Regress unter Solidarschuldnern : ein Rechtsgutachten

Autor(en): **Reichel, Hans**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **36 (1917)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896383

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Regress unter Solidarschuldnern.

Ein Rechtsgutachten

von

Prof. Dr. Hans Reichel, Zürich.

I. Sachstand.

1. Fabrikant H schuldete dem G darlehensweise Fr. 250,000. Für diese Schuld hatten B, C, D, E sich solidarisch verbürgt.

2. Im Herbst 1914 schwebten Verhandlungen wegen Umwandlung des H.schen Geschäftes in eine Aktiengesellschaft, beziehungsweise wegen Übernahme desselben durch eine solche. Mit Rücksicht hierauf wurde im Oktober 1914 zwischen G einerseits und den Bürgen andererseits ein schriftlicher Vertrag geschlossen, in dem zunächst folgendes betont wurde:

„Sofern die in Aussicht genommene A.-G. für das „Geschäft von H zustande kommt und die Fabrik über„nimmt, wird diese neue A.-G. unter unverändertem „Fortbestand der Solidarbürgschaft der Herren „B, C, D, E als Schuldnerin angenommen,"

während gleichzeitig die oben genannte Schuld gestundet wurde in folgender Weise:

„Dieses Darlehen von Fr. 250,000 ist vom Schuldner, „oder bei Nichterfüllung desselben von den vier Solidar„bürgen, halbjährlich jeweilen auf 30. Juni und 31. Dezem„ber eines Jahres zu 5 % p. a., das erstemal am 31. Dezem„ber 1914, zu verzinsen. Wenn der Hauptschuldner seiner „Zinspflicht nicht pünktlich nachkommt, wird G die „Solidarbürgen hiervon in Kenntnis setzen und haben

„diese innert Monatsfrist a dato des Verfalles des Zinses „dafür zu sorgen, dass der Zins bezahlt wird, ansonst das „ganze Darlehen fällig und zahlbar wird. Die Rückzahlung „der Schuld hat in halbjährlichen Abzahlungen zu erfolgen, „welche von den vier Bürgen direkt in nachstehenden „Raten halbjährlich je zur Hälfte unter gegenseitiger „solidarischer Haftbarkeit an G zu leisten sind" (folgt Angabe der Raten).

Die geplante Gründung einer A.-G. gelang, und diese übernahm die Schuld des H.

3. Als in der Folge die A.-G. in Liquidation trat, wurde zwischen G einerseits, der A.-G. und den vier Bürgen andererseits vereinbart, dass die A.-G. (also die nunmehrige Hauptschuldnerin) ihrer Schuld entlassen sein, die vier Bürgen aber nach Massgabe des oben erwähnten Vertrages weiter verpflichtet bleiben sollten.

4. Es entspannen sich nunmehr Verhandlungen zwischen B und G wegen vergleichsweiser Ablösung des gesamten Schuldpostens. Diese führten im Einverständnis aller Beteiligten (G, B, C, D, E) zu dem Ergebnis, dass, nachdem die drei übrigen Bürgen zusammen (ohne des B Zutun) Fr. 10,000 an G gezahlt hatten, B ihm Fr. 190,000 zahlte, wogegen G auf weitere Ansprüche verzichtete, auch die gesamte Forderung mit allen Rechten (vorbehaltlich der erwähnten Fr. 10,000) an B abtrat.

5. B beabsichtigt, gegen seine drei Mitbürgen den Regress zu nehmen, und fragt an, ob und nach welcher Höhe er die einzelnen Mitbürgen in Anspruch zu nehmen berechtigt sei.

II. Würdigung.

§ 1.

Der schriftliche Vertrag vom Oktober 1914 bestätigt und enthält eine formgerechte (Art. 493 OR) Verbürgung der vier Bürgen. Diese Bürgschaft ist eine sogenannte

Solidarbürgschaft, und zwar nicht nur im Sinne des Art. 496 OR, sondern, wie die Worte „gegenseitige solidarische Haftbarkeit" ausser Zweifel setzen, auch im Sinne des Art. 497 Abs. 2 OR.

Dadurch, dass die Schuld des H nachmals auf die A.-G. übergegangen ist, ist die Bürgschaft nicht ausser Kraft getreten; denn die Bürgen haben jener Schuldübernahme (Art. 175 OR) ausdrücklich und formgerecht (Art. 493 OR) zugestimmt (Art. 175 Abs. 2 OR).

Unzweifelhaft erloschen dagegen ist die Bürgschaftsverpflichtung aller vier Bürgen damals, als auch die A.-G. aus der Schuld entlassen wurde (Sachstand 3); denn ohne Hauptschuld ist eine Bürgschaft nicht gedenkbar (Art. 494 Abs. 1 OR), und somit zieht jedes Erlöschen der Hauptschuld auch das Erlöschen der Bürgschuld unweigerlich nach sich (Art. 501, Art. 114 Abs. 1 OR). Durch Parteivereinbarung kann hieran nichts geändert werden, da es sich um einen Satz handelt, der aus Wesen und Zweck der Bürgschaft mit logischer Notwendigkeit folgt.

