

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

---

**Band 7**

# **Die Gesamtschuld**

**Versuch einer begrifflichen Erfassung  
in drei Typen**

**Von**

**Dr. Horst Ehmann**



**Duncker & Humblot · Berlin**

***Horst Ehmann / Die Gesamtschuld***

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 7**

# Die Gesamtschuld

Versuch einer begrifflichen Erfassung in drei Typen

Von

Dr. Horst Ehmann



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1972 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1972 bei Bartholdy & Klein, Berlin 65**  
**Printed in Germany**  
**ISBN 3 428 02733 7**

*Herrn Professor Dr. Hermann Weitnauer  
in Dankbarkeit zugeeignet*



Wer sich vor der Idee scheut, hat auch  
zuletzt den Begriff nicht mehr.

Goethe\*

## Vorrede

Die Dogmatik des Obligationenrechts ist geprägt vom Einzelschuldverhältnis.

Dagegen ist die Problematik der Beteiligung mehrerer Personen auf der Aktiv- und/oder auf der Passivseite eines Schuldverhältnisses im BGB — wie auch in anderen Zivilrechtsbüchern — nur in wenigen Vorschriften und recht unvollkommen geregelt. Auch die wissenschaftliche Behandlung dieser Probleme im Recht des BGB ist bislang von fast stiefmütterlicher Art geblieben. So ist seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1. 1. 1900 — von einigen Dissertationen abgesehen — keine einzige umfassende monographische Arbeit zum Begriff der Gesamtschuld erschienen und auch die Bearbeitung der §§ 421 ff. BGB in den sogenannten modernen Lehrbüchern des Allgemeinen Schuldrechts läßt vieles zu wünschen übrig. Das ist in mehrfacher Hinsicht überraschend.

Die Problematik der *Korreal-* bzw. *Solidarobligationen* bildete eine der meist diskutierten Streitfragen des gemeinen Rechts. Windscheid sah keine Aussicht, „daß eine Einigung der Meinungen wird erzielt werden“<sup>1</sup> und wünschte sich am Ende den Zustand von 1829 zurück, in dem geschrieben werden konnte, „es ist nicht leicht über irgend einen anderen Hauptpunkt des röm. Rechts die Literatur so dürftig, wie über diesen“<sup>2</sup>.

Die in der umfangreichen Diskussion durch die Pandektenwissenschaft aufgeworfenen *Strukturprobleme* sind durch die gesetzgeberische Regelung des BGB nicht gelöst worden. Zutreffend hat Klingmüller<sup>3</sup> die gesetzgeberische Tat als Pyrrhussieg bezeichnet und verglichen mit dem Kampf des Herkules gegen die lernäische Hydra: „Der Kopf der bloßen Solidarschuld sollte abgeschlagen werden und statt einer sprangen zwei Arten von Solidarität, die *echte* und *unechte*, hervor“<sup>3</sup>.

Auch der juristische Wissenschaftsbetrieb seit Inkrafttreten des BGB hat bislang die Probleme nicht zu bewältigen vermocht, er hat sich vielmehr mit der unklaren Unterscheidung zwischen sogenannten *echten* und

---

\* Zitat aus: „Maximen und Reflexionen“; gefunden als Motto vor § 4 „Der Begriff des Rechts“ in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie.

<sup>1</sup> Pand. II, § 293 N. 1.

<sup>2</sup> Pand. II, § 292 (Literaturübersicht).

<sup>3</sup> JherJb 64 (1914), 34.

*unechten* Gesamtschulden begnügt und die Kriterien der Unterscheidung mit *Blankettbegriffen* wie „Zweckgemeinschaft“, „Tilgungsgemeinschaft“ etc. mehr zugedeckt als geklärt. War es im gemeinen Recht in erster Linie das dogmatische Bemühen um eine möglichst perfekte — gemäß dem *Gesetz vom Nichtwiderspruch* — begriffliche Erfassung des Rechtsstoffes gewesen, das die wissenschaftliche Beschäftigung mit der Gesamtschuld motivierte, so drängt uns heute in hohem Maße die „*Interessenseite*“ (*Heck*) zur Lösung der Probleme.

In der Welt der modernen Kulturstaaten, in welchen die Menschen immer dichter zusammenrücken, in welchen sich die rechtlichen Beziehungen immer mehr verflechten, werden Einzelschuldverhältnisse — von den kleinen Geschäften des täglichen Lebens einmal abgesehen — mehr und mehr zur statistischen Ausnahme. Die großen Verträge werden nur noch selten von Einzelpersonen abgeschlossen; die auftretenden Personenmehrheiten werden, soweit sie nicht zu einer juristischen Person zusammengeschlossen sind, in jedem eingegangenen Schuldverhältnis Gesamtschuldner. Selbst die Mehrzahl aller Mietverhältnisse werden von Eheleuten „samt und sonders“ als *gleichgründige* Gesamtschuldverhältnisse begründet. In der großen Masse der Straßenverkehrsunfälle entstehen die Schadenersatzansprüche der Geschädigten gegen Fahrer, Halter und Versicherer sowie andere Beteiligte *zum Schutze* der Geschädigten als Gesamtschuldverhältnisse. Schadenersatzansprüche gegen Architekten und Bauhandwerker aus fehlerhafter Erstellung eines Bauwerks sind ebenso grundsätzlich gesamtschuldnerisch verbunden. Nahezu allen Kreditschuldverhältnissen sind schließlich andere Schuldverhältnisse *zur Sicherung* (gesamtschuldnerisch) zugeordnet.

