

6.) Am einfachsten wäre das Ausgleichsproblem zu lösen, wenn man die Verpfänder/Hypothekenbesteller als Schuldner ansehen würde. Dann läge nämlich bei mehrfachen (akzessorischen) Sicherung einen Forderung nach § 427 ein Gesamtschuldverhältnis vor, welches die Drittsicherer zu einem Ausgleich verpflichten würde (49a). Das Fehlen einer dem § 769 entsprechenden Vorschrift wäre auch irrelevant. Trotz des Wortlauts der §§ 1113 und 1191, nach dem eine bestimmte Summe „aus dem Grundstücke zu zahlen“ ist, wird jedoch im (Grund)pfandrecht heute nach ganz herrschender Meinung (50) zu Recht lediglich ein dingliches Verwertungsrecht gesehen. Gegen die Annahme eines schuldrechtlichen Verpflichtung des Eigentümers den dinglich belasteten Sache (des dinglich belasteten Grundstücks) spricht von allem die Art der Begründung (vgl. die §§ 145 ff.) diesen Verpflichtung und deren Entledigung: Erwerb, bzw. Verlust von Eigentum begründet bzw. erledigt nach der Theorie von der Realobligation/Theorie der dinglichen Schuld die schuldrechtliche Verpflichtung. - So eine Konstruktion wäre allenfalls tragbar, wenn das Wesen des (Grund)pfandrechts anders nicht befriedigend zu erklären wäre (51). Durch die Annahme eines „dinglichen Verwertungsrechts“ ist das (Grund)pfandrecht jedoch ausreichend erklärt. Der Theorie von der Realobligation/Theorie der dinglichen Schuld ist damit jede Grundlage entzogen. Die Eigentümer belasteter Sachen werden im übrigen auch nicht dadurch zu Gesamtschuldnern, daß sie für einen der Summe des Verwertungsrechts entsprechenden Betrag formularmäßig auch die persönliche Haftung übernehmen (52). Hierin liegt ein formularmäßiges abstraktes Schuldanerkennnis, welches lediglich einen Bezug zu dem betreffenden (Grund)pfandrecht hat. Mehrere Sicherungsgeber verpflichten sich hierdurch nicht zu einer teilbaren Leistung (§ 427). Mehrere Eigentümer belasteter Sachen sind also auch dann keine Gesamtschuldner, wenn sie in entsprechender Höhe des jeweiligen Verwertungsrechts ein abstraktes Schuldanerkennnis abgegeben haben.

-
- (49a) so Bendix, Cohn, Evers, Schmidt und Oellers, siehe die Nachweise und die Zusammenfassung unter D I 3 4 und dort die Fn 57
- (50) so z.B. Palandt-Bassenge, Anm 1 Überleitung v. § 1113; Baur § 36 II 2a cc; a.A. Miko-Eichmann, RdNr. 3 ff zu § 1147 (Theorie der dinglichen Schuld) dort unter Fn 6 auch weitere Nachweise zur herrschenden Meinung
- (51) Planck-Streicher (5. Aufl.) Vorbemerkung 3 von § 1113
- (52) siehe hierzu Punkt C und dort die Fn 15

c) Bassege, Breit, Quedenfeld, Ronke und Warneken (53) können auch nicht überzeugend darlegen, wieso unterschiedliche Sicherungsgelien in einem Gesamtschuldverhältnis stehen sollen. Ihrer Argumentation kann nicht gefolgt werden. Die Funktion des § 774 II besteht nicht auch darin, die Gesamtschuld unter Mitglüigern anzuordnen (54). Das Zitat des gesamten § 774 in § 1225 S. 2 ordnet daher auch kein Gesamtschuldverhältnis unter Mitverpflichtern an. - Doch selbst wenn die in dieser Arbeit abgelehnte Ansicht über die Funktion des § 774 II richtig wäre, könnte man dennoch nicht zu einer schuldrechtlichen Ausgleichsverpflichtung unter Dritteigentümern kommen; denn durch die geforderte Ausgleichung können keinesfalls den beteiligten Drittsicherern Pflichten auferlegt werden, die gegenüber dem Gläubiger nicht bestanden haben. Hatte ein Drittsicherer nur seine Sache mit einem Pfandrecht belastet, so kann unmöglich angenommen werden, daß er nach Befriedigung des Gläubigers durch einen anderen Drittsicherer diesem nun zur Zahlung verpflichtet sein soll (55). Woher sollte denn diese Verpflichtung eigentlich resultieren ?? - Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter sind in unserer Rechtsordnung jedenfalls nicht möglich.

