Gutachten

Die Musterlösung wurde erstellt von Ralph Weber*

# Examensklausur Zivilrecht

A ist Alleingesellschafter der S-GmbH, zu deren Geschäftsführer er den B bestellt hat. Im Mai 2012 hat die S-GmbH zur Finanzierung eines Geschäftes einen besonderen Liquiditätsbedarf, weshalb sich B an die G-Bank (G) wendet und bei ihr im Namen der S-GmbH ein Darlehen über 50.000 Euro aufnimmt. Die Darlehenssumme wird sofort ausgezahlt.

Zur Sicherung der Darlehensrückzahlung hatte die G eine Hypothek verlangt. B konnte hierzu den langjährigen Geschäftspartner der S-GmbH, den P, überreden. Dieser bestellt nun ebenfalls im Mai 2012 in einem notariellen Vertrag mit G eine Hypothek über 50.000 Euro an einem seiner Grundstücke in Rostocks Innenstadt zur Sicherung der Darlehensforderung der G gegen die S-GmbH. Hinsichtlich des Hypothekenbriefes wird dabei vereinbart, dass G berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Die Hypothek wird im Juli 2012 im Grundbuch eingetragen; zu einer Aushändigung des Hypothekenbriefes an G kommt es nicht – G hat dies schlicht vergessen.

Im August 2012 kommt die G im Rahmen einer kritischen Überprüfung ihrer Kreditrisiken zu der Erkenntnis, dass unter anderem auch der Kredit an die S-GmbH durch die Hypothek des P nur unzulänglich abgesichert ist. Ein Mitarbeiter der G, der M, erhält daher den Auftrag, mit P und B über eine weitere Sicherheit zu verhandeln. M taucht daraufhin zunächst unangemeldet in den Büroräumen des P auf, in denen er zufällig auch auf den dort gerade anwesenden B trifft. In dem sich nun entwickelnden Gespräch verweigert P strikt jede weitere Haftungsübernahme. Im Hinblick auf den weiteren Finanzbedarf der S-GmbH, welchen die G nach Bekunden des M nicht mit Krediten decken wird, wenn nicht einmal eine Sicherung für bereits vorhandene Kredite erfolgt, und aus Angst um seinen Posten als Geschäftsführer erklärt sich dann der B bereit, „privat und selbstschuldnerisch neben der S-GmbH für die Rückzahlung des Kredits zu bürgen“. Dieses Verhandlungsergebnis wird sogleich schriftlich fixiert und von B sowie M (im Namen der G) unterschrieben. Widerrufsbelehrungen finden sich nicht.

In der Folgezeit laufen die Geschäfte der S-GmbH mehr als unglücklich, weshalb B schon im Oktober 2012 die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über die S-GmbH beantragen muss. Gleichzeitig widerruft B schriftlich seine Erklärung aus der in den Räumen des P unterzeichneten Vereinbarung gegenüber G. Eine Rückzahlung des Darlehens ist bislang nicht erfolgt, obwohl G das Darlehen wirksam gekündigt hat. Dem P gegenüber hat sie zudem die Kündigung der Hypothek erklärt.

Frage 1: Kann G einen Vollstreckungstitel auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück des P erwirken?

Frage 2: Kann G wegen der ausstehenden Darlehenssumme 50.000 Euro von B verlangen?

Frage 3: Unterstellt, sowohl die Hypothek als auch die persönliche Haftungserklärung des B wären wirksam und P zahlt die Darlehenssumme von 50.000 Euro an G zur Abwendung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück: Kann P die Erstattung dieser Summe von B verlangen?

Bearbeitungshinweis: Insolvenzrechtliche Vorschriften sind nicht zu prüfen.

## Lösungsskizze

## Frage 1

Die G könnte einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück gegen P aus § 1147 haben. Dazu müsste zugunsten der G eine wirksame Hypothek bestellt worden sein, §§ 1113, 1115, 1116.[1]

### A. Dingliche Einigung

Zunächst müssten sich dazu P und G über die Bestellung der Hypothek dinglich geeinigt haben, §§ 1113 I, 873 I. Im notariellen Vertrag vom Mai 2012 vereinbaren beide die Bestellung der Hypothek zugunsten der G auf dem Grundstück des P. Eine Einigung liegt damit vor.

