

A Einführung

Unternehmerische Investitionen und auch der private Konsum können heutzutage zu einem großen Teil kaum noch ohne Kredite finanziert werden. Diese Kredite können vom Bankensektor zur Verfügung gestellt werden. Jeder Bank ist jedoch daran gelegen, das Risiko des Ausfalls der einzelnen Kreditforderung auf ein Minimum zu beschränken. In diesem Zusammenhang kommen Kreditwürdigkeitsprüfungen, Kreditlimitierungen und - von allem der Sicherung der Kredite durch Personal- oder Sachschaften erhebliche Bedeutung zu. Unten anderem sind Unternehmen mit einem großen Finanzierungsbedarf nun oft nicht in der Lage, die von den Banken geforderten Sicherheiten selbst zu stellen. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn sämtliche in Frage kommenden Sicherheiten schon für früheren aufgenommenen Kredite hingegeben worden sind. Es ist jedoch auch nicht nötig, daß die geforderten Sicherheiten von den Kreditnachfragern selbst gestellt werden. Dritte kommen hierfür ebenso gut in Frage. Nun kann es vorkommen, daß eine einzelne Sicherheit der Bank nicht ausreicht, wenn die Bank befürchtet, daß der Bünde auch insolvent werden könnte; das belastete Grundstück hat einen zu geringen Verkehrswert. - In solchen oder ähnlichen Fällen sind für den Kredit mehrere Sicherheiten zu stellen.

Soweit mehrere Drittsicherheiten (1) durch Bürgschaft oder durch Gewährung von Sachschaften jemanden die Kreditbeschaffung ermöglichen, stellt sich die Frage, wie diese Drittsicherheiten das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners untereinander zu tragen haben. Den Gesetzgeber scheint eine Regelung getroffen zu haben: Die §§ 412, 401 I (§§ ohne nähere Bezeichnung sind solche des BGB) gewähren dem befriedigenden Bürgen / Sicherungsgeber einer Sachschaften jeweils einen Regreß aus der anderen Sicherheit (2), so daß der zuerst in Anspruch genommene Drittsicherer im Vorteil ist. So scheint das Prioritätsprinzip zu entscheiden, wer letztendlich für die Zahlungsunfähigkeit

-
- (1) Es wird, um unnötige Komplizierungen zu vermeiden, jeweils davon ausgegangen, daß der Sicherungsgeber mit dem Eigentümer des Grundstücks (bzw. des Besitzes der Sachschaften und Inhaber des Rückgewähranspruchs) identisch ist.
 - (2) Zusammenfassung mit den Ausnahmen unter B IX

higkeit des Hauptschuldners aufzukommen hat. Es ist schwer vorstellbar, daß der Gesetzgeber dies als die Lösung der Regreßfrage gewollt hat. Vielmehr liegt eine verdeckte Regelungslücke vor, die es zu schließen gilt.

Als ersten hat sich S t r o h a l im Jahre 1903 mit dieser Problematik befaßt. In den folgenden fünfunddreißig Jahren erschienen daraufhin eine Vielzahl von längeren Abhandlungen und Dissertationen, welche sich jedoch zum größten Teil auf die Untersuchung des Verhältnisses zwischen Bürgen und Verpfändern sowie unter Verpfändern beschränkten. 1963 hat H a n t m a i e r in seinen Tübingen Dissertation (3) das Problem erneut aufgegriffen. Neben ihm haben sich seither noch einige weitere Autoren in kleineren Abhandlungen des Themas angenommen.

Nach der bisher herrschenden Meinung zur Ausgleichsfrage erfolgt der Ausgleich unter mehreren Drittsicherern analog § 426 nach Kopfteilen. Hiervon sei den Bürge jedoch ausgenommen; diesem stehe vielmehr grundsätzlich der Regreß gegen die jeweils anderen Drittsicherern zu, während diese den Bürgen nicht in Anspruch nehmen könnten (4). Dem liegt die Vorstellung von einem Bürgen zugrunde, der - im Unterschied zu allen anderen Drittsicherern - für den Hauptschuldner sein gesamtes Vermögen aufs Spiel setzt. Um dem Bürgen den ihm ihren Ansicht nach zustehenden Vorrang zu gewähren, bemüht die herrschende Lehre - zu Unrecht - (5) den § 776. Allen auch soweit in der Literatur den Bürge in den Ausgleich mit einbezogen wird, überzeugt die Ausgleichslehre nicht. Die vorliegende Arbeit wird nach einer Lösung suchen, die den unterschiedlichen Interessen der Drittsicherern und deren unterschiedlichen Nähe zum Hauptschuldner gerecht wird.