In einer nicht mehr zu überschauenden Fülle ist daher die praktische Rechtspflege tagtäglich mit Problemen der Gesamtschuld befaßt, ohne sich hierbei auf eine hilfreiche wissenschaftliche Vorarbeit stützen zu können. Dennoch ist es dem *Bundesgerichtshof* gelungen, in einigen bahnbrechenden Urteilen die Dinge entscheidend nach vorne zu entwickeln. Ich denke hierbei insbesondere an die *Architektenentscheidung des Großen Senats* vom 1. 2. 1965 (BGHZ 43, 227) und das Urteil des *VII. Zivilsenats* vom 27. 3. 1969 (BGHZ 52, 39).

In diesem Zusammenhang gesehen war es wohl auch kein Zufall, daß die Anregung zu der vorliegenden Arbeit von einem Mitglied des Bundesgerichtshofs ausging. Herr Senatspräsident Dr. *Hauss* hat mich bei Gelegenheit eines Vortragsabends der Juristischen Studiengesellschaft auf zwei Urteile in Fällen aus dem Bereich sogenannter Teilungsabkommen aufmerksam gemacht. Der Versuch, die Probleme dieser Entscheidungen in einer Urteilsanmerkung aufzuhellen, scheiterte alsbald an der Unmöglichkeit, die Problematik des Gesamtschuldbegriffs in solchem Rahmen zu behandeln.

Die Darstellung ufernte demzufolge aus, drängte dann andere, bereits weit gediehene Arbeiten in den Hintergrund und führte schließlich zur vorliegenden Arbeit über den Gesamtschuldbegriff, in welcher die Probleme der Teilungsabkommen nur noch in einer einzigen Fußnote (§ 8 Fußn. 97) gestreift werden.

Mein „Vorverständnis“ des Gesamtschuldbegriffs war von einem Doppelten geprägt: einer tiefgehenden Unsicherheit bezüglich aller mit der Gesamtschuld zusammenhängenden Probleme, entstanden aus dem in allen Ausbildungsabschnitten fehlgeschlagenen Bemühen, die gebräuchlichen Lehrbuchdarstellungen zu diesem Abschnitt zu verstehen und der im Gegensatz dazu stehenden Sicherheit meines akademischen Lehrers Prof. Dr. *Hermann Weitnauer*, die dieser aus den Lehren seines Meisters *Hugo Kreß* gewonnen hatte<sup>4</sup>.

Der *Kress'sche* Denkansatz, auszugehen von den *Zweckbeziehungen zwischen dem Gläubiger und den einzelnen Schuldner*<sup>5</sup> — nicht einer „Zweckgemeinschaft“ zwischen den Schuldnern — erwies sich in der Tat als überaus fruchtbar. Es zeigte sich, daß dieser Gedanke bereits bei *Klingmüller* aufgetaucht war, dort aber mangels einer durchgeformten Zweck-(causa-)Lehre nicht tragfähig ausgebildet werden konnte. *Klingmüller* erlag der Versuchung, das die Gesamtschuld bestimmende Element in einem *einheitlichen* causa-Begriff zu suchen.

Die Verschiedenartigkeit von Gesamtschuldverhältnissen, die aus einem gemeinsamen Schuldversprechen mehrerer (§ 427), aus mehreren zum Ersatz desselben Schadens verpflichtenden Ersatzansprüchen (z. B. § 840), aus gesicherter Forderung und Sicherungsforderung gebildet werden, lassen sich in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen nicht mehr mit einem brauchbaren *einheitlichen* Kriterium erfassen, welches zugleich andere — nicht gesamtschuldnerische — Schuldnermehrheiten ausschließt. Dennoch ist das Problem nicht — wie viele schon meinen — unlösbar. Das *Kress'sche* Zwecksystem ermöglicht es, drei Fallgruppen begrifflich genau zu bestimmen und gegeneinander sowie gegen kumulierte Schuldverhältnisse scharf abzugrenzen. Damit ist die Lösung gegeben.

Der Aufbau der Darstellung ist somit gleichfalls vorgegeben: Das 1. Kapitel (§§ 1 - 4) gibt eine Darstellung der Strukturprobleme der Gesamtschuld und der in Literatur und Rechtsprechung unternommenen Lösungsversuche. Im 2. Kapitel (§§ 5 und 6) werden die Kriterien entwickelt, aus denen die Lösung der Probleme erfolgen soll, d. h. es wird ein neuer Versuch unternommen, den Grundriß einer *Lehre vom Zweck* der Güterbewegung und des Güterschutzes (*causa-Lehre*) auf der Basis des *Kress-*

<sup>4</sup> Vgl. den Vortrag im Karlsruher Forum 1970 (noch nicht erschienen).

<sup>5</sup> ASchuR, S. 608.

schen Systems darzustellen. Im 3. Kapitel werden sodann die drei Typen von Gesamtschulden: *Gleichgründige Gesamtschulden* (§ 7), *Schutzzweckgesamtschulden* (§§ 8 - 10) und *Sicherungsgesamtschulden* (§ 11) im einzelnen dargestellt.

Die Arbeit ist entstanden auf Grund einer Anregung der Praxis, ich hoffe daher, daß sie auch für die Praxis nützlich sein wird, gemäß dem Satze, daß nichts praktischer ist als eine gute Theorie. Die dabei betriebene Dogmatik ist nicht schöngeistiger Selbstzweck, sondern soll der Rechtsanwendung dienen, soll eine Hilfe sein für praktisches juristisches Handeln<sup>6</sup>.

Rechtsprechung und Literatur sind bis März 1972 berücksichtigt worden.

Zu danken habe ich vor allem meinem verehrten akademischen Lehrer Professor Dr. *Hermann Weitnauer*, der mir die Lehren seines Lehrers *Hugo Kress* nahegebracht und meine wissenschaftliche Ausbildung, die nach dem Assessorexamen damit erst anfang, mit Geduld gefördert und mit Güte bewacht hat.

