

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: 43 (1924)

Artikel: Studien zum Bürgschaftsrecht : in den altburgundischen, savoyischen und westschweizerischen Rechtsquellen

Autor: Haff, Karl

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895852>

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: 07.02.2026

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

Studien zum Bürgschaftsrecht

in den altburgundischen, savoyischen und westschweizerischen Rechtsquellen.

Von Prof. KARL HAFF, Hamburg.

Einleitung.

Es war ursprünglich beabsichtigt, das Obligationenrecht des ganzen burgundischen Rechtsgebietes zu untersuchen und in seinem historischen Aufbau darzustellen. Durch den Krieg und meine während desselben erfolgte Wegberufung aus der Schweiz bin ich aber daran gehindert worden, diesen Plan voll durchzuführen. Es soll deshalb vorerst nur ein Aushub zur Darstellung gelangen, indem ich mich darauf beschränke, die dem Bürgschaftsrechte zukommende zentrale Position näher zu umschreiben. Savoyen (die „Sapaudia“) und grosse Teile der Westschweiz bildeten die Wiege des nach der Landnahme (5. Jahrhundert) stark ausstrahlenden und selbst noch in der fränkischen und frühmittelalterlichen Zeit nachwirkenden burgundischen Rechtslebens, vergl. E. Martin, *Etudes critiques sur la Suisse à l'époque mérovingienne* (554—715), Genf 1910, und H. de Claparède, *Les Burgondes jusqu'en 443* (Genf 1909). Es soll das savoyische und westschweizerische Quellenmaterial unter vergleichender Berücksichtigung der Hauptquellen des übrigen burgundischen Rechtsgebietes die Grundlage der Untersuchung bilden. Auch unedierte Rechtsquellen, wie das zum grossen Teil noch nicht herausgegebene *Cartulaire du Chapitre de Notre Dame de Lausanne* — vergl. die zwei Beilagen —, sowie die von einem westschweizerischen Schüler in Angriff genommene Edition des *Coutumier de Moudon* vom Jahre 1577 können herangezogen werden.

Die Probleme des Bürgschaftsrechtes sind indogermanischer Wurzel. Dem älteren Rechte war die akzessorische Stellung des Bürgen, wie sie im späteren römischen, gemeinen und auch im modernen Zivilrechte anzutreffen ist, völlig fremd. Die Bürgschaft des altgriechischen Rechtes, wie sie uns von Partsch geschildert ist, weist grosse Ähnlichkeiten mit der germanisch-rechtlichen Bürgschaft auf, die uns besonders klar aus den nordgermanischen Quellen, aber auch aus dem alzburgundischen Rechte entgegenreten.¹⁾ Wie im griechischen Rechte, so war auch im alzburgundischen Rechte der Bürge Gestellungsbürge, denn er hatte den Schuldner zur Zahlung zu stellen. Eine eigene Haftung des Bürgen für die Schuld bestand in diesen älteren Quellen noch nicht. Dies drückt das burgundische Volksrecht, die Gundobada, folgendermassen aus: „Si is, qui fideiussorem dedit, non habuerit unde solvat, ipsum fideiussor ad se absolvendum tradat, et a fideiussore aliud non queratur,“ XIX, 7. Es wird sich im folgenden zeigen, wie sich selbst noch im Mittelalter gewisse Reste dieses germanischen Bürgschaftsrechtes der Gundobada auf altem burgundischem Boden erhalten haben.

§ 1. Der Schuldvertrag und seine Formen.

Es herrscht noch Streit darüber, ob der Schuldvertrag als solcher einer Form bedurfte. Heusler,²⁾ welcher sich Sohm anschliesst, übernimmt dessen These, dass ein verbindlicher Vertrag nur durch Hinzutreten einer bestimmten Form oder einer Leistung (res) zustandekam. Demgegenüber betont O. Gierke³⁾ die Formlosigkeit des Schuldvertrages, indem er auf das „Loven“ im Sachsen-spiegel I A 7 hinweist, eine Stelle, welche tatsächlich das

¹⁾ Vergl. Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht (1909), S. 20 ff.

²⁾ A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts II (1886) S. 228.

³⁾ O. Gierke, Schuld und Haftung (1910) S. 233 ff.

Versprechen oder Loven ohne Rücksicht auf dessen Form eine Schuld begründen lässt. Anderer Meinung sind v. Amira, Hübner und v. Schwerin, welche von der Notwendigkeit einer Form für den Schuldvertrag ausgehen.⁴⁾ Nach v. Amira spricht die „Wahrscheinlichkeit dagegen, dass gerade nur die Schuldverträge einer Form nicht bedurften“. Aber diese Lehre stimmt nicht mit den Rechtsquellen des burgundischen Rechtskreises überein. Der Schuldvertrag als Formalvertrag ist im burgundischen Volksrechte nur für bestimmte wichtigere Rechtsgeschäfte vorgesehen. Die Formbedürftigkeit ist für Schenkungsverträge, für Immobiliarkaufverträge, Testamente, ferner für Verlöbnis- und Heiratsverträge anerkannt.⁵⁾

Auch im Mittelalter bedürfen nicht alle Schuldverträge einer Form. Die Bürgschaftsverträge sind in der Regel an eine strenge Förmlichkeit gebunden. So wird für die Gültigkeit eines Immobiliarkaufvertrages häufig ein Bürge bestellt, welcher „fide data corporali“ Gewährung gegen alle Evictionen verspricht.⁶⁾ Schon Puntschart hat an der Hand sächsischer Rechtsquellen gezeigt, wie das Treugelöbnis als ein technischer Ausdruck der alten deutschen Rechtssprache angehört.⁷⁾ Die Formel „fide data corporali“ entspricht dem in altfranzösischen Quellen häufig wiederkehrenden fiancement „par la foy de leur corps“,⁸⁾ oder dem „affidare in manu“ der Lausanner und Genfer Urkunden des Mittelalters.⁹⁾ Ähnlich ist die Ausdrucks-

⁴⁾ v. Amira in seiner Rezension des Gierkeschen Buches über Schuld und Haftung in Z. R. G. germ. Abt. 31 S. 495; Hübner, Grundzüge des deutschen Priv.R. 4 (1922) S. 479 ff. (A. 71); O. v. Gierke, D. Pr. III A. 186 und die dortige Literatur.

⁵⁾ Lex Gundobada 43, 66, 69, 101.

⁶⁾ Cartulaire de Notre Dame de Lausanne, unedierter Teil, Fol. 89, 90 v. 8. Januar 1270.

⁷⁾ Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter (1896) S. 288 ff., vergl. „mit truwen lofften“, „promissione fidei“ usw.

⁸⁾ Egger, Vermögenshaftung und Hypothek (1903) S. 54 ff.

⁹⁾ Cartulaire de Notre Dame de Lausanne, edierter Teil,

weise der späteren Quellen, in welchen im Anschluss an die *fides data* immer wieder die Verbindung von Bürgschaft und Treugelöbnis anzutreffen ist. Ich verweise hier auf die insbesondere im *Coutumier de Moudon* (unedierte) anzutreffende Verbindung von „*Pleges et fiances*“ und die ähnlichen Ausdrücke in den burgundischen Rechtsquellen Frankreichs.¹⁰⁾ Dass die Bürgschaftsleistung ein streng solenner Akt war, ergibt sich aus einer Genfer Urkunde des Jahres 1311: „*Nos . . . damus et constituimus fideiussores in manu prefate comitis . . . promittimusque bona fide nostra et per firmam et vallidam stipulationem et nichilominus sub pena mille marcharum argenti.*“¹¹⁾

Häufiger noch kehrt der Formalakt bei den Garantieverträgen und insbesondere bei den Gewährschaftsversprechen anlässlich von Grundstücksverkäufen und Verpfändungen wieder. Eine „*stipulatio sollemnis*“ verfestigt das interessante Garantieverprechen, welches vom Lausanner Domkapitel als Verkäufer eines Hauses mit Garten dem Käufer gegenüber abgegeben wird.¹²⁾ Dass es sich bei diesen Garantieverträgen um einen typischen Formalvertrag handelt, beweisen uns auch zahlreiche andere, bereits edierte Urkunden.¹³⁾ Wie in den Waadtländer

Mémoires et Documents de la Suisse romande VI, S. 162 (v. J. 1225): „*affidavit in manu*,“ ferner *Mém. de la Soc. d'Histoire et d'Archéologie de Genève*, 14 S. 449 ff. Nr. 379 (v. J. 1297): „*quod cum nos posuerimus in fidejussorem in manu Humberti*“ etc.