d) Da sowohl sachliche als auch konstruktive Gründe gegen ein Gesamtschuldverhältnis und gegen selbständige Ausgleichsansprüche sprechen, kann nur einem Ausgleichsmodell zugestimmt werden, welches selbständige Ausgleichsansprüche unter Drittsicherern ablehnt und lediglich die auszugleichenden Sicherheiten auf den ausgleichspflichtigen Drittsicherer übergehen läßt (56). Somit vertreten lediglich die unter I 3d aufgeführten Autoren die richtige Ausgleichslehre. Jedoch wird von ihnen die Ausgleichung nur unzureichend konstruktiv erklärt. Im folgenden soll versucht werden dem abzuhelpfen:

Im § 774 II und im Zitat des § 774 in § 1225 S. 2 kommt ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck, welches bei mehrfachen (akzessorischen) Sicherung einer Forderung den Übergang der Nebenrechte im vollen Umfang (also nach § 774 I, bzw. § 1225 S. 1 in Verbindung mit den §§ 412, 401) ausschließt. Diesen Umstand bedeutet jedoch nicht

(53) siehe hierzu Punkt I 3 c und dort die Fn 65

(54) ausführlich hierzu Punkt II 2 b und dort die Fn 43 f

(55) Staudinger-Wiegand, Rdrr 18 und 23; Olvermann, S. 25

(56) siehe hierzu Punkt I 3 d und dort die Fn 69 f

Regreßlosigkeit. Durch das Zitat des § 774 (und damit auch des § 774 II) wollte der Gesetzgeber die Regelung bei der Mitbürgschaft entsprechend angewendet wissen (56a). § 774 II ist somit immer in Zusammenhang mit § 426 zu sehen, auch wenn § 774 II an sich nur „negative Bedeutung“ hat. Da Drittsicherer - abgesehen von Mitbürgern nichts schulden, können sie jedoch keine Gesamtschuldner i. e. S. sein. Der Ausgleichsanspruch des ausgleichsberechtigten Drittsicherers entspricht § 426 I hat daher für das Innenverhältnis der Drittsicherer keine Bedeutung. Drittsicherer sind untereinander zu gar nichts verpflichtet (abgesehen von Mitbürgen). Die Bedeutung des Ausgleichsanspruchs entsprechend § 426 I beschränkt sich mithin darauf, die ausgleichspflichtigen Drittsicherheiten entsprechend § 426 II auf den ausgleichsberechtigten Drittsicherer überzuleiten. Abzulehnen ist mithin auch die Ansicht von Augustin, Barhausen, Hüffer und Sellner (57), nach denen die Drittsicherheiten jeweils voll auf den ausgleichsberechtigten Drittsicherer übergehen und diesen lediglich im Innenverhältnis daran gehindert wird, diese im vollem Umfang geltend zu machen. Diese Ansicht entspricht der Kremerschen Konstruktion der Mitbürgschaft, die von der Rechtswissenschaft längst widerlegt worden ist (58). Die Kremersche Konstruktion ist auch bezogen auf andere Drittsicherer als Mitbürgen nicht überzeugend; denn welchen Sinn soll denn ein vollständiger Übergang der Nebenrechte haben, wenn diese im Innenverhältnis dann doch nur beschränkt geltend gemacht werden können? - Hüffer hat zwar Recht, wenn er darauf hinweist, daß der Anspruch auf „Duldung der Verwertung“ unteilbar ist (59), doch hindert diesen Umstand nicht anzunehmen, daß z.B. das Pfandrecht an einer Sache (die Hypothek an einem Grundstück) eben nur z.B. zum halben (viertel, achte, o.ä.) Wert auf den ausgleichsberechtigten Drittsicherer übergeht und im übrigen erlischt. -

