

# **Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit**

Die Zulässigkeit von Analogien zum Recht der Schuldübernahme und der Bürgschaft

Inauguraldissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte  
durch die Juristische Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

**Stephan Madaus**

Veröffentlicht im Jahr 2001 als Band 2 der Schriftenreihe des Instituts für Bankrecht und  
Bankwirtschaft an der Universität Rostock e.V.

Berlin Verleg Arno Spitz GmbH

ISBN 3-8305-0215-X

Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Rostock: Prof. Dr. Detlef Czybulka

Tag der Einreichung: 1. August 2000

Gutachter:           1. Prof. Dr. Peter Bydlinski  
                          2. Prof. Dr. Ralph Weber

Tag der mündlichen Prüfung: 11. November 2000

## **Vorwort**

Die Arbeit ist im Sommersemester 2000 von der Juristischen Fakultät der Universität Rostock als Dissertation angenommen worden. Beiträge aus Literatur und Rechtsprechung wurden bis Januar 2001 berücksichtigt.

Sie wäre nicht zustande gekommen ohne das ausgezeichnete Arbeitsklima am dortigen Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht, wofür vor allem dem Lehrstuhlinhaber Prof. Dr. Peter Bydlinski zu danken ist, der den Fortgang der Arbeit mit sanftem Druck, wertvollen Anregungen und rascher Begutachtung in höchstem Maße gefördert hat. Prof. Dr. Ralph Weber hat die Mühe der Zweitbegutachtung auf sich genommen. Ihm sei auf diesem Weg für seine weiterführenden Hinweise und stete Ermunterung gedankt.

Daneben ist die Unterstützung hervorzuheben, die ich durch das Institut für Bankrecht und Bankwirtschaft an der Universität Rostock erfahren habe. Es ermöglichte mir den Einstieg in die Arbeit durch die großzügige Gewährung eines Stipendiums und half der Fertigstellung sehr durch die Bereitstellung der institutseigenen Bibliothek, wofür dem Vorstand wie auch dem ehemaligen Geschäftsführer Prof. Dr. Peter Bydlinski Dank zu sagen ist. Der Landeszentralbank und der Commerzbank-Stiftung sei schließlich für ihre finanzielle Unterstützung bei der Veröffentlichung der Arbeit gedankt.

Mein ganz persönlicher Dank gilt Daniela Müller, deren Unterstützung mir besonders wichtig war, sowie meinen Eltern für ihren steten Rückhalt.

Rostock, im Februar 2001

Stephan Madaus

## Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einführung	1
A. Rechtfertigung der Arbeit	1
B. Aufbau und Ziel der Arbeit	4
Erstes Kapitel: Der Vertragstyp Schuldbeitritt	7
A. Einleitung	7
B. Konstruktive Wesensmerkmale des Schuldbeitritts	16
C. Möglichkeit und Grenzen abweichender Parteivereinbarungen	37
D. Der Schuldbeitritt als kausales Verpflichtungsgeschäft	70
Zweites Kapitel: Die Abgrenzung des Schuldbeitritts von verwandten Rechtsinstituten	83
A. Die Abgrenzung von der Bürgschaft	84
B. Die Abgrenzung von der Garantie	115
C. Die Abgrenzung von der Erfüllungsübernahme	125
D. Die Abgrenzung zur Mitvertragspartnerschaft	134
E. Ergebnisse	138
Drittes Kapitel: Die Voraussetzungen des Beitrittsvertrages	141
A. Der Beitrittsvertrag	141
B. Die Notwendigkeit der Erstschuld	150

## Inhaltsübersicht

Viertes Kapitel: Einwendungen bezüglich der Wirksamkeit des Beitrittsvertrags	165
A. Das Verbraucherkreditgesetz	165
B. Das Haustürwiderrufgesetz	184
C. Das AGB-Gesetz	207
D. § 138 Abs. 1 BGB – Die Sittenwidrigkeit der Mithaftung naher Familienangehöriger	231
E. Der Schuldbeitritt und die Schriftform	255
F. Die Verjährung der Beitrittsschuld	272
Fünftes Kapitel: Der Schuldbeitritt als Teil eines Drei-Personen-Verhältnisses – Auswirkungen der Erstschuld und des Innenverhältnisses zum Erstschuldner auf die Rechte und Pflichten des Beitretenden	281
A. Einwendungen des Beitretenden aus dem indirekten Schuldbeitritt	281
B. Rechte des Beitretenden aus der Unwirksamkeit der Erstschuld	286
C. Regreß	304
Sechstes Kapitel: Zusammenfassung der Erkenntnisse und Entwurf einer gesetzlichen Regelung	313
A. Die Struktur des Schuldbeitritts	313
B. Die Ergänzung der Gesamtschuldvorschriften durch Analogien	320
C. Vorschlag für eine gesetzliche Regelung des Schuldbeitritts	327

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	331
Sachregister	347

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einführung	1
A. Rechtfertigung der Arbeit	1
B. Aufbau und Ziel der Arbeit	4
Erstes Kapitel: Der Vertragstyp Schuldbeitritt	7
A. Einleitung	7
I. Der Begriff des Schuldbeitritts	7
1. Der Schuldbeitritt als Vertragsänderung?	8
2. Der Schuldbeitritt als Neubegründung einer zunächst inhaltsgleichen Schuld	10
3. Die Bezeichnung	11
II. Fallgruppen	12
III. Zulässigkeit	16
B. Konstruktive Wesensmerkmale des Schuldbeitritts	16
I. Der Schuldbeitritt als Gesamtschuldbegründung	17
II. Einordnung des Schuldbeitritts in das System der Gesamtschuld	20
III. Folgen der Einordnung als Gesamtschuld	21
1. Wahlrecht des Gläubigers (§ 421 BGB)	22
2. Gesamtwirkung (§§ 422 – 424 BGB)	23
a) Erfüllung (§ 422 Abs. 1 BGB)	23
b) Erlaß (§ 423 BGB)	24
3. Annahmeverzug (§ 424 BGB)	28
4. Exkurs: Anwendbarkeit des § 401 BGB auf den Schuldbeitritt	29
5. Einzelwirkung (§ 425 BGB)	33
6. Regreß (§ 426 BGB)	35
7. Zusammenfassung	36



## Inhaltsverzeichnis

c) Konturlosigkeit des Interessenkriteriums	102
d) Ergebnis	102
2. Kritik an der Rechtsprechung	103
3. Lösungsvorschlag	107
a) Die Bedeutung des eindeutigen Wortlauts	107
b) Kriterien bei unklarem Wortlaut	110
c) Ergebnis	115
B. Die Abgrenzung von der Garantie	115
I. Unterschiede zwischen Garantie und Schuldbeitritt	116
II. Abgrenzungskriterien	120
1. Kriterien für das Vorliegen einer Garantie	120
2. Kriterien für die Abgrenzung von Schuldbeitritt und Garantie	123
III. Zusammenfassung	125
C. Die Abgrenzung von der Erfüllungsübernahme	125
I. Der Begriff der Erfüllungsübernahme	126
II. Die Abgrenzungsregelungen des § 329 BGB und des § 328 Abs. 2 BGB	129
III. Die gescheiterte Schuldübernahme nach § 415 BGB – ein Schuldbeitritt?	131
D. Die Abgrenzung zur Mitvertragspartnerschaft	134
I. Der Unterschied zwischen Schuldbeitritt und Mitvertragspartnerschaft	135
II. Abgrenzungskriterium	136
III. Zusammenfassung	138
E. Ergebnisse	138
Drittes Kapitel: Die Voraussetzungen des Beitrittsvertrages	141
A. Der Beitrittsvertrag	141
I. Vertragsschluß mit dem Gläubiger	142

## Inhaltsverzeichnis

1. Rechtsbindungswille	142
2. Erklärungsbewußtsein	143
3. Entbehrlichkeit der Annahmeerklärung nach § 151 BGB	144
II. Vertragsschluß mit dem Erstschuldner	147
III. Ergebnis	150
B. Die Notwendigkeit der Erstschuld	150
I. Die Folgen des Fehlens der Erstschuld	152
II. Exkurs: Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit der Erstschuld	154
III. Der Schuldbeitritt zu einer künftigen Verpflichtung	157
1. Bestimmtheit	158
2. Exkurs: Kündigungsrechte des Beitretenden	161
IV. Zusammenfassung	164
Viertes Kapitel: Einwendungen bezüglich der Wirksamkeit des Beitrittsvertrags	165
A. Das Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG)	165
I. Anwendbarkeit des VerbrKrG	166
1. Unmittelbare Anwendbarkeit	166
2. Analoge Anwendbarkeit	167
a) Planwidrige Unvollständigkeit (Lücke)	168
b) Vergleichbarkeit der Interessenlage	174
II. Ergebnis	184
B. Das Haustürwiderrufsgesetz	184
I. Anwendbarkeit	185
1. Sachlicher Anwendungsbereich	185
a) Die Rechtsprechung des BGH	186
(1) Mithaftung als entgeltliche Leistung	188
(2) Richtlinienkonforme Auslegung	192
b) Die Entscheidung des EuGH	195
c) Folgen der EuGH-Entscheidung	198
d) Ergebnis	200

## Inhaltsverzeichnis

2. Persönlicher Anwendungsbereich	200
II. Das Widerrufsrecht	200
1. Der Ehepartner oder nahe Angehörige als Verhandlungsgehilfen der Bank	201
2. Ergebnis	206
III. Das Verhältnis zur Vertragsnichtigkeit nach § 134 BGB i.V.m. § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO	206
C. Das AGB-Gesetz	208
I. Abgrenzungsfragen	208
II. Die weite Sicherungszweckerklärung	212
1. § 3 AGBG – Überraschende Klausel	213
2. § 9 AGBG – Inhaltskontrolle	217
3. Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Klausel	227
III. Sonstige Anforderungen an Schuldbeitrittsklauseln	229
IV. Fazit	231
D. § 138 Abs. 1 BGB – Die Sittenwidrigkeit der Mithaftung naher Familienangehöriger	231
I. Ausgangslage	232
II. Lösungsversuche	233
III. Stellungnahme	243
1. Zur analogen Anwendung von § 310 BGB	243
2. Zum Gedanken des Wuchers (§ 138 Abs. 2 BGB)	244
3. Zur culpa in contrahendo	246
4. Zur Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB	247
IV. Ergebnis	254
E. Der Schuldbeitritt und die Schriftform	255
I. Die Bedeutung der Form des Vertrags zwischen Erstschuldner und Gläubiger	256
II. Die Formbedürftigkeit des Schuldbeitritts	259
1. Vorliegen einer Regelungslücke	260
2. Vergleichbarkeit der Interessenlage	262
a) Für den typischen Schuldbeitritt	264
b) Zur Relevanz eines eigenen unmittelbaren Interesses	268

## Inhaltsverzeichnis

c) Für den Übernahmeschuldbeitritt	270
III. Ergebnis	271
F. Die Verjährung der Beitrittsschuld	272
I. Die Verjährungsfrist	272
1. Die Übernahme der Verjährungsfrist der Erstschuld	272
2. Die Anwendbarkeit der §§ 196, 197 BGB	274
II. Der Verjährungsbeginn	278
III. Unterbrechung und Hemmung der Verjährung	278
IV. Ergebnis	279
Fünftes Kapitel: Der Schuldbeitritt als Teil eines Drei-Personen- Verhältnisses – Auswirkungen der Erstschuld und des Innenverhältnisses zum Erstschuldner auf die Rechte und Pflichten des Beitretenden	281
A. Einwendungen des Beitretenden aus einem indirekten Schuldbeitritt	281
B. Rechte des Beitretenden aus der Unwirksamkeit der Erstschuld	286
I. Im Beitrittszeitpunkt bestehende Einwendungen des Erstschuldners	286
II. Exkurs: Mithaftung für den Bereicherungsanspruch	291
1. Meinungsstand bei der gesamtschuldnerischen Mithaftung	294
2. Meinungsstand im Bürgschaftsrecht	295
3. Stellungnahme	297
a) Die erläuternde Vertragsauslegung	297
b) Die ergänzende Vertragsauslegung	298
4. Zusammenfassung	302
III. Nach dem Beitrittszeitpunkt entstehende Einwendungen des Erstschuldners	303
C. Regreß	304
I. Ansprüche aus dem Grundverhältnis zwischen	

## Inhaltsverzeichnis

Erstschuldner und Beitretendem	304
II. Ansprüche aus § 426 Abs. 1 BGB	305
III. Der Forderungsübergang nach § 426 Abs. 2 BGB	306
IV. Anwendbarkeit des § 776 BGB auf den Schuldbeitritt	309
V. Ergebnisse	312
Sechstes Kapitel: Zusammenfassung der Erkenntnisse und Entwurf einer gesetzlichen Regelung	313
A. Die Struktur des Schuldbeitritts	313
I. Die dogmatische Einordnung	313
II. Die Rechtswirkungen des Schuldbeitritts	315
III. Die Arten des Schuldbeitritts	318
B. Die Ergänzung der Gesamtschuldvorschriften durch Analogien	320
I. Analoge Anwendung von Regelungen zur Schuldübernahme	320
II. Analoge Anwendung von Bürgschaftsvorschriften	321
1. § 765 BGB	322
2. § 766 BGB	323
3. §§ 767, 768 BGB	323
4. § 769 BGB	324
5. § 770 BGB	324
6. §§ 771 bis 773 BGB	324
7. § 774 BGB	325
8. § 775 BGB	325
9. § 776 BGB	326
10. § 777 BGB	326
III. Ergebnis	327
C. Vorschlag für eine gesetzliche Regelung des Schuldbeitritts	327
Literaturverzeichnis	331
Sachregister	347

Inhaltsverzeichnis

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BB	Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGH E	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewO	Gewerbeordnung
HGB	Handelsgesetzbuch
HWiG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften

## Abkürzungsverzeichnis

JB1	Justizblatt (österr.)
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurA	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW – Rechtsprechungsreport Zivilrecht
Nr.	Nummer
ÖBÄ	Österreichisches Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGRK	BGB-Kommentar von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SeuffA	Seufferts Archiv
Streit	Der Streit
VerbrKrG	Gesetz über Verbraucherkredite
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bank- und Börsenrecht
XX	

## Abkürzungsverzeichnis

ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögens- nachfolge
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

## Einführung

### A. Rechtfertigung der Arbeit

Das Rechtsinstitut des Schuldbeitritts erlebte gerade in den letzten Jahren sowohl in der Wirtschaft als auch in der Rechtswissenschaft eine kaum für möglich gehaltene Renaissance. Die mit dem Beitrittsvertrag begründete gesamtschuldnerische Mithaftung des Beitretenden scheint ein so flexibles Haftungsinstrument zu sein, daß mit ihr eine Vielzahl verschiedenster Interessenlagen berücksichtigt werden können.

So bedienen sich Kreditinstitute des Schuldbeitritts anstelle der klassischen Bürgschaft als Personalsicherheit für gewährte Kredite in der Hoffnung, dadurch den Bestimmungen des Bürgenschutzes wie den §§ 766, 768 oder 776 BGB zu entgehen. In der Rechtswissenschaft wird der Schuldbeitritt neuerdings herangezogen, um die akzessorische Mithaftung des Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für Gesellschaftsschulden zu begründen. Die anderen Gesellschafter würden der durch einen Gesellschafter begründeten Verbindlichkeit (antizipiert) beitreten.<sup>1</sup> Ebenso wurde versucht, die Schuldübernahme als Fall des Schuldbeitritts anzusehen und auf der Grundlage des Schuldbeitritts Fragen des Rechts der Schuldübernahme zu klären.<sup>2</sup> Ob all diese Bemühungen zum Erfolg führen, mag hier noch dahingestellt bleiben. Jedenfalls wird deutlich, daß die durch den Schuldbeitritt begründete gesamtschuldnerische Haftung des Beitretenden so flexibel zu sein scheint, daß mit ihrer Hilfe sowohl eine Sicherung des Gläubigers vor dem Ausfall seines Erstschuldners als auch eine Übernahme der Schuld des Erstschuldners durch den Beitretenden ohne sofortige Entlassung des Erstschuldners aus seiner Haftung ermöglicht wird.

<sup>1</sup> Vgl. nur *Habersack*, JZ 1997, 857, 864 f. und *Beck*, WM 1999, 1753, 1756 ff. - näher dazu im 1. Kapitel unter C. II. 1.

<sup>2</sup> So *Redick*, Haftungsbegründung und Schuldbefreiung bei §§ 415, 416 BGB, S. 105 ff.

## Einführung

Diese Entwicklung des Schuldbeitritts zum scheinbar universellen Mittel der Problemlösung wird durch zwei Faktoren ermöglicht: zum einen durch die weitgehende Dispositivität der Gesamtschuldbestimmungen; zum anderen durch die fehlende gesetzliche Regelung des Schuldbeitritts als eigener Vertragstyp im besonderen Schuldrecht. Schon die dogmatischen Grundlagen des allgemeinen Vertragstyps „Schuldbeitritt“ sind aus diesen Gründen nicht einfach zu bestimmen. Die Herausbildung seiner Merkmale liegt bis heute allein in der Hand der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft. In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts befaßte man sich neben der Erarbeitung einer dogmatischen Struktur des Schuldbeitritts vor allem mit dessen Abgrenzung von der Bürgschaft. Hervorzuheben ist hier insbesondere die Arbeit von *Reichel*<sup>3</sup>, der als erster ein umfassendes und präzises Bild des Rechtsinstituts entwickelte. Die in dieser Zeit erzielten Ergebnisse wurden nach dem Krieg in Rechtsprechung und Literatur weitgehend unkritisch übernommen. Eine Fortführung der Diskussion fand kaum statt.

Ein grundlegender Wandel dieser erstarrten Lage erfolgte erst in den letzten zehn Jahren. Nachdem bereits *Kothe*<sup>4</sup> die lange wissenschaftliche Untätigkeit beklagte und neue Denkanstöße zur dogmatischen Betrachtung des Vertragstyps Schuldbeitritts gab, erschien 1994 die Dissertation von *Kittlitz*<sup>5</sup>. Dieser überprüfte erstmals die Anfang des Jahrhunderts aufgestellten dogmatischen Ergebnisse und versuchte im Anschluß an *Kothe* eine Neuordnung. Die wissenschaftliche Diskussion ist damit selbst auf klassischen, als weitgehend geklärt angesehenen Problemfeldern neu eröffnet worden.

Hinzu kommt eine rasante Weiterentwicklung der Rechtsprechung in verschiedenen bankrechtlichen Fragen der Verwendung des Schuldbeitritts als Personalsicherheit in den letzten Jahren. So scheint die Rechtsprechung zur Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienangehöriger einen unerwartet deutlichen Abschluß zu finden. Daneben wirft die durch die EU eingeleitete Verbraucherschutzgesetzgebung eine Viel-

<sup>3</sup> Die Schuldmitübernahme, 1909.

<sup>4</sup> JZ 1990, 997.

<sup>5</sup> Der vertragliche Schuldbeitritt.

zahl von Problemen auf, die den Schuldbeitritt betreffen und auch zu einer Neubewertung alter Fragen wie die der Form des Schuldbeitritts führen können. Besonders interessant ist hier vor allem die weitgehend befürwortete Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf den Schuldbeitritt und die sich daraus ergebenden Folgen. Daneben stellen sich aber auch hinsichtlich des Haustürwiderrufgesetzes oder des AGB-Gesetzes aufschlußreiche, den Schuldbeitritt betreffende Fragen.<sup>6</sup> Allein die Untersuchung dieser Problembereiche bietet genügend Stoff für selbständige Dissertationen.<sup>7</sup> Im Rahmen dieser Arbeit werden sie daher nur insoweit untersucht wie sie nützliche Rückschlüsse auf die allgemeinen Strukturen des Schuldbeitritts ermöglichen.

Die vorliegende Arbeit soll also zunächst eine zusammenhängende und fundierte Darstellung der bedeutenden Problembereiche des Schuldbeitritts bieten. Sie geht damit weit über das Werk von *Kittlitz* hinaus, der sich auf die Aufarbeitung der klassischen dogmatischen Probleme beschränkt und zum Problemkreis des Verbraucherkreditgesetzes nur sehr verkürzt Stellung nimmt. Aufgrund des Fehlens sonstiger aktueller und umfassender monographischer Arbeiten zum Schuldbeitritt erscheint eine geordnete Zusammenfassung, Überarbeitung und Fortführung der bisherigen wissenschaftlichen Diskussion zur Einordnung und Behandlung des Schuldbeitritts notwendig und als ausreichende Rechtfertigung für die vorliegende Arbeit.

## **B. Aufbau und Ziel der Arbeit**

Erstes Ziel dieser Dissertation ist der Nachweis, daß das Rechtsinstitut des Schuldbeitritts als ein gesetzlich nicht geregelter schuldrechtlicher Vertragstyp anzusehen ist. Dafür werden im ersten Kapitel die zwingenden und damit typprägenden Merkmale des Schuldbeitritts herausgearbeitet, wobei deutlich werden wird, daß der Schuldbeitritt kein so flexibles

<sup>6</sup> Genauer zum ganzen im 4. Kapitel.

<sup>7</sup> Diese sind auch bereits erschienen – vgl. die Nachweise in den entsprechenden Fußnoten im 4. Kapitel.

## Einführung

Haftungsinstrument ist wie es eingangs vermutet wurde. Auf diese im ersten Kapitel erarbeitete Struktur des Schuldbeitritts bauen die dann folgenden Darstellungen und Problemlösungen auf.

Zunächst erleichtern die erarbeiteten typisierenden Merkmale des Schuldbeitritts dessen Abgrenzung zu verwandten Rechtsinstituten wie der Schuldübernahme, der Bürgschaft, der Garantie, der Erfüllungsübernahme sowie dem Vertragsbeitritt. Anschließend erfolgt ein umfassender Überblick über die Problemfelder des Schuldbeitritts in der heutigen Rechtsprechung, angefangen bei seinen Entstehungsvoraussetzungen über mögliche Unwirksamkeitsgründe bis hin zu Regreßproblemen. Dabei wird auffallen, daß bei der Behandlung einer Vielzahl dieser Problemkreise heute bereits ganz selbstverständlich einige Regelungen des *Bürgschaftsrechts analog* auf den Schuldbeitritt angewendet werden oder Rechtsprechungsgrundsätze zur Bürgschaft ohne weiteres auf den Schuldbeitritt übertragen werden. Dieses Vorgehen wird mit der identischen Interessenlage der Beteiligten bei Bürgschaft und Schuldbeitritt begründet. Bei anderen Problemkreisen jedoch wird überwiegend eine analoge Anwendung des Bürgschaftsrechts von vornherein kategorisch abgelehnt. Hier wird zur Begründung auf die gravierenden dogmatischen Unterschiede zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt verwiesen. In der Gesamtbetrachtung, welche diese Arbeit liefert, erscheint es so ziemlich willkürlich, ob für die Behandlung eines Problems auf die identische Interessenlage oder auf die gravierenden dogmatischen Unterschiede verwiesen wird. Die Art der Begründung hängt bislang offenbar allein vom gewünschten Ergebnis ab.

Eine nähere Analyse der dargestellten Problemfelder wird am Ende deutlich werden lassen, daß die Interessenlage beim *Regelfall des Schuldbeitritts* tatsächlich identisch mit der bei einer Bürgschaft ist und sich die dogmatischen Unterschiede zwischen beiden auf die *Nichtakzessorietät*<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Der Begriff „Akzessorietät“ bezeichnet in dieser Arbeit die stärkste Form der einseitigen Abhängigkeit einer Forderung von einer anderen in der Form, daß sie jedes Schicksal der Hauptforderung teilt. Geringere Formen der Abhängigkeit, die auch dem Schuldbeitritt eigen sind, bedeuten nach diesem Begriffsverständnis noch keine akzessorische Verknüpfung (so schon *Rei-*

*des Schuldbeitritts bzw. die Akzessorietät der (selbstschuldnerischen) Bürgschaft beschränken.*

Diese Erkenntnis erinnert stark an eine andere gesetzlich geregelte Gruppe von Sicherungsmitteln: die Grundpfandrechte. Auch dort ist der gesetzliche Regelfall ein akzessorisches Sicherungsrecht: die Hypothek. Als Ausnahmefall wurde hingegen die nichtakzessorische Grundsuld gesehen. Der dogmatische Unterschied der Akzessorietät bzw. Nichtakzessorietät hinderte den Gesetzgeber hier nicht, die Regelungen der Hypothek auch auf die Grundsuld anzuwenden, soweit die anzuwendende Regelung nicht eine Akzessorietät voraussetzt, § 1192 Abs. 1 BGB. Eine Anwendung dieses *Rechtsgedankens* auf das Verhältnis von Schuldbeitritt und Bürgschaft drängt sich somit geradezu auf.

Dieser Ansatz ist bereits erwogen worden. So hat *Kittlitz*<sup>9</sup> die analoge Anwendung des Bürgschaftsrechts auf den Schuldbeitritt anhand des Rechtsgedankens aus § 1192 Abs. 1 BGB nur für eine Fallgruppe des Schuldbeitritts, den Sicherungsschuldbeitritt, befürwortet.<sup>10</sup> Diese Einschränkung erscheint jedoch nicht zwingend. *Canaris*<sup>11</sup> hingegen befürwortet ohne nähere Begründung eine Anwendung des Rechtsgedankens auf die Garantie. Dies schließt eine Anwendung auf den Schuldbeitritt jedoch nicht aus.

Übergreifendes Ziel der vorliegenden Arbeit ist damit die Klärung der Frage, ob der einzige Unterschied zwischen dem typischen Schuldbeitritt und der (selbstschuldnerischen) Bürgschaft im Bereich der Akzessorietät liegt, und darauf aufbauend, ob eine generelle analoge Anwendung der Bürgschaftsregelungen entsprechend dem Rechtsgedanken aus § 1192 Abs. 1 BGB möglich und zu befürworten ist. Diese Betrachtung wird

*chel*, Schuldmitübernahme, S. 46 f. und zuletzt *Becker-Eberhard*, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, S. 51).

<sup>9</sup> Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 119 f.

<sup>10</sup> *Kittlitz* versteht dabei die Gruppe der Sicherungsschuldbeitritte jedoch sehr eng und will darunter nur diejenigen Schuldbeitritte zusammenfassen, die ohne Eigeninteresse des Beitretenden erklärt wurden. Zu den verschiedenen Fallgruppen siehe unten 1. Kapitel A. II.

<sup>11</sup> *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 64 III 3, S. 77.

Einführung

schließlich zu einem Formulierungsvorschlag für eine gesetzliche Regelung des Schuldbeitritts führen.

## Erstes Kapitel

# Der Vertragstyp Schuldbeitritt

Bevor man tiefer in die vielen Einzelprobleme des Schuldbeitritts einsteigt, muß zunächst dessen dogmatische Grundstruktur erörtert werden. Sie ist der Ausgangspunkt vieler späterer Überlegungen und bedarf gerade auch deshalb der Betrachtung, da in diesen grundsätzlichen Fragen bereits einige Unklarheiten bestehen. Diese führen dann verständlicherweise zu falschen oder „vernebelten“ Ausgangspositionen in den späteren Problemerkörterungen, was deren Lösung erschwert.

### A. Einleitung

Als erstes muß geklärt werden, welche der unzähligen vertraglichen Vereinbarungen überhaupt dafür in Betracht kommen, als Schuldbeitritt qualifiziert zu werden. Dafür wird es notwendig sein, bestimmte Merkmale zu erarbeiten, die eine Vereinbarung eindeutig als Schuldbeitritt kennzeichnen. Ziel des ersten Kapitels ist es somit, eine klare dogmatische Definition für den Vertragstyp des Schuldbeitritts zu finden.

### I. Der Begriff des Schuldbeitritts

Als „kumulative Schuldübernahme“ oder Schuldbeitritt wird eine vertragliche Vereinbarung bezeichnet, nach welcher der Dritte *neben* dem bisherigen Schuldner als *selbständiger und gleichrangiger* Zweitschuldner haften soll. Die bestehende Verbindlichkeit des Erstschuldners<sup>12</sup> wird also inhaltlich *verdoppelt*.<sup>13</sup> Das bedeutet zwingend, daß Erstschuld und Bei-

<sup>12</sup> Er wird auch als Urschuldner oder Hauptschuldner bezeichnet. Dies soll jedoch keine vorrangige Haftung ausdrücken. Vielmehr haften Erstschuldner und Beitretender gleichrangig. Es soll lediglich der Sicherungscharakter des Schuldbeitritts durch Verwendung dieser Begriffe verdeutlicht werden.

<sup>13</sup> So auch *Edenfeld*, JZ 1997, 1034, 1035.

trittsverpflichtung im Zeitpunkt des Beitritts *inhaltlich identisch* sind. Die Verdopplung bedeutet aber auch, daß nun zwei *eigenständige* Verpflichtungen vorliegen, deren weitere Entwicklung durchaus unterschiedlich verlaufen kann.<sup>14</sup> Daß damit auch die Voraussetzungen der Gesamtschuld vorliegen, soll erst im nächsten Abschnitt genauer aufgezeigt werden.

### 1. Der Schuldbeitritt als Vertragsänderung?

Während die gerade skizzierten Rechtsfolgen eines wirksamen Schuldbeitritts allgemein anerkannt sind, bestehen noch bedeutende Unklarheiten bezüglich der Frage, wie diese Haftungsfolgen konstruktiv zu erreichen sind. Teilweise wird vertreten, daß durch den Schuldbeitritt für den Beitretenden kein eigenes Vertragsverhältnis begründet wird.<sup>15</sup> Dieser würde vielmehr (zweiter) Schuldner der bereits bestehenden Verbindlichkeit mit dem Erstschuldner. Durch den Schuldbeitritt würde also nur *das bestehende Vertragsverhältnis* zwischen Gläubiger und Erstschuldner um einen weiteren Schuldner (den Beitretenden) *erweitert*. Ein Schuldbeitritt wäre nach dieser Ansicht also nichts anderes als eine bloße Vertragsänderung. Bestünde beispielsweise zwischen dem Erstschuldner und dem Gläubiger ein Darlehensvertrag, so würde der Beitretenden danach zweiter (gesamtschuldnerisch haftender) Darlehensnehmer.

Auf den ersten Blick hat diese Ansicht einiges für sich. Immerhin ist eine Vielzahl von Darlehensformularen in der Weise gestaltet, daß der Beitretende als „Mitarlehensnehmer“ oder „Mitantragsteller“ unterzeichnet. Er scheint also tatsächlich in den Darlehensvertrag einbezogen zu sein. Bei genauerer Betrachtung lassen sich jedoch erhebliche Zweifel an diesem Verständnis des Schuldbeitritts nicht beseitigen.

<sup>14</sup> Bildlich könnte man sagen: Für den Dritten wird eine Kopie der Erstschuld erzeugt. Zum Zeitpunkt des Kopiervorgangs sind Original und Kopie inhaltlich völlig identisch, auch wenn sie auf verschiedenen Blättern stehen. Danach können aber beide unterschiedlich verändert werden.

<sup>15</sup> So *Bülow*, *Kreditsicherheiten*, Rn. 1369b, 1376 und *Lwowski*, *Kreditsicherung*, Rn. 423.

Zunächst ist voranzustellen, daß die Bezeichnung eines Vertragspartners als „Mitantragsteller“ dann unbeachtlich ist, wenn die ansonsten gewollten Rechtsfolgen eine andere als die bezeichnete Haftungsart erkennen lassen.<sup>16</sup> Und genau dies ist bei einem Schuldbeitritt der Fall. Dieser führt dazu, daß der Beitretende zwar wie der Erstschuldner haftet, ihm jedoch anders als dem Erstschuldner keinesfalls dessen Gegenrechte gegenüber dem Gläubiger zustehen. Der Beitretende wird bloßer Schuldner. Er hat damit nach den Vereinbarungen der Parteien zu keiner Zeit einen Anspruch gegen den Gläubiger auf die Darlehenssumme. Ihn trotzdem als Mitantragsteller auf diese Summe oder als Darlehensnehmer zu bezeichnen, ist eine eindeutige Falschbezeichnung und kann begrifflich kaum überzeugen.<sup>17</sup> Es bleibt also festzuhalten, daß ein Beitretender nach dem Willen aller Beteiligten zu keiner Zeit gleichberechtigter Partner des Vertrages zwischen Gläubiger und Erstschuldner werden soll. Seine einzige Aufgabe besteht darin, inhaltlich wie der Erstschuldner verpflichtet zu sein. Um dies zu erreichen ist seine unmittelbare Einbeziehung in das Vertragsverhältnis zwischen Gläubiger und Erstschuldner jedoch nicht notwendig.

Neben dem begrifflichen Unbehagen, den Beitretenden aufgrund einer Vertragsänderung als „Darlehensnehmer“ anzusehen, sprechen auch noch andere Gründe gegen eine Einordnung des Schuldbeitritts als bloße Vertragsänderung. Diese ergeben sich zum einen aus § 305 BGB. Danach bedarf eine Vertragsänderung der *Zustimmung aller Vertragsparteien*.<sup>18</sup> Will man also den Schuldbeitritt als Änderungsvertrag ansehen, so bedürfte dieser nicht nur der Einigung zwischen Gläubiger und Beitreten-

<sup>16</sup> Näher dazu in diesem Kapitel unter C. I.

<sup>17</sup> Anders sind die Fälle zu beurteilen, in denen zwei Personen einen Kredit gemeinsam beantragen und die Darlehenssumme nur an einen der beiden ausgezahlt wird, obwohl beide einen Anspruch auf die Auszahlung haben. Aufgrund der Mitberechtigung des zweiten Schuldners liegt hier natürlich mit beiden ein Darlehensvertrag vor. Jedoch fehlt es an jeglichem Anhaltspunkt zur Annahme eines Schuldbeitritts. Näher zur Abgrenzung des Schuldbeitritts von der *Mitvertragspartnerschaft* (auch *Vertragsbeitritt* genannt) im 2. Kapitel unter D.

<sup>18</sup> Vgl. zu Änderungsverträgen *Larenz*, Schuldrecht I, § 7 II, S. 88 ff.

dem, sondern stets auch der Zustimmung des Erstschuldners, da ja auch dessen Vertrag geändert wird. Nach dieser Ansicht wäre somit ein rein gläubigervertraglicher Schuldbeitritt, wie er in der Praxis regelmäßig vorgenommen wird, nicht zulässig.<sup>19</sup>

Daneben kann die Konstruktion des Schuldbeitritts als Änderungsvertrag auch einen *Vergleich mit den gesetzlichen Schuldbeitritten* nicht bestehen (vgl. z.B. den ehemaligen § 419 BGB oder die §§ 1088, 2382 BGB, §§ 25, 28 sowie 130 HGB). Die gesetzlich begründete gesamtschuldnerische Mithaftung ändert in keinem Fall die Erstschuld, sondern begründet stets eine neue, von der Erstschuld getrennte gesetzliche Verpflichtung. Der Verpflichtete haftet in diesen Fällen nie aufgrund der geänderten Erstschuld, sondern allein aufgrund der gesetzlichen Haftungsnorm. Eine entsprechende Konstruktion bietet sich damit auch für den vertraglichen Schuldbeitritt an.

## 2. *Der Schuldbeitritt als Neubegründung einer zunächst inhaltsgleichen Schuld*

Die Haftung des vertraglich Beitretenden wird also konstruktiv genauso erreicht wie die des gesetzlich Beitretenden. Er haftet aufgrund einer von der Erstschuld unabhängigen Haftungsgrundlage, indem für ihn eine inhaltlich mit der Erstschuld identische Verpflichtung *neu begründet* wird, ohne daß der Erstschuldner gleichzeitig aus seiner Verpflichtung entlassen wird. Das Schuldverhältnis zwischen dem Erstschuldner und dem Gläubiger wird also durch den Schuldbeitritt überhaupt nicht berührt. Für den Beitretenden wird vielmehr eine von diesem Verhältnis grundsätzlich unabhängige, *neue* Schuld begründet, die jedoch im Entstehungszeitpunkt

<sup>19</sup> Anders als der Schuldbeitritt führt ein *Vertragsbeitritt* anerkanntermaßen zu einer Einbeziehung des Beitretenden in den ursprünglichen Vertrag, da dieser hier gleichberechtigte Vertragspartei werden soll. Im Hinblick auf § 305 BGB wird dieser Vertragsbeitritt als Vertragsänderung daher auch nur als wirksam angesehen, wenn sich alle Beteiligten, also die ursprünglichen Parteien und die eintretende Partei, über den Vertragsbeitritt einigen – vgl. BGHZ 65, 49, 53; 72, 394, 397; BGH NJW-RR 1998, 594; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 23, S. 220; *Pieper*, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, S. 215 ff.

einen mit der Erstschuld identischen Verpflichtungsinhalt hat. Der Schuldbeitritt ist damit ein selbständiger, von der Erstschuld unabhängiger einseitiger Verpflichtungsvertrag.<sup>20</sup>

Diese Lösung bereitet dem Rechtsanwender anders als die der Gegenansicht keinerlei Probleme. Da die Erstschuld unberührt bleibt, bedarf der gläubigervertragliche Schuldbeitritt keiner Zustimmung des Erstschuldners. Die Lösung vermeidet jeden Widerspruch zur Konstruktion der gesetzlichen Schuldbeitritte und berücksichtigt trotzdem den Willen der Parteien, den Beitretenden wie den Erstschuldner haften zu lassen. Letztlich entfällt auch jegliches begriffliche Unbehagen, da der Beitretende nach dieser Konstruktion nicht als „Darlehensnehmer“, sondern nur als das zu bezeichnen ist, was er tatsächlich ist: ein gesamtschuldnerisch Mithaftender.<sup>21</sup>

### 3. Die Bezeichnung

Als Bezeichnung für den so konstruierten Vertrag werden neben der als Schuldbeitritt und als „kumulative Schuldübernahme“<sup>22</sup> auch die der „rechtsgeschäftliche Schuldmitübernahme“<sup>23</sup> verwendet, ohne daß damit etwas anderes gemeint wäre. Eine Entscheidung für die eine oder andere

<sup>20</sup> So die ganz herrschende Ansicht – vgl. MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 11; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl v § 414 Rn. 2; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 27; Staudinger-Rieble, BGB, § 414 Rn. 23; Ehmann, Gesamtschuld, S. 336; Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 68 f.; Larenz, Schuldrecht I, § 35 II, S. 610; Nobbe, Bankrecht, Rn. 1304; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 189; Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1035.

<sup>21</sup> Daß sich zwei Verpflichtungen auch dann zu einer Gesamtschuld verknüpfen lassen, wenn sie auf unterschiedlichen Rechtsgründen beruhen, ist seit langem anerkannt – vgl. RGZ 70, 405, 410; 77, 317, 323; 92, 401, 408; BGHZ 19, 114, 124; 52, 39, 44; 58, 191, 192; BGH NJW 1992, 2817, 2818; MünchKomm-Selb, BGB, § 421 Rn. 12; Palandt-Heinrichs, BGB, § 421 Rn. 9; Staudinger-Noack, BGB, § 421 Rn. 16; Larenz, Schuldrecht I, § 37 I, S. 636 – anders noch RGZ 61, 56, 60; 67, 128, 131.

<sup>22</sup> Vgl. RGZ 51, 120, 121; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 5.

<sup>23</sup> Vgl. MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 11; Staudinger-Horn, BGB, Vor §§ 765 ff Rn. 363.

Bezeichnung hat somit keine Auswirkungen auf die inhaltliche Auseinandersetzung mit den Problemen des Schuldbeitritts, weshalb eine Entscheidung für oder gegen einzelne Bezeichnungen unterbleiben kann.<sup>24</sup>

Ich habe mich dafür entschieden, im weiteren Verlauf der Arbeit den Begriff des „*Schuldbeitritts*“ zu verwenden, da dieser in der heutigen Rechtsanwendung die gebräuchlichste Bezeichnung für den genannten Vertrag ist.

## II. Fallgruppen

In jüngerer Zeit wurde versucht, durch Einteilung des Schuldbeitritts in verschiedene Fallgruppen eine differenzierte rechtliche Behandlung des Schuldbeitritts zu ermöglichen. Danach sei eine einheitliche Behandlung aller Schuldbeitritte aufgrund der Vielzahl möglicher Interessenlagen nicht möglich.

So unterscheidet *Kothe*<sup>25</sup> zwei Gruppen von Schuldbeitritten. Der Regelfall sei der *Sicherungsschuldbeitritt*, bei dem das Interesse der Beteiligten an der Sicherung des Gläubigers im Vordergrund steht, der Beitretende aber trotzdem ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der weiteren Entwicklung der Erstschuld hat.<sup>26</sup> Daneben gebe es aber auch einen *Übernahmeschuldbeitritt*, bei dem zum Sicherungsinteresse das Interesse des

<sup>24</sup> Wenn *Kittlitz* (Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 7 – 13) die Richtigkeit verschiedener Definitionen oder Bezeichnungen diskutiert, so mag dies in der Auseinandersetzung mit den Dissertationen aus der ersten Hälfte des Jahrhunderts notwendig sein. Treffend ist aber seine abschließende Feststellung, daß diese Begriffe für die weitere inhaltliche Diskussion des Rechtsinstituts nichts hergeben (S. 13).

<sup>25</sup> JZ 1990, 997 ff.

<sup>26</sup> Der zweite Halbsatz erklärt sich damit, daß *Kothe* Anhänger der Interessentheorie ist und deshalb zur Annahme eines Schuldbeitritts ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Beitretenden an der Erstschuld braucht. Näher zur Interessentheorie im 2. Kapitel A. I.

Beitretenden an der Übernahme der Erstschuld hinzukommt.<sup>27</sup> Zwischen diesen beiden Polen seien je nach konkreter Interessenlage Abstufungen möglich. Die Bedeutung dieser Einordnung besteht nach *Kothe* darin, bei der Beurteilung der verschiedenen Einzelprobleme des Schuldbeitritts eine differenzierte Lösung je nach der konkreten Interessenlage zu erreichen.

*Kittlitz* will sogar drei Fallgruppen unterscheiden.<sup>28</sup> Der Regelfall ist auch nach ihm der *Sicherungsschuldbeitritt*, der allein die Absicherung des Gläubigers bezweckt.<sup>29</sup> Auch er kennt den *Übernahmeschuldbeitritt*, bei dem der Schuldbeitritt von Anfang an der Übernahme einer Verbindlichkeit unter späterer Entlassung des Erstschuldners dient.<sup>30</sup> Dazwischen will er jedoch noch den *Schuldbeitritt aufgrund gemeinsamer Interessen* einfügen. Dieser soll all die Fälle erfassen, in denen der Beitretende neben der Gläubigersicherung auch noch eigene Interessen verfolgt.<sup>31</sup> Bereits aus dieser Einteilung wird deutlich, daß *Kittlitz* kein Anhänger der ursprünglichen Interessentheorie sein kann, da bei ihm der Sicherungsschuldbeitritt ohne jegliches Eigeninteresse des Beitretenden möglich ist. Er nutzt diese Einteilung zu einer grundsätzlich differenzierten rechtlichen Behandlung. Beim Sicherungsschuldbeitritt sei das Bürgschaftsrecht analog anwendbar, da nur hier eine identische Interessenlage mit der Bürgschaft bestehe. Bei den anderen Schuldbeitritten sei das Gesamtschuldrecht anzuwenden, wobei beim Übernahmeschuldbeitritt das Übernahmeinteresse besonders zu berücksichtigen sei.

Die besondere Fallgruppe des *Sicherungsschuldbeitritts* wird auch von *Horn*<sup>32</sup> erkannt. Dieser weist ebenfalls auf das hier fehlende Eigeninter-

<sup>27</sup> Damit sind insbesondere die Fallgruppen gemeint, in denen der Schuldbeitritt der Vorbereitung oder Abwicklung einer Geschäftsübernahme dient.

<sup>28</sup> Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 78.

<sup>29</sup> Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 119 ff., 137.

<sup>30</sup> Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 80 ff.

<sup>31</sup> Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 14 ff.

<sup>32</sup> *Staudinger-Horn*, BGB, Vor §§ 765 ff Rn. 369 ff.; *ders.* in: Bürgschaften und Garantien, S. 4 f.

se des Beitretenden und die mit der Bürgschaft identische Interessenlage hin.

Trotz dieser Unterteilung in verschiedene Interessengruppen bleibt eine Tatsache festzuhalten: Jeder Schuldbeitritt führt dazu, daß der Gläubiger einen zweiten gleichrangigen Schuldner für seine Forderung gegen den Erstschuldner erhält, ohne dafür selbst zusätzlich verpflichtet zu werden. Der Beitretende erhält ja keinerlei Forderungsrechte gegen den Gläubiger. Jeder Schuldbeitritt hat daher grundsätzlich den Zweck, die Gläubigerposition zu stärken, ihn vor der Leistungsunfähigkeit seines Erstschuldners zu sichern.

Beim Sicherungsschuldbeitritt ist dies offensichtlich der alleinige Zweck des Vertrages. Beim eigeninteressierten Schuldbeitritt wird dieser grundlegende Zweck noch verstärkt. Der Beitretende hat hier ein unmittelbares eigenes Interesse an einer Leistungserbringung vom Gläubiger an den Erstschuldner. Da der Gläubiger aber nur leisten wird, wenn er auch mit der Erbringung der geschuldeten Gegenleistung rechnen kann, liegt es hier im eigenen Interesse des Beitretenden, dem Gläubiger die Erbringung der Gegenleistung in der Form zu garantieren, daß er sich selbst mittels Schuldbeitritts diesbezüglich verpflichtet. Der Zweck des Schuldbeitritts besteht also auch hier allein in der – wenn auch eigennützigen - Absicherung des Gläubigers. Das hinter der Absicherung liegende Motiv für das Handeln des Beitretenden, also sein Eigeninteresse am Erhalt der Gläubigerleistung durch den Erstschuldner, vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern, da es rechtlich grundsätzlich unbeachtlich ist.<sup>33</sup>

Allein beim Übernahmeschuldbeitritt hat der Sicherungszweck nicht diese absolute Bedeutung. Hier soll der Gläubiger durch die zwischenzeitliche Schuldnerverdopplung zwar auch besser abgesichert werden als bei einer

<sup>33</sup> Für den Schuldbeitritt gilt hier nichts besonderes. So ändert das Vorliegen eines besonderen Interesses als Motiv für eine Verbürgung nichts am alleinigen Sicherungszweck der Bürgschaft. Ebenso wenig würde ja ein besonderes Interesse für den Kauf eines bestimmten Gegenstandes etwas an der rechtlichen Behandlung dieses Kaufvertrags ändern. Ausführlich zur fehlenden Bedeutung des eigenen wirtschaftlichen Interesses für den Schuldbeitritt unten im 2. Kapitel unter A. I. und A. IV. 1.

bloßen privativen Schuldübernahme nach §§ 414 ff. BGB, bei welcher der Altschuldner mit Eintritt des Neuschuldners entlassen wird. Der Sicherungszweck steht hier aber nicht im Vordergrund der Erwägungen der Parteien, sondern spielt allenfalls eine eher unbedeutende Nebenrolle. Primärer Zweck dieses Schuldbeitritt ist es vielmehr, den Erstschuldner von der Last der Leistungserbringung an den Gläubiger zu befreien. Ein solcher Schuldbeitritt ist daher in all den Fällen anzunehmen, in denen der Beitretende im Innenverhältnis zum Erstschuldner diesen durch seine Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger im Sinne einer Erfüllungsübernahme entlasten will. Der Übernahmeschuldbeitritt ist also nichts anderes als eine den Gläubiger berechtigende Erfüllungsübernahme.<sup>34</sup> Hinsichtlich der Zulässigkeit einer solchen Überlagerung des Sicherungszweckes durch einen Übernahmезweck beim Schuldbeitritt bestehen keine Bedenken.<sup>35</sup> Trotzdem ist der Übernahmeschuldbeitritt dogmatisch wie auch in der Praxis der Ausnahmefall. Für den Regelfall läßt sich festhalten, daß mit dem Schuldbeitritt allein ein Sicherungszweck verfolgt wird.<sup>36</sup> Er dient dann ausschließlich als Personalsicherheit.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Er schließt damit die Lücke zwischen der einfachen Erfüllungsübernahme, durch die dem Gläubiger kein Forderungsrecht gegen den Übernehmer eingeräumt wird, und der Schuldübernahme, bei welcher ein sofortiger Schuldneraustausch erfolgt. Genauer zur Abgrenzung von der bloßen Erfüllungsübernahme, im 2. Kapitel unter C. Näheres zum Verhältnis zwischen Schuldbeitritt und Schuldübernahme in diesem Kapitel unter C. II. 5.

<sup>35</sup> Siehe unten C. II. 5.

<sup>36</sup> So auch MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 9; Ehmann, Gesamtschuld, S. 336; Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 77; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, § 29 I 1, S. 254; Westermann/Bydlinski, Schuldrecht AT, Rn. 19/10; Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1035. Bei Kothe wird diese Gemeinsamkeit bereits aus seiner Einteilung deutlich, in der stets Sicherungsinteressen maßgeblich beteiligt sind.

<sup>37</sup> Mit dem Begriff des „typischen Schuldbeitritts“ ist daher im weiteren Verlauf der Arbeit dieser Regelfall des Schuldbeitritts gemeint. Es würde zu kurz greifen, dafür den Begriff des „Sicherungsschuldbeitritts“ zu verwenden, da damit verbreitet nur der Schuldbeitritt ohne Eigeninteresse gemeint wird – vgl. die obigen Ausführungen.

Die Einteilung des Schuldbeitritts in verschiedene Fallgruppen ist also nur insoweit hilfreich, als sie die verschiedenen möglichen Interessenlagen verdeutlicht, die bei einem Schuldbeitritt vorliegen können. Deren Berücksichtigung mag bei der Lösung einzelner Rechtsprobleme nützlich sein. Ob diese Interessenunterschiede aber auch eine grundsätzliche Aufteilung des Schuldbeitrittes in verschiedene Vertragstypen rechtfertigen, die einmal dem Bürgschaftsrecht und einmal dem Recht der Gesamtschuld zu unterwerfen sind, wie *Kittlitz* dies wohl vorschlägt, erscheint eher zweifelhaft und wird im Laufe der Arbeit genauer zu erörtern sein.

### III. Zulässigkeit

Die grundsätzliche Zulässigkeit der vertraglichen Vereinbarung eines Schuldbeitritts ist inzwischen unbestritten, obwohl er im BGB weder als eigener Vertragstyp geschaffen noch sonst ausdrücklich erwähnt wurde. Er ist also gesetzlich nicht geregelt und damit nicht ausdrücklich zulässig. Der Schuldbeitritt ist aber unter Berücksichtigung der aus dem Grundsatz der Privatautonomie folgenden *Vertragsfreiheit*, die insbesondere auch die Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien jenseits der im BGB aufgezählten Vertragstypen gewährleistet (§ 305 BGB), als eigener Vertragstyp zulässig, da er eigene, von allen sonstigen Vertragstypen verschiedene Strukturmerkmale enthält.<sup>38</sup>

## B. Konstruktive Wesensmerkmale des Schuldbeitritts

Will man den Schuldbeitritt nicht als eine Vertragsänderung, sondern als eigenen schuldrechtlichen Vertragstyp ansehen, so stellt sich bei ihm wie bei jedem anderen der Vertragstypen des BGB die Frage, welche Merk-

<sup>38</sup> Ständige Rechtsprechung seit RGZ 51, 120, 121 (wo lediglich die Bezeichnung als kumulative Schuldübernahme als treffend bezweifelt wird); aus der Literatur vgl. nur Erman-*Ehmann*, BGB, § 421 Rn. 47; Palandt-*Heinrichs*, BGB, Überbl v § 414 Rn. 2; Staudinger-*Horn*, BGB, Vor §§ 765 ff Rn. 363. Zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragstypenlehre unten C. I.

male sein Wesen bestimmen und ihn damit als eigenständigen Vertragstyp charakterisieren. Aus den vorangegangenen Erörterungen sind bereits einige dieser Merkmale deutlich geworden: Aus der inhaltlichen Verdopplung *der Schuld* durch einen Schuldbeitritt folgt, daß der Beitretende im Gegensatz zum Erstschuldner nie eigene Forderungsrechte gegen den Gläubiger haben wird. Diese Rechte des Erstschuldners werden gerade nicht verdoppelt.<sup>39</sup> Der Schuldbeitritt hat deshalb typischerweise, also abgesehen vom Übernahmeschuldbeitritt, auch einzig und allein eine Sicherungsfunktion. Aus der inhaltlichen Verdopplung der Schuld folgt ebenfalls, daß die durch den Schuldbeitritt entstandene Verpflichtung des Beitretenden im Beitrittszeitpunkt *inhaltlich identisch* mit der Verpflichtung des Erstschuldners ist. Danach können sich beide Verpflichtungen aufgrund ihrer Selbständigkeit jedoch auch sehr unterschiedlich entwickeln. Sie sind somit nach ihrer Entstehung *nicht akzessorisch* miteinander verbunden. Diese erste Darstellung der Merkmale des Schuldbeitritt legt es nahe, die Gesamtschuldregelungen auf den Schuldbeitritt anzuwenden und damit eine gesetzliche Grundlage für die Behandlung dieses Vertragstyps zu schaffen.

## I. Der Schuldbeitritt als Gesamtschuld begründung

Schon das Reichsgericht<sup>40</sup> nahm an, daß der wirksame Schuldbeitritt eine *gesamtschuldnerische* Verpflichtung des Beitretenden neben dem Erstschuldner begründet. Die Richtigkeit dieser Annahme scheint auf der Hand zu liegen. Der Beitretende haftet zwar selbständig neben dem Erstschuldner, schuldet dem Gläubiger aber im Beitrittszeitpunkt *inhaltlich die gleiche Leistung* wie der Erstschuldner. Es gibt also nach einem Schuldbeitritt zwei selbständige Schuldner, die dem Gläubiger hinsichtlich der ganzen Leistung verpflichtet sind und zwischen denen der Gläubiger hinsichtlich einer Inanspruchnahme frei wählen kann. Die Beitritts-

<sup>39</sup> Soweit die Parteien dies wollen, liegt ein Vertragsbeitritt und kein Schuldbeitritt vor – zur Abgrenzung im 2. Kapitel D.

<sup>40</sup> RGZ 51, 120, 121; dem folgte die ganz überwiegende Literatur: vgl. MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 13; Staudinger-Horn, BGB, Vor §§ 765 ff Rn. 363; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 5; zuletzt Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1036.

verpflichtung hat dabei die Aufgabe sicherzustellen, daß der Gläubiger eine bestimmte, ursprünglich nur vom Erstschuldner zu erbringende Leistung erhält.<sup>41</sup> Sie dient somit der Befriedigung *desselben Leistungsinteresses* des Gläubigers.<sup>42</sup> Der Gläubiger darf deshalb die Leistung auch nur einmal fordern, womit auch die letzte Voraussetzung der Gesamtschuld nach § 421 BGB vorliegt.

Über diese dem § 421 BGB zu entnehmenden Gesamtschuldvoraussetzungen hinaus werden noch weitere Anforderungen an die Annahme einer Gesamtschuld gestellt. So verlangte die frühere Rechtsprechung zusätzlich einen inneren Zusammenhang beider Verpflichtungen im Sinne einer *Zweckgemeinschaft*. Eine bloß zufällige Zweckgleichheit beider Verpflichtungen sei nicht ausreichend zur Begründung einer Gesamtschuld.<sup>43</sup> Beim Schuldbeitritt liegt das Kriterium der Zweckgemeinschaft ohne Zweifel vor. Hier übernimmt der Beitretende ganz bewußt eine Verbindlichkeit, die anfänglich mit der des Erstschuldners inhaltlich völlig identisch ist. Der innere Zusammenhang beider Leistungspflichten ist daher gerade nicht zufällig, sondern sogar gewollt. Eine Zweckgemeinschaft ist daher anzunehmen.

Dieses Kriterium der Zweckgemeinschaft wurde später von der Literatur als überflüssig kritisiert. Es bedeute nichts anderes als die Identität des Leistungsinteresses. Richtig sei aber, daß allein diese Identität des Leistungsinteresses nicht genügt, um eine Gesamtschuld anzunehmen. Das gesuchte zusätzliche Erfordernis sei aber nicht das Vorliegen einer Zweckgemeinschaft, sondern die *Gleichstufigkeit oder Gleichwertigkeit*

<sup>41</sup> Diese Funktion hat die Beitrittsverpflichtung sowohl beim typischen Schuldbeitritt, wo sie dessen alleinige Funktion ist, als auch beim Übernahmeschuldbeitritt, wo sie durch den zusätzlichen Zweck der Entlastung des Erstschuldners nur überlagert wird.

<sup>42</sup> Zu dieser ungeschriebenen Voraussetzung einer Gesamtschuld vgl. BGHZ 43, 227, 232 oder *Larenz*, Schuldrecht I, § 37 I, S. 632 f.

<sup>43</sup> Vgl. RGZ 77, 317, 323; 92, 401, 408; 159, 86, 89; BGHZ 13, 360, 365; 19, 114, 123; 28, 297, 300; 43, 227, 233; 52, 39, 44; 59, 97, 99.

der Verpflichtungen.<sup>44</sup> Eine solche sei gegeben, wenn nicht einer der Schuldner aufgrund einer speziellen gesetzlichen Anordnung von vornherein der Primärverpflichtete ist, sondern vielmehr prinzipiell alle einen Beitrag zu leisten haben und es dann, wenn nur einer von ihnen geleistet hat, aufgrund des Fehlens spezieller Vorschriften der Anwendung der §§ 422 ff. BGB, insbesondere des § 426 BGB, bedarf.<sup>45</sup> Da für den Schuldbeitritt entsprechende Sonderregelungen fehlen, ist bei ihm von einer Gleichrangigkeit der Verpflichtungen im genannten Sinne auszugehen.<sup>46</sup>

Damit sind beim Schuldbeitritt nach jeder Ansicht alle Voraussetzungen einer Gesamtschuld gegeben, woraus zutreffend die allgemeine Ansicht resultiert, daß jeder Schuldbeitritt zu einer gesamtschuldnerischen Verpflichtung des Beitretenden neben dem Erstschuldner führt.<sup>47</sup> Der Schuldbeitritt begründet eine echte Gesamtschuld.

<sup>44</sup> So Jauernig-*Stürner*, BGB, § 421 Rn. 2; MünchKomm-*Selb*, BGB, § 421 Rn. 8; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 421 Rn. 6; Soergel-*Wolf*, BGB, § 421 Rn. 10 und 17; *Larenz*, Schuldrecht I, § 37 I, S. 634 f.; *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 922; *Selb*, Schuldrecht V, § 5 II 7, S. 40 ff. Dem scheint sich nun auch die Rechtsprechung anzuschließen: vgl. BGHZ 106, 313, 319.

<sup>45</sup> Eine Gesamtschuld ist dementsprechend überall dort zu verneinen, wo aufgrund spezieller gesetzlicher Ausgleichsvorschriften wie §§ 255, 774 BGB oder den gesetzlichen Forderungsübergängen zugunsten von Versicherungen, Sozialversicherungsträgern, Arbeitgebern usw. eine Anwendung der Gesamtschuldregelungen (insbesondere des § 426 BGB) als überflüssig erscheint.

<sup>46</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, daß auch im Innenverhältnis der beiden Schuldner stets eine Gleichrangigkeit vorliegen muß. Gerade beim typischen Schuldbeitritt dürfte im Innenverhältnis häufig eine völlige Entlastung des Beitretenden anzunehmen sein, während beim Ausnahmefall des Übernahmeschuldbeitritts regelmäßig eine völlige Entlastung des Erstschuldners vereinbart sein dürfte (näher dazu im 5. Kapitel C. II.). Eine Gleichrangigkeit im Innenverhältnis wird aber von der dargestellten herrschenden Ansicht auch nicht gefordert – insoweit unzutreffend die Kritik von Soergel-*Wolf*, BGB, § 421 Rn. 15.

<sup>47</sup> Ständige Rechtsprechung seit RGZ 51, 120, 121; aus der Literatur: Erman-*Ehmann*, BGB, § 421 Rn. 47; MünchKomm-*Möschel*, BGB, Vor § 414 Rn. 9 und 13; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 421 Rn. 9; RGRK-*Weber*, BGB, Vor §

## II. Einordnung des Schuldbeitritts in das System der Gesamtschuld

Maßgebliche gesetzliche Grundlage des Vertragstyps Schuldbeitritt sind also die §§ 421 ff. BGB. Die mittels Schuldbeitritts begründete Gesamtschuld ist dabei dadurch charakterisiert, daß der gesamtschuldnerisch mithaftende Beitretende im Gegensatz zum nun ebenfalls gesamtschuldnerisch haftenden Erstschuldner keine eigenen Forderungsrechte gegen den gemeinsamen Gläubiger hat. Er tritt nur der Schuld des Erstschuldners bei. Dieser besondere Umstand läßt den Schluß zu, daß vertragliche Vereinbarungen, die diese charakteristischen Haftungsfolgen für den Zweitschuldner (also eine *gesamtschuldnerische Mithaftung ohne Mitberechtigung*) begründen, regelmäßig als Schuldbeitritt zu qualifizieren sind.<sup>48</sup> Nur besondere zusätzliche Vereinbarungen vermögen es dann

414 Rn. 21; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 5; Staudinger-Rieble, § 414 Rn. 23; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1369b; Ehmann, Gesamtschuld, S. 337; Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 28; Kümpel, Bankrecht, Rn. 6.99; Larenz, Schuldrecht I, § 35 II, S. 610; Lwowski, Kreditsicherung, Rn. 423; Medicus, Schuldrecht I, Rn. 815; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, § 29 I 1, S. 254; Pottschmidt/Rohr, Kreditsicherungsrecht, Rn. 97; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 63; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 2 f.; Selb, Schuldrecht V, § 12 I, S. 212 ff.; Wernecke, Gesamtschuld, S. 134; Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1036; Kothe, JZ 1990, 997.

<sup>48</sup> So verfährt auch der BGH – vgl. BGHZ 109, 314, 317; 133, 71, 73; BGH WM 1976, 111, 112; NJW 1986, 252; NJW 1996, 249; NJW 1999, 135; NJW 2000, 575. Ist in den Parteivereinbarungen hingegen nicht von „*gesamtschuldnerischer* Mithaftung“, sondern nur allgemein von einer „*persönlichen* Mithaftung“ die Rede, so ist allein dieser Wortlaut noch kein eindeutiger Hinweis auf einen Schuldbeitritt, da auch die Bürgschaft eine Form der persönlichen Mithaftung für fremde Verbindlichkeiten darstellt – zur Abgrenzung beider Mithaftungsformen im 2. Kapitel A. Sollen dagegen dem gesamtschuldnerisch Mithaftenden nicht nur die Verpflichtungen, sondern auch die Rechte des Erstschuldners zustehen, so liegt ein Vertragsbeitritt vor, der ebenfalls klar von einem Schuldbeitritt zu unterscheiden ist – vgl. im 2. Kapitel D.

noch, den Charakter der Verpflichtung des Zweitschuldners so sehr zu verändern, daß von dieser Regel eine Ausnahme gemacht werden muß.<sup>49</sup>

Soweit man im Rahmen der Gesamtschuld Fallgruppen bilden will, ist der Schuldbeitritt aufgrund der fehlenden Mitberechtigung des Beitretenden grundsätzlich nichts anderes als eine *vertragliche Sicherungsgesamtschuld*.<sup>50</sup> Der Schuldbeitritt läßt sich damit konstruktiv klar von anderen Gruppen von Gesamtschulden unterscheiden. Soll der hinzutretende Zweitschuldner nicht nur wie der Erstschuldner haften, sondern ebenso berechtigt sein, so liegt kein Schuldbeitritt, sondern ein *Vertragsbeitritt* vor. Hier entsteht eine gleichberechtigte Gesamtschuld (Mitvertragspartnerschaft).<sup>51</sup> Völlig unproblematisch ist die Abgrenzung des Schuldbeitritts zur Gruppe der gesetzlich angeordneten Gesamtschuldverhältnisse (z.B. § 840 BGB oder § 128 HGB). Diesen fehlt es schon an einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Gesamtschuldnern.

### III. Folgen der Einordnung als Gesamtschuld

Die Einordnung des Schuldbeitritts als Gesamtschuld führt zur Anwendung ihrer Regelungen auf die Verpflichtungen des Beitretenden und des Erstschuldners sowie auf die Rechte des Gläubigers. Soweit die Vertrags-

<sup>49</sup> Welche zusätzlichen Vereinbarungen diese Wirkung haben, soll unter Abschnitt C. dieses Kapitels erörtert werden.

<sup>50</sup> Vgl. *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn 1372; *Hillenkamp*, Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld, S. 120 oder *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 332 bzw. *Erman-Ehmann*, BGB, § 421 Rn. 40 ff., der aufgrund seines weiten Gesamtschuld-begriffes auch Bürgschaften und dingliche Sicherungsgeschäfte in die Gruppe der Sicherungsgesamtschuld aufnehmen will.

<sup>51</sup> *Ehmann* (Gesamtschuld, S. 193 ff. und *Erman-Ehmann*, BGB, § 421 Rn. 5) nennt diese Gruppe „gleichgründige Gesamtschulden“, da diese gesamtschuldnerisch verbundenen Verpflichtungen im Gegensatz zum Schuldbeitritt eine identische causa haben (S. 210). Zur Frage der causa des Schuldbeitritts siehe unten D. III.; zu einzelnen Abgrenzungsproblemen im 2. Kapitel D.

parteien nichts besonderes vereinbart haben, hat dies folgende Auswirkungen:<sup>52</sup>

1. *Wahlrecht des Gläubigers (§ 421 BGB)*

Nach § 421 BGB kann der Gläubiger „nach seinem Belieben“ von jedem der Schuldner die ganze Leistung oder Teile der Leistung verlangen. Der Gläubiger hat damit nach dem Schuldbeitritt freie Hand, ob er sich an den neuen oder den alten Schuldner wendet. Er braucht dabei auch keine Rücksicht auf das Verhältnis der beiden untereinander zu nehmen und muß deshalb auch nicht denjenigen in Anspruch nehmen, der im Innenverhältnis die Verbindlichkeit allein zu tragen hat.<sup>53</sup>

Eine Grenze findet sein Wahlrecht allein im *Rechtsmißbrauchsverbot* des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB).<sup>54</sup> Ein solcher Mißbrauch liegt jedoch nur vor, wenn besondere Umstände eine Einschränkung des Wahlrechts erfordern. Dies kann nur in dem Ausnahmefall angenommen werden, daß der Gläubiger aus mißbilligenswerten Motiven die Absicht hat, gerade den ausgewählten Schuldner mit dem Regreßrisiko zu belasten, er also arglistig handelt. Der BGH erwog dies bisher für den Fall, daß der Gläubiger bewußt eine dingliche Sicherheit aufgab, die im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch den im Innenverhältnis ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner auf diesen gemäß § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB i.V.m. §§ 412, 401 Abs. 1 BGB übergegangen wäre. Verzichtete der Gläubiger auf die Sicherheit ohne schützenswertes Eigeninteresse und bewußt im Rahmen eines Gesamtplans zum Nachteil des dann von ihm in Anspruch genommenen, aber um die Sicherung seines Ausgleichsanspruchs gebrachten Gesamtschuldners, so handele er arglistig und damit rechtsmißbräuchlich. Er müsse dann auf sein Wahl-

<sup>52</sup> Zur Möglichkeit und Zulässigkeit der Vereinbarung anderer, von den §§ 421 ff. BGB abweichenden Regelungen im Abschnitt C. dieses Kapitels.

<sup>53</sup> Vgl. BGH WM 1967, 397, 398; NJW 1983, 1423, 1424; WM 1984, 906; *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 49. Der Schuldbeitritt begründet also grundsätzlich keine subsidiäre Verpflichtung des Beitretenden – näher zur Rolle der Subsidiarität beim Schuldbeitritt in diesem Kapitel unter C. II. 2.

<sup>54</sup> So BGH WM 1967, 397, 398; WM 1984, 906; ZIP 1991, 646.

recht verzichten und könne nur den anderen Gesamtschuldner in Anspruch nehmen.<sup>55</sup> Dieses zutreffende Ergebnis (die Befreiung des Beitretenden) dürfte hier jedoch einfacher mit einer Analogie zu § 776 BGB zu begründen sein, so daß es in diesem speziellen Fall keines Rückgriffs auf die Generalklausel des § 242 BGB bedurft hätte.<sup>56</sup>

## 2. Gesamtwirkung (§§ 422 – 424 BGB)

In den §§ 422 bis 424 BGB ist angeordnet, daß bestimmte Tatsachen, die nur bei einem der Gesamtschuldner eintreten, auch für die übrigen Gesamtschuldner wirken (sog. Gesamtwirkung). So befreien nach § 422 Abs. 1 BGB die *Erfüllung und Erfüllungssurrogate* durch einen Gesamtschuldner auch für die übrigen Gesamtschuldner. Nach § 423 BGB hat der zwischen einem Gesamtschuldner und dem Gläubiger vereinbarte *Erlaß* auch befreiende Wirkung für die übrigen Gesamtschuldner, wenn die Erlaßparteien dies so wollten. Schließlich hat auch der *Gläubigerverzug* gemäß § 424 BGB Gesamtwirkung, d.h. alle Gesamtschuldner können sich auf ihn berufen, auch wenn der Gläubiger nur gegenüber einem Schuldner in Verzug geraten ist. Die Gesamtwirkung führt also zu einer nicht unbeachtlichen dauerhaften Verknüpfung von Erstschuld und Beitrittsschuld.

### a) Erfüllung (§ 422 Abs. 1 BGB)

Die Gesamtwirkung von Erfüllung und Erfüllungssurrogaten (§ 422 Abs. 1 BGB) folgt schon aus der gemeinschaftlichen Verpflichtung beider Schuldner auf dasselbe Leistungsinteresse des Gläubigers, also aus der Definition der Gesamtschuld. Wird dieses Interesse des Gläubigers durch die Leistung eines Gesamtschuldners befriedigt, so müssen die darauf gerichteten Verpflichtungen aller Gesamtschuldner erlöschen.<sup>57</sup> Der

<sup>55</sup> Vgl. BGH NJW 1983, 1423, 1424.

<sup>56</sup> Näher zum Ganzen im 5. Kapitel unter C. IV.

<sup>57</sup> Im Hinblick auf den Forderungsübergang nach § 426 Abs. 2 BGB ist jedoch darauf hinzuweisen, daß die Erfüllungswirkung des § 422 Abs. 1 BGB für den nichtleistenden Gesamtschuldner nur gegenüber dem Gläubiger eintritt,

Gläubiger kann die Leistung ja gemäß § 421 BGB nur einmal fordern. Dementsprechend ist die Gesamtwirkung des § 422 Abs. 1 BGB zwingendes Merkmal einer Gesamtschuld und damit auch zwingendes Merkmal jeder Beitrittsverpflichtung.

b) *Erlaß (§ 423 BGB)*

Ob der vom Gläubiger mit nur einem der Gesamtschuldner vereinbarte Erlaß auch befreiende Wirkung für die anderen Gesamtschuldner, also Gesamtwirkung hat, liegt in der *Dispositionsfreiheit* des Gläubigers. Das Wahlrecht des § 421 BGB gibt ihm nicht nur das Recht, frei zu wählen, welchen der Gesamtschuldner er in Anspruch nimmt. Aus diesem Recht folgt auch seine Befugnis, mit einem der Gesamtschuldner zu vereinbaren, ihn überhaupt nicht in Anspruch zu nehmen. Dieser nur einzelwirkende Erlaß eines Gesamtschuldners ist also nichts anderes als eine andere Art der Ausübung des Gläubigerwahlrechts aus § 421 BGB.<sup>58</sup> Daneben steht es ihm nach allgemeinen Grundsätzen natürlich ebenfalls frei, nicht nur einen, sondern alle Gesamtschuldner aus ihren Verpflichtungen zu entlassen, auf seine Forderungsrechte also gänzlich zu verzichten. Ob ein mit dem Gläubiger geschlossener Erlaßvertrag nun Einzel- oder Gesamtwirkung haben soll, hängt also von seinem Willen ab und ist damit eine Frage der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB.

Die Auslegung des Erlaßvertrages bereitet keine Probleme, wenn die Parteien ausdrücklich die Reichweite des Erlasses bestimmen. Dabei haben sie die Wahl zwischen drei Möglichkeiten: Zunächst können sie natürlich bestimmen, daß mit dem zwischen ihnen vereinbarten Erlaß nicht nur der vertragschließende Gesamtschuldner, sondern auch alle anderen Gesamtschuldner aus der Haftung entlassen werden sollen. Dieser Erlaß hat *Gesamtwirkung*. Das Gesamtschuldverhältnis erlischt im Innen- und im Außenbereich. Übertragen auf den Schuldbeitritt bedeutet dies, daß solch ein Erlaß sowohl den Beitretenden als auch den Erst-

nicht jedoch gegenüber dem leistenden und regreßberechtigten Gesamtschuldner.

<sup>58</sup> So auch Staudinger-Noack, BGB, § 423 Rn. 3; ähnlich der BGH (BGHZ 47, 376, 379).

schuldner befreit und zwar unabhängig davon, wer von ihnen den Erlaß mit dem Gläubiger vereinbart hat.

Als zweites können sie vereinbaren, daß durch den Erlaß nur der vertragsschließende Gesamtschuldner nicht mehr vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, der Gläubiger gegen die übrigen Gesamtschuldner jedoch weiterhin vorgehen will. Ein solcher Erlaß hat *Einzelwirkung*. Das Gesamtschuldverhältnis wird von ihm jedoch nicht berührt. Eine Entlassung des privilegierten Gesamtschuldners aus der Gesamtschuld ginge nämlich zu Lasten der anderen Gesamtschuldner, da diesen im Innenverhältnis Regreßansprüche zustehen können. Der Erlaß wäre dann ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter. Der privilegierte Gesamtschuldner bleibt daher trotz des Erlasses weiterhin den Regreßansprüchen der leistenden Gesamtschuldner ausgesetzt.<sup>59</sup> Der einzelwirkende Erlaß verschont den privilegierten Gesamtschuldner also nur endgültig vor einer Inanspruchnahme *durch den Gläubiger*. Da ihm insofern eine den Gesamtschuldner vollständig befreiende Wirkung im Sinne des § 397 BGB fehlt, wird er auch als bloßes „pactum de non petendo“ zwischen beiden angesehen.<sup>60</sup> Nach einem Schuldbeitritt kann der Gläubiger einen solchen Erlaß entweder mit dem Erstschuldner oder mit dem Beitretenden schließen. Dem jeweils anderen entstehen dadurch im Vergleich zur Inanspruchnahme keine Nachteile, da interne Ausgleichsansprüche unberührt bleiben.

<sup>59</sup> Vgl. BGHZ 11, 170, 174; 47, 376, 379; 58, 216, 218 f.; BGH NJW 1986, 1097, 1098; Soergel-Wolf, BGB, § 423 Rn. 1; Staudinger-Noack, BGB, § 423 Rn. 18.

<sup>60</sup> Wacke (AcP 170 (1970), 42, 46) entwickelte dieses Verständnis, das heute allgemein anerkannt ist – vgl. Erman-Ehmann, BGB, § 423 Rn. 4; Jauernig-Stürmer, BGB, §§ 422 – 424 Rn. 3; MünchKomm-Selb, BGB, § 423 Rn. 1; Westermann/Bydlinski, Schuldrecht AT, Rn. 19/32. Es muß an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß dieses „pactum de non petendo“ nicht als zulässige Form einer vereinbarten Subsidiarität beim Schuldbeitritt angesehen werden kann, da im Unterschied zur Subsidiarität der entlastete Gesamtschuldner nicht nur aufschiebend bedingt, sondern dauerhaft und endgültig von einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger befreit ist. Zur Unzulässigkeit der Annahme einer nur subsidiären Haftung des Beitretende genauer in diesem Kapitel unter C. II. 2.

Will der Gläubiger hingegen einen Gesamtschuldner endgültig aus der Gesamtschuld entlassen, ihn also auch von den Ausgleichspflichten im Innenverhältnis befreien, so darf dies nicht zu Lasten der Ausgleichsansprüche der anderen Gesamtschuldner gehen. Ein solcher (echter) Erlaß ist daher nur in drei Fällen möglich: Der entlassene Gesamtschuldner ist im Innenverhältnis überhaupt nicht verantwortlich und daher auch keinen Regreßansprüchen der anderen Gesamtschuldner ausgesetzt. In diesem Fall hätte seine Entlassung aus der Gesamtschuld keine Nachteile für die übrigen Gesamtschuldner und wäre daher ohne weiteres zulässig.<sup>61</sup> Nach einem typischen Schuldbeitritt kann der Gläubiger danach den Beitretenden völlig aus der gesamtschuldnerischen Haftung entlassen, da hier im Innenverhältnis regelmäßig allein der Erstschuldner verpflichtet ist. Im Fall eines Übernahmeschuldbeitritts ist aufgrund der Erfüllungsübernahme der Beitretende im Innenverhältnis allein verpflichtet, so daß hier ein echter Erlaß des Erstschuldners ohne Zustimmung des Beitretenden möglich ist.<sup>62</sup>

Als zweites ist ein echter Erlaß natürlich möglich, wenn die anderen Gesamtschuldner dem zustimmen und damit zugleich auf ihre Regreßansprüche verzichten.

Schließlich hätte ein solcher Erlaß auch dann keine Nachteile für die anderen Gesamtschuldner, wenn die bestehenbleibende Forderung des Gläubigers gegen sie um den Betrag gekürzt wird, der im Innenverhältnis von dem befreiten Gesamtschuldner zu tragen wäre. Des Regreßanspruchs gegen diesen bedürften sie dann nicht mehr. Der Gläubiger müßte also nicht nur auf einen Schuldner, sondern auch auf den Teil seiner Forderung verzichten, der auf den entlassenen Schuldner entfällt. Der Erlaß hätte dann eine sog. „*beschränkte Gesamtwirkung*“.<sup>63</sup> Diese Kon-

<sup>61</sup> So auch *Wacke*, AcP 170 (1970), 42, 54.

<sup>62</sup> Näher zur Lastenverteilung im Innenverhältnis zwischen Beitretenden und Erstschuldner in diesem Kapitel unter B. III. 5. und im 5. Kapitel unter C.

<sup>63</sup> Diese Rechtsfigur wurde von *Wacke* (AcP 170 (1970), 42 ff.) begründet und ist inzwischen allgemein anerkannt – vgl. BGH WM 2000, 1003, 1004; OLG Köln NJW-RR 1994, 1307; *Jauernig-Stürner*, BGB, §§ 422 – 424 Rn.

struktion wird jedoch nur in den Fällen einen Sinn machen, in denen aufgrund einer besonderen Vereinbarung sowohl der Erstschuldner als auch der Beitretende im Innenverhältnis einen Anteil zu tragen hat. Soll hingegen nur einer der beiden im Innenverhältnis die Last endgültig tragen, wie dies beim Schuldbeitritt regelmäßig der Fall ist, so führt diese Lösung nicht weiter. Im Falle des gewollten Erlasses des allein Verantwortlichen wäre danach die Forderung des Gläubigers gegen den anderen Gesamtschuldner um den Anteil des allein verantwortlichen Gesamtschuldners zu kürzen und damit auf Null zu reduzieren. Der andere Gesamtschuldner würde also ebenfalls frei. Dies widerspräche aber diametral dem ausdrücklichen Willen des Gläubigers, der ja gerade nur einen Gesamtschuldner entlassen will und kann als Lösung daher nicht überzeugen. Im Falle des Erlasses des im Innenverhältnis nicht verantwortlichen Gesamtschuldners bliebe nach der „beschränkten Gesamtwirkung“ die Forderung des Gläubigers ungekürzt. Dies deckt sich mit der Lösung nach der ersten Fallgruppe und kann daher zu deren Unterstützung herangezogen werden.

Soweit die Reichweite eines bilateralen Erlasses ausdrücklich im Vertrag bestimmt wird, ergibt sich also zusammenfassend folgendes Bild: Ohne Bedenken zulässig ist eine vereinbarte Gesamtwirkung des Erlasses, eine vereinbarte Einzelwirkung im Sinne eines „pactum de non petendo“, eine vollständige Entlassung des im Innenverhältnis nicht regreßpflichtigen Gesamtschuldners sowie eine vollständige Entlassung eines nur teilweise regreßpflichtigen Gesamtschuldners bei Annahme einer beschränkten Gesamtwirkung. Ein vollständiger Erlaß des im Innenverhältnis allein verantwortlichen Gesamtschuldners bedarf hingegen der Zustimmung des anderen Gesamtschuldners. Ohne diese ist er als Vertrag zu Lasten Dritter unzulässig und damit unwirksam. Beim typischen Schuldbeitritt bedarf also die völlige Entlassung des Erstschuldners der Zustimmung des Beitretenden; beim Übernahmeschuldbeitritt muß der Erstschuldner einer Befreiung des Beitretenden mittels Erlaß zustimmen.

Soweit dem Erlaßvertrag hingegen eine ausdrückliche Vereinbarung über dessen Einzel- oder Gesamtwirkung fehlt, müssen *andere Indizien für die Auslegung* herangezogen werden. Hier spielt das Innenverhältnis der

4; Palandt-Heinrichs, BGB, § 423 Rn. 2; Staudinger-Noack, BGB, § 423 Rn. 19.

Gesamtschuldner ein wichtige Rolle.<sup>64</sup> Erläßt der Gläubiger bewußt dem im Innenverhältnis *allein* verpflichteten Gesamtschuldner die Schuld, so kann die damit beabsichtigte Entlastung des Gesamtschuldners nur eintreten, wenn auch der andere Gesamtschuldner entlassen wird, da nur dann auch die Ausgleichspflicht des Privilegierten im Innenverhältnis erlischt. Diese Interessenlage rechtfertigt daher in diesem Fall die Annahme, daß dem Erlaß Gesamtwirkung zukommen soll.<sup>65</sup> Überträgt man diese zutreffenden Grundsätze auf den Schuldbeitritt, so hat mangels besonderer Vereinbarung der Erlaß der Schuld des Erstschuldners beim typischen Schuldbeitritt ebenso Gesamtwirkung wie der Erlaß der Schuld des Beitretenden beim Übernahmeschuldbeitritt.

Lassen sich solche Indizien für eine gewollte Gesamtwirkung des Erlasses hingegen nicht feststellen, so spricht allein der Umstand, daß der Erlaß nur mit einem Gesamtschuldner geschlossen wurde, für die Vermutung, daß auch nur dieser Gesamtschuldner entlassen werden sollte. Es bleibt dann bei der Einzelwirkung des Erlasses.<sup>66</sup>

### 3. Annahmeverzug (§ 424 BGB)

Nach § 424 BGB erzeugt der Verzug des Gläubigers gegenüber einem der Gesamtschuldner zwingend die Wirkungen des Annahmeverzuges für alle Gesamtschuldner. Diese Gesamtwirkung des Gläubigerverzuges in § 424

<sup>64</sup> Natürlich können sich im Einzelfall auch aus anderen Umständen Indizien ergeben, die eine Gesamtwirkung, Einzelwirkung oder beschränkte Gesamtwirkung des Erlasses nahelegen.

<sup>65</sup> Vgl. BGH WM 2000, 1003, 1004; OLG Köln NJW-RR 1992, 1398; OLG Bremen NJW-RR 1998, 1745, 1746; OLG Hamm NJW-RR 1998, 486, 487; LG Stuttgart NJW-RR 1994, 504, 505; Erman-*Ehmann*, BGB, § 423 Rn. 9; Jauernig-*Stürner*, BGB, §§ 422 – 424 Rn. 2; MünchKomm-*Selb*, BGB, § 423 Rn. 2; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 423 Rn. 2; Soergel-*Wolf*, BGB, § 423 Rn. 2; Staudinger-*Noack*, BGB, § 423 Rn. 23.

<sup>66</sup> So schon RG JW 1933, 2829; vgl. auch BGH WM 2000, 1003, 1004 oder *Wacke*, AcP 170 (1970), 42, 43.

BGB folgt aus der Gesamtwirkung der Erfüllung in § 422 BGB.<sup>67</sup> Ein Gläubigerverzug setzt gemäß §§ 293 ff. BGB ein Leistungsangebot des Schuldners voraus, welches bei Annahme durch den Gläubiger zur Erfüllung der Schuld geführt hätte. Der Gläubiger hat somit durch seine pflichtwidrige Nichtannahme, die ihn in Annahmeverzug brachte, den Eintritt der Erfüllung und damit die Befreiung aller Gesamtschuldner nach § 422 Abs. 1 BGB vereitelt. Der Gläubiger kann also nur wegen seiner Pflichtwidrigkeit weiterhin gegen die übrigen Gesamtschuldner vorgehen. In dieser Situation wäre es einfach unbillig, den von der Pflichtwidrigkeit unmittelbar benachteiligten übrigen Gesamtschuldner nicht auch die aus der Nichtannahme folgenden Begünstigungen (Gefahrübergang, Haftungserleichterung, Aufwendungsersatz) zuzusprechen. Daher ordnet § 424 BGB die Gesamtwirkung des Annahmeverzuges an. Für die mittels Schuldbeitritts begründete Gesamtschuld kann hier nichts anderes gelten als für sonstige Gesamtschuldverhältnisse.

#### 4. Exkurs: Anwendbarkeit des § 401 BGB auf den Schuldbeitritt

Aufgrund der aus den Gesamtschuldregelungen folgenden Gesamtwirkungen gibt es somit eine gewisse Abhängigkeit zwischen Erstschuld und Beitrittsschuld. Damit stellt sich die Frage, ob diese Abhängigkeit auch dazu führt, im Falle der Abtretung der Erstschuld eine Anwendung des § 401 BGB auf den Schuldbeitritt zu bejahen. Dies würde bedeuten, daß die Beitrittsschuld grundsätzlich der Erstschuld folgt.

Nach § 401 Abs. 1 BGB gehen bei Abtretung der Hauptforderung für diese bestellte Hypotheken, Pfandrechte und Rechte aus Bürgschaften ebenfalls automatisch mit auf den neuen Gläubiger über. Eine direkte Anwendung ist mangels Erwähnung des Schuldbeitritts ausgeschlossen. Aufgrund der gesamtschuldnerischen Verknüpfung der Beitrittsschuld mit der Erstschuld scheint aber eine *analoge* Anwendung möglich.

<sup>67</sup> Vgl. Erman-*Ehmann*, BGB, § 424 Rn. 1; MünchKomm-*Selb*, BGB, § 424 Rn. 1; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 424 Rn. 1; Soergel-*Wolf*, BGB, § 424 Rn. 1.

Allerdings sind alle in § 401 Abs. 1 BGB genannten Sicherungsrechte akzessorischer Natur. Trotzdem wird eine Einbeziehung des nichtakzessorischen Schuldbeitritts jedenfalls für den *sichernden Schuldbeitritt* heute einhellig befürwortet.<sup>68</sup> Die Regelung sei nach ihrem Zweck nicht nur auf die akzessorischen Sicherungsrechte, sondern auf alle *der Verstärkung*, d.h. der Verwirklichung und der Sicherung dienenden Nebenrechte entsprechend anzuwenden, soweit nicht besondere Rechtsgrundsätze entgegenstehen. Dies ergebe sich schon aus der *Entstehungsgeschichte des § 401 BGB*. Der erste Entwurf bestimmte nämlich noch, daß alle mit der Forderung verbundenen, zur Verstärkung derselben dienenden Nebenrechte übergehen. Dazu hieß es in den Motiven<sup>69</sup>: „Der Entwurf enthält keine Bestimmung über die Rechte des neuen Gläubigers gegen Mitverpflichtete des Schuldners. Der neue Gläubiger erlangt bei Übertragung einer Forderung, für welche mehrere Mitschuldner haften, *unbestreitbar alle Rechte gegen jeden einzelnen Mitschuldner*, so wie dieselben dem bisherigen Gläubiger zustanden.“ Es sollten nach dem Willen des Gesetzgebers somit ausdrücklich auch gesamtschuldnerisch, also nicht akzessorisch mit der abgetretenen Forderung verbundene Rechte von § 401 BGB erfaßt werden. Im weiteren Verlauf der Entstehung des § 401 BGB wurde zwar der weite Wortlaut des ersten Entwurfes in der Form verändert, daß nun nur noch bestimmte akzessorische Rechte aufgezählt werden. Diese spätere Änderung des Wortlauts diente nach den Protokollen aber nur der Verständlichkeit und sollte ausdrücklich die Anwendung der Bestimmung

<sup>68</sup> Vgl. BGH NJW 1972, 437, 438 f.; NJW 2000, 575; BAG WM 1990, 734, 737. Aus der Literatur: Jauernig-Stürner, BGB, § 401 Rn. 2; MünchKommRoth, BGB, § 401 Rn. 7; Palandt-Heinrichs, BGB, § 401 Rn. 4; RGRK-Weber, BGB, § 425 Rn. 26; Staudinger-Busch, BGB, § 401 Rn. 31; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1382; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1326; Lwowski, Kreditsicherung, Rn. 423; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, § 5 I 3 b), S. 62; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 63. Unzutreffend ist allerdings die Begründung des BAG (WM 1990, 734, 737), das den Schuldbeitritt als sonstiges *akzessorisches* Sicherungsrecht einordnet.

<sup>69</sup> *Motive*, Band II, S. 124 – Hervorhebung durch Verfasser. Mit dem Begriff des „Mitverpflichteten“ bzw. des „Mitschuldners“ konnten ohne Zweifel nur Gesamtschuldner gemeint gewesen sein, da andere Formen der Mitverpflichtung wie die Bürgschaft anderswo ausdrücklich erwähnt wurden.

auf andere Nebenrechte „im Wege der Analogie“ nicht ausschließen.<sup>70</sup> Die Fälle der gesamtschuldnerischen Mithaftung sollten also auch weiterhin vom Anwendungsbereich des § 401 BGB erfaßt werden.

Betrachtet man diese *gesetzgeberischen Erläuterungen* genauer, so kann es nicht überzeugen, die Regelung des § 401 BGB nur auf den sichernden Schuldbeitritt analog anzuwenden. Der Wortlaut der Norm hat nach Ansicht des Gesetzgebers zu keiner Zeit eine Bestimmung hinsichtlich gesamtschuldnerisch verbundener Forderungen enthalten. Solche Forderungen fallen damit insbesondere nicht unter den Begriff eines „der Verstärkung dienenden Nebenrechts“ im Sinne des Entwurfes. Trotzdem sollte die Rechtsfolge der Norm „unbestreitbar“ auch für den Fall der Abtretung einer Forderung gelten, für die mehrere Schuldner gesamtschuldnerisch mithaften. Dies sollte dann ausdrücklich „im Wege der Analogie“ erreicht werden. Der Gesetzgeber wollte also explizit eine analoge Anwendung des § 401 BGB für den Fall der Abtretung einer gesamtschuldnerisch gebundenen Forderung, auch wenn die deshalb mitübergehenden Forderungen keine der Verstärkung dienenden Nebenrechte sind. Beachtet man diese Vorgaben des Gesetzgebers, so kann die analoge Anwendung des § 401 BGB nicht auf den sichernden, also den typischen Schuldbeitritt begrenzt werden. Sie muß vielmehr auch beim Übernahmeschuldbeitritt erfolgen, bei welchem die Forderungen ebenfalls gesamtschuldnerisch miteinander verknüpft sind.

Doch nicht nur die Entstehungsgeschichte, auch der *Zweck des § 401 BGB* gebietet eine analoge Erweiterung seines Anwendungsbereiches auf jede Form des Schuldbeitritts. Die Regelung dient dazu, eng miteinander verbundene Rechte auch nach der Abtretung in einer Hand zu vereinen, da dies typischerweise auch dem Willen der Parteien der Zession entspricht.<sup>71</sup> Eine solche enge Verknüpfung liegt natürlich bei akzessorisch

<sup>70</sup> *Protokolle*, Band I, S. 386. Es handelt sich also um den seltenen Fall einer gesetzgeberisch angeordneten Analogie.

<sup>71</sup> Ähnlich RGRK-Weber, BGB, § 401 Rn. 1; Soergel-Zeiss, BGB, § 401 Rn. 1 oder Rimmelspacher, WuB I F 1c.- 1.00, 533, 534, die als Grund für die Norm daher die Unselbständigkeit des Nebenrechts, also dessen Abhängigkeit vom abgetretenen Recht ansehen.

verbundenen Forderungen, aber auch bei gesamtschuldnerisch verbundenen Forderungen vor. In beiden Fällen besteht eine gesetzlich normierte Abhängigkeit zwischen beiden Forderungen.<sup>72</sup> Nicht entscheidend ist hingegen der *Zweck der Forderung*, die analog § 401 BGB der abgetretenen Forderung folgen soll. Zwar sind alle in § 401 Abs. 1 BGB genannten Rechte Sicherungsrechte. Dies bedeutet jedoch weder, daß damit alle Sicherungsrechte analog § 401 BGB der gesicherten Forderung folgen<sup>73</sup>, noch daß ausschließlich Sicherungsrechte in den erweiterten Anwendungsbereich der Norm fallen können<sup>74</sup>. Vielmehr wird die von § 401

<sup>72</sup> Für die Gesamtschuld folgt diese aus den §§ 422–424 BGB; für die akzessorisch verbundenen Rechte aus den jeweiligen Sondervorschriften wie §§ 767, 1153, 1250 BGB.

<sup>73</sup> Bei allen Sicherungsrechten, die weder akzessorisch noch gesamtschuldnerisch mit der gesicherten Forderung verbunden sind, entfällt eine analoge Anwendung des § 401 BGB – so für die Garantie: RGZ 60, 369, 371; 72, 138, 141; BGH WM 1964, 61, 62; Jauernig-*Stürner*, BGB, § 401 Rn. 5; MünchKomm-*Roth*, BGB, § 401 Rn. 11; Soergel-*Zeiss*, BGB, § 401 Rn. 3; Staudinger-*Busche*, BGB, § 401 Rn. 42; *Larenz*, Schuldrecht I, § 34 I, S. 577 (Fußn. 5); für die Sicherungsgrundschuld: RGZ 135, 272, 274; BGH WM 1967, 213, 214; NJW 1974, 100, 101; Erman-*Westermann*, BGB, § 401 Rn. 4; Jauernig-*Stürner*, BGB, § 401 Rn. 5; MünchKomm-*Roth*, BGB, § 401 Rn. 3; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 401 Rn. 5; RGRK-*Weber*, BGB, § 401 Rn. 3, 27; Soergel-*Zeiss*, BGB, § 401 Rn. 3; Staudinger-*Busche*, BGB, § 401 Rn. 40; *Medicus*, Schuldrecht I, Rn. 721; für die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung: RGZ 89, 193, 195; 91, 277, 280; BGHZ 78, 137, 143; BGH WM 1967, 213, 214; WM 1982, 482, 484; NJW-RR 1986, 1182; Erman-*Westermann*, BGB, § 401 Rn. 4; Jauernig-*Stürner*, BGB, § 401 Rn. 5; MünchKomm-*Roth*, BGB, § 401 Rn. 10; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 401 Rn. 5; RGRK-*Weber*, BGB, § 401 Rn. 26; Soergel-*Zeiss*, BGB, § 401 Rn. 3; Staudinger-*Busche*, BGB, § 401 Rn. 37; *Medicus*, Schuldrecht I, Rn. 721. Der Zedent kann hier allenfalls schuldrechtlich zur Übertragung des Sicherungsrechts verpflichtet sein.

<sup>74</sup> Sie erfaßt vielmehr auch Ansprüche auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung (Erman-*Westermann*, BGB, § 401 Rn. 2; Jauernig-*Stürner*, BGB, § 401 Rn. 3; MünchKomm-*Roth*, BGB, § 401 Rn. 7; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 401 Rn. 4; RGRK-*Weber*, BGB, § 401 Rn. 3, 18; Soergel-*Zeiss*, BGB, § 401 Rn. 2; Staudinger-*Busche*, BGB, § 401 Rn. 34; *Medicus*, Schuldrecht I, Rn. 721) sowie forderungsbezogene Gestaltungsrechte wie etwa das Recht

BGB geforderte enge Verbundenheit zwischen den Rechten gerade bei den genannten Sicherungsrechten besonders anschaulich, was nach den *Protokollen* nachweislich der Grund für diese Fassung der Norm war.<sup>75</sup>

Wenn man demnach anerkennt, daß nicht der Zweck des Nebenrechts, sondern der Grad seiner Abhängigkeit von der abgetretenen Forderung entscheidend ist für die Anwendung des § 401 BGB, so bleibt für den Ausschluß des Übernahmeschuldbeitritts von der Anwendung kein Raum. Er unterscheidet sich vom typischen Schuldbeitritt lediglich im verfolgten Zweck, nicht aber im Grad der Abhängigkeit von der Erstschuld.<sup>76</sup> Jede Beitrittsschuld folgt aufgrund der gesamtschuldnerischen Verknüpfung also grundsätzlich der abgetretenen Erstschuld.<sup>77</sup>

##### 5. Einzelwirkung (§ 425 BGB)

Gemäß § 425 Abs. 1 BGB wirken alle anderen als die in den §§ 422 bis 424 BGB genannten Tatsachen nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten (sog. Einzelwirkung). § 425 Abs. 2 BGB nennt dafür Beispiele. Das bedeutet, daß sich beide zu einer Gesamtschuld zusammengefaßten Schuldverhältnisse unterschiedlich entwickeln können. Die Norm ist Ausdruck und Folge der Selbständigkeit der durch die Gesamtschuld verbundenen Verpflichtungen.

zur Fristsetzung nach § 326 BGB (vgl. BGHZ 114, 360, 365; BGH NJW 1985, 2640, 2641; Jauernig-*Stürner*, BGB, § 401 Rn. 3; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 401 Rn. 4; Soergel-*Zeiss*, BGB, § 401 Rn. 2; Staudinger-*Busche*, BGB, § 401 Rn. 35) oder das Recht zur Fälligkeitskündigung (vgl. BGH NJW 1973, 1793, 1794; Jauernig-*Stürner*, BGB, § 401 Rn. 3; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 401 Rn. 4; RGRK-*Weber*, BGB, § 401 Rn. 19; Soergel-*Zeiss*, BGB, § 401 Rn. 2; Staudinger-*Busche*, BGB, § 401 Rn. 35).

<sup>75</sup> Vgl. *Protokolle*, Band I, S. 386.

<sup>76</sup> Zutreffend daher RGZ 65, 164, 169 ff., wenn es § 401 BGB auch auf einen Übernahmeschuldbeitritt analog anwendet – dem Urteil zustimmend: Staudinger-*Busche*, BGB, § 401 Rn. 31, der jedoch nicht erkennt, daß es sich bei der den Gläubiger berechtigenden Erfüllungsübernahme um einen Übernahmeschuldbeitritt handelt.

<sup>77</sup> Ebenso Rimmelspacher, WuB I F 1c.- 1.00, 533, 534.

Allerdings gilt diese Einzelwirkung nicht, *soweit sich aus dem konkreten Schuldverhältnis etwas anderes ergibt*. Den Parteien steht es somit grundsätzlich frei, abweichend vom Grundgedanken des § 425 Abs. 1 BGB auch die Gesamtwirkung von Tatsachen zu vereinbaren, die nicht in den §§ 422 bis 424 BGB genannt sind. Das Gesetz läßt also den Parteien die Möglichkeit offen, ihre Schuldverhältnisse weiter voneinander abhängig zu machen als die §§ 422 ff. BGB dies grundsätzlich vorsehen. Neben dieser vereinbarten Gesamtwirkung von Tatsachen kann sich eine Abweichung von der Regel des § 425 Abs. 1 BGB auch allein aus dem besonderen Inhalt oder Zweck des Schuldverhältnisses sowie der besonderen Natur einiger Tatsachen ergeben (sog. notwendige Gesamtwirkung).<sup>78</sup> Liegen hingegen weder Anhaltspunkte für eine vereinbarte noch für eine notwendige Gesamtwirkung vor, bleibt es bei der Zweifelsregelung des § 425 Abs. 1 BGB, wonach andere als die in den §§ 422 bis 424 BGB genannten Tatsachen nur Einzelwirkung haben.

Nach diesen Grundsätzen ist auch die mittels Schuldbeitritts begründete Gesamtschuld zu behandeln. Allein aus Inhalt und Zweck des Schuldbeitritts ergeben sich dabei *keine Anhaltspunkte für eine notwendige Gesamtwirkung*. Für den typischen Schuldbeitritt, der allein vom Sicherungszweck getragen wird, läßt sich dies schon dem Umstand entnehmen, daß es eine ganze Reihe anerkannter nichtakzessorischer Sicherungsrechte gibt.<sup>79</sup> Der Sicherungszweck macht es also erkennbar nicht erforderlich, allen Tatsachen, die beim Erstschuldner eintreten, Gesamtwirkung einzuräumen. Die insofern bestehende Selbständigkeit der Beitrittschuld vereitelt das Erreichen des Sicherungszweckes nicht. Doch auch für den

<sup>78</sup> Letzteres wird verbreitet für den Fall des *Rücktritts* eines Gesamtschuldners sowie für den Fall der *Beendigungskündigung* durch den Gläubiger bei Dauerschuldverhältnissen angenommen; diese hätten aufgrund ihrer Wirkung auch ohne besondere Vereinbarung abweichend von § 425 Abs. 2 BGB regelmäßig Gesamtwirkung – vgl. § 356 BGB sowie MünchKomm-Selb, BGB, § 425 Rn. 4 und 6; Soergel-Wolf, BGB, § 425 Rn 3 und 9; Larenz, Schuldrecht I, § 37 II, S. 639; speziell zum Schuldbeitritt: *Edenfeld*, JZ 1997, 1034, 1039 f.

<sup>79</sup> An dieser Stelle seien nur die Sicherungsgrundschuld, das Sicherungseigentum und die Forderungsgarantie genannt.

Übernahmeschuldbeitritt läßt sich eine notwendige Gesamtwirkung nicht begründen. Der Übernahmезweck erfordert sie jedenfalls nicht, ist er doch in dem Sinne zu verstehen, daß der Beitretende in dem Umfang die Erfüllung der Schuld des Erstschuldners übernimmt, in dem diese im Beitrittszeitpunkt bestand. Dieses Verständnis entspricht genau der Interessenlage einer Schuldübernahme, die ebenfalls allein vom Übernahmезweck getragen wird. Auch dort übernimmt der Neuschuldner die Schuld so wie sie im Übernahmезeitpunkt besteht. Während der Gläubiger für diesen neuen Schuldner die Entlassung des Altschuldners hinnehmen muß, gewährt ihm der Übernahmeschuldbeitritt einen neuen Schuldner, ohne daß er den Erstschuldner verliert. Die fortbestehende Haftung des Erstschuldners ist also ein Vorteil für den Gläubiger, der nicht dem Übernahmезweck entspringt. Dieser wäre auch ohne sie erreicht. Vom Zweck des Übernahmeschuldbeitritts aus betrachtet ist es somit völlig unerheblich, ob und wie der Erstschuldner weiterhin haftet. Dementsprechend können nach dem Beitritt bei ihm eintretende Tatsachen ohne weiteres Einzelwirkung haben. Es läßt sich damit festhalten, daß keine Form des Schuldbeitritts einer generellen Gesamtwirkung von Tatsachen bedarf.

Haben die Beitrittsparteien auch vertraglich keine Erweiterung der Gesamtwirkung von Tatsachen vereinbart, bleibt es also bei der Einzelwirkung nach § 425 Abs. 1 BGB. Erstschuld und Beitrittsschuld können sich daher im Regelfall unterschiedlich entwickeln. Sie stehen selbständig nebeneinander und sind nicht akzessorisch verbunden. Welche Folgen es mit sich bringt, wenn die Beitrittsparteien eine von § 425 BGB abweichende erweiterte Gesamtwirkung vereinbart haben, soll erst im nächsten Abschnitt genauer erörtert werden.<sup>80</sup>

#### 6. Regreß (§ 426 BGB)

Nach § 426 Abs. 1 BGB sind die Gesamtschuldner untereinander zum Ausgleich verpflichtet. Der leistende Gesamtschuldner hat also einen *Ausgleichsanspruch* gegen den anderen Gesamtschuldner, wenn seine Leistung den von ihm selbst im Innenverhältnis zu tragenden Anteil über-

<sup>80</sup> Siehe dazu unter C. II. 1.

steigt.<sup>81</sup> Zur Stärkung dieses Regreßanspruches geht nach § 426 Abs. 2 BGB auch der Anspruch des Gläubigers auf ihn über, jedoch nur in Höhe seiner Ausgleichsforderung. § 426 BGB bestimmt also maßgeblich das Innenverhältnis beider Gesamtschuldner und findet auch auf die mit einem Schuldbeitritt begründete Gesamtschuld Anwendung. Allein die Zweifelsregelung des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB kann dabei auch ohne ausdrückliche Vereinbarung im Innenverhältnis nicht eingreifen, da der objektiv erkennbare Beitrittszweck eine andere Anteilshöhe als die zu gleichen Teilen nahelegt. Im Regelfall wird aufgrund des Sicherungszwecks allein der Erstschuldner im Innenverhältnis der Gesamtschuldner verpflichtet sein, während beim Übernahmeschuldbeitritt aufgrund des Übernahmезweckes allein der Beitretende im Innenverhältnis die Last zu tragen hat. Natürlich steht es dem Erstschuldner und dem Beitretenden auch offen, andere Regreßvereinbarungen zu treffen.<sup>82</sup>

#### 7. Zusammenfassung

Der Schuldbeitritt begründet eine echte Gesamtschuld zwischen Erstschuld und Beitrittsschuld. Auf das Verhältnis zwischen beiden sowie auf die Gläubigerrechte sind daher die Gesamtschuldregelungen direkt anzuwenden. Der Gläubiger hat das Wahlrecht aus § 421 BGB. Die Gesamtwirkungen der §§ 422 bis 424 BGB gelten für alle Arten des Schuldbeitritts. Im Falle der Abtretung der Erstschuld folgt ihr die Beitrittsschuld grundsätzlich analog § 401 BGB. Abgesehen vom Einzelfall einer zulässigen abweichenden Vereinbarung<sup>83</sup> bleibt es auch bei der Einzelwirkung des § 425 Abs. 1 BGB. Das Innenverhältnis zwischen Erstschuldner und Beitretendem bestimmt sich nach § 426 BGB.

<sup>81</sup> Vgl. BGH WM 86, 363, 364; WM 61, 1170, 1171.

<sup>82</sup> Genauer zu diesen und anderen Regreßproblemen des Schuldbeitritts im 5. Kapitel unter C.

<sup>83</sup> Dazu genauer unter C. II. 1.

### **C. Möglichkeit und Grenzen abweichender Parteivereinbarungen**

Häufig läßt sich aus den Vereinbarungen der Parteien lediglich entnehmen, daß einer von ihnen als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten eines anderen mithaften soll. In diesen Fällen reicht das gerade für die Einordnung der Vertrages als Schuldbeitritt, auf den die Gesamtschuldregelungen in der vorstehend skizzierten Form Anwendung finden. Nur in seltenen Fällen wird diese grundsätzliche Vereinbarung durch genauere Bestimmungen hinsichtlich der ansonsten gewollten Rechtsfolgen ergänzt, indem der Vertrag zum Beispiel auch Vereinbarungen darüber enthält, welche Umstände Gesamtwirkung haben sollen oder ob die Beitrittsschuld separat abgetreten werden darf. Soweit sich diese ergänzenden Vereinbarungen mit den vorstehend aufgezeigten Grundsätzen decken, sind sie nicht weiter problematisch. Sie verdeutlichen dann nur, daß ein Schuldbeitritt vereinbart wurde.

Wesentlich problematischer ist die Lage jedoch, wenn die ergänzenden Parteivereinbarungen Rechtsfolgen enthalten, die von den dargestellten Rechtsgrundsätzen abweichen, wenn sie also beispielsweise die Beitrittsschuld subsidiär oder akzessorisch zur Erstschuld ausgestalten wollen. Gerade letzteres wird oft im Hinblick auf die Vertragsfreiheit des Schuldrechts als zulässig angesehen.<sup>84</sup> Leider wird hierbei die Reichweite der Vertragsfreiheit häufig überschätzt, während Erwägungen zu den Grenzen der Vertragsfreiheit im Hinblick auf die Ausgestaltung von Vertragstypen unterbleiben. Es stellt sich also die grundsätzliche Frage, inwieweit die Merkmale eines Vertragstyps durch die Vertragsparteien verändert werden können.

#### **I. Vertragsfreiheit und Vertragstypenlehre**

Die Möglichkeit einer von den aufgezeigten Grundstrukturen abweichenden Parteivereinbarung ergibt sich grundsätzlich schon aus der Privatautonomie. Diese gewährleistet die Vertragsfreiheit und damit auch die

<sup>84</sup> Vgl. *Habersack*, JZ 1997, 857, 865 sowie die Nachweise unter C. II. 1.

Gestaltungsfreiheit der Parteien. Vertragsparteien können daher grundsätzlich inhaltlich vereinbaren, was sie wollen.<sup>85</sup>

Von dieser weitreichenden Rechtsbefugnis der Vertragsparteien ist nun aber die Frage zu trennen, welchem Vertragstyp die jeweils getroffene Vereinbarung zuzuordnen ist. Um eine eindeutige Zuordnung zu ermöglichen, haben die einzelnen Vertragstypen eindeutig charakterisierende und sie von allen anderen Vertragstypen unterscheidende Merkmale. So ist der Kaufvertrag gekennzeichnet durch die gewollte entgeltliche Übereignung einer Sache, der Mietvertrag durch die nur vorübergehende, aber entgeltliche (sonst Leihvertrag) Überlassung einer Sache. Solche charakterisierenden Merkmale lassen sich für jeden Vertragstyp finden; sie haften ihm zwingend an. Lassen sich in der einzuordnenden Vertragsvereinbarung diese charakterisierenden Merkmale nicht finden, so muß ein anderer Vertragstyp vorliegen. Die Vereinbarung ist dann zwingend dem anderen Vertragstyp zuzuordnen. Die Zuordnung einer Vertragsvereinbarung zu einem bestimmten Vertragstyp berührt dabei grundsätzlich nicht die Wirksamkeit der Vereinbarung, sie hat eher eine Ordnungsfunktion.

Im Rahmen der *Vertragstypenlehre* werden bestimmte Interessenlagen also durch Offenlegung ihrer Merkmale typisiert. Diese Typisierung ermöglicht es dann, für die Interessenkonstellation bestimmte Regelungen aufzustellen, typische Rechte und Pflichten der Parteien zu formulieren.<sup>86</sup> Vereinbaren beispielsweise zwei Parteien, daß einer dem anderen entgeltlich eine bestimmte Sache übereignen soll, so liegt ein Kaufvertrag vor. Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die Sache frei von Rechten Dritter und tatsächlichen Mängeln sein sowie alle zugesicherten Eigenschaften besitzen soll. Diese typischen Interessen faßt der Vertragstyp des Kaufvertrags zu einem – größtenteils dispositivem – Regelungskomplex zusammen. Die Vereinbarung der Parteien wird also durch die Vertragstypenlehre in ein rechtliches Korsett gefaßt. Sie stellt allein darauf ab, welche Rechtsfolgen die Parteien wollten, respektiert also deren privatautonome Entscheidung, und bietet den Parteien hinsichtlich nicht

<sup>85</sup> Zum Begriff der Vertragsfreiheit statt vieler: *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 12.

<sup>86</sup> Diese Typisierung der Interessenkonstellation erfolgt weitgehend durch die Schaffung dispositiven Rechts.

geregelter Punkte eine gesetzliche Regelung. Die Vertragstypenlehre ist daher grundsätzlich kein Eingriff in die Privatautonomie der Parteien, sondern nur ein das Chaos der verschiedenen möglichen Vereinbarungen ordnendes System. Daraus wird auch deutlich, daß dieses System nicht von der Vertragsparteien selbst geschaffen wird, sondern es grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers ist, hier ordnend und regelnd tätig zu werden.<sup>87</sup> Diese Aufgabe hat der Gesetzgeber durch Schaffung der Vertragstypen des BGB oder auch des HGB wahrgenommen. Er hat dabei aber bewußt keinen Anspruch auf Vollständigkeit des Systems erhoben, denn schon aus der unüberschaubaren Vielfalt privatautonomer Regelungen folgt die Möglichkeit neuer Vertragstypen. Dann, wenn in den Vereinbarungen der Parteien Konstellationen auftauchen, die keinem der vorhandenen Vertragstypen zuzuordnen sind, da sie keine der zwingenden Merkmale vorhandener Vertragstypen erfüllen, ist es Aufgabe des Gesetzgebers (und bei dessen Untätigkeit Aufgabe der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft) im Wege der Rechtsfortbildung den neuen Vertragstyp zu bilden, welcher die neue Konstellation erfaßt und ihr ein Regelungskorsett zur Verfügung stellt.

