cc) Die Nachgesellschaft sui generis . . . . .	115
dd) Teilrechtsfähige Nachgesellschaft . . . . .	116
ee) Ergebnis . . . . .	117
c) Vermögenslosigkeit . . . . .	118
aa) Die Schwierigkeiten alleiniger Vermögenslosigkeit . . . . .	119
bb) Ergebnis . . . . .	121
d) Löschung aus dem Handelsregister und Vermögenslosigkeit . . . . .	121
aa) Fortgesetzte Schwierigkeiten des Merkmals objektiver Vermögenslosigkeit . . . . .	122
bb) Die Lehre vom Doppeltatbestand als vermittelnde Lösung? . . . . .	124
cc) Das Merkmal der Vermögenslosigkeit als Garant für fortbestehende Verbindlichkeiten . . . . .	125
e) Das Fehlen sonstigen Abwicklungsbedarfes als Erweiterung der Lehre vom Doppeltatbestand . . . . .	126

aa)	Gegenansichten . . . . .	127
bb)	Probleme bei der Ausweitung des Doppeltatbestandes . . .	128
f)	Personengesellschaften . . . . .	130
aa)	Probleme bei der Gesellschafterhaftung von OHG und KG . . . . .	130
bb)	Probleme bei der Gesellschafterhaftung der GbR . . . . .	133
cc)	Schlussfolgerung der Gesellschafterhaftung für die Vollbeendigung . . . . .	135
g)	Nachtragsliquidation als Nachtragsverteilung im Insolvenzverfahren . . . . .	136
h)	Zwischenergebnis . . . . .	138
aa)	Die Nachtragsliquidation in § 273 Abs. 4 AktG als Ausgangspunkt . . . . .	139
bb)	Die rechtstheoretische Realität ewig bestehender Rechtsträger und Verbindlichkeiten . . . . .	141
cc)	Unerreichbarkeit der Vollbeendigung . . . . .	142
dd)	Keine Abhilfe durch Einbeziehung der Verbindlichkeiten zum Merkmal Vermögenslosigkeit . . . . .	143
ee)	Keine zivilprozessualen Parteiprobleme . . . . .	145
F.	Beweisführung und generelle Übertragbarkeit des Lösungsansatzes . . . . .	147
I.	Keine entgegenstehenden Gründe in Rechtsprechung und Lehre . . .	147
1.	Anhaltspunkte in der neueren Rechtsprechung . . . . .	147
a)	BGHZ 48, 303 – Kein Erlöschen der Verbindlichkeiten . . . . .	147
b)	BGHZ 53, 264 . . . . .	149
c)	OLG Hamm – Keine Verjährung der Verbindlichkeiten . . . . .	150
2.	Alternative Rechtsprechungslinie des RG . . . . .	152
a)	Von der Hauptschuld zum Hauptschuldner, RGZ 153, 338 . . . . .	152
b)	Keine restlose Vernichtung der Rechtspersönlichkeit . . . . .	153
c)	Ergebnis . . . . .	155
3.	Insolvenzrecht . . . . .	156
4.	Kein nicht beendetes Liquidationsverfahren . . . . .	158
a)	Kritik zu dieser Ansicht . . . . .	158
b)	Ergebnis . . . . .	161
5.	Kein ewiges Steuersubjekt . . . . .	162
a)	Anknüpfung der Steuerpflichtigkeit an die Vollbeendigung im KStG . . . . .	163
b)	Unbedenklichkeit der Steuerpflichtigkeit . . . . .	163
c)	Ähnliche Regelung nach EStG für Personengesellschaften . . .	165

d) Ergebnis . . . . .	166
6. Keine ewig blockierte Firma . . . . .	166
a) Fortsetzungsfähigkeit der Gesellschaft während der Nachtragsliquidation . . . . .	168
aa) Kapitalgesellschaften . . . . .	168
bb) Personengesellschaften . . . . .	170
b) Die Nachtragsliquidation als Grund zur Verneinung der Fortsetzungsmöglichkeit von Gesellschaften . . . . .	172
c) Ergebnis . . . . .	173
7. Keine bloße Teilrechtsfähigkeit . . . . .	174
a) Die Heller und Buchner'sche Teilrechtsfähigkeit . . . . .	174
b) Relative Rechtsfähigkeit . . . . .	175
c) Ergebnis . . . . .	176
8. Sonderfall eines verdeckten Ermittlers gemäß § 110a StPO . . . . .	176
a) Der zivilrechtliche Aspekt zur Lage des verdeckten Ermittlers . . . . .	177
b) Inkonsistenzen bei der Entschädigung durch verdeckte Ermittler . . . . .	178
c) Der verdeckte Ermittler und die Bürgschaft . . . . .	180
d) Übertragung der These auf den verdeckten Ermittler . . . . .	182
9. Vergleich zu den Gegenmodellen der Literatur . . . . .	183
a) Gläubigerschuld und Sollenselement . . . . .	183
b) Verständnisänderung der Akzessorietät . . . . .	184
c) Forderungsfiktion . . . . .	184
II. Zusammenfassung der These und Endergebnis . . . . .	185
III. Übertragbarkeit auf den Wegfall des Hauptschuldners bei anderen (nicht) akzessorischen Sicherheiten . . . . .	187
1. Nicht akzessorische Sicherheiten . . . . .	187
2. Andere akzessorische Sicherheiten . . . . .	188
3. Relevanz jenseits der Bürgschaft . . . . .	189
4. Ergebnis . . . . .	190
G. Zusammenfassung . . . . .	193
Literaturverzeichnis . . . . .	199
Register . . . . .	209



