

SONJA MEIER

# Gesamtschulden

*Jus Privatum*

151

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 151





Sonja Meier

# Gesamtschulden

Entstehung und Regress in historischer  
und vergleichender Perspektive

Mohr Siebeck

*Sonja Meier*, geboren 1964; 1983–1991 Studium der Rechtswissenschaft in Regensburg und London (LL.M.); 1997 Promotion; 2009 Habilitation; seit 2009 Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und europäische Rechtsgeschichte an der Philipps-Universität Marburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-151228-5  
ISBN 978-3-16-150443-3  
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-ub.de> abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach aus der Garamond-Antiqua belichtet, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Sommersemester 2009 von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Habilitationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind, soweit mir zugänglich, auf dem Stand von Anfang 2009.

Meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann habe ich unendlich viel zu verdanken, nicht nur die Förderung dieser Arbeit.

Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleits Gutachten ging weit über das hinaus, was man von einem Zweitgutachter erwartet.

Die Arbeit wurde weitgehend in meiner Zeit als Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg verfasst, das mich in jeglicher Hinsicht unterstützt hat, zuletzt mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss. Der Gedankenaustausch mit den wissenschaftlichen Kollegen war ungewöhnlich fruchtbar, und die Hilfsbereitschaft der Mitarbeiter in Bibliothek und Verwaltung sucht ihresgleichen. Nützlich war auch die digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte.

Für die Übernahme des Korrekturlesens und für sonstige Unterstützung danke ich Xaver Hörmann.

Marburg, im März 2010

*Sonja Meier*



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Verzeichnis der weniger geläufigen Abkürzungen . . . . .	XVII
<i>Einleitung</i> . . . . .	1

## *Teil A*

### Rechtsgeschäftlich vereinbarte Gesamtschulden

5

<i>I. Die Entstehung vertraglicher Gesamtschuldverhältnisse</i> . . . . .	6
<i>II. Teilschuldvermutung vs. Gesamtschuldvermutung</i> . . . . .	12
1. Historische Grundlagen . . . . .	12
2. Der Anwendungsbereich des § 427 BGB . . . . .	22
3. Gesamtschuldvermutung vs. Teilschuldvermutung heute . . . . .	27
Zusammenfassung . . . . .	39
<i>III. Rechtsfolgen im Überblick und Erklärungsmodelle</i> . . . . .	41
1. Die römischen Grundlagen und ihre Rezeption im Gemeinen Recht . . . . .	42
2. Frankreich: Die solidarité . . . . .	49
3. Deutschland: Die Korrealobligation . . . . .	53
4. Ein deutschrechtliches Modell? . . . . .	66
5. Die deutschsprachigen Regelwerke . . . . .	68
6. Anmerkungen aus heutiger Sicht . . . . .	72
7. Die Gesamthand als Schuldner . . . . .	75
8. Die Haftung der Wohnungseigentümer . . . . .	91
9. Schluss . . . . .	99
Zusammenfassung . . . . .	104



<i>IV. Unteilbare Leistungen</i> . . . . .	106
1. Die „unteilbare Leistung“ vor dem Hintergrund der historischen Teilschuldvermutung . . . . .	106
2. Die Rechtsfolgen: Modifizierte Gesamtschulden? . . . . .	109
3. Die Sonderrolle der Rückgabepflichtigen und Beauftragten . . . . .	117
4. Entstehung und Funktion des § 431 BGB bei unteilbaren Leistungen im Allgemeinen . . . . .	122
Zusammenfassung . . . . .	126
 <i>V. Leistungen im Zusammenwirken: Eine Sonderkategorie?</i> . . . . .	128
1. Die Fälle des Zusammenwirkens vor 1900 . . . . .	128
2. Die Entscheidung des BGB-Gesetzgebers . . . . .	132
3. Die herrschende Lehre zum BGB: Gemeinschaftliche Schulden und Gesamthandsschulden . . . . .	134
4. Das Grundproblem: Können mehrere gemeinsam schulden? . . . . .	139
5. Die sog. Gesamthandsschulden bei Nachlassverbindlichkeiten im Allgemeinen . . . . .	141
6. Die Verpflichtung von Gesamthändern oder Teilhabern einer Bruchteilsgemeinschaft, über einen gemeinschaftlichen Gegenstand zu verfügen . . . . .	145
a) Sind Gesamtschulden nicht möglich? . . . . .	145
b) Nachlassverbindlichkeiten auf Verfügung über einen Nachlass- gegenstand . . . . .	149
c) Exkurs: Leistungsstörungen bei gemeinschaftlichen Nachlassverbindlichkeiten . . . . .	155
d) Vertraglich geschuldete gemeinschaftliche Verfügungen . . . . .	158
e) Das Modell der beschränkten Haftung (Gesamthandsschuld i.e.S.)	161
f) Das Modell der gemeinschaftlichen Schuld mit wechselseitiger Einstandspflicht . . . . .	166
g) Die Alternative: Vertragliche Teil- oder Einzelschulden . . . . .	169
h) Dingliche und sonstige Ansprüche auf Verfügungen durch Mitberechtigte . . . . .	173
i) Ergebnis . . . . .	177
7. Gemeinschaftlich geschuldete Werk- und Dienstleistungen . . . . .	178
a) Die Gestaltungsmöglichkeiten: Kumulierte Einzelschulden, Teilschulden, Gesamtschulden . . . . .	178
b) Gesamtschulden bei Werkleistungen in Zusammenarbeit? . . . . .	186
c) Gruppenarbeit . . . . .	190
8. Weitere Beispiele . . . . .	195
a) Die Rückgabepflicht mehrerer Mieter . . . . .	195
b) Das Mieterhöhungsverlangen gegenüber einer Mietermehrheit . . . . .	199
c) Die gemeinsame Rechnungserstellung durch mehrere Verkäufer . . . . .	200
d) Das Notwegverlangen gegen Miteigentümer . . . . .	203

9. Unterlassungspflichten . . . . .	205
10. Ergebnis: Der notwendige Abschied vom Gemeinen Recht . . . . .	218
11. Europäischer Ausblick . . . . .	226
Zusammenfassung . . . . .	228
<i>VI. Der Zugriff des Gläubigers . . . . .</i>	<i>231</i>
1. Der Zugriff auf den einzelnen Schuldner . . . . .	231
2. Die Einrede der Teilung . . . . .	234
3. Der mehrfache Zugriff . . . . .	242
4. Teilleistungen und der Verzicht des Gläubigers auf die solidarische Haftung . . . . .	245
5. Die Erfüllung . . . . .	248
Zusammenfassung . . . . .	258
<i>VII. Der Rückgriff unter vertraglichen Gesamtschuldnern . . . . .</i>	<i>259</i>
1. Einführung: Der Regress im Falle eines vertraglichen Innen- verhältnisses . . . . .	259
2. Historische Entwicklung . . . . .	263
a) Die römischen Grundlagen . . . . .	263
b) Ein allgemeiner Gesamtschuldregress? . . . . .	268
c) Die regresslose Korrealobligation . . . . .	270
d) Die Rückkehr zum Gesamtschuldregress . . . . .	276
e) Die BGB-Beratungen: Von der Regressneutralität über die Beweislastumkehr zum gesetzlichen Schuldverhältnis . . . . .	279
3. Regress und vertragliches Innenverhältnis . . . . .	287
a) Die Ausgestaltung des Rückgriffs . . . . .	287
b) Das Verhältnis des Gesamtschuldregresses zum rechts- geschäftlichen Innenverhältnis unter den Schuldnern . . . . .	293
c) Der Rückgriff bei Personengesellschaften . . . . .	300
4. Die Mitwirkungspflicht . . . . .	316
a) Historische Vorbilder . . . . .	317
b) Die herrschende Lehre . . . . .	319
c) Aufwendungs- und Schadensersatzansprüche . . . . .	322
d) Befreiungsansprüche . . . . .	329
(1) Das Innenverhältnis als Anspruchsgrund . . . . .	329
(2) Das Problem der eigenen Haftung des Befreiungsschuldners . . . . .	335
(3) Grundlage und Fälligkeit des Befreiungsanspruchs bei vertraglichen Gesamtschuldverhältnissen . . . . .	338
(4) Befreiungsansprüche wegen Beendigung des Innen- verhältnisses . . . . .	346
(5) Sechs Entscheidungen des BGH . . . . .	350

