

Dr. Balázs Bodzási¹

DAS FORTBESTEHENDE PFANDRECHT ZUR SICHERUNG EINES AUSGLEICHANSPRUCHS NACH DEM UNGARISCHEN ZIVILRECHT²

1. Definition und wesentliche Merkmale des Pfandrechts

Zwei grundsätzliche begriffliche Merkmale des Pfandrechts sind das vorrangige Befriedigungsrecht des Pfandgläubigers sowie der dingliche Rechtscharakter.³ Diese beiden Hauptmerkmale des Pfandrechts sind eng miteinander verbunden, da auch das Befriedigungsrecht über einen dinglichen Rechtscharakter verfügt.

Der Pfandgläubiger kann seine Geldforderung aus dem Pfandgegenstand aufgrund des vorrangigen Befriedigungsrechts vor anderen Gläubigern des Schuldners befriedigen. Eine Geldforderung kann gegenüber dem Pfandschuldner, aber auch anderen Personen (persönlichen Schuldern) gegenüber bestehen. Die gesicherte Forderung kann auch künftig oder bedingt sein. Der Befriedigungsvorrang spielt eine Rolle in der Geltendmachung des Pfandrechts, d.h. grundsätzlich in der Zwangsvollstreckung bzw. in dem Liquidationsverfahren. Aufgrund dieses Befriedigungsrechts wird das Pfandrecht auch als dingliches Verwertungsrecht genannt.⁴

Das Pfandrecht ist jedoch zugleich auch ein beschränktes dingliches Recht, mit dem ein dingliches Rechtsverhältnis mit absoluter Struktur zustande kommt.⁵ Das Pfandrecht löst

1 Inhaber des Lehrstuhls für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Corvinus Wirtschaftsuniversität zu Budapest.

2 This research is granted by the Pallas Athéné Domus Sapientiae Foundation Leading Researcher Program.

3 Neben der Definition des ungarischen BGB (§ 5:86 uBGB) sind diese beiden charaktergebenden Merkmale des Pfandrechts auch im österreichischen ABGB enthalten. Nach § 447 ABGB ist nämlich das Pfandrecht ein dingliches Recht, das dem Gläubiger eingeräumt wird, Befriedigung aus einer Sache zu erlangen, wenn eine Verbindlichkeit eine bestimmte Zeit nicht erfüllt wird. Das deutsche BGB kennt kein einheitlicher Pfandrechtbegriff. Nach dem BGB kann jedoch ein Grundstück bzw. eine bewegliche Sache und auch ein Recht zur Sicherung einer Forderung in der Weise belastet werden, dass der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus der Sache oder aus dem Recht zu suchen (§ 1113, § 1204, § 1273 BGB). Gemeinsames Kennzeichen ist die Sicherungsfunktion dieser Rechte. Siehe Baur, Fritz: Lehrbuch des Sachenrechts. 15. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1989. S. 20.

4 Der Begriff des Verwertungsrechts bedeutet, dass der Eigentümer einem anderen die Befugnis einräumen kann, die Sache zu verwerten, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind, insbesondere bestimmte Leistungen nicht erbracht werden. Siehe dazu Baur, op. cit. S. 20.

5 Da ein pfandrechtl. Rechtsverhältnis einen dinglichen Rechtscharakter hat, gilt dies ebenfalls für einen daraus abgeleiteten Anspruch. Der dingliche Rechtscharakter des pfandrechtl. Anspruchs bedeutet, dass sich der Anspruch in erster Linie auf den Pfandgegenstand und nur mittelbar auf die Person – den Eigentümer des Pfandgegenstands – richtet, die einen Interessenkonflikt mit diesem Anspruch hat. Der pfandrechtl. Anspruch mit dinglichem Rechtscharakter entsteht aus dem pfandrechtl. Rechtsverhältnis bei einem akzessorischen Pfandrecht zum Zeitpunkt des Ablaufs der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung und zum

eine Rechtswirkung aufgrund seines dinglichen Rechtscharakters (seiner absoluten Wirkung) nicht nur im Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, sondern auch gegenüber jedem außenstehenden Dritten aus (absoluter Schutz). Aus dem dinglichen Rechtscharakter folgt: wenn der Pfandschuldner-Eigentümer das Eigentumsrecht des Pfandgegenstandes überträgt, bleibt das Pfandrecht unberührt bestehen, d.h. der neue Eigentümer erwirbt ein mit Pfandrecht belastetes Eigentumsrecht und tritt als dinglicher Pfandschuldner ins pfandrechtliche Rechtsverhältnis ein. Das Pfandrecht sowie der zu seinem Wesensgehalt gehörende Befriedigungsvorrang können dementsprechend gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Pfandrechts geltend gemacht werden.

Das Pfandrecht räumt also dem Pfandgläubiger eine vorrangige Befriedigung (Befriedigungsvorrang) aus dem Pfandgegenstand gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Pfandgegenstands ein. Die Stellung des Pfandgläubigers ist jedoch insofern günstiger als die der sonstigen Gläubiger des Schuldners. Sein Recht zur vorrangigen Befriedigung seiner Geldforderung vor anderen Personen durch die Absonderung eines bestimmten Vermögensgegenstandes (Pfandgegenstand) zu seinen Gunsten gewährleistet wird. Deswegen befindet sich der Pfandgläubiger in einer privilegierten Lage. Er kann sein dingliches Recht mit absoluter Wirkung gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Pfandgegenstandes geltend machen. Auch die besondere wirtschaftliche Bedeutung des Pfandrechts stammt aus dem Befriedigungsvorrang des Pfandgläubigers gegenüber anderen Gläubigern.⁶

Aufgrund der absoluten Wirkung des Pfandrechts muss jeder – einschließlich der Personen, die nach dem Zustandekommen des Pfandrechts Rechte am Pfandgegenstand erwerben – dulden, dass der Pfandgläubiger seine Forderung aus dem Pfandgegenstand befriedigt. Die dem Pfandschuldner obliegende Duldungspflicht ist eng mit der auf den Pfandgegenstand

Zeitpunkt des Eintritts einer Bedingung nach dem Sicherungsvertrag bei einem selbstständigen (nicht-akzessorischen) Pfandrecht, d.h. in beiden Fällen zum Zeitpunkt der Eröffnung des Befriedigungsrechts (Pfandreife). Eine zusätzlich zu prüfende Frage ist die Beziehung zwischen dem dinglichen pfandrechtlichen Anspruch sowie dem Befriedigungsrecht ebenfalls mit dinglichem Rechtscharakter. Der pfandrechtliche Anspruch und das Befriedigungsrecht sind miteinander eng verbunden. In Ermangelung eines Befriedigungsrechts kann die Rede weder von einem wahren Pfandrecht noch von einem dinglichen pfandrechtlichen Anspruch sein. In Ermangelung eines Befriedigungsrechts bzw. wenn es nicht durch den Pfandgläubiger, sondern von einer anderen Person ausgeübt werden könnte, wäre das Pfandrecht vollkommen inhaltsentleert und würde seinen dinglichen Rechtscharakter einbüßen. In der Wirklichkeit kann es allerdings nicht dazu kommen, denn die auch zur Ausübung des Befriedigungsrechts berechtigte Person wird in jedem Fall als Pfandgläubiger angesehen.

6 Baur, op. cit. S. 309–310. Der Befriedigungsvorrang des Pfandgläubigers sowie die auf den Pfandgegenstand beschränkte Haftung des Pfandschuldners (Pfandhaftung) sind Hauptmerkmale von langfristigen Realkrediten in Verbindung mit Liegenschaften gegenüber ungesicherten bzw. zwar besicherten, jedoch kurzfristigen Personalkrediten. Realkredite in Verbindung mit Liegenschaften sind ein relativ neues Phänomen in der Wirtschafts- und Gesellschaftsentwicklung, die früher in antiken Gesellschaften noch unbekannt waren. Für die Erscheinung und Verbreitung von Realkrediten war nämlich die Registrierung von den Liegenschaften unerlässlich. Zu den Unterschieden zwischen den dinglichen Realkrediten und den Personalkrediten siehe Zalán, Kornél: *A régi magyar zálogbirtok és mai jogunk* [Der alte ungarische Pfandbesitz und das gültige Recht]. Dunántúl Rt. Egyetemi Nyomdája, Pécs, 1931. S. 11. Zur Bedeutung der Realkredite sowie deren ursprünglicher deutscher Rechtsfigur siehe noch: Gierke, Otto: *Deutsches Privatrecht*. Zweiter Band: Sachenrecht. Verlag von Duncker&Humblot, Leipzig, 1905. S. 812., Wieacker, Franz: *Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution*. In: Erdsiek, Gerhard (Hrsg.): *Juristen-Jahrbuch*, 9. Band, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln-Marienburg, 1968/69, S. 3., Buchholz, Stephan: *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht – Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld*. Klostermann Verlag, Frankfurt a. M., 1978. S. 93., 349., Coing, Helmut: *Die Neugestaltung des Liegenschaftsrechts*. In: Coing, Helmut (Hrsg.): *Studien zur Einwirkung der Industrialisierung auf das Recht*. Duncker&Humblot, Berlin, 1991. S. 9.