¹⁰⁾ Bouhier, *Anciennes Coutumes du Duché de Bourgogne* (abgekürzt Bouhier) I S. 162 ff. spez. A. 53; ferner Egger a. a. O. S. 69, wo nachgewiesen wird, dass auch das französische Recht den Formalakt kennt.

¹¹⁾ *Mémoires de la Soc. d'Histoire et d'Archéologie de Genève* 14. S. 367, 368. Die Hervorhebungen stammen von mir.

¹²⁾ *Cartulaire de Notre Dame de Lausanne* Fol. 201 v. J. 1309, unedierte, abgedruckt als Beilage II.

¹³⁾ *Mémoires et Documents de la Suisse romande*, edierter Teil des *Cartulaire*, VI S. 155: „*ambo fide interposita promiserunt quod facerent grentare*,“ VI S. 84 v. J. 1238: „*inuadiauit . . .*

Urkunden des Mittelalters, so wird auch in der benachbarten Grafschaft Gruyère der Garantievertrag durch förmliche Bürgschaftsstellung verstärkt: „huic autem guerpine et donationi . . . prebuimus assensum et sumus inde capitulo Lausannensis: guerentes et fideiussores pacis.“¹⁴⁾

Ganz das gleiche Bild entrollt sich bei einer Betrachtung der auf die Währschaftsverträge bezüglichen Urkunden der deutschen Schweiz. Die Begründung der Haftung, welche neben die zugrunde liegende causa obligatoria hinzutrat, war ein strenger Förmlichkeit bedürftiges Rechtsgeschäft. Dies zeigen die *Fontes rer. Bernensium* II 256 (v. J. 1246), II 457 (v. J. 1258), III 525 (v. J. 1291), III 383, IV 424 u. a. m. Aus diesen häufig wiederkehrenden,¹⁵⁾ unter der Form des Treugelöbnisses eingegangenen Haftungsgeschäften, darf man aber nicht auf die Formbedürftigkeit aller Schuldverträge schliessen. Dem stehen andere Nachrichten entgegen. Die Confederation zwischen Bern und Sitten v. J. 1252 wendet sich gegen die Pfändung eines Angehörigen der Vertragsparteien, „es wäre denn, dass er sich für einen Vertrag oder eine Schuld mit seiner Person verpflichtet hat“. Die Urkunde fügt dem hinzu „und deshalb hüte sich jeder vor der Leistung einer *Credentia*“.¹⁶⁾ Dies beweist, dass die Urkunde von den

decimam . . . et posuit fidejussores pacis . . . et fecit geintare (= grentare = garantir) capitulum,“ ähnlich a. a. O. VI S. 143.

¹⁴⁾ *Mémoires et Documents de la Suisse romande* XXI S. 29 (v. J. 1220).

¹⁵⁾ Vergl. die zahlreichen von Fr. E. Meyer, *Über das Schuldrecht der deutschen Schweiz* (1913) S. 122 ff., zusammengestellten Quellen.

¹⁶⁾ *Mémoires et Documents de la Suisse romande* 29, 1, S. 474 (v. J. 1252), abgedruckt auch in *Fontes rer. Bernensium* 325 v. J. 1252: „et ipsi cives aliquem de nostris hominibus vadiare non debent nec aliquatenus molestare, nisi eum qui est sibi in pacto vel debito personaliter obligatus et ob hoc caveat sibi quilibet de *credentia* facienda.“ Dazu Fr. E. Meyer a. a. O. S. 131.

ohne *Credentia*, dass heisst ohne Förmlichkeit abgeschlossenen Schuldverträgen als der Regel der Fälle ausgeht und ihnen die mit Verpfändung der Person durch Treugelöbniß und ähnliches mehr abgeschlossenen Schuldverträge gegenüberstellt. Es ist also bei Heranziehung des burgundisch-westschweizerischen Quellenkreises eine Erweiterung unserer Erkenntnis über das mittelalterliche Schuldrecht möglich, die in folgender These gipfelt: Nicht alle Schuldverträge waren formbedürftig, sondern nur die wichtigeren.

§ 2. Die Schuldbürgschaft.

Die akzessorische oder nebenschuldnerische Stellung des Bürgen im spätrömischen und im modernen bürgerlichen Rechte (schweiz. OR A. 492, 495, BGB §§ 765, 767, 770) ist dem älteren Rechte unbekannt. Das Recht des Bürgen, dem Gläubiger gegenüber einredeweise die Befriedigung zu verweigern, solange nicht der Hauptschuldner erfolglos vollstreckt wurde (Einrede der Vorausklage, *beneficium excussionis*), ist eine aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft sich ergebende, dem älteren indogermanischen und speziell dem germanischen Rechte fremde Institution. Es sind im älteren Rechte zwei Stadien scharf voneinander zu unterscheiden. Die älteste, für das griechische Recht seit der Untersuchung von Partsch nun klar zutage liegende Schicht ist jene der Gestellungsbürgschaft.¹⁷⁾ Der Bürge musste sich hier verpflichten, den Schuldner zu übergeben oder zu stellen, „ἐγγυῶσθαι“. Das altburgundische Recht steht ähnlich wie die nordgermanischen Quellen diesem Stadium noch am nächsten. Wie schon in der Einleitung angedeutet wurde, hatte der Bürge den Schuldner dem Gläubiger zu übergeben. Die *lex Gundobada* entspricht dem älteren griechischen Rechte, denn es heisst hier ausdrücklich,

¹⁷⁾ Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht (1909) S. 15, 51 ff., 171.

dass anderes als die Übergabe des Hauptschuldners vom Bürgen nicht verlangt werden soll (XIX, 7), Neben dieser Übergabepflicht bestand offenbar zum Zwecke der Milderung der Gestellungsbürgschaft für den Bürgen das Recht, den Schuldner zu pfänden, ohne dass es eines Urteiles bedurfte (Gundabada XIX, 6, u. XCVI). Es ist dies offenbar eine Ausnahme von der Regel in XIX, 1, wo das Selbstpfändungsrecht, das heisst die Pfändung ohne Richters Urlaub („ante audientiam“) verboten wird. Durch diese Pfändung seitens des Bürgen und das Bringen der Sachen in das Haus des Gläubigers wurde der Bürge von seinem Amte befreit. Die weitere Bestimmung, dass der Bürge bei der Pfändung des Schuldners ein Drittel mehr nehmen darf als die Schuld ausmacht, Gundobada XIX, 6: „tertiam partem fideiussor amplius tollat quam summa debiti est,“ kehrt in den mittelalterlichen Quellen der Westschweiz und des burgundischen Frankreichs als tierce partie sehr häufig wieder.¹⁸⁾ Im Gegensatze zum langobardischen Rechte ist nach dem burgundischen Volksrechte eine ausgesprochene Selbsthaftung des Bürgen noch nicht anerkannt. Die gegenteilige Anschauung von Schröder dürfte hiernach zu revidieren sein.¹⁹⁾ Nur wenn der Schuldner leugnet oder seine Pfänder dem Gläubiger entzieht, hat der Bürge einzutreten (lex Gundobada XIX, 8 u. 5). Wie im nordgermanischen Rechte hatte auch im burgundischen Rechte der Bürge dafür einzustehen, dass ein anderer, nämlich der Schuldner etwas tut, ohne dass die Schuld zur eigenen gemacht wurde (vergl. v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht II S. 841). Während im früheren Mittelalter noch scharf zwischen Bürge und Schuldner unterschieden wurde, sehen wir in den späteren Quellen den Bürgen zum selbsthaftenden Schuldner werden. Auf diese Selbsthaftung deutet die Gleichstel-

¹⁸⁾ Vergl. dazu v. Salis, *Leges Burgundionum* (1892) S. 58 A. 2.