aa) BGHZ 23, 361 . . . . .	350
bb) BGH NJW 1981, 1666 . . . . .	352
cc) BGH NJW 1986, 978 . . . . .	353
dd) BGH NJW 1986, 3131 . . . . .	355
ee) BGH NJW 1987, 374 . . . . .	357
ff) BGH NJW 1995, 652 . . . . .	361
(6) Ergebnis . . . . .	364
e) Der gemeinsam geschlossene Vertrag als Sonderbeziehung . . . . .	365
5. Das nichtige Innenverhältnis . . . . .	370
a) Die Schuldbefreiung im Außenverhältnis als ungeeigneter Anknüpfungspunkt . . . . .	370
b) Ausgleichsmaßstab und Konkurrenzen . . . . .	376
6. Schluss . . . . .	384
Zusammenfassung . . . . .	387
VIII. Der Zessionsregress . . . . .	389
1. Die Frage nach einem Derivativregress für Gesamtschuldner in historisch-vergleichender Perspektive . . . . .	389
2. Die Wertungsgrundlagen des Derivativregresses im BGB . . . . .	400
3. Anteilsregress? . . . . .	408
4. Konstruktionsprobleme I: Vor 1900 . . . . .	413
5. Konstruktionsprobleme II: Nach 1900 . . . . .	421
6. Folgerungen . . . . .	430
a) Bestehen und Umfang des Zessionsregresses . . . . .	430
b) Sach-, Dienst- und Werkleistungen . . . . .	433
c) Anspruch auf zukünftig fällige Zinsen der Gläubigerforderung? . . . . .	436
7. Legalzession trotz Ausschluss der Abtretbarkeit? . . . . .	439
8. Das Schicksal der akzessorischen Sicherheiten . . . . .	446
a) Drittsicherheiten für die Gesamtschuld als solche . . . . .	447
b) Drittsicherheiten für die Schuld des intern freigestellten Gesamtschuldners . . . . .	451
c) Drittsicherheiten für die Schuld des regresspflichtigen Gesamtschuldners . . . . .	455
d) Aus dem Schuldnervermögen bestellte Sicherheiten . . . . .	460
e) Ein alternativer Lösungsweg . . . . .	468
9. Sonderprobleme bei fiduziarischen Sicherheiten . . . . .	472
10. Der Zessionsregress des Personenaußengesellschafters . . . . .	481
Zusammenfassung . . . . .	491

## Teil B

## Gesamtschulden auf Schadensersatz

495

<i>I. Die solidarische Schadensersatzhaftung im Verhältnis zur Vertragsgesamtschuld</i> . . . . .	496
1. Personenkonkurrenzen bei gesetzlichen Verbindlichkeiten im römischen Recht . . . . .	496
a) Der Umfang der Haftung: Kumulation, Solidarität und Teilschulden . . . . .	496
b) Das Verhältnis der gesetzlichen zur vertraglichen Solidarhaftung und das Problem der Klagenkonkurrenz . . . . .	508
2. Gemeines Recht: Gesamtschulden auf Schadensersatz . . . . .	515
3. Die Solidarobligationen des 19. Jahrhunderts . . . . .	518
4. Die französische obligation in solidum . . . . .	533
5. Die Einheitsgesamtschuld der deutschsprachigen Regelwerke des 19. Jahrhunderts . . . . .	541
6. Folgerungen für das heutige Recht . . . . .	543
Zusammenfassung . . . . .	554
 <i>II. Der Innenausgleich</i> . . . . .	 556
1. Die Einrede der Teilung . . . . .	557
2. Der Regress unter gesetzlichen Gesamtschuldern nach römischem Recht . . . . .	561
3. Regressrechte und Regressbeschränkungen im Gemeinen Recht . . . . .	571
4. Die Regelwerke . . . . .	577
5. Die Entscheidung des BGB . . . . .	584
6. Der Ausgleichsmaßstab . . . . .	590
7. Die Ausgestaltung des Regresses: Verschiedene Regresstechniken . . . . .	597
8. Mitwirkungspflichten aus dem Gesamtschuldverhältnis? . . . . .	601
9. Schadensersatzansprüche wegen verletzter Mitwirkungspflicht . . . . .	613
10. Befreiungsansprüche unter Schadensersatz-Gesamtschuldern? . . . . .	627
11. Die Verjährung des Rückgriffsanspruchs . . . . .	639
a) Die herrschende Lehre . . . . .	640
b) Kritik . . . . .	642
c) Maßgeblichkeit der Verjährung des Gläubigeranspruchs? . . . . .	643
d) Beschränkte Gesamtwirkung der Verjährung? . . . . .	645
e) Mögliche Lösungen bei eigenständiger Verjährung des Gesamtschuldregresses . . . . .	648
f) Die Fristberechnung . . . . .	650

g) Ausschlussfristen . . . . .	655
h) Regress bei Leistung auf eine verjährte Forderung? . . . . .	657
12. Die Auswirkung weiterer „Tatsachen“ im Verhältnis zwischen dem regresspflichtigen Gesamtschuldner und dem Gläubiger . . . . .	659
a) Klageabweisung . . . . .	659
b) Einzelerlass . . . . .	662
c) Aufrechnungslage . . . . .	666
d) Mehrfachleistung . . . . .	668
13. Der privilegierte Gesamtschuldregress und seine Kritiker . . . . .	670
14. Eine Schuldgemeinschaft unter gesetzlichen Schadensersatz-Gesamtschuldnern? . . . . .	684
15. Schluss . . . . .	692
Zusammenfassung . . . . .	693

### III. Der Tatbestand der Schadensersatz-Gesamtschuld I:

<i>Historische Grundlagen</i> . . . . .	695
---	-----

1. Mittäter und Teilnehmer . . . . .	696
2. Beteiligte . . . . .	701
3. Die Rolle der Teilschuldregel . . . . .	707
4. Gemeinschaftliche Haftung aufgrund einer bestimmten Position . . . . .	712
5. Nebentäter . . . . .	717
a) Die Haftung für den gesamten Schaden . . . . .	719
b) Die Frage nach dem Korreal- bzw. Solidarschuldverhältnis . . . . .	727
c) Die Rolle der Beteiligtenregel . . . . .	737
6. „Gestufte“ gesetzliche Schadensersatzverbindlichkeiten . . . . .	742
a) Die Haftung für einen anderen: Täter und Aufsichtspflichtiger . . . . .	743
b) Verursacher und aufgrund seiner Position Haftender . . . . .	748
c) Schlussfolgerungen . . . . .	754
7. Die Bedeutung der gesetzlichen Gesamtschuldanordnungen . . . . .	756
a) Zwischenbilanz zu den bisherigen Ergebnissen im Deliktsrecht . . . . .	756
b) Die Bedeutung der Anordnungsregeln im Vorlage- und Teilentwurf . . . . .	758
8. Das Zusammentreffen von Schadensersatzansprüchen außerhalb des Deliktsrechts . . . . .	763
9. Die vertragliche Haftung für Sachentziehungen und -beschädigungen durch Dritte . . . . .	770
a) Die Aktivlegitimation für Ansprüche gegen den Dritten vor Leistung an den Geschädigten . . . . .	771
b) Die Abtretungslösung des römischen Rechts . . . . .	779
c) Exkurs: Die Rechte an der verloren gegangenen Sache . . . . .	786
(1) Rechte des Vindikationsbeklagten . . . . .	786

