

AGNIESZKA KACPRZAK

Uniwersytet Radomski

REGRESS DURCH FORDERUNGSABTRETUNG  
IN DER LEHRE DER GLOSSATOREN  
UND KOMMENTATOREN

Das wichtigste Regressmittel des Bürgen in modernen Rechtsordnungen ist die Legalzession, d. h. die Übernahme der Forderung gegen den Hauptschuldner, dessen Schuld der Bürge dem Gläubiger gegenüber beglichen hat.<sup>1</sup> In österreichischen und deutschen Gesetzbüchern ist dies die einzige Regressmöglichkeit, die dem Bürgen von Gesetzes wegen, d. h. unabhängig von einem Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Schuldner, zusteht. Alternativ kann der Bürge die Forderung aus einem Auftrag (sofern ihm der Schuldner einen solchen erteilt hat) oder aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag geltend machen.<sup>2</sup> Die letztgenannte Möglichkeit wird von einem Teil der deutschen Rechtslehre bestritten, die darauf hinweist, dass die Rückzahlung durch den Bürgen kaum als Verwirklichung des Interesses des Schuldners angesehen werden kann, da sie den Schuldner nicht von seiner Schuld befreit, sondern nur zu

---

<sup>1</sup> Art. 2309 CC: La caution qui a payé tout ou partie de la dette est subrogée dans les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. § 1358 ABGB: Wer eine fremde Schuld bezahlt, für die er persönlich oder mit bestimmten Vermögensstücken haftet, tritt in die Rechte des Gläubigers und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. [...]. § 774 (1) BGB (Gesetzlicher Forderungsübergang): Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. [...].

<sup>2</sup> S. MEIER, *Gesamtschulden. Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Tübingen 2010, S. 1244.

einem Gläubigerwechsel führt.<sup>3</sup> Nach dem französischen Gesetzbuch hat der Bürg die Wahl zwischen einer Legalzession (*subrogation*) und einem Anspruch gegen den Hauptschuldner auf Erstattung der entstandenen Kosten, der ihm genauso wie die Legalzession von Rechts wegen, d. h. unabhängig von einem Auftrag oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag, zusteht.<sup>4</sup>

Der Hauptvorteil der Legalzession als Regressmittel besteht bekanntlich darin, dass sie dem Bürgen den Zugriff auf alle Sicherheiten des Kredits ermöglicht, und zwar sowohl auf dingliche (Pfandrecht und Hypothek) als auch auf persönliche (Forderungen gegenüber anderen Bürgen in ihren jeweiligen Anteilen). Wie Savigny betonte: „Die *cessio legis* verhütet, dass einer auf Kosten des anderen ohne Grund sich bereichert“<sup>5</sup>, daher sei sie die ideale Form des Regresses.<sup>6</sup>

Trotz dieses unbestreitbaren Vorteils fand diese Konstruktion erst relativ spät Eingang in die Rechtsordnungen, nämlich in den Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts. Dies liegt daran, dass sie auf der Annahme beruht, dass die Zahlung durch den Bürg die Hauptforderung nicht zum Erlöschen bringt. Denn würde die Hauptforderung durch die Zahlung erlöschen, könnte sie nicht auf den Bürgen übergehen. Diese Annahme steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zur Konstruktion der Verpflichtung des Bürgen, die vom römischen Recht bis hin zu den modernen Kodifikationen als Verpflichtung zur Rückzahlung einer dem Hauptschuldner obliegenden Schuld – also der Schuld eines Dritten – verstanden wurde. Die Rückzahlung der Schuld eines Dritten sollte jedoch nach den aus dem römischen Recht abgeleiteten

<sup>3</sup> K. KOPPENFELS-SPIES, *Die ‘cessio legis’*, Tübingen 2006, S. 142, Fn. 82.

<sup>4</sup> Art. 2308 CC: La caution qui a payé tout ou partie de la dette a un recours personnel contre le débiteur tant pour les sommes qu'elle a payées que pour les intérêts et les frais.

<sup>5</sup> K.F. [VON] SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römisches Rechts* I, Berlin 1851, § 23, S. 229.

<sup>6</sup> Vgl. auch K. KOPPENFELS-SPIES, *op. cit.*, S. 157: „Die Legalzession ist bei diesen ein exklusiver Regressweg, denn sie allein vermag einen Regress, der sich auf das gesamte Dreiecksverhältnis auswirkt, herbeizuführen und zugleich durch ihre Ausgestaltung der Schutzbedürftig- und -würdigkeit der privilegierten Drittleistenden Rechnung zu tragen.“

und auch heute anerkannten Grundsätzen zum Erlöschen der Verpflichtung führen, was folgerichtig ihre Übernahme durch einen neuen Gläubiger ausschließt. Dieses Spannungsverhältnis bildet den Kern aller historischen Auseinandersetzungen mit dem Zessionsregress – von den römischen Juristen über die Glossatoren und Kommentatoren bis hin zu den Befürwortern des *usus modernus pandectarum* – und stellt auch heute noch eine Herausforderung für die Rechtswissenschaft dar. Dass es sich hierbei um ein keineswegs triviales Problem handelt, zeigen die Bemühungen zeitgenössischer Kommentatorinnen und Kommentatoren, Erklärungsansätze zu entwickeln, die diesen logischen Widerspruch aufzulösen vermögen.<sup>7</sup>

In der Rechtsgeschichte bis zur Zeit der Kodifikationen lassen sich zwei Ansätze zur Lösung des oben genannten Problems identifizieren. Der erste, der seinen Ursprung bei den römischen Juristen hat, bestand darin, die Leistung einer Person, die zur Zahlung der Schuld eines Dritten verpflichtet ist, nicht als Tilgung dieser Schuld, sondern als Zahlung des Kaufpreises für die Forderung zu interpretieren. Dieser Ansatz fand breite Zustimmung bei den Vertretern des *usus modernus pandectarum*.<sup>8</sup>

Einen alternativen Lösungsweg schlug die mittelalterliche Rechtswissenschaft vor: Ihre Vertreter räumten der Person, die zur Tilgung der Schuld eines Dritten verpflichtet war, die Möglichkeit ein, diese im eigenen Namen und nicht im Namen des Hauptschuldners zu erbringen. Nach dieser Auffassung führte eine solche Leistung lediglich zur Erfüllung der eigenen Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger, während die Verpflichtung des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger unberührt blieb. Dies eröffnete die Möglichkeit, die Forderung auch nachträglich auf die leistende Person zu übertragen.