Dank schulde ich ferner der *Juristischen Fakultät* der Universität Heidelberg für die in der Zuerkennung eines Preises zum Ausdruck gekommene Anerkennung und Förderung meiner Arbeit. Dank sage ich auch Herrn Professor Dr. *Wolfgang Hefermehl* und dem *Verein der Freunde der Universität Heidelberg* für die gewährte Unterstützung.

Nicht zuletzt habe ich auch meiner Frau, Landgerichtsrätin *Katrin Ehmann-Schultze*, zu danken, die neben großer eigener Berufsbelastung die Manuskripte und Fahnen gelesen, die Register gefertigt und manchen guten Rat beigesteuert hat.

Heidelberg, im Juli 1972

*Horst Ehmann*

---

<sup>6</sup> Vgl. *Wieacker*, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: *Herme-  
neutik und Dialektik*, Festschrift für *Gadamer*, Bd. 2, S. 320.

# Inhaltsverzeichnis

## *Erstes Kapitel*

### **Strukturanalyse** 23

§ 1 <i>Einleitung</i> .....	23
I. Die Hauptstrukturen der Gesamtschuldregelung des BGB .....	23
II. Die Angst vor den Rechtsfolgen der Gesamtschuld .....	25
III. Die geschichtliche Entwicklung der Gesamtschuld .....	28
A. Im gemeinen Recht .....	28
1. Die Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligationen .....	28
2. Das Regreßproblem .....	31
3. Einheits- und Mehrheitstheorie .....	31
B. Die Gesamtschuld im römischen Recht .....	36
1. Ziel der Darstellung .....	36
2. Die Entwicklung des Gesamtschuldbegriffs im römischen Recht .....	37
3. Die Entdeckung anderer Fälle „unächter Correalität“ .....	40
4. Die Lehren aus der geschichtlichen Entwicklung der Korreal-schuld .....	41
IV. Methodologischer Exkurs .....	42
V. Das sogenannte Wesen der Gesamtschuld .....	44
§ 2 <i>Die Bestimmung der Voraussetzungen einer Gesamtschuld</i> .....	48
I. Die Suche nach dem einheitlichen Begriff .....	48

II. Das Merkmal der sogenannten Zweckgemeinschaft .....	50
1. Die vieldeutige Zauberformel .....	50
2. Hilfreiche Krücke der Rechtsentwicklung .....	51
3. Die Angst vor dem „falschen“ Regreß .....	52
4. Die Zweckgemeinschaft als „quasi-konkretes“ Rechtsverhältnis .....	53
5. Der Bedeutungswandel der „Zweckgemeinschaft“ von Enneccerus bis Lehmann .....	54
6. Das theoretische Fehlverständnis des Zweckbegriffs .....	57
7. Das Merkmal „Zweckgemeinschaft“ in der Rechtsprechung des RG und des BGH .....	59
III. Das Erfordernis der Gleichstufigkeit (Gleichrangigkeit) der Verpflichtungen .....	62
1. Wieder: Die Angst vor dem „falschen“ Regreß .....	62
2. Die „Studie“ Selbs .....	62
3. Die Hilfsregel des § 426 Abs. I Satz 1 .....	64
4. Die Bedeutung des Begriffs „zweistufige Solidarität“ bei Rabel .....	65
5. Die Bedeutung des Begriffs „Gleichstufigkeit“ bei Rud. Schmidt .....	66
IV. Das Erfordernis einer sogenannten Tilgungs- bzw. Erfüllungsgemeinschaft .....	67
1. Allgemeines .....	67
2. Die Funktion der „wechselseitigen Tilfungsgemeinschaft“ .....	68
a) Abgrenzung der Gesamtschuld zu cessio-legis-Fällen .....	68
b) Abgrenzung zu Fällen des § 255 .....	69
3. Voraussetzung und Funktion der „Tilfungsgemeinschaft“ bei Leonhard .....	71
4. Die Voraussetzungen der „Tilfungsgemeinschaft“ bei Larenz ..	73
5. Das Erfordernis der sogenannten Erfüllungsgemeinschaft (Selb, Frotz) .....	76
§ 3 <i>Mitteilung und Regreß als Rechtswirkungen der Gesamtschuld</i> ....	79
I. Allgemeines .....	79
II. Die Mitteilung (§ 422) .....	80
1. Die Auffassung des gemeinen Rechts .....	80
2. Das Fortwirken der gemeinrechtlichen Auffassung im Recht des BGB .....	81

3. Die Erfüllungslehre und der Obligations- und Zweckbegriff Hartmanns .....	82
III. Der Regreß (§ 426) .....	88
1. Savignys Auffassung .....	88
2. Das gemeine Recht und die Motive des BGB-Entwurfs .....	90
3. Die Auffassung zum Recht des BGB .....	92
IV. Die Zusammenschau von Voraussetzungen und Wirkungen der Gesamtschuld .....	97
1. Die Gesamtschuld als Sicherungssystem für den Gläubiger ....	97
2. Das Schuldnerschutzsystem der Gesamtschuld .....	98
a) Der Regreß als notwendiges Korrelat der Mehrfachverpflichtung .....	98
b) Die Mitteilgung als notwendiges Korrelat der Mehrfachverpflichtung .....	100
c) Das kommunizierende System der §§ 422, 426 II .....	102
3. Noch einmal: Das Wesen der Gesamtschuld .....	102
a) Das Rätsel der soweit-Regel des § 426 I, 1 .....	103
b) Die Rechtsnatur der Regeln der §§ 422, 426 BGB .....	106
aa) § 422 im einzelnen .....	107
bb) Regreßanspruch (§ 426) .....	108
cc) Die cessio legis (§ 426 II) .....	111
§ 4 Zusammenfassung des 1. Kapitels .....	112

