

Sicherung der Bürgenschuld

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Tinatin Tsereteli Institut für Staat und Recht, Staatliche Universität Tiflis

I. Einleitung

Dieser Aufsatz befasst sich mit einem in der georgischen und internationalen Bankpraxis weit verbreiteten Vorbehalt in Kreditverträgen, wonach eine der Sicherheiten „von dem Hauptvertrag und/oder von einem Vertrag, der im Zusammenhang mit dem Hauptvertrag steht, zugunsten der Bank abgeleitete gegenwärtige, künftige und/oder bedingte Forderungen“ sichert. Fraglich ist, ob dieser Vorbehalt so ausgelegt werden kann, dass Sicherheiten neben der Darlehensverpflichtung, wie eine Hypothek, die Verpflichtung aus anderen Sicherheiten, wie eine Bürgschaft, absichern, d.h. die Hypothek sichert die Bürgenschuld.

II. Bürgschaftssicherung

Die allgemeine Antwort auf die Frage, ob es möglich ist, dass Bürgschaft, Hypothek oder Pfändung einen Anspruch des Gläubigers gegen einen selbstschuldnerischen Bürgen absichern, ist recht einfach: Die Verpflichtung eines Bürgen gegenüber einem Gläubiger ist normalerweise eine monetäre, bestimmte Forderung, deren Sicherung durch eine Hypothek, eine Pfändung

oder - immer wieder - eine Bürgschaft einer anderen Person (siehe unten) zulässig ist.

Um dies zu veranschaulichen, muss zunächst beschrieben werden, welche Art von Forderungen gesichert werden kann.

1. Pfandgesicherte Forderung

a) *Mit einem Geldbetrag ausgewiesene Forderung, Art. 254 IV GZGB*

Die Pfändung sichert eine Forderung der Gläubiger, die nicht zwingend mit einem Geldbetrag ausgewiesen sein muss (Darlehen, Kredit, Kaufpreiszahlungsanspruch); es ist jedoch erforderlich, dass die Forderung mit einem entsprechendem Geldbetrag beziffert werden kann (Art. 254 IV GZGB).¹ Dies ist eine zwingende Voraussetzung, da der Pfandgläubiger durch den Verkauf einen Geldbetrag erhält, wodurch sein Anspruch befriedigt werden soll. Das Hauptziel des gesetzlich geregelten Pfandrechts kann nicht erreicht werden, wenn es kein monetäres Äquivalent der gesicherten Forderung gibt. Zum Beispiel ist es zulässig, einen Anspruch auf Befreiung

* Aus dem Georgischen von *Giorgi Kvantaliani*.

¹ S. *Rusiashvili*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, Chanturia (Hrsg.), Tiflis 2018, Art. 254 Rn. 19 ff.

von der Bürgschaft durch Pfand zu sichern (Art. 904 GZGB), obwohl der Verkauf des Gegenstandes der Verpfändung erst ab dem Zeitpunkt zulässig ist, ab dem der Anspruch für den Bürgen geltend gemacht wird, weil erst dann die Forderung mit einem Geldbetrag ausgewiesen ist.² Zur Sicherung des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung ist der Verkauf des Pfandgegenstandes erst zulässig, nachdem der Leistungsanspruch in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt wurde.³

Daher kann ein Unterlassungsanspruch, dessen Verletzung zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet, Gegenstand eines Pfandrechts sein, wie überhaupt alle Vertragsstrafen durch Pfand gesichert werden können.⁴ Im Gegensatz dazu ist es unmöglich, Ansprüche zu sichern, die gleichzeitig keine Forderungen sind, zum Beispiel dingliche Rechte, wie eine Hypothek oder ein aus Art. 951 GZGB abgeleiteter Anspruch, da dies nur eine natürliche Verpflichtung ist und keinen Rechtsanspruch begründet.⁵ Das Gleiche gilt für moralische Verpflichtungen, deren Rückforderung durch einen Kondiktionsanspruch nach ihrer Erfüllung unzulässig ist (Art. 976 II a GZGB).⁶

Die Pfandrechtsbestellung für verjährte Forderungen ist dagegen möglich.⁷ Eine Anfechtung der Pfandbestellung wegen Unkenntnis der Verjährung kommt weder für den verpfändenden Schuldner noch für einen verpfändenden Dritigentümer in Betracht.⁸ Die Verjährung des An-

spruchs verhindert nicht den Verkauf des Pfandgegenstandes (Art. 144 III GZGB).

b) Akzessorietät

Die Einigung über die Pfandbestellung ist eine dingliche Einigung.⁹ Die Pfändung sichert eine bestimmte Forderung, ohne die sie nicht bestehen kann (Akzessorietät der Verpfändung, Art. 153 I GZGB). Wenn der Anspruch aufgrund von Nichtigkeit oder auf andere Weise nicht wirksam entstanden ist, ist die Pfändung auch ungültig. Erlischt der Anspruch später, führt dies automatisch zum Erlöschen des Pfandrechts ohne weitere Vereinbarung zwischen den Parteien und ohne Kommunikation zwischen ihnen. Die Akzessorietät der Pfändung ist ein imperativer Grundsatz des Gesetzes und kann nicht durch Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen werden.¹⁰ Die Bestellung eines Pfandrechts ist dann auch unzulässig, wenn sie den Pfandgläubiger berechtigt, seinen eigenen Anspruch aus dem Pfandrecht zu befriedigen, sodass der Schuldner nicht berechtigt ist, die Schuld zurückzuzahlen, um damit das Pfandrecht zum Erlöschen zu bringen.¹¹

c) Bestimmbarkeit der Forderung

Die durch das Pfandrecht zu sichernde Forderung muss zumindest bestimmbar sein, wobei es ausreicht, wenn das Pfandrecht zur Deckung aller gegenwärtigen und künftigen Ansprüche aus der Geschäftsbeziehung zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger bestellt wurde.¹² Es ist aber nicht möglich, eine gesicherte Forderung durch

² RGZ 143, 194; RGZ 78, 34; Für ein anderes Beispiel vgl. *Schnittger*, Kreditrecht, Tiflis 2011, 10.