Bemerkenswerterweise wurde keiner dieser beiden Ansätze von den Autoren oder Kommentator:innen der Kodifikationen des 19. Jahrhunderts übernommen. Gleichwohl scheinen die mittelalterlichen Konzepte

<sup>7</sup> Bzgl. Frankreich s. M. COLLET, *La subrogation en droit privé et public des obligations*, Université Savoie Mont Blanc 2023. NNT: 2023CHAMA031, Thèse du Doctorat, mit der zitierten Literatur. Bzgl. Deutschland s. K. KOPPENFELS-SPIES, *op. cit.*

<sup>8</sup> A. KACPRZAK, *Rzymskie korzenie regresu poręczyciela. Od prawa rzymskiego do usus modernus pandectarum*, «Zeszyty Prawnicze» 23.4/2023, S. 11-15.

in der österreichischen Rechtslehre nachzuwirken.<sup>9</sup> Besonders hervorzuheben ist, dass beide konkurrierenden Lösungsansätze auf der Auslegung derselben römischen Quellen beruhen.

Die vorliegenden Überlegungen widmen sich der Interpretation dieser Quellen durch die mittelalterlichen Juristen. Wie ich darlegen werde, basiert ihr Ansatz auf einer von der römischen Tradition abweichenden Konstruktion der Verpflichtung des Bürgen und wirft ein dogmatisches Problem auf, das sich vor dem Hintergrund des römischen Konzepts der Bürgschaft nur schwer eindeutig lösen lässt.

Im Mittelpunkt der Überlegungen der mittelalterlichen Juristen zur Forderungsabtretung als Regressmittel stehen drei Texte aus der justinianischen Kodifikation: ein Fragment des Paulus, das sich mit Bürgen befasst (D. 46,1,36); ein Fragment des Modestinus, das Mitvormünder thematisiert (D. 46,3,76), – beide aus dem 46. Buch der Digesten – sowie die Novelle 4 Justinians.

Paulus schlug vor, die Leistung des Bürgen nicht als Erfüllung der Hauptschuld, sondern als Zahlung des Kaufpreises für den Erwerb der Forderung zu interpretieren. Auf dieser Grundlage blieb die Hauptforderung (samt der damit verbundenen Sicherheiten) trotz der Zahlung bestehen und konnte zu einem späteren Zeitpunkt zusammen mit allen Sicherheiten auf den Bürgen übertragen werden:

D. 46,1,36 (Paul. 14 ad Plaut.): *Cum is qui et reum, et fideiussorem habens ab uno ex fideiussoribus pecunia accepta praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.*<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> A. KACPRZAK, *Historia docet? Współczesne debaty wokół cesji wierzytelności jako środka regresu poręczyciela w perspektywie historycznej*, «Zeszyty Prawnicze» 25.3/2025, S. 38.

<sup>10</sup> In der Literatur der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde der Text als interpoliert verdächtigt; vgl. *Index Interpolationum*, Bd. III, Weimar 1936, S. 415. P. FREZZA (*Garanzie delle obbligazioni I*, Padua 1962, S. 182) hält lediglich die letzte Textpassage [*et ideo – fin.*] für interpoliert, deren Entfernung jedoch den Kern der Argumentation des Paulus – die sich auf die Fiktion des Forderungsverkaufs stützt – nicht verändert.

Paulus scheint die Vermutung aufzustellen, dass die Zahlung, die der Gläubiger vom Bürgen entgegennimmt, stets als Kaufpreis für den Verkauf der Forderung und nicht als Tilgung der Hauptschuld verstanden wird. Es ist jedoch hervorzuheben, dass sich Paulus' Interpretation auf eine Konstellation bezieht, in der der Gläubiger seine Bereitschaft zeigt, die Forderungen auf den Bürgen zu übertragen. Diese Bereitschaft stützt die Annahme, dass der Gläubiger die Leistung des Bürgen als Zahlung des Kaufpreises für die Abtretung der Forderung akzeptiert hat und nicht zur Tilgung der Hauptschuld. Wollte der Gläubiger jedoch seine Forderung an den Bürgen nicht „verkaufen“, sondern lediglich die Zahlung der Hauptschuld durch den Bürgen erhalten, ohne seine Rechte vor oder nach der Zahlung an den Bürgen abzutreten, so bestand keine Möglichkeit, ihn zu einer solchen Abtretung zu zwingen.<sup>11</sup>

Eine ähnliche Lösung – nämlich die Forderung vom Hauptgläubiger abzukaufen, anstatt sie zu tilgen – hat Modestinus im Fall mehrerer Vormünder einer unmündigen Person angewendet:

D. 46,3,76 (Modest. 6 resp.): *Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit: quod si ante solutionem id factum est vel, cum convenisset ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit perempta videatur.*

Der Jurist stellt die gleiche Frage in Bezug auf die Vormünder wie Paulus in Bezug auf den Bürgen: Kann das Mündel dem Vormund, welcher die ganze Schuld bezahlt hatte, seine Ansprüche gegen die anderen Vormünder abtreten? Die Antwort ist ähnlich wie die des Paulus bezüglich des Bürgen: Im Prinzip nein, da mit der Zahlung durch einen

---

Auch in der späteren Literatur wird Paulus' Ansatz als authentisch angesehen; vgl. D. MEDICUS, *Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionsregresses*, [in:] *Festschrift für Max Kaser*, München 1976, S. 391, sowie R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Tübingen 1996, S. 135.

<sup>11</sup> P. FREZZA, *op. cit.*, S. 182.

der Vormünder die Schulden aller anderen bzw. die Forderungen, die das Mündel ihnen gegenüber hatte, erlöschen. Es sei denn, der Vormund hat vor der Zahlung mit dem Mündel vereinbart, dass es ihm seine Ansprüche gegen die anderen Vormünder nachträglich abtreten wird. Diese Vereinbarung wird als Kauf der Anteile an der Forderung gegen andere Vormünder durch einen von ihnen interpretiert: Dieser begleicht also nicht seine Schuld aus der Vormundschaft, sondern zahlt nur den Preis für den Kauf der Forderungsanteile gegen die anderen Vormünder. Modestinus setzt allerdings – im Gegensatz zu Paulus – keine Vermutung des Kaufs der Forderung voraus, sondern fordert von den Parteien (bzw. vom Vormund und dem Mündel), dass sie die entsprechende Vereinbarung vor der Zahlung ausdrücklich abschließen.

Für unsere Zwecke ist es wichtig zu betonen, dass beide Juristen – sowohl Paulus als auch Modestinus – auf das Konzept des Kaufs der Forderung (bzw. von Anteilen an der Forderung) zurückgreifen, um einen alternativen Rechtsgrund für die Zahlung durch den Bürgen bzw. den Vormund zu schaffen. Auf diese Weise wird nicht die Hauptschuld getilgt, sondern eine neue Schuld beglichen, die aus dem Kaufvertrag hervorgeht. Gerade dieser Rückgriff auf das Konzept des Forderungskaufs ermöglicht es, das Erlöschen der Hauptschuld durch die Zahlung zu vermeiden, sodass eine spätere Übertragung der Forderung auf den Bürgen bzw. den Vormund weiterhin möglich bleibt.

