

Zivilrechtliche Schriften

Beiträge zum Wirtschafts-, Bank- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von Arnd Arnold und Hartmut Oetker

Begründet von Peter Kreutz und Dieter Reuter

62

Nils J. Herrmann

Verjährung, Verjährungsbeginn
und Regress bei Bürgschaft
und Gesamtschuld



PETER LANG

2. Teil: Die Auswirkungen der Verjährung bei Bürgschaft und Gesamtschuld

1. Abschnitt: Grundlagen

Das Ziel einer umfassenden Beurteilung der Auswirkungen der Verjährung auf die Haftung des Bürgen, Gesamt- und Beitrittsschuldners kann nur erreicht werden, wenn Querbezüge zu den hier zu vergleichenden Haftungsinstituten hergestellt werden können. Daher sind zunächst die wesentlichen Grundlagen der zu behandelnden Vorschriften zu erörtern.

A. Die Anspruchsverjährung nach dem BGB

Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen zu können (Anspruch), unterliegt gemäß § 194 Abs. 1 BGB der Verjährung⁵⁰. Gemeint sind damit die Ansprüche im materiell-rechtlichen Sinn⁵¹. Mit Ablauf der Verjährungsfrist braucht der Schuldner nicht mehr an den Gläubiger zu leisten. Ihm steht nach § 214 Abs. 1 BGB die Einrede der Verjährung zu, die den peremptorischen Einreden zuzuordnen ist⁵². Die Verjährung begründet ein dauerhaftes Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners⁵³. Der verjährte Anspruch erlischt daher nicht⁵⁴, sondern ist weiterhin erfüllbar⁵⁵. Dieser Unterschied wird bedeutsam, wenn der Schuldner trotz Ablauf der Verjährungsfrist an den Gläubiger leistet.

50 Bereits vor Inkrafttreten des BGB war das Prinzip der Anspruchsverjährung anerkannt. Aus den Motiven I, S. 289 f., bei *Mugdan*, I. Band, S. 512, geht jedoch hervor, dass die vorherigen Vorschriften zum Teil noch einem „anderen Sprachgebrauch“ unterlagen. Obwohl in den Reichsgesetzen sowohl von „Verjährung des Anspruchs“ als auch „Verjährung der Klage“ die Rede war, ging bereits das Reichsgericht (RGZ 2, 158) davon aus, dass beide Begriffe dasselbe meinten (vgl. auch *Rosenberg*, Verjährung und gesetzliche Befristung nach dem bürgerlichen Recht des deutschen Reichs, S. 35). Einen umfangreichen Einblick in die geschichtliche Entwicklung des Verjährungsrechts mit Blick auf das römische und altdeutsche Recht gewähren *Piekenbrock*, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung, S. 30 ff., 117 ff.; ferner *Hermann*, in: HKK-BGB, §§ 194-225, Rn. 7 ff.; v. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band V, § 237, S. 265 ff.

51 *Mansel/Budzikiewicz*, Das neue Verjährungsrecht, § 2, Rn. 16; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger (2009), § 194, Rn. 2 ff.; *Grothe*, in: MüKo-BGB, § 194, Rn. 2; *Ellenberger*, in: Palandt, § 194, Rn. 2.

52 *Schmidt-Räntsch*, in: Erman, § 214, Rn. 1; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger (2009), Vorbem zu §§ 194-225, Rn. 4; *Jahr*, JuS 1964, 125, 128.

53 BGHZ 184, 128, 135; *Grothe*, in: MüKo-BGB, § 214, Rn. 1; *Ellenberger*, in: Palandt, § 214, Rn. 1; *Mansel/Budzikiewicz*, Das neue Verjährungsrecht, § 2, Rn. 3.

Die freiwillig auf eine verjährte Forderung erbrachte Leistung kann wegen §§ 214 Abs. 2, 813 Abs. 1 S. 2 BGB nicht mehr vom Gläubiger kondiziert werden⁵⁶. Es liegt auf der Hand, dass die genaue Bestimmung des Verjährungsbeginns und des Verjährungsablaufs, der durch die Tatbestände der Verjährungshemmung (§§ 203 ff. BGB) und des Neubeginns der Verjährung (§ 212 BGB) weiter beeinflusst werden kann, für die Praxis von hoher Bedeutung ist.