### B. Eintragung der Hypothek

Die Hypothek muss nach §§ 1115, 873 I ins Grundbuch eingetragen werden. Dies ist im Juli 2012 erfolgt.

### C. Berechtigung

Der Besteller der Hypothek muss hierzu berechtigt sein. P war Eigentümer des belasteten Grundstücks und damit Berechtigter (§ 903).

* Prof. Dr. *Ralph Weber* ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Medizinrecht, Arbeitsrecht und Rechtsgeschichte an der Universität Greifswald. Die Klausur wurde im Jahr 2008 als Examensklausur in Mecklenburg-Vorpommern mit diesen angefügten Lösungshinweisen und später als Aufgabe im Rahmen des Examensklausurenkurses an der Universität Greifswald gestellt. Die kursiv gedruckten Einfügungen sind Erläuterungen des Autors. §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

1 Zum Prüfungsaufbau des Ersterwerbs einer Hypothek: *Weber*, Sachenrecht II, 3. Aufl. 2012, § 14 Rn. 49.

### D. Sicherung einer Geldschuld

Die von der Hypothek zu sichernde Geldforderung muss bestehen, § 1113 I. Die Hypothek diente hier der Absicherung eines Kredites der G an die S-GmbH über 50.000 Euro, der noch im Mai 2012 valutiert wird. Mit der Valutierung ist der Rückforderungsanspruch der G gegen die S-GmbH aus § 488 I 2 entstanden. *[Vorschriften über Verbraucherkredite waren nicht einschlägig.]* Die gesicherte Forderung besteht damit. *[Sie erlischt auch nicht durch die Beantragung eines Insolvenzverfahrens oder dessen Eröffnung.]*

### E. Briefübergabe

Schließlich muss in all den Fällen, in denen die Erteilung eines Hypothekenbriefes nicht ausgeschlossen wurde und folglich eine Briefhypothek gewollt war, der Hypothekenbrief an den Gläubiger übergeben werden, § 1117 I. Eine derartige Übergabe ist hier nicht erfolgt. Die G hat den Brief nie erhalten.

Allerdings haben die Parteien hier von der Möglichkeit des § 1117 II Gebrauch gemacht und die Übergabe des Briefes durch eine Aushändigungsabrede ersetzt. Problematisch ist nun, dass auch diese Aushändigung des Briefes vom Grundbuchamt an die G noch nicht erfolgt ist. Die ganz herrschende Meinung[2] geht davon aus, dass die Aushändigungsabrede dazu führt, dass der Gläubiger mit Eintritt aller sonstigen Entstehungsvoraussetzungen bereits die Hypothek erwirbt und zugleich über § 952 auch Eigentümer des Hypothekenbriefes wird, unabhängig davon, wo sich dieser befindet. Die Hypothek entsteht danach auch ohne eine tatsächliche Briefübergabe. G hatte danach die Hypothek wirksam erworben. Die Gegenansicht verlangt hingegen, dass der Brief zumindest durch das Grundbuchamt ausgestellt und an irgendwen übergeben, also in den Verkehr gebracht wird.[3] Danach wäre hier die Entstehung der Hypothek nicht anzunehmen. Da nach dem klaren Willen des Gesetzgebers bereits die Vereinbarung einer Aushändigung die Briefübergabe ersetzen soll, ist richtigerweise aber der herrschenden Ansicht zu folgen. Bereits die Vereinbarung selbst, nicht erst die Aushändigung, hat danach die maßgebliche Wirkung auf die Hypothek.

### F. Zwischenergebnis

Die Hypothek zugunsten der G ist wirksam entstanden.

### G. Fälligkeit

Laut Sachverhalt sind Darlehen und Hypothek gekündigt worden; damit ist die Hypothek fällig (§ 1141).

### H. Einwendungen

Einwendungen gegen die Inanspruchnahme aus der Hypothek (insbesondere solche gegen die gesicherte Schuld, § 1137) sind nicht ersichtlich.

### I. Ergebnis

G kann von P die Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück gemäß § 1147 verlangen.

## Frage 2

G könnte einen Anspruch auf 50.000 Euro von B aus dessen Mithaftungserklärung gemäß § 765 I haben.