Es zeigt sich also, dass das Konzept des Forderungskaufs für die römischrechtliche Lösung von entscheidender Bedeutung war. Hätte der Bürg im Rahmen der Bürgschaft gezahlt, wäre er seiner Verpflichtung als Bürg nachgekommen, deren einziger Zweck jedoch die Tilgung der Hauptschuld war. Dies hätte zwangsläufig zum Erlöschen der Hauptschuld und der entsprechenden Forderung geführt, wodurch eine nachfolgende Abtretung unmöglich geworden wäre.

Ein dritter justinianischer Text, der für die Lehre der Glossatoren und Kommentatoren über den Zessionsregress von zentraler Bedeutung ist, findet sich in der Novelle 4,1.

*Nov. 4,1: Probet igitur fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem,  
et causae residens iudex det tempus fideiussori, idem est dicere  
sponsoris et mandatori, volentibus principalem deducere, quatenus*

*ille prius sustineat conventionem, et sic ipsi in ultimum subsidium reserveruntur: sitque solacio intercessori in hoc quoque iudex (fideiussoribus enim et talibus prodesse sanctum est), ut illo deducto interim conventione liberentur, qui pro eo in molestia fuerunt. Si vero tempus in hoc indultum excesserit (convenit namque etiam tempus definira iudicantem), tunc fideiussor aut mandator aut sponsor exequatur litem, et debitum exigatur contra eum, quem fidedixit aut pro quo mandatum scripsit aut sponcionem suscepit, a creditore actionibus sibi cessis.*

Die Novelle 4,1 enthält zwei Bestimmungen, die darauf abzielen, die Position des Bürgen zu stärken. Die erste sieht vor, dass der Gläubiger zunächst den Hauptschuldner klagen muss, bevor er sich an den Bürgen wenden kann. Nur wenn die Vollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos bleibt, ist es dem Gläubiger gestattet, den Bürgen in Anspruch zu nehmen. Durch diese Regelung wird der Bürge zum subsidiären Schuldner (zuvor hatte der Gläubiger die freie Wahl gehabt, entweder vorab den Hauptschuldner oder direkt den Bürgen zu klagen)<sup>12</sup>. Diese Neuerung machte den Zugang zu Kreditsicherheiten für den Bürgen noch bedeutsamer, da er nur dann zur Zahlung verpflichtet war, wenn der Hauptschuldner zahlungsunfähig war. In einem solchen Fall war jedoch eine mögliche Regressforderung des Bürgen gegen den Hauptschuldner praktisch wertlos.

Die zweite Bestimmung der Novelle verpflichtet den Gläubiger, seine Forderung gegen den Hauptschuldner an den Bürgen abzutreten, bevor er von diesem die Zahlung verlangen kann. Mit anderen Worten: Der Gläubiger kann eine Verurteilung des Bürgen erst dann erwirken, wenn er zuvor die Forderung gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen übertragen hat. Gemäß dieser Regel erfolgt die Abtretung noch vor der Zahlung, also bevor die Forderung erlischt. Das bedeutet, dass die Abtretung zu einem Zeitpunkt stattfindet, an dem der Gegenstand der Abtretung – die Forderung samt ihren Sicherheiten – noch besteht und somit wirksam übertragen werden kann. Dieser Ansatz lässt jedoch ein

---

<sup>12</sup> Gemäß der Sitte wurde allerdings vom Gläubiger erwartet, dass er zuerst den Hauptschuldner und nicht den Bürgen klagt, vgl. P. FREZZA, *op. cit.*, S. 157-158.

wesentliches strukturelles Problem ungelöst: Angenommen, die an den Bürgen abgetretene Forderung ist ident mit der, für welche er gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger gebürgt hat, so würde durch seine Zahlung die Forderung dennoch erlöschen. Dies gilt selbst dann, wenn die Forderung nicht mehr dem ursprünglichen Gläubiger zusteht, da das Prinzip greift, dass die Zahlung durch den Bürgen die Hauptforderung zum Erlöschen bringt.<sup>13</sup> Die einzige Möglichkeit, dieses Problem zu umgehen, zeigt sich in der von Paulus vorgeschlagenen Lösung: Die Leistung des Bürgen sollte nicht als Erfüllung seiner Verpflichtung als Bürge angesehen werden, sondern als Zahlung des Kaufpreises im Rahmen des Forderungskaufs. Die Novelle enthält jedoch keinen Hinweis auf das Konzept des Forderungskaufs.

Die erste ausführliche Auseinandersetzung mit dem Problem des Zessionsregresses des Bürgen in der mittelalterlichen Literatur findet sich in der *Summa Codicis* von Azo<sup>14</sup>:

Azo, *Summa Codicis*<sup>15</sup> (Tit. VIII, 40, *Effectus*): *Videamus hoc ita si fiat cessio ante solutionem, vel etiam postea, cum autem prius convenisset de actionibus cedendis, ut tt. de solut. l. Modestinus. Vel distinguas in fideiussore solvat nomine suo ut tunc quandocumque possent ei cedi, ut tt. ma. L. prop (D. 17,1,28: propter mandatu suo solvit), an nomine creditoris et tunc nunquam cedantur ei. An solvit simpliciter, ut tunc, si quidem creditor cedat in continent, praesumitur quod fideiussor solverit nomine suo, non debitoris, si ex intervallo, contrarium est, ut dixi. Et erit hic notandum quia licet actio quae cedit inutilis esset penes cedentem, est tamen utilis penes eum, cui ceditur.*

<sup>13</sup> Das Problem hat schon Azo bemerkt, indem er sich gezwungen sah zu betonen, dass die abgetretene Forderung für den Bürgen auch nach der Zahlung wirksam bleibt, während sie für den Gläubiger nach der Zahlung unwirksam würde (*Et erit hic notandum quia licet actio quae cedit inutilis esset penes cedentem, est tamen utilis penes eum, cui ceditur*, s. unten). Demselben Gedankengang folgend kommt im 17. Jahrhundert Jean Domat zum Schluss, dass die abgetretene Forderung auch zulasten des Bürgen erlischt, solange er als Bürge leistet bzw. die Hauptschuld bezahlt.

<sup>14</sup> Zum Leben und zur Bedeutung von Azo s. H. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter I, Die Glossatoren*, München 1997, S. 255-261.

<sup>15</sup> Die *Summa Codicis* ist das Hauptwerk des Azo, s. H. LANGE, *op. cit.*, S. 262-263.

Azo führt aus, Modestinus zufolge, dass der Gläubiger seine Klagen bzw. Forderungen auf den Bürgen übertragen kann, sofern die künftige Forderungsübertragung spätestens im Moment der Zahlung vereinbart wurde. Nach Ansicht des Glossators ist dabei entscheidend, ob der Bürge im eigenen Namen oder im Namen des Hauptschuldners zahlt: Im letzteren Fall tilgt er die Hauptschuld bzw. die entsprechende Forderung, die infolgedessen nicht mehr übertragen werden kann. Zahlt der Bürge hingegen im eigenen Namen, bleibt die Forderung trotz der Zahlung bestehen und kann auch nachträglich auf den Bürgen übertragen werden. Hat der Bürge gezahlt, ohne ausdrücklich zu erklären, dass er dies im eigenen Namen tut, wird angenommen, dass er im Namen des Hauptschuldners gehandelt hat. In diesem Fall erlischt die Hauptforderung, wodurch eine spätere Zession ausgeschlossen ist.