In dieser Arbeit geht es vornehmlich um Ansprüche, die der regelmäßigen Verjährung im Sinne der §§ 195, 199 BGB unterliegen⁵⁷. Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung hat der Gesetzgeber zum einen die Verjährungsfrist dieser Ansprüche von ehemals 30 Jahren auf nunmehr drei Jahre verkürzt⁵⁸, zum anderen hat er durch das differenzierte subjektiv-objektive Prinzip in § 199 Abs. 1 BGB die Voraussetzungen für den Verjährungsbeginn neu definiert⁵⁹. Das objektive Kriterium gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB betrifft die *Entstehung* des Anspruchs. Das subjektive Merkmal verlangt *Kenntnis* bzw. *grob fahrlässige Unkenntnis* des Gläubigers gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB⁶⁰. Beide Vorausset-

-
- 54 BGHZ 184, 128, 135; *Hermann*, in: HKK-BGB, §§ 194-225, Rn. 21; *Peters/Jacoby* in: Staudinger (2009), Vorbem zu §§ 194-225, Rn. 4; *Birr*, Verjährung und Verwirkung, Rn. 114; *Büdenbender*, JuS 1997, 481, 482; *Mansel/Budzikiewicz*, Jura 2003, 1; *Petersen*, Jura 2011, 657, 658.
- 55 *Jauernig*, in: Jauernig, § 194, Rn. 4; *Birr*, Verjährung und Verwirkung, Rn. 114; *Krämer*, Die Neuregelung des Verjährungsrechts im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, S. 34.
- 56 *Wendehorst*, in: BeckOK-BGB, § 813, Rn. 6; *M. Schwab*, in: MüKo-BGB, § 813, Rn. 6; *Sprau*, in: Palandt, § 813, Rn. 5; *Jahr*, JuS 1964, 218, 220; *Büdenbender*, JuS 1997, 481, 483; *Siegmann/Polz*, WM 2004, 766, 768; *Petersen*, Jura 2011, 657, 658. Erfolge die Leistung aufgrund einer vom Gläubiger angestregten Zwangsvollstreckung, könne die Leistung hingegen kondiziert werden, vgl. BGH NJW 1993, 3318, 3320; *M. Schwab*, in: MüKo-BGB, § 813, Rn. 6; *Sprau*, in: Palandt, § 813, Rn. 5; *Birr*, Verjährung und Verwirkung, Rn. 114.
- 57 Zur Verjährung der Bürgschaftsschuld: BGH ZIP 2008, 2167, 2168; BGHZ 175, 161, 168. Zur Verjährung des Rückgriffsanspruchs gemäß § 670 BGB: *Seiler*, in: MüKo-BGB, § 670, Rn. 22; *Mansel/Budzikiewicz*, Das neue Verjährungsrecht, § 3, Rn. 9; *Hadding*, in: FS Wiegand, 2005, S. 299, 316. Zur Anwendbarkeit der Regelverjährung beim Gesamtschuldnerausgleich gemäß § 426 Abs. 1 BGB: vgl. nur BGHZ 58, 216, 218; BGH NJW 2010, 62; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger (2009), § 195, Rn. 20.
- 58 BT-Drucks. 14/6040, S. 96, 103 ff.; *Mansel*, NJW 2002, 89, 90; *Mansel/Budzikiewicz*, Jura 2003, 1.
- 59 Vgl. *Mansel/Budzikiewicz*, Das neue Verjährungsrecht, § 3, Rn. 1; *Witt*, JuS 2002, 105, 106.
- 60 *Peters/Jacoby*, in: Staudinger (2009), § 199, Rn. 1; *Ellenberger*, in: Palandt, § 199, Rn. 2; *Grothe*, in: MüKo-BGB, § 199, Rn. 1.

zungen müssen kumulativ vorliegen⁶¹. Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem beide Voraussetzungen das erste Mal verwirklicht sind⁶².