(3) Hantmaier, Hans Erich, Ausgleichsfragen bei mehrfacher Sicherung einer Forderung, Diss. Tübingen, 1963

(4) eine übersichtliche Darstellung mit ausführlichen Nachweisen zum Meinungsstreit findet sich bei Staudinger-Wiegand, RdNr. 11-27 zu § 1225, vgl. im übrigen DI 1 dieser Arbeit und dort die Fn 1-3

(5) siehe hierzu D II 1 dieser Arbeit

Im Gegensatz zu den überragenden Anzahl der bisherigen verfaßten Abhandlungen wird in dieser Arbeit auch auf die nicht akzessorischen Sicherheiten eingegangen. Diesen kommt bei den Kreditgewährung eine ständig großen wendende Rolle zu. Für den Kreditgeber und Sicherungsnehmer ist es nämlich von Vorteil, sich nicht akzessorische Sicherheiten gewähren zu lassen: Die Kosten für die Verwaltung von Sicherungseigentum sind zum Beispiel geringer, als wenn die Bank Mobilianpfänden bei sich einlagern müßte. Auch gewähren die fiduziarischen Sicherheiten dem Kreditgeber eine stärkere Rechtsmacht. Diesen Überschuß an Rechtsmacht darf zwar nicht überbewertet werden (6), doch führt er zum Beispiel zu einer besseren Verkehrsfähigkeit der Sicherheit und ermöglicht auch deren Revolutierung. Auch für den Sicherungsgeber bringt die Kreditsicherung durch fiduziarische Sicherheiten Vorteile. Bei der Sicherungsübereignung kann er zum Beispiel im Gegensatz zur Mobilianverpfändung die Sicherheit weiter besitzen und wirtschaftlich nutzen. So ist er eher in der Lage, den Kredit zurückzuzahlen. Nach alledem rechtfertigen Zweifel an der Überleitung der nicht akzessorischen Sicherheit auf den den glücklichen befriedigenden Drittsicheren es nicht, in dieser Untersuchung von einer Einbeziehung der fiduziarischen Sicherheiten abzusehen (7). Dafür wird in dieser Arbeit von einer ausführlichen Einbeziehung des Mobilianpfandes Abstand genommen. Das Mobilianpfand ist einerseits zu einem großen Teil vom Sicherungseigentum verdrängt worden, und zum anderen vollzieht sich der Übergang von Forderung und Pfandrecht hier ähnlich wie bei der Hypothek.

Die unterschiedlichen Sicherungsformen unterliegen - sofern der Kredit von einer Bank gewährt wird - vorformulierten Vertragsbedingungen, die nicht nur die Zweckbestimmung der Sicherheit festlegen, sondern auch in Abweichung von gesetzlichen Schuldnerschutzbestimmungen die Rechte der Sicherungsgeber einschränken. Bei der hier anstehenden Untersuchung kann daher nicht nur vom gesetzlichen Normaltyp der jeweiligen Sicherheit ausgegangen werden, vielmehr ist auch auf die in der Praxis gebräuchlichen Modifizierungen der einzelnen Sicherheiten einzugehen. Den Sicherungsbedingungen der Banken ist in dieser Arbeit daher ein eigener Abschnitt gewidmet.

(6) siehe hierzu: B III 1 a; B IV 1 a

(7) so aber Hüffer, AcP 171 (1971) 470 (471)

B Der Übergang von Hauptforderung und Sicherheiten bei
nebeneinander gewährten akzessorischen und nicht=
akzessorischen Sicherheiten ohne Anwendung eines
Korrekturmodells

I Vorbemerkung

Um die zu untersuchende Problematik zu verdeutlichen, wird im folgenden Abschnitt an ausgewählten Beispielen aufgezeigt, welche Regreßansprüche unter den Drittsicherern entstehen, wenn eine Korrektur des Ergebnisses unterbleibt. (!!)

In die Untersuchung werden die nichtakzessorischen Sicherheiten, wie einleitend begründet, einbezogen; diese sind - wie gezeigt werden wird - entsprechend § 401 I auf den Zessionar der Forderung gegen den Hauptschuldner zu übertragen (1).

Im übrigen bekommen die Sicherungsgelder nichtakzessorischen Sicherheiten vom Gläubiger bei dessen Befriedigung die Forderung gegen den Hauptschuldner zediert und erhalten so über § 401 I die Möglichkeit, aus anderen Sicherheiten Regreß zu nehmen (2). Für die fiduziarischen Sicherheiten stellt sich daher das Problem ähnlich, wie für die akzessorischen.

Im übrigen wird in der Arleit von den folgenden Voraussetzungen ausgegangen:

- Nichtidentität zwischen Sicherungsgelder und Hauptschuldner
- Bestehen eines Regresses des Sicherungsgelders gegen den Hauptschuldner (3)
- vollständige Befriedigung des Gläubigers durch den Drittsicherer.

(1) B III 1 a, Fn 1; B IV 1 a, Fn 3

(2) B III 1 & aa, Fn 10; B IV 1 & aa, Fn 10

(3) soweit ein Regreß gegen den Hauptschuldner nicht gegeben ist (z.B.: RINGSCHAFT als Schenkung; Erwerb des mit der Hypothek belasteten Grundstücks vom Hauptschuldner unter Anrechnung der Hypothek auf den Hauptpreis), wird die Forderung gegen den Hauptschuldner nicht erworben und somit auch nicht die jeweils andere Sicherheit.

Es wird aufgezeigt, daß die Frage, welchen Drittsicheren letztendlich für den Hauptschuldner einzustehen hat, bei unkonvergierender Anwendung des Gesetzes (§) im Regelfall (4) davon abhängt, wer zuerst in Anspruch genommen wird. Dieses Ergebnis wird von fast (5) den gesamten Literatur als unbillig gewertet.