Zu beachten ist dabei jedoch, daß eine solche Rechtsfortbildung natürlich nur dann in Betracht kommt, wenn die neue Konstellation keinem der bekannten Vertragstypen zugeordnet werden kann. Erfüllt sie trotz anderer Interessenlage noch die zwingenden Merkmale eines der vorhandenen Vertragstypen, so ist sie diesem zuzuordnen. Man spricht dann auch von atypischen Verträgen, da zwar die zwingenden Grundmerkmale des Vertragstyps noch gewollt sind, die zur Verfügung gestellten dispositiven Regelungen jedoch überwiegend abbedungen wurden, weil der Zweck der Vereinbarung ein anderer ist als der, den der Gesetzgeber im Sinn hatte.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> Vgl. Huber, JurA 1970, 784, 787: „Der Typus ist das Produkt juristischer Interpretation“.

<sup>88</sup> Vgl. Huber, JurA 1970, 784, 789. Davon streng zu unterscheiden sind *atypische Verträge im engeren Sinne*, womit die Vereinbarungen gemeint sind, die keinem der gesetzlich geregelten Vertragstypen zuzuordnen sind. Der Begriff des atypischen Vertrags wird also mehrdeutig verwendet – vgl. MünchKomm-Thode, BGB, § 305 Rn. 36 f. oder Palandt-Heinrichs, BGB, Einf v § 305 Rn. 14.

Ein Beispiel dafür bietet das sogenannte Finanzierungsleasing. Hier will der Leasingnehmer eigentlich eine Sache kaufen, hat aber nicht die notwendigen Mittel. Er wendet sich deshalb an einen solventen Leasinggeber, der die gewünschte Sache kauft und sie ihm dann gegen monatliche Raten zur Nutzung überläßt. Der Leasingvertrag dient also eigentlich der Finanzierung eines Kaufinteresses, stellt sich aber bei rechtlicher Betrachtung als entgeltliche Überlassung einer Sache heraus, erfüllt also die Charakteristika eines Mietvertrages und ist deshalb auch als solcher einzuordnen.<sup>89</sup> Die Schaffung eines neuen Vertragstyps ist hier überflüssig, da ein Ordnungssystem vorhanden ist, und wäre daneben auch eine Aushöhlung der durch den Gesetzgeber geschaffenen Vertragstypen im Wege unzulässiger Rechtsfortbildung, da es dieser insoweit an der notwendigen Regelungslücke fehlt.<sup>90</sup> Ein im Wege der Rechtsfortbildung geschaffener neuer Vertragstyp kann also nur dann respektiert werden, wenn die Merkmale, die in charakterisieren, einmalig sind und bei der Rechtsanwendung erhalten bleiben.<sup>91</sup> Ansonsten handelt es sich wie beim Leasingvertrag nicht um einen neuen Vertragstyp, sondern nur um eine neue Variante eines bekannten Vertragstyps.

Die Vertragstypenlehre respektiert also die Vertragsfreiheit der Parteien, indem sie danach fragt, welche Rechtsfolgen die Parteien wollen. Allein daran orientiert sich die Einordnung der Vereinbarung in einen bestimmten Vertragstyp. Andererseits haben die Parteien die charakterisierenden und daher vom Gesetzgeber als zwingend angesehenen Merkmale der einzelnen Vertragstypen zu respektieren. *Die Klassifikation eines Vertrages*, also die Entscheidung, ob er definitionsgemäß zum Vertragstyp A oder zum Vertragstyp B gehört, *unterliegt nicht mehr der Vertragsfreiheit*. Es steht den Vertragsparteien also nicht frei, zu bestimmen, daß ein Vertrag, der nach der gesetzlichen Definition ein Kauf ist, als Miete anzu-

<sup>89</sup> Zutreffend daher die dementsprechende ständige Rechtsprechung – vgl. BGHZ 68, 118, 123; 71, 189, 193 f.; 96, 103, 106; BGH NJW 1990, 1113, 1114.

<sup>90</sup> Zu den Voraussetzungen der Rechtsfortbildung vgl. *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 472 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 191 ff.; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 416 ff.

<sup>91</sup> Darauf zu Recht hinweisend *Huber*, JurA 1970, 784, 806 und 810 f.

sehen sei. Sie können nur wählen, ob sie kaufen oder mieten wollen, müssen dann aber die Rechtsfolgen, die mit der einen oder anderen Rechtsform notwendigerweise verbunden sind, als vereinbart anerkennen.<sup>92</sup> Die Einordnung unter die verschiedenen Vertragstypen erfolgt also nur nach den von den Parteien gewollten Rechtsfolgen, nicht jedoch nach der von den Parteien gewünschten Einordnung oder gewählten Bezeichnung.<sup>93</sup> Nur wenn andere Hinweise auf die gewollten Rechtsfolgen fehlen, ist die gewünschte Einordnung oder die Bezeichnung ein entscheidendes Einordnungsindiz.

Die Vertragstypenlehre ist also grundsätzlich der Vertragsfreiheit genauso entzogen wie die Entscheidung über die Zulässigkeit einer privatautonomen Vereinbarung der Vertragstypenlehre entzogen ist. Von diesem Grundsatz gibt es in beide Richtungen nur je eine bedeutende Ausnahme. Zum einen hat der Gesetzgeber bei Schaffung der verschiedenen Vertragstypen auch zwingende Regelungen aufgestellt. Diese dienen häufig dem Schutz eines der beiden Vertragspartner. Als Beispiele seien insbesondere die Formvorschriften der §§ 518, 766, 780 oder 781 BGB oder unabdingbare Gewährleistungsrechte (vgl. §§ 476, 540 oder 637 BGB) genannt. Die Zuordnung eines Vertrages zu einem Vertragstyp hat hier daher auch die Wirkung einer Beschränkung der Privatautonomie, da aufgrund der dann einschlägigen zwingenden Normen einige der getroffenen Vereinbarungen (z.B. Haftungsausschlüsse) als unwirksam anzusehen sind.<sup>94</sup> Andererseits bewirkt die Vertragsfreiheit mit ihrer unübersehbaren Vielfalt an Gestaltungsmöglichkeiten, daß die dispositiven Regelungen eines Vertragstyps weitgehend abbedungen werden können. Dar-

<sup>92</sup> So sehr zutreffend *Huber*, JurA 1970, 784, 796.

<sup>93</sup> Vgl. BGHZ 60, 362, 364; 74, 204, 207; 74, 258, 268; 75, 299, 301, wonach bei Verkauf eines Grundstücks und gleichzeitiger Verpflichtung des Verkäufers zur Errichtung eines Bauwerkes auf dem Grundstück der Vertrag trotz Bezeichnung als Kaufvertrag aufgrund der gewollten Rechtsfolgen als Werkvertrag einzuordnen ist. Ebenso: *Erman-Battes*, BGB, Einl § 305 Rn. 16; *MünchKomm-Thode*, BGB, § 305 Rn. 39; *Palandt-Heinrichs*, BGB, Einf v § 305 Rn. 11; *Bydlinski*, AcP 190, 165, 169 f.

<sup>94</sup> Vgl. *Jauernig-Jauernig*, BGB, Vor § 145 Rn. 15; *Larenz*, Schuldrecht I, § 4 II a), S. 51.

über hinaus ermöglicht sie es sogar, daß Vereinbarungen geschaffen werden, die keinem der vorhandenen Vertragstypen zugeordnet werden können.<sup>95</sup> Zur Erfassung dieser Vereinbarungen muß dann ein neuer Vertragstyp im Wege der Rechtsfortbildung geschaffen werden. Die Vertragsfreiheit kann also mittelbar die Schaffung neuer Vertragstypen bewirken.

## II.      **Schlußfolgerungen für den Schuldbeitritt**

Der Schuldbeitritt ist als eigener Vertragstyp nicht vom Gesetzgeber geschaffen worden, sondern im Wege der Rechtsfortbildung entstanden. Er ist daher nach der Vertragstypenlehre als eigenständiger Vertragstyp nur anzuerkennen, wenn er *eindeutige und zwingende Merkmale* aufweist, die ihn von den anderen Vertragstypen klar unterscheiden und so bei der Einordnung von Verträgen als Schuldbeitritt dessen typische Rechtsfolgen erzeugen. Diese Anerkennungsvoraussetzungen sind für den Schuldbeitritt gegeben, indem er eine gesamtschuldnerische Mithaftung ohne jegliche Mitberechtigung des Beitretenden erzeugt. Die sich damit aus der Gesamtschuld ergebenden Rechtsfolgen erzeugen eine *einzigartige Mischung aus Gesamt- und Einzelwirkungen*, die keinem der vorhandenen Vertragstypen wie Bürgschaft, Schuldübernahme oder Garantie eigen sind. Aufgrund dieser Einzigartigkeit ist der Schuldbeitritt als eigenständiger Vertragstyp neben den gesetzlich geregelten Vertragstypen anzuerkennen.

Klar ist damit jedoch auch, daß der Vertragstyp des Schuldbeitritts nicht soweit ausgedehnt werden kann, daß er die Merkmale anderer, gesetzlich geregelter Vertragstypen (wie z.B. die der Bürgschaft) mit umfaßt, auch wenn die Dispositivität der §§ 423, 425 und 426 BGB dies zulassen würde. Hier ist der Wille des Gesetzgebers zu beachten, Verträge mit diesen Merkmalen dem von ihm gebildeten Vertragstyp (in unserem Beispiel der Bürgschaft) zuzuordnen und damit den von ihm geschaffenen zwingenden Normen (wie hier den §§ 766 oder 767 BGB) zu unterwerfen. Der

<sup>95</sup> Sog. „Vertragstypenfreiheit“ – vgl. Erman-*Werner*, BGB, Einl § 241 Rn. 16; MünchKomm-*Kramer*, BGB, Vor § 145 Rn. 18; Palandt-*Heinrichs*, BGB, Einf v § 305 Rn. 11; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 12.

Vertragstyp des Schuldbeitritts findet also dort seine Grenzen, wo er an die *Regelungsbereiche anderer Vertragstypen* wie Bürgschaft, Schuldübernahme oder Garantie stößt. Verträge, die deren zwingende Merkmale enthalten, können folglich nicht als Schuldbeitritt klassifiziert werden. Des weiteren ergibt sich schon aus dem Umstand, daß ein Schuldbeitritt stets eine echte Gesamtschuld begründet, daß solche Verträge nicht als Schuldbeitritt qualifiziert werden können, die von den *zwingenden Gesamtschuldregelungen* (§§ 421, 422, 424 BGB) abweichende Vereinbarungen enthalten.

Um es nochmals zu betonen: Es geht hier nicht um die Frage, ob diese abweichenden Vereinbarungen an sich zulässig sind. Die positive Antwort darauf folgt bereits aus der Vertragsfreiheit. Hier geht es vielmehr darum, einem im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten Vertragstyp mit Hilfe der Vertragstypenlehre klare Konturen zu geben. Diese Definition eines Vertragstyps ist nicht Sache der Vertragsparteien und damit auch nicht Teil der Vertragsfreiheit, sondern Folge juristischer Wertungen und deshalb alleinige Aufgabe des Gesetzgebers und – bei dessen Untätigkeit – der Rechtswissenschaft. Allein aus der Notwendigkeit einer klaren Definition des Vertragstyps Schuldbeitritt folgt, daß nicht alle Parteivereinbarungen diese Definition erfüllen können. Nur aus diesem Grund muß nun untersucht werden, welche der Parteivereinbarungen, die von den eingangs aufgezeigten gesamtschuldnerischen Grundstrukturen des Schuldbeitritts abweichen, noch unter die Definition des Vertragstyps Schuldbeitritt passen und welche den anderen Vertragstypen wie der Bürgschaft, der Garantie oder der Schuldübernahme zuzuordnen sind.

#### 1. *Akzessorietätsvereinbarungen*

Als erstes sollen Vereinbarungen untersucht werden, in denen zwar von einer gesamtschuldnerischen Mithaftung oder einem Schuldbeitritt die Rede ist, dann aber ausdrücklich eine akzessorische Verknüpfung der Beitrittsschuld mit der Erstschuld vereinbart wird,<sup>96</sup> etwa durch Klauseln

<sup>96</sup> Es sei nochmals klargestellt, daß hier mit „akzessorisch“ nur die engste, d.h. vollständige und einseitige Abhängigkeit einer Schuld von einer anderen gemeint ist.

wie „Die Beitrittsschuld teilt jedes Schicksal der Erstschuld.“ oder „Die Verpflichtung des Beitretenden richtet sich stets nach der jeweiligen Verpflichtung des Erstschuldners.“. Ob solche Zusatzvereinbarungen an der Einordnung des Vertrages etwas ändern oder ob es bei der Klassifizierung als Schuldbeitritt bleibt, wird verschieden beantwortet.

Einige Autoren befürworten trotz des Zusatzes eine Einordnung als Schuldbeitritt.<sup>97</sup> Auch beim Schuldbeitritt könne eine Akzessorietät vereinbart werden. Es sei nämlich auch bei einem Schuldbeitritt möglich, im Vertrag festzulegen, daß alle nachfolgend beim Erstschuldner eintretenden Tatsachen entgegen der Vermutung des § 425 BGB auch die Verpflichtung des Beitretenden beeinflussen, also Gesamtwirkung haben. Das auf den Schuldbeitritt anzuwendende Gesamtschuldrecht verbiete eine Akzessorietätsvereinbarung nicht, sondern sei – wie in § 425 BGB deutlich wird – gerade in dieser Beziehung dispositiv.

Die Dispositivität des § 425 BGB und damit die Möglichkeit, eine umfassende Gesamtwirkung zu vereinbaren, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Norm. Allerdings kann eine solche umfassende Gesamtwirkung nicht ohne weiteres mit einer akzessorischen Verknüpfung beider Schulden gleichgesetzt werden. Die Gesamtwirkung ist bei der Gesamtschuld nämlich grundsätzlich *wechselseitiger* und unmittelbarer Natur. Bei welchem Schuldner die betreffende Tatsache eintritt, ist für deren sofortige Gesamtwirkung für alle Gesamtschulden unerheblich. Im Gegensatz dazu wirkt die akzessorische Verknüpfung zweier Schulden nur *einseitig* und mittelbar. Nur Tatsachen, welche die Hauptschuld betreffen, wirken aufgrund der Akzessorietät dann auch für die Zweitschuld, während Tatsachen, die beim Zweitschuldner eintreten, keinerlei Einfluß auf die Hauptschuld entfalten. Dieser Unterschied ist dogmatisch durchaus beachtlich.<sup>98</sup> Allerdings ist der Wortlaut des § 425 BGB so offen gefaßt, daß man wohl auch annehmen darf, daß sich aus dem „Schuldverhältnis“ nicht nur eine

<sup>97</sup> *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 56; *Selb*, Schuldrecht V, S. 214 und in *MünchKomm-Selb*, BGB, § 421 Rn. 19. *Beck* (WM 1999, 1753, 1756 ff.) will sogar § 767 BGB auf den Schuldbeitritt analog anwenden.

<sup>98</sup> Auf ihn hinweisend: *Becker-Eberhard*, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, S. 232 ff. und *Medicus*, JuS 1971, 497.

wechselseitige Erweiterung der Gesamtwirkung ergeben kann, sondern es den Parteien darüber hinaus auch möglich ist, eine nur einseitig wirkende Gesamtwirkung im Sinne einer Akzessorietät anstelle der gesetzlich vermuteten Einzelwirkung zu vereinbaren. Die Aufnahme akzessorisch verknüpfter Verbindlichkeiten in die Gruppe der Gesamtschulden scheidet daher wohl nicht am völlig dispositiv gefaßten § 425 BGB.<sup>99</sup>

Trotzdem ist die Vereinbarung einer Akzessorietät für den Vertragstyp des Schuldbeitritts nicht möglich. Dies folgt aus den gerade skizzierten Grundsätzen der Vertragstypenlehre. Danach findet ein im Wege der Rechtsfortbildung geschaffener Vertragstyp wie der Schuldbeitritt dort seine Geltungsgrenze, wo er an den Anwendungsbereich der vom Gesetzgeber geschaffenen Vertragstypen stößt. Verträge, welche die typischen Merkmale eines gesetzlichen Vertragstyps haben, sind ausschließlich diesem zuzuordnen. Der Wille des Gesetzgebers und die von ihm für diesen Vertragstyp geschaffenen zwingenden Normen sind zu respektieren. Soll ein Dritter *akzessorisch* für die Schuld eines anderen gegenüber dem Gläubiger haften, so liegt nach dem Willen des Gesetzgebers eine *Bürgschaft* vor (§§ 765 Abs. 1, 767 Abs. 1 BGB). Die Akzessorietät ist zwingendes und typprägendes Wesensmerkmal der Bürgschaft. Wo sie nach dem Willen der Vertragsparteien gelockert werden soll, liegt keine Bürgschaft mehr vor.<sup>100</sup> Vereinbaren die Parteien also einen „akzessori-

<sup>99</sup> Zutreffend insoweit: Staudinger-Noack, BGB, § 425 Rn. 9; Ehmann, Gesamtschuld, S. 335; Wernecke, Gesamtschuld, S. 138; dagegen: Becker-Eberhard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, S. 234 (Fußn. 33). Daher wird überwiegend versucht, akzessorisch verbundene Verpflichtungen von vornherein aus der Gesamtschuld herauszunehmen, bei ihnen also die Voraussetzungen des § 421 BGB (Gleichstufigkeit) zu verneinen – vgl. MünchKomm-Selb, BGB, § 421 Rn. 18; Soergel-Wolf, BGB, § 421 Rn. 23; Larenz, Schuldrecht I, § 37 I, S. 636; Medicus, Schuldrecht I, Rn. 800 und JuS 1971, 497.

<sup>100</sup> Allg. Ansicht: vgl. Mugdan, Materialien II, S. 368 f. sowie BGHZ 95, 350, 357; BGH ZIP 1985, 1257, 1259; OLG Frankfurt a.M. DB 1974, 2245 f.; Jauernig-Vollkommer, BGB, § 767 Rn. 2; MünchKomm-Habersack, BGB, § 765 Rn. 61; Palandt-Sprau, BGB, Einf v § 765 Rn. 1; Bydlinski, Bürgschaft, S. 2; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 60 III 1 b), S. 11; Bydlinski, AcP 190, 165, 171.

schen Schuldbeitritt“, so liegen nach den von den Parteien gewollten Rechtsfolgen die zwingenden und typischen Merkmale einer Bürgschaft vor: die Übernahme einer mit der Erstschuld akzessorisch verbundenen persönlichen Mithaftung. Der Vertrag ist daher auch als Bürgschaft einzuordnen. Die Bezeichnung des Vertrages durch die Parteien als „Schuldbeitritt“ oder „Gesamtschuld“ ist aufgrund der erkennbar abweichend gewollten Rechtsfolgen unbeachtlich.<sup>101</sup> Eine solche Haftungsvereinbarung zusätzlich noch unter den Vertragstyp des Schuldbeitritts zu fassen, widerspräche dem Willen des Gesetzgebers, der ja für diesen Fall eine eindeutige und teilweise zwingende Regelung geschaffen hat.<sup>102</sup>

Im Umkehrschluß läßt sich damit feststellen, daß der Vertragstyp des Schuldbeitritts nur jene Fälle der persönlichen Mithaftung erfassen kann, *die nicht unter die Bürgschaft fallen*, also Fälle der *nichtakzessorischen gesamtschuldnerischen Verpflichtung* des Mithaftenden.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> Vgl. die Ausführungen zur Vertragstypenlehre unter C. I.

<sup>102</sup> Besonders deutlich wird die Mißachtung dieser Grundsätze in der Diskussion um die Haftungsgrundlage, nach der die Gläubiger einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts – deren Teilrechtsfähigkeit vorausgesetzt – gegen die Gesellschafter vorgehen können. Die Haftung der Gesellschafter richtet sich stets nach dem jeweiligen Stand der Gesellschaftsschuld, ist also unstrittig akzessorischer Natur. Haftungsgrundlage kann dann aber nach den aufgezeigten Grundsätzen kein Schuldbeitritt sein. Die entgegengesetzte Argumentation (vgl. *Beck*, WM 1999, 1753, 1757; *Habersack*, JZ 1997, 857, 864 f.) dient erkennbar nur dazu, eine formfreie Mitverpflichtung zuzulassen, also der eigentlich einschlägigen Bürgschaftsform des § 766 BGB zu entgehen. Zutreffend dürfte sein, den Haftungsgrund in dem jeweils die Gesellschaft verpflichtenden Vertrag zu sehen (Stellvertretungslösung). Soweit man tatsächlich nach einer selbständigen Haftungsgrundlage sucht, kann nur eine Bürgschaft vorliegen.

<sup>103</sup> Die Nichtakzessorietät des Schuldbeitritts ebenfalls als zwingend betonend: *Erman-Westermann*, BGB, Vor § 414 Rn. 9; *MünchKomm-Habersack*, BGB, Vor § 765 Rn. 10; *RGRK-Weber*, BGB, Vor § 414 Rn. 22; *Soergel-Wolf*, BGB, § 421 Rn. 38; *Staudinger-Rieble*, BGB, § 414 Rn. 23; *Staudinger-Horn*, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 363; *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 1371; *Hellner/Steuer-Wagenknecht*, Bankrecht, Rn. 4/1323; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 29 II 2, S. 256; *Edenfeld*, JZ 1997, 1034, 1035; *Kothe*, JZ 1990, 997, 998; *Weber*, JuS 1972, 9, 13.

Dies erkannte bereits das Reichsgericht.<sup>104</sup> Das als „kumulative Schuldübernahme“ bezeichnete Versprechen eines Dritten, „für die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners *gleichwie dieser selbst* einzustehen“, habe „im Zweifel und regelmäßig Bürgschaftscharakter, weil durch ein solches Versprechen regelmäßig inhaltlich eine *Verbürgung*, d.h. das Einstehen für die Erfüllung ... einer fremden Schuld gewollt sei; § 765 BGB.“ Davon unterschied das Reichsgericht die Fälle, die man heute als Schuldbeitritt bezeichnet: Eine Verbürgung sei dann nicht anzunehmen, „wenn der eintretende Schuldner nicht beabsichtigt, derart für die Verbindlichkeit des Schuldners einzustehen, daß seine Verbindlichkeit von vornherein und fortdauernd von der Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners abhängig sein soll, wenn also der neue eine *eigene selbständige Verbindlichkeit* übernehmen will, deren Fortbestand von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners *unabhängig* sein soll.“ Daraus wird deutlich, daß bereits das Reichsgericht zutreffend von der Nichtakzessorietät der durch den Schuldbeitritt begründeten Haftung des Dritten als dessen grundlegendes Merkmal ausging.

Dem widerspricht entgegen *Kittlitz*<sup>105</sup> auch die Regelung des § 128 HGB nicht, wonach die Gesellschafter einer OHG für Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner haften. Dies ist gerade kein Beispiel für eine akzessorische Gesamtschuld, also für einen akzessorischen Schuldbeitritt kraft Gesetzes. Zwar ist es zutreffend, daß wegen § 128 HGB die Gesellschafter persönlich und akzessorisch für die Gesellschaftsschuld eintreten (vgl. § 129 HGB). Die Norm bestimmt jedoch nicht, daß die Gesellschafterschuld trotz der Akzessorietät hinsichtlich der Gesellschaftsschuld mit dieser eine Gesamtschuld begründet. Sie meint vielmehr nur, daß die für die Gesellschaftsschuld haftenden Gesellschafter *untereinander* als Gesamtschuldner anzusehen sind.<sup>106</sup> Die Regelung

<sup>104</sup> RGZ 64, 318, 319 f. – Hervorhebung durch Verfasser – ; danach auch RGZ 71, 113, 117; 90, 415, 417.

<sup>105</sup> Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 162 f.

<sup>106</sup> Vgl. nur *Baumbach/Hopt*, HGB, § 128 Rn. 19, 21; *Heymann-Emmerich*, HGB, § 128 Rn. 4 f., 25; *Schlegelberger-Schmidt*, HGB, § 128 Rn. 18 f.

des § 128 HGB entspricht also eher der Bürgschaft, da eine persönliche und akzessorische Mithaftung begründet wird und die Mithaftenden untereinander dann ähnlich wie in § 774 Abs. 2 BGB auf die Gesamtschuldregelungen verwiesen werden.

Zusammenfassend bedeutet dies, daß solche Mithaftungsverträge, bei denen eine vollständige und einseitige Gesamtwirkung im Sinne einer Akzessorietät vereinbart wurde, nicht mehr als Schuldbeitritt zu klassifizieren sind. Anders sieht es bei zusätzlichen Vertragsklauseln aus, die abweichend von der grundsätzlichen Einzelwirkung des § 425 BGB nur die einseitige *Gesamtwirkung einzelner Tatsachen* wie z.B. der Verjährungsunterbrechung oder einer Fälligkeitskündigung, oder eine vollständige *wechselseitige* Gesamtwirkung festlegen. Solche Klauseln bewirken keine Abhängigkeit der Verpflichtung des Beitretenden von der des Erstschuldners im Sinne einer Akzessorietät. Eine Einordnung des Vertrages als Bürgschaft ist daher nicht möglich. Da aber § 425 BGB eine solche vom Grundsatz der Einzelwirkung abweichende Vereinbarung zuläßt, hindert diese Klausel nicht die Einordnung des Vertrages als gesamtschuldnerische Mithaftungsübernahme und damit als Schuldbeitritt. Auch beim Schuldbeitritt kann somit eine über die §§ 422 bis 424 BGB hinausgehende Abhängigkeit zwischen Erstschuld und Beitrittsschuld vereinbart werden, soweit dadurch nicht der Grad der Akzessorietät der Bürgschaft, also eine vollständige einseitige Abhängigkeit, erreicht wird.<sup>107</sup>

## 2. Subsidiaritätsvereinbarungen

In einigen Mithaftungsverträgen findet man die Klausel, daß der Beitretende nur subsidiär zum Erstschuldner haften soll. Der Gläubiger soll danach erst dann die Leistung von ihm fordern dürfen, wenn er erfolglos beim Erstschuldner versucht hat, die Leistung zu erhalten. Er kann also, anders als in § 421 BGB vorgesehen, nicht mehr nach seinem Belieben gegen einen der Gesamtschuldner vorgehen, sondern ist an eine bestimmte Rangfolge gebunden. Bedeutet dies, daß dann eine Einordnung des Vertrages als Schuldbeitritt nicht mehr möglich ist oder ist eine solche Vereinbarung auch für den Schuldbeitritt zulässig?

<sup>107</sup> Zutreffend insoweit: *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 164.

Einige Autoren halten eine solche Subsidiaritätsklausel mit den vertrags-typischen Merkmalen des Schuldbeitritts vereinbar. So schreibt *Habersack*: „*Vorbehaltlich einer entsprechenden Vereinbarung* steht sie [die Einrede der Vorausklage]... weder dem aus dem Schuldbeitritt oder Garantie Verpflichteten noch dem Wechselverpflichteten zu.“<sup>108</sup> *Reinicke/Tiedtke* meinen, der Gläubiger könne dem Beitretenden zusagen, er werde zunächst versuchen, seine Forderung gegen den Erstschuldner durchzusetzen.<sup>109</sup> Noch weitergehend will *Bülow* aufgrund des Sicherungszweckes sogar generell von einer Subsidiarität der Beitrittshaftung ausgehen. Dieser Sicherungszweck schließe stets das Wahlrecht des Gläubigers aus § 421 BGB aus.<sup>110</sup>

Nach überwiegender Ansicht<sup>111</sup> ist die Annahme einer Gesamtschuld jedoch ausgeschlossen, wenn einer der beiden Schuldner nur subsidiär, also nur für den Fall der Leistungsunfähigkeit des Erstschuldners haftet. In diesen Fällen kann der Gläubiger von vornherein *nicht nach Belieben* den Schuldner auswählen, von dem er die Leistung verlangen will (vgl. § 421 BGB). Er muß sich vielmehr zunächst an den Erstschuldner wenden. Da das Wahlrecht des § 421 BGB aber eine Gesamtschuld charakterisiere, könne in diesen Fällen keine Gesamtschuld vorliegen. Wenn die Parteien danach keine Gesamtschuld begründen wollten, ein Schuldbeitritt aber wesensmäßig zu einer gesamtschuldnerischen Haftung führt, kann nach dieser Ansicht der gesamte Vertrag aufgrund seiner Subsidiaritätsklausel

<sup>108</sup> MünchKomm-*Habersack*, BGB, § 771 Rn. 2 – Hervorhebung und Erläuterung in der Klammer durch den Verfasser – ähnlich auch *Erman-Ehmann*, BGB, § 421 Rn. 70; *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 134.

<sup>109</sup> *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 56.

<sup>110</sup> *Bülow*, ZIP 1999, 985, 988 und Kreditsicherheiten, Rn. 1383.

<sup>111</sup> Vgl. BGHZ 106, 313, 319; MünchKomm-*Selb*, BGB, § 421 Rn. 9; RGRK-*Weber*, BGB, § 421 Rn. 37 und 46; *Soergel-Wolf*, BGB, § 421 Rn. 16; *Staudinger-Noack*, BGB, § 421 Rn. 31; *Kümpel*, Bankrecht, Rn. 6.99; *Larenz*, Schuldrecht I, § 37 I, S. 633; *Dilcher*, JZ 1967, 110, 113. Es dürfte in den Fällen der vereinbarten Subsidiarität schon an der Gleichrangigkeit der Verpflichtungen als Voraussetzung für die Annahme einer Gesamtschuld fehlen – oben unter B. I.

nicht mehr als Schuldbeitritt eingeordnet werden. Er erfüllt nicht die typprägenden Merkmale eines Schuldbeitritts.

Doch selbst dann, wenn man im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der Gesamtschuldregelungen die Gleichrangigkeit der Gesamtschuldner und damit das Wahlrecht des Gläubigers nicht für zwingend erachtet, um eine Gesamtschuld anzunehmen,<sup>112</sup> so ergibt sich doch aus der Struktur des Schuldbeitritts selbst, daß eine nur subsidiäre Haftung bei ihm nicht möglich ist. Durch einen Schuldbeitritt wird die Schuld des Erstschuldners inhaltlich verdoppelt. Es entstehen somit zwei im Beitrittszeitpunkt inhaltlich *identische* Schulden.<sup>113</sup> Der Beitretende haftet zu diesem Zeitpunkt also genauso wie der Erstschuldner. Die Vereinbarung einer Subsidiarität der Beitrittshaftung würde dieser strengen Identität von Erstschuld und Beitrittsschuld im Beitrittszeitpunkt widersprechen. Entweder haftet der Beitretende nach dem Willen der Parteien wie der Erstschuldner, indem er eine inhaltsgleiche Schuld übernimmt. Dann liegt ein Schuldbeitritt vor. Oder er haftet nach dem Willen der Parteien erst, wenn der Gläubiger erfolglos gegen den Erstschuldner vorgegangen ist. In diesem

<sup>112</sup> So *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 213 f. und 335; *Wernecke*, Gesamtschuld, S. 137. Sie beziehen sich darauf, daß im Ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches von 1888 in § 322 Abs. 1 geregelt war, daß ein Gesamtschuldner schlechthin, der andere unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung oder jeder unter einer anderen Bedingung oder Zeitbestimmung verpflichtet sein kann. Diese Vorschrift wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren zwar gestrichen, aber nur, weil sie nicht notwendig sei, „da sich die Zulässigkeit eines verschiedenen Inhalts und die Selbständigkeit der Berechtigung und Verpflichtung des Einzelnen auch ohne gesetzliche Vorschrift nicht mit Grund in Zweifel ziehen lasse.“ (*Mugdan*, Materialien II, S. 604) Ob der Gesetzgeber damit aber tatsächlich deutlich machte, daß das von ihm in § 421 BGB geschaffene Wahlrecht des Gläubigers dispositiv sein sollte, oder ob das freie und dem Wortlaut nach auch schon im ersten Entwurf (in § 324) zwingend ausgestaltete Wahlrecht von dieser grundsätzlich gewollten Gestaltungsfreiheit der Parteien ausgenommen werden sollte, wird allein aus diesen Äußerungen in den Materialien nicht deutlich. Die allein hierauf gestützte Argumentation bleibt daher angreifbar. Eine endgültige Stellungnahme kann hier aber unterbleiben.

<sup>113</sup> Siehe oben A. I.

Fall haftet der Beitretende aber schon im Beitrittszeitpunkt nicht mehr wie der Erstschuldner, dem ein solches Leistungsverweigerungsrecht ja nicht zusteht. Aufgrund der damit fehlenden anfänglichen Identität der Verpflichtungen ist eine Einordnung dieses Vertrages unter den Vertragstyp des Schuldbeitritts dann nicht möglich.

Der Vertrag ist in diesen Fällen als *Bürgschaft* einzuordnen, da diese regelmäßig zu einer subsidiären Haftung des Bürgen führt (vgl. § 771 BGB).<sup>114</sup> Die Bezeichnung des Vertrages durch die Parteien als „Schuldbeitritt“ ist aufgrund der erkennbar abweichend gewollten Rechtsfolgen unbeachtlich.<sup>115</sup>

Auch der Sicherungszweck kann entgegen *Bülow* nichts an der Unvereinbarkeit der Subsidiarität mit dem Vertragstyp des Schuldbeitritts ändern, denn eine Subsidiarität der Haftung des Sichernden ist keineswegs zwingende Folge eines verfolgten Sicherungszwecks. Es steht den Vertragsparteien aufgrund der Vertragsfreiheit nämlich zweifelsohne zu, auch eine selbstschuldnerische, also mit dem Erstschuldner gleichrangige Haftung des Sichernden zu vereinbaren. Dies erkannte schon der Gesetzgeber, weshalb er in § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB die selbstschuldnerische Bürgschaft zuließ. Am Sicherungszweck auch einer selbstschuldnerischen Bürgschaft dürften wohl kaum Zweifel bestehen. Ganz im Gegenteil: sie zeigt, daß die bezweckte Sicherung des Gläubigers auch dadurch erreicht wird, daß dieser sofort bei Fälligkeit der Forderungen nach freiem Belieben vorgehen kann. Der Sicherungszweck erfordert daher weder für die Bürgschaft noch für den Vertragstyp des Schuldbeitritts eine zwingende Subsidiarität.<sup>116</sup> Für den Schuldbeitritt bleibt es daher bei der Feststellung, daß ihm eine Subsidiarität fremd ist.

<sup>114</sup> Sollte einmal ausdrücklich eine subsidiäre, aber auch nichtakzessorische Haftung durch die Vertragsparteien gewollt sein, so bleibt nur eine Einordnung als Garantie, da mit diesem Vertragstyp auch eine Subsidiarität der Garantenhaftung vereinbar ist (so auch *Kümpel*, Bankrecht, Rn. 4.771) – vgl. auch 2. Kapitel B. I.

<sup>115</sup> Vgl. die Grundsätze der Vertragstypenlehre unter C.I.

<sup>116</sup> Zutreffend *Becker-Eberhard*, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, S. 41 ff. Auch *Bülow* sieht die Möglichkeit einer selbstschuldneri-

Das hat auch der Bundesgerichtshof<sup>117</sup> erkannt. Auch er sah in einer vereinbarten Subsidiarität einen sehr starken Hinweis auf das Vorliegen einer Bürgschaft. Im zugrundeliegenden Fall schlossen eine Teilzahlungsbank und der Inhaber eines Elektrohandels einen vorformulierten Vertrag, in dem sich die Bank verpflichtete, den Kunden des Händlers Kredite zur Finanzierung von Teilzahlungskäufen zu gewähren. Im Gegenzug verpflichtete sich der Inhaber des Elektrohandels für die Darlehensverpflichtungen seiner Kunden gegenüber der Teilzahlungsbank die „Mithaft als Gesamtschuldner“ zu übernehmen. Der Wortlaut sprach insoweit also recht eindeutig für die Annahme eines Schuldbeitritts. Jedoch hieß es dann in § 9 der Vertragsbedingungen: Der Händler ist erst dann zur Zahlung aus der Mithaft verpflichtet, wenn der Kunde mit zwei Raten in Rückstand gerät. Danach war noch ein Absatz eingefügt, in dem stand, daß die Durchführung eines „Rechtsverfahrens bis zur Fruchtlosigkeitsbescheinigung“ vereinbart ist, „so daß die Rückbelastung nach zwei Raten entfällt.“ Die Bank konnte den Händler somit erst dann in Anspruch nehmen, wenn sie vorher gegen den Kunden einen vollstreckbaren Titel erwirkt und dessen Umsetzung im Wege der Pfändung vergeblich versucht hätte. Der Händler haftete somit nur subsidiär. Daraus folgte der BGH<sup>118</sup>: „Nach dem Willen der Parteien sollte die Mitverpflichtung ... danach in wesentlichen Punkten der gesetzlichen Regelung der Bürgenhaftung entsprechen (vgl. § 771 BGB).“ Die Haftung des Händlers bestimme sich deshalb nach den Grundsätzen der Bürgschaft gem. §§ 765 ff. BGB.

schen Bürgschaft, hält aber auch bei ihr eine Gleichrangigkeit der Haftungen von Bürgen und Hauptschuldner für nicht gegeben. Auch hier ergebe sich aus dem Sicherungszweck eine „vorgelagerte“ Subsidiarität des Bürgen (ZIP 1999, 985, 986). Dies steht jedoch im krassen Widerspruch zur gesetzlichen Konstruktion, wonach gerade und nur der abdingbare § 771 BGB „das Prinzip der Subsidiarität der Bürgschaftsverbindlichkeit“ enthält (vgl. *Motive*, Band II, S. 667). Die Ansicht *Bilows* verstößt somit sowohl gegen die Konstruktion des Gesetzes in §§ 771, 773 BGB als auch gegen die überwiegend als zwingend angesehene Ausgestaltung des Wahlrechts in § 421 BGB und kann daher nicht überzeugen.

<sup>117</sup> BGH NJW 1987, 2076 ff.

<sup>118</sup> BGH NJW 1987, 2076, 2077 – dem folgte inzwischen das OLG Hamm NJW 1993, 2625, 2626.

Die Einordnung eines Vertrages als Schuldbeitritt setzt also den Willen zur gleichrangigen Verpflichtung beider Schuldner gegenüber dem Gläubiger voraus. Der Vertragstyp des Schuldbeitritts verlangt stets eine selbstschuldnerische Haftung. Die Vereinbarung einer nur subsidiären Haftung führt daher zu einem Wechsel des Vertragstyps.<sup>119</sup>

### 3. *Vollständige Unabhängigkeit von der Erstschild*

Neben Akzessorietäts- und Subsidiaritätsklauseln sind in „Schuldbeitrittsverträgen“ auch Zusatzvereinbarungen denkbar, nach denen der „Beitretende“ für die Leistung des Erstschildners unabhängig davon eintreten soll, ob die Forderung des Gläubigers gegen diesen tatsächlich besteht. Die Verpflichtung des „Beitretenden“ wird damit völlig unabhängig vom Bestand der Erstschild ausgestaltet.

Die Vereinbarkeit einer solchen Vertragsgestaltung mit den Wesensmerkmalen des Vertragstyps Schuldbeitritt erscheint mehr als fraglich. Dies folgt zum einen daraus, daß bei einem Schuldbeitritt die Schuld des Erstschildners inhaltlich für den Beitretenden verdoppelt wird.<sup>120</sup> Besteht die zu verdoppelnde Schuld aber nicht, so kann auch nichts wirksam verdoppelt werden. Eine wirksame Haftung des Beitretenden ist daher logisch ausgeschlossen.<sup>121</sup> Soll er nach dem Willen beider Vertragsparteien trotzdem, also unabhängig von der Erstschild, haften, so wird eine Rechtsfolge vereinbart, die mit dem Schuldbeitrittsmerkmal der Identität der Verpflichtungen im Beitrittszeitpunkt nicht zu vereinbaren ist.

Hinzu kommt, daß bei einer unabhängig von der Erstschild ausgestalteten Haftung des Zweitschildners *keine Gesamtschild* zwischen beiden Verpflichtungen begründet wird. Besteht die Erstschild nicht, so folgt dies

<sup>119</sup> Die Gleichrangigkeit der Beitrittschild als Wesensmerkmal des Schuldbeitritts betonen auch: Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 363; Medicus, Schuldrecht I, Rn. 814; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, § 29 II 2, S. 257; Pottschmidt/Rohr, Kreditsicherungsrecht, Rn. 101; Selb, Schuldrecht V, § 12 II 1a, S. 213.

<sup>120</sup> Vgl. oben A. I.

<sup>121</sup> Genauer dazu im 3. Kapitel unter B. I. und im 5. Kapitel unter B. I.

schon daraus, daß die für eine Gesamtschuld notwendige Schuldnermehrheit fehlt, da dann ja stets nur der Zweitschuldner haftet. Doch selbst wenn die Erstschuld wirksam ist, wird durch die vereinbarte Unabhängigkeit der Verpflichtungen die Gesamtwirkung der §§ 422, 424 BGB ausgeschlossen, die für die Gesamtschuld als zwingend ausgestaltet sind. Die bewußt nicht gewollte Verknüpfung zwischen Erst- und Zweitschuld – beide sollen ja unabhängig voneinander bestehen – schließt also schon begriffslogisch eine gesamtschuldnerische Verknüpfung beider Verpflichtungen aus.

Die Begründung einer Gesamtschuld ist ebenso Wesensmerkmal des Vertragstyps Schuldbeitritt wie die inhaltliche Identität von Erstschuld und Beitrittsschuld im Beitrittszeitpunkt. Wenn der Mithaftende jedoch gerade nicht in dieser Weise, sondern unabhängig von der Erstschuld haften soll, so haben die Vertragsparteien Rechtsfolgen vereinbart, die mit den Wesensmerkmalen des Schuldbeitritts nicht übereinstimmen. Der von ihnen geschlossene Vertrag ist daher einem anderen Vertragstyp zuzuordnen. Verspricht jemand wie in den hier untersuchten Fällen, für die Erfüllung einer Forderung völlig unabhängig vom tatsächlichen Bestehen derselben einzustehen, so wird dieser Vertrag allgemein als „*Forderungsgarantie*“ klassifiziert, also dem Vertragstyp der Garantie zugeordnet.<sup>122</sup> Die von den Parteien gewählte Bezeichnung ist als *falsa demonstratio* unbeachtlich.<sup>123</sup>

<sup>122</sup> Vgl. RGZ 72, 138, 140; BGH NJW 1967, 1020; WM 1968, 680, 682; NJW 1996, 2569, 2570; Erman-*Seiler*, BGB, Vor § 765 Rn. 19; Jauernig-*Vollkommer*, BGB, Vor § 765 Rn. 12; MünchKomm-*Möschel*, BGB, Vor § 414 Rn. 19; Palandt-*Sprau*, BGB, Einf v § 765 Rn. 16; RGRK-*Mormann*, BGB, Vor § 765 Rn. 5; Soergel-*Zeiss*, BGB, Vor § 414 Rn. 11; Staudinger-*Horn*, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 202; *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 1340a; *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht, S. 808; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2, § 37 II 2c, S. 322; *Hellner/Steuer-Wagenknecht*, Bankrecht, Rn. 4/1292; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 64 III 2a, S. 75; *Weber*, Kreditsicherheiten, S. 112; *Bydlinski*, AcP 190, 165, 169 f.; *Liesecke*, WM 1968, 22, 24.

<sup>123</sup> Vgl. die Grundsätze der Vertragstypenlehre unter C. I.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß die Klausel, der „Beitretende“ solle für die Leistung des Erstschuldners unabhängig davon einstehen, ob die Forderung des Gläubigers gegen diesen tatsächlich besteht, für den Vertragstyp des Schuldbeitritts nicht zulässig ist. Sie führt zur Einordnung des betreffenden Vertrages als Garantie.

#### 4. Möglichkeit der Separatzession

Die gesamtschuldnerische Verknüpfung mit der Erstschuld läßt die Beitrittsschuld grundsätzlich der Erstschuld folgen, wenn diese abgetreten wird. Dies folgt aus einer Analogie zu § 401 BGB.<sup>124</sup> Allerdings ist § 401 BGB kein zwingendes Recht. Das bedeutet, daß seine Anwendung von den Parteien des Abtretungsvertrages ausgeschlossen werden kann, indem sie vereinbaren, daß bei Abtretung der Erstschuld die Beitrittsschuld nicht folgen soll. Die daraus entstehende Trennung von Sicherung und Erstschuld führt bei den in § 401 BGB ausdrücklich genannten akzessorischen Rechten zu ihrem Erlöschen<sup>125</sup> bzw. zur Unwirksamkeit der Zession<sup>126</sup>. Ein eigenständiges Weiterleben ist ihnen nicht möglich.

Für den Schuldbeitritt muß aufgrund seiner grundsätzlichen Selbständigkeit von der gesicherten Erstschuld aber etwas anderes gelten. Dies erkannte nach den Motiven bereits der Gesetzgeber<sup>127</sup>: „Die Erledigung der Frage aber, welche Wirkungen sich ergeben, wenn die Abtretung sich nur

<sup>124</sup> Vgl. oben B. III. 3.

<sup>125</sup> Vgl. die §§ 1273 Abs. 2, 1250 Abs. 2 BGB für Pfandrechte. Auf die Bürgschaft soll § 1250 Abs. 2 BGB nach überwiegender Ansicht analog angewendet werden, so daß eine Separatzession der Hauptschuld zu ihrem Erlöschen führt (vgl. RGZ 85, 363, 364; BGHZ 115, 177, 183; Jauernig-Stürner, BGB, § 401 Rn. 1; MünchKomm-Habersack, BGB, § 765 Rn. 52; Palandt-Heinrichs, BGB, § 401 Rn. 3; Staudinger-Horn, BGB, § 765 Rn. 209). Anders: Bydlinski, WM 1992, 1301, 1309 und EWiR § 765 BGB 3/91, 1073, 1074; Medicus, JuS 1971, 497, 499 (Fn. 14). Der Streit entscheidet sich danach, ob man für die Bürgschaft die Gläubigeridentität als zwingendes Merkmal ansieht.

<sup>126</sup> Vgl. § 1153 Abs. 2 BGB für die Hypothek.

<sup>127</sup> Motive, Band II, S. 124 f.

auf die Rechte gegen den einen Mitschuldner beziehen sollte oder gar die Rechte gegen die übrigen Mitschuldner ausdrücklich von der Abtretung ausgeschlossen würden, bleibt zweckmäßig der Wissenschaft und Praxis vorbehalten.“ Da die Beitrittsschuld nur gesamtschuldnerisch mit der Erstschuld verbunden ist, muß sie nicht zwingend erlöschen, wenn sie von der gesicherten Erstforderung getrennt wird. Gesamtschuldnerisch verbundene Verpflichtungen behalten vielmehr ihre Selbständigkeit. Sie können daher auch isoliert abgetreten werden.<sup>128</sup> Daraus folgt dann aber, daß auch für die mittels Schuldbeitritts begründete Gesamtschuld bei einem entsprechenden Parteiwillen angenommen werden kann, daß zwar die Forderung aus der Erstschuld an den neuen Gläubiger übergeht, die Rechte aus dem Schuldbeitritt aber beim ursprünglichen Gläubiger bleiben. Beitrittsschuld und Erstschuld können somit wie andere Gesamtschulden separat abgetreten werden.<sup>129</sup>

Dabei gilt es jedoch eine Einschränkung zu beachten. Die Beitrittsschuld ist mit der Erstschuld gesamtschuldnerisch verbunden. Erstschuld und Beitrittsschuld richten sich auf dasselbe Leistungsinteresse und sollen beide dafür sorgen, daß der Gläubiger eine bestimmte Leistung einmal erhält. Werden beide Forderungen nun voneinander getrennt (was aufgrund der Selbständigkeit beider voneinander möglich ist), so darf dies nicht dazu führen, daß allein aufgrund der Trennung nun zweimal geleistet werden muß: vom Erstschuldner an den neuen Gläubiger und vom Beitretenden an den Altgläubiger. Dies würde eine Aufhebung der Gesamtschuld bedeuten. Vielmehr muß die gesamtschuldnerische Bindung und damit die *Gesamtwirkung erhalten* bleiben, wonach die Erfüllung

<sup>128</sup> Heute im Hinblick auf § 425 BGB ganz überwiegende Ansicht – ständige Rechtsprechung seit RG Das Recht 1908, Nr. 1519 (noch offengelassen in RG JW 1905, 428); aus der Literatur: Palandt-Heinrichs, BGB, § 425 Rn. 6; RGRK-Weber, BGB, § 421 Rn. 45; Soergel-Wolf, BGB, § 421 Rn. 50; Staudinger-Noack, BGB, § 425 Rn. 93; Larenz, Schuldrecht I, § 37 II, S. 641 (Fn. 27); Derleder, FS Heinrichs, 155, 163 – anders Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 39 II, S. 344.

<sup>129</sup> So ausdrücklich auch: Reichel, Schuldmitübernahme, S. 461; Reini-cke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 60; Derleder, FS Heinrichs, 155, 170 und 173.

durch einen der Gesamtschuldner auch den anderen befreit (§ 422 BGB). Auch die Abtretung einer der beiden Forderungen an einen neuen Gläubiger ändert also nichts daran, daß beide Forderungen auf ein identisches Leistungsinteresse gerichtet waren und beide Gläubiger die Leistung deshalb insgesamt nur einmal fordern dürfen.<sup>130</sup>

Ob mit der zulässigen separaten Abtretung von Erst- und Beitrittsschuld eine *Gesamtgläubigerschaft* von Zedenten und Zessionar entsteht (§ 428 BGB) und die Separatzession deshalb der Zustimmung der Schuldner bedarf<sup>131</sup>, erscheint zweifelhaft. Zwar können beide Gläubiger die ganze Leistung nur einmal fordern, so daß ein Merkmal der Gesamtgläubigerschaft vorliegt. Der Schuldner kann sich hingegen nicht aussuchen, an welchen Gläubiger er leisten will. Er kann vielmehr befreiend nur an den Gläubiger leisten, der nach der Separatabtretung seine Leistung fordern darf. Jeder Schuldner hat hier im Gegensatz zur Gesamtgläubigerschaft somit nur einen Gläubiger und ist nur einer Forderung ausgesetzt. Damit entfällt zum einen das bei der Gesamtgläubigerschaft typische Wahlrecht des Schuldners. Zum anderen ist der Schuldner hier nicht dem bei der Gesamtgläubigerschaft typischen Risiko der doppelten Prozeßführung ausgesetzt. Aus diesen Gründen kann keine Gesamtgläubigerschaft und damit auch keine Zustimmungsbedürftigkeit der Separatzession angenommen werden.<sup>132</sup>

<sup>130</sup> Allg. Ansicht – vgl. bereits RG Das Recht 1908, Nr. 1519; RGRK-Weber, BGB, § 421 Rn. 45; Soergel-Wolf, BGB, § 421 Rn. 50; Staudinger-Noack, BGB, § 425 Rn. 96; Larenz, Schuldrecht I, § 37 II, S. 641 (Fn. 27); Derleder, FS Heinrichs, 155, 177.

<sup>131</sup> So OLG Hamm, NJW-RR 1998, 486; Palandt-Heinrichs, BGB, § 425 Rn. 6; Soergel-Wolf, BGB, § 421 Rn. 50 – jeweils unter Hinweis auf BGHZ 64, 67, 70, wonach es sich bei der nachträglichen vertraglichen Begründung einer Gesamtgläubigerschaft ohne Mitwirkung des Schuldners um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten des Schuldners handele, da der Schuldner nun zwei Klagen ausgesetzt sei, wenn er die Leistung verweigere.

<sup>132</sup> So auch Staudinger-Noack, BGB, § 425 Rn. 95; Bydlinski, ZIP 1989, 953, 958; Derleder, FS Heinrichs, 155, 167 f.

Die aus der Selbständigkeit der Beitrittsschuld folgende Möglichkeit der separaten Abtretung der Forderungen gegen einen der Gesamtschuldner ist somit bei entsprechender Parteivereinbarung als zulässig anzusehen. Ist eine derartige Vereinbarung nicht zu erkennen, geht die Beitrittsschuld aber analog § 401 Abs. 1 BGB mit auf den neuen Gläubiger der Erstschuld über.

5. *Vereinbarung einer Übernahmefunktion – Der Übernahmeschuldbeitritt*

Die mit Hilfe des Schuldbeitritts begründete gesamtschuldnerische Haftung des Beitretenden neben dem Erstschuldner eignet sich – wie bereits mehrfach angedeutet wurde – nicht nur zur Erfüllung von Sicherungsfunktionen, sondern auch zur Verfolgung von Übernahmehinterzessen. In dieser Funktion tauchte der Schuldbeitritt erstmals in *RGZ 65, 164* auf. Im dortigen Fall hatte der Inhaber einer Mühle diese nebst Hof und Zubehör in notarieller Urkunde an seinen Sohn verkauft, der in Anrechnung auf den Kaufpreis die persönlichen Schulden des Verkäufers, insbesondere dessen Kreditschulden übernahm. Nachdem ein ebenfalls für diese Kredite mithaftender Bürge an den Gläubiger gezahlt hatte, verlangte er vom Käufer Regreß. Das Reichsgericht gab ihm Recht und bestätigte damit das Urteil der Vorinstanz. Die Auslegung ergebe, daß die im notariellen Vertrag getroffene Vereinbarung keine private Schuldübernahme im Sinne der §§ 414 ff. BGB sei, da der Verkäufer nach wie vor dem Gläubiger für die Kredite haften sollte. Vielmehr sei zwischen beiden eine *Erfüllungsübernahme* vereinbart, die ausnahmsweise als Vertrag zugunsten Dritter *den Gläubiger berechtigt*, unmittelbar gegen den Übernehmer vorzugehen.<sup>133</sup> Im Ergebnis kann danach der Gläubiger sowohl gegen den Erstschuldner als auch gegen den Übernehmer vorgehen; beide haften neben-

<sup>133</sup> RGZ 65, 164, 167. Näher zur Abgrenzung von Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme und Schuldbeitritt im 2. Kapitel unter C. Daß ein Schuldbeitritt nicht nur zwischen Beitretendem und Gläubiger, sondern auch als Vertrag zugunsten Dritter (zugunsten des Gläubigers) zwischen Beitretendem und Erstschuldner vereinbart werden kann, ist unstrittig – näheres dazu im 3. Kapitel A.

einander als Gesamtschuldner.<sup>134</sup> Die Vorinstanz bezeichnete deshalb die zwischen beiden geschlossene Vereinbarung zutreffend als „kumulative Schuldübernahme“<sup>135</sup>, also als Schuldbeitritt. Das Recht des Gläubigers aus diesem ginge nach den §§ 774 Abs. 1, 412 BGB sowie in analoger Anwendung des § 401 BGB auf den Bürgen über.

Die Besonderheit dieser Entscheidung zugrundeliegenden Schuldbeitritts besteht darin, daß er eine Übernahmefunktion erfüllt. Im *Innenverhältnis* zwischen Erstschuldner und Beitretenden ist eine *Erfüllungsübernahme* vereinbart, nach der allein der Beitretende endgültig die Leistung an den Gläubiger erbringen soll. Im *Außenverhältnis* hingegen, und das unterscheidet diesen Übernahmeschuldbeitritt von der Erfüllungsübernahme, kann nicht nur der Erstschuldner, sondern auch der Gläubiger unmittelbar die Leistung vom Beitretenden verlangen. Der Gläubiger kann damit sowohl gegen den Erstschuldner als auch gegen den Beitretenden vorgehen; beide haften gesamtschuldnerisch. Die typischen Merkmale eines Schuldbeitritts liegen somit vor. Für die Verfolgung von Übernahmehinterzinsen im Sinne einer Entlastung der Altschuldners hatte der Gesetzgeber allerdings in den §§ 414 ff. BGB eine eigene Regelung geschaffen – die Schuldübernahme. Es stellt sich daher die Frage, ob eine analoge Anwendung dieser Normen auf den Übernahmeschuldbeitritt geboten ist oder ob es zwischen beiden Rechtsinstituten so grundlegende Unterschiede gibt, daß ein Nebeneinander beider Vertragstypen möglich und sinnvoll erscheint.

#### a) Grundlegende Unterschiede zur Schuldübernahme

Der primäre Unterschied zwischen Schuldbeitritt und Schuldübernahme ist offenkundig. Ein *Schuldbeitritt* führt stets zu einer *Verdopplung der Schuldner*, während bei der Schuldübernahme die Schuldner sofort ausgetauscht werden. Bei ihr kommt es nie zu einer Verdopplung der Schuld, diese geht vielmehr sofort von einem Schuldner auf den nächsten über.<sup>136</sup>

<sup>134</sup> RGZ 65, 164, 169.

<sup>135</sup> RGZ 65, 164, 166.

<sup>136</sup> Auf diesen grundlegenden Unterschied weist auch *Edenfeld* (JZ 1997, 1034, 1035) hin.

Doch die Unterschiede zwischen beiden Rechtsinstituten reichen noch viel tiefer. Die *Schuldübernahme* nach §§ 414 ff. BGB bewirkt eine Nachfolge des Neuschuldners in die Schuld des Altschuldners unter Wahrung ihrer Identität, also eine *Schuldnachfolge oder Sondernachfolge*.<sup>137</sup> Die übernommene Forderung bleibt unangetastet, nur ihre personale Richtung ändert sich, indem der Schuldner ausgetauscht wird. Aufgrund dieser *Identität und Kontinuität der Schuld* bleiben trotz der Schuldübernahme alle Einwendungen bezüglich der Schuld so erhalten wie sie vorher bestanden haben (vgl. § 417 I BGB).<sup>138</sup> Auch bleibt die causa der übernommenen Schuld trotz des Schuldnerwechsels dieselbe.<sup>139</sup> Die Schuldübernahme ist daher auch kein echtes Verpflichtungsgeschäft. Die Haftung des Neuschuldners beruht nämlich nicht auf der Begründung einer neuen eigenen Verpflichtung mittels Schuldübernahme, sondern nur auf seiner Nachfolge in eine bereits bestehende fremde Schuld. Sie hat daher allenfalls verpflichtenden Charakter.<sup>140</sup> Die Schuldübernahme ist vielmehr allein als Verfügung anzusehen, da sie eine bestehende Forde-

<sup>137</sup> Vgl. *Motive*, Band II, S. 142 f.; *Erman-Westermann*, BGB, Vor § 414 Rn. 4; *MünchKomm-Möschel*, BGB, Vor § 414 Rn. 2; *Palandt-Heinrichs*, BGB, Überbl v § 414 Rn. 1; *RGRK-Weber*, BGB, Vor § 414 Rn. 5; *Soergel-Zeiss*, BGB, Vor § 414 Rn. 2; *Staudinger-Rieble*, BGB, § 414 Rn. 1; *Larenz*, Schuldrecht I, § 35 I, S. 602 f.; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 24, S. 223; *Westermann/Bydlinski*, Schuldrecht AT, Rn. 19/6.

<sup>138</sup> Wegen dieser Kontinuität der Schuld würden auch alle bestehenden Sicherungsrechte trotz der Schuldübernahme erhalten bleiben. Da die Sicherungsgeber aber ein erhebliches Interesse an der Person des gesicherten Schuldners, insbesondere an dessen Bonität, haben, sind sie vor einem gegen ihren Willen erfolgenden Schuldnerwechsel zu schützen. Für diesen Schutz mußte § 418 BGB geschaffen werden.

<sup>139</sup> Vgl. *Erman-Westermann*, BGB, § 414 Rn. 4; *RGRK-Weber*, BGB, Vor § 414 Rn. 8.

<sup>140</sup> Auf diesen feinen Unterschied zu Recht hinweisend: *Staudinger-Rieble*, BGB, § 414 Rn. 5; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 24, S. 223; ähnlich wohl *Erman-Westermann*, BGB, Vor § 414 Rn. 2 und 4 sowie *MünchKomm-Möschel*, BGB, Vor § 414 Rn. 4. Anders jedoch die wohl noch überwiegende Lehre, die ein Verpflichtungsgeschäft annimmt: vgl. *Palandt-Heinrichs*, BGB, Überbl v § 414 Rn. 1; *RGRK-Weber*, BGB, Vor § 414 Rn. 8; *Larenz*, Schuldrecht I, § 35 I a, S. 603 f.

zung verändert; sie ist folglich abstrakt vom zugrundeliegenden Rechtsgeschäft zu behandeln.<sup>141</sup>

Von diesen Merkmalen der Schuldübernahme unterscheidet sich nun der *Schuldbeitritt*, und damit auch der *Übernahmeschuldbeitritt*, ganz erheblich. Er berührt nämlich die Erstschuld in keiner Weise und hat folglich auch keinen Verfügungscharakter.<sup>142</sup> Der Schuldbeitritt erzeugt auch keine Sondernachfolge in eine bestehende Schuld. Er ist nur die *Neubegründung* einer eigenen Verbindlichkeit, die mit dem Inhalt einer anderen Verbindlichkeit zunächst inhaltlich identisch ist und neben dieser begründet wird. Der Schuldbeitritt bewirkt also die Schaffung einer neuen Verbindlichkeit, nicht nur die Überleitung einer vorhandenen, und ist daher ein echtes Verpflichtungsgeschäft. Mangels Sondernachfolge gehen bei ihm weder die bestehenden Einwendungen des Erstschuldners noch die zur Sicherung seiner Schuld bestellten Nebenrechte *automatisch* auf die Beitrittsschuld über.<sup>143</sup>

b) *Der Übernahmeschuldbeitritt als Unterfall der Schuldübernahme?*

Aufgrund dieser Unterschiede scheint keine Vermischung von Schuldbeitritt und Schuldübernahme möglich. Trotzdem wird von einigen Autoren auch in neuerer Zeit eine solche Vermischung beider Rechtsinstitute als

<sup>141</sup> Daß die Schuldübernahme auch eine Verfügung enthält und als abstrakt hinsichtlich ihres Rechtsgrundes anzusehen ist, wird nicht bestritten – vgl. § 417 Abs. 2 BGB; *Motive*, Band II, S. 143; aus der Literatur: Erman-*Westermann*, BGB, § 414 Rn. 4; MünchKomm-*Möschel*, BGB, Vor § 414 Rn. 4; Palandt-*Heinrichs*, BGB, Überbl v § 414 Rn. 1; RGRK-*Weber*, BGB, Vor § 414 Rn. 10; Staudinger-*Rieble*, BGB, § 414 Rn. 4; *Medicus*, Schuldrecht I, Rn. 746 f.; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 24, S. 223.

<sup>142</sup> Genauer dazu unten unter D. I.

<sup>143</sup> Die Annahme der Erstreckung von bestehenden Einwendungen des Erstschuldners auf den Beitretenden muß daher auf anderem Wege begründet werden, nämlich mit dem Gedanken der anfänglichen Akzessorietät der Beitrittsschuld – näher dazu im 5. Kapitel B. I.

möglich angesehen.<sup>144</sup> Eine Schuldübernahme sei nämlich auch mittels eines Schuldbeitritts denkbar. So schreibt *Kittlitz*: „Zunächst verspricht der Übernehmer neben dem zu Befreienden gesamtschuldnerisch zu haften (Schuldbeitritt). Es entsteht eine neue Schuld, die mit der alten inhaltlich identisch ist, allerdings einen anderen Schuldgrund und einen anderen Schuldner hat. Die somit entstandene Gesamtschuld wird jedoch alsbald wieder zerstört, denn in einem zweiten Schritt entläßt der Gläubiger den Altschuldner (und nur ihn), §§ 397, 423 BGB. ... Der Schuldbeitritt hat sich zur Schuldübernahme weiterentwickelt.“<sup>145</sup> Etwas später konkretisiert *Kittlitz* seine Vorstellungen weiter: „Fragt man ... nach dem Zweck des Schuldbeitritts, der in der Befreiung des Urschuldners bei gleichzeitiger Verpflichtung des Versprechenden besteht (Übernahmезweck), dann ergibt die Vertragsauslegung, daß dem Dritten, also dem Gläubiger, das Recht aus dem Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer nicht sofort, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen, nämlich der Befreiung des Urschuldners durch Genehmigung des Erlaßvertrages, entstehen soll. Bis dahin (Schuldübernahme) soll im Zweifel nur der Urschuldner die Zahlung an den Gläubiger verlangen dürfen, wie sich aus § 329 BGB ergibt.“<sup>146</sup> Der Schuldbeitritt zu Übernahmезwecken sei danach nichts anderes als eine Schuldübernahme.

Ähnlich auch *Redick*<sup>147</sup>: „Es existiert keine privative Schuldübernahme durch Verfügung beider Schuldner, sondern allenfalls ein „Schuldbeitritt mit privativer Wirkung“.“ Der Schuldbeitritt habe zwar grundsätzlich eine gesamtschuldnerische Haftung beider Schuldner zur Folge. In den Fällen vertraglicher Übernahmэabreden entspräche eine solche Konsequenz aber nicht dem Interesse des Altschuldners. Dieser will nicht weiterhaften. Das besondere Interesse des Altschuldners an seiner alsbaldigen Schuldentlastung rechtfertige die Annahme einer *Schuldbeitrittsvereinbarung mit privativer Wirkung*, also ohne Entstehung einer Gesamtschuld.

<sup>144</sup> *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 80 ff.; *Redick*, Haftungsbegründung, S. 107.

<sup>145</sup> *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 81 f.

<sup>146</sup> Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 88.

<sup>147</sup> Haftungsbegründung, S. 107, 109, 112.

Beides kann so nicht überzeugen. Untersucht man die konkreten Konstruktionen von *Kittlitz* und *Redick* genauer, so stellt man fest, daß sich Schuldübernahme und Schuldbeitritt auch bei ihnen nicht vermischen. Dem von ihnen vorgeschlagenen Schuldbeitritt zu Übernahmезwecken fehlt es nämlich an der ganz grundlegenden Eigenschaft jedes Schuldbeitritts: *der Verdopplung der Schuldner*. Nach *Kittlitz* soll dem Gläubiger das Forderungsrecht gegen den Neuschuldner aus dem „Schuldbeitritt“ erst nach dem Erlaß der Schuld des Urschuldners zustehen. Vorher soll der Neuschuldner nur gegenüber dem Altschuldner verpflichtet sein.<sup>148</sup> Das bedeutet dann aber zwingend, daß der Gläubiger *zu keiner Zeit* sowohl ein Forderungsrecht gegen den Altschuldner als auch eines gegen den Neuschuldner besitzt. Der Neuschuldner haftet also nie neben dem Altschuldner. Auch nach *Redick* soll der Schuldbeitritt hier nur privative Wirkung haben, also nicht zu einer gesamtschuldnerischen Haftung von Alt- und Neuschuldner führen, sondern mit Eintritt der Haftung des Neuschuldners den Altschuldner entlassen. Auch hier haftet der Neuschuldner somit *nie* neben dem Altschuldner, wie es zur Annahme eines Schuldbeitritts notwendig wäre. Die von beiden entwickelten Vereinbarungen können dann aber auch nicht als Schuldbeitritt anerkannt werden; sie sind im ganzen als Schuldübernahmen einzuordnen.<sup>149</sup>

Eine Vermischung beider Rechtsinstitute in der Form, daß der Übernahmeschuldbeitritt als ein Unterfall der Schuldübernahme anzusehen ist, muß aufgrund ihrer grundlegenden Unterschiede als ausgeschlossen angesehen werden. Als Übernahmeschuldbeitritt kann man also nur solche Vereinbarungen klassifizieren, die nicht als Schuldübernahme nach §§ 414 ff. BGB angesehen werden können, indem sie keine Schuldnachfolge bewirken, sondern eine neue und eigene, wenn auch inhaltsgleiche Haf-

<sup>148</sup> Er haftet also nur aus einer Erfüllungsübernahme – vgl. § 415 Abs. 3 BGB.

<sup>149</sup> Der von beiden Autoren unternommene Versuch, einen Schuldbeitritt zu erschaffen, der als Vorstufe einer Schuldübernahme anzusehen ist und damit Probleme des Rechts der Schuldübernahme löst, kann so jedenfalls nicht überzeugen, da auf der von ihnen gebildeten Vorstufe mangels unmittelbaren Forderungsrechts des Gläubigers gegen den Beitretenden lediglich eine Erfüllungsübernahme, nie jedoch ein Schuldbeitritt vorlag. Es kommt zu keinem Zeitpunkt zu einer Verdopplung der Schuldner.

tion des Beitretenden begründen, die – zumindest vorübergehend – neben der Verpflichtung des Erstschuldner besteht.

c) *Merkmale eines Übernahmeschuldbeitritts*

Die grundlegenden Merkmale eines Übernahmeschuldbeitritts sind bereits anhand des eingangs genannten Falls entwickelt worden. Er ist eine den Gläubiger unmittelbar *berechtigte Erfüllungsübernahme*. Einen solchen Übernahmeschuldbeitritt scheint auch die zunächst von *Kittlitz* vorgetragene allgemeinere Beitrittsversion zu beschreiben, wonach durch einen Schuldbeitritt zu Übernahmезwecken der Neuschuldner zunächst neben dem Altschuldner haftet, und dieser erst später durch einzelwirkenden Erlaß (§ 423 BGB) entlassen wird.<sup>150</sup> Anders als in seiner späteren Version wird hier die Schuld zunächst verdoppelt, d.h. dem Gläubiger stehen für gewisse Zeit zwei Schuldner zur Verfügung. Kann er in dieser Zeit nach freiem Belieben einen von ihnen in Anspruch nehmen, so liegt ohne Zweifel keine Schuldübernahme vor. Dieser ist eine Haftung des Neuschuldners bei noch andauernder Haftung des Altschuldners fremd. Solche Vereinbarungen sind tatsächlich als Schuldbeitritt zu qualifizieren und bilden wegen ihres besonderen Zweckes die Unterart des Übernahmeschuldbeitritts.

Dieser Übernahmeschuldbeitritt unterscheidet sich vom Regelfall des Schuldbeitritts allein dadurch, daß er *nicht allein der Sicherung* des Gläubigers dienen soll. Erstschuldner und Beitretender verfolgen hier hauptsächlich *Übernahmeinteressen*. Beide sind sich im Innenverhältnis darüber einig, daß nur der Beitretende die Last der Gläubigerbefriedigung tragen soll. Das Innenverhältnis wird hier also nicht durch einen Sicherungsauftrag, sondern durch eine Erfüllungsübernahme charakterisiert. Aus Sicht des Gläubigers, also im Außenverhältnis, unterscheiden sich beide Arten des Schuldbeitritts hingegen nicht. Daher ergeben sich für die rechtliche Behandlung des Übernahmeschuldbeitritts im Vergleich zum Regelfall des Schuldbeitritts auch *kaum Abweichungen* in der Anwendung der Gesamtschuldregelungen.<sup>151</sup> Die einzige Besonderheit folgt aus den

<sup>150</sup> *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 81 f.

<sup>151</sup> Vgl. die Ausführungen in diesem Kapitel unter B. III.

Unterschieden im Innenverhältnis. Diesbezüglich ist abweichend von § 426 Abs. 1 BGB zu vermuten, daß der Beitretende aufgrund des verfolgten Übernahmезweckes im Innenverhältnis mit dem Erstschuldner allein verpflichtet ist.<sup>152</sup> Leistet also trotz des Beitritts noch der Erstschuldner an den Gläubiger, so kann er den Beitretenden in voller Leistungshöhe in Regreß nehmen, während dem Beitretenden im Falle einer Leistung durch ihn kein Regreßanspruch gegen den Erstschuldner zusteht.

Die zwingenden und deshalb wesensprägenden Merkmale der Gesamtschuld gelten dagegen für den Übernahmeschuldbeitritt genauso wie für den Regelfall des Schuldbeitritts. Der Gläubiger hat die freie Wahl hinsichtlich der Inanspruchnahme, § 421 BGB.<sup>153</sup> Leistet einer der Gesamtschuldner an den Gläubiger, so hat dies befreiende Gesamtwirkung für den anderen, § 422 BGB. Gerät der Gläubiger in Annahmeverzug, so hat dies nach § 424 BGB ebenfalls Gesamtwirkung für alle Gesamtschuldner. Ebenso bleibt es abgesehen von besonderen Vereinbarungen bei der Einzelwirkung sonstiger eintretender Tatsachen nach § 425 BGB und beim Übergang der Beitrittsschuld mit der Erstschuld analog § 401 BGB. Der Übernahmeschuldbeitritt begründet also eine *typische Gesamtschuld*. Es ist deshalb gerechtfertigt, ihn als Unterfall des allgemeinen Vertragstyps des Schuldbeitritts anzusehen.

*d) Keine analoge Anwendung der §§ 414 ff. BGB*

Aufgrund der eingangs beschriebenen grundlegenden Unterschiede zwischen Schuldbeitritt und Schuldübernahme ist weder der Regelfall des Schuldbeitritts noch der Übernahmeschuldbeitritt in Anlehnung an die Regelungen zur Schuldübernahme nach §§ 414 ff. BGB zu behandeln. Deshalb scheidet sowohl eine direkte als auch eine analoge Anwendung

<sup>152</sup> Vgl. oben B. III. 5. und im 5. Kapitel unter C. II.

<sup>153</sup> Auf die sich aus dem Innenverhältnis ergebenden Besonderheiten hinsichtlich der Möglichkeiten des einseitigen Erlasses eines Gesamtschuldners ist bereits ausführlich eingegangen worden – vgl. in diesem Kapitel unter B. III. 2. b).

der Vorschriften der befreienden Schuldübernahme aus §§ 414 ff. BGB auf den Schuldbeitritt aus.<sup>154</sup>

§ 414 BGB definiert die Schuldübernahme und kann daher offensichtlich nicht auf den Schuldbeitritt übertragen werden. § 415 BGB schützt den Gläubiger vor den Nachteilen, die ihm bei einem Schuldnerwechsel drohen (Verlust seines bisherigen Schuldners), indem er seine Mitwirkung sicherstellt. Ein solcher Schutz ist beim Schuldbeitritt aufgrund der Weiterhaftung des Erstschuldners jedoch nicht notwendig. Auch beim Übernahmeschuldbeitritt verliert der Gläubiger erst dann den Erstschuldner, wenn er ihn selbst aus der Haftung entläßt (§ 423 BGB). Seine Mitwirkung beim Vertragsschluß ist deshalb anders als bei der Schuldübernahme nicht notwendig, um seine Interessen zu wahren.<sup>155</sup> § 416 BGB enthält für den Sonderfall der schuldnervertraglichen Schuldübernahme beim Erwerb eines belasteten Grundstücks unter Anrechnung auf den Kaufpreis eine Genehmigungsfiktion. Da eine solche Genehmigung des Gläubigers bei einem schuldnervertraglichen Schuldbeitritt<sup>156</sup> überhaupt nicht notwendig

<sup>154</sup> So auch: Staudinger-Rieble, BGB, § 414 Rn. 25 f. (Schuldbeitritt und Schuldübernahme sind „so verwandt wie Hase und Igel“.); Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1035; Anders Erman-Westermann, BGB, Vor § 414 Rn. 8; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 16 und 25; Westermann/Bydlinski, Schuldrecht AT, Rn. 19/13, die weitgehende Analogien begrüßen. Allein um die Erstreckung aller bis zum Beitrittszeitpunkt beim Erstschuldner bestehenden Einwendungen zu begründen, wird überwiegend für § 417 Abs. 1 BGB ausnahmsweise eine analoge Anwendung befürwortet: vgl. BGHZ 85, 346, 349; BGH NJW 1986, 1872, 1873; Jauernig-Stürner, BGB, Vor §§ 414, 415 Rn. 3; MünchKomm-Habersack, BGB, Vor § 765 Rn. 10; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl v § 414 Rn. 5; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 7; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 37 II 2a, S. 321; Larenz, Schuldrecht I, § 35 II, S. 611; Medicus, Schuldrecht I, Rn. 815 – dazu genauer im 5. Kapitel B. I.

<sup>155</sup> Sollte ihm das Hinzutreten eines zweiten Schuldners im Einzelfall unerwünscht sein, so muß er den Vertrag nicht schließen bzw. kann bei einem indirekten Schuldbeitritt das Forderungsrecht gegen den Zweitschuldner analog § 333 BGB zurückweisen – vgl. 3. Kapitel A. II.

<sup>156</sup> Näher zu den Möglichkeiten des Vertragsschlusses beim Schuldbeitritt im 3. Kapitel A.

ist, bedarf es keiner analogen Anwendung dieser Norm. Die Sicherungs- und Vorzugsrechte bezüglich der Erstschuld bleiben dem Gläubiger ja trotz des Schuldbeitritts erhalten, da der Erstschuldner noch weiter haftet. Die Anordnung des § 418 BGB macht hier somit keinen Sinn, weshalb eine Anwendungserstreckung entfallen muß. Die Rechtsfolgen des § 417 Abs. 1 S. 2 BGB sind für den Schuldbeitritt bereits in § 422 Abs. 2 BGB geregelt, so daß es hier keiner Analogie bedarf. § 417 Abs. 2 BGB ist Folge des abstrakten Charakters der Schuldübernahme und schon deshalb nicht ohne weiteres auf den Schuldbeitritt anzuwenden.<sup>157</sup>

Allein die Einwendungsvorschrift des § 417 Abs. 1 S. 1 BGB scheint auch für den Schuldbeitritt einen sinnvollen Anwendungsbereich zu haben. Der Beitretende soll sich ja auf die bis zum Beitrittszeitpunkt entstandenen Einwendungen des Erstschuldners berufen können, soweit diese dessen Verpflichtungsumfang ändern, da der Schuldbeitritt eine mit der Erstschuld zunächst inhaltsgleiche Schuld begründet. Auch § 417 Abs. 1 S. 1 BGB ordnet an, daß sich der Übernehmer auf die Einwendungen des Altschuldners berufen kann. Allerdings ist § 417 Abs. 1 S. 1 BGB etwas mißverständlich. Die Einwendungserstreckung gilt beim Schuldbeitritt nur für bis zum Beitrittszeitpunkt entstandene Einwendungen des Erstschuldners. Auf Einwendungen, die dem Erstschuldner danach entstehen, kann sich der Beitretende wegen § 425 BGB regelmäßig nicht mehr berufen. Eine diesbezügliche Einschränkung enthält der Wortlaut des § 417 Abs. 1 S. 1 BGB nicht. Sie ist bei der Schuldübernahme auch nicht notwendig, da beim Altschuldner nach der Schuldübernahme ja keine Einwendungen mehr entstehen können. Er wird aus der Schuld entlassen. § 417 Abs. 1 S. 1 BGB ist also ein Ausdruck der Identität und Kontinuität der Schuld bei der Schuldübernahme. Der Neuschuldner begründet keine neue eigene Verpflichtung, sondern übernimmt die Schuld so, wie er sie vorfindet, inklusive aller bestehenden Einwendungen. All dies ist beim Schuldbeitritt aufgrund des Fortbestandes der Erstschuld anders. Eine analoge Anwendung wäre deshalb nur mit einer *einschränkenden Um-*

<sup>157</sup> Genauer zur causa des Schuldbeitritts unter D. III. und zur Einwendungserstreckung im 5. Kapitel A.

*formulierung* des Wortlauts des § 417 Abs. 1 S. 1 BGB möglich und sollte daher unterbleiben. Sie schafft nicht wesentlich mehr Klarheit.<sup>158</sup>

e) *Ergebnis*

Schuldbeitritt und Schuldübernahme unterscheiden sich in allen wichtigen Merkmalen. Während der Schuldbeitritt mittels Neubegründung einer inhaltsgleichen Schuld zu einer Verdopplung der Schuldner führt, bewirkt die Schuldübernahme einen sofortigen Schuldnerwechsel durch Sondernachfolge in die Schuld des Altschuldners. Während beim Schuldbeitritt also eine neue Verbindlichkeit geschaffen wird, bleibt bei der Schuldübernahme die alte Schuld erhalten. Daran ändert auch ein mit dem Schuldbeitritt verfolgter Übernahmезweck nichts. Eine analoge Anwendung der §§ 414 ff. BGB auf den Schuldbeitritt ist daher nicht vorzunehmen. Der Vertragstyp des Schuldbeitritts ist also nicht anhand der Schuldübernahme, sondern allein anhand der Gesamtschuldregelungen zu entwickeln.

### III. Zusammenfassung

Aus den vorangegangenen Ausführungen läßt sich ein klar strukturiertes Bild des Vertragstyps „Schuldbeitritt“ herauschälen. Als Schuldbeitritt sind Verträge zu qualifizieren, durch die für den Beitretenden eine Verbindlichkeit begründet wird, die anfänglich inhaltsgleich mit der Verbindlichkeit eines weiteren Schuldners desselben Gläubigers ist. Anders als die Schuldübernahme nach §§ 414 ff. BGB übernimmt der Beitretende keine bereits vorhandene Schuld im Sinne einer Schuldnachfolge. Es wird vielmehr eine neue und eigenständige, wenn auch anfänglich inhaltsgleiche Verbindlichkeit für ihn begründet, während der Schuldner der Erstschuld weiterhin verpflichtet bleibt.

Die anfängliche Inhaltsgleichheit der neu begründeten Verbindlichkeit des Beitretenden mit der des Erstschuldners hat weitreichende Folgen für

<sup>158</sup> Es liegt beim Schuldbeitritt näher, statt von einer Einwendungserstreckung im Sinne des § 417 BGB von anfänglicher Akzessorietät zu sprechen – vgl. die Ausführungen im 5. Kapitel B. I.

die Merkmale des Vertragstyps des Schuldbeitritts. Zum einen macht sie deutlich, daß der Beitretende zunächst genau wie der Erstschuldner, also selbstschuldnerisch haftet. Eine Subsidiarität ist der Haftung des Beitretenden daher fremd. Zum anderen ermöglicht sie im Zusammenhang mit dem Umstand, daß der Beitretende auf dasselbe Leistungsinteresse des Gläubigers wie der Erstschuldner haftet, eine Anwendung der Regelungen der *Gesamtschuld* (§§ 421 ff. BGB) auf die Haftung des Beitretenden. Der Schuldbeitritt begründet eine vertragliche Sicherungsgesamtschuld. Die zwingenden Normen der Gesamtschuld geben dem Vertragstyp des Schuldbeitritts daher weitere prägende Merkmale. Der Gläubiger kann nach Belieben wählen, ob er den Beitrittsschuldner oder den Erstschuldner in Anspruch nehmen will (§ 421 BGB). Die Befriedigung durch einen der beiden hat genauso Gesamtwirkung für den anderen wie der Annahmeverzug des Gläubigers (§§ 422, 424 BGB). Verträge, in denen diese Gesamtwirkung abbedungen ist, nach denen der Zweitschuldner also völlig unabhängig vom Bestand der Erstschuld haften soll, können keine Gesamtschuld begründen und folglich auch nicht dem Vertragstyp des Schuldbeitritts zugeordnet werden. Hinsichtlich der sonstigen Gesamtwirkung von Tatsachen (§§ 423, 425 BGB) wie auch der Lastenverteilung im Innenverhältnis der Schuldner (§ 426 BGB) sind die Regelungen der Gesamtschuld dispositiv und vermögen es daher nicht, dem Vertragstyp des Schuldbeitritts zwingende Merkmale zu geben. Sie stellen lediglich gesetzliche Vermutungen dar und kommen daher nur zur Anwendung, wenn weder aus dem Schuldbeitritt selbst noch aus der Interessenlage der Vertragsparteien andere Rechtsfolgen hergeleitet werden können. Allein die gesetzliche Regelung der Bürgschaft setzt der möglichen Erweiterung der Gesamtwirkung beim Schuldbeitritt eine äußere Grenze. Dann nämlich, wenn eine einseitige Gesamtwirkung in Form einer akzessorischen Haftung des Zweitschuldners vereinbart worden ist, muß der Vertrag entsprechend dem Willen des Gesetzgebers als Bürgschaft angesehen und kann folglich nicht mehr dem Vertragstyp des Schuldbeitritts zugeordnet werden.

Der so erarbeitete Vertragstyp des Schuldbeitritts unterscheidet sich in seinen wesentlichen Merkmalen sowohl von den gesetzlich geregelten Rechtsinstituten der Bürgschaft und der Schuldübernahme als auch vom nicht einmal begründungsakzessorischen Garantievertrag und kann daher als eigenständiger Vertragstyp anerkannt werden.

## D. Der Schuldbeitritt als kausales Verpflichtungsgeschäft

Nachdem in den letzten Abschnitten das Rechtsinstitut des Schuldbeitritts klar definiert wurde, fehlt nun noch seine dogmatische Einordnung. Ist der Schuldbeitritt bloße Verpflichtung oder wie die Schuldübernahme auch Verfügung? Ist er ein kausales oder ein abstraktes Geschäft? Diese Fragen sind nicht nur von wissenschaftlichen Interesse; von ihrer Beantwortung hängt auch die rechtliche Behandlung des Schuldbeitritts ab. Sollte er auch eine Verfügung über die Forderung des Gläubigers gegen den Erstschuldner beinhalten, so bedürfte er stets der Zustimmung des Gläubigers. Wäre der Schuldbeitritt ein abstraktes Verpflichtungsgeschäft, so könnte er der Formvorschrift des § 780 BGB unterliegen. Im Hinblick auf die sehr präzise Aufarbeitung der zu Beginn der Jahrhunderts hierzu vertretenen Lösungen durch *Kittlitz*<sup>159</sup> konzentriert sich die nachfolgende Darstellung ganz auf den aktuellen Diskussionsstand.

### I. Verpflichtung oder Verfügung?

Die Einordnung des Schuldbeitritts als Verpflichtungsgeschäft scheint recht eindeutig zu sein. Er bewirkt die Begründung der Schuld eines Dritten neben dem Erstschuldner gegenüber dem Gläubiger des Erstschuldners. Er begründet somit eine Leistungspflicht und stellt damit eindeutig eine *Verpflichtung* dar.<sup>160</sup>

Der Schuldbeitritt könnte aber wie die Schuldübernahme neben der Verpflichtung *auch Verfügungscharakter* haben, wenn durch ihn auch das Forderungsrecht des Gläubigers hinsichtlich des Erstschuldners betroffen wäre. Eine solche Verfügung ist dann zu bejahen, wenn durch den Schuldbeitritt *unmittelbar* auf das Forderungsrecht des Gläubigers eingewirkt wird, dieses also entweder auf einen Dritten übertragen oder mit

<sup>159</sup> Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 65 ff.

<sup>160</sup> Vgl. zum Begriff des Verpflichtungsgeschäfts: MünchKomm-*Thode*, BGB, § 305 Rn. 8; Palandt-*Heinrichs*, BGB, Überbl v § 104 Rn. 15; *Brox*, BGB AT, Rn. 101; *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 23 Rn. 32, S. 449 f.

einem Recht belastet oder aufgehoben oder sonstwie in seinem Inhalt verändert wird.<sup>161</sup> Dies geschieht bei einem Schuldbeitritt jedoch nicht. Er bewirkt lediglich eine inhaltliche Verdopplung der Erstschuld. Anders als bei der Schuldübernahme wird durch ihn das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Erstschuldner nicht aufgehoben oder verändert. Der Gläubiger kann nach dem Beitritt vielmehr wahlweise gegen den Erstschuldner oder den Beitretenden vorgehen. Er behält sein Forderungsrecht also im gleichen Umfang wie vor dem Schuldbeitritt. Insofern kann man nicht von einer Verfügung sprechen.

Durch den Schuldbeitritt wird jedoch die Erstschuld in ein Gesamtschuldverhältnis eingebunden. Aus der danach möglichen *Gesamtwirkung* verschiedener Tatsachen (§§ 422 bis 424 BGB) ergibt sich die Möglichkeit, daß der Gläubiger sein Forderungsrecht gegen den Erstschuldner verliert, wenn der Beitretende seine Schuld erfüllt oder ihn in Annahmeverzug versetzt. Die Begründung einer gesamtschuldnerischen Bindung der Erstschuld durch den Schuldbeitritt könnte somit eine Rechtsänderung im Sinne einer Verfügung darstellen. Allerdings fehlt es hier an der zur Annahme einer Verfügung zwingend erforderlichen *Unmittelbarkeit der Rechtsänderung*. Durch die Begründung der Gesamtschuld entsteht nur die Möglichkeit des Eintritts einer Gesamtwirkung. Eine unmittelbare Rechtsbeeinträchtigung liegt damit noch nicht vor. Der Erstschuldner haftet dem Gläubiger wie zuvor. Erst durch Handlungen des Beitretenden, die auf seinen Schuldbeitritt folgen, kann sich wegen der Gesamtwirkung eine Rechtsänderung hinsichtlich der Erstschuld einstellen. Diese ist dann jedoch nicht mehr unmittelbare Folge des Schuldbeitritts, sondern der dann im Einzelfall vorliegenden Handlung. Auch die gesamtschuldnerische Bindung der Erstschuld an die Beitrittsschuld bewirkt somit keine unmittelbare Rechtsänderung. Dem Schuldbeitritt kann daher kein Verfü-

<sup>161</sup> Vgl. zum Begriff der Verfügung: RGZ 90, 395, 399; BGHZ 1, 294, 304; 75, 221, 226; 101, 24, 26; Münch-Komm-*Thode*, BGB, § 305 Rn. 8; Palandt-*Heinrichs*, BGB, Überbl v § 104 Rn. 16; *Brox*, BGB AT, Rn. 102; *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 23 Rn. 36, S. 450.

gungscharakter zugeschrieben werden. Er ist ein reines Verpflichtungsgeschäft.<sup>162</sup>

## II. Kausales oder abstraktes Geschäft ?

Während die Annahme, der Schuldbeitritt sei ein reines Verpflichtungsgeschäft, heute nicht mehr bestritten wird, ist die Frage, ob der Schuldbeitritt kausal oder abstrakt sei, weiterhin nicht endgültig geklärt. Dies liegt weniger daran, daß Unklarheiten über die Struktur des Schuldbeitritts bestehen als daran, daß keineswegs geklärt ist, wann auch ein Verpflichtungsgeschäft als abstrakt anzusehen ist.

Einigkeit besteht zumindest im Ausgangspunkt. Kausale Geschäfte sind solche Geschäfte, bei denen der Rechtsgrund (die *causa* oder der Zweck) der mit dem Geschäft erfolgenden Zuwendung zum *Inhalt des Geschäfts* gehört. Sie sind deshalb aus sich allein heraus wirtschaftlich verständlich. Abstrakte Geschäfte sind hingegen solche, die vom Rechtsgrund der Zuwendung losgelöst sind, d.h. aus denen nicht entnommen werden kann, zu welchem Zweck sie eingegangen wurden. Sie sind zweckfrei.<sup>163</sup> Die Unklarheiten beginnen dann jedoch schon mit der Frage, welche der Beweggründe (Motive) des Zuwendenden als *causa* der Zuwendung angesehen werden können. Dies ist äußerst wichtig, da davon die Beantwortung der Frage abhängt, ob ein als *causa* anzuerkennender Beweggrund erkennbarer Teil jedes Schuldbeitritts und dieser daher als kausales Geschäft einzuordnen ist.

<sup>162</sup> Heute allgemeine Ansicht – vgl. MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 11; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl v § 414 Rn. 2; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 27; Staudinger-Rieble, BGB, § 414 Rn. 23; Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 68 f.; Larenz, Schuldrecht I, § 35 II, S. 610; Nobbe, Bankrecht, Rn. 1304; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 189; Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1035.

<sup>163</sup> Diese Grundsätze sind unbestritten – vgl. MünchKomm-Thode, BGB, § 305 Rn. 8a; MünchKomm-Hüffer, BGB, § 780 Rn. 1; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl v § 104 Rn. 20 f.; Brox, BGB AT, Rn. 113 f.; Flume, Rechtsgeschäft, § 12 I 1, S. 153; Larenz/Wolf, BGB AT, § 23 Rn. 59 ff., S. 455 ff.

*Reichel* sah als causa im Sinne dieser „causa-Lehre“ *jeden psychologischen Beweggrund* an und trennte diesen Begriff der causa damit ganz bewußt von dem des Rechtsgrundes aus der Konditionenlehre.<sup>164</sup> Er gelangte damit zu einer unüberschaubaren Vielzahl möglicher causae für ein Rechtsgeschäft. Den Schuldbeitritt sah er als kausales Geschäft an, da es sich „seinem Inhalt nach als Interzessionsgeschäft zu erkennen gibt“ und folglich stets seinen Bestimmungsgrund mittels offensichtlichem Hinweis auf die anderweitige Schuld individualisiert.<sup>165</sup> *Reichel* hielt also den *Sicherungszweck* des Schuldbeitritts für dessen causa. Da dieser aufgrund der Schuldnerverdoppelung und des mit der Erstschuld identischen Leistungsinteresses beim Schuldbeitritt stets offensichtlich ist, muß er den Schuldbeitritt folgerichtig als kausales Geschäft ansehen.

Überwiegend wird in der causa-Lehre jedoch versucht, einen causa-Begriff zu definieren, der sowohl in der Rechtsgeschäftslehre wie auch in der Konditionenlehre einheitlich verwendet werden kann. Da im Rahmen des Bereicherungsrechts aber stets ein „*rechtlicher Grund*“ verlangt wird, kann dann nicht mehr jeder psychologische Beweggrund als causa angesehen werden. Vielmehr kommen dafür nur noch die Zweckvorstellungen der Parteien in Betracht, welche die Zuwendung auch im Sinne des Bereicherungsrecht rechtfertigen.<sup>166</sup> Der Kreis der causa-fähigen Beweggründe verengt sich also auf rechtlich anerkannte, was zur Frage führt, welche Beweggründe das geltende Recht als Rechtfertigung für eine Zuwendung anerkennt.

Zum Teil wird es für ausreichend erachtet, daß in Frage kommende Gründe *typisch* für die anerkannten Vertragstypen sind. Aus der Anerkennung des Vertragstyps folgt demnach die Anerkennung des mit dem Vertragstyp *typischerweise* verfolgten Beweggrundes als causa.<sup>167</sup> Über-

<sup>164</sup> *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 176 f.

<sup>165</sup> *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 179.

<sup>166</sup> Vgl. *Erman-Palm*, BGB, Einl § 104 Rn. 20; *MünchKomm-Thode*, BGB, § 305 Rn. 7; *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 142; *Flume*, Rechtsgeschäft, § 12 I 1, S. 152 f.; *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 23 Rn. 62, S. 456; *Zeiss*, AcP 164, 50, 55 f.

<sup>167</sup> So *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 143; ähnlich *Kegel*, FS Mann, 57, 59.

trägt man dies auf den Vertragstyp des Schuldbeitritts, so folgt aus der mit ihm erreichten Schuldnerverdopplung für ein identisches Leistungsinteresse des Gläubigers, daß der mit dem Schuldbeitritt typischerweise verfolgte Beweggrund die Absicherung des Gläubigers ist.<sup>168</sup> Dieser typische Sicherungszweck, also seine *causa*, läßt sich dem Beitrittsvertrag ohne weiteres entnehmen, so daß der Schuldbeitritt hiernach als kausales Geschäft einzuordnen ist.<sup>169</sup>

Andere wollen nur die Beweggründe als Rechtfertigung anerkennen, die auch schon nach der Überlieferung aus dem *gemeinen Recht* als *causa* bekannt waren. Nur diese seien typische Zuwendungszwecke. Das führt dazu, daß nur die *drei klassischen Beweggründe* als *causa* angesehen werden: die „*causa credendi*“, d.h. der Beweggrund, mit der eigenen Zuwendung eine Verpflichtung des anderen erzeugen zu wollen; die „*causa donandi*“, womit der Beweggrund gemeint ist, dem anderen die Zuwendung unentgeltlich zukommen zu lassen, und schließlich die „*causa solvendi*“, also der Beweggrund, mit der Zuwendung eine bestehende Verbindlichkeit erfüllen zu wollen.<sup>170</sup> Aufgrund der sehr allgemeinen Formu-

<sup>168</sup> Der generelle Sicherungszweck des Schuldbeitritts folgt bereits aus der durch ihn begründeten Gesamtschuld. Eine solche bedeutet stets eine starke Sicherung des Gläubigeranspruchs – vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, § 421 Rn. 1; Soergel-Wolf, BGB, § 421 Rn. 2; Staudinger-Noack, BGB, § 421 Rn. 2; Larenz, Schuldrecht I, § 36 II b), S. 628; Medicus, Schuldrecht I, Rn. 793; Wernecke (Gesamtschuld, S. 95, 111 ff., 126 ff.) sieht im Sicherungszweck sogar das Wesensmerkmal jeder Gesamtschuld. Daß dem Sicherungszweck im Einzelfall durch die Parteien ein weiterer Zweck wie z.B. ein Übernahmезweck „angestaffelt“ werden kann, ist unbestritten, ändert aber nichts am generellen Vorliegen des typischen Sicherungszwecks und seiner Funktion als *causa* (vgl. Ehmann, Gesamtschuld, S. 137, 173, 336 f.; Zeiss, AcP 164, 50, 54).

<sup>169</sup> So auch Ehmann, Gesamtschuld, S. 336; Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 72 f.; ebenso für die Bürgschaft MünchKomm-Habersack, BGB, § 765 Rn. 2 f.; Palandt-Sprau, BGB, Einf v § 765 Rn. 4; Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 8; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 736; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 60 I 3d, S. 3; Kegel, FS Mann, 57, 66.

<sup>170</sup> Vgl. Erman-Palm, BGB, Einl § 104 Rn. 20; Flume, Rechtsgeschäft, § 12 I 1, S. 155; Zeiss, AcP 194, 50, 55.

lierung der anerkannten Rechtsgründe können auch nach dieser Ansicht die meisten Schuldvertragstypen als kausal angesehen werden. Gegenseitige Verträge enthalten stets die *causa credendi*, da die Verpflichtung des einen Teils ersichtlich dazu dient, den anderen zu dessen Verpflichtung (Gegenleistung) zu bewegen. Die Schenkung enthält strukturmäßig die *causa donandi*, also das Merkmal der Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Problematisch sind allein die Sicherungsverträge wie Bürgschaft und Schuldbeitritt. Diese enthalten wesensmäßig weder das Merkmal der Gegenseitigkeit der Verpflichtung noch das Merkmal der Unentgeltlichkeit der Zuwendung der Sicherheit. Auch läßt sich aus ihnen nicht erkennen, ob sie in Erfüllung einer Verbindlichkeit abgegeben werden. Vielmehr ist bei den Vertragstypen der Bürgschaft und des Schuldbeitritts das Vorliegen jedes der genannten Rechtsgründe im Einzelfall möglich. Sie können sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich als auch zur Erfüllung einer Verbindlichkeit vereinbart werden. Schuldbeitritt und Bürgschaft werden von den Anhängern der klassischen Lehre mangels offensichtlicher *causa* daher als abstrakte Geschäfte eingeordnet. Daran kann auch ihr einziger typischer Geschäftszweck, der Sicherungszweck, nichts ändern, da dieser von der klassischen Dreiteilung nicht als eigenständige *causa* anerkannt wird.<sup>171</sup>

Die Beantwortung der Frage, ob man den Vertragstyp des Schuldbeitritts als abstraktes oder kausales Geschäft einordnet, hängt also entscheidend davon ab, welchen *causa-Begriff* man für maßgeblich erachtet.

Zunächst ist nicht einsichtig, warum für die Frage der Einordnung von Rechtsgeschäften ein anderer *causa-Begriff* gelten soll als im Bereicherungsrecht. Auf beiden Gebieten geht es zunächst um die Frage des Vorliegens eines rechtlich relevanten Grundes oder Zwecks. Daß sich daran jeweils unterschiedliche Folgefragen anschließen, – in der Rechtsgelehrtslehre die Frage nach der generellen Erkennbarkeit des Zwecks; in der Kondiktionenlehre die Frage nach dem Erreichen des Zwecks – ist kein ausreichender Grund, auch die Ausgangsfrage unterschiedlich zu

<sup>171</sup> So für die Bürgschaft: *Zeiss*, AcP 164, 50, 68 (Fn. 79); *Weber*, *Kreditsicherheiten*, S. 61. Deren Begründung läßt sich ohne weiteres auf den Schuldbeitritt übertragen.

behandeln. Geht man also von einem *einheitlichen causa-Begriff* aus, so macht das Abstellen des Bereicherungsrechts auf einen „rechtlichen Grund“ deutlich, daß nicht jedes psychologische Motiv für eine Zuwendung als dessen *causa* angesehen werden kann. Nur rechtlich anerkannte Motive kommen dafür in Betracht.

Damit stellt sich die Frage, welche Motive rechtlich anerkannt sind. Die Heranziehung der klassischen Dreiteilung der relevanten Motive besticht durch ihre Tradition. Es fragt sich jedoch, ob sie mit dem durch das BGB geschaffenen geltenden Zivilrecht ohne weitere Modifikationen in Einklang zu bringen ist. Entscheidender Konfliktpunkt ist die Regelung des § 780 BGB. Danach unterliegt ein Schuldversprechen, das eine „Verpflichtung selbständig begründen soll“, der Schriftform. Schuldversprechen dieser Art sind nach allgemeiner Ansicht solche, die ihren Schuldgrund nicht in sich tragen, also losgelöst vom Rechtsgrund bestehen und daher als abstrakte Verpflichtungsverträge einzuordnen sind.<sup>172</sup> Dies hätte zur Folge, daß die nach der klassischen *causa*-Lehre als abstrakte Verpflichtungsverträge anzusehenden Vertragstypen der Bürgschaft und des Schuldbeitritts der Schriftform des § 780 BGB unterliegen müßten. Diese Frage wurde von den Verfassern des BGB für die Bürgschaft gesehen und ausführlich diskutiert.<sup>173</sup> Das Ergebnis war deutlich: Der Bürgschaftsvertrag unterliegt nicht der Form des § 780 BGB, „denn das Bürgschaftversprechen ist, auch wenn es den Gegenstand eines selbständigen Vertrages bildet, *kein ohne Angabe des Schuldgrundes abgegebenes Versprechen* im Sinne des § 683“<sup>174</sup>, des heutigen § 780 BGB. Nach Ansicht des BGB-Gesetzgebers war die Bürgschaft somit nicht als abstrakter Schuldvertrag

<sup>172</sup> Vgl. *Jakobs/Schubert*, Band 3, S. 560 f.; aus der Literatur: *Erman-Heckelmann*, BGB, § 780 Rn. 2; *Jauernig-Vollkommer*, BGB, § 781 Rn. 4 und 6; *MünchKomm-Hüffer*, BGB, § 780 Rn. 4 ff.; *Palandt-Sprau*, BGB, § 780 Rn. 1a; *Kittlitz*, *Der vertragliche Schuldbeitritt*, S. 72; *Larenz/Canaris*, *Schuldrecht II/2*, § 61 I 2, S. 26.

<sup>173</sup> Vgl. *Jakobs/Schubert*, Band 3, S. 458 ff. Für den Schuldbeitritt konnte diese Diskussion nicht entstehen, da er erst später als eigener Vertragstyp entwickelt wurde.

<sup>174</sup> *Mugdan*, *Materialien II*, S. 368 = *Motive*, Band II, S. 660 – Hervorhebung durch Verfasser.

einzuordnen. Vielmehr soll auch sie ihren „Schuldgrund“, also ihre causa, in sich tragen und daher als kausales Geschäft anzusehen sein.<sup>175</sup>

Welchen Schuldgrund die Bürgschaft in sich trägt, wird in den Materialien nicht explizit geäußert. Es kann sich dabei jedoch nur um den typischen Geschäftszweck der Bürgschaft, den *Sicherungszweck*, handeln, da nur dieser Rechtsgrund jeder Bürgschaft gemein ist. Die dagegen vorgebrachten Bedenken greifen nicht durch.<sup>176</sup> Sie verwischen in unzulässiger Weise die Grenze zwischen der Zuwendung und ihrem Grund. Die mittels Bürgenverpflichtung erfolgende Zuwendung an den Gläubiger besteht allein in der Einräumung eines Forderungsrechtes; der Gläubiger kann von dem Bürgen nun eine Leistung verlangen.<sup>177</sup> Zu welchem Zweck er dieses Forderungsrecht erhalten hat, was also der wirtschaftliche Sinn der Zuwendung war, kann der Sicherungszweck durchaus erklären: Der Gläubiger soll das geleistete Forderungsrecht neben seiner Forderung gegen den Hauptschuldner geltend machen können, wenn der Hauptschuldner nicht leistet. Dieser wirtschaftliche Sinn, also der Sicherungszweck der Forderungszuwendung, ergibt sich nun bei der Bürgschaft –

<sup>175</sup> Auf den Konflikt mit § 780 BGB bei Einordnung des Schuldbeitritts als abstraktes Geschäft ebenfalls hinweisend: *Kittlitz*, *Der vertragliche Schuldbeitritt*, S. 72.

<sup>176</sup> Vgl. insbesondere *Zeiss*, *AcP* 164, 50, 67: „Es handelt sich bei der Bestellung von Sicherheiten jeder Art um Leistungen im Sinne des § 812 BGB, gleichgültig, ob diese nun durch Bürgschaft, Hypothek oder Grundschuldbestellung dem Gläubiger zugewandt werden. Niemand nimmt eine solche Zuwendung allein des Sicherungszwecks wegen vor. Die Leistung wird um irgendeines Erfolgs willen erbracht, der sich nicht im Sicherungszweck erschöpft. Ist Sicherheit geleistet, so wird die Frage akut, warum. Die Antwort darauf kann nicht lauten, um der Sicherheit willen.“

<sup>177</sup> Es ist ungenau, wie *Zeiss* im Falle der Bürgschaft allgemein von einer Sicherheitsbestellung als maßgeblicher Zuwendung zu sprechen, um dann festzustellen, daß sich der Grund für eine Sicherheitsbestellung natürlich nicht darin finden läßt, daß man Sicherheit leisten wollte, sondern daß andere Gründe zu finden sind. Der Fehler in dieser Argumentation liegt bereits im Ausgangspunkt: in der ungenauen Bestimmung der Zuwendung. Diese besteht nicht in einer allgemeinen Sicherheitsbestellung, sondern erschöpft sich in der Begründung eines Forderungsrechtes beim Gläubiger.

anders als z.B. bei einer Sicherungszession, bei der dieser Zweck erst durch eine über die bloße Zession hinausgehende Sicherungsabrede deutlich wird – bereits aus dem Geschäft, das die Forderung begründet: dem Bürgschaftsvertrag. Dieser kann also nur aufgrund des Sicherungszwecks als ein kausales Geschäft angesehen werden.<sup>178</sup> Wird danach der Sicherungszweck als Rechtsgrund anerkannt, so muß auch der Schuldbeitritt als kausales Geschäft eingeordnet werden, denn der Sicherungszweck ist bei ihm wie bei der Bürgschaft der typische Geschäftszweck.<sup>179</sup>

Von der gerade untersuchten Frage der Einordnung des Schuldbeitritts als kausales Geschäft strikt zu trennen ist die Tatsache, daß der Schuldbeitritt selbst von dem ihm zugrundeliegenden Rechtsverhältnis unterschieden werden muß und unabhängig von den dort gegebenen Einwendungen besteht.<sup>180</sup> Daß der Schuldbeitritt insofern als „abstrakt“ zu dem ihm zugrundeliegenden Rechtsverhältnis anzusehen ist, kann nicht bezweifelt werden, spielt jedoch für die gerade untersuchte Frage keine Rolle. Hinter jedem kausalen Schuldvertrag kann ein weiteres Rechtsverhältnis liegen, daß dann natürlich keinen Einfluß auf den Schuldvertrag haben soll. Wird z.B. jemand beauftragt, auf eigene Rechnung und im eigenen Namen einen bestimmten Gegenstand zu kaufen, so liegt dem Kaufvertrag ein Auftrag zugrunde. Nur aus diesem Auftrag wird ersichtlich, warum der Kaufvertrag geschlossen wurde, und der Kaufvertrag besteht natürlich unabhängig von der Wirksamkeit des Auftrags. Die diesbezügliche Abstraktheit ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß der Kaufvertrag wei-

<sup>178</sup> Ob mit der Anerkennung des Sicherungszweckes die klassische *causa*-Lehre um eine Art (die *causa intercedendi*) erweitert werden muß oder ob die *causa intercedendi* aufgrund des beim Sichernden entstehenden Regreßanspruches gegen den Hauptschuldner als Unterfall der *causa credendi* angesehen werden darf, soll an dieser Stelle offen bleiben, da eine solche Untersuchung weit über das Thema dieser Arbeit hinausgehen würde.

<sup>179</sup> So auch *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 336; *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 77.

<sup>180</sup> Dem Schuldbeitritt kann im Verhältnis zum Erstschuldner ein Auftrag, eine entgeltliche Geschäftsbesorgung, eine Schenkung oder auch eine Geschäftsführung ohne Auftrag zugrunde liegen – vgl. BGH WM 1965, 361, 362; NJW 1981, 47; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 26.

terhin seine typische causa in sich trägt und daher als kausales Geschäft anzusehen ist. Die rechtlich anerkannte causa des Käufers ist der für den Kaufvertrag als gegenseitiger Vertrag typische Austauschzweck (causa credendi). Der Auftrag liefert lediglich das psychologische Motiv des Kaufs, das aber für die Einordnungsfrage keine Rolle spielt. Die Tatsache, daß es ein dem Schuldbeitritt zugrundeliegendes Rechtsverhältnis wie z.B. einen Sicherungsauftrag gibt, ist also völlig irrelevant für die Beantwortung der Frage, ob er als abstraktes oder kausales Geschäft einzuordnen ist.<sup>181</sup>

### III. Keine gleichgründige Haftung

Wenn man den Schuldbeitritt als kausales Geschäft ansieht, muß schließlich noch zu einer letzten Behauptung Stellung genommen werden: Durch einen Schuldbeitritt übernehme der Beitretende unabhängig von seiner eigenen causa auch stets die causa der Erstschuld, denn durch die Mitübernahme der Haftung aus der Erstschuld werde beim Schuldbeitritt auch die causa der Erstschuld mitübernommen.<sup>182</sup> Es entstünde eine mit der Erstschuld gleichgründige Haftung des Beitretenden. Wäre der Erstschuldner aus einem Kreditvertrag verpflichtet, so wäre demnach auch der Beitretende als Kreditschuldner anzusehen. Beide Verpflichtungen unterlägen den Bestimmungen, die für Kreditschulden gelten, also z.B. derselben Verjährungsfrist oder dem direkten sachlichen Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes.

Die Annahme einer Gleichgründigkeit beider Verpflichtungen läßt sich jedoch bei genauerer Betrachtung nicht halten. Sie kann sich nicht auf das

<sup>181</sup> Unzutreffend daher MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 11, wenn er die Einordnung des Schuldbeitritts als abstraktes Geschäft allein darauf stützt. Zutreffend insoweit die Kritik von Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 72.

<sup>182</sup> Dies wurde in den ersten Abhandlungen zum Schuldbeitritt oft vorgeschlagen – vgl. Reichel, Schuldmitübernahme, S. 180; weitere Nachweise bei Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 75 (Fn. 269). Heute noch: Soergel-Wolf, BGB, § 421 Rn. 30; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1376; Lwowski, Kreditsicherung, Rn. 423.

Recht der Gesamtschuld stützen. Dort ist seit langem anerkannt, daß die zu einer Gesamtschuld verbundenen Verpflichtungen nicht dieselbe causa haben müssen, sondern auch auf unterschiedlichen Rechtsgründen beruhen können.<sup>183</sup> Die Annahme der Gleichgründigkeit beruht vielmehr auf einer Anwendung des Rechts der Schuldübernahme auf den Schuldbeitritt. Für die Schuldübernahme ist anerkannt, daß der Neuschuldner die Schuld inklusive ihrer causa übernimmt. Dies folgt aus dem Grundsatz der Identität und Kontinuität der übernommenen Schuld, der das Recht der Schuldübernahme beherrscht. Durch die Schuldübernahme wird lediglich der Schuldner ausgetauscht, während die Schuld selbst, und damit auch deren causa, vom Schuldnerwechsel völlig unberührt bleibt.<sup>184</sup> Die Situation beim Schuldbeitritt ist hingegen eine völlig andere. Der Beitretende tritt nicht in eine bestehende Schuld inklusive deren causa ein; für ihn wird aufgrund der Weiterhaftung des Erstschuldners vielmehr eine *neue*, wenn auch inhaltsgleiche Schuld begründet. Eine Schuldnachfolge findet nicht statt. Der Gedanke der Identität beherrscht den Schuldbeitritt nur hinsichtlich des anfänglichen Schuldinhalts. Der Gedanke der Kontinuität einer Schuld ist ihm fremd. Eine auf diese Gedanken gestützte Überleitung der causa kann beim Schuldbeitritt daher nicht gelingen. Die für den Beitretenden begründete Verpflichtung ist vielmehr eine neue Schuld mit eigener neuer causa.<sup>185</sup>

Dies bedeutet für die rechtliche Behandlung des Schuldbeitritts vor allem, daß die Beitrittsschuld grundsätzlich nicht denselben Bestimmungen wie die Erstschuld unterliegt. So ist z.B. beim Schuldbeitritt zu einer Darlehensverpflichtung der Haftungsgrund des Beitretenden nicht in den §§ 607, 421 BGB, sondern in § 305 BGB zu finden. Er haftet nicht aus einer

<sup>183</sup> Vgl. RGZ 70, 405, 410; 77, 317, 323; 92, 401, 408; BGHZ 19, 114, 124; 52, 39, 44; 58, 191, 192; BGH NJW 1992, 2817, 2818; MünchKomm-Selb, BGB, § 421 Rn. 12; Palandt-Heinrichs, BGB, § 421 Rn. 9; Staudinger-Noack, BGB, § 421 Rn. 16; Larenz, Schuldrecht I, § 37 I, S. 636 – anders noch RGZ 61, 56, 60; 67, 128, 131.