(2) Rechte des Entleihers und anderer schuldrechtlich zur Rückgabe Verpflichteter . . . . .	788
(3) Ein allgemeines Abtretungsrecht des Schadensersatzpflichtigen . . . . .	792
(4) Die Lösung der Ersten Kommission . . . . .	793
(5) Die Lösung der Zweiten Kommission . . . . .	797
(6) Die heutige Lehre . . . . .	802
d) Die Abtretung von Schadensersatzansprüchen . . . . .	804
e) Die Doppelnatur des Zessionsregresses . . . . .	807
f) Die Haltung des BGB-Gesetzgebers . . . . .	819
10. Gesamtergebnis . . . . .	826
Zusammenfassung . . . . .	828

#### IV. Der Tatbestand der Schadensersatz-Gesamtschuld II:

<i>Heutiges Recht</i> . . . . .	830
---------------------------------	-----

1. Die Lehre von der unechten Schadensersatz-Gesamtschuld und ihre Kritiker . . . . .	830
a) Die Idee einer unechten Gesamtschuld . . . . .	830
b) Die Suche nach dem Abgrenzungskriterium: Gesetzliche Anordnung und Schuldgrundtheorie . . . . .	834
c) Die Zweckgemeinschaft . . . . .	841
d) Die Zwecklehre im weiten Sinne und die Lehre von der einheitlichen Gesamtschuld . . . . .	844
2. Die Lehre nach 1945 . . . . .	846
a) Der engere Gesamtschuldbegriff: Abgrenzung zu gestuften Verbindlichkeiten mit nur einseitiger Solutionskonkurrenz . . . . .	846
b) Die moderne Zwecklehre . . . . .	852
c) Der weite Gesamtschuldbegriff in Anlehnung an § 421 . . . . .	853
d) Die Kriterien der Rechtsprechung . . . . .	854
3. Die Frage nach der Solutionskonkurrenz . . . . .	856
4. Die Frage nach dem Regress . . . . .	863
5. Der Zessionsregress . . . . .	869
a) Der Regress über § 255 . . . . .	869
b) Exkurs: Die Konkurrenz von Ansprüchen auf Schadensersatz und Erlösherausgabe . . . . .	876
c) Der Unterschied zwischen wechselseitiger und nur einseitiger Solutionskonkurrenz in der Ausgestaltung des Regresses . . . . .	883
6. Der Bereicherungsregress . . . . .	887
7. Der Geschäftsführungsregress . . . . .	892
8. Die Besonderheiten des Gesamtschuldregresses . . . . .	897
a) §§ 423 und 424 . . . . .	897
b) Die Schuldgemeinschaft nach § 426 . . . . .	901

9. Folgerungen: Die Rolle der Schuldgemeinschaft bei der Bestimmung des Gesamtschuldtatbestands . . . . .	905
10. Die Abgrenzungskriterien: Gesetz, Analogiebildung und Stufenlehre . . . . .	908
11. Ein Blick in die Rechtsprechung . . . . .	916
a) Konkurrenz gesetzlicher Schadensersatzpflichten . . . . .	917
b) Zusammentreffen gesetzlicher mit vertraglichen Schadensersatzpflichten . . . . .	920
(1) Haftung für den Erfüllungsgehilfen . . . . .	920
(2) Nebentäterfälle . . . . .	923
(3) Vertragliche Haftung des Obhutspflichtigen für einen vom Dritten verursachten Schaden . . . . .	926
c) Konkurrenz vertraglicher Schadensersatzansprüche . . . . .	930
(1) Verbundene Schuldner . . . . .	930
(2) Zusammenarbeit unabhängiger Vertragsschuldner, insbesondere Bauunternehmer und Architekt . . . . .	932
(3) Zusammentreffen von Schadensersatz- mit Mängelbeseitigungs- oder anderen Gewährleistungsansprüchen . . . . .	937
(4) Mängelbeseitigungsrechte gegen Vor- und Nachunternehmer . . . . .	948
(5) Völlig unabhängige vertragliche Schadensersatzansprüche . . . . .	966
12. Die Besonderheiten vertraglicher Schadensersatzansprüche . . . . .	967
a) Ein Rückblick auf die Störung des Gesamtschuldausgleichs durch anfänglichen Haftungsverzicht . . . . .	968
b) Das Modell der Schuldgemeinschaft bei vertraglich begründeten Ansprüchen . . . . .	974
(1) Regress gegen den Vertragsschuldner trotz fehlender Haftung? . . . . .	974
(2) Einbeziehung des Vertragsschuldners in eine Schuldgemeinschaft? . . . . .	977
(3) Der Vertragsschuldner als Regressgläubiger: Belastung des Regressschuldners durch fremde Verträge? . . . . .	980
(4) Ausnahmen bei praktischer Zusammenarbeit der Vertragsschuldner? . . . . .	982
c) Das Modell der materiellen Teilschuld bei vertraglichen Ansprüchen . . . . .	984
d) Folgerungen: Die Maßgeblichkeit der vertraglichen Haftungsausgestaltung . . . . .	995
e) Subsidiaritätsklauseln . . . . .	998
f) Erlass, Vergleich und andere nachträgliche „Tatsachen“ . . . . .	1002
(1) Regress trotz Erlass? . . . . .	1002
(2) Vorschlag: Modifizierte Anwendung der Abtretungsregeln . . . . .	1008
(3) Auswirkungen auf andere „Tatsachen“ . . . . .	1013
(4) Schutz des regressberechtigten Schuldners? . . . . .	1015
13. Schluss . . . . .	1017
Zusammenfassung . . . . .	1020

## Teil C

## Mitbürgen

1023

<i>I. Unterschiedliche Regelungsprobleme</i> . . . . .	1024
<i>II. Die Höhe der Haftung im Außenverhältnis</i> . . . . .	1027
1. Die römischen Grundlagen . . . . .	1027
2. Formen der Mitbürgschaft im einheimischen Recht . . . . .	1032
3. Die gemeinrechtliche Mitbürgschaft . . . . .	1033
4. Die Regelwerke und die Entscheidungen des BGB-Gesetzgebers . . . . .	1039
a) Die grundsätzliche Ganzhaftung jedes Mitbürgen . . . . .	1039
b) Die Frage nach der Teilungseinrede . . . . .	1043
5. Zur Abdingbarkeit des § 769 und zur Haftung von Höchstbetragsbürgen . . . . .	1052
Zusammenfassung . . . . .	1062
<i>III. Das Verhältnis der Mitbürgschaft zu sonstigen Gruppen von Solidarschuldnern</i> . . . . .	1064
1. Gemeines Recht . . . . .	1064
a) Die Ausgangslage . . . . .	1064
b) Die gemeinrechtlichen Ansichten . . . . .	1069
2. Die früheren Regelwerke . . . . .	1076
a) Unterscheidung zwischen gemeinschaftlichen Mitbürgen und Nebenbürgen . . . . .	1077
b) Die Regelung des Code Civil . . . . .	1080
c) Mitbürgen als Gesamtschuldner . . . . .	1082
3. Die Lage nach dem BGB . . . . .	1084
a) Die Haltung des Gesetzgebers . . . . .	1084
b) Nebenbürgen als Gesamtschuldner . . . . .	1086
Zusammenfassung . . . . .	1088
<i>IV. Regress und Regressvereitelung</i> . . . . .	1089
1. Römisches und Gemeines Recht . . . . .	1089
a) Die Frage nach dem Regress . . . . .	1089
b) Das Problem der Regressvereitelung . . . . .	1098
2. Die Lösungen in den Regelwerken . . . . .	1105
a) Preußen . . . . .	1106
b) Österreich . . . . .	1108



