

Übungsfall: Den Bürgen sollst du würgen*

Von Prof. Dr. Markus Artz, Wiss. Mitarbeiterin Julia Ludwigkeit, LL.M., Bielefeld**

Sachverhalt

Die A-GmbH ist ein erfolgreiches Versandhandelsunternehmen, das stetig wächst. Um einen Anbau zur Vergrößerung ihres Warenlagers zu finanzieren, soll für die A-GmbH bei der B-Bank Anfang 2012 ein Darlehen in Höhe von 100.000 € aufgenommen werden. Hierfür verlangt die Bank Sicherheiten.

Zum einen bringt G, der Geschäftsführer der A-GmbH, den C ins Spiel. C ist ein wohlhabender Einzelkaufmann, der von der positiven Entwicklung der A-GmbH überzeugt ist. Er verpflichtet sich gegenüber der B-Bank für die Schuld der A-GmbH im Zweifel einzustehen. Falls diese wider Erwarten nicht in der Lage sein sollte, das Darlehen zurückzuzahlen, werde er für die Rückzahlung gerade stehen.

Da der B-Bank diese einzelne Sicherheit nicht genügt, erklärt sich D bereit, ihr Grundstück mit einer Grundschuld zu Gunsten der B-Bank i.H.v. 100.000 € zu belasten. Die Grundschuld wird bestellt und im Grundbuch eingetragen.

Die A-GmbH erhält im April 2012 das erhoffte Darlehen und kann mit dem Erweiterungsbau ihres Lagers beginnen. Die Rückzahlung wird aufgrund der rosigen Geschäftsprognosen zum 30.6.2014 vereinbart.

Im Sommer 2012 muss die B-Bank kurzfristig selbst ein Darlehen zur Zwischenfinanzierung eines Geschäfts bei der X-Bank aufnehmen. Zur Absicherung überträgt sie die Grundschuld an die X-Bank. Als die B-Bank dieses Darlehen im April 2013 vereinbarungsgemäß zurückzahlt, wird ihr auch die Grundschuld zurückübertragen.

Im Sommer 2014 zeigt sich, dass die anfänglich so vielversprechenden Geschäfte der A-GmbH nicht zukunftsfähig sind. Sie kann das von der B-Bank gewährte Darlehen definitiv nicht zurückzahlen.

Die B-Bank wendet sich am 15.7.2014 an C und fordert ihn zur Zahlung der 100.000 € auf. C verweigert jedch jegliche Zahlung.

Frage

Kann die B-Bank von C Zahlung von 100.000 € verlangen?

Lösungsvorschlag

Die B-Bank könnte gegen C einen Anspruch auf Zahlung von 100.000€ aus § 765 Abs. 1 BGB haben.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste zunächst entstanden sein.

* Der Fall wurde im Sommersemester 2014 als Hausarbeit im Grundkurs Allgemeines Schuldrecht und vertragliche Schuldverhältnisse an der Universität Bielefeld gestellt.

** Der Verf. Prof. Dr. Markus Artz ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Bielefeld. Die Verf. Julia Ludwigkeit ist Wiss. Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

1. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

C müsste gegenüber der B-Bank ein wirksames Bürgschaftsversprechen geleistet haben.

a) Inhalt

C verpflichtet sich gegenüber der B-Bank für die Schuld der A-GmbH einzustehen, falls diese das Darlehen nicht zurückzahlen kann.

Er spricht nicht ausdrücklich davon, eine Bürgschaft im Sinne des § 765 BGB gegenüber der B-Bank zu übernehmen, daher ist durch Auslegung seiner Willenserklärung nach den §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, welchen Inhalt das Versprechen des C hat. C sagt, er wolle im Zweifel für die Schuld einstehen, nämlich dann, wenn die A-GmbH nicht selbst zahlen könne.