<sup>184</sup> Vgl. die Ausführungen zum Recht der Schuldübernahme in diesem Kapitel unter C. II. 5 a).

<sup>185</sup> So auch Staudinger-Rieble, BGB, § 414 Rn. 25; Ehmann, Gesamtschuld, S. 337; Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 77.

Kreditschuld, sondern allein aus seiner Beitrittsschuld. Dementsprechend sind die für Kreditschulden geltenden Regelungen, wie z.B. das Verbraucherkreditgesetz, nicht ohne weiteres auf den Schuldbeitritt anwendbar.<sup>186</sup>

#### **IV. Ergebnis**

Der Schuldbeitritt ist ein kausales Verpflichtungsgeschäft. Wie bereits im vorangegangenen Abschnitt verdeutlicht wurde, ist kaum eine Ähnlichkeit mit der Schuldübernahme vorhanden, so daß aus ihr keine Aussagen für die dogmatische Einordnung des Schuldbeitritts hergeleitet werden können. Der Schuldbeitritt enthält im Gegensatz zu ihr keine Verfügung über die Forderung des Gläubigers gegen den Erstschuldner. Er ist aufgrund des typischen Sicherungszwecks kausal im Sinne des aus den Motiven des BGB erkennbaren causa-Begriffs und daher anders als die Schuldübernahme auch kein abstraktes Geschäft. Und schließlich übernimmt der Beitretende anders als der Schuldübernehmer nicht die causa der Erstschuld, sondern haftet aus eigenem Rechtsgrund.

<sup>186</sup> Näher zur Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf den Schuldbeitritt im 4. Kapitel A.

## Zweites Kapitel

### **Die Abgrenzung des Schuldbeitritts von verwandten Rechtsinstituten**

Nachdem im ersten Kapitel die Merkmale des vertraglichen Schuldbeitritts erarbeitet wurden, kann man sich nun der Frage einer Abgrenzung des Schuldbeitritts von anderen, verwandten Rechtsinstituten zuwenden. Diese Reihenfolge in der Erörterung ist zwingend. Erst dann, wenn die typischen Eigenarten und Charakteristika des Schuldbeitritts klargestellt sind, kann man diese der Struktur verwandter Rechtsinstitute gegenüberstellen und anhand der dann erkennbaren Unterschiede zu sicheren Abgrenzungsergebnissen gelangen. Gerade die im Rahmen der Vertragstypenlehre festgestellten Grenzen des Vertragstyps Schuldbeitritt<sup>187</sup> werden daher auch in diesem Kapitel eine bedeutende Rolle spielen.

Besonders problematisch ist seit der ersten Beschäftigung mit dem vertraglichen Schuldbeitritt seine Abgrenzung zu den beiden anderen möglichen Personalsicherheiten: der *Bürgschaft* und der *Garantie*. Beide erfüllen als Personalsicherheit den gleichen Zweck wie der typische Schuldbeitritt: sie sichern ein bestimmtes Leistungsinteresse des Gläubigers durch die diesbezügliche Verpflichtung eines Dritten. Damit wird eine Auslegung *unklarer* Parteierklärungen dahingehend, welchen der drei Vertragstypen sie gewollt haben, schwierig, da man nicht wie in den meisten anderen Auslegungsfragen auf den von den Parteien verfolgten Zweck abstellen kann. Dies führte zu einer – bislang nicht recht zufriedenstellenden – Suche nach anderen tauglichen Auslegungs- und damit Abgrenzungskriterien.

Daneben ergeben sich für den Übernahmeschuldbeitritt Abgrenzungsprobleme hinsichtlich einer bloßen *Erfüllungsübernahme*, wenn der Beitretende diesen nicht mit dem Gläubiger, sondern mit dem Erstschuldner

<sup>187</sup> Vgl. oben 1. Kapitel C.

vereinbart (sog. indirekter Schuldbeitritt).<sup>188</sup> Schließlich ist der Schuldbeitritt auch vom Vertragsbeitritt abzugrenzen. Im Gegensatz zum Schuldbeitritt ändert der Vertragsbeitritt das bestehende Vertragsverhältnis und begründet eine Mitvertragspartnerschaft des Beitretenden. Er enthält also eine Verfügung über die Erstschuld und bedarf daher stets der Zustimmung aller Beteiligten.<sup>189</sup> Es gilt deshalb, Indizien zu finden, aus denen ersichtlich wird, ob der Beitretende nur der Schuld oder dem gesamten Vertrag beitreten sollte.

Auf all diese Fragen soll in diesem Kapitel eingegangen werden. Aufgrund der größten Praxisrelevanz werde ich dabei mit der Erörterung des klassischen Problems der Abgrenzung des Schuldbeitritts von Bürgschaft und Garantie beginnen.

### **A. Die Abgrenzung von der Bürgschaft**

Die Abgrenzung des Schuldbeitritts von der Bürgschaft wird bereits solange diskutiert, wie man die Existenz des Schuldbeitritts als Rechtsinstitut anerkennt.<sup>190</sup> Das Problem liegt dabei keineswegs in unterschiedlichen Auffassungen von der Struktur beider Rechtsinstitute. Die Bürgschaft ist immer als die gesetzliche Regelform der Personalsicherheiten angesehen worden, die zwingend eine akzessorische Verpflichtung des sichernden Dritten zur Folge hatte. Der Schuldbeitritt kann daher schon aus Gründen der Vertragstypenlehre nur die nicht vollständig akzessorische Verpflichtung eines sichernden Dritten umfassen. Der entscheidende dogmatische Unterschied zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt in den Rechtsfolgen besteht somit darin, daß der Schuldbeitritt eine weitgehend *selbständige Haftung* des Dritten als zweitem *gleichrangigem* Schuldner des Gläubigers begründet, während die Bürgschaft nur zu einer *an die Hauptschuld*

<sup>188</sup> Näher zur Figur des indirekten Schuldbeitritts im 3. Kapitel unter A. II.

<sup>189</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1998, 594.

<sup>190</sup> Vgl. bereits RGZ 51, 120, 121; 64, 318, 321.

*angelehnten und in jeder Hinsicht von dieser abhängigen Verpflichtung* des Dritten führt. Dies war stets nahezu unumstritten.<sup>191</sup>

Das Problem der Abgrenzung beider Rechtsinstitute liegt nun aber darin, daß die jeweiligen Vertragsparteien nur sehr selten ausdrückliche Akzessorietäts- oder Selbständigkeitsklauseln in ihre Verträge aufnehmen. In der überwiegenden Mehrzahl der im Rechtsverkehr geschlossenen Verträge stellt sich daher die Frage, an welchen Kriterien man erkennen kann, ob die Parteien bei Begründung der Haftung des Dritten eine (überwiegend) selbständige oder eine in jeder Hinsicht abhängige Verpflichtung erzeugen wollten. Dies ist eine Frage der Ermittlung des erkennbaren Parteiwillens und damit eine Frage der Auslegung der Parteierklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB.

Hierbei ist zu beachten, daß das Gesetz in § 765 Abs. 1 BGB davon ausgeht, daß die Verpflichtung, für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten einzustehen, *grundsätzlich als Bürgschaft* anzusehen ist und der Form des § 766 BGB unterliegt. Diese Wertung ist deshalb auch als Ausgangspunkt der Auslegung von Haftungserklärungen zu berücksichtigen. Sie bedeutet, daß eine vom gesetzlichen Leitbild der Interzession abweichende nichtakzessorische Haftung – wie die des Schuldbeitritts – nur angenommen werden darf, wenn der Wille dazu den Erklärungen der Parteien *klar* zu entnehmen ist. Dies wiederum ist nur zu bejahen, wenn *besondere Umstände* vorliegen, aus denen auf einen solchen Verpflichtungswillen geschlossen werden kann. Lassen sich solche besonderen

<sup>191</sup> Vgl. RGZ 64, 318, 320; 90, 415, 417; RG JW 1907, 47; BGHZ 6, 385, 397; BGH WM 1976, 1109, 1110; NJW 1986, 580; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 17; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl v § 414 Rn. 4; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 35; Staudinger-Rieble, BGB, § 414 Rn. 23; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 37 II 2b, S. 322; Larenz, Schuldrecht I, § 35 II, S. 611; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, § 29 II 2, S. 256; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 88; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 4; Coester, JuS 1994, 370; Kothe, JZ 1990, 997, 1000; unklar lediglich Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 112 ff., der den Unterschied zwar betont, ihn aber unzutreffend für abdingbar hält (zum Unzulässigkeit von Akzessorietätsvereinbarungen beim Schuldbeitritt bereits oben im 1. Kapitel C. II. 1.).

Umstände *nicht zweifelsfrei* feststellen, so ist die untersuchte Haftungserklärung entsprechend dem gesetzlichen Leitbild als Bürgschaft einzuordnen.<sup>192</sup>

Die Bedeutung dieser anerkannten Grundsätze gerät bei der Untersuchung möglicher Abgrenzungskriterien häufig in Vergessenheit und soll daher nochmals betont werden. Sämtliche Mithaftungserklärungen sind grundsätzlich entsprechend dem gesetzlichen Leitbild als Bürgschaft einzuordnen. Nur in den Fällen, in denen sich aus den Umständen entnehmen läßt, daß die vereinbarte Haftung nicht der einer Bürgschaft entsprechen kann, ist die Annahme einer anderen selbständigen Haftungsart gerechtfertigt. In all den Fällen jedoch, in denen die von den Parteien gewollten Haftungsfolgen auch mittels einer Bürgschaft erreicht werden können, bedarf es weiterer Indizien, um zweifelsfrei auf das Vorliegen einer anderen Haftungsart schließen zu können. Sind solche Indizien dann nicht erkennbar, muß die Vereinbarung aufgrund der nicht beseitigten Zweifel hinsichtlich der Haftungsart als Bürgschaft eingeordnet werden. Aufgrund dieser Zweifelsregelung gilt es also Abgrenzungskriterien zu finden, die zweifelsfrei, also mit hinreichender Sicherheit, auf den Willen zu einer selbständigen Haftung schließen lassen. Ob die in der Diskussion befindlichen Abgrenzungskriterien diese Anforderungen erfüllen, soll im Folgenden untersucht werden.

## I. Interessentheorie

<sup>192</sup> Allgemeine Ansicht: vgl. RGZ 71, 113, 117 f.; 90, 415, 417; BGHZ 6, 385, 397; BGH WM 1976, 1109, 1110; NJW 1986, 580; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 17; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 37; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 13; Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 368; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1375; Kümpel, Bankrecht, Rn. 6.99; Lwowski, Kreditsicherung, Rn. 423; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, § 29 II 2, S. 257 f.; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 5; Coester, JuS 1994, 370, 371; Weitzel, JuS 1981, 112, 113.

Teilweise wird in der Literatur<sup>193</sup> auch heute noch angenommen, daß zur Abgrenzung beider Rechtsinstitute der *Wortlaut der Erklärung überhaupt nicht entscheidend* sei. Eine Bezeichnung der Haftung als „gesamtschuldnerisch“ solle zur Annahme eines Schuldbeitritts genauso wenig ausreichen wie die Bezeichnung als „selbstschuldnerische Bürgschaft“ zur Annahme einer solchen. Entscheidender Umstand zur Annahme einer selbständigen Haftung, und damit eines Schuldbeitritts, sei allein, ob der Erklärende ein *eigenes wirtschaftliches oder rechtliches Interesse* an der Abwicklung des Schuldverhältnisses zwischen Erstschuldner und Gläubiger, also an der Erfüllung der Schuld und der Gegenleistung des Gläubigers, hat. Nur bei einem solchen Eigeninteresse ließe sich die Annahme der sehr weitgehenden Haftung aus dem Schuldbeitritt rechtfertigen. Ein lediglich persönliches Interesse, z.B. am Bewahren vor einer Strafanzeige oder an der Abwendung eines Skandals, reiche nicht. Wo ein wirtschaftliches Eigeninteresse fehle, könne unabhängig vom Wortlaut der Erklärung nur eine Bürgschaft vorliegen.

Um zu verstehen, warum gerade das wenig greifbare Kriterium des wirtschaftlichen Eigeninteresses von solch großer Bedeutung sein soll, muß man einen Blick auf den Ursprung des Schuldbeitritts werfen.

Bei Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde als Personalsicherheit nur der Bürgschaftsvertrag ausführlich beraten und gesetzlich geregelt. Dieser war im gemeinen Recht auch formlos gültig und dementsprechend wurde in den Kommissionssitzungen über den BGB-Entwurf auch mehrfach der Antrag abgelehnt, für den Bürgschaftsvertrag eine Formvorschrift einzuführen.<sup>194</sup> Erst im Reichstag, also praktisch in letzter Minute, wurde der Antrag angenommen und für den Bürgschaftsvertrag die Schriftform verlangt.<sup>195</sup> Die Praxis war mit dieser neuen Formvorschrift

<sup>193</sup> *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht, S. 807; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2, § 37 II 2b, S. 322; *Medicus*, Schuldrecht I, Rn. 814; *Reifner*, Kreditrecht, § 41 Rn. 25 ff., 30; *Schröder*, Interessengegensätze beim Personalkredit, S. 93 ff.; *Weber*, Kreditsicherheiten, S. 110 f. = JuS 1972, 9, 13; *Kothe*, JZ 1990, 997, 1000 f.

<sup>194</sup> Vgl. *Jakobs/Schubert*, Band 3, S. 462 f.

<sup>195</sup> Vgl. *Mugdan*, Materialien II, S. 1295.

nicht vertraut und hatte das Problem, daß im Vertrauen auf das Wort des Geschäftspartners akzeptierte und bis dahin völlig ausreichende mündliche Haftungszusagen unter Geltung des BGB nun von den Gerichten mit Hinweis auf den neuen Formzwang als nichtig angesehen wurden. Die neue Formvorschrift wurde deshalb auch als hinderlich für den Rechtsverkehr empfunden.<sup>196</sup> So begann der Versuch, dem Formzwang auszuweichen, indem man die nur mündlich vereinbarte Mitverpflichtung Dritter nicht als formbedürftige Bürgschaft, sondern als formlosen, gesetzlich nicht geregelten Vertrag auslegte.

Dafür kam es gelegen, daß der Gesetzgeber die Bürgschaft ausdrücklich nur als einen Typ von vielen möglichen Interzessionsvertragstypen angesehen hat.<sup>197</sup> Rechtsfortbildung war somit möglich. Es entstand der „Schuldbeitritt“, der damals weitgehend noch „kumulative Schuldmitübernahme“ genannt wurde. Dieser begründete im Gegensatz zur akzessorischen Bürgenhaftung eine gesamtschuldnerische, also weitgehend selbständige Haftung des sichernden Dritten und war damit als eigener Vertragstyp anzuerkennen. Für diesen gab es natürlich mangels besonderer gesetzlicher Regelung keine eigene Formvorschrift, so daß er wie jeder andere Vertrag grundsätzlich auch formfrei wirksam war. Allerdings könnte nun die Formvorschrift des § 766 BGB analoge Anwendung finden. Diese sollte den im Idealfall uneigennützig handelnden Bürgen davor schützen, die ihn nur belastende Erklärung nicht vorschnell abzugeben. *Der Beitretende mußte also eigennützig handeln, um dem Schutzzweck der Formvorschrift und damit einer analogen Anwendung zu entgehen.* Um am formfreien Schuldbeitritt festhalten zu können, mußte der Beitretende also im Gegenzug zu seiner Haftung einen unmittelbaren eigenen Vorteil als eine Art von Gegenleistung erlangen.<sup>198</sup> Das Kriterium des unmittelbaren eigenen wirtschaftlichen oder rechtlichen Interesses des Beitretenden als entscheidendes Merkmal eines Schuldbeitritts war entstanden.

<sup>196</sup> Vgl. nur *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 192, 202, 212.

<sup>197</sup> Vgl. *Mugdan*, Materialien II, S. 367.

<sup>198</sup> So jedenfalls die Argumentation der Interessentheorie. Ob das Eigeninteresse tatsächlich eine analoge Anwendung des § 766 BGB ausschließt, wird später noch genauer zu erörtern sein (siehe unten 4. Kapitel E. II. 2. b.).

Überall, wo dieses Eigeninteresse nicht vorlag, wurde eine Bürgschaft angenommen. Eine Formbedürftigkeit war ja aufgrund der drohenden Analogie zu § 766 BGB ohnehin kaum zu umgehen. Zudem war das Kriterium flexibel genug, um auch bei Verwendung des Begriffs „verbürgen“ durch die Parteien eine Auslegung als formlos gültigen Schuldbeitritt zu ermöglichen. Die Rechtspraxis hatte damit ihr Ziel erreicht. Mitverpflichtungen Dritter waren wie vor Inkrafttreten des BGB auch wieder formlos möglich.

## II. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Das Reichsgericht stand den offensichtlichen Umgehungsversuchen mit Hilfe der Interessentheorie zunächst ablehnend gegenüber. Selbst wenn der Schuldbeitritt aufgrund der durch ihn begründeten gesamtschuldnerischen Haftung als eigener Vertragstyp anzuerkennen sei, so müsse doch jedenfalls auch für ihn die Schriftform als erforderlich erachtet werden. Er sei ein Geschäft, „das seiner materiellen Wirkung nach jedenfalls die größte Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft hat, so daß die legislativen Erwägungen, welche zur Vorschrift der Schriftform für die Bürgschaft in § 766 BGB geführt haben, auch für die sogenannte kumulative Schuldübernahme völlig zutreffen. Wollte man diese auch bei bloß mündlichem Abschlusse als bindend anerkennen, so wäre die Umgehung der Vorschrift des § 766 BGB die leichteste Sache von der Welt. Es muß daher als dem Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend gelten, auch für die sogenannte kumulative Schuldübernahme die schriftliche Form zu verlangen.“<sup>199</sup>

Seine ablehnende Haltung gab es jedoch bald auf. Zunächst deutete das Reichsgericht nur an, es könne auch Ausnahmefälle geben, in denen kein Anlaß für eine analoge Anwendung des § 766 BGB auf die kumulative Schuldübernahme bestehe.<sup>200</sup> Dann übernahm es offen die Auffassung der Interessentheorie und bejahte die Möglichkeit eines formlosen Schuldbeitritts für den Fall, daß der Dritte ein „eigenes Interesse“ an der Abwick-

<sup>199</sup> RGZ 51, 120, 122.

<sup>200</sup> RGZ 59, 232, 233.

lung des Schuldverhältnisses besaß.<sup>201</sup> Später konkretisierte es seine Position dahingehend, daß nicht irgendein eigenes Interesse des hinzutretenden Dritten ausreiche – „auch der Bürge wird regelmäßig ein solches haben“. Es müsse vielmehr ein „sachliches, unmittelbares Interesse an der Leistung des Gläubigers in dem Maße vorliegen, daß angenommen werden kann, der Erklärende würde, wenn eine Verpflichtung zu dieser Leistung nicht oder nicht mehr bestehen sollte, den Vertrag selbst abgeschlossen haben.“<sup>202</sup>

Nur vereinzelt ging das Reichsgericht noch auf Distanz zur Interessentheorie als alleinigem Abgrenzungskriterium. So äußerte es in RGZ 90, 415, 418 (nach Anwendung der Interessentheorie): „Übrigens sei bemerkt, daß das Bestehen eines sachlichen unmittelbaren eigenen Interesses des Eintretenden wohl regelmäßig einen Anhalt für die Annahme einer Schuldmitübernahme geben mag, daß aber ein solches Interesse unter Umständen sehr wohl auch den Beweggrund einer Bürgschaftsübernahme bilden kann.“ In RGZ 153, 338, 344 ff. versuchte es dann sogar, die Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt unabhängig vom Interessengedanken allein nach dem Grad der vereinbarten Selbständigkeit der Haftung des Eintretenden zu bestimmen. Diese Versuche blieben jedoch Einzelfälle und vermögen nichts an der Tatsache zu ändern, daß das Reichsgericht im übrigen an der Interessentheorie festhielt. Eine wirkliche Änderung bewirkte erst die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.

### III. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Der BGH rückte bereits in seiner ersten Entscheidung zum Auslegungsproblem<sup>203</sup> von der strengen Haltung des Reichsgerichtes ab und *degradierte die Bedeutung des eigenen Interesses als Auslegungskriterium erheblich*. Im zugrundeliegenden Fall übernahm der Beklagte eine „selbstschuldnerische Bürgschaft“. Das Berufungsgericht versuchte, diese aufgrund des bestehenden wirtschaftlichen Eigeninteresses des Beklagten

<sup>201</sup> RGZ 64, 318, 320; 71, 113, 118.

<sup>202</sup> RG JW 1909, 459 f.; später auch RGZ 90, 415, 418; RG JW 1930, 3478.

<sup>203</sup> BGHZ 6, 385, 396 f.

in einen Schuldbeitritt umzudeuten, um ihn nicht an der Herabsetzung der Erstschuld teilhaben zu lassen. Dem erteilte der BGH eine Absage. „Wenn die Parteien ... eine Bürgschaft gewollt haben, wobei das Berufungsgericht noch besonders hervorhebt, daß beide Vertragsparteien bei Abfassung des Vertrages von Juristen beraten gewesen seien, dann müssen auch die rechtlichen Wirkungen dieses Vertrages nach den Vorschriften über die Bürgschaft beurteilt werden.“<sup>204</sup>

Auch in späteren Entscheidungen hielt der BGH den *eindeutigen Wortlaut für primär maßgeblich*. Soweit nach Feststellung des Gerichtes die Erklärung der Parteien eindeutig („als Gesamtschuldner“<sup>205</sup>, „selbstschuldnerische Bürgschaft“<sup>206</sup>) und schriftlich festgehalten war und nicht durch nachfolgende Ausführungen relativiert wurde, sollte dieser Wortlaut allein maßgeblich sein. Eine Auslegung dieser Erklärung entgegen ihrem Wortlaut könne dann nur noch möglich sein, wenn das erforderlich wäre, um dem wirklichen Willen der Parteien, die sich im Ausdruck vergriffen hätten, gerecht zu werden. Das Vorliegen oder Fehlen eines eigenen sachlichen Interesses allein reiche dafür nicht aus.<sup>207</sup>

Der BGH knüpft für die Abgrenzung somit primär wieder an den Wortlaut der Erklärung und nicht an das Interesse des Erklärenden an. In Fällen eines eindeutigen und zweifelsfreien Wortlauts der Erklärung spielt nach dem BGH die Interessenlage als Abgrenzungskriterium also keine Rolle mehr.

Es bleiben damit die Fälle übrig, in denen der Inhalt der schriftlichen Erklärung mehrdeutig oder widersprüchlich ist<sup>208</sup> oder in denen lediglich

<sup>204</sup> BGHZ 6, 385, 396.

<sup>205</sup> So in BGH JR 1972, 61; WM 1973, 1289, 1290.

<sup>206</sup> So neben BGHZ 6, 385, 396 auch in BGH WM 1962, 550; WM 1976, 1109, 1110.

<sup>207</sup> So ausdrücklich: BGHZ 6, 385, 396 f.; BGH WM 1962, 550, 551; NJW 1968, 2332; JR 1972, 61, 62; WM 1976, 1109, 1110.

<sup>208</sup> Als mehrdeutig sind Erklärungen zu verstehen, deren Wortlaut keinerlei ausdrücklichen Hinweis auf die gewollte Haftungsart enthält (z.B. „Ich stehe

eine spontane mündliche Äußerung als Haftungsgrundlage dienen soll. Hier kann der Wortlaut allein nicht entscheidend sein, da er erkennbar nicht sorgsam gewählt wurde und somit keinen eindeutigen Rückschluß auf den Willen der Parteien zuläßt. In diesen Fällen ist nach Ansicht des BGH das eigene wirtschaftliche Interesse des Erklärenden ein Indiz zur Auslegung der Erklärung als Schuldbeitritt.<sup>209</sup>

Gerade in jüngerer Zeit beginnt der BGH jedoch zunehmend damit, andere Umstände heranzuziehen, um den Willen der Parteien zu erforschen; so in BGH NJW 1987, 2076. Dort hatte der beklagte Elektrohändler bei Teilzahlungskäufen formularmäßig die „Mithaft als Gesamtschuldner“ für die Darlehensverbindlichkeit des Kunden gegenüber der Teilzahlungsbank übernommen. Dies scheint eindeutig für einen Schuldbeitritt zu sprechen. In § 9 des Formularvertrags war jedoch bestimmt, daß die Zahlungspflicht des Händlers aus der „Mithaft“ nur eintritt, „wenn der Kunde mit zwei Raten in Rückstand gerät“. Diese Klausel spricht von einer nur subsidiären Haftung des Händlers und damit gegen einen Schuldbeitritt.<sup>210</sup> Aufgrund der Widersprüchlichkeit des Vertrages kann hier natürlich der Wortlaut nicht mehr allein maßgeblich sein. Wegen der offensichtlich gewollten subsidiären Haftung des Händlers hat der BGH in diesem Fall zutreffend eine Bürgschaft angenommen, ohne auf das Interesse des Händlers einzugehen. Dies war hier zur Abgrenzung nicht notwendig.<sup>211</sup>

dafür ein.“). Als widersprüchlich werden hier Erklärungen bezeichnet, welche die gewollte Haftungsart zwar konkret bezeichnen, gleichzeitig aber auch Vereinbarungen enthalten, die mit der bezeichneten Haftungsart nicht zu vereinbaren sind, so daß sich die Bezeichnung als Falschbezeichnung darstellt (z.B. die vereinbarte „gesamtschuldnerische“ Haftung, nach welcher der Gesamtschuldner nur subsidiär haften soll).

<sup>209</sup> Darauf aufgrund unklarer Parteierklärungen als Indiz abstellend in BGH DB 1961, 1390; WM 1971, 1498, 1499; NJW 1981, 47. Auf die Bedeutung als nur bei unklarem Wortlaut anzuwendendes Indiz hinweisend in BGH JR 1972, 61, 62; WM 1973, 1289, 1290; NJW 1986, 580.

<sup>210</sup> Vgl. oben im 1. Kapitel C. II. 2.

<sup>211</sup> Dazu die Anmerkung *Westermanns* (EWiR § 765 BGB 4/87, 577): „bemerkenswert“. Dem folgte das OLG Hamm, NJW 1993, 2625, 2626, daß ebenfalls maßgeblich auf die Subsidiarität der Haftung als Hinweis auf das Vor-

In einer anderen Entscheidung<sup>212</sup> ging es um die Auslegung folgender mündlicher Erklärung des Beklagten: „Wenn Dir jemals was in diesem Prozeß zugesprochen werden sollte, dann wird auch bezahlt, gegebenenfalls von mir persönlich. Da kannst Du Dich felsenfest darauf verlassen.“ Auch diese Erklärung ist mehrdeutig und läßt allein aufgrund des Wortlauts keinen eindeutigen Schluß auf Bürgschaft oder Schuldbeitritt zu. Hier fragte der BGH zunächst nach einem eigenen Interesse des Erklärenden, stellte dann aber entscheidend auf einen anderen Umstand ab. Bei Abgabe der Erklärung erwartete nämlich weder der Erklärende noch der Erklärungsempfänger, daß der Hauptschuldner die Schuld wird erfüllen können. Man ging also sicher vom Ausfall des Hauptschuldners aus. Dann könne jedoch nur ein Schuldbeitritt vorliegen, da „die Wesensmerkmale einer Bürgschaft hier gerade nicht vorliegen.“<sup>213</sup>

Im Fall BGH WM 1978, 1065 lag der Entscheidung eine widersprüchliche Haftungserklärung zugrunde. Sie war als „Zahlungs-Garantie“ überschrieben. In ihr übernahm die beklagte Firma eine „selbstschuldnerische Verpflichtung“ und am Ende wurde auf § 777 BGB verwiesen. Der BGH wertete diese Erklärung als Bürgschaft, da neben der Interessenlage auch der Umstand dafür spreche, daß die Erklärung die im Recht der Bürgschaft enthaltene Vorschrift des § 777 BGB ausdrücklich anführt.

Für den Fall der Unergiebigkeit des Wortlauts der Erklärung hat der BGH somit in letzter Zeit eine Vielzahl von Indizien entwickelt, unter denen das Eigeninteresse des Erklärenden keine besondere Rolle mehr spielt. Bleiben trotz der Heranziehung aller hiernach zu betrachtenden Umstände noch Zweifel, so ist auch nach Ansicht des BGH eine Bürgschaft als die den Normalfall regelnde gesetzliche Sicherungsform anzunehmen.<sup>214</sup>

liegen einer Bürgschaft abstellte. Auch *Kümpel* (Bankrecht, Rn. 6.99) hebt diesen Unterschied hervor.

<sup>212</sup> BGH NJW 1986, 580; zustimmende Anmerkung *Tiedtke*, EWiR § 414 BGB 1/85, 953, 954.

<sup>213</sup> BGH NJW 1986, 580, 581.

<sup>214</sup> Vgl. BGHZ 6, 385, 397.

Dem Vorgehen des BGH folgt inzwischen die Instanzjudikatur<sup>215</sup> und der ganz überwiegende Teil der Literatur.<sup>216</sup> Das wirtschaftliche Eigeninteresse ist heute also nur noch ein Indiz unter vielen.

#### IV. Stellungnahme

Aus der vorangegangenen Darstellung läßt sich erkennen, daß in der heutigen Diskussion eine Vielzahl von möglichen Abgrenzungskriterien aufgeworfen und befürwortet werden. Dies macht eine einfache und nachvollziehbare Abgrenzung nicht gerade leichter. Man muß deshalb genau untersuchen, welche dieser Kriterien im Hinblick auf die eingangs aufgezeigte Zweifelsregelung tatsächlich mit hinreichender Sicherheit auf das Vorliegen eines Schuldbeitritts hindeuten und somit wirklich brauchbar sind. Daneben kann es natürlich auch Indizien geben, die deutlich auf das Vorliegen einer Bürgschaft hinweisen und damit die Abgrenzungsfrage ebenfalls zweifelsfrei entscheiden.

##### 1. Ablehnung der Interessentheorie

Wie gezeigt war das bedeutendste Abgrenzungskriterium gerade in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts die Interessentheorie. Sie diene bei eingehender Betrachtung weniger der Abgrenzung zwischen Schuldbeitritt und Bürgschaft, sondern vielmehr der Legitimation eines form-

<sup>215</sup> Vgl. OLG Hamm NJW 1988, 3022; OLG Hamm NJW 1993, 2625; LG Gießen NJW-RR 1995, 586; LG Oldenburg NJW-RR 1996, 286, 287; zögernd noch OLG München MDR 1965, 573.

<sup>216</sup> Erman-Westermann, BGB, Vor § 414 Rn. 9; Jauernig-Vollkommer, BGB, Vor § 765 Rn. 18; MünchKomm-Habersack, BGB, Vor § 765 Rn. 11; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 17; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl. v. § 414 Rn. 4; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 13; Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 368; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1375; Graf v. Lambsdorff/Skora, Bürgschaftsrecht, Rn. 11; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1332; Kümpel, Bankrecht, Rn. 6.99; Larenz, Schuldrecht I, § 35 II, S. 612; Lwowski, Kreditsicherung, Rn. 423; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, § 29 II 2, S. 258; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 4 = Bürgschaftsrecht, Rn. 25 ff.; Coester, JuS 1994, 370, 371.

freien Schuldbeitritts. Es dürfte deshalb kaum verwundern, wenn man bei genauerer Untersuchung zu dem Schluß kommt, daß das Kriterium eines eigenen wirtschaftlichen oder rechtlichen Interesses für eine Abgrenzung zur Bürgschaft kaum zu gebrauchen ist.

a) *Fehlen einer gesetzlichen Grundlage*

Die Interessentheorie geht von der Prämisse aus, daß ein eigenes wirtschaftliches oder rechtliches Interesse des Mithaftenden nur zu einem Schuldbeitritt führen könne, da dem Bürgen ein solches Interesse völlig fremd sei, er vielmehr *altruistisch*, d.h. aus reiner Fremdnützigkeit handle.<sup>217</sup> Das Vorliegen eines solchen Interesses führe also stets zur Einordnung des Vertrages als Schuldbeitritt, sein Fehlen zur Einordnung als Bürgschaft. Ein solches Vorgehen läßt sich aber nur dann rechtfertigen, wenn diese Aufteilung auch tatsächlich den strukturellen Wesensmerkmalen der voneinander abzugrenzenden Vertragstypen entspricht, wenn also dem Beitretenden ein Eigeninteresse wesensmäßig ist, während der Bürge nur altruistisch haftet. Für beide Annahmen lassen sich jedoch keine dogmatischen Anhaltspunkte finden.

(1) *Altruismus des Bürgen*

Für die Bürgschaft gibt es im Gegensatz zum Schuldbeitritt eine ganze Reihe von speziellen Vorschriften im BGB. Es müßten sich zur Unterstützung der Interessentheorie somit Normen finden lassen, die das Bild vom ausschließlich altruistisch handelnden Bürgen stützen können. Dies ist jedoch nicht der Fall. Auch § 774 BGB hilft hier nicht weiter. Er enthält zwar eine *cessio legis* zugunsten des Bürgen, trifft aber keine Anordnung über die Höhe seines Regreßanspruches gegen den Hauptschuldner. Vielmehr bestimmt § 774 Abs. 1 S. 3 BGB ausdrücklich, daß Einwendungen des Hauptschuldners aus dem Innenverhältnis gegen den Bürgen unberührt bleiben, so daß auch die Forderungszession nichts an der Maßgeblichkeit einer Regreßvereinbarung zwischen ihnen ändert, die aufgrund des eigenen Interesses des Bürgen einen Anteil bestimmt, den er

<sup>217</sup> Diese Prämisse entstand aus dem Verlangen, der Formvorschrift des § 766 BGB zu entgehen (s.o. I.).

endgültig selbst zu tragen hat. Es ist also tatsächlich keine Vorschrift ersichtlich, die dem Bürgen untersagt, aus eigenen wirtschaftlichen Beweggründen zu handeln. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß durch eine Bürgschaft nur der Bürge verpflichtet wird, nicht jedoch der Gläubiger. Denn allein die Einseitigkeit der Verpflichtung sagt noch nichts über die damit verfolgten Interessen aus. Sie eignet sich – wie gerade auch das Beispiel des Schuldbeitritts, ebenfalls eine einseitige Verpflichtung, zeigt – sehr wohl auch zur Verfolgung eigener Ziele. Das vielzitierte Leitbild vom altruistisch handelnden Bürgen hat also *keine gesetzliche Grundlage* und kann den Beteiligten deshalb nicht die Möglichkeit nehmen, eine Bürgschaft zu vereinbaren, auch wenn der Bürge aus massivem eigenem Interesse handelt.<sup>218</sup> Denn gerade dies ist heute der praktische Regelfall. Eine Bürgschaft wird nur noch selten aus reiner Gefälligkeit und ohne eigenes Interesse übernommen werden.<sup>219</sup> So werden z.B. Bankbürgschaften nur gegen Entgelt erklärt. Vom vielbeschriebenen altruistischen Bürgen bleibt in der modernen Geschäftswelt nicht viel übrig. Zudem relativieren auch die Vertreter der Interessentheorie das Leitbild der altruistischen Bürgschaft, wenn sie ein eigenes familiäres, d.h. nicht-wirtschaftliches Interesse beim Bürgen zulassen. Auch nach ihrer Ansicht ist dem Bürgen damit ein eigenes Interesse nicht fremd. Das Bild des regelmäßig fremdnützig handelnden Bürgen läßt sich somit nicht mehr halten.

Dies bedeutet jedoch noch nicht, daß der Bürge *im Regelfall* auch ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Abwicklung der Hauptschuld hat. Zur Widerlegung der Interessentheorie ist es aber bereits ausreichend, daß ein solches Interesse auch beim Bürgen *möglich* ist, er also nicht zwingend fremdnützig handeln muß, sondern auch eigene wirtschaftliche Interessen hinsichtlich der Hauptschuld mit einer Bürgschaft verfolgen kann. Diese Möglichkeit besteht allein schon aufgrund der Tatsache, daß nach dem BGB die Bürgschaft auch zur Verfolgung eigener sachlicher

<sup>218</sup> So auch *Baumann*, ZBB 1993, 171, 175; *Titze*, JW 1930, 3478. Gegen das Bild des altruistischen Bürgen in der heutigen Rechtspraxis auch: *Kothe*, JZ 1990, 997, 1000.

<sup>219</sup> Darauf verweisend: *Kothe*, JZ 1990, 997, 1000.

Interessen an der Hauptschuld dienen kann.<sup>220</sup> Bereits diese Feststellung macht deutlich, daß ein solches Interesse nicht zwingend zur Annahme eines Schuldbeitritts führt, sondern auch Grundlage einer Bürgschaft sein kann. *Wenn aber beiden Rechtsinstituten ein solches Interesse gemein sein kann, so kann man sie keinesfalls anhand dieses Interesses voneinander abgrenzen.*

(2) *Eigeninteresse des Beitretenden*

Dieses Ergebnis wird noch weiter erhärtet, wenn man auch den Schuldbeitritt in die Betrachtung mit einbezieht. Hier stellt die Interessentheorie zur Begründung der Formfreiheit die Prämisse auf, der Beitretende handele *stets* aufgrund eines eigenen wirtschaftlichen oder rechtlichen Interesses an der Abwicklung des Hauptschuldverhältnisses. Doch woher stammt diese Gewißheit? Was soll einen nicht in dieser Weise interessierten Dritten daran hindern, sich gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners in Form eines Schuldbeitritts zu verpflichten, weil er gerade nicht akzessorisch haften will oder ihm vom Gläubiger ein Formular vorgelegt wird, das unzweifelhaft einen Schuldbeitritt beinhaltet? Warum soll ihm eine akzessorische Bürgenhaftung aufgezwungen werden, nur weil er kein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Hauptschuld hat? In dieser Konsequenz erscheint die Interessentheorie kaum mit dem *Grundsatz der Vertragsfreiheit* vereinbar, da der Vertragstyp des Schuldbeitritts ein solches Interesse wesensmäßig nicht voraussetzt.<sup>221</sup> Es gibt kein

<sup>220</sup> Vgl. bereits RGZ 90, 415, 418 f.; RG JW 1930, 3478 und *Titze*, JW 1930, 3478. Später auch BGH WM 1962, 550, 551; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 17; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 37; *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 336; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 29 II 2, S. 258; *Pottschmidt/Rohr*, Kreditsicherungsrecht, Rn. 100; *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 4 = Bürgschaftsrecht, Rn. 26; *Schmelz*, Verbraucher-kredit, Rn. 477; *Westermann/Bydlinski*, Schuldrecht AT, Rn. 19/12; *Baumann*, ZBB 1993, 171, 175; *Coester*, JuS 1994, 370, 371.

<sup>221</sup> Die freie Wahl eines zulässigen Vertragstyps ist Teil des Vertragsfreiheit und wird nur dort beschränkt, wo die gewollten Rechtsfolgen nicht mit den wesensmäßigen Rechtsfolgen des gewählten Vertragstyps übereinstimmen – vgl. oben 1. Kapitel C. I. Daher zutreffend: MünchKomm-Habersack, BGB, Vor § 765 Rn. 11: „Freilich steht es den Parteien frei, unabhängig von einem

Merkmal in der gesamtschuldnerischen Haftung eines Schuldbeitritts, das auf ein zwingendes wirtschaftliches Eigeninteresse hindeutet. Soweit diesbezüglich auf die Anteilsverteilung in § 426 Abs. 1 BGB verwiesen wird<sup>222</sup>, muß nochmals darauf hingewiesen werden, daß diese Bestimmung ausdrücklich dispositiv gefaßt ist und daher auch andere Regreßvereinbarungen für den Schuldbeitritt zuläßt.<sup>223</sup> Auch der Hinweis auf die für die Annahme einer Gesamtschuld geforderte *Gleichrangigkeit* der Haftung<sup>224</sup> geht fehl, da mit dieser Gleichrangigkeit weder ein gleichrangiges Interesse hinsichtlich der Gegenleistung noch eine Gleichrangigkeit im Regreß gemeint ist. Mit diesem Merkmal sollen vielmehr nur solche Schuldnermehrheiten aus der Gesamtschuld herausgehalten werden, bei denen einer der Schuldner aufgrund bestimmter gesetzlicher Anordnungen von vornherein und stets primär haftet.<sup>225</sup>

Einige Vertreter der Interessentheorie begründen die aus ihr folgende Einschränkung der Vertragsfreiheit auch damit, daß eine Verpflichtung, die über das nach der Interessenlage erforderliche Maß hinausgeht, *unan-gemessen* und damit ein Hinweis auf eine Fremdbestimmung sei, was jedenfalls bei Formularverträgen eine Unwirksamkeit der Haftungsvereinbarung nach § 9 AGBG nach sich zöge.<sup>226</sup> Dabei unterschätzen sie jedoch die Anforderungen des § 9 AGBG. Zunächst stellt die Vereinbarung eines Schuldbeitritts keine Modifikation dispositiver gesetzlicher Bestimmungen im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG dar. Dies würde voraussetzen, daß die Bürgschaft, von deren Bestimmungen durch die Vereinbarung eines Schuldbeitritts ja abgewichen wird, das nach der Vorstellung des Gesetzgebers *einzig* zulässige personale Sicherungsmittel

entsprechenden Interesse des Interzedenten einen Schuldbeitritt zu vereinbaren.“; ähnlich Hellner/*Steuer-Wagenknecht*, Bankrecht, Rn. 4/1332; *Wester-mann/Bydlinski*, Schuldrecht AT, Rn. 19/12; *Baumann*, ZBB 1993, 171, 175.

<sup>222</sup> So *Reifner*, Kreditrecht, § 41 Rn. 2.

<sup>223</sup> Vgl. 1. Kapitel B. III. 5. und 5. Kapitel C. II.

<sup>224</sup> Wiederum *Reifner*, Kreditrecht, § 41 Rn. 2.

<sup>225</sup> Vgl. zum Kriterium der Gleichrangigkeit im Rahmen der Gesamtschuld im 1. Kapitel B. I.

<sup>226</sup> *Reifner*, ZIP 1990, 427, 433; *ders.* in Kreditrecht, § 41 Rn. 27; *Schröder*, Interessengegensätze beim Personalkredit, S. 102 f.

ist. Nur in diesem Fall wäre die Vereinbarung einer nichtakzessorischen Haftung ein Abweichen von wesentlichen Grundzüge der auf den Vertrag eigentlich anzuwendenden gesetzlichen Regelung. Dem ist aber nicht so. Die Bürgschaft stellt nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers nicht die alleinige Personalsicherheit dar. Er wollte vielmehr bewußt nur eine der möglichen Sicherungsformen, und zwar die gebräuchlichste unter ihnen, ausdrücklich regeln. Die anderen Formen der Garantieverträge sollten aber weiterhin zulässig vereinbart werden können.<sup>227</sup> Wenn aber die Bürgschaft nicht die einzige anerkannte Sicherungsform ist, so stellt sich die Wahl einer anderen anerkannten Sicherungsform wie dem Schuldbeitritt nicht als Abweichen von der gesetzlichen Regelung im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, sondern als bewußte Wahl einer anderen zulässigen Vertragsform dar. Die freie Wahl zwischen anerkannten Vertragstypen gewährleistet die Vertragsfreiheit in der Form, daß sie auch ohne eine besondere Rechtfertigung wie dem Vorliegen einer bestimmten Interessenlage möglich ist (sog. Typenfreiheit). In diese freie Wahl will auch § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht eingreifen.<sup>228</sup>

Es bliebe noch die Möglichkeit einer Unwirksamkeit des formularmäßigen Schuldbeitritts nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG. Danach wäre er nichtig, wenn durch die Vereinbarung eines Schuldbeitritts trotz fehlenden Eigeninteresses dem Haftenden wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt werden, daß die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist. Haftet der sichernde Dritte aus einem Schuldbeitritt, so ist seine Verpflichtung im Gegensatz zur typischen Bürgschaft weder akzessorisch noch subsidiär. Es fehlen somit wesentliche Rechte wie die Einwendungen aus §§ 768, 771 BGB, wobei § 771 BGB selbst im Bürgschaftsrecht dispositiv ist. Doch auch hier ergibt sich diese veränderte Haftung nicht aus einem Abweichen von einer vom Natur des Vertrages her zwingenden gesetzlichen Regelung. Der Gesetzgeber sah nun einmal in der Bürgschaft nicht die einzige zulässige Vertragsart zur Vereinbarung einer Personalsicherheit. Der Zweck der Absicherung eines Gläubigers durch Verschaffung eines weiteren Schuldners

<sup>227</sup> Vgl. *Mugdan*, Materialien II, S. 367; *Reichel*, Schuldmitübernahme, Vorwort S. VII.

<sup>228</sup> So auch *Heinrichsmeier*, Mithaftung des Ehegatten für Geldkredite, S. 52 ff.

läßt sich eben nicht nur durch die Vereinbarung einer Bürgschaft, sondern auch – und teilweise sogar effektiver – durch die Vereinbarung eines Schuldbeitritts oder eines Garantievertrages erreichen. Auch § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG kann somit nicht zu einer Unwirksamkeit der Schuldbeitrittsvereinbarung führen.

Als letztes bliebe damit die Möglichkeit der Unwirksamkeit der Schuldbeitrittsklausel nach § 9 Abs. 1 AGBG. Dies wäre der Fall, wenn die Vereinbarung eines Schuldbeitritts den Beitretenden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Stehen den Parteien eines Vertrages zur Erreichung ihres Vertragszweckes aber verschiedene mögliche und anerkannte Vertragstypen zu, so haben sie nach dem Grundsatz der *Vertragsfreiheit* die Wahl, welchen der Vertragstypen sie vereinbaren. Fällt ihre Wahl dann nicht auf den gesetzlich geregelten Vertragstyp, so ist allein darin noch keine unangemessene Benachteiligung des Haftenden zu sehen. Jedem ist es erlaubt, sich eines zulässigen Vertragstyps auch ohne besondere Rechtfertigung oder Interessenlage zu bedienen, solange der Vertragspartner dem zustimmt (Typenfreiheit). Allein die Vereinbarung eines anerkannten Vertragstyps reicht also nicht aus, um eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen.

Der formularmäßige Abschluß eines Schuldbeitrittsvertrages ohne wirtschaftliches Eigeninteresse scheidet also nicht an der Inhaltskontrolle des § 9 AGBG, so daß auch diese Norm keine Grundlage für die Interessentheorie liefert. Dieses Ergebnis bestätigt ein Blick in die Praxis. Die Mehrzahl der heutigen Schuldbeitrittsverträge dienen der reinen Absicherung und lassen ein eigenes Interesse des Beitretenden an der Erstschuld vermissen.<sup>229</sup> Trotzdem wurde allein aus diesem Grund von keinem Gericht ein Verstoß gegen § 9 AGBG oder § 138 BGB erwogen.<sup>230</sup>

<sup>229</sup> Darauf hinweisend: Hellner/*Steuer-Wagenknecht*, Bankrecht, Rn. 4/1332; Horn, Bürgschaften, Rn. 16; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 4; Schmelz, Verbraucherkredit, Rn. 477; Coester, JuS 1994, 370, 371. Vgl. die Sachverhalte in BGH WM 1990, 59; NJW 1991, 923; BGHZ 120, 272; BGH NJW 1994, 1726; NJW 1999, 135.

<sup>230</sup> So nahm das LG Köln (NJW 1983, 892 f.) einen Verstoß gegen § 9 AGBG erst an, wenn durch die Formulierung der Klausel verschleiert wird, welche

b) *Fortfall des Motivs für die Interessentheorie*

Der Interessentheorie fehlt jedoch nicht nur jegliche gesetzliche Grundlage, ihr ist inzwischen auch ihr Entstehungsmotiv abhanden gekommen. Sie diente ursprünglich der *Ermöglichung einer formfreien Beitrittserklärung*, um so auch mündlich geäußerte persönliche Mithaftungserklärungen wie vor Einführung des BGB als wirksame Vertragserklärungen ansehen zu können. Inzwischen hat sich der Rechtsverkehr jedoch an die Schriftform der Bürgschaft gewöhnt. Im Geschäftsverkehr der Banken erfolgen ohnehin alle Vertragserklärungen in schriftlicher Form, insbesondere auch zu Beweis Zwecken. Die bei Einführung der Schriftform der Bürgschaft spürbare Abneigung gegen das Formerfordernis, die maßgebliches Motiv für die Schaffung des Vertragstyps Schuldbeitritt und der Interessentheorie war, ist heute gänzlich verfliegen. Seinen Höhepunkt findet diese Entwicklung heute in der ganz überwiegend anerkannten analogen Anwendung der Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes auf den Schuldbeitritt.<sup>231</sup> Dadurch wird der Schuldbeitritt, soweit er die Haftung eines Verbrauchers gegenüber einem beruflich tätigen Kreditgeber begründet, der Schriftform des § 4 VerbrKrG unterworfen. Das Ziel der Interessentheorie, eine Mithaftungsvereinbarung vor dem Formerfordernis des § 766 BGB zu schützen und so auch mündlich für wirksam zu halten, ist aufgrund dieser Entwicklung heute für eine Vielzahl von Schuldbeitritten nicht mehr zu erreichen.<sup>232</sup> Die Abgrenzung des Schuld-

Haftungsart tatsächlich vereinbart werden sollte (Verstoß gegen das Transparenzgebot). Im zugrundeliegenden Fall ergab Auslegung der Haftungserklärung, daß er einen Garantievertrag vorlag. Dem Haftenden wurde dies durch die Formulierung jedoch nicht deutlich; er ging von der Vereinbarung einer Bürgschaft aus. Zu den sonstigen besonderen Umständen zur Annahme einer Unwirksamkeit des Schuldbeitritts nach § 138 BGB, § 9 AGBG vgl. 4. Kapitel C. und D.

<sup>231</sup> Siehe unten 4. Kapitel A. I.

<sup>232</sup> Gerade die im Rechtsverkehr bedeutendste Gruppe der Schuldbeitritte, nämlich zwischen Verbrauchern und beruflich tätigen Kreditgebern geschlossene Beitrittsverträge, die Kreditverträge i.S.d. VerbrKrG sichern, unterliegen nach der ganz überwiegenden Ansicht zwar nicht der Form des § 766 BGB, aber der des § 4 VerbrKrG. Demgegenüber sind Schuldbeitritte von Kaufleuten generell formfrei möglich, was allerdings wegen § 350 HGB auch auf deren Bürgschaften zutrifft. Für eine an der Formbedürftigkeit ori-

beitritts gegenüber der Bürgschaft anhand des Vorliegens eines eigenen unmittelbaren wirtschaftlichen oder rechtlichen Interesses entbehrt damit nicht nur jeglicher gesetzlicher Grundlage; sie verfehlt heute größtenteils auch den mit ihr einstmals verfolgten Zweck.

c) *Konturlosigkeit des Interessenkriteriums*

Als letzter Kritikpunkt ist schließlich noch darauf aufmerksam zu machen, daß selbst bei Verwendung des Abgrenzungskriteriums eines eigenen wirtschaftlichen Interesses *keine klaren Abgrenzungsergebnisse* erzielt wurden. Die Frage nach dem Vorliegen eines solchen Interesses eröffnet durch die notwendige Betrachtung einer Vielzahl von Begleitumständen dem jeweiligen Rechtsanwender einen kaum begrenzten Einschätzungsspielraum. Diese Konturlosigkeit ist kein nur vereinzelt auftretender Nachteil, sondern bewußt gewollte Folge der Interessentheorie. Nur so konnte die Flexibilität in der Abgrenzung erreicht werden, die notwendig war, um im Einzelfall ein mißliebiges Berufen auf den Formmangel einer mündlichen Bürgschaftserklärung mit dem Hinweis auf die Einordnung des Vertrages als Schuldbeitritt zu entkräften. Entsprechend willkürlich erschien dann auch die erfolgte Abgrenzung in einigen Reichsgerichtsentscheidungen.<sup>233</sup> Das Abgrenzungskriterium eines eigenen unmittelbaren wirtschaftlichen oder rechtlichen Interesses sollte daher auch wegen seiner Konturlosigkeit als untauglich verworfen werden.<sup>234</sup>

d) *Ergebnis*

Die Prämissen der Interessentheorie lassen sich somit in keiner Hinsicht halten. Der mit der Interessentheorie verfolgte Zweck ist in der heutigen Zeit überholt. Das Abgrenzungskriterium selbst ist wenig greifbar. Es

entierete Abgrenzung, wie sie die Interessentheorie verfolgt, bleiben damit nur noch die Fälle der Schuldbeitritte von Verbrauchern gegenüber Verbrauchern sowie von Verbrauchern zu nicht dem Verbraucherkreditgesetz unterliegenden Verpflichtungen. Zur Frage nach deren Formbedürftigkeit näher im 4. Kapitel E.

<sup>233</sup> Vgl. nur RG JW 1930, 3478 m.w.N.

<sup>234</sup> So auch *Bydlinski*, Bürgschaft, S. 46 f. und schon früher *Titze*, JW 1930, 3478.

bleibt vielmehr festzustellen, daß nach der geltenden Rechtslage sowohl der Bürge als auch der Beitretende ein eigenes wirtschaftliches oder rechtliches Interesse an der Abwicklung des Schuldverhältnisses zwischen Hauptschuldner und Gläubiger haben können; genauso kann es ihnen beiden auch fehlen. Das Kriterium selbst kann daher für die Abgrenzung beider Rechtsinstitute schlicht keine Rolle spielen.

## 2. *Kritik an der Rechtsprechung*

Nach der Ablehnung des eigenen unmittelbaren wirtschaftlichen oder rechtlichen Interesses als Abgrenzungskriterium lohnt es sich nun, einen Blick auf die Abgrenzungsversuche der Rechtsprechung zu werfen. Das Reichsgericht folgte in der Frage der Abgrenzung nach anfänglichem Zögern der Interessentheorie. Diese Entscheidungen können damit aus denselben Gründen nicht überzeugen, die gegen die Interessentheorie angeführt wurden.

Dem Vorgehen des BGH ist darin zuzustimmen, daß er versucht, zunächst auf den *eindeutigen Wortlaut* der Parteierklärungen abzustellen.<sup>235</sup> Eine enge Orientierung am vereinbarten Vertragswortlaut führt nämlich regelmäßig auch zu einem dementsprechenden Parteiwillen. Wenn die Parteien eine bestimmte Haftungsart klar bezeichnen und auch der sonstige Wortlaut des Vertrages dieser Bezeichnung entspricht, so kann ohne weiteres angenommen werden, daß die Parteien auch tatsächlich eine solche Haftung vereinbaren wollten. Die Orientierung am Wortlaut hat auch den Vorteil, im Regelfall auf eine Suche nach unbestimmten und schwer zu ermittelnden Absichten und Interessen zu verzichten und trägt damit zur Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bei.

Nur in *Ausnahmefällen* kann ein Abstellen auf den Wortlaut nicht weiterführen. Dies ist – wie der BGH richtig ausführt – dann der Fall, wenn der Wortlaut der Erklärung widersprüchlich oder mehrdeutig ist oder nur einer spontanen mündlichen Äußerung entstammt. Hier läßt sich der Parteiwille mangels sorgfältiger Formulierung nicht mehr nur aus dem Wortlaut entnehmen. Für diese Fälle entwickelte der BGH inzwischen ver-

<sup>235</sup> Dies zutreffend allgemein festhaltend: BGH NJW 2001, 144.

schiedene Kriterien, bei deren Vorliegen mit hinreichender Sicherheit auf einen gewollten Schuldbeitritt bzw. auf eine gewollte Bürgschaft geschlossen werden könne. Als eines dieser Kriterien verwendet auch der BGH noch das *eigene wirtschaftliche oder rechtliche Interesse* des Erklärenden, das regelmäßig auf einen gewollten Schuldbeitritt hindeute. Dies kann, wie bereits ausführlich ausgeführt wurde, jedoch nicht überzeugen, da ein solches Interesse ebenfalls das Motiv für die Übernahme einer akzessorischen Haftung, also einer Bürgschaft, sein kann. Auch die Aussage, ein eigenes Interesse liege häufiger beim Schuldbeitritt als bei der Bürgschaft vor, wurde weder statistisch bewiesen noch läßt sich daraus etwas für den konkret zu untersuchenden Einzelfall herleiten. Denn gerade im konkret vom Gericht zu beurteilenden Fall kann ja auch der statistische „Ausnahmefall“ eines eigeninteressierten Bürgen vorliegen. Dieses Kriterium ist daher als *unbrauchbar* zu verwerfen.

Des weiteren stellt der BGH auch darauf ab, ob eine nur subsidiäre Verpflichtung gewollt sei.<sup>236</sup> Die *Subsidiarität* ist zwar nicht zwingendes Merkmal der Bürgschaft.<sup>237</sup> Sie ist beim Schuldbeitritt jedoch wesensmäßig ausgeschlossen, da sie den Grundsätzen der Gesamtschuld und der zwingenden Identität von Erstschuld und Beitrittschuld im Beitrittszeitpunkt widerspricht.<sup>238</sup> Soweit somit eine Subsidiarität der Haftung des Sichernden vereinbart wurde, spricht dies zutreffend für das Vorliegen einer Bürgschaft.

In einer weiteren Entscheidung<sup>239</sup> stellte der BGH für die Annahme eines Schuldbeitritts entscheidend darauf ab, daß der Erklärende bei seiner

<sup>236</sup> BGH NJW 1987, 2076, 2077.

<sup>237</sup> Sie kann durch Verzicht auf die Einrede der Vorausklage nach § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB auch bei der Bürgschaft entfallen („selbstschuldnerische Bürgschaft“).

<sup>238</sup> Zum ganzen oben 1. Kapitel C. II. 2.

<sup>239</sup> BGH NJW 1986, 580, 581 – zustimmend *Coester*, JuS 1994, 370, 371; *Tiedtke*, EWiR § 414 BGB 1/85, S. 953, 954. Ebenso der österreichische OGH, ÖBA 1989, 432; JBI 1990, 322, 324 mit zustimmenden Anmerkungen von *Bydlinski* (ÖBA 1989, 433, 436; JBI 1990, 326, 327).

Haftungsübernahme sicher davon ausging, daß der Hauptschuldner seine Verpflichtung nicht wird erfüllen können. Eine Haftungsübernahme in *Kenntnis des Ausfalls des Hauptschuldners* sei einer Bürgschaft wesensfremd. Die Mithaftungsvereinbarung sei daher als Schuldbeitritt anzusehen. Hinter dieser Begründung steht die Überlegung, daß der Bürge stets nur eine Eventualhaftung übernehmen, also nur für den Fall des eventuell möglichen Ausfalls des Hauptschuldners haften wolle. Ist dieser Ausfall bei Haftungsübernahme jedoch nicht nur möglich, sondern bereits sicher, so sieht der BGH darin keine gewollte Eventualhaftung mehr, sondern aufgrund der sicheren Inanspruchnahme des Erklärenden die Übernahme einer eigenen selbständigen Verpflichtung. Hinzu kommt die Überlegung, daß der Erklärende in dieser Konstellation auch keiner Warnung nach § 766 BGB vor den Rechtsfolgen der Erklärung bedürfe.<sup>240</sup> Ihm ist vollkommen klar, daß er vom Gläubiger in Anspruch genommen wird und aufgrund der Leistungsunfähigkeit des Schuldners diese finanzielle Belastung endgültig tragen muß. Die Warnfunktion des Schriftformerfordernisses nach § 766 BGB, den unüberlegt Handelnden auf die „versteckten“ Gefahren der Eventualhaftung eines Bürgen hinzuweisen, liefe hier daher ins Leere. Es läge auch aus diesem Grunde näher, vom Vorliegen eines grundsätzlich formfreien Schuldbeitritts auszugehen.

Das Problem dieser Begründungsversuche besteht darin, daß das Bürgschaftsrecht keinesfalls nur von einer Eventualhaftung des Bürgen ausgeht, auch wenn dies nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sicherlich der Regelfall sein sollte.<sup>241</sup> Der Bürge hat nämlich die Möglichkeit, auf die Subsidiarität seiner Haftung zu verzichten und *selbstschuldnerisch* zu bürgen (§ 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB). In diesem Fall haftet er nicht erst nach dem Ausfall des Hauptschuldners, sondern als gleichrangiger Primärschuldner *unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners*

<sup>240</sup> So insbesondere *Bydlinski*, ÖBA 1989, 433, 436; JBl 1990, 326, 327.

<sup>241</sup> *Mugdan*, Materialien II, S. 373: Die Einrede der Vorausklage „enthält das Prinzip der Subsidiarität der Bürgschaftsverbindlichkeit. Der Bürge erklärt durch das Bürgschaftsversprechen ... nicht allein den Willen, erst hinter dem Erstschuldner zu haften, sondern auch den Willen, nur für den Fall einzustehen, wenn und soweit die Rechtshilfe gegen den Hauptschuldner fruchtlos versucht worden.“

vom Zeitpunkt der Entstehung der Bürgenhaftung an.<sup>242</sup> Wenn aber das Bürgschaftsrecht eine gleichrangig primäre Haftung des Bürgen unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners kennt, so kann entgegen der Ansicht des BGH eine Haftungsübernahme in Kenntnis der Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners *nicht wesensfremd* für eine Bürgschaftsübernahme sein. Daran ändert auch die fehlende Schutzbedürftigkeit des Sichernden im Hinblick auf das Formerfordernis des § 766 BGB nichts. Die Frage nach der Formbedürftigkeit einer Erklärung wird nämlich erst relevant, wenn die Einordnung der Erklärung erfolgt ist, da erst dann klar wird, welche Vorschriften überhaupt Anwendung finden können. Die Abgrenzungsfrage selbst darf von diesen Folgeproblemen nicht beeinflusst werden. Die Vermischung beider Rechtsfragen erklärt sich aus den Nachwirkungen der Interessentheorie, nach der die Formfreiheit bestimmter Erklärungen ja entscheidendes Ziel der Abgrenzungsüberlegungen war. Sollte sich bei einer als selbstschuldnerische Bürgschaft eingeordneten Vereinbarung im Einzelfall ergeben, daß der Zweck der einschlägigen Formvorschrift (§ 766 BGB) nicht erreicht werden kann, so ist an eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereiches der Norm zu denken, nicht jedoch an eine Zuordnung zu einem nicht der Norm unterliegenden Vertragstyp. Die Kenntnis der Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners im Zeitpunkt der Erklärung kann also aufgrund der möglichen Einordnung der Vereinbarung als selbstschuldnerische Bürgschaft nicht als gewichtiges Indiz für eine Abkehr von der Zweifelsregelung und für die Annahme eines Schuldbeitritts anerkannt werden.

Als letztes stellte der BGH bei unklaren Vertragserklärungen darauf ab, ob *in der Erklärung auf Bürgschaftsnormen verwiesen* wurde. Dies spräche eindeutig für das Vorliegen einer solchen.<sup>243</sup> Auch hinsichtlich dieses Kriteriums ist Vorsicht geboten, wenn man bedenkt, daß sogar von der herrschenden Ansicht das Bürgschaftsrecht auf den Schuldbeitritt nicht selten analog angewendet wird.<sup>244</sup> Dieses Kriterium ist deshalb weniger

<sup>242</sup> Vgl. Erman-Seiler, BGB, § 773 Rn. 1.

<sup>243</sup> BGH WM 1978, 1065, 1066.

<sup>244</sup> Vgl. die Befürwortung der analogen Anwendung der §§ 765 Abs. 2, 770 Abs. 1 BGB (im 3. Kapitel).

brauchbar, als es auf den ersten Blick scheint. Nur in den Fällen, in denen Bürgschaftsnormen erwähnt werden, die aufgrund ihrer Akzessorietäts- oder Subsidiaritätsregelungen keine Anwendung auf den Schuldbeitritt finden können (bspw. §§ 765 Abs. 1, 767, 768 oder 771 BGB), ist allein anhand deren Erwähnung eine sichere Abgrenzung möglich.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß der primären Orientierung des BGH am Wortlaut der Erklärung zuzustimmen ist. Soweit er bei unklaren Vertragserklärungen auf die Interessenlage oder die Kenntnis des Erklärenden von der Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners abstellt, sollte ihm nicht gefolgt werden. Diese Kriterien ermöglichen keine zweifelsbeseitigende Abgrenzung, da sie sowohl beim Schuldbeitritt wie auch bei einer Bürgschaft vorkommen können. Allein die vereinbarte Subsidiarität sowie die Verwendung nicht analogiefähiger Bürgschaftsvorschriften in der Haftungserklärung vermögen deutlich auf das Vorliegen einer Bürgschaft hinzuweisen. Hierin ist dem BGH zuzustimmen.

### 3. Lösungsvorschlag

Aus der soeben ausgeführten Kritik ergibt sich fast automatisch eine mögliche Lösung des umstrittenen Abgrenzungsproblems.

#### a) Die Bedeutung des eindeutigen Wortlauts

Ausgangspunkt für jede Auslegung ist der Wortlaut der Erklärung. Dies wird schon anhand folgender Überlegung deutlich. Bei Vertragsschluß sind drei verschiedene Konstellationen denkbar. Erstens: die Parteien wollen einen Schuldbeitritt vereinbaren; zweitens: sie wollen eine Bürgschaft vereinbaren; drittens: sie haben sich über die Art der Mithaftung keine besonderen Gedanken gemacht. In den ersten beiden Konstellationen werden die Parteien in der Regel ihren Willen dadurch zum Ausdruck bringen, daß sie in der Vereinbarung, d.h. in ihren Erklärungen, die entsprechenden *Fachausdrücke* verwenden. Sie werden die Vereinbarung als „Schuldbeitritt“ oder „(selbstschuldnerische) Bürgschaft“ überschreiben oder sie werden von einer Haftung als „Bürge“ oder als „Gesamtchuldner“ reden. Im Umkehrschluß daraus läßt sich somit feststellen, daß bei der Verwendung dieser Fachausdrücke in den Parteierklärungen ohne weitere Umstände auf einen dementsprechenden Willen der Parteien geschlossen werden kann.

Diese Vermutung kann, wie der BGH richtig ausführt, nur dadurch widerlegt werden, daß nachgewiesen wird, daß sich die Parteien bei der Benutzung der Fachausdrücke vergriffen haben, sie also trotz der eindeutigen Bezeichnung etwas anderes vereinbaren wollten. Für einen solchen *Gegenbeweis* reicht der Verweis auf eine gewisse Interessenlage nicht aus. Es müssen vielmehr konkrete Umstände des Einzelfalls dargelegt werden, die unzweifelhaft erkennen lassen, daß in Wirklichkeit z.B. eine Bürgschaft vereinbart werden sollte, obwohl die Vereinbarung als „Schuldbeitritt“ überschrieben war. Eine eindeutige Bezeichnung durch die Parteien wäre nur in diesem Ausnahmefall als „*falsa demonstratio*“ unbeachtlich. Ein solcher Beweis dürfte allerdings nur in den Ausnahmefällen gelingen, in denen der weitere Wortlaut der Erklärung der gewählten Bezeichnung eindeutig widerspricht<sup>245</sup> oder eine mündliche Erklärung vorliegt, in welcher der Wortlaut nicht sorgfältig gewählt wurde. Auch hier sind somit nicht irgendwelche außerhalb der Erklärung liegende Umstände wie eine Interessenlage, sondern nur der weitere Wortlaut der Erklärung selbst maßgeblich.

Eine gewisse Einschränkung dieser sehr weitgehenden Orientierung am eindeutigen Wortlaut der Vertragserklärung ergibt sich allerdings daraus, daß sie nur dort auf einen entsprechenden Parteiwillen treffen kann, wo man davon ausgehen darf, daß die Parteien Kenntnis von der fachlichen Bedeutung der von ihnen gewählten Begriffe und ihrer Haftungsfolgen hatten. Neben der *sachlichen Komponente* (richtiger und widerspruchsfreier Wortlaut) ist für die korrekte Abgrenzung anhand des Wortlauts also auch noch eine *persönliche Komponente* (Fachwissen des Erklärenden) erforderlich, deren Vorliegen jedoch weitgehend vermutet werden kann.

Das notwendige Fachwissen ist natürlich bei *Erklärungen durch Juristen* zu unterstellen. So werden alle notariellen Verträge sowie Erklärungen durch Anwälte oder in gerichtlichen Vergleichen die persönliche Abgrenzungskomponente erfüllen. Daneben wird man auch bei *Erklärungen durch Kaufleute* davon ausgehen dürfen, daß diese wissen, welche Be-

<sup>245</sup> Beispiele dafür sind die im 1. Kapitel unter C. II. 1.-3. dargestellten besonderen Parteivereinbarungen.

zeichnung sie für die von ihnen gewollte Art der Haftung verwenden müssen. Diese Vermutung ergibt sich aus der Regelung des § 350 HGB. Danach entfällt bei Kaufleuten das Schriftformerfordernis bei einseitigen Haftungserklärungen wie der Bürgschaft. Der Gesetzgeber ging also davon aus, daß Kaufleute wissen, welche Folgen die entsprechenden Erklärungen für sie haben, und sah deshalb jedenfalls bei Bürgschaftserklärungen keine Schutzbedürftigkeit, die eine Anwendung der Formvorschriften rechtfertigt.<sup>246</sup> Der Gesetzgeber erwartet somit ein gewisses juristisches Fachwissen von Kaufleuten. Aufgrund dieses Fachwissens dürften dann aber auch sie die persönliche Abgrenzungskomponente erfüllen.

Es bleiben damit als juristische Laien im Sinne der Auslegungsanforderungen nur die *Nichtkaufleute*, also private Verbraucher und nichtkaufmännische Unternehmer, übrig. Allerdings ist auch hier eine für die Praxis sehr wichtige Ausnahme zu machen. In vielen Fällen werden Nichtkaufleute ihre Mithaftungserklärung dadurch abgeben, daß sie einen Vertrag unterzeichnen, der diese Mithaftungserklärung als *allgemeine Geschäftsbedingung* enthält. In der Banken- und Geschäftspraxis besteht heute die überwiegende Zahl der mit den Privatkunden geschlossenen Verträge aus allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dies bedeutet aber, daß der Wortlaut der Erklärung nicht vom juristisch ungebildeten Verbraucher stammt, sondern durch den juristisch geschulten Verfasser der allgemeinen Geschäftsbedingungen, also durch die Bank oder den Händler, formuliert wurde. Dieser erfüllt die persönliche Abgrenzungskomponente, so daß bei allgemeinen Geschäftsbedingungen aus dem eindeutigen Wortlaut auch auf den Willen geschlossen werden kann, es zu einer Haftung in der bezeichneten Art kommen zu lassen. Durch die Kenntnisnahme sowie seine Unterschrift macht der Verbraucher die vorformulierte Haftungserklärung zu seiner eigenen. Er läßt sie mit ihrem eindeutigen Inhalt für und gegen sich gelten (vgl. § 2 AGBG). In diesem Fall läßt sich also auch bei der Erklärung eines juristischen Laien auf einen dem klaren Wortlaut entsprechenden Verpflichtungswillen schließen, da der Text durch eine fachlich geschulte Person verfaßt wurde.

<sup>246</sup> Vgl. *Bydlinski*, Bürgschaft, S. 22; aus der handelsrechtlichen Literatur: *Heymann-Horn*, HGB, § 350 Rn. 3; *Koller-Roth*, HGB, § 350 Rn. 1; *Brox*, Handelsrecht, Rn. 366; *Canaris*, Handelsrecht, § 26 Rn. 7.

Bei sonstigen Erklärungen durch juristische Laien sollte man allerdings nicht allein auf die Bezeichnung der Erklärung abstellen. Eine Verwendung der richtigen Fachausdrücke könnte hier reiner Zufall sein. In Erklärungen von Verbrauchern, die keine genaue Kenntnis der Bedeutung von Begriffen wie Bürgschaft oder Schuldbeitritt haben, kann man allein aus deren Verwendung nicht sicher darauf schließen, daß der Verbraucher auch die damit verbundenen rechtlichen Haftungsfolgen auslösen wollte. In diesen Fällen der reinen Laienerklärungen sollte auch bei einem eindeutigen Wortlaut der Erklärung anhand weiterer Auslegungskriterien untersucht werden, ob die gewählte Bezeichnung der gewollten Haftungsart entspricht oder ob sie zufällig gewählt wurde.

Insgesamt kommt dem deutlichen Wortlaut der Parteierklärungen aber primäre Bedeutung bei der Auslegung zu. Er wird gerade in der praktisch häufigsten Gruppe der geschäftlichen bzw. der durch allgemeine Geschäftsbedingungen erklärten Mithaftungsvereinbarungen zu einem entsprechenden Parteiwillen und damit zu einer richtigen Einordnung der Haftungserklärung führen.

b) *Kriterien bei unklarem Wortlaut*

Es bleiben somit die – gerade bei Laienerklärungen auftretenden – Fälle der dritten Konstellation übrig, in denen sich die Parteien über die Art der Haftung keine Gedanken gemacht haben bzw. der gewählte Wortlaut allein keine Rückschlüsse auf die gewollte Haftung zuläßt. Die Erklärungen bleiben in diesen Fällen hinsichtlich der Haftungsart verschwommen oder widersprüchlich. So wird häufig geäußert: „Ich hafte persönlich für die Schulden des Herrn ...“ oder „Es wird bezahlt, gegebenenfalls von mir. Verlaß Dich darauf.“ In seltenen Fällen werden auch die Fachbezeichnungen falsch verwendet. So zum Beispiel, wenn in einer mit „Bürgschaft“ überschriebenen Vereinbarung eine Haftung als „Gesamtschuldner“ begründet wird oder umgekehrt, wenn in einer mit „Schuldbeitritt“ überschriebenen Erklärung sich jemand für den Schuldner „verbürgt“ oder nur subsidiär haften soll. Es muß dann mangels eindeutigen bzw. widerspruchsfreien Wortlauts *in einer Gesamtschau aller erkennbaren Umstände* erforscht werden, ob eine akzessorische Bürgenhaftung oder eine nichtakzessorische Beitrittschaftung gewollt war. Dabei ist stets der anerkannte Grundsatz im Auge zu behalten, daß in den Fällen, in denen diese Gesamtschau zu keinem zweifelsfreien Ergebnis hinsichtlich

der gewollten Haftungsart gelangt, der untersuchte Vertrag als Bürgschaft einzuordnen ist.

Wie sich bereits aus der Analyse der einschlägigen Rechtsprechung ergeben hat, gibt es einige Umstände, die den eindeutigen Schluß auf das Vorliegen einer Bürgschaft ermöglichen. Als erstes ist die Aufnahme von *nicht analogiefähigen Bürgschaftsvorschriften* in die Parteivereinbarung zu nennen. Verweisen die Parteien auf Normen des Bürgschaftsrechts, welche die Akzessorietät oder Subsidiarität der Bürgschaft begründen oder voraussetzen<sup>247</sup>, so läßt sich daraus der eindeutige Schluß ziehen, daß die Parteien eine solche akzessorische Haftung begründen wollten und somit eine Bürgschaft vorliegt. Da ein solcher Verweis jedoch ein gewisses Fachwissen voraussetzt, dürfte dieses Kriterium bei der Einordnung von Laienerklärungen nur selten zum Zuge kommen.

Als zweiter, deutlich auf eine Bürgschaft hindeutender Umstand ist die Vereinbarung einer nur *subsidiären Haftung* des Sichernden zu nennen. Soll dieser erst dann haften, wenn die Leistung durch den Hauptschuldner nicht erbracht wird, so liegt eine Eventualhaftung vor. Diese kann es aber nur bei der Bürgschaft, nicht jedoch beim Schuldbeitritt geben. Die Vereinbarung einer subsidiären Haftung weist damit eindeutig auf das Vorliegen einer Bürgschaft hin.<sup>248</sup>

Als letzter, sicher auf eine Bürgschaft hinweisender Umstand bleibt die Vereinbarung einer *umfassenden einseitigen Einwendungserstreckung*. Kann sich der sichernde Dritte nach der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung auf alle dem Hauptschuldner zustehenden Einwendungen berufen, ohne daß ein solcher Einwendungsdurchgriff auch dem Hauptschuldner hinsichtlich der Einwendungen des Dritten zusteht, so liegt damit ohne Zweifel eine akzessorische Haftung des Dritten und folglich eine Bürgschaft vor (vgl. §§ 767, 768 Abs. 1 BGB).<sup>249</sup>

<sup>247</sup> Dies sind die §§ 765 Abs. 1, 767, 768, 771, 772, 773, 774 und 777 Abs. 1 S. 1 sowie Abs. 2 Alt. 1 BGB – näher dazu im 6. Kapitel B. II.

<sup>248</sup> Zur Unvereinbarkeit von Subsidiarität und Schuldbeitritt vgl. bereits oben 1. Kapitel C. II. 2.

<sup>249</sup> Siehe oben 1. Kapitel C. II. 1.

Bei Vorliegen einer dieser drei besonderen Umstände läßt sich somit auch bei einem unklaren Wortlaut der Erklärung eine sichere und begründete Einordnung der jeweiligen Haftungserklärung erreichen. Es handelt sich um eine Bürgschaft. Solch gewichtige Indizien sind für den typischen Schuldbeitritt nicht zu finden. Die von der Rechtsprechung angeführten Umstände können sämtlich nicht überzeugen. Die Heranziehung eines eigenen Interesses als wichtiger Anhaltspunkt geht – wie bereits ausführlich erörtert – fehl, da ein solches auch beim Bürgen vorliegen bzw. beim Schuldbeitritt fehlen kann. Auch das Abstellen darauf, ob der hinzutretende Dritte noch davon ausging, daß der Hauptschuldner zahlen werde, ist – wie oben geklärt – für sich allein kein taugliches Kriterium. Das Bewußtsein, von vornherein der vom Gläubiger beanspruchte Schuldner zu sein, ist noch kein sicherer Hinweis auf den Willen, nichtakzessorisch haften zu wollen. Das Bürgschaftsrecht kennt ebenfalls eine gleichrangige Haftung des Bürgen neben dem Hauptschuldner – die selbstschuldnerische Bürgschaft. Auch hier muß der Bürge davon ausgehen, ohne vorherige Inanspruchnahme des Hauptschuldners sofort dem Gläubiger leisten zu müssen. Dieses Kriterium führt also nicht weiter.

Als letzter klarer Hinweis auf das Vorliegen eines Schuldbeitritts kommt damit neben dem eindeutigen Wortlaut nur noch eine *vereinbarte Einwendungsbeschränkung*, ähnlich der Regelung des § 425 BGB, in Betracht. Der Bürge haftet zwingend akzessorisch. Dies bedeutet unter anderem, daß er dem Gläubiger grundsätzlich alle Einwendungen und Einreden des Hauptschuldners entgegensetzen kann (§§ 767 Abs. 1, 768 Abs. 1 BGB). Daraus könnte man schließen, daß eine vertraglich vereinbarte Einschränkung dieser Einwendungserstreckung bei der Bürgschaft nicht möglich ist und damit bei einer entsprechenden Vereinbarung keine Bürgschaft, sondern nur noch ein Schuldbeitritt oder eine Garantie vorliegen kann. Leider ist es nicht ganz so einfach. Ein Verzicht des Bürgen auf die Einreden aus § 768 BGB ist nämlich möglich.<sup>250</sup> Durch ihn wird nicht die

<sup>250</sup> Vgl. BGH WM 1963, 1302, 1303; WM 1976, 422; OLG Stuttgart WM 1986, 736, 737; Erman-Seiler, BGB, § 768 Rn. 6; MünchKomm-Habersack, BGB, § 768 Rn. 3; Palandt-Sprau, BGB, § 768 Rn. 8; RGRK-Mormann, BGB, § 768 Rn. 6; Staudinger-Horn, BGB, § 768 Rn. 32; Bülou, Kreditsicherheiten, Rn. 843.

Akzessorietät der Haftung berührt. Vielmehr verzichtet der Bürge lediglich auf ein – ihm aufgrund der Akzessorietät zustehendes – Verteidigungsmittel. Der für die Bürgschaft zwingende Akzessorietätsgrundsatz wird erst dann verletzt, wenn ein Einwendungsverzicht bewirkt, daß der Bürge trotz einer Haftungsminderung beim Hauptschuldner unvermindert forthaften muß, und damit über § 768 BGB hinaus auch in § 767 Abs. 1 BGB eingreift. Dies ist jedoch bei den üblichen Einreden des Hauptschuldners (Verjährung, Stundung, Zurückbehaltungsrecht usw.) nicht der Fall. Daraus folgt, daß eine weitgehende Einwendungsbeschränkung auch bei der Bürgschaft möglich ist. Erst dann, wenn durch einen Einwendungsverzicht in § 767 Abs. 1 BGB eingegriffen wird, also die Akzessorietät der Bürgenhaftung aufgehoben wird, indem es dem Bürgen verwehrt wird, sich auf einen veränderten Haftungsumfang der Hauptschuld zu berufen, kann nicht mehr vom Vorliegen einer Bürgschaft gesprochen werden. Ein solcher Einwendungsverzicht macht deutlich, daß die Parteien eine selbständige Haftung vereinbaren wollten.<sup>251</sup> Ob diese Vereinbarung dann als Schuldbeitritt oder als Garantievertrag einzuordnen ist, bedarf allerdings einer weiteren Untersuchung.<sup>252</sup> Ein die Akzessorietät

<sup>251</sup> Aus diesem Grund kann es nicht überzeugen, wenn für den Fall, daß eine solche Verzichtsklausel Teil allgemeiner Geschäftsbedingungen ist, anstelle der Einordnung des gesamten Vertrags als Schuldbeitritt oder Garantie von der Unwirksamkeit der Klausel nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ausgegangen wird, um so weiterhin eine (dann ja wieder akzessorische) Bürgenhaftung annehmen zu können – vgl. BGHZ 95, 350, 356 f.; BGH NJW 1993, 1917, 1919; Erman-Hefermehl/Werner, AGBG, § 9 Rn. 153; Palandt-Heinrichs, AGBG, § 9 Rn. 73; Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 71. Es ist zirkelschlüssig, die Verzichtsklausel im Hinblick auf die zweifelsohne gegebene Abweichung von wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Regelung der Bürgschaft für unwirksam zu erklären, da gerade aufgrund der Klausel ja erhebliche Zweifel daran bestehen, daß die Bürgenhaftung überhaupt die mit dem Vertrag vereinbarte Haftungsart ist. Ist der Inhalt der Klausel wirklich gewollt (und davon ist auszugehen), dann macht sie deutlich, daß die Parteien gerade keine akzessorische Haftung vereinbaren wollten. Die Verzichtsklausel führt daher wie in den Fällen des individualvertraglich vereinbarten Einwendungsverzichts zur Einordnung des Vertrages als (wirksame) Garantie oder wirksamer Schuldbeitritt.

<sup>252</sup> Dazu genauer im nächsten Abschnitt (B. II. 2.).

aufhebender Einwendungsverzicht spricht somit zwar klar gegen eine Bürgschaft, kann aber nicht sicher auf das Vorliegen eines Schuldbeitritts hindeuten.

Es lassen sich somit nur besondere Umstände ausmachen, die einen hinreichend sicheren Schluß auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Bürgschaft ermöglichen. Gerade jedoch bei kurzen mündlichen Äußerungen werden diese besonderen Kriterien nicht erkennbar sein. Äußerungen, wie z.B. „Ich hafte persönlich für Herrn ...“, lassen kaum eines der aufgezählten eindeutigen Merkmale zum Zuge kommen. Es ergibt sich somit ein nicht unbeachtlicher Bereich von nicht zweifelsfrei einzuordnenden Erklärungen.

In diesen Fällen bleibt nur die Einordnung als Bürgschaft. Dieser Schluß ergibt sich nicht daraus, daß ihre Haftung weniger gefährlich ist als die des Schuldbeitritts, sondern aus ihrer gesetzlichen Regelung. Nach dem Willen des Gesetzgebers sind Vereinbarungen, durch die sich jemand gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen, grundsätzlich Bürgschaftsverträge (§ 765 Abs. 1 BGB). Eine Abweichung von dieser Grundsatzentscheidung ist nur dort möglich, wo sich der Dritte erkennbar nicht verbürgen will. *Der Wille zur Begründung einer anderen Haftung muß also klar hervortreten.* Genau daran fehlt es aber in den übrig bleibenden Zweifelsfällen. Hier wird gerade kein Wille hinsichtlich einer bestimmten Haftungsart deutlich. Es muß deshalb bei der Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers bleiben. *Die nicht sicher einzuordnenden Erklärungen sind als Bürgschaft anzusehen.*<sup>253</sup>

<sup>253</sup> Diese Zweifelsregelung ist allgemein anerkannt: vgl. RGZ 90, 415, 417; BGHZ 6, 386, 397; BGH NJW 1986, 580; OLG Hamm NJW 1988, 3022; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 18; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl v § 414 Rn. 4; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 37; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 13; Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu § 765 ff Rn. 368; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1375; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1332; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 5; Westermann/Bydlinski, Schuldrecht AT, Rn. 19/12; Coester, JuS 1994, 370, 371; Weitzel, JuS 1981, 112, 113; Titze, JW 1930, 3478.

*c) Ergebnis*

Ausgangspunkt und Grundlage der Abgrenzungserwägungen ist der Grundsatz, das bei nicht behebbaren Zweifeln die untersuchte Haftungsvereinbarung aufgrund der gesetzgeberischen Leitentscheidung als Bürgschaft einzuordnen ist. Ein Abweichen hiervon ist in den Fällen möglich, in denen aufgrund gewichtiger Indizien der Wille zu einer von der Bürgschaft verschiedenen Haftungsart deutlich wird. Ein solches Indiz stellt insbesondere der Wortlaut der Vereinbarung dar. Wo dieser die Haftungsart eindeutig und widerspruchlos bezeichnet sowie nicht durch einen juristischen Laien formuliert wurde, läßt er einen sicheren Schluß auf einen dementsprechenden Parteiwillen zu. Die Mehrzahl der in der Geschäftswelt auftretenden Mithaftungserklärungen dürften damit sicher einzuordnen seien.

Es bleiben die Erklärungen übrig, bei denen der Wortlaut keine eindeutige Einordnung ermöglicht. Hier lassen sich nur drei Kriterien nennen, die den sicheren Schluß auf das Vorliegen einer Bürgschaft ermöglichen: der Verweis auf nicht analogiefähige Bürgschaftsnormen, die Vereinbarung einer nur subsidiären Haftung des Dritten sowie die Vereinbarung einer umfassenden Einwendungserstreckung im Sinne der §§ 767, 768 Abs. 1 BGB. Daneben macht ein die Akzessorietät aufhebender Einwendungsverzicht deutlich, daß gerade keine Bürgschaft vorliegen soll. Für danach immer noch unklare Erklärungen bleibt aufgrund der gesetzgeberischen Grundentscheidung nur die Einordnung als Bürgschaft.

## **B. Die Abgrenzung von der Garantie**

Die Abgrenzung des Schuldbeitritts von der Garantie ist nicht einfacher als die von der Bürgschaft, obwohl auch hier die dogmatischen Unterschiede unbestritten sind. Bevor man also mit der Suche nach Abgrenzungskriterien beginnen kann, muß zunächst auf die markanten Eigenarten des Garantievertrages eingegangen werden.

Da sich die vorliegende Arbeit auf die Personalsicherheiten beschränken soll, ist hier nur die Fallgruppe der Garantieverträge von Interesse, in denen sich die Garantie auf die Erbringung einer Leistung durch einen Dritten bezieht. Diese Garantie dient ebenso wie die Bürgschaft oder der Schuldbeitritt der Absicherung des Gläubigers vor dem Ausfall eines

Dritten und ist damit die dritte Form der Personalsicherheiten. Sie wird teilweise als Forderungsgarantie<sup>254</sup>, teilweise als Interzessionsgarantie<sup>255</sup> oder auch als Leistungsgarantie<sup>256</sup> bezeichnet.

## I. Unterschiede zwischen Garantie und Schuldbeitritt

Der Garantievertrag ist – allgemein formuliert – das selbständige Versprechen, einem anderen dafür einzustehen, daß ein bestimmter tatsächlicher oder rechtlicher Erfolg eintritt oder die Gefahr eines bestimmten künftigen Schadens sich nicht verwirklicht.<sup>257</sup> Es handelt sich also um eine verschuldensunabhängige Haftung, die auch untypische Risiken erfaßt.<sup>258</sup>

Bei der *Forderungsgarantie* verspricht der Garant dem Gläubiger einer Forderung, für die Erfüllung dieser Forderung persönlich einzustehen, auch wenn die Forderung nicht bestehen sollte. Der garantierte Erfolg ist damit die Befriedigung eines Leistungsinteresses des Gläubigers. Die Verpflichtung des Garanten besteht dabei *vollständig unabhängig von der jeweils gesicherten Schuld*, so daß der Garant selbst dann für den Eingang der Leistung beim Gläubiger haftet, wenn den (angeblich) schuldenden

<sup>254</sup> So z.B. Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 255; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1340 ff.

<sup>255</sup> So z.B. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 64 III, S. 73.

<sup>256</sup> So z.B. Weber, JuS 1972, 9, 14.

<sup>257</sup> Vgl. RGZ 90, 415, 416; 103, 231, 237; 146, 120, 123; BGH NJW 1999, 1542, 1543; MünchKomm-Habersack, BGB, Vor § 765 Rn. 13; RGRK-Mormann, BGB, Vor § 765 Rn. 5; Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 194; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1340; Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht, S. 807; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1291.

<sup>258</sup> BGH WM 1955, 265, 266; NJW 1960, 1567; WM 1968, 680, 682; NJW 1999, 1542, 1544; MünchKomm-Habersack, BGB, Vor § 765 Rn. 13; Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht, S. 808; Graf v. Lambsdorff/Skora, Bürgschaftsrecht, Rn. 12; Liesecke, WM 1968, 22, 24.

Dritten tatsächlich keine Leistungspflicht trifft.<sup>259</sup> Sie ist aus diesem Grund die für den Gläubiger stärkste Personalsicherheit.

Wesentliches Merkmal der Garantiehaftung ist also ihre völlige Unabhängigkeit von dem Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger. Sie ist *nie akzessorisch*. Diese Unabhängigkeit geht beim Garantievertrag jedoch weiter als beim Schuldbeitritt. Dem Garanten stehen bei Inanspruchnahme durch den Gläubiger weder die Einwendungen des Schuldners zu noch kann er sich darauf berufen, daß die gesicherte Forderung nicht entstanden oder bereits erloschen ist.<sup>260</sup> Er kann sich lediglich mit Einwendungen aus dem Garantievertrag selbst verteidigen, also damit, daß der Garantievertrag nicht wirksam entstanden oder bereits erloschen ist sowie damit, daß der vereinbarte (formelle) Garantiefall nicht eingetreten ist.<sup>261</sup> Dem Garanten stehen folglich nur sehr wenige Verteidigungsmittel zur Seite. Dieser sehr *weitgehende Einwendungsausschluß* kennzeichnet die Garantie. Durch ihn wird die Garantie für den Gläubiger interessant, da er ein Sicherungsmittel erhält, bei dessen Geltendmachung er nicht die Verzögerung der Leistung durch die Einwendung vieler Ge-

<sup>259</sup> Vgl. RGZ 72, 138, 140; BGH NJW 1967, 1020; WM 1968, 680, 682; NJW 1996, 2569, 2570; Erman-Seiler, BGB, Vor § 765 Rn. 19; Jauernig-Vollkommer, BGB, Vor § 765 Rn. 12; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 19; Palandt-Sprau, BGB, Einf v § 765 Rn. 16; RGRK-Mormann, BGB, Vor § 765 Rn. 5; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 11; Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 202; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1340a; Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht, S. 808; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 37 II 2c, S. 322; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1292; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 64 III 2a, S. 75; Weber, Kreditsicherheiten, S. 112; Bydlinski, AcP 190, 165, 169 f.; Liesecke, WM 1968, 22, 24.

<sup>260</sup> Vgl. Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 204; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1347, 1354 ff.; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1292, 4/1295; Weber, JuS 1972, 9, 14. Begrenzt wird dieser weitgehende Einwendungsausschluß nur durch den Grundsatz von Treu und Glauben und dem daraus folgenden Rechtsmißbrauchsverbot.

<sup>261</sup> Vgl. Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 242 ff.; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1353; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1295.

genrechte befürchten muß. Andererseits ist diese verschärfte Haftung für den Sichernden besonders gefährlich, da er aufgrund der geringen Einwendungsmöglichkeiten zunächst zahlen muß. Zwar hat er danach einen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Dritten ( z.B. aus Auftrag oder Geschäftsbesorgung, §§ 670, 675 BGB).<sup>262</sup> Er trägt dann aber das Risiko, diesen Regreßanspruch beim Dritten nicht durchsetzen zu können.

Anders als beim Schuldbeitritt ist eine Vereinbarung über die nur *subsidiäre Inanspruchnahme des Garanten* mit den Wesensmerkmalen des Garantievertrags nicht völlig unvereinbar. Hier muß differenziert werden. So darf dem Garanten keine Einrede nach dem Vorbild der Einrede der Vorausklage des § 771 BGB zugestanden werden. Dies ergibt sich zwar nicht aus einer zwingenden selbstschuldnerischen Haftung wie beim Schuldbeitritt. Der Garant übernimmt nämlich keine fremde Schuld als eigene, sondern begründet eine von der gesicherten Schuld völlig getrennte Ausfallhaftung.<sup>263</sup> Die Annahme einer selbstschuldnerischen Verpflichtung ist daher beim Garanten nicht möglich, da er nicht Schuldner einer gesicherten Schuld wird.<sup>264</sup> Trotzdem verbietet sich auch hier die Annahme einer solchen Art der Subsidiarität. Dies folgt daraus, daß der Garant völlig unabhängig von der gesicherten Schuld haftet. Ihm stehen deshalb keinerlei Einwendungen hinsichtlich dieser Schuld zu. Es muß ihm daher auch stets verwehrt sein, sich darauf zu berufen, der Drittschuldner sei leistungsfähig und deshalb zuerst in Anspruch zu nehmen. Dieses der Einrede der Vorausklage entsprechende Verteidigungsmittel widerspricht der völligen Unabhängigkeit der Garantenhaftung von der Drittschuld und ist deshalb mit den Grundsätzen der Garantiehaftung nicht zu vereinbaren.<sup>265</sup>

<sup>262</sup> Vgl. *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 1357; *Hellner/Steuer-Wagenknecht*, Bankrecht, Rn. 4/1293, 4/1302.

<sup>263</sup> Darauf auch hinweisend: *RGRK-Mormann*, BGB, Vor § 765 Rn. 5; *Hellner/Steuer-Wagenknecht*, Bankrecht, Rn. 4/1333.

<sup>264</sup> Anders *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 1352, der wie beim Schuldbeitritt eine selbstschuldnerische Haftung des Garanten annimmt.

<sup>265</sup> Gegen eine Analogie zu § 771 BGB auch *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 64 III 3c, S. 78 – a.A. wohl *Marwede*, BB 1975, 985, 988, der jedoch die Bedeutung der Unabhängigkeit der Garantenhaftung verkennt und unzutref-

Ungeachtet dessen gibt es bei der Garantie im Gegensatz zum Schuldbeitritt jedoch einen anderen Weg, die Haftung des Garanten erst einsetzen zu lassen, wenn der Gläubiger erfolglos gegen den Schuldner vorgegangen ist. Dies geschieht durch eine entsprechende Vereinbarung des Garantiefalls. Die Parteien können vereinbaren, daß der Garantiefall erst eintritt, wenn die Leistungsunfähigkeit des Schuldners feststeht. Die Leistungspflicht des Garanten würde in diesem Garantiefall erst nach einer erfolglosen Inanspruchnahme des Schuldners entstehen. Die Haftung des Garanten entspräche damit einer Art subsidiärer Haftung.<sup>266</sup> Eine solche Vereinbarung ist hier im Gegensatz zum Schuldbeitritt möglich, da die Garantenschuld nie identisch mit der gesicherten Schuld sein muß. Aus ihrer völligen Unabhängigkeit folgt vielmehr, daß die Parteien den Garantiefall frei festlegen können. Der Unterschied dieser Art der Subsidiarität zur Einrede der Vorausklage besteht darin, daß sich der Garant nicht auf das Bestehen einer anderen *vorrangigen* Schuld beruft, sondern daß der Umfang seiner Verpflichtung *überhaupt nur in der Höhe entsteht*, in welcher der Gläubiger beim Schuldner ausfällt. Soweit dieser leistet, besteht der Anspruch des Gläubigers gegen den Garanten mangels Schadens überhaupt nicht. Es liegt hier also im Gegensatz zur Einrede der Vorausklage keine Durchsetzbarkeitssubsidiarität, sondern eine Bestands-subsidiarität vor.<sup>267</sup> Diese ist anders als beim Schuldbeitritt mit den Grundsätzen des Garantievertrages vereinbar.

Zusammenfassend lassen sich somit folgende Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen der Garantie und dem Schuldbeitritt feststellen:

Die Garantie kann wie der Schuldbeitritt der Absicherung des Gläubigers vor dem Ausfall eines Dritten dienen. Sie ist dann wie der Schuldbeitritt ein nichtakzessorisches Sicherungsmittel. Beide begründen also eine selbständige Verpflichtung des persönlich Sichernden. Der Garant will aber keine mit der gesicherten Schuld inhaltsgleiche Verpflichtung be-

send in der Vereinbarung einer Garantie auf erstes Anfordern nur einen ausdrücklichen Ausschluß der Einrede der Vorausklage sieht.

<sup>266</sup> Vgl. Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 196 (sog. Einbringlichkeits- oder Ausfallgarantie).

<sup>267</sup> Vgl. Medicus, JuS 1977, 637, 638.

gründen, sondern eine von Anfang an völlig unabhängige und selbständige Verpflichtung eingehen. Er haftet deshalb für den Eingang der Leistung des Dritten beim Gläubiger ohne Rücksicht auf das Bestehen der Leistungspflicht oder auf Einwendungen des Dritten. Es gibt also keinerlei Verknüpfungen zwischen der gesicherten Schuld und der Garantieverpflichtung, so daß im Gegensatz zum Schuldbeitritt auch keine Gesamtschuld entstehen kann.

## II. Abgrenzungskriterien

Aus den gerade dargestellten dogmatischen Unterschieden gilt es nun, möglichst eindeutige Abgrenzungskriterien zu entwickeln. Aus der Rechtsprechung lassen sich hierfür keine Beispiele entnehmen. Sie konzentriert sich ganz auf die Fragen der Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft. Dieses Problem beherrscht auch die einschlägige Literatur. Daneben wird die Frage der Abgrenzung von Schuldbeitritt und Garantie nur sehr beiläufig erwähnt.<sup>268</sup> Es bietet sich daher an, zunächst zu untersuchen, nach welchen Kriterien die Garantie von der Bürgschaft abzugrenzen ist. Soweit dabei Kriterien gefunden werden, die deutlich auf das Vorliegen einer Garantie hinweisen, können diese Kriterien auch für die Abgrenzung zum Schuldbeitritt nützlich sein.

### 1. Kriterien für das Vorliegen einer Garantie

Maßgeblicher Unterschied zwischen Garantie und Bürgschaft ist wie beim Schuldbeitritt die Frage der Akzessorietät. Wollen die Parteien eine akzessorische Haftung des Dritten, so liegt eine Bürgschaft vor. Soll der Dritte völlig selbständig haften, so wurde eine Garantie vereinbart. In Zweifelsfällen ist grundsätzlich eine Bürgschaft anzunehmen, da sie die

<sup>268</sup> Die Darstellungen beschränken sich in der Regel auf den Hinweis auf die oben festgestellten dogmatischen Unterschiede, ohne genaue Abgrenzungskriterien anzuführen: vgl. Erman-Westermann, BGB, Vor § 414 Rn. 10; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 39; RGRK-Mormann, BGB, Vor § 765 Rn. 5; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 11; Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 219; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1333.

gesetzliche Regelform ist. Ein Abweichen davon ist nur bei eindeutigem Vorliegen *besonderer Umstände* gerechtfertigt, die den Schluß auf den Willen zu einer selbständigen Haftung zulassen.<sup>269</sup>

Wie beim Schuldbeitritt wurde auch hier versucht, für die Abgrenzung zur Bürgschaft das Kriterium des eigenen Interesses des Dritten heranzuziehen. Es wird die Ansicht vertreten, eine formlos gültige Garantie könne nur angenommen werden, wenn der Dritte ein ganz nachhaltiges eigenes wirtschaftliches Interesse am garantierten Erfolg habe.<sup>270</sup> Dieses Kriterium ist hier aus denselben Gründen unbrauchbar, die bereits in der obigen Diskussion beim Schuldbeitritt angeführt wurden.<sup>271</sup> Es ist zu verwerfen.

Die Rechtsprechung und die überwiegende Literaturansicht gehen zur Problemlösung weitgehend denselben Weg wie bei der Abgrenzung von Schuldbeitritt und Bürgschaft. Sie orientieren sich primär am *eindeutigen Wortlaut*. Insbesondere bei Äußerungen fachkundiger Personen sei der klare und eindeutige Wortlaut ein sehr wichtiges Indiz.<sup>272</sup> Nur besonders gewichtige Umstände könnten dann eine dem Wortlaut nicht entsprechende Auslegung der Erklärung rechtfertigen. Das eigene Interesse des Dritten sei zwar ein Anhaltspunkt für die Annahme eines Garantievertrages. Sein Vorliegen oder Fehlen reiche aber allein grundsätzlich nicht dazu aus, entgegen dem eindeutigen Wortlaut einer Verpflichtung zu

<sup>269</sup> Vgl. RGZ 90, 415, 417; BGH WM 1955, 265, 266; WM 1962, 576, 577; NJW 1967, 1020, 1021; RGRK-Mormann, BGB, Vor § 765 Rn. 5; Weitzel, JuS 1981, 112, 113.

<sup>270</sup> Vgl. MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 19; Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht, S. 809; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 37 II 2c, S. 322.

<sup>271</sup> Siehe oben A. IV. 1. – zur Ablehnung bzgl. der Garantie vgl. nur Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 64 III 3a, S. 76; Westermann, Jura 1991, 567, 569.

<sup>272</sup> Vgl. BGH WM 1956, 1293; WM 1961, 204, 206; WM 1968, 680, 681; WM 1975, 348, 349; WM 1979, 457; OLG Hamburg WM 1983, 188, 189; Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 217; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1350; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 64 III 3a, S. 76 – dagegen noch RG JW 1923, 368.

entscheiden.<sup>273</sup> Bei mehrdeutigen Erklärungen stellt allerdings auch die Rechtsprechung auf das eigene Interesse als ein Indiz für die Annahme einer Garantie ab.<sup>274</sup> Sie sucht in diesen Fällen aber oft auch nach anderen Umständen, die den Schluß auf eine Akzessorietät bzw. Nichtakzessorietät zulassen. So wurde eine Garantie angenommen, wenn der Dritte auch für den Fall des *Nichtbestehens der gesicherten Forderung* haften soll und gerade *keine Einwendungen bezüglich der gesicherten Schuld* geltend machen darf.<sup>275</sup>

Diesem Vorgehen der Rechtsprechung und der ihr folgenden Literatur ist überwiegend zuzustimmen. Wie bereits zur Frage der Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldbeitritt genauer ausgeführt wurde<sup>276</sup>, muß dem eindeutigen und widerspruchsfreien Wortlaut eine besondere Bedeutung bei der Auslegung der Haftungserklärungen zukommen. Eine dem nicht entsprechende Auslegung kann nur dann erfolgen, wenn sich die Parteien evident in der Wortwahl vergriffen haben und deshalb der Ausnahmefall einer „falsa demonstratio“ vorliegt. Ergibt der Wortlaut keinen eindeutigen Hinweis auf die gewollte Haftungsart, so ist nach anderen Kriterien zu suchen, die eine sichere Einordnung der Erklärung ermöglichen. Das eigene Interesse des Dritten kann dabei kein beachtenswerter Anhaltspunkt sein. Wie bereits dargelegt, kann ein solches Interesse auch bei einer Bürgschaft vorhanden sein und allein schon aus diesem Grunde

<sup>273</sup> So BGH WM 1955, 265, 266; WM 1956, 1293, 1294; WM 1962, 576, 577; WM 1964, 61, 62; WM 1975, 348, 349; WM 1982, 1324; Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 217; Graf v. Lambsdorff/Skora, Bürgschaftsrecht, Rn. 12; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1303.

<sup>274</sup> Vgl. BGH WM 1962, 576, 577; WM 1982, 632; ebenso: RGRK-Mormann, BGB, Vor § 765 Rn. 5; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1350; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1303.

<sup>275</sup> So BGH NJW 1967, 1020, 1021; WM 1982, 632; WM 1982, 1324, 1325; OLG Hamburg WM 1983, 188, 189; ähnlich bereits RGZ 163, 91, 99 – zustimmend: RGRK-Mormann, BGB, Vor § 765 Rn. 5; Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 217; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 64 III 3a, S. 76; Westermann, Jura 1991, 567, 569.

<sup>276</sup> Vgl. oben A. IV. 3. a).

nicht sicher auf das Vorliegen einer selbständigen Haftung hindeuten.<sup>277</sup> Das zweite, in der Rechtsprechung verwandte Kriterium der erkennbar gewollten vollständigen Unabhängigkeit der Haftung des Sichernden von der des Hauptschuldners spricht schon eher für das Vorliegen einer Garantie. Allerdings ist hier zu beachten, daß nicht jeder Einwendungsausschluß zu Lasten des Dritten sofort zur Annahme einer Garantie führen kann. Auch der Bürge kann auf Einreden aus der Hauptschuld verzichten, solange dadurch nicht die Akzessorietät beseitigt wird.<sup>278</sup> Der Einwendungsausschluß muß folglich soweit gehen, daß der sichernde Dritte selbst dann weiterhaftet, wenn die Hauptschuld nicht oder nicht mehr besteht. Erst dann also, wenn klar wird, daß der Dritte nach dem Willen der Parteien völlig unabhängig von der gesicherten Schuld und ausschließlich auf das Leistungsinteresse des Gläubigers bezogen haften soll, kann man in den Fällen unklaren Wortlauts vom Vorliegen einer Garantie ausgehen.

In den Fällen aber, in denen weder der Wortlaut eindeutig ist noch dieser Wille klar erkennbar wird, bleibt nur eine Einordnung der Haftungserklärung unter den gesetzlichen Regelfall der Mithaftung. Es liegt dann eine Bürgschaft vor.

## 2. Kriterien für die Abgrenzung von Schuldbeitritt und Garantie

Nachdem nun erkennbar geworden ist, woraus man auf das Vorliegen einer Garantie schließen kann, sind diese Kriterien auf die Frage der Abgrenzung der Garantie zum Schuldbeitritt anzuwenden. Primäres Auslegungskriterium ist daher auch hier der *eindeutige, widerspruchsfreie und fachlich richtige Wortlaut der Erklärung*. Die Verwendung der Begriffe „Garantie“ oder „Schuldbeitritt“ bzw. „Gesamtschuld“ hat somit entscheidende Bedeutung. Eine abweichende Auslegung ist wiederum nur möglich, wenn sich zweifelsfrei nachweisen läßt, daß sich die Parteien bei der Wortwahl vergriffen haben.<sup>279</sup>

<sup>277</sup> Vgl. oben A. IV. 1. a) (1).

<sup>278</sup> Zu dieser Frage bereits oben A. IV. 3. b).

<sup>279</sup> Zur Wortlautauslegung ausführlich oben A. IV. 3. a). Diese Auslegungsgrundsätze gelten hier entsprechend.

Ist der Wortlaut der Erklärung unklar, also mehrdeutig, widersprüchlich, von Laien oder spontan mündlich geäußert worden, so ist zu beachten, daß *in Zweifelsfällen* die Vereinbarung als *Bürgschaft* einzuordnen ist, da diese den gesetzlichen Regelfall der Mithaftung Dritter darstellt. Zur Einordnung als Schuldbeitritt oder Garantie ist also bei unklaren Parteierklärungen das Vorliegen von solchen Umständen notwendig, die eindeutig auf das Vorliegen einer selbständigen Haftung hindeuten. Nach den bisherigen Untersuchungen kommt hierfür allein ein *die Akzessorietät aufhebender Einwendungsausschluß* in Betracht. Dieser führt zur Einordnung der Erklärung als Garantie, wenn der Mithaftende auf *alle* die Hauptschuld betreffenden Einwendungen verzichtet. In diesem Fall haftet er auch dann, wenn die gesicherte Schuld bereits bei Haftungsübernahme nicht bestand. Eine solche Unabhängigkeit ist mit der dem Schuldbeitritt eigenen Gesamtwirkung der §§ 422 bis 424 BGB und seiner Beitrittsakzessorietät nicht zu vereinbaren.<sup>280</sup> Gerade diese Unabhängigkeit der Haftung des Sichernden kennzeichnet aber die Garantie. Für eine Einordnung des Vertrags als Schuldbeitritt spricht ein Einwendungsausschluß in den Fällen, in denen der Sichernde nur auf die Erstreckung von Tatsachen verzichtet, die beim Erstschuldner erst nach dem Vertragsschluß entstehen und nicht der Gesamtwirkung der §§ 422 bis 424 BGB unterliegen.<sup>281</sup> Ein solch komplizierter Verzicht wird sich jedoch kaum je in einer als unklar anzusehenden Erklärung finden lassen, so daß seine Indizwirkung in der Praxis sehr gering sein dürfte. Mangels sonstiger eindeutiger Abgrenzungskriterien werden unklare Haftungsvereinbarungen daher häufig aufgrund nicht behebbarer Zweifel weder als Schuldbeitritt noch als Garantie, sondern als Bürgschaft einzuordnen sein.

<sup>280</sup> Vgl. 1. Kapitel C. II. 3. bezüglich der Gesamtwirkung und 5. Kapitel B. I. bezüglich der Erstreckung aller Einwendungen der Erstschuld, die im Beitrittszeitpunkt bestehen.

<sup>281</sup> Zu denken ist hierbei insbesondere an eine dem § 425 BGB entsprechende Klausel, nach der beim Erstschuldner eintretende Verzugs- oder Unmöglichkeitfolgen keine Auswirkungen auf die Verpflichtung des Sichernden haben sollen. Ein bloßer Verzicht auf Einreden des Erstschuldners im Sinne des § 768 BGB (Verjährung, Mangleinrede, Zurückbehaltungsrecht) reicht allerdings nicht, da auch ein Bürge auf diese verzichten kann.

### **III. Zusammenfassung**

Die Abgrenzung zwischen Schuldbeitritt und Garantie wird maßgeblich vom Wortlaut der Erklärung bestimmt. Wo dieser eindeutig ist und von fachkundigen Personen stammt, kann eine Abgrenzung allein am Wortlaut erfolgen. Der Gegenbeweis ist dabei natürlich möglich, wenn dargelegt werden kann, daß die Parteien trotz des eindeutigen Wortlauts etwas anderes gewollt hatten.

Bei unklarem Wortlaut besteht die Besonderheit, daß die Zweifelsregelung weder auf den Schuldbeitritt noch auf die Garantie, sondern auf die Bürgschaft als gesetzlichen Regelfall der Mithaftung verweist. Allein wenn der Wille zu einer selbständigen Haftung dadurch erkennbar wird, daß dem sichernden Dritten keine Einwendungen bezüglich der gesicherten Schuld zustehen sollen, kann sicher vom Vorliegen einer Garantie ausgegangen werden. Verzichtet der sichernde Dritte nur auf die Gesamtwirkung von Tatsachen, welche nach Vertragsschluß beim Schuldner eintreten, nicht der Gesamtwirkung der §§ 422 bis 424 BGB unterliegen und keine Einreden im Sinne des § 768 BGB darstellen, so spricht dies für das Vorliegen eines Schuldbeitritts. Im Regelfall dürfte bei unklaren Erklärungen jedoch nur die allgemeine Zweifelsregel eingreifen und daher eine Bürgschaft anzunehmen sein.