c) Frankreich . . . . .	1110
d) Schweiz . . . . .	1120
e) Die übrigen Regelwerke . . . . .	1129
f) Fazit . . . . .	1132
3. Der Mitbürgenregress im BGB . . . . .	1136
4. Die Vorschrift des § 776 . . . . .	1143
a) Zur Entstehungsgeschichte . . . . .	1143
b) Schutz vor einer Regressgefährdung? . . . . .	1147
c) § 776 als Schadensersatzvorschrift? . . . . .	1151
d) Schutz des entlassenen Mitbürgen? . . . . .	1157
e) Zur Vorstellung des Gesetzgebers über die Ausgestaltung des Gesamtschuldregresses . . . . .	1160
f) Beschränkung des § 776 auf Nebenbürgen? . . . . .	1166
5. Der Mitbürgenerlass nach Rechtsprechung und Literatur . . . . .	1168
a) Die Lage bis 1991 . . . . .	1168
b) Die Rechtsprechung des BGH, insbesondere die Mitbürgen- entscheidung vom 11.6.1992 . . . . .	1170
c) Ausgleichspflicht des entlassenen Nebenbürgen? . . . . .	1181
6. Die Besonderheiten des Mitbürgenregresses . . . . .	1183
7. Das Schuldgemeinschaftsmodell im Einzelnen . . . . .	1190
a) Mitwirkungs- und Befreiungsansprüche . . . . .	1190
b) Die Einrede der Vorausklage und die Fälligkeit des Regress- anspruchs . . . . .	1194
c) Befreiungen von der Bürgenhaftung . . . . .	1198
d) Verjährungsfragen . . . . .	1202
e) Aufrechnungslagen . . . . .	1207
f) Mehrfachleistungen . . . . .	1211
8. Bürgen und Ausfallbürgen . . . . .	1213
9. Mitbürgenregress bei fehlendem Regressrecht gegen den Hauptschuldner? . . . . .	1219
10. Die Grundlagen des Mitbürgenregresses . . . . .	1224
11. Bürgschaft und Gesamtschuld . . . . .	1232
12. Europäische Vereinheitlichungsprojekte . . . . .	1239
13. Bürgen- und Mitbürgenregress im BGB . . . . .	1242
14. Schluss . . . . .	1247
Zusammenfassung . . . . .	1249
<i>Ausblick</i> . . . . .	1253
Literaturverzeichnis . . . . .	1257
Anhang: Entwürfe und Gesetzgebungsmaterialien . . . . .	1301
Sachverzeichnis . . . . .	1303

## Verzeichnis der weniger geläufigen Abkürzungen

AGO	Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten (1793)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)
ALR-RevE 1831	Revisionsentwurf zum ALR 1831 (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 2)
ArchPrRW	Archiv für practische Rechtswissenschaft
ArchRpfl	Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BasK	Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht
BayE	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern (1861) (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 7)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BJM	Baseler Juristische Mitteilungen
Bull civ	Bulletin des arrêts de la cour de cassation (Chambres civiles)
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
Cass	Cour de Cassation
CC	Code Civil (Frankreich)
CEC	Code Européen des Contrats (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 23)
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (1756)
CMBC-E 1811	Revisionsentwurf 1811 zum CMBC (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 4)
D	Dalloz, Jurisprudence Générale, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, Recueil Dalloz Sirey
DCFR	Draft Common Frame of Reference (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 26)
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DH	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence
DP	Dalloz, Jurisprudence Générale, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
DresdE	Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (1866) (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 10)

Dresd. Prot.	Protokolle der Dresdener Kommission (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 11)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DS	Der Sachverständige
DVGZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ecolex	Österreichisches Recht der Wirtschaft
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Österreich)
Gai	Gaius, Institutionen
GazPal	Gazette du Palais
GE	Das Grundeigentum (Zeitschrift für die gesamte Grundstücks-, Haus- und Wohnungswirtschaft)
GesRZ	Der Gesellschafter. Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht (Österreich)
GIU	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes (hg. v. Glaser und Unger) (Österreich)
GIUNF	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes, Neue Folge
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Rechts durch Theorie und Praxis
GrünZ	Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (Österreich)
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung (bis 1927), Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift (ab 1928)
HessE	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen (1845/53) (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 6)
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Jakobs/Schubert	Horst Heinrich Jakobs, Werner Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 13)
JbGemR	Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts
JBl	Juristische Blätter (Österreich)
JCP	Juriscleasseurs périodiques, La Semaine Juridique
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchsrechts
JhJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
KBB	Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar ABGB
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit
k.k.OGH	Kaiserlich-königlicher Oberster Gerichtshof (Österreich)
KritÜ	Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KritVj	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

KritZ	Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft
KTS	Konkurs, Treuhand, Sanierung; Zeitschrift für Insolvenzrecht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen (Österreich)
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
Mugdan	Benno Mugdan (Hg.), Die gesammten Materialien zum BGB (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 15)
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
nF	neue Folge
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
NZBau	Bau- und Vergaberecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OAG	Oberappellationsgericht
ObG	Obergericht
ObHG	Oberhofgericht
ObTr	Obertribunal
OGH	Oberster Gerichtshof
OGHBrZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone
OR	Obligationenrecht
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
PECL	Principles of European Contract Law (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 22)
PEL	Principles of European Law (Study Group)
PEL Pers. Sec.	Principles of European Law: Personal Security (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 25)
PETL	Principles of European Tort Law (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 24)
RdW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Rev crit	Revue Critique de Législation et de Jurisprudence
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommmentar
RTD civ	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com	Revue trimestrielle de droit commercial
RZ	Österreichische Richterzeitung
SächsArch	Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß
SächsE	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen (1852) (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 5)

SächsGB	Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch (1863)
Schubert	Schubert, Werner (Hg.): Die Vorlagen der Redaktoren (Anhang Literaturverzeichnis Nr. 12)
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris
S	Recueil Générale des Lois et des Arrêtes (begr. durch J.-B. Sirey)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Schuldrecht
SZ	a) Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte b) Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen
Teile	Franz Philipp von Kübel, Teilentwurf No. 7, Gesamtschuldverhältnisse (1882), in: Schubert, SR I, 49 ff.
UGB	Unternehmensgesetzbuch (Österreich, ab 1.1.2007)
VorIE	Franz Philipp von Kübel, Vorlage 1878 No. 4: Gesamtschuldverhältniß, in: Schubert, SR III, 1213 ff.
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Österreich)
wobl	Wohnrechtliche Blätter (Österreich)
WoM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Wirtschafts- und Bankrecht
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht (Österreich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Zentralblatt für die Juristische Praxis (Österreich)
ZCRPr	Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Neue Folge der Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZürGB	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (1853/55)
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht (Österreich)
ZWE	Zeitschrift für Wohnungseigentum

