

II Kritik der bisherigen Lösungsversuche

1) Kritik der Lehre vom besseren Recht des Bürgen

a) Die Lehre vom besseren Recht des Bürgen überzeugt von allen zu dieser Thematik vertretenen Auffassungen am allerwenigsten. Ihre dogmatische Begründung fußt auf Zirkelschlüssen oder Fehlannahmen (1). Auch rechtspolitisch ist sie nicht zu rechtfertigen. Zwar haften der Bürge mit seinem gesamten Vermögen, doch kann hieraus seine Besserstellung nicht hergeleitet werden (2); denn einerseits halten immer mehr auch die dinglichen Sicherungsglieder (z.B. Grundschuld-/Hypothekenbesteller) die persönliche Haftung für einen der Grundschuld-, bzw. Hypothekensumme entsprechenden Betrag zu übernehmen (3), so daß im Ergebnis sowohl der Bürge, als auch der dingliche Sicherungsgeler persönlich haftet, andererseits ist darauf hinzuweisen, daß Bürge und dinglichen Drittsicherer wertmäßig ein gleich hohes wirtschaftliches Risiko eingehen (4), wenn man einmal von dem Fall absieht, daß der Gläubiger für die Forderung des Hauptschuldners eine dingliche Sicherheit akzeptiert, die die Forderung nicht deckt. Zu den einzelnen Lehmeinungen zum besseren Recht des Bürgen ist folgendes zu sagen:

a.) Die Formvorschriften der §§ 766, 771 ff lassen sich entgegen Strohal (5) nicht als Beleg dafür anführen, daß der Gesetzgeber den Bürgen besonders schützen will, denn einmal sind diese Vorschriften nicht anwendbar wenn die Bürgenschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft ist (§§ 349, 350, 344 I HGB) oder die Vorschriften vom Gläubiger abbedungen (6) worden sind; zum anderen sind auch bei

(1) Dies gilt von allem für die Begründung dieser Lehre Strohal und Stennberg; siehe hierzu die Abschnitte a-d

(2) so aber fast alle Anhänger der Lehre vom besseren Recht des Bürgen; u.a. Reinicke/Tiedtke, Gesamtschuld..... S. 253 f; Hettenhausen, S. 45 f; Muenmann, S. 38; Larenz, § 64 III; dagegen zu Recht: Staudinger-W egand, Rdrr. 31 zu § 1225.

(3) siehe Punkt C am Ende und dort die Fn 15

(4) Oellers, S. 56

(5) Strohal, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen in die Rechte.....
DZ 03, 373 ff; siehe Zusammenfassung unter D I 1 a

(6) Wie es in der Kreditwirtschaft üblich ist, siehe hierzu Punkt C und dort die Fn 5

der Bestellung einiger dinglichen Sicherheiten Formvorschriften zu beachten. So hat der Verpfänder z. B. dem Sicherungsnehmer das Pfand zu übergelien und sich mit ihm zu einigen, daß ihm das Pfandrechth zustehen soll (§ 1205 I S. 1) Bei der Bestellung eines Grundpfandrechts sind gar noch mehr Formvorschriften zu beachten wie bei der Abgabe einer Büngschaft (§§ 1113 I, 873). Daß das Gesetz den dinglichen Sicherungsgelien nicht die Einrede der Vorausklage (§§ 771 ff) gewährt, ist wohl nicht damit zu erklären, daß das Gesetz den Büngen stärker schützen will, sondern wohl eher damit, daß der Bünger notwendig Drittsicherer ist, während der Hypotheken- oder Pfandbesteller auch mit dem Hauptschuldner identisch sein kann und wohl meistens auch ist. Soweit der Hypotheken- oder Pfandbesteller ein Dritter ist, ist daher entgegen Strohal nicht seine Benachteiligung gegenüber dem Büngen zu fordern, sondern vielmehr sind Überlegungen anzustellen, in wie weit nicht die §§ 771 ff auch auf sie anzuwenden sind (7). Eines der wichtigsten Argumente der ersten Strohalschen Ansicht stellt sich bei näherer Betrachtung als Zirkelschluß heraus:

Strohal unterstellt dem Eigentümer-Verpfänder, der sein Pfand einlöst, ein rechtliches Interesse am Fortbestehen des Pfandrechts (§ 1256 II), denn wenn er ein solches Interesse nicht hätte, würde das Pfandrechth nach § 1256 I erlöschen und er könnte dann wegen § 776 den Büngen nicht in Anspruch nehmen (8). - Hierzu ist zu sagen: Ob der Verpfänder, der sein Pfand einlöst und nach § 1256 I zum Erlöschen bringt, den Anspruch gegen den Büngen verliert, ist doch gerade die Frage, die geklärt werden soll! Im übrigen ist dieses Argument völlig absurd. Es vielmehr einleuchtender ein rechtliches Interesse des Eigentümer-Verpfänders am Untergang des Pfandrechts anzunehmen, denn hiendurch ist die Verwertung desselben ausgeschlossen (9). Im übrigen ist es nicht vom subjektiven Willen des Eigentümer-Verpfänders abhängig, ob das Pfandrechth erlischt oder nicht, sondern vielmehr von

(7) hierzu: Pawlowski, JZ 74, 124 (125); Müko-Pecher, Rdrrn. 23 zu § 774

(8) siehe D I 1 a und dort die Fn 8

(9) Vergl. Barkhausen, S. 33; Breit, Gruchot 48, 283 (288 f.); Finger, BB 74, 1419; Haase, S. 42; Hartmaier, S. 120; Muermann, S. 41; Olvermann, S. 37 f.; Tasse, S. 69; Vahldiek, S. 32 Fn 1, S. 40

den objektiven Interessenlage. Eine Wahlmöglichkeit - wie Strohal sie konstruiert hat - besteht mithin nicht. Das Pfandrecht erlischt in dem von Strohal geschilderten Fall mithin gemäß § 1256 I (10).

c) Auch die Argumente von Sternberg (11) überzeugen nicht.

Sein Argument gegen die Ausgleichslehre, daß das Gesetz nicht einmal ein Gesamtschuldverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen anerkenne - die doch beide persönlich haften - und deshalb erst recht keine Gesamtschuld zwischen dem persönlich haftenden Bürgen und dem Eigentümer eines dinglich belasteten Grundstücks (einer verhafteten Sache) bestehen könne, beruht auf einem Fehlschluß. Hauptschuldner und Bürgen sind deshalb keine Gesamtschuldner, weil sie auf verschiedenen Stufen zum Gläubiger stehen. Der Hauptschuldner schuldet die Forderung; der Bürgen schuldet lediglich dafür einzustehen, daß der Hauptschuldner seiner Verpflichtung nachkommt. Im Gegensatz hierzu stehen Bürgen und dinglicher Drittsicherer gleichstufig gegenüber dem Gläubiger (12).

Sternbergs zweites Argument gegen die Ausgleichslehre überzeugt auch nicht. Aus dem Umstand, daß das Gesetz in den §§ 1141, 1142, 1146 u. a. Begriffe des Schuldrechts angeführt hat, ist keinesfalls zwingend der Schluß zu ziehen, daß die Vorschriften des Schuldrechts im Sachenrecht sonst keine Anwendung finden dürften; denn die gegenteilige Aussage wäre genauso (wenig) überzeugend (13). Im Ergebnis hat Sternberg jedoch insoweit Recht, als in der Tat kein Gesamtschuldverhältnis zwischen Bürgen und anderen Drittsicherern anzunehmen ist (13a), dies hindert jedoch nicht einen Ausgleich unter den Drittsicherern (13b).