(4) zu den Ausnahmen siehe B IX

(5) anders lediglich Planck-Brodmann für das Verhältnis unter Verpfändern (Anm 2 c zu § 1225) und Bankhausen beim Zusammentreffen ungleicher Sicherheiten (Bankhausen, Der gegenseitige Regreß ... Diss Leipzig 1906, S. 41). Wüllenweber (Über die gegenseitigen Beziehungen ... Diss Breslau 1914, S. 71 ff., oben S. 73) billigt dieses Ergebnis im Verhältnis zwischen verschiedenen dinglichen Sicherheiten zwar nicht, verzichtet jedoch auf eine Korrektur und läßt das Ergebnis im Raum stehen.

II Bürgschaft und Hypothek

1) Der Bürge befriedigt zuerst den Gläubiger

a) Der Bürge erfüllt durch die Zahlung an den Gläubiger eine eigene Verbindlichkeit (§ 765). Die Bürgschaftsverbindlichkeit erlischt durch diese Zahlung (§ 362) (1). Der Gläubiger wird zwar auch hinsichtlich der Forderung gegen den Hauptschuldner befriedigt; diese Verbindlichkeit erlischt durch die Zahlung des Bürgen jedoch nicht, sondern geht auf den Bürgen über (§ 774 I S. 1). Der Bürge wird jedoch nicht unbedingt im vollem Umfang Neugläubiger der Forderung, sondern nur insoweit es sich aus dem Rechtsverhältnis, welches zwischen Bürgen und Hauptschuldner zumeist besteht (z.B. Geschäftsbesorgung, Auftrag, GoA, §§ 670, 683), ergibt (§ 774 I S. 3). Die auf den Bürgen übergehende Forderung entspricht somit betragsmäßig dem Rückgriffsanspruch des Bürgen aus dem Innenverhältnis (2). Wie jedoch schon einleitend angeführt, (B I) wird im folgenden jeweils davon ausgegangen, daß der jeweils befriedigende Drittsicherer (hier der Bürge) den Gläubiger vollständig befriedigt, und aus dem Verhältnis zum Hauptschuldner ein vollständiger Regreßanspruch - gleich aus welchem Rechtsgrund - besteht. Für unseren Fall bedeutet dies, daß der Bürge, der den Gläubiger befriedigt, gemäß § 774 I Inhaber der Forderung gegen den Hauptschuldner wird. Nach den §§ 412, 401 I, 1153 geht mit der Forderung auch die für sie bestellte Hypothek auf den Bürgen über.

b.) Soweit der Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstückes nun den Bürgen befriedigt, geht die Forderung des Bürgen gegen den Hauptschuldner gemäß § 1143 I auf ihn über; der Forderung folgt nicht das Recht aus der für sie bestellten Bürgschaft; diese ist bereits erloschen (s.o. § 362).

aa) Der Eigentümer erwirkt jedoch, sofern er den Bürgen gemäß § 1142 befriedigt hat, die Hypothek an seinem eigenen Grundstück als "forderungsbleibende Eigentümerhypothek" (§§ 1143 I, 412, 401 I, 1153, 1177 II). Da die Hypothek an seinem eigenen Grundstück besteht, nützt sie ihm zur Realisierung seines Anspruchs gegen den Hauptschuldner wenig. Der Eigentümer würde zwar bei einer Versteigerung seines Grundstückes an der Erlösverteilung teilnehmen, jedoch gegen Verlust seines Grundstückes. Ein möglicher Ausfall nachrangig Berechtigter in der Zwangsvollstreckung ist für den Eigentümer kein wirtschaftlicher Vorteil, weil die Nachrangigkeit schon vorher gegeben war.

Den Vorteil des Eigentümers liegt einzig und allein in den Aufbewahrungsfunktion der Hypothek als Rangstelle für den Eigentümer. Dem Eigentümer selbst ist die Zwangsvollstreckung aus dem Eigentümerngrundpfandrecht im übrigen verwehrt (§§ 1177 II, 1197 I).

bb.) Befriedigt sich der Bürge durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück, so erlischt die Hypothek (§§ 1147, 1181 I). Der vom Bürgen in Anspruch genommene Eigentümer erwirkt die Forderung gegen den Hauptschuldner ohne sicherndes Nebenrecht.

c.) Als vorläufiges Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß der zuerst in Anspruch genommene Bürge seine wirtschaftliche Belastung auf den Eigentümer abwälzen kann. Letzterer trägt im Ergebnis allein das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners.

(1) allgemeine Meinung: Finger, BB 74, 1416 (1418); Förster, S. 13; Kremer, S. 132; Hartmaier, S. 7 f. (Fn 15).

Früher war dagegen die Ansicht verbreitet, die Bürgschaft erlösche durch Konfusion: Breit, Gruchot 48, S. 288; Kanka, JhJl 87, 123 (170); Hettenhausen, S. 55; Quedenfeld, S. 56; Martinus, DJZ 03, 543; Weiß, S. 83; insoweit unentschieden: Oellers, S. 6.