(57) siehe hierzu Punkt D I 3 d und dort die Fn 72 f

(58) siehe hierzu Punkt B V 2 und dort die Fn 3

(59) Hüffer, AcP 171, 471 (473 Fn 19)

(56a) siehe hierzu D II 2 a. - Auf den Gesamtschuldbegriff und darauf, ob auch „scheinbare Gesamtschulden“ vom § 421 erfaßt sind, kommt es mithin gar nicht an. Der § 426 II dient lediglich dazu die Sicherheiten in gesamtschuldähnlicher Weise auf den ausgleichsberechtigten Drittsicherer übergehen zu lassen. Drittsicherer sind keine Gesamtschuldner, stehen jedoch in einem Gesamtschuldähnlichen Verhältnis zueinander (vgl. Vahldiek, S. 22).

Fraglich ist jedoch, in welchem Maße die von Dritten gestellten Sicherheiten auf den ausgleichsberechtigten Drittsicheren übergehen. Während die überwiegende Anzahl den Vertretern den Ausgleichslehren einen „kopfteiligen“ Ausgleich beifügt (60), wenden von einigen Vertretern der Ausgleichslehre andere Verteilungsmaßstäbe gesetzt.

Die Schlußfolgerung, die Martinus (61) von der Mitlingschaft auf das Gesamtpfand zieht, unterliegt jedenfalls einem großen logischen Fehler. Wenn mehrere Verpfänder unterschiedlich wertvolle Pfandgegenstände zur Sicherung einer bestimmten Forderung stellen, so wollen sie damit nicht ausdrücken, daß sie jeder nur einen bestimmten Teilbetrag (nämlich in Höhe des Wertes des Pfandes) der Forderung sicher wollen, sondern jedes Pfand wird - im Gegensatz zur Teilungsschaft - aber entsprechend wie bei der Mitlingschaft zur Sicherung der gesamten Forderung gegeben. Die unterschiedlich wertvollen Pfanden sind entgegen Martinus also nicht mit der Teilungsschaft zu vergleichen; sie entsprechen vielmehr unterschiedlich solventen Mitlingen. Die unterschiedliche Solvenz von Mitlingen ist jedoch kein Kriterium für den Ausgleich unter ihnen (62). - Lediglich in Ausnahmefällen könnte - soweit besondere Anhaltspunkte hierfür vorliegen - in der Verpfändung einer minder wertvollen Sache die Erklärung gesehen werden (§ 157), die Sache nur für einen Teilbetrag verpfänden zu wollen. Jedoch ist diese Annahme keinesfalls verallgemeinerungsfähig.

Das Hauptargument gegen die Ansicht von Martinus - nämlich daß je des Pfand für die gesamte Forderung haftet - spricht auch gegen die Ansicht der OLG Hamburg und Frankfurt am Main (63), welche sich für einen Ausgleich im Verhältnis der Werte der Pfänder ausgesprochen haben. Auch diese Ansicht ist hiernit widerlegt.

