

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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 7 (1888)

Artikel: Der Rückgriff des Bürgen nach Titel 20 Abschnitt IV des Schweiz. Oblig.-R.

Autor: Vischer, Wilhelm

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896742>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 09.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Der Rückgriff des Bürgen nach Titel 20 Abschnitt IV des Schweiz. Oblig.-R.

Von Dr. WILHELM VISCHER in Basel.

Es ist für das Folgende namentlich auf nachstehende Abhandlungen und Werke zu verweisen:

Girtanner: Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht. Jena 1850—51.

Hasenbalg: Die Bürgschaft des gemeinen Civilrechts. 1870.

Endemann: Der Credit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte, in Ztschr. für ges. Handels-R. IV, p. 212 ff.

Goldschmidt: Ueber den Einfluss von Theilzahlungen eines Solidarschuldners etc., ebendasselbst Bd. XIV, p. 397 ff.

Schollmeyer: Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers (preussisches Recht A. L. R., I 16, § 45—50). 1877.

Keil: Zur Lehre vom beneficium cedendarum actionum nach gemeinem und preussischem Rechte. Inaug. Diss. Halle 1880.

Troplong: Du cautionnement et des transactions. Paris 1846.

Laurent: Principes de droit civil français. 1878, tom. 18, 28.

Demolombe: Cours de Code Napoléon. 1881, tom. 27.

Gauthier: Traité de la subrogation des personnes. 1853.

Mourlon: Nature et effets généraux de la subrogation, in Revue de droit français et étranger, tom. 1—3 (1844—46).

I.

Der Bürge, welcher seiner bürgschaftlichen Haftung gemäss den Gläubiger befriedigt, erfüllt regelmässig eine ihm materiell fremde Verbindlichkeit. Die Leistung, die für einen andern geschah, soll nicht zu seinen Lasten bleiben, sondern von dem getragen werden, dessen Verpflichtung ihre Ursache

Der
Rück-
griff des
Bürgen.

war; er hat daher die Befugniss, für seine Auslage auf den eigentlichen Schuldner zurückzugreifen.

Dem Bürgen die Möglichkeit eines Rückgriffes zu gewähren, ist ein Gebot der Billigkeit, das vom Rechte anerkannt und verwirklicht wird. Letzteres kann auf verschiedene Weise geschehen. Ob und wie ein Rückgriff stattfinden soll, ist durch die Bürgschaft und ihre Gestaltung nicht gegeben. Ihr Zweck ist, dem Gläubiger eine Forderung zu sichern; die Erfüllung derselben wird nicht bedingt durch irgend ein Verhältniss des Bürgen zum Schuldner. Das Recht hat vor Allem die Verpflichtung des Bürgen zum Ausdruck zu bringen. Der öconomische Werth der Bürgschaft liegt jedoch zugleich darin, dass sie dem Schuldner Credit verschafft; das kann auf ihre juristische Gestaltung nicht ohne Einfluss bleiben. Das Recht muss auch die Beziehungen zwischen Bürgen und Schuldner regeln, mag es sie als nothwendige directe Folge des Bürgschaftsvertrages auffassen oder ihren Grund in That-sachen finden, die ausserhalb desselben liegen.

Die Römer gelangten für die Verbürgungsformen der classischen Zeit zur Anerkennung eines Rückgriffs, indem sie den Bürgen zum Hauptschuldner in ein Vertragsverhältniss brachten oder ihm einen Anspruch aus dem Rechte des Gläubigers ableiteten. Im ältern deutschen Recht¹⁾ scheint dem Bürgen ohne weiteres eine Forderung auf Ersatz des Geleisteten zugestanden zu haben, eine solche besteht jedenfalls fast durchweg in den neueren Gesetzgebungen. Nach moderner Rechtsanschauung hat der Bürge als solcher einen Rückgriff. Uns fehlt die analytische Tendenz der Römer, welche bestrebt sind — ihr Processsystem führt sie dazu, — jeden Vertrag, jeden Anspruch in einer bestimmten Categorie unterzubringen. Der Gesetzgeber, bei welchem ja heutzutage vorzugsweise die Weiterbildung des Rechtes liegt, schafft neue Verträge mit eigenen Klagen. Wir sind wohl kaum genöthigt, ein Rechtsverhältniss auf ausser ihm gegebene

¹⁾ S. Stobbe, Deutsch. Priv. R. III p. 310. Ders. Zur Geschichte des Deutsch. Vertragsrechtes p. 130 ff.

Formen zurückzuführen, um überhaupt eine Forderung daraus entstehen zu lassen. Auf Anerkennung des Bestehenden können wir uns aber nicht beschränken. Es genügt nicht, festzustellen: der Bürge ist berechtigt, einen Rückgriff zu nehmen; es ist nothwendig, den juristischen Character dieses Anspruches zu bestimmen, um daraus seine Voraussetzungen, seine Wirkung zu erklären. Dazu allerdings wird man anderweitige Rechtsinstitute herbeiziehen müssen; der Gesetzgeber selbst verwendet solche zur Angabe, wie das Recht des Bürgen zur Geltung gelangen soll, und die Form, in welcher sein Anspruch auftritt, ist nicht ohne Einfluss auf dessen Durchführung. Dass hiebei auch in den modernen Codificationen der Gedankengang des römischen Rechts massgebend blieb, ist begreiflich; die dadurch gegebenen Grundsätze sind nicht willkürliche Gestaltungen, sondern entspringen der Natur der Sache und können Anwendung finden auch da, wo die heutige Bürgschaft von derjenigen der Römer in manchem Punkte wesentlich abweicht.

Das römische Recht hatte dem Bürgen zu einem Rückgriff verholfen auf doppelte Weise, ohne davon abzugehen, dass aus der Verbürgung selbst für ihn kein Anspruch entstehe. Am nächsten lag, den Bürgen zum Schuldner in ein directes Verhältniss zu bringen; da musste man, wenn von dem der Bürgschaftseingehung gewöhnlich zu Grunde liegenden Thatbestand ausgegangen wurde, zur Annahme eines Mandates gelangen. Der Bürge konnte die *actio mandati contraria* auf Ersatz des von ihm Geleisteten anstellen; ebenso wurde die *negotiorum gestio* herbeigezogen. Selbstverständlich standen jedem Fidejussor, Constituenten oder Mandator die Klagen aus Mandat oder *negotiorum gestio* zu, wenn diese wirklich vorlagen, das Besondere aber war, dass die Voraussetzungen derselben für diesen Fall erweitert wurden; ihr Vorhandensein wurde präsumiert. Der Bürge konnte *mandati nomine agere*, wenn nur nicht geradezu der Schuldner der Bürgschaft widersprochen hatte.¹⁾ Der Gesichtspunkt des

¹⁾ L 6 §. 2, L 18 D. mand. 17. 1.

Mandates beziehungsweise der negotiorum gestio traf jedoch nicht immer zu. Selbst, wenn der Begriff dieser Verhältnisse gepresst wurde — wie weit das zulässig sei, war den römischen Juristen selbst streitig¹⁾ — reichte er doch nicht für alle Fälle aus. Es war daher nöthig, auch unter Umständen, welche contractliche Beziehungen des Bürgen zum Schuldner geradezu ausschlossen, jenem seine Forderung zu sichern. Es geschah auf dem Wege der Cession. Dem Bürgen sollte möglich sein, die Rechte des Gläubigers, den er befriedigt, gegen den Hauptschuldner auszuüben. Man dehnte die Eigenthümlichkeit einer Bürgschaftsart auf die andern aus. Bei der Verbürgung, welche entstanden war infolge eines Auftrages des Bürgen an den Gläubiger, konnte der erstere als Mandant, wenn er erfüllte, von dem letzteren die Herausgabe der ihm durch Ausführung des Mandates erwachsenen Vortheile, also hier Abtretung der Klagen gegen den Hauptschuldner verlangen. Es wurde nun jedem Bürgen die Möglichkeit zugestanden, bei der Zahlung sich Cession der Klagen vom Gläubiger einzubedingen, die Cession sollte sogar eintreten können oder als eingetreten gelten, wenn ohne solchen Vorbehalt vom Bürgen geleistet war. In dieser Anwendung der Klagencession lag ein Widerspruch. Als mandator pecuniae credendae freilich zahlte der Bürge seine Mandatsschuld, wodurch die Rechte des Gläubigers gegen den Schuldner in ihrer Existenz nicht berührt wurden; bestand das Verhältniss des Bürgen zum Gläubiger aber lediglich in der Verpflichtung, die Hauptschuld zu erfüllen, so tilgte er durch seine Zahlung die Obligation, welcher er beigetreten war, die ihr entspringenden Klagen giengen unter; wie sollten sie noch abgetreten werden? Die römischen Juristen schreckten vor dieser Inconsequenz nicht zurück und setzten dem practischen Zwecke die Logik hintan. Sie fanden den Ausweg, die Leistung des Bürgen an den Gläubiger als Zahlung eines Kaufpreises für die übergehenden Klagen zu betrachten. Es war ein Ausweg, und die Römer zogen auch nicht die Conse-

¹⁾ L 40. D. eodem.

quenzen dieser Anschauungsweise,¹⁾ ausser wo sie damit jenen Zweck verfolgten. Dem Bürgen sollte eben ein Anspruch gegeben werden; dieser war juristisch zu rechtfertigen, daher die Annahme des Mandates, die Gewährung der Klagen aus der Forderung des Gläubigers. Der Bürge hatte nicht die *actio mandati*, weil stets ein Mandat vorlag, sondern man machte ihn zum Mandatar, damit er eine Regressklage habe;²⁾ so war auch die Cession Mittel, ihm eine Forderung zu verschaffen. Jeder Bürge konnte demnach vom Gläubiger mit der *exceptio doli* Abtretung der Klagen fordern wie der Mandator. Darin besteht das sogenannte *beneficium cedendarum actionum*.³⁾ Es dient nicht nur dem Bürgen, welcher der *actio mandati* entbehrt, es kommt auch demjenigen zu Gute, der mit ihr seinen Rückgriff nehmen kann, denn auf dem Wege der Cession kommt der Bürge dazu, seinen Anspruch auszuüben mit all den Vorzügen und Sicherheiten, deren die Klage des Gläubigers theilhaftig war. Die Bedeutung, welche diese Function dem *beneficium cedendarum actionum* gab, liess dasselbe auch dann nicht entbehrlich werden, als dem Bürgen für seine Aufwendungen ein Rückgriff auf den Hauptschuldner schlechtweg zugesprochen wurde. Die Stellung desjenigen, der die Forderung des ursprünglichen Gläubigers geltend machen kann, wie sie diesem zustand, ist eine andere, in den meisten Fällen günstigere, als die, welche der auf seinen eigenen Ersatzanspruch Angewiesene einnimmt. Andererseits ist auch eine Klage aus eigenem Recht für den Bürgen nicht überflüssig, da nur eine solche sich auf Ansprüche beziehen kann, welche erst in seiner Person entstehen. Beide Klagen, die cedierte des Gläubigers und die *actio mandati* schliessen sich keineswegs aus; sie concurriren electiv mit einander.

Die römische Gestalt der Sache ist in ihren Grundzügen in das moderne Recht übergegangen. Das letztere nimmt freilich von vornherein an, der Bürge sei regressberechtigt;

¹⁾ cf. L 59 D. de fidejuss. 46. 1.

²⁾ S. Endemann a. a. O. p. 239.

³⁾ Ueber den Namen, der nicht römisch ist, cf. Keil a. a. O. p. 13.

während das römische Recht besondere Thatsachen verlangte, die einen Rückgriff begründeten, sind jetzt besondere Gründe nöthig, den Rückgriff auszuschliessen. Gleichwohl ist der Anspruch des Bürgen an den Schuldner fast überall in römischer Weise gedacht, wenn ihm ein solcher auch von Gesetzes wegen zuerkannt wird. Die meisten Codificationen der Neuzeit gewähren dem Bürgen eine Ersatzforderung im Rahmen der Mandatsklage oder den Eintritt in die Rechte des Gläubigers, die *actio cessa*.

Rück-
griff und
benef.
ced. act.

Das schweizerische Obligationenrecht widmet in dem Titel, welcher von der Bürgschaft handelt, einen eigenen Abschnitt dem Rückgriff des Bürgen und stellt an die Spitze desselben den Satz: auf den Bürgen gehen die Rechte des befriedigten Gläubigers über; Art. 504. Damit ist ein Doppeltes gesagt. Einmal: der Bürge hat eine Forderung auf Ersatz seiner Leistung, sodann: diese Forderung macht er geltend als Rechtsnachfolger des Gläubigers. Der Eintritt in die Rechte des Gläubigers verschafft dem Bürgen seinen Rückgriff und zwar ohne weiteres, der Eintritt erfolgt *ipso jure*. Das schweiz. O. R. steht auf dem gleichen Boden wie das preussische Landrecht, der Code Napoléon und das oesterreichische Gesetzbuch, welche alle die Rechte des Gläubigers auf den Bürgen übergehen lassen. Die moderne Entwicklung ist hier über das römische Recht beträchtlich hinausgegangen und hat in consequenter Weiterbildung desselben dazu geführt, dass in den Fällen, wo ein gesetzlicher Anspruch auf Uebergang von Rechten besteht, von einer ausdrücklichen Abtretung Umgang genommen, sie fingiert wird. Im gemeinen Recht ist dieser Grundsatz und seine Anwendung bestritten; er ist anerkannt in den meisten modernen Gesetzgebungen, wie auch der andere in der Theorie des gemeinen Rechts streitige Satz, dass durch Cession, nicht nur wie im römischen Recht die Ausübung einer Forderung, sondern diese selbst übergehe. Das moderne Recht kennt einen gesetzlichen Eintritt in eine schon bestehende Forderung; dass der Bürge derselben theilhaftig wurde, ist um so weniger auffallend, da der Uebergang der Forderung auch in der deutschen Rechts-

anschauung begründet war für den Fall, wo ein mit andern oder für andere Haftender die gemeinsame Schuld bezahlte.¹⁾

Wir stehen aber hier noch vor dem Widerspruch, den diese Art des Bürgschaftsregresses mit sich bringt. Der Bürge, welcher den Gläubiger befriedigt, will und muss die Forderung an Stelle des Schuldners erfüllen, und nun soll er dieselbe Forderung, deren Untergang die natürliche Folge seiner Zahlung wäre, für sich geltend machen können! Es bleibt sich gleich, ob die Rechte des Gläubigers von selbst übergehen, ob zur Abtretung der Gläubiger verpflichtet ist (Zürcher G. B. § 1801, 1027) oder ob der Uebergang vereinbart sein muss (wie nach sächsischem Gesetzb. § 955), immer gilt eine Forderung noch als bestehend, welche erfüllt, also nach allgemeiner Regel getilgt ist. Die Fiction des Forderungskaufes, womit die römischen Juristen über diese Schwierigkeit sich hinweghelfen, ist verschieden beurtheilt worden. Man hat dieser Lösung grosses Lob gespendet (Ihering, Geist des Röm. R. II. p. 396), andererseits wurde sie als gänzlich verfehlt bezeichnet (so von Hartmann, die Obligation p. 49, Rechte an eigner Sache p. 47). Gewiss ist sie keine durchaus logische Erklärung, sie ist sogar unwahr wie jede Fiction. Es handelt sich für die Römer darum, dem Bürgen, dem man einen Rückgriff geben will, „eine actio ausfindig zu machen“,²⁾ und dieser Zweck wird erreicht. Der Widerspruch ist nicht beseitigt, vielmehr anerkannt, aber trotzdem ein practisches Resultat gefunden, ein Ergebniss, an dem wir festhalten können. Denn obwohl wir jener „technischen Nothlüge“ der römischen Juristen nicht mehr bedürfen, um dem Bürgen überhaupt einen Anspruch zu construieren, da er einen solchen auch ohne Cession verfolgen kann, der Uebergang der schon bestehenden Forderung bleibt doch von Bedeutung wegen der mit ihr verbundenen Nebenrechte; diese haben ja gar nicht gewirkt, wenn der Hauptschuldner nicht bezahlt hat, und es ist nur billig, dass sie ihm gegenüber zur Gel-

¹⁾ S. Stobbe, Vertragsrecht p. 173.

²⁾ Pernice in seiner Recension von Hartmanns Obligation. Zeitschrift f. H. R. XXI p. 318 ff.

tung kommen, bis auch er seine Schuldigkeit gethan hat. Voraussetzung ihres Fortbestandes ist aber, dass die Forderung selbst, zu welcher sie gehören, noch fortbestehe. Mit der blossen Rechtfertigung dieser Thatsache sind wir freilich nicht weiter gekommen als die Römer; wir nehmen an, die Sache verhalte sich so, und constatieren ihre Zweckmässigkeit.

Der Versuch Hartmann's,¹⁾ den Eintritt des Bürgen in die Rechte des Gläubigers, in die bestehende Forderung, auf ein logisches Princip zurückzuführen, befriedigt nicht recht; seiner Ansicht nach ist der Zweck der Obligation mit der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen nur theilweise erreicht, er erheische das Fortbestehen der Obligation, um die erfolgte Leistung des zahlenden Nebenschuldners auf den Kopf des Hauptschuldners hinüberzuleiten. Nun besteht die Hauptforderung allerdings zu dem Zwecke fort, „um durch Uebergang auf den Bürgen den Regress desselben gegen den Hauptschuldner zu sichern“; aber ist dieses Fortbestehen der Forderung Zweck der Obligation? Die Bürgschaft hat doch nicht den Zweck — wenn auch nur als Nebenzweck gedacht, — dem Bürgen einen Rückgriff entstehen zu lassen.²⁾

Scheurl,³⁾ die Ausführungen Hartmann's bekämpfend, macht den Vorschlag, die Fortexistenz der Forderung in der Person des Bürgen zu erklären, ohne die Zahlung des letzteren in Preiszahlung umzudeuten, man möge zu diesem Behufe und in dieser Richtung die directe Verbürgung als *mandatum qualificatum* gelten lassen. Es würde diess jedoch der wirklichen Sachlage nicht weniger widersprechen als der dem Bürgen untergelegte Forderungskauf, ein Creditauftrag ist nicht in allen Fällen der Bürgschaft möglich, und wenn auch manche Sätze des heutigen Bürgschaftsrechtes dem *mandatum qualificatum* entnommen sind, so lässt sich doch die Bürgschaft in ihrer jetzigen Gestalt nicht schlechthin auf

¹⁾ Obligation p. 45, Rechte an eigner Sache p. 47 ff.

²⁾ Pernice a. a. O.

³⁾ Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 18 p. 505.

dasselbe zurückführen.¹⁾ Die moderne Rechtsentwicklung zeigt vielmehr die Tendenz, den Creditauftrag in der gewöhnlichen Bürgschaft aufgehen zu lassen. Das schweiz. O. R. stellt die in Folge eines Auftrages eingegangene Bürgschaft jeder andern gleich mit Ausnahme einer Modification,²⁾ welche sich aus dem vorangegangenen Auftrage erklärt. Das Besondere des Creditauftrages liegt in der Eingehung der Bürgschaft. Es ist ein Auftrag, der eine Verbürgung bezweckt; die Frage, ob eine solche zu Stande gekommen ist, wird nach den Grundsätzen des Auftrags zu beurtheilen sein, wesshalb das Institut des Creditmandates beim Auftrage behandelt ist; bis zur Eingehung der Bürgschaft werden daher auch hier die Erlösungsgründe des Auftrages wirken. Ist aber eine Bürgschaft eingegangen, Credit eröffnet oder erneuert, so gelten die Grundsätze der gewöhnlichen Bürgschaft (O. R. Art. 418. S. dazu Hafner Anm. 3.). Die Mandatsschuld geht in der Bürgschaftsschuld auf; nicht aber wird sonst die Bürgschaftsschuld zur Mandatsschuld.³⁾

Die Herbeiziehung des Creditauftrages löst den Widerspruch nicht auf, in welchem der Uebergang der Forderung auf den Bürgen zu dem Satze steht, dass durch Erfüllung — dazu ist ja der Bürge verpflichtet, die Obligation untergeht. Jener Gesichtspunkt wäre auch zu eng zur Erledigung dieser Frage, da er sich nur auf den Bürgen bezieht; es ist aber nicht der Bürge allein, der durch Befriedigung des Gläubigers dessen Rechte erwirbt. Der Eintritt des zahlenden Bürgen in die Forderung ist einer der Fälle, in denen ein Dritter, das heisst nicht der Hauptschuldner, den Gläubiger befriedigen kann mit der Wirkung, dass die Obligation auf ihn übergeht. Das Gemeinschaftliche ist die Tilgung einer

¹⁾ Auch nicht die Verpflichtungen des Gläubigers gegen den Bürgen in der Ausdehnung wie es von Vogt geschieht: Leichtfassliche Anleitung p. 264.