(2) allgemeine Meinung: Esser/Meyers § 40 IV 2 (315), Faß, S. 59f.; Reinike/Tiedtke, Gesamtschuld, S. 149; dieselben, NJW 81, 2145 (2147f.); Palandt-Thomas, Anmerkung 2c zu § 774, Lorenz, § 64 III, Miko-Pecher, Rdrr. 13/17 zu § 774 als konkurrenzieren der Anspr. neben des Anspr. a. d. Innenverh. angesehen wird (so d. h. M., z. B. Palandt-Thomas, ad), oder nur ein einziger Anspr., der sich a. mehreren Normen ergibt, angen. wird (so zu Recht Lorenz; Miko-Pecher).

Die Forderung gegen den Hauptschuldner geht im übrigen dann nicht gemäß § 774 I auf den Bürgen über, wenn dieser lediglich unter Vorbehalt, etwa aufgrund eines Vorbehaltanteils an den Gläubiger leistet. So zu Recht: RGH NJW 83, 1111.

2) Den Eigentümern des mit der Hypothek belasteten Grundstücks befriedigt zuerst den Gläubiger.

a) Wird der Eigentümer vom Gläubiger zuerst in Anspruch genommen, so geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über (§ 1143 I). Der Forderung folgt ipso iure das Recht aus der Bürgschaft (§§ 1143 I, 412, 401 I).

b) Der Eigentümer kann daher beim Bürgen Regreß nehmen. Der Bürge erwirkt durch die Inanspruchnahme durch den Eigentümer dessen Forderung gegen den Hauptschuldner (§ 774 I S. 1). Die Bürgschaftsverbindlichkeit erlischt.

aa) Sofern sich der ursprüngliche Gläubiger durch Zwangsvollstreckung in das Eigentümgrundstück befriedigt hat, ist die Hypothek erloschen (§ 1181 I). Daher erwirkt der Bürge, der vom Eigentümer in Anspruch genommen wird, keine Hypothek. Dies rechtfertigt jedoch nicht einen Einwand des Bürgen nach § 776 gegenüber dem Eigentümer als Neugläubiger. Der Eigentümer hat im Sinne von § 776 keine Sicherheit aufgegeben; er ist ja nie Hypothekengläubiger gewesen, und kann schon aus diesem Grunde im Sinne von § 776 keine Sicherheit aufgegeben haben. Daß der Eigentümer die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück geduldet hat, kann auch deshalb nicht den Einwand des § 776 rechtfertigen, weil "aufgehen" im Sinne von § 776 eine freie Willensentscheidung meint (3), der Eigentümer zur Duldung der Zwangsvollstreckung jedoch verpflichtet war (§§ 1113 I, 1147). Schließlich befand sich der Eigentümer zum Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung dem Bürgen gegenüber noch nicht in einer Gläubigerstellung. Erst mit der Befriedigung des ursprünglichen Gläubigers durch die Zwangsvollstreckung ist der Eigentümer Gläubiger der Forderung gegen den Hauptschuldner und Bürgschaftsgläubiger geworden. Als vorläufiges (3a) Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß bei einer Zwangsvollstreckung des Gläubigers in das Eigentümgrundstück letztendlich der Bürge für die Zahlungswfähigkeit des Hauptschuldners einzustehen hat.

(3) weitgehend wird sogar vorsätzliches Handeln verlangt; vergl.: Miko-Pecher, Rdnr. 6 zu § 776; Staudinger-Horn, Rdnr. 8f zu § 776; Palandt-Thomas, Anm 2 zu § 776; für analoge Anwendung bei Fahrlässigkeit: Knittel in FS f Flume I S. 589

(3a) siehe Punkt B I

ll.) Ist der ursprüngliche Gläubiger vom Eigentümer gemäß § 1142 befriedigt worden, hat Letzterer gemäß den §§ 1143 I, 412, 401 I, 1153, 1177 II eine „Forderungsbefriedigte Eigentümerhypothek“ an seinem eigenen Grundstück erworben. Läßt der Eigentümer diese Hypothek bestehen, so erwirbt der vom Eigentümer in Anspruch genommene Bürge gemäß den §§ 774 I, 412, 401 I, 1153 die Hypothek am Eigentümergrundstück. § 1177 II ändert insoweit nichts am akzessorischen Charakter dieser Hypothek. Der Inanspruchnahme des Bürgen durch den Eigentümer steht nun nicht die Anglistenrede entgegen, daß der Bürge sich nach seiner Inanspruchnahme am Eigentümergrundstück schadlos halten kann; denn während der Bürge jedenfalls den vollen Bürgschaftsbetrag an den Eigentümer zu zahlen hat, ist der Eigentümer nur zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet. Es ist jedoch nicht sicher, inwieweit sich der Bürge hieraus erholen kann. Somit ist nicht der Fall gegeben, daß der Bürge zu einer Leistung verpflichtet ist, die er sogleich wieder herausverlangen kann (4) (5).