B. Bürgschaft

Verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten einzustehen, kommt gemäß § 765 Abs. 1 BGB ein Bürgschaftsvertrag zustande⁶³. Die Schuld des Dritten wird als Hauptschuld, der Dritte selbst daher als Hauptschuldner bezeichnet⁶⁴. Die Bürgschaft kann nach § 765 Abs. 2 BGB auch für eine künftige oder bedingte Hauptschuld übernommen werden. Da der Bürge nur für die Erfüllung der Hauptschuld entsteht, sie selbst jedoch nicht schuldet, ist die Bürgschaftsforderung rechtlich streng von jener Hauptforderung zu unterscheiden⁶⁵. Daraus folgt insbesondere auch, dass der Bürgschaftsanspruch einer eigenen Verjährung unterliegt⁶⁶.

Die Eigenständigkeit der Bürgschaftsforderung ändert jedoch nichts daran, dass sie inhaltlich eng an die Hauptschuld angelehnt ist⁶⁷. Diese Abhängigkeit zwischen den Forderungen wird durch den Grundsatz der Akzessorietät beschrieben, der für die Bürgschaft insbesondere in den §§ 765, 767 Abs. 1 S. 1, S. 3, 768, 770 BGB zum Ausdruck kommt⁶⁸. In dieser Arbeit wird auf die Ak-

61 Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 108.

62 Sog. Prinzip der „Ultimoverjährung“, vgl. *Grothe*, in: MüKo-BGB, § 199, Rn. 43; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger (2009), § 199, Rn. 85; *Ellenberger*, in: Palandt, § 199, Rn. 41; *Mansel/Budzikiewicz*, Jura 2003, 1, 5. Zum Teil auch als „Silvesterverjährung“ bezeichnet: *Birr*, Verjährung und Verwirkung, Rn. 19; *Petersen*, Jura 2011, 657.

63 Die Bürgschaftserklärung des Bürgen unterliegt dabei grundsätzlich dem weiteren Schriftformerfordernis gemäß §§ 766, 126 BGB, sofern die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen kein Handelsgeschäft und der Bürge nicht Kaufmann im Sinne von § 350 HGB ist.

64 Allgemeine Terminologie, die sich auch im Gesetz wiederfindet, vgl. § 766 S. 3 BGB („Hauptverbindlichkeit“).

65 BGHZ 76, 222, 225; BGHZ 113, 287, 288 f.; BGHZ 139, 214, 217; *Mormann*, in: RGRK-BGB, § 765, Rn. 9; *E. Herrmann*, in: Erman, § 765, Rn. 5; *Brödermann*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 765, Rn. 2; *Habersack*, in: MüKo-BGB, § 765, Rn. 61, 79; *Fischer*, in: Das Recht der Kreditsicherung, § 9, Rn. 74; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 13, Rn. 9.

66 Motive II, S. 663, bei *Mugdan*, II. Band, S. 370; OLG Kiel JW 1933, 2343; BGHZ 76, 222, 225; *Hohmann*, WM 2004, 757, 760; *Nobbe*, WuB I F 1 a. Bürgschaft 2.11, 186, 187.

67 BGHZ 153, 337, 340; *Mormann*, in: RGRK-BGB, § 765, Rn. 9.

68 Vgl. *Habersack*, in: MüKo-BGB, § 765, Rn. 61; *Fischer*, in: Das Recht der Kreditsicherung, § 9, Rn. 4 f.; *Larenz/Canaris*, BT II/2, § 60, S. 11 f. Grundlegend zum Akzes-

zessorietät an mehreren Stellen zurückzukommen sein. Insbesondere in Bezug auf die Auswirkungen einer gegenüber dem Hauptschuldner eingetretenen Verjährung und deren Geltendmachung durch den Bürgen gemäß § 768 BGB stellen sich grundsätzliche Wertungsfragen, die vorwiegend am sog. Verbot der Fremddisposition zu messen sind. Dabei handelt es sich um einen aus §§ 767 Abs. 1 S. 3, 768 Abs. 2 BGB abgeleiteten Grundsatz, nach dem nachträgliche Haftungserweiterungen oder Veränderungen der Hauptschuld grundsätzlich nicht zu Lasten des Bürgen gehen dürfen⁶⁹.