*Zweites Kapitel*

**Die Kriterien zur Unterscheidung  
der verschiedenen Schuld- und Gesamtschuldverhältnisse** 118

§ 5 Die uneinheitlichen Gründe für die gesamtschuldnerische Verbindung mehrerer Schuldverhältnisse .....	118
I. Warum entstehen Gesamtschuldverhältnisse? .....	118
1. Die Fragestellung .....	118
2. Klingmüllers Denkansatz .....	119
3. Plan der folgenden Darstellung .....	121

II. Warum entstehen Einzelschuldverhältnisse? .....	122
1. Allgemeines .....	122
2. Erwerbsansprüche und Schutzansprüche .....	122
3. Die Zwecke der Erwerbsansprüche (Einführung) .....	123
4. Die Schutzansprüche .....	124
III. Warum werden mehrere Einzelschuldverhältnisse zu einem Gesamtschuldverhältnis verbunden? .....	125
1. Die Differenzierung der Fragestellung .....	125
2. Die verschiedenen Fallgruppen .....	126
3. Die verschiedenen Antworten .....	127
4. Einige Konsequenzen aus der Differenzierung .....	128
a) Die verschiedene Art der Beteiligung am Schuldverhältnis ..	128
b) Die verschiedenen Kriterien zur Bestimmung des Innenverhältnisses .....	129
§ 6 Grundriß einer Lehre vom Zweck der Güterbewegung und des Güterschutzes ( <i>causa</i> -Lehre) .....	130
I. Einführung .....	130
1. Die juristische Aufgabe .....	130
2. Die historische Entwicklung der <i>causa</i> -Lehre (Skizze) .....	131
3. Die zeitgenössische <i>causa</i> -Lehre .....	133
4. Hinweis auf ein „vergessenes“ System .....	133
II. Grundprinzipien des Schuldrechts (Thesen) .....	134
A. Allgemeines .....	134
B. Thesen .....	135
1. Unterscheide Schutz- und Erwerbsansprüche .....	135
2. Austausch- und Liberalitätszweck .....	135
3. Handgeschäfte und Versprechensverträge .....	135
4. Versprechensvertrag und Abwicklungsgeschäft .....	136
5. Der Zweck als Inhaltsbestimmung .....	136
6. Die Abwicklungszwecke .....	136
7. Die geschlossene Zahl der Grundformen: Austausch-, Liberalitäts- und Abwicklungszwecke .....	136
8. Alle Zwecke bedürfen der Vereinbarung .....	136
9. Die Mischung der Zwecke .....	136

10. Die Staffelung der Zwecke .....	137
11. Der Leistungsbegriff .....	137
12. Die Abhängigkeit der Rechtsgeschäfte von ihrem Zweck ....	137
13. Der Schutzzweck .....	137
III. Motiv und Zweck .....	138
1. Die Typisierung der Zwecke .....	138
2. Die Zweckvereinbarung .....	139
3. Die historischen Abgrenzungsversuche .....	141
4. Die normative Abgrenzung durch Typisierung und Vereinbarung	142
IV. Formen, Arten und Zwecke der Güterbewegung .....	144
1. Es gibt Realverträge (Handgeschäfte) .....	144
2. Die Zwecke der Leistungsversprechen und die Leistungszwecke	147
3. Typische und atypische Zwecke (Beispiele) .....	150
A. Beispiele: a - m .....	150
B. Weitere Beispiele: a - i .....	151
4. Das Abstraktionsprinzip .....	152
a) Eine unzulässig vereinfachte Auffassung .....	152
b) Abstrakte und kausale Verpflichtungs- und Verfügungs-	155
geschäfte .....	155
c) Die logische Ableitung der Notwendigkeit des Zwecks der	159
Eigentumsübertragung .....	159
d) Die Zerstörung des Systems (Stampe, Boehmer) .....	163
V. Erfüllungs- und Rechtsgrundbegriff .....	164
1. Die sogenannte „überwiegende Lehre“ .....	164
2. Die Erfüllungszweckvereinbarung und ihre Funktion .....	164
3. Der Rechtsgrundbegriff bei den Leistungskonditionen (§ 812 I,	165
1, 1. Alt. BGB) .....	165
4. Der einheitliche Zweckbegriff .....	168
VI. Der Schutzzweck .....	168
VII. Angestaffelte und gemischte Zwecke .....	171
1. Der Begriff „gestaffelter“ Zweck .....	171
2. Gesetzliche Vertragstypen mit angestaffeltem Zweck .....	172
a) Gesellschaftsvertrag .....	172
b) Vergleich .....	172
c) Ausstattung u. a. ....	173

3. Atypische Staffelung von Zwecken (Beispiele a - h) .....	173
4. Die Staffelung von Schuldverhältnissen .....	174
5. Fälle von sogenannter „Zweckerreichung, Zweckfortfall und -verfehlung“ (Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, § 85) .....	175
6. Die Mischung der Zwecke .....	176
<b>VIII. Die Abhängigkeit der Schuldverhältnisse von ihrem Zweck .....</b>	<b>177</b>
1. Abgrenzung: Motiv — Zweck — Bedingung .....	177
2. Die Verfehlung des Austauschzwecks .....	180
a) bei Versprechensverträgen .....	181
b) bei Verfügungsgeschäften .....	181
c) bei abstrakten Forderungen .....	182
d) bei angestaffelem Austauschzweck .....	182
3. Die Verfehlung des Liberalitätszwecks .....	183
4. Die Verfehlung von Abwicklungszwecken .....	184
A. Die Abhängigkeit der Erfüllungsgeschäfte von ihrem Zweck ..	184
B. Die Abhängigkeit der Sicherungsgeschäfte von ihrem Zweck ..	185
C. Die Abhängigkeit des Vergleichs von seinem Zweck .....	186
5. Die Verfehlung angestaffelter atypischer Zwecke .....	186
6. Die Zwecklehre und das BGB .....	191

