

I. Darstellung der von der Literatur bisher entwickelten Konkurrenzmodelle

1) Die Lehre vom besseren Recht des Bürgen

- a) Bei mehrfacher Drittansicherung einer Forderung können entweder mehrere Sicherheiten gleicher Art oder aber auch verschiedene Sicherheiten bestellt werden. Soweit eine Sachsicherheit mit einer Bürgschaft konkurriert, ist der Ausgleich unter den Sicherungsgebern besonders streitig. Nach der wohl noch herrschenden Meinung (1) ist dem Bürgen der Vorrang vor allen anderen Sicherungsgebern zu gewähren. Er erwirkt bei Befriedigung des Gläubigers die Forderung gegen den Hauptgeschuldner mit der jeweils anderen Sicherheit (z.B. Hypothek, Mobilianpfandrecht), während umgekehrt dem Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks (einer verpfändeten Sache) der Regress gegen den Bürgen verwehrt ist. In der neueren Literatur wird die Ansicht vom Vorrang des Bürgen zunehmend bekämpft. Die Gegner des Bürgenvoranges halten inzwischen zahlenmäßig die Stärke der Befürworter erreicht. Jedoch ist unter ihnen der Ausgleich strittig: Ein Teil will den Bürgen in einen gesamtschuldnerischen Ausgleich unter verschiedenen Drittsicherern mit einziehen (2), andere wollen

(1) Baur, § 38 IX 3a (375); BGBl-RGBl-Normann, Rdnr. 8 zu § 774; BGBl-RGBl-Kregel, Rdnr. 6 zu § 1225; Boethke, Gruchot 47, 857 (859 ff); Braun-Fielchner, ACP 132, 715 (205 ff); Cromé III, § 501 (S. 851 Fn 29); Ennecerus/Lehmann, § 194 I 3; Ermann-Räßle, Rdnr. 6 zu § 1143; Ermann-Ronke, Rdnr. 6 zu § 1225; Faß, S. 76; Happelt, S. 73 ff; Hettenthalen, S. 56/65; Lorenz, II (BT) § 64 III (S. 481); Maentens, BB 71, 765 (769); Martinius, DJZ 03, 543; Muermann S. 37/42; Oertmann, Jhl 32, 200; Palandt-Thomas, Ann. 2g zu § 774; Palandt-Bassenge, Ann. 2h zu § 1225; Planck-Brodmann (4. Aufl.) Ann. 2c zu § 1225; Planck-Flaad (5. Aufl.) Ann. 2c zu § 1225; Ratz S. 349 HGB; Reinicke, NJW 66, 2141 in Großkomm. HGB, Ann. 72 zu § 34.9 HGB; Reinicke, Gesamtschuld. S. 254; Scholz/Lnowski, (2144); Reinicke/Tiedke, Gesamtschuld. S. 254; Staudinger - Rdnr. A 291; Staudinger-Horn, Rdnr. 34 zu § 774; Staudinger - Smeng (11. Aufl.!), Rdnr. 2a zu § 1225; Sternberg, Gruchot 52 ff; 545 (557 ff); Ströhle, DJZ 03, 373 (377); derselbe, JhJ 61, 59 ff; Tasse, S. 68 ff; Thiel, S. 777 ff (nicht eindeutig); Warneyer, Tasse, S. 48 ff; Willenweber, S. 48 ff; Wolf, S. 8 in den Kommentierung zu § 1225; Willenweber, S. 48 ff; Wolf, S. 8 Fn 37; nicht jedoch - wie gelegentlich behauptet - die Rechts= gerichtsentscheidungen RGZ 75, 271 (273); 85, 363; 151, 175.

sowohl dem Bürgen, als auch dem jeweils anderen Drittischenen jeden Regress verwehnen (3), sofern nicht unter ihnen eine Ausgleichung vereinbart worden ist, während eine vereinzelte Ansicht bei den Konkurrenten von Bürgen und anderen Sicherungsgebern dem zuerst befriedigenden Drittischenen den vollen Regress gegen den anderen gewähren möchte (4). Im folgenden Abschnitt werden die Argumente der herrschenden Meinung zum Bürgenvorhang kommentarlos dargestellt, bevor sie unter II 1 widerlegt werden. Die Darlegung der Argumente der herrschenden Meinung geschieht anhand von exemplarischen Zusammenfassungen der hierzu verfaßten Aufsätze und Dissektionen.

