

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

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 unregelte 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.¹

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.

¹ 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.² 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.³ 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 Festhalten⁴ 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.⁵ 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-

² BGHZ 82, 323.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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.