(10) Bankhausen, S. 33; Förster, S. 38; Finger, BB 74, 1419; Hartmaier, S. 120; Muenmann, S. 41; vergl. im übrigen Braun-Melchior, AcP 132, 175 (178) Fn 9); - falsch ist jedoch das Argument von Olyvenmann (S. 37), daß das vom Verpfänder eingelöste Pfand, nachdem der Verpfänder beim Bürgen Regreß genommen hat, vom Bürgen wegen § 774 I S. 2 (nemo subrogat contra se) nicht gegen den Eigentümer-Verpfänder geltend gemacht werden kann; denn § 774 I S. 2 schließt lediglich aus, daß das subrogierte Recht zum Nachteil des Gläubigers in seiner Eigenschaft als Gläubiger geltend gemacht wird, hindert jedoch nicht die Geltendmachung des Pfandes zu Lasten des Gläubigers in seiner Eigenschaft als Eigentümer des Pfandes (vergl. Hartmaier, S. 102, Willenweber, S. 52).

Auch Sternberg kann im übrigen nicht davon überzeugen, daß der Verpfänder ein rechtliches Interesse am Fortbestand des Pfandrechts hat, wenn er den Bürgen in Anspruch nehmen möchte. Abgesehen davon, daß es höchst zweifelhaft ist, daß das Pfandrecht gemäß § 1256 II Fortbesteht, wenn den Eigentümer-Verpfänder die von ihm eingelöste Forderung mit dem Pfandrecht weitenverkaufen will, muß diese Rechtsfolge keineswegs „erst Recht für den Fall gelten“, daß der Eigentümer den Bürgen in Anspruch nehmen beabsichtigt. Diese Annahme trüfte allenfalls dann zu, wenn der Eigentümer-Verpfänder den Bürgen nur dann in Anspruch nehmen dürfte, wenn jener den Bürgen gleichzeitig den Eintritt in das Pfandrecht zu ermöglichen hätte. Den Beweis für solch einen Vorrang des Bürgen ist Sternberg jedoch schuldig geblieben.

d.) Auch die Argumente in Strohals zweitem Aufsatz (14) überzeugen nicht. Es ist richtig, daß der Bürge frei wind, wenn der Gläubiger das vom Hauptschuldner bestellte Pfand verwendet; denn insoweit gilt die Forderung gegen den Hauptschuldner als berichtigt (§ 1247); die zur Forderung akzessorische Bürgschaft kann daher keinen Bestand mehr haben. Für den Regelfall ist Strohal auch noch darin zu folgen, daß der Verkauf des Pfandes durch den Hauptschuldner an diesen Rechtsfolge nichts ändert. Der Käufer der Pfandsache dürfte bei dieser Fallgestaltung die Verpflichtung zur Befriedigung des Gläubigers unter Anrechnung auf den Kaufpreis der verpfändeten Sache übernehmen. In entsprechender Anwendung des § 774 I (§ 1225 S.2) erwirkt daher der neue Eigentümer der Pfandsache nach Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfand nicht die Forderung gegen den Hauptschuldner, da nach § 774 I S. 3 das Innenverhältnis (Kaufvertrag) dem entgegensteht (15).

(11) Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast....Grauchot 52, 545 ff; sieht die Zusammenfassung unter D I 1c

(12) Oellers, S. 76; Schmidt, JhJ 72 (1922), 1 (100); Tasse, S. 55; vergl.: Ehmann, S. 333, diesen ordnet zu Unrecht die Bürgschaft der Gesamtschuld zu.

(13) den gegenteiligen Schluß zieht z.B. Weiß auf S. 54. Nach heute allgemeiner Meinung sind auf das Sachenrecht grundsätzlich die §§ 104 ff und die §§ des allgemeinen Schuldrechts insoweit anwendbar, als dies mit den dinglichen Rechtsverhältnissen vereinbar ist; siehe hierzu nur Palandt-Passenge, Einl 5 v § 854; Baur § 5 II.