Der erste Teil des Textes könnte den Eindruck erwecken, dass Azo die Lösung von Modestinus nahezu wortwörtlich übernimmt, mit dem einzigen Unterschied, dass er sie auf den Bürgen anwendet: Der Bürge muss spätestens zum Zeitpunkt der Zahlung mit dem Gläubiger vereinbaren, dass dieser seine Forderung anschließend an ihn abtritt. Fehlt eine solche Vereinbarung, erlischt die Forderung (und damit auch die sie schützende Klage), wodurch eine spätere Abtretung ausgeschlossen ist. Bemerkenswert ist, dass Azo in dieser Hinsicht eher Modestinus als Paulus folgt, obwohl die Lösung des Paulus für den Bürgen vorteilhafter gewesen wäre, da sie von einem stillschweigenden Kauf der Forderung auch ohne eine entsprechende Vereinbarung ausging. Modestinus hingegen nahm in einem solchen Fall lediglich die Tilgung der Hauptschuld an.

Bedeutender jedoch ist der Unterschied, den die Ausführungen des Azo im Vergleich zu den Lösungen der beiden römischen Juristen aufweisen und der in einem wesentlichen Mangel besteht: Es wird nämlich an keiner Stelle erwähnt, dass der Bürge die Forderung gekauft habe. Im Gegenteil, im zentralen Teil des Textes, in dem zwischen einem Bürgen, der im eigenen Namen zahlt, und einem, der im Namen des Hauptschuldners handelt, unterschieden wird, ist von einer Vereinbarung zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger keine Rede mehr. Das einzige Unterscheidungsmerkmal scheint vielmehr allein im Willen des Bürgen

zu liegen. Die von Modestinus am Anfang des Textes erwähnte Vereinbarung wird vom Glossator offenbar lediglich als ein mögliches Indiz für den Willen des Bürgen verstanden, im eigenen Namen zu leisten.

Die *Glossa Ordinaria* des Accursius folgt dem Gedankengang von Azo.<sup>16</sup> In seinem Kommentar zum Text von Paulus (D. 46,1,36, Glossa: *in solutum*) stellt der Glossator fest, dass eine Abtretung nach der Zahlung nur dann möglich ist, wenn der Bürg spätestens zum Zeitpunkt der Zahlung seine Absicht erklärt hat, sämtliche Forderungen des Gläubigers – sowohl gegen den Schuldner als auch gegen die anderen Bürgen – künftig zu übernehmen. Dabei wird ebenso auf den Text von Modestinus verwiesen:

Ad D. 46,1,36: *In solutum: ut sic extinguerentur obligationes omnino secundum quosdam. Et intellege, quando in continent post solutio nem cedit actionem vel si ex intervallo: dic hoc actum in solvendo, ut postea possit fieri cessione, sit contra. j. De sol. L. Modestinus. Vel etiam dixit solvens, solvo ut cedas, ut C. de act. et obl. L.j.*

Die ausführlichste Diskussion unseres Problems findet sich jedoch in der Glossa zum Text von Modestinus (D. 46,3,76, Glossa: *nulla actio*):

Ad D. 46,3,76: *Nulla actio: (...). Sed videtur ex intervallo etiam facta cessione valere, ut: s. de administr. tut. l. si minoris [D. 26,7,25]<sup>17</sup>, qua est contra. Sol. ibi fuit actum tempore solutionis ut postea fieret cessione: ut et hic subicit. 2. Item contra j.eo. l. Stichum, § si mandato [D. 46,3,95,10], ubi etiam ex intervallo ceditur. Sed ibi solverat pro sua obligatione tantum mandator & tutor: ut ibi not. Vel actum fuit ut postea possent cedi. 3. Et eisdem modis solve aliud contrarium, s. de pec. l. dominus Sticho. in prin. [D. 33,8,23 pr.] & aliud*

<sup>16</sup> Accursius war der berühmteste Schüler von Azo, vgl. H. LANGE, *op. cit.*, S. 239.

<sup>17</sup> D. 26,7,25 (Ulp. 13 ad ed.): *Si minoris actum fuerit cum tutoribus adsentibus curatoribus et pupillus ob hoc egerit cum curatoribus et ei sint condemnati in id quod sua intererat minoris tutores culpa eorum condemnatos non esse: an restitutio adversus tutores cesseret? Et Papinianus responsorum libro secundo ait nihil minus posse restitui et idcirco curatores, si nondum iudicatum fecerunt, posse provocantes per exceptionem doli consequi, ut eis mandentur adversus tutores actiones. Quid tamen si iam fecerunt iudicatum curatores? Proderit hoc tutoribus, quoniam nihil minori abest, qui de praeda magis quam de damno sollicitus est, nisi forte mandare actiones paratus sit curatoribus.*

*s. de tute. et ratio. distr. l.alterius. [D. 27,3,20pr].<sup>18</sup> 4. Item contra s. manda. L. Pomponius [D. 17,1,28], ubi solvente mandatore vel fideiussore non liberatur reus: & sic superest actio: & potest dici cedi. Sed in eis plene dic. ut ibi notat in Glos. & suo nomine. In tutoribus autem et correis serva quod hic dicitur. Item contra s. de lega.j. l. si res obligata in fin. [D. 30,57]. Sed et ibi ante solutionem facta fuit cessio. ADDIT. Ista solutio non placet Bartol. ideo dic quod ibi loquitur in duobus reis, quorum unus erat obligatus, alius non: sed solvebat causa liberandae et retinendae rei sua: sed hic loquitur in pluribus pariter obligatis, secundum eundem Bart.*

Die Glossa beginnt mit der Wiederholung des Grundsatzes, dass die Hauptforderung zusammen mit den Nebenrechten (und damit auch die Klagen gegen den Schuldner und die anderen Bürgen) durch die Zahlung des Bürgen erlischt, es sei denn, der Bürge zahlt ausdrücklich in seinem eigenen Namen. Anschließend folgt eine Auflistung der Digestenquellen, die die Möglichkeit einer Abtretung nach der Zahlung einräumen. Dies setzt jedoch voraus, dass die Forderung (samt aller damit verbundenen Nebenrechte) nicht erloschen ist. Die Glossa geht davon aus, dass in all diesen Fällen der Zahlende ausdrücklich in seinem eigenen Namen gehandelt hat: 1. *ibi fuit actum tempore solutionis ut postea fieret cessio;* 2. *Sed ibi solverat pro sua obligatione tantum (...) vel actum fuit ut postea possent cedi;* 4. *Sed in eis plene dic. ut ibi notat in Glos. & suo nomine.* Auffällig ist, dass die Glossa eine solche Erklärung auch dort voraussetzt, wo dies aus Sicht des römischen Rechts gar nicht erforderlich war, da die Schuld des Zahlenden nicht nur aus einem anderen Titel entstanden ist, sondern auch materiell bzw. inhaltlich von der des Hauptschuldners abwich. Es handelt sich um einen Vormund, der dem Mündel Schadenersatz dafür geleistet hat, dass er dessen Schuldner