### *Drittes Kapitel*

#### **Die drei Gesamtschuldtypen** 193

<b>§ 7 Die gleichgründige Gesamtschuld (<i>ex eadem causa</i>) .....</b>	<b>193</b>
<b>I. Die begriffliche Entwicklung der gleichgründigen Gesamtschuld ..</b>	<b>193</b>
1. Der historische Ursprung .....	193
2. Die Regelung des BGB (Eisele) .....	194
3. Die Regelung des BGB (Enneccerus) .....	195
<b>II. Der Tatbestand der gleichgründigen Gesamtschuld .....</b>	<b>197</b>
1. Identität von Zweck und Leistung .....	197
2. §§ 427, 431: Auslegungsregeln oder dispositive Vorschriften? ....	198
3. Der Grund der gesamtschuldnerischen Bindung .....	198
4. Die Bedeutung des Grundes der gesamtschuldnerischen Bindung im Außenverhältnis .....	200

5. Die Bedeutung des Grundes der gesamtschuldnerischen Bindung im Innenverhältnis .....	201
6. Miterfüllung und cessio-legis (§§ 422, 426 II) .....	202
7. Unteilbare Leistungen (§ 431) .....	203
8. Abwicklungsverbindlichkeiten und Schadensersatzverbindlichkeiten aus einem gemeinsamen Vertrag .....	206
9. Abgrenzungsprobleme .....	209
a) Gesamtschuld und kumulierte Schuldverhältnisse .....	209
b) Gleichgründige und Sicherungsgesamtschulden .....	210
 III. Der besondere „Rechtsfolgerahmen“ der gleichgründigen Gesamtschuld .....	 211
1. Mitteilung und Regreß (§§ 422, 426) .....	211
2. Erlaß (§ 423) .....	211
3. Gläubigerverzug .....	211
4. Die Wirkungen anderer Tatsachen (§ 425) .....	212
5. Die Verschiedenartigkeit und Selbständigkeit der verbundenen Einzelforderungen (= Schuldverhältnisse im engeren Sinne) ....	213
a) Bedingungen u. a. ....	213
b) Die sogenannten Rechtswohltaten der Teilung und Vorausklage .....	213
 § 8 <i>Schutzzweckgesamtschulden</i> .....	 214
I. Die begriffliche Entwicklung .....	214
1. Von der Straf- zur Schutzfunktion der Schadensersatzverpflichtung (keine Mehrfachentschädigung bei mehreren Schädigern) ..	214
2. Der Gläubigervorteil der gesamtschuldnerischen Bindung der Schutzansprüche .....	215
a) Die Mithaftung jedes Gesamtschuldners für die Tatbeiträge der anderen .....	215
b) Die Möglichkeit der Teilhaftung .....	216
3. Der anteilmäßige Regreß als notwendiges Korrelat der vollen Haftung im Außenverhältnis .....	217
a) Regreß als ausgleichende Gerechtigkeit .....	217
b) Maßstab des Regresses (§ 254) .....	218
c) Keine Gesamtschuld ohne Regreß .....	220
d) Gesamtschuld und Vorteilsausgleichung .....	220

4. Die Verallgemeinerung des Gedankens der §§ 830, 840, 421 ff. ....	222
a) Die Verkennung des Schutzzwecks .....	222
b) Die „Kücke“ der Analogie und der „Zweckgemeinschaft“ ....	223
aa) RGZ 77, 317 .....	223
bb) BGHZ 43, 227 .....	223
cc) v. Caemmerer und BGHZ 52, 39 .....	225
dd) BGHZ 51, 278 .....	226
c) Ansprüche mit „gemeinsamem Schutzzweck“ (Lehmann) — „Erfolgsschulden“ (Leonhard) .....	226
d) Dilchers Kausalansatz .....	227
II. Der Tatbestand der Schutzzweck-Gesamtschuld .....	229
1. Die verschiedenen Fallgruppen .....	230
a) Mehrere Deliktsschuldner (§ 840) .....	230
b) Schutzansprüche aus Gefährdungshaftungstatbeständen ....	230
c) Schutzansprüche aus Verträgen (positiver Forderungsver- letzung) .....	231
d) Schutzversprechen und deliktische Schadensersatzansprüche	233
e) Schadensersatzansprüche und fiktive Gegenleistungsansprüche	236
f) Sonstige Schutzzweckgesamtschulden kraft gesetzlicher An- ordnung .....	237
2. Der Grund der gesamtschuldnerischen Bindung bei den Schutz- zweck-Gesamtschulden und seine Bedeutung im Außen- und Innenverhältnis .....	239
III. Der besondere Rechtsfolgerahmen der Schutzzweck-Gesamtschuld ..	241
1. Mitteilung und Regreß (§ 422, 426) .....	241
2. Der Erlaß (§ 423) .....	242
a) Die sogenannte Einzelwirkung des Erlasses (§ 423) .....	242
b) Haftungsverzicht .....	244
c) Gesetzlich gestörter Gesamtschuldnerausgleich .....	245
aa) Das Problem .....	245
bb) Die Entscheidung BGHZ 51, 37 ff. ....	246
cc) diligentia quam in suis .....	249
d) Der Vergleich (§ 779) .....	250
3. Der Gläubigerverzug (§ 424) .....	251
4. Die Wirkung anderer Tatsachen (§ 425) .....	252

