

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 254

Die sogenannte Akzessorietät der Bürgschaft

Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgrund
beim Verpflichtungsgeschäft

Von

Christoph Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTOPH SCHMIDT

Die sogenannte Akzessorietät der Bürgschaft

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 254

Die sogenannte Akzessorietät der Bürgschaft

Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgrund
beim Verpflichtungsgeschäft

Von
Christoph Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Schmidt, Christoph:

Die sogenannte Akzessorietät der Bürgerschaft : ein Beitrag zur Lehre vom
Rechtsgrund beim Verpflichtungsgeschäft / Christoph Schmidt. – Berlin :
Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 254)

Zagl.: Mainz, Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-10298-3

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: psb, Berlin

Druck: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-10298-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

*Meinen Eltern
In Dankbarkeit*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1999/2000 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Manfred Harder, danke ich herzlich für die wertvollen Hinweise und Anregungen, die er mir bei der Anfertigung der Arbeit gab. Dank schulde ich ihm auch dafür, daß ich über vier Jahre an seinem Lehrstuhl als Wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig sein durfte und er mir in dieser Zeit die nötige Freiheit zur Beschäftigung mit dem Gegenstand der Arbeit gewährte.

Bedanken möchte ich mich ebenfalls bei Herrn Professor Dr. Walther Hadding für die Übernahme der Aufgabe des Zweitberichterstatters.

Die Arbeit widme ich meinen Eltern, deren Liebe und Unterstützung von Kindesbeinen an mir die Anfertigung der Arbeit überhaupt erst möglich gemacht hat.

Mainz, im Dezember 2000

Dr. Christoph Schmidt

Inhaltsverzeichnis

Einführung	13
------------------	----

1. Teil

Kritik der herkömmlichen Vorstellungen von der Akzessorietät der Bürgschaft

1. Abschnitt

Bedeutung des Begriffs „Akzessorietät“ bei der Bürgschaft	23
§ 1 Akzessorietät und wirtschaftliche Funktion der Bürgschaft	23
§ 2 Akzessorietät als Rechtsprinzip	25
§ 3 Maßstab zur Überprüfung eines Rechtsprinzips	26

2. Abschnitt

Grundlage der Akzessorietät bei der Bürgschaft	28
§ 1 Die ältere Auffassung zur Akzessorietät der Bürgschaft	29
A. Interpretation der älteren Auffassung	29
B. Kritik der älteren Auffassung	32
I. Zusammenhang zwischen Sicherungszweck und Akzessorietät	32
II. Vereinbarung der Akzessorietät durch die Bürgschaftsparteien	33
1. Zulässigkeit einer vertraglichen Vereinbarung	33
2. Vorhandensein einer vertraglichen Vereinbarung	39
III. Zusammenfassung	42
§ 2 Die jüngere Auffassung zur Akzessorietät bei der Bürgschaft	43
A. Unterschied zur älteren Auffassung	43
B. Kritik der jüngeren Auffassung	45
I. Rückführung der Akzessorietät auf das Gesetz	45
II. Rechtspolitischer Grund für die Akzessorietät	47
1. Sicherungszweck als rechtspolitischer Grund	47
2. Interessenschutz durch Akzessorietät	49
3. Akzessorietät als Technik zur effektiven Verwirklichung des Sicherungs- zwecks	53
§ 3 Zusammenfassung	56

3. Abschnitt

Veränderungen der Hauptschuld ohne Auswirkung auf die Bürgenschuld ..	56
§ 1 Die einzelnen Fallkonstellationen	56
§ 2 Erklärung der Fallkonstellationen als Ausnahmen	59
A. Der Erklärungsansatz	59
B. Kritik der Erklärung	60
I. Zulässigkeit von Ausnahmen	60
II. Häufigkeit der Fallkonstellationen	61
1. Herabsetzung der Hauptschuld ohne Auswirkung auf die Bürgenschuld ..	61