## Einleitung

Wissenschaftliche Bearbeitungen des Gesamtschuldrechts konzentrieren sich häufig auf die Frage nach dem „Wesen“ der Gesamtschuld. Dieses soll darüber Auskunft geben, wann eine Gesamtschuld i.S.d. § 421 BGB vorliegt und wann nicht. Funktional handelt es sich aber um die Frage, auf welche Arten von Schuldnermehrheiten die Regeln der §§ 422 ff. BGB anwendbar sind. Sie kann nur dann sinnvoll beantwortet werden, wenn über den Inhalt der Gesamtschuldvorschriften hinreichend Klarheit besteht. Dies ist bei näherem Hinsehen aber nicht der Fall. Die vorliegende Arbeit will eine Grundlage für eine sinnvolle Bestimmung des Gesamtschuldverhältnisses bilden, indem sie sich in erster Linie denjenigen Konstellationen widmet, in denen das Bestehen eines Gesamtschuldverhältnisses allgemein oder überwiegend anerkannt ist, und in diesem Rahmen die Gesamtschuldvorschriften näher untersucht, die sich aus dem Gesetz oder nach Rechtsprechung und Lehre ergeben. Eine erschöpfende Behandlung sämtlicher Streitfragen, etwa zum Regress bei der sogenannten gestörten Gesamtschuld, ist nicht beabsichtigt. Hierzu verweise ich auf die Kommentarliteratur und für einen historischen Überblick auf meine Darstellung der §§ 420–432 im Historisch-Kritischen Kommentar zum BGB. Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf die Entstehungsvoraussetzungen der Gesamtschuld und auf die Ausgestaltung des Regresses.

In diesem Rahmen sind aber abstrakte Fragestellungen ohne Rücksicht auf die Art und den Entstehungsgrund des Gesamtschuldverhältnisses nicht hilfreich. So kann die Frage, ob ein Gesamtschuldner auch dann Regress gegen einen anderen nehmen kann, wenn dieser zuvor durch Erlass seitens des Gläubigers von seiner Haftung befreit wurde, nicht sinnvoll erörtert werden, wenn der eine Leser dabei an ein vertraglich vereinbartes Gesamtschuldverhältnis denkt, der zweite an Miterben, der dritte an deliktische Mittäter und der vierte vielleicht an unabhängige Bürgen derselben Hauptschuld. Die herrschende Gesamtschuld dogmatik, die ein Gerüst von Regeln und Folgesätzen gewissermaßen im luftleeren Raum konstruiert, läuft Gefahr, den konkreten Regelungshintergrund und die spezifischen Wertungen des Rechtsgebiets, zu dem das jeweilige Gesamtschuldverhältnis gehört, aus den Augen zu verlieren. Aus diesem Grund werden hier drei Hauptfälle von Gesamtschuldverhältnissen herausgegriffen und getrennt untersucht.

Teil A behandelt vertraglich vereinbarte Gesamtschuldverhältnisse, bei denen nicht nur die einzelnen Verbindlichkeiten der Schuldner, sondern auch das Solidarschuldverhältnis selbst auf einer Parteivereinbarung beruhen. Im Teil B geht es um das Zusammentreffen mehrerer Verbindlichkeiten auf Ersatz desselben

Schadens. Den Kernbereich bilden hier die von § 840 BGB erfassten Fälle, in denen sowohl die Verbindlichkeiten als auch ihre solidarische Verknüpfung allein auf dem Gesetz beruhen. Teil C erörtert die Mitbürgschaft. Der Fall, dass sich mehrere gemeinschaftlich für eine Schuld verbürgen, unterscheidet sich nicht wesentlich von den Fällen sonstiger vertraglich vereinbarter Gesamtschuldverhältnisse, so dass Einzelfragen zur gemeinschaftlichen Mitbürgschaft wegen ihres Sachzusammenhangs teilweise schon in Teil A erörtert werden. Verbürgen sich dagegen mehrere unabhängig voneinander für dieselbe Hauptschuld, beruhen sämtliche Verbindlichkeiten auf Vertrag, während die Solidarverknüpfung unter ihnen erst durch das Gesetz hergestellt wird.

Eine vollständige Trennung der Darstellung ist nicht möglich. Insbesondere in Teil A werden daher auch Fragestellungen erörtert, die auch für die Gesamtschuldverhältnisse in Teil B und C relevant sind, etwa der Zessionsregress. Die drei behandelten Fallgruppen erschöpfen das Gebiet möglicher Gesamtschuldkonstellationen nicht, sondern bilden Musterfälle, deren Lösungen auch für verwandte Fallgestaltungen herangezogen werden können. Die Regelungsprobleme bei solidarisch haftenden Miterben ähneln denen vertraglich vereinbarter Gesamtschulden. Weil die Gesamtschuld unter Miterben historisch verhältnismäßig jung ist, wird sie hier nicht in einem eigenen Abschnitt dargestellt, wohl aber im Rahmen der Behandlung sogenannter gemeinschaftlicher Schulden angesprochen. Bei einem mit dem Urschuldner abgesprochenen Schuldbeitritt gelten ähnliche Regeln wie bei anfänglichen vertraglichen Gesamtschuldverhältnissen, während ein Schuldbeitritt ohne Einwilligung des Schuldners ähnliche Probleme aufwirft wie der Fall unabhängiger Mitbürgen.

Die Untersuchung arbeitet nicht nur auf rechtsvergleichender, sondern auch auf rechtshistorischer Grundlage. Die Einbeziehung des geschichtlichen Hintergrunds ist zunächst einmal im Rahmen der historischen Auslegung der Gesamtschuldvorschriften geboten. Die wichtigsten Quellen zur Entstehungsgeschichte sind die Protokolle der Ersten und Zweiten Kommission sowie die Vorentwürfe, die den Beratungen zugrunde lagen. Bei der Gesamtschuld gab es sogar zwei Vorentwürfe. Der erste, hier „Vorlageentwurf“ genannt, wurde vom Schuldrechtsredaktor *Franz von Kübel* 1879 gefertigt und im selben Jahr im Rahmen der Vorberatungen der Ersten Kommission diskutiert. Die Ergebnisse der Vorberatungen bildeten die Grundlage für einen zweiten Vorentwurf *von Kübels*, der hier „Teilentwurf“ genannt wird und den Hauptberatungen der Ersten Kommission 1882 zugrunde lag, die ihrerseits zum Ersten Entwurf (E I) des BGB führten. Dieser wurde dann von einer Kommission im Reichsjustizamt und später von der Zweiten Kommission beraten, wobei die Zweite Kommission häufig den Vorschlägen der Reichsjustizamts-Kommission folgte. Die in den „Protokollen“ dokumentierten Beratungen der Zweiten Kommission sind seit 1900 bekannt. Die Beratungsprotokolle der Ersten Kommission und der Reichsjustizamtskommission sind 1978 von *Horst Heinrich Jakobs* und *Werner Schubert* veröffentlicht worden, die Vorentwürfe *von Kübels* 1980 durch *Werner Schubert*.