### A. Vertragstyp

Voraussetzung für eine Haftung des B gem. § 765 I ist zunächst das Zustandekommen eines entsprechenden Bürgschaftsvertrages mit G. B erklärt gegenüber M, er sei bereit, „privat neben der S-GmbH für die Rückzahlung des Kredites zu bürgen“. Hierin könnte ein Angebot zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages, aber auch eines Schuldbeitritts oder Garantievertrages zu sehen sein. Alle diese Vertragstypen beinhalten eine persönliche Mithaftung des Erklärenden. Die Abgrenzung zwischen diesen Vertragstypen ist nicht unumstritten.

### I. Interessentheorie

Die früher herrschende Ansicht[4] vertritt insofern eine „Interessentheorie“. Danach ist nicht der Wortlaut der Haftungserklärung und deren Auslegung für die Bestimmung des einschlägigen Vertragstyps entscheidend, sondern allein das Interesse des Mithaftenden an der Hauptschuld. Hat er ein „eigenes wirtschaftliches Interesse“ an der Hauptschuld, so soll er nach der Interessentheorie – unabhängig vom gewählten Wortlaut – nicht als Bürge, sondern als Beitretender behandelt werden, und insbesondere nicht dem Schutz des Schriftformerfordernisses des § 766 unterliegen. Hat er darüber hinaus noch ein „unmittelbares eigenes wirtschaftliches Interesse“ an der Hauptschuld, so soll er sogar als Garant völlig unabhängig von Einwendungen gegen die Hauptschuld haften. *[Die Schwierigkeiten der Interessentheorie beginnen dann schon bei der Subsumtion.]* Eine sichere Feststellung und Zuordnung der Interessen im Einzelfall ist kaum möglich. B hat hier sicher ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Kreditgewährung für die S-GmbH, da er als deren Geschäfts-

2 Vgl. RGZ 89, 152 (161) (anders wohl noch RGZ 64, 308 (313)); *Eickmann*, in: Münchener Kommentar BGB, 5. Aufl. 2009, § 1117 Rn. 21 f., 25; *Weber*, SaRe II (Fn. 1), § 14 Rn. 76; *Wolfsteiner*, in: Staudinger, BGB (Kommentar), Neubearbeitung 2009, § 1117 Rn. 19.

3 *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957, § 133 V 1 und Fn. 24.

4 RGZ 64, 318 (320); BGHZ 6, 385 (396); in neuerer Zeit stellt der BGH entscheidend auf andere Kriterien ab – vgl. etwa BGH, NJW 1987, 2076. In der Literatur wird hingegen teilweise weiter an der Interessentheorie festgehalten: vgl. etwa *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, Teilband 2, 8. Aufl. 2000, S. 322; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 20. Aufl. 2012, Rn. 860; *Grigoleit/Herresthal*, Der Schuldbeitritt, Jura 2002, 825 (828).

führer wirtschaftlich von der S-GmbH abhängig ist. Da er selbst unmittelbar nicht von der Kreditgewährung profitiert, wird man ein unmittelbares Eigeninteresse hingegen kaum annehmen können. Nach der Interessentheorie wäre die Haftungserklärung des B damit wohl als Schuldbeitritt einzuordnen.

### II. Wortlautauslegung (h.M.)

Die inzwischen herrschende Ansicht[5] stellt entscheidend auf die Auslegung der Erklärungen der Vertragsparteien ab. Deren Interesse an der Hauptschuld soll allenfalls als ein Kriterium unter vielen zum Zuge kommen, wenn der Wortlaut unklar bleibt. Maßgeblich ist danach, ob der Mithaftende als „Bürge" oder „Garant" oder aber „Beitretender" bzw. „Gesamtschuldner" haften will. B erklärt nun eindeutig, neben der S-GmbH „selbstschuldnerisch bürgen" zu wollen. Dies spricht gegen eine Einordnung seiner Mithaftung als Schuldbeitritt. Vielmehr ergibt die Wortlautauslegung anhand der gewählten Fachausdrücke eindeutig den Willen zu einer Haftung als Bürge. Nach der herrschenden Ansicht ist die Haftungserklärung des B damit als Bürgschaft einzuordnen.