¹⁹⁾ Vergl. Schröder-v. Künssberg, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte* I² (1919) S. 316, 317.

lung²⁰⁾ von debitor und fidejussor hin, wie sie schon am Anfang des 13. Jahrhunderts in den burgundischen Rechtsquellen wiederkehrt. Ausdrücklich ist die Selbsthaftung des Bürgen in den *Consuetudines generales antiquae ducatus Burgundiae* anerkannt, indem es heisst: „Fidejussor primo potest conveniri, quam debitor principalis“ (vergl. Bouhier a. a. O. I S. 152 ff. spez. A. 45).²¹⁾ Diese Selbsthaftung des Bürgen ist also eine Haftung neben, nicht hinter dem Schuldner wie im Justinianischen Rechte und in dem das *beneficium excussionis* übernehmenden deutschen und schweizerischen Obligationenrechte. Dieses von Bouhier überlieferte Stadium kennt also die akzesessorische Bürgenhaftung des späteren römischen und gemeinen Rechtes noch nicht und ähnelt so mehr der Bürgschaft des älteren römischen Rechtes, wonach der Bürge anstatt des Hauptverpflichteten haftete. Die Stelle bei Bouhier entspricht nicht der *lex Gundobada* mit ihrer Gestellungsbürgschaft, sondern dem klassischen römischen Bürgschaftsrechte. Es scheint, dass hier die *Lex Romana Burgundionum*²²⁾ das Übergewicht erlangt hat, wo es ausdrücklich in Titel XIV, 7, heisst: „Gregoriani constitutionibus libro XII. sub titulo: (De) sponsoribus et fideiussoribus, tenetur insertum: quod, si quis a debitore suo fideiussorem de solutione acceperit, in potestatem habeat creditor aut fideiussorem tenendi aut eum, qui debitor prius exteterat. Quod tamen ante iudicem creditor profiteri debebit, quem eorum ad solutionem mallit tenere.“ Auch der *Coutumier de Moudon* hat nicht das justinianische Bürgschaftsrecht mit der

²⁰⁾ Pérard, *Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne* (Paris, 1664) S. 274, aus dem Stadtrecht von Beaune (a. 1203): „Pro illa vero pecunia quam crediderunt postquam communiam iurauerant, nullum hominem capiet, nisi sit debitor vel fideiussor.“

²¹⁾ Ähnlich auch Bouhier I S. 10, 135, 530, spez. A. 48 des *Coutumes du Duché de Bourgogne* v. J. 1459: „C'est au choix du créancier de poursuivre le pleige ou l'obligé.“

²²⁾ v. Salis a. a. O. S. 139.

akzessorischen, durch das *beneficium excussionis* gesicherten, Bürgenhaftung übernommen, sondern er steht ähnlich wie das Recht des *ducatus Burgundiae* auf der gleichen Entwicklungsstufe wie die *Lex Romana Burgundionum* mit ihren dem klassischen römischen Rechte entlehnten Grundsätzen. Es heisst im *Coutumier de Moudon*²³⁾ (v. J. 1577) A. 133: „*Playges et fiances peuluent alleguer a guerent le principal depteur . . . La fiance*²⁴⁾ *estant compellée au lieu du principal et ayant obtenu recreance doibt estre admise à admener son principal et ses biens tenans a guerent.*“ Es ist also im Rechte von Moudon ähnlich wie in jenem des *ducatus Burgundiae* die Möglichkeit gegeben, den Bürgen, „*la fiance*“, vor dem Hauptschuldner zu verklagen. Von diesen Grundsätzen des klassischen römischen Rechts wird erst in dem von Bern dem Waadtland gegebenen Landrecht v. J. 1616 abgewichen, indem hier für die einfache Bürgschaft, „*la caution simple*“, die akzessorische Haftung der justinianischen Gesetzgebung zum Gesetz erhoben wird.²⁵⁾

Andere Rechtsquellen der Westschweiz und der angrenzenden Teile des Kantons Bern und Freiburg sind mehr von germanisch-rechtlichen Grundsätzen beherrscht und enthalten keine Anklänge an das klassische römische Recht der *lex Romana Burgundionum*.

So kommt es häufig vor, dass der Bürge sich als „*gelter*“ oder „*solutor*“ eigens verpflichtet, was beweist, dass in diesen Gebieten eine andere Regel gegolten haben muss als in dem *ducatus Burgundiae* und im Bereiche des

²³⁾ Manuskript der juristischen Fakultätsbibliothek von Lausanne (*faculté de droit A No. 210*).

²⁴⁾ „*Fiance*“ = Bürge oder Bürgschaft, vergl. Quisard, *Le Commentaire Coustumier* (v. J. 1562) des Waadtlands, ediert in *Zschr. Schw. R. XIII u. XIV* mit Glossar, herausgegeben von J. Schnell und A. Heusler.

²⁵⁾ Vergl. Boyve, *Remarques sur les Loix et Statuts du Pays de Vaud* (1756) S. 117: „*les cautions simples ne peuvent être poursuivies, qu'après que les principaux debiteurs ont été déconfits*“.

Rechtes von Moudon. Es heisst z. B. in einer Urkunde v. J. 1396: „nos prorata suprascripta fideiussores et solutores constituimus.“²⁶⁾ Besonders häufig ist diese ausdrückliche Bindung des Bürgen als Selbstschuldner in den Urkunden des Kantons Bern anzutreffen.²⁷⁾ Weniger oft findet sich dieselbe in den ostschweizerischen Quellen. Meyer²⁸⁾ vermutet, dass durch die Hinzusetzung des Wortes „solutor“ der Bürge etwas werden will, „was er mit der Erklärung, Bürge sein zu wollen, nicht schon übernommen hat“. Bei Betrachtung der für den Kanton Bern als Volksrecht mit in Betracht kommenden²⁹⁾ Gundobada dürfte sich die Richtigkeit dieser Annahme bestätigen. Wo nicht die *lex Romana Burgundionum* mit ihrer selbstschuldnerischen Haftung des Bürgen gegolten hat, musste diese erst kontraktlich von Fall zu Fall festgelegt werden. Es hat sich auch das schon in der Gundobada XIX, 6 u. 7, hervorgehobene Recht des Bürgen, den Schuldner zu pfänden, merkwürdigerweise sehr lange bis ins Mittelalter hinein erhalten, obwohl hier schon längst die Selbsthaftung des Bürgen vorherrscht. In einer Bürgschafts- und Geiselschaftsordnung des Kapitels von Lausanne v. J. 1226³⁰⁾ werden die damals offenbar noch im Mittelpunkt des Schuldrechtes stehenden Bürgschaftsverhältnisse folgendermassen geregelt: „ . . . si consilium capituli fuerit quod fideiussores recipiantur, sub hac forma recipiantur et constituent se redditores. Idonei sint et honesti et soluendo et tales qui commode possint a capitulo uadiari. Preterea iurent se reddituros pignora Lausanne capitulo

²⁶⁾ Mémoires et Documents de la Suisse romande 22 S. 245, ferner S. 128.

²⁷⁾ Meyer a. a. O. S. 82—87.

²⁸⁾ a. a. O. S. 82.

²⁹⁾ Vergl. E. Martin a. a. O. S. 66 ff., wonach im 6. Jahrhundert die Grenze des burgundischen Machtbereiches noch bis an die Reuss reichte; de Claparède, *Les Burgondes jusqu'en 443* (1909) S. 72 ff.