³ *Sosnitza*, in Beck OK BGB, 41. Aufl., 2011, § 1228 Rn. 5.

⁴ *Sosnitza*, in Beck OK BGB, 41. Aufl., 2011, § 1204 Rn. 15.

⁵ RGZ 47, 52.

⁶ *Damrau*, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 1204 Rn. 15.

⁷ *Sosnitza*, in Beck OK BGB, 41. Aufl., 2011, § 1204 Rn. 16.

⁸ *Sosnitza*, in Beck OK BGB, 41. Aufl., 2011, § 1204 Rn. 16; aA *Damrau*, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 1204 Rn. 18.

⁹ Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Georgiens vom 28. Dezember 2009 № AS-654-961-09; Urteil vom 21. Februar 2009 № AS-1220-1240-2011; SUSG on Civil Cases 10/2012, S. 107-111.

¹⁰ *Sosnitza*, in Beck OK BGB, 41. Aufl., 2011, § 1204 Rn. 14.

¹¹ BGHZ 23, 299; BGHZ 25, 181; BGH NJW 1957, 672; BGH NJW 1957, 1517.

¹² RGZ 78, 27; RG JW 1911, 367; BGH NJW 1965, 965.

eine andere zu ersetzen.¹³ Im Gegensatz dazu kann per Definition ein von Anfang an gesicherter Anspruch als ein nach Umdeutung des Rechtsgeschäfts entstandener Anspruch betrachtet werden (Art. 60 GZGB) sowie alle Ansprüche, die den ursprünglich gesicherten Anspruch ersetzen (z. B. Kondiktionsanspruch).¹⁴

d) *Künftige oder bedingte Forderungen*

Das Pfandrecht kann auch zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche (Art. 254 III GZGB) bestellt werden, was eine Ausnahme vom Grundsatz der Akzessorietät darstellt, da sowohl künftige als auch bedingte Ansprüche nicht vor einem bestimmten Zeitpunkt oder vor Eintritt eines bestimmten Ereignisses als entstanden gelten. In diesem Fall entsteht das Pfandrecht jedoch ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und der Übertragung des Gegenstands (im Falle einer eingetragenen Pfändung) und nicht ab dem Zeitpunkt der Entstehung eines gesicherten Anspruchs zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder,¹⁵ was auch entscheidend für den Rang des Pfandrechts ist. Dies ist aber anders, wenn die Bestellung des Pfandrechts mit dem Vorbehalt festgelegt wird, dass die Forderung erst nach der Fälligkeit gesichert werden muss.¹⁶ Bevor der Anspruch entsteht, hat der Pfandgläubiger kein Recht, den Gegenstand der Pfändung zu verkaufen (vgl. Art. 278 GZGB),¹⁷ und die Pfändung wird nichtig, wenn klar ist, dass die zukünftige Forderung nicht mehr entstehen oder die Bedingung nicht mehr eintreten wird.¹⁸

Künftige oder bedingte Forderungen sollten hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar sein.

2. Durch Hypothek gesicherte Forderung

Durch Hypothek gesicherte Forderungen sind im Wesentlichen identisch mit den durch das Pfandrecht gesicherten Forderungen.¹⁹

Durch eine Hypothek können nur bestimmte²⁰ (mit einer bestimmten Grundlage und einem bestimmten Betrag) oder bestimmbare monetäre Ansprüche²¹ gesichert werden.²² Ausnahmsweise können jedoch auch künftige oder bedingte Ansprüche gesichert werden (Art. 286 II GZGB). Die Sicherung einer nicht-monetären Forderung durch eine Hypothek ist ausgeschlossen (vgl. Art. 289 I 3 GZGB); bei alternativen Verbindlichkeiten reicht es aus, wenn eine der versprochenen Leistungen monetär ist.²³ Die materiell-rechtliche Grundlage der Forderung ist nicht maßgeblich, weshalb es auch zulässig ist, öffentlich-rechtliche Forderungen durch eine Hypothek zu sichern.²⁴ Wenn die zu sichernde Forderung nicht hinreichend bestimmt ist, wird die Hypothek nach der

¹³ Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957, § 162 II.

¹⁴ BGH NJW 1968, 1134.

¹⁵ BGHZ 86, 347; BGHZ 93, 76; BGH WM 1998, 2463.

¹⁶ BGH WM 1998, 2463.

¹⁷ BGHZ 86, 347; BGHZ 93, 76.

¹⁸ RGZ 145, 336.

¹⁹ S. Rusiashvili, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, Chanturia (Hrsg.), Tiflis 2018, Art. 286 Rn. 11 ff.