### III. Streitentscheidung

Die besseren Argumente sprechen für die herrschende Ansicht. Die Bestimmung des Vertragstyps orientiert sich grundsätzlich an den von den Parteien gewollten Haftungsfolgen und der daran anknüpfenden Zuordnung zu einem entsprechenden, gesetzlich geregelten Vertragstyp. Zunächst ist also der Parteiwille im Wege der Auslegung zu ermitteln. Dabei ist davon auszugehen, dass die Parteien bei der Benutzung von Fachausdrücken wissen, was diese bedeuten und sich daher auch an ihnen festhalten lassen wollen. Die Orientierung der herrschenden Ansicht am widerspruchsfreien Wortlaut der Haftungserklärungen ist daher überzeugend. Hinzu kommt, dass die nach der Interessentheorie maßgeblichen Interessen nicht nur schwer feststellbar, sondern zudem auch in den einzelnen Mithaftungstypen nicht wiederzufinden sind. Keine Vorschrift innerhalb des Bürgschaftsrechts der §§ 765 ff. verlangt einen fremdnützig handelnden Bürgen. Schon die Grundlage der Interessentheorie ist daher wenig überzeugend.

Im Anschluss an die herrschende Ansicht ist damit von einer Haftungserklärung des B auszugehen, die auf den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages abzielt.

## B. Vertragsschluss

Die Willenserklärung des B wurde von M angenommen. Dessen Erklärung musste also der G zuzurechnen sein. Dazu müsste M Vertreter der G nach § 164 sein. M handelte als Mitarbeiter der G im Namen der G und in deren Auftrag, woraus sich auf eine entsprechende Bevollmächtigung jedenfalls nach § 167 II schließen lässt. Die G wurde danach wirksam von M vertreten und ist Vertragspartnerin des B.

## C. Widerruf der Willenserklärung durch B

Die vertragliche Bindung des B könnte jedoch erloschen sein, wenn er seine Willenserklärung wirksam widerrufen hat, § 355 I.

### I. Widerrufserklärung

Eine entsprechende Widerrufserklärung gab B im Oktober 2012 gegenüber G ab. Die notwendige Textform nach §§ 355 I, 126b hat er durch die Schriftform seines Widerrufs beachtet.

### II. Widerrufsrecht

Als Widerrufsrecht kommt allein ein Recht aus § 312 I Nr. 1 in Betracht.

#### 1. Persönlicher Anwendungsbereich

Dazu müsste zunächst ein Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer vorliegen, § 312 I 1. Die G-Bank ist unzweifelhaft Unternehmerin im Sinne des § 14. Fraglich ist aber, ob B Verbraucher im Sinne der §§ 312, 13 ist. Dazu müsste er als natürliche Person die Bürgschaft zu Zwecken abgeschlossen haben, die weder seiner gewerblichen noch selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. B ist nun nicht nur Privatperson, sondern auch Geschäftsführer der S-GmbH und damit deren Organ. Handelt der B im Namen und für die S-GmbH, so handelt damit juristisch betrachtet nicht er selbst, sondern gemäß § 35 GmbHG die GmbH als Unternehmer. Von diesen Organhandlungen zu unterscheiden sind dann aber die Geschäfte, die B für sich im eigenen Namen tätigt. In diesen Fällen ist auch ein GmbH-Geschäftsführer Verbraucher: B schloss den Bürgschaftsvertrag im eigenen Namen und wollte mit dieser Erklärung auch nicht die S-GmbH, sondern sich selbst persönlich binden. Dieser Vertrag ist damit ein Vertrag der Privatperson B. Zweck dieses Vertrages war es jedoch, der S-GmbH eine Kreditaufnahme zu sichern, und dieser Zweck hat daher auch Bedeutung für seine Organtätigkeit. Dieser nur mittelbare Bezug des Geschäfts auf die Geschäftstätigkeit der GmbH ändert jedoch nichts daran, dass der Sicherungsvertrag selbst allein den B als Privatperson bindet und B als Geschäftsführer der S-GmbH keine selbstständige Tätigkeit im Sinne des § 13 ausübt.[6] B handelte damit auch als Verbraucher.

5 BGH, JR 1972, 61; WM 1973, 1289 (1290); NJW 1986, 580; 1987, 2076; 2006, 3642; *Habersack*, in: MüKo (Fn. 2), Vor § 765 Rn. 13; *Horn*, in: Staudinger, BGB (Kommentar), Neubearbeitung 2012, Vorbem. zu §§ 765 ff. Rn. 234, 406 f.; *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 94 ff.; *A. Röthel*, in: Erman, BGB (Kommentar), 2011, Vor § 414 Rn. 16 ff.