c.) Wird der Bürge nun aus der Hypothek befriedigt, geht die Forderung gegen den Hauptschuldner erneut auf den Eigentümer über (§ 1143 I). Sofern sich der Bürge nicht durch Zwangsvollstreckung befriedigt und die Hypothek zum Erlöschen bringt (§§ 1147, 1181 I), sondern vom Eigentümer gemäß § 1142 befriedigt wird, wechselt mit der Forderung erneut die Hypothek auf den Eigentümer (§§ 1143 I, 412, 401 I, 1153, 1177 II). Ein erneuter Regreß des Eigentümers gegen den Bürgen ist dann jedoch ausgeschlossen, da die Verbindlichkeit des Bürgen nach dessen Inanspruchnahme durch den Eigentümer erloschen ist. Sofern der ursprüngliche Gläubiger vom Eigentümer gemäß § 1142 befriedigt worden ist, und Letzterer die „Forderungsbefriedigte Eigentümerhypothek“ von Inanspruchnahme des Bürgen nicht hat aufheben lassen, muß - vorläufig betrachtet -, wie bei der Fallgestaltung unter B II 1, der Eigentümer für den zahlungsunfähigen Hauptschuldner einstehen.

(4) OLG Posen, OLGE 35, 331 (332); dagegen Strohal, JhJ 61, 59 (74)

(5) Strohal aaO, Fn4, vergl. denselben DJZ 03, 373; Sternberg, Gruchot 52, 545 (560); u.v.a. leiten aus dieser Konstruktion die Bevorzugung des Bürgen ab. Hierzu ausführlich unter DI 1, D II 1

d.) Den Bürgen kann sich jedoch nicht auf den § 776 berufen und somit eine Freistellung von den Bürgschaftsverpflichtung erreichen, falls den Eigentümern von Inanspruchnahme des Bürgen die auf ihn unter B II 2 & 3 übergegangene Hypothek aufheben läßt, denn solange die Hypothek am Eigentümergrundstück und die Forderung dem Eigentümer zustehen, sichert die Hypothek nicht die Forderung des Eigentümers. Zwar handelt es sich bei der "Forderungsbeleideten Eigentümerhypothek" auch um ein Grundpfandrecht, dieses hat jedoch den Charakter als Sicherungsmittel durch Zweckerreicherung verloren. Das Eigentümergrundpfandrecht dient nicht der Befriedigung der Forderung, die dem Eigentümer zusteht. Die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück ist dem Eigentümer unter sagt (§§ 1177 II, 1197 I). Zwar geht dem Bürgen durch die Aufhebung der Hypothek insoweit eine Sicherheit verloren, als der Eigentümer dem Bürgen die Möglichkeit nimmt, sich seinerseits zu befriedigen. Zur Sicherheit wäre die Hypothek aber erst dann erloschen, nachdem sie auf den Bürgen übergegangen wäre. Es ist nun kein Grund ersichtlich, daß der Gesetzgeber das Fortbestehen der Hypothek beim Zusammentreffen von Forderung und Recht beim Eigentümer aus Bürgenschutzgründen angeordnet hat, zumal in ähnlich gelagerten Fällen vom Gesetz Erlöschen durch Konsolidation angeordnet worden ist (§§ 1178 I; 1256 I). Vielmehr dient das Fortbestehen der Hypothek der Rangwahrung für den Eigentümer (6). Im übrigen ist auch nicht einzusehen, warum der Eigentümer, der die auf ihn übergegangene Hypothek aufheben läßt, bezüglich seines Regresses gegen den Bürgen schlechter zu behandeln sei, als der Eigentümer, der die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück duldet und somit die Hypothek zum Erlöschen bringt (B II 2 & aa). Die herrschende Meinung versagt dem Eigentümer zwar in beiden Fällen den Regreß gegen den Bürgen (7). Die dort gegebenen Begründungen überzeugen jedoch nicht. Dem § 776 wird zu Unrecht eine über das Verhältnis Gläubiger-Büрге hinausgehende Bedeutung zugesprochen (8).

(6) Vergl. Hartmaier, S. 92f.; Weber, Sicherungsgeschäfte, S. 141; Baur, § 46 I 2/3

(7) Vergl. die Nachweise l. B II 2 & aa Fn5, ferner: Palandt-Bassenge, Anm. 2 & cc zu § 1225; Ratz in Großkomm HGB, Rdnr. 72 zu § 349 HGB

(8) Vergl. Staudinger-Wiegand, Rdnr. 29 zu § 1225; Soergel-Augustin, Rdnr. 10 zu § 1225, Milko-Dammann, Rdnr. 10 zu § 1225, Hartmaier, S. 119 ff.; Esser-Weyers, § 40 IV 3; Finger, BB 74, 1416 (1419).

Der Eigentümer, der den Gläubiger nach § 1142 befriedigt hat, kann also, bevor er den Bürgen in Anspruch nimmt, die Hypothek an seinem Grundstück aufheben lassen und somit verhindern, daß der von ihm in Anspruch genommene Bürge sich seinerseits aus der Hypothek am Eigentümgrundstück befriedigt.