#### **C. Die Abgrenzung von der Erfüllungsübernahme**

Die Abgrenzung des Schuldbeitritts von der Erfüllungsübernahme ist weit weniger problematisch als die zu Bürgschaft und Garantie. Dies liegt darin begründet, daß der Gläubiger aus einer Erfüllungsübernahme keinen Zugriff auf einen weiteren Schuldner erhält. Sie eignet sich deshalb auch nicht als Sicherungsmittel. Die Abgrenzung zur Erfüllungsübernahme kann aber in Fällen des indirekten Übernahmeschuldbeitritts relevant werden, wenn der hinzutretende Dritte gegen eine Inanspruchnahme des Gläubigers einwendet, dieser habe kein eigenes Forderungsrecht, da der Vertrag zwischen ihm und dem Schuldner nur eine Erfüllungsübernahme darstelle.

## I. Der Begriff der Erfüllungsübernahme

Die Erfüllungsübernahme ist ein Vertrag, durch den ein Dritter dem Schuldner verspricht, ihn von seiner Schuld zu befreien, indem er dessen Gläubiger befriedigt, ohne daß die Schuld auch nach außen hin auf den Dritten übergehen soll. Sie ist also stets ein Vertrag zwischen Schuldner und Drittem ohne Beteiligung des Gläubigers. Dieser erhält aus der Vereinbarung regelmäßig auch kein eigenes Forderungsrecht gegen den hinzutretenden Dritten (vgl. § 329 BGB); nur der Schuldner kann vom Dritten die Leistung an den Gläubiger verlangen. Es handelt sich damit um einen unechten Vertrag zugunsten des Gläubigers.<sup>282</sup>

Die Erfüllungsübernahme führt also nur zu einer *internen Schuldübernahme*. Der Dritte soll die Last der Schuld im Innenverhältnis tragen, während der Schuldner entlastet wird. Die Erfüllungsübernahme kann daher die Vorstufe zur Schuldübernahme nach § 415 BGB sein, wo dann auch gegenüber dem Gläubiger, also im Außenverhältnis, allein der Dritte die Schuld tragen soll. Scheitert diese Schuldübernahme am Einverständnis des Gläubigers, so ist deshalb in der versuchten Schuldübernahme immer noch eine Vereinbarung über eine interne Lastenübernahme, also eine Erfüllungsübernahme, zu sehen (vgl. § 415 Abs. 3 BGB).<sup>283</sup>

Soll nach dem Willen der Vertragsparteien der Gläubiger jedoch ausnahmsweise ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den hinzutretenden Dritten aus einer „Erfüllungsübernahme“ erhalten, so stellt sich die Frage, wie diese „*berechtigte Erfüllungsübernahme*“ einzuordnen ist. Die ganz überwiegende Ansicht<sup>284</sup> meint, in diesem Fall sei ein *Unterschied*

<sup>282</sup> Vgl. Erman-Westermann, BGB, Vor § 329 Rn. 1; MünchKomm-Gottwald, BGB, § 329 Rn. 1; Palandt-Heinrichs, BGB, § 329 Rn. 1; RGRK-Ballhaus, BGB, § 329 Rn. 1; Staudinger-Jagmann, BGB, § 329 Rn. 2.

<sup>283</sup> Vgl. MünchKomm-Gottwald, BGB, § 329 Rn. 3; Staudinger-Jagmann, BGB, § 329 Rn. 5. Inwieweit darin auch ein Schuldbeitritt gesehen werden kann, wird später noch erörtert – vgl. unten Abschnitt III.

<sup>284</sup> Vgl. Erman-Westermann, BGB, Vor § 414 Rn. 11; Jauernig-Vollkommer, BGB, § 329 Rn. 4; MünchKomm-Gottwald, BGB, § 329 Rn. 4; Palandt-Heinrichs, BGB, § 329 Rn. 2, 5; RGRK-Ballhaus, BGB, § 329 Rn. 1; Stau-

zu einem Schuldbeitritt nicht mehr zu erkennen. Soweit in der Erfüllungsübernahme ein echter Vertrag zugunsten Dritter liegt, der Gläubiger also unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung vom Dritten verlangen zu können, habe die Erfüllungsübernahme die Wirkung eines Schuldbeitritts. Der Dritte werde Gesamtschuldner neben dem Schuldner. Nach dieser Ansicht führt eine „berechtigende Erfüllungsübernahme“ also dazu, daß im Innenverhältnis eine Erfüllungsübernahme vorliegt, während im Außenverhältnis zum Gläubiger ein Schuldbeitritt in seiner Sonderform als *Übernahmeschuldbeitritt* gegeben ist.

Dem widerspricht heute nur noch *Hadding*.<sup>285</sup> „Es ist ... nicht so, daß zwischen einer solchen Erfüllungsübernahme (mit zusätzlichem Anspruch des Gläubigers gegen den Übernehmer) und einem Schuldbeitritt ‚ein Unterschied nicht mehr zu erkennen‘ sei.“<sup>286</sup> „Es handelt sich jenseits einer Schuldübernahme oder eines Schuldbeitritts um einen Vertrag, durch den der Versprechende neben einer Erfüllungsübernahme i.S. des § 329 sich noch einem anderen als dem Schuldner, nämlich dem Gläubiger, wegen der zu erfüllenden Verbindlichkeit des Schuldners selbständig verpflichtet. ... Die Erfüllungsübernahme umfaßt dann entgegen der Vermutung des § 329 zugleich einen Vertrag zu Rechten Dritter iS des § 328 Abs. 1 und begründet eine idR selbständige Forderung (§§ 780, 781) des ‚Dritten‘ (hier des Gläubigers).“ Da aber der Dritte anders als der Schuldner aus einer selbständigen Forderung (§§ 780, 781 BGB) hafte, könnten beide nicht Gesamtschuldner einer primär inhaltsgleichen Verbindlichkeit werden, so daß ein Schuldbeitritt nicht vorliegen könne.<sup>287</sup>

Diese Gegenansicht kann bei näherer Betrachtung nicht überzeugen. Verspricht der Dritte dem Schuldner, die Erfüllung seiner Schuld zu übernehmen und soll nach der Vereinbarung beider der Gläubiger des Schuldners berechtigt sein, die Erfüllung der Schuld nun auch vom Dritten zu

dingler-Jagmann, BGB, § 329 Rn. 10; *Larenz*, Schuldrecht I, § 17 I a, S. 221; *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 42; *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 154.

<sup>285</sup> *Soergel-Hadding*, BGB, § 329 Rn. 7 f.

<sup>286</sup> *Soergel-Hadding*, BGB, § 329 Rn. 7.

<sup>287</sup> *Soergel-Hadding*, BGB, § 329 Rn. 8.

fordern, so liegen alle Merkmale eines Schuldbeitritts vor. Der Dritte ist verpflichtet, genau die Leistung zu erbringen, die auch der Schuldner schuldet. Mit der „berechtigenden Erfüllungsübernahme“ hat sich also aus Sicht des Gläubigers die Anzahl seiner Schuldner *verdoppelt*. Dem Gläubiger stehen zwei selbständige Schuldner zur Verfügung, die nur ein Leistungsinteresse bei ihm befriedigen sollen. Er hat dabei die *freie Wahl*, ob er zuerst gegen den Dritten oder gegen den Erstschuldner vorgeht, da die Haftung des Erstschuldners gegenüber dem Gläubiger bei der „berechtigenden Erfüllungsübernahme“ weder aufgehoben noch nachrangig wird. Des Weiteren werden natürlich beide Schuldner dem Gläubiger gegenüber frei, wenn einer von ihnen diesen befriedigt. Es liegen somit alle Merkmale einer mitverpflichtenden Gesamtschuld (§ 421 BGB) und damit eines Schuldbeitritts vor. Ein Unterschied zwischen einer „berechtigenden Erfüllungsübernahme“ und einem Übernahmeschuldbeitritt ist nicht erkennbar.

Auch die Argumentation *Haddings* kann dem nichts entgegenhalten. Die Annahme, die „berechtigende Erfüllungsübernahme“ enthalte stets eine selbständige Verpflichtung des Dritten gemäß §§ 780, 781 BGB und könne daher nie mit der Erstschuld gesamtschuldnerisch verknüpft werden, läßt sich in keiner Hinsicht begründen. Zunächst ist fraglich, ob in diesen Fällen überhaupt stets der für die Annahme einer abstrakten Verpflichtung nach § 780 BGB notwendige Abstraktionswille beim Dritten gegeben ist. Es dürfte eher dem Zweck der berechtigenden Erfüllungsübernahme entsprechen, daß sich der Dritte regelmäßig jedenfalls auf die bis zum Übernahmzeitpunkt bestehenden Einwendungen bezüglich der Erstschuld berufen kann, also insbesondere seiner Inanspruchnahme entgegenhalten darf, die Verpflichtung, deren Erfüllung er übernommen habe, bestehe überhaupt nicht. Solche Gegenrechte des Dritten sprechen aber gegen die Abstraktheit, also Selbständigkeit seiner Verpflichtung im Sinne des § 780 BGB.<sup>288</sup> Doch selbst wenn im Einzelfall ein Abstraktionswille des Dritten nicht zu leugnen sein sollte, folgt allein daraus nicht die Unmöglichkeit einer gesamtschuldnerischen Verknüpfung mit der

<sup>288</sup> Die Abstraktheit der Verpflichtung des Dritten wird wegen des Bezugs zur übernommenen Erstschuld ebenfalls bezweifelt von *Kittlitz*, *Der vertragliche Schuldbeitritt*, S. 55.

Erstschuld. Vielmehr ist seit langem anerkannt, daß die Annahme einer Gesamtschuld auch dann möglich ist, wenn beide Verpflichtungen unterschiedliche Rechtsgründe haben<sup>289</sup>; ja sogar dann, wenn eine Verpflichtung ein abstraktes Schuldversprechen nach § 780 BGB und die andere eine kausale Verpflichtung ist.<sup>290</sup> Das Vorliegen einer selbständigen Verpflichtung des Dritten hindert also entgegen *Haddings* Ansicht nicht die Begründung einer Gesamtschuld und damit die Annahme eines Schuldbeitritts.

Die „berechtigende Erfüllungsübernahme“ ist somit im Außenverhältnis zum Gläubiger nichts anderes als ein Schuldbeitritt (genauer: ein Übernahmeschuldbeitritt). Für die Fallgruppe der bloßen Erfüllungsübernahme bleiben damit nur noch die Vereinbarungen, nach denen der Dritte dem Schuldner die Erfüllung der Schuld verspricht, ohne daß dem Gläubiger ein Forderungsrecht gegen den Dritten eingeräumt wird.

## **II. Die Abgrenzungsregelungen des § 329 BGB und des § 328 Abs. 2 BGB**

Für die Abgrenzung zwischen der Erfüllungsübernahme und dem Schuldbeitritt ist damit nur von Interesse, ob nach dem Willen der Parteien dem Gläubiger ein Forderungsrecht gegenüber dem Dritten eingeräumt werden sollte. Es ist also im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB danach zu fragen, welchen Willen die Parteien diesbezüglich hatten.

Für genau diese Frage der Berechtigung des Gläubigers aus einer Erfüllungsübernahme enthält das Gesetz eine Auslegungsregel in § 329 BGB. Danach ist bei einer Erfüllungsübernahme *im Zweifel* nicht anzunehmen, daß der Gläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung vom Dritten zu fordern. In den Fällen also, in denen die Auslegung der Parteierklärungen zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, ist nach § 329

<sup>289</sup> Vgl. 1. Kapitel D. III.

<sup>290</sup> Vgl. RGZ 70, 405, 410; 77, 317, 323 (anders noch in RGZ 67, 128, 131); MünchKomm-Selb, BGB, § 421 Rn. 12 – anderer Ansicht auch heute noch Soergel-Wolf, BGB, § 421 Rn. 39.

BGB eine Berechtigung des Gläubigers zu verneinen und eine bloße Erfüllungübernahme anzunehmen.

Offen bleibt damit zunächst, aus welchen Umständen man einen sicheren Schluß auf eine gewollte Berechtigung des Gläubigers ziehen kann. Hier hilft § 328 Abs. 2 BGB weiter. Er bestimmt, daß in Ermangelung einer *besonderen Bestimmung* aus den Umständen, insbesondere aus dem *Zwecke des Vertrages* zu entnehmen ist, ob eine Berechtigung gewollt ist. Die relevanten Auslegungskriterien sind damit vorgegeben. Primär ist auch hier nach einer ausdrücklichen Bestimmung in der Vereinbarung zu suchen. Der klare Wortlaut der Parteierklärungen ist also auch bei dieser Abgrenzungsfrage hauptsächliches Auslegungsmittel. Nur dann, wenn die Parteien nicht ausdrücklich erklärt haben, ob dem Gläubiger ein Forderungsrecht auch gegen den Dritten zustehen soll, sind andere Umstände heranzuziehen.

Maßgebliches Auslegungskriterium bei unklaren Parteierklärungen ist gemäß § 328 Abs. 2 BGB der *Geschäftszweck*. Es ist folglich zu untersuchen, ob für den mit der Vereinbarung verfolgten Zweck eine Forderungsberechtigung des Gläubigers notwendig wäre. Wo dies zu bejahen ist, kann abweichend von der Vermutung des § 329 BGB eine unmittelbare Berechtigung des Gläubigers angenommen werden, was zur Einordnung der Vereinbarung als Schuldbeitritt führt. Dies wurde vor allem in Fällen angenommen, in denen die Erfüllungübernahme *ausschließlich im Interesse des Gläubigers* erfolgte.<sup>291</sup> Soll durch das Hinzutreten des Dritten ausschließlich eine Absicherung oder Versorgung des Gläubigers erreicht werden, so macht die Regel des § 330 BGB klar, daß in diesen Fällen dem Gläubiger regelmäßig auch das unmittelbare Forderungsrecht gegen den Dritten zusteht. Die bezweckte Absicherung des Gläubigers wäre ja nur eingeschränkt erreicht, wenn er seine Sicherheit nicht selbst beanspruchen könnte. Für die Fälle, in denen die Erfüllungübernahme jedoch *nur* im Interesse der *Entlastung des Schuldners* erfolgte, läßt sich ein zu § 330 BGB entgegengesetzter Hinweis in § 415 Abs. 3 BGB fin-

<sup>291</sup> BGH WM 1956, 1265, 1266; WM 1973, 172; NJW 1991, 2209; Münch-Komm-Gottwald, BGB, § 328 Rn. 27; RGRK-Ballhaus, BGB, § 328 Rn. 36; Staudinger-Jagmann, BGB, § 328 Rn. 47 ff.

den. Danach ist in dieser Konstellation im Zweifel anzunehmen, daß der übernehmende Dritte nur dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist. Läßt sich hingegen der verfolgte Zweck nicht so eindeutig zugunsten des Gläubiger oder zugunsten des Schuldners zuordnen, wie dies für die eben genannten Hinweise notwendig wäre, bleibt nur danach zu fragen, ob die Einräumung eines Forderungsrechtes im Einzelfall sinnvoll für den von den Parteien verfolgten gemischten Zweck wäre. Lassen sich letzte Zweifel nicht ausräumen, so ist gemäß § 329 BGB nur eine bloße Erfüllungsübernahme anzunehmen. Der Gläubiger erhält aus ihr keine unmittelbaren Rechte.

### **III. Die gescheiterte Schuldübernahme nach § 415 BGB – ein Schuldbeitritt?**

Nachdem die Abgrenzungsfrage geklärt ist, bleibt als letztes zu untersuchen, wie danach diejenigen „Schuldbeitritte“ einzuordnen sind, die nach dem BGH vorliegen sollen, wenn eine Schuldübernahme nach § 415 BGB vom Gläubiger nicht genehmigt wurde.<sup>292</sup> In all diesen Fällen vereinbarte der Altschuldner mit dem Neuschuldner die Übernahme seiner Schuld. Der Gläubiger erfuhr jedesmal davon und nahm teilweise bereits den Neuschuldner in Anspruch, ohne jedoch die Schuldübernahme ausdrücklich zu genehmigen. Später erhob der Gläubiger dann Zahlungsklage gegen den Altschuldner, gegen die dieser einwendete, bereits aus der Schuld entlassen zu sein. Der BGH gab der Zahlungsklage in allen Entscheidungen statt. Eine wirksame Schuldübernahme habe nicht stattgefunden. Zu dieser sei gemäß § 415 Abs. 1 BGB die Genehmigung des Gläubigers erforderlich. Ausdrücklich wurde diese in keinem der Fälle erteilt und nach Ansicht des BGH reichten die jeweiligen Umstände auch nicht zur Annahme einer konkludenten Genehmigung aus. Vielmehr liege es bei Kenntnisnahme des Gläubigers ohne Einwendungen nahe, daß er sich schweigend die Mithaftung eines weiteren Schuldners gefallen läßt, so daß im Zweifel nur von einem den Gläubiger begünstigenden Schuldbeitritt ausgegangen werden kann.

<sup>292</sup> Vgl. BGH WM 1978, 351, 352; NJW 1983, 678, 679 – nur andeutend: BGH NJW 1966, 1703.

Der Argumentation des BGH ist zunächst zuzustimmen. Eine Genehmigung der Schuldübernahme nach § 415 Abs. 1 BGB durch bloße Kenntnisnahme des Gläubigers kann wegen der möglichen Nachteile aufgrund des Rechtsverlustes gegen den Altschuldner nicht einfach vermutet werden. Die Schuldübernahme ist deshalb in all diesen Fällen nicht wirksam geworden. Die Haftung des Altschuldners besteht fort. Die Entscheidung des BGH zugunsten des gegen den Altschuldner klagenden Gläubigers war allein aus diesem Grunde bereits richtig.

Der BGH geht jedoch in seinem Urteil darüber hinaus und nimmt für den hinzutretenden Dritten eine Haftung als Beitretenden an. Im Zweifel liege in einer nicht genehmigten, aber zur Kenntnis genommenen Schuldübernahme ein Schuldbeitritt des Neuschuldners. Im Fall einer gescheiterten Schuldübernahme geht die Vermutung des § 415 Abs. 3 BGB aber nur in Richtung einer bloßen Erfüllungsübernahme. Die Annahme eines Schuldbeitritts ist abweichend davon nur dann gerechtfertigt, wenn nach dem Willen der Parteien dem Gläubiger auch für den Fall der Nichtgenehmigung der Schuldübernahme ein eigenes Forderungsrecht gegen den Dritten zustehen soll. Davon kann man aber, wie schon § 415 Abs. 3 BGB deutlich macht, nicht ohne *besondere Anhaltspunkte*, also insbesondere nicht in Zweifelsfällen, ausgehen. Im Regelfall entspricht es nämlich bei einer versuchten Schuldübernahme dem Willen der Parteien, nur dann eine Haftung des hinzutretenden Neuschuldners zugunsten des Gläubigers zu begründen, wenn damit der Altschuldner entlassen wird. Würden beide dem Gläubiger von vornherein einen Schuldbeitritt des Übernehmers zuwenden wollen, den der Gläubiger durch Genehmigung zur Schuldübernahme verwandeln könnte, so hätte dieser keinen Grund mehr, die Schuldübernahme noch zu genehmigen, da er damit nur den Altschuldner verlöre, ohne noch etwas hinzuzugewinnen. Diese Überlegung macht deutlich, daß man kaum generell annehmen kann, bei einer gescheiterten Schuldübernahme sei im Zweifel vom Willen der Parteien auszugehen, den Neuschuldner jedenfalls als Beitretenden mithaften zu lassen.<sup>293</sup> Es bleibt daher bei der gesetzlichen Vermutung des § 415 Abs. 3 BGB, wonach der Gläubiger nach verweigerter Genehmigung weiterhin nur gegen

<sup>293</sup> Darauf völlig zu Recht hinweisend Staudinger-Rieble, BGB, § 415 Rn. 92.

den Altschuldner vorgehen kann und sich der Übernahmewille des Neuschuldners in einer internen Erfüllungsübernahme niederschlägt.

Um diese Zweifelsregelung zu widerlegen, muß ein davon abweichender Parteiwille deutlich hervortreten. Ein solcher Verpflichtungswille des Neuschuldners kann nicht einfach daraus hergeleitet werden, daß die Mithaftung des Neuschuldners im *Interesse des Gläubigers* liegt und er sie sich daher gern gefallen läßt, da dieser Umstand nichts über die Verpflichtungsbereitschaft des übernehmenden Dritten im Falle des Scheiterns der Schuldübernahme aussagt. Gerade das Interesse des Gläubigers verleitet den BGH jedoch zu seiner Rechtsprechung. In beiden Grundsatzentscheidungen<sup>294</sup> erfolgte die fragliche Schuldübernahme im Rahmen eines Unternehmensüberganges, so daß sich in beiden Fällen die Frage stellte, ob durch die Übernahme der Passiva durch die neue Gesellschaft die Haftung der Gesellschafter der übernommenen Gesellschaft erlischt. Diese Frage wurde zutreffend und unter erheblichem Begründungsaufwand mit dem Hinweis darauf verneint, daß mangels ausdrücklicher Genehmigung der Schuldübernahme die Interessenlage des Gläubigers gegen eine Entlassung des Altschuldners und damit gegen eine Genehmigung der Schuldübernahme spricht. Seinem Interesse entspreche vielmehr eine gesamtschuldnerische Mithaftung des Neuschuldners neben dem Altschuldner und daher sei in der gescheiterten Schuldübernahme ein Schuldbeitritt zu sehen. Daß die Annahme eines Schuldbeitritts dem Interesse des Gläubigers in diesen Fällen entspricht, ist kaum zu bezweifeln, bekommt er doch einen zweiten Schuldner ohne dafür eine Gegenleistung erbringen zu müssen. Maßgeblich ist jedoch nicht, was im Interesse des Gläubigers liegt, sondern welchen Verpflichtungswillen die Parteien des Übernahmevertrags hatten. Ihr Wille muß erkennen lassen, daß bei gescheiterter Schuldübernahme der Neuschuldner trotz der andauernden Haftung des Altschuldners dem Gläubiger gegenüber verpflichtet werden soll. Dazu bedarf es einer entsprechenden, durch Auslegung zu ermittelnden Willensäußerung, die in keiner der Entscheidungen nachgewiesen werden konnte. Im Hinblick auf die notwendige Widerlegung der Zweifelsregelung des § 415 Abs. 3 BGB wird man zur Annahme eines Schuldbeitritts den entsprechenden Verpflichtungswillen sicher nachweisen

<sup>294</sup> BGH WM 1978, 351 und NJW 1983, 678.

müssen, was jedenfalls bei entsprechenden internen Absprachen der Übernahmeparteien gelingen dürfte.<sup>295</sup> In den untersuchten Fällen einer gescheiterten Schuldübernahme muß es hingegen mangels entsprechender Anhaltspunkte bei der Zweifelsregelung des § 415 Abs. 3 BGB bleiben, so daß kein Übernahmeschuldbeitritt, sondern nur eine interne Erfüllungsübernahme des hinzutretenden Dritten angenommen werden kann.<sup>296</sup>

#### **D. Die Abgrenzung zur Mitvertragspartnerschaft**

Wie bereits im ersten Kapitel deutlich wurde, ist der Schuldbeitritt auch vom Vertragsbeitritt zu unterscheiden, durch den der Beitretende gleichberechtigter Vertragspartner im Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Erstschuldner wird. Es stellt sich daher die Frage, nach welchen Kriterien zu entscheiden ist, ob im Einzelfall eine gleichrangige Beteiligung mehrerer Personen auf einer Seite des Vertrages (z.B. als gemeinsame Kreditnehmer) gegeben ist oder ob einer der Beteiligten tatsächlich nur aufgrund eines Schuldbeitritts mithaftet. Dieses Problem stellt sich vor allem in den Fällen, in denen der Dritte den Vertrag lediglich als „Zweitschuldner“, „Mit Antragsteller“ oder „Gesamtschuldner“ mitunterzeichnet, ohne daß seine Rechtsposition näher erläutert wird.

#### **I. Der Unterschied zwischen Schuldbeitritt und Mitvertragspartnerschaft**

Die durch den Vertragsbeitritt begründete *Mitvertragspartnerschaft* führt dazu, daß jeder der Vertragsbeteiligten selbst Vertragspartner des Vertrages (z.B. Kreditvertrags) wird. Der mithaftende Dritte haftet daher nicht nur wie die anderen Schuldner. Ihm stehen grundsätzlich auch alle ver-

<sup>295</sup> Das für Schuldübernahmen typische Interesse des Altschuldners an seiner endgültigen Entlastung durch den Neuschuldner kann hingegen nicht als Nachweis genügen, da dieses Ziel bei gescheiterter Schuldübernahme durch eine interne Erfüllungsübernahme genauso wenig erreicht wird wie durch einen Übernahmeschuldbeitritt: in beiden Fällen haftet der Altschuldner weiterhin gegenüber dem Gläubiger und kann vom übernehmenden Dritten Befreiung von der Verbindlichkeit, also Leistung an den Gläubiger verlangen.

<sup>296</sup> Ebenso Staudinger-*Rieble*, BGB, § 414 Rn. 26.

traglichen Rechte (z.B. auf Auszahlung der Darlehenssumme) zu. Er wird also ein *gleichberechtigter Vertragspartner* des Gläubigers neben den anderen Schuldern. Durch einen gemeinsamen Vertragsschluß oder einen späteren Vertragsbeitritt wird er in den Hauptvertrag mit eingebunden und haftet aus diesem Rechtsgrund wie seine Vertragspartner. Bei einer Mitvertragspartnerschaft liegt damit eine gleichgründige Gesamtschuld zwischen dem Dritten und den anderen Schuldern vor.<sup>297</sup>

Im Gegensatz dazu begründet bei einem *Schuldbeitritt* nur der Erstschuldner das Synallagma mit dem Gläubiger. Dem Mitunterzeichner sollen hier *keine eigenen Rechte* aus diesem Vertrag zustehen; insbesondere darf er die jeweilige Gegenleistung nicht fordern. Er wird nur einseitig gegenüber dem Gläubiger verpflichtet. Wie ein Bürge ist also auch der Beitretende kein gleichberechtigter Vertragspartner neben dem Erstschuldner. Er soll ebenfalls nur für die Erfüllung der Schuld des Erstschuldners eintreten.<sup>298</sup> Der Beitretende haftet daher aus eigenem Rechtsgrund. Die durch den Schuldbeitritt entstehende Gesamtschuld wird deshalb zutreffend auch als Sicherungsgesamtschuld bezeichnet.<sup>299</sup>

Obwohl sowohl auf die Verpflichtung des Mitvertragspartners als auch auf die des Schuldbeitretenden die Gesamtschuldregelungen anzuwenden sind, unterscheidet sich die weitere rechtliche Behandlung beider Rechtsinstitute teilweise erheblich. Während für den Schuldbeitritt aufgrund der einseitigen Verpflichtung *die Anwendbarkeit einer Vielzahl von mögli-*

<sup>297</sup> Vgl. *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 1372; *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 359; *Nobbe*, Bankrecht, Rn. 1328; *Schmelz*, Verbrauchercredit, Rn. 476; *Graf von Westphalen*, MDR 1997, 307. Näher zum Vertragsbeitritt *Pieper*, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, S. 217 ff.

<sup>298</sup> Vgl. *Albers-Frenzel*, Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite des Hauptschuldners, S. 29; *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 1372; *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 336 f.; *Horn*, Bürgschaften und Garantien, Rn. 16; *Kümpel*, Bankrecht, Rn. 5.40; *Nobbe*, Bankrecht, Rn. 1328; *Bülow*, JZ 1997, 471; *Eidenfeld*, JZ 1997, 1034.

<sup>299</sup> Vgl. *Staudinger-Horn*, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 370; *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 337.

*chen Schutzbestimmungen* diskutiert wird<sup>300</sup>, werden diese Grundsätze bei der Mitvertragspartnerschaft nicht in Erwägung gezogen. Es ist daher auch in der Rechtspraxis von erheblicher Bedeutung, ob in der Mitunterzeichnung eine Mitvertragspartnerschaft oder ein Schuldbeitritt zu sehen ist.

## II. Abgrenzungskriterium

Zur Klärung der Frage, ob ein Schuldbeitritt oder Vertragsbeitritt vorliegt, ist also aus den Umständen des Vertragsschlusses zu ermitteln, ob der Mitunterzeichner in den Vertrag zwischen Erstschuldner und Gläubiger auf der Seite des Erstschuldners gleichberechtigt einbezogen werden sollte.

So hat der BGH in der Unterschrift einer Ehefrau als „Mitantragsteller“ unter einen Kreditvertrag einen Schuldbeitritt gesehen, wenn nach den vertraglichen Vereinbarungen mit der Darlehenssumme nur die Schuld des Ehemannes getilgt werden sollte.<sup>301</sup> In einer anderen Entscheidung nahm er ebenfalls eine Haftung aus einem Schuldbeitritt an, wenn die „Mitarlehensnehmerin“ keine Möglichkeit hatte, über die Verwendung der Darlehensvaluta mitzuentcheiden.<sup>302</sup> Das LG Münster ordnete eine Mithaftung als Schuldbeitritt ein, da der Mithaftenden nach dem Darlehensvertrag weder ein Kapitalverschaffungsanspruch noch eine Empfangsberechtigung für die Darlehenssumme zustehen sollte.<sup>303</sup> Dem ist zu folgen.

<sup>300</sup> So wird schon lange über die analoge Anwendung der Bürgschaftsvorschriften, insbesondere des Schriftformerfordernisses, gestritten. Des weiteren gibt es spezielle Rechtsprechungsgrundsätze hinsichtlich der Sittenwidrigkeit oder der Unwirksamkeit nach den Vorschriften des AGB-Gesetzes (vgl. unten 4. Kapitel).

<sup>301</sup> BGH NJW 1999, 135.

<sup>302</sup> BGH WM 2000, 126.

<sup>303</sup> LG Münster, NJW 1990, 1668 f.

Insgesamt läßt sich also festhalten, daß auch in dieser Abgrenzungsfrage zunächst vom erklärten Wortlaut des Vertrags auszugehen ist. Die Unterschrift als „Mitarlehensnehmer“ läßt also grundsätzlich darauf schließen, daß eine Mitvertragspartnerschaft vorliegt. Davon abweichend kann eine solche vertragliche Mithaftung nur dann als Schuldbeitritt und nicht als Mitvertragspartnerschaft auszulegen sein, wenn der Mithaftende nach dem erkennbaren Willen aller Vertragsparteien weder ein eigenes Verfügungsrecht über die zu erwartende Gegenleistung haben soll noch an der Mittelverwendung beteiligt war.<sup>304</sup> Die Bezeichnung der Haftung des Zweitschuldners als „Darlehensnehmer“ oder „Mitantragsteller“ kann in diesen Fällen ebensowenig maßgeblich sein wie das Einräumen einer erkennbar rein formalen Rechtsposition.<sup>305</sup> Beide Umstände sind bei erkennbar anders gewollten Rechtsfolgen als *falsa demonstratio* unbeachtlich.

Ist der Wortlaut der Erklärung hingegen nicht eindeutig, indem z.B. nur allgemein von „gesamtschuldnerischer Haftung“ die Rede ist, so dürfte *im Zweifel* nur ein *Schuldbeitritt* anzunehmen sein. Dies entspricht dem Interesse des Gläubigers, der grundsätzlich nur einen zweiten Schuldner, aber keinen zweiten Gläubiger hinsichtlich der Gegenleistungspflicht bekommen will; ein dahingehender Verpflichtungswille des Gläubigers muß jedenfalls erkennbar werden. Eine solche Zweifelsregelung ist jedoch auch dem Mithaftenden zuzumuten, da er so in den Genuß der für Personalsicherheiten geltenden Schutzbestimmungen kommt.

<sup>304</sup> Ebenso: *Albers-Frenzel*, Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite des Hauptschuldners, S. 29; *Horn*, Bürgschaften und Garantien, Rn. 16; *Schmelz*, Verbrauchercredit, Rn. 476 f. Ähnlich, aber etwas unpräziser: *Staudinger-Horn*, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 374, der alle erkennbaren Interessen der Vertragsparteien für die Abgrenzung heranziehen will.

<sup>305</sup> Vgl. *Nobbe*, Bankrecht, Rn. 1329; *Bydlinski*, ZBB 1991, 263, 267. Eine erkennbar rein formale Rechtsposition wird dann anzunehmen sein, wenn dem Mithaftenden nach den Vertragsregelungen zwar eigene Rechte zustehen, zwischen den Beteiligten jedoch nachweisbar Einigkeit darüber bestand, daß der Mithaftende diese Rechte nie in Anspruch nehmen soll.

### **III. Zusammenfassung**

Die Abgrenzung des Schuldbeitritts von der Mitvertragspartnerschaft erfolgt danach, ob nach dem erkennbaren Willen aller Beteiligten beide Mithaftende gleichberechtigt gegenüber dem Gläubiger sein sollen (was zu einer Einordnung als Mitvertragspartner des Hauptvertrags führt) oder ob der mithaftende Dritte ausschließlich haften und keine der Leistungsansprüche des anderen Schuldners gegen den Gläubiger geltend machen können soll (was zu einer Einordnung seiner Haftung als Schuldbeitritt führt). Entscheidend ist somit das Kriterium der Gleichberechtigung des mithaftenden Gesamtschuldners. Läßt sich weder aus dem Wortlaut der Erklärung noch aus den Umständen entnehmen, ob eine Gleichberechtigung des Mithaftenden gewollt ist, bleibt nur die Annahme eines Schuldbeitritts.

### **E. Ergebnisse**

Die sicherlich im Einzelfall schwierige Frage der Abgrenzung des Schuldbeitritts von anderen Rechtsinstituten sollte also nach folgendem Schema erfolgen:

Ausgangspunkt jeder Betrachtung ist der eindeutige, widerspruchsfreie, nicht von Laien und nicht spontan mündlich geäußerte Wortlaut der abgegebenen Haftungserklärungen. Unterzeichnet jemand als „Bürge“, „Beitretender“ oder „Garant“, so läßt dies grundsätzlich auf einen dementsprechenden Haftungswillen schließen. Diese Vermutung kann nur dadurch widerlegt werden, daß eine „falsa demonstratio“ nachgewiesen wird, wofür jedoch der bloße Verweis auf eine gewisse Interessenlage nicht ausreicht. Das Vorhandensein oder Fehlen eines eigenen unmittelbaren wirtschaftlichen oder rechtlichen Interesses ist für die Annahme eines Schuldbeitritts, einer Bürgschaft oder einer Garantie nicht von Bedeutung.

Soweit im Einzelfall ein so eindeutiger Wortlaut nicht gegeben ist, muß für die Abgrenzung des Schuldbeitritts von der Bürgschaft und der Garantie davon ausgegangen werden, daß aufgrund der gesetzgeberischen Leitentscheidung die Mithaftung für fremde Schuld grundsätzlich als Bürgschaft einzuordnen ist. Eine solche Qualifizierung der Haftungserklärung ist zudem dann zwingend, wenn in ihr auf nicht analogiefähige Bürg-

## Zweites Kapitel – Die Abgrenzung von verwandten Rechtsinstituten

schaftsnormen verwiesen, eine subsidiäre Haftung des Sichernden oder eine umfassende einseitige Einwendungserstreckung im Sinne der §§ 767, 768 Abs. 1 BGB vereinbart wird. Soll der Mithaftende hingegen auch dann leisten, wenn die Leistungspflicht des Hauptschuldners nicht besteht, kann nur eine Garantie vorliegen. Ein Schuldbeitritt kann nur in den seltenen Fällen angenommen werden, in denen nur eine Einwendungserstreckung für gesamtwirkende Tatsachen nach §§ 422 bis 424 BGB vereinbart wurde.

Für die Abgrenzung des (Übernahme-)Schuldbeitritts von der Erfüllungsübernahme bieten die §§ 329, 328 Abs. 2 BGB eine Regelung, die auch bei unklarem Wortlaut des Vertragserklärungen weiterhelfen kann. Maßgeblich ist danach insbesondere, ob es nach dem Zweck des Vertrags notwendig ist, dem Gläubiger ein eigenes Forderungsrecht gegen den Übernehmer einzuräumen. Dies ist zu bejahen, wenn der Vertrag ausschließlich der Absicherung des Gläubigers diene und zu verneinen, wenn der Vertrag allein den Erstschuldner entlasten sollte. Im Zweifelsfall bleibt nur die Annahme einer Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB).

Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung des Schuldbeitritts von der Mitvertragspartnerschaft (Vertragsbeitritt) bei unklarem Wortlaut ist, ob nach den Umständen der Mithaftende gleichberechtigter Vertragspartner im Verhältnis zwischen Erstschuldner und Gläubiger werden sollte. Ist dies nicht der Fall, da dem Mithaftenden keinerlei Rechte bezüglich der Gegenleistung des Gläubigers zustehen sollen, oder lassen sich keine Anhaltspunkte für eine Mitberechtigung finden, so ist der Vertrag als Schuldbeitritt einzuordnen.

## Drittes Kapitel

### Die Voraussetzungen des Beitrittsvertrages

Nachdem anhand der Abgrenzungskriterien erkannt wurde, daß es sich bei der untersuchten Vereinbarung inhaltlich um einen Schuldbeitritt handelt, stellt sich für den Rechtsanwender als nächstes die Frage, ob der dafür notwendige Beitrittsvertrag *wirksam geschlossen* wurde. Die für diese Frage beachtlichen Besonderheiten des Schuldbeitritts sollen in diesem Kapitel dargestellt werden. Erst im daran anschließenden vierten Kapitel wird dann erörtert, unter welchen Umständen ein an sich wirksam geschlossener Beitrittsvertrag durch das Eingreifen von besonderen Schutzbestimmungen, wie z. B. der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB, als unwirksam oder nichtig anzusehen ist.

#### A. Der Beitrittsvertrag

Zunächst ist ein Vertrag notwendig, durch welchen sich der Beitretende verpflichtet, neben dem Erstschuldner selbständig und gleichrangig zu haften. Der Schuldbeitritt ist ein einseitig den Beitretenden verpflichtender *Vertrag*; eine bloß einseitige Erklärung reicht also für die Haftungsbegründung nicht.<sup>306</sup> Für den notwendigen Vertragsschluß gelten die allgemeinen Regeln, d.h. Angebot und Annahme sind zu erklären (§§ 145 ff. BGB). Der Beitretende kann dabei den Beitrittsvertrag sowohl mit dem Erstschuldner als auch mit dem Gläubiger schließen.

<sup>306</sup> Vgl. BGH WM 1965, 361, 362; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 11; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 26; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1377; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 37 II 2a, S. 321; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, § 29 III 1, S. 260; Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1035; Kothe, JZ 1990, 997, 1002.

## I. Vertragsschluß mit dem Gläubiger

Regelmäßig wird der Vertrag mit dem Gläubiger geschlossen (sog. Schuldbeitritt durch Gläubigervertrag). Dieser hat das größte Interesse an der Verpflichtung eines zweiten Schuldners durch den Schuldbeitritt und wird deshalb oft selbst den Vertrag schließen wollen.

### 1. Rechtsbindungswille

Gibt der beitretende Dritte eine Erklärung gegenüber dem Gläubiger ab, so kann darin grundsätzlich nur dann ein wirksames Schuldbeitrittsangebot gesehen werden, wenn der Dritte sich mit der Erklärung auch dem Gläubiger gegenüber verpflichten wollte. Er muß die Erklärung also grundsätzlich mit objektiv erkennbarem Rechtsbindungswillen abgeben. Unverbindliche Absichts- oder Beruhigungserklärungen reichen nicht.<sup>307</sup>

Zweifelhaft ist das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens häufig dann, wenn der Dritte die Schuldurkunde des Erstschuldners *nur mitunterzeichnet*, ohne darin eigene Erklärungen abzugeben. Ein solcher Sachverhalt lag dem Urteil des Reichsgerichts in *RGZ 78, 37 ff.* zugrunde. Dort verpflichteten sich in einem Schriftstück der Gläubiger und der Ehemann der späteren Beklagten zu bestimmten Leistungen. Die Urkunde wurde jedoch nicht nur von diesen beiden, sondern auch von der Ehefrau unterschrieben. Der Gläubiger wollte sie daraufhin mit der Begründung in Anspruch nehmen, sie hätte durch die Unterschrift einen Schuldbeitritt erklärt. Das Reichsgericht ist dem so nicht gefolgt. Es hielt die bloße Unterschrift unter eine Urkunde ohne weitere eigene Erklärung zur Annahme eines Schuldbeitritts für nicht ausreichend. Dafür müßten *weitere Indizien* hinzukommen. Da der Schuldbeitritt aber formlos möglich sei, bliebe die Möglichkeit, den Willen der Ehefrau zur Schuldbeitrittserklärung durch außerhalb der Urkunde liegende Umstände zu beweisen. Nicht zulässig sei es jedoch, allein aus der Interessenlage der Ehefrau darauf zu schließen, daß ein Schuldbeitritt vorliege. Denn es gehe nicht an, „in

<sup>307</sup> Vgl. *RGZ 78, 37, 40*; *BGH WM 1973, 1046*; *Erman-Westermann, BGB, Vor § 414 Rn. 7*; *Kothe, JZ 1990, 997, 1002*; *Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 38 ff.*

einem Vorgange, der an sich keine Verpflichtungserklärung enthält, deswegen eine kumulative Schuldübernahme zu finden, weil die eine Partei eine Veranlassung gehabt haben mag, eine solche vorzunehmen.“<sup>308</sup> Die Sache wurde daher zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zurückverwiesen. Es bleibt somit festzuhalten, daß in Zweifelsfällen grundsätzlich der Gläubiger das Vorliegen des Rechtsbindungswillens beweisen muß und dafür allein der Nachweis einer entsprechenden Interessenlage nicht ausreicht. Es obliegt ihm vielmehr, weitere objektiv erkennbare Umstände, z. B. sonstige mündliche Abreden der Parteien, vorzutragen, die den Schluß auf eine gewollte Mithaftung des Unterzeichners bei bloßer Mitunterzeichnung der Urkunde ohne eigene inhaltliche Erklärung nahelegen.

## 2. Erklärungsbewußtsein

Vom Fall des fehlenden Rechtsbindungswillens ist der des fehlenden Erklärungsbewußtseins zu unterscheiden. In diesen Fällen gibt es aus objektiver Sicht keinen Zweifel am Rechtsbindungswillen des Erklärenden. Tatsächlich wollte dieser jedoch überhaupt keine rechtlich bindende Erklärung abgeben. Mit der überwiegenden Ansicht<sup>309</sup> ist hier trotzdem von einer wirksamen Willenserklärung auszugehen, wenn das Fehlen des Erklärungsbewußtseins auf Fahrlässigkeit beruht. Das Erklärungsbewußtsein ist danach ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, daß seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefaßt werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat. Die Willenserklärung kann dann nur noch gem. §§ 119, 121, 143 BGB angefochten werden.

Die Relevanz dieser Ausnahme für Sicherungsgeschäfte zeigt sich an dem Sachverhalt, der dem Urteil des BGH in *BGHZ 91, 324 ff.* zugrunde lag.

<sup>308</sup> RGZ 78, 37, 40. Ebenso für den Fall einer Mitunterschrift: BGH WM 1973, 1046, wenn die Unterschrift ohnehin für sonstige eigene Verpflichtungen im Vertrag notwendig war.

<sup>309</sup> BGHZ 91, 324, 329; 109, 171, 177; aus der Literatur: vgl. MünchKomm-Kramer, BGB, § 119 Rn. 79ff., 87 m.w.Nachw. sowie Flume, Rechtsge-schäft, S. 449 f.; bereits andeutend RGZ 68, 126 ff.

Dort hatte der Gläubiger von seinem Schuldner eine Bankbürgschaft verlangt. Wenig später teilte die Sparkasse des Schuldners dem Gläubiger mit, für den Schuldner bürgen zu wollen. Der Gläubiger erklärte die Annahme, woraufhin die Sparkasse einen Irrtum erkannte und erklärte, die Bürgschaftsübernahme sei nicht erfolgt. Erst aufgrund eines Widerspruchs des Gläubigers erklärte sie, daß sie den Schuldner mit einem anderen Kunden verwechselt habe und für den Schuldner nie bürgen wollte. In einem weiteren, noch späteren Schreiben erklärte sie vorsorglich noch die Anfechtung wegen Irrtums. Der Gläubiger nahm sie trotzdem in Anspruch und bekam vom BGH Recht. Das für die Bürgschaft notwendige Erklärungsbewußtsein fehle der Sparkasse hier aufgrund einer Verwechslung, also einer Fahrlässigkeit. Der Gläubiger habe aber auf die erklärte Bürgschaft vertraut und vertrauen dürfen. Dieses Vertrauen sei zu schützen, indem die Bürgschaft wirksam wird. Der Erklärende würde dadurch grundsätzlich nicht unangemessen benachteiligt, da er die Wahl habe, ob er den entstandenen Vertrag aufrecht erhält und damit ggf. einen Gegenleistungsanspruch erhält oder ob er ihn durch Anfechtung vernichtet, was jedoch zur Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB führt. Da die Anfechtung hier verspätet (§ 121 BGB) erklärt wurde, entfiel die Anfechtungsmöglichkeit und die Sparkasse haftete aus der von ihr irrtümlich erklärten Bürgschaft. Entsprechendes muß auch im Falle eines irrtümlich erklärten Schuldbeitritts gelten.

### 3. *Entbehrlichkeit der Annahmeerklärung nach § 151 BGB*

Liegt ein wirksames Angebot des Beitretenden vor, so bedarf dieses nach § 147 BGB der unverzüglichen Annahme durch den Gläubiger. Dies ist gerade im heutigen Massengeschäft der Kreditinstitute nicht unproblematisch, so daß sich die Frage stellt, ob ein wirksamer Vertragsschluß beim Schuldbeitritt auch ohne ausdrückliche, dem Beitretenden zugehende Annahmeerklärung des Gläubigers zustande kommen kann. Hier greift nach Ansicht der Rechtsprechung § 151 BGB ein.<sup>310</sup> Danach kann ein

<sup>310</sup> RG SeuffA 79, Nr. 89 (S. 145); BGH WM 1994, 303, 305; zustimmend: Palandt-Heinrichs, BGB, § 151 Rn. 2; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1322; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 8; offengelassen: Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1036.

Vertrag durch die Annahme des Antrags zustande kommen, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Nach dieser Ansicht ist beim Angebot eines Schuldbeitritts an den Gläubiger eine Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten. Der Beitretende müsse davon ausgehen, daß der Gläubiger das Angebot, das ihm nur Vorteile bringt, auch dann angenommen hat, wenn er dies ihm gegenüber nicht zum Ausdruck gebracht hat.<sup>311</sup> Entsprechendes wird für die Bürgschaft vertreten.<sup>312</sup> Allerdings ist in jedem dieser Fälle ein nach außen hervortretendes Verhalten des Angebotsadressaten erforderlich, aus dem sich dessen *Annahmewille* unzweideutig ergibt.<sup>313</sup> § 151 BGB entbindet den Annehmenden nur vom Zugang seiner Annahmeerklärung beim Antragenden, nicht jedoch von der erkennbaren Betätigung seines Annahmewillens, also der Annahme selbst. In welchen Handlungen eine genügende Betätigung des Annahmewillens zu finden ist, läßt sich nur in Würdigung des konkreten Einzelfalls entscheiden. Für die Bürgschaft war hierfür ein Behalten der Bürgschaftsurkunde durch den Gläubiger ausreichend, wenn er vorher die Beschaffung einer Bürgschaft vom Hauptschuldner verlangt hatte.<sup>314</sup> Das Reichsgericht<sup>315</sup> entschied ebenso für die Zusendung einer Schuldbeitrittserklärung, nachdem der Gläubiger den Erklärenden um Zahlung gebeten hatte. Nicht ausreichen soll hingegen nach Ansicht des LG Bochum<sup>316</sup> die Auszahlung der gesicherten Darle-

<sup>311</sup> Vgl. *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 8.

<sup>312</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 2233; WM 1964, 849, 850; aus der Literatur: Münch-Komm-*Habersack*, BGB, § 766 Rn. 26; *Staudinger-Horn*, BGB, § 766 Rn. 9.

<sup>313</sup> So BGHZ 74, 352, 356; 111, 97, 101; BGH WM 1994, 303, 306; Münch-Komm-*Kramer*, BGB, § 151 Rn. 49; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 151 Rn. 2; *Staudinger-Bork*, BGB, § 151 Rn. 15; ähnlich *Bydlinski*, JuS 1988, 36, 37, der in der äußerlich erkennbaren Annahmehandlung jedoch keine (nicht empfangsbedürftige) Willenserklärung, sondern eine bloße Willensbetätigung sehen will.

<sup>314</sup> BGH NJW 1997, 2233.

<sup>315</sup> RG Seuff A 79, Nr. 89 (S. 145).

<sup>316</sup> Streit 1985, 18, 19.

henssumme an den kreditnehmenden Ehemann, wenn die Gläubigerbank nur dem Ehemann, nicht aber der mitunterzeichnenden Ehefrau, zuvor zusätzlich eine Annahmeerklärung übermittelt hatte. In diesem Fall dürfe auch die Ehefrau davon ausgehen, daß ihr ebenso wie ihrem Ehemann eine ausdrückliche Annahmeerklärung zugeleitet werde.<sup>317</sup>

Andere kritisieren diese Rechtsprechungsgrundsätze und verlangen wegen der Gefährlichkeit der Interzession und aus Gründen der Klarheit und Eindeutigkeit zumindest in Geschäften mit *Verbrauchern* einen Zugang der Annahmeerklärung. § 151 BGB sei mangels entsprechender Verkehrssitte dann nicht anwendbar.<sup>318</sup> Diese Kritik kann nicht überzeugen. Da der Schuldbeitritt für den Gläubiger lediglich vorteilhaft ist, kann man nach der Verkehrssitte im Sinne des § 151 BGB erwarten, daß er das entsprechende Angebot auch ohne ausdrückliche Erklärung angenommen hat. Eine Einschränkung dieses Grundsatzes für beitretende Verbraucher erscheint nicht notwendig. Dies wird vor allem dadurch deutlich, daß vom Gesetzgeber im Geltungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes angeregt

<sup>317</sup> Von den Vertretern der Gegenansicht (s.u.) wird in diesem Urteil eine Absage an die Anwendbarkeit des § 151 BGB gesehen. Dies ist jedoch nicht zutreffend. Auch das LG Bochum prüft die Voraussetzungen des § 151 BGB und kommt dann zu dem Ergebnis, daß diese hier nicht erfüllt seien. Es begründet die Nichtanwendung des § 151 BGB nicht mit der Verbrauchereigenschaft der Ehefrau, sondern mit den Besonderheiten des Falls. Der Schuldbeitritt wurde anders als in den vorstehend genannten Fällen weder *von der Bank ausdrücklich angefordert* noch von der Beitretenden *in einem gesonderten Schriftstück* erklärt. Besonders beachtlich sei zudem, daß eine *ausdrückliche Annahmeerklärung* durch die Bank hinsichtlich des Kreditantrages erfolgte, diese jedoch *nur an den kreditnehmenden Ehemann* gerichtet war. Daher sei ausnahmsweise allein im Einhalten des mitunterzeichneten Kreditantrages sowie in der Darlehensauszahlung auf ein Konto des Ehemanns keine Annahme des Schuldbeitrittsangebotes der Ehefrau zu sehen. Es dürfte hier vielmehr der Verkehrssitte entsprechen, daß jeder der Mitschuldner eine ausdrückliche Annahmeerklärung erwarten darf, wenn einer von ihnen eine erhält. Die Ablehnung des Vertragsschlusses folgt also aus der Anwendung des § 151 BGB und unterstützt keinesfalls dessen generelle Unanwendbarkeit.

<sup>318</sup> *Kothe*, JZ 1990, 997, 1002; *Schmelz*, Verbraucherkredit, Rn. 477.

wurde, aus Gründen der Praktikabilität im Massengeschäft auf den Zugang der Annahmeerklärung des Kreditgebers zum vom Verbraucher beantragten Kreditvertrag nach § 151 BGB zu verzichten.<sup>319</sup> Es scheint somit aus Sicht des Gesetzgebers kein Bedürfnis dafür zu geben, den Verbraucher vor der Anwendung des § 151 BGB zu schützen. Doch auch aus Sicht des Verbrauchers ist keine Schutzbedürftigkeit zu erkennen. Immerhin hat er bereits ein bindendes Angebot abgegeben, will also erkennbar haften und muß aufgrund der Vorteilhaftigkeit für den Angebotsempfänger einfach davon ausgehen, daß die Verpflichtung auch dann zustande kommt, wenn sich dieser nicht nochmals meldet. Etwaige Schutzmechanismen für den Verbraucher sind wirkungsvoller, wenn sie bereits bei der Angebotsabgabe (z.B. durch eine notwendige Schriftform) bzw. nach erfolgtem Vertragsschluß (z.B. durch ein Widerrufsrecht) einsetzen, da sie so für alle Beteiligten klare Einwendungen schaffen. Die Nichtanwendung des § 151 BGB würde dagegen den Verbraucher nur in seltenen Ausnahmefällen schützen und dafür die Schnelligkeit des Rechtsverkehrs beeinträchtigen. Eine Notwendigkeit, den Verbraucher vor § 151 BGB zu schützen läßt sich also nicht begründen. § 151 BGB findet beim Schuldbeitritt uneingeschränkt Anwendung. Der Gläubiger muß dem Beitretenden somit keine Annahmeerklärung zugehen lassen, wenn dieser ihm einen Schuldbeitritt anbietet. Es genügt, daß er die Erklärung des Beitretenden in seine Unterlagen einordnet.<sup>320</sup>

## II. Vertragsschluß mit dem Erstschuldner

Wird der Beitrittsvertrag zwischen dem Erstschuldner und dem Beitretenden geschlossen, so muß sich aus dem Vertrag ergeben, daß der Beitretende für die Verpflichtung des Erstschuldners gegenüber dem Gläubiger einsteht und der Gläubiger des Erstschuldners berechtigt ist, die Erfüllung

<sup>319</sup> BT-Drucks. 11/5462, S. 19.

<sup>320</sup> Der Zugang einer Annahmeerklärung kann danach nur noch in den Fällen verlangt werden, in denen aufgrund besonderer Umstände der Beitretende nicht davon ausgehen kann, daß der Gläubiger sein Angebot angenommen hat. Ein Beispiel für diese seltene Ausnahme liefert der Sachverhalt, welcher der Entscheidung des *LG Bochum* (Streit 1985, 18) zugrunde lag – siehe oben.

### Drittes Kapitel - Die Voraussetzungen des Beitrittsvertrags

der Verpflichtung auch vom Beitretenden zu verlangen.<sup>321</sup> Diese Art des Schuldbeitritts wird auch *indirekter Schuldbeitritt*<sup>322</sup> oder Schuldbeitritt durch Schuldnervertrag genannt. Durch diesen Vertrag erhält der Gläubiger ohne eigene Mitwirkung ein Forderungsrecht gegen den Beitretenden. Da hiermit die Voraussetzungen des § 328 Abs. 1 BGB gegeben sind, nimmt die ganz überwiegende Ansicht an, daß es sich beim indirekten Schuldbeitritt um einen *echten Vertrag zugunsten Dritter* handelt.<sup>323</sup> Die §§ 328 ff. BGB wären damit alle direkt anwendbar.

Auch die Gegenansicht meint, daß die §§ 328 ff. BGB die Interessenlage der Beteiligten hier genau erfassen. Sie wollen die Vorschriften der §§ 328 ff. BGB jedoch nicht direkt, sondern nur entsprechend auf den Schuldbeitritt anwenden.<sup>324</sup> Dies wird unterschiedlich begründet. Nach *Zeiss* scheidet eine direkte Anwendung aus, da der Beitretende nicht nur eine Leistung an den Gläubiger verspricht, sondern auch als Gesamtschuldner in das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Erstschuldner eintritt. *Larenz* sieht die Abweichung vom Normalfall darin, daß sich der Inhalt der Verpflichtung hier nach der bereits bestehenden Erstschuld richten soll.

Beide Gegenargumente können nicht überzeugen. Dies wird durch eine nähere Betrachtung der Struktur des Schuldbeitritts deutlich. Durch ihn wird eine eigene Forderung zugunsten des Gläubigers begründet, die mit

<sup>321</sup> Anderenfalls könnte auch nur eine Erfüllungsübernahme vorliegen (vgl. § 329 BGB). Zur Abgrenzung siehe oben 2. Kapitel C.

<sup>322</sup> Vgl. *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 29.

<sup>323</sup> Vgl. BGHZ 42, 381, 384 f.; 72, 246, 250; BGH WM 1965, 361, 362; (offen gelassen: BGH DB 1975, 2081); *Jauernig-Stürner*, BGB, Vor §§ 414, 415 Rn. 2; *MünchKomm-Möschel*, BGB, Vor § 414 Rn. 11; *Palandt-Heinrichs*, BGB, Überbl. v. § 414 Rn. 2; *Staudinger-Rieble*, BGB, § 414 Rn. 25; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2, § 37 II 2a, S. 321; *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 37; *Lwowski*, Kreditsicherung, Rn. 423; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 29 III 1, S. 261; *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 24; *Edenfeld*, JZ 1997, 1034, 1035.

<sup>324</sup> *Soergel-Zeiss*, BGB, Vor § 414 Rn. 6; *Larenz*, Schuldrecht I, § 35 II, S. 610; zögernd: *RGRK-Weber*, BGB, Vor § 414 Rn. 28.

der Schuld des Erstschuldners anfänglich inhaltsgleich und mit dieser Schuld durch die Gesamtschuldregelungen verbunden ist, da sie dasselbe Gläubigerinteresse befriedigt. Die Schuld des Erstschuldners wird jedoch durch diesen Bezug nicht fest mit dem Schuldbeitritt verbunden. Weder die Begründung einer inhaltsgleichen Verpflichtung noch die Zusammenfassung zweier Verpflichtungen zu einer Gesamtschuld vermögen die *Eigenständigkeit* der Erst- und Zweitschuld zu beseitigen. Ein Schuldbeitritt enthält daher auch keine Verfügung über die Erstschuld, sondern begründet lediglich eine weitere selbständige Verpflichtung.<sup>325</sup> Wird aber das Forderungsrecht aus einer selbständigen Verpflichtung einem Dritten eingeräumt, so handelt es sich um den *Normalfall des Vertrages zugunsten Dritter* nach den §§ 328 ff. BGB. Für eine Analogie besteht keine Notwendigkeit.<sup>326</sup>

Einer Mitwirkung des Gläubigers als begünstigtem Dritten bedarf es beim Vertrag zugunsten Dritter nicht.<sup>327</sup> Der Gläubiger kann somit Inhaber einer Forderung werden, ohne davon zu wissen. Ein solcher Forderungserwerb ist grundsätzlich vorteilhaft, so daß von einem Einverständnis des Gläubigers regelmäßig ausgegangen werden kann. Sollte er sich im Einzelfall jedoch als für den Gläubiger nachteilig oder unerwünscht erweisen (z.B. wegen einer Aufrechnungsmöglichkeit des Beitretenden), so muß der Gläubiger vor dem aufgedrängten Rechtserwerb geschützt werden. Hierfür findet sich in den Vorschriften zum Vertrag zugunsten Dritter das *Zurückweisungsrecht* des § 333 BGB. Weist der Gläubiger das Forde-

<sup>325</sup> Vgl. oben I. Kapitel A. I. und D. I.

<sup>326</sup> Dies deckt sich mit der Einordnung der indirekten Bürgschaft, die ebenfalls als echter Vertrag zugunsten Dritter nach §§ 328 ff. BGB angesehen wird - vgl. BGH WM 1966, 859, 861; NJW 1984, 2088; MünchKomm-Habersack, BGB, § 765 Rn. 11; Palandt-Sprau, BGB, § 765 Rn. 3.

<sup>327</sup> BGHZ 42, 381, 385; BGH WM 1965, 361, 362; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 11; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl. v. § 414 Rn. 2; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 28; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 6; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 37 II 2a, S. 321; Larenz, Schuldrecht I, § 35 II, S. 610; Lwowski, Kreditsicherung, Rn. 423; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, § 29 III 1, S. 261; Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1035.

rungsrecht aus dem Schuldbeitritt zurück, so gilt dieses nach § 333 BGB als nicht erworben.<sup>328</sup> Auch dieses Interesse des Gläubigers wird somit von den Regelungen des Vertrages zugunsten Dritter berücksichtigt.

### III. Ergebnis

Der Schuldbeitritt kann vom Beitretenden sowohl mit dem Erstschuldner als auch mit dem Gläubiger wirksam vereinbart werden. Im ersten Fall handelt es sich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter, auf den die §§ 328 ff. BGB direkt anwendbar sind. Im zweiten Fall ist insbesondere bei einer bloßen Mitunterschrift des Dritten das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens genau zu untersuchen; § 151 BGB ist generell anwendbar.

#### B. Die Notwendigkeit der Erstschuld

Der Schuldbeitritt setzt begrifflich wie auch strukturell eine wirksame Verpflichtung des Erstschuldners voraus, welcher der Dritte beitrifft. Dies ergibt sich daraus, daß durch ihn eine neue selbständige, aber *mit der Erstschuld inhaltsgleiche* Verpflichtung des Dritten begründet wird. Der Beitretende soll und will bei Vertragsschluß so haften wie der Erstschuldner. Der *Inhalt* der Verpflichtung des Erstschuldners wird also für den Beitretenden im Beitrittszeitpunkt kopiert. Seine Verpflichtung hat in diesem Moment denselben Umfang wie die des Erstschuldners. Daraus folgt dann aber, daß in dem Fall, in dem die Verpflichtung des Erstschuldners aufgrund irgendeiner Einwendung nicht besteht, auch die Verpflichtung des Beitretenden nicht entsteht, obwohl hinsichtlich des Beitrittsvertrages selbst keine Einwendung vorliegt. Der Beitretende haftet anfänglich genau wie der Erstschuldner. Aufgrund der *Begründung-*

<sup>328</sup> Ebenso: BGH WM 1965, 361, 362; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 11; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl. v. § 414 Rn. 2; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 28; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 6; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 37 II 2a, S. 321; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, § 29 III 1, S. 261; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 148; Reicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 24; Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1035.

*sakzessorietät* der Beitrittsschuld entsteht seine Haftung daher im Fall der fehlenden Erstschuld gar nicht erst.<sup>329</sup>

Teilweise wird dies auch anders gesehen.<sup>330</sup> Aus der Vertragsfreiheit folge, daß auch Vereinbarungen möglich sein müssen, nach denen der Beitretende ohne Rücksicht auf die Erstschuld haften soll. Auch wenn diese Haftung „garantieähnliche Züge“ annimmt, ändere es nichts an der Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung. Diese Ausführungen sind nur im Ausgangspunkt zutreffend. Dabei wird nämlich übersehen, daß trotz der Vertragsfreiheit die Festlegung der verschiedenen Vertragstypen nach bestimmten Kriterien erfolgt. Eine Übernahme der Haftung neben dem Erstschuldner, aber *unabhängig* vom Bestehen seiner Schuld, fällt gerade nicht mehr unter den Typus des Schuldbeitritts, sondern bereits unter den der *Garantie*. Denn von der Garantie wird die Haftung des Dritten erfaßt, die unabhängig von dem Bestehen der Hauptschuld gewollt ist.<sup>331</sup> An der Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung ändert die andere Einordnung natürlich nichts.<sup>332</sup>

<sup>329</sup> Genauer zur Begründungsakzessorietät unten 5. Kapitel B. I.

<sup>330</sup> *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 25; Palandt-*Heinrichs*, BGB, Überbl. v. § 414 Rn. 5 und wohl auch BGH DB 1993, 1767, 1768 (noch offengelassen in BGH WM 1971, 1498, 1499).

<sup>331</sup> Dies wurde bereits genauer im Rahmen der Erörterungen zur Vertragstypenlehre ausgeführt – vgl. 1. Kapitel C. II. 3. Zur genaueren Abgrenzung beider Rechtsinstitute siehe auch 2. Kapitel B.

<sup>332</sup> Der BGH (DB 1993, 1767, 1768) ist sehr ungenau. Zunächst bejaht er die grundsätzliche Notwendigkeit einer wirksamen Erstschuld für den Schuldbeitritt, lehnt dann aber die Ansicht ab, die den Schuldbeitritt bei Fehlen dieser Erstschuld für unwirksam hält. Die sich daraus ergebende weitgehende Haftung entnimmt er der Vertragsauslegung, bezeichnet diese darauffolgend aber nur noch allgemein als „*vertraglicher Anspruch*“, womit sowohl ein Anspruch aus Schuldbeitritt als auch einer aus Garantie gemeint sein kann. Richtige Begründung seines Ergebnisses wäre unter Berücksichtigung des gefundenen Parteiwillens – der Dritte soll auch bei fehlender Verpflichtung des Erstschuldners haften – die Einordnung des Vertrages als Garantie.

Als Fazit bleibt also festzuhalten, daß jeder Schuldbeitritt einer im Beitrittszeitpunkt wirksamen Erstschuld bedarf. Diesem Erfordernis können die Parteien nun in zweierlei Weise gerecht werden: zum einen kann die Erstschuld im Beitrittszeitpunkt bereits bestehen oder zeitgleich begründet werden; zum anderen können die Parteien den Schuldbeitritt aber auch in Bezug auf eine künftige Erstschuld vereinbaren, solange diese im Beitrittszeitpunkt bereits hinreichend bestimmbar ist. Diese Lockerung des Akzessorietätsgrundsatzes ist selbst bei der streng akzessorischen Bürgschaft anerkannt (§ 765 Abs. 2 BGB) und muß deshalb auch für den lediglich im Entstehungszeitpunkt akzessorischen Schuldbeitritt gelten.<sup>333</sup>

### **I. Die Folgen des Fehlens der Erstschuld**

Bestand die Erstschuld im Beitrittszeitpunkt nicht und wurde der Schuldbeitritt auch nicht im Hinblick auf eine künftig zu entstehende Verpflichtung des Erstschuldners vereinbart, so entfällt aufgrund der Begründungssakzessorität der Beitrittsschuld zur Erstschuld die Haftung des Beitretenden.

Nach einer Ansicht liege der Grund für diese Befreiung des Beitretenden in der *Nichtigkeit des Schuldbeitritts*.<sup>334</sup> Die anfängliche Inhaltsgleichheit von Erst- und Beitrittsschuld führe zu einer Erstreckung der Einwendungen des Erstschuldners auf den Beitretenden. Dieser könne bezüglich seiner Schuld dieselben Einwendungen geltend machen wie der Erstschuldner. Wäre demnach die Erstschuld nichtig, so sei auch die Beitrittsschuld nichtig. Zudem gebe es keinen Grund, die Unwirksamkeit der Beitrittshaftung nicht auf eine Nichtigkeit des Schuldbeitritts zurückzuführen und damit die Möglichkeit der Bestätigung nach § 141 BGB zu eröffnen.

<sup>333</sup> Näher dazu in diesem Abschnitt unter III.

<sup>334</sup> *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 11, 15.

Der BGH<sup>335</sup> meint hingegen, das Fehlen der Erstschuld hätte nicht die Nichtigkeit des Schuldbeitritts zur Folge, sondern dieser „*gehe ins Leere*“. Die Ursache dafür, daß die Rechtswirkungen des Schuldbeitritts nicht eintreten können, liege nicht im Schuldbeitritt selbst, sondern in dem Geschäft, auf das er sich bezieht.<sup>336</sup> „Ein Nichts könne nicht übernommen werden.“<sup>337</sup> Der Schuldbeitritt selbst könne daher mangels Nichtigkeit auch nicht nach § 141 BGB bestätigt werden.

Allgemein anerkannt ist somit die Unwirksamkeit der Beitrittshaftung bei anfänglichem Fehlen der Erstschuld. Dies ergibt sich schon aus der Struktur des Schuldbeitritts. Ein Nichts kann nicht übernommen werden. Die Beitrittsschuld ist im Beitrittszeitpunkt vom Bestand der Erstschuld abhängig (begründungsakzessorisch). Der Grund für die Unwirksamkeit der Beitrittsschuld liegt also allein im Fehlen der Erstschuld; genauer: in der *anfänglichen Akzessorietät der Beitrittsschuld*. Der Beitrittsvertrag hingegen ist trotz des Fehlens der Erstschuld an sich fehlerfrei; lediglich der durch ihn begründete Verpflichtungsumfang des Beitretenden liegt bei Null. Für die Annahme einer Nichtigkeit des Beitrittsvertrags wegen anfänglichen Fehlens der Erstschuld spricht daher nichts. Liegt aber keine Nichtigkeit des Schuldbeitritts vor, so muß auch eine Anwendung des § 141 BGB ausscheiden. Zu anderen Ergebnissen gelang man aber trotzdem nicht. Auch bei Unanwendbarkeit des § 141 BGB dürfte nämlich eine Neuvornahme des Schuldbeitritts zu einem Zeitpunkt, in dem die Erstschuld wirksam geworden ist, zur Vereinbarung eines wirksamen Schuldbeitritts führen. Dies gelingt dann jedoch nicht über § 141 BGB, sondern aufgrund eines neuen Vertragsschlusses mit dem Beitretenden.<sup>338</sup>

<sup>335</sup> BGH NJW 1987, 1698, 1699; ebenso: Erman-*Westermann*, BGB, Vor § 414 Rn. 8; MünchKomm-*Möschel*, BGB, Vor § 414 Rn. 13; Palandt-*Heinrichs*, BGB, Überbl. v. § 414 Rn. 5; RGRK-*Weber*, BGB, Vor § 414 Rn. 21; *Nörr/Scheyhing*, Sukzessionen, § 31 III 4, S. 418; *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 344; *Edenfeld*, JZ 1997, 1034, 1036; *Kothe*, JZ 1990, 997, 998.

<sup>336</sup> BGH NJW 1987, 1698, 1700.

<sup>337</sup> *Kothe*, JZ 1990, 997, 998; *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 344.

<sup>338</sup> Soweit dem Gläubiger aufgrund der Nichtigkeit der Erstschuld jedoch ein Bereicherungsanspruch gegen den Erstschuldner wegen erbrachter Leistung

## II. Exkurs: Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit der Erstschuld

Eine andere Behandlung verlangen die Fälle, in denen die Erstschuld *noch nicht* durch eine Anfechtung oder eine Aufrechnung mit Rückwirkung auf den Beitrittszeitpunkt vernichtet wurde, eine solche Anfechtung durch den Erstschuldner bzw. Aufrechnung durch den Gläubiger *aber noch möglich* ist.<sup>339</sup> Die Erstschuld fehlt hier anfänglich noch nicht und wird bei Unterlassen der Anfechtung oder Aufrechnung auch nie fehlen, so daß die oben erläuterten Grundsätze nicht einschlägig sind. Andererseits ist das Anfechtungsrecht des Erstschuldners bzw. Aufrechnungsrecht des Gläubigers noch gegeben und kann somit noch zur rückwirkenden Vernichtung der Erstschuld und damit zur Unwirksamkeit der Beitrittshaftung führen. Die Wirksamkeit von Erst- und Beitrittsschuld liegt somit in den Händen des anfechtungsberechtigten Erstschuldners bzw. des aufrechnungsberechtigten Gläubigers.

Würde der Beitretende in dieser Situation aufgrund seiner ja noch wirksamen Haftung zur Leistung an den Gläubiger gezwungen sein, so wäre er im Falle einer darauffolgenden *Anfechtung* gegenüber dem Gläubiger allein auf die Bereicherungsansprüche angewiesen, um seine Leistung zurückzufordern. Er würde damit in dieser bewußt unsicheren Situation das Risiko der Insolvenz des Gläubigers tragen müssen. Dieses Ergebnis kann nicht erwünscht sein.

Eine eigene Ausübung des Anfechtungsrechtes durch den Beitretenden kommt jedoch auch nicht in Betracht, da der Anfechtungsgrund nicht in seiner Person entstanden ist und dieses Recht selbst dem akzessorisch haftenden Bürgen nicht gewährt wird. Was dem Bürgen jedoch zusteht, ist die Einrede aus § 770 Abs. 1 BGB. Danach kann er die Leistung an den Gläubiger solange verweigern, wie das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners besteht. Der Bürge ist dadurch hinreichend vor den oben ge-

gen zusteht, haftet der Beitretende für diese Schuld, wenn sich sein Schuldbeitritt auch auf sie erstreckt – näher dazu im 5. Kapitel B. II.

<sup>339</sup> In Betracht kommen hier aufgrund der langen Anfechtungsfrist des § 124 BGB vor allem die Fälle der Täuschung oder Bedrohung des Erstschuldners aus § 123 BGB.

nannten Unbilligkeiten geschützt. Da die Interessenlage beim Beitretenden identisch ist, geht man heute davon aus, daß diese Einrede auch dem Beitretenden zustehen muß. Auf den Schuldbeitritt wird deshalb § 770 Abs. 1 BGB analog angewendet.<sup>340</sup> Dieser Analogie ist zuzustimmen. Sie erkennt die vergleichbare Situation von Bürge und Beitretendem im Hinblick auf die anfängliche Abhängigkeit von der Erstschuld und ermöglicht so auch den effektiven Schutz des Beitretenden vor unbilliger Inanspruchnahme. Als Ausdruck der aus dem Grundsatz von Treu und Glauben stammenden dolo-petit-Einrede<sup>341</sup> läßt sich die Einrede aus § 770 Abs. 1 BGB ohne weiteres auf jeden Schuldbeitritt übertragen.

Eine solche aufschiebende Einrede gewährt § 770 Abs. 2 BGB dem Bürgen auch für den Fall, daß sich der Gläubiger statt durch Inanspruchnahme des Bürgen durch eine *Aufrechnung* gegenüber dem Hauptschuldner befriedigen kann. Diese Aufrechnung würde ein Erlöschen der Hauptschuld (§ 389 BGB) und damit auch eine Befreiung des Bürgen bewirken. Die Lage beim Beitretenden ist grundsätzlich nicht anders. Eine Aufrechnung mit der Forderung gegen den Erstschuldner würde nach § 422 Abs. 1 S. 2 BGB auch den Beitretenden befreien. Soll auch er den Gläubiger deshalb auf diese Aufrechnungsmöglichkeit verweisen können?

Einem solchen Recht steht zunächst ein bedeutender Grundsatz der Gesamtschuld entgegen: die *freie Wahl* des Gläubigers hinsichtlich seines Vorgehens (§ 421 BGB). Der Gläubiger ist bei einer Gesamtschuld nicht daran gebunden, zunächst nur den Erstschuldner in Anspruch zu nehmen. Er kann nach freiem Belieben entscheiden, ob er die Leistung vom Erstschuldner oder vom Beitretenden verlangt. Es darf ihm daher grundsätzlich auch nicht die Möglichkeit genommen werden, die Leistung vom Beitretenden zu verlangen, obwohl er auch mit dem Erstschuldner hätte aufrechnen können. Vielleicht ist der Gläubiger ja gerade am Leistungsgegenstand besonders interessiert. Dieses Wahlrecht ist *Wesensmerkmal*

<sup>340</sup> Statt aller: MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 13; Ehmann, Gesamtschuld, S. 337; Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 133; Larenz, Schuldrecht I, § 35 II, S. 612; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 349; anders: Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1383c.

<sup>341</sup> Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 133.

der Gesamtschuld und damit auch des Schuldbeitritts und kann schon aus diesem Grund nicht durch eine analoge Anwendung des § 770 Abs. 2 BGB eingeschränkt werden.<sup>342</sup>

Hinzu kommt, daß anders als bei § 770 Abs. 1 BGB auch im Hinblick auf den Grundsatz von *Treu und Glauben* keine Einschränkung des Wahlrechts geboten ist. Der Beitretende wird nicht unbillig belastet, wenn er trotz der Aufrechnungsmöglichkeit leisten muß, denn mit seiner Leistung erlischt die Forderung des Gläubigers und damit auch die Aufrechnungslage. Danach ist keine Aufrechnung mehr möglich. Die Leistung des Beitretenden ist im Gegensatz zur Situation bei § 770 Abs. 1 BGB also keine unter Vorbehalt und dem Risiko der umgehenden Rückgewähr, sondern eine endgültige und zweckerreichende. Die Gründe, die zur analogen Anwendung des § 770 Abs. 1 BGB geführt haben, greifen hier also nicht durch.

<sup>342</sup> Die aus § 770 Abs. 2 BGB folgende Einschränkung des Wahlrechts des Gläubigers führt zutreffend dazu, in dieser Norm eine Ausprägung des Grundsatzes der Subsidiarität zu sehen (vgl. BGHZ 95, 350, 361; Münch-Komm-Habersack, BGB, § 770 Rn. 2; Göring, Erläuterung des § 770 BGB, S. 39 ff.; Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 133). Da der Gesetzgeber die Norm aber auch auf die selbstschuldnerische Bürgschaft anwenden wollte, löste er sie aus dem im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagenen (zutreffenden) Regelungsbereich der Subsidiarität (§§ 771 – 773 BGB) und fügte sie dem § 770 BGB als zweitem Absatz mit der Begründung an, daß der selbstschuldnerische Bürge „nicht ohne Weiteres einem Gesamtschuldner“ gleichstehe; „es treffe also die Analogie eines Gesamtschuldverhältnisses nicht zu. Auch der selbstschuldnerische Bürge müsse alle Rechtsbehelfe haben, welche dem Hauptschuldner zu Gute kommen könnten.“ (vgl. *Protokolle*, Band II, S. 471). Auch der Gesetzgeber sah also, daß aufgrund des Gläubigerwahlrechts bei der Gesamtschuld eine Anwendung der Regelung ausscheiden muß, wenn man den selbstschuldnerischen Bürgen als Gesamtschuldner ansieht und stützte deren Anwendbarkeit deshalb auf den Gedanken der Akzessorietät. Da der Beitretende aber gerade ein Gesamtschuldner ist, muß eine Anwendung des § 770 Abs. 2 BGB hier wegen des Vorrangs des Gläubigerwahlrechts (aber auch wegen der Nichtakzessorietät seiner Haftung) ausscheiden.

Zudem erscheint die Inanspruchnahme des Beitretenden trotz der Aufrechnungsmöglichkeit auch nicht *rechtsmißbräuchlich*. Allein der Umstand, daß der Gläubiger sein Leistungsinteresse auf einfachere Weise, nämlich durch eine Aufrechnungserklärung durchsetzen kann, reicht dafür nicht aus. Es ist ja gerade der Sinn eines gleichrangige Sicherungsrechtes, dem Gläubiger die Wahl zu lassen, ob er gegen den Schuldner oder gegen den Sichernden vorgehen will. Dieser wird sich dabei zwar grundsätzlich vom Gedanken der möglichst einfachen Durchsetzung seiner Leistungsinteressen leiten lassen, zwingen kann man ihn dazu jedoch keinesfalls. Charakterisierend für eine gleichrangige Sicherheit ist es vielmehr, daß der Gläubiger seine Wahl gerade nicht sachlich begründen muß. Der Rechtsmißbrauch beginnt erst dort, wo mit der Ausübung des Wahlrechts bewußt der in Anspruch genommene Gesamtschuldner geschädigt werden soll.<sup>343</sup> Die bloße Inanspruchnahme des sichernden Gesamtschuldners trotz Aufrechnungsmöglichkeit mit der Erstschuld erfüllt diese Voraussetzungen nicht, da dem Beitretendem hier kein Schaden zugefügt wird. Im Wege des Regresses kann er ja noch gegen den Erstschuldner vorgehen (§ 426 Abs. 1 BGB) und sich dabei unter Umständen auch dessen Forderung gegen den ehemaligen Gläubiger abtreten lassen oder diese pfänden. Die aufschiebenden Einrede des § 770 Abs. 2 BGB ist also letztlich Ausdruck der Akzessorietät und Subsidiarität der Bürgenhaftung. Ihre analoge Anwendung auf den Schuldbeitritt muß daher ausscheiden.

### III. Der Schuldbeitritt zu einer künftigen Verpflichtung

Aus der Notwendigkeit einer bestehenden Erstschuld für die Wirksamkeit der Schuldbeitrittshaftung folgt – wie bereits erwähnt wurde – nicht, daß eine solche Schuld bereits im Zeitpunkt des Beitrittsvertrages bestanden haben muß. Es ist allgemein anerkannt, daß ein Schuldbeitritt auch antizipatorisch in bezug auf künftig entstehende Verpflichtungen vereinbart werden kann.<sup>344</sup>

<sup>343</sup> Vgl. im 1. Kapitel B. III. 1.

<sup>344</sup> Vgl. BGH WM 1959, 16, 22; WM 1961, 1129, 1130; WM 1971, 1498; NJW 1997, 461, 463; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 11; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl. v. § 414 Rn. 2; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414

Soweit überhaupt darauf eingegangen wurde, ist die Zulässigkeit des antizipierten Schuldbeitritts mit einer *Analogie zu § 765 Abs. 2 BGB* begründet worden. Danach kann sich der Bürge auch für eine künftige Verbindlichkeit verbürgen. Die Interessenlage sei beim Schuldbeitritt nicht anders.<sup>345</sup> Dies überzeugt. Durch den Schuldbeitritt erhält der Gläubiger einen zweiten Schuldner. Typischer Zweck des Schuldbeitritts ist daher wie bei der Bürgschaft die Absicherung des Gläubigers vor dem Ausfall des Erstschuldners.<sup>346</sup> Wenn die Regelung des § 765 Abs. 2 BGB aber bei einem akzessorischen Sicherungsrecht wie der Bürgschaft zuläßt, daß die maßgebliche Hauptforderung erst später entsteht, so muß entsprechendes auch für den im Entstehungszeitpunkt ebenfalls akzessorisch von der Erstschuld abhängigen Schuldbeitritt gelten. Die Möglichkeit der Mithaftung für erst künftig entstehende Verbindlichkeiten ist bei begründungssakzessorischen Sicherungsrechten eine notwendige Erweiterung der vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien. Einer analogen Anwendung des § 765 Abs. 2 BGB auf den Schuldbeitritt steht somit nichts entgegen.

#### 1. Bestimmtheit

Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Schuldbeitritts zu einer *künftigen Verpflichtung* ist allerdings, daß diese bereits *hinreichend bestimmt* ist.<sup>347</sup> Diesbezüglich sind schon wegen der Analogie zu § 765 Abs. 2 BGB dieselben Anforderungen wie bei einer Bürgschaft zu stellen.

Rn. 20; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 6; Lwowski, Kreditsicherung, Rn. 423; Nobbe, Bankrecht, Rn. 1306; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 16; Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1036.

<sup>345</sup> Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 16; Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1036.

<sup>346</sup> Vgl. oben I. Kapitel A. II.

<sup>347</sup> Vgl. BGH WM 1959, 16, 22; WM 1961, 1129, 1130; NJW 1997, 461, 463; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 11; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 20; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 6; Nobbe, Bankrecht, Rn. 1306; Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1036.

Nach dem BGH ist dem Bestimmtheitserfordernis genügt, wenn das künftig erst abzuschließende Rechtsgeschäft oder zu begründende Rechtsverhältnis der allgemeinen Art nach im voraus bestimmt ist. Es ist also ausreichend, wenn auf Forderungen verwiesen wird, die aus einem ganzen Kreis von Rechtsbeziehungen entstehen können. Eine ins einzelne gehende genaue Bezeichnung der Forderung ist nicht notwendig. Nur wenn der Kreis der möglichen zukünftigen Verpflichtungen überhaupt keine *sachliche Begrenzung* enthält, würde das Bestimmtheitserfordernis nicht erfüllt, so daß keine wirksame Haftung zustande kommt.<sup>348</sup> Als häufiges Beispiel eines aus Sicht des BGH zulässigen antizipierten Schuldbeitritts sei hier die Mithaftung für Kontokorrentverbindlichkeiten genannt.<sup>349</sup> Danach haftet der Beitretende für alle im Zeitpunkt der Inanspruchnahme bestehenden Verbindlichkeiten eines Kontoinhabers gegenüber der Bank. Der Kreis der zukünftigen Verpflichtungen des Beitretenden beschränkt sich hier auf die bankmäßige Geschäftsverbindung zwischen dem Erstschuldner und der Bank. Aufgrund dieser sachlichen Begrenzung sei das Bestimmtheitserfordernis erfüllt. Eine Einschränkung erfährt die Zulässigkeit dieser weiten Sicherungszweckerklärung jedoch neuerdings im Falle der formularmäßigen Erklärung aus der Anwendung des AGBG.<sup>350</sup>

In Teilen der Literatur werden diese Anforderungen an die Bestimmtheit einer Bürgschaft für zu gering erachtet. Zweck des Bestimmtheitserfordernisses sei es, das Haftungsrisiko für den Bürgen *überschaubar* zu halten. Auch bei der Mithaftung für eine Vielzahl künftiger Forderungen muß für den Bürgen der maximale Umfang seiner Haftung absehbar sein. Eine Beschränkung der Haftung auf alle aus einer bankmäßigen Geschäftsbeziehung zwischen Hauptschuldner und Gläubigerbank entstehenden Forderungen reiche dafür nicht aus, da nicht klar werde, in wel-

<sup>348</sup> Für die Bürgschaft: ständige Rechtsprechung seit BGHZ 25, 318, 319 ff. (zuletzt: BGHZ 130, 19, 21 f.); zustimmend: Erman-*Seiler*, BGB, § 765 Rn. 3; MünchKomm-*Habersack*, BGB, § 765 Rn. 69; Palandt-*Sprau*, BGB, § 765 Rn. 7. Entsprechendes gilt aufgrund der Analogie auch für den Schuldbeitritt.

<sup>349</sup> Vgl. BGH NJW 1991, 923 oder NJW 1996, 249 ebenso: MünchKomm-*Möschel*, BGB, Vor § 414 Rn. 11.

<sup>350</sup> Siehe unten 4. Kapitel C. II.

cher Höhe der Bürge belastet werden wird. Der Bestimmtheitsgrundsatz erfordere hier zusätzlich einen Höchstbetrag für die Bürgenhaftung oder eine sonstige gegenständliche Beschränkung, z.B. durch einen bestimmten Verwendungszweck.<sup>351</sup> Ähnlich könnte man auch für den Schuldbeitritt argumentieren. Diese Literaturansicht ist insofern konsequent, als sie das von der Rechtsprechung eingebrachte Kriterium der sachlichen Begrenzung der Haftung für zukünftige Verbindlichkeiten strikt beachtet. Es dürfte jedoch fraglich sein, ob dieses Kriterium überhaupt Teil des Bestimmtheitsgrundsatzes sein soll. Das Verlangen nach hinreichender Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der zukünftigen Verpflichtung dient eigentlich allein dazu, im späteren Zeitpunkt der Verbindlichkeitsentstehung zu wissen, ob der Bürge oder Beitretende auch für diese Verbindlichkeit mithaften soll. Der Bestimmtheitsgrundsatz sorgt also für das notwendige Minimum an Rechtssicherheit oder *Rechtsklarheit*. Eine antizipierte Mithaftungsvereinbarung, egal ob Bürgschaft oder Schuldbeitritt, genügt daher bereits dann dem Bestimmtheitserfordernis, wenn feststeht, daß der Mithaftende für alle Ansprüche des Gläubigers gegen den Erstschuldner eintreten soll.<sup>352</sup> Das vom BGH eingeführte und von Teilen der Literatur konsequent weiterentwickelte Kriterium der sachlichen Begrenzung der Haftung dient im Gegensatz dazu nicht der Bestimmung der zukünftigen Verpflichtung, sondern der Überschaubarkeit des Mithaftungsumfangs. Es soll daher auch nicht die notwendige Rechtsklarheit sicherstellen, sondern bezweckt allein den Schutz des Mithaftenden. Der Unterschied zwischen der Bestimmtheit der künftigen Forderung und der Überschaubarkeit des Mithaftungsumfangs ist also nicht nur ein begrifflicher<sup>353</sup>, sondern ein inhaltlicher. Das eine hat mit dem anderen unmittelbar nichts zu tun. Es erscheint daher richtig, die Frage nach der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der gesicherten zukünftigen Forderung streng von der Frage nach der Überschaubarkeit des vereinbarten Haf-

<sup>351</sup> Vgl. Staudinger-Horn, BGB, § 765 Rn. 19; Heinrichsmeier, Mithaftung des Ehegatten für Geldkredite, S. 64 f.; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 100; Horn, FS Merz, 217, 222.

<sup>352</sup> Darauf hinweisend: Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 99; Bydlinski, WM 1992, 1301, 1304.

<sup>353</sup> So aber Horn, ZIP 1997, 525, 528; zutreffend dagegen BGHZ 130, 19, 22; Bydlinski, WM 1992, 1301, 1304.

tungsumfangs zu trennen. Der Bestimmtheitsgrundsatz betrifft nur die erste Frage und bedarf daher entgegen der allgemeinen Ansicht nicht des Kriteriums einer sachlichen Begrenzung. Dieses spielt erst auf der zweiten Ebene eine Rolle und läßt sich gebührend über die Vorschriften zum Schutz des Mithaftenden (§§ 3, 9 AGBG, § 138 Abs. 1 BGB) erfassen.<sup>354</sup>

## 2. Exkurs: Kündigungsrechte des Beitretenden

Ist der Schuldbeitritt zu einer möglichen Vielzahl künftiger Verpflichtungen des Erstschuldners *zeitlich unbefristet* eingegangen worden<sup>355</sup>, so kann der Beitretende den Schuldbeitritt nach Ablauf eines gewissen Zeitraumes oder aus wichtigem Grund mit Wirkung für die Zukunft unter denselben Voraussetzungen kündigen, *wie diese für die Bürgschaft anerkannt sind*.<sup>356</sup>

Die Einräumung eines *ordentlichen Kündigungsrechts* folgt daraus, daß bei unbefristeten Dauerschuldverhältnissen ein allgemeines Kündigungsrecht anerkannt ist.<sup>357</sup> Der Schuldbeitritt zu einer noch unbekanntem Vielzahl künftiger Verpflichtungen, der ohne zeitliche Begrenzung eingegangen wurde, stellt ein solches Dauerschuldverhältnis dar. Als Beispiel mag auch hier der Schuldbeitritt für einen auf unbestimmte Zeit eingeräumten Kontokorrentkredit dienen. Ist ein Dauerschuldverhältnis aber auf unbestimmte Zeit geschlossen worden, so bedarf es einer (ordentlichen) Kündigung, um das Schuldverhältnis überhaupt zu beenden. Nach Ablauf einer gewissen Zeit muß also eine Kündigung möglich sein. Wieviel Zeit bis zur ersten Kündigungsmöglichkeit verstrichen sein muß, welche *Wartefrist* also der Beitretende einhalten muß, bevor er kündigen darf, wird allerdings kaum einmal bei den als Dauerschuldverhältnis ausgestalteten

<sup>354</sup> Dazu genauer im 4. Kapitel C. II. 2.

<sup>355</sup> In Anlehnung an den Begriff der „Globalbürgschaft“ könnte man von einem „Globalschuldbeitritt“ sprechen.

<sup>356</sup> BGH NJW 1986, 252, 253; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 11; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl. v. § 414 Rn. 6; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1327.

<sup>357</sup> Vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 2 VI, S. 30 ff.; Medicus, Schuldrecht AT, Rn. 562 ff.

Schuldbeitritten vereinbart. Die Wartefrist müßte dann aus dem dispositivem Recht hergeleitet werden, doch auch hier lassen sich keine unmittelbar anwendbaren Regelungen finden. Es bleiben somit nur allgemeine Billigkeitserwägungen zur Bestimmung der Wartefrist, die sich soweit möglich an ähnlich gelagerten gesetzlichen Fristen orientieren sollten. Maßgebliches Kriterium ist hierbei die Frage, wann das Sicherungsbedürfnis des Gläubigers durch den auf unbestimmte Zeit eingegangenen Schuldbeitritt hinreichend befriedigt wurde.<sup>358</sup> Vorgeschlagen werden daher Wartezeiten zwischen drei und fünf Jahren.<sup>359</sup> Im Hinblick auf die Regelung des § 159 Abs. 1 HGB wird man davon ausgehen dürfen, daß das Sicherungsbedürfnis des Gläubigers jedenfalls nach Ablauf von fünf Jahren hinreichend bedient wurde. Nach Ablauf dieser Wartefrist kann der Beitretende den antizipierten Schuldbeitritt ordentlich kündigen.

Diese Kündigung wirkt nun allerdings nicht bereits mit Zugang, sondern erst nach Ablauf einer weiteren *Kündigungsfrist*. Diese Kündigungsfrist muß dabei so bemessen sein, daß alle Beteiligten genügend Zeit haben, sich auf die veränderte Rechtslage einzustellen.<sup>360</sup> Bei der Bestimmung dieser Frist ist also auf die berechtigten Interessen des Gläubigers und des Erstschuldners Rücksicht zu nehmen. Für den Gläubiger lassen sich allerdings kaum berechnete Interessen finden. Für bereits gewährte Kredite bleibt die Mithaftung des Beitretenden trotz Kündigung erhalten. Weitere Kredite muß er mangels Sicherheit nicht mehr gewähren. Anders stellt sich die Lage jedoch beim Erstschuldner dar. Dieser läuft Gefahr, den gegebenenfalls lebenswichtigen Kontokorrentkredit zu verlieren, wenn es ihm nicht gelingt, bis zum Ausstieg des Beitretenden gleichwertige Ersatzsicherheiten zu beschaffen. Für diese Bemühungen benötigt er einen

<sup>358</sup> Vgl. Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 53 (für die Bürgschaft).

<sup>359</sup> Für drei Jahre (bei Bürgschaften): BGH NJW 1985, 3007, 3008; *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 807 – jeweils ohne besondere Begründung. Für fünf Jahre (ebenfalls bei Bürgschaften): *Bydlinski*, FS Schimansky, 299, 307; *Derleder*, NJW 1985, 97, 103 (jeweils auch im Hinblick auf § 159 Abs. 1 HGB).

<sup>360</sup> Vgl. BGH NJW 1986, 252, 253; für die Bürgschaft: BGH WM 1959, 855, 856; Staudinger-Horn, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 53.

zeitlichen Spielraum, der ihm durch eine angemessene Kündigungsfrist zu gewähren ist. Als maximale Frist kann ihm aber nur der Zeitraum zustehen, den er gehabt hätte, wenn der Gläubiger selbst den Kredit gekündigt hätte. In diesem Fall hat der Schuldner nach § 609 Abs. 2 BGB drei Monate Zeit, die notwendigen Dispositionen zu treffen. Als angemessen muß daher auch im Fall der Kündigung des Beitretenden eine Kündigungsfrist von drei Monaten gelten.<sup>361</sup>

Daneben muß es aber auch möglich sein, das Dauerschuldverhältnis bei Auftreten eines besonderen Grundes zu beenden, wenn eine Fortsetzung des Schuldverhältnisses dem Verpflichteten nicht einmal mehr bis zum Ablauf der Wartezeit für eine ordentliche Kündigung zuzumuten ist (*außerordentliche Kündigung*). Die außerordentliche Kündigung wirkt aufgrund dieser Unzumutbarkeit regelmäßig bereits mit ihrem Zugang, also ohne das Hinzutreten einer Kündigungsfrist.<sup>362</sup> Die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung ergibt sich wiederum in der Regel aus dem Verhalten des Vertragspartners. Hier taucht nun die Besonderheit der untersuchten Drittsicherungsfälle auf. Das Verhalten einer Person, z.B. das des Erstschuldners, mag zwar einen Kündigungsgrund hervorrufen. Dem ebenfalls am Vertragsverhältnis beteiligten Gläubiger kann in diesem Fall jedoch häufig keinerlei Vorwurf gemacht werden, so daß seine Interessen zu beachten sind. Ebenso kann der Kündigungsgrund in der Person des Gläubigers liegen, so daß dann auf die Interessen des Erstschuldners Rücksicht zu nehmen ist. Diese Schutzbedürftigkeit eines der Beteiligten führt nun dazu, daß auch bei einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund regelmäßig eine angemessene Kündigungsfrist einzuhalten ist, um diese berechtigten Interessen zu wahren.<sup>363</sup> Diese Frist dürfte

<sup>361</sup> Vgl. Hellner/*Steuer-Wagenknecht*, Bankrecht, Rn. 4/1327. Ebenso im Hinblick auf § 609 Abs. 2 BGB für Bürgschaften: OLG Celle, NJW-RR 1989, 548; Erman-*Seiler*, BGB, § 765 Rn. 8; MünchKomm-*Habersack*, BGB, § 765 Rn. 55; *Bydlinski*, FS Schimansky, 299, 309; *Derleder*, NJW 1985, 97, 102.

<sup>362</sup> Vgl. *Medicus*, Schuldrecht AT, Rn. 564.

<sup>363</sup> Vgl. BGH NJW 1986, 252, 253; für die Bürgschaft: OLG Celle, NJW-RR 1989, 548; MünchKomm-*Habersack*, BGB, § 765 Rn. 56; *Bydlinski*, FS Schimansky, 299, 312.

im Hinblick auf den Regelungsgedanken des § 609 Abs. 2 BGB grundsätzlich drei Monate betragen. Im Einzelfall können es Besonderheiten wie eine gemeinsame Verantwortung des Erstschuldners und Gläubigers am Kündigungsgrund aber auch gebieten, das Dauerschuldverhältnis nach der außerordentlichen Kündigung durch den Beitretenden schnell zu lösen.

Die Folgen einer ordentlichen wie außerordentlichen Kündigung sind identisch. Sie beenden das Schuldverhältnis *ex nunc*. Bei wirksamer Kündigung beschränkt sich die Mithaftung des Beitretenden somit auf die bis zum Wirksamwerden der Kündigung entstandenen Verbindlichkeiten des Erstschuldners. Für später begründete Verbindlichkeiten des Erstschuldners haftet der Beitretende nicht mehr.

#### **IV. Zusammenfassung**

Ist die Erstschuld im Beitrittszeitpunkt nicht wirksam und der Schuldbeitritt nicht für künftige Verbindlichkeiten vereinbart worden, kann der Beitretende seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger das Fehlen der Erstschuld entgegenhalten. Diese Begründungsakzessorietät der Beitrittschuld folgt aus ihrer anfänglichen Inhaltsgleichheit mit der Erstschuld. Umgekehrt formuliert läßt sich festhalten, daß eine wirksame Beitrittshaftung eine im Beitrittszeitpunkt wirksame oder bestimmbare künftige Erstschuld voraussetzt. Eine gewollte Haftung unabhängig vom Bestehen der Erstschuld ist dementsprechend nicht als Schuldbeitritt, sondern als Garantie einzuordnen.

Im Falle der bloßen Anfechtbarkeit der Erstschuld steht dem Beitretenden analog § 770 Abs. 1 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Die Möglichkeit des Schuldbeitritts zu einer zukünftigen Verpflichtung des Erstschuldners folgt aus einer Analogie zu § 765 Abs. 2 BGB. Die inhaltlichen Anforderungen sowie die Kündigungsmöglichkeiten sind daher dieselben wie bei einer Bürgschaft für zukünftige Verbindlichkeiten. Diese Problemkreise sind von vorsichtigen, aber allgemein anerkannten Analogien zum Bürgschaftsrecht geprägt.

## Viertes Kapitel

### **Einwendungen bezüglich der Wirksamkeit des Beitrittsvertrags**

Der Schuldbeitritt führt zu einer gesamtschuldnerischen Haftung des Beitretenden neben dem Erstschuldner. Im Gegensatz zur Mitvertragspartnerschaft nimmt der Beitretenden jedoch nicht am Synallagma zwischen Erstschuldners und Gläubiger teil. Er hat keinen Anspruch gegen den Gläubiger bezüglich dessen Gegenleistung. Er stellt sich vielmehr ausschließlich als zweiter Schuldner zur Verfügung. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit zu überprüfen, ob und inwieweit sich auf den Schuldbeitritt besondere Schutzbestimmungen anwenden lassen. In Betracht kommen hier insbesondere die aus der Umsetzung von EU-Richtlinien stammenden Verbraucherschutzbestimmungen. Diese überlagern heute weitgehend die Konfliktbereiche, die vorher noch mit Hilfe der Generalklauseln des BGB gelöst wurden. Danach ist aber auch zu untersuchen, inwieweit das deutsche Recht abseits der Regelungsbereiche der speziellen Verbraucherschutznormen auch heute noch auf den Schuldbeitritt einwirkt.

Beginnen muß die Untersuchung aber mit den in der heutigen Rechtspraxis überaus wichtigen Verbraucherschutzbestimmungen des Verbraucherkreditgesetzes, des Haustürwiderrufgesetzes und des AGB-Gesetzes.

#### **A. Das Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG)**

Wäre das Verbraucherkreditgesetz auf den Schuldbeitritt anwendbar, so würde dieser der Form des § 4 Abs. 1 VerbrKrG unterliegen. Gleichzeitig stünden dem Beitretenden das Widerrufsrecht aus § 7 Abs. 1 VerbrKrG sowie weitere Privilegierungen zu.

## I. Anwendbarkeit des VerbrKrG

Um diese Rechtsfolgen auszulösen, müßte der Schuldbeitritt in den sachlichen Anwendungsbereich des VerbrKrG fallen. Dieser wäre nach § 1 Abs. 1 VerbrKrG eröffnet, wenn es sich beim Schuldbeitritt um einen Kreditvertrag handelt. Ein solcher ist gem. § 1 Abs. 2 VerbrKrG ein Vertrag, durch den ein entgeltlicher Kredit in Form eines Darlehens, eines Zahlungsaufschubs oder einer sonstigen Finanzierungshilfe gewährt wird.

### 1. Unmittelbare Anwendbarkeit

*Bülow*<sup>364</sup> meint, daß jedenfalls der Schuldbeitritt zu einem Kreditvertrag auch selbst ein Kreditvertrag i.S.d. § 1 Abs. 2 VerbrKrG ist. Bei Eintritt des Risikos hafte der Beitretende wie der Hauptschuldner, also wie ein Darlehensnehmer. Er wird in dessen Kreditvertrag mit einbezogen. Die Entgeltlichkeit des Schuldbeitritts sei dadurch gegeben, daß der Kreditvertrag, der durch den Schuldbeitritt gesichert wird, seinerseits entgeltlich ist.

Die Argumentation *Bülow*s beruht auf der Vorstellung, daß ein Schuldbeitritt zu einer bloßen Vertragsänderung beim Darlehensvertrag zwischen Erstschuldner und Gläubiger führt, indem der Beitretende in diesen Vertrag als zweiter Darlehensnehmer auf Seiten des Erstschuldners eintritt.<sup>365</sup> Folgt man dieser Vorstellung von einem Schuldbeitritt, so haftet der Beitretende tatsächlich aufgrund eines Kreditvertrags, wenn er einem solchen beigetreten ist. Dies geht jedoch zu weit. *Bülow* verkennt dabei, daß die Erstschuld, also die Darlehensschuld des Erstschuldners, zwar alleiniger inhaltlicher Maßstab für die Haftung des Beitretenden ist, *Rechtsgrund seiner Haftung jedoch allein der Schuldbeitritt bleibt*. Anspruchsgrundlage des Gläubigers gegen den Beitretenden ist gerade nicht

<sup>364</sup> *Bülow*, VerbrKrG, § 1 Rn. 108. Ähnlich auch *Heinrichsmeier*, Mithaftung des Ehegatten für Geldkredite, S. 101; *Steppeler*, Verbraucherkreditgesetz, S. 66; *Zahn*, DB 1992, 1029, 1031, der später seine Meinung jedoch änderte (DB 1998, 353). *Hagena*, Drittschutz im Verbraucherkreditrecht, S. 39 spricht von erweiternder Auslegung.

<sup>365</sup> Vgl. die Ausführungen im 1. Kapitel A. I.

#### Viertes Kapitel – Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Beitrittsvertrags

wie bei der gesamtschuldnerischen Mitvertragspartnerschaft der Darlehensvertrag selbst (§§ 607, 421, 427 BGB), sondern allein der Schuldbeitritt (§§ 305, 241 BGB).<sup>366</sup> Aufgrund dieser Selbständigkeit der Beitrittshaftung von der Erstschuld muß bei der Frage nach der Anwendbarkeit des VerbrKrG zugunsten des Beitretenden allein auf den Schuldbeitritt abgestellt werden.

Dieser stellt dann aber keinen Kreditvertrag i.S.d. § 1 Abs. 2 VerbrKrG dar. Ein solcher wäre nach dem klaren Wortsinn nur anzunehmen, wenn der Kreditgeber auch dem Beitretenden eine Kaufkraft für gewisse Zeit überläßt. Dies geschieht beim Schuldbeitritt jedoch nicht. Der Gläubiger gewährt hier seinem Vertragspartner keinen tatsächlichen Kredit. Es wird dem Beitretenden keine Kaufkraft überlassen. Dieser nimmt am Kreditvertrag des Erstschuldners nur als weiterer Schuldner, nicht jedoch auch als weiterer Kreditnehmer teil. Er erlangt insbesondere keinen Anspruch gegen den Kreditgeber auf Auszahlung des Kredits. Der Schuldbeitritt selbst kann deshalb nicht als Kreditvertrag i.S.d. § 1 Abs. 2 VerbrKrG angesehen werden.<sup>367</sup> Er ist nur Kreditsicherheit. Eine unmittelbare Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf den Schuldbeitritt scheidet somit aus.

#### 2. Analoge Anwendbarkeit

Es bleibt damit noch die Möglichkeit der analogen Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf den Schuldbeitritt. Voraussetzung dafür ist

<sup>366</sup> Vgl. 1. Kapitel A. I. und D. III. Auf die Mitvertragspartnerschaft ist das Verbraucherkreditgesetz deshalb auch unmittelbar anwendbar, da beide Gesamtschuldner Darlehensnehmer sind – vgl. *Graf von Westphalen*, MDR 1997, 307.

<sup>367</sup> Ebenso: BGHZ 133, 71, 74; 133, 220, 224; *Graf von Westphalen/Emmerich/von Rottenburg*, VerbrKrG, § 1 Rn. 74; *MünchKomm-Ulmer*, VerbrKrG, § 1 Rn. 34; *Staudinger-Kessal-Wulf*, VerbrKrG, § 1 Rn. 21; *Dazert*, Mithaftung und Sukzession bei Verbraucherkreditverträgen, S. 39; *Kabisch*, WM 1998, 535, 536; *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 36 und WiB 1997, 449; *Rißmann*, FS Heinrichs, 451, 458 f.; *Ulmer/Timmann*, FS Rowedder, 503, 510.

zum einen das Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit (Lücke) im Verbraucherkreditgesetz, zum anderen das Bestehen einer vergleichbaren Interessenlage zwischen dem Darlehensnehmer und dem Beitretenden.

a) *Planwidrige Unvollständigkeit (Lücke)*

Das Verbraucherkreditgesetz enthält keine Regelung zur Mithaftung Dritter in Form eines Schuldbeitritts oder einer sonstigen Interzession. Eine Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung liegt also vor. Diese muß aber auch planwidrig sein. Das ist nicht der Fall, wenn der Gesetzgeber sich bewußt gegen eine Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf Interzessionen wie den Schuldbeitritt ausgesprochen, also absichtlich eine Regelung unterlassen hat.<sup>368</sup> Die diesbezüglich vorliegenden Äußerungen des Gesetzgebers sind leider nicht eindeutig.

So enthält der Regierungsentwurf zu dieser Frage nur einen Satz: „Keine Finanzierungshilfe im Sinne des Entwurfs ist hingegen die Bankbürgschaft (sog. Avalkredit), da hier in Form einer Eventualverbindlichkeit lediglich eine Garantie für die Zahlungsfähigkeit des Avalnehmers übernommen wird.“<sup>369</sup> Im Rechtsausschuß wurde dann beantragt, eine Regelung über Kreditsicherheiten in das Gesetz aufzunehmen. Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt, „weil für diese in der Endphase der Gesetzesberatungen eingebrachten Vorschläge die nötigen Voruntersuchungen und Abklärungen fehlen.“<sup>370</sup>

Der Gesetzgeber hat also das Problem der Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf Kreditsicherheiten gesehen, die Aufnahme einer besonderen Regelung jedoch abgelehnt. Daraus könnte man schließen, daß der Gesetzgeber nicht wollte, daß lediglich mithaftende Verbraucher

<sup>368</sup> Vgl. *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 386. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 191 sprechen insoweit von „beredtem Schweigen“.

<sup>369</sup> BT-Drucks. 11/5462, S. 18.

<sup>370</sup> BT-Drucks. 11/8274, S. 23.

Viertes Kapitel – Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Beitrittsvertrags

– wie Bürgen oder Beitretende – in den Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes fallen.

Bemerkenswert ist, daß die ganz überwiegende Ansicht nur hinsichtlich der Bürgschaft diese Schlußfolgerung zieht.<sup>371</sup> Hinsichtlich des Schuldbeitritts wird das Problem durchweg ignoriert. Eine solche unterschiedliche Behandlung ist jedoch nicht nachvollziehbar. Die Einschränkung im Regierungsentwurf bezieht sich ausdrücklich nur auf *Bankbürgschaften*, beinhaltet also eindeutig keinerlei Aussagen über sonstige Bürgschaften. Im Rahmen der Beratungen des Rechtsausschusses war dann stets sowohl die gesamtschuldnerische Mithaftung aus einem Schuldbeitritt als auch die Bürgschaft gemeint. Sowohl die vom Rechtsausschuß aufgeworfene Frage der Anwendungserstreckung des Verbraucherkreditgesetzes<sup>372</sup> als auch die dazu angefertigten Stellungnahmen<sup>373</sup> sowie die protokollierte mündliche Diskussion<sup>374</sup> erörtern das Problem ausdrücklich im Hinblick auf beide Sicherungsmittel. Dementsprechend spricht auch die Beschlußempfehlung allgemein von „Mithaftung“ bzw. „Kreditsicherheiten“.<sup>375</sup> Die ablehnende Haltung des Rechtsausschusses bezieht sich damit sowohl auf Schuldbeitritte als auch auf Bürgschaften. Soweit man in den Äuße-

<sup>371</sup> Vgl. BGH NJW 1998, 1939, 1941; MünchKomm-Ulmer, VerbrKrG, § 1 Rn. 37; Palandt-Putzo, VerbrKrG, § 1 Rn. 5; Soergel-Häuser, VerbrKrG, § 1 Rn. 66; Staudinger-Kessal-Wulf, VerbrKrG, § 1 Rn. 23; Edelmann, BB 1998, 1017, 1018; Klein, DZWir 1996, 358, 360; Pfeiffer, ZIP 1998, 1129, 1130; Reich, VuR 1997, 187, 194; Schmid-Burgk, DB 1997, 513; Ulmer/Timmann, FS Rowedder, 503, 516; Zahn, DB 1998, 353, 355.

<sup>372</sup> Frage 2 des Fragenkataloges: „Sollte das Verbraucherkreditgesetz in das Bürgerliche Gesetzbuch eingearbeitet werden und auch dem Schuldner nahestehende Personen, die sich als Mitschuldner oder Bürgen verpflichtet haben, erfassen?“; Stenographisches Protokoll, 11. Wahlperiode, 86. Sitzung des Rechtsausschusses vom 01.06.1990, S. VII.

<sup>373</sup> Vgl. Stenographisches Protokoll, 11. Wahlperiode, 86. Sitzung des Rechtsausschusses vom 01.06.1990, S. 181 (Hadding); 208 (Horn); 231 (Reich); 240 (Reifner); 259 (Sandkühler); 275 (Scholz).

<sup>374</sup> Vgl. Stenographisches Protokoll, 11. Wahlperiode, 86. Sitzung des Rechtsausschusses vom 01.06.1990, S. 2 bis 14.

<sup>375</sup> BT-Drucks. 11/8274, S. 20 und 23.

rungen einen der analogen Anwendung des Gesetzes entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers erkennt, muß dies daher für beide Rechtsinstitute gelten. Eine differenzierte Behandlung ist inkonsequent.<sup>376</sup>

Damit stellt sich die Frage, ob die Äußerungen im Regierungsentwurf und in der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses tatsächlich den Willen des Gesetzgebers deutlich machen, die Personalsicherheiten aus dem Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes herauszuhalten. In dieser Allgemeinheit und Konsequenz nehmen dies nur wenige Autoren<sup>377</sup> an, während die gerade erwähnte überwiegende Ansicht nur hinsichtlich der Bürgschaft aus diesen Äußerungen einen ablehnenden Willen des Gesetzgebers erkennen will.

