

Thesen der Doktorarbeit

Emese Újvári

Die Regressansprüche des Bürgen im römischen Recht

Universität Miskolc

Fakultät für Staats- und Rechtswissenschaften

Deák-Ferenc-Doktorandenschule für Staats- und Rechtswissenschaften

Miskolc

2014

I. Resümee der Forschungsvorhaben

Im Mittelpunkt der Dissertation steht das Regressrecht des Bürgen, das ihm gegen den Hauptschuldner und gegen die eventuellen Mitbürgen zur Verfügung stand. Das Ziel der Arbeit ist nichts anderes, als aufzuzeigen, welche Klagen (und unter welchen Voraussetzungen) der zahlende Bürge bei den verschiedenen Bürgschaftsformen (Stipulationsbürgschaften und *mandatum qualificatum*) betätigen konnte, um seine Regressansprüche dem Hauptschuldner sowie den Mitbürgen entgegen – oder im Falle einer parallelen Pfandbestellung – gegen dem Pfandbesitzer geltend zu machen. Die Eigenschaften und die Anwendungsvoraussetzungen der in Betracht kommenden Beanspruchungs- und Klagemöglichkeiten werden bis zur justinianischen Kodifikation überprüft.

Dieser Problembereich ist deshalb als interessant, sowie zur Forschung geeignet und würdig zu betrachten, weil in vielen Fragen bezüglich des Regressrechtes des Bürgen bis zum heutigen Tage kein einheitlicher Standpunkt in der Fachliteratur zustande kam.

Die Ursache dieser Uneinheitlichkeit ist einerseits in den widersprüchlichen Äußerungen der Quellen, andererseits in der Tatsache zu erblicken, dass hinter einigen Detailfragen sich solche dogmatische Schwierigkeiten verbergen, welche wegen der verschiedenen Charakterzüge und Eigenschaften der einzelnen Bürgschaftsformen (besonders im Verhältnis von *fideiussio* und *mandatum qualificatum*) voneinander abweichenden Annäherungsmethoden beanspruchen und welche Tatsache in der früheren Literatur mehrmals außer acht gelassen wurde. Wegen dieser Unachtsamkeit wurden dann die bestimmten Quellenäußerungen betreffs einer der Bürgschaftsformen auch auf die andere Figur – ohne die abweichenden Eigenschaften der letzteren Bürgschaftsform zu berücksichtigen – transportiert, und so womöglich wesensfremden Schlussfolgerungen gezogen.

Die auftauchenden dogmatischen Probleme bezüglich der römischen Bürgschaft werden selbstverständlich immer aus dem Gesichtspunkt der Regressansprüche des Bürgen reflektiert und analysiert.

Unter der Lupe des Regressrechtes beschäftigt sich die Dissertation von den verschiedenen römischen Bürgschaftsformen detailliert mit der *sponsio*, der *fideiussio* sowie dem *mandatum qualificatum*. Es ist damit zu erklären, dass – laut Aussagen der Quellen – im klassischen römischen Recht die am meisten verbreiteten Formen der Verbürgung die *fideiussio* und das *mandatum qualificatum* waren. Die *constitutum debiti alieni* und das *receptum argentarii*, als bürgschaftsähnlichen „Vertragstypen“ blieben zuallererst deshalb unberücksichtigt, weil die Untersuchung der Regressansprüche bezüglich dieser zwei Verabredungen mit Garantiecharakter die Rahmen der Dissertation hätten sprengen können.

All dies zusammenfassend kann man als Ziel der Abhandlung einerseits die Sammlung, die exegetische Bearbeitung und nötigenfalls die Neuinterpretation möglichst aller wichtigen Quellenäußerungen, welche bezüglich der Regressansprüchen der zahlenden Bürgen wertvoll erscheinen, andererseits die Abwägung der dadurch gewonnenen Erkenntnisse gegenüber der Feststellungen der Sekundärliteratur angeben.

Das Thema schien auch deshalb zur Einzelforschung geeignet, weil die Größe der in Betracht zu ziehende Quellen noch überschaubar ist. Durch die Analyse dieser Quellen war es zu erwarten, dass auf die wichtigsten Fragen der Untersuchung quellengemäß verifizierte oder mindestens wissenschaftlich wahrscheinliche Antworten zu erzielen sind.

II. Gang der Untersuchungen – Untersuchungsmethoden

Die zentrale Frage der Dissertation ist, welche Rückgriffmöglichkeiten dem Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner zur Verfügung standen, wenn er (statt dem Hauptschuldner) von dem Gläubiger in Anspruch genommen wurde und womöglich die Schuld tilgte. In den verschiedenen Kapiteln der Arbeit werden folgende Fragenkomplexe untersucht:

Zur Fundierung der Untersuchungen schien es berechtigt zu sein, im ersten Kapitel die analysierten Bürgschaftsformen, sowie deren wichtigsten Eigenschaften kurz vorzuführen, denn diese immanenten Eigenschaften konnten die Verpflichtungen des Bürgen und seine Regressansprüche womöglich beeinflussen.