6 Allgemeine Ansicht – vgl. *Micklitz*, in: Münchener Kommentar BGB, 6. Aufl. 2012, § 13 Rn. 49 m.w.N.

#### 2. Sachlicher Anwendungsbereich

Daneben müsste auch ein Haustürgeschäft gemäß § 312 I gegeben sein.

##### a) Vertrag über eine entgeltliche Leistung

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 312 I 1 erfasst das Widerrufsrecht nur Verträge, die „eine entgeltliche Leistung" zum Gegenstand haben. Der vertraglich vereinbarten Leistung des Unternehmers muss also grundsätzlich ein (vom Verbraucher zu zahlendes) Entgelt gegenüber stehen (Synallagma). Einen solchen synallagmatischen, also typischen entgeltlichen Vertrag findet man im vorliegenden Fall nicht. Die Bürgschaft ist ein einseitig nur den Bürgen (hier B) verpflichtender Vertrag.

Etwas anderes kann sich aber ergeben, wenn man den gesicherten Vertrag in die Betrachtung einbezieht. Die Bürgschaft ist ein Sicherungsgeschäft und dient damit stets der Sicherung der Erfüllung einer Hauptschuld. Damit ist die Bürgschaft zwar kein synallagmatischer Vertrag, könnte aber dennoch als entgeltlicher Vertrag anzusehen sein. Von einem Entgelt für eine Leistung spricht man nämlich nicht nur in den Fällen der synallagmatischen Verknüpfung beider, sondern auch in Fällen einer nur konditionalen oder bloß kausalen Verknüpfung von Leistungen. Beides ist bei Sicherungsgeschäften regelmäßig der Fall; denn die Hauptleistung des Gläubigers (z.B. die Kreditgewährung) wird nur unter der Bedingung oder zumindest im Hinblick auf eine zu erbringende Sicherheit erfolgen. Die Leistung des Gläubigers ist damit konditional oder zumindest kausal an die des Sichernden geknüpft und damit entgeltlich. Auch im vorliegenden Fall machte die G weitere Kreditgewährungen von Sicherheiten abhängig; auch hier stand daher die Bürgschaft nicht isoliert, sondern erfolgte im Hinblick auf den weiteren Finanzbedarf der Hauptschuldnerin und damit mittelbar entgeltlich. Sie ist folglich ein entgeltlicher Vertrag im Sinne des § 312.[7]

##### b) Vertragsabschluss in einer Haustürsituation

Schließlich müsste die Bürgschaft in einer Haustürsituation geschlossen worden sein. In Betracht kommt hier allein der Tatbestand der mündlichen Verhandlung am Arbeitsplatz nach § 312 I 1 Nr. 1. Allerdings verlangt die Norm eine Verhandlung gerade am Arbeitsplatz des Verbrauchers („seinem Arbeitsplatz"). B befand sich nun nicht in seinem Büro, sondern in den Büroräumen des P. Zwar wurde er auch hier von dem Vertragsverlangen des M überrascht; es bestand jedoch nicht die für § 312 notwendige „arbeitsplatztypische Befangenheitssituation".

Anders als bei einer Ansprache an seinem Arbeitsplatz hätte sich B den Verhandlungen jederzeit durch eine Rückkehr in sein Büro oder seine Privatwohnung entziehen können. Eine Haustürsituation liegt demnach nicht vor.[8]

#### 3. Zwischenergebnis

Ein Widerrufsrecht aus § 312 I 1 Nr. 1 bestand für B damit nicht.

#### 4. Weitere Widerrufsrechte

Weitere Widerrufsrechte für B sind nicht ersichtlich. Die Bürgschaft für eine Darlehensschuld ist insbesondere selbst kein Verbraucherdarlehensvertrag im Sinne der §§ 491, 495 und – anders als bei einem Schuldbeitritt zu einem Kreditvertrag – kommt auch eine analoge Anwendung der §§ 491 ff. nach ganz herrschender Ansicht[9] nicht in Betracht, da der Bürge eben gerade nicht wie der Darlehensnehmer haftet und durch § 766 hinreichend geschützt ist.

### III. Ergebnis

Mangels Widerrufsrechts war die Widerrufserklärung des B nicht in der Lage, die vertraglichen Willenserklärungen zu widerrufen. Die Bürgschaft bleibt wirksam.