Der Gesetzgeber arbeitete seinerseits vor dem gemeinrechtlichen Hintergrund des 19. Jahrhunderts und bezog im Rahmen umfassender rechtsvergleichender Untersuchungen auch die Kodifikationen des preußischen, französischen, österreichischen und schweizerischen Rechts sowie zahlreiche deutsche Kodifikationsentwürfe, insbesondere den Dresdener Entwurf von 1866, mit ein. Erst eine Untersuchung des Gemeinen Rechts sowie der zeitgenössischen Regelwerke macht deutlich, welche Regelungsprobleme den Gesetzgeber beschäftigten und welche Lösungswege ihm zur Verfügung standen. Sie kann damit zur Lösung von Fragen beitragen, zu denen die Beratungsprotokolle schweigen. Sowohl das Gemeine Recht des 19. Jahrhunderts als auch die Regelwerke sind aber wiederum nur vor dem Hintergrund der römischen Quellen und der frühen gemeinrechtlichen Wissenschaft verständlich, auf deren Erkenntnissen sie aufbauten. Das gilt gerade auch für die Gesamtschuldregeln des französischen Code Civil, die ohne ihre gemeinrechtlichen Grundlagen kaum verstanden werden können. Darum wird hier auch das römische Recht dargestellt, wobei der Schwerpunkt nicht auf der Frage liegt, wie die Quellen aus heutiger Sicht verstanden werden können, sondern darauf, in welcher Gestalt sie den gemeinrechtlichen Schriftstellern überliefert wurden und welche Schlüsse man aus ihnen zog.

Die Einbeziehung des rechtshistorischen Hintergrunds ist aber auch ein Akt vertikaler Rechtsvergleichung. Die heute diskutierten Gesamtschuldprobleme sind zum Großteil nicht erst nach 1900 entstanden, sondern wurden jahrhundertlang von der gemeinrechtlichen Wissenschaft diskutiert und in den zahlreichen Regelwerken auf unterschiedliche Weise gelöst. Gerade in eher technischen Rechtsgebieten wie dem Gesamtschuldrecht, das durch Veränderungen in der Sozialgeschichte nur wenig berührt wurde, eröffnet der rechtshistorische Blick den Zugang zu einer Fülle von Argumentationen und Lösungswegen. Dabei ist es selbstverständlich, dass eine Lösung nicht deswegen richtig ist, weil sie einer Tradition entspricht. Die rechtshistorische Perspektive kann zeigen, dass der Gesetzgeber manchmal zu Unrecht an überkommenen gemeinrechtlichen Kategorien festhielt (etwa indem er zwischen teilbaren und unteilbaren Leistungen unterschied), in anderen Bereichen dagegen einen Befreiungsschlag unternahm (etwa durch die Ablehnung der gemeinschaftlichen Schuld), dem wiederum die Literatur nicht gefolgt ist, die ihrerseits an Begrifflichkeiten des 19. Jahrhunderts festhielt.

Im Rahmen der horizontalen Rechtsvergleichung werden die Entwicklungen in denjenigen Nachbarrechtsordnungen verfolgt, deren Kodifikationen schon der BGB-Gesetzgeber herangezogen hatte, also Frankreich, Österreich und die Schweiz. Ein weiterer Blick richtet sich auf europäische Vereinheitlichungsprojekte wie die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (Principles of European Contract Law) oder den Entwurf eines Europäischen Referenzrahmens (Draft Common Frame of Reference).





*Teil A*

Rechtsgeschäftlich vereinbarte Gesamtschulden

## I. Die Entstehung vertraglicher Gesamtschuldverhältnisse

Gesamtschulden, die auf einer Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und sämtlichen Schuldnern beruhen, bilden seit jeher in den europäischen Rechtsordnungen einen Kernbereich der solidarischen Haftung. Sie beruhen auf einem Vertrag, bei dem auf Schuldnerseite mehrere Personen beteiligt sind. Anders als bei Teilschulden kann der Gläubiger die insgesamt geschuldete Leistung von jedem Schuldner verlangen. Wird die Leistung von einem oder mehreren der Schuldner erbracht, sind alle Schuldner gegenüber dem Gläubiger frei. Damit sind Gesamtschulden für den Gläubiger vorteilhaft. Er ist nicht, wie bei Teilschulden, gezwungen, jeden einzelnen Schuldner zu belangen. Vor allem aber bieten Gesamtschulden sowohl gegenüber Teilschulden als auch gegenüber einer Einzelschuld den Vorteil, dass mehrere Schuldnervermögen für ein und dasselbe Leistungsinteresse haften<sup>1</sup>. Der Gläubiger kann sich den solventesten Schuldner herausuchen und fällt nach heutigem Recht erst dann mit seiner Forderung aus, wenn sämtliche Gesamtschuldner insolvent sind. Insofern gehört die Gesamtschuld zu den Personalsicherheiten und ist mit der Bürgschaft verwandt. Auf der Schuldnerseite kann sie zur Krediterlangung eingesetzt werden.

Gegenüber gewöhnlichen Gesamtschulden ist die Bürgschaft in der europäischen Rechtstradition stets entweder als Sonderfall oder als *aliud* angesehen worden<sup>2</sup>. Zumindest dann, wenn die Hauptschuld auf eine Geldzahlung gerichtet ist, bestehen zwischen Gesamtschulden und Bürgschaften Ähnlichkeiten. Das entscheidende Abgrenzungskriterium ist hier nicht die Subsidiarität der Bürgenhaftung. Eine Einrede der Vorausklage ist im Bürgschaftsrecht nur beschränkt anerkannt und zudem grundsätzlich abdingbar. Entscheidend ist vielmehr die (mehr oder weniger ausgeprägte) Akzessorietät der Bürgenverpflichtung<sup>3</sup>. Ihr Bestand richtet sich nach der Hauptforderung. Änderungen bei der Hauptschuld wirken auf die Bürgenschuld ein; Änderungen bei der Bürgenschuld lassen hingegen die Hauptschuld unberührt. Bei der Gesamtschuld werden die Verpflichtungen der Schuldner dagegen grundsätzlich gleich behandelt. Es ist zwar möglich, dass „Tatsachen“ wie eine Leistungsstörung, ein Erlass, ein Urteil oder eine eingetre-

---

<sup>1</sup> Beide Vorteile wurden in der Pandektenliteratur des 19. Jahrhunderts allgemein nach einer auf *Savigny*, Obligationenrecht I, 218, zurückgehenden Ausdrucksweise als „Sicherheit und Bequemlichkeit in der Rechtsverfolgung“ bezeichnet, eine Formel, die sich dann auch in den Motiven, Bd. II, 155 f. (Mugdan II, 86), wiederfindet.

<sup>2</sup> Näheres unten, 1064 ff.

<sup>3</sup> Zum Streit, ob man die Bürgschaft als „akzessorische Gesamtschuld“ unter einen weiten Gesamtschuldbegriff subsumiert oder den Begriff der Gesamtschuld enger fasst, unten, 1232 ff.

tene Verjährung bei einem Schuldner die Verpflichtungen der anderen Schuldner ebenfalls berühren, doch dann gilt dies wechselseitig. Eine Tatsache wirkt entweder wechselseitig (sog. Gesamtwirkung) oder ist auf den einzelnen Schuldner begrenzt (sog. Einzelwirkung). Welche Tatsachen Gesamt- oder Einzelwirkung haben, wurde historisch unterschiedlich geregelt. Je mehr Tatsachen Gesamtwirkung hatten, desto größer war die Tendenz, Gesamtschulden als eine einzige Obligation anzusehen.