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ACQP	Principles of the Existing EC Private Law
AG InsO LSA	Ausführungsgesetz zur Insolvenzordnung des Landes Sachsen-Anhalt
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AT	Allgemeiner Teil
BB	Betriebs-Berater
BeckOGK	Beck'scher Online-Grosskommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BFH	Bundesfinanzhof
BFH/NV	Sammlung nicht veröffentlichter Entscheidungen des BFH
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	BundesgesetzblattLG
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BW-AGGVG	Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit des Landes Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStRE	Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst

et al.	et alii (und andere)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FK	Frankfurter Kommentar
FS	Festschrift
GbR	Gemeinschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau
Großkomm	Großkommentar
GS	Gedächtnisschrift
Habil.	Habilitation
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
JA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft/Kammergericht
KK	Karlsruher Kommentar
KStG	Körperschaftssteuergesetz
KWG	Kreditwesengesetz
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
Ls.	Leitsatz
m. Anm.	mit Anmerkung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar
MünchHdb. GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechtes
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos-Kommentar
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

o. N.	ohne Namensangabe
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PECL	Principles of European Contract Law
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar BGB
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
RRa	Reiserecht aktuell
S.	Seite/Satz
StPO	Strafprozessordnung
u. a.	unter anderem
Überbl.	Überblick
UmwG	Umwandlungsgesetz
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Vorb.	Vorbemerkung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
zugl.	zugleich



## A. Rechtfertigung der Arbeit

Das oben erwähnte Thema läuft Gefahr, dass es von vornherein bei einem Teil der Leser kühle Zurückweisung erfährt, allerdings nicht wegen einer vermeintlich mangelnden Relevanz für das Zivilrecht im Allgemeinen oder dem Kredit-sicherheitsrecht im Besonderen. Die Zurückweisung könnte vielmehr darin begründet sein, dass jegliche Problematiken und Fragestellungen nach dem Fortbestand akzessorischer Sicherheitsrechte, wie etwa der Bürgschaft, der Hypothek oder dem Pfand, dogmatisch bereits hinreichend untersucht, jedenfalls aber durch die Rechtsprechung und Lehre über die Jahrhunderte erschöpfend ausgeformt und gelöst zu sein scheinen.<sup>1</sup>

Dies ist allerdings nur oberflächlich betrachtet zutreffend. So zeigt sich schon bei der titelgebenden Frage nach dem Fortbestand akzessorischer Sicherheiten im extremsten aller Fälle, nämlich beim Wegfall des Hauptschuldners samt seiner akzessorisch gesicherten Hauptschuld, dass viel Einigkeit in Rechtsprechung und Lehre nicht zwangsläufig mit dogmatischer Stringenz einhergehen. Auf den ersten Blick scheint auch diese Fallgruppe eine einfach aufzulösende Fragestellung darzustellen, dessen rechtspraktische wie -dogmatische Antwort in der Verneinung des Fortbestandes liegen müsste. Immerhin führt die Akzessorietät zu einer untrennbaren Gemeinschaft zwischen dem gesicherten Recht und der Sicherheit selbst, weswegen dem akzessorischen Sicherungsrecht das gleiche Schicksal zuteilwird wie die zugrundliegende – nunmehr weggefallene – Hauptschuld. Dass dieser Schluss jedoch keinesfalls zwingend ist, beweisen nicht zuletzt die gesetzlich normierten Akzessorietätsausnahmen. Bspw. erlischt eine Hypothek nicht einfach, wenn die zugrundeliegende gesicherte Hauptschuld wegfällt, sondern fällt dem Eigentümer nach §§ 1163 Abs. 1 S. 2 BGB zu und wandelt sich zur Eigentümergrundschuld.

Neben den gesetzlichen treten aber noch die von der Rechtsprechung für bestimmte Fallgruppen aufgestellten Ausnahmetatbestände, welche die Frage nach dem Fortbestand akzessorischer Sicherungsrechte nicht weniger vereinfachen.

---

<sup>1</sup> Der Gedanke akzessorischer Sicherheiten lässt sich bis ins römische Recht nachvollziehen, vgl. *Habersack*, JZ 1997, 857, 860; *Pöggeler*, JA 2001, 65, 66 f.; *Becker-Eberhard*, S. 104 ff.

chen. Eine besonders gravierende Ausnahme stellt jene des vermögenslos weggefallenen Hauptschuldners einer Bürgschaft dar.<sup>2</sup> Demnach bestünde die Verpflichtung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger zu leisten unvermindert fort, wenn die gesicherte Hauptschuld gerade deshalb weggefallen ist, weil der Hauptschuldner vermögensbedingt aufgehört hat zu existieren. Nach ständiger Rechtsprechung stelle nämlich gerade dieser Umstand den Sinn und Zweck einer Bürgschaft dar, die den Gläubiger vor einem Vermögensausfall des Hauptschuldners bewahren und ihm stattdessen den Bürgen zur Verfügung stellen soll.