Aus dem Satz im Regierungsentwurf lassen sich zunächst keine Gründe für eine generell ablehnende Haltung des Gesetzgebers herleiten. Dieser stellt lediglich klar, daß eine Bankbürgschaft keine Finanzierungshilfe der Bank an den Hauptschuldner im Sinne des § 1 Abs. 2 VerbrKrG darstellt, so daß bei einer solchen zugunsten eines Verbrauchers zwar der persönliche, nicht aber der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes eröffnet ist. Der Ausschluß beschränkt sich somit eindeutig auf einen Spezialfall der Bürgschaft. Dies ist durchaus nachvollziehbar, besteht doch für den Regelfall der Bürgschaft eines Verbrauchers zugunsten eines Kreditgebers überhaupt nicht die Gefahr, diese als Finanzierungshilfe eines Kreditgebers im Sinne des § 1 Abs. 2 VerbrKrG anzusehen, da schon der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes nicht eröffnet ist. Eine Notwendigkeit zur Klarstellung bestand somit nur bei Bankbürgschaften. Dies erkannte der Gesetzgeber und äußerte sich dementsprechend. Der Satz im Regierungsentwurf hat also nur einen sehr begrenzten Aussagewert. Er enthält insbesondere keinerlei Wertungen hinsichtlich der möglichen (analogen) Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf Bürgschaften von Verbrauchern. Hätte der Gesetzgeber mit diesem Satz alle

<sup>376</sup> Darauf zutreffend hinweisend: *Dazert*, Mithaftung und Sukzession bei Verbraucherkreditverträgen, S. 52 f.; *Auer*, ZBB 1999, 161, 166; *Bydlinski/Klauninger*, WuB I F 1 a.-15.98, 783, 787 f.

<sup>377</sup> *Drescher*, VerbrKrG und Bankenpraxis, Rn. 36; *Bydlinski/Klauninger*, WuB I F 1 a.-15.98, 783, 787 f.

Bürgschaften aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausschließen wollen, so ist es nicht nachvollziehbar, daß er dann nur von der Bankbürgschaft spricht. Es wäre ein Leichtes gewesen, den Satz anders zu formulieren und allgemein von einer Bürgschaft zu sprechen. Auch die Begründung, es lege lediglich eine Garantie für die Zahlungsfähigkeit des Avalnehmers in Form einer Eventualverbindlichkeit vor, ändert nichts an der Tatsache, daß sich der Ausschluß ausdrücklich nur auf Bankbürgschaften bezieht. Sie verdeutlicht vielmehr, warum keine Finanzierungshilfe vorliegen kann. Eine Aussage bezüglich anderer Personalsicherheiten enthält der Satz also nicht.<sup>378</sup>

Bei weitem unklarer ist das Ergebnis der Auslegung der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses. Dieser lehnte die diskutierte Aufnahme einer Mithaftungsregelung in das Verbraucherkreditgesetz ab, weil dafür die nötigen Voruntersuchungen und Abklärungen fehlten.<sup>379</sup> Die Ablehnung erfolgte somit primär nicht aufgrund sachlicher Erwägungen, sondern aufgrund von Zeitdruck. Zum einen war die Umsetzungsfrist der Richtlinie bereits verstrichen, zum anderen näherte sich die Legislaturperiode ihrem Ende und zusätzlich ergab sich ein dringender Regelungsbedarf für Verbraucherkreditverträge in den neuen Bundesländern. Die Beschlußempfehlung erweckt damit den Eindruck, daß der Gesetzgeber sich nicht aus rechtlichen Gründen gegen die Aufnahme einer besonderen Mithaftungsnorm entschieden hat; er hat es vielmehr nur nicht gewagt, eine eigene Regelung für Sicherheiten in das Gesetz aufzunehmen, ohne vorher die Folgen abklären zu können. Man könnte daher aus den Äußerungen den Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber zwar grundsätzlich nicht gegen eine Anwendung des Gesetzes auf Kreditsicherheiten war, ihre ausdrückliche Einbeziehung jedoch im Hinblick auf die nicht aufgeklär-

<sup>378</sup> So auch: *Bilow*, VerbrKrG, § 1 Rn. 103; *Dazert*, Mithaftung und Sukzession bei Verbraucherkreditverträgen, S. 40; *Koziolak*, Die Umgehungsregelung des VerbrKrG, S. 179. Anders: *Zahn*, DB 1998, 353, 355.

<sup>379</sup> BT-Drucks. 11/8274, S. 23. Diesen Grund nannte auch der Abgeordnete *Marschewski* in der abschließenden Lesung im Bundestag – vgl. Amtliches Protokoll der 233. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 30.10.1990, S. 18639.

ten Folgen nicht wagte. Ob allein bei diesem Befund eine Rechtsfortbildung noch zulässig wäre, ließe sich kaum entscheiden.

Weiterhelfen könnte hier ein Blick auf die Diskussion, die im Rechtsausschuß geführt wurde und letztlich in die Beschlußempfehlung mündete. Anlaß der Überlegungen zur Einbeziehung von Mithaftungserklärungen in den Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes war Frage 2 des Fragenkataloges. Diese hatte aber nur zum Inhalt, ob das Verbraucherkreditgesetz eine Regelung über die Mithaftung oder Verbürgung *naher Familienangehöriger* enthalten sollte.<sup>380</sup> Man könnte daher meinen, der Rechtsausschuß habe überhaupt nicht die Einbeziehung von Kreditsicherheiten im ganzen erörtert, sondern nur einen kleinen, zu der damaligen Zeit sehr dringenden Problembereich. Insofern wäre eine Regelungslücke denkbar. Dem ist indes nicht so. Die protokollierte Diskussion wie auch die Stellungnahmen machen deutlich, daß sich die Argumentationen und Überlegungen nicht auf diesen Teilbereich beschränkten.<sup>381</sup> Vielmehr wurde die gestellte Frage zum Anlaß genommen, die Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf Personalsicherheiten ganz allgemein zu diskutieren. Soweit eine Erstreckung des Anwendungsbereiches abgelehnt wurde, geschah dies oft mit der Begründung, daß Bürgen und Gesamtschuldner ohnehin über die Akzessorietät bzw. die Gesamtwirkung am Schutz des Gesetzes teilhätten.<sup>382</sup> Inwieweit diese Begründung überzeu-

<sup>380</sup> Stenographisches Protokoll, 11. Wahlperiode, 86. Sitzung des Rechtsausschusses vom 01.06.1990, S. VII.

<sup>381</sup> Vgl. Stenographisches Protokoll, 11. Wahlperiode, 86. Sitzung des Rechtsausschusses vom 01.06.1990, S. 2 bis 14 sowie S. 101 ff.

<sup>382</sup> Vgl. Stenographisches Protokoll, 11. Wahlperiode, 86. Sitzung des Rechtsausschusses vom 01.06.1990, S. 3, 9, 135, 181, 259, 275, 297. Bemerkenswert ist, daß in den Äußerungen häufig davon ausgegangen wird, daß der Mitschuldner stets Mitkreditnehmer sei und damit ohnehin vom Anwendungsbereich erfaßt werde. Daß dies in dieser Allgemeinheit keineswegs zutrifft, wurde bereits dargestellt. Es läßt sich leider nicht aufklären, inwieweit dieser Irrtum Einfluß auf die ablehnende Entscheidung der Ausschlußmehrheit hatte.

gen kann, muß an dieser Stelle nicht erörtert werden.<sup>383</sup> Jedenfalls wird aus ihr deutlich, daß allgemeine Erörterungen zur Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf Personalsicherheiten angestellt wurden. Eine planwidrige Unvollständigkeit kann somit nicht allein aus dem Gesichtspunkt des inhaltlich beschränkten Erörterungsthemas hergeleitet werden.

Im Ergebnis kann nach der Auswertung der relevanten Gesetzgebungsmaterialien nur ein sehr unbefriedigendes Fazit gezogen werden. Der Gesetzgeber hat sich mit der Frage der Einbeziehung von Personalsicherheiten in den Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes beschäftigt. Er konnte sich nicht dazu entschließen, eine entsprechende Regelung in das Gesetz aufzunehmen, obwohl ihm bewußt war, daß eine Anwendung des Gesetzes auf Personalsicherheiten damit entfällt. Begründet hat er diese Entscheidung jedoch nicht damit, daß er eine solche Anwendung ausschließen will – in dem Fall wäre eine Rechtsfortbildung von vornherein ausgeschlossen –, sondern damit, daß er sich scheut, diese Regelung im Eilverfahren, also ohne notwendige Voruntersuchungen zu schaffen.<sup>384</sup> Der Wille des Gesetzgebers zu dieser Frage mußte also erst noch gebildet werden. Insofern könnte man mit guten Gründen annehmen, daß es einen der Analogie entgegenstehenden Willen (noch) nicht gibt, so daß die Rechtsfortbildung zulässig wäre. Genauso gut könnte man aber auch argumentieren, daß dem Gesetzgeber bewußt war, daß ohne die Aufnahme einer besonderen Regelung das Gesetz auf Personalsicherheiten keine Anwendung finden kann, so daß ein Absehen von dieser Regelung den

<sup>383</sup> Die Einwendungserstreckung führt jedenfalls nur dazu, daß die Haftung des Sichernden entfällt, wenn der Hauptschuldner seine Erklärung nach § 7 VerbrKrG widerruft bzw. dessen Vertrag nach § 4 VerbrKrG formnichtig ist. Ein eigenes Widerrufsrecht für den Beitretenden oder Bürgen läßt sich so nicht begründen.

<sup>384</sup> Hintergrund der abwartenden Haltung dürfte nicht zuletzt der Umstand gewesen sein, daß die hauptsächlich diskutierte Frage der Mithaftung vermögensloser Familienangehöriger bereits beim Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorlag (vgl. Stenographisches Protokoll, 11. Wahlperiode, 86. Sitzung des Rechtsausschusses vom 01.06.1990, S. 10) und der Gesetzgeber dieser Entscheidung nicht vorgreifen wollte.

Willen zum Ausdruck bringt, mit der möglichen Erstreckung des Anwendungsbereiches solange zu warten, bis die gesetzgeberische Willensbildung abgeschlossen ist. Eine begründete Entscheidung ist hier kaum möglich und kann auch unterbleiben, wenn es ohnehin an einer vergleichbaren Interessenlage zwischen Beitretendem und Erstschuldner fehlt.

b) *Vergleichbarkeit der Interessenlage*

Um eine analoge Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf den Schuldbeitritt zu ermöglichen, müßte neben dem Vorliegen einer Regelungslücke auch die Interessenlage des Beitretenden mit der des kreditnehmenden Erstschuldners vergleichbar sein.

Die ganz überwiegende Ansicht<sup>385</sup> hält die Vergleichbarkeit jedenfalls beim Schuldbeitritt für gegeben. „Im Falle des Schuldbeitritts zu einem Kreditvertrag ist das Schutzbedürfnis des Beitretenden nicht geringer, sondern eher größer als das des Kreditnehmers, weil der Beitretende trotz voller Mitverpflichtung keine Rechte gegen den Kreditgeber erlangt, insbesondere keinen Anspruch auf Auszahlung des Kredits hat. Aber auch aus Sicht des Kreditgebers ist die entsprechende Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes gerechtfertigt, weil er durch den Schuldbeitritt einen weiteren Schuldner für den Kreditbetrag erhält.“<sup>386</sup>

Dabei wird dem Schutzbedürftigkeitsargument noch eine weitere Überlegung hinzugefügt. Für Abzahlungsgeschäfte nach dem Abzahlungsgesetz

<sup>385</sup> BGHZ 133, 71, 75; BGHZ 134, 94; *Graf von Westphalen/Emmerich/von Rottenburg*, VerbrKrG, § 1 Rn. 76; *MünchKomm-Ulmer*, VerbrKrG, § 1 Rn. 34; *Palandt-Putzo*, VerbrKrG, § 1 Rn. 5; *Soergel-Häuser*, VerbrKrG, § 1 Rn. 65; *Staudinger-Kessal-Wulf*, VerbrKrG, § 1 Rn. 21; *Dazert*, Mithaftung und Sukzession bei Verbraucherkreditverträgen, S. 44 f.; *Hagena*, Drittschutz im Verbraucherkreditrecht, S. 36; *Koziolak*, Die Umgehungsregelung des VerbrKrG, S. 126 f.; *Nobbe*, Bankrecht, Rn. 1309; *Artz*, VuR 1997, 227, 228; *Edenfeld*, JZ 1997, 1034, 1038; *Graf von Westphalen*, DNotZ 1998, 33, 34; *Fischer*, ZIP 2000, 828, 829 f.; *Kurz*, DNotZ 1997, 552, 555; *Reinicke/Tiedtke*, WiB 1997, 449, 450; *Ulmer/Timmann*, FS Rowedder, 503, 511.

<sup>386</sup> BGHZ 133, 71, 75.

war ein eigenes Widerrufsrecht des Beitretenden mit derselben Begründung bejaht worden, soweit er vom persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes erfaßt war.<sup>387</sup> Da nach dem Willen des Gesetzgebers das VerbrKrG ausdrücklich den Schutzstandard des Abzahlungsgesetzes fortführt, sei es zwingend, den Schuldbeitritt eines Verbrauchers auch den Bestimmungen des VerbrKrG zu unterwerfen.<sup>388</sup>

Gegen die Annahme einer vergleichbaren Interessenlage von Kreditnehmer und Beitretendem im Hinblick auf das Verbraucherkreditgesetz wendet sich *Rißmann*.<sup>389</sup> Der Schutzzweck des Gesetzes passe nicht auf den lediglich sichernden Beitretenden. Es diene der Schaffung einer größeren Transparenz auf dem Kreditmarkt und dem Schutze des Verbrauchers, bei verlockenden Kreditangeboten seinem Konsumverlangen unüberlegt zu erliegen. Beide Gefahren bestünden beim lediglich sichernden Beitretenden nicht. Eine größere Transparenz des Marktes nütze ihm nicht, da die Wahl des Kreditgebers vom Kreditnehmer getroffen wird, während der Beitretende sich den von ihm gesicherten Kredit kaum jemals selbst ausführen können wird. Auch der Schutzzweck, den Konsumenten vor Verführungen zu schützen, greife beim Beitretenden nicht, da dieser ja gerade keinen Anspruch auf die Gegenleistung und damit keinen Nutzen vom erworbenen Konsumgut hat.

Eine Stellungnahme ist hier nicht einfach. Unbestritten ist, daß der Beitretende als Sicherungsgeber schutzbedürftig ist, da er zwar wie der Erst-

<sup>387</sup> So BGHZ 109, 314, 317 f. für einen Schuldbeitritt zu einer Getränkebezugsverpflichtung.

<sup>388</sup> BGH NJW 1998, 1939, 1940; *Artz*, VuR 1997, 227, 228; *Auer*, ZBB 1999, 161, 166; *Bülow*, VerbrKrG, § 1 Rn. 106 f.; *ders.* in NJW 1996, 2889, 2891 f. und in JZ 1997, 471; *Edenfeld*, JZ 1997, 1034, 1038; *Fischer*, ZIP 2000, 828, 830; *Nobbe*, Bankrecht, Rn. 1310.

<sup>389</sup> *Rißmann*, FS Heinrichs, 451, 457 f. – in Ansätzen auch *Bydlinski/Klauninger*, WuB I F 1 a.- 15.98, 783, 788. Ähnlich, aber inkonsequent *Auer*, ZBB 1999, 161, 166, die zwar den Schutzzweck des Gesetzes ebenfalls für nicht auf Sicherungsgeschäfte übertragbar hält, die analoge Anwendung aber im Hinblick auf die Fortführung des Schutzzumfangs des Abzahlungsgesetzes befürwortet.

schuldner zur Leistung verpflichtet ist, jedoch anders als dieser dafür keinerlei Gegenleistung erhält. Die eigentliche Frage ist, ob der notwendige Schutz des Sichernden mit Hilfe des Verbraucherkreditgesetzes oder durch andere Schutzbestimmungen erreicht werden sollte. In Betracht kommt insbesondere eine analoge Anwendung der Bürgschaftsregelungen (insbesondere § 766 BGB) auf den Schuldbeitritt.<sup>390</sup>

Für die Stellungnahme ist zunächst die Gefahrensituation zu beschreiben, in der dem sichernden Beitretenden geholfen werden soll. Durch einen Schuldbeitritt wird der Beitretende zwar wie der Kreditnehmer zur Rückzahlung der Kreditsumme verpflichtet; er erhält aber im Gegensatz zum Kreditnehmer selbst keinerlei Gegenrechte gegen den Kreditgeber. Der Beitretende profitiert somit nicht unmittelbar von den mit Hilfe der Kreditsumme finanzierten Vorteilen. Seine Verpflichtung ist einseitig und für ihn sehr risikoreich, da er im Regreß das Insolvenzrisiko des Kreditnehmers tragen muß. Die Situation des Beitretenden entspricht damit wirtschaftlich eher der eines selbstschuldnerischen Bürgen als der des Kreditnehmers, da beide Sicherungsgeber mit einer sofortigen Inanspruchnahme rechnen müssen, ohne von der Gegenleistung unmittelbar zu profitieren.<sup>391</sup> Der selbstschuldnerische Bürge ist in dieser Situation jedoch durch das Schriftformerfordernis des § 766 BGB gewarnt. Dieses bezweckt, ihn vor einer unüberlegten Haftungsübernahme zu schützen. Dieser Schutz soll nach weit verbreiteter Ansicht<sup>392</sup> sogar so weitreichend sein, daß eine zusätzliche Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes unnötig ist.

<sup>390</sup> Gerade dies befürworten *Rißmann*, FS Heinrichs, 451, 484 f. und *Bydlinski/Klauninger*, WuB I F 1 a.- 15.98, 783, 788 – näher dazu noch in diesem Kapitel unter E.

<sup>391</sup> Die wirtschaftliche Vergleichbarkeit von (selbstschuldnerischer) Bürgschaft und Schuldbeitritt wird allgemein anerkannt – vgl. BGH NJW 2000, 575; NJW 1996, 249; *Graf von Westphalen/Emmerich/von Rottenburg*, VerbrKrG, § 1 Rn. 81; *Staudinger-Kessal-Wulf*, VerbrKrG, § 1 Rn. 23; *Artz*, VuR 1997, 227, 229; *Bülow*, NJW 1996, 2889, 2892; *Bydlinski/Klauninger*, WuB I F 1 a.- 15.98, 783, 788; *Edelmann*, BB 1998, 1017, 1018; *Graf von Westphalen*, DB 1998, 295, 298 f.; *Kabisch*, WM 1998, 535, 537.

<sup>392</sup> BGH NJW 1998, 1939, 1940 f.; *MünchKomm-Ulmer*, VerbrKrG, § 1 Rn. 37; *Auer*, ZBB 1999, 161, 167; *Edelmann*, BB 1998, 1017, 1018; *Kabisch*,

Für den Schuldbeitritt fehlt nun jegliche gesetzliche Schutzbestimmung. Der Vorteil einer Schließung dieser Schutzlücke mittels analoger Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes bestünde darin, daß dessen Schutzbestimmungen über das Verlangen einer Schriftform hinausgehen. Es gewährt neben der Schriftform auch ein Widerrufsrecht. Diese Rechte wurden allerdings eigentlich nur für den Kreditnehmer geschaffen, so daß sich die Frage stellt, ob sie auch sinnvoll auf den lediglich mithaftenden Beitretenden anwendbar sind.

Die ganz überwiegende Ansicht<sup>393</sup> bejaht dies einfach mit dem Hinweis darauf, daß der Beitretende wie der Kreditnehmer haftet, da seine Verpflichtung im Beitrittszeitpunkt inhaltlich mit der des Kreditnehmers vergleichbar ist. Wenn er aber zweiter Kreditnehmer ist, so müßten ihm auch die Schutzbestimmungen zugunsten eines Kreditnehmers zugute kommen. Dies gelte um so mehr, als ihm im Gegensatz zum Kreditnehmer keine Gegenansprüche gegen den Kreditgeber zustehen. Dem inhaltlichen Befund ist zuzustimmen. Der Beitretende haftet wie der Kreditnehmer, ohne von der damit finanzierten Gegenleistung zu profitieren. Er ist deshalb *jedenfalls schutzbedürftig*. Zweifelhaft ist aber, ob die Schutzbestimmungen des Verbraucherkreditgesetzes einen auch für den Beitretenden sinnvollen Schutz ermöglichen.

Das Schriftformerfordernis des § 4 VerbrKrG hat grundsätzlich den Zweck, den Kreditnehmer vor einer unüberlegten Eingehung langfristiger finanzieller Verpflichtungen zu warnen.<sup>394</sup> Es erfüllt damit denselben Zweck wie § 766 BGB und muß damit grundsätzlich auch auf lediglich Mithaftende anwendbar sein. Daneben enthält § 4 VerbrKrG aber auch erforderliche Mindestangaben über die Kreditbelastung. Sie dienen der besseren Information des Kreditnehmers und sollen so mehr Transparenz auf dem Kreditmarkt schaffen.<sup>395</sup> Diese Informationen sind für den Mit-

WM 1998, 535, 539; Klein, DZWir 1996, 358, 359; Schmid-Burgk, DB 1997, 513, 514.

<sup>393</sup> Siehe oben die Nachweise in Fußnote 384.

<sup>394</sup> BT-Drucks. 11/5462, S. 19.

<sup>395</sup> BT-Drucks. 11/5462, S. 19 sowie Graf von Westphalen/Emmerich/von Rottenburg, VerbrKrG, § 4 Rn. 40 f.; MünchKomm-Ulmer, VerbrKrG, § 4 Rn. 1; Staudinger-Kessal-Wulf, VerbrKrG, § 4 Rn. 1.

haftenden nicht unbedingt sinnvoll, da er sich den Kredit, für den er mithaftend will, nicht auf dem freien Kreditmarkt aussuchen wird. Für den Mithaftenden wird statt dessen von Belang sein, für welchen Schuldner er die Mithaftung übernimmt, da er selbst bei sofortiger Inanspruchnahme durch den Kreditgeber stets die Regreßmöglichkeit gegen den Kreditnehmer besitzt. Erscheint der Schuldner solvent, so dürfte dem Mithaftenden die konkrete Höhe der Kreditkosten nur beiläufig interessieren, da er davon ausgehen wird, auch bei Inanspruchnahme durch den Kreditgeber sein Geld im Wege des Regresses vom Kreditnehmer zu erhalten. Für den Mithaftenden sind somit weniger die konkreten Kreditkosten von Bedeutung. Seine Sorge gilt primär der Person und damit der Zahlungsfähigkeit des Kreditnehmers. Ein mit Hilfe der Mindestangaben des § 4 VerbrKrG transparenterer Kreditmarkt hilft ihm deshalb kaum.<sup>396</sup>

Das Widerrufsrecht des § 7 *VerbrKrG* dient im Gegensatz zu dem aus § 1 HWiG nicht dem Überrumpelungs- oder Übereilungsschutz, sondern dazu, dem Verbraucher wegen der wirtschaftlichen Bedeutung und Tragweite sowie der Schwierigkeit der Vertragsmaterie eine befristete Lösungsmöglichkeit zu geben.<sup>397</sup> Aus diesem Grund sind auch die Erwägun-

<sup>396</sup> So inzwischen (für die Bürgschaft) auch der EuGH, NJW 2000, 1323, 1324 (Tz. 25); aus der Literatur auch MünchKomm-Ulmer, VerbrKrG, § 4 Rn. 16; Auer, ZBB 1999, 161, 166; Kurz, DNotZ 1997, 552, 556; inkonsequenterweise nur für die Bürgschaft: BGH NJW 1998, 1939, 1941; Casper, BB 1998, 1227; Edelmann, BB 1998, 1017, 1018; Kabisch, WM 1998, 535, 540; Klein, DZWir 1996, 358, 359. Anders: Bülow, VerbrKrG, § 4 Rn. 29; Staudinger-Kessal-Wulf, VerbrKrG, § 4 Rn. 19; Artz, VuR 1997, 227, 231 f.; Bülow/Artz, ZIP 1998, 629, 631; Dazert, Mithaftung und Sukzession bei Verbraucherkreditverträgen, S. 89; Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1038; Graf von Westphalen, DB 1998, 295, 299; Hagen, Drittschutz im Verbraucherkreditrecht, S. 40 ff.; Koziol, Die Umgehungsregelung des VerbrKrG, S. 132 f.; Reinicke/Tiedtke, WiB 1997, 449, 450. Natürlich würde ihm die zusätzliche Information auch nicht schaden. Wirklichen Sinn macht sie jedoch nur beim Kreditnehmer.

<sup>397</sup> BT-Drucks. 11/5462, S. 21. Der Schutzzweck des HWiG paßt auch auf nur sichernde Schuldner – vgl. Auer, ZBB 1999, 161, 163; Pfeiffer, ZIP 1998, 1129, 1131.

gen des EuGH<sup>398</sup> zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes auf Kreditsicherheiten nicht auf das Verbraucherkreditgesetz übertragbar.<sup>399</sup> Das Widerrufsrecht gibt dem Verbraucher also eine zusätzliche Bedenkzeit darüber, ob ihm der Erwerb bestimmter Konsumgüter oder Leistungen eine solche Verschuldung wert ist. Eine solche zusätzliche Bedenkzeit kann natürlich auch dem lediglich Mithaftenden nicht schaden. Allerdings paßt auch hier der besondere Schutzzweck der Norm nicht vollständig. Das Verbraucherkreditgesetz erfaßt nach seinem Anwendungsbereich, insbesondere bei Berücksichtigung der Ausnahmen des § 3 VerbrKrG, Konsumentenkredite, also Kredite, die Privatpersonen zu privaten Zwecken aufnehmen. Mit der erlangten Finanzkraft werden also in der Regel Konsumgüter erworben (z.B. Auto, Hausrat usw.) oder Dienstleistungen in Anspruch genommen (z.B. Urlaubsreisen). Der Verführungsgrad dieser Konsumgüter in der Gesellschaft ist angesichts immer raffinierterer Werbekampagnen außerordentlich hoch. Aus diesem Grund war es angebracht, neben der Übereilungswarnung mittels der Schriftform auch noch eine weitere Bedenkzeit zu gewähren, in welcher der Verbraucher nochmals überlegen kann, ob das ansonsten nicht finanzierbare Konsumgut eine längerfristige Verschuldung und die Bindung erheblicher Finanzmittel wert ist. Genau diese Gefahrenlage besteht nun bei einem Schuldbeitritt wie auch bei anderen Sicherungsgeschäften nicht. Der Sichernde steht zum einen nicht unter der Einwirkung, sich einen bestimmten Konsumwunsch unbedingt erfüllen zu wollen.<sup>400</sup> Auf das Konsumgut, dessen Finanzierung er sichert, erlangt er keinen Anspruch. Zum anderen gibt er im Gegensatz zum Kreditnehmer seine für die Begleichung der Schuld aufzuwendenden Finanzmittel nicht endgültig auf. Ihm steht vielmehr in der Regel ein Regreßanspruch zu, so daß er jedenfalls bei Solvenz des Kreditnehmers keinen endgültigen Finanzver-

<sup>398</sup> EuGH NJW1997, 1295.

<sup>399</sup> So nun auch der EuGH NJW 2000, 1323, 1324 (Tz. 24). Auf den unterschiedlichen Schutzzweck hinweisend: *Graf von Westphalen/Emmerich/von Rottenburg*, VerbrKrG, § 1 Rn. 80; *Auer*, ZBB 1999, 161, 163 und 166. Näher zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes auf den Schuldbeitritt in diesem Kapitel unter B.

<sup>400</sup> Darauf weisen auch *Rißmann* (FS Heinrichs, 451, 470) und *Pfeiffer* (ZIP 1998, 1129, 1131) hin.

lust erleidet.<sup>401</sup> Ein doppelter Schutz des Sichernden mittels Schriftform und Widerrufsrechts scheint deshalb nicht gerechtfertigt. Zur Warnung vor dem Insolvenzrisiko des Hauptschuldners reicht ein Schriftformerfordernis aus.<sup>402</sup>

Die Unterschiedlichkeit der Interessenlagen wird auch noch an anderer Stelle deutlich. So paßt die Heilungsvorschrift des § 6 Abs. 2 VerbrKrG, wonach ein formnichtiger Kreditvertrag nach Auszahlung der Darlehenssumme an den Kreditnehmer wirksam wird, erkennbar nicht auf den lediglich Mithaftenden. Dieser wird zum einen nie das Darlehen empfangen. Zudem ist der Zweck der Vorschrift ganz auf den Kreditnehmer zugeschnitten. Sie wurde geschaffen, um den Kreditnehmer davor zu schützen, im Falle der Nichtigkeit das gesamte Darlehen sofort nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückzahlen zu müssen.<sup>403</sup> Eine entsprechende Situation ist beim Beitretenden nicht gegeben. Er hat nichts empfangen und muß demzufolge auch nicht vor dem Bereicherungsanspruch geschützt werden. Die Heilung wäre für ihn ausschließlich nachteilig. Die herrschende Ansicht will deshalb diese Vorschrift nicht auf den Schuldbeitritt anwenden.<sup>404</sup> Überzeugender wäre es zu erkennen, daß die Schutzbestimmungen des Gesetzes im ganzen nicht die Interessenlage von Beitretenden erfassen.

<sup>401</sup> Genauer zu den Fragen des Regresses im 5. Kapitel C.

<sup>402</sup> So für die Bürgschaft: MünchKomm-Ulmer, VerbrKrG, § 4 Rn. 16; *Kabisch*, WM 1998, 535, 539.

<sup>403</sup> BT-Drucks. 11/5462, S. 21.

<sup>404</sup> BGHZ 134, 94, 98 f.; BGH NJW 1997, 1442, 1443; *Bülow*, VerbrKrG, § 6 Rn. 9; Palandt-*Putzo*, VerbrKrG, § 6 Rn. 2; *Martis*, Verbraucherschutz, S. 13; *Nobbe*, Bankrecht, Rn. 1316; *Artz*, VuR 1997, 227, 232; *Bülow/ Artz*, ZIP 1998, 629, 631; *Dazert*, Mithaftung und Sukzession bei Verbraucherkreditverträgen, S. 91; *Edenfeld*, JZ 1997, 1034, 1039; *Hagena*, Drittschutz im Verbraucherkreditrecht, S. 89; *Koziol*, Die Umgehungsregelung des VerbrKrG, S. 136; *Reinicke/ Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 41 ff. und WiB 1997, 449, 451. Für eine Anwendung: *Staudinger-Kessal-Wulf*, VerbrKrG, § 6 Rn. 16; *Hellner/Steuer-Wagenknecht*, Bankrecht, Rn. 4/1321.

#### Viertes Kapitel – Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Beitrittsvertrags

Unterstützt wird diese Sichtweise durch eine weitere Vorschrift, die nach dem BGH<sup>405</sup> keine Anwendung finden soll: § 7 Abs. 3 VerbrKrG. Danach gilt ein Widerruf als nicht erfolgt, wenn der Verbraucher das erhaltene Darlehen nicht binnen zweier Wochen zurückzahlt. Die Regelung soll dem Kreditgeber ermöglichen, die Kreditsumme bereits vor Ablauf der Widerrufsfrist auszuzahlen. Auch diese Norm paßt nicht auf Mithaftende, da diese nie die Darlehenssumme erlangen. Andererseits gibt es auch beim Schuldbeitritt ein berechtigtes Interesse des Gläubigers, auf den Bestand von bestellten Sicherheiten zu vertrauen. Hätte auch der lediglich sichernde Beitretende ein Widerrufsrecht, dessen Wirksamkeit jedoch nicht entsprechend § 7 Abs. 3 VerbrKrG von der Rückzahlung der gesicherten Darlehenssumme oder der Bestellung einer Ersatzsicherheit abhängt, so würde der Zweck der Norm erheblich gefährdet. Der Kreditgeber müßte dann wieder den Ablauf der Widerrufsfrist bezüglich der Sicherheiten abwarten, um im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit der bestellten Sicherheiten das Darlehen auszuzahlen, da er im Fall des Widerrufs seine Sicherheiten ersatzlos verlieren würde. Hier zeigt sich besonders deutlich, daß zur analogen Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf Personalsicherheiten wie den Schuldbeitritt wegen der unterschiedlichen Interessenlage mehr notwendig ist als die vereinzelt Nichtanwendung bestimmter Normen. Es müßten neue Normen geschaffen werden, um den Interessen aller Beteiligten gerecht zu werden.

Letztlich ist somit festzustellen, daß die Schutzbestimmungen des Verbraucherkreditgesetzes grundsätzlich auf eine andere, von der Situation eines Sicherungsgebers wie des Beitretenden *verschiedene Gefahrenlage* abzielen. Sie sind erkennbar auf die *besondere Motivationslage* des Kreditnehmers zugeschnitten. Die Situation des Beitretenden ist damit nicht vergleichbar. Beide unterliegen *völlig verschiedenen Risikoabwägungen*. Damit wird auch nochmals die Bedeutung einer genauen Abgrenzung zwischen der aus einem Schuldbeitritt entstehenden Siche-

<sup>405</sup> BGHZ 134, 94, 99 - zustimmend: Staudinger-Kessal-Wulf, VerbrKrG, § 7 Rn. 56; Nobbe, Bankrecht, Rn. 1321; Bülow, JZ 1997, 471, 472; Dazert, Mithaftung und Sukzession bei Verbraucherkreditverträgen, S. 98; Graf von Westphalen, MDR 1997, 307, 309; Hagen, Drittschutz im Verbraucherkreditrecht, S. 141; Koziolk, Die Umgehungsregelung des VerbrKrG, S. 147 f.

rungsgesamtschuld und der gesamtschuldnerischen Mitvertragspartnerschaft deutlich.<sup>406</sup> Auf letztere ist das Verbraucherkreditgesetz zu Recht direkt anwendbar, da beide Mitschuldner sowohl Gläubiger als auch Schuldner aus dem Kreditvertrag sind und sich ihre Interessen somit in der gerade dargelegten Art von denen des Beitretenden unterscheiden. Insbesondere im Hinblick auf das Umgehungsverbot des § 18 S. 2 VerbrKrG ist somit eine genaue Untersuchung der zweifelhaften Abgrenzungsfälle notwendig.

Es gibt neben den aufgezeigten Interessenunterschieden auch noch einen entscheidenden dogmatischen Unterschied. Anders als der Kreditnehmer haftet der Beitretende nicht aufgrund des Kreditvertrages. Der Rechtsgrund seiner Haftung ist wie bei der Bürgschaft ein vom Kreditvertrag unabhängiger Vertrag. Der Bezug zur gesicherten Kreditschuld wird beim Schuldbeitritt nur nicht mittels der strengen Akzessorietät, sondern mittels der Gesamtschuldregelungen hergestellt. Der Schuldbeitritt ist deshalb ähnlich weit von der gesicherten Kreditschuld entfernt wie die Bürgschaft.<sup>407</sup> Einen mit der Kreditschuld identischen Schuldgrund gibt es nicht.<sup>408</sup> Auch in der dogmatischen Konstruktion ist die Beitrittsschuld somit nicht mit der Kreditschuld, sondern eher mit der Bürgschaftsschuld vergleichbar.

Der Hinweis auf die Rechtslage unter Geltung des *Abzahlungsgesetzes* vermag es letztlich ebenfalls nicht, eine Analogie zu begründen. Bereits die Einbeziehung des Schuldbeitritts in den Anwendungsbereich des *Abzahlungsgesetzes* beruhte auf einer analogen Anwendung, die mit demselben angreifbaren Argument der Schutzbedürftigkeit begründet

<sup>406</sup> Vgl. dazu oben 2. Kapitel D.

<sup>407</sup> Daher wenig überzeugend: BGH NJW 1998, 1939, 1940; Staudinger-Kessal-Wulf, VerbrKrG, § 1 Rn. 23; Klein, DZWir 1996, 358, 359; Pfeiffer, EWiR Art. 1 RL 87/102/EWG 1/2000, 929.

<sup>408</sup> Deshalb unzutreffend: Edelmann, BB 1998, 1017, 1019; Pfeiffer, ZIP 1998, 1129, 1130 und EWiR Art. 1 RL 87/102/EWG 1/2000, 929; Schmid-Burgk, DB 1997, 513, 514; Zahn, DB 1998, 353, 355. Dazu genauer im 1. Kapitel D.

wurde.<sup>409</sup> Entscheidend ist aber, daß eine analoge Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf alle Schuldbeitritte zu Verbraucherkreditverträgen eine erhebliche Erweiterung des Schutzzumfangs des Abzahlungsgesetzes bedeutet. Bei Schuldbeitritten zu Kreditverträgen wurde dem Beitretenden dort gerade kein eigenes Widerrufsrecht zugestanden.<sup>410</sup> Und auch bei Schuldbeitritten zu Abzahlungsgeschäften sollte der Beitretende nur dann den Schutz des Abzahlungsgesetzes genießen, wenn er im Interesse der Abzahlungskäufers handelte. Bei eigenem Interesse wurde er nicht als schutzbedürftig angesehen.<sup>411</sup> Der aus der vorgeschlagenen Analogie folgende Schutzzumfang des Verbraucherkreditgesetzes ginge also weit über die bloße Fortführung des Schutzstandards des Abzahlungsgesetzes hinaus. Schon aus diesem Grund kann eine generelle Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf Schuldbeitritte nicht allein mit dem Hinweis auf eine fortgeltende Rechtslage gerechtfertigt werden.

Die Begründungsversuche hinsichtlich einer analogen Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf den Schuldbeitritt können somit nicht überzeugen. Die Analogie ist sowohl für den Schuldbeitritt als auch für die anderen Personalsicherheiten abzulehnen.<sup>412</sup> Dies ändert natürlich nichts an der grundsätzlichen Schutzbedürftigkeit des Beitretenden. Es ist jedoch nach anderen Bestimmungen zu suchen, die einen Schutzzumfang

<sup>409</sup> Vgl. BGHZ 109, 314, 317; 91, 37, 43 ff.

<sup>410</sup> Vgl. BGHZ 109, 314, 318; 91, 37, 46.

<sup>411</sup> Vgl. BGHZ 91, 37, 44; 64, 268, 271 f.

<sup>412</sup> Dies scheint auch der EuGH (NJW 2000, 1323, 1324 (Tz. 25) so zu sehen, wenn er die Anwendbarkeit der Verbraucherkreditrichtlinie auf Bürgschaften nicht wegen der Besonderheiten der Bürgschaft, sondern im Hinblick auf die für Sicherungsgeschäfte nicht passenden Ziele der Richtlinie verneint: Die Richtlinie enthalte „kaum Bestimmungen“, die „den Bürgen sinnvoll schützen könnten“. Insofern bemerkt *Steinbeck* in ihrer Rezension in WuB I E 2. Art. 1 RL 87/102/EWG 1.00, 611, 613 zu Recht, daß bei dieser Argumentation des EuGH die analoge Anwendung der Richtlinie bzw. des Verbraucherkreditgesetzes auf Schuldbeitritte abgelehnt werden müßte.

gewähren, der den Interessen aller Parteien hinsichtlich des Schuldbeitritts gerecht wird.<sup>413</sup>

## II. Ergebnis

Das Verbraucherkreditgesetz ist auf den Schuldbeitritt wie auch auf alle anderen Personalsicherheiten weder direkt noch analog anwendbar. Die direkte Anwendbarkeit scheidet daran, daß Personalsicherheiten keine Kreditverträge im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG sind. Für die Frage der analogen Anwendbarkeit kann man schon begründet am Vorliegen einer Regelungslücke zweifeln. Jedenfalls fehlt es aber an einer mit dem Kreditnehmer vergleichbaren Interessenlage. Der entscheidende Unterschied besteht darin, daß der Kreditnehmer wie auch ein Mitvertragspartner die Gegenleistung erhält, während der Beitretende wie auch alle anderen Sichernden keinen Anspruch gegen den Kreditgeber erlangt. Dieser Unterschied berechtigt nicht zu einem Erst-recht-Schluß hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes auf Personalsicherheiten, sondern führt zu einer grundsätzlich verschiedenen Interessenkonstellation von Kreditnehmer und Beitretenden, so daß eine analoge Anwendung ausscheiden muß. Der sicherlich notwendige Schutz des Beitretenden ist also aus anderen Normen zu entwickeln. Soweit es rechtspolitisch wünschenswert ist, den Schutzstandard des Verbraucherkreditgesetzes auch auf die Personalsicherheiten auszudehnen, bedarf es dazu einer entsprechenden Novellierung des Verbraucherkreditgesetzes, welche die andersartige Interessenkonstellation bei Interzessionen angemessen berücksichtigt.

### B. Das Haustürwiderrufgesetz

Ein Widerrufsrecht könnte dem Beitretenden jedoch von § 1 Abs. 1 HWiG gewährt werden. Da ein Anwendungsvorrang des Verbraucherkreditgesetzes nach § 5 Abs. 2 HWiG für den Schuldbeitritt nicht in Betracht kommt, ist zu klären, ob das Haustürwiderrufgesetz auf den Schuldbeitritt anwendbar ist.

<sup>413</sup> Hierbei ist vor allem an eine analoge Anwendung einiger Bürgschaftsvorschriften wie § 766 BGB zu denken. Genauer dazu noch in diesem Kapitel unter E.

## I. Anwendbarkeit

Der sachliche und persönliche Anwendungsbereich des Haustürwiderufsgesetzes müßte für den Schuldbeitritt eröffnet sein.

### 1. Sachlicher Anwendungsbereich

Nach § 1 Abs. 1 HWiG erfaßt das Gesetz nur *Verträge über eine entgeltliche Leistung*. Damit scheinen nach dem Wortlaut nur gegenseitige Verträge erfaßt zu werden, da nur bei ihnen eine Leistung gegen ein Entgelt erbracht wird. Bloß einseitig verpflichtende Verträge wie der Schuldbeitritt oder andere Sicherungsgeschäfte könnten demnach vom Anwendungsbereich des Haustürwiderufsgesetzes ausgenommen sein.

Bemerkenswert ist, daß diese Konsequenz wiederum nur für die Bürgschaft, nicht jedoch für den Schuldbeitritt vertreten wird.<sup>414</sup> Der Beitretende sei so zu behandeln, als habe er selbst den Vertrag geschlossen. Die Entgeltlichkeit des Vertrages zwischen Erstschuldner und Gläubiger erstrecke sich deshalb auch auf den Schuldbeitritt. Dies ergebe sich daraus, daß der Beitretende die Schuld aus einem gegenseitigen Vertrag so mitübernimmt, als wäre er selbst Vertragspartner. Dann müsse er aber auch wie der Vertragspartner geschützt werden.<sup>415</sup> Dabei wird erneut übersehen, daß der Beitretende zwar wie der Erstschuldner haftet, ansonsten aber nicht in das Synallagma einbezogen wird. Er wird im Gegensatz zum Mitvertragspartner gerade nicht zweiter Vertragspartner, dessen Haftung ebenfalls auf dem Erstvertrag beruht (§§ 607, 421 BGB). Durch den Beitritt zu einem gegenseitigen Vertrag wird der Schuldbeitritt nicht selbst zu einem Vertrag über eine entgeltliche Leistung. Er ist wie die Bürgschaft ein von der Erstschuld zu trennender und insofern selbständi-

<sup>414</sup> So ausdrücklich: BGHZ 113, 287, 290; *Bunte*, WM 1993, 877, 881; *Treber*, WM 1998, 1908, 1911 f. Alle anderen Autoren gehen wohl stillschweigend ebenfalls von dieser Differenzierung aus, da sie die Anwendungsprobleme bei einseitigen Sicherungsgeschäften nur für die Bürgschaft problematisieren.

<sup>415</sup> Vgl. nur *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 47.

ger Vertrag mit eigenem Rechtsgrund (§ 305 BGB).<sup>416</sup> Für die Frage nach seiner Entgeltlichkeit kann damit keinesfalls auf die Entgeltlichkeit der Erstschuld abgestellt werden. Diese Frage ist vielmehr wie bei der Bürgschaft nur mit Blick auf den Schuldbeitritt selbst zu beantworten.<sup>417</sup>

Der Schuldbeitritt selbst ist wie die Bürgschaft ein einseitig verpflichtender Vertrag. Für seine Verpflichtung erhält der Beitretende in der Regel keine unmittelbare Gegenleistung. Der Schuldbeitritt könnte damit nicht als entgeltlicher Vertrag im Sinne des § 1 Abs. 1 HWiG anzusehen sein.

*a) Die Rechtsprechung des BGH*

Genau zu diesem Ergebnis kam der IX. Senat des BGH, der sich mit der Frage der Auslegung des § 1 Abs. 1 HWiG im Hinblick auf die Entgeltlichkeit zuerst befaßte, hinsichtlich einer Bürgschaft. Er lehnte die Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes auf Bürgschaften generell ab.<sup>418</sup> Sie seien nur einseitig verpflichtend und damit nicht entgeltlich im Sinne der Norm. Weder die akzessorische Verknüpfung mit der Hauptschuld noch das Umgehungsverbot des § 5 HWiG könnten eine andere Auslegung rechtfertigen. Auch ein Blick auf die Gesetzgebungsmaterialien mache deutlich, daß nur an die Rechtsinstitute des Kaufs und an Dienstleistungen und Bestellungen an der Haustür gedacht war. Objektiv könne eine als Kreditsicherungsmittel gegebene Bürgschaft nicht mit einem Vertrag über eine entgeltliche Leistung verglichen werden. In einer späteren Entscheidung lehnte er auch eine erweiternde richtlinienkonforme Auslegung ab.<sup>419</sup> Die Richtlinie wolle einen „Verbraucher“ schützen. Eine solche Benennung treffe aber nur auf den Käufer von Waren und Dienstleistungen zu, weshalb der Vertragspartner in Art 1 der Richtlinie auch als „Gewerbetreibender, der Waren liefert oder Dienstleistungen

<sup>416</sup> Dazu genauer im I. Kapitel A. I. und D. III.

<sup>417</sup> Auf die identische Problemlage bei Schuldbeitritt und Bürgschaft hinsichtlich der Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes ebenfalls hinweisend: *Bydlinski*, ZBB 1991, 263, 265.

<sup>418</sup> BGHZ 113, 287, 289; BGH NJW 1991, 2905; NJW 1996, 930 ff.

<sup>419</sup> BGH NJW 1996, 930, 932.

erbringt“, bezeichnet wird. Für einen Bürgen oder einen sonstigen Sicherungsgeber und seinen Vertragspartner träfen diese Bezeichnungen nicht ohne weiteres zu.

Im Gegensatz dazu bejahte der *XI. Senat* des BGH in *richtlinienkonformer Auslegung* des § 1 Abs. 1 HWiG eine Einbeziehung der Bürgschaft und anderer einseitiger Verpflichtungsgeschäfte in der Anwendungsbereich des Gesetzes.<sup>420</sup> Die Richtlinie enthalte keine Einschränkung des Widerrufsrechts auf Verträge über eine entgeltliche Leistung, also über gegenseitige Verträge. Vielmehr beziehe die Präambel ausdrücklich auch einseitige Verpflichtungserklärungen in den Regelungsbereich der Richtlinie ein. Auch in Art. 1 der Richtlinie sei nur ganz allgemein von „Verträgen“ die Rede, woran ebenfalls deutlich werde, daß auch einseitig verpflichtende Verträge wie Sicherungsabreden über Grundschuldbestellungen und Bürgschaften von der Richtlinie erfaßt werden. Letztlich gebiete auch der Schutzzweck des Haustürwiderrufgesetzes eine Einbeziehung. Auch bei einseitig verpflichtenden Verträgen bestehe eine Überumpelungsgefahr für den sich bindenden Verbraucher. Dessen Schutzbedürftigkeit sei nur dort zu verneinen, wo er eine Leistung erhält, ohne dafür ein Entgelt zahlen zu müssen. Dies sei bei Sicherungsgeschäften nicht der Fall. Teilweise argumentierte der Senat auch dahingehend, daß es für eine Entgeltlichkeit genügen müsse, wenn der Kunde sein Leistungsversprechen in der erkennbaren Erwartung abgibt, ihm selbst oder einem Dritten (dem Kreditnehmer) werde daraus irgendein Vorteil erwachsen.<sup>421</sup>

Die Rechtsprechungsgrundsätze beider Senate des BGH zu diesem Problem waren somit vollkommen gegenläufig. Kernpunkt des Streits ist zunächst die Frage, ob einseitige Kreditsicherungsgeschäfte wie Bürgschaften oder Schuldbeitritte schon allein nach deutschem Recht als Verträge

<sup>420</sup> BGH NJW 1993, 1594, 1595; BGHZ 131, 1, 4f. Das Haustürwiderrufgesetz ist als deutsche Umsetzung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABIEG Nr. L 372/31 v. 31.12.1985) anzusehen, auch wenn es vor der Richtlinie erlassen wurde.

<sup>421</sup> So BGHZ 131, 1, 4; BGH NJW 1993, 1594, 1595.

über eine entgeltliche Leistung im Sinne des § 1 Abs. 1 HWiG anzusehen sind. Nur wenn dies negativ zu beantworten ist, stellt sich überhaupt das Problem einer richtlinienkonformen Auslegung der Norm und gegebenenfalls einer den Anwendungsbereich des Gesetzes erweiternden Analogie.

*(1) Mithaftung als entgeltliche Leistung*

Was unter Entgeltlichkeit zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht weiter definiert. Der Begriff muß daher aus den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Zivilrechts entwickelt werden. Hier spielt die Frage der Entgeltlichkeit insbesondere im Schenkungsrecht eine Rolle. Danach ist eine Leistung unentgeltlich, wenn sie nach dem Parteiwillen rechtlich nicht abhängig ist von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung des Zuwendungsempfängers. Leistet der Zuwendungsempfänger seinerseits im Zusammenhang mit der Zuwendung an eine dritte Person, so ist die Zuwendung nur dann als *unentgeltlich* anzusehen, wenn *keine rechtliche Verknüpfung* zwischen der Leistung des Zuwendenden und der des Zuwendungsempfängers gewollt ist.<sup>422</sup> Daß auch der BGH von diesem Entgeltlichkeitsbegriff ausgeht, wird daran deutlich, daß er den entgeltlichen Charakter der Bürgschaft ablehnt, weil es an einer solchen rechtlichen Verknüpfung zwischen der Verbürgung des Verbrauchers und der Kreditgewährung des Gewerbetreibenden an den Kreditnehmer fehle.<sup>423</sup> Diese Annahme vom Fehlen einer rechtlichen Verknüpfung von Sicherung und Kreditgewährung ist jedoch keineswegs zwingend. Betrachtet man die möglichen Formen einer Verknüpfung genauer, so scheint die Annahme eines entgeltlichen Charakters für Sicherungsgeschäfte wie Schuldbeitritt oder Bürgschaft keineswegs ausgeschlossen.

<sup>422</sup> Vgl. RGZ 163, 348, 356; 112, 361, 368; BGH NJW 1982, 436; NJW 1992, 2566, 2567; MünchKomm-Kollhosser, BGB, § 516 Rn. 13; Soergel-Mühl/Teichmann, BGB, § 516 Rn. 11, 15.

<sup>423</sup> Vgl. BGHZ 113, 287, 288; BGH NJW 1991, 2905. Ebenso Wassermann, JuS 1992, 908, 911: „Ein Anlaß, Entgeltlichkeit i.S. des § 1 I HWiG anders zu definieren als etwa in § 516 I, besteht nicht.“

Der Regelfall einer die Unentgeltlichkeit ausschließenden Verknüpfung ist die *synallagmatische Verknüpfung* beim gegenseitigen Vertrag.<sup>424</sup> Ein solcher liegt bei einem Sicherungsgeschäft natürlich regelmäßig nicht vor. In Einzelfällen kann es jedoch vorkommen, daß auch Bürgschaften oder Schuldbeitritte nur gegen Entgelt erklärt werden sollen. In solchen, aufgrund der Privatautonomie zulässigen Fällen liegt dann ausnahmsweise ein gegenseitiger Vertrag vor, der dann natürlich als entgeltlicher Vertrag in den Anwendungsbereich des Haustürwiderrufgesetzes fällt.<sup>425</sup> Im Normalfall werden Sicherungsgeschäfte wie Bürgschaften oder Schuldbeitritte jedoch abgeschlossen, ohne daß den Sicherungsnehmer eine Gegenleistungspflicht zugunsten des Sichernden trifft. Eine synallagmatische Verknüpfung in Form eines gegenseitigen Vertrages kann dann nicht angenommen werden.

Von Entgeltlichkeit kann aber auch dann gesprochen werden, wenn zwar die Leistung des Zuwendungsempfängers nicht als Gegenleistung selbst versprochen wird, die Beteiligten aber darüber einig sind, daß die Zuwendung von einer bestimmten Leistung des Empfängers abhängig sein soll (sog. *konditionale Verknüpfung*).<sup>426</sup> Eine solche Abhängigkeit der Wirksamkeit des Sicherungsgeschäfts von der Kreditgewährung an den Hauptschuldner wird dem Parteiwillen bei einem Schuldbeitritt oder einer Bürgschaft regelmäßig dann entsprechen, wenn durch die Personalsicherheit der Kreditgeber erst zum Abschluß des Kreditvertrages mit dem Hauptschuldner bewegt werden soll. Beitretender und Bürge sollen hier nur haften, wenn später auch die entsprechende Verpflichtung des Erstschuldners entsteht.<sup>427</sup> Die Haftung der Sichernden ist also von der Kre-

<sup>424</sup> Vgl. MünchKomm-Kollhosser, BGB, § 516 Rn. 14; Palandt-Putzo, BGB, § 516 Rn. 8; Soergel-Mühl/Teichmann, BGB, § 516 Rn. 17.

<sup>425</sup> So auch BGH NJW 1996, 930, 931; Erman-Saenger, HWiG, § 1 Rn. 12; Staudinger-Werner, HWiG, § 1 Rn. 67; Klein, DZWir 1996, 230, 231.

<sup>426</sup> Vgl. RGZ 163, 348, 356; BGH NJW 1992, 2566, 2567; MünchKomm-Kollhosser, BGB, § 516 Rn. 15; Palandt-Putzo, BGB, § 516 Rn. 8; Soergel-Mühl/Teichmann, BGB, § 516 Rn. 17.

<sup>427</sup> Ohne spätere Verpflichtung des Erstschuldners besteht weder die Verpflichtung des Bürgen (§ 767 BGB) noch die des Beitretenden (der Beitritt geht ins Leere – vgl. 3. Kapitel B II).

ditgewährung durch den Gläubiger abhängig. Eine konditionale Verknüpfung zwischen der Leistung des Beitretenden bzw. des Bürgen und der des Gläubigers läge somit für den Fall der Absicherung einer künftigen Kreditgewährung vor.

Wird die Personalsicherheit hingegen erst bei bereits bestehender Verpflichtung des Erstschuldners vereinbart, so wird damit regelmäßig eine Erweiterung des Kreditrahmens oder sonstige Vergünstigung für den Kreditnehmer verbunden sein. In diesem Fall besteht jedoch die zu sichernde Schuld bereits, so daß die Wirksamkeit des Sicherungsgeschäfts hier nicht konditional an die Gewährung der Vergünstigung geknüpft werden kann. In Betracht käme daher nur eine *kausale Verknüpfung*. Eine solche liegt vor, wenn die Leistung des Empfängers die Geschäftsgrundlage für die eigene Zuwendung darstellt, d.h. der Zuwendende die Leistung des Empfängers erkennbar als Gegenleistung für die eigene Zuwendung erwartet.<sup>428</sup> Eine kausale Verknüpfung wurde bereits mehrfach für Fälle bejaht, in denen der Zuwendende dem Empfänger Sicherheit leistet, damit dieser einem Dritten Kredit gibt.<sup>429</sup> Im Ergebnis bliebe damit festzuhalten, daß die Vereinbarung eines Schuldbeitritts oder einer Bürgschaft regelmäßig konditional oder zumindest kausal mit einer Leistung des Gläubigers an den gesicherten Kreditnehmer verbunden ist, da der Anlaß einer solchen Vereinbarung im Regelfall ein Sicherungsverlangen des Kreditgebers im Hinblick auf eine beabsichtigte Kreditgewährung oder Kreditaufstockung sein wird. Aufgrund dieses Anlasses ist dann aber

<sup>428</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1990, 386; NJW 1992, 2566, 2567; Jauernig-Vollkommer, BGB, § 516 Rn. 8; MünchKomm-Kollhosser, BGB, § 516 Rn. 16; Palandt-Putzo, BGB, § 516 Rn. 8; Soergel-Mühl/Teichmann, BGB, § 516 Rn. 17.

<sup>429</sup> So ausdrücklich für die Bürgschaft: RG JW 1911, 540. Vgl. auch RG Recht 1909, Nr. 2105 für den Fall einer Sicherungszession; MünchKomm-Kollhosser, BGB, § 516 Rn. 16; für den hier diskutierten Streit zum HWiG deshalb eine Entgeltlichkeit der Bürgschaft annehmend: BGH NJW 1993, 1594, 1595 (XI. Senat); OLG Köln, NJW-RR 1994, 1538, 1539; Erman-Saenger, HWiG, § 1 Rn. 12; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 60 II 3a, S. 9; Bydlinski, WM 1992, 1301, 1302; Klingsporn, WM 1993, 829, 830 f.; Köndgen, NJW 1994, 1508, 1509; Probst, JR 1992, 133, 137; Wassermann, JuS 1992, 908, 910.

für alle Beteiligten erkennbar, daß der Beitretende oder Bürge im Gegenzug zu seiner Verpflichtung eine entsprechende Leistung des Gläubigers an den Kreditnehmer erwartet.<sup>430</sup> Bürgschaft oder Schuldbeitritt können damit grundsätzlich als „mittelbar entgeltlich“ bezeichnet werden.<sup>431</sup>

Diese Annahme wurde jedoch bislang vielfach abgelehnt.<sup>432</sup> Eine konditionale Verknüpfung könne nur dort bejaht werden, wo die Kreditgewährung ausdrücklich zur vertraglichen Bedingung einer Bürgschaftsübernahme gemacht und damit im Vertrag ein Entgelt bestimmt wird. Auch eine kausale Verknüpfung müsse ihren Niederschlag im Vertrag finden. Enthielte die Vereinbarung hingegen keinerlei Aussage über ein Entgelt, verstieße es gegen die Wortlautgrenze, bloß einseitig verpflichtende Sicherungsgeschäfte plötzlich als Verträge über eine entgeltliche Leistung anzusehen. Diese Einwände können indes nicht überzeugen. Zum einen muß es im Rahmen der Vertragsauslegung als zulässig angesehen werden, den Willen der Parteien nicht nur aus den Vertragsklauseln herzuleiten, sondern auch außerhalb der Vertragsurkunde liegende Umstände heranzuziehen, soweit durch sie ein bestimmter Parteiwille erkennbar wird.<sup>433</sup> Zum anderen steht auch die Wortlautgrenze einer dementsprechenden

<sup>430</sup> Übrig bleiben damit nur die seltenen Fälle, in denen von der Schuldbeitritts- oder Bürgschaftsvereinbarung keine Leistung des Gläubigers abhängt, da das Darlehen bereits gewährt wurde und der Kreditgeber die Sicherheit nur noch aus formalen Gründen („für die Akten“) benötigt. Hier fehlt jegliche Verknüpfung zu einer Leistung des Gläubigers, so daß dann nur noch eine analoge Anwendung des HWiG in Betracht kommt.

<sup>431</sup> So auch *Bülow*, NJW 1996, 2889, 2890; *Bydlinski/Klauninger*, ZEuP 1998, 994, 999 f.

<sup>432</sup> Vgl. BGH NJW 1996, 930, 931 (IX. Senat); *Staudinger-Werner*, HWiG, § 1 Rn. 67; *Baldus/Becker*, ZEuP 1997, 874, 879; *Klein*, DZWIR 1996, 230, 231; *Schanbacher*, NJW 1991, 3263; *Treber*, WM 1998, 1908, 1917; *Wenzel*, NJW 1993, 2781, 2782.

<sup>433</sup> Vgl. RG JW 1911, 540, wonach die Zweckabrede, d.h. die Verpflichtung zur Kreditgewährung als Gegenleistung, nicht in der Bürgschaftsurkunde enthalten sein muß. Ähnlich: OLG Hamm NJW-RR 1993, 1412, wonach die Grenzen der Auslegung dort liegen, wo jede sachliche Grundlage für eine Entgeltabrede tatsächlich fehlt oder als willkürlich erscheint.

Auslegung nicht im Wege. Der Begriff „entgeltlich“ ist gerade nicht gleichzusetzen mit dem Begriff „gegenseitig“. Ein gegenseitiger Vertrag ist weder der Schuldbeitritt noch die Bürgschaft. Wenn aber eine Entgeltlichkeit nicht nur in den Fällen gegenseitiger Verträge, sondern auch in Fällen einer nur konditionalen oder kausalen Verknüpfung der Leistungen von Zuwendenden und Zuwendungsempfänger anerkannt ist, so ist nicht einzusehen, warum eine Anwendung dieser Auslegungsgrundsätze für den Begriff der Entgeltlichkeit hier plötzlich gegen die Wortlautgrenze verstoßen soll.<sup>434</sup>

Bei genauer Betrachtung handelt es sich also auch bei einem Schuldbeitritt oder einer Bürgschaft um einen Vertrag über eine entgeltliche Leistung, soweit für die Beteiligten erkennbar ist, daß der Sichernde das Geschäft nur im Hinblick auf eine damit zu erwartende Leistung des Gläubigers an den Kreditnehmer tätigt. Da die Anwendungsfrage somit bereits nach deutschem Recht beantwortet werden kann, besteht für eine erweiternde richtlinienkonforme Auslegung kein Anlaß. Aus der Richtlinie könnte jedoch ein zusätzliches Argument für eine Anwendung des Haustürwiderrufgesetzes auf Schuldbeitritte und Bürgschaften gewonnen werden.

## (2) Richtlinienkonforme Auslegung

Im Hinblick auf die richtlinienkonforme Auslegung des § 1 Abs. 1 HWiG wird geltend gemacht, daß die Richtlinie keine Beschränkung ihres Anwendungsbereiches auf entgeltliche Verträge kenne.<sup>435</sup> Dies ergebe sich zunächst aus ihrer Präambel. Dort ist vom „Abschluß von Verträgen oder einseitigen Verpflichtungserklärungen“ die Rede. Der Hinweis, daß die Richtlinie auch einseitige Verpflichtungserklärungen erfasse, mache deut-

<sup>434</sup> Ebenso: *Klingsporn*, WM 1993, 829, 831.

<sup>435</sup> Vgl. BGHZ 131, 1, 5 (XI. Senat); OLG Köln, NJW-RR 1994, 1538, 1539; *Fischer/Machunsky*, HWiG, § 1 Rn. 43; *MünchKomm-Ulmer*, HausTWG, § 1 Rn. 8a; *Staudinger-Werner*, HWiG, § 1 Rn. 67; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 60 II 3a, S. 8 f.; *Bülow*, NJW 1996, 2889, 2890; *Bunte*, WM 1993, 877, 879; *Hasselbach*, JuS 1999, 329, 331; *Klingsporn*, WM 1993, 829, 833.

lich, daß auch einseitig verpflichtende Verträge wie Bürgschaften unter die Richtlinie fallen. Des weiteren sei in der Präambel wie auch in Art. 1 der Richtlinie nur allgemein von Verträgen die Rede, wozu auch Bürgschaften oder Schuldbeitritte zählten. Diese Argumentation kann allerdings kaum überzeugen.

Unzutreffend ist zunächst der Hinweis auf die Präambel. Die dortige Unterscheidung von einseitigen Verpflichtungserklärungen und Verträgen macht deutlich, daß mit einseitigen Verpflichtungserklärungen nur einseitige Erklärungen des Verbrauchers gemeint sind, die ausnahmsweise bereits Bindungswirkung haben.<sup>436</sup> Als Beispiel sind hier befristete Vertragsangebote zu nennen (vgl. §§ 145, 148 BGB). Schuldbeitritte und Bürgschaften sind jedoch keine bindenden einseitigen Erklärungen, sondern einseitig verpflichtende *Verträge*. Sie setzen zur Begründung einer Verbindlichkeit zwei Erklärungen (Angebot und Annahme) voraus und können damit nicht als einseitige Verpflichtungserklärungen im Sinne der Präambel angesehen werden.

Auch das zweite Argument ist nicht stichhaltig. Zwar ist weder in der Präambel noch in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie von Verträgen über eine entgeltliche Leistung die Rede. Eine Einschränkung des Anwendungsbereiches gibt es aber dennoch. Nach Art. 1 Abs. 1 gilt die Richtlinie nur für „Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden.“ Sie findet also nur auf Verträge Anwendung, bei denen zumindest der Gewerbetreibende eine Leistung erbringt. Der Einwand, in dem Halbsatz „der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt“ sei nur eine allgemeine Beschreibung des Gewerbetreibenden, nicht jedoch eine Einschränkung des Anwendungsbereiches zu sehen,<sup>437</sup> greift nicht durch, da

<sup>436</sup> Zutreffend: *Bydlinski/Klauninger*, ZEuP 1998, 994, 1005; *Edelmann*, VuR 1998, 179, 181; *Klein*, DZWir 1996, 230, 232; *Roth*, ZIP 1996, 1285, 1288; *Treber*, WM 1998, 1908, 1911.

<sup>437</sup> So *Bunte*, WM 1993, 877, 879; *Bydlinski/Klauninger*, ZEuP 1998, 994, 1003 f.; *Micklitz*, EuZW 1998, 253, 254. Auch der Schutzzweck der Richtlinie, der natürlich auch und gerade auf sich nur verpflichtende Verbraucher paßt, kann allein ein Übergehen des klaren Wortlautes nicht rechtfertigen (so

eine Begriffsdefinition erst in Art. 2 der Richtlinie erfolgt. Dem Halbsatz muß somit eine andere Bedeutung zukommen; er enthält eine Beschränkung des Anwendungsbereichs.<sup>438</sup>

Dies bedeutet jedoch nicht zwingend, daß damit Schuldbeitritte und Bürgschaften aufgrund ihrer nur einseitigen Verpflichtung von vornherein nicht unter die Richtlinie fallen. Sie würden vielmehr unmittelbar erfaßt, wenn schon in der Entgegennahme der Verpflichtungserklärung des Verbrauchers durch den Gewerbetreibenden eine Dienstleistung im Sinne der Richtlinie zu sehen wäre. Der europarechtliche Begriff der Dienstleistung ist in Art. 50 EGV<sup>439</sup> definiert. Danach sind Dienstleistungen alle Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten. Die Entgegennahme einer Haftungserklärung müßte also als unternehmerische Tätigkeit anzusehen sein. Dies wird man allerdings kaum annehmen können. Zum einen liegt in der bloßen Entgegennahme einer Haftungserklärung keine Leistung im Sinne von Art. 50 EGV. Zum anderen wäre in diesem Fall die Rechtsprechung des EuGH zur negativen Dienstleistungsfreiheit<sup>440</sup> überflüssig. Danach wird auch derjenige von der Dienstleistungsfreiheit geschützt, der sich als bloßer Empfänger einer Dienstleistung in das Land des Leistenden begibt. Wichtig ist, daß hier als Dienstleistung nach Art. 50 EGV nur die Tätigkeit des Leistenden angesehen wird, deren Schutz aber auch eine Einbeziehung des Empfängers in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit erfordert. Wäre bereits der Empfang einer Leistung selbst als Dienstleistung einzuordnen, so wäre der Empfänger unmittelbar von der Dienstleistungsfreiheit geschützt gewesen. Dies sah der EuGH aber nicht so. Er begründete den Schutz des Empfängers nur mit der Reichweite des Schutzes der vom Handelnden erbrachten Dienstleistung. Der bloße Empfang einer Leistung stellt somit keine eigene Dienstleistung dar. Die Entgegennahme der Verpflichtungs-

aber MünchKomm-Ulmer, HausTWG, § 1 Rn. 8a). Er kann dann nur zu einer analogen Anwendung führen.

<sup>438</sup> Ebenso Klein, DZWir 1996, 230, 232; Roth, ZIP 1996, 1285, 1287; Wenzel, NJW 1993, 2781, 2782.

<sup>439</sup> Vor dem Amsterdamer Vertrag enthielt Art. 60 EGV die Begriffsdefinition.

<sup>440</sup> Vgl. EuGHE 1984, 377, 403; 1989, 195, 220.

erklärung macht damit den Gewerbetreibenden noch nicht zu jemanden, der eine Dienstleistung erbringt.<sup>441</sup>

Es bleibt also letztlich auch im Rahmen der Richtlinie nur die Frage, ob die Kreditgewährung durch den Gewerbetreibenden an den Erstschuldner, die ohne Zweifel eine Dienstleistung darstellt, als eine Art von Entgelt für die Verpflichtung des Bürgen oder Beitretenden angesehen werden kann. Nur in diesem Fall wäre ein Bürgschafts- oder Schuldbeitrittsvertrag ein Vertrag, der zwischen einem Gewerbetreibenden, der eine Dienstleistung (an einen Dritten) erbringt, und einem Verbraucher geschlossen wird. Die richtlinienkonforme Auslegung führt damit letztlich nicht zu einer überzeugenden Lösung der Frage, ob ein Schuldbetritt oder eine Bürgschaft ein Vertrag über eine entgeltliche Leistung ist. Sie verlagert die Frage der Entgeltlichkeit nur auf die europarechtliche Ebene.<sup>442</sup>

*b) Die Entscheidung des EuGH*

Der Vorlagebeschluß des IX. Senats vom 11. Januar 1996<sup>443</sup> gab dann dem für die Auslegung von EU-Richtlinien zuständigen EuGH die Möglichkeit, sich zur Frage der Anwendung der Richtlinie auf einseitige Sicherungsgeschäfte am Beispiel der Bürgschaft zu äußern.<sup>444</sup> Der EuGH bejahte grundsätzlich die Anwendbarkeit der Richtlinie auf Bürgschaften, machte dann aber aufgrund ihrer Akzessorietät eine Einschränkung und nahm jene Bürgschaften vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus, die eine Hauptschuld sicherten, welche selbst nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Nach dem EuGH fällt eine Bürgschaft also nur dann in den Anwendungsbereich der Richtlinie, wenn sowohl sie selbst als auch die von ihr gesicherte Hauptschuld Haustürgeschäfte waren und

<sup>441</sup> Anders *Pfeiffer*, NJW 1996, 3297, 3301 f., der die Grundsätze der passiven Dienstleistungsfreiheit übersieht.

<sup>442</sup> Dies erkannte auch der BGH (NJW 1996, 930, 932; ebenso *Treber*, WM 1998, 1908, 1914), der aus diesem Grunde die Frage dem EuGH vorlegte.

<sup>443</sup> BGH NJW 1996, 930.

<sup>444</sup> EuGH NJW 1998, 1295 f.

sowohl der Bürge als auch der Kreditnehmer Verbraucher im Sinne der Richtlinie sind.<sup>445</sup>

In seiner Begründung geht der EuGH zunächst davon aus, daß die Richtlinie keine Einschränkung nach der Art der Waren oder Dienstleistungen enthält. Dann sieht er in der Kreditgewährung eine Dienstleistung. Der Bürgschaftsvertrag sei aber akzessorisch und in der Praxis sehr oft Voraussetzung des Hauptvertrages, so daß zwischen Kreditvertrag und der seine Erfüllung absichernden Bürgschaft ein enger Zusammenhang bestehe. Allein deshalb könne auch die Bürgschaft grundsätzlich unter die Richtlinie fallen. Hinzu kommt, daß die Richtlinie keinerlei Einschränkung dahingehend enthalte, daß derjenige, der als Verbraucher den Vertrag schließt, auch der Empfänger der Waren oder Dienstleistungen sein muß. Vielmehr gebiete der Schutzzweck eine Widerrufsmöglichkeit für alle Verträge, die nicht auf Initiative des Kunden, sondern auf der des Gewerbetreibenden geschlossen wurden.

Der EuGH bestätigt damit in fast allen Punkten die oben dargestellte richtlinienkonforme Auslegung. Er stellt maßgeblich darauf ab, daß die Kreditgewährung an den Kreditnehmer als Dienstleistung des Gewerbetreibenden im Sinne der Richtlinie anzuerkennen ist. Den bloßen Emp-

<sup>445</sup> Der Wortlaut der Urteilsbegründung (Tz. 22) ist leider etwas ungenau. Man kann ihn bei isolierter Betrachtung auch dahingehend verstehen, daß es für die Anwendbarkeit der Richtlinie nur darauf ankommt, daß die gesicherte Hauptschuld ein Haustürgeschäft zwischen einem Verbraucher und einem Gewerbetreibenden war, und hinsichtlich der Bürgschaft nur die Verbrauchereigenschaft des Bürgen notwendig ist (so *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129, 1133; *Melzer*, WuB I F 1a.-16.98, 867, 869 f.). Daß auch der Bürgschaftsvertrag ein Haustürgeschäft sein muß, wird vom EuGH leider nicht nochmals klargestellt, ergibt sich aber aus der sonstigen Urteilsbegründung (insbesondere Tz. 19), in der die Schutzbedürftigkeit eines Verbrauchers, der selbst keine Leistung erhält, vor einer Überraschungssituation nachhaltig betont wird. Sinn der Anwendung der Richtlinie auf Bürgschaften ist somit auch nach dem EuGH der Schutz des Bürgen vor Vertragsschlüssen in Form von Haustürgeschäften. Daher unterwirft er auch die Bürgschaft selbst der Richtlinie und ihren Anforderungen. Seine Einschränkung ist deshalb im oben genannten Sinne zu verstehen. (So auch BGH NJW 1998, 2356, 2357).

fang der Bürgschaftserklärung will auch er nicht als Dienstleistung im Sinne der Richtlinie ansehen. Des weiteren enthält die Richtlinie nach Ansicht des EuGH auch keine Bestimmung dahingehend, daß die Leistung des Gewerbetreibenden an den Verbraucher gehen muß. Eine Leistung an einen Dritten aufgrund des Vertrages mit dem Verbraucher müsse genügen. In seiner Begründung, die Bürgschaft stehe aufgrund ihrer Akzessorietät und ihrer praktischen Bedeutung mit dieser Kreditgewährung in einem engen Zusammenhang, wird deutlich, daß der EuGH die Verknüpfung von Kreditgewährung und Bürgschaft für ausreichend erachtet, um die Kreditgewährung an den Kreditnehmer als Leistung aufgrund des Bürgschaftsvertrages anzuerkennen. Zusätzlich verweist der EuGH noch auf den weit zu verstehenden Schutzzweck der Richtlinie, der für alle Verträge einschlägig ist, die nicht auf Initiative des Kunden, sondern auf der des Gewerbetreibenden geschlossen wurden. Im Ergebnis liegt nach dem EuGH ein Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden, der eine Dienstleistung erbringt, und einem Verbraucher nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie vor. Die Bürgschaft unterfällt daher der Richtlinie.

Nicht überzeugen kann hingegen die dann folgende Einschränkung durch den EuGH. Die Akzessorietät der Bürgschaft gebietet keinesfalls, daß zur Einräumung eines Widerspruchsrechts für den Bürgen auch der gesicherte Kreditvertrag ein der Richtlinie unterfallender Vertrag sein muß. Der EuGH verkennt hierbei den eigenständigen Charakter der Bürgschaft. Dieser wird durch die Akzessorietät nicht vollständig aufgehoben. Insbesondere führt die Akzessorietät der Bürgschaft nicht dazu, daß der Bürge nur die Einwendungen geltend machen kann, die auch dem Hauptschuldner zustehen. Solch eine Rechtsfolge der Akzessorietät scheint der EuGH aber vor Augen gehabt zu haben, wenn er die Einräumung eines eigenen Widerrufsrechts zugunsten des Bürgen davon abhängig macht, daß auch dem Hauptschuldner ein solches Recht zusteht. Hier mißversteht der EuGH den Begriff der Akzessorietät. Die Akzessorietät seiner Haftung hindert den Bürgen keinesfalls daran, eigene, nur seine Bürgenhaftung betreffende und damit dem Hauptschuldner nicht zustehende Einwendungen gegen den Gläubiger geltend zu machen. Bestes Beispiel dafür ist das Berufen auf das Fehlen der nach § 766 BGB notwendigen Schriftform. Dieser Einwand steht dem Bürgen auch dann zu, wenn die Hauptschuld keiner bestimmten Form unterliegt. Allein die Akzessorietät der Bürgenhaftung erfordert es somit nicht, die Anwendung der Richtlinie auf Bürgschaften davon abhängig zu machen, daß auch die Hauptschuld der Richt-

linie unterliegt. Auch die Richtlinie gebietet diese Einschränkung nicht. Eine solche widerspricht ganz erheblich dem vom EuGH selbst anerkannten weiten Schutzzweck der Richtlinie und findet in deren Wortlaut keinerlei Anknüpfungspunkt. Vielmehr ist nach Art 2 der Richtlinie ein Verbraucher stets eine natürliche Person, die zu einem Zweck handelt, der nicht *ihrer* beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Maßgeblich für die Verbrauchereigenschaft ist also nach dem klaren Wortlaut der Richtlinie nur die Tätigkeit des Vertragsschließenden selbst. In diesem Punkt ist das Urteil somit in keiner Hinsicht überzeugend.<sup>446</sup>

*c) Folgen der EuGH-Entscheidung*

Der IX. Senat ist inzwischen leider den Auslegungsgrundsätzen des EuGH gefolgt und hat das Widerrufsrecht eines Bürgen aus § 1 Abs. 1 HWiG nur deshalb verneint, weil dieser eine Hauptverbindlichkeit sicherte, die selbst nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fiel.<sup>447</sup> Dabei wäre es dem BGH durchaus möglich gewesen, diese Einschränkung für das Haustürwiderrufgesetz abzulehnen und seinen Schutz auch auf solche Bürgschaften zu erstrecken, welche eine Hauptschuld sichern, die nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt.<sup>448</sup> Die Richtlinie, deren Anwendungsbereich der EuGH umschrieben hat, gibt ja nur die Mindeststandards hinsichtlich des Schutzzumfangs vor.<sup>449</sup> Der Verzicht auf die Einschränkung, die in keiner Weise vom deutschen Recht gerechtfertigt ist, würde eine Erweiterung des Schutzbereichs bedeuten. Eine solche Abweichung von der Richtlinie ist zulässig, selbst wenn man die insoweit unzutreffende Richtlinienauslegung des EuGH zugrunde legt.

<sup>446</sup> Ebenso: *Auer*, ZBB 1999, 161, 164; *Bydlinski/Klauninger*, ZEuP 1998, 994, 1011; *Kröll*, DZWIR 1998, 426, 430 f.; *Lorenz*, NJW 1998, 2937, 2938 f.; *Pfeiffer*, ZIP 1998, 1129, 1132 f.; *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1998, 893, 894 f.; *Treber*, WM 1998, 1908, 1915.

<sup>447</sup> BGH NJW 1998, 2356, 2357.

<sup>448</sup> So *Bydlinski/Klauninger*, ZEuP 1998, 994, 1013.

<sup>449</sup> Vgl. Art. 8 der Richtlinie: „Die vorliegende Richtlinie hindert die Mitgliedsstaaten nicht daran, noch günstigere Verbraucherschutzbestimmungen auf dem Gebiete dieser Richtlinie zu erlassen oder beizubehalten.“

Die Art und Weise, in welcher der BGH diese mögliche Reaktion auf das EuGH-Urteil ablehnt, kann nicht überzeugen. Er beruft sich lediglich darauf, daß weder der Wortlaut des deutschen Haustürwiderrufgesetzes noch dessen Entstehungsgeschichte einen Hinweis dafür enthält, daß der deutsche Gesetzgeber in der Frage der Einbeziehung von Sicherungsverträgen über die in der Richtlinie enthaltene Regelung hinausgehen wollte.<sup>450</sup> Unzutreffend hieran ist zum einen, daß – wie bereits dargestellt wurde – der auszulegende Begriff der Entgeltlichkeit durchaus eine Einbeziehung von Sicherungsgeschäften ermöglicht, ohne die Wortlautgrenze zu verletzen. Zum anderen geht der Hinweis auf den Gesetzgeber ins Leere, da dieser das Problem der Einbeziehung von Sicherungsgeschäften überhaupt nicht gesehen hat. Zudem ist das Haustürwiderrufgesetz älter als die Richtlinie. Es ist also nicht als deren Umsetzung erlassen worden. Der Gesetzgeber ging aber davon aus, daß das Gesetz zumindest die von der Richtlinie geforderten Mindeststandards erfüllt.<sup>451</sup> Die Frage, ob es auch darüber hinausgeht, stellte sich hingegen für ihn nie, so daß die Entstehungsgeschichte hierzu keinen Anhaltspunkt liefern kann. Aus der Entstehungsgeschichte lassen sich somit weder Argumente für eine Einbeziehung von Sicherungsgeschäften noch gegen eine solche herleiten. Die Beantwortung dieser Frage obliegt damit allein dem Auslegungsverständnis des Rechtsanwenders im Hinblick auf Wortlaut und Zweck des Gesetzes.<sup>452</sup> Daß der IX. Senat des BGH diese Auslegungsfreiheit nicht wahrnimmt, spricht möglicherweise dafür, daß er im Grundsatz weiter gegen eine Einbeziehung von Sicherungsgeschäften in den Schutzbereich des Haustürwiderrufgesetzes ist und deshalb dessen Anwendungsbereich auf diesem Gebiet so gering wie möglich halten will.<sup>453</sup>

<sup>450</sup> BGH NJW 1998, 2356, 2357.

<sup>451</sup> BT-Drucks. 10/4210, S. 9.

<sup>452</sup> Ebenso: *Auer*, ZBB 1999, 161, 164 f.; *Kröll*, DZWir 1998, 426, 429; *Lorenz*, NJW 1998, 2937, 2939; *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1998, 893, 896 f. und DB 1998, 2001, 2002; *Treber*, WM 1998, 1908, 1918 f.

<sup>453</sup> Diese Vermutung äußern auch *Reinicke/Tiedtke*, DB 1998, 2001, 2003.

*d) Ergebnis*

Im Ergebnis läßt sich somit feststellen, daß das Erfordernis eines Vertrages über eine entgeltliche Leistung in § 1 Abs. 1 HWiG nicht nur bei nationalrechtlicher, sondern auch bei richtlinienkonformer Auslegung durch Bürgschaften und sonstige einseitig verpflichtende Sicherungsgeschäfte wie den Schuldbeitritt grundsätzlich erfüllt wird. Die vom EuGH für die Bürgschaft aufgrund ihrer Akzessorietät gemachte Einschränkung des Anwendungsbereiches der Richtlinie und die vorbehaltlose Übernahme dieser Grundsätze durch den BGH für das deutsche Haustürwiderrufsgesetz kann nicht überzeugen. Diese Richtlinienauslegung des EuGH entfaltet für den deutschen Rechtsanwender allerdings auch keine Bindungswirkung, so daß ihm die Möglichkeit offensteht, das Haustürwiderrufsgesetz auf die Bürgschaft anzuwenden, unabhängig davon, ob die gesicherte Hauptschuld ebenfalls dem Gesetz unterfällt. Entsprechendes muß für den mit der Erstschuld zwar nicht dauerhaft, aber doch im Entstehungszeitpunkt akzessorisch verbundenen Schuldbeitritt gelten.

*2. Persönlicher Anwendungsbereich*

Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes ist im Umkehrschluß zu § 6 Nr. 1 HWiG eröffnet, wenn der Beitretende Verbraucher ist, d.h. nicht in Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit handelt, und der Kreditgeber geschäftsmäßig handelt. Ob auch die Parteien der gesicherten Hauptschuld diese Anforderungen erfüllen, ist – wie gerade dargestellt – nicht von Bedeutung.

## **II. Das Widerrufsrecht**

Das Widerrufsrecht setzt neben der sachlichen und persönlichen Anwendbarkeit des Gesetzes noch eine *Überrumpelsituation* nach § 1 HWiG voraus. Für den Schuldbeitritt am relevantesten ist die Konstellation, daß der Beitretende zum Schuldbeitritt durch mündliche Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz oder in seiner Privatwohnung bestimmt worden ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG).

*1. Der Ehepartner oder nahe Angehörige als Verhandlungshelfen der Bank*

Gerade bei Sicherungsgeschäften wie dem Schuldbeitritt stellt sich in diesem Zusammenhang ein weiteres Problem: Der Vertragsschluß kommt häufig dadurch zustande, daß ein Ehepartner als Erstschuldner und Kreditnehmer dem anderen Ehepartner das von der Bank als Gläubigerin vorbereitete Schuldbeitrittsformular in der gemeinsamen Privatwohnung zur Unterschrift vorlegt. Hier ergibt sich dann die Frage, ob trotz der persönlichen Nähe eine Überrumpelungssituation im Sinne des Gesetzes angenommen werden kann.

Unbestritten ist, daß der Vertragspartner nicht persönlich auf den Kunden eingewirkt haben muß. Es genügt, daß ein von ihm eingeschalteter Vertreter oder Verhandlungshelfe den Vertragsschluß erreicht hat.<sup>454</sup> Eine mündliche Verhandlung in der Privatwohnung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG wäre in der geschilderten Konstellation also nur dann anzunehmen, wenn der kreditnehmende Ehemann als Verhandlungshelfe der Bank angesehen werden kann.

Der BGH lehnt dies in ständiger Rechtsprechung ab.<sup>455</sup> Das Handeln des Ehepartners könne nicht der Bank zugerechnet werden. Die Eheleute stehen gemeinsam als Kreditnehmer der Bank als Kreditgeber gegenüber. Wenn ein Ehepartner zu Hause mit dem anderen die Notwendigkeit gemeinsamer Kreditaufnahme bespricht, handelt er dabei nicht im Auftrage der Bank. Daneben liege es durchaus auch im Interesse der Kunden, wenn die Bank nicht verlangt, daß beide in ihren Geschäftsräumen erscheinen, sondern wenn die Bank dem anfragenden Ehegatten die Kreditanträge zur gemeinsamen Unterzeichnung zusendet und damit beiden Gelegenheit gibt, den Vertragsschluß zu Hause in Ruhe und von außen unbeeinflusst

<sup>454</sup> Vgl. nur MünchKomm-Ulmer, HausTWG, § 1 Rn. 15.

<sup>455</sup> BGH NJW 1987, 184 (noch im Hinblick auf § 56 GewO); NJW 1993, 1594, 1595; NJW 1996, 191, 192 – zustimmend: Erman-Saenger, HWiG, § 1 Rn. 29; Fischer/Machunsky, HWiG, § 1 Rn. 60; Palandt-Putzo, HausTWG, § 1 Rn. 7; Bunte, WM 1993, 877, 881; Probst, JR 1994, 24, 26; Edelmann, WiB 1996, 86.

zu besprechen. Einen Ehegatten vor dem psychologischen Druck und den Überredungskünsten des anderen zu schützen, sei nicht Aufgabe des Haustürwiderrufgesetzes. Diese Grundsätze erweiterte der BGH später auch auf nahe Angehörige wie den Sohn der Unterzeichnenden, selbst wenn dieser nicht mehr im selben Haushalt lebt, solange er durch die Unterschrift eine Kreditgewährung an sich erreichen will.<sup>456</sup> Ist der Sohn hingegen Angestellter der Bank und überredet er seine Mutter zu einer Geldanlage, so handle er ausschließlich im Interesse der Bank. Dann spräche nichts dagegen, seine Handlungen als die eines Verhandlungsgelhilfen der Bank zuzurechnen.<sup>457</sup> Für den BGH ist damit das entscheidende Kriterium für die Ablehnung einer Zurechnung als Verhandlungsgelhilfe das bei Eheleuten und in Familien typischerweise vorliegende gemeinsame Interesse an der erstrebten Kreditgewährung. Dadurch sei der den Kredit beantragende Ehepartner eher dem Kreis des sichernden nahen Angehörigen zuzurechnen als der Bank.

Die Literatur mag dieser Sichtweise teilweise nicht folgen.<sup>458</sup> Der kreditnehmende Angehörige handele primär im Interesse der Bank, wenn er ihr Sicherheiten verschafft, da erst das Interesse der Bank an einem zweiten Schuldner seine Einflußnahme auf Familienangehörige auslöst. Zudem gebiete auch der Schutzzweck des Haustürwiderrufgesetzes eine Einbeziehung der überredeten Familienangehörigen. Die Aufforderung zur Kreditsicherung sei für den Angehörigen überraschend und zwar unabhängig davon, ob es von einem Fremden oder von einer nahestehenden Person kommt. Die Möglichkeiten, sich der Verhandlung zu entziehen, sind bei Gesprächen mit Angehörigen in der eigenen Wohnung genau so beschränkt, wenn nicht sogar eingeschränkter als bei Gesprächen mit fremden Vertretern.

<sup>456</sup> BGH NJW 1996, 191, 192.

<sup>457</sup> BGHZ 133, 254, 258.

<sup>458</sup> MünchKomm-Ulmer, HausTWG, § 1 Rn. 15; Staudinger-Werner, HWiG, § 1 Rn. 34; Frings, ZIP 1996, 1193, 1199 – ähnlich bereits zu § 56 GewO: OLG Stuttgart NJW 1983, 891; Reifner, Kreditrecht, § 9 Rn. 93 f.

Es führt zu keiner überzeugenden Lösung des Problems, wenn zur Beantwortung der Frage, ob der kreditnehmende Angehörige der Bank zuzurechnen ist, auf dessen Interessenlage abgestellt wird. Er wird regelmäßig sowohl im Interesse der eigenen Krediterlangung als auch im Interesse der Bank zur Erlangung von Sicherheiten für den beantragten Kredit handeln.<sup>459</sup> Kern des Streits ist vielmehr die von beiden Ansichten ebenfalls kontrovers diskutierte Frage, ob das enge *Näheverhältnis* zwischen dem um Unterschrift bittenden Kreditnehmer und dem Beitretenden dazu führt, daß eine Anwendung des Haustürwiderrufgesetzes abzulehnen ist, weil trotz des Vorliegens einer Situation nach § 1 Abs. 1 HWiG (Verhandlung in einer Privatwohnung) nicht die vom Gesetz vorausgesetzte konkrete Gefahr für die Entschließungsfreiheit des Beitretenden besteht.<sup>460</sup>

Das Gesetz will die Entschließungsfreiheit des Kunden schützen, indem es ein Widerrufsrecht für Verträge einräumt, bei denen dem Kunden das Vertragsangebot überraschend gemacht wurde und ihm aufgrund der persönlichen Anwesenheit des Gewerbetreibenden die Zeit fehlt, das Angebot genau zu prüfen und in Ruhe zu entscheiden. In dieser bedrängten Situation ist der Kunde weder in der Lage, andere Vergleichsangebote zu prüfen, noch kann er sich den Vertragsschluß hinreichend überlegen.<sup>461</sup> Durch das Widerrufsrecht wird ihm diese Überlegungsfrist nachträglich gewährt. Das Gesetz sieht die Gefahr für die Entschließungsfreiheit des

<sup>459</sup> Insofern wird man den kreditnehmenden Angehörigen entgegen dem BGH stets als Verhandlungsgehilfen der Bank ansehen können, da er mit ihrem Wissen und Willen sowie zumindest auch in ihrem Interesse tätig wird, wenn er die Vertragsunterlagen der Bank zur Unterschrift mit nach Hause nimmt. Zum Begriff des Verhandlungsgehilfen: Erman-Saenger, HWiG, § 1 Rn. 28; Fischer/Machunsky, HWiG, § 1 Rn. 57; Staudinger-Werner, HWiG, § 1 Rn. 32.

<sup>460</sup> Daß dem Gläubiger auch andere unbedenklichere Handlungsalternativen zur Verfügung stehen als die Übergabe der Beitrittsformulare an den kreditnehmenden Angehörigen, spielt für die Frage nach der Anwendung des HWiG keine Rolle, da es nicht um die Schutzbedürftigkeit des Gläubigers, sondern um die des mithaftenden Angehörigen geht.

<sup>461</sup> BT-Drucks. 10/2876, S. 1 f., 6.

Kunden somit darin, daß er sich aufgrund der *persönlichen Anwesenheit* des fremden Vertragspartners und des Wissens, ihn erst bei Abschluß des Vertrages wieder loswerden zu können, eher bereit finden wird, den angebotenen Vertrag zu schließen. Dieses Ergebnis wird durch den Blick auf einige beabsichtigte Anwendungsbereiche des Gesetzes bestätigt. So sollen nach den Materialien sog. „Partyverkäufe“ erfaßt werden, bei denen ein von einer Direktvertriebsfirma gewonnener Privatmann Bekannte in seine Wohnung einlädt, wo sie dann Waren angeboten bekommen.<sup>462</sup> Aufgrund der ausgelassenen Stimmung und der Anwesenheit des Bekanntenkreises ist es für den einzelnen Kunden hier schwer, sich dem Verkaufsdruck zu entziehen, da er nicht als „Spielverderber“ angesehen werden will. Das Gesetz muß seinem Zweck nach hier somit eingreifen, da dem Kunden aufgrund der beeinflussenden Anwesenheit des Verkäufers die Zeit für eine überlegte Entscheidung fehlt. Anders hingegen bei telefonischen Vertragsabschlüssen: Hier findet das Gesetz keine Anwendung, da „die Einflußnahme auf den Kunden weniger intensiv ist als bei persönlicher Anwesenheit des Gewerbetreibenden oder seines Vertreters.“<sup>463</sup> Es kommt also weniger auf das Überraschungsmoment an. Dies fehlt häufig bei Partyverkäufen, liegt aber bei telefonischen Angeboten vor. Entscheidend für die Annahme einer Gefahr für die Entschließungsfreiheit und damit für die Anwendung des Gesetzes ist vielmehr die *Erschwerung einer Ablehnung des Vertragsangebotes durch die persönliche Anwesenheit* des Gewerbetreibenden.

Überträgt man diese Erkenntnisse auf den hier untersuchten Fall der Beeinflussung durch den Ehegatten oder einen sonstigen nahen Angehörigen, so wird deutlich, daß hier eine solche Gefahr für die Entschließungsfreiheit nicht vorliegt. Innerhalb der Ehe oder des engeren Familienkreises kann die persönliche Anwesenheit des um Unterschrift bittenden An-

<sup>462</sup> BT-Drucks. 10/2876, S. 11.

<sup>463</sup> BT-Drucks. 10/2876, S. 11. Diese Ausnahme macht deutlich, daß eine *konkrete Gefahr* für die Entschließungsfreiheit vorliegen muß, welche in diesem Beispiel trotz des Vorliegens einer abstrakten Gefahrensituation nach § 1 Abs. 1 HWiG (Verhandlung im Bereich der Privatwohnung) fehlt – unzutreffend insoweit Staudinger-Werner, HWiG, § 1 Rn. 34, der das Vorliegen einer konkreten Gefahr nicht für notwendig erachtet.

#### Viertes Kapitel – Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Beitrittsvertrags

gehörigen keine Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit im Sinne des Haustürwiderrufgesetzes sein. Dem umworbenen Angehörigen wird allein dadurch die Ablehnung der Bitte nicht erschwert. Er dürfte vielmehr daran gewöhnt sein, mit den Wünschen und Bitten seines Ehepartners oder Sohnes umzugehen. Dessen persönliche Gegenwart hindert ihn nicht daran, sich Zeit zu nehmen und in Ruhe zu entscheiden, da er seine Anwesenheit ja nicht als Belastung, sondern vielmehr als Normalität empfindet. Es liegt somit *keine Streßsituation* für den umworbenen Angehörigen vor, die ein Eingreifen des Haustürwiderrufgesetzes erfordert.

Dem BGH ist also grundsätzlich darin zu folgen, daß es nicht Aufgabe des Haustürwiderrufgesetzes ist, einen Ehegatten vor dem psychologischen Druck und den Überredungskünsten des anderen zu schützen. Hier sind andere Schutzinstrumente wie beispielsweise § 138 Abs. 1 BGB oder die Grundsätze der culpa in contrahendo gefordert.<sup>464</sup> Ein Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 HWiG steht dem mithaftenden Angehörigen nicht zu.

Von diesem Grundsatz der Nichtanwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes bei Vertragsverhandlungen zwischen nahen Angehörigen macht der BGH nun jedoch für den Fall eine Ausnahme, daß der werbende Angehörige nicht im Interesse eigener Krediterlangung, sondern allein im Interesse der Bank *als deren Angestellter* tätig wird. Sucht der Angehörige also im Familienkreis nach einem zweiten Schuldner für das von ihm beantragte Darlehen, so soll nach Ansicht der Rechtsprechung das Gesetz keine Anwendung finden. Wirbt der Angehörige dagegen im Familienkreis für eine Geldanlage seiner Bank, so besteht nach der Rechtsprechung „kein Grund, einem nahen Angehörigen, der in dieser Situation in die Gefahr einer Überrumpelung gerät, den Schutz des Haustürwiderrufgesetzes zu versagen.“<sup>465</sup> Diese Differenzierung erscheint wenig konsequent, hat sich doch an der Gefahrensituation für den angesprochenen Angehörigen im Vergleich zur Bitte um Mithaftung nichts geändert. Er wird in den privaten Räumen von einem nahen Angehörigen um einen Vertragsabschluß gebeten. Lediglich das Verhältnis zwischen dem wer-

<sup>464</sup> Näher dazu in diesem Kapitel unter D.

<sup>465</sup> BGHZ 133, 254, 258.

benden Angehörigen und der Bank hat sich verändert. Ob der Angehörige der Bank nun als Verhandlungsgelhilfe oder als Vertreter zuzurechnen ist, hat aber keinerlei Einfluß auf den situativen Anwendungsbereich des Gesetzes, also auf die Frage nach dem Bestehen einer Überrumpelungssituation. Das Haustürwiderrufsgesetz will den Kunden vor bestimmten, seine Entschließungsfreiheit beeinträchtigenden Werbe- und Verhandlungsmethoden schützen, wobei völlig irrelevant ist, ob hierfür der Vertragspartner selbst, sein Vertreter und nur sein Verhandlungsgelhilfe tätig wird.<sup>466</sup> Bei den Vertragsverhandlungen zwischen engen Familienangehörigen besteht aber gerade nicht die konkrete Gefahrensituation, auf die das Gesetz abzielt. Der Anwendungsbereich des Gesetzes ist in diesen Fällen also generell einzuschränken. Dem fehlerhaft beratenen Angehörigen bleibt es natürlich unbenommen, sich anderer Rechtsbehelfe zu bedienen.<sup>467</sup>

## 2. Ergebnis

In den Fällen, in denen der Ehepartner oder sonstige nahe Angehörige des Kunden im Auftrag der Bank das Schulbeitrittsformular in die gemeinsame Privatwohnung bringt und es dort vom Kunden unterzeichnen läßt, ist der Anwendungsbereich des Haustürwiderrufsgesetzes nicht eröffnet. Dies folgt unabhängig von der Annahme, der Ehepartner sei Verhandlungsgelhilfe der Bank, aus dem besonderen Schutzzweck des Haustürwiderrufsgesetzes, der bei Vertragsangeboten durch nahe Familienangehörige gerade nicht einschlägig ist.

### III. Das Verhältnis zur Vertragsnichtigkeit nach § 134 BGB i.V.m. § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO

Der Schutz der Verbraucher vor Geschäften an der Haustür wurde vor dem Inkrafttreten des Haustürwiderrufsgesetzes jedenfalls für Kreditver-

<sup>466</sup> Insoweit zutreffend die Kritik an der BGH-Rechtsprechung von Staudinger-Werner, HWiG, § 1 Rn. 35.

<sup>467</sup> Vgl. die inzwischen sehr umfangreiche Rechtsprechung zur fehlerhaften Anlageberatung – Übersicht bei Palandt-Heinrichs, BGB, § 276 Rn. 22 f.

#### Viertes Kapitel – Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Beitrittsvertrags

träge auf andere Weise erreicht. Nach § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO a.F. war der Abschluß von *Darlehensverträgen* im Reisegewerbe verboten. Der XI. Senat des BGH erstreckte das Verbot ohne nähere Begründung auch auf Schuldbeitritte zu Darlehensverpflichtungen, so daß solche Beitrittsverträge, die entgegen § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO an der Haustür geschlossen wurden, wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nichtig waren.<sup>468</sup>

Bereits nach Schaffung des Widerrufsrechts in § 1 HWiG am 1. Mai 1986 ging man davon aus, daß die Verbraucher nun hinreichend vor den Folgen von Haustürgeschäften geschützt seien. Entsprechend wurde eine weitere Anwendung der Nichtigkeitsrechtsprechung auf vom Haustürwiderrufsgesetz erfaßte Verträge verneint.<sup>469</sup> Spätestens seit dem 1. Januar 1991 bestand dann aber unstreitig keine Konkurrenz mehr zwischen dem Widerrufsrecht aus § 1 HWiG und der Vertragsnichtigkeit nach § 134 BGB i.V.m. § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO. Denn mit Erlaß des Verbraucherkreditgesetzes hatte der Gesetzgeber das Verbot durch Änderung des § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO auf die entgeltliche *Darlehensvermittlung* beschränkt. Damit entfaltet es nun endgültig keine Relevanz mehr für die Frage der Wirksamkeit von an der Haustür erklärten Schuldbeitritten. Dieser Problembereich bleibt heute ganz dem Haustürwiderrufsgesetz vorbehalten.

<sup>468</sup> BGH NJW 1991, 923, 924 – Die Mitunterzeichnung der Ehefrau ist mangels ihrer Mitberechtigung als Schuldbeitritt einzuordnen (vgl. oben 2. Kapitel D.). Der IX. Senat (BGHZ 105, 362, 364) lehnte interessanterweise eine Erstreckung des Verbotes auf Bürgschaften ab, da diese als „reine Kreditsicherungsmittel“ keine Darlehensgeschäfte sind. Vor dem Hintergrund dieser Argumentation hätte die Erstreckung des Verbots auf Schuldbeitritte, die ja auch nur Kreditsicherungsmittel sind, eine genauere Begründung durch den XI. Senat verdient.

<sup>469</sup> BGHZ 131, 385, 389; OLG München NJW-RR 1990, 1528, 1529; OLG Hamm NJW 1994, 2159. Aus der Literatur: Palandt-*Heinrichs*, § 134 Rn. 10; *Bydlinski*, ZBB 1991, 263, 264. Anderer Ansicht: *Schmelz*, NJW 1991, 1219; *Reifner*, Kreditrecht, § 9 Rn. 4 bis 6.

### C. Das AGB-Gesetz

Erfolgt der Schuldbeitritt durch einen vorformulierten Vertrag, so fällt dieser in den Anwendungsbereich der Vorschriften des AGBG. Der Beitrittsvertrag und damit der Schuldbeitritt unterliegt dann besonderen Anforderungen, die sich insbesondere aus den §§ 3 und 9 AGBG ergeben. Sie lassen sich in zwei große Problemkreise unterteilen.

#### I. Abgrenzungsfragen

Zum einen wird versucht, bei vorformulierten Beitrittsverträgen mit Hilfe des AGB-Gesetzes eine *Beschränkung der Vertragstypenwahl des formulierenden Gläubigers* zu erreichen. Ihm soll es nicht offenstehen, in einem vorformulierten Vertrag jederzeit einen Schuldbeitritt zu vereinbaren. Vielmehr sei bei fehlendem Eigeninteresse des Sichernden nur ein Bürgschaftsvertrag angemessen im Sinne von § 9 AGBG, so daß nur ein solcher formularmäßig vereinbart werden könne.<sup>470</sup> Mit dieser Ansicht habe ich mich bereits im Rahmen der Abgrenzungsproblematik näher befaßt. Sie kann kaum überzeugen.<sup>471</sup>

Anders liegt der Fall, wenn aus dem Inhalt des Formularvertrags *nicht deutlich* wird, welcher Vertragstyp der Mithaftung (Bürgschaft, Schuldbeitritt oder Garantie) vereinbart werden sollte bzw. ob überhaupt persönlich gehaftet werden soll. So gab es Probleme bei einer vorformulierten „Bürgschafts- und Garantieerklärung“, die sich infolge des Ausschlusses der die Bürgschaft kennzeichnenden wesentlichen Merkmale im Ergebnis der Auslegung als Garantie darstellte.<sup>472</sup> Ähnlich ist die Problemlage, wenn nicht deutlich wird, ob der unterzeichnende Grundeigentümer überhaupt als persönlicher Schuldner oder nur mit seinem Grundeigentum

<sup>470</sup> Vgl. Reifner, ZIP 1990, 427, 433; ders. in Kreditrecht, § 41 Rn. 27; Schröder, Interessengegensätze beim Personalkredit, S. 102 f. – genauer im 2. Kapitel A. IV. 1. a).

<sup>471</sup> Vgl. oben 2. Kapitel A. IV. 1. a).

<sup>472</sup> Vgl. LG Köln, NJW 1983, 892.

haften soll.<sup>473</sup> In beiden Fällen ist der Formularvertrag nicht eindeutig gestaltet. Im ersten Fall soll der Vertrag deswegen nach § 9 AGBG unwirksam sein.<sup>474</sup> Der Mithaftende wird frei; er haftet weder als Bürge noch als Garant. Im zweiten Fall sollen die Unklarheiten nach § 5 AGBG zu Lasten des Verwenders gehen.<sup>475</sup> Die Haftung des Unterzeichnenden entfällt also nicht vollkommen, sondern beschränkt sich auf die mildere Auslegungsvariante. Der Grundeigentümer haftete hier deshalb nur mit seinem Grundeigentum, nicht jedoch persönlich. Diese Fälle machen deutlich, daß es bei unklar formulierten Verträgen zwei einschlägige Regelungen gibt: §§ 5 und 9 AGBG. Es muß daher klargestellt werden, in welchem Verhältnis beide zueinander stehen.

Daß Unklarheiten in der Formulierung von Klauseln zu Lasten des Verwenders gehen, bestimmt ausdrücklich § 5 AGBG; allerdings nur, soweit die Auslegung der Klausel zu einem *mehrdeutigen Inhalt* führt.<sup>476</sup> Nur dann gilt diejenige Auslegungsalternative als vereinbart, die kundenfreundlicher ist. Es müssen also nach Ausschöpfung aller Indizien mindestens zwei Auslegungsalternativen übrig bleiben, um § 5 AGBG anzuwenden. Erst der danach ermittelte Vertragsinhalt hat sich dann der Inhaltskontrolle zu stellen.<sup>477</sup> Hier ermöglicht die Rechtsprechung zum *Transparenzgebot*, als Folge der Unklarheit einer Klausel ihre Unwirksamkeit nach § 9 Abs. 1 AGBG festzustellen. Der Verwender ist nach Treu und Glauben verpflichtet, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen und seine Rechte und Pflichten nicht durch unklare oder schwer verständlich gefaßte Klau-

<sup>473</sup> Vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1993, 113.

<sup>474</sup> LG Köln, NJW 1983, 892, 893.

<sup>475</sup> OLG Hamm, NJW-RR 1993, 113.

<sup>476</sup> Erman-Hefermehl/Werner, AGBG, § 5 Rn. 1; Soergel-Stein, AGBG, § 5 Rn. 2; Staudinger-Schlosser, AGBG; § 5 Rn 5a; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, AGBG, § 5 Rn. 25.

<sup>477</sup> Erman-Hefermehl/Werner, AGBG, § 5 Rn. 5; Soergel-Stein, AGBG, § 5 Rn. 4; Staudinger-Coester, AGBG, § 9 Rn. 122; Staudinger-Schlosser, AGBG; § 5 Rn 5.

seln zu verschleiern.<sup>478</sup> Aus logischen und gesetzssystematischen Gesichtspunkten geht also die Auslegung des Formularvertrags (inklusive der Zweifelsregelung des § 5 AGBG) einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG voraus. Eine Inhaltskontrolle setzt ja stets voraus, daß der maßgebliche Inhalt des vorformulierten Vertrags vorher durch Auslegung ermittelt wurde.

Überträgt man diese Erkenntnis auf die untersuchten Fälle unklarer Formulierungen der Haftungsart des Mithaftenden, so ist § 5 AGBG nur einschlägig, wenn die Vertragsauslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis hinsichtlich der Haftungsart führt. Nur in diesen Fällen von mehrdeutigen Formularverträgen bestimmt er den maßgeblichen Vertragsinhalt und verweist auf die für den Unterzeichnenden günstigere Haftungsart. Dies dürfte regelmäßig die Bürgschaft sein, ist aber in jedem Einzelfall gesondert zu untersuchen.<sup>479</sup> Der so gefundene Vertragsinhalt unterliegt dann der Inhaltskontrolle des § 9 AGBG. In anderen Fällen unklarer Klauseln wird die Auslegung hingegen zu einem eindeutigen Ergebnis hinsichtlich der gewollten Haftungsart kommen.<sup>480</sup> Dann spielt § 5 AGBG keine Rolle. Vielmehr erfolgt unmittelbar die Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG.<sup>481</sup>

Diese Inhaltskontrolle kann zu einer Unwirksamkeit des Formularvertrags nach § 9 AGBG führen, wenn seine Bestimmungen den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine solche Benachteiligung kann sich insbesondere aus dem Transparenzgebot ergeben, wonach die Rechtsposition des

<sup>478</sup> Vgl. BGHZ 104, 82, 92 f.; 106, 42, 49; 106, 259, 264; 112, 115, 117; 115, 177, 185; 116, 1, 3; 130, 150, 153; BGH NJW 1996, 1407.

<sup>479</sup> § 5 AGBG bestätigt somit die Zweifelsregelung, daß bei mehrdeutigen Mithaftungsklauseln, bei denen die Auslegung zu keinem klaren Ergebnis hinsichtlich der gewollten Haftungsart führt, eine Bürgschaft anzunehmen sei – vgl. oben 2. Kapitel IV. 3. b.

<sup>480</sup> Zu den dazu heranzuziehenden Auslegungskriterien genauer im 2. Kapitel.

<sup>481</sup> Zutreffend daher die Urteilsbegründung des LG Köln, NJW 1983, 892 f., die § 5 AGBG nicht erwähnt.

Vertragspartners in den AGB nicht unklar geregelt werden darf.<sup>482</sup> Die intransparente Formulierung darf insbesondere nicht dazu führen, daß Rechte und Pflichten des Vertragspartners verschleiert werden, dieser sich also nicht zuverlässig aus den AGB über seine Rechte und Pflichten informieren kann.<sup>483</sup> Die unklare Gestaltung eines Formularvertrags führt jedoch nur dann zur Unwirksamkeit nach § 9 AGBG, wenn aus der Unklarheit auch eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners entsteht.<sup>484</sup> Vor diesem Hintergrund ist an der Entscheidung des LG Köln<sup>485</sup> nichts auszusetzen. Ein mit „Bürgschafts- und Garantieerklärung“ überschriebener Formularvertrag stellt sich für den Vertragspartner äußerlich maßgeblich als Bürgschaftsvertrag dar. Jedenfalls darf er davon ausgehen, daß seine Haftung auch die Züge einer Bürgschaft trägt. Werden im Formularvertrag dann jedoch alle wesentlichen Elemente einer Bürgenhaftung abbedungen, so daß nur eine Garantiehafung eintritt, stellt sich die äußere Gestaltung des Vertrages als irreführend dar. Unabhängig davon, ob damit bereits die Voraussetzungen des § 3 AGBG erfüllt werden, ist eine solche irreführende Vertragsgestaltung jedenfalls nach § 9 AGBG aufgrund ihrer Intransparenz unwirksam.<sup>486</sup> Folge der Unwirksamkeit sollte dann jedoch nicht die vollständige Freistellung des Kunden sein; dieser wollte ja zumindest als Bürge haften. Insofern scheint es angemessen, wie im Rahmen der Anlaß-Rechtsprechung<sup>487</sup> nur die Teile des Formularvertrages als unwirksam anzusehen, die über diese gewollte Haftung hinausgehen bzw. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die Haftung auf diesen Umfang zu beschränken.

Anders liegt jedoch der Fall, wenn die äußere Gestaltung des Formularvertrags keine Irreführung über die tatsächlichen Pflichten des Vertrags-

<sup>482</sup> Vgl. BGHZ 104, 82, 92 f.; 115, 177, 185; Staudinger-Coester, AGBG, § 9 Rn. 121.

<sup>483</sup> Vgl. Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 9 Rn. 143 und 153.

<sup>484</sup> Vgl. Staudinger-Coester, AGBG, § 9 Rn. 123 f.

<sup>485</sup> NJW 1983, 892, 893.

<sup>486</sup> LG Köln NJW 1983, 893, 893; zustimmend MünchKomm-Kötz, AGBG, § 9 Rn. 50.

<sup>487</sup> Näher dazu im nächsten Abschnitt.

partners enthält, sondern diesbezüglich gänzlich unklar bleibt. Dann führt diese Unklarheit nicht ohne weiteres zu einer Benachteiligung des Vertragspartners. Es bleibt vielmehr grundsätzlich bei der Wirksamkeit des Vertrages mit dem Inhalt, den dieser durch die Auslegung, gegebenenfalls unter Anwendung der Zweifelsregelung des § 5 AGBG, erhalten hat. Wird aus einem Formularvertrag also, wie im Fall des OLG Hamm<sup>488</sup>, nicht deutlich, ob eine nur dingliche oder auch persönliche Haftung eingegangen wird, so bleibt es bei dem Ergebnis, das § 5 AGBG bietet: die Vereinbarung der für den Sichernden milderer dinglichen Haftung. Eine Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne des § 9 AGBG ist hier nicht erkennbar.

