

Daher findet bei mehrfachen (akzessorischen) Sicherung einen Fondetrug eine Ausgleichung nur statt, sofern diese durch Gesetz oder Vertrag angeordnet ist. Das Gesetz hat lediglich bei den Mitbürgerschaft (§ 769) eine Ausgleichung angeordnet (50).

Auf nichtakzessorische Sicherheiten kann das gefundene Ergebnis nach Hartmaier nicht einfach übertragen werden, bei diesen ist eine Ausgleichung unter den Sicherungsgebern überhaupt abzulehnen (51). Der Gläubiger und Sicherungsnehmer nichtakzessorischen Sicherheiten hat sich ja nur deshalb nichtakzessorische Sicherheiten bestellen lassen, um einen Überschuß an Rechtsmacht zu erhalten. Als Gegengewicht zur überschießenden Rechtsmacht besteht zwischen Sicherungsgebern und -nehmern eine Sicherheitsabrede. Nach dieser darf der Gläubiger die Sicherheit erst aus der Hand geben, bzw. verwenden, wenn er anderweitig Befriedigung nicht erhält. Erhält er anderweitig Befriedigung, so hat er die Sicherheit auf den Sicherungsgeber zurückzuübertragen (52). Umgekehrt haben die Besteller nichtakzessorischer Sicherheiten auch niemals Ausgleichsansprüche gegen die übrigen Drittsicherer. Die Besteller nichtakzessorischer Sicherheiten erwerben nämlich bei Befriedigung des Gläubigers die Forderung gegen den Hauptschuldner weder *ipso iure*, noch ist der Gläubiger zu ihrer Übertragung verpflichtet. Vielmehr erlischt die Hauptforderung gemäß § 362 bei Befriedigung des Gläubigers durch Verwertung der nichtakzessorischen Sicherheit oder durch die Einlösungszahlung des Sicherungsgebers (53).

3.) Die Lehren vom gesamtschuldnerischen Ausgleich

a) Für das Verhältnis zwischen mehreren Sicherungsgebern wird heute überwiegend die Ausgleichslehre vertreten (54). Der Bürge wird jedoch zum Teil nicht in den gesamtschuldnerischen Ausgleich mit einbezogen (55), sondern man gewährt ihm aus den schon angeführten Gründen (56) den Vorrang vor den übrigen Sicherungsgebern.

(50) Hartmaier, S. 40/145

(51) Hartmaier, S. 149

(52) Hartmaier, S. 150, vergl. Weber, NJW 76, 1603 (1905)

(53) Hartmaier, S. 151; vergl. Huber, S. 82/118; Palandt-Bassenge, Anm. 3 h cc zu § 1191; Müko-Eickmann, Rdrr. 85 zu § 1191

(54) siehe die Nachweise unter D I 1a Fn 2; zusätzlich noch: Baur, § 55 B III 4; Bankhausen, S. 23; Enneserus-Lehmann, § 194 I 3; Erman-Ronke, Rdrr. 4-6 zu § 1225; Oertmann, JW 32, 200; Palandt-Bassenge, Anm. 2k aa/bb zu § 1225; Reinicke/Tiedtke, Gesamtschuld,

Da die Begründungen zum Bürgenvorrang schon dargestellt sind, wird im folgenden Abschnitt bei der Darstellung der Ausgleichslehre nicht mehr hienauf eingegangen. Im folgenden werden einige exemplarische Ansichten der Ausgleichslehre dargestellt:

b.) B e n d i x, C o h n, E v e r s, S c h m i d t und O e l l e r s (57) kommen vom Boden der Theorie der Realobligation/Theorie der dinglichen Schuld zu einer Ausgleichsverpflichtung der Drittsicherer. Sie sehen in dem Anspruch des Glückigers aus dem Pfand nicht einen Duldungs-, sondern einen Leistungsanspruch. Daher können Drittsicherer als Gesamtschuldner angesehen werden. Somit ist § 426 direkt anzuwenden. § 1225 bestätigt diesen Umstand durch die Verweisung auf § 774 II lediglich aus Zweckmäßigkeitgründen (58). Der Ausgleich geschieht nunmehr wie folgt: Hat ein Drittsicherer den Glückiger aus dem Pfand befriedigt, bzw. hat der Glückiger das Pfand verkauft, so hat der ausgleichsberechtigte Drittsicherer einmal einen Ausgleichsanspruch aus § 426 I. In Höhe des Ausgleichsanspruchs aus § 426 I geht die Forderung des Glückigers gegen die ausgleichspflichtigen Drittsicherer (59) nach § 426 II auf den ausgleichsberechtigten Verpfänder über. Der ausgleichsberechtigte Mitsicherer hat daher nach Befriedigung des Glückigers zwei auf das gleiche Ziel gerichtete Regressansprüche. Diese stehen in Anspruchskonkurrenz zueinander (60) und richten sich auf Zahlung aus dem Pfand. Allen nicht nur die Eigentümer-Verpfänder stehen in einer gesamtschuldnerischen Beziehung, sondern auch die Eigentümer zweier mit einer Hypothek belasteten Grundstücke; auch diese sind nicht nur zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet, auch sie haben vielmehr eine Leistungspflicht. Auch hier besteht also zwischen den Eigentümern ein Gesamtschuldverhältnis.

-
- zu Fn 54) S. 238/251; OLG Frankfurt am Main, JW 31, 2751. In diesem Zusammenhang wird im allgemeinen auch die Entscheidung OLG Hamburg, Hans GZ 1920, Beibl. S. 225 erwähnt. Dort wurden jedoch die Pfänder (Wertpapiere) widerrechtlich verpfändet. Dieser Umstand wurde zu Lasten der Klägerin m.E. zu Unrecht vom OLG nicht berücksichtigt.
- (55) Die unter D I 1 a Fn 2 genannten Autoren beziehen den Bürgen in den gesamtschuldnerischen Ausgleich mit ein.
- (56) siehe die Ausführungen bei D I 1 b - i
- (57) Bendix, ArchBürgR 25, 84 (92); Cohn, JW 06, 4106412; Evers, S. 17 ff Schmidt, JhJ 72, 1 (96 ff); Oellers, S. 40 ff.
- (58) Bendix, ArchBürgR 25, 84 (89 ff); Cohn, JW 06, 410 (412 f); Evers, S. 19; Schmidt, JhJ 72, 97 f - (dieser kommt jedoch erst über die §§ 1225, 774 II zum § 426); Oellers, S. 42 f.
- (59) gemeint ist die Forderung des Glückigers auf Leistung aus dem Pfand.

Entsprechend den eben geschilderten Situation im Mobilienpfandrecht hat den ausgleichsberechtigte Eigentümer gegen die ausgleichspflichtigen einen Anspruch nach § 426 I und einen nach § 426 II. Da sich die Ausgleichsansprüche jeweils auf Leistung aus dem Grundstück richten, bleibt die Hypothek an den Grundstücken der ausgleichspflichtigen Eigentümer nach den §§ 1173 II, 1182 bestehen (61). Der Ausgleich regelt sich entsprechend bei der Konkurrenz von Drittverpfändern bzw. weglichen Sachen mit Dritteigentümern verhafteten Grundstücke, sowie bei der Konkurrenz von Rängen mit Dritteigentümern/-verpfändern (62). Im allgemeinen wird eine Ausgleichspflicht nach Kopfteilen angenommen. Evers (63) schlägt für das Verhältnis unter Grundstückseigentümern vor, den Ausgleich nach den Werten der einzelnen Grundstücke durchzuführen. Der auf den einzelnen Drittsicherer entfallende Betrag berechnet sich nach Evers nach der Formel:

Hauptforderung : (jeweiliger Grundstückswert - vorrangige Rechte) / Gesamtwert aller Grundstücke - vorrangige Rechte