§ 9 <i>Schutzzweckgesamtschulden. Fortsetzung I: Lohnfortzahlung und Schadensersatz</i> .....	252
I. Die Problemstellung .....	252
II. Die Rechtsnatur des Lohnfortzahlungsanspruchs .....	254
1. Der „verschleierte Wortlaut“ (Sieg) des § 616 II .....	254
2. Sieberts Auffassung .....	254
3. Selbs Auffassung .....	256
4. Schutzzweck mit angestaffeltem Austauschweck .....	256
III. Kein Schaden infolge Lohnfortzahlung .....	261
1. Die Problemstellung .....	261
2. Der Zeitpunkt der Entstehung des Schadensersatzanspruchs ...	262
3. Die Fehlentwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum Begriff des Schadens .....	263
a) Die Rechtslage vor den Lohnfortzahlungsanteilen des BGH ..	264
b) Die Fehlentscheidung RGZ 64, 350 zur Vermeidung einer „Doppelentschädigung“ .....	265
c) Die Regreßerschwerung durch die Begründung (kein Schaden) der Fehlentscheidung .....	267
d) Die erste Regreßentscheidung des RG .....	267
e) § 12 Abs. 3 TOA und die Rechtsprechung .....	268
4. Die Entscheidung BGHZ 7, 30 ff. ....	269
a) Die Argumente des BGH .....	269
b) Die Kritik an BGHZ 7, 30 ff. ....	270
5. Der sogenannte normative Schadensbegriff .....	273
6. Die Vorteilsausgleichung bei Drittleistungen .....	275
a) Schadensentstehung und Schadensbeseitigung .....	275
b) Kausaler Vorteil und zweckbestimmte Zuwendung (Leistung) 277	
aa) Oertmanns Auffassung .....	278
bb) Das Vordrängen der Adäquanzformel .....	279
cc) Die Rechtsprechung des RG .....	279
dd) Die Rechtsprechung des BGH .....	282
ee) Cantzlers Auffassung .....	284
ff) Thieles Auffassung .....	285
gg) Durchbruch des Zweckgedankens .....	286
c) Die verschiedenen Zwecke der Drittleistungen .....	287
d) Zusammenfassung .....	290

IV. Doppelentschädigung oder Schuldnerausgleich? .....	290
1. cessio-legis-Fälle .....	291
2. Doppelentschädigungsfälle .....	293
3. Leistungen und Leistungsversprechen nach dem Schadensfall ..	296
a) Schenkung .....	296
b) Drittleistung gemäß § 267 .....	296
c) Schadensausgleich unter Regreßvorbehalt .....	296
d) Andere Fälle .....	297
4. Die Regreßkonstruktion bei Lohnfortzahlungen .....	298
a) Drittschadensliquidation .....	299
b) Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683) .....	300
c) Bereicherungsanspruch .....	300
d) Zessionskonstruktion .....	301
§ 10 <i>Schutzzweckgesamtschulden. Fortsetzung II: Unterhalts- und Schadensersatzpflichten</i> .....	302
I. Das Problem .....	302
II. Materialien zu § 843 IV BGB = § 723 II E 1 .....	303
1. Die Regel des § 723 II E 1 .....	303
2. Die Regel des § 726 I, 4 E 1 .....	306
3. Die Zusammenfassung von § 723 II und § 726 I, 4 E 1 .....	307
4. Die Materialien zum Problem der compensatio lucri et damni im Hinblick auf Unterhaltsleistungen .....	307
III. Die Entwicklung des Schadensproblems durch Wissenschaft und Praxis .....	309
1. Die Linie des Reichsgerichts .....	309
2. Der Umschwung mit BGHZ 7, 30 ff. ....	311
IV. Die Regreßmethoden .....	315
1. Rabel: Ausbau oder Verwischung des Systems .....	315
2. Die sogenannte moderne Lehre .....	318
3. Die Zessionskonstruktion (Abtretung und Gesamtschuld) .....	319
a) Die allgemeine Meinung: Abtretungskonstruktion .....	319
b) Gesamtschuldlösung .....	319

V. Feststellungsklage und Verjährung .....	321
1. Die Feststellungsklage des eventuell Regreßberechtigten .....	321
2. Die Verjährungsfrage .....	322
§ 11 Sicherungsgesamtschulden .....	322
I. Die historische und begriffliche Entwicklung des rechtlich wirk- samen Versprechens und seiner Sicherung .....	322
1. Die „persönlichen“ Schulden (Obligationen, Bürgschaften) .....	322
2. Die Pfandrechte („dingliche Schulden“, Realobligationen, Verwer- tungsrechte) .....	325
3. Die Korrealobligation .....	330
II. Der Tatbestand der Sicherungsgesamtschuld .....	332
1. Die verschiedenen Fallgruppen .....	332
a) Überblick .....	332
b) Die Bürgschaft .....	333
c) Schuldmitübernahme .....	336
d) Abstrakte Sicherungsversprechen .....	337
e) Die dinglichen „Verwertungsrechte“ (Pfandrecht, Hypothek, Grundschild) .....	342
f) Die Sicherungsübereignung .....	348
g) Mehrere Verpfänder und andere Sicherungsgeber .....	351
aa) Mehrere Verpfänder (§ 1222) .....	351
bb) Gesamthypothek (§ 1132) .....	352
cc) Bürgen und Verpfänder .....	353
h) Sicherungsgesamtschulden kraft gesetzlicher Anordnung (Mit- bürgschaft u. a.) .....	354
aa) Mitbürgschaft .....	355
bb) Fälle gesetzlicher Bürgschaft und Schuldmitübernahme ..	356
2. Der Sicherungszweck als Grund der gesamtschuldnerischen Bin- dung .....	357
3. Abgrenzungsprobleme .....	358
a) Sicherungsgesamtschuld und gleichgründige Gesamtschuld ..	358
b) Sicherungs- und Schutzzwecksgesamtschuld .....	359