²⁾ Art. 419. „Der Auftraggeber kann dem Beauftragten nicht die Einrede entgegensetzen, der Dritte sei zur Eingehung der Schuld persönlich unfähig gewesen.“

³⁾ Bruns in Holtzendorffs Encyclopädie 3. Aufl. p. 432.

materiell fremden Schuld, für welche ein Ersatzanspruch gerechtfertigt ist, mag der Zahlende als Mitschuldner, als Nebenschuldner, oder ohne in der Obligation zu stehen, den Gläubiger befriedigt haben. Es ist bei Behandlung dieses Verhältnisses von den Grundsätzen, die allen Fällen gemeinsam sind, auszugehen.

Subro-
gation.

Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers in der angegebenen Ausdehnung und Anwendung ist ein modernes Institut, das zuerst gesetzgeberische Normierung erfuhr in mehr oder weniger systematischer Gestalt durch die drei grossen Privatrechtscodificationen der Neuzeit; eingehende Behandlung hatte es schon vorher im französischen Recht, hier unter dem Namen Subrogation, gefunden.

Wir finden, dass in gewissen gesetzlich fixierten Fällen die Rechte des Gläubigers auf denjenigen übergehen, der ihn befriedigt, dass eine Zahlung also zugleich Erfüllung der Forderung und Uebergang derselben herbeiführen kann. Wenn nun auch der Eintritt in die Rechte des Gläubigers als Folge der Befriedigung des letztern eines jener Verhältnisse ist, wo „die reale Substanz der Dinge in die Schnürstiefel einer haarscharfen Logik sich nicht wohl hineinzwängen lässt,“¹⁾ so sind wir doch nicht der Pflicht enthoben, die uns dabei entgegnetretenden Sätze mit bestehenden Begriffen zu vermitteln, zu construieren, um dadurch ihre Bedeutung richtig zu erkennen. Das schweiz. O. R. giebt nur die einzelnen Fälle des gesetzlichen Uebergangs der Forderung, es enthält keine weiteren Bestimmungen darüber. Wir müssen dieselben anderweitigen Grundsätzen des Gesetzes entnehmen. Dabei kann uns die Gesetzgebung und Wissenschaft anderer Länder, welche dieses Rechtsinstitut kennen, als Wegweiser dienen, ohne dass freilich ihre Entscheidungen für uns durchaus massgebend wären, — denn das O. R. ist auch hier seine eigenen Wege gegangen —, auch ohne dass sie uns stets einen sichern Aufschluss gewährten; wir finden hier die mannigfachsten Controversen, und die französischen Juristen, welche unserem

¹⁾ Hartmann, Rechte an eigener Sache, p. 1.

Gegenstand eine besondere Aufmerksamkeit widmen, stimmen in nichts vollständig überein als in der Klage über die Schwierigkeit dieser „*materia difficilis et intricata*“.¹⁾

Die Franzosen leiten ihre Subrogation ab von dem römischen *beneficium cedendarum actionum*. Die Weiterbildung der römischen Grundsätze und ihre Vereinigung mit den Bedürfnissen der Praxis erfolgte durch die französische Gesetzgebung und Jurisprudenz, welche zusammen die massgebenden Grundlagen legten für die definitive Gestaltung im Code Napoléon. Letzterer erst erhob die von Dumoulin schon befürwortete, von ihm mit Unrecht den Römern untergelegte Anschauung, dass der Uebergang der Rechte *ipso jure* stattfinde, zum Gesetz. Eingehende Regelung fand der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers auch im preussischen Landrecht, welches aber an präziser Gestaltung dieses Verhältnisses vom Code übertroffen wird, wesshalb die vorzügliche Berücksichtigung des französischen Rechtes und seiner Litteratur für den vorliegenden Gegenstand nöthig ist. Es empfiehlt sich auch, der Kürze wegen, dem französischen Sprachgebrauche zu folgen. Der deutsche Text des schweiz. O. R. hat den Ausdruck „Uebergang der Rechte“ in fast allen der hier in Betracht kommenden Fälle, ohne damit einen technischen Begriff zu verbinden; das preussische Landrecht spricht von „Eintritt in die Rechte des Gläubigers“, in welcher Weise auch das badische Landrecht das französische „subrogation“ wiedergiebt. Wenn wir von Subrogation reden, so entspricht das auch der Ausdrucksweise der welschen Texte des O. R.²⁾

Was ist nun Subrogation, welchen juristischen Vorgang stellt sie dar? Wir fassen unter dieser Bezeichnung die Fälle zusammen, da nach gesetzlicher Bestimmung die Befriedigung des Gläubigers den Uebergang der Forderung auf einen Dritten bewirkt. Die Uebertragung von Rechten tritt hier ein als

¹⁾ S. z. B. Demolombe l. c. p. 250. Vgl. Schollmeyer p. 2. 76.

²⁾ Der italienische Text gebraucht wechselweise „*essere surrogato*“ und „*subentrare*“ (art. 168. 701).

Folge einer bestimmten Thatsache. Es ergiebt sich folgender Gedankengang¹⁾:

Forderungen werden übertragen: entweder durch Willenserklärung des Gläubigers oder durch ein ausserhalb desselben liegendes Moment, einmal durch den Richter, dann durch Gesetz, indem eine gesetzliche Bestimmung an ein rechtliches Ereigniss den Uebergang der Forderung knüpft. Die Forderung wird abgetreten vom Gläubiger durch Rechtsgeschäft, sie wird vom Richter durch Verfügung übertragen oder sie geht über von Gesetzes wegen ohne äusseren Willensact. Es ist nicht genau, freiwillige und nothwendige Abtretung einander gegenüberzustellen,²⁾ in dem Sinne, dass man unter ersterer die Uebertragung durch Willenserklärung des Gläubigers versteht, unter letzterer die durch Urtheil oder einen Rechtssatz ausgesprochene, denn in jenem Falle kann auch eine Verpflichtung zur Abtretung vorhanden sein — nicht Alles, was mit Willen geschieht, ist freiwillig — im zweiten Falle aber wird gar nicht abgetreten, (wenn nicht das richterliche Eingreifen nur in einem Zwang zur Abtretung besteht); denn abtreten, *cedere actiones*, ist eine Handlung, und eine solche soll hier eben nicht nöthig sein; die Forderung wird übertragen, geht über ohne ausdrückliche Abtretung. Man kann den Ausdruck „fingierte Cession“ gebrauchen, wodurch gesagt ist, dass eine Cession nicht wirklich stattfindet, wenn man überhaupt von Fiction reden will, wo das Gesetz einen Rechtssatz ausspricht.

Das Recht legt gewissen Thatsachen die Wirkung bei, den Uebergang einer Forderung zur Folge zu haben; es sind verschiedene und verschieden geartete Fälle, wo das geschieht. Unter bestimmten Umständen soll die Befriedigung des Gläubigers diese Wirkung hervorbringen; da spricht das französische Recht von Subrogation (im engeren Sinn; das Wort kann auch bedeuten Uebergang von Rechten überhaupt, wobei unterschieden wird *subrogation réelle* und *subrogation*

¹⁾ S. O. R. Art. 183—185.

²⁾ Wie Hafner im Randtitel ad Art. 183, 185; über den Sprachgebrauch s. Windscheid Pand. § 329 N. 11; vgl. Exner in Grünhuts Zeitschrift Bd. II. p. 616.

des personnes; unter Subrogation schlechtweg ist aber zu verstehen Singularsuccession in Forderungen in der hier allein gebrauchten Bedeutung). Wir verstehen also unter Subrogation den ipso jure vor sich gehenden Uebergang einer Forderung als Folge der Befriedigung des Gläubigers. Sie kann eintreten durch Willenserklärung des Gläubigers oder des Schuldners oder beider -- sogenannte subrogation conventionnelle -- der Eintritt des Zahlenden in die Forderung ist vom Willen der bisherigen Parteien oder einer derselben abhängig, oder aber die Subrogation erfolgt von Gesetzes wegen, subrogation légale, gesetzlicher Eintritt in die Rechte des Gläubigers in dem Sinne, dass nicht nur die Forderung ipso jure übergeht, sondern auch die Thatsache, an die solche Folge geknüpft ist, unabhängig vom Willen der bisherigen Parteien wirkt. Die subrogation conventionnelle sowohl als die subrogation légale sind an gesetzlich fixierte Voraussetzungen gebunden.

Das O. R. kennt beide Arten von Subrogation; es behandelt aber nicht das ganze Institut unter einem gemeinsamen Gesichtspunkt, sondern zählt die einzelnen Fälle auf, in welchen Subrogation eintreten kann oder soll. Diejenigen, da ein Dritter, ein ausserhalb der Obligation Stehender, mit Subrogation zahlen kann, finden sich bei Anlass der Beziehungen der Obligation zu dritten Personen; hier der einzige Fall der facultativen Subrogation, wo der Uebergang der Forderung in das Belieben des Schuldners gestellt ist, Art. 126 Ziffer 1; die Subrogation nach Belieben des Gläubigers (C. N. 1250) kennt das O. R. nicht. Die Fälle, in welchen ein schon in der Obligation Verhafteter durch Befriedigung des Gläubigers in dessen Rechte eintritt, sind angegeben bei den betreffenden Verhältnissen, welche Anlass zu ihrer Anwendung geben, ohne dass einheitliche Sätze für sie aufgestellt wären.

Wir haben es hier mit der gesetzlichen Subrogation zu thun; in den Wirkungen steht ihr die durch den Willen des Schuldners bewirkte gleich, der Unterschied liegt nur in den Voraussetzungen; für die gesetzliche Subrogation wird weniger gefordert, indem bei ihr die alleinige Thatsache der Befrie-

digung des Gläubigers den Uebergang der Forderung auf den Zahler zur nothwendigen Folge hat. Die Forderung geht also über in Folge von Zahlung (Zahlung, *payement* als Befriedigung des Gläubigers durch Erfüllung verstanden). Der Code Napoléon spricht von *payement avec subrogation* als einer besonderen Art der Zahlung, welche vom Recht mit der Wirkung ausgestattet ist, den Uebergang der Forderung zu begründen, ohne ihre Eigenschaft der Befriedigung des Gläubigers, und damit der Tilgung der Obligation für diesen, zu verlieren. Vom Standpunkt des römischen Rechtes aus betrachtet liegt hierin eine doppelte Unregelmässigkeit, einmal, dass eine Forderung, welche durch Zahlung ihre natürliche Endigung finden müsste, noch fortbesteht, ferner, dass diese Forderung ohne Abtretung auf einen andern übergeht. Mit Beziehung auf letzteren Punkt kann man die Subrogation als der fingierten Cession des gemeinen Rechts entsprechend bezeichnen,¹⁾ sie ist aber mehr als das und darum nicht derselben einfach gleich zu stellen. Der Ausdruck Subrogation umfasst auch nur die eine Seite des Verhältnisses, den Uebergang der Forderung, und zwar bedeutet er wörtlich die Ersetzung des Gläubigers durch einen andern; cediert wird die Forderung, subrogiert der neue Gläubiger, die Sache ist etwas anders gedacht im einen und im andern Fall, das Resultat ist dasselbe: die Forderung bleibt, der Gläubiger wechselt. Subrogation ist die ohne wirkliche Abtretung erfolgende Uebertragung der Gläubigereigenschaft auf einen andern, *transfusio unius creditoris in alium*, nach dem viel citierten Ausspruch Dumoulin's. Man müsste nun, um auszudrücken, dass dieser Vorgang Folge einer Zahlung ist, correcter Weise sprechen von Zahlung mit Subrogation, wo man darunter versteht Zahlung und Uebergang der Forderung, gesetzlichen Eintritt des Zahlenden in die Rechte des befriedigten Gläubigers. Es ist das ein mehrseitiger juristischer Vorgang, die fingierte Cession erschöpft seine Bedeutung nicht, er enthält zugleich Befriedigung des Gläubigers und damit für letzteren

¹⁾ S. Goldschmidt l. c. p. 418.

Erfüllung der Forderung, also etwas von der Cession verschiedenes. In allen Fällen, wo Subrogation eintritt, ist die Befriedigung des Gläubigers Voraussetzung des Uebergangs der Rechte und Zweck der Zahlung. Eine Leistung soll zugleich Erfüllung und Uebergang der Forderung bewirken. Dass eine Forderung getilgt wird und dennoch fortbesteht, ist unmöglich, das eine schliesst das andere aus; da nun die Forderung übergeht und von dem Zahler ausgeübt wird, besteht sie noch fort, es ist also eine Ausnahme gemacht von der Regel, dass Erfüllung die Obligation tilge. Man kann sagen, eine Erklärung dieses Satzes aus allgemeinen Rechtsregeln sei nicht möglich¹⁾, insofern er sich nicht ableiten lässt aus den Grundsätzen der Zahlung, der Cession, auch nicht aus dem Begriff und dem Zweck der Obligation, er beruht schliesslich auf positiver Entscheidung wie jede wirkliche Ausnahme. Etwas Widersinniges enthält jedoch die Verbindung von Zahlung und Uebergang der Forderung nicht und lässt sich mit sonstigen Rechtsprincipien in Einklang bringen. Wie Hartmann betont²⁾: „Die Ausnahmslosigkeit des Satzes, dass mit einmal beschaffter persönlicher satisfactio des Gläubigers die Obligation untergegangen sei, existiert nicht.“ Dass den Grund der Ausnahme betrifft des Bürgen „die richtig erkannte Idee und Zweckbestimmung der Bürgschaft“ bilde, ist allerdings wahr; diese Erwägung rechtfertigt aber nur den Uebergang der Forderung auf den zahlenden Bürgen, ohne die rechtliche Möglichkeit dieser Thatsache zu erklären. Wir begreifen dieselbe jedoch, wenn wir davon ausgehen, dass eine Zahlung eine doppelte Bedeutung haben kann. Eine Leistung kann die Befriedigung des Gläubigers herbeiführen in zweifacher Weise, einmal durch Beschaffung der geschuldeten Sache selbst, als Erfüllung, sodann als Beschaffung ihres Werthes, als Kaufpreis. Beides sind verschiedene Dinge — der Werth, die Aestimation einer Sache ist nicht diese selbst — sie können aber identisch sein, ihr Zusammenfallen ist denkbar;

¹⁾ S. Schollmeyer l. c. p. 24.

²⁾ Rechte an eigener Sache p. 47.

beides wird sich in der Regel decken, wo die Forderung auf eine Geldsumme geht. Bei der Subrogation soll nun die Zahlung stets beides sein, *solutio* und *pretium*, und die doppelte Function haben, als Erfüllung die Forderung für den Gläubiger zu tilgen und als *Aequivalent* für ihre Uebertragung zu gelten, sie ist zugleich Leistung des Inhaltes der Obligation sowie Erlegung des höchsten Werthes der Forderung.¹⁾ Das scheint eigentlich auch der Kern der Meinung zu sein, wenn die römischen Juristen sagen, dass der Gläubiger *nomen debitoris quodammodo vendidit*.²⁾ Der Bürge kauft nicht die Forderung, das zu behaupten wäre „der realen Substanz der Dinge widersprechend“; seine Zahlung soll aber auch den Effekt des Kaufpreises haben, die Forderung auf ihn zu übertragen.

Durch die Verbindung der beiden verschiedenen Functionen der Zahlung in einem Act erklärt sich das Janusgesicht, welches die Subrogation zeigt, Erfüllung und Uebergang der Forderung; danach bestimmen sich ihre Wirkungen, es sind dieselben, die sich im Allgemeinen an die Erfüllung der Obligation, die sich an ihren Uebergang knüpfen. Es kommen die Grundsätze über Befriedigung des Gläubigers und über die Uebertragung der Forderungen (natürlich die gesetzliche Uebertragung) zur Anwendung. Das Verhältniss dieser einander widersprechenden Wirkungen derselben Zahlung ist dahin zu bestimmen, dass die letztere für die Gläubiger nur als Erfüllung in Betracht kommt, für den Zahlenden nur den Uebergang der Rechte zur Folge hat. Die Obligation wird nur relativ getilgt, nämlich dem Gläubiger gegenüber, für die andern Parteien wird sie in ihrem Bestande nicht alteriert.

Die Forderung besteht fort, um ihre definitive Erfüllung durch den eigentlichen Schuldner zu finden; auf letzteren soll die gemachte Leistung schliesslich zurückfallen. Dieser Zweck des Fortbestehens der Forderung enthält auch die Rechtfertigung der Subrogation und bezeichnet die Grenzen, inner-

¹⁾ S. Hofmann in kritischer Vierteljahrsschrift XX. p. 400 ff.

²⁾ L. 36 D. de fidej. 46. 1. L. 76 D. de solut. 46. 3.

halb deren sie wirksam werden kann. Es soll Jemanden, der eine fremde Schuld bezahlt hat, ein möglichst günstiger Anspruch gegen den Schuldner gegeben werden in einer Klage, die er sonst nicht hätte, oder in einer solchen, welche wirksamer ist als die ihm sonst zustehende. Es sind Erwägungen practischer Art, denen das Institut der Subrogation seine Entstehung verdankt. Die Subrogation, Zahlung als Erfüllung der Forderung und zugleich Grund des Forderungsübergangs, ist eine Anomalie; sie kann nur eintreten, wo das Gesetz es gestattet oder vorschreibt.

Im Folgenden soll bloss die gesetzliche Subrogation des zahlenden Bürgen respective des Solidarschuldners betrachtet werden; auf diesen Fall sind die aufgestellten allgemeinen Grundsätze anzuwenden, und in manchem Punkt näher auszuführen.

Beim Bürgen hat die Subrogation unzweifelhaft ihre Berechtigung; der Bürge muss für einen andern zahlen, auf diesen Hauptschuldner soll seine Leistung abgewälzt werden. Das ist der Zweck des Rückgriffs, also auch der Subrogation, welche in seinem Dienste steht. Dem genannten Zwecke gemäss bestimmt sich das Verhältniss der Klage aus der Subrogation zu einer allfälligen andern dem Subrogierten zustehenden Regressklage. Die Frage kommt für alle Fälle der Subrogation in Betracht, -- meistens wird der Dritte durch die Zahlung einen selbständigen Anspruch an den Schuldner erworben haben --, sie erhebt sich namentlich beim Bürgen, welchem von Alters her zwei Wege des Rückgriffs offen standen. Für ihn giengen nach gem. R. wie fast in allen Particularrechten die cedierte Klage und die *actio mandati* neben einander her,¹⁾ in den verschiedenen Rechten mit verschiedenen Variationen. Das Principale war meist die selbständige Entschädigungsklage; ihr ging die *actio cessa* zur Seite, um leichtere und gesichertere Durchführung des Rückgriffs zu ermöglichen, aber durch erstere in ihrem Ziele beschränkt; durch den Eintritt

Verhältniss der *actio cessa* zu der selbständigen Ersatzklage.

