

V Mitbürgschaft

1) Verbürgen sich verschiedene Drittsicherer für dieselbe Forderung, so haften sie jedenfalls als Gesamtschuldner (Mitbürgschaft). Dies gilt selbst dann, wenn sie die Bürgschaften nicht gemeinschaftlich übernehmen (§ 769), oder den eine Bürgen nichts von der Verpflichtung des anderen weiß (1). Der Gesetzgeber hat somit für diesen Fall die Ausgleichsfrage geregelt. § 769 kommt zwar dann nicht zur Anwendung, wenn sich der eine Bürgen als Rückbürgen für die Regreßforderung des den Gläubiger befriedigenden Bürgen gegen den Hauptschuldner verpflichtet hat. Hier liegen jedoch Bürgschaften für unterschiedliche Forderungen (Hauptforderung/Regreßverbindlichkeit) vor. Die Rückbürgschaft tangiert insoweit also nicht die Frage nach dem Ausgleich zwischen Drittsicherern, als hier die Sicherung des Regresses von vornherein zwischen den Beteiligten vereinbart ist. Entsprechend fällt auch die Nachbürgschaft nicht unter § 769, da sich hier der Nachbürgen für den Bürgen verbürgt, mithin Bürgschaften für verschiedene Personen (Hauptschuldner/Bürgen) vorliegen.

2) Aus der Anordnung der gesamtschuldnerischen Haftung ergibt sich für den Ausgleich unter Mitbürgern folgendes: Der Mitbürgen, der den Gläubiger zuerst befriedigt, erwirbt gemäß § 774 I S. 1 die volle Forderung gegen den Hauptschuldner. Seine Bürgschaftsverbindlichkeit ist mit der Befriedigung erloschen. Mitbürgen sind nun gemäß § 426 I S. 1 im Zweifel jeweils zur Hälfte zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet. Somit geht abweichend von § 774 I S. 1 in Verbindung mit den §§ 412, 401 I (2) der Anspruch des Gläubigers gegen den zweiten Mitbürgen nur zur Hälfte auf den befriedigenden Bürgen über.

-
- (1) allgemeine Meinung: BGB-RGRK-Mormann, Rdnr. 1 zu § 769, Staudinger-Horn, Rdnr. 3 zu § 769, Palandt-Thomas, Anm. 1 zu § 769; Hartmaier, S. 12; Müller, S. 80; Scholz/Lwowski Rdnr. B 4; Kanka, JhJ & 87, 123 (138); RGZ 81, 414 (419), a. A. nur Haase, S. 9 ff; dieser unterscheidet zwischen „Sonderbürgen“ (= Bürgen, die sich unabhängig voneinander verbürgen) und „Gesamtbürgern“ (= Bürgen, die sich gemeinschaftlich verbürgen). Haase hält lediglich letztere für ausgleichspflichtig und lehnt im übrigen jeden Regreß ab.
- (2) Hiernach würde der Anspruch gegen d. zweiten Bürgen eigentlich voll auf den ersten übergehen.

Im übrigen ist durch die Zahlung des ersten Bürgen auch die Bürgschaftsverbindlichkeit des zweiten erloschen. (§§ 769 (774 II), 426 I S. 1, 426 II). Der Mitbürge, der den Gläubiger befriedigt hat, kann dementsprechend den zweiten Mitbürgen nur in Höhe von 50% der Forderung gegen den Hauptschuldner in Anspruch nehmen. Nimmt der erste Bürge den zweiten nun in die=ser in Anspruch, so erlischt auch die restliche Bürgschaftsverbindlichkeit des zweiten Mitbürgen. Die Forderung des ersten Mitbürgen gegen den Hauptschuldner geht in dieser Höhe auf den zweiten Mitbürgen über (§ 774 I S. 1). Der Regreß unter den Mitbürgen ist hiernach abgeschlossen (3). Als vorläufiges Ergebnis kann festgehalten werden, daß jeden Mitbürge zu gleichen Teilen für den Hauptschuldner einzustehen hat.