beschränkten Haftung des dinglichen Schuldners (Pfandhaftung) verbunden. Aus der beschränkten Ausfallhaftung folgt, dass der Pfandgläubiger vom Pfandschuldner die Erfüllung der gesicherten Forderung (die Zahlung) auch in einem Prozess nicht verlangen kann. Der Pfandschuldner-Eigentümer haftet also nur, er schuldet aber nicht.⁷ Dies hat also zur Folge, dass der Pfandschuldner bei einer Nichterfüllung durch den Hauptschuldner dulden muss, dass der Pfandgläubiger Befriedigung aus dem belasteten Vermögensgegenstand (Pfandgegenstand) sucht, wobei er die gesicherte Forderung nicht erfüllen muss.⁸

2. Akzessorietät

Akzessorietät ist ein Grundsatz unseres Zivilrechts, die neben dem Kreditsicherungsrecht auch in anderen Bereichen des Privatrechts auftaucht. Auch im Gesellschaftsrecht findet man einige Beispiele für die Akzessorietät. Die Haftung der unbeschränkt haftenden Gesellschafter bei Kommanditgesellschaften sowie die Haftung der Gesellschafter von offenen Handelsgesellschaften sind auch von akzessorischem (subsidiärem) Charakter. Subsidiaritätshaftung dieser Art ist eine akzessorische, sekundäre, mittelbare Ausfallhaftung.⁹ Als Muster für diese gesellschaftsrechtliche Rechtsfigur hat die Haftung des Bürgen gedient.¹⁰

Eine bestimmte Form der Akzessorietät wird als die Beziehung von den beiden Rechten zueinander, genauer formuliert als Abhängigkeit eines Rechtes von einem anderen Recht beschrieben. Das Hauptrecht (oder steuerndes Recht) und das akzessorische (subsidiäre) Recht sind miteinander auf die Weise verbunden, dass die Regelung für das Hauptrecht unmittelbar auch auf das akzessorische Recht anzuwenden ist. Das bedeutet, dass das Zustandekommen des akzessorischen Rechts auch während seines Bestehens und seiner Geltendmachung vom steuernden Recht abhängt, d.h. es teilt dasselbe rechtliche Schicksal.

Die Akzessorietät ist also eine einseitige Abhängigkeit eines jeweiligen Rechtes von einem anderen Recht. Diese Akzessorietät spielt eine wichtige Rolle. Sie reguliert nämlich das Ver-

7 Weber, Hansjörg: Kreditsicherungsrecht. 8. Auflage, C.H. Beck, München, 2006. S. 224.

8 Einer Duldungspflicht dieser Art ist auch an anderen Stellen im Zivilrecht zu begegnen, so erscheint sie auch in den Regeln für Verträge zum Deckungsentzug [§ 6:120 Absatz (3) uBGB].

9 Die Verantwortlichkeit soll von der Ausfallhaftung unterschieden werden. László Asztalos hat sich vormalig mit der Unterscheidung der Verantwortlichkeit von der Ausfallhaftung in der ungarischen Rechtsliteratur befasst. Er hat darauf hingewiesen, dass sich diese Unterscheidung aus dem Privatrecht auf der Basis der deutschen juristischen Dogmatik ableiten lässt. Im deutschen Privatrecht werden nämlich Haftung und Verantwortlichkeit unterschiedlich ausgelegt. Bei der Trennung der beiden Begriffe ging Asztalos davon aus, dass eine Sanktion, die als Rechtsfolge der Verantwortlichkeit realisiert wird, nicht immer haftungsbezogen ist. Eine mögliche Rechtsfolge hat in zahlreichen Fällen nämlich keine Verantwortlichkeitsvoraussetzung, denn sie kann auch objektiv sein. Dafür gibt es jedoch keine zusätzliche Bezeichnung in der ungarischen Sprache, höchstens den Begriff „objektive Sanktion“ (Einstehen, Erstattung). Demgegenüber erweist sich die Haftungssanktion in engerem Sinne als eine subjektive Bedingung (Schadenersatz, Vertragsstrafe). Siehe dazu: Asztalos László: Szankció és felelősség a polgári jogban [Sanktion und Haftung im Zivilrecht]. In: Asztalos László – Gönczöl Katalin (szerk.): Felelősség és szankció a jogban [Haftung und Sanktion im Recht]. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1980, S. 294. Dem Pfandschuldner und dem Bürgen obliegt eine Ausfallhaftung, die einen objektiven Charakter unter dem Aspekt hat, dass keine Freistellung von ihr möglich ist. Auch Fälle der Bürgenfreistellung können nicht als Fälle für die Freistellung von der Haftung angesehen werden.

10 Diese Regel ist maßgeblich sowohl für das ungarische als auch für das deutsche Recht. Siehe: Habersack, Mathias: Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts. Juristen Zeitung, 18/1997, S. 857.

hältnis zwischen den zwei unterschiedlichen Rechten, was vor allem bei der Übertragung und Belastung des steuernden Rechts in den Vordergrund tritt.¹¹ Dementsprechend kann die Akzessorietät an jeder Rechtsvorschrift erkannt werden, an der ein jeweiliges Recht ein Übergewicht gegenüber einem anderen Recht hat.¹² Die Frage ist jedoch, welche Grundlage dieses Übergewicht hat.

Die Akzessorietät kann daher als eine rechtstechnische Vereinfachung angesehen werden. Das bedeutet, dass die maßgeblichen Regeln für das primäre Rechtsverhältnis auf Basis des Akzessorietätsprinzips auch beim akzessorischen Rechtsverhältnis beachtet werden sollen. Das Prinzip der Akzessorietät vermittelt also dem akzessorischen Rechtsverhältnis die für das primäre Rechtsverhältnis maßgeblichen Bestimmungen. Die Parteien können in den Fällen der Akzessorietät ein Rechtsgeschäft einsparen, wobei das einzige Ziel wäre, dass das akzessorische-subsidiäre Recht dem steuernden Recht angepasst wird.¹³

Eine andere wesentliche Funktion der Akzessorietät ist der Schutz des Schuldners des akzessorischen Rechts. Dies zeigt sich darin, dass der Gläubiger den Schuldner nur in Anspruch nehmen kann, solange das Sicherungsziel besteht und eine obere Grenze durch den Umfang des steuernden Rechts vorgegeben wird. Dies hat auch zur Folge, dass es bei der Auflösung des steuernden Rechts zur Freistellung des Schuldners nicht notwendig wird, einen zusätzlichen Obligationsanspruch zu konstruieren.¹⁴

Je nachdem welche Bestandteile des primären steuernden Rechts durch das akzessorische Recht beglichen werden, kann von unterschiedlichen Erscheinungsformen der Akzessorietät die Rede sein:¹⁵

- a) Akzessorietät in Verbindung mit dem Zustandekommen;
- b) Akzessorietät in Verbindung mit dem Umfang der Rechte;
- c) Akzessorietät in Verbindung mit der Legitimation des Gläubigers;
- d) Akzessorietät in Verbindung mit der Geltendmachung eines Rechts;
- e) Akzessorietät in Verbindung mit der Aufhebung.

Das Prinzip der Akzessorietät soll also zum Ausdruck bringen, dass die Leistung dem Gläubiger nur einmal zusteht bzw. das steuernde Recht die Art und die Höhe der zu erbringenden Leistung bestimmt.

3. Das Verhältnis zwischen dem Pfandrecht und dem an die Stelle der gesicherten Forderung tretenden Ausgleichsanspruch

Im § 5:142 Absatz (2) uBGB sind mehrere Ausnahmefälle unter der Akzessorietät in Verbindung mit der Auflösung eines Pfandrechts festgehalten. Dementsprechend bleibt das Pfandrecht trotz der Auflösung der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung zur Sicherung der dem persönlichen Schuldner, dem Pfandschuldner oder einem Dritten zustehenden Ausgleichsforderung (Ausgleichsanspruch) bestehen. Dieser Ausgleichsanspruch kommt nach § 6:57 Absatz (2) uBGB zustande. Nach diesem Absatz steht einem Dritten ein Aus-

11 Habersack, op. cit. S. 863.

12 Ausnahmsweise kann es natürlich vorkommen, dass ein akzessorisches Recht stärker und primär wird.

13 Habersack, op. cit. S. 862.

14 Habersack, op. cit. S. 863.

15 Siehe dazu Medicus, Dieter: Die Akzessorietät im Zivilrecht. Juristische Schulung, 10/1971, S. 498–501.

gleichanspruch gegenüber dem persönlichen Schuldner zu, wenn dem Gläubiger die Leistung diesen außenstehenden Dritten erbracht hat und wenn nichts anderes aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Dritten folgt.