Anders stünde die Sache, wenn nicht eine Bürgschaft, sondern eine kumulative Schuldübernahme oder Schuldmitübernahme vorgelegen hätte. Ein Schuldmitübernehmer nämlich kann fortschulden, unerachtet der Urschuldner der Schuld entlassen worden ist (vergl. Art. 147 Abs. 2 OR). Es hängt dies mit der relativ grösseren Selbständigkeit der Schuld eines Schuldübernehmers zusammen (vergl. H. Reichel, Schuldmitübernahme, 1909 S. 500 ff.). Allein dazu, die unzweideutig erklärte Bürgschaft in eine Schuldmitübernahme umzudeuten, bietet der vorliegende Tatbestand keinen Anlass (vergl. Reichel a. a. O. S. 264 ff.).

Das Gesagte ergibt, dass ein allfälliger Regress des B sich auf die Grundsätze des Bürgschaftsrechts (Art. 497 Abs. 2, Art. 505 OR) mindestens unmittelbar nicht stützen kann.

Auch auf folgendes muss hingewiesen werden. Nachdem laut Tatbestand Nr. 3 der Hauptschuldnerin (A.-G.) ihre Schuld erlassen worden war, konnte von einer Ab-

tretung der Forderung gegen diese (Tatbestand Nr. 4) fernermehr nicht die Rede sein; denn was erloschen, kann nicht abgetreten werden. B wird somit gut tun, die Behauptung, dass ihm G seine Forderung gegen die A.-G. abgetreten habe, nicht aufzustellen; denn diese Behauptung wäre mindestens in der Formulierung verfehlt und gefährlich.

§ 2.

Die vorstehende Darlegung gründet sich auf den äusseren Hergang der Sache; sie haftet absichtlich an der Ausdrucksweise der Parteien. Bliebe man hierbei stehen, so wäre das Ergebnis ein wenig befriedigendes: B würde eine Nichtschuld bezahlt haben und auf deren Rückforderung gemäss Art. 63 OR angewiesen sein.

Allein „bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum gebraucht wird" (Art. 18 OR). Bei Ermittlung dieses wirklichen Willens aber ist insonderheit auf den (wirtschaftlichen) Zweck des Abkommens Bedacht zu nehmen: ein jeder Vertrag ist im Zweifel so auszulegen, dass er sich als (möglichst) taugliches Mittel zur Erreichung desjenigen Zweckes erweist, den die Parteien erkennbar erstrebt haben (Reichel, Schuldmitübernahme S. 229 ff., Reichel, Deutsche Jur.-Ztg. 1911, 1534). Ergibt sonach die wörtliche Auslegung eines Vertrages einen Sinn, der sich mit der Parteiintention nicht deckt, zeigt sich insbesondere, dass der Vertrag, wörtlich ausgelegt, die angestrebten Wirkungen schon um deswillen nicht erzielen kann, weil er gültige Rechtswirkungen überhaupt nicht auslöset, so ist vom Wortlaute abzugehen und vielmehr der Vertrag in dem Sinne umzudeuten, in dem ihn die Parteien geschlossen haben würden, wenn ihnen die Ungeeignetheit seines Wortlautes zum Bewusstsein gekommen wäre. Hierauf und auf nichts anderem beruht die im gemeinen

Recht sogenannte Konversion nichtiger Rechtsgeschäfte (vergl. Otto Fischer in der Festgabe für Wach, 1913, Bd. 1 S. 179 ff.).

So liegt der Fall hier. Die vormaligen Bürgen wollten weiter schulden, während dessen ungeachtet die Hauptschuldnerin ihrer Schuld ledig sein sollte. Dies kann vernünftigerweise nur so gedeutet werden, dass die vormaligen Bürgen, da sie ja fernerhin nicht mehr Bürgen sein konnten, fortab in die Rolle des Hauptschuldners eintreten wollten. Das Abkommen Nr. 3 des Tatbestandes stellt mithin eine sogenannte privative Schuldübernahme (Schuldnachübernahme, vergl. Reichel, Schuldmitübernahme S. 1) im Sinne Art. 176 OR dar: Die vier Bürgen erklären, die Schuld der A.-G., für die sie bis anhin nur als Bürgen hafteten, fortab an Stelle der bisherigen Schuldnerin als ihre eigene Schuld weiterschulden zu wollen und zwar solidarisch im Sinne Art. 143 ff. OR. Die Bürgschuld kommt eben damit natürlich in Wegfall, da ein Schuldner nicht sein eigener Bürge sein kann (sogenannte unechte Konfusion, vergl. l. 95, § 3, Dig. 46, 3; Art. 1926 C. c. ital.). Aus der Mitbürgschaft ist somit eine solidarische Schuldnachübernahme geworden.

In gleicher Weise ist nun auch die Abtretung der Forderung sinngemäss zu interpretieren. Es ist dem Gutachter nicht bekannt, ob bei der Abtretung die Forderung als eine solche gegen die A.-G. ausdrücklich bezeichnet worden ist oder nicht. Aber auch wenn dies geschehen sein sollte, so wäre dies unschädlich. Denn es verstand sich von selbst und stand unter den Parteien des Abtretungsvertrages ausser Zweifel, dass abgetreten werden sollte diejenige Forderung, welche dem G vormals gegen die A.-G. zugestanden hatte, nunmehr aber zufolge des Abkommens in Sachstand 3 gegen die vier Mitbürgen als Schuldübernehmer zustand.