Diese eigentlich anhand der Bürgschaft entwickelte Ausnahme wurde im Laufe der Jahrzehnte zu einem nicht zu unterschätzenden Begründungsfundament für die generelle Durchbrechung des Akzessorietätsgrundsatzes aller akzessorischen Sicherheiten.<sup>3</sup> Dies beweist einerseits recht eindrucksvoll die Vorbildwirkung der Bürgschaftsdogmatik, welche zwanglos Argumentationshilfen und Querverbindungen für Begründungsansätze anderer akzessorischer Sicherungsmittel zulässt. Andererseits offenbart sich an dieser Rechtsprechung zum vermögenslos weggefallenen Hauptschuldner einer Bürgschaft eine fast schon bedenklich gewordene Alternativlosigkeit. Denn das mittlerweile jahrzehntelange Festhalten<sup>4</sup> der Gerichte an einer einzigen, lediglich auf Sinn und Zweck basierenden Argumentationslinie hat in beeindruckender Art und Weise zu einer kritiklosen Bejahung innerhalb der Lehre geführt, der sich nur selten kritisch und noch weniger ausführlich angenommen wurde.<sup>5</sup> Obwohl akzessorische Sicherheiten und insbesondere die Bürgschaft in Wissenschaft und Praxis mitnichten zu einem Rechtsinstitut ohne Bedeutung verkommen sind, lässt es die Lehre zu, dass ganz grundlegende Charakteristika ohne gesetzliche Grundlage zugunsten einer einzigen – wenn auch bedeutsamen – Konstellation aufge-

<sup>2</sup> BGHZ 82, 323.

<sup>3</sup> Etwa auch bei Pfandrechten BeckOGK-BGB/Förster, § 1204 Rn. 47.1; bei der Begründung der Gesellschafterakzessorietät bei Personengesellschaften *K Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 11 V 3 b), S. 311 Fn. 67 (siehe hierzu ausführlich Abschnitt E. II. 2 f) aa); infolge der Verschmelzung bei einer Mietbürgschaft *Eusani*, WM 2004, 866, 868.

<sup>4</sup> In st. Rspr. BGHZ 82, 323; 153, 337; BGH NJW 2003, 59, 60; 2012, 1645; KG WM 1955, 1388; NJW-RR 1999, 1206; OLG Schleswig WM 1993, 15, 16; OLG Düsseldorf WM 2003, 1318, 1320; LG Lübeck GmbHR 1992, 539; OLG Dresden, ZIP 2013, 1341.

<sup>5</sup> Ohne Bedenken und kritiklos zur verselbstständigten Bürgschaft etwa BGH ZIP 1982, 294 m. Anm. *K. Schmidt*; *Kühn/Rotthege*, NJW 1983, 1233, 1235; *Depping*, GmbHR 1993, 731; *Graf Lambsdorff/Skora*, S. 172; *Habersack* JZ 1997, 857, 864 f.; *Lettl*, WM 2000, 1316, 1320; *Reinicke/Tiedtke*, S. 45; *Tiedtke*, FS Kollhoser, S. 744 f.; LG Lübeck WuB I F 1 a. – 17.91, 1329 ff. m. Anm. *Eckert*; *Holznapel*, S. 45 f., 49; *Eusterhus*, S. 121 ff.; *Peters* NJW 2004, 1430; *A. Wiedemann*, S. 71; *Staab/Staab*, S. 247 f., den Bedarf einer zusätzlichen dogmatischen Rechtfertigung dieser Konstruktion bestreitend, *Soergel/Gröschler*, § 767 Rn. 9.

geben werden. Die in dem Urteil konkret erfolgte ergebnisorientierte Positionierung des BGH hin zu einer verselbstständigten Bürgschaft, welche wie eine Garantie akzessorietätslos neben die ursprüngliche Forderung tritt, hat bei Weitem nicht das Echo erhalten, das es verdient hat. Dies verwundert ob der bereits erwähnten Vorbildfunktion für andere akzessorische Sicherheiten umso mehr. Dabei geht es weniger um das Ergebnis einer fortwährenden Bürgenhaftung beim vermögenslos weggefallenen Hauptschuldner, mithin also eine Haftung des Sicherheitengebers gegenüber dem Gläubiger trotz untergegangenen Schuldner, als vielmehr um den gewählten Lösungsansatz. Dass der Zweck einer gewährten Sicherheit gerade darin besteht, den Zahlungsausfall des Schuldners abzudecken, steht freilich außer Frage. Es muss jedoch in diesem Zusammenhang fraglich erscheinen, ein immanentes Strukturprinzip wie die Akzessorietät dogmatisch derart leichtfertig zu opfern.

Genau hieraus zieht die vorliegende Arbeit auch ihre Rechtfertigung, da sie den Beweis antreten soll, dass ebenso die Fallgruppe des weggefallenen Hauptschuldners keine Entscheidung zwischen Akzessorietät und Sicherungszweck erfordert, sondern ein kumulatives Miteinander von Strukturprinzip und Haftungsbedürfnis möglich ist. Das Ziel der Arbeit ist es daher, der grundsätzlichen Frage nach dem Fortbestand akzessorischer Sicherheiten beim weggefallenen Hauptschuldner eine dogmatisch verträglichere Antwort anhand des derzeit geltenden Rechts zu geben. Diese Antwort soll sich stärker an der Gesetzessystematik orientieren und einen über die Bürgschaft hinausgehenden rechtseinheitlicheren Ansatz bieten, ohne in ihrer Begründung auf einzelfallbezogene Ausnahmetatbestände einzelner spezialgesetzlicher Regelungen zurückzugreifen. Dabei soll es aber nicht um eine schlichte Umdeutung der BGH-Argumentation gehen, sondern um einen ganz anderen Ansatz, welcher weniger im Bürgschafts- bzw. Kreditsicherheitsrecht, denn im gesellschaftsrechtlichen Kontext zu finden ist. Fällt nämlich schon der Hauptschuldner nicht restlos weg, weil die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen, dann bleiben auch seine Hauptschuld und mit ihm die akzessorische Sicherheit bestehen.