---

<sup>18</sup> D. 27,3,20pr. (Pap. 2 resp.): *Alterius curatoris heredem minorem ut maiore pecunia condemnatum in integrum restitui placuit. Ea res materiam litis adversus alterum curatorem instaurandae non dabit quasi minore pecunia condemnatum, si non sit eius aetatis actor, cui subveniri debeat: sed aequitatis ratione suadente per utilem actionem ei subveniri, in quantum alter relevatus est, oportet.*

nicht rechtzeitig geklagt hat (2.)<sup>19</sup>; um einen *statuliber*, der die Schulden der Erben des Erblassers beglichen hat, um die Bedingung zu erfüllen, unter der er freigelassen werden sollte (3.)<sup>20</sup>; um einen Fideikommissar einer verpfändeten Sache, der die Hypothekengläubiger ausbezahlt hat (4.)<sup>21</sup>; sowie – was hinsichtlich unseres Problems besonders wichtig ist – um einen Mandanten eines Kreditauftrags, der dem Mandatar die Auftragskosten beglichen hat (4.).<sup>22</sup>

Von der Idee eines Forderungskaufs findet sich in der besprochenen Stelle, ähnlich wie bei Azo oder in der Glossa zum Paulustext, keine

<sup>19</sup> D. 46,3,95,10 (Pap. 28 *quaest.*): *Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses, eiusmodi contractus similis est tutori et debitori pupilli: et ideo mandatore convento et damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet, sed et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat. Et hoc pertinet tutoris et pupilli debitoris nos fecisse comparationem: nam cum tutor pupillo tenetur ob id, quod debitorem eius non convenit, neque iudicio cum altero accepto liberatur alter nec, si damnatus tutor solverit, ea res proderit debitori: quin etiam dici solet tutelae contraria actione agendum, ut ei pupillus adversus debitores actionibus cedat.*

<sup>20</sup> D. 33,8,23pr. (Scaev. 15 *dig.*): *Dominus Sticho servo suo, qui bona liberti eius gessit, cui pro parte dimidia testamento heres exstiterat, in quibus negotis gestis et kalendaria fuerunt, testamento suo libertatem dederat, si rationem reddidisset, eique peculium suum per fideicommissum dedit: Stichus summas, quibus reliquatus erat tam ex kalendario quam ex variis causis, reddit manentibus debitорibus, pro quibus ipse pecuniam heredibus patroni refuderat, libertatemque adeptus decessit. Quaesitum est, an heredibus Stichi adversus nomina debitorum, pro quibus Stichus pecuniam heredibus patroni intulit, heredes patroni ex causa fideicommissi compellendi sint actiones praestare, cum nihil aliud a Sticho patrono debitum fuerit. Respondit praestandum.*

<sup>21</sup> D. 30,57 (Ulpian 33 *ad Sab.*): *Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit: si nesciat, a fideicommissario (nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam), vel potest aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno. Quod si testator eo animo fuit, ut, quamquam liberandorum praediorum onus ad heredes suos pertinere noluerit, non tamen aperte utique de his liberandis senserit, poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, ut actiones sibi exhiberentur: quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per iurisdictionem praesidis provinciae id ei praestabitur.*

<sup>22</sup> D. 17,1,28 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.*

Spur. Einziges Kriterium, von dem das Fortbestehen der Hauptforderung und folglich die Möglichkeit, diese nachträglich abzutreten, abhängt, scheint – genauso wie bei Azo – allein die Absicht des Zahlenden zu sein, im eigenen Namen und nicht im Namen des Schuldners zu leisten.

Diese Schlussfolgerung wird von der Glossa zum Text des Papinian (D. 17,1,28, Glossa: *suo nomine*) bestätigt:

Ad D. 17,1,28: *Suo nomine: si hoc fecit, bene dicit quod reus non liberatur: ut hic et s. de pet. hered. l. si quid possessor. Et argum. supra, de in rem. l. si filius [D. 15,3,7,5]<sup>23</sup> alias secus si nomine totalis obligationis solvisset : ut s. de exerci. l. j. § penult. [D. 14,1,1,24]<sup>24</sup> quae est contra. sed licet ipso iure reus non liberetur, obstabit tamen creditori exceptio dolii mali; mandator autem actione cessa a creditore, aget contra reum. Sed nunquid fieri potest cessio etiam facta solutione ex intervallo hoc casu? Videtur quod non: ut infra, de solut. l. Modestinus [D. 46,3,76]. Sed argum. contra est hic proxi. ut infra de lega.j.l. si res [D. 30,57] & de administr. l. si minoris [D. 26,7,25], & ideo distinguas, solvat quis suo nomine, an nomine debitoris, aut simpliciter. Si suo, quandocumque cedi possunt: ut hic cum suis conc. Si debitoris, nunquam. Si simpliciter: si quidem creditor cedat in continentali, praesumitur, quod fideiussor suo, non debitoris nomine solvat: sed si ex intervallo, contra: ut dicitur infr. de solu. l. Modestinus. Accurs. Atque ita Bartolus dicta Nov.4. §1 nam 17, existimat fideiussorem solventem in dubio, suo nomine solvisse intellegi, et cessionem ei faciendam a fideiussore vel ex intervallo, tametsi solutionis tempore ei non fuerit promissa.*

---

<sup>23</sup> D. 15,3,7,5 (Ulp. 29 ad ed.): *Si filius familias pecuniam mutuatus pro filia sua dotem dederit, in rem versum patris videtur, quatenus avus pro nepte daturus fuit. Quae sententia ita demum mihi vera videtur, si hoc animo dedit ut patris negotium gerens.* Der Text wird zur Bestätigung des Unterschieds zwischen Zahlung im eigenen und im fremden Namen herangezogen: Eine *actio de in rem verso* wird nur dann gewährt, wenn der Sohn die Mitgift im Namen des Vaters gegeben hat. Ergo hätte er sie auch im eigenen Namen geben können; bloß gäbe es dann keine *actio de in rem verso*.