(13a) siehe hierzu Punkt D II 3 b/c

(13b) siehe hierzu Punkt D II 3 d

Da den Erwerber der Pfandsache mit den Befriedigung des Gläubigers (bzw. mit der Pfandverwertung durch den Gläubiger) nicht die Forderung gegen den Hauptschuldner erwirkt, erwirkt er auch nicht die hierzu akzessorische Bürgschaft. Deshalb, und nur aus diesem Grunde wird den Bürgen frei. Das Freiwerden des Bürgen liegt in den ersten beiden von Strohal geschilderten Fällen also nicht an einem „besseren Recht“ des Bürgen. Diese beiden Fälle sind überhaupt nicht mit der Konstellation gleichzusetzen, in der von vornherein ein Dritter für die Forderung des Hauptschuldners ein Pfand bestellt. Ein Vorrang des einen Sicherungsgelders vor dem anderen läßt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Auch § 776 gewährt keinen solchen Vorrang. Dies gilt umsomehr als § 776 den Bürgen lediglich insoweit frei wenden läßt, als er aus dem Pfand/Hypothek nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Der § 776 schafft kein Rückgriffsrecht des Bürgen, sondern setzt es vielmehr als an anderen Stelle geregelt voraus (16).

e.) Hettenhausen (17) hat im Vergleich zu den Ausführungen von Strohal und Sternberg keine wesentlich neuen Argumente gebracht. Auch der Umstand, daß das Gesetz dem Bürgen die Verjährungseinrede gewährt, dem Pfand/Hypothekenbesteller dagegen nicht, ist kein Indiz dafür, daß das Gesetz den Bürgen grundsätzlich besser stellen möchte, als einen Verpfänder. Der Umstand, daß Pfandrechte und Hypotheken nicht verjähren (§ 223 I) ist mit der dinglichen Natur dieser Rechte zu erklären. Im allgemeinen unterliegen lediglich „Ansprüche“, also obligatorische Rechte der Verjährung (§ 194 I). Pfandrechte, bzw. Hypotheken sind jedoch dingliche Verwertungsrechte. Die akzessorische Natur dieser Rechte ist zur Unverjährbarkeit nicht systemwidrig, da der Anspruch

(14) Strohal, Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte
JhJ 61 (1912), 59 ff; siehe die Zusammenfassung unter D I 1 d

(15) Reinicke/Tiedtke, Gesamtschuld, S. 237; vgl. auch Okenmann, S. 2f

(16) Cohn, JW 06, 410; Breit, Gruchot 48, 289 f, Braun-Melchior, AcP 132, 199; Forster, S. 44; Hartmann, S. 124; Haase, S. 43; Hüpper, AcP 171, 471 (482); Vahldek, S. 44; Oellers, S. 74 f; Quedenfeldt, S. 48 f; Weiß, S. 77 f; Müller, S. 88; Klinkhammer/Rancke, JuS 73, 665 (672).

(17) Hettenhausen, Das Verhältnis des Bürgen zum Drittverpfänder
Diss Jhna 1938, siehe die Zusammenfassung unter D I 1 e

trotz Verjähmung weiterhin besteht (§ 222). Die Verjähmung gewährt der Partei, zu deren Gunsten sie eintritt lediglich eine Einrede (18). - Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß in der Kreditpraxis der von Hettenhausen angeführte Unterschied nicht relevant ist, da der Bürge auf alle ihm zustehenden Einreden, also auch auf die Einrede der Verjähmung der Hauptforderung, regelmäßig formularmäßig verzichtet (19).

f) Auch die Arbeit von Braun-Melchior (20) kann den Bürgenvorrang nicht überzeugend begründen. Ein Rückgriff des Verpfänders gegen den vom Gläubiger aus seiner Schuld entlassenen Bürgen findet nämlich - unter Annahme anteiligen Regresses - nur dann statt, wenn man selbständige schuldrechtliche Ausgleichsansprüche zwischen den Drittsicherern zugrunde legt (21) und eine analoge Anwendung des § 776 zugunsten dinglichen Drittsicherern verneint (22). Nun kann man sich den Ausgleich unter verschiedenen Drittsicherern auch so vorstellen, daß die Drittsicherheiten anteilig - als akzessorisches Nebenrecht zur Hauptforderung - auf den befriedigenden Drittsicherern übergehen, ohne daß zwischen den Drittsicherern selbständige schuldrechtliche Ausgleichsansprüche bestehen (23). Unter diesen Annahme kann der Bürge, den vom Gläubiger aus seiner Schuld entlassen wird, auch vom Verpfänder nicht mehr in Anspruch genommen werden, der Bürge ist durch den Erlaß des Gläubigers vielmehr endgültig frei geworden, da er ja für die Hauptforderung nicht mehr haftet und in keinen schuldrechtlichen Beziehung zum Verpfänder steht, welche ihn irgendwie verpflichten könnte (24).