a) *S t r o h a l* hat als erster den Vorrang des Bürgen näher begründet. In seiner ersten Arbeit (5) führt er aus, daß der Gesetzgeber den Bürgen – andern als andere Drittischeher – in mehrfacher Hinsicht besonderes Schützen wollte: Einmal durch die für die Verhügung geforderte Form (§ 766), ferner durch die Einreden der Vorausklage und Vorausvollstreckung (§§ 771 ff.), und schließlich durch den Einwand des § 776 (6). Dieser Norm mißt Strohal eine besondere starke Bedeutung zu. So kann der Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks nach Befriedigung des Gläubigers (§ 1142) nur dann gegen den Bürgen Regress nehmen, wenn er die auf ihn übergegangene Hypothek bestehen läßt. Soweit der Eigentümer die Hypothek aufhebt, steht dem Bürgen der Einwand des § 776 zu (7).

(2) *Altko-Reich*, Rdnr. 5 zu § 774; *Bendix*, ArchBürgR 25, 84 (92); *Breit*, Gruchot 48, 283 (293) siehe auch Fn 3; *Cohn*, Jb 06, 410 (412); *Eman-Westermann* (6. Aufl.), Rdnr. 6 zu § 1143; *Eman-Seiller*, Rdnr. 15 zu § 774; *Essen-Weyers*, § 40 IV 3; *Ehmann*, § 11 g. cc (S. 354); *Ewers*, S. 42 ff.; *Finger*, BB 74, 1416 (142 (1422); *Förster*, S. 39; *Forster*, S. 44; *Heck*, § 105 III; *Heinz*, JR 74, 154 (155); *Hüffer*, AcP 171, 470 (483); *Kleinhammer*, *Rancke*, Jus 1973, 665 (672); *Medicus*, Rdnr. 941; *Müller*, S. 90; *Müller-Pecher*, Rdnr. 23 zu § 774; *Müller-Eickmann*, Rdnr. 21 zu § 1143; *Mülko-Damau*, Rdnr. 10 zu § 1225; *Oellers*, S. 76 f.; *Olbermann*, S., *Pawlowski*, JZ 74, 124 (126); *Planck-Greiff* (1+2 Aufl.), Ann 1c zu § 1225; *Quedenfeld*, S. 57; *Schlechtriem*, S. 1046; *Schmidt*, Rudolf, PhJa 72, 1 (100); *Soengel-Augustin*, Rdnr. 10 zu § 1225; *Staudinger-Scherüll*, Rdnr. 26 zu § 1143; *Staudinger-Wiegand*, Rdnr. 26 ff zu § 1225; *Vahldiek*, S. 67 f.; *Weller*, Sicherungsgeschäfte, S. 25 f = Jus 71, 559 f.; *Weiman*, W 68, 294 f.; *Weiß*, S. 92 f.; *Westermann*, § 129 IV 2 / V; *Wolff/Praiser*, § 140 V 1; keine Stellungnahme hierzu befindet sich entgegen anderslautenden Behauptungen bei Kf NJu 61, 414 (416)

Den Umstand, daß im Mobilienpfandrecht beim Zusammentreffen von Forderung und Recht beim Eigentümer das Pfandrecht durch Konsolidation erlischt (§ 1256 I), wenn nicht der Eigentümer ein rechtliches Interesse am Fortbestehen desselben hat, beweitet Strohal wie folgt: Das Recht gegen den Bürgen geht unten, wenn sich der Gläubiger durch Pfandverkauf befriedigt; denn dadurch, daß das Gesetz dem Bürgen bei Befriedigung des Gläubigers den Eintritt in das Pfandrecht gewährt, spricht es zugleich aus, daß die Bürgschaft erlischt, wenn sich der Gläubiger aus dem Pfand befriedigt. Der Befriedigung aus dem Pfand steht die Einlösungszahlung des Eigentümer-Verpfänders gleich, wenn er die Sache als eine Pfandfreie behalten will. Entscheidet er sich hierfür, so verliert er nämlich den Anspruch gegen den Bürgen, weil dieser sich dann auf den § 776 berufen kann. Anders ist die Sachlage, wenn der Eigentümer-Verpfänder den Bürgen in Anspruch nehmen will: dann hat er nämlich ein rechtliches Interesse am Fortbestehen des Pfandrechts (§ 1256 II) und dasselbe geht bei Inanspruchnahme des Bürgen auf diesen über (§§ 774 I, 412, 401 I) (8). Der Bürgenvorrang ergibt sich somit bei der ersten Strohal'schen Ankeit erst aus einem Umweg. Der Verpfänder (Grundstückseigentümer), der den Gläubiger befriedigt, hat zwar die Möglichkeit beim Bürgen Regress zu nehmen, dieser kann daraufhin jedoch auf das Pfand (Hypothek) zurückgreifen und somit die Last auf den Eigentümer abwälzen. Die Möglichkeit beim Bürgen (vorläufigen) Regress zu nehmen, entfällt für den Eigentümer-Verpfänder lediglich dann, wenn er sich dafür entscheidet, daß das Pfand recht durch Konsolidation erlöschken soll (§ 1256 II).