In Verbindung damit regelt § 5:142 Absatz (2) uBGB drei unterschiedliche Fälle, wenn das Pfandrecht zur Sicherung eines Ausgleichsanspruchs fortbestehen:

- a) zur Sicherung des Ausgleichsanspruchs des persönlichen Schuldners (der aber kein Pfandschuldner ist),
- b) zur Sicherung des Ausgleichsanspruchs des Pfandschuldners (der aber kein persönlicher Schuldner ist) und schließlich
- c) zur Sicherung des Ausgleichsanspruchs eines außenstehenden Dritten.

In diesen Fällen bleibt also das Pfandrecht trotz Erlöschens der gesicherten Forderung bestehen und sichert im Weiteren eine andere Forderung, nämlich den Ausgleichsanspruch der den Gläubiger befriedigenden Person. In diesen Fällen kommt es also zu einem Forderungsaustausch nach dem Gesetz (*cessio legis*). Es geht um zwei verschiedene Forderungen bzw. Ansprüche, wenn auch ihre Beträge (Höhe) eventuell miteinander übereinstimmen.

Den drei Ausnahmefällen ist gemeinsam, dass der Pfandgläubiger in allen drei Fällen eine Befriedigung erhält, denn die gesicherte Forderung wird von jemandem erfüllt. Es ist ihnen ebenfalls gemeinsam, dass die Art der Befriedigung gleichgültig ist, das heißt, sie ist nicht nur auf dem Wege einer Zahlung, sondern auch über eine Aufrechnung möglich.

Nachstehend wird geprüft, zu welchen praktischen Problemen die von unserem alten Privatrecht abweichende Lösung in uBGB aus dem Jahre 2013 führt und welche Möglichkeiten sich zu deren Lösung bieten.

3.1. Erfüllung der gesicherten Forderung durch den persönlichen Schuldner als Nichtpfandschuldner

Der erste Fall ist, der im § 5:142 Absatz (2) uBGB geregelt wird, wenn das Pfandrecht zur Sicherung des dem persönlichen Schuldner (der ist aber kein Pfandschuldner) zustehenden Ausgleichsanspruchs bestehen bleibt. Wird der Pfandgläubiger durch den persönlichen Schuldner befriedigt, ist die gesicherte Forderung erloschen. Wenn aber der persönliche Schuldner einen Ausgleich von jemandem verlangen kann, bleibt das Pfandrecht zur Sicherung dieses Anspruchs bestehen. Eine Voraussetzung für diesen Fall ist jedoch, dass der persönliche Schuldner gleichzeitig kein Pfandschuldner sein darf, das heißt, die Person der beiden Verpflichteten darf nicht identisch sein.

Einer dieser seltenen Fälle ist, wenn es einen Gesamtschuldner in diesem Schuldverhältnis gibt, der zugleich auch Pfandschuldner ist, während andere Gesamtschuldner keine Pfandschuldner sind. Wenn der solidarische Gesamtschuldner als Nichtpfandschuldner den Gläubiger befriedigt, kommt ein Ausgleichsanspruch von ihm gegenüber den anderen Gesamtschuldnern zustande. Zur Sicherung dieses Ausgleichsanspruchs bleibt das Pfandrecht gegenüber den anderen Gesamtschuldnern bestehen. Da jedoch dieser Anspruch – auf Basis des bestehenden Abrechnungsverhältnisses unter den solidarischen Gesamtschuldnern – in der Regel nur einen Teil der ursprünglichen Forderung ausmacht, bleibt deshalb auch das

Pfandrecht nur bis zur Höhe des Ausgleichsanspruchs bestehen und es steht dem persönlichen Schuldner (Gesamtschuldner), der den Pfandgläubiger befriedigt, zu.

3.2. Befriedigung des Gläubigers durch den dinglichen Pfandschuldner als nicht persönlichen Schuldner

Nach § 5:142 Absatz (2) uBGB bleibt das Pfandrecht auch trotz Erlöschen der gesicherten Forderung zur Sicherung des dem dinglichen Pfandschuldner zustehenden Ausgleichsanspruchs bestehen.

Wenn der dingliche Pfandschuldner den Pfandgläubiger befriedigt, entsteht dem dinglichen Pfandschuldner ein Ausgleichsanspruch gegenüber dem persönlichen Schuldner.¹⁶ Eine Rechtsgrundlage dafür ist im § 6:57 Absatz (2) uBGB vorhanden.¹⁷ Zusätzlich schreibt § 6:57 Absatz (3) uBGB vor: wenn mit Rücksicht auf die Erfüllung der Forderung eine Forderung des Dritten gegenüber dem (persönlichen) Schuldner entsteht, bleiben die Sicherheiten der gelöschten Forderung bestehen und sie sichern diese andere Forderung (diesen Ausgleichsanspruch). Diese Bestimmung ist auch anzuwenden, wenn die Erfüllung der Forderung durch ein Pfandrecht oder die Ausfallhaftung einer Person erfolgt. § 6:57 Absatz (3) uBGB deckt daher zwei von den in § 5:142 § Absatz (2) genannten Fällen ab.

§ 259 Absatz (1) uBGB aus dem Jahre 1959 hat früher die Befriedigung der gesicherten Forderung aus dem Pfandgegenstand geregelt. Diese Bestimmung hat Folgendes verfügt: wenn der Eigentümer des Pfandgegenstandes sowie der persönliche Schuldner der Forderung unterschiedliche Personen gewesen sind und der Gläubiger eine Befriedigung aus dem Pfandgegenstand erhalten hat, ist das Pfandrecht erloschen und die Forderung geht mit deren sonstigen Sicherheiten bis zur Befriedigungshöhe auf den Eigentümer über. Das neue uBGB hat diese Bestimmung nur in Hinsicht auf § 5:142 Absatz (1) Punkt f) im Zusammenhang mit der pfandrechtlichen Regelung übernommen. Sie legt fest, dass das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger sein Befriedigungsrecht geltend macht und den Pfandgegenstand verkauft oder das Eigentumsrecht am Gegenstand erwirbt. Das Pfandrecht erlischt also, wenn die Befriedigung des Pfandgläubigers nicht durch die Erfüllung durch den Pfandschuldner erfolgt, sondern durch die Geltendmachung des Pfandrechts. In diesem Fall bleibt das Pfandrecht am verkauften oder vom Pfandgläubiger erworbenen Vermögensgegenstand (d.h. am früheren Pfandgegenstand) zur Sicherung des Ausgleichsanspruchs des Pfandschuldners nicht bestehen. Der Befriedigungsanspruch steht dem Pfandschuldner gegenüber dem persönlichen Schuldner trotzdem zu, denn er hat dulden müssen, dass der Pfandgläubiger eine Befriedigung aus dem Pfandgegenstand in seinem Eigentum erhält. Die Grundlage für den

16 Obwohl das uBGB diese Voraussetzung nicht erklärt, ist der dingliche Pfandschuldner in diesem Fall überwiegend zugleich auch ein nichtpersönlicher Schuldner. Ausnahmsweise kann es jedoch auch vorkommen, dass nicht alle solidarischen Gesamtschuldner Pfandschuldner sind. Dem den Gläubiger befriedigenden Pfandschuldner entsteht in diesem Fall ein Ausgleichsanspruch gegenüber den anderen solidarischen Gesamtschuldnern und das Pfandrecht bleibt auch in diesem Fall zur Sicherung des Ausgleichsanspruchs zugunsten dieses Pfandschuldners bestehen.

17 Nach § 6:57. Absatz (2) steht einem Dritten ein Ausgleichsanspruch gegenüber dem (persönlichen) Schuldner zu, wenn dem Gläubiger die Leistung diesen außenstehenden Dritten erbracht hat und wenn nichts anderes aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Dritten folgt.

Ausgleichsanspruch des Pfandschuldners ist in diesem Fall § 6:57 Absätze (2) und (3) uBGB. Dem eine Befriedigung aus dem Pfandgegenstand dulddenden Pfandschuldner steht in diesem Fall ein Ausgleichsanspruch gegenüber dem persönlichen Schuldner ohne das Fortbestehen des Pfandrechts zu. Die Sicherheiten der ursprünglichen Forderung über das Pfandrecht hinausgehend bleiben jedoch auch in diesem Fall zugunsten des Pfandschuldners bestehen.

Das Pfandrecht bleibt also nach neuen uBGB zugunsten des Pfandschuldners, der den Pfandgläubiger freiwillig befriedigt hat, bestehen. Das Pfandrecht bleibt jedoch nicht bestehen, sondern es erlischt, wenn der Pfandgläubiger nicht durch eine freiwillige Leistung sondern durch die Geltendmachung des Pfandrechts (Geltendmachung seines Befriedigungsrechts) befriedigt wird.