III. Der besondere Rechtsfolgerahmen der Sicherungsgesamtschuld . . . .	360
1. Mitteilung und Regreß . . . . .	360
a) Der Grundsatz . . . . .	360
b) Abweichende Vereinbarungen . . . . .	360
c) BGHZ 46, 14 . . . . .	361
2. Erlaß (§ 423) . . . . .	363
a) Erlaß der gesicherten Schuld . . . . .	363
b) Erlaß der sichernden Schuld . . . . .	363
aa) Wirkung gegenüber dem Gläubiger . . . . .	363
bb) Wirkung gegenüber den Mitschuldnern . . . . .	364
3. Gläubigerverzug (§ 424) . . . . .	365
4. Wirkung anderer Tatsachen (§ 425) . . . . .	366
<b>Abkürzungs- und Schrifttumsverzeichnis . . . . .</b>	<b>367</b>
<b>Entscheidungsverzeichnis . . . . .</b>	<b>378</b>
<b>Sachverzeichnis . . . . .</b>	<b>385</b>

## Erstes Kapitel

# Strukturanalyse

## § 1 Einleitung

### I. Die Hauptstrukturen der Gesamtschuldregelung des BGB

Sind mindestens zwei Personen (Schuldner) einem Dritten (Gläubiger) zu einer Leistung derart verpflichtet, daß jeder der Schuldner die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, aber der Gläubiger die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist, so nennt § 421 BGB eine derartige Rechtsfigur „*Gesamtschuldverhältnis*“. Zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen mehrere Schuldner einem Gläubiger in solcher Weise (gesamtschuldnerisch) verpflichtet sind, enthält das BGB keinen Rechtssatz, der ein allgemeines, *einheitliches Prinzip* aufstellt. Das Gesetz begnügt sich mit zahlreichen Einzelbestimmungen (z. B. §§ 427, 769, 840, 1833 II u. a.), bei denen jeweils zweifelhaft und streitig ist, inwieweit sie ein allgemeines Prinzip enthalten, erweitert ausgelegt oder analog angewendet werden dürfen.

Auch läßt die Regelung der §§ 421 ff. offen, wie im Innenverhältnis zwischen den Gesamtschuldnern die Last der geschuldeten Leistung zu verteilen ist; § 426 enthält nur eine *Hilfsregel*<sup>1</sup>: „Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.“ Die anderweitige Bestimmung kann *kraft Rechtsgeschäfts* oder *kraft Gesetzes* erfolgen oder sich aus jedem anderen Rechtssatz ergeben<sup>2</sup>. Die Bestimmung des Beteiligungsverhältnisses an der gemeinsamen Schuld kann im Innenverhältnis auf jeden beliebigen Wert zwischen *Null* und *Eins* lauten<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Die Hilfsregel ist je nach der Natur des Gesamtschuldverhältnisses Auslegungsregel oder dispositives Recht; über den Unterschied vgl. v. Tuhr, AT II, 1, S. 188.

<sup>2</sup> Rabel (Ausbau oder Verwischung des Systems? — erstmals erschienen in RheinZ 10 (1919/1920), S. 89 ff.; neu abgedruckt in Ges. Aufsätze, Bd. I, S. 309 ff.) sagt (S. 323 aaO), die Bestimmung brauche nicht durch einen formulierten Gesetzestext zu erfolgen, sondern könne durch alle der „Rechtsordnung innewohnenden Rechtssätze“ geschehen. Vgl. auch RGZ 61, 60.

<sup>3</sup> So zutreffend Weitnauer, Karlsruher Forum 1970 (noch nicht erschienen); Börnsen (S. 76) formuliert: „Der Ausgleichsmechanismus, der von keinerlei Ausgleich bis zum vollen Regreß reicht, . . .“

Die Abwicklung eines Gesamtschuldverhältnisses, d. h. eines Schuldverhältnisses, durch welches mehrere verpflichtet sind, ohne Rücksicht auf ihren Anteil die ganze Leistung zu bewirken, der Gläubiger die Leistung aber nur einmal erhalten soll, schafft notwendigerweise *zwei* juristische Probleme:

- (1) Wie verhindert man, daß der Gläubiger die ihm nur einmal gebührende Leistung mehrfach fordert und erhält?
- (2) Wie erhält der Schuldner, der über seinen Anteil hinaus geleistet hat, den notwendigen Ausgleich?

Das BGB hat diese Probleme auf einfachste Weise gelöst. Soweit ein Gesamtschuldner die gegen ihn gerichtete Forderung *erfüllt*, wirkt diese Erfüllung *dem Gläubiger gegenüber*<sup>4</sup> auch für die übrigen Schuldner (§ 422). Das soll nach allgemeiner Meinung nicht heißen, daß gemäß § 422 mit der Erfüllung durch S 1 auch die Forderungen des Gläubigers gegen S 2, S 3 usw. i. S. des § 362 *erfüllt* werden<sup>5</sup>; es bedeutet vielmehr nur, daß die Erfüllungsleistung des S 1 auch die übrigen Schuldner dem Gläubiger gegenüber in Höhe der erbrachten Leistung *befreit*. Ohne Widerspruch<sup>6</sup> kann danach erklärt werden, daß nach § 426 II die Forderungen des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner, soweit die Leistung des S 1 über seinen Anteil hinausging, zur Sicherung des Ausgleichsanspruchs aus § 426 I auf S 1 übergehen.