So verstanden, ist die Abtretung wirksam; freilich nicht durchweg im gleichen Sinne. Insoweit nämlich B selbst Mitschuldner war, konnte eine Abtretung an ihn

nicht sowohl die Bedeutung einer wirklichen Forderungsübertragung, als vielmehr bloss den Charakter eines verkleideten Erlasses an sich tragen (sogenannte gewillkürte Konfusion, vergl. Reichel Schuldmitübernahme S. 512 ff., Reichel im „Recht" 1911, 328, Planck-Siber Nr. 1 e zu § 425 BGB). Es liegt indessen am nächsten, die Abtretung auf die Schuld des B selbst überhaupt nicht zu beziehen; die Meinung der Parteien war höchst wahrscheinlich die, dem B solle die Forderung des G gegen seine drei Schuldgenossen abgetreten sein.

§ 3.

B und seine drei Mitschuldner haben behufs „Gesamtablösung des Postens" insgesamt 200,000 an G bezahlt, wogegen G dem B gegenüber auf weitere Ansprüche verzichtet hat. Es fragt sich, wie dieser Verzicht zu verstehen ist. Theoretisch denkbar sind zwei Möglichkeiten.

1. Entweder der Verzicht (Erlass, Vergleich) bezog sich nur auf B selbst, nicht auch auf seine drei Mitschuldner (sogenannte Einzelwirkung des Erlasses). Alsdann blieben die drei Mitschuldner in Ansehung des Restes (50,000) weiter verpflichtet und zwar, da G seine Rechte an B abgetreten, gegenüber B. Diesem würde mithin gegen seine drei Mitschuldner ausser seinem Regressanspruch aus Zahlung der 190,000 Franken auch noch ein Erfüllungsanspruch hinsichtlich von 50,000 Franken aus Abtretung der Rechte des G zustehen.

2. Oder der Erlass (Vergleich) erstreckte sich auf alle vier Solidarschuldner, sollte also allen gleichmässig zugute kommen (sogenannte Gesamtwirkung des Erlasses). Alsdann war die Abtretung wirkungslos; denn eine erloschene Schuld kann nicht mehr abgetreten werden. B ist mithin auf seinen Regressanspruch aus Zahlung der 190,000 Franken beschränkt, während die restlichen 50,000 Franken infolge des Erlasses zu löschen sind.

Die Entscheidung dieser Auslegungsfrage überlässt das Gesetz dem Richter (Art. 147 Abs. 2 OR, vergl. § 432

BGB). Sie für völlig zweifelsfrei zu erklären, ist nicht angängig; für beide Auslegungen nämlich lassen sich Gründe anführen.

Für die erste Annahme (Einzelwirkung) kann man die Abtretung an B ins Feld führen. Diese scheint den Schluss nahezulegen, G habe sich wegen der restlichen 50,000 zwar insoweit befriedigt erklärt, dass er für seine Person von den Schuldnern nichts mehr fordern wolle; er habe aber immerhin die Schuld nicht schlechtweg als erloschen ansehen, vielmehr dem ihn mit einem Teilbetrag abfindenden B es überlassen wollen, den Rest seinen Mitschuldnern in Rechnung zu stellen.

Aber auch die gegenteilige Auslegung (Gesamtwirkung) kann gute Argumente ins Feld führen. Ihr gebührt meines Erachtens der Vorzug. Folgende Erwägungen sind wegleitend. Die Gesamtabfindung entsprach durchaus der Übung des Verkehrs. Sie entspricht vorliegend auch der Billigkeit: dieser würde es kaum genügen, wenn im letzten Ergebnis die drei weniger zahlungskräftigen Mitschuldner mehr sollten leisten müssen, als der Kapitalstärkste (nämlich C, D, E ein jeder 62,500, B hingegen nur 50,000 Franken). Da Verträge nach Treu und Glauben auszulegen sind, so ist bis auf Gegenbeweis davon auszugehen, dass nichts Unbilliges gewollt sei. Diese Ansicht wird noch bekräftigt durch einen Blick auf das Gesetz, wo es dem Gläubiger ausdrücklich verboten ist, einen Solidarschuldner zum Nachteil der übrigen besser zu stellen (Art. 149 Abs. 2 OR). Es darf einem loyalen Geschäftsmann nicht zugetraut werden, dass er Bedenkliches gewollt habe. Auch der faktische Hergang der Sache, soweit er dem Gutachter bekannt ist, unterstützt diese Auffassung. Die Zahlung der 190,000 Franken und die ihr vorangegangenen Verhandlungen bezweckten die „Gesamtablösung des Postens"; sie zielten also auf eine Abfindung, einen Vergleichsschluss ab. Einen Vergleich aber würde es nicht bedeuten, wenn G die 200,000 Franken bloss abschlagsweise genommen, im übrigen aber die Forderung — wenn auch nur in der

Person seines Zessionars — hätte fortbestehen lassen. Ferner steht fest, dass die Verhandlung des B mit G im Einverständnis der drei Mitbeteiligten C, D, E erfolgt ist. Es scheint also, dass B bei den Verhandlungen mit G sozusagen die Rolle des Sprechers für alle übernommen, also gewissermassen auch als ihr negotiorum gestor gehandelt habe. Wie der Kapitalkräftigste, so dürfte er wohl auch der Geschäftsgewandteste und Welterfahrenste der vier Schuldner gewesen sein. Hierzu tritt, dass G angesichts der Zahlung des B „auf weitere Ansprüche verzichtet" hat. Hätte G bloss den B für seine Person entlasten wollen, so hätte er wohl schwerlich diese Wendung gebraucht, sondern würde die Zahlung bloss a conto genommen und im übrigen die Forderung dem B abgetreten haben. In dem Worte „Verzicht auf weitere Ansprüche" liegt also doch wohl ein Verzicht schlechthin, auch gegenüber den Mitschuldnern. Keinen durchschlagenden Gegengrund gegen diese Annahme liefert die Abtretung; denn diese konnte auch lediglich den Zweck haben, dem B seinen Regress gegen die drei Mitschuldner zu erleichtern. Im Geschäftsleben geschieht es tagtäglich, dass ein Gläubiger sogar demjenigen Solidarschuldner, der ihm volle 100% der Forderung zahlt, die Forderung samt allen Rechten abtritt; er tut dies also lediglich in der, wennschon vielleicht irrigen Meinung, dem Zahlenden werde dadurch sein Rückgriff auf die Mitschuldner erleichtert oder verbessert.