Daran zeigt sich, dass C nicht wie etwa bei einem Garantieverprechen im Sinne des § 311 BGB¹ bedingungslos für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs, hier die Zahlung der 100.000 € einzutreten gewillt ist. Auch eine Schuldübernahme im Sinne des § 414 BGB scheidet aus, sie würde bedeuten, dass C an Stelle der A-GmbH die Darlehensrückzahlungsverpflichtung übernehmen möchte. Der Wille zur subsidiären Haftung hindert auch das Vorliegen eines Schuldbeitritts gem. § 311 BGB. Ein solcher hätte zur Folge, dass C neben der A-GmbH als gesamtschuldnerisch haftender Schuldner in den Darlehensvertrag eintritt. C will hier jedoch nicht kumulativ mit der A-GmbH zusammen haften, sondern übernimmt eine eigene Haftung über die ganze Summe, subsidiär zur Haftung der A-GmbH. Seine Haftung soll nur für den Fall gelten, dass die A-GmbH nicht zahlen kann. Im Rahmen der Bürgschaft verpflichtet sich der Bürge, für die Schuld des Hauptschuldners einzustehen, sofern der Hauptschuldner diese nicht erfüllt. Die Schuld des Bürgen besteht akzessorisch zur Hauptschuld, ist also in Entstehung und Erlöschen, Umfang und Durchsetzbarkeit von der Hauptschuld abhängig.² Hauptschuldner und Bürge haften jedoch nicht gesamtschuldnerisch.

Die Haftung des C für den Fall, dass eine Erfüllung durch die A-GmbH ausbleibt, entspricht dem Sicherungskonzept der Bürgschaft. Inhalt des Vertrags zwischen C und der B-Bank ist daher eine Bürgenhaftung des C für die Rückzahlungsverbindlichkeit der A-GmbH aus dem Darlehensvertrag.

b) Form

Grundsätzlich muss die Bürgschaftserklärung gem. § 766 BGB in Schriftform erfolgen. Der Sachverhalt enthält dazu jedoch keine Angaben. Die Schriftform könnte jedoch ohnehin gem. § 350 HGB entbehrlich sein, wenn die Bürgschaft auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist. Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören (§ 343 HGB). C ist Einzelkaufmann

¹ Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Aufl. 2014, § 765 Rn. 16.

² Sprau (Fn. 2), § 765 Rn. 1.

im Sinne des § 1 HGB. Zwar enthält der Sachverhalt keine Angaben zu der Art seines Handelsgewerbes, nach § 344 HGB wird jedoch vermutet, dass das von einem Kaufmann vorgenommene Geschäft zu seinem Handelsgewerbe gehört. Somit spricht die Vermutung dafür, dass die Bürgschaft des C für diesen ein Handelsgeschäft darstellt. Selbst wenn die Bürgschaftserklärung demnach nicht in Schriftform abgegeben worden ist, hindert dies ihre Wirksamkeit nicht.

c) Übersicherung

Die Besicherung einer Schuld mit der doppelten Summe ist möglich und führt noch nicht zur Nichtigkeit wegen anfänglicher Übersicherung.³ Ohnehin sind voneinander unabhängige Sicherungsverträge einzeln zu betrachten.⁴

2. Bürgschaftsfall

Die B-Bank gewährte der A-GmbH ein Darlehen i.H.v. 100.000 €. Der Rückzahlungsanspruch gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB wurde vereinbarungsgemäß zum 30.6.2014 fällig. Es bestand somit eine fällige Hauptforderung, zu der gem. § 767 BGB akzessorisch eine Haftung des C besteht. Die A-GmbH war jedoch nicht in der Lage, diesen Rückzahlungsanspruch zu erfüllen.

II. Anspruch nicht erloschen

Der Anspruch dürfte nicht erloschen sein.

1. Durch Erfüllung gem. § 362 Abs. 1 BGB

C hat noch nichts an die B-Bank geleistet, sodass der Anspruch nicht gem. § 362 Abs. 1 BGB durch Erfüllung erloschen ist.