²⁰ Chanturia, Kreditsicherungsrecht, 63; Chanturia, Chanturia / Akhvlediani / Zoidze / Jorbenadze (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Georgiens, 2. Auflage, 253; Darjania, Problematik der Akzessorietät von Hypotheken in Kreditverträgen, Juristische Zeitschrift von Studenten (2013), 11; Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Georgiens vom 6. März 2012 № AS-1280-1300-2011.

²¹ Bassenge, in Palandt, 75. Aufl. 2016, § 1113 Rn. 10.

²² BGH NJW 1994, 461.

²³ Rohe, in Beck OK BGB, 42. Aufl., 2017, § 1113 Rn. 16.

²⁴ Lieder, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 1113 Rn. 16; Bassenge, in Palandt, 75. Aufl. 2016, § 1113 Rn. 17.

Registrierung in einer Eigentümerhypothek umgewandelt (Art. 288 des GZGB).²⁵

a) Bürgschaftssicherung durch Hypothek

In Deutschland ist die Sicherung einer Bürgschaft durch eine Hypothek, wenn es zu einer Belastung des Gegenstands nur dann kommt, wenn der Bürge (und nicht der Hauptschuldner) seiner Verpflichtung nicht nachkommt, seit der Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts ein Standardfall.²⁶ Bereits im 19. Jahrhundert legte die Praxis der bayerischen Gerichte²⁷ die Auslegungsregel fest, wonach, wenn der Bürge neben seiner Bürgschaft auch sein Eigentum mit einer Hypothek belastete, diese nicht zu der Sicherung der Hauptforderung des Schuldners diene, sondern seiner Bürgschaft, da er als Bürge nur akzessorisch haftet.²⁸ Die Bürgschaftssicherung durch eine Hypothek, insbesondere durch denselben Schuldner, ist nach wie vor weit verbreitet.²⁹

Die Bürgschaftssicherung ist in Deutschland auch durch eine „Grundschuld“, die eine nicht akzessorische Alternative zur Hypothek darstellt, erlaubt und üblich.³⁰

b) Gesamthypothek und die Bürgenschuld sichernde Hypothek

Normalerweise wird die Diskussion über die bürgschaftssichernde Hypothek in deutschen

Lehrbüchern in den Abschnitt über die Gesamthypothek³¹ dargestellt.³²

Bei einer Gesamthypothek werden mehrere Grundstücke mit einer Hypothek belastet. Die Stellung der Eigentümer gleicht derjenigen der Schuldner einer Gesamtschuld, Art. 463 GZGB. So wie die Gesamtschuldner mit ihrem Vermögen für dieselbe Forderung haften, haften die Eigentümer der Gesamthypothek mit ihren Grundstücken für dieselbe Forderung. Das heißt, jedes Grundstück kann zur Befriedigung der Forderung in Anspruch genommen werden, obwohl die Forderung nur einmal beglichen werden muss (Art. 287 GZGB). Der Hypothekengläubiger kann nach seiner Wahl in jedes der haftenden Grundstücke die Zwangsvollstreckung betreiben.

Von einer Gesamthypothek ist der Fall zu unterscheiden, wenn der Bürge einer Forderung, die durch eine Hypothek gesichert wurde, eine Hypothek auf einem anderen Grundstück bestellt. In diesem Fall handelt es sich um zwei unabhängige Hypotheken.³³

III. „Nachbürgschaft“ – Sicherung der Schulden des Bürgen durch andere Bürgschaften

Was wiederum die Absicherung der Schuld des Bürgen mit anderen Bürgen anbelangt, gibt es diese Art der Beziehung noch in den Denkmälern der Keilschrift.³⁴

²⁵ BGH NJW 1994, 461.

²⁶ *Hirschfeld*, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück, Berlin 1914, 99; RGZ 1965, 138, 139.

²⁷ Hösbach-V 9. Dezember 1883; Kolbermoor-V 13. Juli 1894.

²⁸ *Müller*, Kreditgenossenschaft in Bayern, Augsburg 2008, 194.

²⁹ *Bömmel*, Insolvenzanfechtung von upstream guarantees im GmbH-Konzern, 2009, 87; *Wilhelm*, Sachenrecht, 4. Aufl., 2010, Rn. 1714.

³⁰ OLG Schleswig WM 2007, 2326.

³¹ S. über Gesamthypothek *Rusiashvili*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage Chanturia (Hrsg.), Tiflis 2018, Art. 287 Rn. 1 ff.

³² *Wilhelm*, Sachenrecht, 4. Aufl., 2010, Rn. 1714 ff.

³³ *Wilhelm*, Sachenrecht, 4. Aufl., 2010, Rn. 1714

³⁴ *San Nicolo*, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München 1937 S.3 ff.