<sup>24</sup> D. 14,1,1,24 (Ulp. 28 ad ed.): *Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest. Sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso iure minuitur obligatio: sed et si ab exercitore, sive suo nomine, id est propter honorariam obligationem, sive magistri nomine solverit, minuetur obligatio, quoniam et alius pro me solvendo me liberat.*

Die Glossa beginnt mit der Betonung, dass die Zahlung des Mandanten an den Mandatar, den er beauftragt hatte, einem Dritten eine bestimmte Geldsumme zu leihen, den Schuldner nicht befreit, wenn der Mandant im eigenen Namen bezahlt hat: *si hoc fecit [bzw. suo nomine solvit], bene dicit quod reus non liberatur.* Es folgt die Frage, ob der Mandatar/Darlehensgeber seine Forderung gegen den Darlehensnehmer an den Mandanten abtreten kann, nachdem er von Letzterem bereits bezahlt wurde. Zunächst wird diese Möglichkeit mit einem Verweis auf den Text von Modestinus abgelehnt: *Videtur quod non: ut infra, de solut. l. Modestinus.*

Im weiteren Verlauf wird jedoch fast wortwörtlich dieselbe Unterscheidung vorgenommen, der wir bereits bei Azo begegnet sind: Die nachträgliche Abtretung ist zwar möglich, wenn der Mandant ausdrücklich im eigenen Namen bezahlt hat. Hat er dies jedoch im Namen des Hauptschuldners getan, ist die Abtretung ausgeschlossen: *Si suo, quandocumque cedi possunt: ut hic cum suis conc. Si debitoris, nunquam.* Leistet er hingegen ohne eine zusätzliche Erklärung, nimmt die Glossa mit einem Verweis auf den Text von Modestinus an, dass er im Namen des Schuldners gehandelt hat – es sei denn, der Mandatar/Gläubiger hat ihm seine Forderung unmittelbar nach der Zahlung abgetreten: *Si simpliciter: si quidem creditor cedat in continent, praesumitur, quod fideiussor suo, non debitoris nomine solvat: sed si ex intervallo, contra: ut dicitur infr. de solu. l. Modestinus.*

Es ist bemerkenswert, dass der Originaltext des Papinian sich nicht mit dem Bürgen im eigentlichen Sinne, also dem *fideiussor*, beschäftigt, sondern mit dem Mandanten, der jemanden beauftragt hat, einem Dritten Geld zu leihen (*mandatum pecuniae credendae*). Zwar konnte der Mandant vom Beauftragten alternativ zum Hauptschuldner auf die Zahlung der geliehenen Summe geklagt werden (in der Praxis fungierte er also als Bürge), doch was er dem Beauftragten zahlen musste, war nicht die Schuld des Darlehensnehmers, sondern die Auftragskosten (die in dem besprochenen Fall genau dem Wert des Darlehens entsprachen). Die Verpflichtung des Darlehensnehmers blieb also trotz der Zahlung bestehen und konnte auf einen neuen Gläubiger, d. h. den Mandanten, übertragen werden. Diese Möglichkeit ergab sich aus der Struktur der

Verpflichtung des Mandanten selbst und hing nicht von seinem Willen ab. Eine Willenserklärung seinerseits, dass er für sich selbst und nicht für den Darlehensnehmer leistet, war daher überflüssig.

Auffällig ist außerdem, dass der letzte Satz der Glossa ausdrücklich den *fideiussor* erwähnt, was zeigt, dass sie zwischen diesen beiden Figuren – dem Bürgen im eigentlichen Sinne (der tatsächlich für die Schuld des Hauptschuldners haftete) und dem Mandanten im Rahmen des *mandatum pecuniae credendae* (der für seine eigene Schuld bzw. für die Auftragskosten haftete) – nicht unterscheidet.

Im letzten Punkt wird die Ansicht des Bartolus<sup>25</sup> zitiert, der von der Glossa abweicht, indem er im Fall eines fehlenden Hinweises des *fideiussor* – d. h. wenn dieser *simpliciter* bzw. ohne jegliche Willenserklärung leistet – dessen Absicht vermutet, im eigenen Namen zu handeln. Dies eröffnet ihm die Möglichkeit, später die Forderung zu erwerben bzw. eine Forderungsübertragung zu erlangen: *Atque ita Bartolus dicta Nov.4. §1 nam 17, existimat fideiussorem solventem in dubio, suo nomine solvisse intellegi, et cessionem ei faciendam a fideiussore vel ex intervallo, tametsi solutionis tempore ei non fuerit promissa.*

Eine äußerst interessante Begründung für diese abweichende Meinung finden wir im Kommentar des Bartolus zur *lex Modestinus* in der *Lectura super secunda parte Digesti Novi*. Um den Unterschied zwischen der Lösung des Modestinus und der des Paulus zu erklären, unterscheidet Bartolus zwischen Mitschuldern, die aus demselben Titel haften (*eadem speciem actionis principaliter obligati sunt*), und akzessorischen Schuldern, die aufgrund eines anderen Titels als der Hauptschuldner verpflichtet sind (*dispariter obligati sunt: quod unus una actione alius alia actione vel unus ex uno contractu, alius ex alio*):

*Bartolus, Lectura super secunda parte Digesti Nuovi, tit. de Solutiōnibus, lex Modestinus (D. 46,3,76):*

*(...) Primo casu aut plures sunt obligati principaliter eadem speciem actionis et ex eodem contractu vel quasi ut plures tutores vel correi, et in his serva(ri?) distinctiones isti, ut hic: aut cessio fit ante*

---

<sup>25</sup> H. LANGE, M. KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter II, Die Kommentatoren*, München 2007, S. 683-716.

*solutionem vel in ipsa solutione vel post in continent vel ex intervallo praecedente pacto facto, et valet cessio, aut fit ex intervallo non praecedente pacto et non valet. quantum in dubio praesumitur solvere propter tota obligatione, ut hic in principium. aut sunt obligati dispariter: quod unus una actione alius alia actione vel unus ex uno contractu, alius ex alio. tunc in dubio praesumitur solvere propter obligatione sua. et igitur valeret cessio statim post solutionem. secundo casu, quoniam loquimur in pluribus quorum unus est obligatus principaliter, alterus accessorie, ut in dubio videtur ille obligatus accessorie propter obligatione sua solveri (...) et cessio posse etiam fieri ex post facto. tertio casu loquimur de plures obligatis accessorie, solvens in dubio videtur solvere pro sua obligatione et cessio posset sibi fieri ex intervallo (...)*

Die Vormünder, auf die sich der Text des Modestinus bezieht, gehören nach Ansicht des Kommentators zur ersten Kategorie, ebenso wie die *correi promittendi*, während die Bürgen, über die Paulus spricht, zur zweiten Kategorie zählen. Bezuglich der ersten wird vermutet, dass derjenige, der leistet, die gesamte Obligation – also die eigene und die der Mitschuldner gleichzeitig – begleicht (*in dubio pro tota obligatione solvere praesumitur*), es sei denn, er erklärt ausdrücklich, nur für sich selbst zu leisten.