Bei einem Vergleich mit den Bestimmungen im alten ungarischen Privatrecht zeigen sich weitere Unterschiede. Nach § 9 Gesetz Nr. 35 aus dem Jahre 1927 über die Hypothek (nachfolgend: Jt.) ist nämlich neben dem Forderungsübergang auch die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen, wodurch ein eigenes Eigentümerhypothek zustande gekommen ist. § 259 Absatz (1) uBGB aus dem Jahre 1959 hat für diesen Fall den Pfandrechtsübergang nicht festgehalten, weil er das Rechtsinstitut des Eigentümerpfandrechts nicht anerkannt hat. Das uBGB aus dem Jahre 1959 hat jedoch die Vermögensinteressen des Pfandschuldners ebenfalls in Schutz genommen. Es hat nämlich festgehalten, dass das Pfandrecht erloschen ist, wenn der Eigentümer des Pfandgegenstands (der Pfandschuldner) die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung erwirbt; falls aber der Forderung erwerbende Pfandschuldner kein persönlicher Schuldner ist, bleibt dennoch das Pfandrecht gegenüber den nachrangigen Pfandgläubigern bestehen. Der Pfandschuldner als nicht persönlicher Schuldner hat sich gegenüber den nachrangigen Pfandgläubigern im Fall der Geltendmachung ihres Befriedigungsrechts auf das ihm zustehende Pfandrecht beziehen können. Das heißt, er hat bis zur Höhe der von ihm befriedigten und dadurch auf ihn übergegangenen Forderung vor den nachrangigen Pfandgläubigern Befriedigung aus dem in seinem Eigentum stehenden Pfandgegenstand erhalten können.

Es stellt sich die Frage, welche Folgen die bestehenden Unterschiede zwischen unserem früheren Privatrecht sowie den beschriebenen Bestimmungen im uBGB aus dem Jahre 1959 bzw. § 5:142 Absatz (2) des neuen uBGB haben. Diese Unterscheidung erscheint vor allem in Hinsicht auf die Einwände und Einreden.

Nach unserem alten Recht hat der persönliche Schuldner gegenüber dem den Gläubiger befriedigenden dinglichen Pfandschuldner alle Einwände und Einreden geltend machen können, die er sowohl gegenüber dem Eigentümer als auch gegenüber dem Gläubiger hat machen können.¹⁸ Der persönliche Schuldner hat vor allem Einwände in Bezug auf die gesicherte Forderung bzw. das Grundverhältnis gegenüber dem Gläubiger zur Geltung bringen können.

§ 5:142 Absatz (2) uBGB legt zugleich das Erlöschen der gesicherten Forderung fest. Demzufolge werden auch die Einwände und Einreden beseitigt, die sich auf das Grundgeschäft bzw. die daraus abgeleitete gesicherte Forderung bezogen haben. Der persönliche Schuldner kann zwar seine bestehenden Einwände und Einreden gegenüber dem Pfandschuldner mit Ausgleichsanspruch ausüben, aber er kann die zu der früher gesicherten Forderung gehörenden Einwände und Einreden nicht mehr geltend machen. In diesem Fall bleibt dem persön-

18 Nizsalovszky Endre: A jelzálogjog jogszabályainak magyarázata [Kommentar zu den Rechtsnormen der Hypothek]. Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1929. S. 33.

lichen Schuldner die einzige Möglichkeit, dass er sich als Aufrechnungseinwand gegenüber dem Pfandschuldner darauf bezieht, dass Letzterer bei der Befriedigung des Gläubigers die Geltendmachung der Einwände unterlassen hat, die auch dem persönlichen Schuldner gegenüber dem Gläubiger zugestanden hätten. Es ist natürlich zu prüfen, ob der persönliche Schuldner Mitschuld daran hat, dass er die Geltendmachung von Einwänden – einschließlich Aufrechnungseinwand – gegenüber dem Pfandgläubiger unterlassen hat. Denn auch in diesem Zusammenhang wird der Grundsatz nach § 1:4 Absatz (2) uBGB geltend gemacht, dass sich niemand auf sein schuldhaftes Verhalten zum Erwerb von Vorteilen berufen kann.

Darüber hinausgehend stellt sich unter dem Aspekt der Dogmatik die Frage, ob die ursprüngliche gesicherte Forderung mit der Befriedigung des Gläubigers durch den dinglichen Schuldner erloschen ist oder sie bis zur Höhe der Befriedigung als *cessio legis* – in Form eines Ausgleichsanspruchs – auf den Pfandschuldner übergeht. In Verbindung damit kann sich die Frage stellen, ob dieser Ausgleichsanspruch eine neue Forderung ist oder mit der ursprünglichen gesicherten Forderung (zumindest in Bezug auf die Einwände) identisch ist. Im Zusammenhang damit ist es sinnvoll, sich auf das alte Recht zu beziehen, nach dem die ursprüngliche Forderung ausschließlich in dem Fall erloschen ist, wenn der persönliche Schuldner der Forderung den Gläubiger befriedigt hat.

In § 6:3 Punkt a) uBGB ist in diesem Zusammenhang nur enthalten, dass das Schuldverhältnis durch die Erbringung der Leistung erlischt. Daraus folgt, dass das Schuldverhältnis durch die Leistung in jedem Fall erlischt, egal wer die Leistung erbracht hat, sei es der persönliche Schuldner oder ein Dritter. Daraus folgt wiederum, dass auch auf den Pfandschuldner nicht die ursprüngliche gesicherte Forderung übergeht, denn sie ist durch die Befriedigung des Gläubigers durch den Pfandschuldner erloschen. Der Ausgleichsanspruch ist dementsprechend keine auf den Pfandschuldner als *cessio legis* übergehende Rechtsfigur der ursprünglichen Forderung, sondern eine vollkommen neue Forderung. Diese Deutung wird durch die ministeriale Begründung zum uBGB bestätigt, in der hervorgehoben wird, dass das ursprüngliche Schuldverhältnis durch die Leistung seitens des Dritten aufgelöst wird, und der Schuldner in ein Abrechnungsverhältnis mit dem leistenden Dritten kommt bzw. sein Ausgleichsanspruch in diesem Rahmen zustande kommt. Infolge des Erlöschens der Forderung bzw. der Schuld kann auch vom Übergang der ursprünglichen Forderung nicht die Rede sein.¹⁹

Es ist eine weitere Frage, welchen Inhalt das auf den Pfandschuldner übergehende bzw. ihm zustehende Eigentümerpfandrecht nach § 5:142 Absatz (2) uBGB hat. Der neue Kodex schweigt sich darüber aus, somit beantwortet er auch die Frage nicht, ob es ein vollständiges Pfandrecht mit absoluter Wirkung ist oder eine rechtliche Relevanz nur gegenüber nachrangigen Pfandgläubigern hat, aber sonst für die anderen Beteiligten des Rechtsverkehrs nicht existiert. Es gab einen Standpunkt zum § 259 Absatz (4) uBGB aus dem Jahre 1959 in der Rechtsliteratur, der diese Rechtsfigur als ein relatives, ausschließlich gegenüber nachrangigen Pfandgläubigern gültiges „fortbestehendes“ Pfandrecht ansah.²⁰

Unserer Meinung nach geht es jedoch in § 5:142 Absatz (2) uBGB nicht mehr darum, sondern es geht um ein vollwertiges Eigentümerpfandrecht, das eine dingliche Wirkung gegenüber allen hat. Es stellt sich jedoch die Frage, ob dieses Eigentümerpfandrecht nur in Form

19 Begründung zum Gesetzesentwurf Nr. T/7971. über das Bürgerliche Gesetzbuch, S. 561–562.

20 Anka Tibor – Gárdos István – Nemes András: A zálogjog kézikönyve [Handbuch des Pfandrechts]. HVG-ORAC Kiadó, Budapest, 2003, S. 31.

einer Hypothek oder auch als Faustpfandrecht zustande kommen kann. Der Gesetzestext von neuen uBGB macht keinen Unterschied zwischen Faustpfandrecht und Hypothek in dieser Hinsicht, woraus im Prinzip folgt, dass diese Art des Eigentümerpfandrechts auf jeder Art des Pfandrechts zustande kommen kann. Wir haben aber gesehen, dass unser altes Privatrecht dies nur bei der Hypothek anerkannt hat. Die Anerkennung des Eigentümerpfandrechts würde beim Faustpfandrecht auf erhebliche praktische Schwierigkeiten stoßen. Die Voraussetzung wäre dafür nämlich, dass das Faustpfandrecht dem neuen Gläubiger, also dem Besitzer des Pfandgegenstandes zusteht. Deswegen sollte der Pfandgegenstand in den Besitz des Gläubigers übertragen werden. In diesem Fall wäre jedoch das Bestehen des Faustpfandrechts für Dritte nicht mehr zu erkennen, d.h. die Publizität des Faustpfandrechts wäre damit erloschen. Ein Eigentümerfaustpfandrecht wäre im Grunde in dem Fall vorstellbar, dass der Pfandhalter (also eine dritte Person) den Pfandgegenstand – nach einer Vereinbarung zwischen den Parteien – in seinem Besitz hat.²¹

Im Falle der Hypothek stellt sich auch die Frage, wie der Pfandschuldner-Eigentümer dieses eigene Pfandrecht (eigene Hypothek) in einem Vollstreckungsverfahren bzw. Liquidationsverfahren geltend machen kann. Das Eigentümerpfandrecht ist erst dann sinnvoll, wenn aufgrund dessen ein Eigentümer in einem gegen ihn eingeleiteten Vollstreckungs- oder Liquidationsverfahren einen Ausgleichsanspruch erheben kann. Also, die Forderung, die ihm durch das Eigentümerpfandrecht eingeräumt wird, wird ihm ausgezahlt. Um hier eine zufriedenstellende Regelung zu finden, sollten sinnvollerweise die Regeln für die Geltendmachung des Eigentümerpfandrechts in Insolvenzverfahren festgestellt werden.