Die hier wiedergegebenen Ansichten schließen allesamt den Rängen in den Ausgleich mit ein (64).

c) *B a s e n g e, B n e i t, Q u e d e n f e l d, R o n k e* und *W a n n e y e r* kommen über die §§ 1225, 774 II zu einer gesamt-schuldnerischen obligatorischen Ausgleichsverpflichtung nach § 426 (65). § 774 II hat nicht lediglich die Funktion, die Rechte des Gläubigers gegen die Mitgläubigen auf den zahlenden Mitgläubigen nur insoweit übergehen zu lassen, als ein Ausgleichsanspruch besteht. Er bezieht sich ausdrücklich auf den gesamten § 426 und bietet somit auch eine Stütze für das gesetzliche Ausgleichsrecht unter Mitgläubigen.

(60) Evers, S. 22; Oellers, S. 43

(61) Evers, S. 25ff; Oellers, S. 61; einschränkend: Bendix, ArchBürgR 25, 84 (90 II c 3)

(62) Evers, S. 35ff; Oellers, S. 65 f / 67 f

(63) Evers, S. 34

(64) Bendix, ArchBürgR 25, 84 (91 f); Cohn, JW 06, 410 (412); Evers, S. 40 ff; Schmidt, JhJh 72, 97; Oellers, S. 76 f

(65) Palandt-Passenge, Anm 2 & aa zu § 1225; Breit, Gruchot 48, 283 (293), Quedenfeld, S. 30 ff; Wanneyer zu § 1225; Ertman-Ronke, RdNr 4 zu § 1225; ähnlich: Ertman, S. 332 ff; dieser sieht sämtliche Drittsicherer mit den Hauptschuldneren zu einem Gesamtschuldverhältnis verbunden.

Daher ist die Verweisung auf § 774 II in § 1225 so auszulegen, daß unter mehreren Drittpfändern in ähnlicher Weise wie bei Mitbürgen ein Ausgleich stattzufinden hat (66). Der schuldrechtliche Ausgleichsanspruch des ausgleichsberechtigten Drittsicherers wird durch die entsprechenden von den ausgleichspflichtigen Drittsicherern bestellten Sicherheiten gesichert (67). Daneben sichern diese Sicherheiten weiterhin die Hauptforderung. Eine Ausgleichung findet auch unter ungleichartigen Drittsicherern statt, denn ob jemand als Hypotheken-/Pfandbesteller, oder als Bürge den Gläubiger befriedigt ist wirtschaftlich gleichgültig. Lediglich für das Verhältnis zwischen Eigentümern mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke wird (mit Ausnahme von Breit) eine Ausgleichung wegen des insoweit eindeutigen Gesetzeswortlauts nicht vertreten (68). Von den hier dargestellten Autoren schließen allein Breit und Quedenfeld den Bürgen in den Ausgleich mit ein.

d) Nach Emmerich, Förster, Fönster, Fönster, Fönster, Müller, Oelvermann, Vahldiek, Willenweber, Weller und Wiegand bestehen zwischen den verschiedenen Drittsicherern keine selbständigen obligatorischen Ausgleichsansprüche. Das in den §§ 1225, 774 II zum Ausdruck kommende allgemeine Prinzip führt vielmehr dazu, daß die Drittsicherheiten nur entsprechend wie Mitbürgschaften zum Ausgleich kommen (69). Daß selbständige obligatorische Ausgleichsansprüche unter den Drittsicherern nicht bestehen, hindert nun nicht den Übergang der Sicherheiten auf den ausgleichsberechtigten Drittsicherer nach § 426 II; denn die Sicherheiten folgen ja den Forderungen gegen Hauptschuldner, um diese - und nur diese - weiterhin zu sichern (70). Im Innenverhältnis kann jedoch ein schuldrechtlicher Ausgleichsanspruch nicht durchgesetzt werden, da die Eigentümer dinglicher Sicherheiten nichts „schuldten“, sondern nur „haften“ (71). Nach diesem Modell würde die Ausgleichung sodann wie