Ein weiterer Schwerpunkt liegt im Bereich des Rückgriffs des Bürgen. Dieser vollzieht sich zum einen über die in § 774 Abs. 1 S. 1 BGB angeordnete Legalzession der Hauptforderung und zum anderen über einen weiteren, üblicherweise dem Auftragsrecht entlehnten, originären Rückgriffsanspruch gemäß § 670 BGB⁷⁰. Probleme treten hier auf, wenn der Bürge noch Rückgriff nehmen will, obwohl bereits die Haupt- und/oder Bürgenschuld verjährt gewesen ist.

C. Gesamtschuld

Anders als Bürgschaften, sind gesamtschuldnerische Verpflichtungen nach § 421 S. 1 BGB dadurch gekennzeichnet, dass mehrere eine Leistung in der Weise schulden, dass der Gläubiger sie zwar von jedem Schuldner ganz oder teilweise, insgesamt jedoch nur einmal verlangen kann. Auch wenn heute feststeht, dass es nicht mehr auf die früher bedeutsame und schwierige Unterscheidung von Correal- und Solidarschulden ankommt⁷¹, ist praktisch seit Inkrafttreten des BGB umstritten, unter welchen Voraussetzungen eine Gesamtschuld wirksam zur Entstehung gelangt⁷². Insbesondere in früheren Stellungnahmen wurde noch vertre-

sorietätsgrundsatz: *Medicus*, JuS 1971, 497 ff.; *Becker-Eberhard*, Die Forderungsge-
bundenheit der Sicherungsrechte, S. 48 ff., 104 ff., 251 ff.; *Chr. Schmidt*, Die so-
genannte Akzessorietät der Bürgschaft, S. 23 ff., 96 ff.; *Iversen*, Die Akzessorietät als Zu-
rechnungsmodell des Bürgschaftsrechts, S. 19 ff.

69 Vgl. dazu BGHZ 130, 19, 33; *Horn*, in: Staudinger (1997), § 767, Rn. 36 ff.; *Sprau*, in:
Palandt, § 767, Rn. 3; *Brödermann*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 767, Rn. 13; *Ha-
bersack*, in: MüKo-BGB, § 767, Rn. 10, *Nobbe*, in: Bankrechts-Handbuch, § 91,
Rn. 241 ff.

70 *Hadding*, in: FS Wiegand, 2005, S. 299, 314; *E. Herrmann*, in: Erman, § 774, Rn. 12;
A. Staudinger, in: Hk-BGB, § 774, Rn. 2. Einzelheiten sind hier streitig. Auch das Kon-
kurrenzverhältnis der Rückgriffsansprüche wird zum Teil in Frage gestellt (vgl. *Larenz*,
BT II, 12. Auflage 1981, S. 479). Diesem Problem wird im Abschnitt zum Rückgriff
ausführlich nachgegangen (dazu unten, S. 191 ff.).

71 *Wandt*, in: FS Kollhossner, 2004, S. 769.

ten, dass § 421 BGB eine abschließende Definition der Gesamtschuld enthalte⁷³. In der heutigen Diskussion geht es demgegenüber vornehmlich um die Frage, ob neben § 421 BGB weitere, ungeschriebene Kriterien für die Begründung einer Gesamtschuld vorauszusetzen sind. Mittlerweile dürfte es als gesichert anzusehen sein⁷⁴, dass § 421 BGB zwar den Grundtatbestand der Gesamtschuld enthält, eine Gesamtschuld aber nur bei „Gleichstufigkeit“⁷⁵ und zumindest „Identität“⁷⁶ der geschuldeten Leistungen vorliegen kann.