(3) Becher, NJW 71, 2151 (2153); Breit, Gauchot 48, 283 (292) – auch Fn 2; Hartmaier, S. 146; Scherer, Rdnr. 7082 (S. 629); vengl. Haase, dieser stellt jeweils (also auch bei der Mietlingschaft) darauf ab, ob die Mitstehender gemeinsam handelten (dann: Ausgleichung), oder nicht (dann: keine Regressmöglichkeit) Haase, S. 9 ff, 31 ff, 47 ff (vergl. Huler, S. 118 f)

(4) Barkhausen, S. 29 ff (41)

(5) Strohal, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen. . . . DZ 03, 373 ff

(6) Strohal, DZ 03, 375; vengl. Muermann, S. 42, Hettenhausen, S. 50

(7) Strohal, DZ 03, 376; vengl. Sternberg, S. 560; Muermann, S. 39; Hettenhausen, S. 55

(8) Strohal, DZ 03, 377; vengl. Cromé III § 501 (S. 851 Fn 29); Sternberg, Gruchot 52, 564; Happel, S. 74; Mantinius, DZ 03, 543.

Soweit jedoch der Eigentümer-Verpfänden über den Wert seines Pfandes hinaus an den Gläubiger leistet, kann dieser die Last endgültig auf den Bürgen abwälzen (9).

c) Auch Sternberg (10) tritt für den Vorrang des Bürgen von allen anderen Drittsticherern ein. Einen Ausgleich nach den Vorschriften über die Gesamtschuld lehnt er ab. Nach Sternberg sei es unbestritten gewesen, daß die Gesamtschuldvorschriften keinesfalls auf das Verhältnis zwischen Bürgen und Verpfändern anzuwenden sind, denn der Gesetzgeber hat die Bürgschaft erschöpfend in einem besonderen Abschnitt genegelegt. Im übrigen erkennt das Gesetz nicht einmal ein Gesamtschuldverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen an – die doch beide persönlich haften. Daher können die Gesamtschuldregeln erst recht nicht auf das Verhältnis zwischen dem persönlich haftenden Bürgen und dem Eigentümer eines dinglich belasteten Grundstücks (einer verhafteten Sache) anzuwenden sein (11). Auch hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, daß die Vorschriften des Schuldrechts im Sachenrecht keine Anwendung finden dürfen, in dem er die Ausnahmen (§§ 1141, 1142, 1146 u.a.) durch eine besondere Verweisung angeordnet habe (12). Vielmehr hat sowohl der Büoge, als auch der Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks von der Überrnahme den Bürgschaft, bzw. der Bestellung der Hypothek, an ein bedingtes Rückgriffsrecht gegen den Hauptschuldner. Im Gegensatz zum Rückgriffsrecht des Eigentümers ist dasjenige des Bürgen durch den § 776 geschützt. Daraus folgt nach Sternberg, daß der Büoge die Last nach dem Willen des Gesetzgebers in jedem Fall auf den Eigentümer abwälzen kann (13). Im übrigen lehnt auch Sternberg ein rechtliches Interesse des Pfandeneigentümers, der den Gläubiger befriedigt, am Fortleben des Pfandrechts, wenn er den Bürgen in Anspruch nehmen will. Er kommt sodann zu den gleichen Wahlmöglichkeiten wie Strohal in seiner ersten Arbeit. Zur Bedeutung führt Sternberg noch an, daß der Eigentümer jedenfalls dann ein rechtliches Interesse am Fortleben des Pfandrechts hat, wenn

(9) Strohal, DJZ 03, 376 f; vgl. Hettgenhausen, S. 56/65; Planck-Feld, Ann 2c zu § 1225; Staudinger-Spaeng (11. Aufl !), Rdnr 2b zu § 1225, Tasse, S. 64/73; Muermann, S. 42; Martens, BB 71, 769 Fn 39; insoweit a.A.: BGH-RGK-Kregel, Rdnr 6 zu § 1225.