3) Die gesamtschuldnerische Haftung von Mitbürgen wird im übrigen auch in § 774 II erwähnt. Es ist äußerst streitig, wie das Verhältnis zwischen § 769 und § 774 II zu bewerten ist. Diese Frage ist für den Ausgleich unter Mitbürgen irrelevant, ihr wird von der Literatur (4) zum Teil jedoch praktische Bedeutung für die Klärung der Frage nach dem Ausgleich zwischen unterschiedlichen Sicherungsgeldern zugesprochen. Bei der Vorstellung (D I) und der Diskussion (D II) der unterschiedlichen Ausgleichsmodelle wird hierauf näher eingegangen.

(3) allgemeine Meinung; anders nur Kremer, S. 185 f./202 f., nach dem die Forderung des Gläubigers gegen den ausgleichspflichtigen Mitbürgen im vollem Umfang (!) gemäß den §§ 774 I, 412, 401 auf den ausgleichsberechtigten Mitbürgen übergeht; den ausgleichsberechtigten Mitbürgen im Innenverhältnis jedoch durch § 774 II (§ 426 I) gehalten wird; die übergegangene Bürgschaftsforderung nur beschränkt geltend zu machen. Dagegen zu Recht: Bendix, ArchBürg R 25, 84 (86 f.); Braun-Melchior, AcP 132, 175 (181 Fn 18); Forster, S. 38; Tacke, S. 36 f.; Tasse, S. 19; Oellers, S. 12; Hartmaier, S. 14 Fn 26; Muenner, S. 29 f.; Weiß, S. 48. Für Kremer lediglich: Boethke, Gruchot 47, 857 (859) und neuerdings anscheinend auch Soergel-Augustin, RdM. 7 zu § 1225 (I)

(4) siehe hierzu die Nachweise unter D I 2 & Fn 41 und D I 3 c Fn 65/3d Fn 69

VI Sicherungsgrundschuld und Hypothek (1)

1) Der Eigentümer des mit der Grundschuld belasteten Grundstücks befriedigt zuerst den Gläubiger

a) Wird der Gläubiger aus dem mit einer Grundschuld belasteten Grundstück befriedigt, oder löst der Eigentümer (=G) die Grundschuld ab, so geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner zwar nicht ipso iure auf G über, jedoch ist der Gläubiger schuldrechtlich zur Abtretung der Forderung auf G verpflichtet (2). Mit der Forderung gegen den Hauptschuldner erwirkt G ipso iure die Hypothek am Grundstück des anderen Eigentümers (=H) (§§ 401 I, 1153).

b) G kann sich nun aus der Hypothek befriedigen. Der von G in Anspruch genommene H erwirkt dabei ipso iure den Anspruch gegen den Hauptschuldner (§ 1143 I).

aa) Hat G sich durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück des H befriedigt, ist die Hypothek erloschen (§§ 1147, 1181 I). H erwirkt die Forderung also ohne die Hypothek.

bb.) Hat H dagegen die Hypothek gemäß § 1142 abgelöst, so erwirkt er die Hypothek an seinem Grundstück als „Forderungsbekleidete Eigentümerhypothek“ (§§ 1143 I, 412, 401 I, 1153, 1177 II).

cc.) Ein Regreß des H gegen den G findet jedoch nicht statt, da er keinesfalls die Grundschuld am Grundstück des G erwirkt.

d) Sofern sich der ursprüngliche Gläubiger durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück des G befriedigt hat, ist diese nämlich erloschen (§§ 1192 I, 1147, 1181 I).