Zum besseren Überblick der späteren Ausführungen werden am Ende dieses Kapitels die – später detailliert untersuchten – Klagemöglichkeiten des Bürgen systematisiert.

Die Urformen der Verbürgung kamen in Form von einer Stipulation zustande. Die älteste Form war, die nur für die Bürger Roms zur Verfügung stehende *sponsio*. Nach seiner Schuldtilgung hatte der Bürge nur bei diesem Bürgschaftstyp die Möglichkeit, eine unmittelbare Vollstreckung gegen den Hauptschuldner zu betätigen, wenn Letzterer die bezahlte Summe dem Bürgen nicht ausgehändigt hat. Später erhielt der Hauptschuldner eine Schonzeit von sechs Monaten zur Tilgung seiner Verpflichtungen, und der Bürge konnte erst nach Ablauf dieser Frist eine *actio depensi* erheben. Die Untersuchung dieser *actio depensi* sowie der das Regressrecht des Sponsors betreffenden *lex Publilia* steht im Mittelpunkt des zweiten Kapitels, der schon zum Hauptteil der Dissertation zu zählen ist.

Als nächste rechtliche Möglichkeit zur Durchsetzung eines Regressanspruches stand die *actio mandati* zur Verfügung, aber nur in dem Fall, wenn sich die Verbürgung als eine Erfüllung des zwischen dem Hauptschuldner (als Mandant) und dem Bürgen (als Mandatar) existierenden Auftrages (als sog. Innenverhältnis) erfolgte. In diesem Fall war die Form der Verbürgung indifferent. Bezüglich dieser *actio mandati* teilen sich die Meinungen betreffs der Frage, ob hier um eine einfache *actio mandati contraria* geht, oder man mit einer besonderen Variation der *actio mandati* rechnen soll, welche Variation mittels einer speziellen *formula* vom Prätor gewährt wurde. Nach der Darlegung der diesbezüglichen Meinungen in der Sekundärliteratur (welche überwiegend für die zweite Lösung plädieren) wird es untersucht, welche Voraussetzungen bei der Erteilung des Auftrages, bei der Verbürgung und bei der Leistung seitens des Bürgen erforderlich waren, um die *actio mandati* erheben zu können oder unter welchen Umständen diese Klagemöglichkeit ausgeschlossen wurde.

Da die Bürgschaftsverpflichtung sehr oft als Ergebnis eines angenommenen Auftrages zustande kam, beeinflussten die charakteristischen Merkmale des Mandats – als ein *bonae fidei* Vertrag – sowohl das Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner, als auch die Regressmöglichkeiten des Bürgen. Die Analyse des sog. inneren Rechtsverhältnisses zwischen dem Bürgen (als Mandatar) und dem Hauptschuldner (als Mandant) und der Voraussetzungen der gegen den Hauptschuldner erhebaren *actio mandati (contraria)* ist der Gegenstand des dritten Kapitels. Dieser Teil ist als einer der Schwerpunkte der Dissertation zu betrachten.

Neben der Klagemöglichkeit, die dem Bürgen aus dem Innenverhältnis zur Verfügung stand, konnte er mit der Zeit auch andersweise seinen Regressanspruch geltend machen. Es wurde nämlich die Möglichkeit eröffnet, wodurch der befriedigte Gläubiger die Klagen, welche er gegen den Hauptschuldner hätte erheben können, auf den Bürgen zedieren durfte und sollte. Dieser sog. Derivatviregress, der aus den Rechten des Gläubigers abgeleitet wurde, und sich durch die Zession der dem Gläubiger zustehenden Klagen verwirklichte, trat am Anfang nur bei der Verbürgung in Form von *mandatum qualificatum* in Erscheinung. (In diesem Fall war es sogar pflichtmäßig.) Später wurde diese Möglichkeit auch dem *fideiussor* eröffnet. Die Abtretung der Aktionen des Gläubigers verbarg aber viele Probleme in sich. Im Falle der *fideiussio* bestand nämlich zwischen den Klagen, die dem Gläubiger einerseits gegen den Bürgen, andererseits gegen den Hauptschuldner zustanden, eine Elektions- oder Konsumtionskonkurrenz: wenn der Gläubiger einen von ihnen beklagt hatte, konsumierte sich auch die Klage gegen den anderen. Wenn also der Bürge verurteilt wurde, blieb dem Gläubiger ursprünglich keine Klage erhalten, welche er hätte zedieren können. Die Erfüllung seitens des Bürgen hatte eine ähnliche Konsumtionswirkung.

Im vierten, zentralen Kapitel der Dissertation wird also detailliert untersucht, wie und inwieweit es – ungeachtet der erwähnten Schwierigkeiten – in den verschiedenen Epochen der Entwicklung des römischen Bürgschaftsrechts gelungen ist, dem Bürgen

durch die Möglichkeiten, die unter dem Decknamen des sog. *beneficium cedendarum actionum* zusammengefasst werden können, eine Hilfe zu leisten.