Nach alledem verdient Ansicht 2 entschieden den Vorzug, und sie wird daher im folgenden der weiteren Prüfung zugrunde gelegt werden.

Stellte man sich auf den Standpunkt der hier abgelehnten Ansicht 1 (Einzelwirkung des Verzichtes), so könnte B wegen der noch unbezahlten 50,000 Franken gegen die drei Mitschuldner als Zessionar des G vorgehen. Ob so, dass jene ihm für diesen Betrag voll und solidarisch haften oder so, dass er von jedem derselben nur seinen Innenanteil (¼, also im ganzen dreimal 12,500 Franken)

fordern könnte, ist strittig. Der Verfasser dieses Gutachtens hat sich schon vorlängst auf den letztern Standpunkt gestellt (Schuldmitübernahme S. 512 ff.; Recht 1911, 328), und dieser Auffassung haben inzwischen auch andere Autoren sich angeschlossen; vergl. insbesondere Planck-Siber, Bem. 1 e zu § 425 BGB. Sie erscheint auch heute noch als die allein richtige. Tritt der Gläubiger seine Forderung einem seiner Solidarschuldner (z. B. schenkungsweise) ab, so kann er durch diese Zession die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, dass sein Zessionar eben nicht nur Zessionar, sondern zugleich auch Mitschuldner jener Schuld ist, eben womit dessen Mitschuldnern gegen diesen bereits ein unentziehbares ius quaesitum auf anteilige Mittragung der Schuld durch diesen — nach Massgabe des internen Regressverhältnisses — erwachsen ist; vgl. § 962 Abs. 2 Ungar. Entw. BGB. Die Abtretung des Anspruches gegen alle Gesamtschuldner an einen derselben hat also im praktischen Effekt keine andere Wirkung als die, dass der Zessionar im Umfange desjenigen Schuldanteils, der im Regressverhältnis ihm zur Last fällt (B: 12,500 Franken) definitiv befreit ist, wegen der Anteile der Mitschuldner aber gegen diese ebenso Regress nehmen kann, als wenn er die gesamte abgetretene Summe (50,000) an den Gläubiger gezahlt hätte. So denn auch ausdrücklich Art. 438 des japanischen BGB.

Dass dieser Regress kein solidarischer, sondern ein getrennter Regress gegen die einzelnen Mitschuldner sein würde, wird nachstehend § 5 erörtert werden.

§ 4.

Wir wenden uns nun zu der Frage des Regresses wegen der von B gezahlten 190,000 Franken.

I. Grundlage dieses Regresses ist Art. 148 OR. Jeder der vier Mitschuldner war hiernach im Innenverhältnis verpflichtet, von dem gesamten Schuldbetrag je ¼ (denn eine abweichende Abrede ist nicht getroffen) auf seine Kasse zu übernehmen.

Wie das zu verstehen sei, ist bestritten.

1. Eine verbreitete Meinung sagt: Jede einzelne Zahlung, die ein Solidarschuldner leistet, wird verhältnismässig geteilt, sie mag nun gross oder klein sein; vergl. Planck-Siber zu § 426 BGB. Bei dieser Berechnungsweise würde also ein Solidarschuldner, der von 100,000 Franken Schuld nur 80 Rappen gezahlt hätte, seine drei Mitschuldner auf je 20 Rappen in Anspruch nehmen können.

2. Die Gegenmeinung sagt: Hat ein Gesamtschuldner weniger als seinen Innenanteil, d. h. vorliegend weniger als ¼ der gesamten Schuld bezahlt, so muss er sich einen Regress des zahlenden Schuldgenossen bis zur Erfüllung dieses Viertels gefallen lassen; regredieren hinwiederum kann nur derjenige Mitschuldner, der seinerseits mehr als sein Viertel aus seinen Mitteln gezahlt hat. Vergl. Reichel Schuldmitübernahme S. 556.

Die zweite, übrigens auch vom BG (E. 36 II 240) ausdrücklich gebilligte Ansicht ist die richtige. Doch soll gegen die erstgenannte Ansicht vorliegend nicht weiter polemisiert werden, da, wie sogleich zu sehen, ihr praktisches Ergebnis in casu zu dem diesseitig postulierten nicht in Widerspruch tritt.

II. Wir stellten fest: Jeder Mitschuldner habe ein Viertel der Schuld zu tragen. Nun wurde aber bereits in § 3 unsere Ansicht dahin festgelegt, dass G von B, C, D, E mit 200,000 Franken abgefunden worden ist, während die gesamte Schuld an sich 250,000 Franken betrug. Sonach fragt sich, von welchem Betrage das Viertel zu berechnen ist, ob von 200,000 oder von 250,000.

Wiederum bekämpfen sich zwei Ansichten.

1. Erste Ansicht: Das von jedem Schuldner zu tragende Viertel bemisst sich schlechtweg nach dem Betrage der ursprünglichen Schuld.