Im Ergebnis läßt sich somit feststellen, daß Formularverträge, die hinsichtlich der Haftungsart oder des Haftungsgegenstandes unklar gestaltet wurden, auch nach einem eventuellen Eingreifen des § 5 AGBG an der Inhaltskontrolle des § 9 AGBG scheitern können, wenn diese Unklarheiten zu einer Irreführung und damit zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners führen.

## II. Die weite Sicherungszweckerklärung

Der zweite, in der Praxis weit bedeutendere Problemkreis der Anwendung des AGB-Gesetzes auf den Schuldbeitritt ist die Frage nach der Wirksamkeit formularmäßig erteilter weite Sicherungszweckerklärungen. Damit sind die Klauseln gemeint, nach denen der Beitretende für alle bestehenden und künftigen, auch befristeten und bedingten Forderungen des Gläubigers gegen den Erstschuldner eintreten soll.<sup>489</sup> Der BGH hat

<sup>488</sup> NJW-RR 1993, 113.

<sup>489</sup> Teilweise wird zwischen „Erstreckungsklauseln“ und „Globalklauseln“ unterschieden: Erstere erstreckt die Haftung des Sichernden über einen im Formular konkret bezeichneten Anlaßkredit hinaus, während letztere die Haftung erweitert, ohne daß ein konkreter Anlaßkredit bezeichnet wurde. Dieser ergibt sich allein aus sonstigen Umständen – vgl. *Bydlinski*, WuB I F 1a.-10.00, 315.

die Unwirksamkeit einer solchen Klausel – in Ablehnung seiner früheren Rechtsprechung<sup>490</sup> – gemäß §§ 3 und 9 AGBG angenommen.

1. § 3 AGBG – *Überraschende Klausel*

Der XI. Senat des BGH hat ein Eingreifen des § 3 AGBG für den Fall der weiten Sicherungszweckerklärung angenommen, wenn der Schuldbeitritt *aus Anlaß einer bestimmten Kreditgewährung* erklärt wird, die Haftung dann aber formularmäßig auch auf alle sonstigen „Kreditüberschreitungen und Kontoüberziehungen“ ausgedehnt wurde.<sup>491</sup> Er folgt damit ausdrücklich der Rechtsprechung des V. und IX. Senats zur AGB-Kontrolle von Sicherungszweckerklärungen bei Sicherungsgrundschulden und Bürgschaften,<sup>492</sup> bestätigt aber auch eigene frühere Entscheidungen zu dieser Frage.<sup>493</sup> Danach ist eine formularmäßige Sicherungszweckerklärung überraschend, wenn sie den Sicherungszweck über den durch den konkreten Anlaß bestimmten Rahmen hinaus auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche des Sicherungsnehmers gegen einen Dritten erweitert. Denn die Erwartung eines Sicherungsgebers vom Umfang seiner Haftung werde wesentlich durch den Anlaß der Sicherheitsbestellung geprägt. Ist der Anlaß die Gewährung eines bestimmten Darlehens an einen Dritten, so erwarte der Sicherungsgeber nicht und brauche auch vernünftigerweise nicht damit zu rechnen, auch für alle anderen schon begründeten oder zukünftig erst entstehenden Schulden des Kreditnehmers eintreten zu müssen.<sup>494</sup> Der Überraschungseffekt liege in einem solchen Fall in dem Widerspruch zwischen der durch den besonderen Anlaß der Haftungsübernahme zutage tretenden Zweckvorstellung des Sicherungsgebers und der davon in einem nicht zu erwartenden Ausmaß abweichenden Reich-

<sup>490</sup> Vgl. BGH WM 1985, 155, 156 f.; WM 1986, 95, 97; WM 1987, 924, 925; WM 92, 391, 392.

<sup>491</sup> BGH NJW 1996, 249.

<sup>492</sup> Vgl. BGHZ 83, 56, 59; 100, 82, 85; 102, 152, 160; 109, 197, 201 für Grundschulden sowie BGHZ 130, 19, 27 für Bürgschaften.

<sup>493</sup> BGHZ 126, 174, 178 für Bürgschaften; BGHZ 131, 55, 58; BGH NJW 1992, 1822 f.; WM 1995, 790, 791 für Grundschulden.

<sup>494</sup> BGHZ 126, 174, 176.

weite der vorformulierten Haftungserklärung.<sup>495</sup> Der Senat betont nun, daß der Schuldbeitritt in seiner wirtschaftlichen Funktion einer Bürgschaft so nahe steht, daß eine rechtliche Gleichbehandlung sachgerecht erscheint.<sup>496</sup> Gleichzeitig bestätigt dieses Urteil die Rechtsprechung des Senats zu den sog. „Oder-Konten“.<sup>497</sup> Bereits dort führte er aus, daß eine formularmäßige unbegrenzte Erweiterung der Mithaftung für einen Kontokorrentkredit gegen § 3 AGBG verstößt, wenn bei Vertragsschluß ein festes Kreditlimit vereinbart wurde.<sup>498</sup>

Diese Anlaßrechtsprechung kann überzeugen und fand auch in der Literatur allgemeine Zustimmung.<sup>499</sup> Liegt der für beide Parteien erkennbare Anlaß der Haftungsübernahme mittels Schuldbeitritts in der Absicherung einer bestimmten Forderung des Gläubigers, so ist es überraschend, wenn in den weiteren Vertragsklauseln die Haftung des Beitretenden erheblich über diesen Anlaß hinaus erweitert wird. Dabei ist es unerheblich, ob der überraschte Sichernde als Bürge oder Beitretender haften soll.

Das Überraschungsmoment ist erst dann beseitigt, wenn der Sichernde auf diese Haftungserweiterung *besonders hingewiesen* wird. Dies geschieht am besten durch einen individuellen Hinweis auf die Klausel. Allerdings muß entgegen dem BGH<sup>500</sup> auch ein vom Sicherungsgeber *gesondert zu unterschreibender formularmäßiger Hinweis* auf die Haftungserweiterung genügen. Vorformulierten Hinweisen grundsätzlich jede

<sup>495</sup> Vgl. BGHZ 100, 82, 85; 126, 174, 178.

<sup>496</sup> BGH NJW 1996, 249.

<sup>497</sup> BGH NJW 1991, 923.

<sup>498</sup> BGH NJW 1991, 923, 924. Zustimmend: *Bydlinski*, ZBB 1991, 263, 267; *Knütel*, ZIP 1991, 493, 498f.

<sup>499</sup> Vgl. Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher, AGBG, § 3 Rn. 86; *Bydlinski*, WuB I F 1a.-1.99, 37, 39 f.; *Dähn*, ZBB 2000, 61, 63; *Diederichsen*, Jura 1999, 229, 230; *Fischer*, WM 1998, 1705, 1709; *Grimm*, WiB 1996, 183; *Horn*, ZIP 1997, 525, 527; *Masuch*, BB 1998, 2590, 2591; *Medicus*, EWIR 1996, 3, 4; *Schmitz-Herscheidt*, ZIP 1997, 1140; *Weber*, ZfIR 1999, 2, 4.

<sup>500</sup> BGHZ 131, 55, 59; ebenso *Ganter*, WM 1996, 1705, 1716; *Dähn*, ZBB 2000, 61, 63.

Warnfunktion abzusprechen, kann nicht überzeugen. Wenn der BGH davon ausgeht, daß formularmäßige Hinweise trotz einer gesonderten Unterschrift grundsätzlich nicht gelesen werden, so daß die Warnung den Unterzeichnenden nicht erreicht, so entlastet er damit unbillig den Unterzeichner.<sup>501</sup> Zwar geht auch § 3 AGBG von der Gefahr des nur flüchtigen Lesens vorformulierter Klauseln aus. Jedoch macht es einen Unterschied, ob der Unterzeichner einen ganzen Komplex von gleichförmig gestalteten Klauseln mitunterschreibt, um den von ihm gewollten Vertrag zu schließen, oder ob er nur einen davon unabhängigen und damit deutlich hervorgehobenen Hinweis gesondert unterschreibt. Im letzteren Fall muß davon ausgegangen werden, daß der Unterzeichner auch den Inhalt des Hinweises zur Kenntnis nimmt. Selbst der Gesetzgeber hat in § 2 Abs. 1 Satz 3 HWiG und in § 7 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG die Wertung zu erkennen gegeben, daß bei einer gesonderten Unterschriftsleistung unter einen gesonderten Textteil ein Warneffekt eintritt.<sup>502</sup> Die Begründung des BGH kann vor diesem Hintergrund nicht überzeugen. Der zwar vorformulierte, aber gesondert zu unterschreibende kurze Warnhinweis muß somit jedenfalls genügen, um die Rechtsfolgen des § 3 AGBG zu verhindern.<sup>503</sup> Darüber hinaus dürfte die Klausel sogar dann den Anforderungen des § 3 AGBG genügen, wenn sie nur drucktechnisch besonders hervorgehoben wird, so daß sie dem Vertragspartner im Vergleich zu anderen Klauseln sofort ins Auge fällt.<sup>504</sup>

Daneben soll eine Überraschung entfallen, wenn der Sicherungsgeber mit Kreditgeschäften vertraut ist<sup>505</sup> und wenn der Sicherungsgeber mit dem

<sup>501</sup> Etwas anderes kann sich für den vom BGH entschiedenen Fall nur ausnahmsweise daraus ergeben, daß die Unterzeichnende eine 78-jährige Dame war. Dieses hohe Alter mag in diesem Ausnahmefall eine weiterreichende Hinweispflicht begründen. Der BGH stützt seine Entscheidung jedoch nicht darauf, sondern auf die Formularmäßigkeit des Hinweises.

<sup>502</sup> Darauf hinweisend *Weber*, ZfIR 1999, 2, 5.

<sup>503</sup> Ebenso: *Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher*, AGBG, § 3 Rn. 42; *Edelmann*, WiB 1996, 86; *Weber*, ZfIR 1999, 2, 5.

<sup>504</sup> Hierbei wäre insbesondere an eine farbliche oder durch besondere Umrandung gestaltete Hervorhebung zu denken.

<sup>505</sup> BGHZ 100, 82, 85; 126, 174, 177; 130, 19, 29.

Dritten persönlich und wirtschaftlich so eng verbunden ist, daß das Risiko der in der Zweckerklärung einbezogenen Verbindlichkeiten für den Sicherungsgeber berechenbar und vermeidbar ist.<sup>506</sup>

Der erstgenannten Aussage ist grundsätzlich zuzustimmen. Wer aus Erfahrung weiß, daß die Formulare, die er gerade unterzeichnet, regelmäßig eine weite Sicherungszweckerklärung enthalten, kann nicht überrascht sein, wenn diese Klausel dann auch tatsächlich in den Geschäftsbedingungen auftaucht. In diesen Fällen besteht keine Überrumpelungssituation. Ob diese Erfahrung bei Kaufleuten generell zu vermuten ist,<sup>507</sup> soll hier nicht näher vertieft werden. Jedenfalls dürfte es zu weit gehen, wenn der BGH neuerdings eine weite Sicherungszweckerklärung bei der Absicherung von Geschäftskrediten generell im Hinblick auf ihre Üblichkeit im Geschäftsverkehr für nicht überraschend im Sinne des § 3 AGBG ansieht, ohne überhaupt auf die Geschäftserfahrenheit des Sichernden einzugehen.<sup>508</sup> Entscheidend für die Einschlägigkeit des § 3 AGBG sind nämlich stets die konkreten Umstände des Vertragsschlusses, aufgrund derer auch übliche Klauseln für den im Einzelfall Sichernden überraschend sein können.<sup>509</sup>

Die letztgenannte Aussage kann hingegen nicht überzeugen. Ob jemand die ihm überraschend aufgebürdeten Verbindlichkeiten so steuern kann, daß das dadurch entstandene Risiko überschaubar ist, spielt für die Frage der Überraschung nach § 3 AGBG überhaupt keine Rolle. Hier sind nur die berechtigten Erwartungen und Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluß relevant, da nur diese eine Aussage darüber zulassen, ob der Vertragspartner vom Verwender mit der Klausel überrascht wurde.

<sup>506</sup> BGHZ 100, 82, 86; BGH NJW 1982, 1822, 1823; BGHZ 126, 174, 177; 130, 19, 30; wohl auch BGH NJW 1996, 249.

<sup>507</sup> So *Bydlinski*, WuB I F 1a.-1.99, 37, 40; *Edelmann*, BB 1999, 123. Der BGH (NJW 1998, 3708, 3709) befaßte sich leider nur mit der Anwendbarkeit des § 9 AGBG bei Kaufleuten.

<sup>508</sup> BGH NJW 2000, 2675, 2676.

<sup>509</sup> Darauf zu Recht hinweisend *Weber/Bonin*, EWiR § 3 AGBG 2/2000, 797, 798.

## Viertes Kapitel – Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Beitrittsvertrags

Eine solche Überraschung kann aber auch vorliegen, wenn der Geschäftsführer der Schuldner-GmbH erwartet, nur für die Verbindlichkeiten persönlich mitzuhafte, die Anlaß der Unterzeichnung des Schuldbeitritts waren, dann aber eine weite Sicherungszweckerklärung Teil der Geschäftsbedingungen ist. Der Aspekt der möglichen Risikosteuerung hat mit dem Überraschungseffekt nichts zu tun. Er ist erst im Rahmen einer Inhaltskontrolle der Klausel nach § 9 AGBG relevant.<sup>510</sup>

### 2. § 9 AGBG – Inhaltskontrolle

Übersteht die vorformulierte weite Sicherungszweckerklärung die Hürde des § 3 AGBG, so besagt dies noch nichts über die inhaltliche Wirksamkeit der Klausel im Hinblick auf § 9 AGBG. Der XI. Senat<sup>511</sup> übernimmt nun auch hinsichtlich der Inhaltskontrolle ausdrücklich die Rechtsprechungsgrundsätze des IX. Senats zur weiten Sicherungszweckerklärung bei Bürgschaften.

Der IX. Senat stützte seine Entscheidungen bislang maßgeblich auf § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB. Dieser bestimmt, daß die Bürgenverpflichtung nicht durch ein Rechtsgeschäft erweitert wird, welches der Hauptschuldner nach Übernahme der Bürgschaft vornimmt. Hieraus würde erkennbar, daß das Gesetz zum Schutz des Bürgen neben der Bestimmtheit der zu sichernden Forderung eine summenmäßige Begrenzung der Bürgschaft als selbstverständlich voraussetzt.<sup>512</sup> Eine formularmäßige Ausdehnung der Haftung auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners widerspräche also dem *gesetzlichen Leitbild* des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB. Die entsprechende Klausel sei deshalb nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unangemessen.<sup>513</sup> Daneben liege aber auch eine Vertragszweckge-

<sup>510</sup> Auf diese notwendige Unterscheidung hinweisend: *Weber*, ZfIR 1999, 2, 4 und *Weber/Bonin*, EWiR § 3 AGBG 2/2000, 797, 798; allgemein auf die Unterschiede zwischen den §§ 3 und 9 AGBG hinweisend *Bydlinski*, WuB I F 1a.-2.98, 115.

<sup>511</sup> BGH NJW 1996, 249; NJW 1997, 2677, 2678.

<sup>512</sup> BGHZ 130, 19, 26 f.

<sup>513</sup> BGHZ 130, 19, 32.

fährdung nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG vor. Mit der weiten Zweckerklärung würde dem Bürgen zugemutet, ein *unkalkulierbares Risiko* zu übernehmen. Die Entstehung neuer Schulden könne er nicht verhindern. Dadurch drohe ihm unter Umständen der Ruin. Vor diesen Folgen soll er durch § 767 Abs. 1 Satz 3 AGBG geschützt werden, der die Haftungserweiterung von seinem Einverständnis abhängig macht. Damit werde wegen § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB das Verbot der Fremddisposition bei der Bürgschaft vertragswesentlich. Die mit der Klausel begründete unbegrenzte Haftung verstoße gegen das Verbot der Fremddisposition und entziehe dem Bürgen damit so wesentliche Rechte, daß die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet sei.<sup>514</sup> Im Rahmen des § 9 AGBG sei der Anlaß der Verbürgung also objektiv zu verstehen. Anders als bei § 3 AGBG sei nicht die konkrete Vorstellung der Parteien, sondern das aktuelle Sicherungsbedürfnis des Gläubigers Anlaß und obere Grenze der Haftungsübernahme. Gehe die Bürgschaft darüber hinaus, so müsse sie im Hinblick auf § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB als unangemessen angesehen werden.<sup>515</sup> Eine Ausnahme müsse nur für den Fall gemacht werden, daß der Bürge als Geschäftsführer, Allein- oder Mehrheitsgesellschafter der Hauptschuldnerin bestimmenden Einfluß auf die Erweiterung der Hauptschuld hat.<sup>516</sup>

Der XI. Senat übertrug diese Grundsätze vollständig auf den Schuldbeitritt. Zwar sei der Schuldbeitritt nicht gesetzlich geregelt, so daß eine § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB entsprechende Vorschrift fehlt. Das Verbot der Fremddisposition sei jedoch nicht nur für die Bürgschaft, sondern auch für den Schuldbeitritt vertragswesentlich.<sup>517</sup> In einer späteren Entscheidung führte er sogar aus, daß der Schuldbeitritt der Bürgschaft so nahe steht, daß sich in Bezug auf die Haftungsrisiken keinen nennenswerten Unterschiede ergeben. „Insbesondere die Rechtstatsache, daß der Bestimmtheitsgrundsatz sowohl für die Bürgschaft als auch für den Schuldbeitritt gilt, läßt keinen Zweifel an der Zulässigkeit der analogen Anwen-

<sup>514</sup> BGHZ 130, 19, 33.

<sup>515</sup> BGHZ 130, 19, 33 f.; 132, 6, 9.

<sup>516</sup> BGHZ 130, 19, 30; 132, 6, 9.

<sup>517</sup> BGH NJW 1996, 249.

dung des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB auf den Schuldbeitritt aufkommen.<sup>518</sup> Der BGH geht also von einer analogen Anwendung des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB auf den Schuldbeitritt aus, weshalb auf ihn die Rechtsprechungsgrundsätze zur Bürgschaft ohne Einschränkungen übertragbar seien.

Dieser Rechtsprechung begegnen in der Literatur einige Bedenken. Sie beziehen sich überwiegend auf die Argumentation des IX. Senats und damit auf Bürgschaftsfälle. Diese Kritik hat aber aufgrund der Übertragung der Rechtsprechungsgrundsätze auch für den Schuldbeitritt Bedeutung.

Zunächst ist bereits die Möglichkeit einer Inhaltskontrolle für die weite Sicherungszweckerklärung im Hinblick auf § 8 AGBG problematisch. Danach scheidet eine Inhaltskontrolle aus, wenn die zu überprüfende Klausel nur die gesetzliche Regelung wiederholt. Dieser Ausschluß greift trotz des Fehlens einer gesetzlichen Regelung auch für den Schuldbeitritt, da für ihn insoweit die allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze heranzuziehen sind.<sup>519</sup> Nun ist sowohl für den Schuldbeitritt als auch für die Bürgschaft anerkannt, daß sie auch für künftige Forderungen übernommen werden können.<sup>520</sup> Soweit die weite Sicherungszweckerklärung nur dies zum Ausdruck bringt, könnte man meinen, sie beschreibe nur die Hauptleistungspflicht des Bürgen bzw. Beitretenden und sei damit gemäß § 8 AGBG der Inhaltskontrolle entzogen.<sup>521</sup> Jedoch steht dieser Annahme die Bedeutung des Anlasses des Sicherungsvertrages im Wege. Übernimmt der Bürge oder Beitretende seine Haftung aus Anlaß eines bestimmten Kreditwunsches des Hauptschuldners und damit aufgrund eines bestimmten Sicherungsbedürfnisses des Gläubigers, so bezieht sich seine

<sup>518</sup> BGH NJW 1997, 2677, 2678.

<sup>519</sup> Vgl. allgemein zu gesetzlich nicht geregelten Rechtsinstituten: BGHZ 121, 13, 18; Erman-Hefermehl/Werner, AGBG, § 8 Rn. 2; Staudinger-Coester, AGBG, § 8 Rn. 7.

<sup>520</sup> Vgl. § 765 Abs. 2 BGB, der analog auch für den Schuldbeitritt gilt – siehe oben 3. Kapitel B. IV.

<sup>521</sup> Vgl. für die Bürgschaft die frühere Rechtsprechung: BGH NJW 1985, 848, 849; NJW 1986, 928, 929 sowie Masuch, BB 1998, 2590, 2592 f.

Verpflichtung nach dem erkennbaren Parteiwillen auch nur auf diese Forderung. Nicht die gesetzlichen Bestimmungen des § 765 Abs. 2 BGB oder § 767 Abs. 1 Satz 1 oder 2 BGB, sondern nur die Zweckerklärungsklausel ermöglicht dann die Erweiterung seiner Verpflichtung über den Anlaß hinaus auf andere gegenwärtige oder zukünftige Forderungen des Gläubigers gegen den Hauptschuldner. Die Klausel beschreibt somit nicht nur eine ohnehin schon bestehende Leistungspflicht des Bürgen oder Beitretenden, sondern begründet weitere Pflichten für den Sichernden. Sie erweitert also die Bürgen- bzw. Beitrittshaftung und ist allein deshalb kontrollfähig nach § 8 AGBG.<sup>522</sup>

Der BGH entnimmt dann die inhaltliche Unangemessenheit der Klausel hauptsächlich einem Vergleich mit § 767 Abs.1 Satz 3 BGB. Er stützt sich dabei zum einen auf das in der Norm enthaltene *Verbot der Fremddisposition*, gegen das die Klausel verstoße, und zum anderen auf das der Norm zu entnehmende *Leitbild der beschränkten Bürgenhaftung*, mit dem die mit der Klausel begründete unbeschränkte Haftung unvereinbar sei. Vor der Erörterung der Frage, ob § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB überhaupt auf den Schuldbeitritt analog anwendbar ist, muß daher geklärt werden, ob diese Norm tatsächlich die vom BGH entwickelten Aussagen enthält.

§ 767 Abs. 1 Satz 3 BGB normiert, daß durch ein späteres Rechtsgeschäft des Hauptschuldners die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird. Nach den Gesetzgebungsmaterialien soll der Bürge damit nicht für solche Änderungen für haftbar erklärt werden können, die sich in einem späteren Rechtsgeschäft des Hauptschuldners gründen. „Denn durch ein solches Rechtsgeschäft werde eine neue Verbindlichkeit geschaffen, für welche einzustehen der Bürge doch nicht versprochen habe.“<sup>523</sup> Müßte er trotzdem aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft für die neue Verbindlich-

<sup>522</sup> So für die Bürgschaft auch BGHZ 130, 19, 32; MünchKomm-Habersack, BGB, § 765 Rn. 73; Staudinger-Horn, BGB, § 765 Rn. 25; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 9 Rn. S 96; Dähn, ZBB 2000, 61, 64; Diederichsen, Jura 1999, 229, 231; Fischer, WM 1998, 1705, 1709; Ganter, WM 1996, 1705, 1716; Horn, ZIP 1997, 525, 527; Reinicke/Tiedtke, WiB 1996, 505, 509. Für den Schuldbeitritt kann nichts anderes gelten.

<sup>523</sup> Jakobs/Schubert, Beratung des BGB III, S. 469.

keit eintreten, so würde dies einen Verstoß gegen das Verbot eines Vertrages zu Lasten Dritter bedeuten. Dies verhindert § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB, indem die Akzessorietät der Bürgenhaftung hier eingeschränkt wird. Danach ist allgemein anerkannt, daß in § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB das allgemeine Verbot der Fremddisposition seinen Niederschlag findet.<sup>524</sup> Dies führt jedoch, wie weitgehend übersehen wird, nicht zwingend zur Verbotswidrigkeit der weiten Sicherungszweckerklärung. Soweit es nämlich dem ausdrücklichen Willen des Bürgen entspricht, steht es ihm frei, sich auch für erst später vom Hauptschuldner begründete Verbindlichkeiten zu verpflichten (vgl. § 765 Abs. 2 BGB). Bei Vorliegen einer solchen *Vorausseinwilligung* könnte hinsichtlich der späteren Haftungserweiterung für den Bürgen nicht mehr von einer Fremddisposition oder von einem Vertrag zu Lasten Dritter gesprochen werden, da ein Einverständnis des Dritten vorliegt. § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB wäre nicht anwendbar.<sup>525</sup> Die weite Sicherungszweckerklärung kann nun durchaus in diesem Sinne verstanden werden. Ist der Erklärende hinreichend über die Bedeutung der Klausel aufgeklärt, also nicht überrascht worden, so muß davon ausgegangen werden, daß er auch tatsächlich in diesem Umfang haften will. Dieser Wille ist zu respektieren, weshalb die Zweckerklärung dann auch eine sehr weitgehende ausdrückliche Vorausseinwilligung darstellt.<sup>526</sup> Damit bleiben jedenfalls für die Annahme einer Fremddisposition keine Anhaltspunkte übrig, so daß gerade im Fall der nicht überraschenden weiten Sicherungszweckerklärung aus § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB

<sup>524</sup> Vgl. nur MünchKomm-Habersack, BGB, § 767 Rn. 10; Staudinger-Horn, BGB, § 767 Rn. 38.

<sup>525</sup> Vgl. Staudinger-Horn, BGB, § 767 Rn. 40.

<sup>526</sup> Auf diese Möglichkeit hinweisend: *Bydlinski*, WM 1992, 1301, 1305 und WuB I F 1a.-1.99, 38, 39; *Masuch*, BB 1998, 2590, 2592; *Reinicke/Tiedtke*, WiB 1996, 505, 509. Anders *Horn*, FS Merz, 217, 225, der es generell ablehnt, die Klausel als Vorausseinwilligung auszulegen. Dies widerspräche „elementaren Grundsätzen unseres Privatrechts“. Leider macht er nicht deutlich, welche dies sein sollen. Ein Zirkelschluß wäre es jedoch, die Vorausseinwilligung allein wegen Verstoßes gegen § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB zu verwerfen, da nun einmal eine Fremddisposition dort nicht vorliegt, wo das Einverständnis des Dritten gegeben ist.

nicht auf eine Vertragszweckgefährdung nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG geschlossen werden kann.<sup>527</sup>

Die Untauglichkeit des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB zur Begründung einer Unangemessenheit der Klausel nach § 9 AGBG zeigt sich darüber hinaus auch noch darin, daß die Norm überhaupt nicht auf die Fälle anwendbar ist, in denen mittels der Klausel die Haftung des Sichernden über den konkreten Anlaß hinaus auf andere bereits *bestehende* Forderungen erweitert wird. Eine Fremddisposition im Sinne des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB liegt hier keinesfalls vor, da die gesicherte Hauptschuld nicht erst nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages begründet wurde, sondern bereits bestand. Die allein auf § 767 Abs. 1 S. 3 BGB basierende Argumentation des BGH kann in diesen Fällen eine Unangemessenheit der haftungserweiternden Klausel also nicht begründen.<sup>528</sup> Sie ist im ganzen nicht überzeugend. Eine Diskussion darüber, ob das Verbot der Fremddisposition auch für den Schuldbeitritt auf die (analoge) Anwendung des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB gestützt werden kann, erübrigt sich daher.

Entscheidendes Argument für die Unangemessenheit der Klausel können vielmehr zwei Gesichtspunkte sein: die *Unkalkulierbarkeit* des vom Bürgen bzw. Beitretenden eingegangenen *Haftungsrisikos* und die *Übersicherung* des Gläubigers. Auch das Vorliegen einer wirksamen Voraus Einwilligung ändert nichts daran, daß durch die weite Sicherungszweckerklärung der Sichernde häufig in noch unbestimmtem Umfang für Verpflichtungen des Hauptschuldners aus dessen Geschäftsverbindung mit dem Gläubiger einstehen muß. Das übernommene Risiko ist für ihn also nicht überschaubar. Allein dieser fehlende Überblick über den vereinbarten Haftungsumfang benachteiligt den Sichernden unangemessen. Diese Annahme deckt sich mit früheren Entscheidungen des BGH. So sah der XI. Senat eine entsprechende Mithaftungsklausel bei „Oder-Konten“

<sup>527</sup> Ebenso: Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, Anh. §§ 9-11, Rn. 260a; Reinicke/Tiedtke, WiB 1996, 505, 509 f.; Tiedtke, ZIP 1998, 449.

<sup>528</sup> Dies sah zuletzt auch der BGH, weshalb er seine Begründung für diese Fälle unter Rückgriff auf das Transparenzgebot erweiterte, ohne jedoch von der grundsätzlichen Maßgeblichkeit des § 767 Abs. 1 S. 3 BGB abzurücken – vgl. BGH WM 2000, 64, 65 f.

allein deshalb als nach § 9 AGBG unwirksam an, weil den Mithaftenden durch die Klausel unkalkulierbare Haftungsrisiken aufgebürdet würden.<sup>529</sup> Auch in anderen obergerichtlichen Entscheidungen wurde bereits betont, daß Klauseln, durch die der Beitretende unbegrenzt für zukünftige Forderungen haftet, ohne Einfluß auf deren Entstehung zu haben, grundsätzlich unangemessen und damit unwirksam sind, da das Risiko des Sichernden unverhältnismäßig größer als das Sicherungsinteresse des Gläubigers ist.<sup>530</sup> Dem kann nur zugestimmt werden.

Der zweite Anknüpfungspunkt für eine mögliche Unangemessenheit der weiten Sicherungszweckerklärung im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG, der Gedanke der Übersicherung des Gläubigers, findet seine Grundlage im Vertragszweck der Bürgschaft bzw. des Schuldbeitritts. Dieser besteht in der Befriedigung des *konkreten Sicherungsbedürfnisses* beim Gläubiger. Wo die bestellte Sicherheit weit über das konkrete Sicherungsbedürfnis des Gläubigers hinausgeht, liegt eine *Übersicherung* vor, die hier wie auch bei anderen Sicherungsgeschäften zur Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages führen muß.<sup>531</sup> Dabei kann die Übersicherung nicht wie üblich als erhebliches Mißverhältnis zwischen dem Wert der gesicherten Forderung und dem Wert der geleisteten Sicherheit verstanden werden, denn beide Werte werden bei Schuldbeitritt und Bürgschaft regelmäßig identisch sein.<sup>532</sup> Die Übersicherung muß sich bei ihnen deshalb aus dem

<sup>529</sup> BGH NJW 1991, 923, 924. Zustimmung: *Bydlinski*, ZBB 1991, 263, 267; *Knütel*, ZIP 1991, 493, 498 f. Ähnlich nun der IX. Senat für die Erweiterung auf alle bestehenden Forderungen (BGH WM 2000, 64, 66), wenn er eine fehlende Transparenz des Haftungsrisikos ausmacht.

<sup>530</sup> OLG Frankfurt/Main NJW 1982, 583, 584; OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 1015, 1016; OLG Hamm NJW-RR 1986, 1248; *Kothe*, JZ 1990, 997, 1004.

<sup>531</sup> So gerade für Fälle der weiten Sicherungszweckerklärung: *Richrath*, Die Übersicherungsproblematik bei nichtakzessorischen Kreditsicherheiten, S. 121. Ähnlich auch *Schröder*, Interessengegensätze beim Personalkredit, S. 131 ff. und *Lambsdorff/Skora*, Bürgschaftsrecht, Rn. 127, leider nur unter Hinweis auf die allgemeine Behandlung von Übersicherungen bei Globalzessionen, Sicherungsübereignungen und erweiterten Eigentumsvorbehalten.

<sup>532</sup> Darauf zutreffend hinweisend: BGH NJW 1994, 1796, 1798. Dies ergibt sich für die Bürgschaft aus ihrer Akzessorietät und für den Schuldbeitritt für zu-

*erheblichen Mißverhältnis zwischen dem konkreten Sicherungsbedürfnis des Gläubigers und dem Umfang der übernommenen Haftung* ergeben.<sup>533</sup>

Das konkrete Sicherungsbedürfnis ergibt sich hier wiederum aus dem konkreten Anlaß der Haftungsübernahme. Dabei ist der konkrete Anlaß anders als im Rahmen des § 3 AGBG unabhängig von den konkreten Vorstellungen des Vertragspartners des Verwenders durch Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB, also objektiv zu bestimmen.<sup>534</sup>

Im Ergebnis ist der Rechtsprechung also zuzustimmen, wenn sie Sicherungszweckerklärungen, die den Haftungsumfang weit über den konkreten Sicherungsanlaß hinaus erstrecken, für unangemessen gemäß § 9 AGBG erachtet. Dies ergibt sich jedoch weder aus dem Bestimmtheitsgrundsatz<sup>535</sup> noch aus § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB<sup>536</sup>, sondern allein aus den Gesichtspunkten der Unkalkulierbarkeit des vom Sichernden eingegangenen Haftungsrisikos bzw. einer Übersicherung des Gläubigers.

künftige Forderungen aus seiner Identität mit der gesicherten Schuld im Entstehungszeitpunkt.

<sup>533</sup> Dies zutreffend als Fallgruppe der „Übersicherung im weiteren Sinne“ anerkennend: *Richrath*, Die Übersicherungsproblematik bei nichtakzessorischen Kreditsicherheiten, S. 121.

<sup>534</sup> Ebenso BGHZ 130, 19, 34. Auch in den Fällen einer Bürgschaft anlässlich einer allgemeinen Umschuldung liegt ein konkreter, wenn auch umfassenderer Anlaß vor – vgl. BGHZ 137, 153 – anders *Masuch*, BB 1998, 2590, 2593.

<sup>535</sup> So aber *Staudinger-Horn*, BGB, § 765 Rn. 14, 16 f.; wohl auch *Jauernig-Vollkommer*, BGB, § 765 Rn. 14. Der Bestimmtheitsgrundsatz bezweckt gerade keine sachliche Begrenzung der künftigen Haftung – vgl. 3. Kapitel B. IV. 1.

<sup>536</sup> So *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 1379; *Bydlinski*, WM 1992, 1301, 1306; *Fischer*, WM 1998, 1705, 1709; *Schmitz-Herscheidt*, ZIP 1997, 1140. Für den Schuldbeitritt dürfte dann anstelle einer analogen Anwendung (vgl. BGH NJW 1997, 2677, 2678) eher § 425 BGB heranzuziehen sein, der bei späteren Erweiterungen der Erstschild von einer Einzelwirkung ausgeht – vgl. *Wolf/Horn/Lindacher-Wolf*, AGBG, § 9 Rn. S 73-80. Diese Lösung bedenkt jedoch weder die Möglichkeit einer Vorauseinwilligung noch hilft sie in den Fällen einer bloßen Haftungserstreckung auf alle bestehenden Forderungen.

In der Anwendung dieser Grundsätze ist es hilfreich, zunächst zwischen der Mithaftung für alle bestehenden und der auch für alle künftigen Forderungen des Gläubigers gegenüber dem Erstschuldner zu unterscheiden. Soll der Beitretende aufgrund der weiten Sicherungszweckerklärung im Formularvertrag für *alle bestehenden und künftigen Forderungen* haften, so entsteht für ihn ein Haftungsrisiko, das im Beitrittszeitpunkt nicht kalkulierbar ist. Art und Umfang der künftig entstehenden Forderungen kann er nicht abschätzen. Gleichzeitig erhält der Gläubiger eine Sicherheit, die regelmäßig erheblich über sein objektiv ermitteltes Sicherheitsbedürfnis hinausgeht. Die Klausel erweitert damit wesentlich die Rechte des Gläubigers wie auch die Pflichten des Mithaftenden, so daß von einer unangemessenen Benachteiligung des Mithaftenden im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG ausgegangen werden kann. Die formularmäßige Übernahme eines unüberschaubaren Haftungsrisikos ist somit grundsätzlich unwirksam.<sup>537</sup>

Von diesem Grundsatz ist dort eine *Ausnahme* zu machen, wo der Sichernde, insbesondere als Geschäftsführer oder mitwirkungspflichtiger Mehrheitsgesellschafter des Hauptschuldners, über die Entstehung weiterer Verbindlichkeiten entscheiden kann, so daß für ihn das übernommene Risiko nicht unüberschaubar ist.<sup>538</sup> Nur in diesem Fall besteht trotz erheb-

<sup>537</sup> Für die individualvertragliche Übernahme eines unbegrenzten Risikos fehlt eine solche Unwirksamkeitsnorm wie § 9 Abs. 1 AGBG. Ob sich die Unwirksamkeit dieser Vereinbarung dann allgemein aus dem Bestimmtheitsgrundsatz ergibt (so Staudinger-Horn, BGB, § 765 Rn. 18), erscheint zweifelhaft – vgl. oben 3. Kapitel B. IV. 1. Es dürfte eher ein Fall der Sittenwidrigkeit wegen Übersicherung nach § 138 BGB zu prüfen sein – vgl. Masuch, BB 1998, 2590, 2594; Schröder, Interessengegensätze beim Personalkredit, S. 136.

<sup>538</sup> Vgl. BGHZ 30, 19, 30; BGH NJW 1999, 3195; MünchKomm-Habersack, BGB, § 765 Rn. 75; Wolf/Horn/ Lindacher-Wolf, § 9 Rn. B 214; Bydlinski, WuB I F 1a.-1.99, 38, 40; Fischer, WM 1998, 1705, 1709; Ganter, WM 1996, 1705, 1716 f.; Horn, ZIP 1997, 525, 530; Reinicke/Tiedtke, WiB 1996, 505, 510; Schröder, Interessengegensätze beim Personalkredit, S. 135. Zweifeln: Grunewald, JZ 1998, 145, 146. Eine genaue Differenzierung zwischen den verschiedenen Gesellschaftergruppen bietet Dähn, ZBB 2000, 61, 67 ff.

licher Erweiterung der Gläubigerrechte jedenfalls im Hinblick auf die Mithaftung für künftige Verbindlichkeiten keine unangemessene Benachteiligung nach § 9 Abs. 1 AGBG, da der Sichernde hier selbst die Entstehung neuer Verbindlichkeiten bestimmt und damit entscheiden kann, ob er eine Erweiterung seiner persönlichen Mithaftung hinnehmen oder mittels vorheriger Kündigung verhindern will.<sup>539</sup> Es liegt deshalb dann keine unkalkulierbare, sondern eine Anlaß für Anlaß durch den Mithaftenden selbst erweiterte Haftung vor. Daher kann auch keine Übersicherung des Gläubigers angenommen werden. Diese Ausnahme muß allerdings auf einen Personenkreis beschränkt bleiben, der tatsächlich bestimmenden Einfluß auf die Entstehung von Verbindlichkeiten des Hauptschuldners hat. Nur in diesen Fällen hat es der Mithaftende in der Hand, mit der Begründung einer weiteren Verbindlichkeit so lange zu warten bis seine Kündigung wirksam geworden ist.<sup>540</sup>

Soll der Beitretenden durch die Zweckklausel hingegen nur für *alle bestehenden Forderungen* mithaften, so entsteht für ihn kein unkalkulierbares Haftungsrisiko. Der Umfang der im Beitrittszeitpunkt bestehenden Forderungen läßt sich ohne weiteres, am einfachsten durch Nachfrage beim Gläubiger, feststellen und wird sich danach auch kaum noch verändern.<sup>541</sup> Trotzdem kann sich die Unwirksamkeit der Klausel aus dem Gesichtspunkt der Übersicherung des Gläubigers ergeben, wenn die Vertragsauslegung unter Einbeziehung aller Umstände beim Vertragsschluß ergibt, daß das festzustellende konkrete Sicherheitsbedürfnis des Gläubigers *ganz erheblich* hinter dem Verpflichtungsumfang des Mithaftenden

<sup>539</sup> BGHZ 130, 19, 30; MünchKomm-Habersack, BGB, § 765 Rn. 75. Sowohl der Schuldbeitritt als auch die Bürgschaft für eine unbestimmte Vielzahl künftiger Verbindlichkeiten sind ordentlich kündbar – vgl. oben 3. Kapitel B. IV. 2.

<sup>540</sup> Anders der BGH (NJW 2000, 658, 660), wenn er für alle Geschäftsführer und Gesellschafter eine Ausnahme machen will, da bei ihnen nicht die einzelne Anlaßforderung, sondern die Sicherung des Gesamtengagements des kreditgebenden Gläubigers für die Gesellschaft im Vordergrund stehe. Diese Argumentation geht an der Sache vorbei, da sie nichts an der Unkalkulierbarkeit der persönlichen Haftung ändert.

<sup>541</sup> Insofern zutreffend *Bydlinski*, WuB I F 1a.- 10.00, 315, 316.

zurückbleibt. In diesem Fall muß die Übersicherung des Gläubigers wie bei allen anderen Sicherungsgeschäften zu einer Unwirksamkeit der Klausel führen.<sup>542</sup> Entsprechendes wird für die Fälle gelten müssen, in denen die Haftung des Beitretenden für alle bestehenden und zukünftigen Verbindlichkeiten des Erstschuldners durch einen *Höchstbetrag* begrenzt wird, da auch hier kein unkalkulierbares Haftungsrisiko entsteht, sehr wohl aber eine Übersicherung vorliegen kann.<sup>543</sup>

### 3. Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Klausel

Ist die vorformulierte weite Sicherungszweckerklärung nach §§ 3 oder 9 AGBG unwirksam, so soll dies nach dem BGH *nicht die vollständige Unwirksamkeit des Schuldbeitritts* bzw. der Bürgschaft bedeuten. Vielmehr soll nur der Teil der Klausel unwirksam sein, der die Haftung über das Sicherungsbedürfnis des Gläubigers hinaus erstreckt. Im übrigen bleibe die Haftung des Sichernden erhalten. Er haftet dem Gläubiger also für die Tilgung des Kredits, der Anlaß der Haftungsübernahme war<sup>544</sup> bzw. bei Kontokorrentkrediten bis zu dem Kreditlimit, das im Zeitpunkt der Haftungsübernahme bestand.<sup>545</sup> Bei unlimitierten Kontokorrentkrediten hafte er nur bis zum Tagessaldo des Übernahmetages.<sup>546</sup> Der BGH leitet dieses Ergebnis aus § 6 Abs. 1 AGBG und dem Sinn und Zweck des

<sup>542</sup> Zur Unwirksamkeit weiter Zweckerklärungen bei Sicherungsgeschäften wegen Übersicherung vgl. BGHZ 109, 240, 245 f.; 94, 105, 112; Erman-*Hefermehl/Werner*, AGBG, § 9 Rn. 311; MünchKomm-Kötz, AGBG, § 9 Rn. 51; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 9 Rn. S 101.

<sup>543</sup> Die Vereinbarung eines Höchstbetrags kann daher die Unwirksamkeit nach § 9 AGBG zwar nicht generell verhindern (so aber *Bydlinski*, WuB I F 1a.-1.99, 38, 40). Er kann jedoch unter Umständen zur Wirksamkeit der Zweckklausel führen und ist daher bei der Inhaltskontrolle durchaus zu beachten (anders BGH NJW 2000, 658, 660; NJW 1996, 2369, 2370; *Tiedtke*, ZIP 1998, 449, 452 f. – diesbezüglich noch zwischen einer Mithaftung für bestehende und für künftige Forderungen differenzierend BGH NJW 1996, 1470, 1472).

<sup>544</sup> BGHZ 126, 174, 180; 131, 55, 60.

<sup>545</sup> BGH NJW 1996, 249, 250; BGHZ 130, 19, 34.

<sup>546</sup> BGHZ 137, 153, 160.

Gesetzes her. Die teilweise Aufrechterhaltung der Klausel diene dazu, daß der Vertrag einen Leistungsinhalt behält, und zwar genau denjenigen, der den Vorstellungen des Sichernden bei Abgabe seiner Erklärung entspricht, so daß seine Interessen voll berücksichtigt werden. Die Totalnichtigkeit des Vertrages wäre – gemessen am Schutzzweck des AGB-Gesetzes – eine überschießende Rechtsfolge.<sup>547</sup>

Bei diesem Vorgehen sah sich der BGH nun dem Vorwurf ausgesetzt, eine *unzulässige geltungserhaltende Reduktion* vorzunehmen.<sup>548</sup> Um dem zu entgehen, behauptete er zunächst, die weite Sicherungszweckerklärung sei zwar nicht immer sprachlich, aber stets inhaltlich und gegenständlich in zwei Teile zu trennen, von denen nur einer nach §§ 3, 9 AGBG unwirksam sei, weshalb der andere wirksame Teil bestehen bleibe.<sup>549</sup> Später gab er der berechtigten Kritik nach, die darauf hinwies, daß eine Teilbarkeit der Klausel nur angenommen werden kann, wenn auch eine klare sprachliche Teilbarkeit gegeben sei, da deren Formulierung nicht Zufall sei, sondern in der Verantwortung des Verwenders liegt.<sup>550</sup> Er stützt sein Ergebnis seither darauf, nur eine *zulässige ergänzende Vertragsauslegung* vorzunehmen. Die nach dem Wegfall der Klausel entstehende Lücke ließe sich nicht durch dispositives Gesetzesrecht schließen und führe zu einem Ergebnis, das den beiderseitigen Interessen nicht gerecht werde; denn es wäre unbillig und widerspräche der Zielsetzung des AGB-Gesetzes, dem Kunden einen Vorteil zu belassen, der das Vertragsgefüge völlig einseitig zu seinen Gunsten verschiebt. Die dargestellte Aufrechterhaltung der Haftung entspräche der Vertragsgestaltung, die beide Parteien bei sachge-

<sup>547</sup> BGHZ 130, 19, 36. Bereits vorher *Bydlinski*, WM 1992, 1301, 1306.

<sup>548</sup> Vgl. *Jauernig-Vollkommer*, BGB, § 765 Rn. 14; *Altvater*, WiB 1996, 374, 376; *Schmitz-Herscheidt*, ZIP 1997, 1140, 1142 f. Andere werfen ihm vor, die ausnahmsweise Zulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion in diesem Fall nicht zu erkennen – vgl. *Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher*, AGBG, § 6 Rn. 37; *Hager*, JZ 1996, 175 ff.; *Reich/Schmitz*, NJW 1995, 2533, 2534.

<sup>549</sup> Vgl. BGHZ 130, 19, 35; BGH NJW 1996, 249. Zustimmung: *MünchKomm-Habersack*, BGB, § 765 Rn. 76; *Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt*, AGBG, § 6 Rn. 13a; *Diederichsen*, Jura 1999, 229, 231; *Tiedtke*, ZIP 1998, 449, 450.

<sup>550</sup> Vgl. *Pfeiffer*, DZWIR 1998, 154, 156; *Reich/Schmitz*, NJW 1995, 2533, 2534; *Schmitz-Herscheidt*, ZIP 1997, 1140, 1142.

rechter Abwägung ihrer Interessen gewählt hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Klausel bekannt gewesen wäre.<sup>551</sup>

Diese Begründung kann überzeugen. Durch die Unwirksamkeit der gesamten Klausel entsteht eine Lücke, die nicht durch dispositives Gesetzesrecht geschlossen werden kann. Die Haftung des Sichernden würde also entfallen. Dies ist jedoch nicht sachgerecht, da er jedenfalls in Höhe des konkreten Anlasses der Haftungsübernahme ausdrücklich haften wollte und diesbezüglich die Haftung auch nicht unangemessen ist. Es ist somit Raum für eine ergänzende Vertragsauslegung. Daß mit ihrer Hilfe hier die Hauptleistungspflicht des Sichernden festgelegt wird, ist nicht problematisch, da der Anlaß der Haftungsübernahme einen verlässlichen Maßstab für die Höhe der Hauptleistungspflicht bereit hält. Sie hat auch keine unzulässige vertragsbegründende Wirkung<sup>552</sup>, da sie keine vertragsbegründenden Erklärungen ersetzt, sondern nur den Umfang der vereinbarten Haftung neu bestimmt. Die ergänzende Vertragsauslegung dient hier also lediglich der Vertragserhaltung.<sup>553</sup> Die Unwirksamkeit der Klausel führt somit nicht zum Freiwerden des Sichernden. Aufgrund der konkreten Interessenlage ist hier die Haftung ausnahmsweise im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf den Umfang jener Forderung zu beschränken, die Anlaß der Sicherheitenbestellung war.

### III. Sonstige Anforderungen an Schuldbeitrittsklauseln

Abgesehen von den dargestellten Problemen können Beitrittsklauseln noch in zwei Fällen unwirksam sein. Zum einen gilt für Klauseln, nach denen der einen Vertrag unterzeichnende Vertreter des Kunden neben diesem zugunsten des Verwenders mithaften soll, die Unwirksamkeitsan-

<sup>551</sup> BGHZ 137, 153, 157. Vorher bereits BGHZ 131, 55, 60. So auch: Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 9 Rn. B 215; *Altwater*, WiB 1996, 374, 376; *Fischer*, WM 1998, 1705, 1710; *Pfeiffer*, DZWir 1998, 154, 156; *Richrath*, WM 1999, 1698, 1707.

<sup>552</sup> Dies benutzen *Reich/Schmitz*, NJW 1995, 2533 und *Schmitz-Herscheidt*, ZIP 1997, 1140, 1143 als entscheidendes Argument gegen eine ergänzende Vertragsauslegung. Nach ihnen soll die Haftung des Bürgen endgültig entfallen.

<sup>553</sup> So auch *Pfeiffer*, DZWir 1998, 154, 156 f.

ordnung des § 11 Nr. 14a AGBG. Eine solche Mithaftungsklausel, die regelmäßig als Schuldbeitritt einzuordnen sein wird, ist somit unwirksam.

Daneben soll in den Fällen, in denen eine Schuldbeitrittsklausel nur *eine Klausel von mehreren* in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verwenders ist, der so vereinbarte Schuldbeitritt nach § 9 AGBG unwirksam sein, wenn die entsprechende Klausel nicht deutlich hervorgehoben ist. Der Schuldbeitritt ist in diesen Fällen also nicht primärer Gegenstand des Formularvertrages, sondern bloß eine in den AGB enthaltene Nebenfolge eines sonstigen Vertrages. Als Beispiel sei auf Kreditkartenverträge über eine Firmenkreditkarte verwiesen, nach deren AGB nicht nur die Firma als Vertragspartner, sondern auch der die Kreditkarte nutzende und sie daher formularmäßig bestellende Arbeitnehmer für Ansprüche des Kreditkartenunternehmens haften soll.<sup>554</sup> Entsprechend dem Rechtsgedanken aus § 11 Nr. 14a AGBG sei die Deutlichkeit der Klausel dann auch ein Element der Inhaltskontrolle. Die *Hervorhebung* müsse sich dabei im Unterschied zu § 2 AGBG auf die Klausel selbst, nicht nur auf die AGB im allgemeinen beziehen. Eine Regelung, durch die dem Dritten die Schuldbeitrittsklausel in einer Art und Weise untergeschoben wird, daß er sie schon bei leichter, verzeihlicher Unaufmerksamkeit übersehen kann, sei unangemessen.<sup>555</sup> Ausreichende Deutlichkeit wäre dann gegeben, wenn der Dritte gesondert als Mithaftender unterschrieben hat.<sup>556</sup> Diese Erwägungen folgen zutreffend aus dem Transparenzgebot des § 9 AGBG, dürften aber dann nicht zum Zuge kommen, wenn man aufgrund dieser konkreten Umstände bereits eine Überraschung im Sinne des § 3 AGBG annehmen kann. Eine Inhaltskontrolle erübrigt sich dann.<sup>557</sup>

<sup>554</sup> Vgl. OLG München NJW-RR 1988, 1076; LG Bremen NJW-RR 1989, 1522.

<sup>555</sup> Vgl. OLG Hamm NJW-RR 1986, 1248 f.; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9 Rn. S 73-80; Kothe, JZ 1990, 997, 1003 f. Anders noch OLG München NJW-RR 1988, 1076, das eine besondere Hervorhebung für überflüssig hielt.

<sup>556</sup> Vgl. KG WM 1992, 1806, 1807.

<sup>557</sup> Daher zutreffend: LG Bremen NJW-RR 1989, 1522, 1523, wenn es mangels Hervorhebung eine Überraschung nach § 3 AGBG annimmt.

#### **IV. Fazit**

Bei den in der Praxis häufigen vorformulierten Schuldbeitritten hat das AGB-Gesetz einen breiten Anwendungsbereich. Sowohl die Einbeziehungs- als auch die Inhaltskontrolle können eine Unwirksamkeit des Schuldbeitritts ergeben. Bemerkenswert ist dabei die von der Rechtsprechung vorgenommene vollständige Gleichbehandlung von Schuldbeitritten und Bürgschaften bei der Verwendung weiter Sicherungszweckerklärungen, die in dem Vorschlag der analogen Anwendung des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB auf den Schuldbeitritt gipfelt. Die fehlende strenge Akzessorität des Schuldbeitritts scheint dabei im Gegensatz zu den Erwägungen zur Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes<sup>558</sup> eine Gleichbehandlung beider Rechtsinstitute hier nicht zu hindern. Damit wird deutlich, wie der BGH offenbar nach Belieben eine Gleichbehandlung einmal mit dem Argument der gleichen Funktion befürwortet und beim nächsten Problem mit dem Argument der unterschiedlichen Abhängigkeit zur Hauptschuld ablehnt. Dieses Vorgehen erscheint eher willkürlich als gut begründet.

#### **D. § 138 Abs. 1 BGB – Die Sittenwidrigkeit der Mithaftung naher Familienangehöriger**

Eine gerade für den vermögenslosen Mithaftenden interessante und immer noch heftig umstrittene Einwendung gegen die Wirksamkeit des Beitrittsvertrags ist die Problematik der sittenwidrigen Mitverpflichtung einkommens- und vermögensloser Familienangehöriger. Bemerkenswert an der rechtlichen Diskussion ist vor allem, daß hier wie bei der Frage der AGB-Kontrolle eine völlige Gleichbehandlung von Schuldbeitritt und Bürgschaft erfolgt, ohne daß dies gesondert begründet wird.<sup>559</sup>

<sup>558</sup> Vgl. BGH NJW 1998, 1939, 1940.

<sup>559</sup> Vgl. den Vorlagebeschluß des XI. Senats (NJW 1999, 2584), durch den auch die letzten Unstimmigkeiten zwischen dem für Bürgschaften zuständigen IX. und dem für gesamtschuldnerische Mithaftungen (Schuldbeitritte) zuständigen XI. Senat beseitigt werden sollen. Ebenso: Staudinger-*Horn*, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 372; *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 1378; *Hellner/Steuer-Wagenknecht*, Bankrecht, Rn. 4/1330; *Hoes*, Die Überschuldung

## I. Ausgangslage

An eine mögliche Sittenwidrigkeit ist in all den Fällen der Vereinbarung eines Schuldbeitritts bzw. einer Bürgschaft zu denken, in denen der Sichernde ein *Familienangehöriger* des Hauptschuldners ist, der im Falle der Geltendmachung der Personalsicherheit mangels ausreichendem eigenem Einkommen oder Vermögen *finanziell völlig überfordert* wäre. Zur Feststellung einer Überforderung wird vom IX. Senat<sup>560</sup> wie auch vom XI. Senat<sup>561</sup> dem Einkommen des Haftenden einfach der Umfang der Mithaftungsverpflichtung gegenübergestellt. Eine bestimmte Einkommensgrenze ist nicht entwickelt worden.

Lediglich für die im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB bedeutsame Frage, ob eine *besonders krasse Überforderung* vorliegt (sog. dritte Fallgruppe), läßt sich der Rechtsprechung beider Senate eine starre Grenze entnehmen. Der XI. Senat hat eine besonders krasse finanzielle Überforderung angenommen, wenn der Mithaftende mit eigenen Mitteln in absehbarer Zeit nicht einmal die vereinbarten Zinsen bezahlen kann.<sup>562</sup> Der IX. Senat des BGH bejahte eine solche Überforderung zunächst nur, wenn der vom Mithaftenden pfändbare Betrag nicht ausreicht, um innerhalb von fünf Jahren seit Fälligkeit der Forderung ein Viertel der Hauptschuld zu begleichen (sog. 25%-Grenze).<sup>563</sup> Von anderen wird die Grenze bei 10 %, also noch enger gezogen.<sup>564</sup> Inzwischen hat der IX. Senat diese Rechtsprechung jedoch ausdrücklich aufgegeben und sich der Ansicht des XI.

Privater als Problem von Ungleichgewichten, S. 24; *Bydlinski*, EWiR § 138 BGB 5/98, 1115, 1116.

<sup>560</sup> Vgl. BGHZ 128, 230, 232; 134, 324, 327; 136, 347, 350; BGH NJW 1996, 513, 514; NJW 1996, 1274, 1275; NJW-RR 1996, 813; NJW 1997, 52, 53; NJW 1997, 1005; NJW 1999, 58.

<sup>561</sup> Vgl. BGHZ 120, 272, 279; BGH NJW 1991, 923, 924; NJW 1994, 1726, 1727; NJW 1999, 135.

<sup>562</sup> Vgl. BGHZ 135, 66, 70; BGH NJW 1999, 2584, 2586.

<sup>563</sup> Vgl. BGHZ 132, 328, 338; 136, 347, 351; 137, 329, 338; BGH NJW 1997, 1005, 1006; NJW 1999, 2372, 2373; NJW 2000, 362, 363.

<sup>564</sup> So *Seidel/Brink*, DB 1998, 661, 662; *Tonner*, ZIP 1999, 901, 905.

Senats angeschlossen.<sup>565</sup> Zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Mithaftenden ist dabei nur auf seine eigenen Vermögensverhältnisse, nicht jedoch auf diejenigen des Erstschuldners abzustellen.<sup>566</sup>

Reicht also das Einkommen des Mithaftenden im Einzelfall aus, um die aus seinem Schuldbeitritt folgende Zahlungsverpflichtung in sinnvollem Umfang zu erfüllen, so ist seine Verpflichtung jedenfalls im Hinblick auf sein geringes Einkommen nicht zu beanstanden. Für eine Sittenwidrigkeitsprüfung bleibt dann kein Raum. Erscheint hingegen das Einkommen des Verpflichteten im Hinblick auf seinen Verpflichtungsumfang als völlig unzureichend, so stellt sich die Frage, ob und wie ihm in dieser Situation zu helfen ist.

## II. Lösungsversuche

Zum ersten Mal erörtert wurde das Problem in zwei fast gleichzeitig gefällten Urteilen von Instanzgerichten. Das *OLG Stuttgart*<sup>567</sup> hielt den Schuldbeitritt einer Ehefrau zum Ratenkredit ihres Mannes i.H.v. 14.500 DM für *sittenwidrig gemäß § 138 Abs. 1 BGB*. Sie hätte bei Vertragsschluß weder Einkommen noch Vermögen gehabt, war unerfahren und vom Ehemann zur Unterschrift gedrängt worden. Für die Bejahung der Sittenwidrigkeit sei jedoch schon ausreichend, daß bei ihr in absehbarer Zeit nichts gepfändet werden kann und die Verschuldung somit lebenslang andauern würde. Weder die Banküblichkeit solcher Erklärungen noch das Interesse der Bank an der Verhinderung von Vermögensverschiebungen zwischen Mann und Frau könnten eine lebenslange Verschuldung rechtfertigen. Dem schloß sich das *LG Lübeck* aus-

<sup>565</sup> BGH NJW 2000, 1182, 1183.

<sup>566</sup> Inzwischen einhellige Ansicht beider Senate – vgl. die angleichende Entscheidung des IX. Senats (BGH NJW 2000, 1182, 1183 mit kritischer Anmerkung von *Bydlinski*, WuB I F 1a. – 13.00, 627, 629), der zuvor jedenfalls bei Ehegatten von einer Gesamtbetrachtung der Vermögensverhältnisse ausging (vgl. BGH NJW 1996, 1274, 1276; NJW 1997, 3230, 3231), während der XI. Senat stets von einer Einzelbetrachtung ausging (vgl. BGH NJW 1994, 1726, 1727).

<sup>567</sup> OLG Stuttgart NJW-RR 1987, 1135, 1136.

drücklich an.<sup>568</sup> In diesem Fall hatte die Freundin des Kreditnehmers die Mithaftung i.H.v. 12.300 DM übernommen, obwohl sie als Lehrling nur über ein Einkommen von 350 DM verfügte. Die Ratenhöhe betrug bereits 443 DM. Das Gericht hielt den Schuldbeitritt nach § 138 Abs. 1 BGB für sittenwidrig, da die Bank bewußt eine vermögenslose Person haften ließ und dabei erkannte, daß es der Verpflichteten im Sicherungsfall unmöglich war, mit redlichen Mitteln die Schuld zu tilgen. Die Menschenwürde und das Sozialstaatsprinzip würden es hier gebieten, solche Verträge, die Menschen in „Not und Elend“ treiben, auch ohne das Vorliegen weiterer Umstände als sittenwidrig anzusehen. Beide Gerichte hielten also allein die *Gefahr einer lebenslangen Verschuldung* für ausreichend, um darauf den Sittenwidrigkeitsvorwurf zu stützen.<sup>569</sup>

In einem späteren Urteil begründete das OLG Stuttgart die Nichtigkeit des Beitritts nicht mit § 138 Abs. 1 BGB, sondern mit einer *Analogie zu § 310 BGB*.<sup>570</sup> Der Schuldbeitritt enthalte die Verpflichtung zur Übertragung des die Pfändungsgrenze übersteigenden Teils ihres einzigen künftigen Vermögens, nämlich ihres lebenslänglichen Arbeitsverdienstes. Dies widerspreche dem Zweck des § 310 BGB. Dieser diene zum einen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, nämlich der Entlastung der Sozialhilfe und dem Funktionieren der Marktwirtschaft im Sinne der Erhaltung eines gesunden Erwerbsstrebens. Zum zweiten umfasse er den Schutz eines unveräußerlichen Menschenrechtes, des Rechtes auf Hoffnung, auf das Streben nach dem Glück. Auf eine von der Bank erkannte Verpflichtung zu einer lebenslangen Verschuldung sei § 310 BGB deshalb analog anwendbar.

Einen wiederum anderen Lösungsweg schlug das LG Münster vor.<sup>571</sup> Es sah in der Haftung von einkommens- und vermögenslosen Angehörigen

<sup>568</sup> LG Lübeck NJW-RR 1988, 940, 941.

<sup>569</sup> Ebenso: *Dörr*, Kreditsicherung durch mittellose Sicherungsgeber, S. 92.

<sup>570</sup> OLG Stuttgart NJW 1988, 833.

<sup>571</sup> LG Münster NJW 1990, 1668. Ähnlich vorher bereits *Wochner* (BB 1989, 1354, 1355 ff.), der den Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB für direkt anwendbar hielt.

ein *wucherähnliches Geschäft*, das folglich gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig ist. Die einseitige Verpflichtung ohne ein entsprechendes Eigeninteresse stelle die extremste Form des wirtschaftlichen Mißverhältnisses dar. Es wäre eine formaljuristische, den Ansatz für einen gerechten Interessenausgleich verfehlende Betrachtungsweise, das Problem der Unausgewogenheit des Vertrages allein mit dem Hinweis auf die allgemeine Zulässigkeit einseitiger Verpflichtungen für erledigt zu erklären. Zudem sei der Vertrag unter Ausnutzung der Unerfahrenheit und mangelnden Urteilsvermögens der Mithaftenden zustande gekommen. Der Schuldbeitritt sei damit im Hinblick auf die *Wertungen des § 138 Abs. 2 BGB* als sittenwidrig anzusehen. Daneben sei aber auch im Hinblick auf die mit dem Schuldbeitritt geschaffene aussichtslose Lage eine Sittenwidrigkeit des Vertrages anzunehmen.

Der *IX. Senat des BGH* hielt diese Instanzrechtsprechung zunächst für unangemessen und entschied, daß weder § 138 Abs. 1 BGB noch § 310 BGB einschlägig seien.<sup>572</sup> Die Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie ließe es zu, auch risikoreiche Geschäfte abzuschließen und sich zu Leistungen zu verpflichten, die nur unter besonders günstigen Bedingungen, ggf. unter dauernder Inanspruchnahme des pfändungsfreien Einkommens, erbracht werden können. Der Gläubiger könne grundsätzlich davon ausgehen, daß ein voll Geschäftsfähiger, der eine Bürgschaftsverpflichtung übernimmt, sich über die Tragweite seines Handelns im Klaren ist und sein Risiko abschätzt. Die Bank sei weder zu einer diesbezüglichen Aufklärung noch zu einer Bonitätsprüfung verpflichtet. Besondere Umstände, die das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit zu begründen vermögen, seien weder die Unerfahrenheit des Bürgen noch seine familiäre Bindung zum Hauptschuldner. Die Sozialwidrigkeit allein sei als Maßstab für eine verbraucherschützende Sittenwidrigkeit bei der Bürgschaft nicht anzuerkennen.

<sup>572</sup> BGHZ 106, 269, 271 ff.; 107, 92, 96 ff.; NJW 91, 2015, 2016 f.; NJW 1992, 896, 898 f.

Diese Rechtsprechung wurde dann jedoch durch das *Bundesverfassungsgericht* gestoppt.<sup>573</sup> In seinem Urteil vom 19. Oktober 1993<sup>574</sup> bestimmte es, daß die Privatautonomie jedenfalls dort einzuschränken ist, wo es sich um eine typisierbare Fallgestaltung handelt, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen läßt, und wo die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend sind. Ist der Interessenausgleich also offensichtlich unangemessen, so müssen die Gerichte klären, ob die vereinbarte Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist und gegebenenfalls im Rahmen der Generalklauseln des Zivilrechts korrigierend eingreifen. Diese *Begrenzung der Vertragsfreiheit* bestätigte das Gericht auch in späteren Beschlüssen, ohne jedoch konkret zu bestimmen, welche der Generalklauseln anzuwenden sei.<sup>575</sup>

Das Bundesverfassungsgericht stützte damit grundsätzlich die Rechtsprechung des *XI. Senats des BGH*. Seit seinem Urteil vom 22. Januar 1991<sup>576</sup> suchte er die Lösung des Problems in § 138 Abs. 1 BGB. Nach seiner Rechtsprechung ist die Mitverpflichtung einkommens- und vermögensloser Familienangehöriger nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, wenn diese durch die Verpflichtung *finanziell überfordert* werden, d.h. bei Vertragsschluß erkennbar ist, daß sie in absehbarer Zeit nicht in der Lage

<sup>573</sup> In einem Beschluß (BVerfG NJW 1994, 2749) hebt es sogar ein Urteil des IX. Senats ausdrücklich auf.

<sup>574</sup> BVerfGE 89, 214, 231 ff.

<sup>575</sup> BVerfG NJW 1994, 2749, 2750; NJW 1996, 2021.

<sup>576</sup> BGH NJW 1991, 923. Später fortgeführt in BGHZ 120, 272; 134, 42; 135, 329; BGH NJW 1994, 1726; NJW 1999, 135; NJW 1999, 2584, 2585. Zustimmung: MünchKomm-Habersack, BGB, § 765 Rn. 15 ff.; Staudinger-Sack, BGB, § 138 Rn. 329; Albers-Frenzel, Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite des Hauptschuldners, S. 214 ff.; Haun, Die Unwirksamkeit der Bürgschaftsübernahme wegen Sittenwidrigkeit, S. 165 ff.; Heinrichsmeier, Mithaftung des Ehegatten für Geldkredite, S. 164; Hoes, Die Überschuldung Privater als Problem von Ungleichgewichten, S. 218 f.; Nobbe, Bankrecht, Rn. 1324 ff.; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 193 ff.; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, § 7 Rn. 163; Tiedtke, NJW 1999, 1209, 1210 ff.

sein werden, zur Erfüllung der Verpflichtung in nennenswertem Umfang beizutragen. Dieses grobe Mißverhältnis zwischen Verpflichtungsumfang und Leistungsfähigkeit muß dem Kreditinstitut bewußt sein, was aufgrund der vom Senat erkannten Nachforschungspflicht des Sicherungsnehmers weitgehend vermutet wird. Der Interessenausgleich ist dann offensichtlich unangemessen, wenn dem Mithaftenden keine unmittelbaren Vorteile aus der gesicherten Schuld zukommen und kein rechtfertigendes Interesse des Kreditinstituts besteht. Dabei betont der Senat, daß allein das Ziel, späteren Vermögensverschiebungen vom Kreditnehmer auf den Sichernden vorzubeugen, eine unbeschränkte Haftung nicht rechtfertigt. In der Regel müssen neben der finanziellen Überforderung noch *weitere besondere Umstände* hinzutreten, um zu begründen, daß die Verpflichtung Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke war. Als solche werden aufgezählt: Überrumpelung des Betroffenen, bei Ehegatten der Appell an die eheliche Liebe und Hilfsbereitschaft, Verharmlosungen der Verpflichtung („bloße Formalität“), seelische Zwangslagen aufgrund emotionaler Bindung oder wirtschaftlicher Abhängigkeit, geschäftliche Unerfahrenheit. Lediglich in Fällen eines besonders krassen Mißverhältnisses zwischen Verpflichtungsumfang und Leistungsfähigkeit könne aufgrund der wirtschaftlichen Sinnlosigkeit einer solchen Mithaftung auf weitere besondere Umstände verzichtet werden, um zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung zu gelangen.<sup>577</sup>

Der *IX. Senat* gab im Anschluß an das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes seine bisherige Rechtsprechung ausdrücklich auf<sup>578</sup> und entwickelte in der Folgezeit eigene Rechtsprechungsgrundsätze, die sich nicht unerheblich von denen des *XI. Senats* unterscheiden. Ebenso wie der *XI. Senat* beginnt auch der *IX. Senat* mit einer *Sittenwidrigkeitsprüfung* anhand § 138 Abs. 1 BGB. Auch er bejaht eine Sittenwidrigkeit nur, wenn der Verpflichtungsumfang die gegenwärtige und künftig zu erwartende Leistungsfähigkeit des Bürgen weit übersteigt und zudem der Bürge durch

<sup>577</sup> Zu diesem Sonderfall: BGHZ 135, 66, 70; BGH NJW 1999, 2584, 2586. Ein krasses Mißverhältnis nimmt der BGH an, wenn der Mithaftende mit eigenen Mitteln in absehbarer Zeit nicht einmal die vereinbarten Zinsen bezahlen kann – siehe oben unter I.

<sup>578</sup> BGHZ 125, 206, 216.

*weitere Umstände* in einer dem Gläubiger zurechenbaren Weise zusätzlich erheblich belastet wird. Die bloße Überforderung des Schuldners reiche allein für § 138 Abs. 1 BGB nicht aus.<sup>579</sup>

Der Senat entwickelte daraufhin *drei große Fallgruppen*, nach denen eine Sittenwidrigkeit anzunehmen sei.<sup>580</sup> Die erste Fallgruppe bilden die Fälle, in denen der *Gläubiger selbst* in verwerflicher Weise auf den Bürgen eingewirkt hat, indem er beispielsweise Umfang und Tragweite der Haftung verharmloste, ungewöhnliche und schwerwiegende, dem Bürgen ersichtlich unbekanntes Haftungsrisiken verschwie, in verwerflicher Weise für ihn eine Zwangslage begründet oder in sonstiger Weise dessen Geschäftsunerfahrenheit zu seinem Vorteil ausnutzt.<sup>581</sup>

Die zweite Fallgruppe soll all die Fälle erfassen, in denen der Gläubiger klar zutage getretene sittlich mißbilligenswerte *Handlungen des Hauptschuldners* für eigene Zwecke ausnutzt.<sup>582</sup> So sei insbesondere bei Bürgerschaften durch Kinder des Hauptschuldners zu vermuten, daß diese unter Mißachtung der Rücksichtnahmepflicht des § 1618a BGB durch Schaffung einer seelischen Zwangslage durch die Eltern zustande gekommen und damit sittenwidrig sind.<sup>583</sup> Bei anderen nahen Angehörigen, insbesondere bei Ehegatten, sei eine solche Vermutung jedoch nicht gerechtfertigt, da sie Partnerschaften gleichen Rechts seien. Hier müssten schon

<sup>579</sup> Vgl. BGHZ 125, 206, 209 f.; 128, 230, 232; 132, 328, 329 f.; 134, 325, 327; 136, 347, 350; BGH NJW 1997, 52, 53; NJW-RR 1996, 813; NJW 1996, 513, 514; NJW 1996, 1274, 1275.

<sup>580</sup> Die verschiedenen Fallgruppen werden leider nur selten klar dargestellt – eine gute Darstellung findet sich in BGHZ 132, 328, 330 und BGH NJW 1999, 2372, 2373 sowie bei *Fischer*, WM 1998, 1705, 1751 ff. In anderen Entscheidungen wird sofort und nur die entsprechende Fallgruppe untersucht.

<sup>581</sup> Vgl. BGHZ 125, 206, 210 und 217; BGH NJW 1996, 513, 514; NJW-RR 1996, 813; NJW 1997, 1005.

<sup>582</sup> Vgl. BGHZ 132, 328, 330 und BGH NJW 1999, 2372, 2373.

<sup>583</sup> BGHZ 125, 206, 213 ff.; BGH NJW 1997, 52, 53.

konkrete Anhaltspunkte nachgewiesen werden, um eine mißbilligenswerte Beeinflussung des Bürgen durch den Hauptschuldner anzunehmen.<sup>584</sup>

Die dritte und praktisch wohl bedeutendste Fallgruppe bilden die Fälle, in denen ein *krasses Mißverhältnis* zwischen den Vermögensverhältnissen des Bürgen und seinem Verpflichtungsumfang vorliegt und sich die Bürgschaft bei vernünftiger Betrachtungsweise als *wirtschaftlich sinnlos* erweist, weil auch aus der Sicht des Gläubigers kein berechtigtes Interesse an einer Haftung in diesem Umfang besteht.<sup>585</sup> Zur Feststellung einer krassen Überforderung entwickelte der Senat zunächst seine 25%-Grenze, stellt nun aber darauf ab, ob der Bürge die laufenden Zinsen der Hauptschuld aufzubringen vermag.<sup>586</sup> Dabei nimmt auch der IX. Senat eine Pflicht der Bank zur Überprüfung der Werthaltigkeit ihrer Sicherheiten, also zur Überprüfung der Vermögensverhältnisse des Bürgen an.<sup>587</sup> Als berechtigtes Gläubigerinteresse erkannte der Senat ausdrücklich im Gegensatz zum XI. Senat das Interesse des Gläubigers am Schutz vor Vermögensverlagerungen<sup>588</sup> und am Zugriff auf einen zu erwartenden Vermögenszuwachs, z.B. durch Erbschaft, an.<sup>589</sup> In diesen Fällen sei die Bürgschaft nicht wirtschaftlich sinnlos und damit grundsätzlich wirksam.

<sup>584</sup> Vgl. BGHZ 128, 230, 233 f. und BGH NJW 1996, 1274, 1275 f., wo deshalb die Sittenwidrigkeit der Ehegattenbürgschaft verneint wurde; aber auch BGH NJW 1997, 52, 53, wo aufgrund konkreter Anhaltspunkte eine Sittenwidrigkeit der Ehegattenbürgschaft angenommen wurde. Es ist daher falsch, wenn man den IX. Senat dahingehend interpretieren will, daß nur Kinderbürgschaften unter diese Fallgruppe fallen können – so aber der XI. Senat im Vorlagebeschuß (NJW 1999, 2584, 2585).

<sup>585</sup> BGHZ 125, 206, 211 f.; 128, 230, 234 ff.; 132, 328, 330; 134, 325, 327; 136, 347, 351; 137, 329, 333; BGH NJW 1997, 1005, 1006; NJW 1999, 58 f.; NJW 2000, 362, 363.

<sup>586</sup> Vgl. oben unter I.

<sup>587</sup> BGHZ 125, 206, 212; 128, 230, 232; BGH NJW 1999, 58, 60; NJW 2000, 1182, 1184.

<sup>588</sup> BGHZ 128, 230, 235; 132, 328, 331; 134, 325, 327 f.; 136, 347, 353; BGH NJW 1997, 1005, 1006; NJW 2000, 362, 363.

<sup>589</sup> BGHZ 132, 328, 333; 134, 325, 331; BGH NJW 1999, 58, 59.

Allerdings rechtfertige sie auch dann keine unbegrenzte, sondern nur eine angemessene Haftung.<sup>590</sup> Soweit die Bürgschaft nur aufgrund dieses besonderen Gläubigerinteresses wirksam bleibt, sei ihr aber durch Auslegung ein stillschweigendes *pactum de non petendo* zu entnehmen, wonach der Gläubiger solange nach § 242 BGB gehindert ist, gegen den Bürgen vorzugehen, wie dieser kein Vermögen erworben hat.<sup>591</sup> Im Falle der Trennung der Ehepartner kann dann die Geschäftsgrundlage der Bürgschaft entfallen, wenn dadurch die Lebensgemeinschaft der Eheleute endgültig aufgelöst wird. Ab diesem Zeitpunkt ist nicht mehr mit Vermögensverlagerungen zwischen ihnen zu rechnen. Es fehle daher an den Umständen, deren Fortdauer erforderlich ist, damit der Vertrag eine den Intentionen beider Parteien entsprechende sinnvolle Regelung darstellen kann. Da sich die volle Weiterhaftung aus der Bürgschaft für die Ehefrau regelmäßig als unzumutbar darstellt, sei die Zahlungspflicht nach den Grundsätzen des *Wegfalls der Geschäftsgrundlage* auf Null zu reduzieren.<sup>592</sup> Später erweiterte der Senat seine Rechtsprechung zum *pactum de non petendo* auf Fälle, in denen die Bank durch die Bürgschaft auf möglicherweise in der Person des Ehepartners entstehendes Vermögen (Erbenschaft) zurückgreifen will.<sup>593</sup>

Eine bedeutende *Ausnahme* von der grundsätzlichen Anwendbarkeit einer der aufgezeigten Fallgruppen macht der Senat in den Fällen, in denen der Bürge ein *unmittelbares eigenes Interesse* am gesicherten Kredit hat, da ihm dessen Vorteil unmittelbar oder mittelbar zugute kommt. In diesen Fällen sei stets von einer uneingeschränkt wirksamen Verpflichtung des Bürgen auszugehen.<sup>594</sup> Das Bundesverfassungsgericht bestätigte, daß

<sup>590</sup> BGHZ 136, 347, 353 f.; 137, 329, 342; BGH NJW 1997, 52, 54; NJW 1999, 58, 59; NJW 2000, 362, 363; NJW 2000, 1182, 185. Anders noch BGHZ 128, 230, 235.

<sup>591</sup> BGHZ 128, 230, 235; 134, 325, 330; BGH NJW 1997, 1005, 1006. In BGH NJW 2000, 362, 363 stützt der Senat dieses Ergebnis zusätzlich noch auf das Verbot rechtsmißbräuchlichen Handelns (§ 242 BGB).

<sup>592</sup> BGHZ 128, 230, 236 ff.; 132, 328, 332; 134, 325, 328 f.

<sup>593</sup> BGHZ 132, 328, 333; 134, 325, 331; BGH NJW 1999, 58, 59.

<sup>594</sup> BGHZ 125, 206, 216 f.; 128, 230, 233 f.; BGH NJW 1996, 1274, 1275 f.; NJW 1997, 52, 53 f.; NJW 1997, 1005, 1006.

#### Viertes Kapitel – Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Beitrittsvertrags

auch diese Rechtsprechungsgrundsätze des IX. Senats innerhalb der verfassungsrechtlichen Vorgaben liegen.<sup>595</sup>

In seinem Urteil vom 8. Oktober 1998<sup>596</sup> nutzte der IX. Senat die Gelegenheit zu einer Klarstellung seiner Rechtsprechungsgrundsätze für die Zukunft. Für Bürgschaften, die *nach dem 1.1.1999* geschlossen werden, sei die bisherige Rechtsunsicherheit, inwieweit die Bank sich gegen Vermögensverlagerungen über die bloße Hereinnahme der Bürgschaft hinaus durch geeignete vertragliche Regelungen absichern muß, durch die inzwischen ergangenen Entscheidungen des BGH beseitigt worden. Besitzt die Bürgschaft wegen der finanziellen Überforderung keinen wirtschaftlichen Sinn, so wird sie als sittenwidrig anzusehen sein. Soll eine solche Verpflichtung jedoch dazu dienen, zukünftige Vermögensverlagerungen oder bestimmte Arten eines sonstigen späteren Vermögenserwerbs, insbesondere Erbschaften, zu erfassen, so muß dieser beschränkte Haftungszweck vertraglich geregelt werden. Fehlt entsprechenden Bürgschaften in Zukunft eine solche Haftungsbeschränkung, so werden sie nicht mehr als wirksam angesehen werden können.<sup>597</sup> Damit nähert sich der IX. Senat hinsichtlich der Behandlung von Bürgschaften, die nach dem 1.1.1999 vereinbart wurden, weitgehend der Rechtsprechung des XI. Senats an.

Die jedoch gerade für Altfälle erkennbar gewordenen erheblichen Unterschiede zwischen den Senaten in der Behandlung von Mithaftungsfällen einkommens- und vermögensloser Angehöriger haben den XI. Senat

<sup>595</sup> BVerfG NJW 1996, 2021. Dem Vorgehen des IX. Senats zustimmend: *Bydlinski*, WuB I F 1a.- 4.95, 389, 390 und EWiR § 765 BGB 2/96, 547, 548 sowie EWiR § 765 BGB 3/96, 833, 834; *Diederichsen*, Jura 1999, 229, 232 f.; *Fischer*, WM 1998, 1705, 1750 ff.; *Hoes/Lwowski*, WM 1999, 2097, 2099; *Richrath*, WM 1998, 1698, 1707.; *Tommer*, ZIP 1999, 901, 905 ff. und VuR 1999, 440, 441 ff.; vorbereitend: *Westermann*, FS Lange, 995, 1013 ff.; ähnlich *Chelidonis*, Die erkennbar untaugliche Bürgschaft, S. 316, der die Sittenwidrigkeit stets ablehnt und dem haftenden Familienangehörigen mit einem „Leistungsverweigerungsrecht im Sinne einer rechtsvernichtenden Einwendung mit Hilfe des Instituts des Rechtsmißbrauchs“ helfen will.

<sup>596</sup> BGH NJW 1999, 58, 60.

<sup>597</sup> BGH NJW 1999, 58, 60.

veranlaßt, das Problem dem *Großen Senat* für Zivilsachen vorzulegen.<sup>598</sup> Inwieweit diese Vorlage zulässig war<sup>599</sup>, kann offenbleiben, da sich der betreffende Rechtsstreit noch vor der Entscheidung des Großen Senats erledigt hatte, so daß das Verfahren eingestellt wurde. Die beabsichtigte Vereinheitlichung der Rechtsprechung konnte somit nicht erreicht werden.

Neben diesen in der Rechtsprechung diskutierten Lösungsvorschlägen wird in der Literatur noch eine Anwendung der *culpa in contrahendo* vorgeschlagen.<sup>600</sup> Aus dem Rechtsverhältnis der Vertragsanbahnung ergebe sich die Pflicht, den Verhandlungspartner nicht in eine Lage zu bringen, in der eine eigenverantwortliche Abwägung der für und gegen eine Haftungsübernahme sprechenden Gründe nicht möglich ist. Ein schuldhafter Verstoß gegen diese Pflicht führe zu einem Schadenersatzanspruch, der über § 249 Satz 1 BGB einen *Anspruch auf Vertragsaufhebung* gewährt. Bei Vorliegen eines Mitverschuldens des Mithaftenden könne er aber auch nur zu einer *Herabsetzung des Verpflichtungsumfangs* führen. Dieses Vorgehen sei damit wesentlich flexibler als der Weg über § 138 BGB. Zudem setze diese Lösung zutreffend bei einem Fehlverhalten des Gläubigers, nicht jedoch beim Schutz des Existenzminimum des Mithaftenden an. Dieser Schutz obliege allein und ausreichend dem Vollstreckungsschutz und der Restschuldbefreiung.<sup>601</sup>

<sup>598</sup> BGH NJW 1999, 2584.

<sup>599</sup> Die Zulässigkeit der Vorlage bestritt insbesondere der IX. Senat in seiner Stellungnahme (NJW 2000, 1185).

<sup>600</sup> Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 484 ff. und NJW 1997, 2578, 2579; Medicus, JuS 1999, 833, 838; Reich, VuR 1997, 187, 198; Zöllner, WM 2000, 1, 10.

<sup>601</sup> Aden (NJW 1999, 3763) geht sogar noch weiter und will jeden überforderten Bürgen allein auf die Möglichkeit der Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO verweisen.

### III. Stellungnahme

Die Auswahl der vorzugswürdigen Vorgehensweise aus einer solchen Vielzahl möglicher Lösungswege muß fast zwangsläufig in Form des Ausschlusses der eher ungeeigneten Ansätze erfolgen. Dementsprechend sind alle dargebotenen Lösungsvorschläge einer kritischen Überprüfung zu unterziehen, wobei nochmals darauf hinzuweisen ist, daß dabei *keine Unterscheidung in der Behandlung von Schuldbeitritts- und Bürgschaftsverträgen* vorgenommen werden muß.

#### 1. Zur analogen Anwendung von § 310 BGB

Der Lösungsweg über eine analoge Anwendung des § 310 BGB hat den Vorteil, sich als einzige der angebotenen Ansätze nicht auf eine Generalklausel, sondern auf eine speziellere und damit grundsätzlich vorrangige Vorschrift zu stützen. Allerdings kommt eine direkte Anwendung nicht in Betracht, da die Mithaftungsverpflichtung auch dann keine Verpflichtung über das zukünftige Vermögen darstellt, wenn sie den Verpflichteten erheblich überfordert. Die reine Begründung einer Geldschuld reicht für § 310 BGB nicht aus.<sup>602</sup> Es bliebe die vorgeschlagene analoge Anwendung. Hierfür dürfte es, unabhängig von der Frage nach der Vergleichbarkeit der Interessenlagen<sup>603</sup>, bereits am Vorliegen einer Regelungslücke fehlen. Zum einen beschränken Nichtigkeitsvorschriften wie § 310 BGB die Privatautonomie und den darin enthaltenen Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Ausdehnung des Anwendungsbereiches von § 310 BGB in Form einer Analogie würde also zu einer weiteren Einschränkung der Vertrags-

<sup>602</sup> Vgl. Erman-Battes, BGB, § 310 Rn. 4.

<sup>603</sup> Die analoge Anwendung von § 310 BGB wird weitgehend unter Hinweis auf den gerade nicht auf Überforderungsfälle passenden Normzweck und die damit fehlende Vergleichbarkeit der Interessenlage begründet – vgl. BGHZ 107, 92, 100 f.; BGH WM 1990, 59, 60; NJW 1991, 2015, 2016; Staudinger-Sack, BGB, § 138 Rn. 327; *Chelidonis*, Die erkennbar untaugliche Bürgschaft, S. 165 ff.; *Heinrichsmeier*, Mithaftung des Ehegatten für Geldkredite, S. 118 f.; *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 118 ff. Daran nicht zu Unrecht zweifelnd: *Albers-Frenzel*, Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite, S. 101 ff.

freiheit führen. Dies widerspricht jedoch gerade dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der dem Schuldrecht zugrunde liegt und der abseits der geschaffenen Nichtigkeitsnormen uneingeschränkt Geltung beansprucht. Für eine analoge Erweiterung des § 310 BGB fehlt somit nicht nur die Regelungslücke. Sie würde sogar der Konzeption des Schuldrechts zuwiderlaufen. Zum anderen bietet das vorhandene Recht mittels der Generalklauseln Vorschriften an, in deren Rahmen die Schutzbedürftigkeitserwägungen berücksichtigt werden können, wegen derer die Analogie gefordert wurde. Soweit aber gesetzliche Regelungen das Problem erfassen, fehlt es wiederum an einer Regelungslücke für eine Analogie.<sup>604</sup> Folglich kann der Lösungsweg über § 310 BGB nicht weiterhelfen.

## 2. Zum Gedanken des Wuchers (§ 138 Abs. 2 BGB)

Ein weiterer Lösungsvorschlag bestand darin, den *Gedanken des Wuchers* auf die Fallgruppe der durch die Mithaftung überforderten einkommens- und vermögenslosen Angehörigen anzuwenden und so zu einer Sittenwidrigkeit der Verpflichtung zu gelangen. Dieser Vorschlag wird nahezu einhellig mit dem Hinweis darauf abgelehnt, daß Wucher bei unentgeltlichen Geschäften nicht möglich ist<sup>605</sup> bzw. daß der Gedanke des Wuchers nur bei Austauschgeschäften zur Anwendung kommen kann.<sup>606</sup> Dieser Gedanke ist zweifelsohne zutreffend, da ein wucherisches Mißverhältnis nur zwischen zwei miteinander verknüpften Leistungen bestehen kann. Unzutreffend ist es aber, damit ohne weiteres nur einseitig verpflichtende Sicherungsgeschäfte wie Schuldbeitritt und Bürgschaft aus dem Anwendungsbereich des Wuchergedankens zu verbannen<sup>607</sup>, denn diese sind, wie

<sup>604</sup> Ebenso: *Albers-Frenzel*, Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite, S. 104 f.

<sup>605</sup> Vgl. *Soergel-Hefermehl*, BGB, § 138 Rn. 74; *Staudinger-Sack*, BGB, § 138 Rn. 176.

<sup>606</sup> Vgl. BGH WM 1988, 1156, 1159; *Erman-Palm*, BGB, § 138 Rn. 13; *Jauernig-Jauernig*, BGB, § 138 Rn. 20; *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 138 Rn. 66.

<sup>607</sup> So aber BGHZ 106, 269, 271; BGH WM 1988, 1156, 1159; NJW 1991, 2015, 2017; *Erman-Palm*, BGB, § 138 Rn. 13; *Jauernig-Jauernig*, BGB, § 138 Rn. 20; *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 138 Rn. 66; *Soergel-Hefermehl*,

die Untersuchungen zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes ergeben haben<sup>608</sup>, regelmäßig gerade nicht unentgeltlich. Nur soweit ausnahmsweise die Schuldbeitritts- oder Bürgschaftsvereinbarung keiner konkreten Kreditgewährung oder –aufstockung gedient hat, sondern aus rein formalen Gründen nach der Darlehensauszahlung erfolgte, wird eine Unentgeltlichkeit dieser Sicherungsvereinbarung anzunehmen sein. In diesen Fällen muß aber auch die Anwendung des Wuchergedankens ausscheiden, da es gerade an einer mit der Sicherungsleistung verknüpften Gegenleistung des Gläubigers fehlt, bezüglich derer man die Frage nach einem Mißverhältnis beantworten kann. Das Fehlen einer Gegenleistung kann eben nicht das krasseste Mißverhältnis sein, da es hier gerade überhaupt kein Verhältnis zwischen zwei Leistungen, und damit auch kein Mißverhältnis, gibt.<sup>609</sup>

Regelmäßig wird die Schuldbeitritts- bzw. Bürgschaftsbestellung jedoch Vorbedingung einer beantragten Kreditgewährung sein oder eine solche zumindest erkennbar bezwecken. Hier kann man nicht mehr von Unentgeltlichkeit sprechen<sup>610</sup>, so daß der Wuchergedanke in diesen Fällen Anwendung finden kann. Die Sicherungsleistung ist hier mit der durch sie bezweckten Kreditgewährung ins Verhältnis zu setzen. Ein Mißverhältnis wird dabei kaum anzunehmen sein, da die Höhe der Sicherungsleistung im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses stets mit der Höhe der Kreditgewährung identisch ist.<sup>611</sup> Ein Wucher ist damit auch hier nicht erkennbar. Das vorliegende Mißverhältnis zwischen Verpflichtungsumfang und Leistungsfähigkeit des sichernden Angehörigen spielt dagegen im Rahmen des Wuchers überhaupt keine Rolle. Der Gedanke des Wu-

BGB, § 138 Rn. 74; Staudinger-Sack, BGB, § 138 Rn. 176; *Medicus*, JuS 1999, 833, 834; *Tonner*, ZIP 1999, 901, 902.

<sup>608</sup> Vgl. oben unter B. I. 1. a) (1).

<sup>609</sup> Daher unzutreffend: LG Münster NJW 1990, 1668, 1669 und *Wochner*, BB 1989, 1354, 1357, der gerade und nur für diesen Fall Wucher annehmen will.

<sup>610</sup> Vgl. oben B. I. 1. a) (1).

<sup>611</sup> Für den Schuldbeitritt folgt dies aus seiner inhaltlichen Identität mit der gesicherten Schuld im Entstehungszeitpunkt; für die Bürgschaft aus ihrer Akzessorietät (§ 767 Abs. 1 S. 1 BGB).

chers erfaßt daher nicht die entscheidenden Gesichtspunkte der Problematik und vermag es somit nicht, als Lösungsweg zu überzeugen.<sup>612</sup>

### 3. Zur culpa in contrahendo

Der nächste Lösungsvorschlag betrifft die Heranziehung der culpa in contrahendo. Diese Lösung hätte den Vorteil, im Gegensatz zur bloßen Nichtigkeitsfolge sowohl eine Vertragsanpassung als auch eine Vertragsaufhebung zu ermöglichen. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der culpa in contrahendo ist jedoch eine Pflichtverletzung des Gläubigers. Eine solche wird man ohne Bedenken annehmen können, wenn der Gläubiger bei Vertragsschluß in verwerflicher Weise auf den Mitschuldner eingewirkt hat, also in den Fällen der *ersten vom IX. Senat gebildeten Fallgruppe*. Wo der Gläubiger Risiken verharmlost oder Irrtümer erzeugt, begeht er eine schuldhaftige Pflichtverletzung gegenüber dem Mitschuldner, die nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo zur Vertragsaufhebung führt.<sup>613</sup> Der BGH gelangt zu demselben Ergebnis über die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB. Aufgrund der gerade auf Fälle der Aufklärungspflichtverletzung zugeschnittenen Voraussetzungen der c.i.c. dürfte hier jedoch ein *Anwendungsvorrang zugunsten der c.i.c.* gegeben sein.<sup>614</sup>

Ganz anders stellt sich die Situation jedoch in den anderen beiden vom IX. Senat entwickelten Fallgruppen dar. In der zweiten geht die verwerfliche Handlung nicht vom Gläubiger, sondern von Dritten aus. In der dritten soll die Sittenwidrigkeit allein aus der krassen Überforderung und der wirtschaftlichen Sinnlosigkeit der Mithaftung folgen. In beiden Fällen ist dem Gläubiger höchstens die Kenntnis dieser Umstände anzulasten;

<sup>612</sup> Dies ebenfalls betonend: *Albers-Frenzel*, Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite, S. 89.

<sup>613</sup> So zu Recht: *Heinrichsmeier*, Mithaftung des Ehegatten für Geldkredite, S. 166; *Hoes*, Die Überschuldung Privater als ein Problem von Ungleichgewichten, S. 77; *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 484 ff. und NJW 1997, 2578, 2579; *Medicus*, JuS 1999, 833, 838; *Reich*, VuR 1997, 187, 198.

<sup>614</sup> Insoweit zutreffend *Medicus*, JuS 1999, 833, 838.

regelmäßig soll ein Kennenmüssen ausreichen.<sup>615</sup> Eine verletzte Aufklärungspflicht des Gläubigers läßt sich hier kaum begründen und würde auch am Problem vorbeigehen. Primärer Grund der Sittenwidrigkeit ist in diesen Fällen ja nicht das Verhalten des Gläubigers, sondern eine Zwangslage des Mitschuldners, die von Dritten herbeigeführt wurde. Würde der Gläubiger nun einer statuierten Aufklärungspflicht genügen und auf die Beeinflussung durch den kreditnehmenden Angehörigen oder auf die enorme Verpflichtungshöhe hinweisen, so wäre allein dadurch die Zwangslage ja noch nicht beseitigt. Das Kind stünde immer noch genauso unter dem Druck, der Bitte seiner Eltern zu entsprechen, wie auch die Ehefrau damit noch nicht dem Druck des Ehegatten entzogen ist. In diesen Fallgruppen mangelt es den Mithaftenden gerade nicht an Information. Das Problem liegt hier darin, daß die Mithaftungsentscheidung gerade *nicht aus rationalen Erwägungen* getroffen wird, sondern aufgrund von Loyalität, Erwartungsdruck, emotionaler oder finanzieller Abhängigkeit. Hierin liegt der zentrale Grund für die Störung der Vertragsfreiheit und dieser Störung kann man nicht durch Aufklärung begegnen.<sup>616</sup> Eine Anwendung der Grundsätze der culpa in contrahendo muß daher in diesen beiden Fallgruppen ausscheiden.

#### 4. Zur Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB

Damit bleibt für die übrig gebliebenen Fallgruppen nur noch die Frage, inwieweit eine Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB sachgerecht ist. Diese setzt grundsätzlich eine besondere Überforderung des Mithaftenden voraus. Zur Definition einer solchen mit bestimmten festen Grenzen zu arbeiten, erscheint eher willkürlich. Es gibt weder einen zwingenden Grund, diese Grenze bei 25% noch bei 10% der in fünf Jahren tilgbaren Verpflichtungssumme zu ziehen. Insofern ist es zu begrüßen, daß der IX. Senat diese Rechtsprechung aufgegeben hat. Vielmehr ist allgemein danach zu fragen, ob der Mithaftende bei der im Zeitpunkt des Vertrags-

<sup>615</sup> Vgl. BGHZ 125, 206, 212; 128, 230, 232; BGH NJW 1997, 52, 54; 1999, 58, 60.

<sup>616</sup> Ebenso: *Albers-Frenzel*, Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite, S. 119 f.; *Hoes*, Die Überschuldung Privater als ein Problem von Ungleichgewichten, S. 77; *Singer*, ZBB 1998, 141, 147.

schlusses absehbaren Vermögensentwicklung jemals in der Lage sein wird, die Verpflichtung zu erfüllen. Nur dieses Drohen einer *lebenslangen einseitigen Verpflichtung* dürfte – unabhängig von der Möglichkeit einer Restschuldbefreiung<sup>617</sup> – überhaupt die Frage nach den Grenzen der Privatautonomie und damit nach § 138 BGB aufwerfen.

Einer Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB auf die *zweite Fallgruppe* stehen dann wohl kaum noch Bedenken entgegen. Wird der Mithaftende durch den Hauptschuldner in sittlich mißbilligenswerter Weise zu einer ihn lebenslang überfordernden Haftungsübernahme getrieben und weiß der Gläubiger davon bzw. hat er sich der Kenntnis verschlossen, so wird dieses Geschäft als sittenwidrig anzusehen sein und das unabhängig davon, ob dem Mithaftenden daraus auch Vorteile zufließen. Dabei wird man jedoch im Regelfall einen Nachweis hinsichtlich des mißbilligenswerten Verhaltens des Hauptschuldners verlangen müssen. Lediglich bei lebenslang überfordernden Haftungsübernahmen von gerade volljährigen Kindern zugunsten ihrer Eltern wird man im Hinblick auf § 1618a BGB, die geschäftliche Unerfahrenheit und die drohende lebenslange Verschuldung eine derartige Beeinflussung grundsätzlich vermuten dürfen.

Schwieriger ist die Beurteilung der *dritten Fallgruppe*, so daß es nicht verwundert, daß sich eigentlich nur hier Rechtsprechungsunterschiede zwischen den Senaten ergeben. Die Sittenwidrigkeit soll sich hier nämlich nicht aus irgendeinem sittlich mißbilligenswerten Verhalten ergeben, sondern allein aus der *wirtschaftlichen Sinnlosigkeit* einer besonders krasen lebenslangen Verschuldung. Diese Annahme kann unabhängig von der Möglichkeit einer Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO überzeugen, da bei Rechtsgeschäften, die für keine der Vertragsparteien einen tatsächlichen Wert haben, einen der Vertragspartner aber in ganz ungewöhnlich schwerer Weise belasten, vermutet werden kann, daß die ver-

<sup>617</sup> Diese braucht dort nicht mehr eingreifen, wo eine Verpflichtung wegen § 138 BGB nicht besteht. Andererseits kann sie den Anwendungsbereich des § 138 Abs. 1 BGB nur dann einschränken, wenn sich die Sittenwidrigkeit allein aus einer lebenslangen Verschuldung ergeben soll. Dies wird jedoch bislang nicht vertreten. Vielmehr müssen zur Verschuldung stets noch andere Umstände hinzutreten.

tragliche Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, so daß nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts die Generalklauseln des Zivilrechts korrigierend eingreifen können.<sup>618</sup> Eine dazu berechtigende wirtschaftliche Sinnlosigkeit des Schuldbeitritts- oder Bürgschaftsvertrags ist jedoch nur anzunehmen, wenn keinerlei *berechtigte Interessen* an der Verpflichtung des Beitretenden bzw. des Bürgen bestehen. Während in diesem Grundsatz noch weitgehend Einigkeit besteht, stellt sich dann die äußerst schwierige Frage, welche Interessen der Beteiligten nun als berechtigt anzuerkennen sind.

Zunächst kommt ein Interesse des Mithaftenden in Betracht. Dieser kann durchaus an seiner Verpflichtung interessiert sein, wenn er dadurch die Kreditgewährung an den Hauptschuldner erreicht, woraus ihm dann tatsächlich *unmittelbare Vorteile* entstehen. Als Beispiel sei hier die Mithaftung der Ehefrau für den Kredit des Ehemannes zum Bau des gemeinsamen Hauses oder zur gemeinsamen Anschaffung von Haushaltsgegenständen genannt.<sup>619</sup> Wo wie hier dem Mithaftenden unmittelbar Vorteile aus der gesicherten Hauptschuld zugute kommen, darf allein die Gefahr einer lebenslangen Verschuldung nicht zur Annahme einer Sittenwidrigkeit führen. Die Mithaftung macht hier aus Sicht des Mithaftenden wirtschaftlich einen Sinn und ist von der Rechtsordnung zu respektieren.<sup>620</sup> Anders muß die Situation allerdings dann betrachtet werden, wenn dem mithaftenden Angehörigen *nur mittelbar* Vorteile aus der Kreditgewährung entstehen, etwa indem aufgrund eines durch die Ehefrau gesicherten Geschäftskredites für den Betrieb des Ehemanns dessen Einkommen und damit der Lebensstandard in der Ehe steigt.<sup>621</sup> Der erlangte Vorteil ist in diesen Fällen nicht unmittelbar mit der gesicherten Kreditgewährung

<sup>618</sup> Vgl. BVerfGE 89, 214, 231 ff.

<sup>619</sup> Vgl. BGHZ 125, 206, 216 f.; 134, 325; unklar: BGH NJW 1994, 1726, 1727.

<sup>620</sup> So auch *Albers-Frenzel*, Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite, S.206 f.; *Hoes*, Die Überschuldung Privater als ein Problem von Ungleichgewichten, S. 207; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 60 II 3b, S. 9; *Nobbe*, Bankrecht, Rn. 1353.

<sup>621</sup> Vgl. BGHZ 128, 230, 233 f.; BGH NJW 1991, 923, 924; NJW 1996, 1274, 1275 f.; NJW 1997, 52, 53 f.; NJW 1997, 1005, 1006.

verbunden, sondern stammt aus Geschäftserfolgen, die keinesfalls allein auf der Kreditgewährung beruhen, sondern auch aus anderen, für die mithaftende Ehefrau kaum einsehbaren Umständen im Geschäftsbetrieb des Ehemannes. Aufgrund dieses Fehlens eines unmittelbaren Zusammenhanges zwischen Mithaftungsübernahme und Vorteilserlangung kann man hier gerade nicht von einem vorteilsorientierten Interesse des Angehörigen sprechen, welches der Mithaftung einen wirtschaftlichen Sinn verleiht.<sup>622</sup> Dafür genügt eben nur ein absehbarer, unmittelbar mit der Mithaftung verknüpfter Vorteil.

Neben diesem berechtigten Interesse des Mithaftenden sind noch zwei Interessen des Gläubigers als berechtigt und damit wirtschaftlich sinngebend zu erörtern. Dabei handelt es sich zum einen um das Interesse des Gläubigers am *Schutz vor Vermögensverlagerungen* vom Hauptschuldner auf den Mithaftenden und zum anderen um das Interesse des Gläubigers am Zugriff auf in absehbarer Zeit vom *Mithaftenden z.B. in Form einer Erbschaft zu erwerbendes Vermögen*. Beide Interessen geben der Mithaftung eines vermögenslosen Angehörigen einen wirtschaftlichen Sinn. Zum einen ist gerade bei Angehörigen die Befürchtung naheliegend, daß das durch den Kredit erworbene Vermögen im Krisenfall auf loyale Familienmitglieder, insbesondere den Ehepartner, verschoben wird. Nach der Vertragsfreiheit steht es dann jedem mißtrauischem Gläubiger frei, sich davor über die gesetzlichen Schutzbestimmungen wie § 826 BGB oder die Anfechtungsrechte hinaus durch vertragliche Vereinbarung einer angemessenen Mithaftung von Angehörigen abzusichern.<sup>623</sup> Zum zweiten macht auch das Interesse am Zugriff auf erwartete Vermögenszuwächse dann wirtschaftlich Sinn, wenn dadurch eine Haftungsmasse vorliegt, die

<sup>622</sup> Ebenso: BGHZ 120, 272, 278; *Albers-Frenzel*, Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite, S. 205 f.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 60 II 3b, S. 9; *Nobbe*, Bankrecht, Rn. 1352. Anders bei Ehegatten: *Tonner*, ZIP 1999, 901, 906.

<sup>623</sup> So auch *Chelidonis*, Die erkennbar untaugliche Bürgschaft, S. 77 ff.; *Albers-Frenzel*, Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite, S. 208; *Hoes/Lwowski*, WM 1999, 2097, 2098 f. Anders neben dem XI. Senat (siehe oben) auch *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 210 ff.; *Tiedtke*, NJW 1999, 1209, 1210 f.

sich als Sicherheit für die gewährte Darlehenssumme eignet. Voraussetzung dafür ist natürlich, daß der erwartete Vermögenszuwachs Teil der Vertragsverhandlungen war, wirtschaftlich bedeutend ist und auch sein Eintritt konkret abzusehen war, da er nur dann als Kalkulationsobjekt in den Bonitätsüberlegungen des Gläubigers eine Rolle spielen kann. Genau daran dürfte es aber in vielen Fällen der erwarteten Erbschaft fehlen, denn regelmäßig dürfte der Zeitpunkt des Todes des Erblassers und damit der Zeitpunkt des Vermögenszuwachses völlig ungewiß sein. Zudem ist auch die Höhe des Vermögenszuwachses kaum abzuschätzen, da der Erblasser bis dahin ja noch frei über sein Vermögen verfügen oder zugunsten anderer testieren kann.<sup>624</sup> Trotzdem sind Fälle denkbar, in denen die obigen Voraussetzungen vorliegen und damit der Mithaftung jedenfalls dann ein wirtschaftlicher Sinn nicht abgesprochen werden kann, wenn der vereinbarte Haftungsumfang dem erwarteten Vermögenszuwachs entspricht.<sup>625</sup>

Das Problem der Fälle einer erwarteten Erbschaft liegt nun allerdings in § 312 Abs. 1 S. 1 BGB, der einen Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten für nichtig erklärt. Für die Einschlägigkeit dieser Verbotsnorm ist es völlig belanglos, welchen konkreten Rechtsgrund der Vertrag hat<sup>626</sup> und ob der mit ihm verfolgte Vertragszweck im Einzelfall sittlich anstößig ist.<sup>627</sup> Entscheidend ist allein, daß sich der Vertrag auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten bezieht. Dieses Merkmal soll wiederum bereits erfüllt sein, wenn der Vertrag die Verpflichtung enthält, den aus dem Nachlaß erlangten Vermögenszuwachs *dem Werte* nach an den Vertragspartner abzuführen.<sup>628</sup> Der Nachlaß muß also nicht unmittelbarer Vertragsgegenstand sein. Es genügt, wenn nach dem Vertrag ein dem Nachlaß entsprechender Wertzuwachs aus dem eigenem Vermögen

<sup>624</sup> So in BGH NJW 1999, 58, 59.

<sup>625</sup> Vgl. BGHZ 132, 328, 333; 134, 325, 331; ebenso *Fischer*, WM 1998, 1705, 1756.

<sup>626</sup> Vgl. BGHZ 26, 320, 326; BGH NJW 1995, 448; MünchKomm-*Thode*, BGB, § 312 Rn. 4; Staudinger-*Wufka*, BGB, § 312 Rn. 4.

<sup>627</sup> Vgl. BGHZ 26, 320, 325; 37, 319, 324; BGH NJW 1995, 448.

<sup>628</sup> BGHZ 26, 320, 325; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 312 Rn. 2.

des Verpflichteten zu leisten ist.<sup>629</sup> Wenn man nun – wie vom IX. Senat vertreten wird – die Mithaftung eines ansonsten vermögenslosen Beitretenden oder Bürgen allein aufgrund der Erwartung einer die Vermögenslosigkeit beseitigenden Erbschaft nicht an § 138 Abs. 1 BGB scheitern lassen will und gleichzeitig die Haftung des Beitretenden oder Bürgen im Wege eines pactum de non petendo auf Leistungen aus der Erbschaft beschränkt, so muß dieser nur dann aus dem Beitritts- bzw. Bürgschaftsvertrag leisten, wenn der Erbfall eintritt und auch dann nur beschränkt auf den Umfang des Nachlasses. Er haftet also mit eigenem Vermögen, jedoch nur in Höhe des Wertzuwachses, der seinem Vermögen aus dem Nachlaß zufließt. Mit dieser Auslegung des Beitritts- bzw. Bürgschaftsvertrags ist der Anwendungsbereich des § 312 Abs. 1 S. 1 BGB eröffnet. Der Vertrag beinhaltet dann als Leistungsgegenstand allein den Nachlaß eines noch lebenden Dritten und muß deshalb nach § 312 Abs. 1 S. 1 BGB nichtig sein.<sup>630</sup>

Es sind jedoch abseits der erwarteten Erbschaft auch noch andere Fälle denkbar, in denen von einem konkreten Vermögenszuwachs des Mithaftenden ausgegangen werden darf, so daß dessen Mithaftung einen wirtschaftlichen Sinn machen kann. In Betracht kommen insbesondere Fälle des konkret absehbaren Wiedereinstieg des Mithaftenden ins Berufsleben, soweit das dadurch erlangte Einkommen eine Schuldtilgung über die laufenden Zinsen hinaus ermöglicht. Daher kann sowohl das Interesse des Gläubigers am Schutz vor Vermögensverschiebungen vom Erstschuldner auf den Angehörigen als auch das am Zugriff auf konkret zu erwartendes Vermögen neben berechtigten Interessen des Mithaftenden die Wirksamkeit eines ihn krass überfordernden Beitritts- oder Bürgschaftsvertrages erhalten.

Diese berechtigten Interessen des Gläubigers werden sich wie auch das berechnigte Interesse des Mitschuldners regelmäßig nicht unmittelbar aus den abgegebenen Erklärungen der Parteien ergeben. Es folgt vielmehr allein aus ihrer zweckorientierten Auslegung, die den aus den Gesamtum-

<sup>629</sup> Staudinger-*Wufka*, BGB, § 312 Rn. 10.

<sup>630</sup> Ebenso *Tiedemann*, NJW 2000, 192 f.

ständen erkennbaren Willen der Parteien erforscht. Eine solche Interessenermittlung ist der Sinn jeder Auslegung von Willenserklärungen nach §§ 133, 157 BGB und erscheint deshalb auch als unbedenklich.<sup>631</sup> Die diesbezügliche Wendung in der Rechtsprechung des IX. Senats, der für ab dem 1.1.1999 erklärte Bürgschaften nun ebenfalls eine ausdrückliche Fixierung ihres beschränkten Haftungssinnes verlangt<sup>632</sup>, kann daher nicht überzeugen.