## D. Einreden des B

Einreden des B sind ebenfalls nicht ersichtlich. Insbesondere auf die Einrede der Vorausklage (§ 771) hat B durch die Vereinbarung einer „selbstschuldnerischen" Bürgschaft verzichtet, § 773 I Nr. 1.

## E. Ergebnis

G kann von B die Zahlung von 50.000 Euro aus § 765 I verlangen.

# Frage 3

## A. Anspruch des P gegen B auf 50.000 Euro aus §§ 765 I, 401 I, 412, 1143 I

P könnte einen Regressanspruch gegen B auf 50.000 Euro aus §§ 765 I, 401 I, 412, 1143 I haben.

### I. Befriedigung der G durch P

P zahlte hier als Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks an G zur Abwendung der Zwangsvollstreckung. Er befriedigte damit die Gläubigerin G auf Grundlage seines Befriedigungsrechts aus § 1142 I in voller Höhe von 50.000 Euro.

---

7 Für Bürgschaften ist die Einordnung als entgeltlicher Vertrag im Anschluss an den „Streit der Senate" und die *Dietzinger*-Entscheidung des EuGH (NJW 1998, 1295) inzwischen ganz herrschende Ansicht – vgl. BGHZ 131, 1; 165, 363; 171, 180 ff.; *Masuch*, in: MüKo (Fn. 6), § 312 Rn. 30; ausführlich: *Junker*, in: jurisPraxiskommentar BGB, 2012, § 312 Rn. 36 ff.; *Thüsing*, in: Staudinger (Fn. 5), § 312 Rn. 23.

8 Ebenso in einem vergleichbaren Fall BGHZ 171, 180 ff.

9 EuGH, NJW 2000, 1323 (1324); BGHZ 138, 321 (325 ff.); OLG Rostock, WM 1998, 446; *Schürnbrand*, in: MüKo (Fn. 6), § 491 Rn. 58 m.w.N.; *Kessal-Wulf*, in: Staudinger (Fn. 5), § 491 Rn. 23; *Zahn*, Die Bürgschaft des Verbrauchers bei Haustürgeschäften und Kreditverträgen, ZIP 2006, 1069 (1074).

## II. Zahlungspflicht der S-GmbH im Innenverhältnis

Ein Regressanspruch des P wegen dieser Zahlung kommt überhaupt nur in Betracht, wenn P im Innenverhältnis der Leistungspflichtigen nicht gerade derjenige ist, der endgültig und allein zur Zahlung verpflichtet war. P bestellte die Hypothek unentgeltlich aufgrund einer langjährigen Geschäftsbeziehung zur S-GmbH, um ihr einen Kredit zu ermöglichen. Es war danach nicht P, sondern die S-GmbH, die von allen Beteiligten auf Schuldnerseite allein zur Rückzahlung des von ihr gewollten und genutzten Geldbetrages von 50.000 Euro an G verpflichtet war.

## III. Forderungsübergang, § 1143 I

Folge der Zahlung des P auf Grundlage seines Befriedigungsrechts ist die Legalzession des § 1143 I. P wird danach Gläubiger der gesicherten Forderung aus § 488 I 2. Darüber hinaus gehen gemäß §§ 412, 401 I auch alle mit der Forderung akzessorisch verbundenen Sicherungsrechte auf den P über: Er wird damit nicht nur Inhaber des Anspruchs aus § 488 I 2 gegen die S-GmbH, sondern auch Inhaber der Hypothek (diese wird Eigentümerhypothek, § 1177 II) und eben auch Gläubiger der akzessorischen Bürgschaftsforderung gegen B aus § 765 I.

## IV. Korrektur der gesetzlichen Regelung

Nach der aufgezeigten gesetzlichen Regelung könnte P aus der Bürgschaft in voller Höhe von 50.000 Euro gegen B vorgehen. Dies erscheint aus zwei Gesichtspunkten heraus problematisch: Zum einen ist auch B im Innenverhältnis aller Schuldner nicht endgültig zur Zahlung der gesicherten Darlehenssumme verpflichtet – diese Pflicht trifft allein die S-GmbH; zum anderen würde in dem Fall, in dem nicht P, sondern B als erstes von der G in Anspruch genommen worden wäre, gemäß §§ 774 I 1, 412, 401 I ebenfalls ein Übergang der gesicherten Forderung inklusive akzessorischer Sicherungsrechte – wie der Hypothek – des P auf B erfolgen und auch dieser hätte dann einen unbeschränkten Anspruch aus der Hypothek gegen P erworben. Nach der gesetzlichen Regelung würde die Frage des Regressanspruchs unter mehreren akzessorischen Sicherungsgebern folglich davon abhängen, welcher als erstes leistet – ein Befriedigungswettlauf wäre die Folge. Es fragt sich also, ob diese Rechtslage einer Korrektur bedarf.[10]