Die Begründung der Gesamtschuld, ob gemeinschaftlich durch Vertrag gemäß § 427 BGB oder wegen anderer gesetzlicher Anordnung (z.B. gemäß §§ 769, 840 Abs. 1 BGB), wirft in verjährungsrechtlicher Hinsicht nur die Frage auf, ob die Forderungen von Beginn an gleichlaufenden Verjährungsfristen unterliegen müssen, eine Gesamtschuld also auch mit unterschiedlichen Verjährungsfristen der jeweiligen Forderungen begründet werden kann⁷⁷. Die weitere Entwicklung der Verjährung richtet sich gemäß § 425 Abs. 2 BGB grundsätzlich

72 Vgl. *Noack*, in: Staudinger (2005), § 421, Rn. 8, 11 ff., 26; *Weber*, in: RGRK-BGB, § 421, Rn. 1, 7 ff.; *S. Meier*, in: HKK-BGB, §§ 420-432/I, Rn. 209, 210 ff. Über die Bestimmung der Entstehungsmodalitäten gesamtschuldnerischer Verpflichtungen wurde bereits im römischen Recht, damals noch unter dem Begriff der *Correalobligation*, diskutiert (vgl. dazu v. *Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Band I, § 17, S. 144 ff.).

73 So noch: *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, S. 234; 238 ff.; *Heck*, AcP 122 (1922), 131, 132; zuletzt auch: *Boecken/von Sonntag*, Jura 1997, 1, 10.

74 Nicht durchgesetzt hat sich die Auffassung, § 421 BGB enthalte lediglich eine Rechtsfolgenanordnung, setze also ein bereits durch Rechtsgeschäft oder Gesetz entstandenes Gesamtschuldverhältnis voraus (*Frotz*, JZ 1964, 665, 667; *Hüffer*, AcP 171 (1971), 470, 477 f.). Die Theorie des „einheitlichen Schuldgrundes“ bzw. „Identität der causa“ hat sich ebenfalls nicht etablieren können (*Eisele*, AcP 77 (1891), 374 ff.; RGZ 67, 128, 131; dagegen bereits *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, S. 239). Ebenfalls überholt ist die sog. „Lehre von der schuldnerischen Zweckgemeinschaft“ (BGHZ 13, 360, 365 f.; BGHZ 59, 97, 99; *Enneccerus/Lehmann*, § 90 II, S. 360 ff.). Ebenso wenig konnte sich der Ansatz durchsetzen, die Entstehung der Gesamtschuldverhältnisse durch die Bildung von Fallgruppen zu systematisieren (*Hillenkamp*, Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld, S. 116 ff.).

75 BGHZ 106, 313, 319; BGHZ 137, 76, 82; BGHZ 159, 318, 320; *Grüneberg*, in: Palandt, § 421, Rn. 7 f.; *Gehrlein*, in: BeckOK-BGB, § 421, Rn. 8; *Larenz*, AT I, S. 635 f.; *Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern, S. 40 ff.; dagegen kritisch: *Boecken/von Sonntag*, Jura 1997, 1, 3 ff.; *Goette*, Gesamtschuldbegriff und Regreßproblem, S. 54 ff.; *Ehmann*, Die Gesamtschuld, S. 62 ff.; *Noack*, in: Staudinger (2005), § 421, Rn. 18 ff.

76 Vgl. *Weber*, in: RGRK-BGB, § 421, Rn. 2 ff.; *Müller*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 421, Rn. 5 f.; *Larenz*, AT I, S. 632 f.; *Bydlinski*, in: MüKo-BGB, § 421, Rn. 5.

77 Vgl. *Bydlinski*, in: MüKo-BGB, § 421, Rn. 5; *Böttcher*, in: Erman, § 421, Rn. 8.

nach der Person des jeweiligen Gesamtschuldners. Zwischenzeitliche Hemmungen der Verjährung oder gar ein Neubeginn der Verjährung entfalten damit prinzipiell nur „Einzelwirkung“⁷⁸. Da § 425 Abs. 1 BGB Ausnahmen von diesem Grundsatz zulässt, können sich, wie im weiteren Verlauf zu zeigen sein wird, Parallelen zu § 768 BGB ergeben.