Im Mittelpunkt dieses Kapitels steht einerseits die Analyse der Lösung durch die sog. Kauffiktion, wodurch man von der Konsumtionswirkung der Leistung durch den Bürgen doch überwinden konnte, andererseits wird es auch untersucht, in welchem Zeitpunkt es nötig war, die Klagenabtretung zu verwirklichen, um die Konsumtionswirkung der Erfüllung durch die Kauffiktion zu vermeiden. Es wird auch eingehend analysiert, wie man – trotz der Konsumtionswirkung der im gegen den Bürgen laufenden Verfahren eintretenden *litis contestatio* – die Klagen des Gläubigers dem Bürgen zedieren lassen konnte. Im Kapitel wird es weiterhin die rechtliche Beziehung zwischen dem Gläubiger und dem *fideiussor* – kontrastiert mit dem Verhältnis zwischen dem Gläubiger und Mandant des Kreditauftrages – dargelegt.

Im fünften Kapitel wird das Verhältnis unter den Mitbürgen dargelegt. Es werden die entsprechende Gesetze – die sich auf *sponsores* und auf *fideiussores* beziehen – analysiert, dann wird das *beneficium divisionis*, sowie die Möglichkeit (Voraussetzungen) des *beneficium cedendarum actionum* den Mitbürgen entgegen dargelegt. Daneben wird das Nebeneinander der zwei erwähnten Benefizien zuvörderst im Falle von *fideiussio*, und per tangentem betreffs des *mandatum qualificatum* untersucht.

Schließlich wird im sechsten Kapitel die Auswirkung des Aufeinandertreffens von Bürgschaft und Pfandsicherung auf die Regressansprüche des Bürgen dargestellt. Zuerst wird nachgegangen, ob der Gläubiger irgendwelche Rangfolgeordnung zwischen dem Pfandschuldner und dem Bürgen zugunsten des Letzteren zu berücksichtigen verpflichtet war. Dann wird die Frage eingehend betrachtet, ob der Bürge vom Gläubiger die Abtretung des bestellten Pfandes verlangen konnte und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen. Zuletzt wird untersucht, welche Wirkung es auf den Pfandabtretungsanspruch ausgeübt hatte, wenn der Pfandgegenstand nachher in Eigentum oder in Besitz eines Dritten geraten ist, oder wenn die Sache ursprünglich von einem Dritten verpfändet wurde.

Fast jede Frage bezüglich der Regressansprüche des Bürgen ist in der Fachliteratur sehr Streitig. Die Ursachen dieser Uneinigkeit sind in erster Linie in der Zwei- und Vieldeutigkeit sowie in der Kontroversität der Quellen, zweitens (in einigen Detailfragen) in der Spärlichkeit der einschlägigen Fragmenten zu suchen. In der Dissertation wurden die kontroversen Meinungen aus der Literatur betreffs der einzelnen Streitfragen möglichst detailliert und ausgiebig dargelegt, und gegebenenfalls wurde angestrebt, bei Einzelfragen eine eigene Stellung zu beziehen. Aber in einigen Fällen – eben wegen der Spärlichkeit und/oder der Kontroversität der Quellenaussagen, und weil der Interpolationsverdacht nicht immer mit voller Sicherheit zu beheben ist – konnte man aus den verschiedenen Erklärungsversuchen die Lösung, welche sich als die überzeugendste erwies, nur für wahrscheinlich zu erklären.

Als primäre Quellen zur Bearbeitung des Problemkreises dienten die einschlägigen Fragmente des *Corpus Iuris Civilis* und der Institutionen von Gaius als Grundlage. Es wurden etwa 100-120 Fragmente analysiert. Einige von ihnen traten während der Untersuchung mehrmals in Erscheinung, denn sie konnten bei mehreren Detailfragen zu Rate gezogen werden.

Aus der Fachliteratur wurden die deutsch-, französisch- und ungarisch-sprachigen Werke (Monographien und Abhandlungen) möglichst vollständig ausgewertet. Aus der italienischen und englisch-sprachigen Literatur wurden die als am relevantesten erachteten und leichter zugänglichen Arbeiten aufgearbeitet. Die ungarische Literatur bezüglich der römischen Bürgerschaft ist leider sehr spärlich, man kann sich nur auf die Ausführungen der Lehr- und Handbücher stützen. Die deutschsprachige Literatur, die sich mit dem Thema der Dissertation detailliert beschäftigt, entstammt vorzüglich von der Wende des 19-20. und vom Anfang des 20. Jahrhunderts. Die moderneren Monographien tangieren nur das Hauptthema der Dissertation, aber mit den kleineren Abhandlungen ist man besser bestellt. Diese Arbeiten verweisen meistens auf die Untersuchungen und Ergebnissen der Pandektisten zurück, deshalb war es notwendig auch auf Abhandlungen aus dem 19. Jahrhundert in größerem Masse zurückzugreifen.