¹⁾ S. z. B. ein Urtheil des Berner App. Ger. in Ztschft. des Berner Jur. Vereins. Bd. 18 p. 359.

in die Rechte des Gläubigers sollte der Bürge nicht mehr erreichen, als ihm seinem Ersatzanspruch nach zukam; fehlte ein solcher, so versagte auch die cedierte Klage (s. Keil l. c. p. 33 ff., Keller Pandecten § 289 2^{te} Aufl. p. 614).

Nach schweiz. O.R. scheint das auf den ersten Blick anders zu sein. Das Gesetz spricht nur von dem Uebergang der Rechte auf den Bürgen, von einem selbständigen Anspruch desselben ist keine Rede. Demnach würde der Eintritt in die Rechte des Gläubigers den einzigen Massstab geben für die Ausübung, den Umfang des Rückgriffes. Dass dem nicht so ist, zeigt die Erledigung der gleichen Frage bei der Solidarschuld. Da wird gesagt, Art. 168, dass auf den regressberechtigten Solidarschuldner die Rechte des Gläubigers übergehen; die Regressberechtigung ist dadurch bestimmt, dass von der an den Gläubiger geleisteten Zahlung auf jeden Solidarschuldner ein gleicher Theil fällt, sofern nicht aus dem unter ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse sich etwas anderes ergibt. Der Eintritt in die Rechte des Gläubigers richtet sich mithin nach der Berechtigung zum Rückgriff, für deren Ermittlung ein Anhalt gegeben, in letzter Linie aber auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältniss verwiesen wird. Das gilt auch für den Bürgen, für welchen die Grundsätze der Solidarschuld zur Anwendung kommen, soweit sie nicht ausdrücklich den speciellen Interessen der Bürgschaft entsprechend abgeändert sind. Nun heisst es in Art. 504: „Auf den Bürgen gehen... die Rechte des Gläubigers über“, womit ausgedrückt ist: der Bürge gilt als regressberechtigter Solidarschuldner in Bezug auf die ganze von ihm geleistete Zahlung, seine Eigenschaft als Bürge enthebt ihn der Nothwendigkeit, sich auf das unterliegende zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehende Verhältniss einzulassen, um seinen Rückgriff geltend zu machen; nicht aber ist letzterer vollständig von den factischen Beziehungen, die unter Schuldner und Bürgen herrschen, abgelöst; diese können in Betracht kommen, sie geben den Ausschlag, ob die Regressberechtigung des Bürgen, die von vornherein angenommen ist, wirklich vorhanden sei. Die übergegangene Klage, die Ausübung der

übergegangenen Forderung, regelt sich nach dem vorliegenden Ersatzanspruch. Ein solcher besteht für den Bürgen und den Solidarschuldner auch ohne Subrogation. Der Bürge kann die Forderung des Gläubigers geltend machen oder einfach aus der Thatsache der Zahlung für den Schuldner klagen. Beide Klagen fallen regelmässig zusammen, da der Bürge stets mit Subrogation zahlt; es ist aber möglich, dass die selbständige Existenz der Ersatzforderung wichtig wird. Wir haben hier einen der Fälle, wo „für denselben materiellen Anspruch zwei verschiedene Grundlagen“ dem Berechtigten zur Auswahl stehen.¹⁾ Formell kann die Klage des Bürgen verschieden begründet werden, wodurch sich für die Durchführung des Rückgriffs in der einen oder der andern Weise besondere Vortheile ergeben können. Die Klage aus der Subrogation ist die Klage des Gläubigers; als was ist der selbständige dem Bürgen zustehende Anspruch aufzufassen? Es ist zu unterscheiden, ob das Rechtsverhältniss zwischen Bürgen und Schuldner ein Vertragsverhältniss ist, dann hat der Bürge die betreffende Contractsklage, gewöhnlich die Mandatsklage; ist das nicht der Fall, liegt nur der Thatbestand der Bürgschaft vor, so giebt das O. R. dem Bürgen wie jedem Solidarschuldner einen Ersatzanspruch auf den ihn nicht betreffenden Antheil der Zahlung, eine Forderung ex lege (Art. 168). Nur die letztere versteht sich nach unserem Gesetze von selbst, die Contractsklage kann hinzutreten infolge besonderer Umstände. Nach gemeinem Recht ist die Regressklage des Bürgen die *actio mandati resp. negotiorum gestorum*, ebenso in den meisten modernen Gesetzgebungen²⁾. Auf diesem Boden standen auch die ersten Entwürfe des O. R., welche dem Bürgen neben der cedierten Klage das Recht gaben, nach Vorschrift der Bestimmungen über Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz seiner Auslagen zu verlangen.³⁾ Die betreffende Bestimmung ist gestrichen worden.

¹⁾ Speiser in Ztschft. f. Schweiz. R. N. F. IV p. 11.

²⁾ S. Dernburg Preuss. Pr. R. II S. 245; Troplong l. c. N° 328 ff.; sächs. Gesetzbuch § 1471.

³⁾ Entwurf 1, 537; E. 2, 511.

Schneider (im Commentar zu Art. 504 n. 3) nimmt an, weil sie selbstverständlich sei; es kann auch sein, um sie zu beseitigen; jedenfalls steht sie nicht mehr da, und ergiebt sich nicht aus dem Gesetz. Selbstverständlich ist allerdings, dass, wenn die Voraussetzungen des Auftrags oder der Geschäftsführung ohne Auftrag vorhanden sind, die Klagen daraus dem Bürgen zustehen, das ist nichts der Bürgschaft Eigenthümliches; es sollen aber diese Voraussetzungen nicht ohne weiteres als vorliegend angenommen werden, ebensowenig als die Bedingungen, die für die Klagen aus den genannten Geschäften gefordert werden, für den Anspruch des Bürgen massgebend sind.

In den meisten Fällen wird der Bürgschaft ein contractliches Verhältniss zu Grunde liegen und werden die Solidarschulden in einem solchen stehen, indem die Bürgschaft, die Solidarschuld nach Vereinbarung zwischen den verschiedenen Haftenden eingegangen wird. Ein derartiges Verhältniss, sei es Mandat, Societät u. s. w., ist von demjenigen, welcher Vorthelle daraus ableitet, anzuführen und zu beweisen.

Darnach entscheidet sich, ob die Auslagen des Bürgen sich selbständig verzinsen, wie die des Mandatars;¹⁾ der gewöhnliche Bürge kann das nicht beanspruchen; er soll sich nicht besser stellen als der Gläubiger; war die Forderung für diesen keine zinstragende, so wird sie es auch bei ihm nicht. Ein selbständiges Recht auf Zinsen steht dem Bürgen nicht zu, sein Ersatzanspruch umfasst bloss den auf den Schuldner fallenden Theil der Zahlung (Art. 168). Das Obligationenrecht giebt ihm auch keinen Anspruch auf die „übrigen Kosten, die er um der Bürgschaft willen gehabt hat“ (wie Zürcher Gesetzb., § 1800), gegen welche ihn auch Code Nap. (a. 2028) und preussisches Landrecht (I 14, § 351) ausdrücklich sicher stellen. Die Klage aus der Subrogation kann sich darauf natürlich nicht beziehen. Gegen Verluste, wie sie indirect aus der bürgschaftlichen Verpflichtung folgen können, muss darum der Bürge durch Vertrag sich vorsehen. Ersatz

¹⁾ Art. 400, 472.

für entgangenen Gewinn, für Unkosten, welche den Bürgen trafen dadurch, dass er sich im betreffenden Moment Geld verschaffen musste, und dergleichen mehr, wird der Hauptschuldner nicht ohne weiteres leisten müssen. Etwas anderes wird zu sagen sein von solchen Auslagen, welche nothwendigerweise mit der Erfüllung der Forderung durch den Bürgen verbunden waren, z. B. die Kosten der Zahlung selbst (an einen auswärtigen Gläubiger u. s. w.), die Ausklagung des Hauptschuldners (Art. 499₂), etwaige Processkosten. Solche Auslagen sind ein Bestandtheil der Zahlung und fallen unter den Anspruch des Bürgen auf Ersatz derselben, als ein Zuwachs der Forderung, ein accessorium der Hauptschuld, wie sie den Schuldner selbst treffen musste; daher auf sie auch die übergegangene Forderung des Gläubigers sich erstreckt.

Die doppelte Grundlage, welche der Anspruch des Bürgen, überhaupt des Subrogierten, haben kann, wird noch bedeutend für die Verjährung. Der selbständige Ersatzanspruch unterliegt der gewöhnlichen zehnjährigen Verjährung, welche mit seiner Fälligkeit, regelmässig der Zahlung, beginnt. Die Verjährung der Forderung des Gläubigers kann eine kürzere sein und kann schon begonnen haben, und so geht sie über. (Es bezieht sich das nicht auf faustpfandgedeckte Forderungen, für welche die Verjährung überhaupt ausgeschlossen ist nach Art. 146₂.)

Die berührte Frage ist für den Bürgen nicht von grosser practischer Wichtigkeit. Einmal kann er seine Rechte wahren durch Unterbrechung der Verjährung. Der einfache Bürge ferner kann nur angegriffen werden in Fällen, da die Verjährung gegen den Hauptschuldner unterbrochen ist oder stille steht (Art. 493, 510 cf. 154₂, 153₆); er ist also gegen unerwarteten Ablauf derselben geschützt. Die Verjährung wird nicht alteriert, wenn ein Bürge freiwillig zahlt; es ist dann seine Sache, wenn ihm das schädlich wird; sie wird auch nicht unterbrochen, wenn ein Solidarbürge vor Concurs des Schuldners belangt wird; der solidarisch haftende Bürge ist in dieser Beziehung schlechter gestellt als der gewöhnliche

Solidarschuldner.¹⁾ Hier kann es von Bedeutung werden, dass der Rückgriff des Bürgen noch eine andere Grundlage hat als die Subrogation, wenn nämlich die Verjährungszeit der Hauptschuld im Moment der Zahlung dem Ablaufen nahe ist. Sonst wird der Bürge sich kaum veranlasst sehen, seinen Rückgriff anders zu begründen als durch Berufung auf den Eintritt in die Forderung, wenn ihm nicht etwa ein vertragliches Verhältniss, in dem er zum Schuldner steht, besondere Vortheile gewährt. Denn die Subrogation erstreckt sich soweit, als ein Ersatzanspruch entstehen kann; in demselben Masse, als der Bürge den Gläubiger befriedigt, also eine Forderung an den Schuldner erwirbt, gehen die Rechte des ersteren auf ihn über (Art. 504, 168).

Der Vortheil, den die Subrogation dem Bürgen gewährt, liegt einmal darin, dass ihm für seinen Rückgriff alle Sicherheiten und Privilegien zur Seite stehen, deren die Forderung beim Gläubiger theilhaftig war, er liegt ferner in den einfachen Voraussetzungen, welche damit für den Rückgriff aufgestellt sind; es genügt, dass der Bürge als solcher gezahlt hat, diese Thatsache giebt ihm die Stellung des befriedigten Gläubigers. In diesen Vortheilen ist gewiss der Grund zu finden für die ausschliessliche Berücksichtigung der Subrogation bei Anlass des Bürgschaftsregresses im O. R. Der Bürge soll seinen Regress nehmen mit der Forderung des Gläubigers; Umfang und Zuständigkeit desselben sollen nach der eingetretenen Subrogation beurtheilt werden. Das wäre ein einfaches Princip, man braucht gleichsam nur zu rechnen: der Rückgriff ist gleich der geleisteten Zahlung, denn in diesem Masse gehen die Rechte über.

Damit ist jedoch nicht auszukommen. Die Subrogation ist ja nicht der Grund des Rückgriffs, sondern Mittel dazu; der Grund ist die Zahlung der fremden Schuld, und der daraus entstehende Anspruch auf Ersatz ist es, was mit der übergegangenen Klage soll geltend gemacht werden; darnach

¹⁾ Die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner wirkt auch gegen die übrigen; dagegen wirkt die gegen den Bürgen stattgefundene Unterbrechung nicht gegen den Hauptschuldner. Art. 155.

richtet sich die Möglichkeit eines Erfolges des Rückgriffes, für welche zuletzt das unterliegende Schuldverhältniss massgebend sein muss. Prima facie stellt das Gesetz allerdings auf den Eintritt in die Rechte des Gläubigers ab, es können aber Gründe vorliegen, welche die Wirkung desselben abschwächen oder aufheben. Das ist der Sinn von Art. 504, zweiter Satz;¹⁾ die concrete Sachlage modificiert den Anspruch des Bürgen.

Das O. R. geht noch weiter, es stellt sogar Pflichten des Bürgen gegen den Schuldner auf, deren Nichterfüllung unter Umständen den Verlust des Rückgriffs nach sich zieht;²⁾ der Rückgriff ist somit von Bedingungen abhängig, welche sich aus der Subrogation nicht erklären. Sie sind so aufzufassen: dem Gesetz erscheint unter gewissen Umständen eine Entschädigung des Bürgen nicht gerechtfertigt; wo aber die Regressberechtigung fehlt, da versagt auch die Subrogation. Auch im O. R. reicht die *actio cessa* nicht weiter als der ihr zu Grunde liegende Ersatzanspruch des Bürgen. Der formale Gesichtspunkt der Subrogation dient nur dem materiellen der Entschädigung; den Character einer Entschädigungsforderung hat im Wesentlichen der Rückgriff des Bürgen auch nach O. R., wenn er auch im Gewande der Forderung des befriedigten Gläubigers auftritt. *Non titulus actionis, sed debiti causa respicienda est.* L. 69 ff. de fidej. 46, 1.

Es ist nun zu untersuchen, wie das Gesetz den Bürgschaftsregress durchgeführt und seine Voraussetzungen, seine Wirkungen im Einzelnen geregelt hat.

II.

Der Artikel 504 des O. R. lautet in seinem ersten Satze: „Auf den Bürgen gehen in demselben Masse, als er den Gläubiger befriedigt hat, die Rechte desselben über.“

¹⁾ „Vorbehalten bleiben die besonderen Ansprüche und Einreden aus dem zwischen Bürgen und Hauptschuldner jeweiligen bestehenden Rechtsverhältniss.“ Art. 504 i. f.

²⁾ Art. 505, 506 s. u.

Voraus-
setzung
des
Rück-
griffs.

Voraussetzung des Rückgriffs ist demnach, dass ein Bürge den Gläubiger befriedigt.

Bürge ist nach O. R. Art. 489 ff. wer, fähig, durch Verträge sich zu verpflichten, mit dem Gläubiger eines Dritten einen schriftlichen Vertrag abgeschlossen hat des Inhalts, ihm für Erfüllung einer Schuld des letzteren einzustehen. Die Bürgschaft ist ein Vertrag zwischen Gläubiger und Bürgen, setzt jedenfalls Annahme von Seiten des Gläubigers voraus; dem Gläubiger kann sich kein Bürge aufdrängen.¹⁾ Es kann ihm allerdings mit Einwilligung des Schuldners die Forderung aus der Hand gewunden werden, indem Art. 126 bestimmt: soweit ein Dritter den Gläubiger befriedigt, gehen die Rechte desselben auf ihn über, wenn der Schuldner dem Gläubiger anzeigt, dass der Zahlende an die Stelle des Gläubigers treten soll. Allein dieser dritte Zahler hat dem Gläubiger gegenüber nicht die Stellung des Bürgen. Des Schuldners Wissen und Wollen ist bei Eingehung der Bürgschaft unwesentlich und ohne Einfluss auf den Rückgriff, den jeder Bürge, unabhängig von irgend einem Verhältniss zum Hauptschuldner, nehmen kann. Sofern der Rückgriff den Character der actio mandati hat, also auf mehr gehen kann, als der Bürge wirklich geleistet hat, ist es nöthig, einen solchen Anspruch dem Bürgen zu versagen, welcher sich dem Schuldner aufgedrängt hat.²⁾

¹⁾ Daran ändert wohl auch nichts der Art. 228, welcher bestimmt, dass der Gläubiger ein Retentionsrecht realisieren kann, wenn er für seine Forderung weder Zahlung noch genügende Sicherheit erhalten hat. Für Realisierung des Retentionsrechtes ist Voraussetzung, dass der Gläubiger nicht anderweitig in genügender Weise sicher gestellt ist. Vgl. Makower im Commentar zum D. H. G. B. ad Art. 315 n. 57 b. Der Gläubiger verliert also unter Umständen das Retentionsrecht, wenn er eine Sicherheit zurückweist, nicht aber wird er gezwungen, eine solche, etwa eine Bürgschaft, anzunehmen. Was genügende Sicherheit sei, ob eine Bürgschaft die nöthigen Eigenschaften besitze, als solche zu gelten, wird in letzter Linie das Gericht entscheiden. Factisch kann nun allerdings der Gläubiger zur Annahme einer Sicherheit genöthigt sein, insofern die Nichtannahme ihm Nachtheil bringen würde. Die Annahme der Bürgschaft kann also seitens des Gläubigers eine mehr oder weniger freiwillige sein, immerhin ist sie Erforderniss des Zustandekommens der Bürgschaft.

²⁾ V. Laurent t. 28, p. 254 zu C. N. 2028, Dresdner Entwurf Art. 939, 940.

Nach O. R. beschränkt sich der Rückgriff auf den effectiven Bestand der Forderung; rechtlichen Nachtheil erleidet also der Schuldner nicht dadurch, dass statt des Gläubigers der Bürge ihn belangen kann; wegen des factischen Nachtheils aber, den für ihn ein Wechsel der Personen mit sich bringen kann, scheint es nicht gerechtfertigt, den Rückgriff auf eine bestimmte Art von Bürgen einzuschränken. Wie der Gläubiger eine Forderung abtreten kann, kann er sich durch Bürgschaft ihre Sicherung und Befriedigung verschaffen ohne Einwilligung des Schuldners.

Es liesse sich fragen, ob es nicht angezeigt wäre, wenigstens dem Bürgen, der mit Wissen des Schuldners sich verbürgt, einen Rückgriff zu geben, der auch für mittelbar aus der Bürgschaft ihm erwachsene Kosten Ersatz verschaffte. Das O. R. stellt hiefür gänzlich auf ein etwa zwischen Bürgen und Schuldner bestehendes sonstiges Verhältniss ab, wohl mit Recht.

Der Bürgschaftsregress steht jedem Bürgen zu. Das O. R. macht zwei Fälle ausdrücklich namhaft, wo er Anwendung finden soll. Der Auftraggeber beim Creditauftrag soll, wenn er einmal verpflichtet ist, nach den Regeln der Bürgschaft behandelt werden, auch was den Rückgriff anbelangt;¹⁾ er steht überhaupt dem gewöhnlichen Bürgen gleich. Etwas anders verhält es sich in dem zweiten Fall, wo auf den Regress des Bürgen verwiesen wird, dem Rückgriff des Wechselbürgen, d. h. desjenigen, welcher den Wechsel mitunterzeichnet und sich dabei als Bürge benannt hat (Art. 808, 809).²⁾

Die Wechselbürgschaft ist keine Bürgschaft im gewöhnlichen Sinne³⁾, es ist eine wechselfässige, also durchaus formale Verpflichtung, für welche die Bestimmungen der Bürgschaft im Allgemeinen nicht Platz greifen können. Der Wechselbürge ist für den Gläubiger Wechselschuldner. Nur für seinen Regressanspruch gegen denjenigen, für welchen

¹⁾ Art. 418, 421.

²⁾ Vgl. Speiser in Ztschr. f. Schw. R. N. F. IV p. 18 ff.