³⁰⁾ Mémoires et Documents de la Suisse romande VI S. 539, 540.

infra XL dies que valeant ultra terciam partem . . . fuerit quod obsides recipiantur sint tales sicut de redditoribus dictum est.“ Die Bürgen werden hier als „redditores“, das heisst als Auslieferer der Pfänder bezeichnet, welche „ultra tertiam partem“ wert sein sollen. Wie in der Gundobada XIX, 6, war also auch noch am Anfange des 13. Jahrhunderts der Bürge zur Auslieferung eines Pfandes verpflichtet, das ein Drittel mehr Wert hatte als die Schuld betrug. Ein Hauptunterschied bestand allerdings schon insofern, als der Bürge ausdrücklich als selbsthaftend in dieser Ordnung anerkannt wird, indem er ähnlich wie im Rechte des ducatus Burgundiae und des späteren Coutumier de Moudon sogar vor dem Schuldner gepfändet werden konnte, „uadiari possint“. Es steht also anfangs des 13. Jahrhunderts dem Bürgen noch nicht die Rechtswohltat des justinianischen Bürgschaftsrechtes und seines beneficium excussionis zur Verfügung und dabei bleibt es bis zum Waadtländer Landrecht vom Jahre 1616.

Neben dieser neueren Selbsthaftung des Bürgen bestanden auch noch in gewissen Rechtsquellen Überreste des älteren Bürgschaftsrechtes der Gundobada XIX, 6. Der Bürge konnte sich nach dem Stadtrecht von Corbières vom Jahre 1390 dadurch von aller Haftung freimachen, dass er dem Gläubiger Pfänder auslieferte: „Si quis burgensis sit alicui burgensi fidejussor, et fidejussor dimiserit se ad iusticiam citari eo quod pignus illi cuius est fidejussor reddere noluerit . . . debet fidejussor denarios persolvere illi cuius est fidejussor cum banno“ etc. Diese Stelle stimmt auffällig mit der Handfeste von Fribourg überein, wo in A. 119 (Edition Lehr) ebenfalls von einer Verpflichtung des Bürgen Pfand zu geben die Rede ist. Zur Bestätigung dafür, dass der altgermanische Gedanke einer Gestellungs- und Pfandauslieferungsbürgschaft ähnlich wie in der Gundobada XIX selbst noch im 16. Jahrhundert nicht ausgestorben ist, sei eine wichtige Nachricht aus dem Simmental³¹⁾ herangezogen. Es heisst da ähnlich

³¹⁾ Tschärner I S. 85, 29 (v. J. 1564).

wie in der Gundobada XIX, 6, dass der zuerst belangte Bürge sich durch Darbringung von Pfändern des Schuldners befreien kann: „ . . . den bürgen vor dem houptschuldner anlanget: was dan der bürg an pfendren vom houptschuldner darbringen mag, und obs glych nit kü und stier, sonder andre varende hab der besten pfendren wärendt, so soll sich der, dem die schuld gehört, er sige glych ein landtmann oder nit, benügen lassen.“ Auch gewisse burgundische Rechtsquellen des Mittelalters enthalten ähnliche Grundsätze. Nach den Anciennes Coutumes de Bourgogne gibt der Bürge für den Schuldner ein Pfand an den Gläubiger, ähnlich wie der Bürge im Waadtland.³²⁾

Schliesslich sei auch noch auf die im Erbrecht des Mittelalters erhalten gebliebenen Reste der alten, nur auf die Person des Bürgen abstellenden Haftung hingewiesen. Wäre die Selbstschuld des Bürgen zum Prinzip erhoben worden, so müssten auch die Erben des Bürgen, ähnlich wie im römischen Rechte, für die Bürgschaftsschuld eintreten. Das war im altburgundischen Rechte nicht der Fall. Die Gundobada 85, 2, schreibt ausdrücklich vor, dass die Erben des Bürgen von der Haftung für die Bürgschaftsverbindlichkeit nicht getroffen werden. Damit stimmt das Stadtrecht von Fribourg, Corbières,³³⁾ und Arconciel-Illens überein und das gleiche wiederholt sich in burgundischen³⁴⁾ und altfranzösischen Rechtsquellen. Es sei hier nur die dem Rechte von Corbières offenbar vorbildliche Bestimmung der Stadtrechts von Fribourg vom Jahre 1249 A. 126 (Edition Lehr) hervorgehoben: Si quis burgensis

³²⁾ Bouhier a. a. O. I S. 135, A. 247: „Se le pleige a donne un gage pour le debteur et le créateur lui ait rendu icelui, le pleige est quitte, se il ne se engage de nouvel.“ Ähnlich schon: Autres Coutumes générales du Duché de Bourgogne avec les locales de la ville de Dijon (Bouhier I S. 167, A. 53, v. J. 1294).

³³⁾ Corbières a. a. O. S. 195; Arcon-Ciel 149 (Edition Zehntbauer).

³⁴⁾ Bouhier a. a. O. I S. 135, A. 246 (vor 1459): „L'héritier du pleige n'est tenu de la pleigerie, se le pleige n'a expressement obligié ses hoirs, encore qu'il ait juré en la pleigerie.“

alicui sit fidejussor, et contigerit ipsum mori, uxor ejus et liberi sui non debent nec tenentur pro ipsa fidejussione aliquid persolvere.“³⁵⁾

§ 3. Schuld und Schuldbürgschaft und deren Vollstreckung.

Während noch in der Zeit der Volksrechte dem Gläubiger ein ausgedehntes Selbstpfändungsrecht zustand, ist im Mittelalter die Selbstpfändung nur ausnahmsweise, nämlich bei liquiden oder anerkannten (gichtigen) Schulden erhalten geblieben. In den consuetudines von Moudon vom Jahre 1285 (Edition Haff in der Zeitschr. für Schweizer Recht, Neue Folge, Band 38 S. 224 ff.), A. 38 heisst es: „Burgensis potest vadiare in foro et alias de debito recognito.“³⁶⁾ Hiermit stimmt das Recht des Berner Satzungsbuches in einer Quelle vom Jahre 1311 auffallend überein: „das nieman den andern pfenden sol umb gelt, denn dz gichtig wære, darumb mag man wol pfenden“ (Edition Welti, Die Rechtsquellen des Kantons Bern I (1902) S. 86 A. 109, auch A. 157). Auch das Simmentaler Recht enthält ähnliche Grundsätze.³⁷⁾ Zahlreich sind die gegen eine aussergerichtliche Pfändung erlassenen Verbote der westschweizerischen und savoyischen Rechtsquellen.³⁸⁾ In der gleichen Richtung bewegen sich die gegen eine aussergerichtliche Personalpfändung gerichteten Verbote.

³⁵⁾ Esmein, Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français (1883) S. 89 ff.

³⁶⁾ Vergl. auch Mémoires et Documents de la Suisse romande XXVII, Ed. Forel S. 24 A. 62.

³⁷⁾ Tschärner a. a. O. S. 1 A. 3, S. 3, 6, 9, 25: „es sol och nieman . . . den andren pfenden noch verheften want sinen rechten gelten oder bürgen, die sin denne gegichtig weren.“

³⁸⁾ Z. B. Cruselles v. J. 1282 A. 36: „Nullus debet vadiari in foro nisi de voluntate domini,“ ähnlich Chaumont S. 225, Roche A. 41, Genf A. 10, 11, Lullin A. 45, Fr. de Bonne A. 39, Sallanches A. 27, Rumilly A. 44, Fribourg, Edit. Lehr A. 60, Boyve a. a. O. S. 157.