(10) Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast.... Gruchot 52, 545 ff
(11) Sternberg, Gruchot 52, 557; vgl. Muermann, S. 38; Hettgenhausen, S. 43 ff, Lorenz, § 64 III.

(12) Sternberg, Gruchot 52, 558; vgl. Muermann, S. 38.

(13) Sternberg, Gruchot 52, 560

er die Forderung mit dem Pfandrecht weiter übertragen will. Das=selbe muß daher erst recht für den Fall gelten, daß er den Bürgen in Anspruch nehmen beabsichtigt (14).

d) Die Argumentation in seiner ersten Arbeit schien Strohal wohl nicht so richtig gelungen. In einem zweiten, ausführlichen Aufsatz geht er zehn Jahre später das Problem erneut an (15). In diesem Beitrag setzt er eingangs voraus, daß der Hauptschuldner selbst eine Sache verpfändet hat. Würde sich der Gläubiger in diesem Fall aus dem Pfand befriedigen, so wird der Hauptschuldner frei und mit ihm auch der Bürg. Würde jedoch der Bürg den Gläubiger befriedigen, so würde dieser das Pfandrecht erwerben (16). An dieser Sachlage ändert sich nach Strohal nichts, wenn der Hauptschuldner die ihm gehörende belastete Sache weiter veräußert. Es ist nur das Natürliche, wenn man mit der Zahlung des neuen Eigentümers die Bürgschaftsverbindlichkeit erlöschen läßt. – Strohal nimmt also Als=Stand von seiner ersten Arbeit, in der ein rechtliches Interesse des Eigentümers am Fortbestehen des Pfandrechts konstruiert hat, denn es ist zweckmäßiger und einfacher, wenn man grundsätzlich mit der Befriedigung des Gläubigers die Bürgschaftsforderung erlöschend läßt (17). Das gleiche muß nun aber auch für den Fall gelten, daß von vornherein ein Dritter für eine fremde Forderung ein Pfandrecht oder eine Hypothek bestellt, denn während das Regreßrecht des Bürgen durch § 776 geschützt ist, fehlt eine entsprechende Vorschrift im Pfandrecht. Daher wird der Bürg durch die Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfand (Grundstück), bzw. durch die Einlösungszahlung des Eigentümers frei (18). Strohal macht – wie in seinem ersten Aufsatz – lediglich insoweit eine Einschränkung, als er dem einlösenden Verpfänden einen Ausgleichsanspruch gegen den Bürgen zubilligt, als er über den Wert des Pfandes hinaus an den Gläubiger zahlt (19).

(14) Steenberg, Gruchot 52, 563 f., vergl. oben Fn 8

(15) Strohal, Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte.....
JhJL 61 (1912) 59 ff

(16) Strohal, JhJL 61, 68 f

(17) Strohal, JhJL 61, 73 f; zustimmend: Muermann, S. 41 f

(18) Strohal, JhJL 61, 76 -83; vergl. Muermann, S. 42

(19) Strohal, JhJL 61, 75/100; vergl. oben Fn 9

e) *Hettentenhäusen* (20) geht ähnlich wie Sternberg davon aus, daß ein Gesamtschuldverhältnis zwischen Bürgen und anderen Drittsticherern keinesfalls angenommen werden kann (21). Daher müssen eigentlich die Vorschriften der §§ 412, 401 anzuwenden sein, die zu einem Wettlauf der Sicherungsgelder führen, wenn sich nicht aus dem Gesetz eine bevorzugte Stellung eines der Sicherungsgelder ergibt (22). Diese Vorzugsstellung wird vom Gesetz dem Bürgen eingeräumt. Das Gesetz schützt ihn durch die vorgeschrriebene Schriftform (§ 766), durch die Einrede der Vorausklage (§ 771) sowie durch die Verjährungsseinrede (§ 768 I), die dem Pfand/Hypothekenbesteller nicht zusteht (§ 223 I) (23). Besonders deutlich spricht § 776 für die Vorzugsstellung des Bürgen, da diese Norm den Bürgen insoweit frei wenden läßt, als er aus einem vom Gläubiger freigegebenen Pfandrecht (Hypothek) hätte Ersatz erlangen können. Dem rechtsgeschäftlichen Aufgelenk einer Sicherheit durch den Gläubiger ist nämlich das Erlöschen desselben kraft Gesetzes - z.B. bei Übergang des Pfandrechts auf den Eigentümer - gleichzusetzen, denn andernfalls wäre das dem Bürgen durch § 776 eingeräumte Recht auf das für die Forderung bestellte Pfandrecht weitlos, da es gerade von demjenigen, gegen den es gerichtet ist, vereitelt werden könnte (24). Jedoch läßt auch Hettentenhäusen den Regress des Eigentümer-Verpfänders insoweit zu, als er über den Wert des Pfandes hinaus den Gläubiger befriedigt (25).