-
- (66) Quedenfeld, S. 25/31 ff/35 f.; vergl. Breit, ad Fn 65; umständlich Ronke (ad Fn 65): Die Verweisung auf § 774 II kann nur so verstanden werden, daß diese Vorschrift zugleich mit § 769 anzuwenden ist.
- (67) Breit, Gruchot 48, 290; Erman-Ronke, RdNr 4 zu § 1225; Palandt-Bassenge, Anm 2 & aa zu § 1225
- (68) Breit, Gruchot 48, 293; Quedenfeld, S. 40, Palandt-Bassenge, Anm 2 & ll zu § 1225, Anm 4 zu § 1173
- (69) Emmerich, S. 514 ff; Förster, S. 19 ff; Finger, BB 74, 1416; Förster, S. 43; Müller, S. 90; Oelvermann, S. 22 ff/54 ff; Vahldiek, S. 14 ff; Willenweber, S. 58 ff; Staudinger-Wiegand, RdNr 18 ff zu § 1225. - lediglich Willenweber schließt den Bürgen vom gesamtschuldnerischen Ausgleich aus. Weber, § 3, (4c) Fn 95;

folgt stattdessen: Den den Gläubigen befriedigende Drittsicherer erwirkt voll die Forderung gegen den Hauptschuldner (§ 774 I S. 1). Die §§ 412, 401 kommen entsprechend § 774 II nicht zur Anwendung. Jedoch erwirkt den ausgleichsberechtigten Drittsicherer gemäß den §§ 774 II (426 I S. 1), 426 II in Höhe seines unselfständigen Ausgleichs, „anspruch“ die übrigen von Drittsicherern bestellten Sicherheiten. Diese Sicherheiten sichern weiterhin die Hauptforderung; soweit sie nicht auf den ausgleichsberechtigten Sicherungsgeber übergangen, erlöschen sie.

Auch Augustin, Bankhausen, Hüffner und Seelen lehnen selfständige obligatorische Ausgleichsansprüche unter den Drittsicherern ab (72). Im Gegensatz zu den soeben vorgestellten Autoren wollen sie jedoch den Übergang der anderen Sicherheiten nicht auf die Höhe des Ausgleichsanspruchs beschränken, sondern die Drittsicherheiten voll auf den ausgleichsberechtigten Drittsicherer übertragen lassen. Im Innenverhältnis sollen die ausgleichsberechtigten Drittsicherer jedoch die auf sie übergehenden Rechte nur nach Maßgabe des § 426 I geltend machen können (73).

Martinus (74) weicht von der hier dargestellten Ausgleichslehre insofern ab, als er den Wert der Pfänder für den Ausgleich berücksichtigt haben will: Wenn von zwei Bürgen (A und B) der eine (A) sich in Höhe von 9000 M verdingt hat und der andere (B) nur in Höhe von 2000 M, so liegt Mitbürgschaft nur in Höhe von 2000 M vor (75).

zu Fn 69) (Die Äußerungen von Emmerich in Fn 564 stehen jedoch teilweise im Widerspruch zu seinen Äußerungen im Text.)

(70) Finger, BB 74, 1420; Emmerich, S. 514 ff.; Olvermann, S. 25 f. Vahlendiek, S. 21 f., S. 43; Willenweller, S. 58 f.; Staudinger-Wiegand, RdNr 24 zu § 1225; vergl. Hüffer, AcP 171, 471 (483). Lediglich Olvermann geht aber so weit, daß er selfständige schuldrechtliche Ausgleichsansprüche auch unter Mitbürgen verneint (Olvermann, S. 8 ff. insbesondere S. 11)