2. Durch Erlöschen der Hauptschuld

Gem. § 767 BGB ist die Bürgschaftsschuld in ihrem Bestand von der Hauptschuld abhängig. Es sind jedoch keine Gründe ersichtlich, die zum Erlöschen der Hauptschuld geführt hätten.

3. Freiwerden des Bürgen gem. § 776 BGB

Gem. § 776 BGB wird der Bürge von seiner Haftung befreit, wenn der Gläubiger ein für die Hauptforderung bestehendes weiteres Sicherungsrecht aufgibt. Die Befreiung erfolgt insoweit der Bürge aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 BGB hätte Ersatz verlangen können.

Obwohl der Gläubiger grundsätzlich keinerlei Rücksichtnahmepflichten gegenüber dem sich einseitig verpflichtenden Bürgen hat, soll § 776 BGB den Bürgen davor schützen im Haftungsfall, aufgrund von Verfügungen des Gläubigers nicht mehr auf anderweitig vorhandene Sicherheiten zurückgreifen zu können.

³ Sack/Fischinger, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2011, § 138 Rn. 308.

⁴ Wolfsteiner, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2009, Vor. § § 1191 ff. Rn. 202.

a) Aufgabe einer Sicherheit

Stellt die Übertragung der Grundschuld am Grundstück der D an die X-Bank eine Aufgabe dieses Sicherungsrechts dar, so könnte C ganz oder teilweise von seiner Bürgenhaftung befreit worden sein.

aa) Grundschuld als Sicherheit im Sinne des § 776 BGB?

Der Wortlaut des § 776 BGB spricht von der Aufgabe eines mit der Forderung verbundenen Vorzugsrechts, einer für die Forderung bestehenden (Schiffs-) Hypothek, eines für sie bestehenden Pfandrechts oder das Recht gegen einen Mitbürgen. Die Grundschuld wird nicht genannt.

(1) 1. Ansicht: Grundschuld ist keine Sicherheit im Sinne der Norm

Die in § 776 BGB genannten Sicherheiten sind allesamt solche, die akzessorisch zur zu sichernden Forderung existieren. Die Grundschuld ist grundsätzlich nicht akzessorisch zur Forderung (vgl. Wortlaut des § 1191 BGB). Sinn und Zweck des § 776 BGB ist, dem Bürgen die ihm aus § 774 BGB zustehenden Regressmöglichkeiten zu sichern. Aufgrund der fehlenden ex lege vorgesehenen Akzessorietät der Sicherheit zur Hauptforderung wird dem Bürgen jedoch keine Regressmöglichkeit genommen. Er hätte die zweite Sicherheit ohnehin nicht erhalten.⁵

(2) 2. Ansicht: Grundschuld ist den aufgelisteten Rechten gleichzustellendes Sicherungsrecht

Anderer Ansicht nach besteht zwischen Grundschuld und Forderung eine Verbindung, die der gesetzlich vorgesehenen Akzessorietät gleichzustellen ist, da die Grundschuld der Sicherung einer Forderung dient. In einem solchen Fall verfolgt die Sicherungsgrundschuld die gleichen wirtschaftlichen Zwecke, wie das ausdrücklich genannte Pfandrecht.⁶ Es ist daher allgemeine Meinung, dass der Gläubiger bei Übertragung der Forderung verpflichtet ist, die selbständigen Sicherungsrechte ebenfalls zu übertragen.⁷ Als Grundlage dieser Pflicht werden die §§ 412, 401 BGB analog oder § 242 BGB genannt. Diese Pflicht wirkt sich auf den Umfang der Ansprüche des Bürgen aus § 774 BGB aus. Durch den Verweis des § 776 BGB auf § 774 BGB muss an dieser Stelle ein Gleichlauf herrschen.⁸

(3) Stellungnahme

Nach ganz h.M. ist die Sicherungsgrundschuld als nichtakzessorisches Sicherungsrecht jedenfalls rechtsgeschäftlich an den Bürgen im Falle seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger zu übertragen. Da sein Leistungsinteresse erfüllt wurde, besteht trotz fehlender Akzessorietät zur zu sichernden

⁵ So die frühere Rspr., Nachweise bei Horn, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2013, § 776 Rn. 11.