Hiernach hätte normalerweise jeder der vier Schuldner 250,000 : 4 = 62,500 Franken zu bezahlen gehabt. Wer mehr als 62,500 Franken bezahlt hat (B), kann wegen des

Mehrbetrages (190,000 — 62,500 = 127,500) gegen jeden Mitschuldner insoweit Rückgriff nehmen, dass dessen Regresszahlung, einschliesslich der von diesem bereits an den Gläubiger gemachten Zahlung, im letzten Effekt den Betrag von 62,500 Franken nicht übersteigt. Nach dieser Berechnung könnte B., welcher 190,000 gezahlt hat, auf insgesamt 127,500 Franken Rückgriff nehmen; es blieben ihm also 62,500 Franken zur eigenen Tragung.

Dass dies ungerecht wäre, leuchtet ein. Denn die Folge wäre, dass die nichtzahlenden Mitschuldner im Effekt besser gestellt wären als der zahlende. Hätten sie doch selbdritt zusammen nur 127,500 plus 10,000 beizusteuern, während B allein 62,500 zu tragen haben würde. Dieser Ungerechtigkeit etwa dadurch abhelfen zu wollen, dass man, den Spiess umkehrend, den C, D, E je auf 62,500 (abzüglich des Beitrages an die 10,000) regresspflichtig sein liesse, hiesse den Teufel durch Beelzebub austreiben; denn diesfalls wäre wiederum B, der dann im Effekt nur (190,000 minus dreimal 62,500 plus 10,000 =) 12,500 zu tragen hätte, ungebührlich bevorzugt.

Schon dieses Zahlenwerk zeigt, dass die eben dargelegte Ansicht unhaltbar ist. Sie widerstreitet auf das Gröblichste dem Grundsatze der par condicio debitorum, der im Zweifel die gleiche Verteilung der Schuldlast auf sie alle verlangt. Sie führt zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung entweder des zahlenden oder des nichtzahlenden Mitschuldners.

2. Zweite Ansicht. Befriedigt ein Solidarschuldner den Gläubiger mit einer Leistung, deren Wert hinter dem Betrage der ursprünglichen Schuld zurückbleibt (Abfindung, Hingabe an Erfüllungsstatt usw.), so bemisst sich der Umfang des Regresses nicht nach dem Werte der ursprünglichen Schuld, sondern nach dem Werte des Hingegebenen. Es ist also die Sache so anzusehen, als hätte die Schuld im entscheidenden Momente nur so viel betragen, als dem Werte des Hingegebenen entspricht.

Diese Meinung ist die herrschende. Sie allein entspricht auch der Gerechtigkeit und der Natur der Sache (vergl. Kremer, Mitbürgschaft, 1902, S. 177).

Im vorliegenden Falle hat G sich mit 190,000 plus 10,000 = 200,000 abfinden lassen. Es ist folglich die Verteilung nicht auf Grundlage von 250,000, sondern auf Grundlage von 200,000 Franken vorzunehmen. Geschieht dies, so entfallen auf jeden Schuldner im Innenverhältnis 50,000 Franken. Wer mehr als 50,000 Franken bezahlt hat, kann folglich nach Höhe des Mehrbetrages Regress nehmen, d. h. B nach Höhe von insgesamt 190,000 — 50,000 = 140,000 Franken; für diesen Betrag haften ihm diejenigen, die ihrerseits weniger als 50,000 bezahlt haben, d. h. alle drei übrigen, wiederum ein jeder mit der Massgabe, dass seine Zahlung auch bei Hinzuzählung des von ihm an G schon Entrichteten die Summe von 50,000 nicht übersteigt.

§ 5.

Es wurde ausgeführt, dass B von seinen drei Schuldgenossen im Regresswege insgesamt 140,000 Franken verlangen kann, oder, was praktisch dasselbe ist, dass dem B gegenüber jeder Mitschuldner nach Höhe von 50,000 Franken, abzüglich des von ihm an die erwähnten 10,000 geleisteten Beitrages, regresspflichtig ist.

Es fragt sich nun, wie dieser Regress des B durchzuführen ist. Insbesondere erhebt sich die Frage, ob B sich wegen des gesamten Regressbetrages (140,000 Franken) an jeden beliebigen Mitschuldner wenden kann, indem er diesem überlässt, seinerseits auf die anderen Mitschuldner zurückzugreifen (System des solidarischen oder sukzessiven Gesamtregresses), oder ob er gehalten ist, jeden einzelnen Mitschuldner lediglich in Höhe desjenigen Betrages anzugreifen, der diesem im letzten Effekt zur Last fällt (System des geteilten oder getrennten Einzelregresses).

I. Gesetzt, aber nicht zugegeben, B, C, D, E stünden noch immer im Verhältnisse wirklicher Mitbürgen, so würde folgendes zu sagen sein.

Der Regress unter Mitbürgen ist ein nicht völlig unbestrittener Punkt. Eine vereinzelte Meinung nimmt nämlich an, der regredierende Mitbürge trete, da er die übergegangene Forderung des Gläubigers geltend macht (Art. 505 OR), auch insoweit an die Stelle des Gläubigers, als er jeden Mitbürgen auf die ganze Schuld belangen könne (Art. 497, 143 OR); ausgenommen freilich denjenigen Forderungsteil, der im Innenverhältnis ihm selbst zur Last fällt. Danach würde vorliegend B von irgend einem der Mitbürgen 140,000 Franken fordern und es diesem überlassen können, sich wegen des an B zuviel Gezahlten seinerseits an einen der zwei übrigen zu halten, und so fort bis zum letzten. In diesem Sinne vergl. Wernher, diss. de actione cessa adv. confideiussores in solidum competente, Vit. 1722; Hruza, Sächs. Archiv 5, 295.