Damit ist auch die Lösung des zweiten Problems bereits angesprochen: Jeder Gesamtschuldner hat gegen seine Mitschuldner *kraft Gesetzes* (§ 426 I) einen Anspruch auf Mitwirkung an der Tilgung der gemeinsamen Schuld gemäß den jeweiligen Anteilen an der Schuld; bei überanteiligem Leistungsverlangen des Gläubigers gegenüber einem Schuldner entsteht daraus für diesen ein Befreiungsanspruch gemäß dem Anteilsverhältnis gegen die Mitschuldner; nach *überanteiliger*<sup>7</sup> Zahlung ver-

---

<sup>4</sup> Seit *Leonhard* (ASchuR, Bd. I, § 365, S. 731) versucht man, den gesetzlichen Forderungsübergang gemäß § 426 II mit § 422 durch die Erklärung zu harmonisieren, die Erfüllung gemäß § 422 wirke nur dem Gläubiger, nicht aber dem regreßberechtigten Mitschuldner gegenüber. Ebenso *Oertmann*, § 426, Anm. 4 f.; vgl. ferner v. *Tuhr*, AT I, S. 280, Fußn. 41; weitere Nachweise bei *Hillenkamp*, S. 57 Fußn. 3. Näheres vgl. unten § 3, IV, insbes. 2 c.

<sup>5</sup> Nur *Selb* (Studie, S. 17) und *Frotz* (JZ 64, 685 und NJW 65, 1260) fordern neuerdings eine Erfüllungsgemeinschaft der Schuldner als Voraussetzung einer Gesamtschuld; vgl. unten § 2 IV, 5.

<sup>6</sup> Demgegenüber meinte v. *Tuhr* (AT I, S. 280 Fußn. 41), der Übergang der Forderung auf den zahlenden Gesamtschuldner oder Bürgen sei eine Reminiszenz an die römische *cessio actionum* und passe nicht in die Struktur des Rechts des BGB. Keine Konstruktionskünste (vgl. *Oertmann* § 426, 4 d) könnten über den Widerspruch hinweghelfen, daß die Forderung des Gläubigers erloschen ist und dennoch übergehen soll. Vgl. dazu unten § 3 IV, 2, b.

<sup>7</sup> *Kreß*, ASchuR, S. 613 Fußn. 33; nach BGHZ 23, 361 soll ein Mitbürge Ausgleichung auch dann verlangen können, wenn seine Zahlung den Betrag nicht übersteigt, der auf ihn im Verhältnis der Mitbürgen untereinander bei voller

wandelt sich der Befreiungsanspruch in einen Ausgleichsanspruch, der durch den gesetzlichen Forderungsübergang nach § 426 II, auch mit der Folge des § 401, noch *verstärkt* wird.

## II. Die Angst vor den Rechtsfolgen der Gesamtschuld

Die Angst vor der Gesamtschuld beherrscht nicht nur die Studenten der Jurisprudenz; vielmehr ist sie unbewältigter Juristenkomplex seit vielen Generationen. Am Anfang war es die Angst, der Gläubiger könnte von den mehreren Schuldnern das *doppelt* erhalten, was ihm nur *einmal* gebührt; davor schützt richtig verstanden die Regel des § 422.

Dann war es die Angst, der eigentlich letztlich *nicht* Verantwortliche könnte „auf dem Schaden sitzen bleiben“; davor schützt richtig verstanden die Regel des § 426 I. Aber durch diese Regeln sind neue Ängste geschaffen worden, welche die Diskussion der neueren Literatur beherrschen und in einer *doppelten Gefahr* begründet sind:

- (1) Die Leistung des im Innenverhältnis letztlich nicht Verpflichteten könnte auch den anderen, letztlich Verpflichteten befreien (§ 422);
- (2) Der im Innenverhältnis letztlich Verpflichtete könnte einen Ausgleichsanspruch auf den gleichen Anteil (§ 426 I, 1) gegen den anderen im Innenverhältnis freizustellenden Schuldner erwerben.

Die Angst vor solchen „Ungerechtigkeiten“ beherrscht die Diskussion um den Gesamtschuldbegriff, ohne daß aber die wenigstens teilweise durchaus berechtigten Gründe der Besorgnis immer hinreichend klar zum Ausdruck gebracht würden. Weil man das *System der §§ 422, 426* verkennt, weil man nicht weiß, wie man die „unbillige“ Befreiung des „letztlich Verantwortlichen“ oder den „Regreß in der falschen Richtung“ bei Annahme einer Gesamtschuld vermeiden kann, wird die „Verteidigungslinie“ vorverlegt und mit begriffsjuristischen Argumenten (mangels „Zweckgemeinschaft“, „Tilgungsgemeinschaft“ o. ä.) das Vorliegen einer Gesamtschuld verneint. In der gesetzlichen Regelung ist — wie gesagt — offen geblieben, ob und *inwieweit* bei der Leistung eines Gesamtschuldners die Forderung gegen die anderen *erlischt* (§ 422) bzw. auf den Leistenden *übergeht* (§ 426 II). Sie erlischt, soweit sie nicht übergeht, und sie geht über, soweit sie nicht erlischt. Das scheint dem Unvoreingenommenen zunächst klar<sup>8</sup>; aber die *Bestimmung des Maßes* von Erlöschen und Forderungsübergang blieb offen; auch eine Methode zur Bestimmung dieses Maßes wurde nicht angegeben. Es ist nur eine *Vermutung* aufgestellt:

Inanspruchnahme der Bürgschaft entfallen würde. Der BGH begründet seine Entscheidung mit der Besonderheit der Bürgenstellung; vgl. auch *Prediger*, NJW 70, 125 bes. Fußn. 10; Näheres dazu unten, § 11, Fußn. 187.

<sup>8</sup> Vgl. aber oben Fußn. 6.