

# Examensrepetitorium Sachenrecht

Dr. Barbara v. Finckenstein  
WS 2012/2013



## Fall 4

### "Wer zuerst zahlt ...,"

- Die B-Bank gibt der A-GmbH in Höhe von 100.000,- € ein Darlehen.
- Dafür räumt der S zur Sicherheit an seinem Hausgrundstück eine erstrangige Grundschuld in Höhe von 80.000,- € ein.
- C und D, die an der A-GmbH je zur Hälfte beteiligt sind, übernehmen jeweils in Höhe von 120.000,- € als Bürgen die selbstschuldnerische Haftung.
- Folgendes wird in der Bürgschaftsurkunde vereinbart:

*"Sicherheiten, die der Bank vom Hauptschuldner oder von dritter Seite bestellt worden sind, hat die Bank nur insoweit auf den Bürgen zu übertragen, als der Sicherungsgeber dem Bürgen seinen Anspruch gegen die Bank auf Rückübertragung der Sicherheiten abgetreten oder sich mit der Übertragung auf den Bürgen ausdrücklich einverstanden erklärt hat. Für Sicherheiten, die kraft Gesetzes auf den Bürgen übergehen, gilt dies nicht."*



## Fall 4

- Nach einer gewissen Zeit stellt die Bank die Forderung nebst Zinsen in Höhe von insgesamt 120.000,- € fällig.
- Da von der A-GmbH nichts zu holen ist, bezahlt S 80.000,- € und C die verbleibenden 40.000,- €.
- Daraufhin wendet C sich an D und fordert 20.000,- €.
- Dieser ist zur Zahlung nicht bereit.
- Er erklärt, S habe ihm seinen Ausgleichsanspruch gegen C abgetreten, womit er aufrechne.
- **Hat C gegen D einen Anspruch auf Zahlung von 20.000,- €?**



## Lösung Fall 4

### **Anspruch des C gegen D aus §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 S. 1 BGB**

- 1. C und D sind Mitbürgen.**
- 2. Daher haften sie nach §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 S. 1 BGB** im Zweifel nach gleichen Teilen
  - C hat einen Anspruch in Höhe von 20.000,- €.
- 3. Dieser Anspruch könnte jedoch nach § 389 BGB erloschen sein.**
  - Dies wäre der Fall, wenn S gegen C einen **Ausgleichsanspruch** hatte, diesen **wirksam zedierte** hat und die **Aufrechnungserklärung** des D gültig ist (bzw. von vornherein nicht bestanden hat, weil dem C wegen der Einbeziehung des S kein Anspruch zustand).



## Lösung Fall 4

- a) **Die Konkurrenz zwischen verschiedenen Sicherungsgebern** taucht mehrfach im BGB auf.
- **Gesamthypothek:** Regelung iSe fehlenden Regresses § 1173 Abs. 1 BGB
  - **ansonsten:**
  - Konkurrenzen, weil der leistende Bürge
    - gem. § 774 BGB **die Forderung** und
    - gem. § 401 BGB auch **akzessorische Sicherungsrechte** erwirbt.
  - Soweit diese nicht akzessorisch sind:
    - Pflicht zur Abtretung nach § 401 Abs. 1 BGB analog



## Lösung Fall 4

- **umgekehrt:**
- der **leistende Eigentümer eines Grundstücks** bzw. der **verpfändeten Sache** erwirbt die **Forderung**
  - nach § 1143 Abs. 1 S. 1 BGB (Hypothek; nicht: Grundschuld) bzw. nach § 1225 BGB;
  - jeweils nach § 401 Abs. 1 gekoppelt mit der **dazugehörigen Sicherheit** bzw. zumindest mit der **Pflicht, diese Sicherheit** nach § 401 Abs. 1 BGB analog **abzutreten**.



## Lösung Fall 4

### b) Str. ist der Ausgleich zwischen Grundpfandbestellern und Bürgen.

(1) **M1:** Zum Teil wird ohne Vereinbarung im Innenverhältnis jeder Regress verneint.

- Ohne eine gewollte Gemeinschaft gebe es keinen Ausgleich.
- § 426 BGB sei in derartigen Fällen nicht analog anzuwenden.
- Das Ergebnis sei auch nicht unbillig.
- Der Rückgriffsanspruch gegen den Hauptschuldner bleibe dem Zahlenden unbenommen.