Aus dem oben Angeführten geht hervor, dass § 5:142 Absatz (2) uBGB nicht für den Fall gilt, wenn die Forderungsbefriedigung bei der Geltendmachung des Pfandrechts stattfindet. In diesem Fall muss der Pfandschuldner die Zwangsvollstreckung am Pfandgegenstand, oder ein gegen ihn eingeleitetes Liquidationsverfahren bzw. die Ausübung des Pfandrechts außerhalb einer Zwangsvollstreckung dulden. In diesem Fall bleibt der Pfandgegenstand nicht mehr im Eigentum des Pfandschuldners und entweder der Pfandgläubiger oder ein außenstehender Dritter erwirbt das Eigentumsrecht daran. In diesem letzteren Fall gewährleistet das Zivilrecht den lastenfreien Eigentumserwerb. Das Pfandrecht an einem ins Eigentum einer anderen Person gelangenden Pfandgegenstand kann auch unabhängig davon nicht aufrechterhalten werden, denn der neue Eigentümer hat keinen Ausgleichsanspruch, für dessen Sicherung das Pfandrecht fortbestehen sollte (oder wenn er auch einen solchen Ausgleichsanspruch hatte, ist er mit dem Erwerb des Eigentumsrechts am Pfandgegenstand erloschen).

Daraus können wir schlussfolgern, dass dem Pfandschuldner eine Wahlmöglichkeit zustehen soll:

- entweder duldet er, dass der Pfandgläubiger sein Pfandrecht geltend macht und er in diesem Fall das Eigentumsrecht am Pfandgegenstand und damit auch die Möglichkeit für das fortbestehende Eigentümerpfandrecht verliert,
- oder er erlischt die Forderung durch seine Leistung (Zahlung, Aufrechnung), befriedigt den Gläubiger und ihm steht dann auch das fortbestehende Eigentümerpfandrecht zur Sicherung seines so entstandenen Ausgleichsanspruchs zu.

21 Auch der Fall, dass ein Faustpfandrecht am selben Pfandgegenstand gleichzeitig mehreren Personen an unterschiedlichen Rangstellen zusteht, wäre nur bei der Übergabe des Pfandgegenstandes an den Pfandhalter vorstellbar.

Ein anderer Fall des Eigentümerpfandrechts findet sich in § 5:142 Absatz (3) uBGB. Demnach bleibt das Pfandrecht zur Sicherung der mit Pfandrecht gesicherten Forderung bestehen, wenn dieselbe Person Pfandschuldner und Pfandgläubiger wird (Konsolidation bzw. Konfusion).

Der dritte Fall des Eigentümerpfandrechts erscheint im Zusammenhang mit dem selbstständigen (nicht-akzessorischen) Pfandrecht: wenn der Pfandschuldner vom Pfandgläubiger die Umschreibung des selbstständigen Pfandrechts auf sich selbst nach § 5:100 Absatz (8) uBGB verlangt. In diesem Fall gibt es jedoch keine Forderung, für deren Sicherung das Eigentümerpfandrecht aufrechterhalten werden sollte. Das selbstständige Eigentümerpfandrecht kann daher mit einem Rangordnungsrecht verglichen werden, über das der Eigentümer – als vorheriger Pfandschuldner – selbst verfügen kann.²²

Das Verhältnis der drei Fälle des Eigentümerpfandrechts zueinander bedarf einer gründlichen Analyse, es lässt sich aber feststellen, dass sie gleichzeitig nicht bestehen bzw. nicht zustande kommen können. Eines ist aber klar: wenn der Schuldner des selbstständigen Pfandrechts dem Pfandgläubiger die Leistung für den persönlichen Schuldner erbringt, erlischt das selbstständige Pfandrecht nur aus diesem Grund nicht.

3.3. Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten

§ 5:142 Absatz (2) uBGB regelt den dritten Fall, in dem der Pfandgläubiger eine Befriedigung von einem Dritten erhält, der weder persönlicher Schuldner noch dinglicher Pfandschuldner ist. Die Grundlage dafür ist in dem bereits zitierten § 6:57 uBGB festgelegt.

Das Pfandrecht wird auch in diesem Fall aufrechterhalten und sichert den Ausgleichsanspruch des Befriedigung erbringenden Dritten (der typischerweise ein Bürge ist). Es kann nämlich vorkommen, dass das Pfandrecht und die Bürgschaft gemeinsam dieselbe Forderung sichern und der Bürge den Pfandgläubiger befriedigt. In diesem Fall erlischt das Pfandrecht nicht, sondern es bleibt zur Sicherung der dem Bürgen zustehenden Ausgleichsforderung bestehen.

Das uBGB enthält keine Bestimmungen zur Temporalität der die Grundforderung besichernden Bürgschaft und des Pfandrechts, im Gegensatz zum § 276 Absatz (1) uBGB aus dem Jahre 1959. Demnach stellt sich die Frage, ob dem leistenden Bürgen nur das Pfandrecht, das vor seiner Bürgschaftsübernahme entstanden ist oder auch das Pfandrecht, das nach der Bürgschaftsübernahme entstanden ist, zusteht. Es stellt sich weiterhin die Frage, ob der Pfandschuldner gegen den Bürgen vorgehen kann, wenn die Forderung auch durch eine Bürgschaftsübernahme gesichert ist und der Pfandgläubiger vom Pfandschuldner eine Befriedigung erhalten hat.²³

Der Standpunkt in der Rechtsliteratur wird auch weiterhin als maßgeblich angesehen, nach dem der Pfandschuldner – bei seiner Leistung – nur die vor seinem Pfandrecht entstandenen Sicherheiten erwerben kann ebenso wie auch der leistende Bürge. Dementsprechend kann der Pfandschuldner gegen den Bürgen erst dann vorgehen, wenn das Pfandrecht nach der

22 Siehe dazu: Bodzási, Balázs: Das neu geregelte nicht akzessorische Pfandrecht im ungarischen Zivilgesetzbuch. Bankarchiv (ÖBA), 6/2017, S. 399.

23 Siehe dazu: Csehi, Zoltán: Diké kísértése – Magánjogi és kultúrtörténeti tanulmányok [Versuchung Diké – Privatrechtliche und kulturgeschichtliche Aufsätze]. Gondolat Kiadó, Budapest, 2005. S. 188.

Bürgschaftsübernahme entstanden ist.²⁴ Dafür spricht auch unser altes Privatrecht, nach dem bereits bestehende Nebenrechte nur auf die Partei übergegangen sind, die später die Ausfallhaftung für die Erfüllung derselben Forderung übernommen hat. Auf den den Gläubiger befriedigenden Bürgen ist also das Pfandrecht erst dann übergegangen, wenn es bereits vorgelegen hat, wenn die Bürgschaft für die Forderung übernommen worden ist.²⁵

Fraglich ist allerdings, ob der den Gläubiger befriedigende Person (Bürge oder dinglicher Pfandschuldner) gegen den anderen vorgehen kann, wenn die Begründung des Pfandrechts und die Bürgschaftsübernahme zur gleichen Zeit geschehen. Dies sollte anerkannt werden, falls die beiden Sicherheitsleistungen mit Rücksicht aufeinander erfolgt sind. In Ermangelung dessen kann der den Gläubiger befriedigende Bürge gegen den Pfandschuldner nicht vorgehen und auch dem Pfandschuldner steht kein Ausgleichsanspruch gegenüber dem Bürgen zu. Zu dieser Schlussfolgerung kann man auch nach § 6:427 Absatz (2) uBGB²⁶ kommen, der nach der Verweisungsregel in § 6:428 uBGB²⁷ anzuwenden ist.

Die Parteien können im Bürgschaftsvertrag auch weiterhin vereinbaren, dass der Gläubiger zuerst sein Pfandrecht geltend macht, d.h., er versucht bei einer Nichterfüllung durch den Hauptschuldner seine Forderung aus dem Pfandgegenstand zu befriedigen und nur bei Erfolglosigkeit geht er gegen den Bürgen vor. In Ermangelung einer solchen vertraglichen Vereinbarung mit Rangfolgepflicht kann jedoch der Gläubiger frei darüber entscheiden, in welcher Reihenfolge er seine Forderung geltend macht, denn der Bürge und der dingliche Pfandschuldner sollen solidarisch nach § 6:427 Absatz (1) uBGB gegenüber ihm eintreten.