1. Allgemeine Beschreibung der Nachbürgschaft

In Georgien³⁵ ist dieser als „Nachbürgschaft“ bekannte Fall in Art. 897 GZGB geregelt.³⁶ Im Falle der Nachbürgschaft wird nicht die Forderung gegen den Hauptschuldner gesichert, sondern die Bürgschaft, die diese Hauptforderung sichert. Es handelt sich um die Bürgschaft, die eine Bürgschaft einer anderen Person sichert, vorausgesetzt es wurde vereinbart, dass eine Person - der Nachbürge - gemäß Artikel 891 I GZGB für die Bürgschaftsverbindlichkeit einer anderen Person - dem Vorbürgen - einsteht.³⁷

a) Sicherung der Vorbürgschaft

Somit wird im Falle einer Nachbürgschaft nicht die Forderung gegen den Hauptschuldner gesichert, sondern die Forderung aus der Vorbürgschaft, die diese Hauptforderung absichert. Der Nachbürge kann gegen den Gläubiger nur die Einreden geltend machen, die mit der ersten Bürgschaft verbunden sind, jedoch ist die Vorbürgschaft nach dem Prinzip der Akzessorietät auch dann nichtig, wenn keine durch sie gesicherte Forderung besteht. Darüber hinaus kann der Nachbürge gemäß Art. 899 GZGB auf alle Positionen des Vorbürgen hinweisen; umfasst sind auch Einreden aus der Vorbürgschaft, d.h. Einreden gegen die durch die Vorbürgschaft abgesicherte Hauptverpflichtung. Gemäß Art. 899 I und 894 GZGB kann der Nachbürge vom Gläubiger verlangen, dass er zuerst den Hauptschuldner zur Rechenschaft zieht. Das Recht des Nachbürgen, dem Gläubiger die Notwendigkeit einer erfolglosen Vollstreckung gegen den Vorschuldner ent-

gegenzuhalten, ergibt sich unmittelbar aus § 894 GZGB.

b) Befriedigung des Gläubigers

Befriedigt der Hauptschuldner den Gläubiger, so hebt Art. 893 Abs. 1 GZGB auch die Vorbürgschaft und damit die Nachbürgschaft auf (Art. 893 Abs. 1 GZGB). Befriedigt der Vorbürge den Gläubiger, so geht die Forderung gegen den Hauptschuldner gemäß Art. 905 Abs. 1 GZGB auf ihn über und die Nachbürgschaft wird gemäß Art. 893 Abs. 1 GZGB aufgehoben, weil die gesicherte Forderung nach Art. 427 GZGB nicht mehr besteht. Umgekehrt erwirbt der Gläubiger auch eine Vorbürgschaft nach § 905 Abs. 1 GZGB, wenn der Nachbürge den Gläubiger befriedigt.³⁸

c) Die Rechtsstellung der Nachbürgen

Der Vorbürge kann dem neuen Nachbürgen alle Einreden gegen den Gläubiger (Art. 207, 201 II GZGB, d.h. den Einreden, die er gegen die Hauptschuldner hatte) sowie alle Einreden nach Art. 905 Abs. 2 GZGB entgegensetzen, die aus der Beziehung zwischen ihm und dem Nachbürgen stammen. Da die Bürgschaft und die gesicherte Forderung nicht getrennt werden können, erwirbt der Nachbürge neben der Vorbürgschaft auch die Hauptforderung.³⁹ Der Hauptschuldner hat nach den Artikeln 207, 201 II GZGB das Recht, dem Bürgen alle Einreden entgegenzuhalten, die er gegen den Gläubiger hatte. Ob er durch eine analoge Anwendung des Art. 905 Abs. 2 GZGB auch gegen den Nachbürgen eine Einrede hat, die sich aus dem Verhältnis zwischen

³⁵ Im Gegensatz zu Deutschland, wo die Bürgschaft auf gesetzlicher Ebene nicht geregelt ist.

³⁶ Rusiashvili, Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, gccc.ge, 3.01.2021, Art. 897, 1 ff. Rusiashvili, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2020, S. 27 ff.

³⁷ Horn, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2013, Vor. § 765 ff. Rn. 59.

³⁸ Der Vorbürge und der Nachbürge sind keine Mitbürgen im Sinne von Art. 896 GZGB, da sie nicht für die gleiche Forderung bürgen.

³⁹ BGHZ 73, 96; Habersack, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 765 Rn. 117; K. Larenz/C.-W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, BT II/2, § 60 V 3; D. Medicus/St. Lorenz, Schuldrecht II – Besonderer Teil, 17. Aufl., München 2014, Rn. 1026.

ihm und den Vorbürgen ergibt, ist strittig. Dies ist nach richtiger Auffassung abzulehnen, weil der Hauptschuldner diese Einrede gegenüber dem Gläubiger nicht hatte und der Nachbürge den Gläubiger so ersetzt, dass er nicht für die Verpflichtungen des Vorbürgen haftet.⁴⁰

IV. Gleichzeitige Sicherung der Hauptforderung und der Bürgschaft

Die nächste Frage, die in diesem Zusammenhang gestellt werden kann, lautet: Ist es möglich, dass eine Bürgschaft, Hypothek oder Pfändung gleichzeitig eine Forderung gegen einen Hauptschuldner und eine Forderung gegen einen Mitbürgen absichert? Vor diesem Hintergrund erfüllt die Schuld des Bürgen alle Kriterien, die zu seiner Sicherung durch Bürgschaft, Pfändung oder Hypothek erforderlich sind. Was die oben gestellte Frage betrifft, ob die gleiche Bürgschaft, Hypothek und Pfändung sowohl die Hauptforderung als auch die Bürgschaftsschuld absichern kann, so ist die Antwort positiv.