2. Wegfall des Hauptschuldners ohne Auswirkung auf die Bürgenschuld . . .	65
III. Typizität der Fallkonstellationen	68
§ 3 Erklärungen im Einklang mit der Akzessorietät	72
A. Der Erklärungsansatz	72
B. Fiktion des Fortbestehens einer Hauptforderung	73
C. Fortbestehen eines durch die Bürgschaft gesicherten Anrechts	75
I. Die Konstruktion Philipp Hecks und Ulrich von Lübtows	75
II. Kritik der vorgeschlagenen Konstruktion	78
D. Fortbestehen des Sollenselements der Hauptforderung	87
I. Die Konstruktion Ekkehard Becker-Eberhards	87
II. Kritik der Ansicht	89
1. Das Erklärungsmodell an sich	89
2. Die Erklärung für die Fallkonstellationen	91
§ 4 Zusammenfassung	95

2. Teil

Die Akzessorietät als (inhaltliche und äußerliche) Kausalität

1. Abschnitt

Grundlegung 96

§ 1 Akzessorietät als Abgrenzungsmerkmal	96
§ 2 Abgrenzung zum Schuldversprechen als Ansatzpunkt	97
§ 3 Auslegung des Merkmals „selbständig“ in § 780 BGB	101
A. Auslegung nach Wortsinn und Systematik	101
B. Historische Auslegung	102
C. Festlegung des Gangs der weiteren Darstellung	107

2. Abschnitt

Rechtsgrund und Verpflichtungsgeschäft 107

§ 1 Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	107
§ 2 Verhältnis der allgemeinen Vorschriften zum Bereicherungsrecht	109
§ 3 Zuwendung einer Forderung als „etwas“ i.S.v. § 812 Abs. 1 BGB	114
§ 4 Leistungscharakter einer Forderungszuwendung durch Verpflichtungsgeschäft	116
§ 5 Rechtsgrund beim Verpflichtungsgeschäft	118
A. Notwendigkeit einer genauen Bestimmung des Rechtsgrundes	118
B. Differenzierung zwischen innerem und äußerem Rechtsgrund	120

3. Abschnitt

Bestimmung des Rechtsgrundes einer Forderungszuwendung durch Verpflichtungsgeschäft 122

§ 1 Theorien zum Rechtsgrund bei der Leistungskondition	122
§ 2 Unterschied zwischen den Theorien zum Rechtsgrund	123
§ 3 Rechtsgrund der Forderungszuwendung nach kausaler Theorie	127
§ 4 Gründe für die Unzulänglichkeit der kausalen Theorie	131
§ 5 Rechtsgrund der Forderungszuwendung nach finaler Theorie	134
A. Die Zweckvereinbarung an sich	135
B. Inhalt der Zweckvereinbarung	136
I. Kritik der Überlegungen der finalen Auffassung	136
II. Ursachen für die Unzulänglichkeit der finalen Auffassung	141

III. Eigene Auffassung zum Inhalt der Zweckvereinbarung	143
C. Die Zweckerreichung	146
I. Kritik der Überlegungen bezogen auf den gegenseitigen Vertrag	146
1. Bedeutung der Zweckerreichung	146
2. Zweckerreichung als Bedingung	150
II. Kritik der Überlegungen bezogen auf das Erfüllungsgeschäft	155
1. Notwendigkeit einer Erfüllungszweckvereinbarung	155
2. Zweckerreichung als Bedingung	161
III. Ursachen für die Unzulänglichkeit der finalen Auffassung	164
1. § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB	164
a) § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB nach finaler Auffassung	164
b) Rechtsgrund vor und bei Zweckverfehlung	165
c) Rechtsgrund bei Zweckerreichung	167
2. Die Voraussetzungslehre Bernhard Windscheids	176
a) Grundzüge der Voraussetzungslehre	176
b) Parallelen zwischen Voraussetzungslehre und finaler Auffassung	180
IV. Eigene Auffassung zur Zweckerreichung	182
1. Bedeutung der Zweckerreichung für den Rechtsgrund	182
2. Unterschiede zur finalen Auffassung	187
a) Das BGB als Geltungsgrund	187
b) Die Möglichkeit der Zweckerreichung	188
§ 6 Zusammenfassung	193