Es ist gewiss zuzugeben, dass diese Ansicht, namentlich bei Konkurs von Mitbürgen, dem Regressnehmer erklecklichen Vorteil bieten würde: könnte er doch auf diese Weise seine Dividende erheblich verbessern. Bei Konkurs mehrerer Mitbürgen vollends springt der Vorteil unverkennbar in die Augen: der Regressnehmer kann in sämtlichen drei Konkursen gleichzeitig volle 100 % seiner vollen Regressforderung zur Anmeldung bringen und so, wenn auch nur 40 % in jedem Konkurse zur Hebung gelangen, voll befriedigt werden (Art. 216 SchKG); was ihm anscheinend versagt bliebe, wenn er in jedem Konkurse nur $33^1/_3$ % anmelden könnte, also nur von diesen $33^1/_3$ % je 40 % erhielte. Allein andererseits darf nicht verschwiegen werden, dass diese Meinung auch schwere Bedenken gegen sich hat. Sie führt zu ganz unnötigen Zuvielzahlungen und würde schwere Belästigungen für die Regressnehmer mit sich bringen. Daher ist sie von der herrschenden Meinung durchweg und rundweg abgelehnt worden. In Frankreich, Italien, Ungarn redet klar und deutlich

schon das Gesetz. Art. 2033 C. c. sagt: La caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, *chacune pour sa part et portion.* Ebenso Art. 1920 C. c. ital.: Il fidejussore che ha pagato il debito, ha regresso contro gli altri fidejussori *per la loro rispettiva porzione.* Ungarn Entw. § 962: Einander gegenüber sind die Solidarschuldner .... zu gleichen Anteilen verpflichtet.

Umständlicher, aber der Sache nach ebenso BGB § 774 Abs. 2. Wenn dort gesagt ist: „Mitbürgen haften einander nur nach § 426", so will das sagen, dass sie einander eben nicht nach § 774, d. h. nicht in solidum haften. Die absolut herrschende, ausser von Hruza a. a. O. kaum irgendwo in einer entlegenen Dissertation einmal angezweifelte Meinung der deutschen Rechtswissenschaft und Praxis steht denn auch auf dem Standpunkt des Einzelregresses (vergl. z. B. Stammler, Schuldverhältnisse, 1897, S. 251, Tacken, Ausgleichungsanspruch des Mitbürgen, 1907 S. 32 ff.; die Lehrbücher von Dernburg, Crome, Cosack, Landsberg, Enneccerus, Endemann; Reichsgericht Bd. 52 S. 223). Die Kommentare zum BGB geben zum Teil nicht einmal eine Begründung, da sie den Einzelregress offenbar für selbstverständlich ansehen. Ähnlich liegen die Dinge in Österreich. § 1359 ABGB verweiset auf § 896; der Oberste Gerichtshof aber hat wiederholt ausgesprochen, der Regress unter Mitschuldnern sei kein solidarischer (vergl. von Schey, Note 2 zu § 896, Ehrenzweig, System § 306). Und nicht anders in der Schweiz. Das OR lässt sich zwar nicht entfernt so deutlich zu der Frage aus wie etwa der Code; immerhin spricht doch gegen solidarischen Regress schon die Wendung, der Solidarbürge habe „verhältnismässigen" Rückgriff gegen die übrigen (Art. 497 Abs. 2 OR). Es ist denn auch die Ansicht, ein Solidarbürge könne solidarischen Regress nehmen, auch in der Schweiz bisher nirgends hervorgetreten.

Ein Seitenblick auf das italienische Recht sei hier gestattet: Stehen für einen Hauptschuldner mehrere

solidarische Mitbürgen, so regrediert derjenige, welcher gezahlt hat, gegen seine Mitschuldner per la loro rispettiva porzione (Art. 1920). Steht dagegen ein Bürge für mehrere gesamtschuldnerisch haftende Hauptschuldner, so regrediert er solidarisch gegen alle (Art. 1917). Also hier solidarischer, dort Einzelregress. Für das schweizerische Recht gilt auch ohne ausdrücklichen Gesetzesausspruch genau das gleiche.

Eine seltsame Kompromissformel hat Kremer, a. a. O. S. 198 aufgestellt. Er meint, der zahlende Mitbürge könne zwar jeden Mitschuldner auf die ganze Regresssumme belangen, es befreie sich indes jeder Regressat durch Bezahlung des auf ihn allein entfallenden Innenanteils. Wie das zu denken sei, ist dunkel. Es ist denn auch Kremers Ansicht durchweg als unhaltbar abgelehnt worden.

Doch soll dieses Thema hier nicht weiter verfolgt werden. Denn es wurde oben dargelegt, dass B, C, D, E seit der Schuldentlassung der A.-G. überhaupt nicht mehr im Verhältnisse solidarischer Mitbürgen, sondern lediglich noch im Verhältnisse schlichter solidarischer Mitschuldner zueinander stehen. Die Frage beantwortet sich mithin überhaupt nicht nach Bürgschaftsrecht, sondern ausschliesslich nach den allgemeinen Grundsätzen des Gesamtschuldrechts.