Da der akzessorische Schuldner hingegen für seine eigene, aus einem anderen Titel als dem des Hauptschuldners entstehende Obligation haftet, ist es wahrscheinlicher, dass er diese und nicht die des Hauptschuldners begleichen will, wenn er zahlt. Daher wird, sofern keine gegenteilige Erklärung vorliegt, Paulus zufolge angenommen, dass der Bürge (qua akzessorischer Schuldner) – im Gegensatz zu Vormündern, die Gesamtschuldner sind, – im eigenen Namen zahlt und somit das Erlöschen der Hauptschuld verhindert.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> W. GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte 1, Historische Abtheilung, 2. Buch*, Jena 1850, S. 218: „wo neben einem Principalschuldner ein accessoirischer stände, z.B. ein Mandatar oder Fideiussor (...), da seien mehrere Obligationen vorhanden, und wenn Einer zahle, so werde vermuthet, er wolle nur für s e i n e Obligation zahlen, und daher könne die Klage gegen den Hauptschuldner oder

Es sei allerdings betont, dass auch vom Standpunkt des Bartolus aus sowie für die Glossatoren das entscheidende Kriterium die Absicht bleibt, mit der der Bürge zahlt, und nicht die Struktur der Verpflichtung des Bürgen an sich. Letztere begründet nur die Vermutung, dass der Bürge eher für sich selbst als für den Hauptschuldner zahlen will. Die Idee des Kaufs der Forderung, welche die römischen Juristen eingebracht haben, um einen alternativen Titel für die Zahlung des Bürgen zu schaffen, wurde weder von den Glossatoren noch von den Kommentatoren aufgegriffen.<sup>27</sup>

Somit bleibt das strukturelle Problem, welches für die römischen Juristen die nachträgliche Klageabtretung des Gläubigers an den Bürgen verhindert hat, ungelöst. Es handelt sich um den Inhalt der Verpflichtung des Bürgen, welche darin besteht, die Schuld des Hauptschuldners zu begleichen. Selbst wenn der Bürge sich aufgrund eines eigenen, von dem des Hauptschuldners getrennten Vertrages verpflichtet hat (wie Bartolus zu Recht betont), kann er die eigene Verpflichtung nur erfüllen, indem er dem Gläubiger die Leistung des Hauptschuldners erbringt. Das aber führt notwendigerweise – und zwar ganz unabhängig von der Absicht des Bürgen – zum Erlöschen der Hauptschuld. Selbst wenn die Verpflichtungen des Hauptschuldners und des Bürgen aus unterschiedlichen Verträgen entstanden sind, haben sie denselben Inhalt bzw. betreffen sie dieselbe Leistung, nämlich dem/r Gläubiger/in die Hauptschuld zu begleichen. Die Tatsache, dass die mittelalterlichen Juristen diese Schwierigkeit offenbar nicht erkannt haben, deutet darauf hin, dass sie

die Mitbürgen auch nach einer Zwischenzeit cedit werden, ohne daß es dazu eines Vertrags bei der Zahlung bedürfe.“

<sup>27</sup> Bartolus wiederholt zwar in seinem Kommentar zum Paulus-Text (*Lectura super secunda parte Digesti Nuovi*, D. 46,1,36) die Annahme des römischen Juristen, dass der *fideiussor*, welcher zahlt, die Klage zu kaufen scheint: *Fideiussori solventi debent actiones cedi: qua solvendo videtur eas emisse*. Diese Annahme spielt aber in seinem Gedankengang nur insoweit eine Rolle, als sie die Pflicht des Gläubigers begründet, seine Klagen dem Bürgen abzutreten. Dort aber, wo Bartolus die Möglichkeit erklärt, die genannten Klagen auch nachträglich abzutreten (s. die oben zitierte Glossa zum Text des Modestinus), verzichtet er vollkommen auf diese Voraussetzung: Wie bei den Glossatoren ist es allein der Wille des Bürgen (qua akzessorischem Schuldner), welcher diese Möglichkeit begründet.

der Verpflichtung des Bürgen ein anderes Verständnis zugrunde legten als die römischen Juristen.

Die Gründe für diesen Wandel sind nach der hier vertretenen Hypothese in der oben zitierten Novelle 4,1 Justinians zu suchen.

Die Novelle hat die rechtliche Stellung des Bürgen der des Kreditmandanten in Bezug auf die ihnen zustehenden Regressmöglichkeiten weitgehend angeglichen. Einerseits wurde dem Bürgen, ebenso wie dem Kreditmandanten, das Recht eingeräumt, die Übertragung der Forderung vom Hauptgläubiger zu verlangen. Andererseits wurde diese Möglichkeit nicht nur für den Bürgen, sondern auch für den Kreditmandanten zeitlich begrenzt, d. h. sie konnte nur bis zum Zeitpunkt der Zahlung ausgeübt werden (davor konnte der Kreditmandant die Forderungsübertragung auch nach der Zahlung fordern). Diese Regelung führte zu einer Verwischung der Unterschiede zwischen den beiden Formen der Bürgschaft, wie sie in mehreren der zuvor analysierten Stellen bei den Glossatoren und Kommentatoren deutlich wird.

Darüber hinaus führte die Novelle dazu, dass der Bürge – unabhängig davon, ob es sich um einen Fideiussionsbürgen oder einen Kreditmandanten handelte, – als subsidiärer Schuldner angesehen wurde. Der Gläubiger konnte den Bürgen nur dann erfolgreich in Anspruch nehmen, wenn der Hauptschuldner zahlungsunfähig war. Diese Entwicklung näherte die rechtliche Stellung des Bürgen, ungeachtet der spezifischen Form des Bürgschaftsvertrags, der des Nachbürgen an.

Aus der Perspektive der Glossatoren und Kommentatoren, die die Novelle als zentrale Grundlage für die Regelung des Bürgenregresses betrachteten, wurde die Obligation des Bürgen – nach dem Muster der Obligation des Kreditmandanten – offenbar als eine Verpflichtung interpretiert, dem Gläubiger den Schaden zu ersetzen, der durch die Nichterfüllung der Hauptschuld durch den Hauptschuldner entstanden war.<sup>28</sup>

Infolgedessen eröffnete sich dem Bürgen eine Wahlmöglichkeit: Er konnte entweder im eigenen Namen handeln und dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung der Hauptschuld entstandenen Schaden ersetzen – dies scheint aus der Sicht des Bartolus die Hauptverpflichtung

---

<sup>28</sup> Vgl. W. GIRTANNER, *op. cit.*, S. 201-203.

des Bürgen zu sein. Daher röhrt auch seine Annahme, dass der Bürge mangels einer anderslautenden Willenserklärung im eigenen Namen leistet. Alternativ konnte der Bürge im Namen des Hauptschuldners leisten, indem er dessen Schuld unmittelbar gegenüber dem Hauptgläubiger tilgte. Dies schloss jedoch die Möglichkeit einer nachträglichen Forderungsübertragung aus.