Grundsätzlich können mehrere unabhängige Forderungen durch dieselbe Hypothek, Pfändung oder Bürgschaft gesichert werden.⁴¹ Beispielsweise ist es in einer Standardsituation eine Auslegungssache zu ermitteln, ob durch eine Hypothek, eine Pfändung oder eine Bürgschaft Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche gesichert sein können.⁴² In diesem Fall der Hypothek

müssen die Grenzen beachtet werden, welche sich aus der Publizitätsfunktion des Grundbuchs ergeben.⁴³ Gesicherte Forderungen können auch gegen unterschiedliche Schuldner gerichtet sein,⁴⁴ jedoch ist es bei der Hypothek erforderlich, dass der Gläubiger und der Hypothekengläubiger dieselbe Person sind.^{45,46} Irrelevant ist, wer die durch die gesicherte Forderung zu erbringende Leistung erhält.⁴⁷ Umgekehrt ist es nicht zulässig, zur Sicherung derselben Forderung denselben Gegenstand mit mehreren Hypotheken (Verbot der Doppelsicherung) zu belasten,⁴⁸ da dies dem Prinzip der Akzessorietät der Hypothek widerspräche.⁴⁹ Diese Einschränkung gilt jedoch nicht, wenn die gesicherte Forderung in mehrere unabhängige Teile (z. B. Kapital und Zinsen) unterteilt werden kann.⁵⁰

Die Verbindlichkeit des Bürgen ist eine normale monetäre Verpflichtung und wenn diese mit einer einzigen Hypothek / Pfändung / Bürgschaft in Verbindung mit der Hauptschuld abgesichert wird, ist der Gläubiger beider Forderungen identisch, was diese Art von Sicherheiten zulässig macht. Somit ist die gleichzeitige Sicherung der Hauptschuld und der Mitbürgschaft unproblematisch.⁵¹ Diese doppelte Sicherheit kommt dem Gläubiger zugute, da sie im Allgemeinen seine Rechtsposition erweitert: beispielsweise berechtigt sie ihn, die Einreden des

⁴⁰ *Habersack*, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 765 Rn. 117; *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, BT II/2, § 60 V 3; *J. Esser/H.-L. Weyers*, Schuldrecht BT II/1, 8. Aufl., Heidelberg 1998, § 40 V 1; *Horn*, in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2013, Vor. §§ 765 ff. Rn. 61.

⁴¹ *MüKoBGB/Lieder*, 8. Aufl. 2020, BGB § 1113 Rn. 37, 38; RGZ 126, 272 (279); RG HRR 1928 Nr. 1418; *Palandt/Herrler* Rn. 10.

⁴² *Rohe*, in Beck OK BGB, 42. Aufl., 2017, § 1113 Rn. 17; Vgl. *Chanturia*, Kreditsicherungsrecht, Tiflis 2012, 64.

⁴³ *Rusiashvili*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, Chanturia (Hrsg.), Tiflis 2018, Art. 297 Rn. 11.

⁴⁴ *Lieder*, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 1113 Rn. 42; RGZ 126, 277.

⁴⁵ *Rusiashvili*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, Chanturia (Hrsg.), Tiflis 2018, Art. 297 Rn. 1 ff.

⁴⁶ BayObLG NJW 1958, 1918.

⁴⁷ BayObLG NJW 1958, 1918.

⁴⁸ *Chanturia*, Kreditsicherungsrecht, Tiflis 2012, S. 73.

⁴⁹ RGZ 131, 20; OLG Köln NJW-RR 1996, 1107; *Rohe*, in Beck OK BGB, 42. Aufl., 2017, § 1113 Rn. 17.

⁵⁰ RGZ 131, 21.

⁵¹ S. Urteil des österreichischen Gerichts: Unabhängiger Finanzsenat, GZ. RV/2272-W/2005 - <https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.ENfindok28894TE/formats/28894.1.pdf>.

Bürgen zu umgehen, indem er die Leistung von der Person erlangt, die die zweite Sicherheit bereitgestellt hat; diese sekundäre Sicherheit ist auch bei Erlöschen der Bürgschaft aufrechtzuerhalten oder auf diese Bürgschaft kann so verzichtet werden, dass die sekundäre Sicherheit nicht verloren geht. Eine solche doppelte Sicherheit gibt dem Emittenten einer sekundären Sicherheit eine zusätzliche Möglichkeit, die Hauptschuld in diesem Moment zurückzuzahlen (z.B. nach Art. 292 GZGB) und so im Wege einer gesetzlichen Zession die mit einer Bürgschaft gesicherte Forderung gegen den Hauptschuldner zu erwerben, wenn der Gläubiger noch keine Absicht hat, den Bürgen zu verklagen.

Was die Frage betrifft, warum ein Kreditgeber interessiert sein könnte, dass durch Hypothek neben der Hauptschuld auch eine Bürgschaft gesichert wird, so ist die Antwort folgende: Eine doppelte Sicherung versichert den Kreditgeber gegen das Risiko, dass die die Hauptschuld sichernde Hypothek nichtig ist oder der Hypothekenschuldner aufgrund der Hauptschuld eine bestimmte Einrede hat, die kein Bürgen hat oder im Falle der Schuldübertragung gemäß Art. 206 GZGB eine Hypothek nicht übertragen wird, sondern eine Bürgschaft usw.

Wird als Mittel dieser doppelten Sicherheit eine Bürgschaft verwendet, ist der Bürge gleichzeitig Mitbürge und Nachbürge.