### 1. Die h.M.: Ausgleich unter den Sicherungsgebern

Die herrschende Meinung[11] geht davon aus, dass die Interessenlage unter mehreren akzessorischen Sicherungsgebern vergleichbar ist mit der zwischen mehreren Mitbürgen bestehenden Rechtslage und wendet daher die §§ 774 II, 769, 426 analog an. Danach erwirbt jeder Sicherungsgeber analog § 426 II die gesicherte Forderung inklusive der akzessorischen Sicherungsrechte nur insoweit, wie er im Innenverhältnis gegenüber den anderen Sicherungsgebern einen Ausgleich verlangen kann. Hier sind weder B noch P im Innenverhältnis dazu verpflichtet, die Darlehenssumme endgültig zu tragen; beide können in voller Höhe Regress bei der S-GmbH nehmen. Im Verhältnis zueinander sind sie danach entsprechend § 426 I 1 zu gleichen Teilen verpflichtet, so dass jeder (infolge des Ausfalls der S-GmbH) nur die Hälfte der Darlehenssumme selbst tragen muss. Folglich gehen auch nur in Höhe von 25.000 Euro die gesicherte Forderung und die akzessorische Bürgschaftsforderung gegen B an P über.

### 2. Gegenansicht 1: Die Privilegierung des Bürgen

Eine Gegenansicht[12] hält demgegenüber den Bürgen unter mehreren akzessorischen Sicherungsgebern für schutzwürdiger und will diesem daher einen vollen Zugriff auf etwaige dingliche Sicherheiten zugestehen, während umgekehrt den dinglichen Sicherungsgebern ein Regress gegen Bürgen vollständig versagt wird. Zur Begründung wird § 776 herangezogen, der deutlich mache, dass der Bürge in der Rangfolge über dinglichen Sicherungsgebern stünde, da er frei würde, wenn dingliche Sicherheiten für seinen Regress aufgegeben würden, während eine derartige Regelung zugunsten dinglicher Sicherungsgeber mit Blick auf etwaige Bürgen gerade fehlt. Nach dieser Ansicht wäre dem P als dinglichem Sicherungsgeber ein Regressanspruch gegen B zu versagen.

### 3. Gegenansicht 2: Die Berechtigung der gesetzlichen Regelung

Schließlich wird auch die gesetzliche Regelung als zwar problematisch, aber hinnehmbar angesehen.[13] Zum einen sei die interne Bewertung verschiedenartiger Sicherheiten unpraktikabel. Zum anderen sei es weder ungerecht, wenn derjenige Sicherungsgeber ohne Regressmöglichkeit bleibt, der als erstes eine Sicherheit gestellt hatte und nicht davon ausgegangen war, dass noch weitere Sicherungen erfolgen werden, noch wenn demjenigen ein Regress verwehrt wird, der als zweiter Sicherheit leistet, ohne gleichzeitig vertraglich eine Regelung über die anderen Sicherheiten mit dem Schuldner zu treffen. Nach dieser Ansicht hatte P hier seinen gesetzlich übergegangenen Anspruch gegen B aus der Bürgschaft in voller Höhe.

---

10 Dazu ausführlich *Weber*, SaRe II (Fn. 1), § 14 Rn. 127a.

11 BGHZ 108, 179 (183 ff.); NJW 1992, 3228 (3229); 2001, 2327 (2330); *Eickmann*, in: MüKo (Fn. 2), § 1143 Rn. 21; *Habersack*, in: MüKo (Fn. 2), § 774 Rn. 30 f.; *Hüffer*, Die Ausgleichung bei dem Zusammentreffen von Bürgschaft und dinglicher Kreditsicherung als Problem der Gesamtschuldlehre, AcP 171 (1971), 470, 479 ff.; *Konzen*, in: Soergel, BGB (Kommentar), 2001, § 1143 Rn. 7; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 2011, Rn. 941; *Sprau*, in: Palandt, BGB (Kommentar), 72. Aufl. 2013, § 774 Rn. 13; *Steinbach/Lang*, Zum Gesamtschuldregreß im Verhältnis zwischen Personal- und Realsicherungsgeber, WM 1987, 1237 (1244).