4. Abschnitt

Der Rechtsgrund einer Forderungszuwendung durch Schuldversprechen nach § 780 BGB

§ 1 Grundlegung	194
§ 2 Geschäftszweck des Schuldversprechens	195
§ 3 Kritik der jüngeren Lehre zum Rechtsgrund des Schuldversprechens	196
§ 4 Ursachen für die Unzulänglichkeit der jüngeren Lehre	206
A. Abstraktheit des Schuldversprechens nach jüngerer Lehre	206
B. Anspruch als Rechtsgrund einer Leistung	207

5. Abschnitt

Die Abstraktion vom Rechtsgrund

§ 1 Grundlegung	209
§ 2 Abstraktion und Kausalität nach Günther Jahr	210
§ 3 Stellungnahme zum Konzept Jahrs	213
§ 4 Anpassung des Konzepts an das hiesige Verständnis vom Rechtsgrund	214
§ 5 Abstraktion beim Schuldversprechen	218
§ 6 Grad der äußerlichen Abstraktion beim Schuldversprechen	221
§ 7 Eigene Auffassung zur Abstraktion beim Schuldversprechen	223

6. Abschnitt

Übertragung der Ergebnisse auf die Bürgschaft

§ 1 Grundlegung	224
§ 2 Rechtsgrund und Kausalität bei der Bürgschaft	225
A. Erforderlichkeit eines Rechtsgrundes	225

B. Zweckvereinbarung bei der Bürgschaft	226
C. Möglichkeit der Zweckerreichung bei der Bürgschaft	227
D. Inhaltliche und äußerliche Kausalität der Bürgschaft	233
§ 3 Akzessorietät der Bürgschaft	238

3. Teil

Überprüfung und Verteidigung der Vorstellung von der Akzessorietät als Kausalität

1. Abschnitt

Vorteile der Vorstellung von der Akzessorietät als Kausalität	245
§ 1 Veränderungen der Hauptschuld ohne Auswirkung auf die Bürgenschuld	245
§ 2 Erklärung der Bürgschaft auf erstes Anfordern	251
A. Bedeutung der Bürgschaft auf erstes Anfordern für die Untersuchung	251
B. Charakteristika der Bürgschaft auf erstes Anfordern	252
C. Bürgschaft auf erstes Anfordern nach herkömmlichem Verständnis	254
D. Bürgschaft auf erstes Anfordern nach hiesigem Verständnis	258
I. Erklärung mit Hilfe der hier vorgeschlagenen Konstruktion	258
II. Zwingende Natur der Akzessorietät	263
III. Bestätigungen für die hier vorgeschlagene Konstruktion	268

2. Abschnitt

Verteidigung der Vorstellung von der Akzessorietät als Kausalität	275
§ 1 Beschränkung der Akzessorietät auf Rechte	275
§ 2 Deckungsverhältnis als Rechtsgrund der Bürgschaft	279
A. Deckungsverhältnis als einziger Rechtsgrund	279
B. Deckungsverhältnis als sog. entfernter oder zweiter Rechtsgrund	282
§ 3 Valutaverhältnis als Rechtsgrund der Bürgschaft	285
A. Die Auffassung von Claus-Wilhelm Canaris	285
B. Kritik der Auffassung	287
I. Sicherungszweck als tauglicher Rechtsgrund	287
II. Der vertragscharakteristische Geschäftszweck	290
1. Josef Essers Lehre vom vertragscharakteristischen Geschäftszweck	290
2. Kritik der Lehre	292
3. Zusätzliche Argumente gegen die Vorstellungen von Canaris	294
III. Sicherungsabrede als Rechtsgrund	297
1. Vorliegen einer Sicherungsabrede	297
2. Tauglichkeit der Sicherungsabrede als Rechtsgrund	299
3. Ursachen für die Unzulänglichkeit der Auffassung	303
§ 4 Zusammenfassung	306
Schlußfolgerung für die Pfandrechte	307
Literaturverzeichnis	319
Sachregister	339