Wie auch bei dem hier zugrunde gelegten Urteil des BGH (BGHZ 82, 323), so soll auch diese Arbeit den Beweisantritt am Beispiel der Bürgschaft erbringen, um erst anschließend die Übertragung der gewonnenen Erkenntnisse auf andere akzessorische Sicherheiten zu überprüfen. Entscheidend für diesen Aufbau ist auch hier, dass die Problematik im Ausgangspunkt nur im Rahmen der Bürgschaft diskutiert wird. Bei einer konfliktfreien Integrierung des Lösungsansatzes in die Bürgschaft erscheint wegen deren Vorbildfunktion für andere akzessorische Sicherungsrechte die generelle Umsetzung gewonnener Erkenntnisse umso einfacher.

Bei der konkreten zur Beweisführung aufgestellten These handelt es sich wiederum um einen sehr breit gefächerten und gesellschaftsrechtlich geprägten Lösungsansatz, welcher sich schwerpunktmäßig zunächst an eher bürgschaftsfremden Erwägungen orientiert, ohne diese jedoch vollständig aus dem Auge zu verlieren. Die sich anschließende Überprüfung anhand der bürgschaftsspezifischen Fragestellungen stellt aber zugleich sicher, dass nicht nur eine bloß übergeordnete abstrakte Lösung erarbeitet wurde, sondern auch eine dem konkreten Bedürfnissen des Einzelfalles gerecht werdende.

Davon abgesehen soll aber auch ein Beitrag für eine weiter voranschreitende Mobilisierung sowohl zum Bürgschafts- als auch Gesellschaftsrecht geleistet werden. Allein schon aufgrund des Fehlens gegenwartsnaher und ausführlicher Arbeiten zum untergegangenen Hauptschuldner einer Bürgschaft bzw. anderer akzessorischer Sicherheiten erscheint es gerechtfertigt, neben der Konzentrierung aller wichtigen Argumente aus Literatur und Rechtsprechung all jene zum Thema erörterten Ansätze geordnet zusammenzutragen, die bisherigen Lösungen auf ihre dogmatische Verwertbarkeit hin einer kritischen Würdigung zu unterziehen und die wissenschaftliche Diskussion durch die eigene Überlegung fortzuführen.

## B. Einführung in das Problemfeld des weggefallenen Hauptschuldners einer Bürgschaft

Für die Bürgschaft kennzeichnend, ist das in den §§ 765 Abs. 1, 767 Abs. 1 S. 1 BGB festgeschriebene strenge Akzessorietätsprinzip, wonach die Bürgschaft rechtlich von der Hauptschuld abhängt und der Bürge nur entsprechend dieser zugrundegelegten Forderung haftet.<sup>1</sup> Dabei äußert sich die Akzessorietät nicht allein im Haftungsumfang und damit im Gleichlauf zwischen gesicherter Forderung und Bürgschaft, auch in der Möglichkeit des Bürgen die Durchsetzung seiner Bürgschaftsverpflichtung durch Einreden des Hauptschuldners gemäß § 768 BGB oder unter Berufung auf die Aufrechnungs- und Anfechtungsrechte des Schuldners gemäß § 770 BGB zu verhindern, kommt die Akzessorietät zum Ausdruck. Am deutlichsten kommt sie jedoch zum Tragen, wenn sie die Leistungspflicht des Bürgen mangels zugrundeliegender Hauptschuld entfallen lässt. So etwa, wenn nie eine gesicherte Hauptschuld bestand, weil die Willenserklärungen angefochten wurden (§§ 105, 117 Abs. 1, 123 Abs. 1 iVm. § 142 Abs. 1 BGB) oder wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot bzw. Sittenwidrigkeit (§§ 134, 138 BGB) eine von Anfang an wirkungslose Bürgschaft zur Folge haben.<sup>2</sup> Das Gleiche gilt aber auch, wenn die Hauptschuld erst nachträglich erlischt und damit gleichsam keine wirksame Bürgschaftspflicht mehr begründen kann. Dergestalt etwa in allen Fällen der Erfüllung (§ 362 BGB) sowie Rechtshandlungen mit Erfüllungswirkung (Erfüllungssurrogate), beim Erlassvertrag (§ 397 BGB), bei der Erklärung von Widerruf und Rücktritt, aber auch bei Übernahme der Hauptschuld gemäß § 418 Abs. 1 S. 1 BGB durch einen neuen Schuldner.<sup>3</sup> Freilich bleibt hier zu beachten, dass die Bürgschaft nur dann keine Leistungspflicht des Bürgen begründet, wenn die zugrundeliegende Hauptschuld auch tatsächlich ersatzlos wegfällt. Tritt an die Stelle der Hauptschuld ein Surrogat in Form von Rückgewähr-, Bereicherungs- oder Schadener-

---

<sup>1</sup> BeckOGK-BGB/*Madaus*, § 765 Rn. 23.1. Die Bezeichnung als „strenge akzessorisch“ eher ablehnend MüKo-BGB/*Habersack*, § 765 Rn. 61; Erman/*Herrmann*, 14. Aufl. 2014, Vorb. § 765 Rn. 3.