Bezüglich der einzelnen Detailfragen wurde es versucht, die analysierten Quellen mit den sekundärliterarischen Äußerungen der wichtigsten Forscher zu kontrastieren, und dann eine selbstständige Stellungnahme herauszuarbeiten. Bei der Analyse stand immer die Exegese der primären Quellen im Vordergrund. Bezüglich der Exegese der Fragmente – mangels eines Gegenbeweises – wurde immer aus der Vermutung der Klassizität des fraglichen Fragments ausgegangen.

Von den Arbeiten, die sich aus dem Gesichtspunkt des gültigen Rechts, oder aus rechtsvergleichenden Perspektive mit dem Regressrecht des Bürgen beschäftigen (die Arbeiten von Zimmermann, Sonja Meier, Hawellek usw.) wurden nur die Kapitel ausgewertet die die römischrechtlichen Lösungen dargelegt haben.

Die tiefgreifendere Auswertung der wirtschafts- und mentalitätsgeschichtlichen Arbeiten, die möglichst breite Heranziehung der einschlägigen papyrologischen und epigraphischen Quellen war im Rahmen dieser Dissertation – auch von Platzgründen – nicht zu verwirklichen. Diese Quellen und Methoden könnten bei der nächsten Phase der Forschungen bezüglich des Regressrechts des Bürgen in Vordergrund treten.

Obwohl im Zentrum der Dissertation die dogmatische Untersuchung des dem Bürgen zum Regress gewährten Instrumentariums steht, da man bei der Analyse der in Frage kommenden Mitteln notwendigerweise die Rechtsentwicklung von der archaischen Zeit über die klassische Zeit bis zur Rechtsgestaltungstätigkeit von Kaiser Justinian überblicken muss, war es unausweichlich, die historische Entwicklung der einzelnen Klagen und außergerichtlichen Möglichkeiten zu verfolgen. Es erforderte also auch die Anwendung der historischen Methode.

III. Zusammenfassung der Forschungsergebnisse und deren Verwendungsmöglichkeiten

In der Dissertation – wie es zu sehen war – wurden die einzelnen Fragen in Zusammenhang mit dem Regressrecht des Bürgen, hauptsächlich auf den *fideiussor* und auf den Kreditmandator fokussierend, in sechs Kapitel untersucht. Das Hauptziel der Forschung war die Untersuchung der dem Bürgen zur Verfügung stehenden

Mitteln, sowie deren Besonderheiten, Anwendungsvoraussetzungen und gegebenen Falls ihr Verhältnis zueinander.

Im ersten Kapitel wurden die wichtigsten Bürgschaftstypen, die im Mittelpunkt der Dissertation stehen, kurz vorgestellt, und die dem Bürgen zur Verfügung stehenden Regressklagen wurden kategorisiert.

Im zweiten Kapitel der Dissertation (Kasars Standpunkt verifizierend) wurde festgestellt, dass dem statt des Hauptschuldners leistenden *sponsor* schon vor der *lex Publilia* eine *manus iniectio pro iudicato* gegenüber dem Hauptschuldner ermöglicht wurde. Das Gesetz veränderte diese Möglichkeit nur soweit, dass es eine Frist von sechs Monaten dem Hauptschuldner gab, bevor der Bürge dieses Mittel hätte anwenden können. Später, in der Zeit des Formularprozesses, stand dem *sponsor* im Sinne des Gesetzes eine eigene Regressklage, die infamierende *actio depensi* gegen den Hauptschuldner zur Verfügung.

Im dritten Kapitel der Abhandlung wurde zuerst die Frage untersucht, ob (wenn die Verbürgung – egal ob in Form von einer *fideiussio* oder einem *mandatum qualificatum* – als Ergebnis eines zwischen dem künftigen Hauptschuldner und dem künftigen Bürgen bestehenden Auftrages zustande kam) die dem Bürgen (als Beauftragten) aus dem Auftrag zur Verfügung stehenden Klage eine gewöhnliche *actio mandati contraria*, oder eine spezielle *actio in factum (mandati contraria)* war. Auf Grund der Untersuchungen schien es wahrscheinlich zu sein, dass für das Regressrecht des Bürgen eine spezielle *actio in factum (mandati contraria)* anwendbar war, die vielleicht deswegen zustande kam, weil ein Klagerecht aus dem Auftrag nur später, als aus dem *fidepromissio* oder *fideiussio* entstand, und deswegen eine *actio in factum* dem Bürgen gegeben werden musste, um einen Rückgriff gegenüber dem Hauptschuldner zu ermöglichen. Aber auch die Möglichkeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese Klage wegen einer in der Jurisprudenz entstehenden veränderten Anschauung – nur vorübergehend – angewendet wurde.