⁶ Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 776 Rn. 6.

⁷ BGH NJW 2000, 1566; Horn (Fn. 5), § 774 Rn. 21; BGH NJW 2000, 1566 m.w.N.

⁸ BGHZ 42, 53 (57).

den Forderung kein berechtigtes Interesse mehr, die Sicherheit zu behalten. Aufgrund des Gleichlaufs der §§ 776 und 774 BGB muss daher die Grundschuld auch eine Sicherheit im Sinne des § 776 BGB darstellen.

bb) Übertragung der Grundschuld = Aufgabe der Sicherheit?

Durch die Übertragung der Grundschuld an die X-Bank müsste die B-Bank die Sicherheit aufgegeben haben. Fraglich ist, was unter „Aufgabe“ im Sinne der Norm zu verstehen ist.

(1) 1. Ansicht: wirtschaftliche Betrachtung

Einer Ansicht nach bedeutet die Aufgabe einer Sicherheit den Verzicht bzw. die Nichtverwertung einer Sicherheit, jedoch erst, wenn endgültig feststeht, dass der Bürge weder die Sicherheit noch einen gleichwertigen Ersatz erlangt. Dies kann z.B. durch einen ausdrücklichen Verzicht gegenüber dem Sicherungsgeber erfolgen.

Hierfür spricht die Tatsache, dass der Sicherungsnehmer keine besonderen Sorgfaltspflichten gegenüber dem Bürgen hat. Ihm steht vielmehr ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der ihm gegenüber erbrachten Sicherheiten zu. Solange sein Verhalten sich im Rahmen des allgemein Üblichen bewegt und vertretbar erscheint, muss der Bürge dies hinnehmen.⁹ § 776 BGB stellt lediglich eine Ausprägung der allgemeinen Sorgfaltspflichten des Gläubigers dar.¹⁰ Ist die Sicherheit, über die der Gläubiger verfügt hat, zum Zeitpunkt der Geltendmachung des § 776 BGB wiedererlangbar und jedenfalls nicht untergegangen, stellt die Verfügung keinen übermäßigen Sorgfaltsverstoß und keine über das der Bürgschaft inhärente wirtschaftliche Risiko hinausgehende Gefährdung dar.

Hier hat die B-Bank die Grundschuld zurückerhalten. Von Anfang an war das Darlehen der X-Bank, zu dessen Sicherung die Grundschuld übertragen wurde, früher zu tilgen als das Darlehen an die A-GmbH, zu dessen Sicherheit die Bürgschaft bestand. Im Zeitpunkt der Geltendmachung des Freiwerdens durch C besteht bei wirtschaftlicher Betrachtung kein Risiko, dass ihm etwaige Regressrechte abgeschnitten werden.

Daher stellt die Übertragung der Grundschuld kein Aufgeben der Sicherheit dar.

(2) 2. Ansicht: bewusste Wertbeseitigung

Dieser Ansicht nach ist die Aufgabe einer Sicherheit jede gewollte Handlung, durch die der Gläubiger auf eine Verwertungsmöglichkeit der Sicherheit verzichtet oder ansonsten bewusst deren wirtschaftlichen Wert beseitigt.¹¹ Der Gläubiger muss also vorsätzlich den Verlust der Sicherheit herbeiführen, dies geschieht vor allem durch die rechtsgeschäftliche Einwirkung auf das Sicherungsrecht, z.B. durch Verzicht oder Übertragung.¹² Hierfür spricht der Sinn und Zweck des § 776