Einführung

Der Begriff „Akzessorietät“ geht auf das lateinische Wort „*accessio*“ zurück, das seinerseits von dem Verb „*accedere*“ stammt. Die wörtliche Bedeutung von „*accedere*“ ist „heran- oder hinzutreten“¹, das Nomen „*accessio*“ bezeichnet dementsprechend das „Hinzutreten“.²

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird das Wort oft nicht streng wörtlich verwendet, sondern dient dazu, das Ergebnis des Hinzutretens zu beschreiben. In diesem Sinne bedeutet „*accessio*“ Zuwachs oder Steigerung. Diese Wortbedeutung findet man etwa bei Cicero in seinem Werk „*De re publica*“, in dem die Rede ist von dem Zuwachs an guten und nützlichen Dingen durch die einzelnen Könige („*in singulos reges rerum bonarum et utilium fiat accessio*“).³ Ähnlich gebraucht Cicero den Begriff in einem seiner Briefe, in dem er von der Steigerung von Glück und Ansehen spricht („*accessiones ... et fortunae et dignitatis*“).⁴

In der römischen Rechtswissenschaft wird der Begriff „*accessio*“ häufig in seiner allgemeinen Bedeutung verwendet.⁵ So heißt es etwa bei Ulpian, daß ‚Erbschaft‘ der Name für ein Recht sei, das sowohl Vermehrung wie Verminderung zulasse („*Hereditas iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit*“).⁶ Ähnlich ist die Bedeutung von „*accessio temporis*“ oder „*accessio possessionis*“. Damit bezeichnete man den Umstand, daß die Ersitzungszeit des Rechtsvorgängers zugunsten des Rechtsnachfolgers fortwirkte, also zu dessen Ersitzungszeit gleichsam hinzutrat.⁷

„*Accessio*“ meint allerdings in der Rechtswissenschaft nicht allein das Hinzutreten oder den Zuwachs. Vielmehr versuchen die römischen Juristen mit dem Begriff auch dasjenige näher zu charakterisieren, was hinzutritt. So meint etwa Ulpian, daß

¹ Georges, Handwörterbuch, 1. Band, Sp. 49, Stichwort „*accedo*“.

² Georges, Handwörterbuch, 1. Band, Sp. 55, Stichwort „*accessio*“.

³ Cicero, *De re publica*, 2, 37.

⁴ Cicero, *Epistularum ad familiares*, 2, 1, 2.

⁵ Zu dieser und den anderen Bedeutungen des Begriffs „*accessio*“ im römischen Recht vgl. Heumann/Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, S. 7, Stichwort „*accessio*“.

⁶ Ulpian, *Dig.* 50, 16, 1, 178; ebenso Iavolenus, *Dig.* 40, 7, 1, 28 zum *peculium*.

⁷ Vgl. etwa Scaevola, *Dig.* 44, 3, 14 pr. (*De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate*. [Über die Anrechnung der Besitzzeit läßt sich weder für immer noch im allgemeinen eine Bestimmung treffen: sie beruht allein auf der Billigkeit.]); zur *accessio possessionis* vgl. auch Gaius, *Inst.* IV, 151; Venuleius, *Dig.* 44, 3, 15; Paulus, *Dig.* 44, 3, 16.