Welche Stellung nahm hingegen der Bürge ein, wenn der Schuldner nicht zahlte? Der Gläubiger hatte nach manchen Quellen das Recht, den Bürgen aussergerichtlich, das heisst im Wege der Selbsthilfe ohne richterliche Vollstreckungserlaubnis zu pfänden. So war es im altspanischen Rechte.³⁹⁾ Anders hingegen in der Westschweiz und in Savoyen, wo die Selbsthilfepfändung nur ganz selten anzutreffen ist. Der Grund dürfte in der Regel der Gundobada XIX, 1 u. 3, zu erblicken sein, die ähnlich wie die Lex Baiuwar, XIII 1, 1 (*Pignorare nemini liceat, nisi per iussionem iudicis*), der Selbstpfändung feindlich gegenübertritt. Das Bild verändert sich aber mit Aufkommen der Selbstbürgschaft und der Anerkennung einer ausgesprochenen Selbsthaftung des Bürgen. Hiermit unterwirft sich der Bürge vielfach der Selbsthilfepfändung des Gläubigers. Das Selbstpfändungsrecht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen ist anerkannt im Stadtrecht von Corbières, wo es ausdrücklich heisst: „*Quilibet burgensis alium burgensem fidejussorem suum extra domum suam libere potest vadiare.*“⁴⁰⁾ Diese Stelle ist, wie schon oben erwähnt wurde, offenbar aus dem Stadtrecht von Fribourg übernommen (Edition Lehr, A. 60, Edition Zehntbauer, A. 77). Auch Arconciel-Illens enthält die gleiche Vorschrift (A. 77 Edition Zehntbauer). Burgundische Rechtsquellen zeigen das gleiche Bild.⁴¹⁾ Bürgschaftsschuld und gichtige Schuld berechtigen nach dem Simmentaler Rechte vom 14. Jahrhundert (1336) ebenfalls zur Selbsthilfepfändung, während in allen übrigen Fällen die Selbsthilfe verboten war: „Und sol enweder teil den ander

³⁹⁾ Vergl. E. Mayer, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. 39 S. 26 ff.; über das langobardische Privatpfändungsrecht: Wach, Der Arrestprozess (1868) S. 16 ff., Val de Lièvre, Launegild und Wadia (1877) S. 205 ff., und nun insbes. Planitz, Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht I: Die Pfändung (1912) S. 8 ff.

⁴⁰⁾ Mémoires et Documents de la Suisse romande 27 S. 200.

⁴¹⁾ Pérard a. a. O. S. 274, Stadtrecht von Beaune v. J. 1203.

pfenden noch verhaften, want sinen gelten und sinen bürgen umbe gegichtig gelt.“⁴²⁾ Gichtig ist eine Schuld dann, wenn sie vom Schuldner anerkannt worden ist (der Stamm des Wortes kommt von jehen=bejahen). Eine Stelle aus Unterseen-Interlaken, *Fontes rer. Bern*, VI Nr. 359 vom Jahre 1337, besagt fast das gleiche: „aber um gelt sol jedweder teil recht nemen vor dem richter da jener seshaft ist, der daz gelt sol . . . umbe gegichtig gelt jedweder teil sinen geweren und gegichtigen gelten und burgen phenden und nieman ander.“ Auch der Kommentar zum *Coustumier et Plaict général de Lausanne* vom Jahre 1618 handelt von der Pfändung um liquide Schuld aus Schuld- und Bürgschaftsvertrag: „soit comme principal debteur, ou en qualité de pleige et caution.“⁴³⁾ Zahlreich sind insbesondere in den deutschen Rechtsquellen des Kantons Bern die Formeln, wonach der Schuldner sich selbst als Bürgen setzte. Es hängt dies damit zusammen, dass nun der Gläubiger einen derartigen Schuldner wie einen aus gichtiger Schuld Verpflichteten ohne Richters Erlaubnis selbst pfänden konnte.⁴⁴⁾ Das gleiche ist nach dem *Codex Fabrianus* auch in Savoyen üblich gewesen.⁴⁵⁾

§ 4. Die Prozessbürgschaft.

Der älteste Rechtsstreit stand bei zahlreichen indogermanischen Völkern im Zeichen des Privatprozesses. In den germanischen Rechtsquellen sind noch verschiedene Spuren dieses älteren Stadiums erhalten. Hierzu gehört insbesondere der Schiedsgerichtsvertrag, die Urfehde

⁴²⁾ Tschärner a. a. O. S. 1 A. 3, ähnlich S. 9, 25 u. S. 3, 6: „umbe gegichtig gelt mag jederman sinen gelten und sinen bürgen wol phenden.“

⁴³⁾ v. Salis in *Zsch.Schw.R.* Bd. 43 S. 286 A. 159.

⁴⁴⁾ Meyer a. a. O. S. 82 ff.

⁴⁵⁾ *Codex Fabrianus Definitionum Forensium et Rerum in Sacro Sabaudiae Senatu Tractatarum* (v. J. 1640), S. 356, *Definitio VII A. 3*: „Fit enim plerumque, ut quis in rem suam fideiubeat.“

(*treuga* oder *trêve*), das Selbsturteil (*sjalfoðéme*) der westnordischen Quellen, die Prozessbürgschaft und der Prozessvergleich.⁴⁶⁾ Sehr deutlich enthält die *Lex Visigothorum* II 1, 13, noch den Privatprozess neben dem staatlichen *iudicium*, indem ausdrücklich auf die Möglichkeit einer Übertragung der Richtergewalt durch Übereinkommen der Parteien hingewiesen wird:⁴⁷⁾ „*Dirimere causas nulli licebit, nisi aut a principibus potestate concessa aut consensu partium electo.*“ Im altburgundischen Rechte ist die Einlassungsbürgschaft noch ein beredtes Zeugnis vom Privatprozess (vergl. *Gundobada* XVII, 4). Es wird v o r dem *iudicium* die Einlassung durch Stellen von Bürgen versprochen — *dato fideiussore ad iudicium veniat* —. Auch in der *Gundobada* 82, 1, wurde das Bürgschaftsversprechen in Hinblick auf die Einlassung in den staatlichen Prozess — *iudicium, audientia* — abgegeben und der Bürge hatte dafür zu sorgen, dass die Verhandlung auch stattfand. Die Einlassungsbürgschaft ist der Gestellungsbürgschaft des Schuldrechts wesensgleich. Wie der Gestellungsbürge den Schuldner zu stellen hatte, so musste der Einlassungsbürge dafür aufkommen, dass der beklagte Schuldner zum Termin kam.

Die Ähnlichkeit mit dem *vadimonium* des klassischen römischen Rechtes ist auffallend. Bei *Gaius* IV, 184, heisst es: „*Quando autem in jus vocatus fuerit adversarius, ni eo die finitum fuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat, se certo dies sisti.*“ Das römische *Vadimonium* der klassischen Zeit war eine Einlassungssicherheit⁴⁸⁾ oder eine „*Cautio quod in*

⁴⁶⁾ Vergl. v. Amira, *Nordgerm. OR* II S. 835 ff.; Pappenheim in *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, germ. Abt. 29 S. 334 ff.

⁴⁷⁾ Dazu insbesondere Beyerle, *Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang* I (1915) S. 81 u. 94.

⁴⁸⁾ Vergl. Debray in *Nouvelle revue historique* Bd. 34 (1910) S. 521 ff., spez. S. 525: „*Le vadimonium était traditionnellement envisagé comme un moyen d'assurer la comparution en justice du défendeur.*“

iudicio permaneat ad terminum litis“.⁴⁹⁾ Das Verfahren vor dem iudex im iudicium, das heisst im autorisierten Schiedsgerichte wird durch die cautio des vadimonium im klassischen römischen Rechte in ähnlicher Weise sichergestellt wie das Erscheinen in der audientia nach altburgundischem Rechte. Diese Übereinstimmungen des burgundischen Rechtes mit dem klassischen römischen Rechte brauchen nicht auf eine Rezeption römisch-rechtlicher Institutionen, so insbesondere des Vadimonium, zurückgeführt zu werden. Im Gegensatz zum langobardischen Rechte kennt das altburgundische den Ausdruck „Vadimonium“ überhaupt nicht. Da die Prozessbürgschaft auch bei den übrigen germanischen Stämmen im Norden (z. B. in Skandinavien und im angelsächsischen Rechte) wie im Süden vorkommt, dürfte es sich hier um eine gemeingermanische, ja indogermanische Institution aus der Zeit des Privatprozesses handeln. Aus den verschiedenen Verboten des privaten Sühnevertrages im burgundischen Rechte muss der Schluss gezogen werden, dass der Privatprozess ähnlich wie im westgotischen Rechte noch nicht ausgestorben war. Besonders lehrreich ist hier die vom germanischen Gewohnheitsrechte beeinflusste Lex Romana Burgundionum IX, § 2: „Nec parentibus liceat de hoc crimine (Frauenraub) cum raptore sub qualibet pactione componere.“ Die burgundische Staatsgewalt kämpft also im 5. und 6. Jahrhundert gegen die eingewurzelten Institutionen des privaten Sühnevertrages an.