(71) Müller, Finger, Olvermann, Wiegand, adO Fn 69

(72) Soergel-Augustin, RdNr 7 zu § 1225; Bankhausen, S. 22 ff.; Hüffer, AcP 171, 471 ff.; Sellner, Das Recht 04, 477

(73) Soergel-Augustin, Bankhausen und Sellner adO Fn 72; Hüffer, AcP 171, 471 (483 f./473 Fn 19)

(74) Martinus, Entsprechende Anwendung des § 774 Abs 2 im Falle des § 1225 BGB, DfZ 03, 543

(75) Martinus, adO Fn 74, insoweit unstreitig, vergl. RGZ 81, 419; BGB-RGRK-Monmann, RdNr 1 zu § 769; Reinicke/Tiedtke, Gesamtschuld... S. 128

Wenn A nur 9000 M zahlt, kann er hälftigen Ausgleich also nur bezogen auf 2000 M verlangen. B braucht also nur 1000 M an A zu zahlen. Bezogen auf das Verhältnis unter Verpfändern kann daher ein der Mitbürgschaft entsprechendes Verhältnis nur in Höhe des Wertes der minderwertvollen Pfandsache angenommen werden. Nur insoweit sind die Drittverpfänder auch Mitverpfänder (76).
Schließlich wird von den Vertretern der Ausgleichslehre noch ein weiterer Ausgleichsmodus vorgeschlagen. Die OLG Hamburg und Frankfurt am Main, sowie Oertmann sind für eine Ausgleichspflicht im Verhältnis der Werte der Pfänder, denn während die Schuld eines jeden gesamten schuldnerisch haftenden Mitbürgen gleichwertig ist, wird die Last der Pfandeigentümer wirtschaftlich und rechtlich umso hinten, je größer der Wert des jeweiligen Pfandes ist (Oertmann). Es ist etwas völlig anderes, ob jemand für eine fremde Schuld etwa mit einem Stücke im Werte von 100 oder mit 10 im Werte von zusammen 1000 haftbar gemacht werden kann (77).

e) P a w l o w s k i will das Bestehen einer Ausgleichspflicht unter Drittsicherern von der „causa“ abhängig machen (78).
Während die Bürgschaft als Kausalvertrag ihren Zweck in sich trägt, ergilt sich die „causa“ der abstrakten Hypothek erst aus dem Kausalverhältnis, welches ihren Bestand rechtfertigt. Wenn ein Drittsicherer sich verpflichtet, den Kredit des Hauptschuldners mit einer Hypothek zu sichern, so unterscheidet sich dieser Verpflichtungsvertrag von der Übernahme einer Bürgschaft nur dadurch, daß sich nach ihr die Haftung

(76) Martinus, DJZ 03, 543 f

(77) OLG Hamburg Hans GZ 1920 Beiblatt 225 (227); (siehe jedoch die Bemerkung unter D I 3a Fn 54); OLG Frankfurt am Main, JW 31, 2751, insoweit zustimmend: Oertmann, JW 32, 200; vergl hierzu: Mikosch, RdNr 24 zu § 774; Weiß, S. 57 f

(78) Pawlowski, JZ 74, 124 ff

des „Sachlügen“ auf das Grundstück beschränkt. Auf den Verpflichtungsvertrag sind daher die Regeln der §§ 765 ff analog anzuwenden - eventuell unter Ausschluß des § 776 (79). Pfand/Hypothekenbesteller und Bürge sind also bei gleicher „causa“ Mitlügen, auf die die §§ 769, 774 II zur Anwendung kommen. Etwas anderes muß dann gelten, wenn die „causa“ der Hypothek nicht die Übernahme einer „Sachlügen=schaftsverpflichtung“ ist, sondern z. B. ein Kaufvertrag. Dann sind Bürge und Grundstückseigentümer keine Mitlügen und eine Ausgleichung findet nicht statt (80).

-
- (79) Pawlowski, JZ 74, 125; vergl. Miiko-Pecher, RdNr 23 zu § 774
(80) Pawlowski, JZ 74, 126