β) Hat G den ursprünglichen Gläubiger durch Ablösung der Grundschuld befriedigt (§§ 1192 I, 1142), so hat er zwar die Grundschuld als Eigentümergrundschuld erworben (§§ 1192 I, 1143 I)(3),

(1) Die parallele Bestellung einer Hypothek und einer Grundschuld für eine Forderung ist sachenrechtlich möglich (seit RGZ 132, 136 (137) allgemeine Meinung; Soergel-Baur, Rdnr. 5 zu § 1132; Palandt-Bassenge, Anm. 4a Rn. zu § 1113). Die Regeln über die Gesamthypothek finden hier jedenfalls keine Anwendung (auch nicht analog) weil in diesem Fall 2 Grundpfandrechte bestehen und nicht wie bei der Gesamtgrundschuld (=hypothek) ein einziges. Soweit Hypothek und Grundschuld vorliegen, ist die Annahme eines Gesamtgrundpfandrechts jedenfalls unklar.

(2) vergl. B III 1a aa und dort die Fn 9 + 10

(3) vergl. B III 1 b Rn. und dort die Fn 15

jedoch erwirkt den von G in Anspruch genommene H diese Grundschuld nicht. Wegen der fehlenden Akzessorität geht diese nämlich nicht auf H über. G ist auch nicht schuldrechtlich verpflichtet, die Grundschuld auf H zu übertragen. Nach den - m.E. abzulehnenden - h.M. folgt dies schon daraus, daß der Rechtsgedanke des § 776 zugunsten des Eigentümers eines belasteten Grundstücks (einer verpfändeten Sache) nicht anzuwenden sei (4). G kann demnach sein Eigentümern(grund)pfandrecht aufheben lassen, ohne den Regreß aus der Hypothek zu verlieren. Das Recht des G, seine Grundschuld ohne Regreßverlust aufzuheben, schließt jedoch eine Verpflichtung des G zur Übertragung der Grundschuld auf den H aus. - G ist jedoch auch dann nicht verpflichtet, seine Grundschuld auf den H zu übertragen, wenn man mit der Minderansicht eine analoge Anwendung des § 776 auch zugunsten anderer Sicherungsgeber in Erwägung zieht (5), denn die Grundschuld des G hat ihren Charakter als Sicherungsmittel durch Zweckerreichung verloren und ist nur aus Gründen der Rangwahrung zugunsten des Eigentümers nicht durch Konsolidation erloschen (6). G ist daher zur Aufhebung berechtigt und braucht die Grundschuld nicht auf H zu übertragen. - Im Übrigen würde die Annahme einer schuldrechtlichen Verpflichtung des G zur Übertragung der Grundschuld auf H, sofern H bei seiner Inanspruchnahme eine „forderungsbeleidete Eigentümerhypothek“ erworben hat (Fallgestaltung unter B VI 1 & 2b), keine Lösung bringen, sondern zu einer endlosen Regreßkette führen: Würde H dann nämlich aus der Grundschuld Regreß nehmen, bekäme G mit der schuldrechtlich übertragenen Forderung die Hypothek (§§ 401 I, 1153). Die Grundschuld würde er gemäß den §§ 1192 I, 1143 I als Eigentümergrundschuld erwerben (7). G könnte nur beim H aus der Hypothek Regreß nehmen; u.s.w. ...

-
- (4) Hartmaier, S. 81; BGB-RGRK-Kriegel, Rdnr. 7 zu § 1225; Ermann-Ronke, Rdnr. 6 zu § 1225, Palandt-Bassenge, Anm 2a zu § 1225 (jeweils Mobilienpfandrecht)
- (5) Westermann, § 129 IV 2; Miko-Damrau, Rdnr. 9 zu § 1225; Blanke, AcP 170 (1970), 42 (66); Oellers, S. 45; Förster, S. 37, Staudinger-Wiegand, Rdnr. 39 zu § 1225; Finger, BB 74, 1416 (1422); - ausführl. Stellungnahme zum Meinungsstreit unter D II
- (6) Hartmaier, S. 92; Weber, Sicherungsgeschäfte, S. 141; Baur, § 46 I 2 + 3
- (7) vergl. B III 1a 2b und dort die Fn 15

c) Sofern sich der Gläubiger also aus dem mit der Grundschuld belasteten Grundstück befriedigt, bzw. der Eigentümer die Grundschuld ablöst, trägt - vorläufig betrachtet - der Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks letztendlich die Last (7a).