³⁾ Vgl. Seufferts Archiv 40 Nr. 310.

er sich verbürgt hat, schreibt das O. R. die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über Bürgschaft vor. Der Wechselbürge zahlt also wie der gewöhnliche Bürge; seine Zahlung hat die Eigenschaft, die Forderung, hier die Wechselforderung nicht zu tilgen, sondern mit der Befriedigung des Wechselgläubigers ihren Uebergang auf ihn, den Bürgen, in ihrer Kraft als Wechselforderung zu bewirken; seine Zahlung ist zugleich Zahlung der Wechselsumme (beziehungsweise der Regresssumme) und Geben einer Valuta. Eine Analogie dazu bietet im Wechselrecht die Zahlung des Ehrenzahlers, welcher gleichfalls mit Subrogation zahlt. Art. 781₂.

Befriedigung
des
Gläubigers.

Für den Bürgen ist weitere Bedingung des Rückgriffes, dass er den Gläubiger befriedigt habe.

Befriedigung findet der Gläubiger, er erhält, was er verlangen kann, in einer Leistung, welche für ihn den Untergang der Forderung bewirkt, mag sie Erfüllung sein oder einen andern Aufhebungsgrund herbeiführen, sofern dadurch der Inhalt oder der Werth der Obligation beschafft ist.¹⁾ Dieser weite Sinn liegt auch dem an sich engern Ausdruck der welschen Texte unter. (Das deutsche „befriedigen“ ist im französischen Text durch „payer“ wieder gegeben, welchem im italienischen „pagare“ oder „soddisfare“ (79, 168) entspricht. — Der Code Nap. sagt: „la caution qui a payé²⁾ a son recours contre le débiteur principal“, Art. 2028, 2029; wozu Laurent t. 28, p. 248: le mot „payer“ doit être pris dans son sens le plus large; dès que la caution a satisfait à l'obligation du débiteur d'une manière quelconque, elle a un recours contre lui p. 249: nous entendons toujours par paiement toute extinction de l'obligation principale qui donne à la caution un recours contre le débiteur. — In demselben Sinne Troplong Nr. 333 u. a. m.)

Eigenschaft eines Bürgen und Befriedigung des Gläubigers sind die formellen Erfordernisse des Rückgriffs. Die Be-

¹⁾ Art. 129, 131 ff., 140, 142.

²⁾ Codice civile italiano: „il fidejussore che ha pagato“ . . . Art. 1915, 1916, 1918.

weispflicht ist vertauscht worden, im Vergleich zum römischen Recht; es steht jetzt beim Schuldner, Gründe gegen die Klage desjenigen vorzubringen, der sich als zahlenden Bürgen zum Regress legitimiert.

Das Gesetz spricht von Verlust des Rückgriffs (Art. 505, 506). Da es demnach Gründe giebt, welche den Rückgriff auch eines solchen Bürgen, welcher den Gläubiger befriedigt hat, ausschliessen, so ist doch die Befriedigung des Gläubigers für den Bürgen nicht hinreichend, einen wirksamen Regress zu begründen. Die materiellen Voraussetzungen eines solchen finden wir bei Betrachtung der Fälle, wo ein Rückgriff nicht statthaben soll. Es zeigt sich hier, dass der Anspruch des Bürgen vom Gesetz im Grunde als Entschädigungsforderung gedacht ist.

Verlust
des
Rück-
griffs-

Der Bürge verpflichtet sich zur Erfüllung einer fremden Schuld; die Leistung dieser Verpflichtung befreit den Schuldner vom Gläubiger. Das ist der innere Grund des Rückgriffs. Die Zahlung einer materiell fremden Schuld, welche dem Schuldner zu Gute kommt, ist die Grundlage des Anspruchs, das zu diesem Zweck Aufgewandte vom Schuldner ersetzt zu erhalten. Der Grund des Rückgriffs fällt weg, wenn die Befriedigung des Gläubigers nicht zugleich Befreiung des Schuldners ist, diess ist der Fall, wenn die Befreiung des Schuldners nicht nöthig ist, weil gar nicht er der wirkliche Schuldner ist — die Befriedigung des Gläubigers kommt nicht ihm zu Gute; ferner, wenn die Befreiung des Schuldners nicht erreicht wird — die Befriedigung des Gläubigers hat nicht die gewünschte Wirkung.

Der Anwendung dieser Principien begegnen wir in dem Schlusssatze des Art. 504, deutlicher noch sind sie ausgesprochen in den Artikeln 505 und 506.

Der Inhalt des Art. 505 entspricht dem Grundsatz der Subrogation, wonach eine Forderung übergeht, wie sie dem Gläubiger zusteht, dass ihr darum, wenn der Subrogierte sie geltend macht, alle Einreden entgegenstehen, denen sie beim Subrogierenden ausgesetzt war; das gehört unter die Wirkungen des Uebergangs der Forderungen. Die im ersten Absatz des

Art. 505 berührte Berechtigung des Bürgen zur Verwendung der Einreden des Hauptschuldners fällt unter die Frage nach der Haftung des Bürgen, nicht unter den Rückgriff, sie ist die Folge der accessorischen Natur der Bürgschaft, welche mit gewissen Ausnahmen (Art. 492₃) im O. R. gewahrt ist.

Hier kommt der Artikel 505 in Betracht, insofern er vom Verlust des Rückgriffs spricht.¹⁾ Es würde sich aus der Subrogation ergeben, dass der Bürge keinen Rückgriff hat, wenn er unterliess, eine Einrede des Hauptschuldners geltend zu machen, also eine Forderung bezahlte, deren Wirkung durch eine Einrede gehemmt ist; denn der in die Rechte des Gläubigers Eingetretene kann nicht mehr verlangen als der Gläubiger selbst. Wenn nun das Gesetz dem Bürgen, der eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede nicht vorschützte, doch einen Rückgriff gewährt im Fall unverschuldeter Unkenntniss, so knüpft es hier nicht an den Gedanken des Forderungsüberganges an; denn der Natur der Subrogation widerspricht es, dass der in die Forderung Eingetretene mehr Rechte haben kann als der ursprüngliche Gläubiger, was hier thatsächlich der Fall ist. Das O. R. stellt somit den Verlust des Rückgriffs hin als Folge der Nachlässigkeit des Bürgen, als eine Strafe, die nicht eintritt, wenn der Bürge schuldlos ist. Ein Bürge bezahlt eine Schuld, welche noch zu Recht bestand, als er die Bürgschaft eingieng, inzwischen ist sie verjährt, ohne dass er die Thatsache hätte erfahren können. Giebt ihm das Gesetz die Möglichkeit eines Rückgriffs, so derogiert es damit den Grundsätzen der Subrogation.

Die betreffende Vorschrift ist aus practischen Gesichtspunkten zu billigen. „Unverschuldete Unkenntniss“ vermag der Bürge doch nur darzuthun, wenn er in Einverständniss mit dem Hauptschuldner zahlte und durch diesen die Unterlassung (das Nichtentgegensetzen der Einrede) veranlasst ist.

¹⁾ Art. 505: Unterlässt der Bürge, dem Gläubiger die Einreden entgegenzusetzen, welche dem Hauptschuldner zustehen, so verliert er seinen Rückgriff... wenn er nicht seine unverschuldete Unkenntniss darzuthun vermag.

Der Hauptschuldner wollte keinen Gebrauch von einer Einrede machen, oder hat eine solche, sei es böswillig, sei's nachlässig, verschwiegen. In beiden Fällen wird er sie nicht dem Bürgen entgegensetzen können; wie dem Gläubiger gegenüber, so verzichtet er auch gegenüber dem Bürgen auf ihre Geltendmachung.

Wir finden, nach Art. 505 fällt der Rückgriff weg, weil eine Entschädigung nicht gerechtfertigt wäre; sie ist nicht gerechtfertigt, weil der Schuldner nicht in dem Masse haftete, als der Bürge bezahlte, demnach die Leistung des letztern für ersteren nicht den Effekt der Befreiung hat, ihn vielmehr in erhöhtem Masse belasten würde, wenn sie auf ihn zurückfiel. Die Entschädigung ist jedoch gerechtfertigt, der Rückgriff tritt ein, wenn der Schuldner es zu verantworten hat, dass zur Befriedigung des Gläubigers mehr aufgewandt wurde, als zu seiner Befreiung nöthig war.

Die Klage im zweiten Fall kann immerhin die Klage aus der Subrogation sein; den Einreden, welche ihr consequenter Weise entgegenstehen würden, ist durch positive Vorschrift die Kraft benommen.

Die durch Art. 505 gegebene Entscheidung wiederholt sich in Art. 506¹⁾ und erklärt sich hier aus demselben Gesichtspunkte; die stricte Anwendung der Subrogation würde auch hier zu einem andern Resultate führen.

Der Bürge befriedigt den Gläubiger; in Unkenntniss davon zahlt der Hauptschuldner noch einmal; der Bürge, sagt das Gesetz, hat keinen Rückgriff gegen den Schuldner, sondern nur eine *Condictio* gegen den Gläubiger. In diesem Sinne ist der Fall auch im gemeinen Recht, sowie durch die modernen Gesetzgebungen, welche ihn berücksichtigen, entschieden. Der Bürge hätte verhindern können und sollen, dass der Hauptschuldner noch einmal, also unnöthigerweise bezahlt; hat er das nicht gethan, nicht, wie er sollte, das Interesse des

¹⁾ Art. 506. Der Bürge verliert den Rückgriff, wenn infolge der von ihm unterlassenen Anzeige der Zahlung der Hauptschuldner die Schuld gleichfalls bezahlt.

Schuldners gewahrt, so entsteht kein Ersatzanspruch. Das folgt aus den Grundsätzen der Mandatsklage.¹⁾ Ein anderes Resultat liesse sich als Consequenz der Subrogation im O. R. erwarten. Der Bürge hat den Gläubiger befriedigt und damit die Forderung zwischen Gläubiger und Schuldner getilgt; die nochmalige Leistung des letzteren bezieht sich auf eine Nichtschuld, das kann doch den Anspruch des Bürgen nicht berühren, der durch Zahlung und damit verbundenen Uebergang der Forderung bereits erworben ist. Aber es zeigt sich auch hier, dass der Schuldner zur Entschädigung nicht verpflichtet ist, wenn die Zahlung des Bürgen ihm nicht zu Gute kommt. Die befreiende Wirkung derselben erscheint hier für den Hauptschuldner durch die Schuld des Bürgen vereitelt. Der Bürge soll dafür sorgen, dass der Schuldner nicht noch einmal bezahlt. Er hat aber ein Mittel, die Verantwortlichkeit von sich abzuwälzen. Weiss der Schuldner, dass schon bezahlt ist, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn er durch Leistung an den Gläubiger Schaden erleidet. Also beugt der Bürge jedem Schaden, der ihm zugerechnet werden könnte, vor, wenn er den Schuldner von der erfolgten Befriedigung des Gläubigers in Kenntniss setzt. Wir erfahren aus Art. 506, dass der Bürge angehalten ist, dem Schuldner seine Zahlung anzuzeigen. Das ist nicht so zu verstehen, als sei die Anzeige eine absolute Pflicht des Bürgen; sie ist nicht etwa unbedingt Voraussetzung jedes Rückgriffs, sondern wird nur relevant, wenn wirklich der Schuldner noch einmal gezahlt hat, und ihre Unterlassung schadet auch in diesem Falle dem Bürgen nur, wenn der Schuldner bona fide gezahlt hat. Der Bürge, welcher den Gläubiger befriedigt hat, will Rückgriff nehmen, der Schuldner weist ihn zurück durch die Behauptung nochmaliger Zahlung, wogegen der Bürge geltend machen kann, dass der Schuldner Kenntniss von der schon erfolgten Befriedigung des Gläubigers gehabt habe; der beste, aber nicht der einzige Beweis dafür ist die von ihm dem Schuldner gemachte Anzeige. Das scheint wenigstens

¹⁾ L. 29 § 3 mandati. 17. 1; Hasenbalg l. c. p. 705; Troplong N° 381.

der Sinn des Art. 506 zu sein. Das O. R. muthet seinem Wortlaute nach dem Schuldner einen unmöglichen Beweis zu, dahin gehend, dass er infolge der unterlassenen Anzeige gleichfalls bezahlt habe. Seine Zahlung ist ja nie Folge der unterlassenen Anzeige, sondern Folge der gemachten Anzeige wäre, dass er nicht noch einmal zahlt. Die nicht sehr elegante Wendung soll wohl ausdrücken, dass der Rückgriff wegfällt, wenn die Anzeige nöthig gewesen wäre, um den Schuldner vor nochmaliger Zahlung zu bewahren; die Anzeige war nicht nöthig, wenn der Schuldner überhaupt Kenntniss von der Zahlung hatte; auch darauf wird sich der Beweis des Bürgen richten können.

Wir dürfen annehmen, dass das O. R. in jetziger Fassung denselben Gedanken enthalten will, den die Entwürfe deutlicher ausdrückten,¹⁾ der Schuldner dürfe, um den Rückgriff mit Erfolg anfechten zu können, nicht in Kenntniss der schon erfolgten Befriedigung des Gläubigers gezahlt haben. Anders bestimmt der Code Napoléon,²⁾ welcher dem Bürgen, der die Anzeige an den Schuldner unterlassen, im Fall nochmaliger Zahlung durch letzteren den Regress schlechweg versagt.

Den umgekehrten Fall, die Zahlung des Bürgen an den Gläubiger, der schon vom Hauptschuldner befriedigt ist, berührt das O. R. nicht ausdrücklich; er erledigt sich nach Massgabe des Art. 505. Eine Pflicht des Schuldners, den Bürgen von seiner Zahlung zu benachrichtigen, kennt das Gesetz nicht. Der Bürge soll sich mit dem Schuldner ins Einverständniss setzen, wenn er zahlt. Nur der Nachweis unverschuldeter Unkenntniss kann ihm zu einem Rückgriff verhelfen, wenn er mehr zahlt als der Hauptschuldner noch schuldete.

In ähnlicher Weise steht die Mandatsklage, wo der Rückgriff als solche gedacht ist, zu, wenn vom Bürgen ohne Kenntniss der schon erfolgten Zahlung geleistet worden ist.³⁾

¹⁾ E₂ E₃ Art. 516₃.

²⁾ Art. 2031 cf. Laurent 28 p. 251.

³⁾ L 29 § 2 mandati 17. 1. Hasenbalg p. 705. Sächs. Gesetz. § 1472. Vgl. Entsch. des Reichs-Ober-Handels-Ger. XIX N^o 70.

Zahlt der Bürge mehr als die Hauptschuld beträgt, sie mag durch Zahlung des Schuldners schon ganz oder theilweise getilgt oder durch Einreden aufgehoben sein, so zahlt er eine Nichtschuld. Das ist dann nicht der Fall, wenn die bürgschaftliche Haftung dahin gieng, mehr zu leisten, als vom Hauptschuldner verlangt werden kann (Art. 492₂); in gewissen Grenzen kann eine nicht zu Recht bestehende Hauptschuld giltig verbürgt werden, wenn der Bürge den Mangel der Hauptschuld kennt; hier fehlt ein Rückgriff, weil der Schuldner nicht zur Zahlung verpflichtet ist; es ist keine Nichtschuld bezahlt, weil der Bürge zur Zahlung verpflichtet ist. Eine Nichtschuld bezahlt auch derjenige, der leistet, in der fälschlichen Meinung, Bürge zu sein, ohne durch seine Zahlung irgend eine andere Verpflichtung zu erfüllen, welche das Versprechen, für einen anderen eintreten zu wollen, auch beim Fehlen der Requisite der Bürgschaft, begründen kann.

In den genannten Fällen findet eine Klage auf Rückerstattung des Geleisteten nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung statt. Der Bürge condiciert das zuviel Gezahlte; denn seine Leistung will für den Gläubiger Erfüllung sein; wo sie diesen Zweck verfehlt, weil nichts geschuldet war, wird sie zur Zuwendung ohne Grund;¹⁾ anders wäre es beim Cessionar, dessen Zahlung nur Kaufpreis ist, wofür ihm für den Fall des Nichtbestandes oder der Werthlosigkeit der erworbenen Forderung ein Anspruch auf Gewährleistung zusteht.²⁾ Der Subrogierte hat wohl dem Schuldner gegenüber die Stellung eines Cessionars, nicht dagegen in seinen Beziehungen zum Gläubiger.

Besondere Erwähnung findet die Klage des Bürgen aus ungerechtfertigter Bereicherung nur für den Fall, wo der Bürge durch nochmalige Zahlung des Hauptschuldners seines Rückgriffs verlustig geht. Hier ist die Zahlung des Bürgen eigentlich nicht Zahlung einer Nichtschuld, vielmehr qualificiert sich diejenige des Schuldners als solche, wesshalb der

¹⁾ Art. 70. 71.

²⁾ Art. 192. 194. 235 ff.

Bürge, welcher seinen Anspruch darauf stützt, genau genommen die Rechte des Schuldners geltend macht. Das gemeine Recht legt dem letzteren die Verpflichtung zur Abtretung seiner *condictio indebiti* an den Bürgen auf.¹⁾ Das O. R. spricht wie der Code Nap. (2031) dem Bürgen ohne weiteres das Recht zu, den Gläubiger zu belangen. Ist nun die *Condictio* des Bürgen zu denken als aus seiner Leistung entstanden, welche zur Zuwendung aus nicht verwirklichtem oder aus nachträglich weggefallenem Grunde wird, oder ist sie die auf ihn übergegangene *condictio indebiti* des Schuldners? Der Unterschied könnte von Belang werden für den Umfang der Rückforderung, welcher verschieden ist nach dem guten oder bösen Glauben des Empfangenden (Art. 73₂), und welcher darum ein anderer sein könnte, je nachdem der Zeitpunkt des Empfanges durch die Zahlung des Bürgen oder die des Schuldners bestimmt wird. Es ist aber nicht in dieser Weise zu trennen. Grund zur Rückerstattung ist nicht die Hingabe einer Sache, sondern die ungerechtfertigte Bereicherung. Zu einer solchen wird für den Gläubiger die Annahme jeder Leistung, sobald der Betrag der Forderung einmal bezahlt ist; was darüber hinaus in sein Vermögen gelangt ist, unterliegt der Rückforderung; darnach bestimmt sich auch der Zeitpunkt des Empfanges.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass statt des Bürgen der Hauptschuldner selbst den Gläubiger auf Wiedererstattung belange, namentlich in den Fällen, wo der Bürge gar keinen Rückgriff zu verlieren hatte, weil ihm aus materiellem Grunde keiner zustand, etwa weil die dargeliehene Summe in seinem Interesse verwendet worden. Es ist auch möglich, dass die durch seine Nachlässigkeit erfolgte doppelte Zahlung den Bürgen dem Schuldner ersatzpflichtig macht, je nach dem zwischen beiden bestehenden oder durch die Zahlung entstehenden Verhältniss, welches in verschiedener Gestaltung gedacht werden kann.

Die Bestimmung des Art. 506 ist nicht nur durch die

¹⁾ L 29 § 3 mand. 17. 1. vgl. sächs. G. B. § 1473.

den Rückgriff beherrschende Idee der gerechten Entschädigung begründet, sondern ergibt sich auch aus den für die Uebertragung der Forderungen aufgestellten Rechtssätzen. Sie ist eine Anwendung des Grundsatzes, dass der Schuldner, der in gutem Glauben an seinen früheren Gläubiger leistet, sich giltig befreit, trotz einer ohne sein Wissen vor sich gegangenen Uebertragung der Forderung. Dieses Princip ist ausgesprochen für die freiwillige Abtretung (Art. 187); es muss auch für den gesetzlichen Uebergang der Forderung bei der Subrogation Geltung haben, indem es sich bezieht auf das Verhältniss des Erwerbers der Forderung zum Schuldner, und hiefür auch bei der Subrogation die Sätze der Cession massgebend sind; ausdrücklich ist seine Anwendung anerkannt nur für den subrogierten Bürgen.