Der Rückgriff des in Anspruch genommenen Gesamtschuldners stellt Praxis und Wissenschaft vor besondere verjährungsrechtliche Herausforderungen. Wie dem Bürgen stehen dem Gesamtschuldner im Wesentlichen zwei Rückgriffsansprüche zur Verfügung. Zum einen besteht die Möglichkeit, aus der legalzedierten Forderung gemäß § 426 Abs. 2 BGB gegen den oder die anderen Gesamtschuldner vorzugehen. Zum anderen, und hier ist im Einzelnen vieles streitig, kann der originäre Ausgleichsanspruch gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 BGB geltend gemacht werden. Neben der dogmatischen Einordnung dieses Anspruchs bereiten in verjährungsrechtlicher Sicht zwei Fragestellungen Probleme: erstens der Zeitpunkt des Verjährungsbeginns und zweitens der Rückgriffsausschluss wegen zwischenzeitlich eingetretener Verjährung der Forderung im Außenverhältnis.

D. Der Schuldbeitritt im Spannungsfeld zwischen Bürgschaft und Gesamtschuld

Der Schuldbeitritt konfrontiert den Rechtsanwender gleichermaßen mit rechtlichen wie terminologischen Schwierigkeiten⁷⁹. Aus diesem Grund wird seit mehr als hundert Jahren⁸⁰ kontrovers über das Wesen des Schuldbeitritts und dessen rechtliche Behandlung diskutiert⁸¹. Der Schuldbeitritt bietet wegen seiner Gemeinsamkeiten mit der Bürgschaft – beide werden den sog. Interzessionsge-

78 BGH NJW-RR 2002, 478, 479; *Noack*, in: Staudinger (2005), § 425, Rn. 55; *Bydlinski*, in: MüKo-BGB, § 425, Rn. 22; *Gebauer*, in: Soergel, § 425, Rn. 15; *Böttcher*, in: *Erman*, § 425, Rn. 12.

79 Vgl. bereits *Reichel*, Die Schuldmitübernahme, S. 13, 17 ff.

80 Hervorzuheben: *Reichel*, Die Schuldmitübernahme, S. 17 ff.; später: *Weigelin*, Der Schuldbeitritt, S. 6 ff.; *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, S. 214 ff.; eingehend zur Entwicklung im älteren Schrifttum: *Schlicht*, Die kumulative Schuldübernahme in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und in der zeitgenössischen Literatur, S. 43 ff.

81 Aus dem neueren Schrifttum insbesondere: *Kohte*, JZ 1990, 997 ff.; *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 119 ff.; *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, S. 16 ff.; *Schürnbrand*, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 32 ff., 52 ff.; ferner *Bydlinski*, ZIP 1989, 953, 955 f.; *Habersack*, in: MüKo-BGB, Vorbemerkungen §§ 765 ff., Rn. 11 ff.; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 1579 ff.

schäften zugeordnet⁸² – und auch der Gesamtschuld Anlass dazu, zu klären, ob er gesamtschuldnerischen, bürgschaftsrechtlichen oder vielmehr eigenen Regelungen zu unterstellen ist⁸³. Da sich Bürgschaft und Gesamtschuld in Entstehung, Entwicklung und Regress voneinander unterscheiden, und wie zu zeigen sein wird, grundsätzlich unter unterschiedlichen Voraussetzungen verjähren, löste die Einordnung des Schuldbeitritts in das Recht des einen oder anderen Haftungsinstitutes die sich für den Schuldbeitritt stellenden Verjährungsfragen. Die Einordnung des Schuldbeitritts wird im Rahmen dieser Arbeit an mehreren Stellen relevant. Die hierzu entwickelten Konzepte sollen daher schon vorab näher erörtert werden.

I. Das Dogma vom Schuldbeitritt als Gesamtschuld

Überwiegend wird für den Schuldbeitritt das Recht der Gesamtschuld angewandt. Dies folgt aus der Deutung, dass der rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Schuldbeitritt, auch (kumulative) Schuldmitübernahme genannt⁸⁴, grundsätzlich zum Entstehen einer Gesamtschuld führe⁸⁵. Für den gesetzlichen Schuldbeitritt komme dies in den Vorschriften (etwa § 419 Abs. 1 BGB a.F., §§ 546 Abs. 2, 2382 BGB; §§ 25, 26, 28 HGB⁸⁶) in der Regel zwar nicht explizit zum Aus-

82 *Westerkamp*, Bürgschaft und Schuldbeitritt, S. 37; *Weigelin*, Der Schuldbeitritt, S. 11 ff. (dort auch zur begrifflichen Erläuterung des Interzessionsgeschäfts, das sich durch den „Eintritt für eine fremde Verbindlichkeit“ beschreiben ließe); *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 10.