Auch das salfränkische Recht kannte die Prozessbürgschaft.⁵⁰⁾ Es ist jedoch der Privatprozess nicht mehr so stark nachwirkend wie im westgotisch-burgundischen Rechtsgebiete, denn die staatliche Gerichtsbarkeit hatte bei den Franken bereits den Sieg errungen.⁵¹⁾ Völlig im

⁴⁹⁾ Vergl. Bertolini, Appunti didattici di Diritto Romano II (Processo civile) S. 136.

⁵⁰⁾ Beyerle a. a. O. S. 94, lex Salica 106, 2, ed. Geffcken S. 76.

⁵¹⁾ Dies beweist deutlich lex Salica 50 u. 56.

Banne des Amtsrechtes stand die Prozessbürgschaft des zeitlich viel späteren und vom fränkischen Rechte durchsetzten alamannischen Volksrechts. Die Lex Alamannorum 36 bestimmt: „Et in primo mallo spondeat sacramentalis et fideiussores praebeat, sicut lex habet et wadium suum donet ad misso comiti vel ad illo centenario.“

Das Urteilserfüllungsgedinge des alamannischen Rechtes wurde in die Hand des Gerichtsvorsitzenden geleistet,⁵²⁾ ähnlich wie das langobardische Urteilserfüllungsversprechen unter Hingabe von vadia et fidejussio.⁵³⁾ Dies ist die Brücke zu dem späteren Prozessgedinge, welches in der Regel von dem Richter in Empfang genommen wird. Die Prozessbürgschaft oder Prozesskaution wird nach manchen savoyischen und waadtländischen Rechtsquellen des Mittelalters dem Richter oder dessen Stellvertreter gegeben.⁵⁴⁾ Sie ähnelt der Einlassungsbürgschaft des burgundischen Volksrechts und kehrt in den savoyisch-westschweizerischen Stadtrechten in der typischen Formel wieder: „Qui requisitus a Castellano . . . ut fidejubeat de re certa et justa et fidejubere non velit si possit, nec jurare de stando juri et bona ypothecare . . . Castellanus possit sibi imponere penam“⁵⁵⁾ etc.

⁵²⁾ Sohm, Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung (1911) S. 178; Beyerle S. 148.

⁵³⁾ Val de Lièvre S. 135 ff.

⁵⁴⁾ Rumilly (v. J. 1291) im Recueil des franchises et lois municipales de l'ancien diocèse de Genève, Mém. et Doc. publ. p. la société d'histoire de Genève T. XIII, 2 (1860), A. 15: „Qui requisitus a castellano de plano clamore ut fidejubeat et fidejubere non velit, postquam ter monitus fuerit, debet 6 den. Domino qualibet vice qua fidejubere noluerit pro posse suo“, ähnlich Thônes (1350) A. 23, Roche A. 30, Annecy A. 23, Flumet ebenda XIX A. 51, ferner die waadtl. Quellen in Mémoires et Doc. de la Suisse romande Bd. 27, Vevey S. 14, Orbe A. 32, Moudon (Ed. Haff in dieser Zeitschr. N. F. 38 S. 230 A. 25), sowie die von Moudon abhängigen Rechtsquellen.

⁵⁵⁾ Mém. et Doc. de la Société Savoisienne d'Histoire Bd. 23: S. 29 u. 307 (Beaufort), St. Michel en Maurienne a. a. O. S. 331, Bourg en Bresse S. 431, St. Maurice S. 231, ferner Genf

Die Prozessbürgschaft oder Prozesskaution schützt vor Verhaftung in allen Kriminalsachen, die nicht als schwere Delikte sich charakterisieren. So war es schon in der Lex Visigot. Recessv. VIII: „percussor deputetur in carcerem aut certe sub fideissore habeatur.“ Zahlreich sind die savoyischen und westschweizerischen Zeugnisse des Mittelalters, die uns das Fortleben dieser alten Institution berichten.⁵⁶⁾ Auch im Codex Fabrianus,⁵⁷⁾ der die Gerichtspraxis in Savoyen überliefert, ist ein Fall erwähnt, dass der Senat einen Kriminalbeklagten gegen Leistung einer Prozesskaution von 1000 Pfund von der Haft befreite. Aber der Beklagte erklärte, dass er unter seinen Freunden und vicini eine derart hohe Bürgschaft nicht aufzutreiben vermöge. Im gleichen Codex wird es als ein altes Gewohnheitsrecht in Savoyen bezeichnet, dass bei Klagen eine Urteilserfüllungskautions zu geben ist.⁵⁸⁾

§ 5. Die vermeintliche Zusammengehörigkeit von fidejussio und wadiatio.

Im altfränkischen, alamannischen, bayrischen und noch mehr im langobardischen Rechte ist der Zusammen-

v. J. 1387 (ediert 1843) A. 3, Roche A. 25, Annecy A. 23 und Quisard, F. 58 A. 1, 3, 4. Coutumier de Moudon ined. Pleges et fiances.

⁵⁶⁾ Mém. et Doc. de la Société Savoisienne d'Histoire Bd. 27: Taninge (v. J. 1543) A. 7; ferner aus dem Recueil des franchises et lois municipales de l'ancien diocèse de Genève: Annecy 27, 28, 29, Roche 29, Seyssel 11, Thones 28, Thonon A. 1; ferner Moudon, Ed. Forel A. 38, Ed. Haff in dieser Zeitschr. N. F. Bd. 28 S. 231 A. 25, Genf A. 3, 10, 11, Gex A. 50: „Nul bourgeois ne doit estre pris s'il veut donner fiance ou obliger ses biens, sinon en cas pour lequel on tombe à la mercy du seigneur,“ ähnlich Mém. et Doc. de la Société Savoisienne d'Histoire Bd. 23 S. 224 (Chaumont): „nullus homo capiatur nisi latro vel predator vel infectus . . . qui faceret tale delictum pro quo debeat capi et non recipi fideiussum ab eo;“ vergl. auch Satzungenbuch von Bern (Ed. Welti S. 35).

⁵⁷⁾ Codex Fabrianus v. J. 1640 S. 150 IX.

⁵⁸⁾ Ebenda S. 150 VIII.

hang von fidejussio und wadiatio klar zutage tretend.⁵⁹⁾ Das gleiche ist für das altschwedische⁶⁰⁾ und angelsächsische Recht zu sagen. v. Amira vertritt auf Grund von rechtsvergleichenden Studien, ausgehend vom Botschaftsstab des altschwedischen Rechts, die Theorie, dass die wadia oder der Stab als Wahrzeichen einer Botschaft diene und bei der wadiatio zum Zweck der Bürgenstellung verwendet wurde. Der Schuldner übergibt nach v. Amira dem Gläubiger den Botenstab. Damit geht der Gläubiger zu dem als Bürgen ausersehenen Dritten und überreicht ihm den Stab mit der Botschaft samt Aufforderung zur Bürgschaftsübernahme.⁶¹⁾

Anderer Auffassung ist O. Gierke.⁶²⁾ Ihm bedeutet die wadiatio ein Haftungsgeschäft, eine Art Wettvertrag, durch den die gesamte Fahrhabe des Schuldners der Pfandnahme des Gläubigers ausgesetzt wird. Die wadiatio ist nach Gierke nicht notwendig mit Bürgenstellung verbunden.

Wie ist es demgegenüber bei den Burgundern? Gmür meint, dass die festuca notata auch bei den Burgundern „als Regel“ bezeugt wird.⁶³⁾ Das hierfür herangezogene Capit. Langob. Nr. 2 (Mon. Germ. leg 4, 595) ist nicht beweiskräftig. Man muss aus dem Zwischensatze im Cartul. Langobard. schliessen, dass den Burgundern die Traditionssymbolik fremder war als den übrigen dort genannten Stämmen. Gmür gibt dies an anderer Stelle eigentlich selbst zu, indem er schreibt: „Dass die Burgunder die wadiatio per festucam gebraucht haben, ist sehr fraglich.“⁶⁴⁾

⁵⁹⁾ Val de Lièvre S. 165 ff.; v. Amira, Wadiation (1911) S. 5 ff.