BGB. Da der Bürge mit seinem gesamten Vermögen für die Schuld des Hauptschuldners einstehen muss, soll die Gefahr, dass eine Verwertung einer weiteren Sicherheit einseitig durch den Gläubiger vereitelt, wird verhindert werden. Diese Gefahr besteht nicht erst bei endgültigem Untergang der Sicherheit und auch nicht erst im Zeitpunkt der Geltendmachung des § 776 BGB. Der Bürge hat die Möglichkeit schon vor endgültigem Eintritt des Zahlungsausfalls des Hauptschuldners die Bürgschaftsforderung zu begleichen und Regress beim Hauptschuldner zu nehmen. Dabei würde ihm die frühzeitige Sicherung seiner Regressmöglichkeiten aus weiteren Sicherheiten genommen.¹³

Hier führt bereits die rechtsgeschäftliche Übertragung der Grundschuld an die X-Bank dazu, dass die B-Bank diese nicht mehr verwerten kann. Sie ist nicht mehr Inhaberin. Voraussetzung dafür ist jedoch eine wirksame Übertragung der Grundschuld an die X-Bank. Fraglich ist dabei, ob eine isolierte Übertragung möglich ist, obwohl die Grundschuld der Sicherung der Hauptforderung dient. Trotz der oben genannten Wertungen bleibt die Grundschuld ein selbständiges Sicherungsrecht, dass nicht per se akzessorisch zur zu sichernden Forderung ist. Sie kann demnach grundsätzlich auch isoliert übertragen werden. Es könnte sich jedoch ein Verbot der isolierten Übertragung aus einer schuldrechtlichen Sicherungsabrede ergeben, da ein Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld bei Ausbleiben des Sicherungsfalls durch die isolierte Übertragung gefährdet wird.¹⁴

Ein Verstoß gegen eine etwaige schuldrechtliche Sicherungsabrede hindert jedoch nicht die dingliche Wirksamkeit der Übertragung. Mangels Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass diesbezüglich alle Voraussetzungen erfüllt wurden. Aufgrund des wenn überhaupt relativ zwischen D und der B-Bank wirkenden Übertragungsverbotes, hat die X-Bank daher die Grundschuld mangels anderweitiger Hinderungsgründe erworben.

Nach dieser Ansicht, hat die B-Bank daher die Grundschuld aufgegeben.

(3) Stellungnahme

Trotz des Fehlens besonderer Sorgfaltspflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, schützt eine wirtschaftliche Betrachtung des Aufgabe-Begriffs den Bürgen nicht hinreichend vor der Vereitelung seiner Regressmöglichkeiten gegenüber weiteren Sicherungsgebern. Verfügt der Sicherungsnehmer über die Sicherheit, indem er z.B. die Inhaberschaft aufgibt, so begibt er sich bereits in diesem Zeitpunkt der Möglichkeit der Verwertung der Sicherheit. Auf die Unsicherheit, ob der Gläubiger die Sicherheit evtl. wiedererlangen kann oder nicht, muss sich der Bürge nicht einlassen. Für seine Regressansprüche besteht ein realer Wertverlust bereits mit der bewussten Verfügung des Gläubigers. Aus diesem Grund ist mit der zweiten Ansicht ein Aufgeben der Grundschuld anzunehmen.

⁹ Habersack (Fn. 6), § 776 Rn. 8.

¹⁰ Habersack (Fn. 6), § 765 Rn. 84.

¹¹ BGH WM 1960, 51; BGH WM 1999, 1761 (1763); BGH NJW 2013, 2508.

¹² Horn (Fn. 5), § 776 Rn. 11; Schmidt, JuS 2014, 71 (72).

¹³ BGH NJW 2013, 2508 (2510).

¹⁴ Vgl. Eickmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 1191 Rn. 51, 98; BGH ZIP 1986, 1454 (1456).

(4) Zwischenergebnis

Die B-Bank hat die Grundsuld durch Übertragung an die X-Bank aufgegeben.

cc) Wiederaufleben der Haftung durch Rückübertragung?

Nach dem Wortlaut des § 776 BGB wird der Bürge frei. Fraglich ist wie diese Aussage zu verstehen ist, ob also die Aufgabe der Sicherheit zum dauerhaften Erlöschen der Bürgschaftsforderung führt oder nur ein vorübergehendes Leistungsverweigerungsrecht vermittelt. Letzteres könnte dazu führen, dass die Bürgenhaftung des C in dem Moment wieder auflebte, in dem der B-Bank die Grundsuld zurückübertragen wurde.