Es kann nun keinem begründeten Zweifel begegnen, dass nach Gesamtschuldrecht der Rückgriff des leistenden Solidarschuldners gleichfalls nicht Gesamtrückgriff, sondern lediglich Einzelrückgriff ist. Hierüber ist die deutsche Wissenschaft und Praxis schlechtweg einverstanden (vergl. die obigen Zitate, sowie die Kommentare zu § 426 BGB). Ganz im gleichen Sinne ist aber auch an Hand von Art. 148, 149 OR zu entscheiden. Art. 148 bestimmt, dass im Verhältnisse der Solidarschuldner untereinander ein jeder im Zweifel „den gleichen Teil" zu übernehmen habe, folgert hieraus, dass, wenn ein Solidarschuldner mehr als seinen Teil bezahlt, er für den Mehrbetrag Rückgriff auf seine

Mitschuldner nehmen könne, und fügt hinzu: „Was von einem Mitschuldner nicht erhältlich ist, haben die übrigen gleichmässig zu tragen". Aus diesen Worten, insbesondere aber aus dem letztgenannten Zusatze folgt klar, dass der Gesetzgeber auf dem Standpunkte steht, der Rückgriff beziehe sich zunächst nur auf denjenigen Teil der Schuld, den der Mitschuldner zu tragen habe, auf den Rest dagegen nur dann und insoweit, als ein dritter Mitschuldner seinen Teil zu leisten nicht imstande sei. Anderenfalls wäre der Zusatz überflüssig und unverständlich. Denn wenn der Regressnehmer ohnedies von jedem seiner Mitschuldner den vollen Mehrbetrag seiner Zahlung solidarisch verlangen könnte, so käme er, solange auch nur ein Mitschuldner zahlungsfähig ist, überhaupt nicht in die Verlegenheit, von einem anderen Mitschuldner dessen Teil nicht erhalten zu können. An dieser Sachlage wird auch durch Art. 149 OR nichts geändert. Dieser bestimmt allerdings, auf den zahlenden Solidarschuldner gehen die Rechte des Gläubigers über, wodurch der Anschein erweckt werden könnte, er trete in dessen Rechte sans phrase und mit der vollen Wirkung des Art. 144 OR ein. Allein dieser falsche Schluss wird bündig widerlegt nicht nur durch den Zusammenhalt mit Art. 148, sondern auch durch das Wort: „rückgriffsberechtigt" in Art. 149 selbst. Dieses Wort schränkt den Übergang der Rechte auf den Fall und den Umfang des Rückgriffsrechts ein, es besagt also, der Übergang finde nur dann statt, wenn, und nur in dem Umfange, als der zahlende Solidarschuldner gegen jeden einzelnen rückgriffsberechtigt ist. Art. 149 sagt also sachlich dasselbe, was § 426 BGB glücklicher in die Worte kleidet: „Soweit ein Gesamtschuldner (den Gläubiger befriedigt und) von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über." Noch unzweideutiger freilich würde das Gesetz sich ausgedrückt haben, wenn es bestimmt hätte: „Soweit ein Gesamtschuldner von einem Mitschuldner Ausgleichung verlangen kann, geht die

Forderung des Gläubigers gegen diesen Schuldner auf ihn über.“ Aber in der Sache selbst wird durch die wirkliche Fassung des Gesetzes nichts geändert.

Schrifttum und Rechtsprechung der Schweiz stehen denn auch, soviel ich sehe, einhellig und ohne Zulassung einer Diskussion auf dem Standpunkt, dass ein solidarischer Rückgriff nicht stattfindet, der Regressnehmer vielmehr auf getrennten Einzelrückgriff angewiesen ist (vergl. Fick Nr. 6 zu Art. 146 OR; Oser Nr. 2 c zu Art. 148, Nr. 1 zu Art. 149 OR, Hafner zu Art. 168 alt OR, sowie die bei Fick a. a. O. zitierten Rechtssprüche).

Als Ergebnis ist sonach festzustellen: B kann von jedem seiner drei Mitschuldner je 50,000 Franken abzüglich des von diesem an die erwähnten 10,000 Franken geleisteten Beitrages verlangen; er muss dieses Betrages halber gegen jeden einzelnen gesondert vorgehen.

§ 6.

Es ist weiter zu fragen, ob an diesem Ergebnis durch die rechtsgeschäftliche Abtretung seitens des G etwas geändert wird.

Diese Frage ist rundweg zu verneinen und wird völlig übereinstimmend hüben wie drüben verneint. Rechtsgeschäftliche Abtretung der Forderung seitens des Gläubigers an den zahlenden Gesamtschuldner ist auf das Regressverhältnis des letzteren zu seinen Mitschuldnern ohne jeden Einfluss. Das Regressverhältnis mehrerer Gesamtschuldner untereinander beruht auf dem Gesetz; es kann daher nicht durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem seiner Mitschuldner irgendwie zu ihren Ungunsten verschoben werden. Vergl. für das Gemeine Recht RG 18, 235, für das deutsche Recht Fritz Schulz, Rückgriff und Weitergriff 1907 S. 80, Reichel, Schuldmitübernahme S. 513, Planck-Siber und Oertmann zu § 426 BGB; RG im Sächs. Arch. 1902, 729 und im Recht 1913 Nr. 1733; Kammergericht Berlin in Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd 5, S. 333; OLG Hamburg in

Seufferts Archiv, Bd 59, Nr. 154; für das franz. Recht Zachariä-Crome II § 407, Nr. 3; für Österreich Koban, Regressrecht bei Bezahlung fremder Schulden, 1906, S. 163; für die Schweiz Fick, Nr. 6 zu Art. 148, Oser, Nr. 1 zu Art. 149 OR).