V. Vereinbarung über die Sicherung der Bürgenschuld

Wird im Hypotheken- / Pfand- oder Bürgschaftsvertrag eine (Vor-)Bürgschaft ausdrücklich als zu sichernde Forderung genannt, so ist dies selbstverständlich eine Vereinbarung über die Bürgschaftssicherung durch den Hypotheken- / Pfand- / Bürgschaftsvertrag. In der gängigen Pra-

xis und insbesondere in der Bankpraxis werden jedoch nicht alle gesicherten Forderungen namentlich genannt, sondern unter einem Sammelnamen oder einem gemeinsamen Merkmal zusammengefasst. Dies ist kein Problem, solange durch Auslegung alle Forderungen festgelegt und bestimmt werden können, die die Hypothek sichert:

Zum Beispiel wird in der Praxis des Unabhängigen Finanzsenats⁵² der Vorbehalt *„Die Hypothek und die sonstigen Sicherheiten dienen der Sicherung aller Ansprüche der Bank aus diesem Darlehensverhältnis“* als eine Vereinbarung ausgelegt, wonach durch die Hypothek auch eine Bürgschaft gesichert ist, die zur Sicherung der Hauptschuld vereinbart wurde.⁵³

Nach Berücksichtigung der Definition des österreichischen Gerichts wird ein solcher Vorbehalt noch unmissverständlicher und eindeutiger formuliert: *„Die Hypothek sichert von dem Hauptvertrag und/oder von einem Vertrag, der im Zusammenhang mit dem Hauptvertrag steht, zugunsten der Bank abgeleitete gegenwärtige, künftige und/oder bedingte Forderungen...“* Die hier vorliegenden Bürgschaftsverträge, deren Hauptzweck die Sicherung der Hauptschuld, insbesondere des vom Hauptschuldner bei der Bank aufgenommenen Darlehens, ist, sind jedenfalls Vereinbarungen im Zusammenhang mit diesem Hauptvertrag, also auch nach engster Auslegung dieser Klausel sollte die Schuld des Bürgen als durch die Hypothek gesichert betrachtet werden.

⁵² Das ist ein Gericht zweiter Instanz für finanzielle Streitigkeiten.

⁵³ Unabhängiger Finanzsenat, GZ. RV/2272-W/2005 - <https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.ENfindok28894TE/formats/28894.1.pdf>.

VI. Zulässigkeit einer separaten Streitigkeit

Es ist zulässig, dass ein Gläubiger zunächst gegen einen Hauptschuldner streitet, um sich aus dem Verkauf des Pfand- oder Hypothekengegenstandes/Verbindlichkeit eines Bürgen zu befriedigen und erst nach Beilegung des Streits mit einer neuen Klage durch den Bürgen den Verkauf des Pfand- oder Hypothekengegenstandes/Verbindlichkeit gegenüber dem Vorbürgen zu verlangen.

Die Antwort auf die Frage, ob ein Gläubiger zuerst den Hauptbürgen und erst dann den Nachbürgen / Hypothekengeber / Verpfänders verklagen kann, ergibt sich aus der Tatsache, dass es sich um zwei unabhängige Verbindlichkeiten (Haupt- und Nebenforderung) handelt, die nur akzessorisch verbunden sind, was seinerseits nicht die Tatsache verändert, dass das Erste unabhängig vom Zweiten ausgeführt werden kann, ohne es zu verlieren.

Umgekehrt kann z. B. bei einer Nachbürgschaft nach §§ 899 I und 894 GZGB der Nachbürge verlangen, dass der Gläubiger zunächst dem Hauptschuldner verklagt. Das Recht des Nachbürgen, dem Gläubiger die Notwendigkeit einer erfolglosen Vollstreckung der Forderung gegen den Vorschuldner entgegenzuhalten, ergibt sich unmittelbar aus Artikel 894 GZGB.⁵⁴

⁵⁴ Neben der Akzessorietät ist die Bürgschaft dadurch gekennzeichnet, dass der Bürge nur subsidiär für die Nichtleistung des Hauptschuldners haftet. Dieser Grundsatz wird in Art. 894 GZGB verankert. Demgemäß muss der Gläubiger zunächst versuchen, den Schuldner für die Hauptschuld haftbar zu machen und gegebenenfalls die Zwangsvollstreckung gegen ihn einleiten. Bis zur erfolglosen Zwangsvollstreckung verfügt der Bürge über die Einrede der Vorausklage. (*Rusiashvili*, Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, gccg.ge, 3.01.2021, Art. 894, Rn. 1; *Rusiashvili*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 3/2019, S. 32 ff.). Die Vorschrift gewährt dem Bürgen nur formellen Schutz, der nach Abschluss eines Bürgschafts-

Dies bedeutet, dass der Gläubiger, wenn er dazu verpflichtet ist, das Recht hat, zuerst die Befriedigung vom Vorbürgen zu verlangen und erst dann den Nachbürgen zur Verantwortung zu ziehen. Er ist dazu verpflichtet sich so zu verhalten, wenn es sich um eine subsidiäre Nachbürgschaft handelt, bei einer („normalen“?) Nachbürgschaft bleibt es weiterhin sein Recht. Übernimmt der Nachbürge insbesondere die selbstschuldnerische Bürgschaft für den Vorbürgen, so verbessert dies nur die Position des Gläubigers, was ihm das Recht einräumt, ohne erfolglosen Zwangsvollstreckungsversuch direkt die Leistung von dem Nachbürgen zu verlangen, verpflichtet ihn aber nicht dazu: Es entzieht ihm nicht das Recht, den Vorbürgen zu verklagen, von ihm Befriedigung zu verlangen und erst nach erfolgloser Vollstreckung dem Nachbürgen zur Verantwortung zu ziehen.