<sup>2</sup> BeckOGK-BGB/*Madaus*, § 765 Rn. 104 ff.

<sup>3</sup> BeckOGK-BGB/*Madaus* BGB § 765 Rn. 139; § 767 Rn. 9, 11, 17; MüKo-BGB/*Habersack*, § 767 Rn. 3 f.; Staudinger/*Horn* (2013), § 767 Rn. 10.

satzansprüchen, kommt im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung anhand des Vertragszwecks und der Interessenlage ggf. eine Haftung des Bürgen für diese Ersatzforderungen anstelle der Hauptschuld in Betracht.<sup>4</sup>

Nun läge es nahe, das Erlöschen der Hauptforderung und somit das Freiwerden des Bürgen gemäß § 767 Abs. 1 S. 1 BGB auch dann anzunehmen, wenn der Hauptschuldner samt Hauptschuld erlischt.<sup>5</sup> Der ersatzlose Wegfall des Hauptschuldners als Vertragspartner hat nach allgemeiner zivilrechtlicher Lehre stets auch das Erlöschen aller synallagmatischen Rechtsverhältnisse zur Folge.<sup>6</sup> Dies kommt nicht selten vor und ist überall dort möglich, wo nicht nur die Entstehung von Rechtsträgern, sondern auch deren Beendigung möglich ist. Allerdings findet die Akzessorietät der Bürgschaft genau hier ihre Grenzen. Wird die gesicherte Forderung teilweise nicht durchsetzbar oder erlischt sie vollständig, kann sich der daraufhin in Anspruch genommene Bürge nicht mit befreiender Wirkung auf eben diesen Umstand berufen, wenn dies durch den Untergang des Hauptschuldners infolge Vermögenslosigkeit und Löschung im Handelsregister verursacht wurde.<sup>7</sup> Zur Begründung wird hierfür der allgemeine Sicherungszweck der Bürgschaft herangezogen, welcher gerade dieses Risiko absichern soll und es daher auch rechtfertigt, deswegen das Akzessorietätsprinzip zu durchbrechen.<sup>8</sup> Ob diese Ausnahme überhaupt nur für den Fall gelte, in denen eine wegen Vermögenslosigkeit vollständig erloschene juristische Person involviert ist oder die Verselbstständigung der Bürgschaft auch dann eintritt, wenn anders organisierte Hauptschuldner untergehen, bleibt offen. Im gleichem Maße offen sind auch die Übertragbarkeit bzw. Auswirkung der Rechtsprechung auf die bestehende zivilrechtliche Dogmatik allgemein, d. h. also auf vergleichbare Rechtsinstitute, Auslegungen und Problemfelder. Eine vollumfängliche Darstellung genau dieser Konsequenzen kann aber nur dann gelingen, wenn zunächst die Ausgangsbedingungen der hier besprochenen Grundproblematik feststehen. Aus diesem Grund soll zunächst die aktuelle Rechtsprechung erfasst, die Bedeutung der Hauptschuldnerstellung beschrieben, sein Schicksal dargestellt und die damit einhergehenden Auswirkungen auf die Bürgschaft un-

<sup>4</sup> Vgl. ausführlich BGH NJW 2001, 1859, 1860; 1987, 2076, 2077; BeckOGK/Madaus, BGB § 765 Rn. 105 ff.; MüKo-BGB/Habersack, § 765 Rn. 62.

<sup>5</sup> So noch RGZ 148, 65.

<sup>6</sup> BGHZ 74, 212; MüKo-GmbHG/Berner, § 60 Rn. 41; Baumbach/Hueck/Haas, § 77 Anh. Rn. 16; Palandt/Grüneberg, Überbl. § 362 Rn. 4; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 11 V 3b, S. 310 f.; Hüffer/Koch, § 273 Rn. 14.

<sup>7</sup> BGHZ 82, 323; BGH NJW 1992, 3228; 1993, 1917; 2003, 59; 1250; NJW-RR 2004, 1683; zuletzt BGH NJW 2012, 1645 Rn. 12.

<sup>8</sup> Ständige Rechtsprechung seit BGHZ 82, 323, 326 f.

tersucht werden, damit anschließend die eigenen und alternativen Erklärungsansätze zur BGH-Rechtsprechung besser nachvollzogen werden können.

## I. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum weggefallenen Hauptschuldner einer Bürgschaft

In einem ersten Schritt erfolgt nun die vollumfängliche Darstellung des Status quo zum vermögenslos untergegangenen Hauptschuldner anhand der Rechtsprechung, welche zugleich durch verschiedene Fallgruppen auf ihre Tauglichkeit hin überprüft wird. Hieran soll die Notwendigkeit für eine Neubewertung dieser Frage deutlich und ein Bewusstsein für die eigentlich zu kurz gegriffene h. M. geschaffen werden.