(60) Bendix, Cohn, Schmidt, Oellers (siehe D I 3 a und dort die Fn 57) Bassenge, Breit, Oudenfeldt, Ronke, Warneken (D I 3 c Fn 65) Emmenich, Förster, Forster, Finger, Müller, Obermann, Vahldiek, Willenweber, Wiegand (D I 3 d Fn 69), Augustin, Bankhausen, Hüßler und Sellner (D I 3 c Fn 72)

(61) siehe Punkt D I 3 d und dort die Fn 74 ff

(62) Zum Wert der Pfandgegenstände als Verteilungsmaßstab vergl.: Breit, Gruchot 48, 293; Emmenich, S. 519; Finger, BB 74, 1422; Förster, S. 27, Oellers, S. 44; Obermann, S. 27 f; Staudinger-Wiegand, RdNr 22 zu § 1225; Willenweber, S. 60 f

(63) siehe Punkt D I 3 d und dort die Fn 77

Daß in dieser Arbeit eine Berücksichtigung der Werte der Sicherheiten für die Verteilung des Haftungsrisikos abgelehnt wird, bedeu-
tet jedoch nicht, daß einem kopfteiligen Ausgleich das Wort geredet
wird (64).

e) Die Frage nach der „causa“ stellt sich entgegen Pawlowski (65)
im Zusammenhang mit dem Ausgleich zwischen unterschiedlichen Sicher-
ungsgeldern nicht. Soweit z.B. jemand vom persönlichen Schulden ein-
dinglich belastetes Grundstück erwirkt und die Hypothek (66) unter
Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt, ist er - da zur Befriedigung
des Gläubigers selbst verpflichtet - kein Drittsicherer, vielmehr
zahlt dieser Grundstückserwerber bei Tilgung der Hypothek auf eine
eigene Verbindlichkeit. Er erwirkt daher auch nicht gemäß § 1143
„die Forderung gegen den Hauptschuldner“ und hat schon deshalb keine
Regreßansprüche gegen die übrigen Sicherungsgelder. Die Fälle, in de-
nen die „causa“ der Hypothek oder des Pfandrechts nicht in einer
Sicherungsabrede zu sehen ist, fallen vielmehr von vornherein aus
diesem Themenkreis heraus (67).

4) Zusammenfassung der Kritik

Zusammenfassend ist zu sagen, daß aus der Art der jeweiligen Sicher-
heit (Personal- oder Sachsicherheit) ein Vorrang des einen Dritt-
sicherers vor dem anderen nicht herzuleiten ist. Keines der Argumente
der herrschenden Lehre vom besseren Recht des Bürgen konnte überzeu-
gen. - Die Lehre von der Regreßlosigkeit führt zu Ergebnissen, welche
noch weniger zu akzeptieren sind, wie die unter „B“ entwickelten.
Hiernach bliebe die Last bei demjenigen hängen, welcher sich bereit
erklärt, den Gläubiger zu befriedigen. Niemand wird sich da zur Be-
friedigung des Gläubigers drängen. Die Drittsicherer müßten erst
hierzu gezwungen werden.

(64) zum Verteilungsmaßstab siehe Punkt D III 3

(65) Pawlowski, siehe Punkt D I 3 e und dort die Fn 78 f

(66) gemeint ist die hypothekarisch gesicherte Verbindlichkeit

(67) vgl. Olvermann, S. 3

überzeugen kann daher nur ein Modell, welches die Last auf die verschiedenen Drittsicheren verteilt. Sowohl aus dogmatischen, als auch rechtspolitisch-sachlichen Gründen ist jedoch darauf hinzuweisen, daß Dritteigentümer nicht schuldrechtlich zu einem Ausgleich verpflichtet sind. Vielmehr geschieht der Ausgleich dergestalt, daß die jeweils ausgleichspflichtigen Drittsicherheiten in Höhe der Ausgleichslast den Forderung gegen den Hauptschuldner folgen und mithin auf den ausgleichsberechtigten Drittsicheren übergehen.

Im nächsten Abschnitt werden die Beispiele: RINGSCHAFT/HYPOTHEK, RINGSCHAFT/GRUNDSCHULD und Gesamtgrundschuld noch einmal kurz aufgegriffen, um exemplarisch zu verdeutlichen, wie der Ausgleich stattdzufinden hat. Hierbei wird auch auf den Ausgleich betreffend nichtakzessorischen Sicherheiten näher eingegangen. In einem weiteren Schritt soll dann versucht werden, Berechnungsgrößen für den Ausgleich zu finden.