f) *Braun-Melchior* (26) begründet den Bürgenvorrang wie folgt: Wenn der Gläubiger einen von zwei Mitbürgen freigilt, so wird der andere Mitbürgen - anteilige Haftung vorausgesetzt - zur Hälfte dem Gläubiger gegenüber frei (§ 776). Er braucht an den

(20) *Hettenthausen*, Das Verhältnis des Bürgen zum Drittgefährden, Diss Jena 1938

(21) *Hettenthausen*, S. 43 ff; vengl olen Fn 11

(22) *Hettenthausen*, S., 49

(23) *Hettenthausen*, S. 50; vengl Strohal, DJ 03, 375; Muermann, S. 42

(24) *Hettenthausen*, S. 54; vengl Sternberg, S. 562; vengl. Muermann, S. 42

(25) *Hettenthausen*, S. 56/65; vengl olen Fn 9

(26) Emilie Braun-Melchior, Gesetzlicher Rechtsübergang und Ausgleich bei mehrfachen Dritttsicherung, ACP 132 (1930) 175 ff

Gläubiger also nur noch insoweit zu zahlen, als er im Interessenverhältnis zum anderen Mitbürgen verpflichtet war. Ein Rückgriff gegen den aus seiner Schuld entlassenen Bürgen ist ihm jedoch versagt (27). Diese Situation verringt sie mit der Konkurrenz von Bürgen und Verpfändern bei analoger Anwendung des § 774 II: Gilt hier den Gläubiger den Bürgen frei und befriedigt sich hiernach aus dem Pfand oder löst der Verpfänder seine Sache ein, so hat der Verpfänder (nach § 426 I) sehr wohl einen Ausgleichsanspruch gegen den vom Gläubiger aus seiner Schuld entlassenen Bürgen. Die Freigabe nützt dem Bürgen also wenig, da er trotz dieser dem Verpfändungsgesetz zugutekommen kann, daß das Pfandrecht eine dem § 776 entsprechende Vorschrift nicht kennt und das Pfand trotz der Freigabe des Bürgen weiterhin voll für die Forderung des Gläubigers haftet. Wenn man nun dem Bürgen den vollen Regress gegen den Verpfändner gewähren würde, wäre diese mißliche Lage nicht mehr gegeben. Also ist dem Bürgen der volle Regress gegen den Verpfändner zu gewähren, wihrend dem Verpfändner der Regress gegen den Bürgen zu versagen ist (28).

g) *R e i n i c k e* und *T i e d t k e* (29) gehen davon aus, daß den § 776 lediglich das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen regelt und sich nicht unmittelbar mit dem Verhältnis zwischen Bürgen und anderen Drittsechtern befaßt. Der Fall des § 776 ist vielmehr daran gegeben, wenn der Hauptschuldner selbst Eigentümer der verpfändeten Sache ist, oder wenn zwischen Bürgen und Verpfändern vereinbart worden ist, daß letzterer dem Bürgen regelhaftlich sein soll (30). Aus dem Umstand, daß allein im Bürgschaftsrecht der § 776 Anwendung findet, schließen sie jedoch, daß das Gesetz den Bürgen besser behandeln will als andere Drittsechtern. Der Bürgenhafte ist immerhin mit seinem gesamten Vermögen. Auch ist ihm der „Ansatz der Lage“ nicht so bewußt wie z. B. einem Verpfändner, der immerhin eine Pfandsache dem Gläubiger übergibt, oder einem

(27) Braun-Melchior, AcP 132, 202 f

(28) Braun-Melchior, AcP 132, 203 ff

(29) Reinicke/Tiedtke, Gesamtschuld und Schuldabsicherung, S. 252-254

(30) Reinicke/Tiedtke, Gesamtschuld.....S. 253

Eigentümer, der dem Gläubiger eine Hypothek ins Grundbuch eintragen lässt (31). Daher ist nach Reinicke und Tiedtke der herrschenden Auffassung zuzustimmen, nach der allein den Bürgen gegen den Verpächter regelberechtigt ist.