### *1. Von der akzessorischen zur verselbstständigten Bürgschaft – Die Entwicklung der Rechtsprechung*

Wie schon eingangs erwähnt, legt es der eindeutige Wortlaut des § 767 Abs. 1 S. 1 BGB und dementsprechend die Akzessorietät nahe, die Bürgschaft mit Wegfall der Hauptschuld infolge des vollbeendeten Rechtsträgers entfallen zu lassen. Zu diesem durchaus schlüssigen Ergebnis gelangte bereits das *RG*, als es sich erstmals im Jahr 1935 mit dieser besonderen Art der Bürgschaftsbeendigung auseinandersetzen musste.<sup>9</sup> Dem damaligen Sachverhalt lag eine zwei Jahre zuvor ergangene Verfügung des Landes Thüringen zugrunde, in welcher die restlose Auflösung eines Turnvereins angeordnet wurde. Im Zuge dieser Verfügung verfiel dem Land nicht allein das gesamte Vermögen des Vereins; es stellte gleichsam durch Verfügung fest, dass damit einhergehend auch sämtliche Verbindlichkeiten des Turnvereins erloschen waren. Der damalige Kläger war Gläubiger einer solchen erloschenen Forderung und hielt sich nunmehr an den verbliebenen Bürgen, welcher jedoch die Zahlung mit Verweis auf die erloschene Hauptschuld verweigerte. Das *RG* wies die Klage zugunsten des Bürgen ab und begründete dies mit dem streng vorherrschenden akzessorischen Charakter der Bürgschaft gemäß § 767 Abs. 1 S. 1 BGB, welche stets vom Bestand der Hauptschuld abhängig sei.<sup>10</sup> Gleichwohl antizipierte es schon damals die Schwierigkeit etwaiger Gegenargumentationen, indem es daran erinnerte, dass die untergegangene Forderung auch als Grundlage für einen Regressanspruch

---

<sup>9</sup> RGZ 148, 65.

<sup>10</sup> RGZ 148, 65, 66.

des Bürgen seinerseits gemäß § 774 BGB erhalten müsste, sollte die Bürgschaft in diesem Fall nicht auch als erloschen angesehen werden.<sup>11</sup>

a) Beginn der Rechtssprechungslinie beim RG

Völlig konträr hierzu urteilte wenig später das *OLG München* in einem ähnlichen Fall der staatlich angeordneten Liquidierung einer juristischen Person.<sup>12</sup> Neben spezialgesetzlichen Argumenten, die sich auf die zugrundeliegenden Durchführungsgesetze der Verfügung bezogen, stützte sich das *OLG* aber auf die Lehre von „Schuld und Haftung“. Diese, als Reaktion zum vormals ergangenen Reichsgerichtsurteil neu verbreitete Ansicht, unterschied zwischen dem Schulden und Haften. Demnach sei das „Haften“ die bloße vom Schuldner zu ertragende Repressalie einer Pflichtverletzung<sup>13</sup>, wohingegen das Schulden primär als ein rechtliches „Bekommensollen“ des Gläubigers und sekundär als „Leistensollen“ des Schuldners verstanden wurde.<sup>14</sup> Wegen des Schwerpunkts der Schuld auf dem Bekommensollen war der Begriff der „Gläubigerschuld“ gebräuchlich, um damit die Überbetonung des Gläubigers innerhalb der Schuld aufzuzeigen.<sup>15</sup> Von diesem Standpunkt aus betrachtet, sei sowohl das Haften als auch das Leistensollen allein Angelegenheit des Schuldners, wohingegen das Bekommensollen des Gläubigers durch jedermann erfolgen kann, da es i. S. d. § 267 BGB ohne Ansehung der Person durch zulässige Drittleistung oktroyierbar ist.<sup>16</sup> Die Bürgschaft selbst ist nun aufgrund ihrer Rechtsnatur kein bloßes Haften, sondern eine Schuld und daher vom Bekommen- und Leistensollen geprägt.<sup>17</sup> Beim Untergang des Hauptschuldners bleibt deshalb das primäre Schulselement, nämlich das Bekommensollen als wesentliches Merkmal der Schuld unverändert, da mit dem untergegangenen Hauptschuldner lediglich das sekundäre Leistensollen und die Haftung entfallen.<sup>18</sup> Der Gläubiger ist noch immer existent und kann deshalb jederzeit von einem Dritten – u. a. dem Bürgen – weiterhin befriedigt werden, ohne dass sich etwas an der Hauptschuld respektive Bürgschaft geändert hätte. Das *OLG München* schloss sich dieser Auffassung in seinem Urteil an und ließ deshalb die Bürgenschuld in ihrem Fall fortbestehen, da schon die Hauptschuld trotz weggefallenem Hauptschuldner nicht

<sup>11</sup> RGZ 148, 65, 66; später kritisch wieder aufgreifend *Beitzke*, NJW 1952, 841, 844.

<sup>12</sup> OLG München JW 1936, 2007.

<sup>13</sup> v. *Schwerin*, S. 9; *Buch*, S. 8, 17.

<sup>14</sup> v. *Schwerin*, S. 16; *Strohal*, S. 282 ff., 291 ff.; *Buch*, S. 13, 16 m. w. N.

<sup>15</sup> *Buch*, S. 16 Fn. 10.

<sup>16</sup> *Buch*, S. 15.

<sup>17</sup> *Buch*, S. 38 f.; *Schneider* JW 1935, 2625, 2626 f.; bestätigend auch OLG München JW 1936, 2007, 2008.