2. Der Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks befriedigt zuerst den Gläubiger

a) Befriedigt sich der Gläubiger zuerst aus dem mit einer Hypothek belasteten Grundstück, bzw. löst der Eigentümer (=H) die Hypothek ab, so geht die Forderung des Gläubigers auf ihn über (§ 1143 I). Der Forderung folgt nicht ipso iure die Grundschuld am Grundstück des G, denn auf die Grundschuld findet weder § 401 I noch § 1153 Anwendung. Jedoch ist der Gläubiger schuldrechtlich verpflichtet, die Grundschuld auf den H zu übertragen (8).

b) H kann daher aus der Grundschuld am Grundstück des G Regreß nehmen. H ist dabei verpflichtet, seine Forderung gegen den Hauptschuldner auf G zu übertragen (9).

- Die Grundschuld des G erlischt, sofern sich H durch Zwangsvollstreckung befriedigt (§§ 1192 I, 1147, 1181 I);
- falls G die Grundschuld ablöst (§§ 1192 I, 1142), erwirkt er sie gemäß den §§ 1192 I, 1143 (10) als Eigentümergegrundschuld.

aa) Sofern sich der ursprüngliche Gläubiger durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück des H befriedigt hat, ist die Hypothek erloschen. Der von H in Anspruch genommene G bekommt daher die Forderung gegen den Hauptschuldner ohne die Hypothek am Grundstück des H übertragen. Dieser Umstand gilt dem G jedoch keinen Einwand gegen seine Inanspruchnahme durch den H.

Sofern sich der Gläubiger also durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück des H befriedigt, hat - vorläufig betrachtet - letztendlich G für die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners einzustehen.

(7a) Beachte weiterhin die Vorbemerkung unter Punkt B I

(8) vergl. B III 1 a und dort die Fn 1

(9) vergl. B III 1 & aa und dort die Fn 9+10

(10) vergl. B III 1 & bb und dort die Fn 15

bb.) Hat H die Hypothek an seinem Grundstück abgelöst (§ 1142), so hat er die Hypothek an seinem eigenen Grundstück erworben (§§ 1143 I, 412, 401 I, 1153, 1177 II).

1.) Diese Hypothek kann H aufheben lassen, ohne seinen Regreß gegen den G einzulüßen (11).

Auch wenn der ursprüngliche Gläubiger von H gemäß § 1142 befriedigt worden ist, kann H die Last auf G abwälzen, so daß dieser letztendlich für die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners einzustehen hat, sofern H es nicht versäumt, die Hypothek von Inanspruchnahme des G aufheben zu lassen.

β.) Läßt H dagegen die Hypothek bestehen, so erwirbt der von H aus der Grundschuld in Anspruch genommene G gemäß den §§ 401 I, 1153 als akzessorisches Nebenrecht den ihm schuldrechtlich zu übertragenden Forderung die Hypothek, die wieder Fremdhypothek wird.

c.) Der von H unter B VI 2 & bb β in Anspruch genommene G kann sich nun seinerseits aus der Hypothek am Grundstück des H befriedigen. Diesen Umstand gewährt dem G keine Anglisteinrede gegen die vorangegangene Inanspruchnahme durch den H.. Die Forderung des G gegen den Hauptschuldner wechselt ipso iure auf den H (§ 1143 I).

aa.) Hat G sich durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück des H befriedigt, ist die Hypothek gemäß den §§ 1147, 1181 I erloschen. H erwirkt die Forderung gegen den Hauptschuldner also ohne die Hypothek.

bb.) Ist G von H gemäß § 1142 (durch Ablösung der Hypothek) befriedigt worden, wechselt mit der Forderung des G gegen den Hauptschuldner ipso iure die Hypothek auf den H. Diese wird wieder „forderungsbleibende Eigentümerhypothek“ (§§ 1143 I, 412, 401 I, 1153, 1177 II).

cc.) Der von G in Anspruch genommene H erwirkt jedoch keinesfalls die Grundschuld am Grundstück des G.