III Bürgschaft und Sicherungsgrundschuld

1) Der Bürge befriedigt zuerst den Gläubiger

Vorweg sei noch einmal daran erinnert, daß der gesamte unter

„B“ geschnittele Text nicht die Lösung des Ausgleichs unter verschiedenen Sicherungsgebern beschreibt. Diese erfolgt viel mehr erst am Ende der Arbeit unter „B“. Der vorliegende Abschnitt soll lediglich die Regreßlage aufzeigen, wie sie sich bei unkorrigierter Anwendung des Gesetzes darstellen würde.

a) Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, erlischt die Bürgschaftsverbindlichkeit, und der Bürge wird Inhaber der Forderung (§ 774 I); jedoch findet gemäß § 1192 I die Vorschrift des § 1153, nach der die Hypothek ipso iure mit der Forderung auf den neuen Gläubiger übergeht, für die Gesundheit keine Anwendung. Auch § 401 I erwähnt von seinem Wortlaut her nur akzessorische Sicherheiten. Die herrschende Meinung nimmt jedoch zu Recht an, daß der Gläubiger analog § 401 I - auch wenn eine entsprechende Vereinbarung (z.B. im Bürgschaftsvertrag) fehlt - schuldrechtlich (§§ 157, 242) verpflichtet ist, die nichtakzessorischen Sicherheiten auf den befriedigenden Bürgen zu übertragen (1). Begründet wird die Verpflichtung von Teilen der herrschenden Meinung mit der wirtschaftlichen Nähe der nichtakzessorischen Rechte zu den akzessorischen und/oder mit der Konstruktion einer im voraus erteilten Zustimmung des jeweils betroffenen Sicherungsgebers zur Übertragung (2).

-
- (1) u.v.a.: RGZ 89, 193; 91, 277 (jeweils Sicherungszession, RGZ 91, 277 betraf ausgleichslos. Gesamtschuldner); BGH LM Nr. 5 zu § 401 = MDR 67, 486 = WM 67, 213 (214) andeutungsweise bejaht, im Ergebnis jedoch offengelassen; BGH NJW 81, 1554 (Betr. Gesamtschuldner) BGH-RGRK-Reinhold Weller, Rdrr. 27 zu § 401 (Grundschuld), vergl. jedoch Rdrr. 55-60 zu § 401; Friedrich, NJW 69, 485; Serick, II § 26 V 2 (374), § 28 III 1 (431), III § 37 1a (428); Scholz/Lwowski, Rdrr. A 249; Schlechtriem S. 1044 bejaht dagegen sehr vorsichtig einen ipso iure - Übergang der nichtakzessorischen Sicherheiten
- (2) vergl. z.B. RGZ 89, 193 (195) und 91, 272 (279f.); nicht jedoch Zutft, NJW 58, 1219, wie Serick es ihm in II § 26 VII (372) Fn 151 zu Unrecht unterstellt.

Soweit die Fiktion der „im voraus erteilten Zustimmung“ als Begründung herhalten muß, erweckt dies zwar Zweifel. - So wird von einer Mindermeinung auf das zwischen Sicherungsnehmer und -geber bestehende besondere Treueverhältnis hingewiesen und darauf, daß es wegen der „überschießenden Rechtsmacht“ des Sicherungsnehmers dem Sicherungsgeber nicht gleichgültig sein könne, wen üben die Sicherheit verfließt (3). - Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß das Interesse des Sicherungsgebers spätestens dann hintenanzustehen hat, wenn der Sicherungsfall eingetreten ist, also die Forderung (und die Grundschuld) fällig geworden sind und den Hauptschuldnern nicht zahlt. Jetzt ist nämlich der Sicherungsnehmer zur Verwertung berechtigt. Ist jedoch der Gläubiger zur Verwertung der Grundschuld berechtigt, so kommt es auf die Zustimmung des Eigentümers überhaupt nicht an, und so widerspricht es auch nicht dem Sicherungszweck, wenn der Gläubiger die Grundschuld - statt sie einer Verwertung zuzuführen - auf den befriedigenden Bürgen überträgt, denn die zu sichernde Forderung besteht fort, und der Sicherungsgeber hat daher noch keinen Anspruch auf sofortige Rückübertragung (4). Der Eigentümer wird durch die Zession der Grundschuld entgegen den Bedenken der Mindermeinung auch nicht übermäßig benachteiligt, schließlich hätte er ohne die Zahlung des Bürgen an den Gläubiger sogar die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück dulden müssen; und im übrigen ist er hinsichtlich eines möglichen treuwidrigen Verhaltens des Bürgen hier ähnlich gestellt, als hätte er dem Gläubiger eine Hypothek bestellt (5). Soweit der Eigentümer dennoch durch ein dem Sicherungszweck zuwiderlaufendes Verhalten des Bürgen einen Schaden erleiden sollte (6), ist Letzterer ihm, weil er mit den Grundschuld im Zweifel die Rückgewährverbindlichkeit übernommen hat (7), schadenersatzpflichtig, wenn die Rückgewähr unmöglich wird (§§ 280 I, 281).