Heute entstehen vertragliche Gesamtschulden, wenn sie von den Parteien vereinbart werden. Besondere rechtsgeschäftliche Erfordernisse gibt es nicht. Anders verhielt es sich im römischen Recht, das den Grundsatz der Bindungswirkung formloser Vereinbarungen nicht anerkannte. Wenn Vereinbarungen bestimmte Voraussetzungen formeller oder inhaltlicher Art erfüllen müssen, um verpflichtend zu sein, dann werden auch die Erfordernisse für eine Gesamtschuldabrede reglementiert.

Das Herzstück des römischen Gesamtschuldrechts war die durch Stipulation entstandene Gesamtschuld<sup>4</sup>. Die wichtigsten Quellensammlungen, nämlich *Justinians* Institutionen, die *Digesten* und der *Codex*, behandeln sie zusammen mit der durch Stipulation entstandenen Gesamtforderung in jeweils einem eigenen Abschnitt<sup>5</sup>. Bei der Stipulation handelt es sich um eine formelhafte mündliche Abrede unter Anwesenden, mit der einseitig bindende Verträge geschlossen werden konnten<sup>6</sup>. Zur Begründung einer Gesamtschuld wurden die Formeln in bestimmter Weise auf die potentiellen Schuldner erstreckt. Der Stipulator (Versprechensempfänger) richtete seine Frageformel an die einzelnen Schuldner nacheinander in erkennbarem Zusammenhang („*Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?*“) oder an alle zusammen („... *spondetis?*“), woraufhin diese einzeln nacheinander („*spondeo*“) oder zusammen („*spondemus*“) die Antwortformel äußerten<sup>7</sup>. Mit Wendungen wie *eosdem* oder *idem* wurde klargestellt, dass es um dasselbe Leistungsinteresse ging. Erforderlich war zudem, zumindest ursprünglich, eine gewisse Aktseinheit bei diesem Austausch von Fragen und Antworten: Zum einen gab es zeitliche Begrenzungen (die zweite Antwort durfte nicht erst am nächsten Tag erfolgen), zum anderen mussten die Willenserklärungen derart verschränkt sein, dass nicht erst Frage 1 und Antwort 1 und dann Frage 2 und Antwort 2 erfolgten<sup>8</sup>. All diese Erfordernisse dienten dazu, die Gesamtschuld von anderen in Frage kommenden Rechtsgeschäften abzugrenzen. Denn wenn S2 sich zu etwas verpflichtete, was S1 schuldet, kamen auch kumulierte Verpflichtungen oder eine Bürgschaft in Betracht,

<sup>4</sup> Hierzu *Levy*, Konkurrenz I, 175 ff.; neuerdings ausführlich *Schmieder*, Duo rei (2007), 34 ff.

<sup>5</sup> Institutionen: Inst. 3, 16 (*De duobus reis stipulandi et promittendi*); *Digesten*: D. 45, 2 (*De duobus reis constituendis*); *Codex*: C. 8, 39 (*De duobus reis stipulandi et promittendi*).

<sup>6</sup> *Kaser*, Römisches Privatrecht I, § 128; *Zimmermann*, Law of Obligations, 68 ff.

<sup>7</sup> Beispiele nach Inst. 3,16 pr. und Pomponius D.45,2,4. Weil es keine Stellvertretung gab, mussten beide Schuldner anwesend sein, *Ulpian* D.45,2,8.

<sup>8</sup> Vgl. Inst. 3,16 pr.; *Venuleius* D. 45,1,137 pr.; D.45,2,12 pr.; *Julian* D.45,2,6,3; *Levy*, Konkurrenz I, 176 f.; ausführlich *Schmieder*, Duo rei, 54 ff.

oder auch eine zwischen dem Gläubiger und S2 vereinbarte Schuldumwandlung, die S1 befreite.

Das Erfordernis einer engen zeitlichen Verbindung wurde im Laufe der Zeit wohl etwas liberaler gehandhabt, und es ist möglich, dass später sogar Gesamtschulden durch völlig getrennte Stipulationsakte begründet werden konnten, sofern die Absicht aller Parteien, eine Gesamtschuld zu begründen, klar war<sup>9</sup>. Diese im 19. Jahrhundert ausführlich debattierten<sup>10</sup> Fragen sind heute nur noch von historischem Interesse. Seit der Anerkennung der Bindungswirkung aller formlosen Verträge im Gemeinen Recht ist es selbstverständlich, dass bei entsprechendem Parteiwillen Gesamtschulden auch durch getrennte Rechtsgeschäfte entstehen können.

Im römischen Recht konnten Gesamtschulden außer durch Stipulation (später durch entsprechende Vereinbarung in Urkunden<sup>11</sup>) auch im Rahmen anderer anerkannter Vertragstypen begründet werden. Die Quellen erwähnen Gesamtschulden bei den römischen Realverträgen (die ihre Bindungswirkung auf die Hingabe einer Sache gründeten), insbesondere bei der Verwahrung<sup>12</sup> und der Leihe<sup>13</sup>, ferner bei den Konsensualverträgen (die formlos geschlossen werden konnten), hier bei Miete<sup>14</sup>, Kauf<sup>15</sup> und Auftrag<sup>16</sup>, sowie schließlich bei ausnahmsweise bindenden *pacta*<sup>17</sup>. Da es sich bei den genannten Typen um sog. Verträge *bonae fidei* handelte, war eine Gesamtschuldabrede hier auch formlos möglich<sup>18</sup>.

<sup>9</sup> Vgl. Ulpian D.45,2,3 pr.; hierzu *Schmieder*, Duo rei, 55 ff. m.w.N.

<sup>10</sup> Etwa *Ribbentrop*, Correal-Obligationen, 113 ff.; *Liebe*, Stipulation, 214 ff.; *Vangerow*, Pandekten, § 573 Anm. 2 Nr. 1; *Kuntze*, Singularsuccession, 165 ff.; *Fitting*, Correalobligationen, 87 Fn. 101; *Fritz*, ZCRPr nF 18 (1861), 363 ff.; *Baron*, Gesamtrechtsverhältnisse, 254 ff.; *Bekker*, Aktionen II, 312 ff.; *Czyblarz*, GrünZ 3 (1876), 65 ff.; *Unger*, JhJb 22 (1884), 280 ff.; *Windscheid*, Pandekten, § 297 Fn. 3; *Mitteis*, Individualisierung, 103 ff.; *Eisele*, AcP 77 (1891), 423 f., 461 f.; *Binder*, Korrealobligationen, 6 ff.

<sup>11</sup> Papinian D.45,2,11,2.

<sup>12</sup> Ulpian D.16,3,1,43; Papinian D.45,2,9 pr.-1; *Schmieder*, Duo rei, 165 ff.

<sup>13</sup> Ulpian D.13,6,5,15 (anders *Schmieder*, Duo rei, 173 ff., nach dem es in diesem Fragment nur um die Haftung auf das Interesse gehen soll); Papinian D.45,2,9 pr.

<sup>14</sup> Ulpian D.13,6,5,15, D.19,2,13,9; Marcellus D.19,2,47 (der Hinweis auf eine Teilhaftung bezieht sich auf das *beneficium divisionis*, hierzu unten, 234 ff.; anders *Schmieder*, Duo rei, 193); Valerian C.4,65,13; *Schmieder*, Duo rei, 199 ff.

<sup>15</sup> Marcellus D.19,2,47; Ulpian D.21,1,31,10; *Schmieder*, Duo rei, 192 ff.