Der Rückgriff fällt also weg, wenn der Bürge mehr bezahlt, als der Hauptschuldner schuldig war (Art. 505), oder wenn er zahlt, ohne dass seine Leistung für den Hauptschuldner wirklichen Erfolg hat (Art. 506). Die Zahlung des Bürgen ist überflüssig gewesen oder geworden. Beide Fälle kann er durch Vorsicht vermeiden oder unschädlich machen.

Ein Rückgriff kann aber auch ausgeschlossen sein, wo die Leistung des Bürgen ganz correct vorgenommen wurde, wo nichts versäumt ist, seine Rechte zu wahren. Die Rechte des Gläubigers sind auf den Bürgen übergegangen in ihrem vollen Umfang. Aber die Ausgleichung zwischen ihm und dem Schuldner muss dem materiellen Schuldverhältnisse nach eine andere sein, als sie die Gewährung des unverkürzten Rückgriffs bewirken würde, welche die ganze Aufwendung dem Schuldner zuschöbe. Möglichkeiten dieser Art sind berücksichtigt in dem zweiten Satze des Artikels 504, welcher die besonderen Ansprüche und Einreden aus dem zwischen Bürgen und Hauptschuldner jeweiligen bestehenden Rechtsverhältnisse vorbehält bei Entscheidung der Regressfrage. Die Bedeutung dieses Satzes ist: der Uebergang der Rechte des Gläubigers auf den Bürgen wirkt dem Schuldner gegenüber nicht, der Bürge kann diese Rechte nicht zur Ausübung bringen, wenn aus dem der Bürgschaft oder der Zahlung zu

Grunde liegenden Rechtsverhältniss hervorgeht, dass ein Ersatz ausgeschlossen sein soll, dass kein Grund zur Entschädigung vorliegt. Das ist der Fall, wenn die Hauptschuld im Interesse des Bürgen eingegangen ist. Das innere Verhältniss zwischen Bürgen und Schuldner war ein anderes, als wie es nach aussen durch die Bürgschaft dargestellt wurde. Der Bürge zahlte in Wirklichkeit keine fremde Schuld, sondern seine eigene.

Dem Gläubiger gegenüber wird sich der Bürge auf die Subrogation berufen können, sobald er ihn befriedigt hat, dem Schuldner gegenüber mit Erfolg nur, wenn das factische Schuldverhältniss einen Rückgriff rechtfertigt. Den Gläubiger berühren die inneren Beziehungen des Bürgen zum Schuldner nicht, er braucht sie nicht zu berücksichtigen und kann auch nicht seine Pflichten gegen den Bürgen, etwa die Vornahme der Handlungen, welche der Uebergang der Forderung ihm auferlegt (Art. 507), von der Möglichkeit eines Ersatzanspruches abhängig machen; Gründe, welche eine solche ausschliessen, kommen nur für die Wirkungen der Subrogation dem Schuldner gegenüber in Betracht, sofern sie nicht auch nach Aussen hervortreten. Wenn nämlich der Bürge nicht in eigenem Namen sondern in dem des Schuldners den Gläubiger befriedigt, etwa durch Verrechnung mit einer Forderung des Schuldners, so ist der Uebergang der Rechte des Gläubigers nicht mehr denkbar, da die Forderung des letztern durch den wirklichen Schuldner definitiv getilgt erscheint.

Der Eintritt des Bürgen in die Rechte des Gläubigers hat die Bestimmung, die richtige Ausgleichung zwischen Bürgen und Schuldner herbeizuführen; dieser Zweck der übergebenen Klage ist entscheidend für ihre Durchführung.

Nach demselben Gesichtspunkt, welcher für den Verlust des Rückgriffs massgebend ist, wird erledigt werden müssen die Frage nach dem Regress desjenigen Bürgen, welcher die Befriedigung des Gläubigers bewirkte, ohne selbst den ganzen Betrag der Forderung aufzuwenden.

Der Anspruch des Bürgen setzt voraus Befreiung des Schuldners durch Befriedigung des Gläubigers, die das Werk

Erlass,
Ver-
gleich.

des Bürgen ist. Wird hiefür verlangt eine wirkliche Aufwendung des Bürgen oder genügt die Thatsache, dass der Gläubiger vom Bürgen dazu gebracht wurde, seine Forderung gegen den Schuldner nicht mehr geltend zu machen?

Die Frage, inwiefern sich der Bürge auf Vergleich mit dem Gläubiger berufen könne, ob er den Hauptschuldner auf die ganze Schuld belangen dürfe, wenn er den Gläubiger mit einer geringeren Summe abgefunden hat, ist im gemeinen Recht streitig.¹⁾ Gesetzgeberisch ist sie gelöst im preuss. L. R. (I 14 § 340), welches festsetzt, dass der Bürge auf ein Mehreres, als er selbst gegeben hat, sich ohne ausdrückliche Cession an den Hauptschuldner nicht halten kann. In diesem Sinne wird auch nach O. R. zu entscheiden sein.

Das Gesetz lässt die Rechte des Gläubigers auf den Bürgen übergehen in demselben Masse, als letzterer den ersteren befriedigt. Also bei theilweiser Befriedigung Rückgriff im Masse derselben. Es fragt sich, nach welchem Massstabe sich die Befriedigung des Gläubigers bemesse, wovon dann der Uebergang der Rechte abhängt. Es kann nur der Betrag sein, den der Gläubiger vom Bürgen wirklich empfangen hat (vgl. Pr. L. R. I 14 § 339); denn soweit muss sich der Gläubiger als befriedigt ansehen; sich darüber hinaus befriedigt zu erklären, liegt in seinem freien Willen; er kann auf wirkliche Befriedigung verzichten. Der Wille des Gläubigers bestimmt auch, wem ein Verzicht von seiner Seite zu Gute kommen soll, ob nur dem Bürgen, oder ob auch dem Schuldner.

Der Rückgriff soll ja dem Bürgen Ersatz bringen für die Leistung, welche er gemacht, um eine fremde Schuld zu tilgen; dieser Zweck, dem die Subrogation dient, ist erreicht, wenn der Bürge erhält, was er in dieser Richtung ausgelegt hat. Auf Kosten des Schuldners bereichern soll er sich nicht; das würde geschehen, wenn der Bürge eine Forderung geltend

¹⁾ Diesen Punkt namentlich behandelt: Keil, zur Lehre vom ben. ced. act. etc. Vgl. Hasenbalg p. 709; Laurent 18, p. 31; 28, p. 248; Troplong p. 297 ff.; Gauthier p. 375 ff.; Demolombe 27, p. 278.

machen könnte, welche der Gläubiger selbst nicht ausüben wollte, welche nach dessen Absicht ihren definitiven Untergang finden sollte. Es ist nicht der Fall, der Bürge bereichert sich nicht auf Kosten des Schuldners, wenn er ein Recht zur Geltung bringt, das der Gläubiger zwar für sich nicht ausnützen, aber doch nicht untergehen lassen, sondern dem Bürgen zuwenden wollte, diesem letztern die Eintreibung vom Schuldner überlassend. Dann bereichert sich der Bürge, aber auf Kosten des Gläubigers und mit dessen Willen.

Der Gläubiger kann über sein Recht verfügen; soll es zu Gunsten des Bürgen geschehen, so muss seine Absicht constatirt sein; andernfalls wird sich ein Verzicht auf die Forderung überhaupt beziehen und den Schuldner definitiv befreien. Der Wille des Gläubigers entscheidet, ob der Bürge über das hinaus, was er bezahlt hat, die Forderung erworben habe, er kann aber nicht das Mass der Subrogation bestimmen; denn diese ist Eintritt in die Forderung von Gesetzeswegen, eine vom Willen des Gläubigers unabhängige Folge der Thatsache, dass der Bürge zahlt. Im Verhältniss der Zahlung findet gesetzlicher Uebergang der Rechte statt; was nicht bezahlt wurde, muss vom Gläubiger übertragen werden, die Forderung muss cediirt werden, um ohne Zahlung, also ohne Subrogation, auf den Bürgen überzugehen. Nur die Zahlung ist Grund des Ersatzes, darüber hinaus findet kein Rückgriff statt. Schenkt der Gläubiger dem Bürgen eine Forderung gegen den Hauptschuldner, lässt er sich abfinden, so kann sich der Bürge, um den Schuldner zu belangen, nur auf Cession berufen, nicht auf seine Bürgenqualität.

Der Massstab für Eintritt der Subrogation ist demnach der Betrag dessen, was der Bürge zahlt nach dem objectiven Werth der Leistung, es ist massgebend die Zahlung als Erfüllung. An Stelle der fehlenden Subrogation kann ausdrückliche Cession treten, gänzliche Abtretung der Forderung ohne jede Leistung des Bürgen, Schenkung im ganzen Betrage des vom Schuldner Erhältlichen oder Abtretung nur eines Theiles der Forderung, der nicht durch Zahlung übergeht. Es kann auch ein anderes Motiv als Schenkungsabsicht die Abtretung

veranlassen. Der Gläubiger überlässt dem Bürgen die ganze Forderung, obwohl er nicht den ganzen Betrag derselben erhält, weil er gerade darin seinen Vorthail findet. Er schliesst einen Vergleich mit dem Bürgen, wonach er ihm die Forderung abtritt gegen eine bestimmte Gegenleistung. Die Zahlung wirkt hier als Aequivalent weiter denn als Erfüllung. Denn ihr Werth kann Sache der Vereinbarung sein. Die Zahlung des Bürgen, sofern sie dem Gläubiger einen höheren Werth repräsentiert, als ihr objectiver Inhalt darstellt, ist nach dieser Richtung auch in ihren Folgen durch Abrede zu bestimmen; sie kann die Function des reinen Kaufpreises haben, dessen Gegenwerth nach Vertrag Cession einer Forderung ist. Ihrem objectiven Werthe nach muss die Zahlung zugleich Erfüllung sein, mit der ipso jure wirkenden Folge der Subrogation, denn soweit ist „solutionis nomine“ geleistet,¹⁾ in diesem Masse erfolgt gesetzlicher Uebergang der Forderung; inwiefern die Leistung auch „pretii loco accipitur“, somit Aequivalent für Uebertragung der Forderung sein soll, das ist Gegenstand des Rechtsgeschäftes, abhängig vom Willen der Parteien.

Demnach ist wirkliche Cession nöthig, damit der Bürge aus vergleichsweise oder schenkungshalber ihm gewährten Erlass der ganzen Forderung oder eines Theiles derselben Rechte gegen den Schuldner geltend machen kann. Für die practische Anwendung dieses Grundsatzes können sich Schwierigkeiten ergeben, indem oft schwer wird zu sagen sein, ob der Gläubiger dem Bürgen die Forderung abtreten wollte oder nicht. Der Bürge beweist die Befriedigung des Gläubigers durch Quittung; weist nun der Schuldner nach, der Bürge habe gar nicht so viel geleistet, als quittiert worden, so kann sich dieser auf Cession berufen, welche aber, um gegen den Schuldner zu wirken, beurkundet sein muss; blosser Quittung wird hiezu nicht genügen. Ob der Bürge vom Gläubiger eine Cession verlangen kann, bestimmt sich nach der zwischen ihm und dem Gläubiger geschlossenen Vereinbarung;

¹⁾ L. 5, § 2 D. quibus modis pignus. 20, 6.

dem Schuldner sowie Dritten gegenüber wirkt nur der äusserlich hervortretende Erfolg derselben, die Cessionsurkunde; Art. 184.

Dass aus der Subrogation dem Zahlenden ein Anspruch nur zustehe im Betrag des wirklich Geleisteten, ist im Allgemeinen auch Ansicht der französischen Jurisprudenz, welche gerade darin einen Unterschied der Subrogation von der Cession erblickt. Nur kann nach franz. Recht der Bürge, dem der Gläubiger eine Zuwendung machen will, seinen Regress auch mit der Mandatsklage nehmen. So entschied ebenfalls das römische Recht.¹⁾ Die für den Schuldner gemachte Aufwendung als Grund der *actio mandati* muss hier gefunden werden in der Thatsache, dass in der Person des Bürgen die Veranlassung zur Befreiung des Schuldners vom Gläubiger liegt. Das practische Resultat ist dasselbe wie nach O. R. Die cedierte Klage ist im gemeinen Recht durch die *actio mandati* beschränkt. Wenn auch „der Bürge als Cessionar nicht blos Schadloshaltung, sondern volle Befriedigung der Hauptschuld verlangen kann“,²⁾ so ist er über das Geleistete hinaus jedenfalls Cessionar nur, wenn ihn der Gläubiger dazu machen wollte. Der Wille des Gläubigers ist also das Entscheidende. Einen selbständigen Ersatzanspruch kann jedoch nach O. R. der Bürge nicht aus dem Willen des Gläubigers ableiten, da das Gesetz einen solchen an die Thatsache der Zahlung bindet. Die Absicht des Gläubigers, ihn darüber hinaus in den Stand zu setzen, durch Ausübung seiner Rechte einen Rückgriff zu nehmen, kann sich nur durch ausdrückliche Abtretung kund thun.

Bis dahin wurden die Voraussetzungen besprochen, unter welchen dem Bürgen ein Ersatzanspruch gegen den Schuldner entsteht, wurde festgestellt, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit der Schuldner einen Rückgriff anerkennt. Es ist nun zu untersuchen, wann der Gläubiger einen solchen muss zur Entstehung gelangen und einen entstandenen muss

¹⁾ L. 10, § 13 D. mand. 17, 1.

²⁾ Baron, Pandecten § 260.

wirksam werden lassen. Das Gesetz sagt, dass auf den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt, die Rechte desselben übergehen. Wir sahen, die Befriedigung des Gläubigers muss gewisse Eigenschaften haben, um einen wirksamen Rückgriff zu begründen; das dem Schuldner gegenüber. Wie muss die Leistung des Bürgen beschaffen sein, um dem Gläubiger als Befriedigung zu gelten?

Der Bürge verpflichtet sich dem Gläubiger, für die Erfüllung der Hauptschuld einzustehen, er muss und kann also leisten, wie der Hauptschuldner leisten müsste und könnte, zugleich aber, wie er, der Bürge leisten muss, um seiner bürgschaftlichen Pflicht zu genügen. Die letztere kann die Bürgschaftsschuld im Vergleich zur Hauptschuld modificieren. Die Haftung des Bürgen kann qualitativ und quantitativ eine stärkere oder eine begrenztere sein als die des Schuldners. Darnach bestimmt sich die Pflicht und das Recht des Bürgen, den Gläubiger zu befriedigen, was Ort, Zeit, Art der Leistung betrifft. Der Gläubiger kann vom Bürgen Erfüllung verlangen, wo, wann und wie er sie vom Hauptschuldner verlangen könnte, und muss sie auch so annehmen, beides wenn nicht der Bürgschaftsvertrag anderes bestimmt.

Zu bemerken ist, dass der Bürge, welcher Annahme der Befriedigung verlangen kann, sobald die Hauptschuld fällig ist, sich auf die Fälligkeit der Hauptschuld stets berufen kann, während nicht alle Gründe der Fälligkeit der Hauptschuld auch gegen ihn wirken. Während der Concurs des Hauptschuldners die Fälligkeit der noch nicht verfallenen Forderung dem Bürgen gegenüber nicht bewirkt, kann der letztere bei Fälligkeit der Hauptschuld jederzeit, also auch, wenn dieselbe eine Folge des Concurses des Hauptschuldners ist, Annahme der Befriedigung vom Gläubiger verlangen.¹⁾

Theil-
zahlung
des
Bürgen.

Die gehörig angebotene Befriedigung muss der Gläubiger annehmen vom Bürgen wie vom Schuldner, durch sie entsteht dem Bürgen, der den Gläubiger bezahlt, ein Rückgriff

¹⁾ Art. 509, 500. A. M. Schneider im Commentar Note 1 zu Art. 509.

gegen den Schuldner unabhängig vom Willen dieses Gläubigers. Muss nun der letztere einen dem Schuldner gegenüber zur Entstehung gelangten Anspruch des Bürgen aus der Bürgschaft auch gegen sich selbst wirken lassen? Diese Frage erhebt sich für den Fall, da der Bürge einen Rückgriff erworben hat und doch der frühere Gläubiger noch Gläubiger des Schuldners ist, also bei theilweiser Befriedigung, theilweiser Zahlung der Hauptschuld durch den Bürgen.¹⁾

Wenn der Bürge seinen Rückgriff neben der Forderung des unvollständig befriedigten Gläubigers geltend machen kann, so gereicht das dem letzteren zum Schaden für den Fall, dass das vom Schuldner Erhältliche nicht zur Befriedigung beider ausreicht.

Der Fall ist practisch. Sowohl die Hauptschuld als die bürgschaftliche Haftung können so beschaffen sein, dass der Gläubiger unvollständige Befriedigung annehmen muss, d. h. dass eine Theilzahlung gehörig angebotene Erfüllung ist; der Gläubiger kann auch unvollständige Befriedigung annehmen wollen, obwohl er gleichzeitige Tilgung der ganzen Schuld fordern könnte, indem er oft froh genug sein wird, nur eine theilweise Leistung zu erhalten. Der Gläubiger muss eine Theilzahlung annehmen, nicht nur im Wechselrecht, nach dessen singulärer Bestimmung der Inhaber des Wechsels eine Theilzahlung nicht zurückweisen darf (Art. 757), sondern auch sonst immer, wenn nicht die gesammte Schuld liquid und fällig ist (Art. 78), er muss also auch vom Bürgen annehmen die Zinsen einer zinsbaren oder die einzelnen Theile einer ratenweise zurückzuzahlenden Hauptschuld. Ferner kann in der Erfüllung der ganzen bürgschaftlichen Verpflichtung nur eine Theilzahlung liegen, wenn der Bürge von vornherein nur einen Theil der Hauptschuld verbürgte, oder wenn er als Mitbürge die Einrede der Theilung hat. Dazu kommt noch der Fall, dass der

¹⁾ Für das Folgende vgl.: Die citierte Abhandlung von Goldschmidt in Ztschr. f. H. R. — Schollmeyer p. 56 ff.; Troplong p. 317 ff.; Laurent 18 p. 166, 28 p. 257; Gauthier p. 55 ff.; Demolombe p. 605 ff.; Mourlon in Revue etc. I p. 537 ff.

Bürge in Concurs fällt, wo dann der Gläubiger eine Theilzahlung von ihm als definitive Leistung annehmen muss.

Die Concurrenz des theilzahlenden Bürgen entzieht dem unvollständig befriedigten Gläubiger stets etwas von dem, was er vom Schuldner erhalten hätte, in dem Falle, wo das vorhandene Vermögen des letzteren den Ansprüchen beider nicht genügt. Namentlich tritt dies zu Tage, wenn der Bürge in die Rechte des Gläubigers eintritt und damit Antheil nimmt an etwaigen Privilegien und Sicherheiten, deren Geltendmachung die Restforderung des Gläubigers gedeckt hätte, nun aber nicht der letzteren und dem daneben auftretenden Rückgriff des Bürgen zugleich volle Befriedigung verschaffen kann. Der Schuldner ist im Concurs, die Aussicht des Gläubigers, doch den ganzen Betrag seiner Forderung zu erhalten, beruht auf einem Pfand; nun müsste er den Erlös desselben, der vielleicht gerade für ihn hinreichte, mit dem Bürgen, der ihn zur Hälfte befriedigt hat, theilen und würde so zu kurz kommen.

Nicht nur bei der Bürgschaft, sondern überall, wo durch Zahlung die Rechte des Gläubigers übergehen, wird das Verhältniss des Theilzahlenden zum bisherigen Gläubiger und seine Regelung wichtig. Es ist vorerst zu untersuchen, ob eine derartige Beschränkung des Gläubigers durch denjenigen, welcher in seine Forderung zum Theil eingetreten, nach dem Wesen und dem Begriff der Subrogation möglich ist.