<sup>18</sup> *Schneider* JW, 1935, 2625, 2626 f.

untergegangen sei.<sup>19</sup> Unterstützend merkte es an, dass dies schließlich auch der „Billigkeit und dem Wesen der Bürgschaft“ als Kreditsicherungsinstrument entspreche.<sup>20</sup> Mit dieser eher beiläufigen Anmerkung zum Wesen der Bürgschaft legte das OLG gleichzeitig als erstes Gericht das Fundament für eine bis heute geltende Argumentation. Bis auf eine kurze Ausnahme<sup>21</sup> wird kein Gericht mehr auf den Verweis zum Bürgschaftszweck verzichten, bevor er schließlich einziger und zentraler Bestandteil einer jeden Argumentation hierzu wird.<sup>22</sup> Dabei war das OLG gar nicht zuerst auf den Gedanken gekommen, die Akzessorität vom Zweck, d. h. Wesen der Bürgschaft abhängig zu machen. *Westerkamp* stellte nämlich bereits 1908 hierzu fest: „Dem obersten Grundsatz des Bürgschaftsrechts [ist], ihrem Sicherungszweck [...] überall Rechnung zu tragen; alles, was mit diesem Grundsatz unvereinbar ist, ist mit der Bürgschaft unverträglich [...]“.<sup>23</sup> So wie das OLG München entschied noch im selben Jahr das KG Berlin, als es darüber zu urteilen hatte, ob auch der Untergang einer juristischen Person wegen Vermögenslosigkeit die Bürgenschuld unberührt lässt.<sup>24</sup>

Mit dieser Argumentation setzte sich wenig später abermals das RG in einer weiteren Entscheidung auseinander. Dabei widersprach es der Begründung aller unteren Gerichte und verwarf die Theorie über „Schuld und Haftung“.<sup>25</sup> Es verfestigte nochmals das eigene zuvor ergangene Urteil, spaltete aber nunmehr den Untergang einer juristischen Person in zwei verschiedene Schweregrade mit unterschiedlichen Folgen auf.<sup>26</sup> Zum einen erfolge die Löschung der juristischen Person durch einen Staatsakt<sup>27</sup> mit der Konsequenz des stets rückstandslosen Wegfalls der juristischen Person und Vernichtung ihrer Rechtspersönlichkeit inklusive all ihrer Verbindlichkeiten.<sup>28</sup> Zum anderen basiere der Untergang auf Vermögenslosigkeit bzw. Konkurs, welches zwar gleichfalls ein Erlöschen der juristischen Person nach sich zieht, jedoch keine ähnlich tiefgreifende Erschüt-

---

<sup>19</sup> OLG München JW 1936, 2007, 2008.

<sup>20</sup> OLG München JW 1936, 2007, 2008.

<sup>21</sup> BGHZ 6, 385 – dazu sogleich.

<sup>22</sup> Vor allem BGHZ 82, 323.

<sup>23</sup> *Westerkamp*, S. 139.

<sup>24</sup> KG Berlin JW 1936, 2342, 2343.

<sup>25</sup> RGZ 153, 338, 340 f.

<sup>26</sup> RGZ 153, 338, 343.

<sup>27</sup> Gemeint waren Enteignungen, die etwa auf der Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28.02.1933 (RGBl. I, 83) basierten.

<sup>28</sup> Diese Auffassung wurde später vom Gesetzgeber geteilt und durch Änderung des Gesetzes über die Einziehung kommunistischen Vermögens am 9.12.1937 (RGBl. I, S. 1333) bestätigt – im Übrigen keine rein nationalsozialistische Rechtsauffassung (so aber fälschlicherweise BGHZ 48, 303, 306), da der Tradition des Weimarer RepublikenschutzG vom 25.03.1930 folgend.

terung der Rechtspersönlichkeit wie das Löschen durch Staatsakte bewirke. Nur in letzterem Fall soll die Hauptverbindlichkeit wegen der noch vorhandenen Rechtspersönlichkeit weiter bestehen bleiben und mit ihr die Bürgschaft. Zu beachten ist, dass sich die Zweiteilung für das *RG* hier aus einer Überlegung zum Zweck der Bürgschaft ergab. Dieser liege bei der Bürgschaft in der Sicherung des Gläubigers gegen den Vermögensverfall des Schuldners. Der Zweck sei aber keinesfalls darin zu sehen, die Gläubiger auch gegen Schäden zu schützen, die aus politischen Gründen zur Vernichtung des Schuldners geführt haben.<sup>29</sup>

Die Rechtfertigung über den Bürgschaftszweck griff das *RG* schließlich auch in seiner letzten hierzu ergangenen Entscheidung wieder auf. Allerdings überdehnte es diese Argumentationslinie, indem es zwar an dem zu beachtenden Bürgschaftszweck festhält, diesen jedoch vom Einzelfall abhängig machte. Demnach könne die Akzessorietät der Bürgschaft überall dort keine Geltung mehr beanspruchen, wo sie zu unbilligen Ergebnissen bzw. die Anwendung „nicht zum richtigen Recht“ führe.<sup>30</sup> Bei dem zugrundeliegenden Sachverhalt der damaligen Entscheidung fiel die Entschließung wiederum zugunsten des Gläubigers aus, da der Bürge eine Unterhaltsschuld absicherte und die Umstände ihn weniger schützenswert erscheinen ließen. Das *RG* stellte jedoch klar, dass eine derartige Billigkeitsabwägung nicht immer zugunsten des Gläubigers ausfallen müsse, sondern bei „reinen“ Bürgschaften auch anderes zu rechtfertigen wäre.<sup>31</sup>