⁶⁰⁾ v. Amira, Nordgerm. OR I S. 693 ff.

⁶¹⁾ v. Amira, Wadiation S. 3.

⁶²⁾ O. Gierke, Schuld und Haftung S. 78 ff., 284 ff.

⁶³⁾ Gmür, Schweizer Bauernmarken und Holzurkunden (1917) S. 137.

⁶⁴⁾ Gmür, a. a. O. S. 139.

Damit stimmen auch die Rechtsquellen des Mittelalters überein. Nur selten ist uns die Symbolik der Stabreichung überliefert. Sie findet sich im Gebiete des Stadtrechtes von Moudon und des späteren Coutumier de Moudon vom Jahre 1577, sowie in den dortigen Gerichtsgebräuchen.⁶⁵⁾ Bei der Nähe des alamannischen Rechtsgebietes mit seiner schon in Leg. Alam. 36 anerkannten wadiatio ist es sehr fraglich, ob diese Normen dem burgundischen Rechte zuzuschreiben sind. Wären auch im savoyischen Rechtskreise ähnliche Formen anzutreffen, so könnte man eher noch auf eine einheimische, wahrscheinlich altburgundische, Rechtsgewohnheit schliessen. Aber die savoyischen Quellen schweigen hierüber vollständig, und das gleiche ist für die Waadtländer Rechtsquellen zu sagen, soweit sie ausserhalb des Rechtskreises von Moudon stehen. Das leider noch zum grossen Teil unedierte Cartulaire de Notre Dame de Lausanne mit seinem reichen Schatz von Urkunden aus dem 13. und 14. Jahrhundert gibt uns keinen Anhalt dafür, dass das Stabreichungssymbol im 13. Jahrhundert in diesen Gegenden verbreitet gewesen ist. Häufig sind Investitur- oder Einkleidungssymbole,⁶⁶⁾ aber es fehlt hier im Gegensatz zu den norditalienischen Urkunden die wadiatio als Stabreichung. Anders war es hingegen in dem Gebiete von Gruyère, das ja dem alamannischen Einflusse viel näher gelegen war. Hier sehen wir die Einkleidung in den Besitz von Grund und Boden durch Stabreichung sich vollziehen: „investivit ac in

⁶⁵⁾ Das Nähere in dieser Zeitschrift N. F. 38 S. 222 (Moudon, Ed. Haff A. 46, „unum baculum album,“ Edit. Forel A. 71), Coutumier de Mouton A. 210: „ung baston blanc,“ ferner Urkunde v. 24. IX. 1494, Archives de Moudon: „au moyen de la remise d'un bâton,“ vergl. auch Quisard, Le Coutumier de Vaud Fol. 58 A. 1: „fianceront par leurs sermens sur le baston de la justice.“

⁶⁶⁾ Mém. et Doc. de la Suisse romande VI S. 162: „et affidavit in manu C. prepositi,“ VI S. 210: „dederunt et guerpiuerunt,“ V 1224: „debuerunt et guerpiuerunt,“ Cartulaire de Lausanne, ined., F. 56 v. J. 1272: „de qua domo cum fundo deuestiunt se.“

possessionem posuit per traditionem unius baculi nemoris manualis ut moris est, in talibus consueti secundum jura et consuetudines villae et Commitatus Grueriae.“⁶⁷⁾ Im langobardischen Rechte tritt hingegen der Zusammenhang zwischen fidejussio und festuca offen zutage.⁶⁸⁾ Ob die wadia im langobardischen Gebiete begriffsnotwendig einen Stab bedeutet hat, wie v. Amira meint, will mir trotzdem recht zweifelhaft erscheinen.⁶⁹⁾ Schon die Hinzufügung von baculus zu vadimonium bedeutet, dass hier das vadium, wie die gleich benannte Prozesskaution des klassisch-römischen Rechtes, eine Art von Pfand oder Sicherheit gewesen sein muss, die unter der Förmlichkeit der Stabreichung gegeben wurde. In der Mehrzahl der langobardischen Quellen ist nicht mehr von „baculus vadimonii“, sondern von „wadia“ oder „quadia“ die Rede. Diese „wadia“ scheint mit der festuca allmählich identifiziert worden zu sein und so verlor das vadimonium seinen ihm ursprünglich zukommenden Pfand- und Sicherheitscharakter. Die Richtigkeit dieser Hypothese ergibt ein Vergleich mit einem Rechtsgebiete wie dem burgundischen, wo die Stabreichung nicht allgemein verbreitet war und eine Verschmelzung von Stabbegriff und vadimonium also nicht vorkommen konnte. Hier musste das wadimonium oder die wadiatio den alten im klassischen römischen Rechte beim vadimonium schon überlieferten Kautions- und Sicherheitscharakter konserviert haben. Tatsächlich wird denn auch in der Westschweiz und in Savoyen im Mittelalter unter vadimonium und vadium sehr oft soviel wie Pfand oder Sicherheit verstanden, und vadiare wird fast allgemein mit pfänden oder gager übersetzt.

Schon aus dem 11. Jahrhundert sind derartige Nachrichten vorhanden, heisst es doch in den Chartes Sédu-

⁶⁷⁾ Vergl. Gmür a. a. O. S. 136, nach einer Mitteilung von Prof. Geiser; ferner Mém. et Doc. de la Suisse romande 22 S. 35.

⁶⁸⁾ Val de Lièvre a. a. O. S. 122 ff.

⁶⁹⁾ Dagegen auch O. Gierke, Schuld und Haftung S. 262.

noises: „vineam unam pro wadimonio librar. VIII to, et sextarium vini ex censu casalis et campum unum in wadimonio Vque solid.“⁷⁰⁾ Dass das wadimonium oder vadium kein blosses Scheinpfaud, sondern ein wirkliches Pfaud mit einem Verkaufswerte darstellte, ergibt sich aus verschiedenen Urkunden. So heisst es in dem Stadtrecht von Moudon A. 41, Edition Haff, A. 67, Edition Forel: „Si vero vadium alicuius venditur et ille cuius est vadium revocat vendicionem, dicens vadium non esse venditum secundum usus ville“ etc. Grosse Ähnlichkeit mit dem Rechte von Moudon des Jahres 1285 weisen die Franchises von Bourg devant d'Abbas vom Jahre 1297 auf, so dass hier an eine Rezeption gedacht werden kann. Es ist in dieser Quelle⁷¹⁾ ebenfalls näheres über den Verkauf des vadium bestimmt: „Item emptor vadii non potest habere socium in emendo, nisi vadium excedat valorem viginti librarum.“ Das vadium dieser Freiheiten ist ein sehr reelles und nicht ein blosses Scheinpfaud.⁷²⁾ Allgemein wird vadiare für pfänden oder gager gebraucht.⁷³⁾ Es sei hierfür nur auf das wegen seiner deutschen und französischen Übersetzung besonders lehrreiche Stadtrecht von Fribourg, A. 60, verwiesen: „Quilibet burgensis alium burgensem, fidejussorem suum extra domum libere vadiare potest.“⁷⁴⁾

⁷⁰⁾ Chartes Sédunoises Mém. et Doc. de la Suisse romande 18 S. 350.

⁷¹⁾ Mémoires et Documents inédits de la Franche-Comté (Besançon), 1839, II 508.

⁷²⁾ Ähnlich auch Flumet a. a. O. A. 53, La Roche A. 57, Franchises de Bagé (v. J. 1250) Mém. Savoie. 23 S. 205: „vadum seu pignus nostrum hominibus dictae villae pro debito nostro traditum.“

⁷³⁾ Moudon, Edit. Haff A. 38, Forel A. 62, Murten A. 31, Cruselles (v. J. 1282) A. 36: „Nullus debet vadiari inforo nisi de voluntate domini;“ Chaumont, Mém. et Doc. de la Suisse romande 23 S. 219. Über die wadiation als Verpfändung von Fahrhabe im französischen Rechte (Egger S. 402), auch Heusler a. a. O. II S. 229.