(18) vergl. Obermann, S. 44

(19) siehe Punkt C und dort die Fn 5

(20) Emilie Braun-Melchior, Gesetzlicher Rechtsübergang und Ausgleich bei mehrfachen Drittsicherung, AcP 132 (1930) 175 ff, siehe die Zusammenfassung unter D I 1 f

(21) dies sind die unter D I 3 Fn 57 und 65 aufgeführten Autoren

(22) davon geht die h.M. aus: siehe Punkt B VI 1 und dort die Fn 4

(23) so die unter D I 3 Fn 69 aufgeführten Autoren

(24) Hartmaier, S. 127; Vahldiek, S. 43

Aber selbst diejenigen Vertreter der Ausgleichslehre, die zwischen den Drittsicherern schuldrechtliche Ausgleichsansprüche annehmen (25), sind durch Braun-Melchior nur insoweit widerlegt als man mit ihr und der herrschenden Meinung davon ausgeht, daß der § 776 zugunsten anderer Drittsicherer außer den Bürgen nicht anwendbar ist (26). Jedoch ist mit einer Minderansicht eine analoge Anwendung des § 776 auch zugunsten anderer Drittsicherer zu bejahen (27). Gilt den Gläubiger also den Bürgen frei, so erlischt auch das Recht des Gläubigers Befriedigung aus dem Pfande zu suchen. Die Situation entsteht bei der Freigabe eines von zwei Mitbürgen. - Abgesprochen davon spricht der von Braun-Melchior vorgebrachte Vergleich der Regreßsituation Bürgen-Bürge und Bürgen-Verpfänden bei jeweiligen Freigabe des Bürgen durch den Gläubiger nicht notwendig für das besessene Recht des Bürgen. Vielmehr könnte man ihre Argumente auch anführen, um den Ausschluß eines jeden Regresses zwischen den Drittensicherern zu begründen (28).

g) Auch Reinicke und Tiedtke (29) können nicht vom besseren Recht des Bürgen überzeugen. Ihre Stellungnahme zugunsten des Bürgen übertrifft, nachdem sie in ihren vorausgegangenen Ausführungen bemerkten, daß § 776 diese Frage überhaupt nicht regelt. Aus dem Umstand, daß der Bürge „mit seinem gesamten Vermögen“ haftet, läßt sich ein Vorrang nicht entnehmen (30). Unerfindlich ist, wieso dem Bürgen, den Ernst der Lage“ weniger bewußt sein soll als einem Verpfänder oder Hypothekebesteller. Vielmehr hoffen Bürgen und Verpfänder regelmäßig

(25) die unter D I 3 Fn 57 und 65 aufgeführten Autoren

(26) die Autoren der herrschenden Meinung siehe Punkt B VI 1 Fn 4

(27) siehe Punkt B VI 1 und dort die Fn 5

(28) Hartmaier, S. 127

(29) Reinicke/Tiedtke, Gesamtschuld und Schuldsicherung, S. 252-254, siehe die Zusammenfassung unter D I 1 g

(30) siehe hierzu: Staudinger-Wiegand, RdNr. 31 zu § 1225

gleichermaßen darauf, daß sie nicht in Anspruch genommen werden (31). Es scheint mir überzogen, dem Realakt der Übergabe des Pfandes oder der Bestellung der Hypothek soviel Bedeutung zuzumessen, wie in den Ausführungen von Reinicke und Tiedtke. Selbst wenn es jedoch zutreffen sollte, daß dem Bürgen „der Ernst der Lage“ weniger bewußt ist als einem Verpfänder/Hypothekenbesteller, so rechtfertigt dies keinesfalls die Bevorzugung des Bürgen vor den anderen Drittsicherern, sondern lediglich den Schutz des Bürgen vor dem Gläubiger.