Der von den mittelalterlichen Juristen vertretene Standpunkt, wonach die vom Bürgen erklärte Absicht, im eigenen Namen und nicht im Namen des Schuldners zu leisten, die Hauptforderung vor dem Erlöschen schützte und somit ihre spätere Abtretung ermöglichte, hat die Probe der Zeit nicht bestanden. Unter den Vertretern des *usus modernus pandectarum* waren nur wenige der Ansicht, dass die Zahlung durch den Bürgen, soweit er im eigenen Namen die Hauptforderung fortbestehen lässt.<sup>29</sup> Die überwiegende Mehrheit der Juristen dieser Richtung kehrte zum klassischen römischen Konzept der Bürgschaft als Verpflichtung, die dem Hauptschuldner obliegende Schuld zu tilgen, zurück. Folgerichtig führt nach Auffassung der Vertreter dieser Richtung die Erfüllung dieser Verpflichtung durch den Bürgen zum Erlöschen der Hauptforderung und verhindert damit deren spätere Abtretung.<sup>30</sup>

## REGRESS DURCH FORDERUNGSABTRETUNG IN DER LEHRE DER GLOSSATOREN UND KOMMENTATOREN

### Abstrakt

Der Artikel befasst sich mit den Überlegungen mittelalterlicher Juristen (Glossatoren und Kommentatoren) zur Abtretung von Forderungen als Instrument des

<sup>29</sup> B. CARPZOV, *Definitiones forenses ad constitutiones electorales saxonicas*, Francofurti 1673, Pars II, Const. XVII, Def. XV; H. DONELLUS, *Comentarii in codicem Iustiniani*, Francoforte 1622, Lib. VIII, Tit. XLI *de fideiussoribus et mandatoribus*, L. cum alter, 11.7; G.A. STRUV, *Syntagma Iurisprudentiae, secundum ordinem pandectarum concinnatum*, Pars II, 1687 Exerc. XLVII. Lib. 46, tit. 1 (*De fideiussoribus et mandatoribus*), XLV.

<sup>30</sup> Vgl. U. HUBER, *Praelectiones iuris civilis tomus tres, secundum Institutiones et digesta Iustiniani*, Strickius 1699, T.I, Lib. III, Tit. XXI, *De fideiussionibus*: „Sed fatendum est solutionem fideiussoris obligationem ipso iure tollere, quae est doctrina notissima in Pr. Inst. quib. mod. tol. obl. Nec idcirco alius dici potest, quam cessionem obligationis extinctae nullius esse momenti.“

Regresses. Sie standen vor der gleichen Frage, mit der sich bereits die römischen Juristen auseinandergesetzt hatten: Wie kann einer Person, die eine fremde Schuld getilgt hat, die Möglichkeit eingeräumt werden, die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner zu übernehmen? Nach den Grundsätzen des Erlöschens von Forderungen müsste die Forderung als Folge der Leistungserbringung erloschen. Aus der Lektüre der Quellen ergibt sich, dass die von den mittelalterlichen Juristen entwickelte Lösung in einem entscheidenden Punkt von den Ansätzen der römischen Juristen abweicht. Eine Analyse der Texte von Azo, der Glossa des Accursius und von Bartolus zeigt, dass ihrer Lösung eine andere Konzeption der Obligation des Bürgen zugrunde liegt als die von den römischen Juristen vertretene. Diese veränderte Konzeption wurde maßgeblich durch die Novelle 4,1 Justinians beeinflusst.

## RE COURSE THROUGH THE CESSION OF RIGHTS IN THE DOCTRINE OF THE GLOSSATORS AND COMMENTATORS

### Summary

The article examines the considerations of medieval jurists (glossators and commentators) regarding the cession of rights as a mechanism of recourse. They were confronted with the same question that had already been addressed by Roman jurists: How can a person who has discharged another's debt be granted the ability to take over the creditor's claims against the principal debtor? According to the principles governing the extinction of claims, such claims would ordinarily cease as a consequence of the performance of the obligation. A review of the medieval sources reveals that the solution proposed by the medieval jurists of this period differs in a crucial aspect from the approaches adopted by Roman jurists. An examination of the texts of Azo, of the gloss, and of Bartolus demonstrates that their solution is founded on a different conceptualization of the surety's obligation than that recognized by Roman jurists. This shift in conceptualization was notably influenced by Justinian's Novella 4,1.

## REGRES ZA POMOCĄ CESJI WIERZYTELNOŚCI W DOKTRYNIE GLOSATORÓW I KOMENTATORÓW

### Streszczenie

Artykuł jest poświęcony rozważaniom prawników średniowiecznych (glosatorów i komentatorów) dotyczących cesji wierzytelności jako środka regresu. Konfrontują się oni z tym samym pytaniem, na które stali się odpowiedziec już prawnicy

rzymscy: jak zapewnić osobie, która spłaciła cudzy dług, możliwość przejęcia od wierzyciela roszczeń względem dłużnika głównego. Zgodnie z zasadami umarzania wierzytelności powinny one wygasnąć w momencie spłaty. Jak pokazuje lektura źródeł średniowiecznych rozstrzygniecie, przyjęte przez prawników tego okresu odbiega w decydującym punkcie od propozycji jurystów rzymskich. Analiza tesktów Azona, glosy Akursjusza oraz Bartolusa prowadzi do wniosku że u podłoża ich propozycji leży inna koncepcja zobowiązania poręczyciela, niż uznawana przez prawników rzymskich. Do zmiany tej koncepcji przyczyniła się Nowela 4,1 Justyniana.

**Schlüsselwörter:** Bürgenregress; Obligation des Bürgen; Übertragung von Forderungen; Glossatoren; Kommentatoren; Rezeption und Transformation des Rechts.

**Keywords:** recourse of the surety; obligation of the surety; cession of rights; Glossators; Commentators; reception and transformation of law.

**Słowa kluczowe:** regres poręczyciela; zobowiązanie poręczyciela; cesja wierzytelności; glosatorzy; komentatorzy; recepcja i transformacja prawa.

### Literaturverzeichnis

- COLLET M., *La subrogation en droit privé et public des obligations*, Université Savoie Mont Blanc 2023. NNT: 2023CHAMA031, Thèse du Doctorat
- FREZZA P., *Garanzie delle obbligazioni I*, Padua 1962
- GIRTANNER W., *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte I, Historische Abtheilung, 2. Buch*, Jena 1850
- KACPRZAK A., *Rzymskie korzenie regresu poręczyciela. Od prawa rzymskiego do usus modernus pandectarum*, «*Zeszyty Prawnicze*» 23.4/2023, S. 5-50
- KACPRZAK A., *Historia docet? Debaty wokół cesji wierzytelności jako środka regresu poręczyciela w perspektywie historycznej*, «*Zeszyty Prawnicze*» 25.3/2025, S. 5-60
- KOPPENFELS-SPIES K., *Die cessio legis*, Tübingen 2006
- LANGE H., *Römisches Recht im Mittelalter I, Die Glossatoren*, München 1997
- LANGE H., KRIECHBAUM M., *Römisches Recht im Mittelalter II, Die Kommentatoren*, München 2007
- MEIER S., *Gesamtschulden. Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Tübingen 2010
- [VON] SAVIGNY K.F., *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römisches Rechts I*, Berlin 1851, § 23, S. 229.
- ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Tübingen 1996