- h) *Martens* s. (32) begründet den Bürgenvorrang wie folgt:
Die verschiedenen Sicherungsmittel stehen in unterschiedlicher Entfernung zur Forderung gegen den Hauptschuldnern. Je näher das betreffende Sicherungsmittel der Forderung steht, um so eher ist der Sicherungsgelder dem Hauptschuldnern vergleichbar und umso eher hat der Sicherungsgelder dann für den Hauptschuldnern einzustehen. Am weitesten von der Hauptforderung entfernt steht die Bürgschaft. Sie enthält lediglich die Versicherung für den Hauptschuldnern einzustehen, ohne jedoch schon Vorkehrungen für die Sicherung der Forderung zu treffen. Daher ist im Verhältnis zwischen Verpächtern und Bürgen der Verpächter dem Bürger gegenüber negativpflichtig. Wie Strohal macht Martens lediglich insoweit eine Einschränkung, als den Eigentümer-Verpächtern über den Wert des Pfandes hinaus den Gläubigen bestreidigt. Für diesen überschießenden Betrag kann er gegen den Bürgen Regress nehmen (33).

- i) Weitere Argumente für den Vorrang des Bürgen sind – soweit ersichtlich – in der Literatur nicht vorhanden. In der neueren Lehrbuchliteratur wird der Vorrang des Bürgen entweder nur kurz mit dem pauschalen Argument der größeren Schutzbedürftigkeit des Bürgen aus § 776 abgeleitet (34) oder gar dem Parteiwillen unterstellt (35). Die älteren Dissertationen orientieren sich voll an Arbeiten von Strohal und Sternberg ohne wesentlich divergierende Argumente zu bringen.

(31) Reinicke/Tiedtke, S. 254; ähnlich: Lorenz II (BT) § 64 III;
Willemeier, S. 49; vgl. Tasse, S. 33

(32) Martens, BB 71, 765 (769)

(33) Martens, BB 71, 769 fn 39

(34) so Lorenz, II (BT) § 64 III (481)

(35) so Baur, § 38 IX 3a (375)

2.) Die Lehre von der Regresslosigkeit

- a) Die Begründer der Lehre vom besseren Recht des Bürgen und **einige Autoren**, die diesen folgten, gehen im übrigen davon aus, daß unter verschiedenen Drittsicherern eine Ausgleichung nicht stattfindet (36). Lediglich ein kleiner Teil derselben Auteuren, die einen Regress unter den Drittsicherern ablehnen, schließt auch den Regress des Bürgen gegen die übrigen Drittsicherer aus (37). Unstreichig ist lediglich, daß eine Ausgleichspflicht unter Mitbürgern besteht (38). Im folgenden werden einige der Ansichten zum Abschluß des Regresses dargestellt. Ihre Kritik erfolgt unter D II 2.

b) **B r a u n - M e l c h i o n, F l a d, H e t t e n h a u s e n ,**
M u e n n a n n, K r e g e e l, S t e r n b e r g und **T a s s e**
Begründer des Ausschluß des Regresses zwischen Drittsicherern mit § 1225. Inzwischen wird zwar von allen Vertretern dieser Lehre anerkannt, daß § 1225 auch auf § 774 II verweist (39), hieraus wird jedoch nicht die Anordnung einer gesamtschuldnerischen Haftung unter Drittverpfändern abgeleitet, weil § 774 I nicht die gesamtschuldnerische Haftung unter Mitbürgen anordnet. Die Funktion des § 774 II ist einzig und allein darin zu sehen, daß er die Rechtsfolgen der §§ 774 I, 412, 401 ausschließt, nach denen bei Befriedigung des Gläubigers durch einen der Mitbürgen die Bürgschaftsforderung des Gläubigers gegen den anderen voll auf den befriedigenden Bürgen übergehen würde (40). § 774 II führt also dazu, daß der befriedigende Mitbrüge die Bürgschaftsforderung gegen den anderen Mitbürgen nur insoweit erwirkt, als ein Ausgleichsanspruch gegelen ist. Dieser Ausgleichsanspruch ist dem befriedigenden Mitbürgen vom Gesetz gewährt worden: durch die Vorschrift des § 769, und zwar nur durch den § 769. Dass der befriedigende Brüge