Eine Parallele kann zur Gesamtschuld gezogen werden. Nach § 469 GZGB entzieht die Erhebung der Klage gegen einen Gesamtschuldner dem Gläubiger nicht das Recht, gegen die anderen Schuldner ebenfalls Klage zu erheben. Das heißt, wenn das Gesetz dem Gläubiger das Recht gibt, im Falle derselben Forderung jeden Schuldner separat zu verklagen, sollte dies umso mehr bei (den) verschiedenen Forderungen gelten:

Nämlich dann, wenn der Vorbürge und der Nachbürge, auch bei gesamtschuldnerischer Haftung des letzteren, nicht als Gesamtschuldner

vertrags nur einen (vergeblichen) Versuch der Vollstreckung gegen den Hauptschuldner erfordert. Voraussetzung für die Berufung auf die Einrede ist ein realer Vollstreckungsversuch, für den in der Regel eine Klageerhebung und die Zwangsvollstreckung erforderlich ist. Die Erhebung einer Klage allein ist nicht ausreichend (*Rusiashvili*, Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, gccg.ge, 3.01.2021, Art. 894, Rn. 2; *Rusiashvili*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 3/2019, 33).

gelten.⁵⁵ Deswegen kann er, so wie der Gläubiger vom Hauptschuldner die Leistung verlangen kann und erst dann den Bürgen „erreicht“, auch die Befriedigung zuerst vom Vorbürgen und erst dann vom Nachbürgen verlangen, wobei die Rechtsbeziehung zwischen Vorbürge und Nachbürge identisch mit der eines Hauptschuldners und eines Vorbürgen ist. (siehe Art. 897 GZGB).

In der deutschen Gerichtspraxis gibt es viele Fälle, in denen der Gläubiger zunächst den Vorbürgen verklagt und erst dann den Nachbürgen zur Verantwortung zieht. Zum Beispiel kann der Gläubiger, nachdem er aufgrund einer Klage gegen den Vorbürgen wegen eines Insolvenzvergleichs nur 40 % der Schulden erhalten hat, die restlichen 60 % vom Nachbürgen verlangen und eine neue Klage gegen ihn auf dieser Grundlage erheben.⁵⁶ Zwar ging es in diesem Fall vor allem

um den Regressanspruch des Nachbürgen gegenüber dem Vorbürgen, aber aus dem Sachverhalt wird deutlich, dass der Gläubiger über das Recht verfügt, nacheinander gegen den Vorbürgen und den Nachbürgen zu klagen und nicht dazu verpflichtet ist, dies gleichzeitig in derselben Streitigkeit zu tun. Als Beweis dafür kann eine Reihe weiterer Entscheidungen der deutschen Gerichten dienen.⁵⁷ Aber in diesem Fall würde die Feststellung, dass die Vorbürgen von ihrer Verpflichtung befreit wurden, die Nachbürgen in diesem Rahmen nicht befreien.

Die eigenständige Haftung des Vorbürgen und des Nachbürgen ergibt sich daraus, dass es sich um zwei unabhängige Ansprüche handelt. Der Eine sichert zwar den Anderen und es besteht

⁵⁵ Genauso wie gesamtschuldnerisch haftende Bürgen und Hauptschuldner, *Rusiashvili*, Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, gccc.ge, 3.01.2021, Art. 895, Rn. 5; *Rusiashvili*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 3/2019, S. 33 ff.).

⁵⁶ BGH NJW 1979, 415: Die Volksbank P hatte am 3. 12. 1969 dem Kaufmann S ein Darlehen von 164 000 DM gegeben, für das die Firma M-KG am 2. 12. 1969 eine selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von 164 000 DM zuzüglich Zinsen, Provisionen und Kosten übernommen hatte. Die Volksbank W wiederum hatte sich für die vorgenannte Bürgschaftspflichtung der Firma M-KG gegenüber der Volksbank P ebenfalls am 2. 12. 1969 verbürgt. Gegenüber der Volksbank W hatte der Kl. bereits am 23. 6. 1969 eine Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von 220 000 DM für die Firma M-KG, deren Kommanditist er war, zur Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche aus bankmäßiger Geschäftsverbindung, insbesondere auch aus Bürgschaften übernommen. Der Kaufmann S konnte sein Darlehen nicht zurückbezahlen und fiel in Konkurs. Die Volksbank P als Darlehensgeberin nahm deshalb die Firma M-KG als Bürgin in Anspruch. Über deren Vermögen wurde jedoch das Vergleichsverfahren eröffnet und ein Vergleich mit einer Quote von 40% gerichtlich bestätigt. Diese Quote erhielt die Volksbank P für ihre Bürgschaftsforderung ausbezahlt. Die Volksbank P nahm sodann wegen der restlichen 60% der Hauptschuld die Volksbank W aus deren