Es ist nicht ganz richtig, die Frage so zu stellen, ob die Subrogation dem Gläubiger schaden dürfe; es ist dies in der That nie der Fall. Auch wenn ein Dritter pro parte einer Theilzahlung in die Rechte des Gläubigers eintritt und auf Erlös eines Pfandes Anspruch machen kann, erhält der Gläubiger immer mehr, als er ohne die Zahlung bekommen hätte. Die Theilzahlung, auch mit Subrogation, schadet also dem Gläubiger nicht, sie ist ihm nur weniger werth, als wenn sie nicht den Eintritt des Zahlenden in seine Rechte zur Folge hätte. Nachtheilig ist dem Gläubiger der Rechtssatz, dass durch Zahlung Jemand verhältnissmässigen Eintritt in seine Rechte erlange. Diesen Rechtssatz kann das Gesetz

ausschliessen. So ist die Bestimmung zu verstehen, welche der Code Nap. für die Subrogation aufstellt. Art. 1252: „elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie“, was dahin näher erläutert wird: „en ce cas il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel“. Also bei theilweiser Befriedigung durch einen Dritten geht der Gläubiger in Geltendmachung seiner Restforderung dem subrogierten Theilzahler vor. Das ist ein klarer Satz, und seine Geltung für die Subrogation im Allgemeinen enthebt das französische Recht der Nothwendigkeit, dieselbe im einzelnen Fall zu untersuchen. Der Code hat durch Aufnahme der betreffenden Vorschrift die herrschende Meinung der früheren französischen Jurisprudenz sanctioniert, welche in dem Ausspruche Dumoulin's wiedergegeben war: *creditor non videtur cessisse contra se*.

Wenn diese Maxime als nothwendiger Grundsatz aus der Subrogation selbst sich ergibt, so wird sie auch gelten müssen, wenn keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung sie vorschreibt. Es fragt sich, ob dem so ist. Man darf diese Frage nicht verwechseln mit derjenigen nach dem, was nützlich oder billig sei;¹⁾ derartige Rücksichten können eine Bestimmung sehr wünschbar machen, juristisch begründet ist sie durch sie allein nicht. Die französischen Schriftsteller, welche den Satz des Code aus dem Begriff der Subrogation abzuleiten sich bemühen, argumentieren damit, dass die Subrogation eine Zahlung sei und zwar für den befriedigten Gläubiger nur Zahlung, d. h. Tilgung der Obligation. Die fingierte Cession, welche das Gesetz damit verbinde, alteriere den Character der Zahlung nicht. Dem Gläubiger gegenüber könne sich der Subrogierte nicht auf die Fiction der Fortexistenz berufen, daher der Gläubiger vorgehe. Es ist eine annehmbare Construction, welche die Gestalt der Sache im französischen Recht überzeugend erklärt. Sie ist aber nicht die unbedingt gegebene, für jede gesetzliche Regelung der

¹⁾ Von diesem Standpunkte aus entscheidet Schollmeyer (p. 56) zu Gunsten des Gläubigers.

Subrogation massgebende. Der juristische Vorgang bei derselben lässt sich auch so denken: Die Zahlung tilgt die Forderung nur für den Gläubiger; die Forderung wird abgelöst von ihm und geht, wie sie bei ihm bestand, tale quale auf den Zahler über, der nun an Stelle des alten Gläubigers tritt als neuer Gläubiger. Die übergegangenen Rechte werden ja nie gegen den Gläubiger geltend gemacht, höchstens neben ihm, wie die jedes Dritten, und als solcher gilt nun der Subrogierte. Eine Theilzahlung ist eine quantitativ von der Zahlung des Ganzen verschiedene Zahlung, aber jedes Stück Zahlung wirkt gleich; jeder Theil der Forderung wird durch Ablösung vom bisherigen Gläubiger selbständig als eigene mit jedem andern Theile gleichwerthige Forderung.

So fasst in der That die Sache auf das italienische Civilgesetzbuch. Im Allgemeinen eine eng an das Original sich anschliessende Uebertragung des Code Nap., giebt es eine wörtliche Uebersetzung des Abschnittes über die Subrogation, ersetzt aber im letzten Artikel desselben die citierte Stelle des Code Nap. durch die Bestimmung: „il creditore che fu solo in parte soddisfatto, e colui che gli fece il pagamento in parte, concorrono insieme a far valere i loro diritti in proporzione di quanto è ai medesimi dovuto“. Art. 1254₂.

Vom legislativen Standpunkt aus darf man wohl dem System des Code Napoléon Recht geben trotz dem energischen Widerspruch, den das Vorzugsrecht des subrogierenden Gläubigers in der französischen Jurisprudenz selbst gefunden hat¹⁾. Nur folgt dasselbe nicht ohne weiteres aus der Subrogation. Der Grund des Vorzugs, der dem Gläubiger gewährt wird, ist vielmehr in Billigkeitsrücksichten zu suchen, das geben eigentlich auch die französischen Juristen zu. Denn fragen wir, warum die Forderung des Theilzahlers neben der Restforderung des Gläubigers nicht zur Geltung komme, so erhalten wir die Antwort: weil die Subrogation aus Billigkeit zu Gunsten des Zahlenden eingeführt sei und darum keine

¹⁾ S. Demolombe p. 606 ff.

nachtheiligen Folgen für den Gläubiger haben könne.¹⁾ Dabei muss man aber stehen bleiben; der weitere Grund, der für das Vorzugsrecht des Gläubigers ins Feld geführt wird, dass nämlich die Zahlung des Dritten für den Gläubiger denselben Effect haben müsse, wie wenn der Schuldner selbst zahlte²⁾, dieser Grund enthält eine *petitio principii*, die Behauptung ist auch gar nicht wahr, wenn, wie im französischen Recht der Fall ist, der Zahlende einen selbständigen Ersatzanspruch erwirbt und mit diesem den Gläubiger beschränkt.

Es scheint allerdings der Billigkeit zu entsprechen, dass die Zahlung eines Dritten, welche dem Gläubiger kann aufgedrungen werden, den letzteren nicht schlechter stellt als die Zahlung des Schuldners. So hat der Code civil in Bezug auf die Subrogation positiv festgesetzt. Allein da man getheilte Meinung sein kann, was billig sei, so lässt sich die Bestimmung eines Vorzugsrechtes für den theilweise befriedigten Gläubiger zwar mit dem Wesen der Subrogation in Einklang bringen, als absolut nothwendiges Postulat ist sie nicht aufzustellen.

Die Befriedigung des Gläubigers, klar in ihren Folgen, wo sie nur Erfüllung, oder wo sie nur Uebertragung der Forderung bewirkt, führt zu Schwierigkeiten, wo sie beides zugleich in sich schliesst und die beiden verschiedenen Wirkungen in Conflict kommen können, wie es hier bei der unvollständigen Befriedigung des Gläubigers der Fall ist. Verschiedene Consequenzen sind denkbar, wenn nicht die Gesetzgebung klar für die eine oder die andere sich entscheidet.

Das römische Recht löst die vorliegende Frage nicht. Die Subrogation in der modernen Gestalt ist ihm fremd, und da, wo sich Anlass zu einem analogen Fall ergab, bei der hypothecarischen Succession, haben uns die Römer keinen unsere Frage entscheidenden Ausspruch hinterlassen. Es spricht Vieles für den Vorrang desjenigen, der von einem

¹⁾ So schon Dumoulin: *Istud jus non fundatur nec debetur stricto jure, sed ex aequitate; et specialiter ex illa aequitate, ut saltem is qui petit cessionem consequatur quod sine dispendio cedentis futurum est. De usuris, qu. 89. cf. L. 38 D. de evict. 21, 2.*

²⁾ Demolombe p. 608.

nachfolgenden Pfandgläubiger theilweise abgefunden worden ist; aber auch im gemeinen Recht wird die gegentheilige Meinung verfochten, welche dem einrückenden Gläubiger gleiche Priorität mit dem unvollständig befriedigten zuweist (s. Windscheid Pand. § 233^b n. 9.).

Aus dem Begriff der Subrogation kann man also ein Vorrecht des Gläubigers vor dem Theilzahler nicht als nothwendige Folge ableiten. Es fragt sich, ob ein solches für unseren speciellen Fall, wo der subrogierte Theilzahler ein Bürge ist, nicht doch Platz greifen müsse aus Gründen, die ausserhalb der Subrogation liegen. Folgt es aus der Bürgschaft, dass der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung dem Bürgen vorgehe, so muss das, abweichende gesetzliche Vorschrift vorbehalten, auch gelten, wenn der Bürge seinen Rückgriff durch Subrogation nimmt.

Erwägungen dieser Art führen Goldschmidt dazu, dem Bürgen jeden Eintritt in die Rechte des Gläubigers zu versagen, bevor dessen gänzliche Befriedigung erreicht ist; seiner Ansicht sind das Reichs-Oberhandelsgericht und das Reichsgericht beigetreten (Entsch. des R. O. H. G. XXI 67. — Entscheid des R. G. in Civilsachen VIII 73.).

Den Ausführungen Goldschmidts ist nicht beizupflichten, soweit sie sich auf die Subrogation im Allgemeinen beziehen; er geht davon aus, dass diese dem Gläubiger nicht schaden dürfe, und macht so das *thema probandum* zum Beweisgrund. Aber darin ist ihm Recht zu geben, dass die Subrogation des Bürgen nicht den Rechten des Gläubigers präjudicieren kann, weil dies dem Begriff der Bürgschaft zuwider wäre. Damit stimmt im Princip überein das römische Recht, welches entscheidet (L. 2 C. de fidej. 8. 41), dass der Bürge, der für eine pfandversicherte Forderung haftete, Cession des Pfandrechts nicht verlangen kann, wenn dasselbe dem Gläubiger auch zur Sicherheit für andere Forderungen gegen denselben Schuldner dient, der Bürge müsste denn diese gleichfalls einlösen. Das *beneficium ced. act.* ist eine *exceptio doli*¹⁾;

¹⁾ Savigny O. R. I. p. 242 n. 9.

ein dolus wäre es, wenn der Gläubiger sich weigerte, den Bürgen durch die Cession seiner Rechte zu unterstützen, wo diese ihm selbst keinen Nachtheil bringt; mehr ist von ihm nicht zu verlangen.

Wenn jedoch der Uebergang der Rechte auf den Bürgen von Gesetzes wegen stattfindet, darf man sich nicht mehr ausdrücken, der Gläubiger könne dem Bürgen den Eintritt in die Forderung versagen¹⁾; die Subrogation erfolgt vielmehr in jedem Fall, allein trotzdem der Bürge in die Rechte des Gläubigers eintritt, geht er doch diesem in der Geltendmachung derselben nach, weil das die Grundsätze der Bürgschaft so mit sich bringen.

Wir müssen noch weiter gehen und dem Gläubiger den Vorrang sichern, nicht nur dem Anspruch gegenüber, welchen der Bürge durch Subrogation gewinnt, sondern vor jedem Rückgriff. Es widerspricht dem Wesen der Bürgschaft, dass der Bürge vom Schuldner etwas erhalte, so lange der Gläubiger noch nicht vollständig befriedigt ist. Wenn man dem Bürgen bei unvollständiger Befriedigung des Gläubigers nur die Subrogation abspricht, ihm aber eine sonstige Ersatzklage vorbehält²⁾, so giebt man ihm, was man mit einer Hand genommen hat, mit der andern wieder und ist auch genöthigt, bei der Subrogation die Priorität des Gläubigers auf gesicherte Forderungen zu beschränken.³⁾ Bei einer nicht gedeckten Schuld kommt es aber für den Gläubiger ganz auf dasselbe heraus, ob der Bürge durch Subrogation oder mit einer selbständigen Klage neben ihn tritt.

Das O. R. enthält allerdings keine Bestimmung, wonach der nicht vollständig befriedigte Gläubiger dem Bürgen mit der Restforderung vorgehen solle; weder für die Subrogation im Allgemeinen noch bei der Bürgschaft ist davon die Rede. Das Gesetz scheint vielmehr für die verschiedenen Fälle des gesetzlichen Uebergangs der Forderung infolge Zahlung, bei

¹⁾ Goldschmidt p. 419.

²⁾ Goldschmidt p. 413.

³⁾ Laurent p. 169 t. 18. Gauthier p. 59.

der Solidarschuld und bei der Bürgschaft besonders deutlich, den theilweisen Eintritt des Zahlers zu gleichem Recht mit dem Gläubiger aussprechen zu wollen.¹⁾ Man kann daher nicht schlechtweg behaupten, dass bei der Subrogation im Fall theilweiser Einlösung der vom Dritten erworbene Theil der Forderung der Restforderung des ursprünglichen Gläubigers im Rang nachgehe; ob der Richter gegebenen Falls auch ohne gesetzliche Vorschrift in letzterem Sinne entscheiden wird und kann, ist nicht so ausser Zweifel, wie Haberstick annimmt (Handbuch des O. R. I. p. 207). Dagegen ergibt sich aus dem Wesen und Begriff der Solidarschuld wie der Bürgschaft, dass bei diesen Rechtsverhältnissen der Eintritt des Mit- oder Nebenschuldners in die Forderung nicht den Erfolg haben darf, die Aussicht des Gläubigers, für den unbezahlten Theil der Schuld vom Hauptschuldner befriedigt zu werden, zu verringern.

Der Bürge, welcher für Erfüllung der Hauptschuld einzustehen sich verpflichtet, überhaupt jeder Solidarschuldner, bleibt dem Gläubiger so lange verhaftet, bis die ganze Forderung getilgt ist.²⁾ Der Gläubiger greift aber, wenn er von dem einen Verhafteten nicht den ganzen Betrag seiner Forderung erhält, auf den andern, ohne dadurch das Recht zu verlieren, für den Rest weiter auf den ersten zurückzukommen und so fort. Er bekommt Alles, was er fordern kann, wenn nur einer der Schuldner zahlungsfähig bleibt; in diesem Fall ist es gleichgiltig für ihn, ob die Schuldner unter einander Regress genommen haben; was er infolge dessen von dem einen weniger erlangt hat, muss ihm der andere mehr geben. Die Möglichkeit eines definitiven Verlustes entsteht für den Gläubiger nur, wenn von allen Schuldnern keiner mehr im Stande ist, seiner Verpflichtung nachzukommen, wenn der Hauptschuldner und der Bürge zahlungsunfähig werden.

¹⁾ Art. 168: „Auf den regressberechtigten Solidarschuldner gehen in demselben Masse, als er den Gläubiger befriedigt hat, alle Rechte desselben über.“ Vgl. Art. 504.

²⁾ Art. 489. 499. 163.

Um für diese Eventualität den Gläubiger vor Schaden möglichst zu bewahren, gestattet ihm das Gesetz, im Concourse jedes Solidarschuldners die ganze Forderung geltend zu machen; Art. 167. Nicht nur tritt die Masse eines Schuldners durch die in Form einer Concursdividende oder Accordrate geleistete Theilzahlung nicht neben den Gläubiger, sondern die Theilzahlung hat nicht einmal die Wirkung, den Anmeldungsbeitrag der Forderung zu vermindern. So lange der Gläubiger nicht voll befriedigt ist, kommt der Rückgriff der Solidarschuldner unter einander gar nicht in Betracht; denn neben der angemeldeten ganzen Forderung des Gläubigers wird sich die Creditorenschaft nicht noch den Regressanspruch eines Mitschuldners oder Bürgen gefallen lassen, indem sonst die gleiche Forderung zweimal erschiene. Die Bestimmung, dass trotz theilweiser Befriedigung die ganze Forderung im Concourse berücksichtigt wird, dass neben ihr ein Rückgriff überhaupt nicht, auch nicht dem Schuldner gegenüber, zur Geltung kommt, ist eine positive Ausnahme, welche das Gesetz für den bestimmten Fall des gleichzeitigen Concurses mehrerer Solidarschuldner vorschreibt. Dagegen kommt eine Regressforderung neben der Forderung des Gläubigers zur Entstehung, wenn ein rückgriffsberechtigter Solidarschuldner eine Theilzahlung geleistet hat, bevor der Mitschuldner in Conkurs gerathen ist. Um den Betrag der erhaltenen Zahlung verringert sich die Hauptforderung; in dieser Höhe tritt ein Anspruch gegen den Schuldner, welcher dem Rückgriff ausgesetzt ist, in Kraft.¹⁾

Nun ist doch in erster Linie der Gläubiger zu befriedigen; für Alles, was er nicht erhält, bleibt ihm ja der Anspruch an den Mitschuldner oder den Bürgen. Nimmt der Letztere etwas vom Hauptschuldner, so erhöht er den Betrag, den er schliesslich wird zu tragen haben, um so viel, als seine Concurrenz den Antheil des Gläubigers an dem vom Hauptschuldner Erhältlichen verringerte. Das Vermögen des Schuldners oder der Erlös eines Pfandes würde vielleicht aus-

¹⁾ Vgl. Entsch. des R. G. in Civils. IX. 14.

reichen, den Gläubiger endgiltig zu befriedigen; fällt ein Theil davon an den regressberechtigten Mitschuldner, so bleibt dem Gläubiger eine Restforderung, mit welcher er nun wieder an diesen Mitschuldner gelangen muss. Es scheint richtiger, den Umweg zu vermeiden, indem man bis zur vollen Befriedigung des Gläubigers gar nichts in das Vermögen des Bürgen gelangen lässt; so wird auch der Gläubiger nicht dem Risiko ausgesetzt, den Antheil, den der Bürge erhalten hat, durch dessen Unfähigkeit zur Wiedererstattung definitiv zu verlieren. Der einzige Fall, in welchem die Concurrenz des Bürgen dem Gläubiger zuletzt wirklich Schaden brächte, ist ja der Concurs des erstern, welcher den Bürgen factisch der Pflicht enthebt, dem unvollständig befriedigten Gläubiger den ganzen Betrag des vom Schuldner Erhaltenen wieder herauszugeben.

Lässt man den Bürgen wie einen neuen Gläubiger neben den alten unvollständig befriedigten treten, so hat seine Zahlung unter Umständen eine ganz verschiedene Wirkung je nach dem Zeitpunkt, in dem sie geschieht. Das Regelmässige wird sein, dass der Bürge nach Realisierung der Forderung beim Hauptschuldner auf den entstandenen Ausfall angegangen wird; der Rückgriff hat hier für den Gläubiger keine Folgen; der ganze Betrag der Hauptforderung ist zur Geltung gekommen, der ungetilgte Rest fällt auf den Bürgen. Zahlt hingegen der letztere dieselbe Summe, welche er in jenem Falle tragen müsste, als Theilzahlung vor dem Hauptschuldner, so macht er nun seinen Rückgriff anstatt nach dem Gläubiger neben diesem geltend und theilt mit gleichem Anrecht auf etwaige Sicherheiten das beim Schuldner Vorhandene; fällt er in Concurs, so hat der Gläubiger das Nachsehen.

In jedem Falle hat doch die Zahlung des Bürgen denselben Character und sollte für den Gläubiger, einerlei, in welchem Moment sie geschieht, denselben Effect haben.

Ein Vorrecht des Gläubigers auf Befriedigung durch den Hauptschuldner vor dem Bürgen oder vor dem Mitschuldner entzieht diesem letztern nicht etwa überhaupt den Rückgriff; er geht damit nur dem unvollständig befriedigten Gläubiger

nach. Dem Schuldner sowie den andern Gläubigern gegenüber kommt sein Regress, kommen die auf ihn übergegangenen Vorrechte der Forderung zur Geltung; zu seiner eigenen Befriedigung aber dienen sie erst, wenn der Gläubiger voll befriedigt ist. Erst ein etwaiger Ueberschuss über dessen Restforderung fällt dem Mitschuldner oder dem Bürgen zu.