⁷⁴⁾ Ausgabe Lehr A. 60, auch Corbières, Mém. et Doc. de la Suisse romande 27 S. 201.

In der französischen Übersetzung steht dafür „apertement gagier“ und in der deutschen „vzerhalb sins huses phenden frilich“.

Wie schon in § 2 erwähnt wurde, ist der Bürgschaftsvertrag in der Regel durch Treugelöbniß verfestigt⁷⁵⁾ worden. Die Bürgschaft wird abwechselungsweise *fiance* oder *caution* genannt.⁷⁶⁾ Dass die Bürgschaft durch das Mittel der *vadiatio* zustandegekommen wäre, ist für unsere Gegenden nicht nachweisbar. Auch dort, wo die *fidejussio* mit dem *vadium* ausnahmsweise in Beziehungen gebracht wird, ist nichts von Stabsymbolik zu merken.⁷⁷⁾ Die Theorie vom *vadium* als Botschaftsstab hat also ein bedenkliches Loch.

Das *vadium* unserer Gegenden ist wie das noch mit demselben synonym gebrauchte *vadimonium* eine Pfandsache mit Verkaufswert. Auf die Ähnlichkeit des klassischen *vadimonium* mit diesem schon im frühen Mittelalter in Erscheinung tretenden, insbesondere in der Prozessbürgschaft recht übereinstimmende Formen annehmenden Institute, möchte ich die Romanisten besonders aufmerksam machen. Wären hier nur inhaltliche Übereinstimmungen gegeben, so würde ich dem von mir an anderer Stelle, im Anschluss an Marbe, entwickelten Gesetze der Gleichmässigkeit des psychischen und rechtlichen Geschehens folgend eine notwendig auftretende, aus den ähnlichen Kultur- und Rechtsgrundlagen der klassisch-römischen und der mittelalterlichen Zeit sich ergebende Rechtsgleichheit erblicken. Da aber auch eine sprachliche Übereinstimmung besteht (vergl. das klassisch-römische *vadimonium*

⁷⁵⁾ Pérard a. a. O. S. 312: „plegius et fidejussor;“ *Coutumier de Moudon* (1577) ined.: *Pleiges et Fiances*; Quisard F. 58 A. 1 ff.: „fiance, fiancement;“ Gex A. 56: „Donner fiance;“ über die *firmanzia*, *fidantia* und *fiance* im altfranz. Rechte: Egger a. a. O. S. 53 ff., Franken S. 224 ff.

⁷⁶⁾ Boyve S. 117, Payerne, Edition Dumur A. 7 u. 9: „fiance“.

⁷⁷⁾ Pérard a. a. O. S. 312: „Fideiussore vel. vadio idoneo manumisso;“ Flumet a. a. O. A. 51, 53.

und das vadimonium oder wadium des früheren Mittelalters, welch beide Ausdrücke synonym gebraucht wurden), eröffnen sich interessante Perspektiven auch für die Romanisten. Es wirft sich insbesondere die Frage auf, inwieweit die *Leges Romanae* und im speziellen die *Lex Romana Burgondionum* auch noch in der fränkischen Zeit und im Mittelalter neben dem germanischen Volksrechte weitergelebt und dieses zum Teil umgestaltet haben.

Zum Schlusse noch folgenden Rückblick:

Schon die vorliegenden Untersuchungen zum Bürgschaftsrechte zeigen uns den unzertrennbaren Zusammenhang zwischen dem alzburgundisch-savoyischen Rechtsgebiete und jenem der benachbarten Westschweiz. Der Genfer See war keine Grenze für die Rechtsentwicklung. Alzburgundisches Recht wanderte nach dem Norden in der Zeit nach der Landnahme. Umgekehrt ist im Mittelalter viel westschweizerisches Stadtrecht in die savoyischen Stadtfreiheiten freiwillig übernommen worden. Deutlich beweist dies die von E. Huber treffend geschilderte Abhängigkeit des Rechtes von Flumet vom zähringischen Rechte der Stadt Freiburg i. Br.⁷⁸⁾ Fribourg i. Ue., Bern und Murten beeinflussten stark das waadtländische Stadtrecht und die Freiheiten des Waadtlandes weisen hinwiederum grosse Übereinstimmung mit vielen savoyischen Franchises auf. Ich habe bereits auf die Zusammenhänge des Rechtes von Vevey (1236) mit jenem von Flumet und Evian, ja auch mit dem Rechte von Chambéry hingewiesen.⁷⁹⁾

⁷⁸⁾ E. Huber, Das kölnische Recht in den zähringischen Städten (der Schweiz), *Zeitschr.schweiz.R.* Bd. 22.

⁷⁹⁾ K. Haff, *Zeitschr.schweiz.R.* N. F. Bd. XXXVIII S. 210 ff., spez. S. 214.

BEILAGE I.

URKUNDE VOM JAHRE 1260.

Versprechen der Bestellung von Bürgen für Schuld.

Liegenschaftshaftung mit Verfallpfandklausel.

Urkunde aus dem unedierten Teile des Cartulaire du Chapitre
de Notre Dame de Lausanne.

Nos Robertus prepositus et capitulum ecclesie lausann. notum facimus uniuersis quod cum discordia verteretur coram nobis inter Thomam filium Jacobi albi burg. de viuiaco ex una parte et Johannem dictum grandem burg. loci eiusdem ex altera super duodecim libr. lausann. quas dictus Thomas dicebat sibi et patri suo deberi a prefato Johanne et dicebat eas sibi fuisse assignatas super quandam vineam quam dictus Johannes tenebat a nobis ad feodum et sub annuo censu unius cupe frumenti, que vinea jacet in territorio dex clees iuxta vineam bumondi grandis et iuxta vineam Johannis marchix, tandem dictus Johannes grandis promisit quod infra festum beati andree nuper praeteritum daret fideiussores ydoneos dicto Thome de predicta pecunia soluenda et hoc idem elapso festo predicto promisit quod faceret infra oct. purif. beatae marie nuper praeteritas, alioquin voluit ut ipsum Thomam ex tunc de dicta vinea inuestiremus et nos ad eius requisitionem quia predictas pactiones non obseruauit prefatam vineam eidem Thome et suis heredibus in perpetuum ad feodum et fidelitatem et hominium faciendum et sub predicto censu duximus concedendum, promittentes bona fide facere guerentiam de dicta vinea prefato Thome et suis heredibus saluo jure alterius contra omnes in perpetuum pro dicto censu nobis reddendo in festo sancti michaelis annuatim, ita quod idem census et feodum diuidi non possint per plures heredes in futurum, in huius rei testimonium sigillum nostrum apposuimus huic scripto Datum anno domini m^o cc^o LX secundo mense februarii.

BEILAGE II.

Förmliches Garantieverprechen bei Grundstücksverkauf.

Urkunde vom Jahre 1309, aus dem unedierten Teile des Cartulaire du Chapitre de Notre Dame de Lausanne, Folio 201.

Capitulum ecclesie lausannensis . . . Nos capitulum predictum, a quo domus et ortus predicti venditi moueri dignoscuntur sub annuo censu septem denariorum lausann. predictam venditionem laudamus ratificamus et approbamus. Et promittimus bona fide et stipulatione sollempni pro nobis et successoribus nostris dicto Aymoni et assignatis suis seu assignandis domum et ortum predictos cum fundis et pertinentiis eorundem in perpetuum saluo jure alterius garentire contra omnes in iudicio et extra ac in omni parte litis pro septem denariis lausann. censualibus predictis nobis a dicto Aymone persoluendis annis singulis in festo pasche et pro sexaginta solidis lausannensibus nobis traditis et solutis a dicto aymone nomine et ex causa laudis nostre . . . etc.