1.) Sofern sich H bei seinem Regreß gegen den G (siehe B VI 2a) durch Zwangsvollstreckung befriedigt hat, ist diese nämlich erloschen.

(11) vergl. B II 2 d und dort die Fn 6; B VI 1a cc β;

β) Andernfalls hat G zwar die Grundschuld gemäß den §§ 1192 I, 1142, 1143 I als Eigentümergrundschuld erworben. Diese Grundschuld braucht er jedoch bei der Re-Inanspruchnahme des H nicht auf diesen zu übertragen (12).

dd) Der von G in Anspruch genommene H hat daher bei keiner der Fallgestaltungen unter B VI 2c die Möglichkeit seinerseits wieder gegen G Regreß zu nehmen.

Sofern der ursprüngliche Gläubiger von H durch Ablösung der Hypothek befriedigt wird, hat H letztendlich für die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners einzustehen, wenn er es versäumt, vor Inanspruchnahme des G die Hypothek an seinem Grundstück aufzuheben.

(12) vergl. B II 2 d und dort die Fn 6; B VI 1 & cc β
B VI 2a ll.

VII Mehrfachversicherung durch Grundschuld (en) an zwei Grundstücken

Eine Forderung kann durch verschiedene Grundstücke einmal ^{für} denant belastet werden, daß die Forderung an jedem Grundstück je eine Grundschuld bestellt wird (1), oder auch - wie im Hypothekenrecht - durch die Belastung beider Grundstücke mit einer Grundschuld (Gesamtgrundschuld)..(2). Diesen Fall soll hien zuerst untersucht werden.

1) Gesamtgrundschuld

a) Befriedigt sich der Gläubiger aus einem der beiden Grundstücke durch Zwangsvollstreckung oder zählt einen der Eigentümer „auf die Grundschuld“, so hat der Gläubiger jedenfalls die Forderung gegen den Hauptschuldner auf diesen Eigentümer zu übertragen (3).

b) Ein Regreß des ersten Eigentümers gegen den Eigentümer des zweiten Grundstücks ist vom Gesetz nicht vorgesehen; im Falle der Ablösung hat der erste Eigentümer die Grundschuld lediglich insoweit erworben, als sie an seinem Grundstück besteht (§§ 1192 I, 1173 I) (4), während sie am Grundstück des zweiten Eigentümers erloschen ist (§§ 1192 I, 1173 I S. 1, letzter Halbsatz). Im Falle der Zwangsvollstreckung sind beide Grundstücke „frei“ geworden (§§ 1192 I, 1181 II).

Ein Ausgleich unter den Eigentümern zweier mit einer Gesamtgrundschuld belasteten Grundstücke ist somit, anders als unter Mitbürgern, vom Gesetz nicht ausdrücklich angeordnet. Anknüpfungsnormen für eine Ausgleichsregelung sind jedoch in den §§ 1172 II und 1182 vorhanden, welche die Grundschuld (Hypothek) am jeweils anderen Grundstück bestehen lassen, wenn der erste Eigentümer gegen den zweiten einen Ersatzanspruch hat.

(1) allgemeine Meinung: Palandt-Bassenge, Anm 2 & zu § 1132; Soergel-Baur, RdNr. 5 zu § 1132

(2) Staudinger-Scheniell, RdNr. 25 zu 1192; Soergel-Baur, RdNr. 5 zu § 1191/92; Müko-Eickmann, RdNr. 23 zu § 1173

(3) vgl. B III 1 & aa und dort die Fn 10

(4) vgl. B III 1 & ll und dort die Fn 15; Staudinger-Scheniell, RdNr. 29 zu § 1192; Hartmaier, S. 43; BGH NJW 76, 2340 (2341)