So lange der Gläubiger noch etwas zu fordern hat, ist auch der Bürge ihm gegenüber noch Schuldner; der Bürge soll nicht vom Hauptschuldner nehmen können, was er nach klarer Gesetzesbestimmung dem Gläubiger zu ersetzen verpflichtet wäre. Der Eintritt in die Rechte des Gläubigers darf nicht zu einem andern Ergebnisse führen. Die Subrogation ist Mittel, dem Zahlenden Ersatz zu verschaffen, sie wirkt, soweit dem unterliegenden Verhältniss nach ein solcher gerechtfertigt ist; sie muss dem Subrogierten versagen demjenigen gegenüber, welchem er selbst ersatzpflichtig wäre, wenn er etwas erhielte. Die Subrogation wirkt nicht gegen den Gläubiger, das heisst gegen den, der auch für den Subrogierten noch Gläubiger ist. Seinem eigenen Gläubiger gegenüber würde sich der Anspruch des Zahlenden aus der Subrogation compensieren; er kann nur so geltend gemacht werden, dass er mit dem Anspruch des Gläubigers nicht in Conflict kommt. Eine Forderung aus der Subrogation kann nicht geltend gemacht werden demjenigen gegenüber, der aus demselben unterliegenden Verhältniss auf den Subrogierten zurückgreifen kann.

In Anwendung dieses allgemeinen Grundsatzes versagt unter Umständen die Klage aus der Subrogation gegen den Schuldner,¹⁾ es entsteht gleichfalls kein Recht für den Subrogierten im Verhältniss zum ursprünglichen Gläubiger, wenn er zugleich Schuldner desselben ist.

Nicht immer bei der Subrogation ist der ursprüngliche Inhaber der Forderung auch Gläubiger des Zahlenden; wo es nicht der Fall ist, also wo eine noch nicht in der betreffenden Obligation verhaftete Person unter den vom Artikel 126 bezeichneten Umständen den Gläubiger befriedigt, wird nach

¹⁾ Vgl. oben p. 34

O. R. diesem Dritten der Eintritt in die Forderung zu gleichem Recht mit dem Gläubiger kaum verweigert werden können. Der bisherige Gläubiger des Hauptschuldners ist zugleich Gläubiger des Zahlenden, wenn letzterer schon in der Obligation stand, er ist es für den Solidarschuldner und den Bürgen, und bleibt es ihnen gegenüber bis zu seiner vollen Befriedigung. Ihnen geht er vor, bis seine ganze Forderung erfüllt ist.

Das Vorrecht auf Befriedigung in erster Linie besteht für den Gläubiger ohne Unterschied, welcher Art die Forderung sei, und auf welche Weise der Bürge seinen Rückgriff ausübe, es kann aber nach dem Vorhergehenden nur dem Bürgen gegenüber geltend gemacht werden, welcher nach der Zahlung noch Schuldner bleibt, nicht gegen denjenigen, der zwar nur einen Theil der Hauptschuld, damit jedoch seine ganze Bürgschaftsschuld getilgt hat, den sogenannten Theilbürgen, welchen in dieser Beziehung das römische Recht, wie das französische Recht, dem Bürgen, der seiner eigenen Verpflichtung nur theilweise nachkommt, gleichstellt.¹⁾

Materiell erscheint es also begründet, den Gläubiger vor dem Bürgen oder Solidarschuldner, der ihm eine Theilzahlung leistet, zur Befriedigung gelangen zu lassen; ihm gebührt, bis zur Tilgung seiner ganzen Forderung, was jene vom Schuldner erhalten würden. Wie die Priorität des Gläubigers zur Ausübung kommen soll, ohne dass dadurch den Rechten des Bürgen gegen den Hauptschuldner und gegen Dritte vorgegriffen wird, diese Frage gehört ins Concursrecht.²⁾

¹⁾ L. 2 C. de fidej. 8. 41.

²⁾ Der Entwurf des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Concurs entscheidet in obigem Sinne:

Art. 224 (des Entw. des Bundesrathes vom 23. Februar 1886, 217 des Entwurfes nach den Beschlüssen der ständerätlichen Commission):

„Hat Jemand, welchem mehrere Personen für die gleiche Schuld verpflichtet sind, eine Theilzahlung erhalten, so kann er im Concourse seines Schuldners nur für den Rest seiner Forderung als Gläubiger auftreten.“

Dagegen wird ein Mitschuldner oder Bürge, welcher die Theilzahlung geleistet hat, für den Betrag derselben unter die Concursgläubiger aufgenommen. Es hat jedoch der Gläubiger das Recht, Anweisung auf den

Der Vorrang des Gläubigers vor dem theilzahlenden Bürgen lässt sich für das O. R. behaupten, weil er aus den vom Gesetz über die Bürgschaft und die Solidarschuld aufgestellten Grundsätzen abzuleiten ist und keinem für den gesetzlichen Uebergang der Forderung gegebenen Rechtssatz widerstreitet. Die Worte der Artikel 168₃ und 504: „in derselben Masse, als er den Gläubiger befriedigt“, gehen die Rechte desselben auf den regressberechtigten Solidarschuldner über, sind nicht nothwendig zu verstehen als Ausdruck des Gedankens, der Zahlende trete in jedem Fall dem Gläubiger gleichberechtigt zur Seite im Verhältniss der Zahlung, sondern beziehen sich auf das Mass des dem Schuldner gegenüber entstehenden Anspruches des Bürgen. Soweit Befriedigung, soweit Regress, jeweilen *jusqu'à concurrence de ce qu'il a payé*. Dem Verhältniss des zahlenden Solidarschuldners zum Gläubiger bei Theilzahlungen ist damit nicht präjudiciert.¹⁾

Die Stellung des Gläubigers zum Bürgen kann, auch für den Fall unvollständiger Befriedigung des ersteren, Gegenstand genauerer freier Vereinbarung sein, welche die gegenseitigen Pflichten und Rechte näher fixiert und ergänzend in etwaige Lücken der Gesetzgebung eintreten kann. Da in vielen

dem Mitschuldner oder Bürgen zukommenden Antheil an der Vertheilungsmasse bis zu vollständiger Deckung der Forderung für sich zu verlangen.

Der Mitschuldner oder Bürge wird bei der Vertheilung erst nach dem Gläubiger und nur insoweit berücksichtigt, als die von ihm geleistete Zahlung seinen Antheil an der Schuld übersteigt.“

¹⁾ Das O. R. enthält allerdings eine Bestimmung, welche unsere Frage berührt. Practisch von Bedeutung ist die Stellung des Theilzahlers mit Subrogation ja namentlich bei pfandgedeckten Forderungen. Dem Faustpfandgläubiger sichert nun das Gesetz den Vorrang bis zur vollen Befriedigung in Bezug auf den Besitz; Art. 221. Man könnte versucht sein, hieraus eine principielle Entscheidung über das Verhältniss des Subrogierten bei Theilzahlungen zum ursprünglichen Gläubiger zu deducieren; denn diese Vorschrift gilt auch dem dritten Zahler gegenüber. Der Art. 221 beschlägt aber offenbar nur ein bestimmtes Gebiet, und ist ausserhalb desselben nicht zu verwenden. Er regelt nur die Besitzfrage und gewährt dem Faustpfandgläubiger einen Vortheil, welcher dem blossen Retentionsberechtigten nicht zusteht, weiter reicht seine Bedeutung nicht; der Frage, wie die definitive Befriedigung zu erfolgen habe, greift er nicht vor.

Fällen der Bürge auch auf gesetzlich ihm eingeräumte Vortheile verzichten muss, so ist anzunehmen, dass der Gläubiger auf dem Wege vertraglicher Regelung sich die Priorität vor dem Bürgen sichern würde, wenn er sie nicht auf Grund des Gesetzes verlangen könnte. Denn bei der Bürgschaft macht meist der Gläubiger den Vertrag. Dagegen zeigt die Angabe Laurent's, wonach im Allgemeinen der Subrogierte das Vorzugsrecht des Gläubigers sich wegbedinge,¹⁾ dass dasselbe nicht von vornherein für alle Fälle der Subrogation gegeben ist. Es ist eine nothwendige Folge des Zweckes der Bürgschaft. Wo aber der Zahlende nicht wie der Bürge selbst Schuldner und zur Zahlung verpflichtet ist, da ist er es, der die Bedingungen stellt, und da wird das Vorzugsrecht des Gläubigers nicht Platz greifen.

Wir-
kungen
des
Rück-
griffs.

Besteht die Voraussetzung des Rückgriffs in der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen, die gewissen Erfordernissen genügen muss, um dem Schuldner und dem Gläubiger gegenüber Erfolg zu haben, so beruht seine Wirkung im Wesentlichen darauf, dass auf den Bürgen die Rechte des befriedigten Gläubigers übergehen. Unter den Rechten des Gläubigers — bei der Solidarschuld heisst es „alle Rechte“ — ist verstanden der Inbegriff der Rechte, welche dem Gläubiger aus der verbürgten Schuld zustanden. „Mit Bezug auf die verbürgte Schuld“, sagten die Entwürfe noch deutlich²⁾; der Zusatz konnte als unnöthig wegbleiben. Soweit dem Bürgen ein Anspruch zukommt, klagt er auf Befriedigung der Hauptschuld.

Dem Satze, dass auf den Bürgen die Rechte des Gläubigers übergehen, ist die selbstverständliche Beschränkung beizufügen: alle Rechte, welche übertragbar sind. Für die Frage, welche Rechte übergehen und welche nicht, sind durchaus die Grundsätze der Cession massgebend, auf welche hier im Einzelnen zu verweisen ist.

Dem Schuldner und Dritten gegenüber nimmt der Bürge die Stellung eines Cessionars ein vom Moment der Befriedi-

¹⁾ T. 18 p. 168.

²⁾ Vgl. Dresdner Entw. § 940.

gung des Gläubigers. Nach diesem Zeitpunkt bestimmt sich der Zustand der Forderung, wie sie auf den Bürgen übergeht.

Der Gläubiger ist verpflichtet, den Erwerber in den Stand zu setzen, die übergegangene Forderung geltend zu machen und den vom Gesetz angeordneten Uebergang der Forderung und der damit verbundenen Rechte zu realisieren. Er hat dem Bürgen Alles herauszugeben, was zur Geltendmachung der Forderung dient, überhaupt die Handlungen vorzunehmen, welche nöthig sind, die Ausübung seiner Rechte einem anderen zu übertragen; Art. 191. 507.

Für den Wechselbürgen hat die Unterstellung unter die Grundsätze des Bürgschaftsregresses die wichtige Folge, dass er seinen Rückgriff wechselrechtlich geltend macht.¹⁾ Der Wechselgläubiger muss also den Uebergang der Wechselforderung bewirken, indem er die Form, durch welche sie bedingt ist, den Wechsel, beziehungsweise Wechsel und Belege, ausliefert.

Die genannte Verpflichtung des Gläubigers erstreckt sich stets soweit, als durch seine Befriedigung ein Uebergang der Rechte veranlasst ist, und schliesst keine Handlungen in sich, welche geeignet wären, seine Rechte gegen Schuldner und Bürgen bis zur vollen Befriedigung zu beeinträchtigen.

Es bleibt zu untersuchen, gegen wen die Rechte des Gläubigers auf den Bürgen übergehen, besser, gegen wen der letztere die Forderung des Gläubigers geltend machen kann; es ist nicht die Rede von Rechten, welche auch gegen Dritte wirken, und welche nur die persönliche Forderung zur Sicherung begleiten. Es fragt sich: welche dem Gläubiger für die Hauptschuld haftenden Personen sind dem Rückgriff des in die Rechte des Gläubigers eingetretenen Bürgen ausgesetzt?

Der Ersatzanspruch des Bürgen geht auf Wiedererlangung dessen, was er zur Tilgung einer fremden Schuld aufgewandt hat; sein Rückgriff geht gegen Alle, im Verhältniss zu denen seine Leistung Zahlung einer materiell fremden Schuld war und Befreiung vom Gläubiger bewirkt hat. Wenn das

Rück-
griff
zwischen
Mit-
bürgen.

¹⁾ S. Speiser in Zeitschr. für schw. R. l. c. p. 24.

Gesetz sagt: die Rechte des Gläubigers gehen auf den Bürgen über, so trifft das nicht absolut zu, sondern ist dahin zu ergänzen: soweit er dem unterliegenden Schuldverhältnisse nach regressberechtigter Solidarschuldner ist. Denn die Subrogation findet nur statt, „um die sachgemässe Vertheilung der Schuldlast unter den verschiedenen Mitschuldnern herbeizuführen, erfolgt mithin nur soweit, als ein Regressanspruch des einen Schuldners gegen den andern begründet ist“ (Kohler in Grünhuts Ztschft XIII p. 17).

Der Bürge hat demnach — besondere Verhältnisse vorbehalten — Rückgriff auf das Ganze, was er bezahlt, gegen den oder die Hauptschuldner, habe er sich für alle, für mehrere, oder nur für einen verbürgt, wenn nicht seine Bürgschaft sich nur auf den Antheil eines oder mehrerer Einzelner unter ihnen bezog. Wie der Bürge eines Solidarschuldners auf dessen Mitschuldner, so greift der Nachbürge¹⁾ auf die Mitbürgen seiner Vorbürgen, denen er als neuer Gläubiger gegenübertritt. Der Bürge hat keinen Rückgriff, tritt nicht in die Rechte des Gläubigers ein gegen den Nachbürgen. Dem Gläubiger haftet der Nachbürge nach, eventuell neben dem Vorbürgen; auf den letzteren kann die Forderung gegen ihn nicht übergehen, sie ist durch die Zahlung des Bürgen endgiltig getilgt. Im Verhältniss zum Nachbürgen ist der Vorbürge Hauptschuldner, zahlt er seine eigene Schuld.²⁾ Umgekehrt tritt der Nachbürge an Stelle des Gläubigers gegen Vorbürgen wie Hauptschuldner.

Es ist jeweilen das materielle Schuldverhältniss, in welchem mehrere Mitverpflichtete zu einander stehen, festzustellen, um durch Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Rückgriffes das Mass der Regressberechtigung und damit des Uebergangs der gläubigerischen Rechte für jeden Einzelnen zu finden. Soweit Zahlung fremder Schuld, soweit Ersatzanspruch und Subrogation; dagegen keine Subrogation, kein Ersatzanspruch gegen den, der selbst wieder auf den Subrogierten zurückgreifen könnte, beziehungsweise beides nur in dem Masse, als diese Eventualität nicht in Aussicht steht.

¹⁾ Art. 497.

²⁾ „*loco rei est.*“ L 27 § 4 de fidej. 46. 1. Entsch. des R. O. H. G. IV 66.

Nach diesen Grundsätzen regelt sich der Rückgriff unter Mitbürgen. Neue Gesichtspunkte ergeben sich hier keine.

Mitbürgen¹⁾ sind Bürgen, welche die nämliche Hauptschuld verbürgt haben, und deren Bürgschaft, wenn sie nicht die ganze Hauptschuld umfasst, sich auf den nämlichen Theil derselben bezieht. Bürgen, welche ungleiche Beträge der nämlichen Schuld übernommen haben, sind Mitbürgen, soweit ihre Beträge sich decken. Das Verhältniss des Bürgen zum Schuldner bleibt dasselbe, ob er allein oder mit andern zusammen haftet. Dem Gläubiger gegenüber und unter sich sind Mitbürgen Solidarschuldner. Die Haftung von Mitbürgen, welche die nämliche theilbare Hauptschuld gemeinsam verbürgt haben, — die Gemeinsamkeit wird zu finden sein in gegenseitigem Einverständniss — ist von der Haftung gewöhnlicher Solidarschuldner verschieden. Solche gemeinsame Mitbürgen haben die Einrede der Theilung. Den Regress berührt die Stellung der Mitbürgen zum Gläubiger, die sich nach Vereinbarung verschieden gestalten kann, nicht; auch die Einrede der Theilung befreit keinen Mitbürgen definitiv, subsidiär haftet jeder auf die ganze Schuld; nur die Angriffsweise des Gläubigers muss für Mitbürgen, die jene Einrede haben, eine andere sein, als bei sonstigen mehreren Bürgen. Die Haftung der Mitbürgen unter sich ist immer dieselbe, für sie ist massgebend der Betrag der an den Gläubiger geleisteten Zahlung, während der Antheil der Haftung dem Gläubiger gegenüber sich nach dem Betrag der gemeinsam verbürgten Hauptschuld bemisst.

Mehrere Bürgen, welche an derselben Hauptschuld theiligt, aber nicht Mitbürgen sind, weil sie sich für verschiedene Theile der Schuld verbürgt haben, welche also gesonderte Bürgschaftsverpflichtungen eingegangen haben, stehen in keinem Verhältniss zu einander; zu einem Bürgschaftsregress ist keine Veranlassung. Nur soweit mehrere Bürgen Mitbürgen sind, findet unter ihnen ein Rückgriff nach den Grundsätzen der Bürgschaft statt, und zwar unterliegen demselben

¹⁾ Art. 496.

nicht nur, wie man aus Art. 496² schliessen könnte, solche Bürgen, welche ausdrücklich Solidarhaft übernommen haben, vielmehr gegen jeden Mitbürgen erwirbt der zahlende Bürge einen Regressanspruch. Die Voraussetzungen, unter welchen ein solcher in Kraft tritt, die Voraussetzungen seines Verlustes, sowie endlich seine Wirkungen, sind ganz analog den Sätzen zu bestimmen, welche für den Bürgen im Verhältniss zum Hauptschuldner gelten. Nur ist noch zu beachten, dass der regressnehmende Bürge im Verhältniss zu den Mitbürgen mit den Rechten auch die Pflichten des Gläubigers übernommen, mithin eine gewisse Diligenz zu praestieren hat; ebenso kann er wie der Gläubiger unter Umständen an den Hauptschuldner zur Vorklage verwiesen werden.

Das Mass des Rückgriffs unter Mitbürgen ergibt sich aus der an den Gläubiger geleisteten Zahlung, von welcher ein Jeder einen gleichen Theil zu übernehmen hat, wenn nicht das materielle Schuldverhältniss eine andere Vertheilung rechtfertigt, was der nachzuweisen hat, der sich darauf beruft; Art. 168¹.

Für jeden Mitbürgen ist sein Antheil — also von besondern Umständen abgesehen, ein Kopftheil — im Verhältniss zu den Mitbürgen eigene Schuld, ein Rückgriff ist nur möglich für das über diesen Betrag Geleistete. Der Rückgriff geht gegen jeden auf seinen Antheil an der Zahlung, nicht etwa auf das Ganze mit Abzug des den Regredienten selbst betreffenden Theiles. Der Antheil eines Jeden ist jedoch nicht ein für allemal fixiert, er kann sich vergrössern, indem das von Einzelnen nicht Erhältliche von den übrigen gleichmässig zu tragen ist (Art. 168²). Dass der Regress eines Solidarschuldners gegen die übrigen nur pro parte zu nehmen sei, wird im O. R. nicht ausdrücklich gesagt, im Gegentheil scheint aus dem Satz, dass auf den regressberechtigten Solidarschuldner alle Rechte des Gläubigers übergehen, zu folgen, der zahlende Mitschuldner könne den seinen Antheil übersteigenden Betrag der Zahlung von jedem andern ganz einklagen wie der Gläubiger es gekonnt hätte. Dawider lässt sich sagen, das Gesetz ordne den Eintritt in die Forderung

des Gläubigers an im Masse der Regressberechtigung, und diese werde anerkannt als Anspruch gegen jeden auf seinen Antheil (168₁). Der entscheidende Grund für letztere Auffassung ist darin zu finden, dass auch durch Eintritt in die Rechte des Gläubigers keine Forderung entstehen kann zu einem Betrage, für welchen wieder auf den Subrogierten könnte zurückgegriffen werden. Der Solidarschuldner, welcher von einem Mitschuldner das Ganze eingefordert hat, würde selbst dem Rückgriff von Seite desselben ausgesetzt sein, wenn sich durch Wegfall eines Dritten der Antheil für jeden vergrösserte. Bei gleicher Betheiligung an der Schuld haftet, wenn mehr als zwei Schuldner sind, nie einer dem andern auf den ganzen, den Antheil des Einzelnen übersteigenden Betrag der Zahlung, auch nicht subsidiär. Solidarität unter den Solidarschuldnern selbst ist demnach ausgeschlossen, sie besteht nur dem Gläubiger gegenüber. Für die Mitbürgschaft erklärt sich auch das O. R. in diesem Sinne (Art. 496₂), wenn es von verhältnissmässigem Rückgriff gegen die Mitbürgen spricht, „recours contre les autres pour leurs parts et portions“, wie es deutlich im französischen Texte heisst. Davon ist ein Rückschluss auf gleiche Gestaltung der Sache für die Solidarschuld im Allgemeinen gestattet. Dem zahlenden Mitbürgen fällt so allerdings die Last der Vertheilung seiner Leistung auf die übrigen zu; darin liegt eben das Wesen der Solidarschuld, dass der Gläubiger unter mehreren Verpflichteten einen beliebigen sich aussuchen kann.