Unabhängig davon, was die tatsächliche Ursache der Entstehung der *in factum*-Formel war, kann es angenommen werden, dass das Anwendungsbereich dieser speziellen *in factum actio* sich später mit dem der herkömmlichen *actio mandati contraria* verschmolz, und dem leistenden Bürgen (auch) die *actio mandati contraria* zur Verfügung stand. Diese Klage bewahrte aber im Bezug auf die Bürgschaft seine frühere Eigenschaft, dass sie den Hauptschuldner wegen seines „qualifizierten Treubruches“ infamierte.

Im zweiten Teil des dritten Kapitels wurde der Auftrag, als ein Innenverhältnis, was die Ursache für die Verbürgung war, analysiert. Auf Grund der Exegese der einschlägigen Stellen konnte man erfahren, unter welchen Voraussetzungen der leistende Bürge gegen den Auftraggeber (Hauptschuldner) die *actio mandati (contraria)* erheben konnte, und welche Gründe zur *denegatio actionis* oder zum Prozessverlust des Bürgen führen konnten.

Als Ergebnis dieser Untersuchung konnte es festgestellt werden, dass zwar die Bürgschaft oft als eine *fideiussio* angenommen wurde (aus der eine *stricti iuris obligatio* entstand), wenn die Verbürgung Folge eines Auftrages war, entstand zwischen dem Bürgen und dem Auftraggeber (meistens dem Hauptschuldner) – als „hinter der Bürgschaft stehendes Rechtsverhältnis“ – eine *bonae fidei obligatio*. So hatten in Rahmen des Auftragsverhältnisses beide Parteien – also sowohl der Auftraggeber (der Hauptschuldner), als auch der Beauftragte (der Bürge) – bei der Bürgschaftsleistung (aber auch nachher) nach dem Prinzip der *bona fides* ihre Pflichten zu erfüllen.

Zur Gewährung der *actio mandati* für den Bürgen reichte es, wenn der Hauptschuldner die Bürgschaftsleistung nur duldete, vorausgesetzt, dass er davon wusste. Das Regressrecht des Bürgen setzte in der Regel die Befreiung des Hauptschuldners von seiner Verpflichtung durch die Leistung des Bürgen, sowie die damit zusammenhängenden Vermögensminderung des Bürgen voraus.

Auf Grund der einschlägigen Fragmenten mussten beide Parteien (sowohl der Hauptschuldner als auch der Bürge) wegen des *bonae fidei*-Charakters des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses die Interessen der anderen Partei berücksichtigen, und mit entsprechender Sorgfalt verfahren. So mussten sie zum

Beispiel einander von den wichtigen Umständen benachrichtigen, und der Bürge musste die *exceptiones* des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger anwenden. Der Bürge durfte auch freiwillig die Forderung des Gläubigers erfüllen, wenn aber er noch vor der Fälligkeit leistete, konnte er erst nach dem Fristablauf bei dem Hauptschuldner Rückgriff nehmen. Der Auftraggeber musste die begründeten Mehrausgaben des Bürgen, die in Zusammenhang mit der Bürgschaftsleistung und deren Erfüllung entstanden, ersetzen.

Es konnte auch festgestellt werden, dass die Klagen aus dem Auftragsverhältnis im Falle einer Bürgschaftsleistung nicht immer erloschen, wenn der Beauftragte starb: leistete nämlich der Bürge statt des Hauptschuldners schon früher, dann erwarben seine Erben die Klagen gegen den Hauptschuldner.

Im vierten Kapitel der Dissertation wurde der sog. derivative Regress behandelt. Unter diesem Begriff wird das Phänomen verstanden, dass der Gläubiger – eigentlich als Entgelt für die Leistung des Bürgen – seine Klagen gegenüber dem Hauptschuldner und gegebenen Falls gegenüber den Mitbürgen, dem Bürgen abtritt. Diese Abtretung kann sowohl auf Grund der Vereinbarung der Parteien (im Falle der freiwilligen Leistung des Bürgen) erfolgen, als auch in Rahmen eines Prozesses erzwungen werden. Im letztgenannten Fall geht es um das sog. *beneficium cedendarum actionum*. Es wurde auch festgestellt, dass bei einem Kreditmandat die Abtretung der Klagen des Gläubigers nicht nur von Anfang an möglich war, sondern der Gläubiger auf Grund des zwischen ihm (Gläubiger-Beauftragte) und dem Bürgen (Auftraggeber) bestehenden Rechtsverhältnisses dazu sogar verpflichtet war. Bei einer *fideiussio* wurde aber diese Abtretung nur als Ergebnis einer längeren Rechtsentwicklung ermöglicht.

Es gab nämlich einen Umstand, der die Klagenzession erschwerte, und zwar die klagenkonsumierende Wirkung sowohl der Leistung des *fideiussor*, als auch der *litis contestatio* im Prozess gegenüber dem Bürgen, wodurch die Klagen des Gläubigers auch gegenüber dem Hauptschuldner und den Mitbürgen konsumiert worden, und so gab es keine Klage mehr, die der Gläubiger dem leistenden Bürgen hätte zedieren können.