83 Vgl. *Reichel*, Die Schuldmitübernahme, S. 327 ff.; *Schürnbrand*, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 52 ff.; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 1579 ff.; zur Abgrenzung im gemeinen Recht: *Schlicht*, Die kumulative Schuldübernahme in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und in der zeitgenössischen Literatur, S. 28 ff.

84 *Reichel*, Die Schuldmitübernahme, S. 13; *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 4, 50; *Rohe*, in: BeckOK-BGB, § 415, Rn. 30.

85 Vgl. BGHZ 58, 251, 255; BGH NJW-RR 2007, 1407, 1408; *Noack*, in: Staudinger (2005), § 421, Rn. 49 ff.; *Horn*, in: Staudinger (1997), Vorbem zu §§ 765 ff, Rn. 363; *Röthel*, in: Erman, Vor § 414, Rn. 12; *Völzmann-Stickelbrock*, in: NK-BGB, § 421, Rn. 8; *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 3; *Westerkamp*, Bürgschaft und Schuldbeitritt, S. 37; *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, S. 234; *Weigelin*, Der Schuldbeitritt, S. 9 ff.; *Bülow*, ZIP 1999, 985, 988; a.A. früher *Siber*, in: Planck, Bd. II/1, § 419, S. 617.

86 Eine andere Auffassung zu den Vorschriften über die Firmenfortführung (§§ 25, 28 HGB) findet sich bei *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 8 I, II, S. 235 ff., der nach dem Normzweck dieser Vorschriften davon ausgeht, dass die Hauptverbindlichkeit auf den Neuunternehmer übergehe, während der Altunternehmer daneben, ähnlich eines ausgeschiedenen Gesellschafters, weiterhafte. Dagegen: *Kohte*, JZ 1990, 997, 999.

druck, sei aber zumindest durch Auslegung der Normen, die als Rechtsfolge das Hinzutreten eines weiteren Schuldners anordnen, zu ermitteln⁸⁷. Aus diesem Grund finden nach herrschender Ansicht grundsätzlich die §§ 421 ff. BGB Anwendung.

II. Die Kritik im Schrifttum

1. Die Unterscheidung von Übernahme- und Sicherungsbeitritt

Im Vordringen befinden sich jedoch Ansichten, die zwischen verschiedenen Formen des Schuldbeitritts differenzieren. Besonders verbreitet ist dabei die Unterscheidung zwischen einem *Übernahmebeitritt* einerseits und einem *Sicherungsbeitritt* andererseits⁸⁸. Der Übernahmebeitritt sei, anders als dies die Bezeichnung zunächst vermuten lasse⁸⁹, durch die Kumulation von Sicherungs- und Übernahmeinteressen gekennzeichnet⁹⁰. Er könne in mannigfaltigen Erscheinungsformen zutage treten und sowohl auf vertraglicher Vereinbarung als auch gesetzlicher Anordnung beruhen⁹¹. Die Auslegung des Parteiwillens und des gesetzlichen Beitrittstatbestandes ergebe für den Übernahmebeitritt die Anwendung von Gesamtschuldrecht, da der Beitrittsschuldner nicht als bloßer Sicherungsgeber fungieren soll, sondern vielmehr die Funktion eines neben den Ursprungsschuldner tretenden Schuldners bekleide⁹².

87 Vgl. Noack, in: Staudinger (2005), § 421, Rn. 48 ff.

88 Weigelin, Der Schuldbeitritt, S. 36 ff.; Kohte, JZ 1990, 997, 998 f.; Schürnbrand, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 32 ff.; dem folgend: Habersack, in: MüKo-BGB, Vor § 765, Rn. 12; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 1582; mit zum Teil anderer Terminologie auch: Madaus, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, S. 320 („Übernahmebeitritt und typischer Schuldbeitritt“). Weiter differenzierend: Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 77 ff.