-
- (36) **BGB-RGRK-Kriegel**, Rdnr. 4 zu 1225 (unter unzutreffender Berufung auf BGHZ 46, 74 und Palandt-Bassenge); **Braun-Melchior**, AC P 132, 193; **Hettnerhausen**, S. 49; **Muermann**, S. 31 ff.; **Palandt-Hoche** (bis zur 26. Aufl. 1967), Ann 2b zu § 1225; **Planck-Flad**, Ann 2c zu § 1225; **Scholz-Lwowski**, Rdnr. A 291; **Sternberg**, Gruchot 52, 556; **Strohal**, JhJ 61, 96 ff., **Tasse**, S. 32/74; **Wölff**, § 8 Fn 37.
- in den neueren Literatur wird dagegen von den Vertretern des Bürgenvorangs für das Verhältnis unter den übrigen Drittsicherern überwiegend die Ausgleichslehne vertreten: so z.B. **v. Daur**, § 55 B III 4; **Palandt-Bassenge**, Ann 2 b ac/ll zu § 1225; **Reinicke/Tiedtke**, S. 238/251; unterschieden: **Thiel**, S. 108.
- (37) **Becker**, NJW 71, 2151 (2154); **Breit**, Gruchot 48, 292 (wird als eine von zwei Alternativen vertreten); **Hartmaier**, S. 88/99/144; **Haase**, S. 47 ff./47 ff. (vergl. hierzu auch die nächste Fn); **insoweit unklar**: **Meyer**, JR 32, 97 ff.; **Scherer** (Rdnr. 1082/S. 629) vertritt hingegen nur im Verhältnis zwischen Bürgen und anderen Drittsicherern die Regresslosigkeit.

Ausgleichungsverlangen kann, ergibt sich also allein aus § 769. Im Pfandrecht gilt es jedoch keine dem § 769 entsprechende Vorschrift. Daher bedeutet die Verweisung auf § 774 II in § 1225 lediglich, daß das Pfandrecht an den vom anderen Mitverpfändeter verpfändeten Sachen nur insoweit auf den befreidigenden Mitverpfändeten übergeht, als zwischen den Verpfändendern eine Ausgleichung vertraglich vereinbart worden ist (41).

Im Hypothekenrecht ist nur nach § 1173 II ebenfalls vom Gesetzgeber angeordnet worden, daß der befreidigende Eigentümer die Hypothek am anderen Grundstück nur insoweit erwirkt, als er vom betreffenden Eigentümer Ersatz verlangen kann. Auch hier kann also der befreidigende Eigentümer die Hypothek am Grundstück des anderen Eigentümers nur aufgrund besonderer Abreden erwerben. Da somit sowohl im Hypotheken-, als auch im Molarianpflanzrecht eine Ausgleichung nur aufgrund besonderer Abreden stattfindet, ist auch bei der Sicherung einer Forderung durch Hypothek und Molarianpflanz eine Ausgleichspflicht nur aufgrund einer besonderen vertraglichen Vereinbarung gegeben (42). Der Ausschluß des Regresses gilt jedoch nicht zu Lasten des Bürgers, dieser kann nach der hier dargestellten Ansicht aus den bereits angeführten Gründen (43) sehr wohl gegen die übrigen Drittischenen Regress nehmen.

(38) a.A. nur Haase, siehe Punkt B V 1 Fn 1 und D I a Fn 3

(39) In DJZ 03, 373 (375) Fn 1 ging Strohal noch davon aus, daß die Verweisung auf § 774 II in § 1225 auf ein Redaktionsverssehen beruhe, diese Ansicht zog er jedoch in Jh.Jk. 61, 94 ff zurück.

(40) Dass der § 774 II diese Funktion hat, ist unstrittig. Das besondere an den hier wiedergegebenen Ansicht (Nachweise Fn 41) ist, daß die Funktion des § 774 II hierauf beschränkt wird. Streitig ist im übrigen auch, ob durch § 774 II die Anwendung der §§ 774 I, 412, 401 völlig ausgeschlossen wird, und stattdessen der § 426 II zur Anwendung kommt, oder ob durch § 774 II lediglich der Umfang des Übergangs der Nebenrechte gemäß den §§ 774 I, 472, 407 entsprechend § 426 I eingeschränkt wird. Für die erste Ansicht m.E. zu Recht: Forster, S.37; Hartmaier, S.94; Pallandt-Thomas, Ann 2g zu § 774; Tacken, S.37; Weiß, S.46; für die zweite Ansicht dagegen: Kanka, Jh.Jk. 87, 170, Tasse, S. 19; Sternberg, Gruchot 52, 546; Oelvermann, S. 22; Wolff/Raisen, § 140 V 1; Schlechtriem, S. 704; Staudinger-Spreng (11. Aufl I.) Ann 2a zu § 1225.