h) Mantens Argumentation (32) kann auch nicht überzeugen. Es ist zum einen nicht einzusehen, wieso ein Pfandrecht der Erfüllung der Hauptschuld näher stehen soll als eine Bürgschaft. Das Pfandrecht muß immerhin noch verwertet werden; es ist also - im Gegensatz zur Bürgschaft - nicht unmittelbar nutzbar. Durch die Zahlung des Bürgen ist hingegen der Gläubiger befriedigt ohne daß es weiteren Handlungen des Gläubigers bedarf. Die unterschiedlichen Entfernungen der einzelnen Sicherungsmittel zur Hauptforderung können somit auch umgekehrt gesehen werden. Doch selbst wenn die Analyse von Mantens von den unterschiedlichen Entfernungen der Sicherungsmittel zur Hauptforderung richtig sein sollte, so muß man hiernach keinesfalls das Rangverhältnis der Sicherungsgegenstände bestimmen. - Wieso eigentlich ?? Mantens hat diese Frage jedenfalls nicht beantwortet.

i) Keines der Argumente, die von der herrschenden Lehre zum Vorrang des Bürgen vorgebracht wird, kann mithin überzeugen. Dies gilt im übrigen auch für die (unbegündete) Ansicht von Baur, daß es im

(31) Schmidt, JhJ 72, 1 (100); Müller, S. 88

(32) Mantens, Die Bürgschaft im WechselrechtBB 71, 765, (769), siehe die Zusammenfassung unter I 1 h

allgemeinen dem vermutlichen Parteiwillen entspricht, den Bürgen zuletzt haften zu lassen (33).

Die von den herrschenden Meinungen zur Begründung des Bürgenvorwangs angeführten Sondenbestimmungen sollen den Bürgen gegenüber dem Gläubigen schützen, nicht aber auch gegenüber anderen Drittsicheren (34). Bürge und Verpfänder (o.ä.) wollen gleichermaßen die Schuld eines anderen sichern. Beide hoffen gleichermaßen, daß sie nicht in Anspruch genommen werden (35). Ein Vorrang des einen Sicherungsgeldes (Bürgen) von dem anderen läßt sich nicht überzeugend begründen. Ein solcher Vorrang würde zudem dem Interesse von Kreditnehmern und -gebern zuwiderlaufen. Kein dritten Eigentümern wäre noch bereit dem Gläubigen eine Sache zu verpfänden oder eine Hypothek zu bestellen, wenn der Kredit bereits durch einen Bürgen abgesichert ist, denn den Eigentümern wird nicht einsehen, wieso den Bürgen im Gegensatz zu ihm letztendlich für die Forderung nicht einzustehen braucht (36). Schließlich findet sich im Gesetz selbst noch ein Anhaltspunkt gegen den Bürgenvorrang: Dem Bürgen steht die Einrede der Vorrausklage nach § 772 II zu, solange der Gläubiger noch nicht Befriedigung aus einem Pfandrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners gesucht hat. Den Bürgen hat diese Einrede also nicht, wenn der Gläubiger Befriedigung aus einer von einem Dritten gestellten Sache finden könnte. Dies deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber den Bürgen nicht von dem Drittverpfänder bevorzugen wollte (37).

(33) Baur, § 38 IX 3a (375)

(34) Hartmaier, S. 129

(35) Müller, S. 88; Schmidt, JhJ 72, 1 (100)

(36) vgl. Hartmaier, S. 130

(37) Breit, Gruchot 48, 283 (295); Ouedenfeld, S. 51; Hartmaier, S. 130; vgl. jedoch denselben auf S. 129 Fn 283 ! gegen dieses Argument: Obvermann, S. 45