es für die Strafbarkeit wegen Kuppelei einerlei sei, ob dieses Geschäft als hauptsächlichlicher Erwerb oder neben einem anderen Geschäft betrieben werde („*Sive principaliter hoc negotium gerat sive alterius negotiationis accessione utatur ... lenocinii poena tenebitur.*“).⁸ Diese Stelle zeigt, daß durch die Verwendung des Wortes „*accessio*“ dasjenige, was hinzutritt, als Nebensache, dasjenige, zu dem es hinzutritt, als Hauptsache charakterisiert wird. Noch deutlicher wird diese Verwendung des Begriffs „*accessio*“, wenn Ulpian an anderer Stelle schreibt, daß die Nebensache der Hauptsache folge („*ut accessio cedat principali*“).⁹ In seiner Bedeutung als „Nebensache“ hat sich der Begriff „*accessio*“ sogar bis heute erhalten. In der Mode bezeichnet man Gegenstände wie Gürtel, Hüte, Fächer als „*Accessoires*“ und bringt damit zum Ausdruck, daß es sich im Verhältnis zur Kleidung um Nebensachen handelt.¹⁰

In der Äußerung Ulpians, die Nebensache folge der Hauptsache, ist zugleich auch eine weitere Bedeutungsvariante des Begriffs „*accessio*“ angedeutet. Die römischen Juristen begnügten sich nicht damit, den Begriff „*accessio*“ als Umschreibung für eine Nebensache zu verwenden. Der Satz, die Nebensache folge der Hauptsache, bringt zum Ausdruck, daß aus der Eigenschaft einer Sache als Nebensache rechtliche Schlußfolgerungen gezogen wurden. Man nahm an, daß das rechtliche Schicksal der Nebensache von dem der Hauptsache abhängige. Ganz deutlich zeigt sich diese Verwendung des Begriffs „*accessio*“ im Zusammenhang mit Verbindlichkeiten. Als Beispiel sei auf eine Äußerung Ulpians hingewiesen. Er vertritt darin die Auffassung, daß in allen Fällen der Befreiung von einer Schuld auch die Nebenverpflichteten, d. h. Bürgen, Grundstückseigentümer bei einer Hypothek sowie Verpfänder, befreit würden („*In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora ...*“).¹¹ Als Ausdruck einer Abhängigkeit der Nebenverpflichtung von der Hauptverpflichtung gebraucht den Begriff „*accessio*“ auch Paulus, wenn er meint, daß Nebenverpflichtete nur zu leichteren Bedingungen angenommen werden könnten, nicht aber zu schlechteren („*Hi, qui accessionis loco promittunt, in leviolem causam accipi possunt, in deteriolem non possunt.*“).¹²

Alles in allem macht dieser Überblick deutlich, daß sich aus dem Begriff „*accessio*“ und seiner Verwendung im römischen Recht nur wenig sicher ableiten läßt. Fest steht nur, daß „*accessio*“ das Hinzutreten des einen zum anderen bezeichnet und demgemäß der Begriff nur dann gebraucht werden kann, wenn etwas vorhanden ist, das einen Hinzutritt erlaubt. Darüber hinaus läßt sich die Verwendung des Begriffs kaum eingrenzen. Mit „*accessio*“ kann sowohl der Vorgang des Hinzutretens

⁸ Ulpian, Dig. 3, 2, 4, 2.

⁹ Ulpian, Dig. 34, 2, 19, 13; ebenso Gaius, Dig. 33, 8, 2 zum *peculium*.

¹⁰ Duden, Fremdwörterbuch, S. 25, Stichwort „*Accessoire*“; Brockhaus, Enzyklopädie, 1. Band, S. 101, Stichwort „*Accessoires*“.

¹¹ Ulpian, Dig. 46, 3, 43.

¹² Paulus, Dig. 46, 1, 34.

tens als auch dessen Ergebnis, der Zuwachs, bezeichnet werden. Auch läßt sich der Begriff zur Kennzeichnung dessen, was hinzutritt, als Nebensache verwenden. Und schließlich erlaubt es der Begriff „*accessio*“, das Verhältnis zwischen der Nebensache und der Hauptsache im Sinne einer Abhängigkeit zu charakterisieren.