12 *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 38 Rn. 103; *Ehlscheid*, Die Ausgleichsansprüche unter Sicherungsgebern, BB 1992, 1290, 1293; *Horn*, in: Staudinger (Fn. 5), § 774 Rn. 65 ff., 68; *Tiedtke*, Ausgleichsansprüche zwischen dem Eigentümer des mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks und eines Bürgen, BB 1984, 19, 20; *ders.*, Ausgleichsansprüche zwischen dem Bürgen und dem Besteller einer Grundschuld, WM 1990, 1270 (1273); *ders.*, Ausgleichsansprüche des Bürgen gegen andere Sicherungsgeber, DNotZ 1993, 291.

13 *Wolfsteiner*, in: Staudinger (Fn. 2), § 1143 Rn. 39 ff.

#### 4. Streitentscheidung

Aufgrund der verschiedenen Ergebnisse jeder Ansicht für den vorliegenden Fall ist der Meinungsstreit zu entscheiden.

a) Wenig überzeugen kann zunächst die den Bürgen einseitig privilegierende Ansicht. Überzeugende Gründe für eine solche Privilegierung sind nicht ersichtlich. Aufgrund der Akzessorietät ist das Haftungsrisiko bei dinglichen wie persönlichen Sicherungsrechten weitgehend identisch; beide verfolgen zudem identische wirtschaftliche Zwecke und beruhen auf Sicherungsvereinbarungen. Eine andere Bewertung kann schließlich auch § 776 nicht rechtfertigen. Dieser schützt allein den Regressanspruch des Bürgen gegenüber dem Gläubiger und ist Ausdruck einer Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, deren Verletzung zum Freiwerden des Bürgen führt.[14] Die Regelung des § 776 betrifft also allein das Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger und will gerade keine Rangfolge unter mehreren Sicherungsgebern herstellen.[15]

b) Ebenso wenig überzeugen kann die letztgenannte Ansicht, die von der Sachgerechtigkeit der gesetzlichen Rechtslage ausgeht. Eine Bewertung der verschiedenartigen Sicherheiten erscheint nicht zwingend für den Innenausgleich, da § 426 I insofern eine Zweifelsregelung enthält. Allein in Fällen eines eindeutigen Unterschieds in den Sicherungswerten kann eine anderweitige Anteilsverteilung angezeigt sein. Daneben ist vielleicht ein Regressausschluss nicht auf den ersten Blick ungerecht, wenn man die Möglichkeiten zur rechtsgeschäftlichen Vorsorge der Sicherungsgeber in die Betrachtung mit einbezieht. Allerdings führt die Gesetzeslage nun genau zum Gegenteil – zu einem vollständigen Regress des zuerst Leistenden, und dies erscheint zufällig und durchaus ungerecht.

c) Im Ergebnis ist es also die herrschende Ansicht, die am ehesten überzeugen kann. Findet sich keine vereinbarte Rangfolge unter den Sicherungsgebern, so haften alle gleichrangig und zur freien Wahl des Gläubigers auf dieselbe Leistung, weshalb die Annahme einer Gesamtschuld unter ihnen gemäß § 421 möglich ist, was ja auch § 774 II verdeutlicht. P hat danach wegen § 426 II nur insoweit die Bürgschaftsforderung gegen B erworben, wie ihm ein Ausgleichsanspruch gegen B im Innenverhältnis zusteht.

### V. Ergebnis

P hat somit einen Regressanspruch gegen B in Höhe von 25.000 Euro aus §§ 765 I, 401 I, 412, 1143 I, 426 II.

## B. Anspruch des P gegen B auf 25.000 Euro aus §§ 765 I, 426 II 1

Konsequenterweise hat P gegen B dann auch einen Anspruch aus dem Forderungsübergang aufgrund der Leistung eines Gesamtschuldners aus §§ 765 I, 426 II 1.

14 Näher dazu etwa *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, 2001, S. 310.

15 Ebenso *Habersack*, in: MüKo (Fn. 2), § 774 Rn. 30.