2) Kritik der Lehre von der Regneßlosigkeit

a) Die Lehre von der Regneßlosigkeit (38) ist - selbst wenn man sie auch auf den Rängen bezieht (39) - rechtspolitisch völlig verfehlt. Eine unkonnigiente Anwendung des Gesetzes kann immerhin noch damit gerechtfertigt werden, daß derjenige, der zuerst kommt, für sein Zuankommen entsprechend belohnt werden muß (40). Dieses Prinzip nützt insofern den Kreditwirtschaft, als sich die Drittsicherten um die Befriedigung des Gläubigers geradezu reißen. Die Kreditgeber brauchen sich um mögliche Ausfälle relativ wenig Sorgen zu machen. - Die Lehre von der Regneßlosigkeit führt dagegen geradezu zum umgekehrten Ergebnis. Wenn jeder Regneß unter den Drittsicherten ausgeschlossen ist, kommt es zu einem „Wettlauf vom Gläubiger weg“ (41). Jeden Drittsicherten muß im Insolvenzfall des Hauptschuldners zusehen, daß er nicht in Anspruch genommen (bzw. die von ihm gegebene Sicherheit nicht verwendet) wird. Während die Ansicht von Brodmann (42) „nun“ unbillig ist, fügt die Lehre von der Regneßlosigkeit zudem den (Kredit)wirtschaft großen Schaden zu, da jeden Drittsicherten verschoben wird, seine Inanspruchnahme (bzw. die Verwendung der von ihm gegebenen Sicherheiten) so weit wie möglich hinauszuzögern. Die Rückführung der Kredite verzögert sich somit mit der Folge, daß Geld für die Vergabe neuer Kredite relativ knapp wird und die Kredite teurer werden.

Im folgenden Abschnitt wird aufgezeigt werden, daß die Lehre von der Regneßlosigkeit nicht nur unbillig, sondern im Ergebnis auch dogmatisch angreifbar ist.

b.) Der Lehre von der Regneßlosigkeit ist darin zu folgen, daß in § 774 II ein Prinzip zum Ausdruck kommt, daß den befriedigenden Drittsicherten nur insoweit die übrigen Drittsicherheiten einwirkt,

(38) siehe Punkt D I 2 und dort die Fn 36 und 37

(39) Becker, NJW 71, 2151 (2154); Breit, Guchot 48, 292; Hartmaier, S. 88/99/144; einschränkend Haase, siehe hierzu Punkt D I 1a
Fn 3

(40) so Planck-Brodmann (4. Aufl.), Arm 2c zu § 1225 (unten auf S. 1197)

(41) vergl. Weiß, S. 52/64

(42) siehe oben Fn 40

als er aus § 426 I oder sonst einem Rechtsgrund Ausgleich verlangen kann (43). Die Richtigkeit dieser Annahme folgt aus den nebenstehenden Überlegungen: Aus § 769 ergibt sich die gesamtschuldnerische (§ 426) Haftung unter Mitglüngen. § 426 II steht jedoch im Widerspruch zu der Paragraphenkette der §§ 774 I, 412, 401. Aus § 769 folgt daher lediglich die Anwendbarkeit des § 426 I, nicht die des § 426 II. Um den § 426 II zur Anwendung gelangen zu lassen, bedurfte es einer Vorschrift, die den Widerspruch zu den §§ 774 I, 412, 401 zu lösen hätte. Diese Vorschrift wurde vom Gesetzgeber im § 774 II geschaffen. § 774 II bedingt also die Paragraphenkette der §§ 774 I, 412, 401 ab und verhilft den gesamtschuldnerischen Haftung zum Durchbruch (44).