<sup>16</sup> Mehrere Auftragnehmer: Scaevola D.17,1,60,2; mehrere (Kredit-)Auftraggeber: Paulus D.15,4,5,1, D.17,1,59,3; Papinian D.27,7,7, D.46,1,52,3; Modestin D.46,1,41,1; vgl. auch unten, 1031 f.; zu beiden *Schmieder*, Duo rei, 201 ff. Allerdings ist bei diesen Stellen nicht immer klar, ob es sich um einen einheitlichen oder mehrere unabhängige Aufträge handelt.

<sup>17</sup> *Constitutum* (Erfüllungszusage): Ulpian D.13,5,16 pr.; *Schmieder*, Duo rei, 215 f.; s.a. unten, 1031 f.

<sup>18</sup> Hierzu *Schmieder*, Duo rei, 216 ff.; vgl. auch *Kaser*, Römisches Privatrecht I, § 154 IV 2 (S. 657); *Evans-Jones*, SDHI 52 (1986), 119 ff. Für Formlosigkeit auch die h.L. im 19. Jahrhundert, etwa *Ribbentrop*, Correal-Obligationen, 170, 176; *Vangerow*, Pandekten, § 573 Anm. 2, Nr. 1; *Savigny*, Obligationenrecht I, 153 ff.; *von Helmolt*, Correal-Obligationen, 130 ff.; *Fritz*, ZCRPr nF 22 (1865), 461 ff.; *Czyblarz*, GrünZ 3 (1876), 89; *Mitteis*, Individualisierung, 59 f. Anders nur *Kuntze*, Singularsuccession, 169 ff., und *Baron*, Gesamtrechtsverhältnisse, 225 f., nach denen auch hier eine Stipulation erforderlich war.

Problematisch war nur das Darlehen als Vertrag *stricti iuris*: Grundsätzlich schuldet bei mehreren Darlehensnehmern jeder nur soviel, wie er selbst als Eigentum empfangen hatte, falls nicht durch Stipulation eine Gesamtschuld vereinbart war. Vielleicht konnte aber schon durch entsprechenden Parteiwillen ein gemeinsamer Empfang und damit eine gesamtschuldnerische Haftung begründet werden<sup>19</sup>.

Die römische Bezeichnung für vertragliche Gesamtschuldner war *rei promittendi*, soweit sie durch Stipulation verpflichtet waren<sup>20</sup>. Allgemeiner findet sich einmal der Ausdruck *rei debendi*<sup>21</sup>, sonst nur *duo* bzw. *plures rei*<sup>22</sup>. Beruhte die Gesamtschuld auf einem anderen Vertragstyp als dem der Stipulation, sprechen die Quellen manchmal von *quasi duo rei* oder *quodammodo duo rei*<sup>23</sup>. Teilweise findet sich (zusätzlich) der Ausdruck *in solidum*<sup>24</sup>. An einer Stelle wird von *conreus* gesprochen<sup>25</sup>. Aus *conreus* wurde *correus*, woraus sich in der europäischen Rezeption die deutsche *Korrealobligation* bildete. Gleichbedeutend war bis Ende des 18. Jahrhunderts der Ausdruck *solidarische* Verpflichtung<sup>26</sup>.

Auch im Gemeinen Recht und in den späteren Kodifikationen stand die vertraglich vereinbarte Gesamtschuld im Vordergrund. Die rezipierten römischen Gesamtschuldregeln trafen hier auf deutschrechtliches Gedankengut in Gestalt der sogenannten Verpflichtung zur gesamten Hand<sup>27</sup>. Sie entstand durch

<sup>19</sup> *Schmieder*, Duo rei, 180 ff. m.w.N. Die relevanten Quellenstellen sind Afrikan D.16,1,17,2; Paulus D.46,1,71 pr.; Diokletian C.4,2,5, C.4,2,12, C.8,39,1, C.8,39,3. Für das Erfordernis einer entsprechenden Stipulation im 19. Jahrhundert *Ribbentrop*, Correal-Obligationen, 11 Fn. 113; *Hölder*, AcP 69 (1886), 205; s.a. *Kaser*, Römisches Privatrecht I, § 154 Fn. 12; dagegen *Savigny*, Obligationenrecht I, 155 ff.; *Brinz*, KritBl 4 (1853), 10; *Fritz*, ZCRPr nF 22 (1865), 463 ff.; *Czyblarz*, GrünZ 3 (1876), 93 ff.

<sup>20</sup> So etwa Inst. 3,16; Modestin D.45,2,1 und 4; Ulpian D.45,2,3 pr.; Julian D.45,2,6 pr.; Papinian D.45,2,9,2; vgl. *Schmieder*, Duo rei, 299 ff. Nach Papinian D.45,2,9 pr. sind auch andere durch Vertrag oder Vermächtnis verpflichtete Gesamtschuldner *rei promittendi*. Hierbei muss es sich nicht notwendig um eine Interpolation handeln, wie meist angenommen wird; vielmehr kommt auch eine reformorientierte Einzelmeinung *Papinians* in Betracht, so *Schmieder*, a.a.O., 322 ff. Der Ausdruck findet sich in zahlreichen weiteren Quellenstellen, etwa Paulus D.2,14,25 pr., D.12,2,28,3, D.34,3,29, D.46,1,71 pr., D.50,17,173,2; Julian D.12,6,20, D.45,2,5, D.46,3,34,11; Marcian D.22,1,32,4; Ulpian D.34,3,3,3, D.35,2,62, D.46,1,5; Papinian D.45,2,10 und 11 pr., D.46,1,51,2; Venuleius D.45,2,13; Pomponius D.45,2,18; Scaevola D.46,3,93,1; C.8,39, *passim*; Justinian C.8,40,28.

<sup>21</sup> Paulus D.4,8,34 pr.; vgl. Paulus D.46,1,71 pr. (*duo rei eiusdem debiti*).

<sup>22</sup> Für Stipulationsgesamtschuldner: Julian D.45,2,6,1–3; Ulpian D.45,2,8; Venuleius D.45,2,12 pr.; Paulus D.45,2,14; Papinian D.45,1,116. Ferner Ulpian D.4,4,27,2, D.19,2,13,9, D.24,1,5,1, D.45,2,3,1; Papinian D.45,2,9,1; Pomponius D.12,6,19,4; Afrikan D.16,1,20; Modestin D.46,1,40.

<sup>23</sup> Ulpian D.13,5,16 pr. (Erfüllungszusage), D.13,6,5,15 (Leihe), D.21,1,31,10 (Kaufvertrag); ebenso für Gesamtschulden aus einem Vermächtnis Pomponius D.30,8,1.

<sup>24</sup> Ulpian D.19,2,13,9; Marcellus D.19,2,47; Valerian C.4,65,13. *In solidum* (auf das Ganze) kann aber auch in anderen Zusammenhängen verwendet werden, etwa bei kumulierten Verpflichtungen, Diocletian C.4,8,1.

<sup>25</sup> Ulpian D.34,3,3,3.

<sup>26</sup> Siehe in deutscher Sprache etwa *Glück*, Pandecten IV (1796), 510 ff.; *Höpfner*, Commentar, §§ 812 ff. (1783) (*Correalobligation, in solidum*). Zu den französischen Ausdrücken *Domat*, Loix civiles, §§ 1824 ff.; *Pothier*, Traité des Obligations, §§ 261 ff. (*solidité*); CC Art. 1200 ff. (*solidarité*).

<sup>27</sup> Hierzu *Stobbe*, Geschichte des deutschen Vertragsrechts (1855), 139, 145 ff. mit zahlreichen Quellen; *von Gierke*, Schuld und Haftung, 109 ff.; ders., Deutsches Privatrecht III, § 182.