Das erste Problem wurde aus Billigkeitsgründen (und wahrscheinlich zugleich auch um die ungerechtfertigte Bereicherung des Hauptschuldners zu verhindern) durch die, von den *iurisconsulti* ausgearbeitete Kauffiktion gelöst. Im Sinne deren musste die Zahlung des Bürgen nicht als Erfüllung seiner Bürgschaftsverbindlichkeit betrachtet werden, sondern sollte sie als für die Klagen des Gläubigers bezahlter Kaufpreis bewertet werden. So konnte die Wirkung der *solutio* „wegfingiert“ werden, und blieb die Abtretung der Klagen des Gläubigers zugunsten des Bürgen auch nach seiner Leistung möglich.

Die Kauffiktion bedeutete aber nur in Falle der *Solutio* eine an sich geeignete Lösung. Die Klagenkonsumtionswirkung der *litis contestatio* im Prozess gegenüber dem Bürgen konnte aber allein durch die Kauffiktion nicht so einfach „wegfingiert“ werden. In diesem Fall war die Kauffiktion ein notwendiges, aber nicht genügendes Mittel zur Ermöglichung der Klagenzession. So ist es anzunehmen, dass die Juristen neben der Kauffiktion auch ein anderes „Hilfsmittel“ ausarbeiteten, um die Klagenabtretung zu ermöglichen.

Das Problem der Konsumtionswirkung der *litis contestatio* konnte gegebenen Falls auch dadurch gelöst werden, dass der *praetor*, wenn der Bürge seine Leistung im Prozess *in iure* anbot, (mit der *denegatio actionis* bedrohend) den Gläubiger zur Klagenzession zwingen konnte. In diesem Fall kam es wegen der freiwilligen Leistung des Bürgen gar nicht zur *litis contestatio*, so konnte deren Konsumtionswirkung vermieden werden.

Wenn aber das Verfahren vor der *litis contestatio* solcher Weise nicht abgeschlossen wurde, musste eine andere Lösung gefunden werden, um die Klagenzession trotz der Konsumtionswirkung der *litis contestatio* doch ermöglichen zu können. Wenn das Verfahren *in iure* nicht abgeschlossen wurde, waren theoretisch drei Möglichkeiten vorstellbar, um von der Konsumtionswirkung der *litis contestatio* absehen zu können:

1. Als eine Möglichkeit könnte in Frage kommen, dass die Klagenzession *in iure* nicht durch ein *mandatum agendi*, sondern durch eine *utilis actio* verwirklicht wurde. Es war aber erst von der Zeit von Antoninus Pius möglich, und weder durch die Terminologie der einschlägigen Stellen, noch durch ihre Entstehungszeit wird diese Theorie ohne weiteres unterstützt.

2. Die Klagenzession konnte im Prozess sowohl *in iure*, als auch *apud iudicem* (und theoretisch sowohl mit einem *mandatum agendi*, als auch durch eine *utilis actio*) erfolgen, wenn die abgetretene (und konsumierte) Klage nachher mit der Hilfe einer *in integrum restitutio (restitutio litis)* auf Grund des prätorischen *imperium* in Form einer *utilis actio* oder eventuell einer *in factum actio* wiederhergestellt wurde. Es schien die wahrscheinlichste Lösung zu sein.

3. Schließlich, da im Sinne einer justinianischen Quelle (C.8,40[41],28) die Konsumtionswirkung der *litis contestatio* nur dispositiv war, und die Parteien diese Wirkung mit Konsens ausschließen konnten, scheint es nicht ausgeschlossen zu sein, dass durch einer diesbezüglichen (und auch die Abtretung enthaltenden) Vereinbarung des Gläubigers und des Bürgen sogar von der Notwendigkeit der Zustimmung des Hauptschuldners (hinsichtlich der höheren Schutzbedürftigkeit des Bürgen gegenüber der des Hauptschuldners) abgesehen werden konnte.

Die andere Zentralfrage des Kapitels bezog sich auf den möglichen Zeitpunkt der Klagenzession im Verhältnis zur *solutio*. Zwei sich widersprechenden Fragmenten (D.46,3,76 und D.46,1,36) wurden in diesem Zusammenhang geprüft. Während nach der Modestinstelle (D.46,3,76) die Zession nur im Falle möglich war, wenn sie noch vor der Leistung erfolgte, oder mindestens vor der Leistung ausbedungen wurde (nur dann konnte nämlich nach Modestins Vorstellung die Kauffiktion angewendet werden), ermöglicht Paulus (D.46,1,36) dem *fideiussor* die Klagenabtretung auch nach seiner Leistung, und zwar ohne eine vorherige Vereinbarung bezüglich der Zession.

Der Widerspruch zwischen den zwei Stellen – auch mit Rücksicht auf die einschlägige Literatur – kann am überzeugendsten so aufgelöst werden, wenn vorausgesetzt wird, dass die Standpunkte der zwei Juristen den verschiedenen Stufen der (nicht zeitlichen, sondern aus Billigkeitsgründen ergebenden) Rechtsentwicklung entsprachen.