§ 7.

Das System des geteilten Regresses ist für den Gläubiger nicht ohne etwelche Gefahr. Aber das Gesetz sorgt vor.

Als die Römer das beneficium divisionis einführten, erhob sich alsbald die Klage des Gläubigers: Wie er denn zu dem letzten Drittel seiner Forderung kommen solle, wenn einer der drei Korrealschuldner insolvent sei? Man half, indem man die Teilung auf die solventen und präsenten Schuldner beschränkte. Ist einer der drei Schuldner unfähig, so muss der Gläubiger halbieren. Dies führte im ferneren Verfolg auch im Innenverhältnis der Korrealschuldner zu dem Satze: hat ein Korrealschuldner mehr als seinen Innenanteil bezahlt, und erweiset sich hinterher einer seiner regresspflichtigen Mitschuldner als unbelangbar, so haben ihm die solventen übrigen Mitschuldner für diesen Ausfall nach Verhältnis ihrer Innenanteile — also i. Zw. nach Kopfteilen — aufzukommen. Diese Bestimmung finden wir im heutigen Recht wieder; § 896 österr. ABGB; § 426 BGB; Art. 148 Abs. 3 OR.

Hiernach würde B, dafern einer der drei Mitschuldner den auf ihn entfallenden Regressanteil nicht bezahlen könnte, sich wegen des Ausfalles an die beiden übrigen halten können. Hierbei ist zu beachten, dass der Ausfall nicht nur die Regressaten, sondern gleichmässig auch den Regredienten belastet; B würde sohin von den zwei solventen Mitschuldnern nicht je $\frac{1}{2}$, sondern nur je $\frac{1}{3}$ des Ausfalles zu beanspruchen haben.

Ob und welcher Ausfall entstanden ist, pflegt sich normalerweise erst im Betreibungsstadium, beziehungsweise im Konkursfalle herauszustellen (vergl. die dem

Bürgschaftsrecht angehörige Norm des Art. 495 Abs. 1 OR). Unter normalen Umständen wird also B zunächst jeden einzelnen Mitschuldner auf (gegen) 50,000 Franken ansprechen, sodann aber, nachdem er bei Betreibung eines Mitschuldners zu Verlust gekommen, sich wegen dieses Verlustes in einem neuen Regressverfahren zu je $^1/_3$ an die zwei übrigen zu halten haben.

Es wäre indes eine unbillige Härte, wollte man vom Regressnehmer Betreibungs- und Konkursmassnahmen selbst dann und insoweit verlangen, als schon von vornherein deren absolute Aussichtslosigkeit feststeht. Was § 773 Ziff. 4 BGB für die Bürgschaft verordnet, muss sinngemäss auch auf unseren Fall erstreckt und auch im schweizerischen Rechtsgebiet beachtet werden (vergl. Kremer, Mitbürgschaft, 1902 S. 181). In solchen Ausnahmefällen verwandelt sich daher der Einzelregress praktisch in einen Gesamtregress. Nehmen wir an, einer der Mitschuldner des B wäre ohne Hinterlassung inländischen Vermögens ins Ausland abgewandert und dort unbekannten Aufenthaltes, so würde B sich kurzerhand auch wegen seines Anteils sofort je zu einem Drittel an die zwei übrigen wenden können. Ich wiederhole jedoch, dass es sich hier um seltene Ausnahmefälle handelt, und ich würde, solange ein Mitschuldner im Inlande belangbar ist und eine, wenn auch nur bescheidene Konkursdividende von ihm zu erhoffen steht, unbedingt zur vorgängigen Konkursbetreibung raten müssen.

III. Ergebnis.

1. Regress auf Grund Zahlung der 190,000 Franken.

1. B ist berechtigt, von C, D, E nach diesseitiger Ansicht je 50,000 Franken zu fordern, mit der Massgabe, dass von diesen 50,000 Franken hinsichtlich eines jeden derjenige Betrag in Abrechnung kommt, den der Betreffende an die dem G gezahlten 10,000 Franken geleistet hat.

2. B muss sich an jeden der Mitschuldner einzeln halten. Den Regressbetrag eines Mitschuldners des Regressaten kann er vom Regressaten nur zu einem Drittel des bei jenem erlittenen Ausfalls und auch dies Drittel normalerweise erst dann verlangen, wenn sich bei Betreibung jenes Mitschuldners der Ausfall effektiv herausgestellt hat.

2. Zahlungsanspruch auf Grund Abtretung der nach Höhe von 50,000 Franken unerfüllt gebliebenen Forderung des G.

Durch Zahlung der 200,000 Franken an G ist der Anspruch des G auch gegen C, D und E erloschen; B kann mithin insoweit auch aus der Zession der Forderung kein Anspreüche herleiten.

Nach einer diskutabeln, aber vom Gutachter als bedenklich erachteten Gegenansicht ist durch Zahlung der 200,000 Franken nur B selbst schlechtweg befreit, während C, D und E den Rest (50,000 Franken) nach Höhe von je ¼ (12,500 Franken), zusammen also ¾, fortschulden und zwar (infolge der Zession) an B. B müsste auch wegen dieser Beträge nach diesseitiger Ansicht die Mitschuldner getrennt in Anspruch nehmen.