Vor dem Hintergrund dieser Bedeutungsvielfalt des Wortes „*accessio*“ wird auch die Verwendung des Begriffs „Akzessorietät“ in der heutigen Rechtswissenschaft verständlich. Mangels gesetzlicher Definition verwendet man den Begriff auch hier in den unterschiedlichsten Zusammenhängen und Bedeutungen: In der strafrechtlichen Literatur dient er zur Charakterisierung der Teilnahme, da diese gemäß §§ 26 und 27 StGB vom Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat abhängig ist.¹³ Das staatsrechtliche Schrifttum verwendet im Zusammenhang mit Artt. 83 ff. GG den Begriff „Gesetzesakzessorische Verwaltung“ als Bezeichnung für diejenige Verwaltung, die mit der Ausführung von Bundesgesetzen befaßt ist.¹⁴ Die verwaltungsrechtliche Literatur schließlich nennt solche Verwaltungsakte i.S.v. § 35 S. 1 VwVfG akzessorisch, deren Wirksamkeit von der eines anderen Verwaltungsaktes abhängig ist.¹⁵

Eine Beschränkung der Untersuchung auf das materielle Zivilrecht¹⁶ führt bei der Klärung des Begriffes kaum weiter. Auch hier wird von Akzessorietät in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen gesprochen: Im Sachenrecht gelten Fahrnispfandrecht (§§ 1204 ff. BGB), Hypothek (§§ 1113 ff. BGB) und Vormerkung (§§ 883 ff. BGB) als akzessorisch, da ihr Bestehen von der Existenz einer gesicherten Forderung abhängt.¹⁷ Auch der Anspruch auf Grundbuchberichtigung aus § 894 BGB wird aufgrund seiner Abhängigkeit von einem Grundstücksrecht häufig als akzessorisch bezeichnet.¹⁸ Weiterhin umschreiben manche Autoren mit dem Begriff „Akzessorietät“ das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Anwartschaftsrecht aus Vorbehaltskauf und dem Kaufvertrag.¹⁹ Andere bezeichnen die in § 952 Abs. 2 BGB genannten Urkunden als akzessorisch, weil deren rechtliches Schicksal von dem der verbrieften Forderungen abhängt.²⁰ Wieder andere nennen schließlich das Verhält-

¹³ Cramer in Schönke-Schröder, Vorbem. §§ 25 ff. RN 21 ff.; Tröndle/Fischer, Vor § 25 Rn. 9.

¹⁴ Blümel in HStR IV, § 101 Rn. 7; Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 130.

¹⁵ Stelkens in Stelkens-Bonk-Sachs, § 35 Rn. 136 (Bsp. Auflage).

¹⁶ Zur Verwendung des Begriffes im Zusammenhang mit der ZPO vgl. etwa Zöller-Gummer, Zivilprozeßordnung, § 521 Rn. 17: Akzessorietät der Anschlußberufung.

¹⁷ Zum Fahrnispfandrecht: Baur/Stürner, SachenR, § 55 Rn. 12; Palandt-Bassenge, Überbl v § 1204 Rn. 2; zur Hypothek: Baur/Stürner, SachenR, § 36 Rn. 59; Palandt-Bassenge, Überbl v § 1113 Rn. 2; zur Vormerkung: Baur/Stürner, SachenR, § 20 Rn. 50; Palandt-Bassenge, Einl v § 854 Rn. 8; Mülbart, AcP 197 (1997), 335, 337.

¹⁸ Baur/Stürner, SachenR, § 18 Rn. 45 (i.V.m. Sachregister, Stichwort „Akzessorietät“); BGB-RGRK-Weber § 399 Rdn. 51.

¹⁹ Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 758; Rinnewitz, Dogmatische Struktur des Anwartschaftsrechts, S. 468 u. 470 (anders allerdings S. 275); Wilhelm, Sachenrecht, Rn. 1241; vgl. dazu Minthe, Übertragung des Anwartschaftsrechts, S. 35 ff.