Schon bei Modestin war es nicht mehr notwendig, die Klagen tatsächlich noch vor der Zahlung zu zedieren, sondern reichte es, hinsichtlich der späteren Zession einfach vorher eine Vereinbarung zu treffen. Paulus ermöglichte wohl die Abtretung der Klagen des Gläubigers nach der Leistung auch ohne eine vorherige Vereinbarung.

Obwohl – wie gesehen – nicht alle Forscher damit einverstanden sind, es scheint der dem Paulus folgende Standpunkt richtiger zu sein, welcher die Abtretung der Klagen –

nach der Erfüllung seitens des Bürgen – auch ohne vorherige Vereinbarung für möglich hält. Es ist aber zu bemerken, dass in diesem Fall nicht nur die Erfüllung des Bürgen als für die Klagen des Gläubigers bezahlter Kaufpreis fingiert wurde, sondern auch selbst die über den Kauf geschlossene (vorherige) Vereinbarung war fiktiv.

Durch die Untersuchung der Abtretung war es auch feststellbar, dass während im Falle des *mandatum qualificatum* der Gläubiger, als Mandatar – wegen des *bonae fidei*-Charakters des Mandats – bezüglich der abzutretenden Klagen und Sicherheiten mit einer bestimmten Sorgfaltspflicht dem Bürgen (dem Mandant) entgegen belastet wurde, war es bei der *fideiussio* – die eine einseitige *stricti iuris* Obligation hervorrief – gar nicht so. Im letzteren Fall war der Gläubiger nur verpflichtet, die Klagen abzutreten, welche noch vorhanden waren, und die Sicherheiten zu zedieren, die im Zeitpunkt der Klageerhebung dem Gläubiger noch zur Verfügung standen. Der Gläubiger haftete also nicht für das Einbüßen der Klagen oder für die Entwertung der Sicherheiten.

Im fünften Kapitel wurde die Möglichkeit des Regresses unter Mitbürgen analysiert. Zuerst wurden die Gesetze vorgestellt, welche die Beziehung zwischen *sponsores* und *fidepromissores* geregelt haben, dann wurde die Regressproblematik bei mehreren *fideiussores* unter besonderer Berücksichtigung des *beneficium divisionis* und des *beneficium cedendarum actionum* dargelegt.

Durch die Exegese der einschlägigen Quellen hat sich herausgestellt, dass das *beneficium divisionis* nicht nur bei solchen *confideiussores* anzuwenden war, die sich *uno actu* verbürgten, sondern auch bei solchen Mitbürgen, die sich für dieselbe Forderung bei demselben Gläubiger verpflichteten. Das *beneficium cedendarum actionum* stand dem zahlenden *fideiussor* gegen seine Mitbürgen wohl dann zur Verfügung, wenn er – aus irgendwelchem Grund – von dem *beneficium divisionis* nicht Gebrauch machen konnte (z.B. wenn er darauf im Voraus verzichtete.)

Durch die Analyse war weiterhin feststellbar, dass die Anwendung beider genannten Benefizien (*beneficium divisionis*, *beneficium cedendarum actionum*) später auch bei der Mitverbürgung mittels *mandatum qualificatum* möglich wurde.

Im sechsten Kapitel wurde die Beziehung zwischen Bürgschaft und Pfandsicherung im Lichte des Regressproblems untersucht. In dem Fall, wenn die Hauptforderung auch mit einem Pfandrecht gesichert wurde, konnte man aus den relevanten Fragmenten darauf folgern, dass der Gläubiger frei entscheiden konnte, ob er zuerst den Bürgen belangte, oder sein Pfandrecht geltend machte. Es war also für den Gläubiger keine Reihenfolgevorschrift zu berücksichtigen, so wurde der Bürge im klassischen Recht gegenüber den Pfandsicherungen nicht bevorzugt.

Hat aber der Gläubiger den Bürgen belangt, war er genötigt, nicht nur seine Klagen, die er gegen den Hauptschuldner hatte, sondern auch das ihm zustehende Pfand(recht) dem Bürgen abzutreten (eigentlich ihm zu „verkaufen“). Letztere musste nur dann erfolgen, wenn der Gläubiger in der Beibehaltung des Pfandrechts nicht mehr interessiert war, was z.B. dann der Fall sein konnte, wenn derselbe Pfandgegenstand wegen einer anderen Forderung dem Gläubiger verpfändet wurde. Von dem „*titulus emptionis*“ wurde aber laut der Quellen nur „*necessitate iuris*“ mit dem Ziel Gebrauch gemacht, die Zession des Pfandes zu ermöglichen, aber der Bürge wurde so nicht „vollberechtigter“ Eigentümer des Pfandgegenstandes. Im Falle also, wenn der Hauptschuldner oder dessen Erbe – für die Aushändigung des Pfandgegenstandes – die Bezahlung der vom Bürgen erfüllten Schuld anbot, musste der Bürge den Pfandgegenstand übergeben.