- **Aber:** Die (früher oder später erfolgende) Inanspruchnahme eröffnet kein sachgerechtes Kriterium dafür, den Ausfall im Verhältnis mehrerer Sicherungsgeber zueinander zu bestimmen.



## Lösung Fall 4

(2) **M2:** Eine in der Lit. stark verfochtene Ansicht nimmt ein Rückgriffsrecht allein des Bürgen an.

- Diese Vorzugsstellung des Bürgen komme in § 776 BGB, aber auch in den §§ 768, 771 BGB zum Ausdruck.
- Sicherungsarten und ihre Risiken seien unterschiedlich zu bewerten.
- Die Bevorzugung des Bürgen sei deswegen gerechtfertigt, weil dieser mit seinem gesamten Vermögen hafte.



## Lösung Fall 4

- **Dagegen:**
  - § 776 BGB regle ausschließlich das Verhältnis zwischen Bürgen und Gläubigern
  - setzt voraus, dass ein Rückgriffsrecht treuwidrig vereitelt werde.
  - besagt nichts über die einseitige Bevorzugung des Bürgen gegenüber anderen Sicherungsgebern.
  - Auch das Argument der unterschiedlichen Haftungsweisen greife letztendlich nicht, da dieser Umstand dem Sicherungsgeber bei der Übernahme bewusst sei.
  - § 768 Abs. 2 BGB sei nicht auf das Bürgschaftsrecht beschränkt, wie sich aus § 1137 Abs. 1 und Abs. 2 BGB ergebe.
  - Das Grundstück könnte auch das gesamte Vermögen des haftenden Eigentümers ausmachen.

WS 2012/2013

Dr. Barbara v. Finckenstein



## Lösung Fall 4

**(3)** Der **BGH** ließ zunächst die Stellungnahme zu dieser Ansicht offen.

- Er entnahm der Klausel in der Bürgschaftsurkunde einen Verzicht auf § 776 BGB, der auch formulargemäß wirksam sei.
  - sehr fraglich, da von einer Befugnis des Gläubigers, Sicherheiten aufzugeben, in der Abmachung keine Rede ist.
- Geregelt wird die Verpflichtung des Gläubigers zur Übertragung von nichtakzessorischen Sicherheiten
  - von § 776 BGB streng zu unterscheidendes Problem.
- Dennoch dürfte es – insoweit hat der BGH Recht - keinen sachlichen Grund dafür geben, den Bürgen zu bevorzugen.

WS 2012/2013

Dr. Barbara v. Finckenstein



## Lösung Fall 4

(4) Die wohl h.M. nimmt zwischen Bürgen und den Bestellern einer Grundschuld einen gegenseitigen Ausgleich vor.

- Eine am Wortlaut haftende Auslegung führe zu Zufallsergebnissen.
- Eine Hypothek geht nach den §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB auf den zahlenden Bürgen über.
- Die Grundschuld wird von § 401 BGB nicht erfasst.
- (Das Argument übersieht zwar, dass analog § 401 BGB eine Pflicht zur Abtretung besteht; diese kommt aber im konkreten Fall nicht zum Zuge, weil im Sicherungsvertrag die Abtretung weitgehend ausgeschlossen wurde.)



## Lösung Fall 4

- Zahle der Eigentümer auf die Grundschuld, so erlösche die gesicherte Forderung nicht;
- da § 1143 Abs. 1 S. 1 BGB auf die Grundschuld nicht anwendbar sei, geht dies auch nicht auf den Besteller der Grundschuld über.
- Zwar hat der Eigentümer im Falle der Zahlung einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung der Grundschuld bzw. auf Verzicht auf die Grundschuld.
- Aber daraus ergibt sich kein Regressanspruch gegen andere Sicherungsgeber.
- Die Rückgriffsregelungen im Gesetz seien unvollständig.
- Nur § 774 Abs. 2 BGB verweise auf § 426 BGB.
- § 1225 BGB verweise global auf § 774 BGB, damit auch auf dessen Absatz 2.