-
- (3) vor allem: Dompewolf, NJW 58, 979 (980); vergl.: Hertzfeld, JR 58, 453; Erman-Westermann, Rdn. 4 zu § 401; Krasney, MDR 60, 11 (12); Hartmaier, S. 150; vergl.: Huber, S. 159ff (in Ausnahmefällen billigt Huber dem Bürgen einen Anspruch auf die Grundschuld zu).
- (4) Serick, II § 26 V 2 (374); § 28 III 1 (431); III § 37 2a (427)
- (5) vergl.: Friedrich, NJW 69, 485; Serick, III § 28 III 2/3 (432ff)
- (6) so z. B. wenn d. Bürge die Grundschuld isoliert zedient und danach selbst die Forderung beim Hauptschuldnern einzieht - vergl. dazu BGH NJW 83, 752; Serick II § 28 III 3 (435ff)

Somit ist den Gläubigen im Sicherungsfall jedenfalls berechtigt, die Grundschuld auf den ihn befreidigenden Bingen zu übertragen. Er ist jedoch auch dazu verpflichtet. Dies ergibt sich schon daraus, daß den Altgläubigen die Grundschuld nun nicht mehr geltend machen kann, da ihm die Forderung nicht zusteht. Den Geltendmachung der Grundschuld durch den ursprünglichen Gläubigen steht nämlich die Sicherungsnakrede entgegen, welche eine Verwertung der Grundschuld nur gegen Altretung der Forderung gegen den Hauptschuldner vorsieht (8). Diese kann ihm jedoch nur den Binge altreten. Allein der Binge hat die Möglichkeit, die Grundschuld zu verwerten, ohne Einwendungen aus der Sicherungsscausa nach § 1157 ausgesetzt zu sein. Im übrigen würde sich der Gläubiger treuwidrig verhalten, wenn er zwar den Bingen in Anspruch nehmen, die Grundschuld, auf die der Eigentümer noch keinen Anspruch hat, dagegen vorenthalten würde. Dies widerspricht dem Rechtsgedanken des § 776. Daher nimmt die herrschende Meinung zu Recht eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung der Grundschuld analog § 401 I an.

(7) Die Rückgewährverbindlichkeit ist im Zweifel vom Bingen mit der Grundschuld übernommen worden (hienzu: Scholz/Lwowski, Rdnr. A 249; Scholz, NJW 62, 2230; Friedrich, Sicherungseigentum, S. 52ff.), da den Binge die Grundschuld ebenfalls nur zur Sicherheit zedient bekommen hat. Die -wohl herrschende- Gegenansicht (u. a. Serick, III § 37 III 4 (434) Fn 131, § 26 V 2 (373); Rimmelspacher, Rdnr. 763) widerspricht völlig den Interessen der beteiligten Parteien, da a) es nicht interessengerecht ist, den Altgläubigen einerseits zu einer Rückgewährpflicht zu verpflichten, und ihn gleichzeitig zu einer Rückgewähr der nun nicht mehr unter seiner Kontrolle stehenden Sicherheit zu verpflichten, b) sie den Sicherungsgeldern hinsichtlich des Rückgewähranspruchs an jemanden verweist, dem die Erfüllung dieses Anspruches subjektiv unmöglich ist, c) den Neugläubigen (Binge) schuldrechtlich nicht zur Rückkehr verpflichtet, obwohl er die Grundschuld ebenfalls nur zur Sicherheit zedient bekommen hat. (jedoch kann d. Eigent. einen Rückgewähranspr. als Einrede i. S. d. §§ 1192 I, 1157, 1169, 1168 I geltend machen - hienzu Rimmelspacher, Rdnr. 764ff. - dieser Rückgewähranspr. als Einrede ist jedoch etwas anderes, als d. schuldrechtl. Rückgewähranspr. a. d. Sicherungsvertrag - hienzu Hulke, S. 165). Die von Serick (s. o.) angeführte Entscheidung BGH WM 67, 566=BB 67, 1144 belegt die h. M. nicht, denn dort wurde die Grundschuld, wie a. d. Sachverh. zu entnehmen ist, dem Sicherungszweck zuwider zedient. Dann ist jedoch in der Tat die Übernahme d. Rückgewährverbindlichkeit zu verneinen. Entsprechend sind allen auch die fast beiläufigen Bemerkungen in WM 58, 932 (934 IV) zu vorsichtig gefaßt, um mit Scholz/Lwowski (A 249 Fn 187) annehmen zu können, der BGH habe dort die Gegenansicht vertreten.

(8) vergl. B III 1 & aa und dort die Fn 10

b) Der Bürge kann sich daher als Grundschuldneugläubiger aus der Grundschuld befriedigen.

aa) Befriedigt er sich durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§§ 1192 I, 1147), so erlischt die Grundschuld (§§ 1192 I, 1181 I). § 1143 I findet jedoch in Ansehung der Forderung keine Anwendung (§ 1192 I), so daß die persönliche Forderung nach fast unbestrittener Ansicht nicht ipso iure auf den Eigentümer übergeht (9). Der Grundschuldgläubiger ist jedoch nach herrschender Meinung schuldrechtlich zur Übertragung der durch die Verwertung der Grundschuld nicht untergegangenen Forderung gegen den Hauptschuldner auf den Eigentümer verpflichtet (10).