Wenn aber beide aufgeführten Interessen an der Verpflichtung (noch) vermögensloser Angehöriger dieser einen wirtschaftlichen Sinn geben, so kann man nicht mehr von einer Sittenwidrigkeit wegen wirtschaftlicher Sinnlosigkeit sprechen. Die daraus folgende Wirksamkeit der Mithaftungsverpflichtung ist für den haftenden Angehörigen jedoch nicht unbillig. Im ersten Fall ist seine Haftung dadurch gerechtfertigt, daß er eigene unmittelbare Vorteile erlangt. Doch selbst die Aufrechterhaltung seiner Haftung allein aus dem Gesichtspunkt des Gläubigerinteresses am Schutz vor Vermögensverlagerungen bzw. am Zugriff auf künftiges Vermögen trifft ihn nicht ungeschützt. Vielmehr ergibt sich aus dem nur beschränkten wirtschaftlichen Sinn auch unmittelbar eine *Haftungsbeschränkung* darauf, daß die Angehörigen nur dann in Anspruch genommen werden, wenn tatsächlich eine Vermögensverlagerung bzw. ein Vermögenszuwachs eintritt. Diese Haftungsbeschränkung folgt aus dem *Grundsatz von Treu und Glauben* (§ 242 BGB). Wenn man die Verpflichtungserklärungen zugunsten des Gläubigers ohne gesonderte ausdrückliche Bestimmungen im Vertragstext dahingehend versteht, daß mit ihnen ein nur beschränkter Haftungszweck verfolgt wird, und allein dies zur Annahme der Wirksamkeit der Verpflichtung führt, so muß sich der Gläubiger diese Auslegung auch entgegenhalten lassen, wenn er abweichend vom beschränkten Haftungszweck gegen den Mithaftenden vorgehen will. Einem solchen Gläubigerverlangen fehlt das schutzwürdige Eigeninteresse; es ist

<sup>631</sup> *Fischer*, WM 1998, 1705, 1754; *Richrath*, WM 1999, 1698, 1707. Anders der XI. Senat, der nur zur Berücksichtigung der Gläubigerinteressen eine entsprechende vertragliche Regelung fordert – vgl. BGHZ 120, 272, 279; 134, 42, 49; ihm folgend: *Staudinger-Sack*, BGB, § 138 Rn. 326; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 60 II 3b, S. 10.

<sup>632</sup> Vgl. BGH NJW 1999, 58, 60.

*rechtsmißbräuchlich* und daher zurückzuweisen.<sup>633</sup> Diese von Amts wegen zu beachtende Einwendung vereitelt eine Inanspruchnahme des Mithaftenden solange, wie keine Vermögensverlagerungen oder Vermögenszuwächse eingetreten sind. Ist deren Eintritt irgendwann völlig auszuschließen, so wird diese aufschiebende zu einer dauernden Einwendung. Ein zusätzlicher Schutz des Mithaftenden durch eine Aufhebung der Verpflichtung in diesem Fall nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage erscheint daher nicht notwendig. Der bezweckte Schutz vor lebenslanger Überschuldung ist auch so sichergestellt.<sup>634</sup>

#### IV. Ergebnis

Auch im Rahmen der Erörterungen zur Sittenwidrigkeit von Mithaftungserklärungen vermögensloser Angehöriger wurde eine völlige Gleichbehandlung von Schulbeitritts- und Bürgschaftsverträgen deutlich, was mit der identischen Interessenlage zu erklären ist.

Inhaltlich sind bei der Behandlung dieser Fälle drei verschiedene Fallgruppen anzuerkennen. In den Fällen, in denen der Angehörige zur lebenslang überfordernden Haftungsübernahme durch ein verwerfliches Verhalten des Gläubigers bestimmt wurde, ist die daraus folgende Verpflichtung nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo aufzuheben. In den Fällen, in denen der Angehörige durch ein sittlich mißbilligenwertes

<sup>633</sup> Vgl. *Bydlinski*, WuB I F 1a.- 7.00, 302, 303. Das Vorliegen eines Rechtsmißbrauch bei fehlendem Eigeninteresse des Gläubigers hinsichtlich der Rechtsausübung ist allgemein anerkannt – vgl. *Jauernig-Vollkommer*, BGB, § 242 Rn. 37 f.; *MünchKomm-Roth*, BGB, § 242 Rn. 280; *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 242 Rn. 50; *Soergel-Teichmann*, BGB, § 242 Rn. 27; insofern unzutreffend die Kritik von *Oberhammer*, DZWir 2000, 45, 49 f. Die kaum überzeugende Konstruktion eines „pactum de non petendo“ zwischen den Vertragsparteien ist insofern zur Begründung der fehlenden Leistungspflicht des Mithaftenden nicht notwendig.

<sup>634</sup> Darauf hinweisend: *Medicus*, FS Fikentscher, 265, 268 f. und 280. Zu den Problemen der Geschäftsgrundlagenlehre in diesen Fällen: *Albers-Frenzel*, Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite, S. 125 ff.; *Oberhammer*, DZWir 2000, 45, 49.

Verhalten des Hauptschuldners zur lebenslangen Verpflichtung gedrängt wurde, ist diese als sittenwidrig und damit gemäß § 138 Abs. 1 BGB als nichtig anzusehen. Eine solche Sittenwidrigkeit ist auch dann anzunehmen, wenn eine besonders krasse lebenslange Verschuldung wirtschaftlich sinnlos ist, da weder der Mithaftende noch der Gläubiger ein berechtigtes Interesse an ihr haben. Wo hingegen ein solches Interesse besteht, ist die Verpflichtung grundsätzlich wirksam. Ist das Interesse des Gläubigers an der Mithaftung jedoch erkennbar auf den Schutz vor Vermögensverlagerungen bzw. auf den Zugriff auf künftiges Vermögen beschränkt, so berechtigt ihn dieses Interesse nur im Falle einer tatsächlichen Vermögensverlagerung bzw. eines tatsächlichen Vermögenszuwachses auf den Mithaftenden zuzugreifen. Ansonsten ist ihm eine Inanspruchnahme aus dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs verwehrt.

## **E. Der Schuldbeitritt und die Schriftform**

Seit seinem ersten Auftreten in der Rechtsprechung des Reichsgerichts<sup>635</sup> wird diskutiert, ob für den Schuldbeitritt eine Schriftform zu fordern sei. Wie bereits im Zuge der Darstellung der Interessentheorie dargelegt wurde, ging man bis in die Nachkriegszeit nahezu einheitlich von der Formfreiheit des Schuldbeitritts aus.<sup>636</sup> Inzwischen ist die Meinungsvielfalt auf diesem Problemfeld jedoch viel reichhaltiger, allerdings auch schwerer zu durchschauen.

Für die Praxis des Bankgeschäfts hat die Formfrage inzwischen kaum mehr Bedeutung, da ein Schuldbeitritt hier ohnehin regelmäßig durch Unterschrift unter Standardformulare, also schriftlich erklärt wird. Sollte in Einzelfällen jedoch nur eine Beitrittserklärung vorhanden sein, die mündlich oder per Telefax<sup>637</sup> abgegeben wurde, so ist für deren Wirksamkeit entscheidend, ob eine Formnichtigkeit vorliegt (§ 125 BGB), ob also der Schuldbeitritt einer bestimmten Form bedurfte.

<sup>635</sup> RGZ 51, 120.

<sup>636</sup> Vgl. 2. Kapitel A. I.

<sup>637</sup> Dies soll der Schriftform nicht genügen – vgl. BGHZ 121, 224, 229 ff.; BGH NJW 1997, 3169, 3170; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 126 Rn. 11.

## I. Die Bedeutung der Form des Vertrags zwischen Erstschildner und Gläubiger

Eine Formbedürftigkeit des Schuldbeitritts könnte sich zunächst daraus ergeben, daß der die Erstschild begründende Vertrag seinerseits einer bestimmten Form bedarf. So könnte der Schuldbeitritt zu einem Grundstückskaufvertrag, zu einer Schenkungs- oder Bürgschaftsverpflichtung, zu einem abstrakten Schuldanerkenntnis oder zu einer anwaltlichen Honorarvereinbarung derselben Form bedürfen, die auf diese Rechtsgeschäfte angewendet wird.<sup>638</sup> Teilweise wird dies genau so vertreten.<sup>639</sup> Da mit dem Schuldbeitritt eine Verpflichtung begründet wird, die im Zeitpunkt ihrer Entstehung mit der Erstschild identisch ist, bedürfe die Begründung der Beitrittsschild im gleichen Maße der Form wie die der Erstschild.

Überwiegend wird eine solche „automatische“ Erstreckung der Form der Erstschild auf den Schuldbeitritt jedoch abgelehnt. Die Mitübernahme einer bestehenden Schild sei etwas anderes als deren Begründung. Einige in der Literatur ziehen daraus den Schluß, daß die Formbedürftigkeit der Begründung der Erstschild überhaupt keine Bedeutung für den Schuldbeitritt und dessen Form besitzt.<sup>640</sup> Die Rechtsprechung geht im Anschluß an andere Stimmen in der Literatur jedoch nicht so weit und befürwortet eine Ausdehnung der Form des die Erstschild begründenden Vertrags auf den Schuldbeitritt in den Fällen, in denen das Formerfordernis nach seinem Normzweck auch den Beitretenden schützen soll. Dies wiederum soll regelmäßig dann gegeben sein, wenn die Formvorschrift die Funktion hat, den Verpflichteten zu warnen oder vor Übereilung zu schützen.<sup>641</sup>

<sup>638</sup> Grundstücksgeschäfte und Schenkungen bedürfen der notariellen Beurkundung (§§ 313, 518 BGB). Die anderen Geschäfte bedürfen der Schriftform (§§ 766, 780, 781 BGB, § 3 Abs. 1 S. 1 BRAGO).

<sup>639</sup> Vgl. Erman-Westermann, BGB, Vor § 414 Rn. 7; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl v § 414 Rn. 3; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1320; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 18; Kothe, JZ 1990, 997, 998.

<sup>640</sup> RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 30, 17 f.; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 8; Reichel, Die Schuldmitübernahme, S. 197.

<sup>641</sup> BGHZ 121, 1, 4; Jauernig-Stürner, BGB, Vor §§ 414, 415 Rn. 2; Münch-Komm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 12 i.V.m. § 414 Rn. 4; Staudinger-

Grundsätzlich zuzustimmen ist der Ablehnung einer „automatischen“ Erstreckung der Form des die Erstschild begründenden Vertrags auf den Schuldbeitritt. Diese Erstreckung stützt sich dogmatisch auf die Grundsätze der Schuldübernahme<sup>642</sup> und verkennt dabei die Unterschiede zwischen dieser und einem Schuldbeitritt. Zwar führt auch der Schuldbeitritt zu einer anfänglich mit der Erstschild inhaltsgleichen Verpflichtung. Die daraus folgende Begründungsakzessorietät erlaubt es dem Beitretenden jedoch nur, sich ebenfalls auf das Nichtbestehen der Erstschild zu berufen. Er kann also gegen seine Inanspruchnahme einwenden, die Erstschild sei formnichtig. Weitere Wirkungen hat diese Inhaltsgleichheit jedoch nicht. Insbesondere kann sie nichts daran ändern, daß der Schuldbeitritt eine eigene und selbständige, d.h. von der Erstschild verschiedene Haftung begründet. Sein Haftungsgrund ist gerade nicht mit dem der Erstschild identisch<sup>643</sup> und aus genau diesem Grund muß auch eine *automatische* Anwendung der Formvorschriften ausscheiden, die für die Begründung der Erstschild gelten. Wer z.B. einem Schenkungsversprechen beitrifft, haftet eben gerade nicht aus § 516 BGB und unterliegt damit auch nicht der Form des § 518 BGB.<sup>644</sup>

*Horn*, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 366; *Kümpel*, Bankrecht, Rn. 6.100; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 29 III 3, S. 263; *Baumann*, ZBB 1993, 171, 177; *Beck*, WM 1999, 1753, 1755; *Dehn*, WM 1993, 2115, 2118; *Edenfeld*, JZ 1997, 1034, 1038. Zu dem aus dieser Differenzierung folgenden Streit um den Normzweck von § 781 BGB bei einem Schuldbeitritt zu einem abstrakten Schuldversprechen: BGHZ 121, 1, 4; *Baumann*, ZBB 1993, 171, 172 ff.; *Dehn*, WM 1993, 2115 ff.; *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 20 f.

<sup>642</sup> Die Schuldübernahme wird von den Vertretern dieser Ansicht ebenfalls der Form der Altschild unterworfen – vgl. *Erman-Westermann*, BGB, § 414 Rn. 2; *Jauernig-Stürner*, BGB, §§ 414, 415 Rn. 1; *Palandt-Heinrichs*, BGB, Überbl v § 414 Rn. 1. Dagegen: *MünchKomm-Möschel*, BGB, § 414 Rn. 4; *RGRK-Weber*, BGB, Vor § 414 Rn. 18; *Soergel-Zeiss*, BGB, §§ 414, 415 Rn. 4; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 26 II, S. 240.

<sup>643</sup> Vgl. oben 1. Kapitel A. I. und D. III.

<sup>644</sup> Die Unterschiedlichkeit der Haftungsgründe wird gerade auch daraus deutlich, daß ein Schuldbeitritt zu einer Schenkungsverpflichtung ja auch entgeltlich erfolgen kann.

Andererseits darf man natürlich nicht verkennen, daß einige Formvorschriften, denen der Vertrag über die Begründung der Erstschuld unterliegt, nicht in Bezug auf einen bestimmten Vertragstyp, sondern nur allgemein mit Rücksicht auf den *Leistungsgegenstand* aufgestellt wurden. So ist es für die Anwendung des § 313 BGB unerheblich, ob das jeweilige Grundstücksgeschäft ein Kaufvertrag, Schenkungsvertrag oder ein anderer Vertragstyp wie ein Schuldbeitritt ist. Ebenso ist es irrelevant, aus welchem konkreten Vertragstyp die Honorarvereinbarung nach § 3 Abs. 1 S. 1 BRAGO stammt. Solchen Formvorschriften kann daher auch der Schuldbeitritt unterliegen, allerdings nicht wegen der Formbedürftigkeit der Erstschuld, sondern wegen des vom Beitretenden geschuldeten Leistungsgegenstandes.<sup>645</sup>

Die Formvorschriften hingegen, denen der die Erstschuld begründende Vertrag nur wegen seines *Vertragstyps* unterliegt (§§ 518, 766, 780, 781 BGB), lassen sich schon allein aus diesem Grund nicht automatisch auf den Schuldbeitritt erstrecken. Soweit die wohl herrschende Ansicht trotzdem eine Erstreckung für die Einzelfälle befürwortet, in denen der Schutzzweck der Formvorschrift auch für den Beitretenden einschlägig ist, zielt sie in Wirklichkeit auf eine *Analogie*.<sup>646</sup> Auch diese Ansicht lehnt ja eine direkte Anwendung der Formvorschriften auf den Schuldbeitritt ab, will sie dem Beitretenden allerdings dann zugute kommen lassen, wenn er wie der Erstschuldner zu schützen ist. Inwieweit solche Analogieüberlegungen zum Erfolg führen, soll im folgenden genauer erörtert werden. Wichtig ist an dieser Stelle nur die Feststellung, daß auch die wohl herrschende Ansicht für eine Formbedürftigkeit des Schuldbeitritts nicht allein auf die Formbedürftigkeit des die Erstschuld begründenden Vertrags, sondern ebenfalls maßgeblich und primär auf die Interessenlage und Schutzbedürftigkeit des Beitretenden abstellt. Der entscheidende Grund für das Aufstellen eines Formerfordernisses für den Schuldbeitritt

<sup>645</sup> So auch BGHZ 121, 1, 3; BGH NJW 1991, 3095, 3098 (für § 3 Abs. 1 S. 1 BRAGO); RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 30; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 8; Nobbe, Bankrecht, Rn. 1307; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 18.

<sup>646</sup> So auch Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 74.

kann also nur im Schuldbeitritt selbst gefunden werden, nicht jedoch in der Formbedürftigkeit des die Erstschuld begründenden Vertrags.

## II. Die Formbedürftigkeit des Schuldbeitritts

Entscheidend für die Beantwortung der Frage nach der notwendigen Beachtung einer bestimmten Form ist also allein der *Inhalt der Beitrittschuld*. Auch ein Schuldbeitritt bedarf daher einer bestimmten Form, soweit dies im Hinblick auf den geschuldeten Leistungsgegenstand gesetzlich angeordnet wird. So ist die Formvorschrift des § 3 Abs. 1 S. 1 BRAGO anwendbar, wenn der Schuldbeitritt zu einer Honorarzahlpflicht des Erstschuldners erfolgt und danach auch der Beitretende eine höhere Honorarzahlung schuldet. Die notarielle Beurkundung nach § 313 BGB ist notwendig, wenn durch den Schuldbeitritt der Beitretende mitverpflichtet wird, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben und damit gegebenenfalls auch entsprechenden Nichterfüllungsansprüchen ausgesetzt ist.<sup>647</sup>

Eine auf jeden Schuldbeitritt gleich welchen Inhalts anwendbare Formvorschrift läßt sich hingegen nicht finden. Die generelle Rechtsfolge des Schuldbeitritts, die Begründung einer Gesamtschuld, bedarf nach dem BGB keiner bestimmten Form. Es bleibt daher nur noch die Möglichkeit, Formvorschriften anderer Vertragstypen auf den Schuldbeitritt *analog* anzuwenden. In Betracht kommt insbesondere eine analoge Anwendung des § 766 BGB. Dies ist jedoch nur dann zulässig, wenn bezüglich der

<sup>647</sup> So schon RGZ 103, 154, 156 f.; 140, 216, 218 hinsichtlich von Schadenersatzansprüchen wegen Nichterfüllung von Grundstückskäufern gegen Mithaftende des Verkäufers. Genauso sind aber auch Fälle denkbar, in denen jemand der Verpflichtung zum Erwerb eines (belasteten) Grundstücks beiträgt. Zur Frage, ob die Formbedürftigkeit des Schuldbeitritts auf Erwerbsebene auch den bloßen Schuldbeitritt zur Kaufpreisschuld des Käufers umfaßt vgl. Erman-Battes, BGB, § 313 Rn. 35; Jauernig-Vollkommer, BGB, § 313 Rn. 14; MünchKomm-Kanzleiter, BGB, § 313 Rn. 29; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 12 mit Verweis auf § 414 Rn. 4 (verneinend – wohl h. M.); anders Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 19 (bejahend).

Form des Schuldbeitritts sowohl eine Regelungslücke als auch eine mit dem formbedürftigen Vertragstyp vergleichbare Interessenlage vorliegt.

1. *Vorliegen einer Regelungslücke*

Bereits das Vorliegen einer Regelungslücke bezüglich der Formbedürftigkeit des Schuldbeitritts läßt sich mit zwei Argumenten bestreiten. Das erste Argument bezieht sich auf die *Entstehungsgeschichte* des BGB. Der Gesetzgeber habe im Bewußtsein verschiedener Sicherungsformen nur die Bürgschaft für formbedürftig erklärt. Er ginge daher von der Formfreiheit der anderen Sicherungsmittel aus.<sup>648</sup> Als zweites könnte man auf die *Vertragsfreiheit* verweisen. Diese enthält auch den Grundsatz der Formfreiheit von Rechtsgeschäften und könnte deshalb einer analogen Erweiterung des Anwendungsbereiches von Formvorschriften grundsätzlich entgegenstehen. Beide Argumente greifen jedoch letztlich nicht durch.

Dem ersten ist entgegenzuhalten, daß der Schuldbeitritt weder gesetzlich geregelt noch im Gesetzgebungsverfahren zum BGB erörtert wurde. Der Gesetzgeber hatte vielmehr überhaupt keine genaue Vorstellung von der konkreten Ausgestaltung der sonstigen personalen Sicherungsmittel und verzichtete bewußt auf deren gesetzliche Regelung, ohne damit die Rechtsfortbildung in dieser Richtung einschränken zu wollen.<sup>649</sup> Zu diesem fehlenden Bild von der Rechtslage bei anderen Personalsicherheiten kommt der Umstand hinzu, daß die Bürgschaft erst in den letzten Zügen des Gesetzgebungsverfahrens der Schriftform unterstellt wurde.<sup>650</sup> Es fehlte daher die Zeit, notwendige Untersuchungen darüber anzustellen, ob diese neue Form auch bei bislang nicht einmal in Ansätzen im Gesetzge-

<sup>648</sup> So BGH NJW 1972, 576; Staudinger-*Horn*, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 365.

<sup>649</sup> *Motive*, Band II, S. 657 f.

<sup>650</sup> Die Formvorschrift des § 766 BGB wurde erst bei den Beratungen im Reichstag in das Gesetz aufgenommen, nachdem entsprechende Anträge in den vorangegangenen Kommissionen mehrfach abgelehnt wurden – genauer dazu die Ausführungen im 2. Kapitel A. I.

bungsverfahren erwähnten Personalsicherheiten einen Sinn hätte.<sup>651</sup> Diese Frage blieb daher zwangsläufig genauso der Rechtsfortbildung überlassen wie die Herausarbeitung der sonstigen Strukturen nicht geregelter Personalsicherheiten. Dem Gesetzgeber einen Willen zur Formfreiheit sonstiger Personalsicherheiten zu unterstellen, läßt sich kaum überzeugend begründen.

Der Hinweis auf die Vertragsfreiheit hindert eine analoge Anwendung von Formvorschriften ebenfalls nicht, denn der aus der Vertragsfreiheit folgende Grundsatz der Formfreiheit gilt nicht uneingeschränkt. Gerade bei Vertragstypen, die nicht vom Gesetzgeber selbst, sondern durch Rechtsfortbildung geschaffen wurden, besteht die Notwendigkeit, ihnen durch die analoge Anwendung von vorhandenen Rechtsnormen ein Regelungskonzept zur Seite zu stellen, das den typischen Rechtsfolgen des neu entstandenen Vertragstyps gerecht wird. Dies kann auch durch die analoge Anwendung zwingender Schutzvorschriften wie Formzwängen geschehen, solange dies zum Schutz der beim neuen Vertragstyp gegebenen Interessen der Vertragspartner geboten ist.<sup>652</sup> Eine Grenze finden solche Analogien erst dann, wenn sie dazu führen, die für den neuen Vertragstyp wesentlichen und strukturprägenden Merkmale zu verwischen. Die analoge Anwendung der Regelungen vorhandener Vertragstypen darf nicht bewirken, daß die originären Merkmale des neuen Vertragstyps aufgrund einer weitgehenden Gleichbehandlung mit dem vorhandenen Vertragstyp nicht mehr zu erkennen sind.<sup>653</sup> Diese Grenze wäre beim Schuldbeitritt erst erreicht, wenn er aufgrund der analogen Anwendung von den Bürgschaftsnormen, welche die Akzessorietät und Subsidiarität beinhalten, seine typprägenden Eigenarten aufgegeben hätte und nicht mehr von einer

<sup>651</sup> Ähnlich argumentieren *Dehn*, WM 1993, 2115, 2118 (Fn. 21) und *Rießmann*, FS Heinrichs, 451, 461 f., der die Planwidrigkeit der Unvollständigkeit insbesondere auf die inzwischen eingetretenen und dem Gesetzgeber unbekanntesten Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse auf dem Gebiet der Personalsicherheiten stützt.

<sup>652</sup> Ähnlich *Baumann*, ZBB 1993, 171, 175 und *Rießmann*, FS Heinrichs, 451, 462.

<sup>653</sup> Darauf zu Recht hinweisend: *Huber*, JurA 1970, 784, 806.

Bürgschaft zu unterscheiden wäre.<sup>654</sup> Dann würde die Vertragstypenwahl negiert werden. Die analoge Anwendung des § 766 BGB erreicht diese Grenze jedoch nicht. Sie ändert nichts an den wesentlichen Merkmalen des Schuldbeitritts, die im 1. Kapitel herausgearbeitet wurden.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß sich in jüngerer Zeit die allgemeine Ansicht geändert zu haben scheint. Die Schutzbedürftigkeit des Beitretenden ist inzwischen allgemein anerkannt und führte zur analogen Anwendung einer schützenden Formvorschrift, nämlich des § 4 Abs. 1 VerbrKrG.<sup>655</sup> Die bisher noch so entschieden gegen eine analoge Anwendung von Formvorschriften vorgetragene Vertragsfreiheit stand dieser Analogie plötzlich nicht mehr im Wege. Man kann also offenbar inzwischen davon ausgehen, daß sich die zutreffende Ansicht durchgesetzt hat, wonach der Schuldbeitritt für die analoge Anwendung von Formvorschriften grundsätzlich offen ist. Ob eine solche Analogie überhaupt gerechtfertigt ist und auf welche Formvorschrift sich gegebenenfalls die Analogie stützen sollte, dürfte also allein davon abhängen, ob die Interessenlage des Beitretenden mit einer der Interessenkonstellationen vergleichbar ist, die den Schutz eines Formzwanges genießt.

## 2. Vergleichbarkeit der Interessenlage

Soweit überhaupt eine analoge Anwendung von Formvorschriften erwogen wird, hat sich die Diskussion auf zwei Vorschläge zugespitzt. Zum einen wird eine analoge Anwendung des § 4 Abs. 1 VerbrKrG auf den Schuldbeitritt vorgeschlagen, was jedoch aufgrund der Interessenunterschiede zwischen einem Kreditnehmer und einem Beitretenden nicht überzeugen kann.<sup>656</sup> Daneben steht eine analoge Anwendung des § 766 BGB auf den Schuldbeitritt zur Diskussion. Aus der Entstehungsgeschichte des Schuldbeitritts wird bereits deutlich, daß dieser ursprünglich nur

<sup>654</sup> Näher dazu im 1. Kapitel C.

<sup>655</sup> Dies folgt aus der ganz überwiegend befürworteten analogen Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf den Schuldbeitritt – vgl. in diesem Kapitel unter A.

<sup>656</sup> Vgl. die ausführliche Untersuchung in diesem Kapitel unter A. 2. b).

entwickelt wurde, um den für die Bürgschaft in § 766 BGB aufgestellten Formzwang zu umgehen. Es fragt sich daher, ob dies tatsächlich gelungen ist oder ob nicht vielmehr auch auf den Schuldbeitritt die Formvorschrift des § 766 BGB analog angewendet werden muß. Während diese Analogie vom Reichsgericht zunächst angenommen wurde<sup>657</sup>, wird sie heute nur noch vereinzelt<sup>658</sup> oder mit Einschränkungen<sup>659</sup> vertreten. Die ganz herrschende Ansicht lehnt die generelle analoge Anwendung des § 766 BGB auf den Schuldbeitritt ab.<sup>660</sup> Da inzwischen wohl allgemein vom Vorliegen einer Regelungslücke ausgegangen wird, kann für die Frage nach der Zulässigkeit einer analogen Anwendung des § 766 BGB nur noch maßgeblich sein, ob die Interessenlage des Beitretenden im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm mit der eines Bürgen vergleichbar ist.

<sup>657</sup> RGZ 51, 120, 122.

<sup>658</sup> *Bydlinski*, Bürgschaft, S. 45; *Heinrichsmeier*, Mithaftung des Ehegatten für Geldkredite, S. 62; *Rimmelspacher*, Kreditsicherungsrecht, Rn. 121; *Westermann/Bydlinski*, Schuldrecht AT, Rn. 19/11; *Rüßmann*, FS Heinrichs, 451, 484 f.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 64 II 3 b), S. 77 sogar für die Garantie.

<sup>659</sup> Nur für den Fall des fehlenden eigenen wirtschaftlichen Interesses beim Beitretenden für die Analogie: *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S.121 ff., 178; *Baumann*, ZBB 1993, 171, 177; *Dehn*, WM 1993, 2115, 2118.

<sup>660</sup> Ständige Rechtsprechung seit RGZ 64, 318, 320 (vgl. zuletzt BGH NJW 1991, 3095, 3098); Erman-*Westermann*, BGB, Vor § 414 Rn. 7; MünchKomm-*Möschel*, BGB, Vor § 414 Rn. 12; MünchKomm-*Habersack*, BGB, Vor § 765 Rn. 11; Palandt-*Heinrichs*, BGB, Überbl v § 414 Rn. 3; Soergel-*Zeiss*, BGB, Vor § 414 Rn. 8; Staudinger-*Rieble*, BGB, § 414 Rn. 23; *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 1381; *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht, S. 807; *Kümpel*, Bankrecht, Rn. 6.100; *Medicus*, Schuldrecht AT, Rn. 814; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 29 III 3, S. 262; *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 213; *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 17; *Edenfeld*, JZ 1997, 1034, 1038; *Kothe*, JZ 1990, 997, 1000. Zweifelnd RGRK-*Weber*, BGB, Vor § 414 Rn. 30: Der Schuldbeitritt bedarf anders als die Bürgschaft nicht der Form, obwohl hier die Warnung vor übereilten Erklärungen ebenso angezeigt sein könnte – ähnlich Staudinger-*Horn*, BGB, Vorbem zu §§ 765 ff Rn. 365: Die Ablehnung der Analogie sei rechtspolitisch zweifelhaft.

a) *Für den typischen Schuldbeitritt*

Der typische Schuldbeitritt, egal ob der Beitretende dabei mit oder ohne eigenes Interesse handelt, bewirkt allein eine Verdopplung der dem Gläubiger zur Verfügung stehenden Schuldner und hat daher bloßen Sicherungscharakter. Er ist *Personalsicherheit*.<sup>661</sup> Sein wirtschaftlicher Zweck ist daher mit dem der Bürgschaft identisch.<sup>662</sup> Trotzdem lehnt die herrschende Ansicht eine Analogie mit dem Hinweis auf erhebliche dogmatische Unterschiede zwischen beiden Vertragstypen ab. Der Bürge rechne im Gegensatz zum Beitretenden nicht mit seiner unmittelbaren Inanspruchnahme durch den Gläubiger, da er typischerweise nur subsidiär haftet. Bei ihm bestünde daher die Gefahr, daß er sich vorschnell und von der Subsidiarität seiner Haftung in Sicherheit gewiegt auf ein ihn nicht unmittelbar belastendes Geschäft einläßt. Aufgrund dieser Gefährlichkeit, dieses „*Blendwerks der Subsidiarität*“<sup>663</sup>, sei eine Warnung vor Übereilung notwendig. Der Beitretende dagegen handele aufgrund eines eigenen wirtschaftlichen Interesses und wisse deshalb um seine unmittelbare und gleichrangige Haftung als Gesamtschuldner. Er wiege sich deshalb nicht in falscher Sicherheit, sondern erkenne sein Haftungsrisiko klarer als der Bürge und bedürfe folglich keiner Warnung vor Übereilung durch die Schriftform.<sup>664</sup>

Diese Argumentation ist an verschiedenen Punkten angreifbar. Das Hauptargument der Gefährlichkeit der nachrangigen Haftung des Bürgen läßt sich schnell widerlegen. Es greift nämlich gerade für die praktisch bedeutenden Fall der *selbstschuldnerischen Bürgschaft* nicht. Der Bürge

<sup>661</sup> Vgl. 1. Kapitel A. II.

<sup>662</sup> Vgl. BGH NJW 2000, 575; NJW 1996, 249; ähnlich auch BGH NJW 1997, 2677, 2678, der keine Unterschiede im Haftungsrisiko zwischen der Bürgschaft und dem Schuldbeitritt erkennen kann.

<sup>663</sup> So sehr bildlich *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 210.

<sup>664</sup> Vgl. BGH WM 1972, 287, 288; WM 1976, 424, 425; MünchKomm-Möschel, vor § 414 Rn. 12; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl v § 414 Rn. 3; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 8; *Medicus*, Schuldrecht AT, Rn. 814; *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 210; *Edenfeld*, JZ 1997, 1034, 1038; ähnlich *Kothe*, JZ 1990, 997, 1000.

verzichtet hier bewußt auf die Einrede der Vorausklage (vgl. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Ihm wird also die Kenntnis von der Gleichrangigkeit seiner Haftung geradezu aufgedrängt. Trotzdem wird auch er von § 766 BGB geschützt. Entscheidender Grund für den Formzwang in § 766 BGB kann also nicht die mögliche Subsidiarität der Bürgenhaftung sein.<sup>665</sup> Daneben wäre es paradox, einen Schuldner wegen der gefährlicheren unmittelbaren Haftung aus dem Anwendungsbereich einer Schuldnerschutzvorschrift herauszunehmen.<sup>666</sup> Auch das Argument des generellen eigenen Interesses beim Beitretenden greift nicht durch. Dieses Kriterium entbehrt, wie bereits bei der Abgrenzungsproblematik gezeigt wurde<sup>667</sup>, jeglicher gesetzlicher Grundlage, ist konturlos und keinesfalls auf den Beitretenden beschränkt. Ein Bürge kann genauso aus eigenen wirtschaftlichen Interessen handeln, während auch ein Schuldbeitritt nur aus familiären oder uneigennütigen Gründen erklärt werden kann.<sup>668</sup> Eine pauschale Ablehnung der Analogie kann somit nicht auf dieses Kriterium gestützt werden.

Als weiteres Argument gegen eine Analogie wird die fehlende Eignung der von § 766 BGB verlangten Schriftform für einen wirksamen Schutz des Schuldners vor Übereilung angeführt. Die Praxis des Geschäftsverkehrs vollzieht sich in der Regel auf schriftlichem Wege, so daß schnell eine Unterschrift gegeben wird. Einen wirksamen Schutz könne daher allenfalls eine notarielle Beurkundung bieten. Die Erweiterung des Anwendungsbereiches einer *teleologisch verfehlten Norm* mittels Analogie sei aber abzulehnen.<sup>669</sup> Richtig daran ist, daß die Schutzzweck natürlich noch besser erreicht werden würde, wenn man zu einem strengeren Formzwang greift. Der Grad der Formbedürftigkeit hat sich jedoch nicht nur

<sup>665</sup> Ebenso: *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S.126, *Baumann*, ZBB 1993, 171, 175. Daher sieht *Reichel* (Schuldmitübernahme, S. 211 f.) die Norm des § 766 BGB als verfehlt an. Überzeugender dürfte es hingegen sein, den Gedanken zu akzeptieren, daß die von § 766 BGB erfaßte Gefahrenlage auch bei gleichrangigen Mithaftungen vorliegt.

<sup>666</sup> Vgl. *Baumann*, ZBB 1993, 171, 175.

<sup>667</sup> Vgl. 2. Kapitel A. IV. 1.

<sup>668</sup> Vgl. *Bydlinski*, Bürgschaft, S. 45 ff.; *Baumann*, ZBB 1993, 171, 175.

<sup>669</sup> *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 212 f.

am Schutzzweck zu orientieren, sondern darf auch die Schnelligkeit des Rechtsverkehrs nicht unangemessen beeinträchtigen. Aus diesem Grund hat das BGB nur einen Vertragstyp generell der notariellen Beurkundung unterworfen, die Schenkung (§ 518 BGB). Der Schenker soll sich sehr genau überlegen, ob er den betreffenden Vermögensteil tatsächlich weggeben will, ohne für den Vermögensverlust irgendeinen Ausgleich zu erhalten. Eine so weitreichende Gefährdungslage kann man bei Sicherungsgeschäften nicht annehmen. Zwar muß bei Eintritt des Sicherungsfalls auch der Sichernde aufgrund seiner einseitigen Verpflichtung zunächst einen Vermögensverlust hinnehmen. Hierfür steht ihm dann jedoch grundsätzlich ein Regreßanspruch gegen den Erstschuldner zu. Er erleidet also, abgesehen vom Insolvenzrisiko, keinen vollständigen Rechtsverlust. Eine Gleichbehandlung mit der Schenkung kann daher nicht in Betracht kommen. Andererseits bewirkt bereits ein Schriftformerfordernis, daß gerade spontane mündliche Erklärungen keine Bindungswirkung entfalten und genau diese Erklärungen sind besonders gefährlich. Sie werden aus der konkreten Situation heraus geäußert und beinhalten damit, daß der Erklärende keine Zeit und Ruhe gehabt hat, die Folgen seiner Äußerung genau zu bedenken. Die typischen Problemfälle übereilter Haftungszusagen können also schon mit dem Zwang zur Schriftform erfaßt und gelöst werden. Der Normzweck des § 766 BGB wird allein deshalb nicht verfehlt, und genau dieser Normzweck paßt auch auf die Gefährdungslage beim Schuldbeitritt.<sup>670</sup>

Ausschlaggebender Punkt für die Annahme einer vergleichbaren Interessenlage ist jedoch die in anderen Problembereichen festgestellte identische Interessenlage von selbstschuldnerischer Bürgschaft und typischem Schuldbeitritt.<sup>671</sup> In beiden Fällen haftet der Verpflichtete interzessions-

<sup>670</sup> Ebenso: *Baumann*, ZBB 1993, 171, 177. Die hier bestehende Identität der Gefährdungslage beim Schuldbeitritt zu Interzessionszwecken und der Bürgschaft betont im österreichischen Recht auch *Bydlinski* (ÖBA 1989, 433, 434 f.; ÖBA 1993, 820, 822), der daher für eine analoge Anwendung des § 1346 Abs. 2 ABGB (Schriftform) auf den Schuldbeitritt eintritt – ebenso *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte, S. 58 und 126.

<sup>671</sup> Vgl. BGH NJW 2000, 575 (hinsichtlich der Analogie zu § 401 BGB); BGH NJW 1996, 249 (bezüglich der Erweiterung der Anlaßrechtsprechung auf

halber für die Schuld eines anderen, ohne sich auf eine Subsidiarität seiner Haftung berufen zu können. Beides sind also Personalsicherheiten, die sich nur im Grad der Abhängigkeit von der gesicherten Schuld unterscheiden. Teilweise ist sogar von *identischen Haftungsrisiken* die Rede.<sup>672</sup> Unterscheiden sich aber zwei Sicherungsmittel allein im Grad ihrer Abhängigkeit hinsichtlich der gesicherten Schuld voneinander, so geht der Gesetzgeber selbst von einer möglichen weitgehenden Gleichbehandlung beider aus. Dies läßt sich dem § 1192 Abs. 1 BGB entnehmen, wonach die Vorschriften über die akzessorische Hypothek auf die nichtakzessorische Grundschuld entsprechend anzuwenden sind, soweit sie nicht eine Akzessorietät voraussetzen. Auf die Grundschuld entsprechend anwendbar sind danach insbesondere die Formvorschriften der §§ 1154, 1155 BGB. Die Übertragung des Rechtsgedankens aus § 1192 Abs. 1 BGB von den Grundpfandrechten auf die Personalsicherheiten macht deutlich, daß die sicherlich bestehenden dogmatischen Unterschiede zwischen der selbstschuldnerischen Bürgschaft und dem typischen Schuldbeitritt eine analoge Anwendung solcher Normen nicht sperrt, welche diese Unterschiede respektieren.<sup>673</sup> Aus diesem Grund muß die analoge Anwendung solcher Normen auf den Schuldbeitritt unterbleiben, die eine akzessorische Abhängigkeit von der Erstschuld voraussetzen (z.B. §§ 767, 768 BGB). Bei Vorschriften wie § 766 BGB jedoch, die keine Akzessorietät voraussetzen und ihrem Schutzzweck nach auch auf andere Personalsicherheiten passen, stehen die dogmatischen Unterschiede einer Analogie nicht entgegen.

Schließlich wird gerade die analoge Anwendung einer Schutznorm wie § 766 BGB auch noch dadurch gestützt, daß alle gesetzlich geregelten Vertragstypen, die nur einseitig verpflichtend wirken, dem Verpflichteten

den Schuldbeitritt); BGH NJW 1999, 2584 (mit dem Ziel der Gleichbehandlung beider Rechtsinstitute hinsichtlich § 138 BGB).

<sup>672</sup> BGH NJW 1997, 2677, 2678.

<sup>673</sup> So auch *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 119; für die Garantie: *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 64 III 3 b) und c), S. 77. Beide vertreten aufgrund des Rechtsgedankens aus § 1192 Abs. 1 BGB die analoge Anwendung einiger Bürgschaftsnormen (insbesondere des § 766 BGB) auf den Schuldbeitritt bzw. die Garantie, soweit diese als Personalsicherheiten gebraucht werden.

entweder erleichterte Kündigungsmöglichkeiten einräumen<sup>674</sup> oder an die Schriftform gebunden werden.<sup>675</sup> Entsprechendes muß dann aber auch für den Schuldbeitritt gelten.<sup>676</sup> Eine einfache Kündigungsmöglichkeit würde die Verlässlichkeit der Beitrittshaftung und damit den Sicherungswert des Schuldbeitritts vernichten, so daß wie bei der Bürgschaft nur die Aufstellung einer schützenden Schriftform bleibt.

Insgesamt sprechen damit alle überzeugenden Argumente für eine Vergleichbarkeit der Interessenlage von Schuldbeitritt und selbstschuldnerischer Bürgschaft hinsichtlich der Formbedürftigkeit, was dazu führt, daß in analoger Anwendung des § 766 BGB auch der typische Schuldbeitritt grundsätzlich der Schriftform bedarf.

b) *Zur Relevanz eines eigenen unmittelbaren Interesses*

Nachdem somit die analoge Anwendung des § 766 BGB auf den typischen Schuldbeitritt grundsätzlich zu befürworten ist, bleibt die Frage, ob bei Vorliegen eines eigenen wirtschaftlichen Interesses beim Beitretenden eine *Ausnahme vom Schriftformerfordernis* zu machen ist. Dies wurde zunächst vom Reichsgericht angenommen<sup>677</sup> und von der Literatur<sup>678</sup> zuletzt wieder aufgegriffen. Begründet wird diese Ausnahme mit der fehlenden Schutzbedürftigkeit. Das wirtschaftliche Interesse des Beitre-

<sup>674</sup> Vgl. beim Leihvertrag § 605 BGB; beim Auftrag § 671 Abs. 2 und 3 BGB; beim Verwahrvertrag § 696 BGB.

<sup>675</sup> Vgl. bei der Schenkung § 518 BGB; bei der Bürgschaft § 766 BGB; beim Leibrentenversprechen § 761 BGB; beim Schuldversprechen und Schuldanerkennnis §§ 780, 781 BGB. Einzig bei der *Schuldübernahme* fehlen entsprechende Vorschriften. Dies folgt aber daraus, daß die Schuldübernahme Verfügungscharakter hat, also bei einer bestehenden Forderung den Schuldner austauscht und Verfügungen im BGB formfrei möglich sein sollen (*Motive*, Band II, S. 143).

<sup>676</sup> Darauf hinweisend: *Baumann*, ZBB 1993, 171, 177; *Rießmann*, FS Heinrichs, 451, 481 ff.

<sup>677</sup> RGZ 64, 318, 320.

<sup>678</sup> *Baumann*, ZBB 1993, 171, 177; *Dehn*, WM 1993, 2115, 2118; im Ergebnis auch *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S.121 ff., 178.

#### Viertes Kapitel – Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Beitrittsvertrags

tenden entspräche in der wertenden Betrachtung als Formbefreiungstopos einem Äquivalent, einer Gegenleistung. Wer in Verfolgung eigener Interessen handelt, sei imstande, Risiken abzuschätzen und überlegt zu handeln. Der Beitretende bedürfe deshalb eines geringeren Schuldnerschutzes durch die Rechtsordnung als der sich einseitig und uneigennützig Verpflichtende.<sup>679</sup>

Nur dem Ausgangspunkt dieser Argumentation kann zugestimmt werden. Das BGB gewährt allein bei den Vertragstypen einen besonderen Schuldnerschutz, die nur einen der beiden Vertragspartner zu einer Leistung verpflichten. Bei gegenseitigen Verträgen lassen sich solche Vorschriften nicht finden. Die Schriftform soll also den Schuldner vor dem übereilten Abschluß eines nur belastenden Vertrags warnen. Die Schwäche der obigen Argumentation liegt nun aber darin, allein wegen des Vorliegens eines eigenen wirtschaftlichen Interesses des Beitretenden an seiner Verpflichtung anzunehmen, damit liege eine Art von *Gegenleistung* an ihn vor. Dies kann aus zwei Gründen nicht überzeugen.

Zum einen ist ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der eigenen belastenden Verpflichtung weder in materieller noch in wertender Hinsicht mit einer Gegenleistung des Gläubigers an den Beitretenden gleichzusetzen. Es ist lediglich ein *starkes Motiv* für das Eingehen einer nur belastenden Verpflichtung. Wenn aber ein eigenes Interesse einen starken Anreiz zum Abschluß eines nur belastenden Vertrages darstellt, so scheint es geradezu paradox, wegen dieses Interesses anzunehmen, der Beitretende sei ausreichend vor Übereilung geschützt, also in der Lage, sein Risiko abzuschätzen. Genau das Gegenteil dürfte zutreffen. Durch den starken Anreiz eines eigenen Interesses dürfte der Beitretende viel eher der Gefahr einer unbedachten Haftungsübernahme unterliegen als derjenige, der keinen weiteren Anreiz zur Haftungsübernahme verspürt als den Wunsch, jemanden einen Gefallen zu tun. Der Bedarf nach Schutz vor Übereilung mittels § 766 BGB ist hier also eher dringender als geringer.

<sup>679</sup> So insbesondere *Baumann*, ZBB 1993, 171, 177; *Dehn*, WM 1993, 2115, 2118.

Zum anderen macht gerade ein Vergleich mit der Bürgschaft wie auch mit den anderen nur einseitig verpflichtenden Vertragstypen des BGB deutlich, daß auch sie eigene Interessen des Verpflichteten nicht ausschließen, ohne daß dieser allein deswegen auf die Schutzbestimmungen verzichten muß. Es ist beispielsweise keine Regelung ersichtlich, die dem Bürgen wirtschaftliche Beweggründe untersagt. Vielmehr muß es den Beteiligten möglich sein, eine Bürgschaftsverpflichtung auch dann einzugehen, wenn der Bürge ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt.<sup>680</sup> Trotz dieser Möglichkeit ist in § 766 BGB keine Einschränkung für den Fall des eigennützig handelnden Bürgen geschaffen worden. Es ist also weder aus dem Gesichtspunkt des Schutzzweckes noch im Hinblick auf die Gesetzeslage nachvollziehbar, warum ein eigenes Interesse etwas an der Formbedürftigkeit ändern sollte.<sup>681</sup>

Im Ergebnis ist damit eine Formbedürftigkeit des typischen Schuldbeitritts aufgrund analoger Anwendung des § 766 BGB unabhängig davon zu befürworten, ob der Beitretende ein eigenes Interesse verfolgt oder nicht. Diese Formbedürftigkeit unterliegt damit allein der einen Einschränkung, die auch für die Bürgschaftsform gilt. Nach § 350 HGB sind Schuldbeitritte, die für den Beitretenden ein Handelsgeschäft sind, auch formfrei möglich.

*c) Für den Übernahmeschuldbeitritt*

Gänzlich anders stellt sich die Situation beim Übernahmeschuldbeitritt dar. Bei diesem soll der Beitretende letztendlich die Last der Leistung an den Gläubiger tragen, also den Erstschuldner entlasten. Der Sicherungszweck spielt hier nur eine eher unbedeutende Rolle. Der Vertrag wird vielmehr maßgeblich vom *Übernahmезweck* bestimmt und erfüllt daher jedenfalls im Innenverhältnis der Schuldner die Funktion der Schuldübernahme. Der Schuldbeitritt dient in diesem Sonderfall also nicht als Perso-

<sup>680</sup> So selbst Baumann, ZBB 1993, 171, 175 f.; näher dazu im 2. Kapitel A. IV. 1.

<sup>681</sup> Für eine generelle Bedeutungslosigkeit des eigenen Interesses bei Formfragen daher auch *Bydlinski*, Bürgschaft, S. 47.

nalsicherheit, sondern als Mittel zur internen Schuldübernahme.<sup>682</sup> Die Interessenlage dieses Beitretenden ist aus diesem Grund auch weder generell mit der eines Bürgen noch mit der eines Schenkenden, Verleihers oder eines anderen nur einseitig Verpflichteten vergleichbar. Daher muß eine analoge Anwendung der Normen ausscheiden, die diese Personen vor Übereilung schützen (z.B. § 766 BGB). Aufgrund der Funktionsgleichheit käme allenfalls eine Analogie zu entsprechenden Schutzvorschriften der *Schuldübernahme* in Betracht. Solche lassen sich jedoch nicht finden. Die Schuldübernahme ist vielmehr regelmäßig formfrei möglich.

Der Übernahmeschuldbeitritt ist also formfrei. Dies folgt jedoch nicht aus der Übertragung von Grundsätzen der Schuldübernahme, denn deren Formfreiheit beruht auf dem Gedanken der Formfreiheit von Verfügungsgeschäften.<sup>683</sup> Ein solches ist der Übernahmeschuldbeitritt nicht.<sup>684</sup> Deswegen fehlende Formbedürftigkeit ergibt sich vielmehr allein daraus, daß *de lege lata* keine Formvorschrift erkennbar ist, die sich analog auf ihn anwenden läßt.

### III. Ergebnis

Hinsichtlich der Formbedürftigkeit des Schuldbeitritts ist zu differenzieren. Solche Formvorschriften, die allein auf den Leistungsgegenstand abstellen (§ 313 BGB oder § 3 Abs. 1 S. 1 BRAGO), finden auch auf einen Schuldbeitritt mit entsprechendem Verpflichtungsinhalt direkte Anwendung. Eine generelle Formbedürftigkeit besteht ansonsten für den typischen Schuldbeitritt. Dieser bedarf als Personalsicherheit analog § 766 BGB der Schriftform. Eine Ausnahme davon ist nur analog § 350 HGB, nicht jedoch bei Vorliegen eines eigenen Interesses beim Beitretenden zu machen. Der Übernahmeschuldbeitritt dagegen bedarf aufgrund seiner besonderen Interessenkonstellation keiner Form.

<sup>682</sup> Näher zum Übernahmeschuldbeitritt im 1. Kapitel A. II. und C. II. 5.

<sup>683</sup> Vgl. *Motive*, Band II, S. 143.

<sup>684</sup> Vgl. oben 1. Kapitel D. I. Erst der auf den Übernahmeschuldbeitritt folgende Erlaß der Erstschild enthält eine Verfügung.

## F. Die Verjährung der Beitrittsschuld

Aus der Vielzahl möglicher Einwendungen des Beitretenden soll nun schließlich noch die Einrede der Verjährung (§ 222 Abs. 1 BGB) näher untersucht werden, da sie wie auch die anderen vorstehend erörterten Einwendungen erhebliche Rechtsprobleme in der Anwendung auf den Schuldbeitritt aufweist. Dies gilt nicht nur für die Frage der zutreffenden Verjährungsfrist, sondern auch für Fragen des Verjährungsbeginns sowie der Wirkung von Unterbrechungen und Hemmungen.

### I. Die Verjährungsfrist

Zivilrechtliche Ansprüche unterliegen grundsätzlich der Verjährung (§ 194 Abs. 1 BGB). Die jeweiligen Verjährungsfristen sind dabei höchst verschieden. Als Beispiele sei hier nur auf die bekanntesten Regelungen der §§ 477, 558 oder 638 BGB (sechs Monate), § 196 BGB (zwei Jahre), § 852 BGB (drei Jahre) sowie § 197 BGB (vier Jahre) verwiesen. Lediglich in den Fällen, in denen ein Anspruch keiner dieser speziellen Vorschriften unterfällt, verjährt er nach § 195 BGB in dreißig Jahren. Für den Schuldbeitritt stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, welche der Vorschriften auf ihn anzuwenden sind.

#### 1. Die Übernahme der Verjährungsfrist der Erstschuld

Ganz überwiegend wird auch heute noch vertreten, der Anspruch des Gläubigers aus dem Schuldbeitritt unterliege derselben Verjährungsfrist wie sein Anspruch gegen den Erstschuldner. Teilweise wird dies damit begründet, daß beide Ansprüche *dieselbe causa* hätten.<sup>685</sup> Andere verweisen allein auf die *Inhaltsgleichheit* beider Verpflichtungen, da auch die Verjährung den Inhalt und die Beschaffenheit einer Schuld bestimme und deshalb vom Beitretenden mitübernommen werde.<sup>686</sup> Beides kann nicht überzeugen.

<sup>685</sup> So *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 396 und *Recht* 1912, 376.

<sup>686</sup> So die ganz herrschende Meinung – vgl. *RGZ* 135, 104, 107 f.; 143, 154, 157; *BGHZ* 58, 251, 255; *BGH NJW* 1993, 1914, 1915; *MünchKomm-Möschel*, BGB, Vor § 414 Rn. 13; *RGRK-Weber*, BGB, Vor § 414 Rn. 23;

Das erstgenannte Argument folgt aus der Anlehnung des Schuldbeitritts an das Recht der Schuldübernahme und wurde bereits widerlegt. Der Schuldbeitritt bewirkt gerade keine Schuldnachfolge und damit auch *keine Übernahme der causa* der Erstschuld. Seine causa ist von der der Erstschuld verschieden.<sup>687</sup> Mangels identischer causa kann man daher auch nicht auf eine mit der Erstschuld identische Verjährung schließen. Die Annahme einer einheitlichen Verjährungsfrist ist aber auch durch das zweite Argument nicht gerechtfertigt. Die zutreffend festgestellte anfängliche Inhaltsgleichheit der Verpflichtung des Beitretenden mit der des Erstschuldners reicht hierfür keinesfalls aus. Sie bewirkt lediglich eine Identität des Verpflichtungsinhalts und damit im Ergebnis eine Akzessorietät der Beitrittsschuld zur Erstschuld im Entstehungszeitpunkt. Einwendungen, die den Verpflichtungsumfang des Erstschuldners im Beitrittszeitpunkt verändern, ändern aufgrund der in diesem Zeitpunkt bestehenden Identität auch den Verpflichtungsumfang des Beitretenden.<sup>688</sup> Dieses Phänomen führt auch dazu, daß der Beitretende seiner Verpflichtung die Einrede der Verjährung der Erstschuld entgegenhalten kann, wenn diese im Beitrittszeitpunkt bereits verjährt war.<sup>689</sup> Soweit jedoch die Verjährung der Erstschuld im Beitrittszeitpunkt noch nicht eingetreten war, bestand die Verpflichtung des Erstschuldners noch in vollem Umfang. Der Ablauf eines gewissen Teils der Verjährungsfrist ändert daran genauso wenig wie das Vorliegen eines Unterbrechungs- oder Hemmungsgrundes beim Erstschuldner. Beide Tatsachen berühren in keiner Weise den Verpflichtungsinhalt und werden daher auch nicht auf den Beitretenden erstreckt. Sie sind allein an den jeweiligen Anspruch und

Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 7; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 37 II 2a, S. 321; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1324; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, § 29 III 4, S. 264; Bydlinski, ZIP 1989, 953, 956; Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1041.

<sup>687</sup> Dazu genauer im 1. Kapitel D. III.

<sup>688</sup> Genauer zur Begründungsakzessorietät des Schuldbeitritts im 5. Kapitel B. I.

<sup>689</sup> Dies deckt sich mit dem Ergebnis der herrschenden Ansicht - vgl. RGZ 135, 104, 108; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 13; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 23; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 7; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, § 29 III 4, S. 264.

den jeweiligen Schuldner gebunden.<sup>690</sup> Es ist also nochmals zu betonen, daß durch den Schuldbeitritt keine Schuld übernommen, sondern eine *neue, von der Erstschuld unabhängige*, wenn auch anfänglich inhaltsgleiche Verpflichtung begründet wird. Der Schuldbeitritt erzeugt daher wie die Bürgschaft oder die Garantie einen *selbständigen Anspruch* und unterliegt aus diesem Grund auch einer eigenen, unabhängig von der Erstschuld zu bestimmenden Verjährung.<sup>691</sup>

## 2. Die Anwendbarkeit der §§ 196, 197 BGB

Aus der Selbständigkeit des Schuldbeitritts hinsichtlich der Erstschuld folgt also wie bei den anderen Personalsicherheiten seine selbständige Verjährung. Der Anspruch aus dem Schuldbeitritt unterliegt damit wie jeder andere Anspruch grundsätzlich der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB und verjährt somit erst nach *dreißig Jahren*.

Eine kürzere Verjährung kommt nur dann in Betracht, wenn auf den Schuldbeitritt die §§ 196 oder 197 BGB anwendbar wären. Nach § 196 BGB verjähren Vergütungsansprüche bestimmter Personengruppen (z.B. von Kaufleuten für Warenlieferungen) nach zwei oder vier Jahren. Der Anspruch aus dem Schuldbeitritt unterliegt dieser kurzen Verjährung also nur dann, wenn auch er in seiner wirtschaftlichen Funktion ein *Vergütungsanspruch*, also ein Äquivalent oder Gegenwert für vom Gläubiger erbrachte Leistungen ist.<sup>692</sup> Dem ist aber nicht so. Die wirtschaftliche

<sup>690</sup> Es ist allerdings zu untersuchen, ob der Hemmungs- oder Unterbrechungsgrund auch in der Person des Beitretenden besteht.

<sup>691</sup> Zutreffend ist daher auch die verbreitete Annahme, daß Garantie und Bürgschaft unabhängig von der gesicherten Hauptschuld der Verjährung des § 195 BGB unterliegen (30 Jahre) – vgl. für die Bürgschaft: BGHZ 95, 375, 384; Erman-Seiler, BGB, § 765 Rn. 16; Jauernig-Vollkommer, BGB, § 765 Rn. 16; Palandt-Sprau, BGB, § 765 Rn. 26; Reichel, Recht 1912, 376; *Unterrieder*, Die regelmäßige Verjährung, S. 105 ff.; a.A. *Bydlinski*, ZIP 1989, 953 ff.; für die Garantie: BGH WM 1977, 365, 366; NJW 1982, 1809, 1810.

<sup>692</sup> Vgl. RGZ 85, 242, 244; 116, 281, 286; BGHZ 79, 89, 92; Erman-Hefermehl, BGB, § 196 Rn. 6; MünchKomm-von Feldmann, BGB, § 196 Rn. 5; Palandt-Heinrichs, BGB, § 196 Rn. 11; Soergel-Niederführ, BGB, § 196 Rn. 2.

Funktion des Schuldbeitritts liegt keinesfalls darin, irgendeine Leistung des Gläubigers zu entlohnen, sondern vielmehr darin, einen Gegenanspruch des Gläubigers zu sichern und beim Übernahmeschuldbeitritt zusätzlich darin, die Last seiner Erfüllung im Innenverhältnis zum Erstschuldner endgültig zu übernehmen. Im Regelfall sichert also der Schuldbeitritt den Vergütungsanspruch des Gläubigers gegen den Erstschuldner. Er wird allein dadurch aber nicht selbst zum Vergütungsanspruch im Sinne des § 196 BGB. Eine direkte Anwendung dieser Norm auf den Schuldbeitritt muß daher ausscheiden.

Nach § 197 BGB verjähren in vier Jahren alle Ansprüche, die auf *regelmäßig wiederkehrende Leistungen* wie Miet- und Pachtzinsen oder Renten gerichtet sind. Seine Anwendung auf den Schuldbeitritt käme also von vornherein nur in den Fällen in Betracht, in denen der Schuldbeitritt zu regelmäßig wiederkehrenden Leistungen verpflichtet. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach dem Inhalt der Beitrittsschuld und dieser wiederum ergibt sich aus dem Inhalt der Erstschuld im Beitrittszeitpunkt. Daraus folgt, daß in den Fällen, in denen die Erstschuld einen Anspruch auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen wie z. B. Mietzinsen gewährt, der diesbezügliche Schuldbeitritt ebenfalls zu einer regelmäßig wiederkehrenden Leistungsverpflichtung führt. Dann aber könnte § 197 BGB unmittelbar eingreifen, so daß dieser Schuldbeitritt nur der kurzen Verjährung von vier Jahren unterläge.<sup>693</sup> Etwas anderes könnte sich jedoch ergeben, wenn man – was im folgenden geschehen soll – den Zweck der Norm in die Betrachtung mit einbezieht.

Alle sonstigen Schuldbeitritte, und das dürfte die in der Praxis weit bedeutendere Gruppe sein, unterliegen von vornherein nicht dem Anwendungsbereich des § 197 BGB. Für sie bleibt es damit bei der regelmäßigen Verjährung nach § 195 BGB, soweit nicht noch eine *analoge Anwendung der §§ 196, 197 BGB* zu befürworten ist. Eine Regelungslücke dürf-

<sup>693</sup> Es ist aber nochmals hervorzuheben, daß sich diese Rechtsfolge nicht aus der Übertragung der Verjährungsfrist der Erstschuld auf den Schuldbeitritt ergäbe. Sie wäre allein im weiten Anwendungsbereich des § 197 BGB begründet, der alle Ansprüche auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen unabhängig vom jeweiligen Rechtsgrund erfaßt.

te anzunehmen sein, da der Gesetzgeber bei der Zusammenstellung der Kataloge in §§ 196, 197 BGB keine Vorstellungen vom Vertragstyp des Schuldbeitritts hatte und diesen folglich auch nicht berücksichtigen konnte. Eine vergleichbare Interessenlage ist dann aber nur gegeben, wenn der *Zweck*, der zur Einführung der kurzen Verjährung führte, auch auf die Situation bei einem Schuldbeitritt zutrifft. Der maßgebliche Normzweck läßt sich den *Motiven*<sup>694</sup> entnehmen. Danach ging der Gesetzgeber davon aus, daß gerade bei Geschäften des täglichen Lebens in der Regel bald bezahlt wird und entsprechende Belege oder Quittungen oft nicht erteilt bzw. bald vernichtet werden. Es drohe daher eine *schnelle Verdunklung des Sachverhalts* und damit die Gefahr, daß der Schuldner doppelt in Anspruch genommen wird, da er seine Leistung nach längerer Zeit nicht mehr erinnert oder nicht mehr beweisen kann. Eine kurze Verjährung biete in diesen Fällen einen angemessenen Schutz. Durch die Kataloge in den §§ 196, 197 BGB werden die Situationen zusammengestellt, in denen diese Gefahrenlage grundsätzlich zu vermuten ist.

Eine dieser Typik entsprechende Gefahrenlage besteht beim Schuldbeitritt nicht. Er ist kein alltägliches Geschäft, sondern beinhaltet das Eingehen einer einseitigen Verbindlichkeit, was im Leben eher selten vorkommt.<sup>695</sup> Daneben ist gerade bei Sicherungs- oder Übernahmegeschäften wie dem Schuldbeitritt nicht davon auszugehen, daß bald und ohne besondere Umstände bezahlt wird. Ob der Beitretende überhaupt leisten muß, liegt ja ganz im Ermessen des Gläubigers (vgl. § 421 BGB). Insbesondere aber im Hinblick auf die Geltendmachung etwaiger *Regreßansprüche* gegen den Erstschuldner läßt sich nicht vermuten, daß der Beitretende seine Leistung an den Gläubiger schnell vergißt, ohne Quittung erbringt bzw. diese bald vernichtet. Er benötigt diese beim typischen Schuldbeitritt ja noch für einen eventuellen Prozeß gegen den regreßpflichtigen Erstschuldner bzw. beim Übernahmeschuldbeitritt für den Nachweis gegenüber dem Erstschuldner, daß er bereits geleistet und damit erfüllt hat. Die Gefahrensituation der §§ 196, 197 BGB, die Gefahr einer doppelten Inan-

<sup>694</sup> Band I, S. 297 ff. (zu § 196 BGB) und S. 305 (zu § 197 BGB).

<sup>695</sup> Dies dürfte auch der Grund sein, warum im Katalog des § 196 BGB keine nur einseitig verpflichtenden Geschäfte vertreten sind.

spruchnahme wegen Beweisschwierigkeiten, liegt beim Schuldbeitritt also typischerweise nicht vor.

Daneben hätte die generelle *kurze Verjährung* des Schuldbeitritts auch einen bedeutenden Nachteil für den Beitretenden und den Gläubiger. Geht der Gläubiger, wie vom Beitretenden gewünscht, zuerst gerichtlich gegen den Erstschuldner vor, so unterbricht dies die Verjährung beim Schuldbeitritt nicht (§ 425 BGB). Will also der Gläubiger seine Sicherheit aufgrund der kurzen Verjährung und der regelmäßig langen Prozeßdauer nicht verlieren, müßte er gleichzeitig auch gegen den Beitretenden vorgehen. Die kurze Verjährung hat damit *zwei bedeutende Nachteile*. Zum einen zwingt sie den Gläubiger, einen ansonsten vielleicht überflüssigen Doppelprozeß zu führen. Zum anderen wird der Beitretende unnötig in Anspruch genommen und mit Prozeßkosten belastet. Als Alternative zur Prozeßführung käme eine Stundung oder ein Anerkenntnis des Beitretenden in Betracht, was die Verjährung der Beitrittsschuld ebenfalls hemmen bzw. unterbrechen würde. Damit würden zwar die Nachteile der doppelten Prozeßführung entfallen. Man hätte jedoch im Ergebnis nichts anderes als eine Verlängerung der Verjährungsfrist für den Schuldbeitritt erreicht und zwar genau bis zu dem Zeitpunkt, in dem feststeht, ob der Erstschuldner leistet. Tut er dies, so entfällt auch der Anspruch gegen den Beitretenden (§ 422 BGB). Leistet er nicht, so wird der Gläubiger gegen den Beitretenden vorgehen, dessen Schuld ja noch nicht verjährt ist. Diese Überlegungen machen deutlich, daß auch in diesem Fall die kurze Verjährung dem Beitretenden keinen Vorteil bringen würde, sie den Gläubiger jedoch in Handlungszwänge brächte, die den Sicherungswert des Schuldbeitritts erheblich beeinträchtigten.<sup>696</sup>

Eine direkte wie auch analoge Anwendung der §§ 196, 197 BGB auf den Schuldbeitritt sollte daher unterbleiben. Weder ist die Gefahrenlage bei Schuldbeitritt mit der nach §§ 196, 197 BGB vergleichbar noch bringt die Anwendung entscheidende Vorteile. Es bleibt daher für den Schuldbeitritt

<sup>696</sup> Ebenso für die Bürgschaft: *Unterrieder*, Die regelmäßige Verjährung, S. 240.

bei der regelmäßigen Verjährungsfrist von dreißig Jahren.<sup>697</sup> Daneben bleibt es den Vertragsparteien natürlich unbenommen, ausdrücklich eine kürzere Verjährungsfrist zu vereinbaren (§ 225 S. 2 BGB).

## II. Der Verjährungsbeginn

Nach § 198 BGB beginnt die regelmäßige Verjährung, also die dreißigjährige Frist des § 195 BGB, im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung. Der Fristablauf beginnt demnach im Beitrittszeitpunkt, also regelmäßig mit dem Tag des Abschlusses des Schuldbeitrittsvertrages.

Soweit die ganz herrschende Ansicht<sup>698</sup> im Gegensatz dazu davon ausgeht, daß die Verjährung der Beitrittsschuld gleichzeitig mit der Verjährung der Erstschuld beginnt, ist dies eine Folge des Gedankens der Übertragung der Verjährung der Erstschuld auf den Schuldbeitritt. Dieser Gedanke wurde bereits widerlegt.<sup>699</sup> Insbesondere die Selbständigkeit des Schuldbeitritts steht dieser Annahme entgegen.

## III. Unterbrechung und Hemmung der Verjährung

Mit dem Schuldbeitritt werden die Erstschuld und die Beitrittsschuld gesamtschuldnerisch miteinander verknüpft. Dies führt jedoch nicht zu einem einheitlichen Verjährungsverlauf. Vielmehr haben gemäß § 425 Abs. 2 BGB die nach dem Beitrittszeitpunkt auftretenden Unterbrechungen und Hemmungen der Verjährung grundsätzlich *Einzelwirkung*. Das bedeutet, daß sie nur beim jeweiligen Schuldner den Verjährungsverlauf

<sup>697</sup> Der Sonderfall des Schuldbeitritts zu einer Verpflichtung auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen muß im Wege der teleologischen Reduktion aus dem Anwendungsbereich des § 197 BGB herausgenommen werden.

<sup>698</sup> RGZ 135, 104, 107 f.; 143, 154, 157; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 13; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 23; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 7; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 37 II 2a, S. 321; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1324; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, § 29 III 4, S. 264; Bydlinski, ZIP 1989, 953, 956; Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1041.

<sup>699</sup> Vgl. die Ausführungen unter I. 1.

verändern. Eine Stundung, eine gerichtliche Geltendmachung oder ein Anerkenntnis beeinflussen die Verjährung also nur bei dem Gesamtschuldner, bei dem sie auftreten.<sup>700</sup>

#### IV. Ergebnis

Als Fazit bleibt festzuhalten, daß die Beitrittsschuld als selbständige Verpflichtung einer eigenen, unabhängig von der Erstschuld zu bestimmenden Verjährung unterliegt. In dieser Hinsicht unterscheidet sie sich in keiner Weise von den anderen Personalsicherheiten: der Bürgschaft und der Garantie. Der Anspruch aus einem Schuldbeitritt verjährt daher grundsätzlich gemäß § 195 BGB nach dreißig Jahren. Der Lauf der Frist beginnt mit Entstehung des Anspruchs (§ 198 BGB), also regelmäßig mit Abschluß des Beitrittsvertrags. Der Eintritt von Umständen, welche nach dem Beitrittszeitpunkt den Lauf der Verjährung unterbrechen oder hemmen, hat nach § 425 Abs. 2 BGB nur Einzelwirkung. Diese Umstände verändern den Lauf der Verjährung beim davon nicht betroffenen Gesamtschuldner also nicht. War die Erstschuld hingegen bereits im Beitrittszeitpunkt verjährt, so kann der Beitretende dies dem Gläubiger ebenso wie der Erstschuldner entgegenhalten. Diese Einwendungserstreckung folgt aus dem Grundsatz der anfänglichen Inhaltsgleichheit beider Verpflichtungen, also aus der Begründungsakzessorietät der Beitrittsschuld.<sup>701</sup>

<sup>700</sup> Allgemeine Ansicht – vgl. RGZ 135, 104, 108; BGHZ 58, 251, 255; BGH NJW 1993, 1914, 1915; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 23; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 7; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1324; Bydlinski, ZIP 1989, 953, 956; Edenfeld, JZ 1997, 1034, 1041.

<sup>701</sup> Näher dazu im 5. Kapitel B. I.

## Fünftes Kapitel

### **Der Schuldbeitritt als Teil eines Drei-Personen-Verhältnisses – Auswirkungen der Erstschuld und des Innenverhältnisses zum Erstschuldner auf die Rechte und Pflichten des Beitretenden**

Durch den Schuldbeitritt begründet der Beitretende nicht nur ein Rechtsverhältnis mit dem Gläubiger. Es entsteht auch ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Erstschuldner und er verknüpft seine Beitrittsschuld gesamtschuldnerisch mit der Verpflichtung des Erstschuldners gegenüber dem Gläubiger (der Erstschuld). Mit dem Schuldbeitritt entsteht also ein *Drei-Personen-Verhältnis*. Damit stellt sich die Frage, inwieweit die Rechte und Pflichten des Beitretenden gegenüber dem Gläubiger, aber auch gegenüber dem Erstschuldner, nicht nur von der Ausgestaltung und Wirksamkeit des Beitrittsschuld, sondern auch durch die anderen beiden Rechtsverhältnisse (durch die *Erstschuld* und das *Innenverhältnis*) beeinflusst werden. Ob und wie Einwendungen in diesen Rechtsverhältnissen auch die Beitrittsschuld verändern und welche Regreßansprüche im Innenverhältnis zwischen dem Beitretenden und dem Erstschuldner bestehen, soll daher in diesem Kapitel näher untersucht werden.

#### **A. Einwendungen des Beitretenden aus einem indirekten Schuldbeitritt**

Der Beitrittsvertrag kann vom Beitretenden nicht nur direkt mit dem Gläubiger geschlossen<sup>702</sup>, sondern auch mit dem Erstschuldner als Ver-

<sup>702</sup> Im Fall des direkten Schuldbeitritts, also des Vertragsschlusses zwischen Gläubiger und Beitretendem, kann der Beitretende dem Gläubiger keine Einwendungen aus seinem Rechtsverhältnis zum Erstschuldner entgegenhalten. Der Schuldbeitritt ist hier rechtlich selbständig und insofern abstrakt

trag zugunsten des Gläubigers vereinbart werden (indirekter Schuldbeitritt).<sup>703</sup> In diesem Fall kann der Schuldbeitritt an den gleichen Mängeln leiden wie bei einem mit dem Gläubiger direkt geschlossenen Schuldbeitritt; er kann also z.B. dem AGB-Gesetz widersprechen, form- oder sittenwidrig sein.<sup>704</sup> Die daraus resultierenden Einwendungen entstammen beim indirekten Schuldbeitritt jedoch nicht dem Rechtsverhältnis zwischen Beitretendem und Gläubiger, sondern aus seinem Rechtsverhältnis mit dem Erstschuldner, so daß sie nicht automatisch dem Gläubiger gegenüber geltend gemacht werden können. Eine Einwendungserstreckung ermöglicht hier erst § 334 BGB, der auf den indirekten Schuldbeitritt als echten Vertrag zugunsten Dritter direkte Anwendung findet.<sup>705</sup> Ihren zutreffenden Grund findet diese Einwendungserstreckung darin, daß Grundlage für die Forderung des Gläubigers kein Vertrag mit ihm, sondern allein der Vertrag zwischen Erstschuldner und Beitretendem ist. Der verpflichtete Beitretende soll nun aber dadurch, daß er seine Leistung an einen Dritten erbringen muß, nicht schlechter stehen als er stünde, wenn er an seinen Vertragspartner zu leisten hätte. Er kann daher dem Dritten all die Einwendungen entgegenhalten, die er auch dem Erstschuldner gegenüber erheben darf und sich damit im Ergebnis auf die Unwirksamkeit des Beitrittsvertrags berufen.

Diese Einwendungserstreckung gemäß § 334 BGB soll nun aber nach Ansicht einiger Stimmen in der Literatur nicht uneingeschränkt gelten.<sup>706</sup> Sie müsse vielmehr ab dem Zeitpunkt ausgeschlossen sein, in welchem dem Gläubiger der *Schuldbeitritt mitgeteilt* wurde. Der Gläubiger würde von diesem Zeitpunkt an auf den Bestand der Verpflichtung des Beitretenden vertrauen und sein Verhalten darauf abstimmen, gegebenenfalls

zum Rechtsverhältnis zwischen Beitretendem und Erstschuldner (vgl. oben I. Kapitel D II.).

<sup>703</sup> Vgl. oben 3. Kapitel A. II.

<sup>704</sup> Vgl. die näheren Ausführungen im 4. Kapitel.

<sup>705</sup> Vgl. oben 3. Kapitel A. II. und BGH WM 1959, 16, 22; WM 1973, 1289, 1291; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 14; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl v § 414 Rn. 5; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 29; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 6 (allgemeine Ansicht).

<sup>706</sup> Vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 35 II, S. 611.

sogar Maßnahmen gegen den Erstschuldner unterlassen. Dieses Vertrauen müsse geschützt werden, indem Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zwischen Beitretendem und Erstschuldner ab der Mitteilung analog § 417 Abs. 2 BGB auszuschließen sind, der Beitretende sich also nun nicht mehr auf die Unwirksamkeit des Schuldbeitritts berufen darf.

Ein so weitgehender Vertrauensschutz erscheint jedoch kaum gerechtfertigt. Die Mitteilung des Schuldbeitritts, also die Bekanntmachung des Forderungsrechtes gegenüber dem Dritten ist eine Selbstverständlichkeit bei Verträgen zugunsten Dritter. Trotzdem enthält § 334 BGB keine Einschränkung aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes und dies völlig zu recht. Jede Forderung steht unter dem Vorbehalt ihrer eigenen Unwirksamkeit. Erfährt nun also ein Gläubiger von seinem Forderungsrecht, so weiß er auch, daß dieses seinen Geltungsgrund im Vertrag zwischen dem Erstschuldner und dem Beitretenden hat und damit die Wirksamkeit seiner Forderung von der Wirksamkeit dieses Vertrages abhängt. Dementsprechend muß er sich insbesondere im Hinblick auf seine Rechte gegenüber dem Erstschuldner verhalten. Ein Vertrauen darauf, daß seine Forderung unabhängig von der Wirksamkeit des forderungsbegründenden Vertrages besteht, kann entgegen der obigen Ansicht allein durch die Mitteilung des Forderungsrechtes nicht entstehen.<sup>707</sup>

Nur in den Sonderfällen, in denen der Beitretende *über die bloße Mitteilung vom Schuldbeitritt hinaus* durch sein sonstiges Verhalten erreicht hat, daß der Gläubiger allein im Hinblick auf diesen Schuldbeitritt unwiderrufliche Dispositionen trifft, könnte ein Berufen auf die Unwirksamkeit des Schuldbeitritts als ausgeschlossen erscheinen.<sup>708</sup> Als Beispiel

<sup>707</sup> So auch die herrschende Meinung – vgl. BGH WM 1973, 1289, 1291; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 14; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl v § 414 Rn. 5; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 29; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 6; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 37 II 2a, S. 321; Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 36 f.; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, § 29 III 2, S. 262; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 388; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 25 ff., 30.

<sup>708</sup> Zutreffend: BGH WM 1973, 1289, 1291; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 14; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl v § 414 Rn. 5; RGRK-

mag hier eine Entscheidung des *OLG Oldenburg* dienen.<sup>709</sup> Im zugrundeliegenden Fall hatte der Gläubiger (ein Bauhandwerker) den Erstschuldner (den Generalunternehmer) schon vergeblich wegen Werklohnforderungen in Anspruch genommen und daher seine Arbeiten eingestellt. Erst nachdem der beklagte Grundstückseigentümer durch Vertrag mit dem Erstschuldner dessen Schuld beigetreten war, um die Wiederaufnahme der Arbeiten zu erreichen, führte der Gläubiger seine Arbeiten fort. Im Zahlungsprozeß bestritt der Grundstückseigentümer dann die Wirksamkeit des Schuldbeitritts. Das OLG nahm hier einen Einwendungsausschluß des Beitretenden bezüglich der Unwirksamkeit seines Schuldbeitritts aus Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes an, ohne dafür eine rechtliche Grundlage zu offenbaren. Eine solche bietet keinesfalls eine analoge Anwendung des § 417 Abs. 2 BGB; dessen Regelungszweck läßt sich nicht auf den Schuldbeitritt übertragen. Die Regelung des § 417 Abs. 2 BGB ist Folge der Abstraktheit der Schuldübernahme und des Gedankens der Kontinuität und Identität der Altschuld. Beides paßt auf den Schuldbeitritt nicht. Auch der Gedanke des Gläubigerschutzes, den § 417 Abs. 2 BGB beinhaltet, ist auf den Schuldbeitritt wegen der fortlaufenden Haftung des Erstschuldners nicht einschlägig.<sup>710</sup>

Vielmehr ließe sich der in solchen Extremsituationen notwendige Vertrauensschutz auf einen anderen Rechtsgrundsatz stützen: auf das *Verbot widersprüchlichen Verhaltens* nach § 242 BGB.<sup>711</sup> Danach ist eine Rechtsausübung, und damit auch das Berufen auf die Unwirksamkeit eines Vertrags, unzulässig, wenn sie im Gegensatz zu einer durch das Verhalten des Berechtigten entstandenen Rechts- oder Sachlage steht, auf die der andere Teil vertrauen durfte und vertraut hat, etwa indem er bestimmte Dispositionen getroffen hat.<sup>712</sup> Der Gläubiger darf jedoch – wie gerade ausgeführt wurde – nicht ohne weiteres auf die Wirksamkeit des

*Weber*, BGB, Vor § 414 Rn. 29; *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 37; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 29 III 2, S. 262.

<sup>709</sup> BauR 1986, 586 f.

<sup>710</sup> Vgl. oben I. Kapitel C. II. 5. d).

<sup>711</sup> Ebenso *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 37.

<sup>712</sup> Vgl. *Erman-Werner*, BGB, § 242 Rn. 79; *MünchKomm-Roth*, BGB, § 242 Rn. 322 ff., 333; *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 242 Rn. 55 f.

mitgeteilten Schuldbeitritts vertrauen. Sein Vertrauen wird erst dann als schutzwürdig anzuerkennen sein, wenn über die bloße Mitteilung hinaus weitere Umstände hinzukommen, die erkennbar den Schluß auf einen wirksamen Schuldbeitritt nahelegen. Diese Voraussetzungen dürften nur in so seltenen Fällen wie dem obigen Beispielfall gegeben sein. Teilt nämlich der Beitretende dem Gläubiger seinen Schuldbeitritt in dem Bewußtsein mit, daß – etwa aufgrund der Zahlungsunfähigkeit des Erstschuldners – der Gläubiger danach seine Leistung an den Erstschuldner allein im Vertrauen auf den mitgeteilten Schuldbeitritt erbringt, so wird erkennbar ein *besonderes Vertrauen* beim Gläubiger in die Wirksamkeit des Schuldbeitritts begründet. In diesen Sonderfällen ist das – auch für den Beitretende klar erkennbare – besondere Vertrauen des Gläubigers zu schützen, indem dem Beitretenden das Berufen auf die Unwirksamkeit seines Schuldbeitritts als „venire contra factum proprium“ versagt wird. Wer dieses besondere Maß an Vertrauen schafft, muß sich daran festhalten lassen und zwar unabhängig davon, ob ihm die Unwirksamkeit des Schuldbeitritts von vornherein bekannt war oder ob er erst im Nachhinein davon erfährt.

Anders sind jedoch all die Fälle zu behandeln, in denen die Mitteilung nicht in dem Bewußtsein erfolgt, daß der Gläubiger allein aufgrund dieses Schuldbeitritts seine Leistung erbringen wird, da regelmäßig der Erstschuldner weiterhin als leistungsfähig einzuschätzen ist. In diesen Fällen entsteht beim Gläubiger durch die Mitteilung kein besonderes und damit schützenswertes Vertrauen auf die Wirksamkeit des Schuldbeitritts. Die mögliche Unwirksamkeit des Beitrittsvertrags ist hier weiterhin Teil des von ihm zu tragenden Risikos. Es bleibt bei der uneingeschränkten Anwendbarkeit des § 334 BGB, so daß die Haftung des Beitretenden aufgrund des Schuldbeitritts entfällt, wenn sich der Beitrittsvertrag mit dem Erstschuldner als unwirksam herausstellt. Allerdings kann dann eine Haftung des Beitretenden auf den Vertrauensschaden aus c.i.c. in Betracht kommen, wenn er eine ihm gegenüber dem Gläubiger obliegende Aufklärungspflicht verletzt hat, etwa indem er diesem den Schuldbeitritt in Kenntnis der Unwirksamkeit mitteilte.<sup>713</sup>

<sup>713</sup> Vgl. die Rechtsprechung zur Haftung bei unwirksamen Verträgen (RGZ 104, 265, 267 f.; BGHZ 18, 248, 252; 116, 251, 257; zustimmend: Münch-

## **B. Rechte des Beitretenden aus der Unwirksamkeit der Erstschuld**

Unabhängig davon, ob der Beitrittsvertrag mit dem Gläubiger oder mit dem Erstschuldner geschlossen wurde, können natürlich auch dem Erstschuldner Einwendungen gegen seine Inanspruchnahme durch den Gläubiger zustehen. An dem Rechtsverhältnis zwischen beiden ist der Beitretende nicht unmittelbar beteiligt. Ob er sich trotzdem auf die Einwendungen des Erstschuldners berufen kann, hängt zunächst vom Zeitpunkt der Einwendungsentstehung ab.<sup>714</sup>

### **I. Im Beitrittszeitpunkt bestehende Einwendungen des Erstschuldners**

Ist die Einwendung des Erstschuldners gegen den Gläubiger bereits vor dem Abschluß des Beitrittsvertrags entstanden, so kann auch der Beitretende Rechte aus ihr geltend machen. Dies folgt – wie schon mehrfach betont wurde – aus der *anfänglichen Inhaltsgleichheit* von Erstschuld und Beitrittsschuld. Der Schuldbeitritt begründet eine selbständige, anfänglich mit der Erstschuld inhaltsgleiche Verbindlichkeit des Beitretenden. Der Verpflichtungsinhalt der Erstschuld wird also durch den Schuldbeitritt für den Beitretenden kopiert. Es entstehen damit zwei im Beitrittszeitpunkt

*Komm-Emmerich*, BGB, Vor § 275 Rn. 84; *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 276 Rn. 77; *Soergel-Wiedemann*, BGB, Vor § 275 Rn. 144): Beruht die Unwirksamkeit eines Vertrags auf einem Umstand, der aus der Sphäre eines Vertragspartners kommt, so kann dieser aus c.i.c. schadenersatzpflichtig sein. Diese Grundsätze dürften auch auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Beitretendem beim indirekten Schuldbeitritt anzuwenden sein, da zwischen beiden zwar kein Vertrag, aber ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis entsteht, auf das sich die c.i.c. gründen kann (vgl. BGHZ 9, 316, 318; *Jauernig-Vollkommer*, BGB, § 328 Rn. 11; *MünchKomm-Gottwald*, § 328 Rn. 25; *Palandt-Heinrichs*, BGB, Einf v § 328 Rn. 5), und die Unwirksamkeit des Beitrittsvertrags im Verhältnis zwischen ihnen stets aus der Sphäre des Beitretenden stammt.

<sup>714</sup> Zur Bestimmung des Zeitpunktes dürfte es wie bei § 404 BGB ausreichen, daß die Einwendung zum Beitrittszeitpunkt bereits angelegt war – ebenso *Reinicke/Tiedtke*, *Kreditsicherung*, Rn. 12.

*inhaltlich* völlig identische Verbindlichkeiten, die allerdings auf verschiedenen Rechtsgründen basieren und daher auch im Anschluß verschiedene Wege gehen können. Die inhaltliche Identität der Beitrittsschuld mit der Erstschuld im Zeitpunkt des Beitritts führt nun dazu, daß der Beitretende in diesem Zeitpunkt genau wie der Erstschuldner haftet. In Anlehnung an § 767 Abs.1 S. 1 BGB könnte man formulieren: Für die Verpflichtung des Beitretenden ist der Bestand der Erstschuld im Beitrittszeitpunkt maßgeblich. Man ist also versucht, von einer *Begründungsakzessorietät* zwischen beiden Verpflichtungen zu sprechen.

Mit dem Begriff der Akzessorietät bezeichnet man den Höchstfall der einseitigen Abhängigkeit zweier Forderungen; durch sie wird eine Forderung in der Weise einseitig mit einer anderen verknüpft, daß sie sich inhaltlich *unmittelbar* und *selbsttätig*, also ohne daß es dazu weiterer Rechtsakte bedürfe, der maßgeblichen Forderung in ihrer jeweiligen Gestalt anpaßt. Jede Änderung bei der Hauptforderung bewirkt unmittelbar und automatisch eine Anpassung des abhängigen Rechts.<sup>715</sup> Dabei gilt es zu betonen, daß diese Anpassung nicht darauf beruht, daß der konkrete Umstand, welcher die führende Forderung verändert, auch unmittelbar auf die abhängige Forderung einwirkt. Deren Reaktion wird vielmehr allein durch die Veränderung der führenden Forderung verursacht, ohne daß der Grund für deren Veränderung eine Rolle spielt. Das akzessorische Recht reagiert also nur mittelbar auf den konkreten Umstand beim Hauptrecht.<sup>716</sup> Die strenge Abhängigkeit des akzessorischen Rechts vom Haupt-

<sup>715</sup> Vgl. *Becker-Eberhard*, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, S. 60 f.; *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 23; *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 47; *Habersack*, JZ 1997, 857, 862.

<sup>716</sup> Darauf zu recht ausdrücklich hinweisend *Becker-Eberhard*, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, S. 206 f. Daher geht es auch am Kern der Sache vorbei, wenn man von einer *Einwendungserstreckung* auf den akzessorisch Haftenden spricht, da dieser sich hinsichtlich seiner eigenen Verpflichtung keinesfalls direkt auf die Einwendung des Hauptschuldners (z.B. eine Sittenwidrigkeit) berufen kann, sondern nur deren Rechtsfolge, nämlich die Unwirksamkeit der Erstschuld, geltend machen darf. Nur die *Wirkung* der Einwendung beim Erstschuldner erfaßt auch die akzessorische Forderung.

recht beschränkt sich jedoch auf den *Inhalt* der Verpflichtung, also auf die Fragen nach dem Leistungsgegenstand und dem Leistungsumfang. Nur in diesen Punkten folgt die akzessorische Schuld der Hauptschuld. Alle sonstigen rechtlichen Ausgestaltungen der Hauptschuld, wie z.B. der Erfüllungsort oder die Verjährung<sup>717</sup>, werden trotz der Akzessorietät nicht auf das Nebenrecht übertragen.<sup>718</sup> Hier macht sich der selbständige Haftungsgrund des Nebenrechts bemerkbar.

Überprüft man anhand dieser Grundsätze die Rechtslage bei einem Schuldbeitritt, so wird deutlich, daß man tatsächlich von einer akzessorischen Abhängigkeit der Beitrittschuld von der Erstschuld im Entstehungszeitpunkt sprechen kann. Ist nämlich die Erstschuld, und damit die Verbindlichkeit des Erstschuldners im Beitrittszeitpunkt, nicht wirksam, so besteht auch die Verbindlichkeit des Beitretenden nicht, da er in diesem Zeitpunkt ja inhaltlich wie der Erstschuldner haftet, also überhaupt nicht.<sup>719</sup> Zutreffend ist es daher, wenn nach der gefestigten Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit eines Ratenkredits als wucherähnliches Geschäft auch der Schuldbeitritt zu einer solchen Kreditschuld von der Sittenwidrigkeit mittelbar erfaßt wird.<sup>720</sup> Kann der Erstschuldner aufgrund einer Einwendung (z.B. einer Mängelerinrede) den Umfang seiner Verpflichtung im Beitrittszeitpunkt verringern, so vermindert sich auch die in diesem Zeitpunkt ja inhaltsgleiche Verpflichtung des Beitretenden. Gegen den Beitretenden wirkt aus diesem Grunde auch eine vor dem Beitritt ergangene rechtskräftige Entscheidung über den Bestand oder Inhalt der

<sup>717</sup> Näher dazu im 4. Kapitel unter f.

<sup>718</sup> Vgl. Staudinger-Horn, BGB, § 767 Rn. 3.

<sup>719</sup> Vgl. zum Problem des Nichtbestehens der Erstschuld im Beitrittszeitpunkt die vorgezogenen Ausführungen im 3. Kapitel B. I. und II.

<sup>720</sup> Vgl. BGHZ 80, 153; BGH NJW 1982, 2433; OLG Frankfurt am Main ZIP 1984, 1465. In den Entscheidungen wird mangels Entscheidungsrelevanz leider meist nicht erörtert, ob die vereinbarte Mithaftung eine Mitvertragspartnerschaft oder ein Schuldbeitritt ist. Es handelt sich in den hier zitierten Entscheidungen jedoch um Mithaftungsvereinbarungen, die als Schuldbeitritte zu qualifizieren sind – zu den Abgrenzungsmerkmalen vgl. 2. Kapitel D.

Erstschuld.<sup>721</sup> Die anfängliche Inhaltsgleichheit von Erst- und Beitrittsschuld führt also zu einer Abhängigkeit der Beitrittsschuld von der Erstschuld im Beitrittszeitpunkt, die allen Merkmalen einer Akzessorietät entspricht. Die zeitliche Begrenzung der Akzessorietät auf den Beitrittszeitpunkt hat jedoch zur Folge, daß nur solche Einwendungen bezüglich der Erstschuld auf die Beitrittsschuld durchschlagen, die bereits in diesem Moment den Inhalt, also den Leistungsgegenstand oder den Leistungsumfang der Erstschuld verändern. Die Begründungsakzessorietät hilft dem Beitretenden somit nicht, wenn der Erstschuldner ein ihm zustehendes Anfechtungsrecht noch nicht ausgeübt hat, da solange dessen Verpflichtung und damit auch die des Beitretenden noch besteht. Der Beigetretene hat hier nur die Einrede analog § 770 Abs. 1 BGB.<sup>722</sup>

Ganz überwiegend wird diese aus der Struktur des Schuldbeitritts folgende Abhängigkeit der Beitrittsschuld von der Erstschuld im Beitrittszeitpunkt jedoch nicht auf den Gedanken der Akzessorietät, sondern auf eine *analoge Anwendung des § 417 Abs. 1 BGB* gestützt.<sup>723</sup> Diese Analogie kann jedoch, wie bereits angedeutet wurde,<sup>724</sup> nicht überzeugen. Es mag dahinstehen, ob es bereits an einer Regelungslücke fehlt.<sup>725</sup> Jedenfalls ist die dem § 417 Abs. 1 BGB zugrundeliegende Interessenlage bei der Schuldübernahme kaum vergleichbar mit der beim Schuldbeitritt. Der Grundgedanke des § 417 Abs. 1 BGB besteht darin, daß bei der Schuld-

<sup>721</sup> Vgl. BGH NJW 1981, 47; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 13; RGRK-Westermann, BGB, Vor § 414 Rn. 24; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl v § 414 Rn. 5; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 7; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 14.

<sup>722</sup> Vgl. dazu oben 3. Kapitel B. III.

<sup>723</sup> BGHZ 85, 346, 349; BGH NJW 1986, 1872, 1873; Erman-Westermann, BGB, Vor § 414 Rn. 8; Jauernig-Stürner, BGB, Vor §§ 414, 415 Rn. 3; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 13; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl v § 414 Rn. 5; Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 414 Rn. 7; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2, § 37 II 2a, S. 321; Larenz, Schuldrecht I, § 35 II, S. 611; Medicus, Schuldrecht AT, Rn. 815; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 393; Westermann/Bydlinski, Schuldrecht AT, Rn. 19/13.

<sup>724</sup> Vgl. oben 1. Kapitel C. II. 5. d).

<sup>725</sup> So Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 84, Fußnote 297.

übernahme die bestehende Schuld des Altschuldners vollständig auf den Neuschuldner übergeht. Die Schuld des Neuschuldners ist also nicht nur vom *Verpflichtungsinhalt* her, sondern in ihrer Gesamtheit mit der des Altschuldners identisch; nur die Schuldner wurden ausgetauscht. Es liegt also eine *Sonderrechtsnachfolge* vor. Diese hat bezüglich der Einwendungen des Altschuldners zwei selbstverständliche Konsequenzen, die § 417 Abs. 1 BGB ausdrückt. Die Schuld des Neuschuldners ist *einschließlich ihrer causa* dieselbe wie die des Altschuldners; ihm stehen daher auch alle Einwendungen des Altschuldners so zu wie sie bestanden haben. Daneben ergibt sich aus dem *Schuldnerwechsel*, also aus dem endgültigen Ausscheiden des Altschuldners, daß zwischen ihm und dem Gläubiger nach der Schuldübernahme keine Einwendungen hinsichtlich der Schuld mehr entstehen können. § 417 Abs. 1 BGB bedurfte aus diesem Grunde auch keiner Begrenzung hinsichtlich des Entstehungszeitpunkts der erstreckten Einwendungen.

Die Interessenlage beim Schuldbeitritt ist hiervon nun völlig verschieden. Er begründet keine Schuldnachfolge, sondern nur eine *selbständige*, aber anfänglich inhaltsgleiche Schuld. Zwar folgt aus der anfänglichen Inhaltsgleichheit ebenfalls eine Abhängigkeit der Beitrittsschuld von der Erstschuld. Diese weicht jedoch in wichtigen Punkten von der Regelung des § 417 Abs. 1 BGB ab. Insbesondere handelt es sich beim Schuldbeitritt um keine echte Einwendungserstreckung. Dem Beitretenden stehen bezüglich seiner Schuld gerade nicht dieselben Einwendungen wie dem Erstschuldner zu, da unterschiedliche Verpflichtungen vorliegen. Eine Sittenwidrigkeit der Erstschuld bedeutet anders als bei einer Schuldübernahme gerade nicht automatisch auch die Sittenwidrigkeit der Schuld des Beitretenden. Er kann sich vielmehr nur mittelbar auf die Sittenwidrigkeit der Erstschuld berufen, indem er die fehlende Leistungspflicht des Erstschuldners zum Anlaß nimmt, den Gläubiger auf seine eigene, anfänglich inhaltsgleiche und damit ebenfalls fehlende Leistungspflicht hinzuweisen. *Der Beitretende macht also die Akzessorietät seiner Schuld geltend, während der Schuldübernehmer sich auf die Identität seiner Schuld beruft.* Zudem entfalten nur solche Einwendungen ihre Wirkung auf die Beitrittsschuld, die sich auf den *Inhalt* der Verpflichtung des Erstschuldners im Beitrittszeitpunkt auswirken. Im Gegensatz zur Schuldübernahme bleiben Einwendungen, die sich auf die Kontinuität der *causa* der Schuld stützen (wie z.B. der bereits begonnene Ablauf der Verjährungsfrist), von vornherein ohne jede Wirkung auf die Beitrittsschuld. Zuletzt ist darauf hin-

zuweisen, daß beim Schuldbeitritt die strenge inhaltliche Abhängigkeit der Beitrittsschuld von der Erstschuld nur *im Beitrittszeitpunkt* besteht. Diese zeitliche Begrenzung ist wichtig, da der Erstschuldner auch nach dem Beitritt verpflichtet bleibt und daher weitere Einwendungen bei ihm entstehen können, welche nun jedoch nur nach Maßgabe der §§ 422 ff. BGB auch für den Beitretenden wirken. Gerade diese wichtige zeitliche Begrenzung enthält die Regelung des § 417 Abs. 1 BGB nun aber nicht; sie ist bei der Schuldübernahme ja auch nicht notwendig.

Der § 417 Abs. 1 BGB müßte also umformuliert werden, um überhaupt für eine analoge Anwendung auf den Schuldbeitritt in Frage zu kommen. Die bislang vorgenommene unveränderte analoge Anwendung führt nicht nur zu einer echten Erstreckung inhaltlicher Einwendungen, sondern darüber hinaus auch zur Erstreckung von Einwendungen, die sich auf die Identität und Kontinuität der *causa* stützen, was jedoch nur bei der Schuldübernahme, nicht aber beim Schuldbeitritt zulässig ist.<sup>726</sup> Von der Analogie sollte daher abgesehen werden. Vielmehr sollte der Gedanke der Akzessorietät herangezogen werden, um die inhaltliche Abhängigkeit der Beitrittsschuld von der Erstschuld im Beitrittszeitpunkt zu erklären.

## II. Exkurs: Mithaftung für den Bereicherungsanspruch

Liegt im Einzelfall eine Unwirksamkeit der Erstschuld im Beitrittszeitpunkt vor, so entfällt aufgrund der Begründungsakzessorietät des Schuldbeitritts auch die Haftung des Beitretenden für diese Schuld. Wurden zwischen den Beteiligten noch keine Leistungen erbracht, bleibt es bei diesem Ergebnis; der Beitretende ist frei. Hat hingegen der Gläubiger trotz der Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Vertrages bereits an den Erstschuldner geleistet, so stehen ihm Kondiktionsansprüche gegen die-

<sup>726</sup> Bestes Beispiel hierfür ist die überwiegend angenommene Erstreckung der Verjährungsfrist und insbesondere auch des bereits begonnenen Verjährungsablaufs auf den Schuldbeitritt, was jedoch nur möglich wäre, wenn keine neue Schuld begründet, sondern nur die alte Schuld fortgeführt wird – vgl. 4. Kapitel f. I. 1.

sen zu.<sup>727</sup> In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob der Beitretende auch für die Bereicherungsschuld des Erstschuldners mithaftet.

Der Bereicherungsanspruch des Gläubigers aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB richtet sich jedenfalls gegen den Erstschuldner, da dieser die Leistung (z.B. die Darlehenssumme) tatsächlich erhalten hat. Ein Anspruch gegen einen gesamtschuldnerisch haftenden Mitschuldner kann daneben zunächst nicht in Betracht kommen, da an ihn nichts geleistet wurde.<sup>728</sup>

<sup>727</sup> Es ist aber auch die umgekehrte Situation denkbar. Soweit der *Beitretende* bereits an den Gläubiger geleistet hatte, bevor sich die Unwirksamkeit des Schuldbeitritts herausstellte, steht ihm ein Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gegen den Gläubiger auf Herausgabe der gesamten Leistung jedenfalls beim *direkten* Schuldbeitritt zu. Schwieriger ist die Rechtslage beim *indirekten* Schuldbeitritt, bei dem der Beitretende den Vertrag mit dem Erstschuldner geschlossen hat. Dieser ist ein echter Vertrag zugunsten Dritter. Seine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ist insofern problematisch, als der Beitretende hier mit der Zahlung an den Gläubiger zugleich eine Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger (§ 328 BGB) als auch eine gegenüber dem Erstschuldner (§ 335 BGB) erfüllt. Die herrschende Ansicht läßt im Hinblick auf den Grundsatz der Rückabwicklung im fehlerhaften Kausalverhältnis nur einen Bereicherungsanspruch gegen den Vertragspartner zu (vgl. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 70 V 2a, S. 240 f. mit weiteren Nachweisen). Der Beitretende kann sich danach nur an den Erstschuldner halten. Eine Kondiktion gegen den Gläubiger wird ihm verwehrt (so auch BGHZ 72, 246, 251). Inwieweit diese Lösung gerade aufgrund der Ungleichbehandlung mit dem direkten Schuldbeitritt angemessen ist, soll hier offen bleiben; keinesfalls überzeugen kann allerdings die Begründung des BGH in BGHZ 72, 246, 251: der Gläubiger stünde bei einer Direktkondiktion schlechter als bei bloßer Erfüllungsübernahme. Zudem habe der Schuldbeitritt keine eigene causa und begründe daher auch keine selbständige Zweckrichtung. Der Gläubiger steht nicht schlechter, sondern anders als bei einer Erfüllungsübernahme, da mit dem Schuldbeitritt ein anderes Haftungsinstitut vorliegt, daß ihm im Falle der Wirksamkeit im Gegensatz zur Erfüllungsübernahme einen eigenen Anspruch gewährt. Es handelt sich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter mit eigener causa.

<sup>728</sup> Ein Schuldbeitritt liegt ja gerade nur dann vor, wenn der Mithaftende keine Leistungen vom Gläubiger erhält, also kein gleichberechtigter Vertragspartner neben dem Erstschuldner ist (vgl. oben 2. Kapitel D.). Wenn ein Beitretender aber definitionsgemäß keine Leistung vom Gläubiger erhält, kann er

Aufgrund dieser Rechtslage kann der Rückforderungsanspruch des Gläubigers gegen den Beitretenden nur auf den Gedanken der Erstreckung der vereinbarten Mithaftung auf die Bereicherungsansprüche des Gläubigers gegen den Erstschuldner gestützt werden. Wollte der Beitretende nicht nur für die vertraglichen Ansprüche, sondern gerade auch für bereicherungsrechtliche Ansprüche des Gläubigers gegen den Erstschuldner eintreten, so erstreckt sich die Beitrittshaftung nicht nur auf die unwirksame Erstschuld, sondern auch auf die damit begründeten Verpflichtungen des Erstschuldners aufgrund des Bereicherungsrechts. Es ist also eine Frage des *Parteiwillens* und damit der Auslegung des Beitrittsvertrags, ob sich die Haftung des Beitretenden auf die vertragliche Erstschuld beschränken oder ob er im Falle der Unwirksamkeit dieser Schuld darüber hinaus auch für die Bereicherungsschuld des Erstschuldners eintreten sollte. Diese Bereicherungsschuld ist bei Vertragsschluß zwar noch eine zukünftige, aber bereits bestimmbare Verpflichtung, so daß Bedenken gegen die Zulässigkeit eines solchen Schuldbeitritts nicht bestehen, solange die Auslegung einen entsprechenden Willen erkennen läßt.<sup>729</sup> Es ergibt sich also die Frage, in welchen Fällen ein solcher Haftungswille anzunehmen ist.

auch nicht einem Bereicherungsanspruch des Gläubigers hinsichtlich dieser Leistung ausgesetzt sein. Doch selbst wenn der Beitretende im Einzelfall geringe Teile des an den Erstschuldner ausgezahlten Darlehens *mit Nutzen* konnte, und er somit *mittelbar* etwas erlangt hatte, bedeutet dies noch nicht, daß der Kreditgeber diesen Vorteil auch bei ihm kondizieren kann. Eine Direktkondition ist nämlich nur möglich, wenn der Beitretende diesen Vorteil gerade durch eine Leistung des Gläubigers erlangt hat. Genau dies ist aber im Fall der mittelbaren Vorteilerlangung nicht gegeben. Den Vorteil erlangte der Beitretende hier vielmehr durch eine selbständige *Leistung des Erstschuldners*, also des Darlehensnehmers – vgl. *Reifner*, JZ 1984, 637, 643.

<sup>729</sup> Enthält ein *Formularvertrag* eine solche haftungserweiternde Klausel auf Bereicherungsansprüche, so ist diese – wie der BGH (NJW 1992, 1234, 1235; a.A. noch in BGHZ 95, 350, 356) zutreffend ausführt – bei entsprechender Hervorhebung weder überraschend (§ 3 AGBG) noch inhaltlich bedenklich (§ 9 AGBG), solange sie keine weite Sicherungszweckerklärung darstellt – dazu näher im 4. Kapitel C. II.

1. *Meinungsstand bei der gesamtschuldnerischen Mithaftung*

Nach einer Ansicht soll der Beitretende *stets* auch *gesamtschuldnerisch für den Bereicherungsanspruch* des Gläubigers haften und zwar unabhängig davon, ob er nun tatsächlich etwas erlangt hatte.<sup>730</sup> Zur Begründung wird zum einen auf die Rechtslage bei der Bürgschaft verwiesen. Auch dort sei die Fortgeltung der Bürgschaft für den Bereicherungsanspruch nicht ausgeschlossen, sondern von der Auslegung des Parteiwillens im Einzelfall abhängig.<sup>731</sup> Ergebe die (auch ergänzende) Vertragsauslegung den Willen, auch für Rückforderungsansprüche des Gläubigers bei Nichtigkeit der Hauptschuld zu haften, so bliebe die Bürgschaft wirksam. Für die sichernde Gesamtschuld (den Schuldbeitritt) könne nichts anderes gelten. Zum anderen wird angeführt, daß durch das Eingehen der Gesamtschuld die Gläubigerstellung gerade besonders gestärkt werden soll. Dieser soll nach dem Willen der Parteien wegen seiner Ansprüche auf zwei Schuldner zurückgreifen können. Der Wille zur Stärkung der Gläubigerposition würde aber durch die Unwirksamkeit der zugrundeliegenden Verträge nicht berührt. Er müsse im Wege der Vertragsauslegung vielmehr dazu führen, daß der Gläubiger auch für seine Bereicherungsansprüche auf beide Schuldner als Gesamtschuldner zurückgreifen kann. Anderenfalls würde den Schuldnern ein unerwarteter und ungerechtfertigter Vorteil zufallen, und der Gläubiger würde unangemessen benachteiligt, da es bei einer Gesamtschuld vom Zufall abhängt, wer tatsächlich welchen Teil der Gläubigerleistung erhalten hat.

<sup>730</sup> So ausführlich *Berkenbrock*, BB 1983, 278, 281 ff.; *Jauernig-Stürner*, BGB, § 427 Rn. 2. Für die Mitvertragspartnerschaft auch: RGZ 67, 260, 261. Ähnlich *MünchKomm-Selb*, BGB, § 421 Rn. 34a, der wegen der Gesamtschuld beide Gesamtschuldner als Leistungsempfänger im Sinne des Bereicherungsrecht ansehen will, so daß gegen beide kondiziert werden kann, auch wenn nur einer von ihnen tatsächlich etwas erlangt hatte.

<sup>731</sup> Näher zu dieser umstrittenen Frage unter Punkt 2 des Abschnitts.

Die herrschende Ansicht<sup>732</sup> lehnt die Erstreckung der gesamtschuldnerischen Mithaftung auf Bereicherungsansprüche generell ab. An den bereicherungsrechtlichen Grundsätzen, wonach jeder nur das herauszugeben habe, was er tatsächlich erlangt hatte, sei festzuhalten. Der Bereicherungsanspruch des Gläubigers sei im Gegensatz zur Rückgabeansprüchen aus einem Rückgewährverhältnis nach Rücktritt oder Wandlung *selbständiger* Natur. Er besteht völlig unabhängig vom nichtigen Vertrag und könne daher in keiner Weise als umgewandelter vertraglicher Leistungsanspruch angesehen werden, für den die Mithaftung automatisch weiterbesteht. Wollte der Beitretende also nach dem Wortlaut seiner vertraglichen Erklärungen nur für den vertraglichen Anspruch des Gläubigers mithaften und ist dieser Anspruch nichtig, so ging der Mithaftungswille des Beitretenden ins Leere. Für andere Ansprüche des Gläubigers gegen den Erstschuldner wollte er erkennbar nicht eintreten. Eine entsprechende Mithaftungsverpflichtung könne somit grundsätzlich nicht angenommen oder vermutet werden.

## 2. Meinungsstand im Bürgschaftsrecht

Bemerkenswert ist also, daß im Rahmen des Rechts der Gesamtschuld nur die Extrempositionen vertreten werden: entweder man will generell den Willen zu einer Mithaftung für Bereicherungsansprüche vermuten oder er wird nur angenommen, wenn er der Erklärung deutlich zu entnehmen ist. Im Vergleich dazu sind die Lösungsvorschläge hinsichtlich derselben Frage *im Bürgschaftsrecht* erheblich vielfältiger. Wurde die Bürgschaft für eine unwirksame Hauptschuld bestellt, so ergibt sich ebenfalls das Problem, unter welchen Umständen angenommen werden kann, daß sich die Bürgschaft nach dem Willen der Parteien auch auf die Bereicherungsschuld erstreckt. Es finden sich natürlich dieselben Lösungsvorschläge, die auch für die gesamtschuldnerische Mithaftung vorgeschlagen werden:

<sup>732</sup> Ständige Rechtsprechung seit RG JW 1909, 274, 275 (vgl. RGZ 154, 65, 70 oder BGH NJW 1982, 2433, 2436) sowie aus der Literatur: Palandt-Heinrichs, BGB, § 427 Rn. 3; RGRK-Weber, BGB, § 427 Rn. 9; Soergel-Wolf, BGB, § 427 Rn. 9; Staudinger-Noack, BGB, § 427 Rn. 74; Reifner, JZ 1984, 637, 643; Tiedtke, JZ 1987, 853, 859.

die Erstreckung sei generell interessengerecht und daher zu vermuten<sup>733</sup> bzw. die Erstreckung sei nur bei entsprechendem Wortlaut der Urkunde anzunehmen.<sup>734</sup> Überwiegend wird jedoch auf eine umfassende (auch ergänzende) Auslegung im Einzelfall abgestellt, bei der ohne vorangestellte Vermutungen der *Wortlaut* und die *Interessenlage* zu berücksichtigen seien.<sup>735</sup> Soweit der Wortlaut der Erklärung dabei nicht ergiebig ist, arbeitet die Rechtsprechung mit einem Interessenkriterium: Stellt die Bürgschaft eine bloße Gefälligkeit dar, so erstrecke sie sich grundsätzlich nicht auf die Bereicherungsschuld; wird sie hingegen aus eigenen wirtschaftlichen Interessen<sup>736</sup> erteilt, so sei anzunehmen, daß sie auch für Bereicherungsansprüche des Gläubigers gelten soll.<sup>737</sup> Soweit aber der Schuldgrund des gesicherten Anspruch genau angegeben wurde, sei zu vermuten, daß auch nur für diese Ansprüche gehaftet werden sollte. Eine

<sup>733</sup> Vgl. MünchKomm-Habersack, BGB, § 765 Rn. 62, 78; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 60 III 1c, S. 12; Bydlinski, WM 1992, 1301, 1307 (unter Hinweis auf eine entsprechende Regelung im österreichischen Recht: § 7 Abs. 1 S. 3 WucherG).

<sup>734</sup> Vgl. OLG Hamm NJW 1987, 2521; OLG Stuttgart NJW 1985, 498.

<sup>735</sup> Vgl. RGZ 95, 125, 126; BGH NJW 1987, 2076, 2077; OLG Schleswig NJW 1991, 986, 987; Erman-Seiler, BGB, § 765 Rn. 7; Staudinger-Horn, BGB, § 765 Rn. 81 ff.; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 820; ähnlich Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 86 ff.; Reifner, JZ 1984, 637, 643; Tiedtke, JZ 1987, 853, 856 ff., die jedoch eine ergänzende Vertragsauslegung für unzulässig halten.

<sup>736</sup> Hierfür reichen sowohl eigene wirtschaftliche Interessen hinsichtlich der Leistung des Gläubigers an den Hauptschuldner wie auch ein eigenes Interesse in Form eines Entgelts oder einer Provision für die Bürgschafterteilung – vgl. BGH NJW 1987, 2076, 2077. Dadurch wird abermals deutlich, daß ein eigenes wirtschaftliches Interesse auch der Bürgschaft eigen sein kann und folglich keinesfalls nur den Schuldbeitritt charakterisiert – vgl. im 2. Kapitel A. I.

<sup>737</sup> Vgl. BGH NJW 1987, 2076, 2077; OLG Schleswig NJW 1991, 986, 987; ebenso Staudinger-Horn, BGB, § 765 Rn. 81 ff.