Nach § 6:428 uBGB sollen die Bestimmungen für mehrere Bürgen auf das Entstehen des Bürgen und des Pfandschuldners und ihr Verhältnis zueinander sinngemäß angewendet werden, wenn dieselbe Verbindlichkeit durch eine Bürgschaft und ein Pfandrecht, das durch eine vom persönlichen Schuldner abweichende Person begründet wurde, gesichert ist. Diese Regeln sind in § 6:427 uBGB enthalten.

Nach uBGB sollen dementsprechend der Bürge und der dingliche Pfandschuldner gegenüber dem Pfandgläubiger (also im Außenverhältnis) gesamtschuldnerisch und in ihrem Innenverhältnis untereinander nach dem Kriterium verpflichtet, ob sie die Verbindlichkeit mit Rücksicht aufeinander oder ohne sie übernommen haben. Wenn sie ihre Verbindlichkeit ohne Rücksicht aufeinander übernommen haben, steht der die Leistung erbringenden Person der Ausgleichsanspruch nur gegenüber denen zu, deren Verbindlichkeit früher entstanden ist.²⁸ Wenn sie jedoch die Verbindlichkeit mit Rücksicht aufeinander übernommen haben,

24 Salamonné dr. Solyosi Ibolya: A szerződészek biztosítékai [Die Sicherungen von Verträgen]. AGROCENT Kiadó, Budapest, 1999. S. 151.

25 Nizsalovszky Endre: Korlátolt dologi jogok [Beschränkte dingliche Rechte]. In: Szladits Károly (szerk.): Magyar Magánjog. Ötödik kötet – Dologi jog [Ungarisches Privatrecht, Fünftes Band – Sachenrecht]. Budapest, Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1942. S. 721.

26 § 6:427. Absatz (1) uBGB: Wenn für dieselben Verbindlichkeiten mehrere Personen eine Bürgschaft übernehmen, haben die Bürgen gegenüber dem Gläubiger gesamtschuldnerisch einzustehen.

27 § 6:428. uBGB: Werden dieselben Verbindlichkeiten durch eine Bürgschaft und ein von einer vom Schuldner abweichenden Person errichtetes Pfandrecht gesichert, sind auf die Haftung des Bürgen und des Pfandschuldners und ihr Verhältnis untereinander die auf mehrere Bürgen bezogenen Bestimmungen entsprechend anzuwenden.

28 § 6:427. § Absatz (2) uBGB: Wenn mehrere Bürgen ohne Rücksicht aufeinander die Bürgschaft übernehmen, werden die Verbindlichkeiten von ihnen in ihrem Verhältnis untereinander in der Reihenfolge getragen, in der sie die Bürgschaft übernommen haben. Der Bürge, der gegenüber dem Gläubiger von einer Beanstandung der Reihenfolge Gebrauch macht, kann diese Einrede auch gegenüber dem die Forderung des Gläubigers befriedigenden Bürgen geltend machen.

müssen sie im Verhältnis ihrer Risikoübernahme in ihrem Innenverhältnis untereinander eintreten.²⁹ Es kann in diesem Fall allerdings fraglich sein, wie das Verhältnis ihrer Risikoübernahme festgestellt werden kann. Im Prinzip haben sich sowohl der dingliche Pfandschuldner als auch der Bürge zur Leistung der Gesamtschuld verpflichtet, es sei denn, sie haben vertraglich den Umfang ihrer Verpflichtung beschränkt (wie z.B. Höchstbetragshypothek oder Höchstbetragsbürgschaft). Der dingliche Pfandschuldner soll jedoch nur bis zur Höhe des Wertes des Pfandgegenstandes eintreten, wenn er zugleich kein persönlicher Schuldner ist. Der Bürge haftet jedoch mit seinem Gesamtvermögen (wie auch der persönliche Hauptschuldner). Wenn die Forderung den Wert des Pfandgegenstandes übersteigt und der Pfandschuldner zugleich kein persönlicher Schuldner ist, kann die Bestimmung des Verhältnisses der Risikoübernahme ein Problem verursachen.

Letztlich soll auch darauf hingewiesen werden, dass dem Berechtigten der gesicherten Forderung (Gläubiger) als dem Berechtigten des Bürgschaftsvertrags – auch in Ermangelung einer zusätzlichen vertraglichen Klausel – eine Sorgfaltspflicht in Verbindung mit der Durchsetzbarkeit des Ausgleichsanspruchs des Bürgen und der Aufrechterhaltung der Sicherheiten der Forderung obliegt. Sollte die Begründung eines Pfandrechts, das die Forderung gegenüber dem persönlichen Schuldner neben der Bürgschaftsübernahme hätte sichern sollen, aus Verschulden des Gläubigers vereitelt werden und kann deswegen der ihn – vor der einschlägigen Kenntnisnahme – befriedigende Bürge seinen Ausgleichsanspruch nicht erfolgreich durchsetzen, hat der Gläubiger den Schaden des Bürgen in Verbindung damit zu ersetzen. Dem Bürgen steht nämlich ein gesetzliches Interesse zu: wenn er dem Gläubiger anstelle des persönlichen Schuldners Leistungen erbringt, muss er seinen Ausgleichsanspruch gegenüber dem persönlichen Schuldner erfolgreich durchsetzen können. Auch der Gläubiger soll auf die Interessen des Bürgen Rücksicht nehmen und darf die Durchsetzbarkeit des Ausgleichsanspruchs durch sein Verhalten nicht gefährden oder vereiteln. Der Oberste Gerichtshof (Kúria) hat in Verbindung damit festgestellt, dass sich diese Sorgfaltspflicht aus dem Wesen des Bürgschaftsvertrags ergibt und dem Gläubiger auch in Ermangelung einer darauf gerichteten ausdrücklich festgehaltenen vertraglichen Verpflichtung obliegt. Sollte der Gläubiger dieser Pflicht nicht nachkommen, d.h. er verzichtet auf Sicherheiten der Forderung, aus der der Bürge seinen Ausgleichsanspruch hätte befriedigen können oder wird der Ausgleichsanspruch des Bürgen aus seinem Verschulden sonst uneintreibbar, wird der Bürge von seiner Zahlungspflicht gegenüber dem Gläubiger freigestellt bzw. er kann – wenn er die Forderung des Gläubigers bereits beglichen hat – seinen erlittenen Schaden gegenüber dem Gläubiger geltend machen [Juristische Grundsatzurteile (EBH), 2015. P.9.].

3.4. Das Verhältnis zwischen der Aufrechterhaltung des Pfandrechts und dem Liquidationsverfahren

Ein Forderungsaustausch nach § 5:142 Absatz (2) uBGB kann auch in mehreren Fällen Probleme verursachen, so zum Beispiel in einem Liquidationsverfahren. Der neue Gläubiger des von Rechts wegen fortbestehenden Pfandrechts soll sich nämlich im Liquidationsverfahren

²⁹ § 6:427. § Absatz (3) uBGB: Übernehmen die Bürgen die Bürgschaft mit Rücksicht aufeinander, müssen sie in ihrem Verhältnis untereinander im Verhältnis ihrer Risikoübernahme eintreten.

gegen den Schuldner des Ausgleichsanspruchs zur Sicherung des Ausgleichsanspruchs anmelden. Eine Ausnahme hierfür ist nur der Fall des Eigentümerpfandrechts, denn der Pfandschuldner kann sich aktuell – in Ermangelung einer einschlägigen gesetzlichen Möglichkeit – im Liquidationsverfahren gegen den persönlichen Schuldner nicht anmelden. In den sonstigen Fällen, wenn ein Liquidationsverfahren gegen den persönlichen Schuldner eingeleitet worden ist und sich der ursprüngliche Pfandgläubiger rechtzeitig im Verfahren angemeldet hat, soll sich die den Pfandgläubiger befriedigende Person im selben Liquidationsverfahren anmelden, andernfalls werden sowohl ihre Forderung als auch ihr Pfandrecht erlöschen.

Es ist allerdings nach dem uBGB fraglich, ob dieser neue Gläubiger die Position des ursprünglichen Pfandgläubigers im Liquidationsverfahren gegen den persönlichen Schuldner einnehmen kann, denn ihm steht nicht die ursprüngliche Forderung, sondern ein neu entstandener Ausgleichsanspruch zu. Das hat sich nach dem uBGB aus dem Jahre 1959 nicht als fraglich erwiesen, denn der alte Kodex hat nicht die Auflösung der ursprünglichen Forderung und die Entstehung eines durch ein Pfandrecht gesicherten neuen Ausgleichsanspruchs festgelegt, sondern er hat über den Übergang der ursprünglichen Forderung und des sie sichernden Pfandrechts auf die den Pfandgläubiger befriedigende Person verfügt.