(9) Für gesetzlichen Forderungsübergang analog § 426: Heck (S. 413) (vergl. u.a. Ehmann, S. 350, Schlechtriem, S. 1045ff) Heck begründet seine Ansicht damit, daß die d. Forderungsübergang regelnden Normen nicht d. „Anlehnsdogma“ (Akzessorität) entsprängen (S. 325ff), sondern einen „Zweckgemeinschaft“ zwischen Forderung u. Grundpfand. und d. § 426 entspr. Da auch bei der Sicherungsgrundschuld eine „Zweckgemeinschaft“ zw. Forderung und Grundschuld bestehe, sei § 426 entsprechend anzuwenden. Diese Ansicht ist nicht überzeugend, da § 426 den Ausgleich zw. Gesamtschuldner regelt; Heck die Norm jedoch auf das Verhältnis zw. Schuldner und Gläubiger anwendet, die jedoch auf unterschiedlichen Stufen stehen (vergl. Hantmaier, S. 151 Fn 319; Punkt D II 1c und dort die Fn 12).

(10) u.v.a. BGB-RGR(-)Schuster, Anm 8c zu § 1143; Soergel-Baur, RdNr. 4 zu § 1143; Staudinger-Schenck, RdNr. 22 zu § 1192, 31 zu 1143; Baur, § 45 IV 3; Reinicke/Tiedtke, NJW 81, 2145 (2146); dieselben, Gesamtschuld, S. 220; Senick, III § 37 III 3a (433); BGH NJW 81, 1554 (letzt. Gesamtschuldnerausgleich) BGH NJW 82, 2308; KG NJW 61, 414; RGZ 150, 371 (374); vergl. d. etwas abweichende Begr. v. Matschl, NJW 62, 2134, am: Huber, S. 82/118ff; Palandt-Bassenge, Anm. 3 h cc zu § 1191: Forderung erlischt, es sei denn Übertragung würde ihm ausnahmsweise (über § 401 I) zusätzliche Sicherheiten bringen, dann wie h. M. ferner: Hantmaier, S. 151; Müko-Eichmann, RdNr. 85 zu § 1191: Forderung erlischt jedenfalls. Siehe ferner: Heck u.a. a.a. O. Fn 9.

Das Reichsgericht begründet diese Meinung mit der wirtschaftlichen Nähe der Grundschuld zur Hypothek; der BGH läßt die Begründung offen. Der herrschenden Meinung ist im Ergebnis aus den folgenden Gründen zuzustimmen: Dem Grundschuldgläubiger (hier: dem Bürgen) steht die Forderung gegen den Hauptschuldner nach einer Befriedigung durch den Eigentümer (Zwangsvollstreckung aus dem Eigentümergrundstück) nicht mehr zu. Hingegen ist das Vermögen des Eigentümers durch die Befriedigung des Bürgen geschmälert, so daß es interessengerecht ist, aus dem Sicherungsvertrag durch Auslegung zu entnehmen, daß eine Verwertung (bzw. Ablösung) der Grundschuld nur gegen Abtretung der Forderung gegen den Hauptschuldner auf den Eigentümer zu erfolgen hat. Die zu übertragende Forderung erlischt nicht durch die Verwertung der Grundschuld (bzw. Zahlung „auf die Grundschuld“); es widerspricht nämlich dem Interesse der Parteien des Sicherungsvertrages - gerade bei Nichtidentität von Eigentümer und Hauptschuldner - aus dem Sicherungsvertrag durch Auslegung herauszulesen, daß die Grundschuldbestellung (!) erfüllungshalber für die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner erfolgt (11); denn der Eigentümer hat sehr wohl ein Interesse an der Abtretung der Forderung. Von einer Grundschuldbestellung erfüllungshalber kann daher keine Rede sein. Die herrschende Ansicht (11a) geht daher zu Recht von einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Grundschuldgläubigers (hier: des Bürgen) zur Übertragung auf den Eigentümer aus. Die Forderung ist vom Gläubiger (hier: vom Bürgen) jedoch nur in der Höhe auf den Eigentümer zu übertragen, wie ein Rückgriffsanspruch des Eigentümers gegen den Hauptschuldner aus dem Innenverhältnis gegeben ist. Dies ergibt sich aus § 774 I S. 3, den hier entsprechend anzuwenden ist, weil in den entsprechenden Fällen, in denen vom Gesetz der Übergang der Forderung angeordnet worden ist (z.B. die §§ 1143, 1225) der § 774 zitiert wird. Auch ist kein Grund ersichtlich, den Gläubiger auch dann zu einer Abtretung zu verpflichten, wenn der Abtretungsempfänger wegen eines fehlenden Anspruchs aus dem Innenverhältnis die Forderung gegen den Hauptschuldner nicht geltend machen kann (12).

(11) so aber Bassege und Huber, a.a.O. Fn 10. Gegen die dort angenommene Tilgungswirkung siehe BGHZ 42, 53 (56) (Eigentumsvorbehalt).

(11a) siehe Fn 10.

(12) vergl. B II 1 a und dort die Fn 1; im übrigen: Reinicke/Tiedtke, NJW 81, 2145 (2148f) Baur, § 45 IV 3, RGZ 150, 371 (374); KG NJW 61, 415.