(1) 1. Ansicht: Wiedererlangung der Sicherheit vernichtet Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen¹⁵

Diese Ansicht ist eng verwoben mit der wirtschaftlichen Betrachtung des Begriffs des Aufgebens. Demnach berechtigt der nur vorübergehende Verlust eines anderen Sicherungsrechts, der Rückgriffsrechte des Bürgen im Zeitpunkt der Inanspruchnahme nicht vereitelt, diesen nicht zur Leistungsverweigerung gegenüber dem Gläubiger. Die Einrede, der Bürgschaftsanspruch sei erloschen muss zum Zeitpunkt der Geltendmachung des § 776 BGB begründet sein. Wenn zu diesem Zeitpunkt die Sicherheit wieder existent und zur Verfügung des Gläubigers steht, dann besteht kein Grund, den Bürgen frei werden zu lassen.

(2) 2. Ansicht: Freiwerden ist endgültige Rechtsfolge¹⁶

Nach anderer Ansicht lässt der Wortlaut des § 776 BGB, wonach der Bürge von seiner Haftung frei werde, nur eine endgültige Wirkung zu. Dafür spricht auch, dass dieselbe Formulierung in § 777 Abs. 1 S. 1 BGB verwendet wird.¹⁷ Der Bürge, der eine Verpflichtung auf Zeit eingegangen ist, wird nach Ablauf dieser Zeit von seiner Haftung frei. Die Wirkung ist demnach auch dort eine endgültige. Anzeichen dafür, dass dieselbe Formulierung in § 776 BGB anders zu verstehen gibt es nicht. Darüber hinaus spricht die Idee der Rechtsicherheit für ein endgültiges Freiwerden. Der Bürge soll zur Wahrung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit schnellstmöglich wissen, inwiefern seine Verpflichtung noch besteht.¹⁸ Kann sie evtl. später wieder aufleben, je nachdem, ob der Gläubiger die Sicherheit zurückerlangt oder nicht, würde dies den Bürgern unnötig einschränken.

(3) Stellungnahme

Angesichts des eindeutigen Wortlauts der Norm kann die Wirkung des Freiwerdens nur eine endgültige sein. Die Rückübertragung der Sicherheit an den Gläubiger kompensiert nicht den eingetretenen Verlust, sondern begünstigt den Bür-

gen zusätzlich.¹⁹ Aus diesem Grund ist die spätere Geltendmachung des § 776 BGB auch kein rechtsmissbräuchliches Verhalten.²⁰ Die B-Bank selbst hat das Freiwerden des C herbeigeführt.

(4) Zwischenergebnis

Die Übertragung der Grundsuld führt zum Erlöschen der Haftung des C.

b) Mögliche Höhe der Befreiung gem. § 774 BGB

Eine Befreiung nach § 776 BGB tritt nur in der Höhe ein, in der der Bürge durch die Aufgabe der Sicherheit eine Ersatzmöglichkeit verliert, die er sonst im Falle seiner Inanspruchnahme gegen den anderen Sicherungsgeber hätte. Fraglich ist daher, welche Rückgriffsrechte C als Bürge bei seiner Inanspruchnahme aus § 774 BGB entstehen würden.

aa) Gesetzlicher Forderungsübergang

Gem. § 774 BGB geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner insoweit auf den Bürgen über, als dieser den Gläubiger befriedigt. In diesem Fall geht daher die Forderung der B-Bank gegen die A-GmbH aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB auf C über. Aufgrund dieser *cessio legis* gehen gem. §§ 412, 401 BGB auch akzessorische Neben- und Vorzugsrecht auf den Bürgen über. Die Grundsuld stellt jedoch, wie bereits erläutert, kein per se akzessorisches Sicherungsrecht dar. Jedoch besteht, wie oben festgestellt, auch bei selbständigen Sicherungsrechten, die der Sicherung einer Forderung dienen, analog §§ 401, 412 BGB eine Pflicht des Gläubigers diese im Rahmen des § 774 BGB an den Bürgen zu übertragen.²¹ Die B-Bank ist daher verpflichtet, die Grundsuld im Falle der Inanspruchnahme des C an diesen zu übertragen, sodass er grundsätzlich die Möglichkeit hat, aus ihr Ersatz zu erlangen.