Zur Vermeidung von Auslegungsunsicherheiten sollte auch in den Rechtsvorschriften zu den Insolvenzverfahren anerkannt werden, dass der Gläubiger des Ausgleichsanspruchs als Pfandgläubiger in Vollstreckungs- bzw. Liquidationsverfahren gegen den Schuldner des Ausgleichsanspruchs eintreten kann. Der Gläubiger des fortbestehenden Pfandrechts tritt dementsprechend in die Position des ursprünglichen Pfandgläubigers an dessen Rangstelle.

3.5. Teilzusammenfassung

Aus dem oben Angeführten geht hervor, dass das Verhältnis zwischen dem Pfandrecht und der gesicherten Forderung auf eine besondere Art und Weise zur Geltung kommt, wenn eine Person, der dadurch eine Ausgleichsforderung gegenüber dem persönlichen Schuldner entsteht, den Pfandgläubiger befriedigt. Zur Sicherung dieses Ausgleichsanspruchs bleibt das Pfandrecht in bestimmten Fällen bestehen. Das uBGB legt jedoch nicht mehr fest, dass dieses fortbestehende Pfandrecht auch auf den Gläubiger des Ausgleichsanspruchs übergeht. Somit entsteht eine höchst eigenartige Situation, denn das Pfandrecht wird trotz Erlöschen der gesicherten Forderung aufrechterhalten, aber es geht nicht auf den Gläubiger des Ausgleichsanspruchs über. Das uBGB sieht wohl den Übergang des fortbestehenden Pfandrechts nicht vor, weil das fortbestehende Pfandrecht dann – nach dem Erlöschen der ursprünglichen gesicherten Forderung – ohne Forderung auf den Gläubiger des Ausgleichsanspruchs übergehen würde.

Diese Lösung des uBGB-s kann allerdings zu Unsicherheiten in der Praxis führen und ist auch unter dem Aspekt der Dogmatik umstritten. Es stellt sich nämlich die Frage, wer der Gläubiger dieses fortbestehenden Pfandrechts wird, d.h. wer das Befriedigungsrecht aus dem fortbestehenden Pfandrecht ausüben kann und wer aufgrund dieses Rechts gegen den Schuldner des Ausgleichsanspruchs vorgehen kann. Zwei Lösungen kommen im Prinzip in Frage:

- der ursprüngliche Pfandgläubiger kann vorgehen, der in dieser Hinsicht als gesetzlicher Vertreter des Gläubigers des Ausgleichsanspruchs angesehen werden soll;

- der Gläubiger des Ausgleichsanspruchs kann vorgehen, d.h. er kann den Ausgleichsanspruch geltend machen.

Die erste Lösung lässt sich aus den geltenden Bestimmungen im uBGB nicht ableiten. Das Gesetz sollte nämlich eindeutig festlegen, dass der ursprüngliche Pfandgläubiger gegen den Schuldner des Ausgleichsanspruchs vorgehen kann und er in dieser Hinsicht der gesetzliche Vertreter für den Gläubiger des Ausgleichsanspruchs ist.

Daher kann diese Frage so beantwortet werden, dass der Gläubiger des Ausgleichsanspruchs gegen den Schuldner des Ausgleichsanspruchs vorgehen kann, d.h. diese Person kann das fortbestehende Pfandrecht ausüben. In diesem Fall begegnet uns eine höchst spezielle pfandrechtliche Kategorie: der Gläubiger des Ausgleichsanspruchs kann das Befriedigungsrecht aus dem fortbestehenden jedoch auf ihn nicht übergehenden Pfandrecht ausüben. Er soll also als Pfandgläubiger angesehen werden, obwohl das uBGB nicht zum Ausdruck bringt, dass das fortbestehende Pfandrecht auf ihn übergeht. Man wäre offensichtlich präziser vorgegangen, wenn man in den Bestimmungen im uBGB – und in den Rechtsvorschriften über die Insolvenz – eindeutig festgehalten hätte, dass der Gläubiger der Ausgleichsforderung das Befriedigungsrecht aus dem fortbestehenden Pfandrecht ausüben kann.

Die beste Lösung wäre allerdings, wenn das uBGB den Übergang des fortbestehenden Pfandrechts auf den Gläubiger des Ausgleichsanspruchs vorschreiben würde.³⁰ Sie könnte neben dem akzessorischen Pfandrecht – mit Regeln zur Festlegung bestimmter Abweichungen – auch auf das selbstständige (nicht-akzessorischen) Pfandrecht angewendet werden.

4. Das Verhältnis zwischen dem Ausgleichsanspruch und dem selbstständigen Pfandrecht

4.1. Fragen zum selbstständigen Pfandrecht

Ähnlich dem akzessorischen Pfandrecht stellt sich die Frage auch beim selbstständigen Pfandrecht, wie der den Pfandgläubiger befriedigende Dritte das fortbestehende (selbstständige) Pfandrecht zur Sicherung seiner Ausgleichsforderung gegenüber dem Pfandschuldner geltend machen kann. Bei der Geltendmachung des Befriedigungsrechts aus dem selbstständigen Pfandrecht muss jedoch auch berücksichtigt werden, dass sie ausschließlich zur Befriedigung einer Forderung gemäß dem Sicherungsvertrag zwischen den Parteien stattfinden kann.³¹ Der Ausgleichsanspruch des befriedigenden Dritten ist jedoch nicht identisch mit der Forderung nach dem Sicherungsvertrag, d.h. mit der Forderung, die nach dem Sicherungsvertrag aus dem Pfandgegenstand befriedigt werden kann.

Eine Lösung für dieses Problem könnte sein – auch unter Beachtung der geltenden Gesetzesbestimmungen –, dass die Parteien den Sicherungsvertrag so formuliert, dass in ihm auf künftige Ausgleichsansprüche verwiesen wird. So könnte nach dem Sicherungsvertrag die Geltendmachung des selbstständigen Pfandrechts in Verbindung mit der aus dem Pfandge-

30 Unseres Erachtens wäre ähnlich wie in § 9 Jt. die Bestimmung noch begründender, dass eine Forderung mit Pfandrecht auf die Person übergeht, von der der Pfandgläubiger eine Befriedigung erhalten hat. Dies würde allerdings dem Grundsatz im uBGB widersprechen, dass die ursprüngliche Forderung durch die Leistung erlischt und dafür ein neuer Ausgleichsanspruch entsteht.

31 Siehe dazu: Bodzási, op. cit. S. 394–395.

genstand zu befriedigenden Forderung sowie jedem an deren Stelle tretenden Ausgleichsanspruch stattfinden. Die Bestimmung in § 5:100 Absatz (8) uBGB, die die Ausgleichsforderung auch einzeln namhaft macht, könnte dafür eine Grundlage bieten. Auch die bereits erwähnte Rechtsprechung in Verbindung mit dem Bürgschaftsvertrag (EBH2015. P.9.), nach der dem ursprünglichen Pfandgläubiger eine Haftung in Verbindung mit der Durchsetzbarkeit des Ausgleichsanspruchs und der Aufrechterhaltung der Sicherheiten gegenüber dem Gläubiger des Ausgleichsanspruchs obliegt, könnte den ursprünglichen Pfandgläubiger dazu bewegen.

Es ist eine weitere Frage, wer berechtigt wäre, gegen den Pfandschuldner vorzugehen, wenn auch der Sicherungsvertrag eine solche Bestimmung enthält. Dazu ist offensichtlich die Person berechtigt, der das Befriedigungsrecht aus dem selbstständigen Pfandrecht zusteht. Es gibt keinen Unterschied hinsichtlich des Inhalts des Befriedigungsrechts zwischen dem akzessorischen Pfandrecht zur Forderungssicherung sowie dem selbstständigen Pfandrecht. Bei der Ausübung des Befriedigungsrechts stehen dem Gläubiger des selbstständigen Pfandrechts die gleichen Rechte zu und ihm obliegen auch die gleichen Verpflichtungen, wie dem Gläubiger des akzessorischen Pfandrechts. Es gibt bloß einen Unterschied im Hinblick auf die Eröffnung des Befriedigungsrechts, denn der Fälligkeitseintritt der gesicherten Forderung und die Unterlassung von deren Leistung beim selbstständigen Pfandrecht führen nicht automatisch aufgrund der fehlenden Akzessorietät zur Eröffnung des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers. Dies bedarf beim selbstständigen Pfandrecht irgendeiner sonstigen Rechtshandlung. Sie ist in der Regel die Kündigung.

Weitere Fragen ergeben sich allerdings in Verbindung mit der Kündigung bzw. in der Regel mit der Eröffnung des Befriedigungsrechts. Nach § 5:100 Absatz (3) uBGB soll der Sicherungsvertrag zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandschuldner die Voraussetzungen für die Ausübung des Befriedigungsrechts aus dem Pfandgegenstand festlegen. Der Sicherungsvertrag soll somit die Voraussetzungen für die Eröffnung des Befriedigungsrechts und dessen Umfang festlegen. Wenn das Befriedigungsrecht durch Kündigung eröffnet wird, soll der Sicherungsvertrag auch auf die Art der Ausübung der Kündigung und auf die Kündigungsfrist eingehen. Das Befriedigungsrecht kann dann gemäß dem Sicherungsvertrag ausgeübt werden.