Obwohl keine der Fragmente ausdrücklich aussagt, dass die diesbezügliche Verpflichtung des Bürgen auch dann bestand, wenn der Pfandgegenstand von einem Dritten entstammte, oder er inzwischen in den Besitz eines Dritten gelangte, kann man aus dem Tenor der Quellen darauf schließen, dass im klassischen Recht der Gläubiger auch in diesem Fall verpflichtet war, das Pfand dem Bürgen abzutreten.

Eine Rangordnung zwischen den verschiedenen Sicherungsmitteln wurde erst von Justinian (Nov. 4,2.) bestimmt. Er hat den Gläubiger verpflichtet, seine Forderung zuerst gegenüber dem Hauptschuldner geltend zu machen, dann konnte er den Bürgen belangen, und erst anschließend durfte er die Herausgabe des Pfandgegenstandes von dem Drittbesitzer verlangen.

Nach der Ergänzung mit den Untersuchungen bezüglich der Regressansprüche des Bürgen bei dem *constitutum debiti alieni* und dem *receptum argentarii* könnte die Dissertation zu einer späteren Monographie als Grundlage dienen. Die Feststellungen der Arbeit könnten bei einer epochen-übergreifenden rechtsvergleichenden Bearbeitung des Fragenkomplexes Bürgschaft – Regressrecht des Bürgen – Abtretung (Zession) nutzbar gemacht werden. Schließlich könnten die exegetischen Ergebnisse der Arbeit auch im Unterricht, im Rahmen eines Quellenseminars für Fortgeschrittene Anwendung finden.

IV. Publikationen bezüglich des Dissertationsthemas

1. Újvári Emese: A kezes megtérítési igénye a főadóssal szemben, in: *A jogtudomány aktuális kérdései. A Miskolci Egyetem Állam- és Jogtudományi Karának díjnyertes OTDK dolgozatai 2005.*, szerk. Stipta István, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2006, 47-79.o.
2. Újvári Emese: Das Regressrecht des Bürgen gegen die Mitbürgen und die dinglichen Sicherungsgeber, in: *Miskolci Egyetem, Doktoranduszok Fóruma, Miskolc, 2005. november 9.*, Állam- és Jogtudományi Kar szekciókiadványa, szerk. Stipta István, Miskolc, Kiadja a Miskolci Egyetem Innovációs és Technológia Transzfer Centruma, Miskolc, 2006, 279-305.o.
3. Újvári Emese: Die Beziehung zwischen der Bürgschaft und der Zession, in: *„Studia Iurisprudentiae Doctorandorum Miskolciensium, Miskolci Doktoranduszok Jogtudományi Tanulmányai 7/2.*, szerk. Stipta István, Miskolci Egyetem Deák Ferenc Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola Kiadványsorozata 7/2., Bíbor Kiadó, Miskolc, 2006, 301-327.o.
4. Újvári Emese: A kezes és a dologi biztosítékot nyújtó harmadik személyek kölcsönös megtérítési igénye a német jogban, in: *Miskolci Egyetem, Doktoranduszok Fóruma, Miskolc, 2006. november 9.*, Állam- és Jogtudományi Kar szekciókiadványa, szerk. Stipta István, Miskolc, Kiadja a Miskolci Egyetem Innovációs és Technológia Transzfer Centruma, Miskolc, 2007, 271-275.o.
5. Újvári Emese: A hitelező kereseteinek engedményezése a teljesítő fideiussorra, *Miskolci Jogi Szemle*, V. évfolyam, 2010. 1. szám, 113-131.o.
6. Újvári Emese: A római kezes megtérítési igényével kapcsolatosan felmerülő kérdések, különös tekintettel a hitelező kereseteinek a kezesre történő engedményezésére, in: *Profectus in litteris II., Előadások a 7. debreceni állam- és jogtudományi doktorandusz-konferencián, 2010. május 21.*, Lícium-Art Könyvkiadó- és Kereskedelmi Kft., Debrecen, 2010, 347-357.o.
7. Újvári Emese: Engedményezés és kereset-felemésztődés több adós esetén, in: *Római jog és a magánjog fejlődése Európában, Tanulmányok Molnár Imre 75. születésnapjára*, szerk. Jakab Éva, Szeged, 2011, 223-240.o.
8. Újvári Emese: A kezestársak viszonya a római jogban, különös tekintettel a kezestársak megtérítési igényére, *Acta Universitatis Szegediensis, Forum Publicationes Doctorandorum Juridicorum, III.*, 2013, 49-78.o.
9. Újvári Emese: Mitbürgschaft im römischen Recht, *Journal on European History of Law*, Vol. 4., 2013, No. 1., 52-64.o.
10. Újvári Emese: Beneficium cedendarum actionum és litis contestatio, in: *Universitas „unius rei”*, *Tanulmányok a római jog és továbbélése köréből*, szerk. P. Szabó Béla – Újvári Emese, Debreceni Egyetem Marton Géza Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola, Debrecen, 2014, 309-350.o.