(41) Braun-Felchner, AcP 132, 180 ff; Planck-F.led., Ann 2b zu 1225; Hettenthaler, S. 17/21 f; BGB-RGPK-Kriegel, Rdnr 4 zu § 1225; Muenemann, S. 36; Sternberg, Gruchot 52, 546ff/550 ff/556; Tasse, S.32 f; ähnlich: Strohal, Jh.Jk. 61, 94, diesen stellt jedoch mehr darauf ab, daß Drittverpfänden, bzw. - eigentümer überhaupt keine Schuldner sind, und schon daher ein gesamtschuldnerischen Ausgleich nicht stattfinden kann (S. 97). Ehrendo wie die zuerst genannten Ansichten: Cohn, Jb 06, 410(413) und K. Weiß, S. 58ff; diese beiden Autoren kommen jedoch trotz dieser Ansicht zu einer gesamtschuldnerischen Ausgleichspflichtung. Vergl. im übrigen Boethke, Gruchot 47, 859; Scholz/Twosse Rdnr A 291/A 263/Letzter gilt die Lehre von der Regresslosigkeit zu Unrecht als die "herrschende Meinung" aus.

Becker und Hartmaier legen die Regresslosigkeit grundsätzlich mit den gleichen Argumenten (44). Sie argumentieren dann jedoch wie folgt weiter: Das Gesetz hat also für Mitbürgen in § 774 II angeordnet, daß der befriedigende Bürgen vom anderen Bürgen Ausgleich nur insoweit verlangen kann, als dies durch Gesetz oder Vertrag angeordnet worden ist (45). Für Mitverpfänden hat das Gesetz in § 1225 durch die Verweisung auf § 774 II dasselbe bestimmt, ebenso für Eigentümer zweier mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke (§ 1173 II) (46). In allen diesen Fällen ist also vom Gesetz die Rechtsfolge der §§ 412, 401 ausgeschlossen. Bei Sicherung einer Forderung durch mehrere gleichartige Sicherheiten erwirkt der befriedigende Drittsicherer das jeweils andere Nebenrecht also nur insoweit er gegen den anderen Dritt sicherer einen Ausgleichsanspruch hat. Das Gesetz hat keine Regelung getroffen für das Aufeinandertreffen unterschiedlicher Sicherheiten. Es besteht also eine Lücke, die dadurch zu schließen ist, daß man die Anwendung der §§ 412, 401 auch bei Sicherung einer Forderung durch verschiedene Sicherheiten ausschließt und den Übergang der Sicherheiten vom Bestehen eines Ausgleichsanspruchs abhängig macht (47). Das gleiche gilt auch für das Aufeinandertreffen von Bürgen und Sachsicherheiten, denn die Lehne vom besseren Recht des Bürgen überzeugt nicht (48), und wenn man es beim Wortlaut des Gesetzes belassen würde, so trüge immer denjenige die Last, der vom Gläubiger nicht in Anspruch genommen worden ist (49).

(42) Braun-Melchior, AcP 132, 182 ff; Plancke-Flad, Ann 2a a. E. zu § 1225; Hettenthalen, S. 43/47/49; BG-B-RG/RK-Kriegel Rdn 5 zu § 1225; Muermann, S. 37; Sternberg, Gruchot 52, 548/556; Tasse, S. 39; im Ergebnis auch Strohal, JhJL 61, 99.

(43) siehe hierzu die Darstellung unter D I 1, insbesondere k-f

(44) Becker, NjW 71, 2151 (2152); Hartmaier, S. 20/71 ff/87; im Ergebnis ebenso Breit (als eine von zwei Alternativen) Gruchot 48, 283 (292), jedoch mit unzureichender Begründung.

(45) Becker, NjW 71, 2151 (2152); Hartmaier, S. 20; (Für Mitbürgen ergibt sich jedoch die Ausgleichspflicht sodann aus § 769)

(46) Becker, NjW 71, 2152; Hartmaier, S. 94 ff; vergl zu den Fn 45-47 S. 88/94

(47) Becker, NjW 71, 2153; Hartmaier, S. 94 ff; vergl zu den Fn 45-47 im übrigen Breit, Gruchot 48, 283 (292 f)

(48) Becker, NjW 71, 2152; Hartmaier, S. 119 - 133; zu den Argumenten gegen den Bürgenvorwurf siehe D II 1

(49) Hartmaier, S. 103.