Erweiterung der Haftung auf Bereicherungsansprüche im Wege der Auslegung müsse dann ausscheiden.<sup>738</sup>

### 3. *Stellungnahme*

Ein Grund dafür, daß diese Auslegungskriterien in der Diskussion um die Erstreckung der gesamtschuldnerischen Mithaftung auf Bereicherungsansprüche keine Rolle spielen, wird – soweit ersichtlich – nicht genannt. Er mag darin zu finden sein, daß in der Diskussion vor allem die gleichgründige Gesamtschuld (Mitvertragspartnerschaft) im Mittelpunkt steht und daher die Parallelen zum Bürgschaftsrecht nicht gerade auf der Hand liegen. Für die mittels Schuldbeitritts begründete Sicherungsgesamtschuld ist die Problemlage jedoch nicht nur vergleichbar, sondern sogar identisch mit der bei einer Bürgschaft. Die Beitrittsschuld ist im Beitrittszeitpunkt wie die Bürgenschuld akzessorisch mit der Erstschuld verbunden. Eine Unwirksamkeit der Erstschuld hat also für sie dieselben Folgen wie für eine Bürgenschuld, nämlich eine Unwirksamkeit der Mithaftung kraft Akzessorietät. Die Frage, ob die Auslegung trotzdem zur Annahme einer wirksamen Mithaftung für die Bereicherungsschuld des Erstschuldners gelangen kann, stellt sich also für beide Vertragstypen vor dem gleichen rechtlichen Hintergrund von Akzessorietät und Sicherungszweck. Die für die Bürgschaft entwickelten Auslegungskriterien könnten also auch für den Schuldbeitritt von Bedeutung sein und sind daher in die Diskussion mit einzubeziehen.

#### a) *Die erläuternde Vertragsauslegung*

Die den Parteiwillen erforschende Auslegung hat zunächst am *Wortlaut* der Erklärung anzuknüpfen. Findet sich hierin eine Klausel über die Erstreckung der Haftung auf Bereicherungsschulden für den Fall der Nichtigkeit der Erstschuld, so ist das Auslegungsergebnis eindeutig.<sup>739</sup> Haben die Parteien hingegen die Erstschuld inklusive deren Schuldgrund konkret bezeichnet, indem sie z.B. von einer Darlehens- oder Kaufpreis-

<sup>738</sup> Vgl. RGZ 95, 125, 126. Dort hatte sich jemand für Ansprüche aus einem Kaufvertrag sowie aus einem Darlehensvertrag verbürgt.

<sup>739</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 1234, 1235 f.

schuld sprachen, so spricht dies zunächst für eine Beschränkung der Haftung auf diese Erstschuld.<sup>740</sup> Rechneten die Parteien dabei mit einer Unwirksamkeit dieser Erstschuld, so bleibt mangels Lücke kein Raum für eine ergänzende Vertragsauslegung. Die Mithaftung erstreckt sich nicht auf Bereicherungsansprüche. Haben die Vertragsparteien hingegen nicht mit der Unwirksamkeit der bezeichneten Erstschuld gerechnet, so ist die vertragliche Regelung in dieser Hinsicht lückenhaft und eröffnet die Möglichkeit einer *ergänzenden Vertragsauslegung*. In diesem Fall hat der Wortlaut der Erklärung keine entscheidende Bedeutung. Vielmehr ist dann wie auch in den Fällen eines unergiebigen Wortlauts anhand des *Vertragszwecks* und der *Interessenlage* zu ermitteln, was die Parteien in Kenntnis des Umstandes als gerechten Interessenausgleich vereinbart hätten.<sup>741</sup>

b) *Die ergänzende Vertragsauslegung*

Vertragszweck des Schuldbeitritts wie auch einer Bürgschaft ist die Absicherung eines bestimmten Leistungsinteresses beim Gläubiger vor Nichtbefriedigung durch eine Leistungsunfähigkeit des Erstschuldners. Dieser Vertragszweck wird nur dann nicht berührt, wenn sich durch den Austausch der Erstschuld durch die Bereicherungsschuld das gesicherte Leistungsinteresse nicht ändert. Dies dürfte dann gegeben sein, wenn – wie z.B. beim Darlehen – die vom Erstschuldner zu erbringende Leistung unabhängig vom Schuldgrund *gleichartig* bleibt. Der Darlehensnehmer schuldet die Darlehensrückzahlung aus § 607 BGB wie auch (mit angepaßten Zinsen) aus § 812 BGB. Ändert sich hingegen das Leistungsinteresse des Gläubigers aufgrund der Unwirksamkeit der Erstschuld, so entfällt damit grundsätzlich auch der daran anknüpfende Sicherungszweck, was gegen eine Erstreckung der Mithaftung auf Bereicherungsansprüche spricht. Wurde z.B. einer Kaufpreisschuld beigetreten und stellt sich diese als nichtig heraus, so schuldet der Erstschuldner aus Bereicherungsrecht nicht mehr den Kaufpreis, sondern die erhaltene Kaufsache. Der Gläubiger ist also nicht mehr an einer bestimmten Geldsumme inte-

<sup>740</sup> Insoweit zutreffend RGZ 95, 125, 126.

<sup>741</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 121; *Brox* BGB AT, Rn. 136 ff.

ressiert, die ihm auch der Beitretende leisten könnte, sondern an einer bestimmten, nur beim Erstschuldner vorhandenen Kaufsache. Eine Mithaftung für diesen Anspruch entspricht nicht mehr dem vereinbarten Sicherungszweck und kann daher nicht mehr als in Kenntnis der Unwirksamkeit mutmaßlich vereinbart angesehen werden.

Bezieht man die *Interessenlage* beider Parteien in die Betrachtung mit ein, so besteht diesbezüglich jedenfalls beim Gläubiger Klarheit: er möchte weitestgehend, also auch für den Fall von bloßen Bereicherungsansprüchen gegen den Erstschuldner, abgesichert sein. In einem den Anforderungen des § 242 BGB gerecht werdenden Interessenausgleich sind jedoch auch die Interessen des Sichernden zu berücksichtigen. Teilweise wird angenommen, die Interessen des Sichernden werden nicht unangemessen beeinträchtigt, wenn er auch für die Bereicherungsansprüche einsteht, solange er dadurch nicht schärfer haftet als bei Wirksamkeit der Erstschuld.<sup>742</sup> Andere ziehen eine differenzierte Betrachtung vor: sichert der Mithaftende mit Eigeninteresse, so habe auch er ein Interesse an einer möglichst weitgehenden Absicherung des Gläubigers; hafte er dagegen nur aus Gefälligkeit, also ohne eigenen unmittelbaren Vorteil, so sei seine Haftung möglichst eng zu begrenzen.<sup>743</sup> Schließlich wird auch auf den Grund für die Unwirksamkeit der Erstschuld abgestellt: die Interessen eines sittenwidrig handelnden Gläubigers seien nicht schutzwürdig und daher nicht in den Interessenausgleich einzubeziehen, so daß in diesen Fällen eine Erstreckung der Haftung auf Bereicherungsansprüche ausscheiden müßte.<sup>744</sup>

Zutreffend dürfte es sein, im Rahmen der Interessenabwägung zunächst danach zu fragen, ob der mithaftende Bürge oder Beitretende von der

<sup>742</sup> Vgl. für die Bürgschaft: MünchKomm-Habersack, BGB, § 765 Rn. 62, 78; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 60 III 1c, S. 12; Bydlinski, WM 1992, 1301, 1307; für den Schuldbeitritt: Berkenbrock, BB 1983, 278, 281 ff.

<sup>743</sup> Vgl. (jeweils für die Bürgschaft) BGH NJW 1987, 2076, 2077; OLG Schleswig NJW 1991, 986, 987; ebenso Staudinger-Horn, BGB, § 765 Rn. 81 ff.

<sup>744</sup> Vgl. Staudinger-Horn, BGB, § 765 Rn. 84; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 820; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 92 (nur für den Fall, daß dem Bürgen die Sittenwidrigkeit unbekannt war).

Unwirksamkeit der Erstschuld *wußte* oder *mit ihr rechnete*. Soweit dies der Fall ist und er trotzdem eine hinsichtlich des Schuldgrundes unklare Haftungserklärung abgibt, ist zu vermuten, daß er die Leistungserbringung des Erstschuldners unabhängig vom konkreten Schuldgrund sichern will. Seine Erklärung ist daher dahingehend auszulegen, daß er auch für die gleichartige Bereicherungsschuld des Erstschuldners eintreten will.

Rechnete der Mithaftende hingegen nicht mit der Unwirksamkeit der Erstschuld, so kann nicht generell davon ausgegangen werden, daß er auch für eine andere Forderung eintreten will als für die, welche objektiv erkennbarer Anlaß der Sicherheitsbestellung war. Immerhin würden ihm durch die Erstreckung seiner Haftung auf Bereicherungsschulden die Vorteile der Akzessorietät seiner Haftung in Bezug auf die Anlaßforderung genommen. Die Haftungserstreckung ist also eine (bei ausdrücklicher Vereinbarung ohne Zweifel zulässige) rechtsgeschäftliche Umgehung der Folgen der Akzessorietät des Sicherungsrechts. Ohne sie würde der Sichernde frei; durch sie haftet er auch für eine die Erstschuld ersetzende Forderung. Auch wenn die Erstreckung auf Bereicherungsansprüche nicht zu einer über den Umfang einer wirksamen Erstschuld hinausgehenden Haftung führt, so nimmt sie dem Sichernden doch die Vorteile der Haftungsbefreiung aufgrund der Akzessorietät. Sie stellt damit ein *Rechtsgeschäft zu seinen Lasten* dar und das Eingehen eines solchen kann im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung nicht generell vermutet werden.

Die Interessen der Parteien stehen sich also diametral gegenüber. Während der Gläubiger an einer möglichst weitgehenden Haftung des Beitretenden oder Bürgen interessiert ist, will dieser seine Haftung möglichst auf die Anlaßschuld beschränken und bei deren Unwirksamkeit frei werden. Aufgabe der ergänzenden Vertragsauslegung ist es nun, einen angemessenen und dem Prinzip von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entsprechenden *Interessenausgleich* zu finden.<sup>745</sup> Der Lösungsvorschlag, hierfür auf die konkrete Interessenlage beim Sichernden abzustellen,<sup>746</sup> kann

<sup>745</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 121.

<sup>746</sup> Vgl. BGH NJW 1987, 2076, 2077; OLG Schleswig NJW 1991, 986, 987; ebenso Staudinger-*Horn*, BGB, § 765 Rn. 81 ff.

kaum überzeugen. Handelt der Bürge oder Beitretende nur aufgrund einer Gefälligkeit, also ohne eigenes wirtschaftliches Interesse, so ist ihm natürlich daran gelegen, die übernommene Haftung möglichst eng zu beschränken. Dies allein kann jedoch nicht ausreichen, um seine Belange den ebenfalls berechtigten Sicherungsinteressen des Gläubigers vorzuziehen. Ein solch einseitiger Interessenausgleich wäre kaum angemessen. Umgekehrt rechtfertigt natürlich auch das Vorliegen eines wirtschaftlichen Eigeninteresses beim Sichernden für sich allein nicht die Annahme, daß nun allein dem Sicherungsinteresse des Gläubigers der Vorzug zu geben sei. Trotz des Eigeninteresses wird der Bürge oder Beitretende nicht ohne weiteres eine Haftungserstreckung hinnehmen. Übernahm er nämlich die Mithaftung, um im eigenen Interesse die Leistung des Gläubigers an den Erstschuldner zu erreichen, so ist ihm gerade nicht daran gelegen, nun auch für die Rückgewähr des erstrebten Leistungsgegenstands einzustehen. Das Ziel, das er mit der Haftungsübernahme verfolgte, ist mit der Unwirksamkeit des der Erstschuld zugrundeliegenden Vertrags erloschen und kann somit nicht eine Haftungserweiterung begründen. Schließlich ist auch bei einer entgeltlichen Mithaftung nicht einzusehen, warum allein aufgrund des Entgelts generell das Interesse des Gläubigers dem Interesse des Sichernden vorgehen soll. Es dürfte vielmehr ein differenzierter, an den Sphären beider Parteien anknüpfender Interessenausgleich zu suchen sein.

Hierfür liegt es nahe, an den *Grund für die Unwirksamkeit* der Erstschuld anzuknüpfen. Liegt dieser in der *Sphäre* des Gläubigers, indem er z.B. sittenwidrige oder gegen das AGBG verstoßenden Kreditbedingungen formulierte, so sind seine Interessen im Vergleich zu denen des redlichen Sichernden weniger schutzwürdig und müssen daher hinter diesen zurückstehen. Die ergänzende Vertragsauslegung würde also gegen eine Haftungserstreckung auf den Bereicherungsanspruch sprechen.<sup>747</sup> Stammt der Unwirksamkeitsgrund hingegen aus der Sphäre des Erstschuldners, weil ihm z.B. die Geschäftsfähigkeit fehlt oder er mangelhaft vertreten wurde, so steht dem unverschuldet auf das Bereicherungsrecht angewie-

<sup>747</sup> Ebenso *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 93 ff.; ähnlich jedenfalls für den Fall der Sittenwidrigkeit des Vertrags, auf dem die Erstschuld beruht *Staudinger-Horn*, BGB, § 765 Rn. 84; *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 820.

senen Gläubiger ein Bürge oder Beitretender gegenüber, der für die Leistungsfähigkeit des Erstschuldner hinsichtlich der Erstschuld eintreten wollte. Begründet das Bereicherungsrecht nun eine inhaltlich mit der Erstschuld identische Leistungspflicht des Erstschuldners, wie z.B. bei einem nichtigen Darlehensvertrag, so spricht im Rahmen der an Treu und Glauben orientierten Interessenabwägung mehr dafür, daß beide Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit der Erstschuld redlicherweise auch eine Mithaftung für die Bereicherungsschuld vereinbart hätten. Der Wille für die Leistung des Erstschuldners eintreten zu wollen sowie das regelmäßige der Mithaftungsübernahme zugrundeliegende Rechtsverhältnis zwischen Sicherndem und Erstschuldner führen zu einer Verbundenheit zwischen beiden, die es gerechtfertigt erscheinen läßt, wegen des in der Sphäre des Erstschuldners liegenden Unwirksamkeitsgrundes die Interessen des Sichernden hinter denen des redlichen Gläubigers zurückstehen zu lassen.

#### 4. Zusammenfassung

Die gefundenen Ergebnisse lassen sich damit wie folgt zusammenfassen: Enthält der Mithaftungsvertrag eine Klausel über die Erstreckung der Haftung auf Bereicherungsansprüche, so ergibt schon die *erläuternde Auslegung* eine entsprechende Verpflichtung des Beitretenden oder Bürgen. Ähnliches gilt, wenn die Parteien mit der Unwirksamkeit der Erstschuld *rechneten*. Vereinbarten sie daraufhin einen bestimmten Schuldgrund für die Erstschuld, so haftet der Sichernde auch nur dementsprechend. Eine Haftungserstreckung ist hingegen anzunehmen, wenn die Parteien in Kenntnis der möglichen Unwirksamkeit der Erstschuld keinen konkreten Schuldgrund für die gesicherte Leistungspflicht des Erstschuldners angeben und diese Leistungspflicht sich auch auf den Bereicherungsanspruch gründen kann.

Rechneten die Parteien nicht mit der Unwirksamkeit der Erstschuld, so ist aufgrund der bestehenden Unvollständigkeit der vertraglichen Regelung Raum für eine *ergänzende Vertragsauslegung*, bei der vor allem der Vertragszweck und die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen sind. Der Sicherungszweck der Bürgschaft oder des Schuldbeitritts spricht jedenfalls dann gegen eine Haftungserstreckung auf Bereicherungsansprüche, wenn diese eine andere, vielleicht sogar nur durch den Erstschuldner selbst erfüllbare Leistungspflichten begründen als die Erst-

schuld. Richtet sich hingegen auch der Bereicherungsanspruch inhaltlich auf dieselbe Leistungspflicht wie die Erstschuld, so ist darauf abzustellen, aus wessen Sphäre der Grund für die Unwirksamkeit der Erstschuld stammt. Ist der Gläubiger verantwortlich, so haben seine Interessen grundsätzlich hinter denen des redlichen Sichernden zurückzustehen, was für einen Interessenausgleich zu seinen Lasten, also gegen die Annahme einer Haftungserstreckung spricht. Daher scheidet insbesondere in den häufigen Fällen des wucherischen Darlehensvertrags eine Mithaftung des Bürgen oder Beitretenden für die Bereicherungsschuld des Darlehensnehmers aus. Stammt der Unwirksamkeitsgrund hingegen aus der Sphäre des Erstschuldners, so geht dies zu Lasten des Sichernden, da diesem der Erstschuldner näher steht als dem Gläubiger. Die ergänzende Vertragsauslegung führt dann zur Annahme einer Mithaftung für die Bereicherungsschuld.

### III. Nach dem Beitrittszeitpunkt entstehende Einwendungen des Erstschuldners

Nach dem Beitrittszeitpunkt gilt der Grundsatz der Inhaltsgleichheit nicht mehr. Beitrittsschuld und Erstschuld können sich daher im Rahmen der Vorschriften über die Gesamtschuld *unabhängig* voneinander entwickeln.<sup>748</sup> Ob eine beim Erstschuldner entstehende Einwendung Auswirkungen auf die Beitrittsschuld hat, richtet sich dann danach, ob es sich bei der die Einwendung begründenden Tatsache um eine von beiden einwendbare, also gesamtwirkende Tatsache (§§ 422 bis 424 BGB) oder um eine nur von dem betroffenen Schuldner einwendbare, also einzelwirkende Tatsache (§ 425 BGB) handelt. Gesamtwirkung entfalten danach grundsätzlich die Erfüllung der Schuld durch den Erstschuldner, auch durch Erfüllungssurrogate (§ 422 BGB), ein Gläubigerverzug (§ 424 BGB) sowie eine Abtretung der Erstschuld.<sup>749</sup> Ob der Erlaß eines Ge-

<sup>748</sup> Allgemeine Ansicht im Hinblick auf § 425 BGB – vgl. nur BGHZ 58, 251, 255; MünchKomm-Möschel, BGB, Vor § 414 Rn. 13; Palandt-Heinrichs, BGB, Überbl v § 414 Rn. 6; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 22; Staudinger-Rieble, BGB, § 414 Rn. 23.

<sup>749</sup> Genauer dazu im 1. Kapitel B. III. 2. und 3. – zur Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen im 1. Kapitel C.

samtschuldners Gesamt- oder Einzelwirkung hat, liegt im Willen der Erlaßparteien (§ 423 BGB). Alle Einwendungen aus anderen Tatsachen können gem. § 425 Abs. 1 BGB nur von dem Gesamtschuldner geltend gemacht werden, in dessen Person sie eintreten. Eine Einwendungserstreckung findet nicht statt. Eine andere Vereinbarung zwischen den Parteien ist natürlich zulässig (§ 425 Abs. 1 2. HS. BGB), kann unter Umständen jedoch zur Einordnung des Vertrages unter einen anderen Vertragstyp führen.<sup>750</sup>

### **C. Regreß**

Wurde der Beigetretene vom Gläubiger in Anspruch genommen, so stellt sich die Frage, ob und inwieweit er vom Erstschuldner Regreß verlangen kann. Die gleiche Frage kann beim Erstschuldner auftreten, wenn dieser Leistungen an den Gläubiger erbracht hat. Regreßansprüche zwischen beiden können sich sowohl aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis als auch aus der Gesamtschuld ergeben.

#### **I. Ansprüche aus dem Grundverhältnis zwischen Erstschuldner und Beitretendem**

Ein Regreßanspruch kann sich zunächst aus einem dem Schuldbeitritt zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zwischen Erstschuldner und Beitretendem ergeben.<sup>751</sup> Aus diesem Rechtsverhältnis ergibt sich im konkreten Einzelfall, warum der Beitretende sich neben dem Erstschuldner verpflichtete. Hierbei muß man wieder zwischen dem typischen, allein der Sicherung des Gläubigers dienenden Schuldbeitritt und dem Übernahmeschuldbeitritt unterscheiden.

Grundlage des erstgenannten *sichernden Schuldbeitritts* können im einzelnen ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB), ein Sicherungsauftrag (§ 662 BGB), eine Schenkung (§ 516 BGB), eine Ge-

<sup>750</sup> Genauer dazu im 1. Kapitel C., insbesondere C. II.1. und 3.

<sup>751</sup> Darauf mit Nachdruck hinweisend: *Weber*, Kreditsicherheiten, S. 111 und JuS 1972, 9, 13.

schäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) oder auch eine bloße Gefälligkeit des Beitretenden sein. Aus einem Sicherungsauftrag, einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung oder einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben sich dann bereits gesetzliche Regreßansprüche für den Beitretenden im Falle seiner Leistung (§ 670 BGB).<sup>752</sup> Solche Ansprüche können aber auch bei anderen Vertragsgestaltungen speziell vereinbart worden sein. Aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis kann sich aber, wie im Falle einer Schenkung, auch ergeben, daß kein Regreß des sichernden Beitretenden beim Erstschuldner stattfinden soll.

Einem *Übernahmeschuldbeitritt* liegt regelmäßig ein Erwerbsgeschäft des Beitretenden mit dem Erstschuldner zugrunde. Insbesondere beim Kauf von Unternehmen, die nicht unter § 25 HGB fallen, kann es im Interesse der Gläubiger notwendig sein, daß der Erwerber den noch bestehenden Altschulden des Veräußerers beitritt. Ein gesetzlicher Regreßanspruch läßt sich in diesen Fällen weder für den Beitretenden noch für den Veräußerer finden. Es bleibt also den Parteien vorbehalten, in diesen Fällen Regreßregelungen zu vereinbaren.

## II. Ansprüche aus § 426 Abs. 1 BGB

Daneben kann sich ein Ausgleichsanspruch sowohl für den Beitretenden als auch für den Erstschuldner aus § 426 Abs. 1 BGB ergeben. Durch den Schuldbeitritt werden die Verpflichtungen beider gesamtschuldnerisch verknüpft, was zur unmittelbaren Anwendbarkeit des § 426 BGB führt.<sup>753</sup> Der an den Gläubiger leistende Gesamtschuldner kann danach den Betrag, der seinen im Innenverhältnis zu tragenden Anteil übersteigt, vom anderen Gesamtschuldner ersetzt verlangen (§ 426 Abs. 1 BGB).<sup>754</sup> Es stellt sich also die Frage nach der Höhe des im Innenverhältnis zu tragenden Anteils bei einem Schuldbeitritt.

<sup>752</sup> Vgl. Hellner/*Steuer-Wagenknecht*, Bankrecht, Rn. 4/1328; *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 558.

<sup>753</sup> Vgl. oben I. Kapitel B. III. 5.

<sup>754</sup> Hat der Beigetretene nur teilweise geleistet, so hat er den Ausgleichsanspruch daher erst, wenn die Leistung seinen Anteil übersteigt – vgl. BGH WM 1986, 363, 364.

Grundsätzlich bestimmt sich die *Anteilshöhe* nach den Vereinbarungen zwischen Erstschuldner und Beitretendem im zugrundeliegenden Rechtsverhältnis. Soweit dort eine Lastenverteilung zwischen beiden bestimmt wurde, ist allein diese Vereinbarung maßgeblich. Fehlen solche konkreten Bestimmungen, so läßt sich auch aus der Art des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses eine Vermutung für eine bestimmte Lastenverteilung entnehmen. Erfolgte der Schuldbeitritt aufgrund eines Sicherungsauftrags oder im Rahmen einer Geschäftsbesorgung, ist nach § 670 BGB davon auszugehen, daß der Beitretende in voller Höhe Regreß nehmen kann, der Erstschuldner im Innenverhältnis also den gesamten Anteil zu tragen hat.<sup>755</sup> Lag dem Schuldbeitritt hingegen eine Schenkung des Beitretenden an den Erstschuldner, also eine unentgeltliche Zuwendung der Sicherheit, zugrunde, so läßt dies grundsätzlich darauf schließen, daß hier der Beitretende allein die Last tragen soll, da nur dann eine Zuwendung aus seinem Vermögen den Erstschuldner bereichert. Beim Übernahmeschuldbeitritt kann man grundsätzlich davon ausgehen, daß der Beitretende mit dem Erwerb des jeweiligen Gegenstandes auch die anhaftenden Schulden übernehmen will, so daß im Innenverhältnis eine Erfüllungsübernahme angenommen werden kann.<sup>756</sup> Auch hier ist somit grundsätzlich der Beitretende im Innenverhältnis allein verpflichtet.

### III. Der Forderungsübergang nach § 426 Abs. 2 BGB

Soweit im Einzelfall ein Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB besteht, erhält der Leistende daneben gemäß § 426 Abs. 2 BGB vom Gläubiger auch noch dessen Forderung gegen den anderen Gesamtschuldner abgetreten.<sup>757</sup> Diese *Legalzession* verstärkt den Regreß des

<sup>755</sup> Dies dürfte beim Schuldbeitritt der Regelfall sein – insofern zutreffend BGH WM 1986, 363, 364; *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 1384; *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 359; *Hellner/Steuer-Wagenknecht*, Bankrecht, Rn. 4/1328; *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 558; *Westermann/Bydlinski*, Schuldrecht AT, Rn. 19/39.

<sup>756</sup> So schon *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 557 f.; neuerdings wieder *Kothe*, JZ 1990, 997, 999.

<sup>757</sup> Diese Regelung entspricht der des § 774 Abs. 1 BGB.

Leistenden jedoch nur insoweit, wie ihm nach § 426 Abs. 1 BGB ein Anspruch zusteht. Sie ist für den Regreßberechtigten insbesondere im Hinblick auf den damit gem. §§ 401, 412 BGB verbundenen *Übergang der Sicherungsrechte* wichtig. Wurde die Forderung des Gläubigers gegen den Erstschuldner also nicht nur durch einen Schuldbeitritt, sondern auch durch Sicherheiten des Erstschuldners gesichert, kann der regreßberechtigte Beitretende nun nicht nur Regreß vom Erstschuldner verlangen, sondern sich auch aus den von ihm bestellten Sicherheiten befriedigen.<sup>758</sup>

Mit der Legalzession der Gläubigerforderung gehen jedoch nicht nur die vom Erstschuldner bestellten akzessorischen Sicherungsrechte auf den Beitretenden über, sondern auch Sicherungsrechte Dritter. Zur Veranschaulichung der sich daraus ergebenden Problemlage mag folgende Fallgestaltung<sup>759</sup> dienen: Der Käufer eines Pkw nimmt zur Finanzierung des Kaufpreises bei einer Bank ein Darlehen auf. Die Bank läßt sich dieses Darlehen durch einen Schuldbeitritt der Ehefrau des Käufers und durch eine Bürgschaft des Verkäufers sichern. Wird der Kredit notleidend, so geht bei Inanspruchnahme der beigetretenen Ehefrau nach §§ 426 Abs. 2, 401, 412 BGB nicht nur der Anspruch der Bank gegen den Erstschuldner auf sie über, sondern auch der akzessorische Anspruch aus der Bürgschaft. Die Ehefrau könnte also nicht nur beim Erstschuldner, sondern auch beim Bürgen Regreß nehmen.<sup>760</sup> Hätte in unserem Fall hingegen der Bürge an den Gläubiger geleistet, so gingen die Gläubigerforderung nach § 774 Abs. 1 BGB und der Anspruch aus dem Schuldbeitritt analog §§ 401, 412 BGB auf ihn über. Der Bürge könnte nun beim Erstschuldner und bei der Beitretenden Rückgriff nehmen. Diese Rechtslage macht es also allein vom Willen des Gläubigers abhängig, welcher Sichernde zuerst zahlen und mit dem daraus folgenden Regreßanspruch

<sup>758</sup> Vgl. *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung, Rn. 76.

<sup>759</sup> Nach OLG Hamm, OLGZ 1990, 336.

<sup>760</sup> Dies gilt nach § 426 Abs. 2 BGB natürlich nur, wenn die Beitretende auch ausgleichsberechtigt, also im Verhältnis zu den anderen Gesamtschuldnern nicht allein verpflichtet ist. Im Falle eines *Übernahmeschuldbeitritts* würde es daher mangels Ausgleichsanspruchs der Beitretenden nach § 426 Abs. 1 BGB auch nicht zu einem Forderungsübergang nach § 426 Abs. 2 BGB kommen, wenn er an den Gläubiger leistet.

das Insolvenzrisiko an den anderen Sichernden weiterleiten darf. Es wäre ein „Wettlauf der Sicherungsgeber“<sup>761</sup> eröffnet. Die Konkurrenzsituation zwischen § 774 BGB und § 426 Abs. 2 BGB führt so zu willkürlichen Zufallsergebnissen hinsichtlich der Regreßmöglichkeit zwischen mehreren persönlichen Sicherungsgebern und bedarf daher einer Korrektur.<sup>762</sup>

Da eine Bürgschaft genau wie der typische Schuldbeitritt nur den Gläubiger hinsichtlich der Erstschuld sichern soll, wird überwiegend vorgeschlagen, auf den Ausgleich zwischen ihnen grundsätzlich die §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB analog anzuwenden.<sup>763</sup> Teilweise wird dasselbe Ergebnis in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Ausgleich zwischen Bürgen und dinglichen Sicherungsgebern<sup>764</sup> nicht mittels Analogie zu § 774 Abs. 2 BGB, sondern durch sofortige *entsprechende Anwendung des § 426 BGB* erreicht.<sup>765</sup> In jedem Fall bestimmt sich danach der Ausgleich von Bürge und Beitretendem nur nach § 426 Abs. 1 BGB. Jeder haftet also nur in Höhe des von ihm im Verhältnis zu den anderen Sicherungsgebern zu tragenden Anteils.<sup>766</sup> Nach der Vermutung des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB

<sup>761</sup> So BGHZ 108, 179, 185.

<sup>762</sup> Dies gilt jedoch nur für den typischen Schuldbeitritt. Beim *Übernehmenschuldbeitritt* entsteht diese „Wettlaufsituation“ nicht, da kein Regreßanspruch beim Beitretenden entstehen würde. Es bleibt daher bei der „unkorrigierten“ Gesetzesanwendung; ein Regreß des Mitbürgen ist hier also in voller Höhe möglich – insoweit zutreffend RGZ 65, 164.

<sup>763</sup> Vgl. OLG Celle NJW 1986, 1761; OLG Hamm, OLGZ 1990, 336, 337 ff.; Jauernig-Vollkommer, BGB, § 774 Rn. 11; MünchKomm-Habersack, BGB, § 774 Rn. 7, 28; Palandt-Sprau, BGB, § 774 Rn. 14; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1386; Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 148.

<sup>764</sup> Vgl. BGHZ 108, 179, 183; BGH NJW-RR 1991, 170, 171; NJW-RR 1991, 499, 500; NJW-RR 1991, 682 f.; NJW 1992, 3228, 3229.

<sup>765</sup> Vgl. ausführlich Schmitz, FS Merz, 553, 554 f.; ähnlich Staudinger-Horn, BGB, § 774 Rn. 63 f.; Ehmann, Gesamtschuld, S. 362; Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 944; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 334.

<sup>766</sup> Anders noch BGHZ 46, 14, 15 ff., der im Falle einer Bürgschaft für die Erstschuld den Ausgleichsanspruch des zahlenden Bürgen gegen einen der Gesamtschuldner davon abhängig machte, ob dieser im Innenverhältnis der Gesamtschuldner ebenfalls regreßpflichtig war. Dies führte dazu, daß beim

haben grundsätzlich alle Sicherungsgeber den gleichen Anteil zu tragen. Dies ist insoweit zutreffend, wie grundsätzlich jeder von ihnen vollständig Regreß beim Erstschuldner nehmen kann, sie also alle auch im Innenverhältnis gleichrangig haften. Das Risiko der Insolvenz des Erstschuldners wird somit gleichmäßig unter ihnen verteilt. Im Beispielsfall könnte also der jeweils Leistende (Bürge oder Beitretende) vom anderen zur Hälfte Regreß nehmen. Eine Abweichung hiervon läßt sich nur durch Besonderheiten des Einzelfalls begründen.<sup>767</sup> Allein der Umstand, daß ein Sicherungsgeber Ehepartner des Erstschuldners ist, dürfte dafür jedoch nicht ausreichen.<sup>768</sup>

#### IV. Anwendbarkeit des § 776 BGB auf den Schuldbeitritt

Auf den Beitretenden gehen somit im Regreß gemäß §§ 426 Abs. 2, 401, 412 BGB alle vom Erstschuldner bestellten Sicherheiten über und er kann teilweise auch auf die für die Erstschuld bestellten Sicherheiten Dritter zugreifen.<sup>769</sup> Insofern stellt sich die Frage, ob der Beitretende wie ein Bürge analog § 776 BGB gegenüber dem Gläubiger frei wird, wenn der Gläubiger diese Sicherheiten freigibt.

typischen Schuldbeitritt kein Regreß des Bürgen beim Beitretenden stattfand, während beim Übernahmeschuldbeitritt der Regreß in voller Höhe zugelassen wurde. Willkürliche Ergebnisse wurden so nicht verhindert; vielmehr entstand eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung: Der Bürge konnte nun keinen Regreß beim sichernden Beitretenden nehmen, während dieser gegenüber dem Bürgen regreßberechtigt war – zutreffend daher die Kritik von *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 942 ff. und OLG Hamm, OLGZ 1990, 336, 339.

<sup>767</sup> So können z.B. unterschiedliche Haftungshöchstbeträge der Sicherungsgeber zu unterschiedlichen Anteilshöhen führen.

<sup>768</sup> Anders OLG Hamm, OLGZ 1990, 336, 340; *Schmitz*, FS Merz, 553, 561.

<sup>769</sup> Auch die nachfolgenden Ausführungen gelten natürlich nur für den typischen Schuldbeitritt. Beim *Übernahmeschuldbeitritt* besteht kein Regreßanspruch des leistenden Beitretenden, so daß auf ihn auch keine Sicherheiten übergehen und ihm folglich gleichgültig sein kann, ob der Gläubiger diese Sicherheiten freigibt.

Ganz überwiegend wird eine solche Gleichbehandlung abgelehnt.<sup>770</sup> § 776 BGB sei eine auf das Bürgschaftsverhältnis besonders zugeschnittene *Ausnahmevorschrift* und als solche nicht analog auf andere Vertragstypen anwendbar. Eine Entlassung des Beitretenden könne sich jedoch im konkreten Einzelfall, insbesondere bei arglistigem Verhalten des Gläubigers, aus den *allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben* (§ 242 BGB) und natürlich aus besonderen vertraglichen Abreden ergeben. Diese Begründung kann bei näherer Betrachtung jedoch nicht überzeugen.

Mit der Schaffung von § 776 BGB wollte der Gesetzgeber die Frage, ob der Gläubiger bei der Verfolgung seiner Rechte gegen den Hauptschuldner auch auf die Interessen des Bürgen Rücksicht nehmen muß, grundsätzlich negativ beantworten. Eine solche *Diligenzpflicht* des Gläubigers bestehe auch im Hinblick auf den Grundsatz von Treu und Glauben grundsätzlich nicht; dieser solle durch die Bürgschaft nur Rechte, aber keine Verpflichtungen erhalten. Der Wert der Bürgschaft würde ansonsten beträchtlich herabgesetzt. Der Bürge sei ausreichend dadurch geschützt, daß er jederzeit den Gläubiger befriedigen und dann über § 774 BGB nach eigenen Vorstellungen gegen den Hauptschuldner vorgehen kann. Eine Ausnahme wollte der Gesetzgeber nur dann machen, wenn eine Diligenzpflicht des Gläubigers vertraglich vereinbart wurde und eben in Fällen des § 776 BGB, also der bewußten Sicherheitenaufgabe zum Nachteil des Bürgen. Letztere Ausnahme folge aus dem Forderungsübergang im Regreß und dem Grundsatz von Treu und Glauben.<sup>771</sup> Die Erwägungen des Gesetzgebers entsprechen insoweit genau den Grundsätzen, die von der herrschenden Ansicht (nach Ablehnung der Analogie) über § 242 BGB Beachtung finden sollen. Ein solches Vorgehen erscheint inkonsequent. Warum sollte man Rechtsgrundsätze auf den eher unscharfen Grundsatz von Treu und Glauben stützen, wenn sich für diese bereits eine

<sup>770</sup> BGH WM 1962, 1293, 1294; OLG Hamm ZIP 1983, 922, 923; Palandt-Sprau, BGB, § 776 Rn. 6; RGRK-Weber, BGB, Vor § 414 Rn. 25; RGRK-Mormann, BGB, § 776 Rn. 3; Staudinger-Horn, BGB, § 776 Rn. 23; Bülow, Kreditsicherheiten, Rn. 1376; Hellner/Steuer-Wagenknecht, Bankrecht, Rn. 4/1329; Lwowski, Kreditsicherung, Rn. 423; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 503 f.; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, Rn. 58.

<sup>771</sup> Vgl. Mugdan, Materialien II, S. 379.

speziellere Regelung finden läßt. Entweder man hält die dem § 776 BGB zugrundeliegenden Wertungen für einzigartig und nicht auf den Schuldbeitritt übertragbar. Dann müssen diese Wertungen aber konsequenterweise auch gänzlich außer Betracht bleiben, sie können nicht mehr über die Hintertür von Generalklauseln doch noch auf den Schuldbeitritt angewendet werden. Hält man aber demgegenüber die dem § 776 BGB zugrundeliegenden Wertungen für beachtlich und auf den Schuldbeitritt anwendbar, so bedarf es keines Rückgriffs auf unbestimmte Generalklauseln wie § 242 BGB. Die im Ergebnis sicherlich zutreffenden Erwägungen der herrschenden Ansicht können dann vielmehr mit einer analogen Anwendung des § 776 BGB genau erfaßt werden.

Daran kann auch der Hinweis *Reichels*<sup>772</sup> auf § 423 BGB nichts ändern. Das Argument, wenn der Gläubiger schon den Erstschuldner als Ganzes aus der Haftung entlassen darf, ohne seine Ansprüche gegen die anderen Gesamtschuldner zu verlieren, so dürfe er erst recht entgegen § 776 BGB auf einzelne Nebenrechte verzichten, greift beim typischen Schuldbeitritt, und nur um den geht es hier, gerade nicht durch. Hier ist es dem Gläubiger verwehrt, den Erstschuldner als Ganzes, also nicht nur aus seiner Haftung gegenüber ihm, sondern auch aus seinen Regreßpflichten gegenüber dem Beitretenden zu entlassen, da dies ein unzulässiger Erlaßvertrag zu Lasten Dritter wäre.<sup>773</sup> Einer Argumentation a maiore ad minus fehlt daher jede Grundlage. Der analogen Anwendung von § 776 BGB zur Herleitung der gewünschten Ergebnisse steht also nichts im Wege. Sie ist zu befürworten.<sup>774</sup>

<sup>772</sup> *Reichel*, Schuldmitübernahme, S. 503. Trotzdem erreicht auch er ein Freiwerden des Beitretenden über den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn der Gläubiger die Sicherheit arglistig, also bewußt zum Nachteil des Beitretenden, freigibt (S. 504). Dies erscheint nicht gerade konsequent.

<sup>773</sup> Vgl. die Ausführungen im 1. Kapitel B. III. 2. b).

<sup>774</sup> Ebenso: *Erman-Ehmann*, BGB, § 421 Rn. 47; *MünchKomm-Habersack*, BGB, § 776 Rn. 2; *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 136; *Westermann/Bydlinski*, Schuldrecht AT, Rn. 19/14; *Wacke*, AcP 170, 42, 66.

## V. Ergebnisse

Leistet der Beitretende an den Gläubiger, so ist hinsichtlich seines Regreßanspruchs gegen den Erstschuldner zwischen einem typischen Schuldbeitritt und dem Ausnahmefall des Übernahmeschuldbeitritts zu differenzieren. Bei einem *Übernahmeschuldbeitritt* liegt im Innenverhältnis der Gesamtschuldner eine Erfüllungsübernahme vor; der Beitretende soll also die gesamte Schuld endgültig tragen. Er hat demnach auch keinen Ausgleichsanspruch gegen den Erstschuldner nach § 426 Abs. 1 BGB. Mangels Regreßanspruchs scheidet dann auch ein Forderungsübergang nach § 426 Abs. 2 BGB sowie eine Entlastung analog § 776 BGB aus. Der Regreß gestaltet sich hier also völlig unproblematisch.

Ganz anders stellt sich die Situation beim *typischen Schuldbeitritt* dar. Dieser hat ausschließlich Sicherungscharakter und wird daher mangels besonderer Abrede dazu führen, daß im Innenverhältnis zum Erstschuldner nur dieser verpflichtet sein soll. Der Beitretende kann wegen seiner Leistung also in voller Höhe beim Erstschuldner Regreß nehmen. Sein Ausgleichsanspruch kann sich schon aus seinem Rechtsverhältnis zum Erstschuldner ergeben. Jedenfalls steht ihm der Regreßanspruch des § 426 Abs. 1 BGB zu. Nach § 426 Abs. 2 BGB gehen daneben auch die Gläubigerforderung sowie abhängige Nebenrechte (§§ 401, 412 BGB) auf ihn über. Dieser gesetzliche Forderungsübergang führt zum einen dazu, daß er sich auch aus den für die Erstschuld bestellten Sicherheiten befriedigen kann und analog § 776 BGB frei wird, wenn der Gläubiger diese bewußt aufgibt. Zum anderen würde der Forderungsübergang aber auch dazu führen, daß der Beitretende ebenfalls nur die Erstschuld sichernde und insofern regreßberechtigte Dritte in Anspruch nehmen könnte. Eine damit verbundene willkürliche Verteilung des Risikos der Insolvenz des Erstschuldners unter den Sicherungsgebern wird verhindert, indem analog §§ 774 Abs. 2, 426 BGB ein Regreß unter ihnen nur in Höhe des im Verhältnis zu den anderen Sicherungsgebern zu tragenden Anteils zugelassen wird, so daß jeder Sicherungsgeber nur einen Teil des Insolvenzrisikos trägt.

## Sechstes Kapitel

### **Zusammenfassung der Erkenntnisse und Entwurf einer gesetzlichen Regelung**

Die bisherigen Ausführungen erbrachten eine Vielzahl von Erkenntnissen für die rechtliche Behandlung des Schuldbeitritts. Es bleibt nun noch als Aufgabe, diese Erkenntnisse zusammenzufassen und zu einem vollständigen Bild vom Vertragstyp Schuldbeitritt zu verdichten.

#### **A. Die Struktur des Schuldbeitritts**

Der Schuldbeitritt ist ein eigenständiger schuldrechtlicher Vertragstyp. Er besitzt eigene zwingende und ihn von anderen Vertragstypen unterscheidende Merkmale, die im Folgenden nochmals zusammengestellt werden.

##### **I. Die dogmatische Einordnung**

Ein Schuldbeitritt ist ein Vertrag, durch den für den Beitretenden eine *selbständige* Verpflichtung begründet wird, die zunächst mit der Schuld eines Dritten (des Erstschuldners) inhaltlich identisch ist. Der Beitretende schuldet im Beitrittszeitpunkt also dieselbe Leistung wie der Erstschuldner, allerdings aufgrund einer anderen Verpflichtung.<sup>775</sup> Anders als bei der Schuldübernahme wird durch einen Schuldbeitritt die Schuld des Erstschuldners in keiner Weise berührt. Sie bleibt unangetastet. Für den

<sup>775</sup> Es sei hier nochmals an das sehr anschauliche Bild eines Kopiervorgangs erinnert. Durch einen Schuldbeitritt wird praktisch eine Kopie der Erstschuld erzeugt. Der Kopiervorgang selbst berührt die Erstschuld in keiner Weise; sie wird nicht verändert. Die erzeugte Kopie wiederum hat anfangs den gleichen Inhalt wie das Original, besteht jedoch ansonsten völlig unabhängig und selbständig auf einem anderen Blatt. Insbesondere können daher von nun an sowohl das Original als auch die Kopie unterschiedlich inhaltlich verändert werden, ohne daß dies unmittelbare Auswirkungen auf den jeweils anderen haben muß. Sie können sich also selbständig entwickeln.

Beitretenden wird vielmehr daneben eine *neue, selbständige und gleichrangige Verpflichtung* begründet. Aus dieser Tatsache erklären sich auch die grundlegenden Unterschiede zwischen einem Schuldbeitritt und einer Schuldübernahme. Bei letzterer wird keine neue Schuld begründet, sondern die bestehende auf einen anderen Schuldner übertragen. Sicherheiten und *causa* bleiben für den Neuschuldner erhalten. Der Schuldneraustausch ist eine Verfügung. Ganz anders stellt sich die Lage beim Schuldbeitritt dar. Hier wird der Beitretende *neben* dem Erstschuldner verpflichtet. Mangels unmittelbaren Eingriffs in das Schuldverhältnis zwischen Erstschuldner und Gläubiger ist der Schuldbeitritt keine Verfügung. Die Beitrittsschuld übernimmt daher auch nicht die *causa* und die Sicherheiten der Erstschuld, sondern hat einen eigenen Rechtsgrund und bedarf eigener Sicherheiten. Eine Entwicklung des Schuldbeitritts anhand der Regelungen der Schuldübernahme kann aufgrund dieser erheblichen konstruktiven Unterschiede nicht gelingen.<sup>776</sup>

Der Schuldbeitritt ist also *ein selbständiger, einseitig nur den Beitretenden verpflichtender Vertrag* ohne Verfügung über die Erstschuld. Er ist daher auch ohne besondere gesetzliche Regelung als schuldrechtlicher Verpflichtungsvertrag nach § 305 BGB zulässig, denn die Vertragsfreiheit gewährt auch die Freiheit, neue Vertragstypen zu schaffen. Sein Charakter als einseitiger Verpflichtungsvertrag<sup>777</sup> begründet jedoch ein besonderes Schutzbedürfnis für den Beitretenden, daß mangels der Möglichkeit einer erleichterten Kündigung dadurch befriedigt wird, daß man den typischen Schuldbeitritt wie eine Bürgschaft an die *Schriftform* bindet. Aus der Einseitigkeit seiner Verpflichtungswirkung ergibt sich daneben aber noch eine weitere Besonderheit: die Möglichkeit des Vertragsschlusses mit dem Erstschuldner als *Vertrag zugunsten Dritter*. Da der Schuldbeitritt dem Gläubiger nämlich grundsätzlich nur Vorteile in Gestalt eines

<sup>776</sup> Staudinger-Rieble, BGB, § 414 Rn. 25 drückt dies zutreffend wie folgt aus: „Mit der von §§ 414 ff allein geregelten Schuldsukzession hat der Schuldbeitritt also nichts zu tun; beide sind so verwandt wie Hase und Igel es sind.“

<sup>777</sup> Wird der Beitretende nicht nur verpflichtet, sondern erhält er durch den Beitritt auch die Rechte des Erstschuldners gegen den Gläubiger, so liegt kein Schuldbeitritt, sondern ein *Vertragsbeitritt* vor, welcher zu einer *Mitvertragspartnerschaft* führt – genauer dazu im 2. Kapitel D.

weiteren Schuldners gewährt, bedarf es seiner Zustimmung zur Verpflichtung des Beitretenden nicht, wenn dieser sich gegenüber dem Erstschuldner verpflichtet. Es handelt sich dann um einen typischen Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB (sog. indirekter Schuldbeitritt). Der Schuldbeitritt kann daher vom Beitretenden nicht nur direkt mit dem Gläubiger, sondern auch allein mit dem Erstschuldner vereinbart werden.<sup>778</sup>

Eine weitere Besonderheit des Schuldbeitritts ist neben seiner nur einseitigen Verpflichtungswirkung insbesondere die *im Beitrittszeitpunkt bestehende völlige Inhaltsgleichheit* hinsichtlich der Erstschuld. Der Beitretende soll zwar selbständig, aber zunächst inhaltlich genau wie der Erstschuldner haften. Seine Verpflichtung entsteht daher nur in dem Umfang und mit dem Inhalt, wie sie bei Abschluß des Beitrittsvertrags beim Erstschuldner bestand. Stellt sich also im Laufe der Zeit heraus, daß die Verpflichtung des Erstschuldners nichtig war, so haftete dieser im Beitrittszeitpunkt nicht, weshalb dann auch der Beitretende zu keiner Zeit zu einer Leistung verpflichtet war. Das Bestehen der Erstschuld im Beitrittszeitpunkt ist somit aufgrund der Inhaltsgleichheit beider Verpflichtungen in diesem Moment von entscheidender Bedeutung, so daß man in diesem Sinne zu recht auch von einer *Begründungsakzessorietät* des Schuldbeitritts hinsichtlich der Erstschuld sprechen kann.

## II. Die Rechtswirkungen des Schuldbeitritts

Ist der Schuldbeitritt wirksam vereinbart worden, so erzeugt er typische und im Schuldrecht einmalige Rechtsfolgen. Der Gläubiger erhält aus ihm das Recht, wegen der vom Erstschuldner geschuldeten Leistung gegen den Beitretenden genau wie gegen den Erstschuldner vorzugehen. Er

<sup>778</sup> Diese fehlende Notwendigkeit der Gläubigerzustimmung beim indirekten Schuldbeitritt ist ein weiterer entscheidender Unterschied zur Schuldübernahme. Es ist aus diesem Grund auch unzutreffend, die beiden möglichen Wege des Abschlusses eines Beitrittsvertrags (durch Vertrag mit dem Gläubiger oder mit dem Erstschuldner) anhand der §§ 414, 415 BGB erläutern zu wollen (so z.B. *Westermann/Bydlinski*, Schuldrecht AT, Rn. 19/13), denn diese Regelungen verlangen stets eine Zustimmung des Gläubigers zur Verpflichtung.

erhält also mit dem Beitretenden einen *zweiten selbständigen und gleichrangigen Schuldner*. Da hier aber beide Schuldner auf dasselbe Leistungsinteresse des Gläubigers haften und dieser die Leistung natürlich trotz der Verdopplung der Schuldner nur einmal erhalten soll, liegen alle Voraussetzungen einer *echten Gesamtschuld* vor.<sup>779</sup> Beitretender und Erstschuldner werden daher durch den Schuldbeitritt Gesamtschuldner nach §§ 421 ff. BGB.

Der Gläubiger hat danach gemäß § 421 BGB die freie Wahl, welchen der beiden Schuldner er zuerst in Anspruch nehmen will. Subsidiaritätsvereinbarungen sind dem Schuldbeitritt fremd. Hinsichtlich der Wirkung von Einwendungen, die nach dem Beitritt bei einem der beiden Schuldner entstehen, ist nach Gesamt- und Einzelwirkungen zu differenzieren. Zwingende Gesamtwirkung<sup>780</sup> entfalten nach § 422 BGB die Erfüllung der Schuld durch einen der Schuldner und nach § 424 BGB der Annahmeverzug des Gläubigers. Die Gesamtwirkung eines Erlasses (§ 423 BGB) und einer Abtretung der Erstschuld (analoge Anwendung des § 401 BGB) ist hingegen dispositiv, tritt also nicht ein, wenn die Parteien etwas anderes vereinbart haben. Alle anderen Einwendungen, die nach dem Beitritt bei einem der Schuldner entstehen, haben grundsätzlich nur Auswirkungen auf dessen Schuld, also Einzelwirkung (§ 425 BGB). Allerdings sind auch hier abweichende Vereinbarungen zulässig, soweit nicht

<sup>779</sup> Da der Beitretende als zweiter Gesamtschuldner nur dieselben Verpflichtungen, nicht jedoch dieselben Rechte wie die Erstschuldner erhält, bezeichnet man die mit dem Schuldbeitritt entstehende Gesamtschuld auch als *Sicherungsgesamtschuld* (vgl. oben 1. Kapitel B. II.).

<sup>780</sup> Grundlegender Unterschied zwischen dieser Gesamtwirkung und den Wirkungen der Akzessorietät ist der Umstand, daß die Gesamtwirkung wechselseitiger Natur ist. Danach wirkt eine Tatsache auf beide Schulden ein, unabhängig davon, bei welchem der Schuldner sie eintrat. Die Akzessorietät hingegen ist einseitiger Natur. Nur dann, wenn die Tatsache bei der Hauptschuld eintritt, entfaltet sie auch Wirkungen auf die Nebenschuld. Tatsachen hingegen, die nur die Nebenschuld betreffen, berühren die Hauptschuld nicht.

eine vollständige Akzessorietät der Beitrittsschuld vereinbart wird.<sup>781</sup> Diese aus den Gesamtschuldregelungen folgende einzigartige Mischung aus zwingenden Gesamtwirkungen und Einzelwirkungen von Einwendungen, die nach dem Beitritt bei einem der Schuldner entstehen, unterscheidet den Schuldbeitritt von allen anderen Vertragstypen und insbesondere auch von den anderen Personalsicherheiten (Bürgschaft und Forderungsgarantie). Sie ist deshalb auch der entscheidende Anknüpfungspunkt für das Verhältnis und die Abgrenzung zu diesen Personalsicherheiten.

In dem aus diesen drei Vertragstypen gebildeten *System der Personalsicherheiten* sollte zunächst zwischen gleichrangigen und subsidiären Sicherheiten unterschieden werden. Bei den *subsidiären* Sicherheiten spielt der Schuldbeitritt keine Rolle, da die durch ihn begründete Verpflichtung des Beitretenden stets und zwingend gleichrangig ist.<sup>782</sup> Die Vereinbarung einer nur subsidiären persönlichen Mithaftung für fremde Verbindlichkeiten ist daher entweder als Bürgschaft oder als Forderungsgarantie einzuordnen, je nachdem, ob eine akzessorische Verknüpfung mit der Hauptschuld gewollt ist oder nicht.<sup>783</sup>

Bei den *gleichrangigen* Personalsicherheiten wird wegen des typischen Schuldbeitritts aus dem Zweiklang ein Dreiklang. Welchem der drei Vertragstypen die jeweilige Vertragsvereinbarung zuzuordnen ist, richtet sich

<sup>781</sup> In diesem Fall bliebe die Vereinbarung zwar weiterhin wirksam (Vertragsfreiheit), wäre jedoch aufgrund der gewollten Rechtsfolgen als Bürgschaft und nicht als Schuldbeitritt einzuordnen – vgl. 1. Kapitel C. I. und II. 1.

<sup>782</sup> Genauer dazu im 1. Kapitel C. II. 2.

<sup>783</sup> Anders als beim Schuldbeitritt ist bei der Forderungsgarantie die Vereinbarung einer subsidiären Inanspruchnahme des Garanten zulässig. Dies folgt trotz der zwingenden Unabhängigkeit der Garantenhaftung von der Hauptschuld aus dem nahezu unbegrenzten Gestaltungsspielraum bei der Festlegung des garantierten Erfolges (Garantiefall) – näher dazu im 2. Kapitel B. I. Die Garantie ist aufgrund dieser Gestaltungsfreiheit auch die dogmatische Grundform jeder Personalsicherheit; Schuldbeitritt und Bürgschaft hingegen sind gesetzlich geregelte speziellere Vertragstypen (§§ 421 ff. bzw. 765 ff. BGB).

wiederum nach dem vereinbarten Grad der Abhängigkeit von der Hauptschuld. Ist eine vollständige einseitige Abhängigkeit, also Akzessorietät, gewollt, so liegt eine selbstschuldnerische Bürgschaft vor. Sollten die Einwendungen des Hauptschuldners für den Mithaftenden überhaupt keine Bedeutung haben, sollte seine Verpflichtung also unabhängig vom Bestehen der Hauptschuld entstehen, so liegt eine Forderungsgarantie vor. Für Vereinbarungen dazwischen, also für solche, in denen die Mithaftung zwar nicht unabhängig vom Bestand der Erstschuld, aber auch nicht streng abhängig von derselben ausgestaltet wird, ermöglichen die in § 425 BGB gegebenen Gestaltungsmöglichkeiten eine Einordnung als gesamtschuldnerische Mithaftung und damit als Schuldbeitritt. Dieser ist also der Mittelweg zwischen unabhängiger Garantie und akzessorischer selbstschuldnerischer Bürgschaft.<sup>784</sup>

Charakterisierende Folgen der Gesamtschuldbegründung mittels Schuldbeitritts sind jedoch nicht nur die Gleichrangigkeit und die Mischung aus Einzel- und Gesamtwirkungen, sondern auch das Bestehen eines *Regreßanspruchs* für den leistenden Gesamtschuldner für den Fall, daß seine Leistung den im Verhältnis zum anderen Gesamtschuldner zu tragenden Anteil übersteigt (§ 426 Abs. 1 BGB). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, richtet sich nach den konkreten Vereinbarungen und damit insbesondere nach der Art des vereinbarten Schuldbeitritts.

### III. Die Arten des Schuldbeitritts

Allen Arten des Schuldbeitritts ist gemein, daß sie zu einer Vermehrung der Schuldner führen, indem sie den Beitretenden für die Schuld des Erstschuldners als Gesamtschuldner mithaften lassen. Der Gläubiger erhält

<sup>784</sup> Ähnlich auch das System von *Schröder*, Interessengegensätze beim Personalkredit in der Bankenpraxis, S. 180, der jedoch leider nicht genauer zwischen Schuldbeitritt und Garantie differenziert. Lassen sich den Parteivereinbarungen keine Regelungen hinsichtlich der Abhängigkeit zur Erstschuld entnehmen, so sollte man sich primär an der widerspruchsfreien und fachkundigen Bezeichnung der Haftungsart orientieren, nicht jedoch an ungenauen Interessenkonstellationen – genauer zu den einzelnen Abgrenzungskriterien im 2. Kapitel A. und B.

also einen weiteren Schuldner, allerdings keinen neuen Gläubiger hinsichtlich der Gegenforderung, denn durch den Schuldbeitritt erhält der Beitretende nicht auch die Rechte des Erstschuldners aus dessen Vertrag mit dem Gläubiger. Folge jedes Schuldbeitritts ist also eine Stärkung der Gläubigerposition. Dieser ist nicht mehr allein auf die Leistungsfähigkeit des Erstschuldners angewiesen, sondern kann sich nun auch an den Beitretenden halten. Jeder Schuldbeitritt führt daher zu einer Absicherung des Gläubigers vor der Leistungsunfähigkeit des Erstschuldners.

Diese Absicherung kann im alleinigen Interesse des Gläubigers, also *fremdnützig*, geschehen. Sie kann aber auch im *eigenen Interesse* des Beitretenden liegen, wenn dieser ein Interesse an der Gegenleistung des Gläubigers hat, der Gläubiger aber nur leisten will, wenn er Sicherheiten hinsichtlich der Leistung des Erstschuldners an ihn erhält. In beiden Fällen ist der Sicherungszweck der alleinige Zweck des Schuldbeitritts. Er dient als *Personalsicherheit*. Dies führt dazu, daß Erwägungen, die zum Schutz des Bürgen als dem klassischen personalen Sicherungsgeber ange stellt werden, auch auf den Schuldbeitritt zutreffen. Dies gilt nicht nur für die Rechtsprechungsgrundsätze zur weiten Sicherungszweckerklärung und zur Mithaftung von nahen Angehörigen, sondern etwa auch für den Übereilungsschutz nach § 766 BGB.<sup>785</sup> Im Rahmen des Regresses führt der Sicherungszweck zu der Vermutung, daß der Erstschuldner im Innenverhältnis allein verantwortlich ist, so daß dem Beitretenden ein Regreßanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB zusteht.<sup>786</sup>

Von diesen typischen Folgen des Schuldbeitritts muß dann eine *Ausnahme* gemacht werden, wenn die Schuldnerverdopplung nicht nur der Absicherung, sondern auch der Entlastung des Erstschuldners dient (*Übernahmeschuldbeitritt*). Verpflichtet sich also der Beitretende erkennbar zu dem Zweck, den Erstschuldner von der Last der Leistung an den Gläubiger zu befreien, so liegt zwischen ihm und dem Erstschuldner eine Erfüllungsübernahme vor. Der Beitretende ist dann ausnahmsweise derjenige,

<sup>785</sup> Genauer zu diesen Schutzbestimmungen und ihrer Anwendbarkeit auf den Schuldbeitritt im 4. Kapitel.

<sup>786</sup> Zu den speziellen Problemen insbesondere im Hinblick auf den Forderungsübergang nach § 426 Abs. 2 BGB – vgl. 5. Kapitel C. III.

der im Innenverhältnis allein verantwortlich sein soll. Dies bewirkt zu einen, daß ihm ein Regreßanspruch nicht zusteht und zum anderen, daß ein nur zugunsten des Erstschuldners wirkender vollständiger Erlass ausnahmsweise auch ohne Zustimmung des Beitretenden zulässig wäre (§ 423 BGB).<sup>787</sup> Zudem sind, anders als beim typischen Schuldbeitritt, solche Schutzvorschriften und Rechtsprechungsgrundsätze hier nicht anwendbar, die auf den Sicherungszweck abstellen.

Beim Schuldbeitritt sollte man also zwei Arten unterscheiden: den typischen Schuldbeitritt und den Übernahmeschuldbeitritt.<sup>788</sup> Beide unterscheiden sich in ihrer rechtlichen Behandlung jedoch nur in den Fragen des Regresses, der Einzelwirkung des Erlasses und der Anwendbarkeit einzelner Schutzbestimmungen für Sicherungsgeber. Eine grundsätzlich verschiedene rechtliche Behandlung findet nicht statt, so daß ohne Zweifel weiter von einem einheitlichen Vertragstyp gesprochen werden kann.

## **B. Die Ergänzung der Gesamtschuldvorschriften durch Analogien**

Von den Vorschriften des BGB finden auf den Schuldbeitritt nur die Regelungen zur Gesamtschuld direkte Anwendung. Der Grund dafür liegt darin, daß dem Gesetzgeber bei Schaffung des BGB der Vertragstyp Schuldbeitritt unbekannt war. Es liegt daher der Versuch nahe, die bestehende Gesetzeslücke durch analoge Anwendung vorhandener Normen anderer Vertragstypen zu füllen.

### **I. Analoge Anwendung von Regelungen zur Schuldübernahme**

Eine analoge Anwendung der §§ 414 ff. BGB auf den Schuldbeitritt scheidet an den erheblichen dogmatischen Unterschieden zwischen Schuldbeitritt und Schuldübernahme. Der Beitretende tritt gerade nicht in eine bestehende Schuld ein und übernimmt diese teilweise, sondern be-

<sup>787</sup> Näheres dazu im 1. Kapitel B. III. 2. b).

<sup>788</sup> Zu den ansonsten vorgeschlagenen Fallgruppen im 1. Kapitel A. II.

gründet eine selbständige Verpflichtung, ohne die Erstschuld zu berühren. Für den Schuldbeitritt sind daher andere Regelungen notwendig als die auf das dogmatische Konzept der Übernahme zugeschnittenen Vorschriften in den §§ 414 ff. BGB.<sup>789</sup>

## II. Analoge Anwendung von Bürgschaftsvorschriften

Es bleibt die Möglichkeit der analogen Anwendung von Bürgschaftsvorschriften auf den Schuldbeitritt. Eine mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft vergleichbare Interessenlage besteht jedoch nur beim typischen Schuldbeitritt, der wie die Bürgschaft als Personalsicherheit dient. Der Übernahmeschuldbeitritt hingegen ist in keiner Hinsicht mit der Interessenlage bei einer Bürgschaft vergleichbar, so daß eine analoge Anwendung von Bürgschaftsvorschriften auf ihn von vornherein ausscheidet. Für den Übernahmeschuldbeitritt bleibt es damit bei den Regelungen der §§ 421 ff. BGB als gesetzlich vorgegebenes Regelungswerk.

Abgesehen von diesem Ausnahmefall unterscheidet sich der Schuldbeitritt von einer ebenfalls gleichrangig verpflichtenden *selbstschuldnerischen Bürgschaft* lediglich hinsichtlich des Grades der Abhängigkeit zur Erstschuld. Ein solcher Unterschied hinderte jedoch den Gesetzgeber nicht, in § 1192 Abs. 1 BGB anzuordnen, daß die Vorschriften über die akzessorische Hypothek auch auf die nichtakzessorische Grundschuld Anwendung finden, soweit die betreffende Vorschrift nicht die Akzessorietät voraussetzt. Dies macht deutlich, daß allein der unterschiedliche Abhängigkeitsgrad einer Analogie nicht im Wege steht, solange die betreffende Norm nicht genau diesen Unterschied voraussetzt oder normiert. Entsprechendes muß daher auch für die Frage nach der analogen Anwendbarkeit der §§ 765 ff. BGB auf den Schuldbeitritt gelten. Unterstützt wird diese grundsätzliche Möglichkeit einer Analogie dadurch, daß inzwischen eine rechtliche Gleichbehandlung von typischem Schuldbeitritt und selbstschuldnerischer Bürgschaft bei einer Reihe von Problemkreisen allgemein anerkannt ist. Es sei hier nur an die Rechtsprechungsgrundsätze zur Sittenwidrigkeit der Mithaftung vermögensloser naher

<sup>789</sup> Genauer dazu im 1. Kapitel C. II. 5. d).

## Sechstes Kapitel – Zusammenfassung der Erkenntnisse

Familienangehöriger<sup>790</sup>, zur weiten Sicherungszweckerklärung<sup>791</sup> oder zur Bestimmbarkeit und Kündigung von Mithaftungsvereinbarungen für künftige Verbindlichkeiten<sup>792</sup> erinnert.

Die demnach möglichen Analogien zum Bürgschaftsrecht sind jedoch nur in dem Maße zulässig, wie sie die dogmatischen Unterschiede zwischen beiden Rechtsinstituten nicht verwischen. Sie dürfen nicht dazu führen, den Vertragstyp des Schuldbeitritts hinsichtlich seiner Rechtswirkungen völlig an die Bürgschaft anzugleichen und damit überflüssig zu machen.<sup>793</sup> Der Schuldbeitritt darf also weder akzessorisch noch subsidiär ausgestaltet werden, denn das würde seinen *dogmatischen Eigenheiten* widersprechen. Bürgschaftsvorschriften, die so etwas bewirken würden, sind folglich von der analogen Anwendung auf den Schuldbeitritt ausgeschlossen. Diese auch in § 1192 Abs. 1 BGB berücksichtigte Einschränkung ist stets zu bedenken, wenn man über eine analoge Anwendung der §§ 765 ff. BGB auf den Schuldbeitritt entscheiden will. Das ergibt für die Analogiefähigkeit der Bürgschaftsvorschriften folgendes Bild:

### 1. § 765 BGB

§ 765 Abs. 1 BGB definiert die Bürgschaft und kann daher keinesfalls auf den Schuldbeitritt analog angewandt werden. § 765 Abs. 2 BGB hingegen normiert die Möglichkeit der Mithaftung für zukünftige und bedingte Verbindlichkeiten, was als Teil der Vertragsfreiheit auch bei einer Mithaftung mittels Schuldbeitritt möglich sein muß. Einer Analogie steht hier daher nichts im Wege.<sup>794</sup>

<sup>790</sup> Vgl. 4. Kapitel D.

<sup>791</sup> Vgl. 4. Kapitel C. II.

<sup>792</sup> Vgl. 3. Kapitel B. IV.

<sup>793</sup> Vgl. *Huber*, JurA 1970, 784, 806 und die Ausführungen im 1. Kapitel C. I.

<sup>794</sup> Vgl. im 3. Kapitel B. IV.

2. § 766 BGB

Die Zulässigkeit und Gebotenheit der analogen Anwendung der Schriftform des § 766 BGB auf den typischen Schuldbeitritt wurde im 4. Kapitel ausführlich begründet.<sup>795</sup>

3. §§ 767, 768 BGB

Die §§ 767, 768 BGB enthalten den die Bürgschaft charakterisierenden Grundsatz der dauerhaften Akzessorietät zur Hauptschuld mit seinen konkreten Folgen und Einschränkungen. Dieser Grundsatz macht das Wesen der persönlichen Mithaftung mittels Bürgschaft aus und ist schon aus diesem Grund nicht auf den Schuldbeitritt übertragbar. Für eine Analogie fehlt es zudem auch an einer Regelungslücke, da die Wirkung von Veränderungen der Erstschuld auf den Schuldbeitritt in den §§ 422 bis 425 BGB anders geregelt sind. Sie berühren die Beitrittsschuld grundsätzlich nicht (§ 425 BGB).<sup>796</sup>

Gilt demnach schon der Grundsatz der dauerhaften Akzessorietät nicht für den Schuldbeitritt, so bedarf es natürlich auch keiner analogen Anwendung der Einschränkungen dieses Grundsatzes wie etwa in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB.<sup>797</sup> Für den Schuldbeitritt ist es schlicht eine Selbstverständlichkeit, daß er nicht auch Erweiterungen der Erstschuld erfaßt, die erst nach Abschluß des Beitrittsvertrages entstehen, denn er ist ja gerade nicht akzessorisch. Eines gesetzlichen Schutzes vor Fremdbestimmung bedarf der Beitretende hier somit nicht.

<sup>795</sup> Vgl. 4. Kapitel E. II.

<sup>796</sup> Der Beitretende haftet also ebensowenig automatisch für Erweiterungen der Erstschuld wegen Pflichtverletzungen oder Verzugs des Erstschuldners wie für die Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung gegen den Erstschuldner.

<sup>797</sup> Für dessen analoge Anwendung auf den Schuldbeitritt aber BGH NJW 1997, 2677, 2678; *Beck*, WM 1999, 1753, 1757 f.

4. § 769 BGB

Der in § 769 BGB normierten Anordnung einer Gesamtschuld für den Fall, daß mehrere sich unabhängig voneinander für dieselbe Verbindlichkeit verbürgen, bedarf es für den Fall des Schuldbeitritts mehrerer nicht. Die Gesamtschuld ergibt sich hier schon aus den Rechtsfolgen der einzelnen Schuldbeitritte, die ja alle zum Entstehen einer Gesamtschuld mit dem Erstschuldner und damit auch zu einer Gesamtschuld untereinander führen. Eine entsprechende Anwendung des § 769 BGB hätte daher allenfalls klarstellende Funktion.

5. § 770 BGB

Die Anfechtung der Erstschuld würde diese rückwirkend beseitigen und damit aufgrund der Begründungsakzessorietät des Schuldbeitritts auch den Beitretenden befreien. Ist die *anfechtbare Erstschuld* hingegen noch nicht angefochten worden, besteht sie und damit auch die Verpflichtung des Beitretenden in vollem Umfang. Der Beitretende müßte also leisten, obwohl er bei nachfolgender Anfechtung zur sofortigen Rückforderung seiner Leistung berechtigt wäre. Dem Bürgen hilft in der gleichen Situation der § 770 Abs. 1 BGB, der ihm eine aufschiebende Einrede gewährt. Diese Befugnis ist daher auch dem Beitretenden zuzugestehen.<sup>798</sup>

Eine solche aufschiebende Einrede gewährt § 770 Abs. 2 BGB dem Bürgen auch für den Fall der Aufrechenbarkeit der Hauptschuld durch den Gläubiger. Diese Einrede ist jedoch Ausdruck der Akzessorietät und Subsidiarität der Bürgenhaftung so daß ihre analoge Anwendung auf den Schuldbeitritt ausscheiden muß.<sup>799</sup>

6. §§ 771 bis 773 BGB

Die §§ 771, 772 und 773 BGB enthalten den Grundsatz der Subsidiarität der Bürgenhaftung mit seinen Auswirkungen und Einschränkungen. Die-

<sup>798</sup> Näher dazu im 3. Kapitel B. III.

<sup>799</sup> Vgl. im 3. Kapitel B. II.

ser Grundsatz widerspricht diametral dem Grundgedanken des § 421 BGB vom freien Wahlrecht des Gläubigers und kann daher nicht auf den Schuldbeitritt übertragen werden.<sup>800</sup> Diese Vorschriften sind daher nicht auf ihn anwendbar.

#### 7. § 774 BGB

Eine analoge Anwendung des § 774 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB scheidet bereits daran, daß § 426 Abs. 2 BGB dieselbe Regelung für den Schuldbeitritt enthält. Daß die Einwendungen des Erstschuldners gegen den Beitretenden aus ihrem Innenverhältnis erhalten bleiben, ergibt sich aus der Maßgeblichkeit des Innenverhältnisses für den Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB. Es fehlt also hinsichtlich der analogen Anwendung des § 774 Abs. 1 BGB an einer Regelungslücke.

Eines ausdrücklichen Verweises auf § 426 BGB für das Innenverhältnis mehrerer Sicherungsgeber wie in § 774 Abs. 2 BGB bedarf es beim Schuldbeitritt mehrerer nicht, da sich die Maßgeblichkeit des § 426 BGB dann unmittelbar aus der vereinbarten gesamtschuldnerischen Mithaftung ergibt.<sup>801</sup> Ein solcher Verweis hätte nur eine klarstellende Funktion. Zu empfehlen wäre eine entsprechende Regelung jedoch für den Fall des Zusammentreffens eines Schuldbeitritts mit einer Bürgschaft für dieselbe Erstschuld. In solchen Fällen führt die Gesetzeslage bei Leistung einer der beiden Mithaftenden zu willkürlichen Ergebnissen hinsichtlich des Regreßanspruchs. Diese Willkür kann durch die Anordnung einer Gesamtschuld zwischen beiden Mithaftenden vermieden werden.<sup>802</sup>

#### 8. § 775 BGB

Die Regelungen des § 775 BGB dienen der Anpassung des Auftragsrechtes und des Rechts der Geschäftsführung ohne Auftrag an die Besonder-

<sup>800</sup> Genauer zur Unvereinbarkeit einer subsidiären Haftung mit dem Schuldbeitritt im 1. Kapitel C. II. 2.

<sup>801</sup> Vgl. die Ausführungen zu § 769 BGB.

<sup>802</sup> Genauer dazu im 5. Kapitel C. III.

heiten des verfolgten Sicherungszweckes. Grundsätzlich kann der im Auftrag des Erstschuldners handelnde Beitretende oder Bürge entsprechend den §§ 670, 257 BGB jederzeit die Befreiung von der eingegangenen Beitritts- oder Bürgenschuld, also die Erfüllung oder Übernahme dieser Schuld durch den Erstschuldner, verlangen. Dies widerspräche jedoch dem Sicherungszweck der Mithaftung, der ja gerade darauf abzielt, einen zweiten Schuldner neben dem Erstschuldner zu haben. Daher schränkt § 775 BGB den Befreiungsanspruch des beauftragten Bürgen auf die Fälle ein, in denen sein Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner in Gefahr gerät. Entsprechendes muß aufgrund des identischen Sicherungszwecks aber auch für den Schuldbeitritt gelten. Eine uneingeschränkte Geltung des Auftragsrechts würde auch den Sicherungswert des Schuldbeitritts (insbesondere für den Erstschuldner) erheblich herabsetzen. Eine analoge Anwendung des § 775 BGB erscheint daher sachgerecht.<sup>803</sup>

#### 9. § 776 BGB

Die Regelung des § 776 BGB sichert den Regreßanspruch des Bürgen gegen vorsätzliche Beeinträchtigungen durch den Gläubiger und ist aufgrund der identischen Regreßlage beim Beitretenden auf den Schuldbeitritt analog anzuwenden.<sup>804</sup>

#### 10. § 777 BGB

Aufgrund der zwingenden Gleichrangigkeit der Beitrittsschuld neben der Erstschuld muß eine analoge Anwendung des § 777 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Alt. 1 BGB von vornherein ausscheiden. Die übrig bleibenden Regelungen enthalten eine Selbstverständlichkeit, welche natürlich auch für

<sup>803</sup> Ebenso: MünchKomm-Habersack, BGB, § 775 Rn. 3; Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt, S. 135. Gegen die analoge Anwendung: Staudinger-Horn, BGB, § 775 Rn. 7; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 553, die einen Befreiungsanspruch des beauftragten Beitretenden aufgrund eines entsprechenden (stillschweigenden) Parteiwillens als generell ausgeschlossen ansehen. Die Annahme eines solchen stillschweigenden Rechtsverzichtes kann jedoch kaum überzeugen.

<sup>804</sup> Dies ist strittig – vgl. die Ausführungen im 5. Kapitel C. IV.

einen zeitlich begrenzten Schuldbeitritt Geltung beansprucht, jedoch nicht gesondert normiert werden muß.

### **III. Ergebnis**

Im Hinblick auf den Rechtsgedanken aus § 1192 Abs. 1 BGB sind die auf den Schuldbeitritt direkt anzuwendenden Gesamtschuldvorschriften für den typischen Schuldbeitritt durch die analoge Anwendung folgender Bürgschaftsvorschriften zu ergänzen: §§ 765 Abs. 2, 766, 770 Abs. 1, 775, 776 BGB. Hinsichtlich des Übernahmeschuldbeitritts bleibt es hingegen bei der alleinigen Anwendung der §§ 421 ff. BGB. Eine analoge Anwendung der Regelungen zur Schuldübernahme kommt nicht in Betracht.

### **C. Vorschlag für eine gesetzliche Regelung des Schuldbeitritts**

Die im Laufe dieser Arbeit gefundenen und vorstehend zusammengefaßten Erkenntnisse zur Struktur des Schuldbeitritts und zur Schutzbedürftigkeit des Beitretenden machen es möglich, abschließend einen Entwurf zur gesetzlichen Regelung des Schuldbeitritts zu formulieren. Diese Regelung sollte sich aufgrund der großen Ähnlichkeit des typischen Schuldbeitritts mit der Bürgschaft an die Bürgschaftsvorschriften anschließen und damit den zweiten Teil des achtzehnten Titels bilden. Der Entwurf der Schuldbeitrittsregelungen beginnt dann mit § 778 a BGB unter folgender Überschrift:

## Achtzehnter Titel. Personalsicherheiten

### I. Bürgschaft

§ 765 [Wesen der Bürgschaft]

...

## II. Schuldbeitritt

### § 778 a [Wesen des Schuldbeitritts]

(1) Durch einen Schuldbeitritt verpflichtet sich der Beitretende, dem Gläubiger eines Dritten für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten (Erstschuldners) gleichrangig als Gesamtschuldner zu haften. Ein besonderes Interesse des Beitretenden ist dafür nicht erforderlich. Auf das Verhältnis der durch den Schuldbeitritt begründeten Schuld zur Erstschuld finden die §§ 421 ff. BGB Anwendung.<sup>805</sup>

(2) Der Schuldbeitritt kann auch für eine künftige oder eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden.

### § 778 b [Schriftform]

(1) Zur Gültigkeit des Schuldbeitritts ist die schriftliche Erteilung der Beitrittserklärung erforderlich. Soweit der Beitretende die Verbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt.

(2) Ein Schuldbeitritt, dem im Verhältnis zum Erstschuldner eine Erfüllungübernahme des Beitretenden zugrunde liegt (Übernahmeschuldbeitritt), bedarf dieser Form nicht.

### § 778 c [Umfang der Beitrittsschuld]

Im Beitrittszeitpunkt ist für die Verpflichtung des Beitretenden der derzeitige Bestand der Erstschuld maßgebend. Danach entwickeln sich Erst- und Beitrittsschuld selbständig nach Maßgabe der §§ 422 bis 425 BGB.<sup>806</sup>

<sup>805</sup> Diese Norm enthält die grundsätzliche Struktur des Schuldbeitritts, also dessen Selbständigkeit und Gleichrangigkeit sowie die Gesamtschuldanordnung und die Irrelevanz eines eigenen Interesses.

<sup>806</sup> In dieser Regelung findet sich sowohl die Begründungsakzessorietät des Schuldbeitritts wie auch die Selbständigkeit des Schuldbeitritts von der Erstschuld in der weiteren Entwicklung.

§ 778 d [Regreß]

Soweit der Beitretende den Gläubiger befriedigt, gilt hinsichtlich seiner Regreßansprüche gegen den Erstschuldner § 426 BGB. Soweit danach wegen eines Ausgleichsanspruchs ein Forderungsübergang stattfindet, kann sich der Beitretende aus übergegangenen Sicherungsrechten Dritter nur insoweit befriedigen, wie er dazu im Verhältnis zu ihnen nach Maßgabe des § 426 BGB berechtigt ist.<sup>807</sup>

§ 778 e [Anwendbarkeit von Bürgschaftsvorschriften]

Die Vorschriften der §§ 770 Abs. 1, 775, 776 BGB sowie des § 401 BGB finden entsprechende Anwendung, soweit sich aus dem Vertrag nichts anderes ergibt.

### III. Garantie

§ 778 f [Wesen der Garantie]

...

An den Regelungskomplex zum Schuldbeitritt könnten sich (noch zu schaffende) Regelungen zur Forderungsgarantie, der dritten Personalsicherheit, anschließen, wodurch der Bereich der Personalsicherheiten endlich eine umfassende Kodifizierung erhalte.

<sup>807</sup> Satz 2 enthält einen Formulierungsvorschlag zur gesetzlichen Regelung des Problems des Innenregresses mehrerer persönlich haftender Sicherungsgeber, das ganz herrschend durch Anwendung des § 426 BGB gelöst wird – vgl. 5. Kapitel C. III.

## Literatur

- Aden, Menno*, Bürgschaft vermögensloser Nahbereichspersonen versus insolvenzbedingte Restschuldbefreiung, NJW 1999, Seite 3763
- Albers-Frenzel, Bettina*, Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite des Hauptschuldners, Berlin 1996
- Altwater, Christian*, Zur Zulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion formularmäßiger Sicherungsabreden, WiB 1996, Seite 374
- Artz, Markus*, Bürgschaft und Verbraucherkreditgesetz – Zur Anwendbarkeit des VerbrKrG auf Bürgschaften unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Schuldbeitritt, VuR 1997, Seite 227
- Auer, Marietta*, Kreditsicherheiten und Verbraucherschutz auf dem Prüfstand des Europarechts, ZBB 1999, Seite 161
- Baldus, Christian / Becker, Rainer*, Haustürgeschäfte und richtlinienkonforme Auslegung, ZEuP 1997, Seite 874
- Baumann, Wolfgang*, Zur Form von Schuldbeitritt und Schuldanerkennung, ZBB 1993, Seite 171
- Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus J.*, Handelsgesetzbuch, 30. Auflage, München 2000
- Beck, Markus*, Analoge Anwendung bürgschaftsrechtlicher Normen auf die Haftung von BGB-Gesellschaftern, WM 1999, Seite 1753
- Becker-Eberhard, Ekkehard*, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, Bielefeld 1993
- Berkenbrock, Clemens*, Gemeinschaftliche Eingehung von Verbindlichkeiten und Nichtigkeit des Vertrages – Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8.7.1982 S. 1824, BB 1983, Seite 278
- Brox, Hans*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 22. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1998
- ders.*, Handels- und Wertpapierrecht, 13. Auflage, München 1998
- Bülow, Peter*, Recht der Kreditsicherheiten, 5. Auflage, Heidelberg 1999
- ders.*, Verbraucherkreditgesetz, 3. Auflage, Köln 1998

## Literaturverzeichnis

- ders.*, Sicherungsgeschäfte als Haustür- oder Verbraucherkreditgeschäfte, NJW 1996, Seite 2289
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.12.1996 – XI ZR 202/95, JZ 1997, Seite 471
- ders.*, Der Grundsatz der Subsidiarität im Kreditsicherungsverhältnis, ZIP 1999, Seite 985
- Bülow, Peter / Artz, Markus*, Folgeprobleme der Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf Schuldbeitritt und andere Interzessionen, ZIP 1998, Seite 629
- Bunte, Hermann-Josef*, Bürgschaften und Haustürwiderrufgesetz – Anmerkung zum Beschluß des LG Kleve vom 30. Dezember 1992 = WM 1993, 600 –, WM 1993, Seite 877
- Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien, New York 1991
- Bydlinski, Peter*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, Wien, New York 1991
- ders.*, Probleme des Vertragsabschlusses ohne Annahmeerklärung, JuS 1988, Seite 36
- ders.*, Anmerkung zu OGH, Urt. v. 19.07.1988 – 1 Ob 633/88, ÖBA 1989, Seite 433
- ders.*, Verjährung und Abtretbarkeit von Bürgschaftsansprüchen, ZIP 1989, Seite 953
- ders.*, Anmerkung zu OGH, Urt. v. 4.10.1989 – 3 Ob 519/89, JBl 1990, Seite 326
- ders.*, Moderne Kreditsicherheiten und zwingendes Recht, AcP 190 (1990), Seite 165
- ders.*, Gemeinsames Ehegattenkonto und Kreditmithaftung, ZBB 1991, Seite 263
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.9.1991 – IX ZR 296/90, EWiR § 765 BGB 3/91, Seite 1073
- ders.*, Die aktuelle höchstgerichtliche Judikatur zum Bürgschaftsrecht in der Kritik – Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung? -, WM 1992, Seite 1301

- ders.*, Anmerkung zu OGH, Urt. v. 04.02.1993 – 6 Ob 619/92, ÖBA 1993, Seite 820
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 05.01.1995 – IX ZR 85/94, WuB I F 1a.- 4.95, Seite 389
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.01.1996 – IX ZR 171/95, EWiR § 765 BGB 2/96, Seite 547
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.04.1996 – IX ZR 177/95, EWiR § 765 BGB 3/96, Seite 833
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 06.10.1998 – IX ZR 244/97, EWiR § 138 BGB 5/98, Seite 1115
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.09.1997 – IX ZR 283/96, WuB I F 1a.- 2.98, Seite 115
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24.09.1998 – IX ZR 425/97, WuB I F 1a.- 1.99, Seite 37
- ders.*, Die Kündigung der Bürgschaft, Festschrift für Herbert Schimansky, Köln 1999, Seite 299
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.11.1999 – IX ZR 40/98, WuB I F 1a.- 7.00, Seite 302
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.10.1999 – IX ZR 364/97, WuB I F 1a.- 10.00, Seite 315
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 27.1.2000 – IX ZR 198/98, WuB I F 1a.- 13.00, Seite 627
- Bydlinski, Peter / Klauninger, Johannes*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21.04.1998 – IX ZR 258/97 und zu LG Potsdam, Beschl. v. 27.04.1998 – 12 O 20/97, WuB I F 1 a.- 15.98, Seite 783
- dies.*, Zur Anwendbarkeit der Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen auf Bürgschaftsverpflichtungen von Verbrauchern – Anmerkung zum EuGH, Urt. v. 17.03.1998, ZEuP 1998, Seite 994
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Handelsrecht, 23. Auflage, München 2000
- Casper, Matthias*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21.4.1998 – IX ZR 258/97, BB 1998, Seite 1227

Literaturverzeichnis

- Chelidonis, Apostolos*, Die erkennbar untaugliche Bürgschaft, Berlin 1999
- Coester, Michael*, Die Zahlungszusage auf der Baustelle – OLG Hamm, NJW 1993, 2625, JuS 1994, Seite 370
- Dähn, Sabine*, Die Wirksamkeit von Globalbürgschaften von Gesellschaftern und Geschäftsführern für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ZBB 2000, Seite 61
- Dazert, Andreas*, Mithaftung und Sukzession bei Verbraucherkreditverträgen, Bonn 1998
- Dehn, Wilma*, Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung: Rückforderungsausschluß und Heilung nach § 1432 ABGB, Wien 1998
- dies.*, Zur Form des Schuldbeitritts zu einem Schuldanerkenntnis gemäß § 781 BGB – Zugleich Besprechung des Urteils BGH WM 1993, 287 – WM 1993, Seite 2115
- Derleder, Peter*, Die unbegrenzte Kreditbürgschaft, NJW 1986, Seite 97
- ders.*, Zession und Gesamtschuld, Festschrift für Helmut Heinrichs, München 1998, Seite 155
- Diederichsen, Angela*, Aktuelle Probleme der Bürgschaft, Jura 1999, Seite 229
- Dilcher, Gerhard*, Zu Begriff und Wesen der Gesamtschuld, JZ 1967, Seite 110
- Dörr, Karl-Werner*, Kreditsicherung durch mittellose Sicherungsgeber, Frankfurt am Main 1998
- Drescher, Jochen*, Verbraucherkreditgesetz und Bankenpraxis, München 1994
- Edelmann, Hervé*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 4.10.1995 – XI ZR 215/94, WiB 1996, Seite 86
- ders.*, Bürgschaften und Verbraucherkreditgesetz, BB 1998, Seite 1017
- ders.*, Zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes auf Bürgschaftsverträge – zugleich Besprechung des EuGH-Urteils vom 17.3.1998 – C 45/96, VuR 1998, Seite 179
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24.09.1998 – IX ZR 425/97, BB 1999, Seite 123

- Edenfeld, Stefan*, Offene Fragen des Schuldbeitritts zur Dauerschuld, JZ 1997, Seite 1034
- Ehmann, Horst*, Die Gesamtschuld – Versuch einer begrifflichen Erfassung in drei Typen, Berlin 1972
- Enneccerus, Ludwig / Lehmann, Heinrich*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958
- Erman, Walter*, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar in zwei Bänden, 10. Auflage, Münster, Köln 2000
- Esser, Josef / Schmidt, Eike*, Schuldrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg 2000
- Fischer, Ansgar / Machunsky, Jürgen*, Haustürwiderrufgesetz, 2. Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin 1995
- Fischer, Gero*, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft und zum Schuldbeitritt, WM 1998, Seite 1705
- ders.*, Bürgschaft und Verbraucherkreditgesetz, ZIP 2000, Seite 828
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1992
- Frings, Michael*, Bürgschaftsvermittlung durch den Ehepartner kein Haustürgeschäft?, ZIP 1996, Seite 1193
- Ganter, Hans Gerhard*, Aktuelle Probleme der Kreditsicherheiten in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, WM 1996, Seite 1705
- Göring, Rudolf*, Erläuterung des § 770 B.G.Bs., Kahla 1905
- Graf von Lambsdorff, Hans Georg / Skora, Bernd*, Handbuch des Bürgschaftsrechts, München 1994
- Graf von Westphalen, Friedrich / Emmerich, Volker / von Rottenburg, Franz*, Verbraucherkreditgesetz, 2. Auflage, Köln 1996
- Graf von Westphalen, Friedrich*, Verbraucherkreditverträge und die Beteiligung Dritter, MDR 1997, Seite 307
- ders.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 12.11.1996 – XI ZR 202/95, DNotZ 1998, Seite 33
- ders.*, Bürgschaft und Verbraucherkreditgesetz, DB 1998, Seite 295
- Grimm, Detlef*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7.11.1995 – XI ZR 235/94, WiB 1996, Seite 183

Literaturverzeichnis

- Grunewald, Barbara*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24.9.1998 – IX ZR 425/97, JZ 1998, Seite 145
- Habersack, Mathias*, Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts, JZ 1997, Seite 857
- Hagena, Gerd*, Drittschutz im Verbraucherkreditrecht: Entstehung, Abwicklung und Beendigung von Verbraucherkreditverhältnissen mit mehreren Vertragspartnern, Bremen 1995
- Hager, Johannes*, Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, JZ 1996, Seite 175
- Hasselbach, Kai*, Anwendbarkeit des Verbraucherkredit- und des Haustürwiderrufgesetzes auf Bürgschaften – EuGH, NJW 1998, 1295; BGH, DB 1998, 1179, JuS 1999, Seite 329
- Haun, Norbert*, Die Unwirksamkeit der Bürgschaftsübernahme wegen Sittenwidrigkeit, Köln 1995
- Heinrichsmeier, Paul*, Die Einbeziehung des Ehegatten in die Haftung für Geldkredite, Bielefeld 1993
- Hellner, Thorwald / Steuer, Stephan*, Bankrecht und Bankpraxis, Band 2 – Kreditsicherung, Köln 1999
- Heymann, Ernst*, Handelsgesetzbuch,  
Band 2, §§ 105 – 237, 2. Auflage, Berlin, New York 1996  
Band 4, §§ 343 – 460, Berlin, New York 1990
- Hillenkamp, Ulrich*, Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld, Hamburg 1966
- Hoes, Volker*, Die Überschuldung Privater als Problem von Ungleichgewichten, Frankfurt am Main 1997
- Hoes, Volker / Lwowski, Hans-Jürgen*, Die Wirksamkeit von Ehegattenbürgschaften aufgrund drohender Vermögensverschiebung, WM 1999, Seite 2097
- Hopt, Klaus J.*, Die Nichtigkeit von Darlehensverträgen bei Abschluß oder Vermittlung im Reisegewerbe, NJW 1985, Seite 1665
- Horn, Norbert*, Bürgschaften und Garantien, 7. Auflage, Köln 1997
- ders.*, Zur Zulässigkeit der Globalbürgschaft – Bestimmtheitsgrundsatz und Verbot der Fremddisposition im Bürgschaftsrecht, ZIP 1997, Seite 525

- ders.*, Globalbürgschaft und Bestimmtheitsgrundsatz, Festschrift für Franz Merz, Köln 1992, Seite 217
- Huber, Ulrich*, Typenzwang, Vertragsfreiheit und Gesetzesumgehung, *JurA* 1970, Seite 784
- Jakobs, Horst Heinrich / Schubert, Werner*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches: in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen, Band 3, §§ 652 – 853 BGB, Berlin, New York 1983
- Jauernig, Ottmar*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9. Auflage, München 1999
- Kabisch, Klaus*, Zur Unanwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf Bürgschaften, *WM* 1998, Seite 535
- Kegel, Gerhard*, Verpflichtung und Verfügung – Sollen Verfügungen abstrakt oder kausal sein?, Festschrift für F.A. Mann, München 1977, Seite 57
- Kittlitz, Martin*, Der vertragliche Schuldbeitritt, Bayreuth 1994
- Klein, Olaf*, Zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes auf Bürgschaften, *DZWir* 1996, Seite 230
- ders.*, Zur Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf Bürgschaften, *DZWir* 1996, Seite 358
- Klingsporn, Burkhard*, Die Bürgschaft als „Haustürgeschäft“, *WM* 1993, Seite 829
- Knütel, Rolf*, Befreite Ehefrauen? Zur Mithaftung für Bankkredite von Angehörigen, *ZIP* 1991, Seite 493
- Köndgen, Johannes*, Die Entwicklung des Bankkreditrechts in den Jahren 1991 – 93, *NJW* 1994, Seite 1508
- Kohte, Wolfhard*, Die Stellung des Schuldbeitritts zwischen Bürgschaft und Schuldübernahme, *JZ* 1990, Seite 997
- Koller, Ingo / Roth, Wulf-Henning / Morck, Winfried*, *Handelsgesetzbuch*, München 1996
- Koziol, Martin*, Die Umgehungsregelung des Verbraucherkreditgesetzes, Bayreuth 1998
- Kröll, Stefan*, Anwendung des Haustürwiderrufgesetzes auf Bürgschaften nach den „Dietzinger“- Entscheidungen des EuGH und des BGH, *DZWir* 1998, Seite 426

Literaturverzeichnis

- Kümpel, Siegfried*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Auflage, Köln 2000
- Kulke, Ulrich*, Anwendbarkeit des § 312 Abs. 1 BGB auf Bürgschaftsverträge bei Erberwartung des einkommens- und vermögenslosen Bürgen, ZEV 2000, Seite 298
- Kurz, Stefan*, Schuldübernahme, Schuldbeitritt und das Verbraucherkreditgesetz, DNotZ 1997, Seite 552
- Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987
- Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, Zweiter Halbband, 13. Auflage, München 1994
- dies.*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1995
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997
- Liesecke, Rudolf*, Rechtsfragen der Bankgarantie, WM 1968, Seite 22
- Lorenz, Stephan*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, München 1997
- ders.*, Vertragsaufhebung wegen unzulässiger Einflußnahme auf die Entscheidungsfreiheit: Der BGH auf dem Weg zur reinen Abschlußkontrolle?, NJW 1997, Seite 2578
- ders.*, Richtlinienkonforme Auslegung, Mindestharmonisierung und der „Krieg der Senate“, NJW 1998, Seite 2937
- Lwowski, Hans-Jürgen*, Das Recht der Kreditsicherung, 8. Auflage, Berlin 2000
- Marwede, Jan*, Anmerkung zu OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 22.10.1974 – 5 U 6/74, BB 1975, Seite 985
- Martis, Rüdiger*, Verbraucherschutz, München 1998
- Masuch, Andreas*, Formularvertragliche Globalbürgschaft für einen unlimitierten Kontokorrentkredit, BB 1998, Seite 2590
- Medicus, Dieter*, Bürgerliches Recht, 18. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1999
- ders.*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, München 1999
- ders.*, Durchblick: Die Akzessorietät im Zivilrecht, JuS 1971, Seite 497

- ders.*, Subsidiarität von Ansprüchen, JuS 1977, Seite 638
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7.11.1995 – XI ZR 235/94, EWiR 1996, Seite 3
- ders.*, Die Bedeutung von Erwartungen des Gläubigers beim Abschluß der Bürgschaft, Festschrift für Wolfgang Fikentscher, Tübingen 1998, Seite 265
- ders.*, Entwicklungen im Bürgschaftsrecht – Gefahren für die Bürgschaft als Mittel der Kreditsicherung?, JuS 1999, Seite 833
- Melzer, Wolfgang*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14. 05. 1998 – IX ZR 56/95, WuB I F 1a.- 16.98, Seite 867
- Micklitz, Hans-Werner*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 17.03.1998 – Rs. C – 45/96, EuZW 1998, Seite 253
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II - Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1896
- Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Auflage,  
Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240; AGBG), München 1993  
Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241 – 432), München 1994  
Band 3: Besonderes Schuldrecht I (§§ 433 – 606; VerbrKrG, HTWG), München 1995  
Band 5: Besonderes Schuldrecht III (§§ 705 – 853), München 1997
- Mugdan, Benno*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899
- Nobbe, Gerd*, Bankrecht – Aktuelle höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung, Köln 1999
- Nörr, Knut Wolfgang / Scheyhing, Robert / Pöggeler, Wolfgang*, Handbuch des Schuldrechts, Band 2, Sukzessionen, 2. Auflage, Tübingen 1999
- Oberhammer, Paul*, Sittenwidrigkeit und Haftungszweck von Ehegattenbürgschaften, DZWIR 2000, Seite 45
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Auflage, München 2000
- Pfeiffer, Thomas*, Ein zweiter Anlauf des deutschen Bürgschaftsrechts zum EuGH, NJW 1996, Seite 3297

Literaturverzeichnis

- ders.*, Die Bürgschaft unter dem Einfluß des deutschen und europäischen Verbraucherrechts, ZIP 1998, Seite 1129
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 13.11.1997 – IX ZR 289/96, DZWIR 1998, Seite 154
- ders.*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 23.3.2000 – Rs C-208/98, EWIR Art. 1 RL 87/102/EWG 1/2000, Seite 929
- Pieper, Helmut*, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Köln, Berlin 1963
- Pottschmidt, Günter / Rohr, Ulrich*, Kreditsicherungsrecht, 4. Auflage, München 1992
- Probst, Martin*, Geltungsbereichsprobleme des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften, JR 1992, Seite 133
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 9.3.1993, JR 1994, Seite 24
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I – Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I, Abschn. II Tit. I, Berlin 1897
- Redick, Jutta*, Haftungsbegründung und Schuldbefreiung bei §§ 415, 416 BGB, Bonn 1989
- Reich, Dietmar / Schmitz, Peter*, Globalbürgschaften in der Klauselkontrolle und das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, NJW 1995, Seite 2533
- Reich, Norbert*, Mithaftung und Bürgschaft in neuer Rechtsprechung und Rechtspraxis zum Bankkredit, VuR 1997, Seite 187
- Reichel, Hans*, Die Schuldmitübernahme, München 1909
- ders.*, Verjährung des Anspruchs gegen den Schuldmitübernehmer, Das Recht 1912, Seite 376
- Reifner, Udo*, Handbuch des Kreditrechts, München 1991
- ders.*, Die Mithaftung der Ehefrau im Bankkredit – Bürgschaft und Gesamtschuld im Kreditsicherungsrecht, ZIP 1990, Seite 427
- ders.*, Die Rückabwicklung sittenwidriger Ratenkreditverträge, JZ 1984, Seite 637
- Reinicke, Dietrich / Tiedtke, Klaus*, Bürgschaftsrecht, Neuwied, Kriftel, Berlin 1995
- dies.*, Kreditsicherung, 4. Auflage, Neuwied, Kriftel 2000

- dies.*, Die Haftung des Bürgen für alle bestehenden und künftigen Forderungen einer Bank aus ihrer Geschäftsverbindung mit dem Hauptschuldner, WiB 1996, Seite 505
- dies.*, Formbedürftigkeit des Schuldbeitritts zu einem Kreditvertrag, WiB 1997, Seite 449
- dies.*, Schutz des Bürgen durch das Haustürwiderrufsgesetz, ZIP 1998, Seite 893
- dies.*, Schutz des Bürgen durch das Haustürwiderrufsgesetz, DB 1998, Seite 2001
- RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Band II, 2. Teil (§§ 414 – 610), 12. Auflage, Berlin – New York 1978
- Richrath, Jochen*, Die Übersicherungsproblematik bei nichtakzessorischen Kreditsicherheiten, Bayreuth, 1995
- ders.*, Zur Rückwirkung von Rechtsprechung im Kreditsicherungsrecht – eine kritische Bestandsaufnahme, WM 1999, Seite 1698
- Rimmelspacher, Bruno*, Kreditsicherungsrecht, 2. Auflage, München 1987
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 23.11.1999 – XI ZR 20/99, WuB I F 1c.- 1.00, Seite 533
- Roth, Wulf-Henning*, Bürgschaftsverträge und EG-Richtlinie über Haustürgeschäfte, ZIP 1996, Seite 1285
- Rußmann, Helmut*, Formzwang und Übereilungsschutz in Interzessionsverhältnissen, Festschrift für Helmut Heinrichs, München 1998, Seite 451
- Schanbacher, Dietmar*, Zur Frage der Anwendbarkeit des Haustürwiderrufsgesetzes auf Bürgschaften, NJW 1991, Seite 3263
- Schlegelberger, Franz*, Handelsgesetzbuch, Band 3, 1. Halbband (§§ 105 – 160), 5. Auflage, München 1992
- Schmalz, Dieter*, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Auflage, Baden-Baden 1998
- Schmelz, Karl-Joachim*, Verbesserung des Verbraucherschutzes im Konsumentenkreditrecht? – § 56 Nr. 6 GewO, § 1 HWiG, § 7 VerbrKredG, NJW 1991, Seite 1219

Literaturverzeichnis

- ders.*, Der Verbraucherkredit, München 1989
- Schmid-Burgk*, Klaus, Die Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf Kreditsicherheiten, DB 1997, Seite 513
- Schmitz, Karl-Bernhard*, Der Ausgleich zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt, Festschrift für Franz Merz, Köln 1992, Seite 553
- Schmitz-Herscheidt, Stephan*, Zur Bürgschaft für alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten, ZIP 1997, Seite 1140
- Schröder, Andreas*, Interessengegensätze beim Personalkredit in der Bankenpraxis, Frankfurt am Main 1998
- Schwintowski, Hans-Peter / Schäfer, Frank A.*, Bankrecht: Commercial Banking – Investment Banking, Köln, Berlin, Bonn, München 1997
- Seidel, Wolfgang / Brink, Ulrich*, Bürgschaften vermögens- und einkommensloser Bürgen, DB 1998, Seite 661
- Selb, Walter*, Handbuch des Schuldrechts, Band 5, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern, Tübingen 1984
- Singer, Reinhard*, Aufklärungspflichten (und Sittenverstöße) im Konsumentenkreditgeschäft, ZBB 1998, Seite 141
- Soergel, Hans Theodor*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,  
Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240), 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1988  
Band 2, Allgemeiner Teil – 2. (§§ 104 – 240), 13. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1999  
Band 2, Schuldrecht 1 (§§ 241 – 432), 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1990  
Band 3, Schuldrecht 2 (§§ 433 – 515, AGB-Gesetz), 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1991  
Band 4, Schuldrecht 3.1 (§§ 516 – 651), 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1998
- Staudinger, Julius von*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen  
Erstes Buch, Allgemeiner Teil  
- §§ 134 – 163, 13. Auflage, Berlin 1996  
Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse  
- AGBG, 13. Auflage, Berlin 1998  
- §§ 293 – 327, 13. Auflage, Berlin 1995

- §§ 328 – 361, 13. Auflage, Berlin 1995
- §§ 398 – 432, 13. Auflage, Berlin 1999
- Verbraucherkreditgesetz; Haustürwiderrufsgesetz; § 13a UWG, 13. Auflage, Berlin 1998
- §§ 765 – 778, 13. Auflage, Berlin 1997
- Steinbeck, Anja Verena*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 23.3.2000 – Rs. C-208/98, WuB I E 2. Art. 1 RL 87/102/EWG 1.00. Seite 611
- Steppeler, Wolfgang*, Verbraucherkreditgesetz, 2. Auflage, Stuttgart 1997
- Tiedemann, Michael*, Zur Nichtigkeit einer Beschränkung der Bürgschaft auf künftige Erbschaft nach § 312 I 1 BGB, NJW 2000, Seite 192
- Tiedtke, Klaus*, Bürgschaft für ein sittenwidriges Darlehen, JZ 1987, Seite 853
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.9.1985 – VII ZR 338/84, EWiR § 414 BGB 1/85, Seite 953
- ders.*, Die Begrenzung der Haftung des Höchstbetragsbürgen, ZIP 1998, Seite 449
- ders.*, Sittenwidrigkeit der Bürgschaft eines nahen Angehörigen des Hauptschuldners bei krasser finanzieller Überforderung des Bürgen, NJW 1999, Seite 1209
- Titze, Erich*, Anmerkung zu RG, Urt. v. 5.6. 1930 – 64/1930 VIII, JW 1930, Seite 3478
- Tonner, Martin*, Die Haftung vermögens- und einkommensloser Bürgen in der neueren Rechtsprechung, ZIP 1999, Seite 901
- ders.*, Sittenwidrigkeit von Bürgschaften vermögensloser Bürgen vor dem Großen Senat für Zivilsachen – Anmerkung zu BGH, Vorlagebeschluß vom 29.6.1999 – XI ZR 10/98, VuR 1999, Seite 440
- Treber, Jürgen*, Europäischer Verbraucherschutz im Bürgschaftsrecht – Das Urteil des EuGH vom 17.3.1998 und seine innerstaatliche Umsetzung -, WM 1998, Seite 1908
- Ulmer, Peter / Brandner, Hans Erich / Hensen, Horst-Diether*, AGB-Gesetz, 8. Auflage, Köln 1997
- Ulmer, Peter / Timmann, Henrik*, Zur Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf die Mitverpflichtung Dritter, Festschrift für Heinz Rowedder, München 1994, Seite 503

Literaturverzeichnis

- Unterrieder, Matthias*, Die regelmäßige Verjährung: die §§ 195 bis 202 BGB und ihre Reform, Berlin 1998
- Wacke, Andreas*, Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner, AcP 170 (1970), Seite 42
- Wassermann, Peter*, Zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes auf Bürgschaftsverträge – BGHZ 113, 287 und BGH, NJW 1991, 2905, JuS 1992, Seite 908
- Weber, Hansjörg*, Kreditsicherheiten, 6. Auflage, München 1998
- ders.*, Sonderformen der Bürgschaft und verwandte Sicherungsgeschäfte, JuS 1972, Seite 9
- Weber, Ralph*, Formularmäßige Sicherungszweckbestimmungen bei Grundschulden, ZfIR 1999, Seite 2
- Weber, Ralph / Bonin, Birger*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 23.5.2000 – XI ZR 214/99, EWiR § 3 AGBG 2/2000, Seite 797
- Weitzel, Jürgen*, Die Bürgschaft, JuS 1981, Seite 112
- Wenzel, Franz*, Keine Anwendbarkeit des Haustürgeschäftwiderrufgesetzes auf Bürgschaften, NJW 1993, Seite 2781
- Wernecke, Frauke*, Die Gesamtschuld – ihre Befreiung von irrationalen Merkmalen und ihre Rückführung in die Gesetzessystematik, Berlin 1990
- Westermann, Harm Peter*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 12.2. 1987 – III ZR 178/85, EWiR § 765 BGB 4/87, Seite 577
- ders.*, Die Bedeutung der Privatautonomie im Recht des Konsumentenkredits, Festschrift für Hermann Lange, Stuttgart, Berlin, Köln 1992, Seite 995
- ders.*, Die Bürgschaft, Jura 1991, Seite 567
- Westermann, Harm Peter / Bydlinski, Peter*, BGB – Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Heidelberg 1999
- Wochner, Manfred*, Die neue Schuldknechtschaft, BB 1989, Seite 1354
- Wolf, Manfred / Horn, Norbert / Lindacher, Walter*, AGB-Gesetz, 4. Auflage, München 1999
- Zahn, Herbert*, Schuldbeitritt zum Leasingvertrag nach dem Verbraucherkreditgesetz, DB 1992, Seite 1029
- ders.*, Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf die Bürgschaft?, DB 1998, Seite 353

Literaturverzeichnis

*Zeiss, Walter*, Der rechtliche Grund (§ 812 BGB) für Schuldanerkenntnisse und Sicherheitsleistungen, AcP 164 (1964), Seite 50

*Zöllner, Wolfgang*, Die Bürgschaft des Nichtunternehmers, WM 2000, Seite 1

## Sachregister

- Abgrenzung
    - Einwendungsbeschränkung 112 f.
    - Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners 105
    - Wortlaut 91, 130, 107 ff., 123, 137
  - Akzessorietät 43 ff.
  - Anlaßrechtsprechung 212 ff.
  - Annahmeerklärung 144 ff.
  - Anwendbarkeit
    - des § 401 BGB 29 ff., 55 ff.
    - der §§ 414 ff. BGB 65 ff.
    - des § 776 BGB 309 ff.
    - des HWiG 185 ff.
    - des VerbrKrG 165 ff.
  - Begründungsakzessorietät 151, 287
  - Bezeichnung 11
  - Bürgschaft
    - Abgrenzung 84 ff.
    - Merkmale 45
  - causa 72 ff.
  - Einwendungen
    - aus indirektem Schuldbeitritt 281 ff.
    - aus der Unwirksamkeit der Erstschuld 286 ff.
  - Entgeltlichkeit 185 ff.
  - Erfüllungsübernahme
    - Abgrenzung 129 ff.
    - „berechtigende ~“ 126 ff.
  - Erklärungsbewußtsein 143
  - Erlaß 24 ff.
  - Erstschuld 150 ff.
  - Anfechtbarkeit 154 f.
  - Aufrechenbarkeit 155 ff.
  - Folgen des Fehlens 152 ff.
  - Notwendigkeit 150 ff.
  - Umwandlung in eine Bereicherungsschuld 291 ff.
- Fallgruppen 12
  - Formbedürftigkeit
    - analog § 766 BGB 259 ff.
    - aus Vertrag zwischen Erstschuldner und Gläubiger 256
  - Garantie
    - Abgrenzung 115 ff.
    - Merkmale 116
  - Gesamtschuld 17 ff.
    - Schuldbeitritt als Sicherungsgesamtschuld 21
    - Gläubigerwahlrecht 22
  - Gesellschafterhaftung 46 f.
  - Haftungsgrund 79 f.
  - Interessen 14, 87, 90, 97 ff., 268 ff., 319
  - Interessentheorie 86 ff., 94 ff.
  - Kausales Geschäft 72 ff.
  - Nahe Angehörige
    - und HWiG 200 ff.
    - und Überforderung 231 ff.
  - Rechtsbindungswille 142
  - Regelungsvorschlag 327
  - Regreß 304 ff.

## Sachregister

- Schuldbeitritt
  - als AGB 207 ff.
  - als Neubegründung einer Schuld 10 ff.
  - als Vertragsänderung 8 ff.
  - antizipierter ~ 157 ff.
    - Bestimmtheit 158 ff.
    - Kündigungsrechte 161 ff.
  - indirekter ~ 148 ff., 281 ff.
- Schuldübernahme 59 ff.
- Separatzeession 55 ff.
- Sicherungsschuldbeitritt 12, 304
- Sicherungszweck 14, 34
  - als causa 76 ff.
  - und § 401 BGB 32
  - und Form 266 f.
- Sicherungszweckerklärung 212 ff.
- Subsidiarität 48 ff., 104, 111, 118 f.
- System der Personalsicherheiten 317
- Übernahmeschuldbeitritt 12 ff., 58 ff., 305, 319
  - als „berechtigende Erfüllungsübernahme“ 126 ff.
  - Merkmale 64 ff.
  - Übernahmезweck 35, 58 ff.
  - und Form 270
- Verjährung 272 ff.
- Verpflichtungsgeschäft 70
- Vertragsbeitritt 10, 134 ff.
- Vertragsfreiheit 37 ff.
- Vertragstypenlehre 37 ff.
- Vertrag zugunsten Dritter 148 f.
- „Wettlauf der Sicherungsgeber“ 307
- Zweifelsregelung
  - und Abgrenzung zur Bürgschaft 85, 114
  - und Abgrenzung zur Erfüllungsübernahme 129
  - und Abgrenzung zur Garantie 120, 124
  - und Abgrenzung zur Mitvertragspartnerschaft 137