Bezogen auf das Verhältnis unter Mitverpfändern könnte man nun mit der Lehre von der Regreßlosigkeit annehmen, daß die Verweisung auf § 774 II in § 1225 einen Ausgleich ausschließt, da § 774 II — wie oben gezeigt — lediglich die Anwendung des § 426 II ermöglichen soll und nach dieser Vorschrift „geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner“ (45) nur insoweit über, als ein Ausgleichsanspruch (nach § 426 I) besteht. Man könnte folgern, daß ein solcher Ausgleichsanspruch, da eine dem § 769 entsprechende Vorschrift im Pfandrecht fehlt, nun nicht gegeben ist. Diese Schlußfolgerung ist entgegen der Lehre von der Regreßlosigkeit indess nicht zu ziehen; denn hätte der Gesetzgeber in diesem Sinne einen Ausgleich unter den Mobilienverpfändern ausschließen wollen, so hätte er wie im Grundpfandrecht lediglich auf § 774 I verwiesen und im übrigen eine dem § 1173 entsprechende Norm geschaffen (46). Das Zitat des § 774 einschließt — wie dessen Absatzes im § 1225 kann daher nur so interpretiert werden, daß Pfänder entsprechend wie Mitglünger ausgleichspflichtig sind. Daß eine dem § 769 entsprechende Norm im Pfandrecht fehlt, ist damit zu erklären, daß die Eigentümer-Verpfänder nichts schulden und deshalb keine Gesamtschuldner sein können (47).

(43) so selbst viele Gegner der Lehre von der Regreßlosigkeit, z.B. Cohn, *JW* 06, 410 (413); Weiß, S. 47 (den Verweis auf § 426 II ist wohl ein Tippfehler) und S. 59; Oellers, S. 12 ff/14; vgl. *D I* 24 Fn 41

(44) vgl. Hartmaier, S. 16 ff/71/94; Muermann, S. 29; Tasse, S. 18 f; Planck-Pfand, Anm 2c zu § 1225; vgl. auch viele Anhänger der Ausgleichslehre: vgl. Cohn, *JW* 06, 410 (413); Weiß, S. 47; Oellers, S. 12 ff

(45) auf das Pfandrecht übertragen bedeutet dies: „das Pfandrecht des Gläubigers an den anderen Verpfändern gestellten Sachen“.

Dies schließt jedoch nicht einen teilweisen Übergang der Pfandrechte auf die ausgleichsberechtigten Drittverpfänder aus, denn nach den §§ 1225 S. 1, 412, 401 hätte der Übergang der Sicherheiten ja sogar im vollem Umfang stattzufinden. Die Verweisung auf § 774 II in § 1225 S. 2 ist also damit zu erklären, daß der Übergang der Pfänder in Abweichung von den §§ 1225 S. 1, 412, 401 auf ein dem bei der Mitbürgschaft entsprechendem Maße beschränkt werden soll.

Der Ansicht Hartmainers, daß zu Lasten oder zu Gunsten Sicherungsgeldern nicht akzessorischer Sicherheiten keinesfalls ein Ausgleich stattfindet (48) wurde bereits an anderer Stelle in dieser Arbeit entgegengetreten (49).

Die Lehre von der Regreßlosigkeit hat sich somit auch dogmatisch als nicht überzeugend erwiesen. Ihr kann keinesfalls gefolgt werden.

3) Kritik der Lehren vom gesamtschuldnerischen Ausgleich

a) Ein Vorrang des Rügens vor anderen Sicherungsgeldern ist ebenso wie der Ausschluß eines jeden Regresses in dieser Arbeit abgelehnt worden. Es stellt sich daher nicht mehr die Frage nach dem Ob einer Ausgleichung. Da der Ausgleich zwischen den Sicherungsgeldern jedoch unterschiedlich begründet wird und zum Teil auch einen unterschiedlichen Inhalt hat, wird im folgenden auf die einzelnen Ausgleichslehren näher eingegangen.

(46) ähnlich Weiß, S. 52; die Vertreter der Lehre von der Regreßlosigkeit bemühen sich dagegen nicht einmal, die Differenz zwischen der Regelung im Grundpfandrecht und im Pfandrecht zu erklären, siehe nur: BGB-RGRK-Vorregel, Rdnr 4 f zu § 1225; Hartmann S. 40 ff/70 ff

(47) vergl Soergel-Augustin, Rdnr 7 zu § 1225

(48) Hartmaier, S. 149 ff; vergl Punkt D I 2 & dieser Arbeit

(49) Punkt B III 1 und B IV 1