Bürgschaft für die Bürgschaftsschuld der Firma M-KG in Anspruch. Diese zahlte am 15. 2. 1973 einen Betrag von 142 221,98 DM aufgrund ihrer Bürgschaft für die Firma M-KG. Die Volksbank W nahm ihrerseits nun den Kl. aus seiner Bürgschaft vom 23. 6. 1969 in Anspruch und betrieb die Zwangsversteigerung in Grundstücke des Kl., bis dieser am 3. 7. 1975 seine Bürgschaftsverpflichtung durch Zahlung erfüllte. Während des Vergleichsverfahrens über das Vermögen der Firma M-KG hatte der Kl. der Bekl. seine Kommanditbeteiligung und seine sonstigen Rechte an diesem Unternehmen mit Vertrag vom 17. 7. 1970 übertragen. Die Bekl. ihrerseits hatte in diesem Vertrag den Kl. von allen Verpflichtungen freigestellt, die dieser gegenüber der Volksbank W für die Firma M-KG eingegangen war. Aufgrund der Freistellungsvereinbarung hat der Kl. von der Bekl. Ersatz desjenigen verlangt, was er als Bürge an die Volksbank W hatte zahlen müssen. In diesem Fall hat der BGH entschieden: Befriedigt ein Nachbürge den Gläubiger, so kann er seinen Rückbürgen auch dann aus dessen Bürgschaft in Anspruch nehmen, wenn ein Rückgriffsanspruch gegen den Vorbürgen wegen eines Vergleichsverfahrens über dessen Vermögen nicht mehr geltend gemacht werden kann. (S. über Rückbürgschaft *Rusiashvili*, Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, gccc.ge, 3.01.2021, Art. 894, 52 ff. *Rusiashvili*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2020, S. 28).

⁵⁷ BGH NJW 1995, 1546; OLG München, Urteil vom 06.04.2006 - 19 U 4564/05 BeckRS 2007, 11712; BFH, FD-StR 2008, 259928.

eine akzessorische Verbindung zwischen ihnen, aber Akzessorietät bedeutet nicht, dass diese Ansprüche vor Gericht nur gleichzeitig geltend gemacht werden sollten.

Es gibt keine andere Regel, die den Gläubiger verpflichten würde, diese Forderungen nur gleichzeitig geltend zu machen, und es wäre auch absurd: Das Verhältnis zwischen dem Vorbürgen und dem Nachbürgen ist dasselbe wie zwischen dem Vorbürgen und dem Hauptschuldner. Dies ist in Art. 897 GZGB unzweifelhaft und eindeutig festgelegt. Das gleiche gilt für einen Hypotheken- oder Pfandgläubiger. Wenn der Gläubiger zuerst den Hauptschuldner und erst dann den Bürgen oder den Hypothekengeber verklagen kann, gibt es keine Regel oder rechtliches Konstrukt, das sein Recht einschränken würde, indem er zuerst den Vorbürgen verklagen muss um erst dann den Nachbürgen oder den Hypothekengeber verklagen zu können.

In manchen Fällen lässt sich nur schwer feststellen, worüber die Partei streitet: Streitgegenstand ist nur die Haftung für die Hauptschuld (Bankdarlehen) aus dem belasteten Grundstück oder wiederum die die Hauptschuld sichernden Bürgschaft oder beides. Entscheidend ist zunächst, ob der Kläger selbst dem Gericht auffordert, festzustellen, ob die Hypothek die Bürgschaft sichert und zu diesem Zweck den Verkauf des Hypothekengegenstands. Die Tatsache, dass der Kläger den Verkauf der Hypothek für einen ganz anderen Anspruch verlangt, nimmt ihm nicht das Recht, erneut vor Gericht zu klagen und diesmal den Verkauf der die Bürgschaftsschuld sichernden Hypothek zu verlangen. Verlangt beispielsweise der Gläubiger im ersten Streitfall nur

die Rückzahlung des Kapitals und den Verkauf der es sichernden Hypothek, so entzieht ihm dies natürlich nicht das Recht, im nächsten Streitfall Zinsen zurückzufordern und diesmal den Verkauf der diese Forderung sichernden Hypothek zu verlangen, falls festgestellt wird, dass die Hypothek nur den Anspruch auf Zinsenzahlung absicherte.

Was unter dem Streitgegenstandsbegriff zu verstehen hat, ist nach wie vor umstritten. Nach der Theorie vom eingliedrigem Streitgegenstand ist der Antrag des Klägers allein dafür maßgebend. Nach der zweiten und herrschenden Theorie vom zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff ist der Streitgegenstand nicht nur vom Antrag des Klägers abhängig, sondern auch von dem zu seiner Begründung vorgetragenen Tatsachenkomplex. Unabhängig davon, welcher Theorie wir zustimmen, können der oben beschriebene erste Streitfall - der Verkauf einer kreditbesichernden Hypothek und der zweite Streitfall - der Verkauf einer Hypothek, die die Verbindlichkeit des Bürgen absichert - weder nach dem Antrag, noch nach dem Tatsachenkomplex als identisch angesehen werden. Dies sind zwei völlig unterschiedliche Ansprüche und sie basieren auf unterschiedlichen Sachverhalten. Die Grundlage des ersten besteht nämlich darin, dass die Hypothek die Darlehensschuld sicherte, während die Grundlage des zweiten darin besteht, dass die Hypothek die Bürgenschuld sicherte. In diesem Fall würde das Gleichsetzen der strittigen Gegenstände identisch mit dem Gleichsetzen der Ansprüche aus dem Darlehensvertrag und der Bürgschaft sein und es ist absurd, wenn aus diesem Grund dem Gläubiger das Klagerecht entzogen wird, nachdem er über das Darlehen schon gestritten hat.