## Lösung Fall 4

- Keine Normierung finde sich indes für das Ausgleichsverhältnis zwischen Hypotheken- und Pfandrechtsbesteller, Pfandrechtsbesteller und Bürgen oder Hypothekenbesteller und Bürgen.
- Nach dem Prioritätsprinzip käme es jeweils zum Wettlauf der Sicherungsgeber, da der zuerst in Anspruch genommene Mitsicherer letzt-endlich leistungsfrei bleibe ( § § 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401; 1143 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB).
- Ähnliches gilt, wenn der Besteller einer nichtakzessorischen Sicherheit gegen Abtretung der Hauptforderung leiste, denn mit der Abtretung gingen die akzessorischen Rechte gem. § 401 BGB auf ihn über.



## Lösung Fall 4

- Im Wege der Rechtsfortbildung sei es geboten, § 426 Abs. 1 BGB analog anzuwenden.
- Schwierigkeiten bei der Ausgestaltung des Innenausgleichs und bei der Bestimmung des Verteilungsschlüssels seien zugunsten eines einheitlichen Ausgleichsprinzips hinzunehmen, das den § § 774, 1143, 1225 BGB zugrunde liege.
- § 1173 Abs. 1 BGB sei dem gegenüber nur eine Ausnahmeregelung.
- Die Ausgleichspflicht basiere auf § 242 BGB, wenn wegen des unterschiedlichen Inhalts der Haftung ein echtes Gesamtschuldverhältnis nicht bestehe.

**Ergebnis: Die entsprechende Anwendung der Grundsuldregeln ist überzeugend.**



## Lösung Fall 4

### c) Haftungsanteile

#### (1) M1: Ein Teil der Lehre verfiel eine Haftung nach Köpfen.

- Jeder hätte im Innenverhältnis 40.000,- € zu tragen.
- S hätte von C 40.000,- € fordern können.



## Lösung Fall 4

#### (2) M2: Ausgleichsmethode: Nach einem anderen Teil der Lehre reicht die gesamtschuldnerische Haftung so weit wie sich die Beträge decken.

- Dies in Höhe von 80.000,- € in der Person von S, C und D der Fall
- jeder hätte ein Drittel zu tragen, also 26.666, 66 €.
- Der Rest würde zwischen C und D hälftig geteilt, weil diese in Höhe von weiteren 40.000,- € haften.
- Danach wären jeweils noch 20.000,- € dazuzurechnen.
  
- **Kritik des BGH:**
- Es könnte der Fall eintreten, dass die gesicherte Forderung nicht durch die auf den jeweiligen Stufen zu erzielenden Gesamtbetrag gedeckt ist.
- Dann führe ohnedies nichts an einer proportionalen Aufteilung vorbei.
- Diese sei dann in allen Fällen zu wählen (BGHZ 137, 292, 296).





## Lösung Fall 4

**(3) H.M.:** Es ist nach der Höhe des übernommenen Haftungsrisikos zu entscheiden, wie es sich zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme beläuft.

- hier wäre das Verhältnis S:D:C = 2:3:3 gegeben.
- S hätte im Innenverhältnis 30.000,- € zu tragen, C und D jeweils 45.000,- €.
- Zur Begründung dieser Ansicht wird auf § 426 Abs. 1 BGB verwiesen:
- „Anderweitig bestimmt“ sei hier der Anteil durch den ungeschriebenen Satz des dispositiven Rechts, dass jeder nach der Höhe seiner Sicherheit hafte.
- Dieser Auffassung hat sich inzwischen auch der BGH angeschlossen.



## Lösung Fall 4

**d) Problematisch ist, ob der Anspruch des C automatisch oder erst durch Aufrechnung entfällt.**

**(1) Nach h.M.** kann ein Gesamtschuldner Regress nur nehmen, wenn der von ihm bezahlte Anteil den im Innenverhältnis zu zahlenden Betrag nicht übersteigt.

- C hat keinen Ausgleichsanspruch gegen D, wenn er bisher nur 40.000,- € bezahlt hat.



## Lösung Fall 4

(2) Der BGH hat – ohne es zu problematisieren – anders entschieden, da er den Anspruch erst aufgrund einer Aufrechnung verneint hat.

- Dieser bedarf es jedoch nicht, da C im Ergebnis 45.000,- € tragen muss und nach Zahlung von nur 40.000,- € nicht bei D Regress nehmen darf.

**Endergebnis: C hat gegen D keinen Ausgleichsanspruch (mehr).**