bb) Ansprüche des C gegen D aus der aufgegebenen Sicherheit

C und D haben unabhängig voneinander Sicherheiten zur Sicherung der Darlehensrückzahlungsforderung gegenüber der B-Bank bestellt. C haftet als Bürge mit seinem gesamten Vermögen, D hat eine dingliche Sicherheit in Form der Grundsuld bestellt. Fraglich ist, inwiefern sie im Falle der Inanspruchnahme des C untereinander haften. Eine gesetzliche Regelung existiert diesbezüglich nicht. § 774 Abs. 2 BGB regelt nur den Fall des Ausgleichs unter Mitbürgen, nicht jedoch das Aufeinandertreffen von Bürgschaft und dinglicher Sicherheit.

(1) 1. Ansicht: Regress des in Anspruch genommenen Sicherungsgebers in voller Höhe möglich.

Teilweise wird vertreten, dass mangels anderweitiger Regelung der Grundsatz des § 774 Abs. 1 BGB angewandt werden müsse. Mit der Hauptforderung gehen die weiteren bestehen-

¹⁵ Horn (Fn. 5), § 776 Rn. 16.

¹⁶ BGH NJW 2013, 2508, OLG Bamberg WM 2012, 691; Buck, GWR 2012, 93.

¹⁷ Schmidt, JuS 2014, 71 (72).

¹⁸ BGH NJW 2011, 1867; BGH NJW 2013, 2508 (2510).

¹⁹ BGH NJW 2013, 2508.

²⁰ BGH NJW 2012, 2508 (2510); a.A. Grziwotz, EWiR 2012, 281.

²¹ Horn (Fn. 5), § 774 Rn. 21.

den Sicherungsrechte gem. §§ 412, 401 BGB (analog) auf den leistenden Sicherungsgeber in voller Höhe über. Dieser kann dann das jeweils andere Sicherungsrecht in voller Höhe geltend machen. Folge dessen ist eine Art „Prioritätsprinzip“: derjenige, der zuerst in Anspruch genommen wird, kann sich beim anderen Sicherungsgeber in voller Höhe schadlos halten.²² Insbesondere eine Privilegierung des Bürgen wird als gerechtfertigt angesehen, weil er mit seinem gesamten Vermögen haftet, während der Besteller der dinglichen Sicherheit (Grundschild) nur beschränkt mit dieser Sicherheit haftet. Für eine solche Privilegierung des Bürgen spricht auch bereits die Existenz des § 776 BGB. Grundsätzlich kann das „Prioritätsprinzip“ jedoch auch zulasten des Bürgen wirken.

Nähme man hier mit dieser Ansicht eine Privilegierung des zuerst in Anspruch genommenen Bürgen C an, würde ihm durch die Aufgabe der Grundschild ein Regressanspruch in voller Höhe, also in Höhe von 100.000 € entgehen Er wäre dann gegenüber der B-Bank gänzlich von seiner Haftung befreit worden. (Angaben, die gegen eine entsprechende Werthaltigkeit der Grundschild sprechen, enthält der Sachverhalt nicht.)

(2) 2. Ansicht: Gesamtschuldnerische Haftung mehrerer gleichstufiger Sicherungsgeber.