Daraus folgt, dass die maßgeblichen Bestimmungen des Sicherungsvertrags für die Ausübung des Befriedigungsrechts auch in dem Fall anzuwenden sind, wenn das selbstständige Pfandrecht eventuell zu Gunsten des den Pfandgläubiger befriedigenden Dritten fortbesteht. Es gibt nämlich keine Rechtsvorschrift, die diese Bestimmung ersetzt. Dementsprechend könnte auch ein Dritter mit einem Ausgleichsanspruch nur dann sein Befriedigungsrecht ausüben, wenn die notwendige Rechtshandlung zur Eröffnung des Befriedigungsrechts nach dem Sicherungsvertrag eingetreten ist. Das hat Folgendes zur Folge: wenn diese Rechtshandlung eine Kündigung ist, sollte auch der Gläubiger der Ausgleichsforderung das selbstständige Pfandrecht kündigen und könnte sein Befriedigungsrecht nur nach Ablauf der Kündigungsfrist ausüben. Dies wäre nur in dem Fall nicht nötig, wenn die Parteien eine Vereinbarung im Sicherungsvertrag getroffen haben, nach der das Befriedigungsrecht durch die Kündigung des Grundverhältnisses eröffnet wird. Da nach dem Sicherungsvertrag der Ausgleichsanspruch, der an die Stelle der aus dem Pfandgegenstand zu befriedigenden Forderung tritt, ab dessen Zustandekommen fällig wird, sollte der Dritte mit dem Ausgleichsanspruch das selbstständige

Pfandrecht in diesem Fall nicht kündigen, sondern er könnte sein Befriedigungsrecht auch ohne Kündigung ausüben.

Aufgrund der fehlenden Akzessorietät berührt das Erlöschen der aus dem Pfandgegenstand zu befriedigenden Forderung nach dem Sicherungsvertrag an sich nicht das Bestehen des selbstständigen Pfandrechts. Aus § 5:100 Absatz (8) uBGB folgt bloß, dass der Pfandschuldner weder die Umschreibung des selbstständigen Pfandrechts (auf ihn oder auf ein von ihm angegebenes anderes Finanzinstitut) noch dessen Löschung beantragen kann, solange die Grundforderung sowie der an deren Stelle tretende Ausgleichsanspruch noch bestehen.

Eine weitere Frage ergibt sich daraus, wenn der Pfandschuldner nach § 5:100 Absatz (8) Punkt b) uBGB schriftlich mit Bezugnahme auf das Erlöschen der aus dem Pfandgegenstand zu befriedigenden Forderung nach dem Sicherungsvertrag die Löschung des selbstständigen Pfandrechts im Grundbuch beantragt und der ursprüngliche Pfandgläubiger zustimmt, wie dies das Verhältnis zwischen dem ursprünglichen Pfandgläubiger und dem Gläubiger des Ausgleichsanspruchs berührt. Nach unserem Standpunkt kann auch in dieser Hinsicht die dem Gläubiger des Bürgschaftsvertrags obliegende Sorgfaltspflicht zugrunde gelegt werden. Das bedeutet, dass auch dem ursprünglichen Gläubiger des selbstständigen Pfandrechts eine Sorgfaltspflicht in Hinsicht auf die Aufbewahrung und Aufrechterhaltung des selbstständigen Pfandrechts zur Sicherung des Ausgleichsanspruchs obliegt. Andererseits gibt es allerdings auch keine Rechtsgrundlage für den Antrag des Pfandgläubigers auf die Löschung des selbstständigen Pfandrechts im Grundbuch, solange der Ausgleichsanspruch besteht. In diesem Fall würde also eine Zustimmungserklärung des Pfandgläubigers gegen die Rechtsvorschrift verstoßen und wäre ungültig.

Der ursprüngliche Pfandgläubiger soll somit die Erfüllung der diesbezüglichen schriftlichen Aufforderung des Pfandschuldners verweigern, solange eine Ausgleichsforderung besteht. Andernfalls obliegt dem Gläubiger des selbstständigen Pfandrechts eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem Gläubiger des Ausgleichsanspruchs wegen des Verzichts auf das selbstständige Pfandrecht zur Sicherung des Ausgleichsanspruchs, sowie der Zustimmung zu deren Löschung im Grundbuch, d.h. wegen der Auflösung der Sicherheit.

Schließlich stellt sich natürlich auch die Frage in Verbindung mit dem selbstständigen Pfandrecht, ob der Gläubiger des Ausgleichsanspruchs ins Zwangsvollstreckungs- sowie Liquidationsverfahren gegen den Pfandschuldner eintreten kann. Im Prinzip hätte auch der Gläubiger des fortbestehenden selbstständigen Pfandrechts eine Möglichkeit dafür. Es ist allerdings fraglich, ob der Liquidator sowie auch das Gericht in einer konkreten Liquidationssache zu dieser Schlussfolgerung kommen. Gerade deshalb sollte diese Frage – ähnlich dem akzessorischen Pfandrecht – auch für das selbstständige Pfandrecht auf Gesetzesebene eindeutig geregelt werden.

4.2. Lösungsvorschläge

Es zeigen sich mehrere Lösungsarten für die Regelung der Fragen zum fortbestehenden selbstständigen Pfandrecht zu Gunsten des Gläubigers des Ausgleichsanspruchs.

Im uBGB könnte einerseits festgelegt werden, dass das selbstständige Pfandrecht in diesem Fall in ein akzessorisches Pfandrecht umgewandelt wird und von Rechts wegen auf den

befriedigenden Dritten zur Sicherheit seines Ausgleichsanspruchs übergeht.³² In diesem Fall würde allerdings der Schuldner des selbstständigen Pfandrechts die Möglichkeit verlieren, das selbstständige Pfandrecht nachher zur Sicherung von weiteren Forderungen anzuwenden. Rechtspolitisch kann dieser Verlust zugleich dadurch akzeptabel gemacht werden, dass er ihn hätte vermeiden können, wenn er der Forderung des Pfandgläubigers anstelle des persönlichen Schuldners nachgekommen wäre.

Eine andere Möglichkeit ist die Anerkennung des Umstandes, dass das selbstständige Pfandrecht zwar nicht übergeht, aber ausschließlich Dritte mit Ausgleichsanspruch das Befriedigungsrecht aus dem selbstständigen Pfandrecht ausüben können. In das Vollstreckungsverfahren sowie Liquidationsverfahren kann der zur Ausübung des Befriedigungsrechts berechtigte Dritte, d.h. auch der Gläubiger des Ausgleichsanspruchs eintreten. Aus dem Normtext vom uBGB lässt sich im Prinzip diese Deutung ableiten, aber es wäre günstiger, dies eindeutig auf der Gesetzesebene festzuhalten.

Die dritte Möglichkeit wäre, dass das uBGB dem Gläubiger des selbstständigen Pfandrechts die Übertragungspflicht des fortbestehenden selbstständigen Pfandrechts auf den Gläubiger der Ausgleichsforderung vorschreibt. Nach uBGB wäre in diesem Fall eine Pflicht dem Gläubiger des selbstständigen Pfandrechts auferlegt, nach der er verpflichtet wird, das fortbestehende selbstständige Pfandrecht auf die ihn befriedigende und deshalb über einen Ausgleichsanspruch verfügende Person zu übertragen. Nach unserem Standpunkt stellt diese dritte Lösung den erfolgreichsten Weg dar.

32 Nach dem deutschen Recht soll der Gläubiger der nicht-akzessorischen Sicherungsgrundschuld sein Sicherungsrecht auf die Leistung erbringende Person übertragen, wenn nicht der persönliche Schuldner den Gläubiger der Sicherungsgrundschuld begleicht (siehe BGHZ 80. 232.). Die deutsche Rechtsprechung hat also die Übertragungspflicht nach dem § 401 BGB auch auf die Sicherungsgrundschuld ausgeweitet. Diese Bestimmung legt den Übergang der bestehenden Sicherheiten auf den neuen Gläubiger beim Forderungsübergang fest. Nach der Rechtsprechung obliegt diese Pflicht auf schuldrechtlicher Basis auch den Gläubigern der nicht akzessorischen Sicherheiten. Ähnlich verfügt § 774 BGB in Hinsicht auf den den Gläubiger befriedigenden Bürgen, d.h. die Forderung und deren Sicherheiten gehen auf den Bürgen über. Obwohl der ex-lege-Übergang nach § 774 BGB die nicht-akzessorische Sicherungsgrundschuld nicht umfasst, soll nach der deutschen Rechtsprechung der Befriedigung erhaltende Gläubiger auf schuldrechtlicher Basis die ihm zustehende Sicherungsgrundschuld auf den Bürgen übertragen. Siehe Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004. S. 1145.