Die ganz herrschende Meinung läßt jedoch einen Ausgleich nur aufgrund einer besonderen vertraglichen Abrede oder Rechtsverhältnisse zu (5). Die Gesamtgrundschuld (=hypothek) ist ihrer Ansicht nach grundsätzlich regreßlos. Die Regreßlosigkeit der Gesamtgrundschuld (=hypothek) wird in der Literatur sogar als Vorbild genommen, um den Regreß unter mehreren Sicherungsgeldern (mit Ausnahme der Mitlingschaft) allgemein auszuschließen (6). Jedoch ist auch der. umgekehrte Weg denkbar, da der Gesetzgeber durch die Normierung der §§ 1173 II, 1182 die Möglichkeit eines Regresses offengelassen hat (7).

c) Aus dem Gesetz ergibt sich daher bei vorläufiger Betrachtung, daß unter den Eigentümern mehrerer mit einer Gesamtgrundschuld belasteten Grundstücke ein Ausgleich nicht stattfindet. Der in Anspruch genommene Eigentümer kann daher seine Belastung nicht auf den anderen Eigentümer abwälzen.

2) Zwei Grundschulden

a) Soweit nun die Eigentümer an ihren Grundstücken für die Forderung je eine Grundschuld bestellt haben, ergibt sich die folgende Regreßsituation:

(5) Staudinger-Scherüßl, Rdnr. 27/29 zu § 1192; Palandt-Bassenge, Anm. 4 a zu § 1173; Soergel-Baur, Rdnr. 6 zu § 1173; vergl. BGH NJW 76, 2132 (2133); BGH NJW 76, 2340 (2341); Hartmaier (S. 155) geht sogar soweit, daß der befriedigende

Eigentümer selbst dann die Gesamtgrundschuld am anderen Grundstück nicht erwirkt, wenn ein besonderer gesetzlicher oder vertraglicher Ausgleichsanspruch besteht. Dies begründet er zu Unrecht mit der Nichtakzessorität der Grundschuld. Hartmaier übersieht, daß der Erwerb der Grundschuld nicht qua Akzessorität, sondern qua Ablösung erfolgt.

Für die Regreßfähigkeit der Gesamtgrundschuld (=hypothek):

Rudolf Schmidt, JhJ 72 (1922) 1, (98); Ehmann, S. 352; Oellers, S. 57 ff; Evers, S. 25 ff u v a

(6) Hartmaier, durchgehend, besonders S. 155; vergl.: Breit, Gruchot 48 (1904) 283, 291 ff; Becker, NJW 71, 2151 (2154)

(7) näheres hierzu unter D III

Nach seiner Befriedigung aus einer der beiden Grundstücke - durch Zwangsvollstreckung, bzw. nach Ablösung der Grundschuld durch den betreffenden Eigentümer (= § I) - ist der Gläubiger schuldrechtlich zur Abtretung der Forderung auf § I verpflichtet (8). Ebenso hat der Gläubiger die Grundschuld am Grundstück des § II dem § I zu übertragen (9).

b.) § I hat daher die Möglichkeit aus der Grundschuld am Grundstück des § II Regreß zu nehmen. § II bekommt daraufhin zwar die Forderung gegen den Hauptschuldner von § I übertragen. Ein Regreß des § II gegen § I findet jedoch nicht statt, da § II in keinem Fall die Grundschuld am Grundstück des § I erwirkt.

Soborn sich der ursprüngliche Gläubiger durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück des § I befriedigt hat, ist diese nämlich erloschen (§§ 1192 I, 1147, 1181 I). Im Falle der Ablösung durch § I (§§ 1192, 1142) hat dieser sie zwar als Eigentümergrundschuld erworben (§§ 1192 I, 1143 I), ohne jedoch verpflichtet zu sein, die Grundschuld an seinem Grundstück bei der Inanspruchnahme des § II auf diesen zu übertragen (11).

c.) Soweit zwei Eigentümer für die Forderung je eine Grundschuld bestellt haben, kann bei vorläufiger Betrachtung der zuerst in Anspruch genommene Eigentümer jedenfalls die Last auf den zweiten abwälzen.

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

(9) vergl. B III 1 a und dort die Fn 1

(10) vergl. B III 1 & ll und dort die Fn 15

(11) vergl. B VI 1 & cc β