89 Schürnbrand, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 34; vgl. ferner Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 113 („Grenzziehung zweifelhaft“).

90 Kohte, JZ 1990, 997, 998 f.; Schürnbrand, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 34; auch nach Madaus, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, S. 17, liege grundsätzlich jedem Schuldbeitritt die Sicherungsfunktion zugrunde.

91 Schürnbrand, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 32 ff. Exemplarisch für gesetzliche Fälle des Übernahmebeitritts seien § 2382 BGB, § 1088 BGB und § 25 HGB zu nennen (vgl. Schürnbrand, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 35 ff.). So für § 25 HGB auch: Weigelin, Der Schuldbeitritt, S. 48; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 1582.

92 Schürnbrand, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 34, 169; Madaus, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, S. 316, 321; vgl. ferner Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 1582.

Der Sicherungsbeitritt sei hingegen funktional und ökonomisch mit einer (selbstschuldnerischen) Bürgschaft vergleichbar⁹³. Er sei weitgehend nach Bürgschaftsrecht zu beurteilen, weil die Vorschriften über die Gesamtschuld dem Sicherungscharakter dieser Form des Schuldbeitritts nicht gerecht würden⁹⁴. Der Unterschied zum Übernahmbeitritt bestehe darin, dass hier keine Kumulation von Sicherungs- und Übernahmzweck bestehe, sondern allein der Sicherungsgedanke überwiege⁹⁵. Mit anderen Worten soll dem Gläubiger durch den Beitritt primär eine Sicherheit für das Forderungsausfallrisiko beim Ursprungsschuldner gegeben werden. Da sich der Sicherungszweck sowohl aus der Parteivereinbarung als auch aus dem Gesetz ergeben könne, käme es auf die Form der Begründung nicht an. Als gesetzliche Tatbestände, die den Sicherungsaspekt des Schuldbeitritts in den Vordergrund rückten, seien unter anderem § 130 HGB, § 322 AktG und § 133 UmwG zu nennen⁹⁶. Insbesondere der erstgenannte § 130 HGB bringe eine gegenüber der Gesellschaft nachrangige Haftung des eintretenden Gesellschafters zum Ausdruck⁹⁷. Im Innenverhältnis treffe die Gesellschaft jedenfalls die alleinige Einstandspflicht⁹⁸. Eine ähnliche Konstellation bestehe zwischen der haftenden Hauptgesellschaft und der im Sinne von § 322 AktG eingegliederten Gesellschaft⁹⁹.

93 Vgl. *Schürnbrand*, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 40; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 1580, 1596; *Habersack*, in: MüKo-BGB, Vor § 765, Rn. 10 ff.; *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, S. 321.

94 *Schürnbrand*, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 97 ff.; *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 119 ff., 137; in diesem Sinne, jedoch zum Teil mit weiteren Einschränkungen, bereits *Weigelin*, Der Schuldbeitritt, S. 51; ferner auch: *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, S. 321 ff.; *Bydlinski*, in: MüKo-BGB, § 421, Rn. 35; a.A. *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 1580, 1582, 1598, der die Gesamtschuldregelungen in modifizierter Form zur Anwendung bringen will.

95 *Schürnbrand*, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 40.

96 *Schürnbrand*, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 41 ff.

97 Vgl. *Schürnbrand*, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 42.

98 *Schürnbrand*, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 42.

99 *Schürnbrand*, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, S. 42 f. Im Ergebnis wird damit eine Auslegung vorgenommen, die sich auch an anderer Stelle für die Interzessionssicherheiten im Allgemeinen finden lässt. *Becker-Eberhard*, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, S. 44 ff., spricht etwa davon, dass bei den Interzessionssicherheiten die Haftung im Außenverhältnis grundsätzlich keinen Schranken unterliege, dem Innenverhältnis allerdings eine grundsätzlich subsidiäre Haftungsvorstellung zugrunde liege.