#### b) Weiterentwicklung durch den *BGH*

Doch schon im Jahr 1952 durchbrach der neugegründete *BGH* bei nächster Gelegenheit die eingeschlagene Linie des *RG* und berief sich in einem Fall des kriegsbedingten Herabsetzens einer Hauptschuld erneut auf den übergeordneten Akzessorietätsgrundsatz.<sup>32</sup> Demnach könne der Gläubiger vom Bürgen nicht den Betrag als Ausgleich verlangen, um welche die Hauptschuld durch gesetzliche Verfügungen<sup>33</sup> herabgesetzt wurde. Das Gericht führte hierzu aus,

<sup>29</sup> RGZ 153, 338, 343 f. Bemerkenswert bleibt allerdings, dass sich auch der *BGH* nie vollständig zu dieser grundlegenden Auffassung der „unpolitischen“ Bürgschaft äußerte. So ließ er in BGHZ 31, 168 ff. im Falle einer durch die sowjetischen Militärregierung angeordneten Liquidation einer GmbH die Frage offen, ob die Bürgschaft politische Risiken überhaupt abdecke. Ähnlich auch BGHZ 32, 97 ff.

<sup>30</sup> RGZ 163, 99.

<sup>31</sup> RGZ 163, 99.

<sup>32</sup> BGHZ 6, 385.

<sup>33</sup> Gemeint waren richterliche Vertragshilfe- und Schuldregulierungsgesetze, welchen jedoch mittlerweile keine Bedeutung mehr zukommt, hierzu ausführlich *Madaus*, Insolvenzplan, S. 82.

# Register

- Abtretung 23, 186  
Abwicklungsbedarf 34 ff., 106 ff., 126 ff.  
Akzessorietät  
– Ausnahme 10 ff., 28 ff., 52  
– kausale 60 ff.  
– Zurechnungsmodell 56 ff.  
Akzessorische Sicherheiten 188  
Auflösung  
– Gesellschaft 34 ff., 96 f.  
– politisch 29, 43, 153 ff.  
Aufopferungsanspruch 179
- Becker, Eberhard *siehe* Sollenselement  
Beendigung *siehe* Vollbeendigung  
Befriedigungsinteresse 56 ff.  
Bekommensollen 8 f., 48, 51 ff.  
Bürge  
– Einreden 14, 25 ff.  
– Regress *siehe* Cessio legis  
– Stellung 41  
Bürgschaft  
– Übertragung *siehe* Abtretung  
– Verpflichtung 5 ff., 41 ff.
- Cessio legis 16 ff., 186
- Doppeltatbestand 35 f., 126 ff.  
Doppelverpflichtungstheorie 134  
Draft Common Frame of Reference 84 ff.
- Firma 166 ff.  
Firmenfortsetzung 168  
Forderungsfiktion 66 ff., 184  
Fortbestand  
– Bürgenschuld 7 ff., 47  
– Gesellschaft 103, 141  
– Hauptschuld *siehe* Forderungsfiktion
- Garantie 187, 193 f.  
Gesellschafterhaftung 130 ff., 133 f.  
Gläubiger 42  
Gläubigerschuld 47 ff., 183  
Grundsschuld 187
- Handelsregister 35, 37, 109 f., 111 ff., 121  
Hauptschuld 43 f., 49, 141 f.,  
Hauptschuldner 5 ff., 33 ff., 43 f., 187 ff.  
Hypothek 188
- Insolvenz 136 ff., 156 ff.  
Iversen *siehe* Akzessorietät Zurechnungsmodell
- Juristische Person des öffentlichen Rechts 39 f.
- Konstitutive Registerlöschung *siehe* auch Handelsregister 111 ff.
- Legende 176 ff.  
Leistensollen 8, 48 ff.  
Liquidation 34 ff., 106 ff., 158 ff.
- Nachbürgschaft 21  
Nachgesellschaft  
– fiktiv 112 ff.  
– sui generis 115 f.  
– teilrechtsfähig 116 f.  
Nachtragsliquidation 106 ff.  
Nachtragsverteilung 136 ff.  
Naturalobligation 17 f., 31 f., 54  
nicht akzessorische Sicherheiten 187
- Parteifähigkeit 145  
Personengesellschaft 36 ff., 130 ff.  
Pfand 188  
Preußisches Allgemeines Landrecht 81 ff.

- Rechtsprechung  
– des BGH 10 ff., 147 ff.  
– des RG 8 ff., 152 ff.  
Relative Rechtsfähigkeit 175
- Schmidt, Karsten *siehe* Doppelatbestand  
Schuld und Haftung 8 f., 51 ff.  
Schuldbeitritt 78 ff., 187  
Sicherheitenaufgabe 23  
Sicherungsabtretung 187  
Sicherungsgrundschuld 187  
Sicherungsübereignung 187  
Sondervermögen 114  
Steuerpflichtigkeit 162 ff.  
Störung der Geschäftsgrundlage 74 ff.
- Teilrechtsfähigkeit 174 ff.
- Übertragung *siehe* Vermögensübertragung  
Ultra-vires Verbot 117, 174
- Verdeckter Ermittler 176 ff.  
Verjährung 14, 150 ff.  
Vermögensbegriff 143 f., 160  
Vermögenslosigkeit 118 ff., 122 f., 142 ff.  
Vermögensübertragung 125  
Verschmelzung 125  
Vollbeendigung 34 ff., 109 ff., 142