Das O. R. verwendet zur Characterisierung des Verhältnisses, in welchem mehrere gemeinsame Mitbürgen zum Gläubiger stehen, die Nachbürgschaft. Auf den Rückgriff angewandt, ergiebt auch dieser Gesichtspunkt, dass jeder Mitbürge den andern gegenüber Hauptschuldner ist für seinen eigenen Antheil, regressberechtigt gegen jeden derselben auf dessen Antheil, für welchen er als Nachbürge gilt.

In dem Ersatzanspruch an den Hauptschuldner und an Mitbürgen erschöpft sich der eigentliche Rückgriff des Bürgen. Derselbe kann, wie jede eventuelle Forderung, vom Schuldner oder durch einen Dritten sicher gestellt werden auf irgend

Recht
auf
Sicher-
stellung.

eine Art. Die Verpflichtung, dem zahlenden Bürgen für seine Regressforderung einzustehen, wird vom O. R. als besondere Species der Bürgschaft erwähnt unter dem Namen „Rückbürgschaft“ (Art. 498 vgl. 492₂). Es ist eine Bürgschaft für künftige Schuld ohne weitere Eigenthümlichkeiten.

Ein vertragliches Verhältniss kann dem Hauptschuldner Pflichten gegen den Bürgen auch vor der Befriedigung des Gläubigers auferlegen. Vgl. Art. 511₁.

Etwas Besonderes ist es, dass auch ohne ein solches Verhältniss der Bürge unter Umständen vom Schuldner Sicherstellung verlangen kann. Der Rückgriff soll gewissermassen antecipiert werden können, wenn die Verhältnisse ihn gefährdet erscheinen lassen. Schon das römische Recht¹⁾ gab dem Bürgen eine Klage gegen den Schuldner vor der Zahlung unter gewissen Voraussetzungen, welche in den modernen Gesetzgebungen wiederkehren. Sie rechtfertigt sich aus dem Gesichtspunkt der Handlung in fremdem Interesse, weshalb sie, wie manche Rechte ausdrücklich bemerken, nur stattfindet, wenn eine Mandatsklage möglich ist.²⁾ Das O. R. hält diesen Standpunkt nicht inne. Jeder Bürge hat ein Recht auf Sicherstellung, nicht nur für den Fall vertragswidriger Handlung des Schuldners (Art. 511₁), wo es ja der Sachlage entspricht, sondern auch unter Umständen, wo ein solcher Anspruch für den Hauptschuldner, dem sich ein beliebiger Bürge aufdrängen kann, zu Unbilligkeiten führen könnte (Art. 511_{2.3}).

Der Anspruch des Bürgen auf Sicherstellung vor der Zahlung beruht auf positiver gesetzlicher Bestimmung und ist daher nicht über die im Gesetz vorgesehenen Fälle, die zum Theil schon zu allgemein gehalten sind, auszudehnen.

Diligenz
des
Gläu-
bigers.

Das O. R. enthält in dem Abschnitt, welcher von dem Rückgriff des Bürgen handelt, noch eine Reihe von Vorschriften, welche sich nicht direct auf den Rückgriff beziehen, aber doch mit ihm in Zusammenhang stehen, indem sie

¹⁾ L. 38 § 1 mand. 17,1. cf. L. 45 § 5 eod.

²⁾ Zürcher G. B. § 1804. Sächs. G. B. 1470. Vgl. Dresdner Entw. § 944. Laurent 28 p. 268.

Handlungen des Gläubigers betreffen, die für den Anspruch des Bürgen an den Hauptschuldner oder seine Mitbürgen von Einfluss sein können. Der Bürge hat das Recht, sich seiner Haftung zu entziehen, soweit ihm der Gläubiger seinen Rückgriff unmöglich macht.

Die Stellung, die der Bürge einnimmt, ist durch das Recht nach und nach in einer für ihn günstigen Richtung verändert worden. Ursprünglich führte die Bürgschaft eine reine, strenge Verpflichtung herbei; sie wurde gemildert, indem man allmählig dem Bürgen Schutz gewährte und zwar in doppelter Weise: durch Beschränkung seiner Haftung und durch Schaffung eines Anspruches auf Wiedererlangung des Geleisteten.¹⁾ Beides giebt dem Bürgen gewisse Rechte gegen den Gläubiger, welche ihren Ausdruck finden in den ihm gegen dessen Anspruch zustehenden Einreden, den sogenannten Beneficien des Bürgen. Der letztere kann den Gläubiger an den Hauptschuldner oder an die Mitbürgen verweisen, ferner kann er vom Gläubiger Abtretung der Forderung verlangen; mit dem einen will er seine Zahlung verhindern, mit dem andern seinen Rückgriff sichern. Den Rechten des Bürgen stehen die Pflichten des Gläubigers gegenüber: Vorklage des Schuldners oder der Mitbürgen, Abtretung der Klagen gegen diese. Sie können ganz formal gedacht sein, der Gläubiger muss zuerst einen Angriff auf den Schuldner unternehmen, er muss die Klage abtreten, wie er sie noch hat; durch Vornahme bestimmter Handlungen genügt er seiner Pflicht. Man kann aber daran anknüpfend eine gewisse Sorgfalt vom Gläubiger verlangen; der Gläubiger soll sich bemühen, seine Forderung an den Schuldner so zu erhalten, dass er sie mit Erfolg geltend machen, oder dass er einen wirksamen Anspruch abtreten kann. Erst dadurch gelangt der Bürge zu einem wirksamen Schutz, indem an Nichtbeachtung der Pflichten des Gläubigers, welche ihm Schaden bringt, seine Befreiung sich anschliesst.

Die Diligenz des Gläubigers, wie wir sie nach Vorbild

¹⁾ Vgl. Girtanner p. 199.

des römischen Rechtes in den modernen Gesetzgebungen verlangt finden, lässt sich aber in Verbindung bringen mit dem *beneficium excussionis* sowohl als mit dem *beneficium cedendarum actionum*. Das römische Recht knüpfte an das erstere an und liess den Bürgen befreit werden, wenn der Grund, weswegen der Gläubiger keine Befriedigung vom Hauptschuldner erlangen konnte, seine Nachlässigkeit war.¹⁾ Abtretung der Klagen konnte der Bürge vom Gläubiger nur verlangen, soweit sie noch vorhanden waren, ohne dass ein Recht auf Befreiung daraus abzuleiten war. Wie das moderne Recht das *ben. ced. act.* überhaupt weiter entwickelt hat, so hat es dasselbe namentlich in seiner Wirkung gegen den Gläubiger in einer Weise ausgebildet, dass im Lauf der Zeit etwas ganz anderes daraus geworden ist, als im römischen Recht der Anspruch auf Abtretung der Klagen war. In der Wirkung des *ben. ced. act.* als peremptorischer Einrede lag gerade die Hauptbedeutung, welche ihm Wissenschaft und Praxis beileigten. In der dem Bürgen gewährten *exceptio doli* lag der Keim, aus welchem die Verantwortlichkeit des Gläubigers für Verschlechterung der Forderung an den Schuldner entwickelt werden konnte. Auch die Rücksichtnahme auf die dem Gläubiger obliegende Vorausklage führte zu demselben Resultat. Beide Gesichtspunkte wurden daher oft nicht scharf getrennt, sie wirkten zusammen, Verpflichtungen des Gläubigers dem Bürgen gegenüber auszubilden, welche die heutige Bürgschaft des Characters eines einseitig verpflichtenden Geschäftes entkleiden.

Die Pflicht des Gläubigers zur Bewahrung seiner Rechte an den Hauptschuldner bezieht sich nur auf Sicherheiten, welche die Forderung begleiten; soweit der Gläubiger die Hauptforderung untergehen lässt, verliert er damit schon den Anspruch an den Bürgen. Wenn nun für das heutige Recht die Pflicht des Gläubigers zu einer gewissen Diligenz im Allgemeinen feststeht, so kann sie doch verschieden gedacht sein. Sie kann, wie bemerkt, zu verschiedenen Grundsätzen

¹⁾ Windscheid Pand. § 478 n. 10.

in Beziehung gebracht werden; die Art, wie es geschieht, hängt zusammen mit der Gestaltung des Rückgriffs; wo derselbe Mandatsklage ist, wird der Nachdruck darauf gelegt, dass der Gläubiger nicht selbst die Erfolglosigkeit einer Klage gegen den Hauptschuldner verschulden dürfe; so war es im römischen Recht. Neuere Gesetzgebungen lassen diesen Gesichtspunkt noch erkennen, aber nicht allein hervortreten (sächs. G. B. § 1466). Wo hingegen das Hauptgewicht beim Rückgriff auf den Eintritt in die Rechte des Gläubigers gelegt ist, da bezieht sich die vom Gläubiger verlangte Sorgfalt wesentlich darauf, dem Bürgen die auf ihn übergehenden Rechte wirksam zu erhalten, so im preussischen Landrecht und im Code Napoléon.

Es kann nicht zweifelhaft sein, welche Auffassung das O. R. beherrscht. Beruht der Rückgriff des Bürgen vorzüglich auf dem Uebergang der Rechte des Gläubigers, so ist es eine nothwendige Ergänzung desselben, dass der Gläubiger nicht zum Nachtheil des Bürgen seine Rechte kann untergehen lassen. Mit der Einrede der Vorausklage hängt die Pflicht des Gläubigers zur Bewahrung einer wirksamen Forderung nicht zusammen, sie besteht auch dem Bürgen gegenüber, der die Einrede der Vorausklage nicht hat. Dem Solidarbürgen muss aber das Recht versagt werden, sich auf Gefährdung seines Rückgriffs durch den Gläubiger zu berufen, wenn dasselbe aus dem *beneficium excussionis* abgeleitet wird (wie es geschieht von Goldschmidt l. c. p. 422 und Troplong p. 479, 499 ff.). Im O. R. bildet die Vorausklage oder der Eintritt eines anderen der in Art. 493 bezeichneten Ereignisse (*Concurs* oder Abwesenheit des Schuldners) die Voraussetzung für den Angriff auf den einfachen Bürgen; vor diesem Zeitpunkt kann der gewöhnliche Bürge nicht zur Zahlung angehalten werden. Was aber ihn, wie den solidarisch haftenden Bürgen, definitiv befreit, ist nicht die vom Gläubiger verschuldete Erfolglosigkeit der Vorausklage — eine nochmalige energischere Betreibung kann den Fehler verbessern — sondern die vom Gläubiger verursachte Unmöglichkeit, dass ein wirksamer Anspruch auf den Bürgen

übergehe. Die Diligenz des Gläubigers, wie sie das O. R. verlangt, ist eng verbunden mit dem Rückgriff des Bürgen und der Geltendmachung desselben durch Eintritt in die Rechte des Gläubigers; sie ist eine Consequenz der Subrogation in ihrer Anwendung auf die Bürgschaft, ähnlich wie im Code civil, bei dessen Berathungen auf diesen Zusammenhang ausdrücklich hingewiesen wurde (C. c. Art. 2037. Laurent 28 p. 301. Entsch. des Reichs-Ger. III. 96.).

Das O. R. macht verschiedene Pflichten des Gläubigers gegen den Bürgen namhaft, welche sich alle auf die Durchführung des Regressanspruches beziehen; sie gehen zum Theil ziemlich weit.

Dass der Gläubiger den Uebergang der Rechte zu realisieren,¹⁾ Urkunden und Pfänder herauszugeben hat, ist nichts der Bürgschaft Eigenthümliches, folgt vielmehr aus dem gesetzlichen Uebergang der Forderung. Durch die Weigerung des Gläubigers, dieser Pflicht zu genügen, wird der Bürge von der Zahlung befreit, er wird,²⁾ wenn er schon gezahlt hat, die Uebertragung der Sicherheiten erzwingen können.

Etwas anders verhält es sich mit den weiteren Obliegenheiten des Gläubigers, nämlich der Haftung für Verminderung der Sicherheiten und der Pflicht,³⁾ die Forderung im Concurs des Schuldners anzumelden sowie den Bürgen vom Concurs zu benachrichtigen. Das sind keine Pflichten, zu deren Erfüllung der Gläubiger kann angehalten werden, ihre Nichterfüllung bringt ihm auch nicht unter allen Umständen Schaden, sondern nur soweit, als sie für den Rückgriff des Bürgen nachtheilige Folgen hat. Der Gläubiger ist angewiesen, in Ansehung seiner Forderung und ihrer Sicherheiten eine gewisse Sorgfalt zu beobachten in der vom Gesetz näher angegebenen Weise. Rücksichten sind ihm auferlegt im Interesse des Bürgen, es ist aber sein Interesse, sie nicht ausser Acht zu lassen. Er ist nicht unbedingt verpflichtet, die vorgeschriebene Sorgfalt anzuwenden, die von ihm verlangten Handlungen vorzunehmen, er ist nur, — um einen

¹⁾ Art. 507.

²⁾ Art. 509.

³⁾ Art. 508, 510.

vom Obligationenrecht hier und öfters noch gebrauchten Ausdruck herbeizuziehen — „verantwortlich“, wenn er es nicht thut, das heisst, er hat den Schaden, den er veranlasst, indem er die ihm anbefohlene Diligenz hintansetzt, auf sich zu nehmen („il support les conséquences de ce fait“ Art. 168₄). Der Schaden, auf den es hier ankommt, ist der Nachtheil, der dem Bürgen erwächst durch die Unmöglichkeit, in die Rechte des Gläubigers einzutreten. Soweit auf diese Weise der Rückgriff verkürzt wird, kann der Bürge durch Einrede dem Anspruch des Gläubigers sich entziehen, kann er unter Umständen schon Gezahltes zurückverlangen.

Das Einzelne über die vom Gläubiger verlangte Diligenz und die Folgen ihrer Vernachlässigung gehört nicht mehr hierher, sondern zu den Voraussetzungen des Anspruches des Gläubigers gegen den Bürgen, also zur Haftung des Bürgen und den Gründen seiner Befreiung.

Gar nicht unter den Rückgriff des Bürgen gehört Art 509, der ebenfalls die Haftung des Bürgen betrifft; die hier gegebenen Bestimmungen, sowie diejenigen des Art. 500, sind grösstentheils dem Zürcher Gesetzbuch entnommen und vervollständigen die Rechte, welche nach O. R. in ausgedehntem Masse dem Bürgen gegen den Gläubiger zustehen.

Die verschiedenen kurz berührten Rechte des Bürgen gegen den Gläubiger bilden einen wichtigen Unterschied zwischen Bürgen, auch Solidarbürgen und dem gewöhnlichen Solidarschuldner, dem sie nicht zustehen. Der Grund der verschiedenen Behandlung liegt in der Verschiedenheit der Schuldverhältnisse, welche durch die Bürgschaft und durch die Solidarschuld zum Ausdruck kommen. Der Solidarschuldner ist wirklicher Schuldner, Hauptschuldner für den Gläubiger, er haftet als Selbstschuldner für eine Schuld, die er als seine eigene eingegangen hat. Einem Schuldner gegenüber sind keine Rücksichten angebracht, der Gläubiger hat gegen ihn nur Rechte, keine Pflichten; allein die Thatsache, dass noch Mitschuldner vorhanden sind, ist für einen Schuldner Grund zu verlangen, dass er nicht schlechter behandelt werde

als die andern,¹⁾ weil eben alle gleichermassen Schuldner sind. Der Bürge dagegen hat eine fremde Schuld übernommen, er ist nicht Mitschuldner, Selbstschuldner, sondern Nebenschuldner; auch bei strengster Haftung haftet er für fremde Schuld, er wird nicht Hauptschuldner; „*aliqua differentia est obligationum.*“ L. 5 D. 46, 1. Die Thatsache, dass der Bürge nicht als Schuldner, sondern für einen Schuldner einsteht, ist der Grund für die günstige Stellung, welche ihm das Recht anweist, und führt zu dem Schutze, der ihm, oft nur zu freigebig, gewährt wird. Auch der Solidarschuldner kann eine materiell fremde Schuld zahlen; das betrifft aber nur die Beziehungen zu seinen Mitschuldnern, während die Zahlung der fremden Schuld beim Bürgen äusserlich hervortritt und sein Verhältniss zum Gläubiger beeinflusst. Die Leistung des Bürgen erscheint stets als Zahlung fremder Schuld, diese Thatsache äussert ihre Wirkungen schon vor der Zahlung dem Gläubiger gegenüber.

Für die Folgen der Zahlung den Mitschuldnern und den Hauptschuldnern gegenüber ist massgebend die Thatsache, was die Zahlung wirklich ist. Nur die Zahlung einer materiell fremden Schuld ist Grund zu einem Ersatzanspruch. Das bleibt sich gleich, wie auch dieser Anspruch durchgeführt ist.

Die beiden neuesten Codificationen, welche dieses Gebiet umfassen, das sächsische Gesetzbuch und das schweizerische Obligationenrecht, haben hier den entgegengesetzten Weg eingeschlagen, das erstere, dem Bürgen als solchem nur einen selbständigen Anspruch zu geben, das letztere, ihn in die Rechte des Gläubigers einzuweisen, was der modernen Rechtsentwicklung mehr entsprechen dürfte.²⁾ Der Sache nach bleibt der Anspruch des Bürgen derselbe. Denn auch wenn das Gesetz bestimmt, dass die Rechte des befriedigten Gläubigers auf den Bürgen übergehen, ist der damit ausgesprochene Rechtssatz nicht ein durchgreifendes Princip, das man nur

¹⁾ Art. 1684.

²⁾ Vgl. Keil l. c. p. 60.

anzuwenden brauchte, um alle Fragen des Bürgschaftsregresses zu erledigen; es ist ein formaler Gesichtspunkt, dessen Anwendung dem Bürgen den Rückgriff erleichtert, vereinfacht, aber ihn nur zum Ziele führt, wenn die thatsächliche Unterlage des materiellen Schuldverhältnisses seinem Anspruche entspricht. Substanziert ist die Klage des Bürgen durch seine Eigenschaft als Bürge und die Befriedigung des Gläubigers, begründet ist sein Anspruch nur dann, wenn er durch Befriedigung des Gläubigers eine fremde Schuld mit für den Schuldner befreiender Wirkung bezahlt hat. Der Rückgriff soll die den thatsächlichen Verhältnissen entsprechende Ausgleichung herbeiführen und damit, wie Savigny seinen Zweck charakterisiert¹⁾, verhindern, dass Einer auf Kosten des Andern sich bereichere.

¹⁾ Oblig. R. I. p. 22.