Nach anderer Ansicht führt die Möglichkeit des vollen Regresses des zuerst in Anspruch Genommenen gegen weitere Sicherungsgeber zu zufälligen Ergebnissen.²³ Mangels vertraglicher Vereinbarungen zwischen den Sicherungsgebern sollen daher auch verschiedene Sicherungsgeber als Gesamtschuldner haften, sofern es sich um gleichstufige Sicherungsrechte handelt.²⁴ Die konkrete Grundlage hierfür ist umstritten. Vertreten wird ein Ausgleich analog den §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB²⁵ oder nur analog § 426 BGB.²⁶

Hier handelt es sich um eine Bürgschaft und eine Grundschild. Diese beruhen letztlich auf Abreden, die denselben wirtschaftlichen Zweck verfolgen: Die Sicherung der Hauptschild. Man könnte die Grundschild daher auch als „Sachbürgschaft“ bezeichnen.²⁷ Mangels anderweitiger Abreden zwischen den Sicherungsgebern handelt es sich daher grundsätzlich um gleichstufige Sicherungsrechte.²⁸ § 776 BGB trifft diesbezüglich keine andere Wertung. Die Norm betrifft nur das Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger, nicht jedoch das Verhältnis der Sicherungsgeber untereinander.²⁹

Nähme man hier eine gesamtschuldnerische Haftung der beiden Sicherungsgeber an, würden C und D zu gleichen

Teilen haften, sodass dem C durch die Aufgabe der Grundschild nur ein Regressanspruch i.H.v. 50.000 € entgangen wäre. Er könnte dann auch gegenüber der B-Bank nur i.H.v. 50.000 € frei geworden sein.

(3) Stellungnahme

Angesichts der unvorhersehbaren Zufallsergebnisse, die die Anwendung des § 774 Abs. 1 BGB ergibt und der Vergleichbarkeit des Sicherungsgeberausgleichs mit dem Ausgleich zwischen mehreren Bürgen, ist es gerechtfertigt einen gesamtschuldnerischen Ausgleich anzunehmen. Für die Privilegierung eines Sicherungsgebers, insbesondere des Bürgen, ergeben sich aus dem Gesetz keine Anhaltspunkte. Insbesondere der § 776 BGB trifft keine Aussage über das Innenverhältnis der Sicherungsgeber.

(4) Zwischenergebnis

Aus der aufgegebenen Sicherheit hätte C bei D einen Regressanspruch i.H.v. 50.000 € gehabt.

4. Zwischenergebnis

C ist i.H.v. 50.000 € von seiner Bürgenhaftung frei geworden. In dieser Höhe ist der Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB erloschen.

III. Durchsetzbarkeit: Einrede der Vorausklage gem. § 771 BGB

Der Durchsetzbarkeit des Zahlungsanspruchs könnte die Einrede der Vorausklage im Sinne des § 771 BGB entgegenstehen. Wie bereits festgestellt, handelt es sich hier jedoch bei der Bürgschaft für den C um ein Handelsgeschäft, sodass ihm gem. § 349 HGB die Einrede der Vorausklage nicht zusteht.

IV. Ergebnis

Die B-Bank kann von C nur noch die Zahlung von 50.000 € aus § 765 Abs. 1 BGB verlangen.

²² *Becker*, NJW 1971, 2151 (2154); *Bülow*, WM 1989, 1877.

²³ *Horn* (Fn. 5), § 774 Rn. 65; BGH NJW 1989, 2530 (2531).

²⁴ BGH NJW 1989, 2530; dazu *Bülow*, *Recht der Kreditsicherheiten*, 8. Aufl., 2012, Rn. 242.

²⁵ OLG Celle NJW 1986, 1761; OLG Hamm NJW 1991, 297.

²⁶ *Ehmann*, *Die Gesamtschild – Versuch einer begrifflichen Erfassung in drei Typen*, 1972, S. 362; *Reinicke/Tiedtke*, *Kreditsicherung*, 6. Aufl. 2014, Rn. 434.

²⁷ *Pawłowski*, JZ 1974, 124 (125); *Habersack* (Fn. 6), § 774 Rn. 30.

²⁸ I.E. auch *Bülow* (Fn. 24), Rn. 1021.

²⁹ *Habersack* (Fn. 6), § 774 Rn. 30.